

52238

DROIT CIVIL  
FRANÇAIS.



LE DROIT CIVIL

FRANCAIS.



# LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS, 53238

SUIVANT L'ORDRE  
DU CODE NAPOLEON,

*OUVRAGE dans lequel on a tâché de réunir  
la théorie à la pratique,*

Par M. C. B. M. TOULLIER, Professeur  
du Code Napoléon à l'Académie de Rennes,  
et Docteur agrégé aux anciennes Facultés  
de Droit de la même Ville.

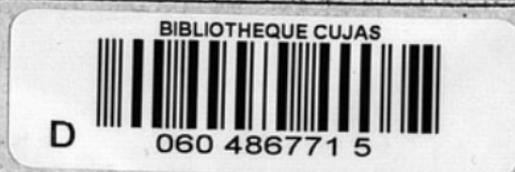
---

---

TOME SECOND.

---

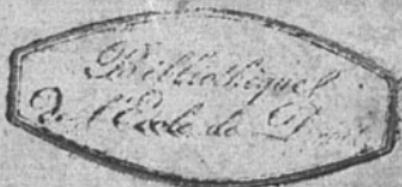
---



A RENNES,

DE L'IMPRIMERIE DE J. M. VATAK.

1811.



BIU Cujas

LE MOUVEMENT CIVIL

FRANÇAIS, 1804

SUIVANT L'ORDRE

DU CODE NAPOLÉON

On a vu dans l'ouvrage un grand nombre de  
de théories de la pratique

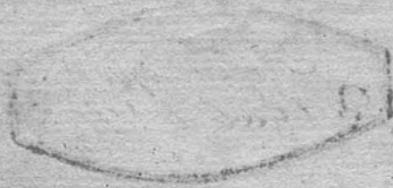
Par M. C. R. M. TOULIER, Professeur  
du Code Napoléon à l'Académie de Médecine,  
et ancien magistrat aux anciennes écoles  
de Droit de la même Ville.

TOME SECOND

A PARIS

chez l'Imprimeur de la Cour

1804



# LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

DANS L'ORDRE DU CODE NAPOLÉON.

---

---

*Suite du Livre Premier.*

TITRE V.

CHAPITRE V.

*Des obligations qui naissent du Mariage.*

---

## SOMMAIRE.

- 611. *Division du chapitre.*
- 612. *Quelles personnes se doivent des alimens.*
- 613. *Quelle est l'étendue de cette obligation.*
- 614. *Quand elle cesse.*

611. **L**ES obligations qui naissent du mariage sont relatives ou aux époux entre eux ou à leurs enfans, ou à leurs parens et alliés.

Les droits et les devoirs respectifs des époux font la matière du chapitre suivant.

*Tom. II.*

1

Nous avons vu dans les chapitres précédens quels sont, avant de contracter mariage, les devoirs des enfans envers leurs ascendans, et nous verrons au chapitre de la puissance paternelle les droits des père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfans.

Ce chapitre ne traite que des alimens que les parens et les enfans doivent se fournir réciproquement.

Nous avons donc à voir,

- 1<sup>o</sup> Quelles personnes se doivent des alimens ;
- 2<sup>o</sup> Quelle est l'étendue de cette obligation ;
- 3<sup>o</sup> Quand elle cesse.

#### §. I.

#### *Quelles personnes se doivent des alimens.*

612. L'obligation de nourrir ses enfans, est une des premières lois de la nature, que la loi civile sanctionne par une disposition spéciale. « Les époux contractent ensemble par » le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfans. » Art. 203. (1)

(1) L'art. 913 va plus loin. Il défend aux pères et mères de disposer gratuitement de tous leurs biens, et les oblige d'en réserver une portion à leurs enfans. Les lois traitent de meurtrier le père qui refuse des alimens à son enfant. *Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et is qui abjicit, et qui alimonia denegat.* L. 4, ff. de agnosc., et alend. lib.

Quoique cet article ne parle que des père et mère, l'obligation s'étend à leur défaut aux ascendans supérieurs : (1) néanmoins, comme elle ne leur est pas littéralement imposée, ainsi qu'elle l'est aux père et mère, les tribunaux pourraient, suivant les circonstances, rejeter l'action alimentaire dirigée par les petits-enfans contre leurs aïeuls ou aïeules, sans craindre la cassation du jugement; car il n'y aurait pas de loi violée. (2)

Ce n'est pas seulement à leurs enfans, mais encore à leurs gendres et à leurs brus ou belles-filles que les père et mère doivent des alimens. Art. 206 et 207.

L'obligation de fournir des alimens est réciproque entre les ascendans et les descendans. 207.

« Les enfans doivent des alimens à leurs » père et mère, et autres ascendans qui sont » dans le besoin. 205.

» Les gendres et belles-filles doivent éga- » ment, et dans les mêmes circonstances, des » alimens à leurs beau-père et belle-mère. » 206.

Le gendre, *gener*, est le mari de notre fille.

(1) Malleville sur l'art. 205; Locré, pag. 443, lib. 5, §. 2; ff. de agn. et alend. lib.

(2) Locré, *ibid.*

La belle-fille, ou la bru, *nurus*, est la femme de notre fils.

Le beau-père, *socer*, est le père de notre épouse ou de notre mari.

La belle-mère, *socrus*, est la mère de notre épouse ou de notre mari.

La pauvreté de la langue française nous oblige d'appeller aussi beau-père, le second mari de notre mère que les latins appellaient *vitricus*, et nos anciennes coutumes, *parastre*;

Et belle-mère, la seconde femme de notre père que les latins appellaient *noverca*, et que nous appellons aussi *marâtre*;

Et beaux-fils ou belles-filles les enfans issus du premier mariage de notre femme, ou de notre mari, que les latins appellaient *privigni*, *privignæ*, et notre ancien langage, *filiastres*.

Le gendre et la bru, *gener* et *nurus*, doivent des alimens à leurs beau-père et belle-mère, *socero* et *socrui*; et réciproquement le beau-père et la belle-mère, *socer* et *socrus*, doivent des alimens à leurs gendre et à leur bru, *genero* et *nurui*.

Mais le beau-fils et la belle-fille, *privignus* et *privigna*, les *filiastres* n'en doivent point à leurs beau-père et belle-mère, *vitrico* et *privignæ*; et réciproquement le beau-père ou pa-

*râtre*, et la belle-mère ou *marâtre*, *vitricus* et *noverca*, n'en doivent point à leurs beaux-fils ou belles-filles, ou à leurs *filiastres*, *privignis*.

Tel est le sens de l'article 206. Il est à remarquer que cet article n'établît point l'obligation de se fournir des alimens entre un des époux et les aïeuls de l'autre époux.

### §. II.

*Quelle est l'étendue de cette obligation.*

613. L'obligation de fournir des alimens comprend tout ce qui est nécessaire à la vie; la nourriture, le logement, le vêtement, (1) dans la proportion des besoins de celui qui les réclame; mais dans nos mœurs, et dans celles de toutes les nations civilisées, ces besoins n'ont rien d'absolument fixe. Ils ont toujours quelque chose de relatif, et la mesure en est nécessairement abandonnée à la prudence du magistrat; la loi ne peut que lui tracer quelques règles pour le guider.

» Les alimens ne sont accordés que dans

(1) *Legatis alimentis, cibaria et vestitus, et habitatio debetur, quia sine his ali corpus non potest. Cætera quæ ad disciplinam pertinent, legato non continentur. L. 6, ff. de alim. vel cib. leg. V. LL. 43 et 44, ff. de V. S.*

» la proportion du besoin de celui qui les  
 » réclame, et de la fortune de celui qui les  
 » doit. Art. 208. »

Ainsi l'obligation des père et mère varie suivant leur fortune et leur état, suivant les besoins et les ressources de l'enfant : c'est au magistrat d'étendre ou de resserrer l'obligation suivant les circonstances. Il est possible que l'enfant n'ait besoin que d'un supplément : ceci s'applique à tous ceux qui réclament des alimens.

Dans la classe des personnes pauvres, chez les paysans, chez les artisans, l'obligation se réduit à mettre les enfans en état de travailler et de gagner leur vie.

Mais ceux qui sont nés de parens plus favorisés de la fortune, ont droit à des secours plus étendus, lors même que leur éducation est finie, et qu'ils ont atteint leur majorité.

Telle était la jurisprudence des arrêts avant le Code Napoléon, (1) et telle est encore celle des cours impériales depuis sa promulgation.(2) Cette jurisprudence paraît dans l'esprit du Code; mais les magistrats ne doivent jamais

(1) Voyez le nouveau Dénisart. V° alimens, §. 1, n. 3.

(2) V. deux arrêts de la cour impériale de Rennes, des 12 juin et 24 Décembre 1810, rapportés dans le journal des arrêts de cette cour, tom, 1, p. 218 et 251.

perdre de vue qu'en accordant trop facilement des pensions alimentaires à des majeurs, et sur-tout en fixant ces pensions à des sommes trop considérables, ils favoriseraient la paresse et l'indépendance des enfans, et porteraient atteinte à la morale publique.

En général, les secours dont les enfans ont besoin doivent consister dans une pension alimentaire. Mais « si la personne qui doit » fournir les alimens justifie qu'elle ne peut » payer la pension alimentaire, le tribunal » pourra, en connaissance de cause, ordonner » qu'elle recevra en sa demeure, qu'elle » nourrira et entretiendra celui auquel elle » devra des alimens. Art. 210.

La demande des père et mère qui offrent de recevoir, nourrir et entretenir dans leur demeure l'enfant à qui ils doivent des alimens, est toujours favorable. Le Code laisse aux tribunaux à prononcer si les offres du père ou de la mère doivent les dispenser de payer la pension alimentaire. Art. 211. (1)

(1) Les mauvais traitemens des père et mère suffiraient-ils pour autoriser les enfans à demander que les alimens leur soient fournis hors de la maison paternelle? Sont-ils recevables à prouver ces mauvais traitemens par témoins? Cela dépend des circonstances. V. Malleville, sur l'art. 211; aussi la question a été jugée diversement. Un arrêt de la cour d'Aix, du 3 août 1807, a jugé l'affirmative. Sirey, an 1808, 2<sup>e</sup> part., p. 109. Un arrêt de la cour de Nîmes, du 12 fructidor an 12, a jugé la négative. Sirey, an 13, 2<sup>e</sup> part., p. 13 et 14.

Il est à remarquer que cet article ne laisse pas la même faculté aux tribunaux, relativement aux enfans qui offriraient de recevoir, nourrir et entretenir dans leur demeure leur père ou leur mère. La cour impériale de Besançon a donc bien jugé en décidant, par un arrêt du 20 juillet 1808, que de pareilles offres ne devaient pas être admises : (1) Il faudrait, pour les faire admettre, des causes extrêmement fortes. (2)

L'obligation de fournir des alimens est solidaire de sa nature, parce qu'ils sont destinés à faire subsister celui auquel on les fournit. Celui qui les doit, concurremment avec d'autres personnes, ne peut demander à ne payer que sa portion de la pension alimentaire, sauf à celui qui réclame à se faire payer le surplus par les autres co-débiteurs ; car, si l'un d'eux était insolvable, l'autre n'en devrait pas moins la totalité des alimens.

Ainsi le père et la mère doivent être condamnés de les fournir solidairement, lorsqu'il y a séparation de biens.

Ainsi, entre plusieurs enfans, l'obligation de fournir des alimens à leur père est solidaire ; chaque enfant est tenu de les fournir en entier,

(1) Rapporté par Sirey, an 1809, 2<sup>e</sup> part., p. 161.

(2) V. le nouveau Denisart, v<sup>o</sup> alimens, §. 4, n. 4.

sauf son recours contre ses frères et sœurs, chacun pour leur quote part, s'ils en ont le moyen : le plus riche n'est pas obligé de contribuer plus que les autres à l'acquit de de la dette commune. Tels étaient les principes de l'ancienne jurisprudence (1) qui, sur ce point, n'ont rien que de conforme aux principes du Code.

On tenait aussi pour maxime que les petits-enfans ne sont tenus de fournir des alimens à leur aïeul que subsidiairement, et au défaut de leur père et mère qui n'en avaient pas le moyen.

Enfin, les petits-enfans dont les père et mère étaient morts n'étaient tenus de contribuer pour rien à nourrir leurs aïeux ou bisaïeux, tant qu'il y avait des descendans d'un degré plus proche, la représentation n'avait pas lieu à cet égard.

Les enfans créanciers de leurs ascendans ne pouvaient, suivant le droit romain, exiger leur créance que jusqu'à concurrence de ce que les parens pouvaient donner, déduction faite de ce qui leur était nécessaire pour subsister, *deducto ne egeant* : ainsi les enfans ne pouvaient entièrement exproprier leurs ascen-

(1) Voyez le nouveau Denisart, au mot alimens, §. 4, n. 3, et §. 3, n° 10.

dans. C'est ce que les interprètes ont appelé *beneficium competentiae*. V. §. 38, inst. *De act.* Heinec., in inst., §. 1199.

Ce bénéfice, qui s'étendait à beaucoup d'autres cas, n'a point été adopté dans notre droit français, et Bugnyon (1) a mis depuis long-tems les lois romaines qui en traitent au nombre des lois abrogées.

Celui à qui il reste quelque bien ne pouvant obtenir des alimens que sur le fondement de l'insuffisance de sa fortune pour fournir à sa subsistance, ne doit pas être écouté dans sa demande, à moins qu'il n'abandonne à ses enfans tout ce qu'il possède, à l'exception des meubles de première nécessité. (2)

Un père qui n'aurait qu'une fortune de 100,000 fr., et qui devrait pareille somme à son fils, ne pourrait retenir des biens pour une valeur de 20,000 fr., par exemple, afin d'en disposer comme il le voudrait. Le fils pourrait exiger tous les biens en offrant d'en laisser au père, mais en usufruit, une quantité suffisante pour subsister, ou de lui payer une pension alimentaire. (3)

(1) De legibus abrogatis et inusitatis in regno franciæ, lib. 1, sect. 12.

(2) V. le nouveau Denisart, ubi sup., §. 4, n. 5.

(3) M. Proudhon, t. 1, p. 257, paraît d'une opinion contraire.

C'est à l'action alimentaire que se borne le droit des enfans ; ils ne peuvent, comme dans le droit romain, forcer les père et mère de leur procurer un établissement par mariage ou autrement. Art. 204.

§. III.

*Quand cesse l'obligation de fournir des alimens.*

614. Les alimens n'étant accordés que pour les besoins de celui qui les réclame, et en proportion des facultés de celui qui les doit, il s'ensuit que, « lorsque celui qui fournit ou » celui qui reçoit des alimens est remplacé dans » un état tel que l'un ne puisse plus en donner, » ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout » ou en partie, la décharge ou réduction peut » en être demandée. » Art. 209.

L'obligation de donner des alimens entre les gendres ou brus, et les beaux-pères et belles-mères cesse, 1<sup>o</sup> lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ; c'est alors à son mari de la nourrir et entretenir ; 2<sup>o</sup> lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfans issus de son union avec l'autre époux sont décédés. Art. 206.

Suivant le droit romain, l'offense que le père avait reçue de son fils pouvait être assez

grave pour l'autoriser à lui refuser des alimens. La loi 5, §. 11, ff. de agnosc. et alend lib., en donne pour exemple le fils qui avait dénoncé son père.

Cette disposition est conforme à l'esprit du Code, qui déclare indigne de succéder celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse. Art. 727.

Par extension des principes du droit romain, plusieurs auteurs, sous l'ancienne jurisprudence, avaient pensé que l'obligation de fournir des alimens aux enfans, cessait dans tous les cas où les pères et mères pouvaient les déshériter : d'autres pensaient qu'il fallait distinguer entre les causes d'exhérédation. (1)

Aujourd'hui le pouvoir d'exhérer les enfans n'est plus accordés aux pères et mères. Mais dans l'ancienne jurisprudence même, le père, quoique autorisé par les lois à déshériter son fils pour s'être marié sans son consentement, n'était cependant point dispensé de lui fournir des alimens ; (2) ce qui doit à plus forte raison s'observer sous l'empire du Code. Et la cour de cassation, dans un arrêt du 7 décembre 1808, (3) a pensé qu'un père n'était

(1) Voyez les auteurs cités dans le nouveau Denisart, au mot alimens, §. 3, n. 5.

(2) Voyez les arrêts rapportés *ibid.*, n. 6 et suiv.

(3) Rapporté par Sirey, an 1809, pag. 38 et suiv.

pas dispensé de fournir des alimens à sa fille qui s'était mariée sans son consentement. En conséquence le pourvoi contre un arrêt qui l'avait ainsi jugé a été rejeté. Mais dans ce cas les alimens doivent être réduits au rigoureux nécessaire. La pension accordée dans l'espèce de cet arrêt, n'était que de 260 liv.

## CHAPITRE VI.

*Des droits et des devoirs respectifs des époux, et de l'autorisation nécessaire à la femme pour contracter ou ester en jugement.*

### SOMMAIRE.

615. *Principes généraux sur les droits et les devoirs des époux.*
616. *Conséquences de ces principes. La femme doit suivre le mari.*
617. *Elle perd la faculté d'exercer la plupart des droits civils sans l'autorisation de son mari. Division de la matière.*

#### §. I.

Dans quels cas l'autorisation du mari est ou n'est pas nécessaire.

618. *Ce que c'est que l'autorisation du mari.*
619. *En général la femme ne peut contracter ni ester en jugement sans l'autorisation de son mari.*
620. *Quand commence la nécessité de l'autorisation.*
621. *La femme n'a pas besoin d'autorisation pour tester.*

622. *Si la femme dissimulait sa qualité dans le contrat, il n'en serait pas moins nul.*
623. *A moins que cette qualité ne fût ignorée dans le lieu de sa demeure.*
624. *L'autorisation n'est pas nécessaire, lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police.*
625. *Comment s'exécutent les obligations provenant de délits ou quasi-délits.*
626. *Descondamnations à une peine emportant mort civile.*
627. *Les obligations que la femme contracte par la seule force de la loi, sont valides sans autorisation.*
628. *Elles le sont encore si la somme a été employée utilement.*
629. *Quid du mandat accepté par la femme sans le consentement du mari?*
630. *De l'acceptation qu'elle fait d'une donation pour son fils mineur.*
631. *L'incapacité relative aux actes d'administration, peut cesser en tout ou en partie.*
632. *De la femme séparée de biens.*
- §. II.
- Quand et comment l'autorisation peut être donnée ou suppléée par la justice.
633. *Ce que c'est que l'autorisation. Elle est expresse ou tacite. Le concours du mari suffit.*
634. *L'autorisation est présumée à l'égard d'une femme marchande publique, pour tous les actes de commerce.*
635. *Mais non pour ester en jugement.*
636. *Il faut que le mari ait eu connaissance du commerce de la femme.*
637. *Conséquence relativement au commerce entrepris à l'insu du mari.*
638. *La femme marchande est personnellement obligée, quand le mari a eu connaissance de son commerce.*

639. Elle ne soumet pas son mari à la contrainte par corps.
640. Quand elle est réputée marchande publique, ou seulement factrice de son mari.
641. Quid si le mari avait l'habitude de laisser sa femme non marchande donner des quittances?
642. Dans ces cas la femme ne s'oblige pas personnellement, quoiqu'elle oblige son mari.
643. L'autorisation doit être spéciale; l'autorisation générale ne vaut que pour l'administration des biens de la femme.
644. Quelle force ont les procurations générales données par des maris absents.
645. L'autorisation peut être donnée antérieurement au contrat, et par acte séparé.
646. Il faut l'annexer au contrat, il ne suffirait pas de l'énoncer.
647. Quid si l'acte d'autorisation n'était pas référé, quoiqu'il en existât un?
648. L'autorisation postérieure au contrat ne le validerait que du jour où la femme le ratifierait en vertu de l'autorisation.
649. Si le mari refuse son autorisation, elle peut être suppléée par la justice, et comment.
650. Quid si le mari est mineur, interdit ou absent?
651. Quelle absence suffit.
652. Du cas où le mari est condamné à une peine afflictive.
653. Le mari mineur doit être consulté.
654. Quid si le mari est absent présumé, déclaré ou interdit?

§. III.

Effets de l'autorisation et du défaut d'autorisation.

655. Effet de l'autorisation du mari ou de la justice.
656. Les actes faits sans l'autorisation du mari n'engagent pas les biens de la communauté. Exceptions.

657. *Les obligations de la femme autorisée du mari engagent même ses biens, sauf indemnité.*
658. *Quid des procès soutenus par la femme ou contre la femme?*
659. *Nullité des actes et procédures faits sans autorisation.*
660. *Dans quel délai cette nullité doit être demandée.*
661. *Elle n'est plus que relative. Les tierces-personnes ne peuvent l'opposer; pas même le donateur, lorsque la donation a été acceptée par la femme non autorisée.*



615. CE titre commence par rappeler quelques principes de morale d'où dérivent tous les droits et les devoirs respectifs des époux; ils se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance. Art. 2012.

Le mari doit protection à sa femme; (213) il est donc obligé de la recevoir, de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. (214.)

La femme doit obéissance à son mari. (215.) La société conjugale ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre. (1) C'est au mari que la nature et les lois ont donné la prééminence; et c'est dans cette prééminence qu'est la source du devoir de protection que la loi impose au mari.

(1) V. ce que nous avons dit dans le premier volume, pag. 125, n° 179.

C'est d'elle aussi que dérive l'obéissance de la femme : c'est un hommage rendu au pouvoir qui la protège. La puissance maritale n'est et ne doit être qu'une puissance de protection, et non pas d'oppression.

616. Si la femme doit obéissance à son mari, elle ne peut avoir d'autre domicile que lui ; (108) elle doit le suivre par-tout où il lui plaît de résider , ( 214 ) même en pays étranger : (1) il peut la contraindre à venir habiter avec lui.

617. Enfin, et c'est un des effets les plus remarquables de l'autorité maritale, la femme perd en se mariant la faculté d'exercer seule la plupart de ses droits civils. Elle est frappée d'une incapacité légale de contracter (art. 1124) et d'ester en jugement, ( art. 215 ) sans l'autorisation de son mari.

Ce que nous avons à dire sur cette autorisation, qui fait naître une foule de questions, peut se réduire aux points suivans ,

1° Dans quels cas est-elle où n'est-elle pas nécessaire ;

2° Comment et quand doit-elle être donnée ou suppléée par la justice ;

(1) Malleville, sur l'art. 215, l'Empereur, dans le procès-verbal des conférences, tom. 1, pag. 288.

3<sup>o</sup> Quel est l'effet tant de l'autorisation que du défaut d'autorisation.

§. I.

*Dans quel cas l'autorisation du mari est où n'est pas nécessaire à la femme.*

618. L'autorisation du mari, dans les principes du Code Nap., n'est pas autre chose que l'approbation qu'il donne aux actes que la femme ne peut faire sans son consentement. (1)

Cette autorisation peut être expresse, ou tacite et présumée, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant.

612. L'incapacité de la femme mariée est fort étendue. En général elle ne peut sans autorisation, ni contracter, ni donner, aliéner ou hypothéquer ses biens, acquérir à titre gratuit ou onéreux, (217) ni administrer ses biens, (1428) accepter ni répudier une succession (776) ou une donation, ni ester en jugement (215) ou en bureau de paix, soit en demandant, soit en défendant.

620. Cette incapacité est un effet de la

(1) Dans les principes de l'ancienne jurisprudence, on ne considérait pas cette autorisation comme un simple consentement. W. Pothier, traité de la puissance maritale, n<sup>o</sup> 6.

puissance maritale : elle commence donc au moment même du mariage. Ce principe est suivi avec une telle rigueur, que si une procédure avait été commencée pour ou contre la femme pendant qu'elle était fille, il faudrait, pour la continuer depuis son mariage, qu'elle fût autorisée de son mari ou de la justice. (1)

621. L'autorisation du mari n'est nécessaire à la femme que pour les actes entre-vifs. Elle peut tester, sans y être autorisée, parce que les dispositions testamentaires ne pouvant avoir d'effets qu'après la mort, c'est-à-dire, après que l'union conjugale est dissoute, elles ne peuvent blesser les lois de cette union. 217.

622. Si la femme prenait en contractant la qualité de fille majeure, de femme divorcée ou de veuve, le contrat n'en serait pas moins nul ; autrement ce serait ouvrir une voie pour éluder la loi. Celui qui a contracté avec une femme, doit s'imputer de n'avoir pas connu son état. (2) Ce n'est de la part de la femme qu'un simple dol, qui ne peut donner lieu

(1) Arrêt de la cour de cassation du 22 germinal an 12. Sirey, 2<sup>e</sup> part., pag. 166. V. aussi Malleville sur l'art. 215, et Renusson, traité de la communauté, chap. 8, n<sup>o</sup> 7.

(2) Pothier, n. 53 et 54; Duparc-Poullain, principes du droit, tom. 5, pag. 142, n<sup>o</sup> 181.

à une action criminelle. C'est un mensonge, et non pas un faux caractérisé.

623. Mais si le mariage de cette femme n'était pas connu dans le lieu de sa demeure, si elle passait dans le pays pour fille ou pour veuve, les obligations qu'elle contracterait seraient valables; (1) ce serait le cas d'appliquer la loi *Barbarius Philippus*, ff. de off. præt., sur laquelle est fondée la maxime *error communis facit jus*.

624. Si la femme prenait un faux nom pour tromper celui avec qui elle contracte, (2) si elle présentait un faux acte d'autorisation, un faux acte de divorce, elle se rendrait coupable d'escroquerie ou de faux, et deviendrait personnellement obligée; car l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. Art. 216.

628. Mais les obligations, les condamnations et amendes qui viennent des délits ou quasi-délits de la femme, lorsque le mari n'y a point eu de part, et n'a pu les empêcher, ne peuvent être exécutées sur les biens de la

(1) Pothier, n. 28 et 54.

(2) V. l'art. 35, tit. 2 de la loi du 19 juillet 1791 sur la police correctionnelle, et la loi du 7 frimaire an 2, art. 1.

communauté, ni sur les revenus des biens de la femme qui entrent dans la communauté. Elles ne s'exécutent que sur la nue propriété des biens personnels de la femme, tant que dure la communauté. Art. 1424. (1)

626. Si les condamnations étaient prononcées pour un crime emportant la mort civile, elles frapperaient la part que la femme peut prétendre dans la communauté et ses biens personnels, (1425) parce qu'alors (2) la communauté est dissoute.

627. Les obligations que la femme contracte sans convention expresse n'ont point également besoin, pour être valides, du consentement du mari, parce qu'elles existent par la seule force de la loi. Telles sont les obligations qu'elle contracte sans aucun fait de sa part, et celles que l'équité seule produit. (3)

628. Par exemple, si celui qui a prêté à la femme non autorisée, prouve que la somme empruntée a été employée en entier au paiement d'une dette légitime, soit de la femme, soit de la communauté, il peut la réclamer, non en vertu de l'acte de prêt, qui est nul

(1) Pothier, ubi sup. n. 51 et 52.

(2) Pothier, de la communauté.

(3) Pothier, de la puissance maritale, n. 50.

faute d'autorisation, mais en vertu de l'obligation naturelle, fondée sur l'équité qui ne permet pas qu'on puisse s'enrichir aux dépens d'autrui. *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari.* L. 20, ff. de R. J.

Ainsi toutes les fois qu'il est prouvé que les sommes reçues par la femme ont tourné à son utilité, à celle de son mari ou de ses enfans, la répétition n'en peut être contestée. ( 1241—1312. )

629. La femme peut être choisie pour mandataire ; mais les actes qu'elle fait en cette qualité n'obligent que son commettant qui n'a point d'action contre elle, lorsqu'elle n'a pas été autorisée de son mari. ( 1990. )

630. Elle n'a pas besoin d'autorisation pour accepter une donation faite à son fils mineur ; parce qu'en agissant dans l'intérêt de son fils, elle ne s'oblige pas elle-même. (1)

631. L'incapacité des femmes mariées s'étend ordinairement aux actes d'administration de tous leurs biens. Cependant cette incapacité peut cesser en tout ou en partie.

La femme mariée sous le régime dotal n'a

(1) Voyez Furgole sur l'art. 7 de l'ordonnance de 1731, et ce que j'ai dit au titre des donations.

pas besoin d'être autorisée pour les actes relatifs seulement à l'administration de ses biens paraphernaux. (1576.)

Il en est de même des biens particuliers dont la femme se serait réservée l'administration par le contrat de mariage, (1534) quoiqu'il y eût d'ailleurs communauté.

632. La femme séparée de biens, soit par contrat de mariage, (1536) soit par un jugement de séparation intervenu depuis, (1449) conserve ou reprend l'entière et libre administration de ses biens meubles et immeubles, et la jouissance de ses revenus.

Elle peut même disposer de son mobilier et l'aliéner; (1449) mais elle ne peut aliéner ses immeubles (1449-1538) ni les hypothéquer, ni acquérir à titre gratuit ou onéreux, (217) ni accepter ou répudier une succession, (1) sans l'autorisation spéciale de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par la justice, qui ne doit pas permettre l'aliénation sans nécessité. (2) Il est de la prudence

(1) Pothier, n° 6.

(2) Duparc-Poullain, principes de droit, tom. 5, pag. 263, dit qu'il faut observer les formalités requises pour la vente des biens de mineurs, c'est à-dire, vendre sur enchères et après publications. C'est une condition que le Tribunal peut et doit imposer.

du juge d'ordonner que la vente sera faite aux enchères et après des publications. 7

### §. I I.

*Quand et comment l'autorisation peut être donnée ou suppléée par la justice.*

633. Nous avons dit que l'autorisation est l'approbation donnée aux actes que la femme ne peut faire sans le consentement de son mari.

L'autorisation peut donc être expresse ou tacite et présumée. Le Code a proscrit la subtilité de l'ancienne jurisprudence, qui exigeait que l'autorisation fût expresse, quoique le mari eût comparu dans l'acte et l'eût même signé. Aujourd'hui le concours du mari suffit, sans qu'il soit nécessaire d'exprimer dans l'acte qu'il autorise son épouse. Sa présence et son concours sont une autorisation suffisante. (217)

634. Le Code, en conformité de l'ancienne jurisprudence, nous donne l'exemple d'une autorisation présumée dans la femme marchande publique, qui peut s'obliger seule, sans autorisation spéciale, en tout ce qui concerne son commerce; et dans ce cas elle oblige aussi son mari, s'il y a eu communauté entre eux, art. 220, 1426. Ainsi elle peut faire valablement tous les contrats qui dépendent de

son commerce, tels que les ventes, les achats des marchandises, les achats des ustensiles, les louages des ouvriers, les lettres de change et billets qu'elle donne, qu'elle endosse ou qu'elle accepte pour le fait de son commerce, etc.

655. Mais elle ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, art. 215, parce que l'action de plaider n'est point un fait de commerce.

656. Observez qu'il faut que le mari ait eu connaissance du commerce qu'elle fait; car alors il est censé l'autoriser généralement pour tous les actes qui concernent son négoce. C'est une dérogation à la règle établie par l'art. 223, qui restreint les autorisations générales à l'administration des biens de la femme. Dérogation fondée sur cette axiome de raison naturelle: Qui veut la fin, veut les moyens. En souffrant sa femme faire le commerce, le mari doit nécessairement vouloir qu'elle puisse faire les actes nécessaires au commerce; et la célérité avec laquelle se traitent ordinairement les affaires de ce genre, ne permet pas que la femme puisse prendre à chaque instant et pour chaque acte l'autorisation spéciale de son mari. S'il a voulu recueillir les profits qu'elle ferait, il doit aussi supporter les pertes.

637. De ce qu'on vient de dire, il résulte que si la femme entreprend un commerce à l'insu de son mari, par exemple, pendant son absence, ses obligations n'engagent ni les biens du mari, ni ceux de la communauté, ni même ses biens personnels. (1)

638. Mais, lorsque le mari a eu connaissance du commerce que faisait la femme, elle ne peut se dégager de son obligation personnelle, même en renonçant à la communauté, sauf son recours contre le mari ou sa succession: (2) elle est alors dans le cas d'une femme qui a souscrit une obligation avec l'autorisation de son mari.

639. Si la femme marchande publique en s'obligeant oblige aussi son mari, elle ne le soumet pas à la contrainte par corps. L'acte emportant contrainte par corps n'y soumet que la personne qui l'a signé. (3)

640. La femme n'est réputée marchande publique, que lorsqu'elle fait un commerce séparé, un commerce dont son mari ne se mêle

(1) V. Duparc-Poullain, tom. 5, p. 140, n. 176, et l'arrêt qu'il rapporte. V. les art. 1426 et 1427 du Code Nap.

(2) Duparc-Poullain, p. 139.

(3) Tronchet, dans Loqué, t. 3, p. 509, édit. in-8°. Pothier, n. 22, pense le contraire: son opinion ne serait pas suivie aujourd'hui.

pas, et non lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises de son mari, et qu'elle l'aide dans son commerce. Art. 220 (1) En ce dernier cas, elle est considérée comme une factrice, *tanquam institrix mariti*. Tout ce qu'elle fait à ce titre ne l'oblige pas personnellement sans une autorisation spéciale, à la différence des facteurs ordinaires qui peuvent s'obliger personnellement, (2) parce qu'ils n'ont aucune incapacité personnelle.

Mais elle oblige son mari, qui est censé faire, par le ministère de sa femme, tous les actes, tous les contrats qu'il est dans l'usage de lui laisser faire. Le mari est alors obligé, en vertu du mandat tacite qui résulte de sa tolérance ou de sa permission.

641. Par une conséquence du même principe, si la femme non marchande était dans l'usage de donner des quittances aux fermiers et débiteurs, et qu'il fût prouvé que le mari a toléré cet usage en passant ces quittances en compte, sans avertir les débiteurs de ne plus payer qu'à lui, en vertu de son ordre, il ne pourrait contester la validité des quittances qu'elle continuerait de donner. (3)

(1) Pothier, n. 20.

(2) Pothier, des oblig., n. 448.

(3) Duparc-Poullain, tom. 5, p. 143.

Il en serait de même si la femme était dans l'usage de prendre à crédit pour l'usage de la famille et de la maison, des meubles et des provisions; le mari n'en pourrait refuser le paiement, à moins qu'il n'y eût excès marqué dans les fournitures. Les circonstances, la réputation de la femme, la conduite, la fortune du mari seraient les règles de décision. (1)

642. La femme, en obligeant son mari pour ces objets, en vertu du mandat tacite qu'il est censé lui avoir donné, ne contracterait point d'obligation personnelle, quand même ses reconnaissances ou arrêtés de compte porteraient qu'elle s'est personnellement obligée; cette obligation serait nulle, sans l'autorisation spéciale du mari.

643. Car, hors le cas de l'autorisation générale que le mari est présumé donner à la femme marchande publique, l'autorisation que le mari donne à son épouse doit être spéciale. Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que pour l'administration des biens de la femme. Art. 223 et 1538.

(1) Ibid. p. 144. V. aussi un arrêt du Parlement d'Aix, du 11 avril 1696, dans le dictionnaire de Prost de Royer, au mot aliment, p. 152.

644. Ainsi les procurations générales que les maris donnent à leurs épouses, en partant pour un voyage de long cours, ont tout leur effet quant aux pouvoirs qu'elles contiennent, non-seulement pour l'administration des biens du mari et de ceux de la communauté, mais encore pour aliéner ou hypothéquer ces biens, parce qu'alors les femmes agissent en qualité de mandataires; mais, quant à ce qui concerne les biens personnels de la femme, ces pouvoirs ne peuvent avoir de valeur que pour les actes d'administration, et non pour aliéner, hypothéquer ou emprunter. (1) Les aliénations, hypothèques ou emprunts, faits en vertu de ces pouvoirs généraux, seraient nuls, et ne pourraient être validés que par l'autorisation de la justice, donnée en connaissance de cause.

A moins que la procuration générale ne contînt une clause spéciale, portant autorisation d'aliéner tel ou tel objet, d'emprunter telle somme, etc.

(1) Ainsi l'a fort bien jugé la cour de Poitiers, par arrêt du 5 pluviôse an 13, dans le cas d'une femme qui avait souscrit un billet à ordre de 7,612 fr., en vertu d'une procuration que lui avait donnée son mari partant pour l'Amérique, et qui contenait pouvoir de gérer toutes leurs affaires, vendre ou hypothéquer tous leurs biens meubles et immeubles, *emprunter telles sommes qu'elle croira nécessaires*, et traiter avec tous créanciers et débiteurs, etc.

645. Car, si l'autorisation doit être spéciale, il n'est pas nécessaire qu'elle soit donnée au moment même où le contrat est passé. Elle peut l'être par un acte antérieur, référé dans le contrat et annexé à la minute.

646. Il ne suffirait pas d'énoncer que la femme est autorisée par acte d'un tel jour, passé devant tel notaire, et qu'elle a représenté : si le contrat était attaqué, et que l'acte d'autorisation ne parût pas, il serait annulé; (1) l'extrait des registres de l'enregistrement où l'acte d'autorisation serait référé ne dispenserait pas de représenter cet acte.

647. Si la femme avait contracté sans se dire autorisée de son mari, quoiqu'il existât un acte d'autorisation, le contrat où cet acte n'aurait pas été référé pourrait être annulé; car c'est la même chose qu'il n'existe pas d'acte d'autorisation, ou que la femme n'en fasse pas usage. (2)

648. Le contrat que la femme aurait passé, se disant autorisée de son mari, quoiqu'elle ne le fût pas, ne serait pas validé par la ratification ou autorisation postérieure du mari,

(1) Pothier, de la puissance maritale, n. 71; Lebrun, de la communauté, liv. 2, ch. 1, sect. 4, n. 21.

(2) Pothier, *ibid*, n. 74; Lebrun, *ibid*, n. 17.

à moins que la femme ne l'eût ratifié en vertu de l'autorisation ; (1) et alors ce serait du jour de la ratification que le contrat aurait sa force et produirait son effet : ce qu'il faut bien remarquer relativement aux droits des tiers.

649. La puissance maritale doit être une puissance de protection et non d'oppression ; si le mari refuse à la femme l'autorisation dont elle a besoin pour des actes qu'elle a intérêt de faire, elle peut recourir à l'autorité de la justice.

Après avoir fait une sommation à son mari, et sur le refus par lui fait, elle présente requête au président du tribunal de première instance du domicile commun. Le président rend une ordonnance portant permission de citer le mari à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour déduire les moyens de son refus. C. P., art. 861.

Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, il est rendu sur les conclusions du ministère public, un jugement qui statue sur la demande de la femme. Art. 862.

650. Si le mari est mineur, (2) interdit ou

(1) Voyez journal du parlement de Bretagne, tom. 1, pag. 573 ; arrêt du 23 août 1730 ; Duparc-Poullain, principe du droit, tom. 5, pag. 134 ; Pothier, ubi sup., n. 74 ; Lebrun, Rénusson, de la communauté, 1<sup>re</sup> partie, chapitre 7, n. 15 et suivant.

(2) Voyez Pothier, ubi sup., n. 29 ; Duparc-Poullain, tom. 5, pag. 158 et suiv. ; le nouveau Denisart, au mot autorisation, §. 3, n. 6.

absent, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter ou s'obliger; et cette autorisation doit être donnée en connaissance de cause. ( 222-224 )

651. Il n'est pas besoin que l'absence du mari soit déclarée, ni même présumée; il suffit qu'il se trouve trop éloigné pour donner son autorisation aussi promptement que le cas l'exige. C'est aux juges à décider s'il y a péril dans la demeure, et s'ils doivent autoriser la femme sans attendre le retour du mari, ou sans donner le tems nécessaire pour le consulter. (1)

652. Si le mari était condamné, même par contumace, à une peine afflictive ou infamante, la femme pendant la durée de la peine est également obligée de se faire autoriser par le juge, qui peut en ce cas donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. Art. 221.

653. Au contraire, comme le mari mineur a néanmoins la puissance maritale sur la personne et sur les biens de sa femme, l'autorisation du juge n'a pour objet que de suppléer à l'incapacité qui résulte de sa minorité; ainsi le mari mineur doit être consulté.

(1) Pothier, n. 12.

L'autorité de la justice ne serait même pas nécessaire pour les actes d'administration, ni dans tous les cas où le mineur émancipé n'a pas besoin lui-même de l'autorité d'un curateur

654. Dans le cas de l'absence présumée du mari, ou lorsqu'elle a été déclarée, la femme qui veut se faire autoriser à la poursuite de ses droits, présente également requête au président du tribunal, qui ordonne la communication au ministère public, et commet un juge pour faire son rapport au jour indiqué. C. P., 863.

Elle doit joindre à sa requête, dans le premier cas, un acte de notoriété passé devant notaire, pour constater que le mari est absent, et qu'on n'a aucunes nouvelles de lui; dans le second cas, le jugement qui a déclaré l'absence.

La femme de l'interdit suit la même forme pour se faire autoriser; elle joint à sa requête le jugement d'interdiction. C. P., 864.

### §. III.

*Effets de l'autorisation et du défaut d'autorisation.*

655. L'autorisation supplétive de la justice a l'effet, comme celle du mari, de faire cesser

L'incapacité de la femme mariée, et de rendre l'acte pour lequel elle est autorisée aussi valide qu'il le serait si elle n'était pas engagée dans les liens du mariage. Cet acte demeure d'ailleurs soumis à toutes les règles qui concernent la rescision des contrats.

656. Mais les actes faits par la femme sans le consentement de son mari, même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté, (1426) à moins qu'ils ne soient faits pour tirer le mari de prison, (1) ou pour l'établissement des enfans communs, (1427) ou qu'ils n'aient tourné au profit de la communauté. (1241--1512.)

Le créancier qui aurait contracté avec la femme autorisée de justice ne pourrait se faire payer sur les biens de la communauté, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que la communauté aurait profité de l'affaire pour laquelle la femme aurait contracté l'obligation, sauf à lui à se pourvoir sur la nue propriété des immeubles personnels de la femme pendant la communauté; (argum., art. 1419, 1410), et sur tous ses biens meubles et immeubles après la dissolution de la communauté. (2)

(1) Pothier, n. 35; Duparc-Poullain, principes du droit, t. 5, p. 140, n. 178.

(2) Pothier, n. 13.

657. Au lieu que si la femme a été autorisée de son mari pour quelque obligation durant le mariage, le mari ayant, par son concours, approuvé l'obligation, le créancier peut poursuivre le payement, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari et de la femme, sauf la récompense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari. 1419.

L'expropriation des immeubles, qui font partie de la communauté, se poursuit contre le mari seul, quoique la femme soit obligée à la dette.

Celle des immeubles de la femme, qui ne sont point entrés en communauté, se poursuit contre le mari et la femme; laquelle, au refus du mari de procéder avec elle, ou si le mari est mineur, peut être autorisée de justice, à la requête du créancier.

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. Art. 2208.

658. Quant aux procès suivis par la femme ou contre la femme, il faut faire la même distinction; si elle a été autorisée de son mari, la

condamnation aux dépens prononcés contre elle peut être exécutée sur les biens de la communauté, et même sur ceux du mari; (1) mais il en est autrement, si elle n'a été autorisée que de la justice. (2)

Les condamnations principales s'exécutent sur les biens de la femme, s'il s'agit d'un immeuble qui lui soit propre, ou d'un droit réel sur cet immeuble.

S'il s'agit d'une rente personnelle à la femme, la condamnation pour les arrérages s'exécute sur les biens de la communauté, chargée d'acquitter les arrérages.

S'il s'agit d'une dette passive, personnelle à la femme, par exemple, du prix d'un immeuble, qui lui est propre, ou d'une dette immobilisée par le contrat de mariage, la condamnation s'exécute sur les biens de la communauté, si le mari n'a pas eu soin de constater par un

(1) On trouve dans Sirey, an 13, déc. div., p. 135, un arrêt de la cour d'appel de Montpellier, du 10 floréal an 13, qui doit avoir décidé que, lorsqu'une femme autorisée de son mari perd son procès, le mari ne peut être condamné aux dépens pour raison de son autorisation. Cet arrêt nous paraît contraire à l'art. 1419, à moins qu'on ne veuille distinguer entre *la condamnation* du mari et *l'exécution* de la condamnation sur les biens du mari, sauf son indemnité, s'il y a lieu.

(2) Mais le mari peut-il toujours refuser son autorisation? Ne peut-il pas, dans certains cas, être retenu en cause? V. Duparc-Quellain, t. 5, p. 108 et suiv.

inventaire le mobilier que sa femme lui a apporté, sauf la récompense après la dissolution de la communauté. 1510.

S'il a fait un inventaire, la condamnation ne peut s'exécuter que sur les biens de la femme; mais alors, comme la dette est antérieure à la communauté, elle peut s'exécuter même sur les revenus des biens de la femme, comme sur les meubles qu'elle a apportés.

Enfin, s'il s'agit des dettes et charges d'une succession ou donation acceptée par la femme, autorisée par son mari, ou à son refus par la justice, il faut suivre les dispositions des articles 1413, 1416, 1417, 1418.

659. Les contrats et actes faits par la femme, les procédures faites par elle ou contre elle, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, dans les cas où elle en a besoin, sont nuls, quand même, soit par l'événement, soit par la convention, ces actes ne commenceraient à être exécutés qu'après la dissolution de la communauté.

660. Cette nullité doit être demandée dans le délai de dix ans, qui commence à courir du jour de la dissolution du mariage. Art. 1304.

661. Mais la nullité qui résulte du défaut d'autorisation n'est plus, comme dans l'an-

cienne jurisprudence, une nullité radicale et absolue ; ce n'est qu'une nullité relative qui ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. Art. 223.

Les tierces-personnes qui ont contracté avec elle, ne peuvent faire valoir son incapacité (1125) pour se dégager des obligations qu'elles ont souscrit à leur profit. Il nous paraît en résulter que le donateur ne peut plus révoquer sa donation, lorsqu'elle a été acceptée par la femme non autorisée, (1) puisqu'alors il ferait valoir une nullité uniquement relative à la femme.

L'art. 932 dit bien que la donation entre-vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour qu'elle aura été acceptée en termes *exprès*.

Mais il n'exige point que cette acceptation ne puisse être attaquée par celui qui l'a faite.

L'art. 934 dit que la femme ne peut accepter une donation sans l'autorisation de son mari ; et l'art. 942, qu'elle ne peut être restituée contre le *défaut* d'acceptation.

Mais il n'est point dit que la nullité qui résulte du premier article soit d'une nature différente de la nullité des autres contrats faits

(1) M. Proudhon, t. 1, p. 275, pense le contraire. On peut voir ses raisons et les peser.

par la femme sans l'autorisation du mari : l'on ne doit pas faire une distinction que la loi n'a point faite.

Quant à l'art. 942, il en résulte seulement qu'on peut opposer à la femme mariée *le défaut d'acceptation*, mais non pas *la nullité* de son acceptation faite sans autorisation. Nullité qui, suivant les art. 225 et 1125, ne peut être opposée que par elle, par ses héritiers ou par son mari, sans que ces articles aient fait d'exception en faveur du donateur.

## CHAPITRE VII.

### *De la dissolution du Mariage.*

662. Le mariage se dissout par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, et par le divorce légalement prononcé.

## CHAPITRE VIII.

### *Des seconds Mariages.*

---

### SOMMAIRE.

- 663. *Défense à la femme de se marier avant dix mois depuis la dissolution du premier mariage.*
- 664. *Cette défense n'est qu'un empêchement prohibitif.*
- 665. *Peine prononcée contre l'officier de l'état civil.*

666. *A quel père, en cas de second mariage de la mère, appartient l'enfant né avant les trois cents jours de la dissolution du premier mariage.*



663. Le bon ordre exige qu'une femme, en contractant un nouveau mariage immédiatement après la dissolution du premier, ne puisse laisser en doute quel est le père des enfans dont elle deviendrait mère. Il lui est défendu de se remarier avant dix mois révolus depuis la dissolution du précédent, (art. 228) quand même ce mariage aurait été déclaré nul. (1)

664. Nous avons dit, tom. 1, pag. 528, que cette prohibition n'est point un empêchement dirimant. On oppose inutilement (2) que l'art. 228 est conçu en termes prohibitifs, et que les lois prohibitives entraînent la nullité des actes faits au mépris de la prohibition, suivant le principe établi par Dumoulin. (3) *Negativa præposita verbo POTEST, tollit potentiam juris et facti, et inducit necessitatem præcisam.*

Pour faire de cette règle, d'ailleurs sujette

(1) Ainsi jugé, et avec raison, par la cour d'appel de Trèves, le 30 avril 1806. Sirey, an 1806, 2<sup>e</sup> part., pag. 139.

(2) Delvincourt, instit. au droit français, tom. 1, p. 290. Proudhon, cours du droit français, tom. 1, pag. 231.

(3) Sur la loi 1, ff. de V. O., n<sup>o</sup> 2, tom. 3, op., p. 18.

à une foule de limitations, une application exacte aux lois nouvelles, il faudrait supposer que les rédacteurs des lois l'ont eue perpétuellement présente à l'esprit, avec l'intention de s'y conformer dans leur rédaction. Il faut donc limiter cette règle, comme le dit Dumoulin lui-même, *secundum subjectam materiam*.

Comment croire que, par une prohibition temporaire, sagement établie pour empêcher la confusion de part, *propter turbationem sanguinis*, le législateur ait voulu frapper la femme d'une incapacité absolue quoique temporaire, et annuler le mariage qu'elle aurait contracté ?

Si telle eût été son intention, aurait-il manqué d'expliquer quand et par qui la nullité pourrait être proposée, quand elle ne pourrait plus l'être ou quand elle serait couverte, comme il l'a fait à l'égard des autres nullités ?

Il avait été invité, par les observations des cours d'appel sur le projet du Code, à prononcer la nullité des mariages contractés au mépris de la prohibition de l'art. 228, et à expliquer quand et par qui la nullité pourrait être proposée. S'il ne l'a pas fait, c'est, dit M. Locré, *esprit du Code Napoléon*, qu'annuler le mariage, « c'eût été trop pour la con-

» travention à une simple loi de précaution. » Il pense, par cette raison, et M. Merlin (1) pense après lui, que la défense faite à la femme de se marier avant dix mois depuis la dissolution du premier mariage n'est qu'un empêchement prohibitif. La jurisprudence des cours d'appel est favorable à cette opinion. (2)

665. La loi n'a même prononcé aucune peine contre la femme qui se remarie avant l'expiration du délai de dix mois. Mais le Code pénal, art. 194, prononce une amende de 16 à 300 francs contre l'officier de l'état civil qui aurait reçu l'acte de célébration du mariage avant le délai prescrit par l'art. 228.

666. Si la femme, malgré la prohibition de l'art. 228, se remariait sur la fin du troisième mois de la dissolution du premier mariage, et accouchait cent quatre-vingt-un jours ou six mois un jour après son second mariage, on pourrait dire, d'un côté, que l'enfant a pour père le premier mari, puisqu'il est né deux cent soixante-neuf jours seulement après sa mort; de l'autre, qu'il appartient au second mari, puisqu'il est né cent quatre-vingt-un jours depuis le mariage.

(1) Nouv. rép. V. Noces, §. 2, n. 1.

(2) V. un arrêt rendu par la cour de Colmar, le 7 juillet 1803. Sirey, an 1809, 2<sup>e</sup> part., pag. 163.

Nos anciens auteurs pensaient qu'on devait présumer que l'enfant appartenait plutôt au second mari qu'au premier. (1)

## TITRE VI.

### Du Divorce.

---

#### SOMMAIRE.

667. Définition du divorce ; combien il y en a d'espèces.

668. Division du titre.

---

667. DANS son acception la plus étendue, le mot divorce signifie toute séparation légitime du mari et de la femme. *Divortium à diversitate mentium dictum est, quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium. L. 2, ff. de divort.*

Il y a deux espèces de divorces : le divorce quant à l'habitation seulement, et le divorce quant au lien.

Le divorce, quant à l'habitation seulement, à *thoro et mensa*, est ce que nous appellons la séparation de corps, qui ne dissout point le mariage.

(1) V. Lacombe, jurispr. civil, au mot enfant, n. 8, et les auteurs qu'il cite. V. aussi Proudhon, tom. 2, pag. 37.

Le divorce, quant au lien, *quoad fœdus et vinculum*, est la dissolution du lien du mariage prononcé sur la demande de l'un des conjoints ou de tous les deux, pour les causes et dans les formes déterminées par la loi : c'est le divorce proprement dit.

668. Le Code traite, dans ce titre, de ces deux espèces de divorce. Les quatre premiers Chapitres expliquent les causes du divorce proprement dit, les formes à suivre pour le faire prononcer légalement, les mesures provisoires auxquelles l'action en divorce peut donner lieu, les fins de non recevoir qu'on y peut opposer, et enfin les effets du divorce.

Le cinquième Chapitre traite de la séparation de corps.

Nous ne traiterons point la théorie du divorce : tout a été dit sur cette matière importante. Outre les écrits pour et contre, on peut voir le résumé de M. Loqué, *dans l'esprit du Code Napoléon*

Nous nous bornerons à dire que les rédacteurs du Code n'ont admis le divorce qu'à regret, et forcés en quelque sorte par l'opinion du tems. (1) On crut, parce qu'il y a des cultes qui autorisent le divorce, que la loi civile devait le permettre, afin que chacun

(1) Malleville, tom. 1, pag. 241.

pût user de la liberté que sa croyance lui donne.

Mais en le permettant, le Code, dans les cas du moins les plus ordinaires, l'a rendu extrêmement difficile par les conditions et par les formalités qu'il exige : formalités qui sont toutes de rigueurs, en sorte que la moindre irrégularité emporte nullité. (1)

## CHAPITRE PREMIER.

### *Des causes du Divorce.*

---

### SOMMAIRE.

- 669. *Combien il y a de causes de divorce.*
- 670. *Quelles sont les causes déterminées.*
- 671. *De l'adultère de la femme et du mari.*
- 672. *Des excès, sévices et injures, s'il est nécessaire qu'il y ait eu diffamation.*
- 673. *De la condamnation de l'un des époux à une peine infamante.*
- 674. *De la séparation de corps qui a duré plus de trois ans.*

---

669. LE divorce peut être demandé, ou par l'un des époux pour une cause déterminée, ou par les deux époux d'un consentement mutuel.

(1) Voyez l'arrêt rendu par la cour de cassation, le 3 octobre 1810, sur les conclusions de M. Merlin. Sirey, an 1811, pag. 8.

Lorsque la séparation de corps, prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme, a duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur peut demander le divorce, si l'autre époux ne consent pas à faire cesser la séparation. 310.

670. Les causes déterminées sont,

- 1° L'adultère de la femme ;
- 2° L'adultère du mari, lorsqu'il tient sa concubine dans la maison commune ;
- 3° Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre ;
- 4° La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, par un jugement qui n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale. Art. 261.

671. L'adultère est un juste motif de divorce. C'est une violation du contrat de la part de celui qui s'en est rendu coupable. L'adultère de la femme est regardé dans l'évangile comme une cause de divorce. L'adultère de la femme peut introduire des enfans étrangers dans la maison ; il est dans tous les cas un motif de divorce.

Celui du mari, n'ayant pas de suites aussi fâcheuses, ne devient une cause de divorce en faveur de la femme, que lorsque le mari

y joint l'outrage de tenir sa concubine dans la maison commune, (230) sous les yeux de la mère de famille et de ses enfans.

672. Les excès sont principalement les actes de violence qui excèdent toute mesure, et qui peuvent mettre la vie de l'époux en danger.

Les sévices sont les actes de cruauté (1) qui ne mettent pas la vie en danger.

Enfin, les injures qui peuvent ne consister qu'en paroles, sont une cause déterminée de divorce. Mais le Code exige des injures graves, *injurias atroces*. (2) Il faut que l'injure tende à détruire la réputation de l'époux outragé, qu'elle attaque sa probité, ses mœurs; des paroles dures ne suffiraient pas. C'est au magistrat d'apprécier l'injure suivant la qualité des personnes et les circonstances. V. ci-après, chapitre 6, sect. 2.

Mais il ne paraît pas nécessaire que l'injure ait été suivie de diffamation. Des lettres écrites par un mari à sa femme, quoiqu'ils ne les eût pas publiées, pourraient contenir des injures assez graves pour motiver une demande de divorce. (3)

(1) Du mot latin *savus*, cruel; *savitia*, cruautés.

(2) L. 7, Code de révoc., donat.

(3) Arrêt de la cour de Poitiers, du 29 juillet 1806, rapporté par Sirey, 1806, 2<sup>e</sup> part., pag. 191.

673. L'époux honnête et innocent ne doit pas être condamné à partager l'avilissement de l'époux coupable et déshonoré. La condamnation à une peine infamante, est donc pour l'autre époux une juste cause de divorce. (232) Mais il faut que le jugement de condamnation ne soit plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale. (261) Ainsi une condamnation par contumace, ne suffirait pas pour autoriser le divorce.

Le Code pénal, art. 8, met au nombre des peines infamantes, outre les peines afflictives, le carcan, le bannissement et la dégradation civique.

Si la peine avait été prononcée avant le mariage, elle ne serait plus une cause suffisante de divorce. Le Code exige qu'elle soit prononcée *contre l'un des époux*. Avant de contracter mariage, l'autre a dû connaître la condition du futur.

674. La séparation de corps qui a duré trois ans, n'est point une cause réciproque de divorce. Elle cesse à l'égard du demandeur en séparation, qui, dans le principe, a rejeté la voie du divorce en optant pour la séparation de corps. Elle n'est établie qu'en faveur du défendeur qui n'avait pas la liberté de choisir.

Enfin, la femme contre laquelle la séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère, ne peut demander le divorce.

## CHAPITRE II.

### *Du divorce pour cause déterminée.*

---

#### SECTION I<sup>re</sup>.

*Des formes du divorce pour cause déterminée, et devant quel juge l'action doit être portée.*

---

#### SOMMAIRE.

##### §. I.

A quel tribunal doit être portée l'action en divorce.

675. *Au tribunal d'arrondissement où les époux ont leur domicile.*  
676. *Si les faits donnent lieu à une poursuite criminelle, l'action civile est suspendue.*  
677. *L'absolution de l'accusé ne préjuge rien sur le divorce.*  
678. *La condamnation le préjuge presque nécessairement.*  
679. *Si la demande est motivée sur une séparation de corps après trois ans, elle doit être portée au tribunal où l'époux défendeur a son domicile.*

##### §. II.

Des formes du divorce fondé sur la séparation de corps ou sur la condamnation de l'un des époux.

680. *Dans le premier cas, il suffit d'une simple assignation.*  
681. *Dans le second, il suffit de présenter le jugement de condamnation, avec un certificat du tribunal criminel.*

## §. III.

Des formes du divorce pour cause déterminée.

682. *Division de la marche qu'il faut suivre.*

Art. I. De l'essai de conciliation.

683. *La demande doit être remise au président du tribunal par l'époux demandeur en personne, à moins qu'il ne soit malade.*

684. *Si le juge ne peut le faire renoncer à son action, il dresse un procès-verbal dont il envoie copie, ainsi que de la demande, à l'époux défendeur, avec injonction de comparaître devant lui à jour et heure fixes.*

685. *Les époux doivent comparaître en personne; et si le juge ne peut les concilier, il ordonne le référé au tribunal, qui accorde ou suspend la permission de citer.*

Art. II. De la citation et de l'admission ou rejet de la demande.

686. *La citation est donnée pour comparaître à huis clos.*

687. *Au jour fixé, le demandeur doit comparaître en personne; mais le défendeur peut être représenté.*

688. *Ce qui se fait à cette audience d'huis clos.*

689. *Renvoi à l'audience publique.*

Art. III. Procédure sur le fond, et jugement définitif.

690. *Les aveux du défendeur ne suffisent pas pour autoriser le divorce. Si les faits ne sont pas prouvés par écrit, il faut ordonner la preuve testimoniale.*

691. *Les témoins doivent être nommés, et les reproches proposés de suite.*

692. *Les parens, à l'exception des descendans, peuvent être témoins, ainsi que les domestiques.*

693. *Comment sont reçues et rédigées les dépositions.*

694. *Après la clôture des enquêtes, les parties sont renvoyées à l'audience publique.*
695. *Où, après le rapport et les plaidoiries, le procureur impérial donne ses conclusions.*
696. *Le jugement doit être prononcé publiquement; mais le tribunal peut tarder de prononcer, si la demande est fondée sur excès ou injures.*
697. *Après une année d'épreuve, le tribunal est obligé de prononcer.*

**Art. IV. De l'appel du jugement et de l'exécution.**

698. *En cas d'appel, la cause est jugée comme urgente, et quand l'appel est recevable.*
699. *La requête civile n'est point admise; mais seulement le recours en cassation, qui est suspensif.*
700. *Nécessité de se présenter dans le délai fatal pour faire prononcer le divorce par l'officier de l'état civil.*
701. *Forme de cette prononciation.*

~~~~~

AVANT de former une demande, il faut connaître à quel tribunal on doit s'adresser.

675. Quelle que soit la nature des faits qui motivent une demande en divorce, elle ne peut être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile, (234) et par une action civile, parce qu'elle n'a pour objet que la dissolution d'un contrat civil.

676. Il est cependant possible que les faits allégués par l'époux demandeur pour motiver sa demande soient des délits qui donnent

lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public; en ce cas, l'action en divorce reste suspendue jusqu'après le jugement du tribunal criminel. (235.)

677. Mais l'absolution de l'accusé ne préjuge pas la demande en divorce, qui peut être reprise, sans qu'il soit permis d'inférer du jugement criminel aucune fin de non recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur, (235) parce qu'il peut exister des motifs suffisans pour admettre le divorce, quoiqu'il n'y en ait point assez pour prononcer une peine.

678. Au contraire, la condamnation de l'accusé préjuge presque nécessairement l'action du divorce, ou même l'anéantit. Si l'accusé était condamné à une peine infamante, et que le jugement ne pût plus être réformé, la question du divorce serait indirectement préjugée : s'il était condamné à mort, il ne pourrait plus être condamné au civil.

679. Nous avons dit que l'action en divorce doit être formée au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile; mais, si la demande était motivée sur une séparation de corps qui a duré plus de trois ans, il serait possible que les époux, au lieu de demeurer dans le même arrondissement,

demeurassent à des distances souvent fort éloignées ; dans ce cas, il faudrait suivre la règle ordinaire, *actor sequitur forum rei* : le demandeur serait obligé de s'adresser au tribunal dans l'arrondissement duquel l'époux défendeur aurait son domicile.

§. I I.

*Des formes du divorce fondé sur la séparation de corps, ou sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante.*

680. Les formes de divorce, dans ces deux cas, sont extrêmement expéditives. Dans le premier cas, c'est-à-dire, si la demande est fondée sur la séparation de corps qui a duré trois ans, l'art. 310 du Code porte que 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.

Il n'y a donc point ici de préliminaires de conciliation : ils ont été inutilement tentés lors de la demande en séparation. Il suffit donc d'une simple assignation, en tête de laquelle on donne copie du jugement de séparation, et sur laquelle on procède dans les formes ordinaires pour les actions civiles.

681. Lorsque le divorce est demandé par la raison qu'un des époux est condamné à une peine infamante, les seules formalités à observer consistent à présenter au tribunal civil une expédition en bonne forme du jugement de condamnation, avec un certificat du tribunal criminel, portant que ce même jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale. (261.)

Le Code n'exige même pas que l'époux condamné soit appelé, parce qu'il ne peut avoir aucun moyen de défense si le jugement n'est plus susceptible d'être réformé. Or, c'est un fait attesté par le tribunal criminel, qui ne peut être mis en question devant le tribunal civil qui, sur la simple présentation du jugement et du certificat du tribunal criminel, ne peut s'empêcher d'admettre le divorce.

### §. III.

*Des formes du divorce pour cause déterminée dans les autres cas.*

682. Lorsque la demande est motivée sur l'adultère de la femme ou du mari, sur les excès, sévices ou injures de l'un des époux envers l'autre, la marche à suivre est lente et compliquée. On peut y remarquer quatre degrés différens, 1° un essai préliminaire de

conciliation qui se fait secrètement devant le président du tribunal ;

2° La demande ou citation qui nécessite une discussion préliminaire, pour examiner si la demande sera admise ou rejetée ;

3° Une procédure sur le fond, suivie du jugement définitif ;

4° Enfin, les suites et l'exécution du jugement, et les règles concernant l'appel qui peut en être interjetté.

Chacun des quatre premiers degrés est rempli par des formalités rigoureuses. Il est prolongé par des intervalles que peut ménager la sage lenteur de la justice. Il faut que le demandeur assiste en personne à tout ce qui se passe, et garantisse par sa présence la sincérité de ses plaintes, et la persévérance de sa résolution.

#### ARTICLE I<sup>er</sup>.

##### *De l'essai de conciliation.*

685. Toute demande en divorce doit détailler les faits ; elle doit être remise avec les pièces à l'appui, s'il y en a, au président du tribunal ou au juge qui le remplace, par l'époux demandeur en personne, à moins qu'il n'en soit empêché par maladie ; auquel cas, sur sa réquisition et sur le certificat de

deux docteurs en médecine ou en chirurgie, ou de deux officiers de santé, le magistrat doit se transporter au domicile du demandeur pour y recevoir sa demande. (236.)

684. Le juge, après avoir entendu le demandeur, et lui avoir fait les observations qu'il croit convenables, doit, s'il n'a pu réussir à le faire renoncer à son action, parapher la demande et les pièces, et dresser de la remise du tout, en ses mains, un procès-verbal signé de lui et du demandeur, ou portant mention que celui-ci ne peut signer. (237.)

Le juge ordonne, au bas de son procès-verbal, que les parties comparâtront en personne devant lui, aux jour et heure indiqués dans son ordonnance, dont copie est par lui adressée à l'époux défendeur. (238.)

Ce n'est point l'époux demandeur qui adresse à l'autre époux une copie de sa demande, c'est le magistrat lui-même. Ainsi on écarte le ministère des huissiers, dont la présence pourrait aigrir les esprits.

685. Les parties sont tenues de comparâître en personne, sans pouvoir se faire assister d'avoués ni de conseils. (C. P. 877.) Au jour indiqué, le juge doit faire aux deux époux, s'ils se présentent, ou au demandeur, s'il est

seul comparant, les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement. S'il ne peut y parvenir, il en dresse procès-verbal, et ordonne la communication de la demande au procureur-impérial, et le référé du tout au tribunal, (239) qui, dans les trois jours suivans, doit, sur le rapport du président ou du juge qui l'a remplacé, et sur les conclusions du commissaire du gouvernement, accorder ou suspendre la permission de citer, sans que la suspension puisse excéder le terme de vingt jours. (240.)

## ARTICLE II.

*De la citation et de l'admission ou du rejet de la demande en divorce.*

686. Si l'on n'a pu faire renoncer l'époux demandeur à son action, le défendeur, en vertu de la permission du tribunal, est cité, dans la forme ordinaire, à comparaître *en personne* à l'audience à huis clos, dans le délai de la loi; il doit faire donner copie en tête de la citation, de la demande en divorce, et des pièces produites à l'appui. (241.)

687. A l'échéance du délai, soit que le défendeur compareisse ou non, le demandeur *en personne*, assisté d'un conseil, s'il le juge à propos, expose ou fait exposer les motifs

de sa demande ; il représente les pièces qui l'appuient , et nomme les témoins qu'il se propose de faire entendre. (242.)

Mais , en aucun cas, le conseil du *demandeur* n'est admis , si le demandeur ne comparait *en personne*. (248.) Au contraire , du moment où la cause est portée devant le tribunal, le défendeur peut comparaître par un fondé de pouvoirs ; il peut proposer ou faire proposer ses observations, tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur, et sur les témoins par lui nommés. Il nomme de son côté les témoins qu'il se propose de faire entendre , et sur lesquels le demandeur fait réciproquement ses observations. (242.)

688. Après que les parties ont été entendues dans cette audience, qui doit être à huis clos, (241) il est dressé procès-verbal de leurs comparutions, dires et observations, ainsi que des aveux que l'une ou l'autre peut avoir faits. On doit leur donner lecture de ce procès-verbal, qu'elles sont requises de signer, et faire mention expresse de leur signature, ou de leur déclaration de ne pouvoir ou de ne vouloir signer. (244.)

689. Le tribunal renvoie ensuite les parties à l'audience publique, dont il fixe le jour et

l'heure ; il ordonne la communication de la procédure au procureur-impérial, et commet un rapporteur. Dans le cas où le défendeur n'aurait pas comparu, le demandeur doit lui faire signifier l'ordonnance du tribunal dans le délai déterminé par cette ordonnance. (245.)

Au jour et à l'heure indiqués, sur le rapport du juge commis, le commissaire du gouvernement entendu, le tribunal statue d'abord sur la fin de non recevoir : nous en parlerons dans la section 3<sup>e</sup>. En cas qu'elles soient trouvées concluantes, la demande en divorce est rejetée ; dans le cas contraire, ou s'il n'a pas été proposé de fins de non recevoir, la demande en divorce sera admise. (246.)

### ARTICLE III.

#### *Procédure sur le fond, et jugement définitif.*

690. Dans la même audience où il a été rendu un premier jugement pour admettre la demande en divorce, et immédiatement après l'admission, si la demande paraît en état d'être jugée, le tribunal, sur le rapport du juge commis, et après avoir entendu le procureur-impérial, doit statuer au fond (247) par un second jugement, sans qu'il soit obligé de recourir à la voie des enquêtes, si les motifs du divorce sont suffisamment justifiés.

Mais les aveux du défendeur faits à l'audience ou consignés par écrit dans les procès-verbaux, ne doivent pas être considérés comme une preuve suffisante, parce qu'il serait possible qu'il y eût collusion entre les époux pour faire prononcer le divorce sur une cause supposée, afin d'éviter les épreuves nécessaires pour le divorce par consentement mutuel, et les effets qu'il produit.

Si la cause n'est pas en état d'être jugée définitivement, le tribunal doit rendre un jugement préparatoire qui admet le demandeur à la preuve des faits pertinens par lui allégués, et le défendeur à la preuve contraire. (247.)

691. Aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonne les enquêtes, le greffier du tribunal doit donner lecture de la partie du procès-verbal qui contient la nomination déjà faite des témoins que les parties se proposent de faire entendre. Le président les avertit qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues. (249.)

Les parties devront proposer de suite leurs reproches respectifs contre les témoins, et le tribunal statue sur ces reproches après avoir entendu le procureur-impérial. (250.)

692. Les parens des parties, à l'exception de leurs enfans et descendans, ne sont pas, dans l'instance du divorce, reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, sauf à avoir aux dépositions des uns et des autres tel égard que de raison. (251.)

Tout jugement qui admet une preuve testimoniale, doit dénommer les témoins qui seront entendus, et déterminer le jour et l'heure auxquels les parties devront les présenter. (252.)

693. Les dépositions des témoins doivent être reçues par le tribunal séant à huis clos, en présence du procureur-impérial, des parties, et de leurs conseils ou amis, au nombre de trois de chaque côté. (253.)

Les parties, par elles ou par leurs conseils, peuvent faire aux témoins telles observations et interpellations qu'elles jugent à propos, sans pouvoir néanmoins les interrompre dans le cours de leurs dépositions. (254.)

Chaque déposition doit être rédigée par écrit, ainsi que les dires et observations auxquels elle aura donné lieu. Le procès-verbal d'enquête doit être lu tant aux témoins qu'aux parties : les uns et les autres doivent être requis de le signer, et on fait mention de leur

signature, ou de leur déclaration qu'ils ne peuvent ou ne veulent signer. (255.)

694. Après la clôture des deux enquêtes, ou de celle du demandeur, si le défendeur n'a pas produit de témoins, le tribunal doit renvoyer les parties à l'audience publique, dont il indique le jour et l'heure; il ordonne la communication de la procédure au procureur impérial, et commet un rapporteur. Cette ordonnance doit être signifiée au défendeur, à la requête du demandeur, dans le délai déterminé par la même ordonnance. (256.)

695. Au jour fixé pour le jugement définitif, le rapport est fait par le juge commis. Les parties peuvent faire par elles-mêmes ou par l'organe de leurs conseils, telles observations qu'elles jugent utiles à leur cause, après quoi le procureur-impérial donne ses conclusions. (257.) Mais il faut toujours se souvenir que le conseil du demandeur n'est pas admis, si le demandeur n'est pas comparant en personne. (258.)

696. Le jugement définitif doit être prononcé publiquement; et lorsqu'il admet le divorce, le demandeur est autorisé à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. (258.)

Mais lorsque la demande en divorce est

motivée sur des excès, des sévices ou des injures, les juges, quoiqu'elle soit bien établie, peuvent ne pas admettre immédiatement le divorce.

Dans ce cas, avant de faire droit, ils doivent autoriser la femme à quitter la compagnie de son mari, et le condamner à lui payer une pension alimentaire proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisans pour fournir à ses besoins. (259.)

697. Après une année d'épreuve, si les parties ne se sont pas réunies, l'époux demandeur pourra faire citer l'autre époux à comparaître au tribunal dans les délais de la loi, pour y entendre prononcer le jugement définitif, qui pour lors admet le divorce (260) et autorise les parties à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer.

#### ARTICLE IV.

##### *De l'appel du jugement et de son exécution.*

698. En cas d'appel du jugement d'admission ou du jugement définitif rendu par le tribunal de première instance en matière de divorce, la cause doit être instruite et jugée par la cour impériale comme affaire urgente. (262.)

L'appel n'est recevable qu'autant qu'il a été

interjetté dans les trois mois, à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement *ou par défaut.* (263.)

L'art. 443 du Code de procédure, veut au contraire que les trois mois accordés pour relever appel dans les matières ordinaires, ne courent, à l'égard des jugemens par défaut, que du jour où l'opposition ne sera plus recevable, et non pas du jour de la signification. Mais cet article ne s'applique point aux jugemens par défaut rendus en matière de divorce, à l'égard duquel la procédure est absolument particulière et réglée par le Code Napoléon. (C. P., art. 881.)

L'acquiescement donné au jugement avant le délai de trois mois, ne rendrait pas l'appel non recevable. (1) C'est un principe de droit public, que les particuliers ne peuvent faire des conventions sur des questions d'état, telles que celles qui concernent les liens du mariage.

699. La requête civile n'est jamais admise contre les jugemens rendus en matière de divorce, puisque le Code Napoléon n'en parle pas.

(1) Ainsi l'a décidé la cour de cassation, par un arrêt du 17 août 1807, rapporté dans le nouveau répertoire, au mot jugement, §. 3, n. 6. Voyez aussi Pigeau, *procédure civile*, tom. 1, pag. 488 et 489; l'art. 6 du Code Nap.

On peut seulement recourir à la cour de cassation, s'il y a lieu, contre les jugemens en dernier ressort, et le délai pour se pourvoir est de trois mois à compter de la signification; mais le pourvoi est suspensif en cette matière. (263.)

700. Lorsque le jugement qui autorise le divorce est rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, l'époux qui l'a obtenu est obligé de se présenter dans le délai de deux mois, devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée pour faire prononcer le divorce. (264.)

Les deux mois ne commencent à courir, à l'égard des jugemens de première instance, qu'après l'expiration du délai d'appel; à l'égard des jugemens rendus par le défaut en cause d'appel, qu'après l'expiration du délai d'opposition; et à l'égard des jugemens contradictoires en dernier ressort, qu'après l'expiration du délai de pourvoi en cassation. (265.)

Le délai de deux mois est fatal; l'époux demandeur, qui l'aurait laissé passer sans appeler l'autre époux devant l'officier de l'état civil, serait déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu, et ne pourrait reprendre son action en divorce que pour nouvelle cause; mais, en ce cas, il pourrait faire valoir les anciennes. (266.)

701. Au jour fixé par la citation donnée à l'autre époux, l'époux demandeur se présente devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce. Il représente le jugement qui l'autorise, et il en remet une expédition avec une copie en forme de l'exploit de signification qui a été fait ainsi que de l'assignation donnée au défendeur pour se présenter à la maison commune à l'heure indiquée, afin d'y voir prononcer le divorce. Ces pièces sont remises à l'officier de l'état civil, lequel, après s'être assuré qu'elles sont en règle, et que les délais pour se pourvoir sont expirés, ou que le premier jugement a été confirmé, prononce le divorce, en absence ou en présence du défendeur, en déclarant au nom de la loi que le mariage qui a eu lieu entre tel et telle est dissous par l'effet du divorce autorisé par le jugement référé. Il dresse, de suite, acte ou procès-verbal de cette opération en présence de deux témoins qui doivent signer l'acte, ainsi que l'époux requérant.

C'est cette prononciation qui dissout le mariages, et qui opère le divorce que le jugement ne fait qu'autoriser. C'est du jour de cette prononciation que commencent à courir les dix mois pendant lesquels la femme ne peut contracter un nouveau mariage, avant la dissolution du précédent. (228.)

SECTION II.

*Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée.*

---

SOMMAIRE.

702. *A qui reste l'administration des enfans pendant l'instance.*
703. *La femme peut quitter le domicile de son mari, et demander une pension alimentaire.*
704. *Elle peut faire apposer les scellés sur le mobilier de la communauté.*
705. *Les obligations contractées, et les aliénations faites par le mari en fraude des droits de la femme, doivent être déclarées nulles.*
- 

702. L'INSTANCE de divorce ne suspend point les droits de la puissance maritale ; mais elle donne lieu à des mesures provisoires, commandées par les circonstances. L'administration des enfans reste au mari demandeur ou défendeur en divorce ; mais le tribunal peut, si le plus grand avantage des enfans l'exige, en ordonner autrement, sur la demande, soit de la mère, soit de la famille ou du procureur-impérial. (267.)

703. Il est permis à la femme demanderesse ou défenderesse, en divorce, de quitter le domicile du mari, et de se retirer dans une maison indiquée par le tribunal, qui règle en même tems, s'il y a lieu, la pension alimentaire que le mari doit lui payer. (268.)

Elle est obligée de justifier de sa résidence dans cette maison, toutes les fois qu'elle en est requise, faute de quoi le mari peut lui refuser le payement de sa pension, et même la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites. (269.)

704. La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, peut, en tout état de cause, à partir de la première ordonnance qui permet d'appeller l'époux défendeur en conciliation, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne peuvent être levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire. (270.)

705. Et, à dater de la même époque, toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui

faite des immeubles qui en dépendent peut être déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. (271.)

Mais cette nullité n'étant que dans l'intérêt de la femme, les acquéreurs ne pourraient être inquiétés si le mari était solvable, ou s'ils étaient dans la bonne foi, comme s'ils avaient contracté avant que la demande en divorce leur fût connue.

### SECTION III.

*Des fins de non recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée.*

#### S O M M A I R E.

706. *L'action est éteinte par la réconciliation.*
707. *La réconciliation doit être prouvée, si elle est déniée.*
708. *L'action est encore éteinte si le demandeur laisse écouler deux mois depuis le jugement sans faire citer le défendeur devant l'officier civil.*
709. *L'époux qui a opté pour la séparation ne peut s'en désister pour demander le divorce.*
710. *Quid, si, après avoir obtenu la séparation pour cause d'injures, le mari demande le divorce pour adultère commis par la femme depuis la séparation?*

706. LES fins de non recevoir dont il est ici question sont celles qui éteignent l'action.

en divorce ou qui la rendent non recevable.

Elle est éteinte par la réconciliation des époux, survenue, soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce. (272)

Dans l'un et l'autre cas, le demandeur est déclaré non recevable dans son action, et il n'en peut intenter une nouvelle que pour cause survenue depuis la réconciliation; mais alors il peut faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande. (273.)

707. Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur doit en faire preuve, soit par écrit, soit par témoins, dans la forme prescrite en la section précédente. (274.)

708. L'action en divorce est encore éteinte si le demandeur a laissé écouler deux mois depuis le jugement qui autorise le divorce, sans faire citer l'autre époux à comparaître devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce, (266) ainsi que nous l'avons vu ci-dessus.

709. L'époux qui aurait intenté une action en séparation de corps ne pourrait s'en désister pour demander le divorce; il est censé y avoir renoncé en optant pour la séparation: après l'avoir obtenue, il ne peut également la faire

convertir en divorce, quelque long tems qu'elle ait duré.

710. Mais si, depuis la séparation prononcée, il survenait des causes nouvelles qui lui donnassent un grand intérêt à faire dissoudre le mariage; par exemple, si le mari qui avait obtenu la séparation pour injures graves découvrait que sa femme s'est rendue coupable d'adultère, il a le plus grand intérêt à demander le divorce, pour empêcher que sa femme n'introduise dans sa famille un héritier étranger, en vertu de la règle, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, dont la séparation ne fait pas cesser les effets. Il y a, dans ce cas, une cause nouvelle qui n'existait pas lorsqu'il s'était borné à demander la simple séparation de corps. Il ne paraît donc pas qu'on puisse lui opposer sa première option comme une fin de non recevoir contre l'action en divorce.

Cependant la cour impériale d'Aix (1) a jugé qu'en ce cas le mari était non recevable à demander le divorce : il est au moins douteux que cet arrêt soit confirmé, s'il est déféré à la cour de cassation.

(1) Par arrêt du 5 août 1810, rapporté par Sirey, an 1811, 2<sup>e</sup> part., p. 65. La cour d'Aix a cru trouver les motifs de sa décision dans la discussion au conseil d'état; mais en recourant aux sources, il nous paraît qu'elle a tiré des conséquences inexactes des passages cités.

## CHAPITRE III.

*Du Divorce par consentement mutuel.*

## S O M M A I R E.

711. Pourquoi le divorce par consentement mutuel a été admis.

712. Division du chapitre.

711. LE divorce par consentement mutuel a été reçu principalement comme un moyen de couvrir (1) les autres causes de divorce, que l'intérêt des mœurs et celui de la famille ne permettent pas de divulguer, et celles qu'il serait dangereux de révéler. Le Code l'a subordonné à des conditions telles que leur réunion prouve qu'il existe réellement une cause de divorce, et qu'il est devenu nécessaire.

« Le consentement mutuel et persévérant  
 » des époux exprimé de la manière prescrite  
 » par la loi, sous les conditions, et après  
 » les épreuves qu'elle détermine, prouve  
 » suffisamment, dit l'article 233, que la vie  
 » commune leur est insupportable, et qu'il

(1) L'Empereur, procès-verbal du 14 vendémiaire an 10, tom. 1, pag. 314; Loqué, pag. 228, édit. in-8°.

» existe, par rapport à eux, une cause pé-  
» remptoire de divorce. »

712. Nous examinerons, 1<sup>o</sup> les conditions exigées pour admettre le divorce par consentement mutuel ; 2<sup>o</sup> la procédure pour y parvenir.

## SECTION PREMIÈRE.

*Conditions exigées pour admettre le divorce par consentement mutuel.*

---

### SOMMAIRE.

713. *Il faut que les époux soient majeurs, le mari de vingt-cinq ans, la femme de vingt-un ans ;*

714. *Que le mariage soit contracté depuis plus de deux ans ;*

715. *Qu'il ait subsisté moins de vingt ans, et que la femme n'ait pas quarante-cinq ans ;*

716. *Que les époux aient obtenu le consentement de leurs ascendans ;*

717. *Qu'ils aient fait inventaire de leurs biens et réglé leurs droits respectifs ;*

718. *Qu'ils aient réglé à qui les enfans seront confiés.*

---

713. LES époux ne sont point reçus à demander le divorce par consentement mutuel, si le mari à moins de vingt-cinq ans, ou si la femme est mineure de vingt un ans : (276)

leur mésintelligence peut, en ce cas, être imputée à la légèreté de leur âge.

714. La demande des époux, même majeurs, ne peut être admise qu'après deux ans de mariage. (276) C'est un tems d'épreuve que la loi juge nécessaire pour qu'ils puissent connaître si réellement la vie commune leur est insupportable.

715. Le Code veut encore que la demande en divorce soit rejetée après vingt ans de mariage, et lorsque la femme a atteint quarante-cinq ans. (277.)

Il est impossible de croire que la vie commune soit insupportable à des époux qui ont cohabité pendant vingt ans.

Les motifs de la seconde disposition ne nous ont pas été transmis dans les discussions, et il est difficile de les donner.

716. Le Code veut que, dans aucun cas, le consentement mutuel des époux ne puisse suffire pour demander le divorce, s'il n'est autorisé par leurs pères ou mères, ou par leurs autres ascendans vivans, (1) (278) et cette autori-

(1) M. Locré, tom. 4, pag. 403, pense que cette expression trop étendue, doit être bornée aux aïeux et aïeules, et que les époux ne sont pas obligés de demander le consentement de leur bisaïeul et de leur bisaïeule lorsqu'ils vivent. Il se fonde sur ce que la disposition finale de l'art. 283 n'exige la justification que du

sation doit être donnée par un acte authentique, portant que, pour les causes à eux connues, ils autorisent tel ou telle, leurs fils ou fille, petit-fils ou petite-fille, marié ou mariée à tel ou telle, à demander le divorce et à y consentir. (283.)

L'art. 278 veut que l'autorisation des pères et mères et ascendans soit donnée suivant les règles prescrites par l'art. 150. Au titre du mariage, ce renvoi a eu pour objet de décider dans quel ordre les ascendans doivent être appelés ; c'est-à-dire, que si les pères et mères sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent.

Au surplus, il y a beaucoup de différence à cet égard entre le cas du mariage que la loi favorise, et celui du divorce qu'elle ne tolère qu'à regret.

Ainsi, dans le cas d'un mariage, l'attestation des aïeuls présens suffit pour constater le décès des père et mère, et l'attestation assermentée des époux majeurs, jointe à celle des témoins qui assistent au mariage, suffit

décès de l'aïeul et de l'aïeule; d'où il conclut que cette disposition explique et limite l'expression générale de l'art. 278, ou *autres ascendans vivans*.

Cette opinion peut souffrir des difficultés dans une matière où tout est de rigueur. Mais la question se présentera bien rarement.

pour constater l'absence ou le décès des ascendants dont le consentement est requis, quand on n'en peut avoir la preuve autrement; tandis que, pour le divorce, l'art. 285 veut que les pères, mères ou aïeuls des époux soient présumés vivans, jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès. On ne devrait donc admettre la preuve de ces décès que dans le cas de l'art. 46, c'est-à-dire, lorsqu'il n'y a pas eu de registres, ou qu'ils sont perdus. (1)

Ainsi encore, quoique le consentement du père suffise pour le mariage, en cas de dissentiment, celui de la mère est exigé pour le divorce, sous peine de nullité, comme l'a décidé la cour de cassation par un arrêt rendu d'office, sur les conclusions de M. Merlin, le 3 octobre 1810. (2)

La cour pensa même alors, comme on le voit dans les considérans, que le renvoi de l'art. 278 à l'art. 150, était étranger au cas du dissentiment entre les aïeuls et aïeules ou entre les lignes : dissentiment qui emporte consentement dans le cas de mariage, et que l'objet de ce renvoi se bornait à régler l'ordre dans lequel les ascendants doivent être appelés.

(1) Voyez Loqué, ubi sup.

(2) Rapporté par Sirey, an 1811, pag. 8.

717. Le Code exige encore, comme une condition sans laquelle la demande ne peut être admise, que les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel, fassent préalablement un inventaire et une estimation de tous leurs biens meubles et immeubles, et qu'ils règlent leurs droits respectifs, sur lesquels néanmoins il leur est libre de transiger, (279) sans que la femme ait besoin de l'autorisation de la justice pour cette transaction, la loi l'autorisant spécialement, en ce cas, à traiter avec son mari, (1) sans qu'elle puisse, après le divorce prononcé, réclamer contre la lésion qu'elle prétendrait avoir soufferte dans cette transaction, ni contre les violences qu'on a employées pour l'y faire consentir.

718. Enfin, le Code veut, pour dernière condition, qu'avant de demander le divorce par consentement mutuel, les époux soient tenus de constater par écrit leur convention sur les trois points qui suivent,

1° A qui les enfans nés de leur union seront confiés, soit pendant le tems des épreuves, soit après le divorce prononcé;

2° Dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le tems des épreuves;

(1) Voyez Loqué, ubi sup. 323.

3<sup>o</sup> Quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même tems, si elle n'a pas des revenus suffisans pour fournir à ses besoins. (280.)

La loi exige que tout soit réglé de gré à gré entre les époux avant de les admettre à demander le divorce. Le juge ne peut les écouter, si toutes les mesures préliminaires n'ont été définitivement arrêtées entre elles.

Au reste, le Code n'exige pas que les divers traités passés entre les époux sur tous ces préliminaires soient faits par acte authentique, sans doute parce que le dépôt qu'ils sont obligés d'en faire entre les mains des juges assurent à ces traités une authenticité suffisante.

## SECTION II.

*De la procédure à suivre pour parvenir au divorce par consentement mutuel.*

### S O M M A I R E.

719. *Déclaration que les deux époux en personne font au président du tribunal, en présence de deux notaires.*

720. *Représentations et exhortations qu'il leur fait.*

721. *Pièces qu'ils doivent lui remettre; acte qu'il doit dresser de leur demande.*

722. *Procès-verbal qui est dressé par les notaires.*

723. *Renouvellement de la déclaration.*  
724. *Réquisition des deux époux de l'admission du divorce.*  
725. *Acte décerné de leur réquisition.*  
726. *Ordonnance de référé au tribunal.*  
727. *Conclusions du procureur-impérial.*  
728. *Jugement qui admet ou rejette le divorce, et renvoie devant l'officier de l'état civil.*  
729. *Appel du jugement de rejet.*  
730. *Signification des actes d'appel.*  
731. *Procédure et jugement sur l'appel.*  
732. *Exécution du jugement.*

719. POUR parvenir au divorce par consentement mutuel, les deux époux doivent se présenter ensemble, et en personne, devant le président du tribunal civil de leur arrondissement, ou devant le juge qui en fait les fonctions, et ils lui font la déclaration de leur volonté en présence de deux notaires nommés par eux. (281.)

720. Le juge doit faire aux deux époux réunis, et à chacun d'eux en particulier, en présence de deux notaires, les représentations et exhortations qu'il croit convenables, et leur donner lecture du chapitre 4 qui règle les effets du divorce. Enfin, il doit leur développer les conséquences de leur démarche. (282.)

721. Si, malgré les exhortations du juge, les époux persistent dans leur résolution, il doit leur donner acte de ce qu'ils demandent le divorce et y consentent mutuellement. Les époux doivent produire et déposer à l'instant, entre les mains des notaires,

1° L'acte de leur naissance et celui de leur mariage;

2° Les actes de naissance et de décès de tous les enfans de leur union;

3° La déclaration authentique par laquelle leurs père et mère ou autres ascendans vivans les autorise à demander le divorce et à y consentir;

4° L'inventaire estimatif de tous leurs biens meubles et immeubles;

5° L'acte ou la transaction qui règle leurs droits respectifs;

6° Leur convention sur les trois points de savoir à qui les enfans seront confiés pendant le tems des épreuves et après le divorce, dans quelle maison la femme doit se retirer, quelle somme le mari doit lui payer pendant le tems des épreuves. (283.)

722. Les notaires doivent dresser un procès-verbal détaillé de la comparution des parties, de la remise des pièces qui demeurent annexées au procès-verbal, des exhortations faites aux

époux pour opérer leur rapprochement; et enfin de l'avertissement qui doit être donné à la femme de se retirer, dans les vingt-quatre heures, dans la maison convenue entre elle et son mari, et d'y résider jusqu'au divorce prononcé. (284)

723. La déclaration des époux, faite dans les formes que nous venons d'indiquer, doit être renouvelée dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois qui suivront, en observant les mêmes formalités. (285.)

Ces formalités, comme toutes les autres relatives au divorce par consentement mutuel, doivent être littéralement observées sous peine de nullité, en sorte que si le renouvellement de la déclaration des époux était fait le onzième mois au lieu du dixième, cette irrégularité entraînerait la nullité de tout ce qui aurait été fait et du jugement d'admission : ainsi l'a décidé la cour de cassation par un arrêt solennel du 3 octobre 1810 ci-dessus cité.

Les époux sont obligés à rapporter à chaque fois la preuve, par acte public, que leurs pères, mères, ou autres ascendans vivans persistent dans leur première détermination; mais ils ne sont tenus à répéter la production d'aucun autre acte. (285.)

724. Après ces épreuves, si les époux persévèrent, ils doivent, dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année, à compter de la première déclaration, et non pas plus tard, se faire assister chacun de deux amis, personnes capables dans l'arrondissement, âgés de cinquante ans au moins, et se présenter volontairement, ensemble et en personne, devant le président du tribunal ou devant le juge qui en fait les fonctions, et lui remettre les expéditions, en bonne forme, des quatre procès-verbaux contenant leur consentement mutuel, et de tous les actes qui ont dû y être annexés, et ils requerront du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce. (286.)

725. Après que le juge et les assistans ont fait leurs observations aux époux, s'ils persévèrent, il doit leur être donné acte de leur réquisition et de la remise par eux faite des pièces à l'appui. Le greffier du tribunal dresse un procès-verbal qui doit être signé, tant par les parties (à moins qu'elles ne déclarent ne savoir signer ou ne pouvoir signer, auquel cas il en est fait mention) que par les quatre assistans, le juge et le greffier. (287.)

726. Au bas de ce procès-verbal, le juge

doit mettre de suite son ordonnance portant que, dans les trois jours, il sera par lui référé du tout au tribunal, en la chambre du conseil, sur les conclusions par écrit du procureur-impérial, auquel les pièces doivent à cet effet être communiquées par le greffier. (288.)

727. Si le procureur-impérial trouve dans les pièces la preuve que les deux époux étaient âgés, le mari de vingt-cinq ans, la femme de vingt-un ans, lorsqu'ils ont fait leur première déclaration; qu'à cette époque ils étaient mariés depuis deux ans, que le mariage ne remontait pas à plus de vingt, que sa femme avait moins de quarante-cinq ans, que le consentement mutuel a été exprimé quatre fois dans le cours de l'année, après les préalables prescrits, et avec toutes les formalités requises, notamment avec l'autorisation des pères et mères des époux, ou avec celle de leurs autres ascendans vivans; en cas de prédécès des pères et mères; il donnera ses conclusions en ces termes : *La loi permet.* Dans le cas contraire, ses conclusions seront en ces termes : *La loi empêche.* (289.)

728. Le tribunal, sur le référé, ne peut faire d'autres vérifications que celles indiquées par l'art. précédent. S'il en résulte que, dans l'opinion du tribunal, les parties ont satisfait

aux conditions et rempli les formalités déterminées par la loi, il admettra le divorce, et renverra les parties devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. Dans le cas contraire, le tribunal doit déclarer qu'il n'y a pas lieu à admettre le divorce, et déduire les motifs de sa décision. (290.)

229. L'appel du jugement qui a rejeté le divorce n'est recevable qu'autant qu'il est interjeté par les deux parties, et néanmoins par actes séparés, dans les dix jours au plutôt, et au plus tard dans les vingt jours de la date du jugement de première instance. (291.)

230. Les actes d'appel doivent être réciproquement signifiés, tant à l'autre époux qu'au procureur-impérial au tribunal de première instance. (292.)

231. Dans les dix jours, à compter de la signification qui lui a été faite du second acte d'appel, le procureur-impérial au tribunal de première instance doit faire passer au procureur-général-impérial l'expédition du jugement, et les pièces sur lesquelles il est intervenu. Le procureur-général donne ses conclusions par écrit, dans les dix jours qui suivent la réception des pièces; le président ou le juge qui le supplée fait son rapport

en la chambre du conseil, et il doit être statué définitivement dans les dix jours qui suivent la remise des conclusions du procureur-général; (295) mais le Code ne prononce pas la nullité des jugemens intervenus après les délais qu'il établît : il serait injuste que la négligence des juges retombât sur les demandeurs. (1)

732. En vertu du jugement qui admet le divorce, et dans les vingt jours de sa date, les parties doivent se présenter ensemble et en personne devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce; ce délai passé, le jugement demeure comme non avenu. (294.)

## CHAPITRE IV.

### *Des effets du Divorce.*

LES effets du divorce sont relatifs aux époux ou aux enfans.

#### SECTION I<sup>ère</sup>.

#### *Effets du Divorce par rapport aux époux.*

### S O M M A I R E.

#### §. I.

Effets relatifs à la personne.

733. *Liberté de contracter un nouveau mariage avec une autre personne.*

(1) Locré, sur l'art. 193.

734. Défense aux deux époux de contracter ensemble un nouveau mariage.
735. Défense à la femme de contracter un mariage avant dix mois.
736. Défense aux époux divorcés par consentement mutuel, de contracter un nouveau mariage avant trois ans.
737. Défense à l'époux adultère d'épouser son complice.
738. Peine de la femme adultère.

## §. I I.

## Effets relatifs aux biens.

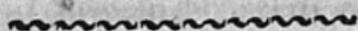
739. Les droits des époux sont réglés comme si le mariage était dissous par la mort.
740. A l'exception des droits de survie et du préciput de communauté.
741. L'époux contre lequel le divorce est prononcé, perd tous les avantages que l'autre lui a faits.
742. L'autre les conserve tous, même les réciproques, quoique la réciprocité n'ait plus lieu.
743. L'époux coupable ne peut plus révoquer les dons qu'il avait faits à l'autre.
744. Nullités des stipulations qui défendraient d'user de la révocation en cas de divorce.
745. L'époux coupable ne perd pas les avantages que lui avaient faits les parens de l'autre époux.
746. Alimens dus à l'époux qui a obtenu le divorce.

## SECTION II.

## Effets du Divorce relativement aux enfans.

747. A qui sont confiés les enfans.
748. L'autre époux conserve sur eux un droit de surveillance, et contribue à leur entretien.

749. *Le père conserve seul la puissance paternelle.*
750. *Maintien des avantages que le mariage dissous assurait aux enfans.*
751. *Transmission aux enfans de la moitié des biens des époux divorcés par consentement mutuel.*
752. *Sans préjudice des autres avantages que leur assumeraient les conventions matrimoniales de leurs père et mère.*
753. *Les père et mère ne peuvent vendre ni hypothéquer la moitié des biens dévolus à leurs enfans.*
754. *Ces biens sont rapportables aux autres enfans, jusqu'à concurrence de ce qui excède la portion disponible.*



§. I.

*Effets relatifs à la personne.*

733. LE principal effet du divorce est de rompre les liens du mariage, et de rendre les époux à leur liberté première : ils peuvent contracter de nouveaux mariages.

734. Mais, pour quelque cause que le divorce ait été prononcé, le Code leur défend de se réunir par un nouveau mariage. (295.)

735. Dans le cas du divorce pour cause déterminée, la femme divorcée ne peut se remarier que dix mois après le divorce prononcé. (296.)

736. Dans le cas de divorce par consen-

tement mutuel , aucun des deux époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce. (297.)

737. Dans le cas de divorce admis pour cause d'adultère , l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice , ( 298 ) même après la mort de l'époux innocent.

738. La femme convaincue d'adultère doit être condamnée , par le même jugement et sur la réquisition du ministère public , à trois mois au moins d'emprisonnement , et à deux ans au plus ; et le mari , lorsque le divorce a été prononcé , ne peut arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme , avec laquelle il ne peut se réunir. Articles 298 et 295 du Code Nap. ; art. 337 du Code pénal.

Nous avons donné ailleurs les raisons qui nous portent à penser que les défenses contenues dans les articles précédens ne sont que des empêchemens prohibitifs , et non des empêchemens dirimans du mariage. (1)

### §. I I.

#### *Effets relatifs aux biens.*

739. Lorsque le divorce est demandé par consentement mutuel , les époux ont préala-

(1) Voyez pag. 528 du 1<sup>er</sup> vol. , et pag. 40 du 2<sup>e</sup> vol.

blement réglé leurs droits respectifs de gré à gré, sans quoi leur demande n'aurait pas été reçue. Ce règlement devient irrévocable du moment que le divorce est prononcé.

Dans les autres cas, les époux doivent presque à tous égards liquider leurs droits comme si le mariage avait été dissous par la mort naturelle ou civile de l'un d'eux.

Il ne faut pas qu'on puisse spéculer sur le divorce, et que des époux adroits et avides envisagent le divorce comme un moyen d'acquérir. Ainsi, l'épouse contre laquelle le divorce est prononcé, ne perd ni sa dot ni sa part dans la communauté.

740. Mais la dissolution de la communauté opérée par le divorce ou par la séparation, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme (1451) ou du mari.

Ainsi, il n'y a pas lieu à la délivrance du préciput de communauté; mais l'époux qui a obtenu le divorce ou 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. (1518.)

741. Cet article ne parle que de l'époux qui a obtenu le divorce, parce que, hors le cas

du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé est placé par la loi au rang des ingrats, et perd de droit tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. (299.)

742. Au contraire, l'époux qui a obtenu le divorce conserve les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait plus lieu. (300.)

Disposition générale contraire aux principes ordinaires des conventions; car, dans une donation réciproque, chacune des parties ne s'oblige que sous la condition de l'obligation de l'autre : mais la loi prive de la réciprocité l'époux contre lequel le divorce a été admis pour le punir de son ingratitude.

743. L'époux qui a obtenu le divorce conservant tous les avantages à lui faits par l'autre époux, (300) même depuis le mariage contracté, (299) il en résulte que l'époux contre lequel il a été prononcé ne peut révoquer ces avantages, quoique, hors ce cas, ils soient toujours révocables, même lorsqu'ils sont qualifiés de dons entre-vifs. (1096.)

Mais ils ne peuvent être révoqués depuis

le jour de l'ordonnance par laquelle, en conformité de l'art. 138, le président du tribunal enjoint aux époux de comparaître devant lui; (1) car, depuis cette époque, le mari ne peut plus rien faire en fraude des droits de la femme; (271) et, par identité de raison, la femme ne peut plus rien faire en fraude des droits du mari.

Si l'époux contre lequel le divorce est prononcé pouvait révoquer les avantages qu'il a faits depuis le mariage, l'autre époux ne les conserverait plus comme le veut l'art. 300, qui s'applique à ces avantages aussi bien qu'à ceux faits par contrat de mariage, comme il résulte de la généralité de sa disposition et de sa comparaison avec l'art. 299 dont il est une suite. L'un fait perdre à l'époux coupable tous les avantages à lui faits, soit par *contrat de mariage*, soit depuis le mariage contracté; l'autre les conserve à l'époux innocent.

Si les dons étaient faits par testament, ils continueraient d'être révocables, même depuis la prononciation du divorce.

744. La disposition de l'art. 299 qui prive l'époux ingrat contre lequel le divorce est admis de tous les avantages à lui faits par

(1) Ainsi le pense aussi M. Proudhon, t. 1, p. 319 et suiv.

l'autre époux, ne pourrait être éludée par une clause du contrat de mariage dans laquelle les époux auraient renoncé à la révocation de ces avantages dans le cas du divorce : une pareille stipulation serait nulle comme contraire aux bonnes mœurs. (1133.) Il n'est pas permis de promettre d'avance l'impunité d'une action que la loi désapprouve et punit.

745. Mais comme les peines ne s'étendent point, l'époux contre lequel le divorce a été admis ne perdrait pas les dons qui lui auraient été faits en faveur du mariage par les parens de l'autre époux, à moins que les donateurs n'eussent stipulé la révocation en cas de divorce : une pareille stipulation n'a rien que de licite.

746. Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisans pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourrait lui accorder sur les biens de l'autre époux une pension alimentaire, qui ne peut excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Mais cette pension peut être révoquée, dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire : (301) c'est une disposition commune à toutes les pensions alimentaires. (209.)

L'obligation de fournir les alimens n'est plus réciproque entre les époux divorcés qui deviennent entièrement étrangers l'un à l'autre; mais la justice ne permet pas que l'époux innocent soit réduit à la misère par les torts de l'époux coupable : la loi accorde des alimens au premier en indemnité du préjudice qu'il souffre.

Si l'époux contre lequel le divorce a été prononcé avait fait des avantages à l'autre époux, celui-ci pourrait être obligé de lui fournir des alimens, sans quoi le refus des alimens deviendrait une cause de révocation.

Un effet particulier du divorce par consentement mutuel, est de dépouiller les époux divorcés de la propriété de la moitié de leurs biens en faveur de leurs enfans : nous en parlerons dans la section suivante.

## SECTION II.

### *Effets du Divorce relativement aux enfans.*

747. La vie commune cessant entre les époux divorcés, les enfans doivent être confiés à l'époux qui a obtenu le divorce : il est jugé qu'il est sans reproche. Néanmoins le tribunal, sur la demande de la famille ou du procureur impérial, peut ordonner, si le plus grand avantage

des enfans l'exige, que tous ou quelques-uns d'entre eux, seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce-personne. (302.)

748. Quelle que soit la personne à laquelle les époux sont confiés, les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfans, et ils sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. (303.)

749. Mais le père conserve seul, pendant sa vie, le droit de puissance paternelle sur ses enfans. Ce n'est qu'après sa mort que la femme peut l'exercer, quand même le dépôt des enfans lui aurait été confié.

750. La dissolution du mariage par le divorce, ne prive les enfans issus du mariage dissous 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 a ouverture aux droits des enfans, que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce. (304.)

751. Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux est acquise

de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfans nés de leur mariage.

Les père et mère conservent néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfans, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à leur fortune et à leur état; le tout sans préjudice des autres avantages qui pourraient avoir été assurés auxdits enfans par les conventions matrimoniales de leurs père et mère. (305.)

752. Si donc le père ou la mère, le frère ou la sœur des époux divorcés par consentement mutuel leur avaient donné des biens à la charge de les rendre aux enfans, conformément aux articles 1048 et 1049 du Code, les enfans auraient, outre ces avantages, la propriété de la moitié des biens de leurs père et mère divorcés par consentement mutuel, pour en jouir jusqu'à leur majorité. C'est un avantage que la loi leur fait, comme une garantie contre l'abus qu'on pourrait faire de cette cause de divorce.

Cet avantage ne s'étend pas seulement aux biens immeubles, il s'étend également aux meubles dont l'inventaire et l'estimation préalables sont une des conditions requises pour

faire admettre la demande en divorce par consentement mutuel. (279.)

753. Les père et mère ne peuvent vendre ni hypothéquer la moitié des biens dévolus à leurs enfans. La propriété en est irrévocablement transmise à ces derniers. Le divorce étant public, ceux qui postérieurement acquerraient des époux divorcés n'auraient aucune excuse valable. (1)

754. L'avantage que fait le Code aux enfans issus du mariage dissous par le consentement mutuel des époux divorcés, n'est point subordonné à la condition qu'il n'existe pas d'enfans issus d'un précédent mariage; la disposition de l'art. 305 est absolue, et l'on ne doit pas faire une distinction que la loi n'a point faite.

Mais il n'en faut pas tirer l'injuste conséquence (2) que la loi a voulu priver les autres

(1) Loqué, tom. 4, pag. 462, édition 8<sup>e</sup>.

(2) Comme l'a fait M. Proudhon, qui pense, t. 1, p. 517, que les enfans nés du mariage dissous par le divorce ne sont tenus, dans aucun cas, de rapporter en tout ni en partie l'avantage que leur fait l'art 305.

Nous pensons avec M. Bigot, dans l'exposé des motifs de la loi relative aux donations, « qu'il n'en peut jamais résulter un avantage tel que les autres enfans soient privés de la réserve légale. » Ainsi ils doivent rapporter le surplus.

Cette opinion nous paraît plus sûre que celle de M. Loqué, qui semble insinuer sur l'art. 305 que les enfans issus du mariage dissous par le divorce doivent rapporter aux enfans issus d'un autre mariage la totalité de l'avantage que leur fait l'art. 305, parce qu'il faut concilier cet art. avec l'art. 745, qui donne aux enfans nés de mariages différens une portion égale dans la succession de leurs ascendans.

enfants même de la réserve légale. Les enfans avantagés jouissent pendant la vie des père et mère communs, des biens dont l'art. 305 a dépouillé ces derniers : mais à la mort de chacun d'eux les enfans avantagés doivent rapporter ces biens à la masse de la succession, jusqu'à concurrence de ce qui excède la quotité disponible. Supposons qu'il existe à la mort du père un enfant d'un mariage antérieur, un autre du mariage dissous par consentement mutuel, et un troisième d'un mariage postérieur, la portion disponible n'étant que du quart, l'autre quart doit être rapporté et mis en partage par l'enfant avantagé. Ainsi l'avantage légal, dans le cas où il existe des enfans d'un autre mariage, se réduit au don par préciput que les père et mère peuvent faire à l'un ou à plusieurs de leurs enfans.

## C H A P I T R E V.

*De la séparation de corps ou d'habitation.*

### S O M M A I R É.

755. *Origine de la séparation de corps.*

#### SECTION I<sup>re</sup>.

*Des cause de séparation.*

756. *Les causes de séparation sont les mêmes que celles du divorce.*

*Tom. II.*

7

757. *La communication du mal vénérien n'est point par elle-même une cause de séparation de corps.*
758. *La séparation par consentement mutuel est défendue, et pourquoi.*
759. *Conséquences de ce principe. L'aveu du défendeur peut n'être pas une preuve suffisante.*
760. *L'acquiescement donné au jugement de séparation avant l'expiration du délai, ne rend pas l'appel non recevable.*

## SECTION II.

*Fins de non recevoir qu'on peut opposer à la demande en séparation.*

761. *Le plus fort moyen est la réconciliation, qui est expresse ou tacite.*
762. *Exemples proposés de réconciliation tacite.*
763. *Si le choix de la séparation de biens rend la demande en séparation de corps non recevable.*
764. *Peut-elle être écartée, en prouvant que la femme a provoqué les mauvais traitemens dont elle se plaint.*

## SECTION III.

*Forme de la procédure en séparation de corps.*

765. *Elle doit être portée devant le tribunal civil de l'arrondissement, et instruite comme les autres affaires civiles, excepté l'essai de conciliation.*
766. *La femme n'a pas besoin d'être autorisée pour présenter la première requête.*
767. *Les mineurs n'ont besoin, ni de l'assistance d'un curateur, ni de l'autorisation du conseil de famille.*

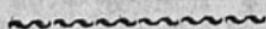
768. *Comment la requête est répondue, et ce que doit faire le président.*
769. *Les parens et domestiques ne sont pas récusables.*
770. *Affiche du jugement après qu'il est rendu.*
771. *Il faut suivre la forme ordinaire quand la séparation est demandée pour la condamnation d'un des époux.*

SECTION IV.

*Effets de la séparation.*

772. *Elle ne rompt pas le lien du mariage, et laisse subsister les effets de la règle pater is est quem nuptiæ demonstrant.*
773. *Elle dispense de l'habitation commune, et emporte la séparation de biens.*
774. *La femme reprend l'administration de ses biens.*
775. *La séparation donne lieu à la liquidation des droits respectifs, mais non du droit de survie.*
776. *L'effet de la séparation remonte au jour de la demande. Conséquences qui en résulte; la femme peut faire mettre les scellés.*
777. *Mesures relatives aux enfans; les mêmes qu'en cas de divorce.*
778. *De la séparation prononcée contre la femme adultère.*
779. *L'époux défendeur peut demander le divorce après trois ans, si l'autre ne consent à faire cesser la séparation.*
780. *Les époux séparés se doivent-ils réciproquement des alimens.*
781. *L'époux contre lequel la séparation a été prononcée, perd-il les avantages stipulés par son contrat de mariage.*

782. Les avantages faits postérieurement au contrat, peuvent toujours être révoqués.
783. Comment cessent les effets de la séparation de corps.



755. LA séparation de corps ou d'habitation, appelée par les docteurs *divortium à thoro et mensa*, fut introduite par le droit canonique après que le divorce *quoad vinculum*, permis dans les premiers siècles de l'église, eut fini par être défendu dans la religion catholique. Le Code a rétabli l'usage du divorce, mais il a conservé la séparation de corps ou d'habitation en faveur des époux malheureux dont les principes religieux rejettent le divorce.

Nous avons à examiner, 1<sup>o</sup> les causes de séparation; 2<sup>o</sup> les fins de non recevoir qu'on y peut opposer; 3<sup>o</sup> la procédure pour l'obtenir; 4<sup>o</sup> les effets qu'elle produit.

#### SECTION I<sup>re</sup>.

##### *Des causes de séparation.*

756. L'ancienne législation n'avait point déterminé les causes pour lesquelles on pouvait demander la séparation de corps. Le Code n'en admet point d'autres que celles du divorce pour causes déterminées; c'est - à - dire, les

excès, sévices ou injures graves, l'adultère, la condamnation à une peine infamante. « Dans » les cas où il y a lieu à la demande en divorce » pour cause déterminée, dit l'art. 306, il » sera libre aux époux de former demande » en séparation de corps. »

757. Les tribunaux ne pourraient donc admettre aujourd'hui d'autres causes de séparation ; et la cour de cassation a pensé que la communication du mal vénérien n'est point par elle-même une cause de séparation, contre l'époux qui l'a communiqué, (1) à moins qu'elle ne fût accompagnée de circonstances qui lui donnent le caractère de sévices ou d'injures graves ; car alors il en résulterait pour l'époux outragé un moyen de séparation.

758. A la différence du divorce, le Code veut que la séparation de corps ne puisse être admise par le consentement mutuel des époux. (307) Ce qui paraît d'abord une inconséquence dans une législation où l'on a regardé le divorce et la séparation comme deux institutions parallèles.

Mais on a considéré (2) qu'étant impossible

(1) Voyez l'arrêt du 10 février 1808, dans le nouveau répertoire. V. séparation de corps, p. 795.

(2) V. Loqué, t. 4, p. 473, édit. in-8°.

de soumettre la séparation de corps aux mêmes conditions restrictives que le divorce par consentement mutuel, elle deviendrait infiniment plus abusive dans la pratique; que d'ailleurs, conciliant tout-à-la-fois les honneurs du mariage avec l'attrait d'une vie indépendante, elle deviendrait une mode perverse, dont le torrent entraînerait tout ce qui est sur le penchant de la licence.

Enfin, qu'elle deviendrait un moyen de fraude entre les créanciers des époux, qui choisiraient la séparation de corps de préférence à la séparation de biens, dans laquelle les créanciers peuvent toujours intervenir pour la conservation de leurs droits. (C. P. 871)

Le Code a donc adopté cette institution telle qu'elle était dans l'ancienne législation où les séparations conventionnelles étaient sévèrement proscrites.

759. On en concluait que, pour prévenir la collusion de la part des époux dans les procédures en séparation de corps, les faits qui servent de fondement à la demande ne doivent pas être tenus pour avérés, par cela seul qu'ils sont avoués : ainsi les juges ne sont pas obligés, comme dans les affaires civiles ordinaires, de prendre les aveux du défendeur pour une preuve complète.

Mais sont-ils toujours obligés de les regarder comme insuffisans , et d'ordonner une enquête ? Le jugement qui prononcerait la séparation de corps sur les aveux du demandeur sans enquête préalable pourrait-il être cassé ? Nous ne le pensons pas. La loi distingue entre les séparations de biens et les séparations de corps. Dans les premières , le Code de procédure , art. 870 , veut expressément que l'aveu du mari , ne fasse pas preuve , lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers ; et si le juge s'était contenté de cet aveu , les créanciers pourraient se pourvoir par tierce-opposition contre le jugement de séparation , même après l'expiration du délai qui leur est accordé pour se pourvoir , lorsque toutes les formalités ont été observées. Art. 873.

Mais cette disposition n'est point répétée à l'égard des séparations de corps , qui intéressent principalement les deux époux , et dans lesquelles ils figurent seuls , sans que les créanciers aient le droit d'y intervenir. Le jugement qui prononcerait une séparation de corps sur les aveux du défendeur , sans enquête préalable , ne violerait donc aucune loi , et ne serait pas sujet à la cassation. Ce pourrait être un moyen d'appel. Les juges doivent empêcher que la séparation ne s'opère par le consentement mutuel ; et si les circonstances

leur font soupçonner que les aveux du défendeur sont l'effet de la collusion, et qu'ils ne sont qu'un consentement déguisé, leur devoir est de ne pas s'en contenter et d'ordonner une enquête.

Au contraire, si ces aveux leur paraissent avoir le caractère de la bonne foi, rien ne les force à chercher d'autres preuves. (1)

760. On n'a jamais regardé comme séparation volontaire celle que l'époux défendeur laisse prononcer par défaut, ou à laquelle il acquiesce en ne s'opposant pas au jugement. Les plus sages laissent souvent à la justice le soin d'examiner les faits et de balancer les preuves, sans prendre eux-mêmes celui de se défendre.

Mais l'acquiescement même formel donné au jugement avant l'expiration du délai de l'appel ne le rendrait pas non recevable, comme nous l'avons observé ci-dessus, pag. 64, n° 698, en parlant du divorce.

## SECTION II.

*Fins de non recevoir qu'on peut opposer à la demande en séparation.*

761. Le plus fort moyen que l'on puisse opposer à la demande en séparation, est la

(1) Loaré, tom. 4, pag. 478, édit. in-8°. Voyez aussi le nouveau répertoire au mot séparation de corps, pag. 801, sect. 3, n. 4.

réconciliation survenue entre les époux depuis les faits qui auraient pu autoriser l'action, et sur-tout depuis la demande formée. Les dispositions de l'art. 272 et suivans, relatives à l'action en divorce, sont communes à la séparation de corps.

La réconciliation est expresse ou tacite et présumée. C'est à la prudence des juges d'apprécier les faits par lesquels on prétend prouver la réconciliation ou la remise de l'offense. Le silence gardé d'abord par l'époux offensé, ne pourrait être considéré comme une remise de l'offense ou comme une réconciliation, si les mauvais traitemens ou l'inconduite avaient continué.

762. Mais s'ils avaient entièrement cessé, et que le silence se fût prolongé pendant une année, sans qu'il fût fondé sur le défaut de liberté, il semble que les tribunaux, à qui la loi laisse sur ce point une grande latitude de pouvoirs, devraient étendre à ce cas la fin de non recevoir établie par l'art. 957 contre la révocation des donations pour cause d'ingratitude, et déclarer la demande en séparation de corps non recevable, à cause de la réconciliation ou de la remise tacite de l'injure. On ne peut regarder la vie commune comme devenue insupportable à l'époux outragé,

lorsque depuis que l'outrage a cessé il a continué d'habiter avec l'autre, et gardé le silence sur le passé.

Les docteurs donnent pour exemple du pardon de l'offense (1) et d'une réconciliation tacite, le cas où le mari, depuis qu'il a connu l'adultère de son épouse, a néanmoins cohabité avec elle.

763. On pensait autrefois (2) que le choix libre de la séparation de biens élevait une fin de non recevoir contre la demande en séparation de corps pour sévices antérieurs à la première demande, et l'on repoussait la femme qui, après s'être contentée de former la demande en séparation de biens, s'en désistait pour demander la séparation de corps, ou qui, après avoir échoué dans la séparation de biens, venait à former la demande en séparation de corps.

Aujourd'hui la cour de cassation, dans un arrêt du 25 août 1809, (3) a pensé que la demande en séparation de biens n'est point un obstacle à la séparation de corps.

(1) Van espen., jus eccl. univ., part. 2, sect. 1, tit. 15, cap. 2, n. 10. Opp., tom. 1, pag. 609, édit. de 1753.

(2) Voyez deux arrêts rapportés dans le nouveau répertoire. V. séparation de corps, §. 2., n. 2.

(3) Rapporté par Sirey, an 1809, p. 434.

764. Mais la demande en divorce ou en séparation de corps peut-elle être écartée par le mari, en prouvant que la femme, par son inconduite et ses dérèglements, a provoqué les sévices et les injures qui motivent sa demande ?

La raison, d'accord avec l'esprit de la législation, répond qu'un mari justement irrité par le spectacle des désordres de son épouse, est excusable de s'être porté contre elle à des outrages, à des voies de fait qui, dans tout autre cas, ne pourraient être excusées.

Le Code pénal (324) excuse même le meurtre commis par le mari sur son épouse surprise en flagrant délit dans sa maison. Il est donc raisonnable de ne pas donner aux sévices et aux outrages mérités et provoqués par la vie scandaleuse d'une femme adultère, le même caractère de gravité, ni les mêmes effets qu'à ceux qui sont exercés sur une femme vertueuse. Comment écouter une femme impudente, quand elle vient, à l'aide de témoins qui déposent à-la-fois de son crime et du châtiment domestique qui l'a suivi, demander le divorce ou la séparation ?

Cependant l'article 251 du Code, dit que les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves

de l'un envers l'autre. Cette disposition est générale et indéfinie; et le respect dû à la lettre de la loi, ne permet pas de la modifier par une exception qui n'y est pas insérée. Les exceptions qui ne sont pas dans la loi ne doivent pas être suppléées; et si des juges avaient une fois reconnu qu'un mari s'est rendu coupable envers sa femme d'excès, de sévices ou d'injures graves, ils seraient forcés d'admettre la demande en divorce ou en séparation, et d'appliquer la loi sans pouvoir la modifier par une exception qui ne s'y trouve point écrite. En ajoutant à la loi ils la violeraient, et s'exposeraient à voir leur jugement cassé.

Mais la loi laisse aux juges à déterminer le caractère de gravité des excès, sévices ou injures qui motivent une demande en divorce ou en séparation. Le Code veut qu'ils soient *graves*. Or, que signifie ce mot en cette matière? Sans doute, tout ce que l'ancienne jurisprudence entendait par ce même terme. Or, le principe rigoureux était que les mauvais traitemens ne pouvaient motiver une séparation de corps que lorsqu'ils étaient portés à un tel excès que la femme n'avait pas d'autre moyen de garantir sa vie de la haine d'un époux dénaturé. *Si tanta sit viri sævitia ut*

*mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri.* (1)

On avait modifié la rigueur de ce principe en mettant les injures sur la même ligne que les sévices ; car c'est la même chose qu'une femme meure de chagrin par suite des outrages dont elle est abreuvée , ou qu'elle expire sous les coups d'un mari colère et emporté.

On alla plus loin, et l'on distingua la qualité des époux, et sur-tout leur genre de vie et leur éducation qui augmente ou diminue leur sensibilité, au point que les emportemens, le langage grossier, les manières brusques et mêmes les excès d'un mari brutal, ne laissent aucune trace de ressentiment durable dans le cœur de telle femme, tandis que telle autre élevée plus délicatement, est par son organisation même plus susceptible d'impressions profondes et déchirantes, et qu'elle est plus affectée d'une parole de mépris, d'un geste ou d'une menace, qu'une autre ne le serait des outrages les plus sanglans et des excès les plus répréhensibles.

Enfin, l'ancienne jurisprudence distinguait encore si la femme n'avait pas elle-même provoqué les mauvais traitemens dont elle se plaignait. (2)

(1) Cap. 13, extra de restit. spol.

(2) V. Pothier traité du mariage, n° 509.

Ces distinctions délicates, mais vraies et fondées dans nos mœurs, n'ont pas été rejetées par le Code, qui s'en repose, comme autrefois, sur la conscience des juges, et leur laisse le soin de déclarer si tels mauvais traitemens, ou telles injures sont ou ne sont pas *graves*, eu égard à l'éducation que les époux ont reçue ou aux torts que l'époux offensé peut avoir envers l'autre.

Si donc les juges se bornent à décider que, dans l'affaire qui leur est soumise, et où l'inconduite de la femme ou les circonstances des faits prouvés ne sont pas suffisans, ou qu'ils n'ont pas le caractère de gravité nécessaire pour prononcer le divorce ou la séparation de corps, leur jugement est à l'abri de la critique, et n'est pas susceptible d'être annullé par la cour de cassation ; car loin de contrevenir à la loi, ils se sont conformés à son esprit.

Telle est la doctrine professée et suivie par la cour de cassation dans un arrêt rendu le 14 prairial an 13, (1) sur les conclusions du savant procureur-général Merlin.

Ce n'est pas seulement à la femme adultère qu'on doit appliquer cette doctrine fondée sur la raison. Une femme livrée à des em-

(1) Rapporté dans le nouveau répertoire. V. divorce, sect. 4, §. 12

portemens habituels, qui s'oublie, comme on en a vu, jusqu'à provoquer son mari en le frappant la première, ou en l'accablant d'outrages, ne peut se plaindre qu'il ait usé du droit de représailles, qu'il ait repoussé la force par la force, l'outrage par l'outrage. Il faut bien que le père de famille, que le magistrat domestique puisse avec modération joindre la force à l'autorité pour se faire respecter dans sa maison. C'est aux juges à décider si la colère l'a emporté trop loin, et à faire l'application du principe que la femme ne doit pas être écoutée, à moins qu'elle ne prouve que sa vie est en péril auprès de l'époux qu'elle a offensé; car alors elle a pour elle la première de toutes les lois, celle qui commande à chaque individu de veiller à sa conservation.

### SECTION III.

#### *Forme de la procédure en séparation de corps.*

765. LA demande en séparation de corps doit être portée devant le tribunal civil dans l'arrondissement duquel les époux ont leur domicile commun.

Elle doit, suivant l'art. 307 du Code Nap., être intentée, instruite et jugée de la même

manière que toute autre action civile. Cependant le Code de procédure y a mis une modification relativement à l'essai de conciliation. Dans les affaires ordinaires, c'est devant le juge de paix qu'il faut tenter la conciliation. Dans les demandes en séparation de corps, c'est devant le président du tribunal civil.

L'époux qui veut se pourvoir en séparation de corps, doit présenter au président du tribunal de son domicile une requête contenant sommairement les faits avec les pièces à l'appui, s'il y en a. (C. P. 875.)

766. La femme n'a pas besoin d'être autorisée pour présenter cette requête. (1)

767. Et en général, les mineurs n'ont pas besoin de l'assistance ni de l'autorisation d'un conseil de famille. La demande en séparation de corps ne peut être assimilée à une action immobilière, et l'art. 306 ne limite point aux majeurs, le droit qu'il accorde aux époux de former une demande en séparation de corps. (2)

768. La requête est répondue d'une ordonnance qui fixe le jour auquel il est ordonné de comparaître devant le président, sans pouvoir

(1) Arrêt de la cour de cassation du 13 brumaire an 14, rapporté par Sirey, an 14 - 1808, p. 113.

(2) V. le nouv. rép. V. séparation de corps, § 3, n°. 8.

se dispenser de comparaître en présence, ni se faire assister d'avoués ni de conseils. (C. P. 876 et 877.)

Le président doit faire aux deux époux les représentations qu'il croit propres à opérer un rapprochement; s'il ne peut y parvenir, il rend, ensuite de la première ordonnance, une seconde portant qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties, il les renvoie se pourvoir à l'audience, sans qu'il soit besoin d'un nouvel essai de réconciliation au bureau de paix : (1) par la même ordonnance, il autorise d'office la femme à procéder sur la demande et à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties conviennent, ou qu'il indique d'office; il ordonne que les effets à l'usage journalier de la femme lui seront remis. Les demandes en provision sont portées à l'audience. (C. P. 878.)

Au surplus, la cause est instruite dans les formes établies pour les autres demandes et jugées sur les conclusions du ministère public. (C. P. 879.)

(1) L'art. 878 du Code de procédure, porte que le président les renvoie se pourvoir, *sans citation préalable, au bureau de conciliation*. Il faut retrancher la virgule qui se trouve après le mot *préalable*, et qui a fait croire à quelques auteurs qu'il fallait un second essai de conciliation devant le bureau de paix, après la tentative faite devant le président; c'est une erreur. V. Pigeau, t. 1., p. 38.

769. Dans les causes de séparation de corps, comme dans les causes de divorce, on admet le témoignage des parens et des domestiques, qui sont presque toujours témoins nécessaires, sauf à y avoir tel égard que de raison.

770. Lorsque le jugement qui prononce la séparation de corps est rendu, on doit l'insérer sur un tableau exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce (1445) du domicile du mari, lors même qu'il n'est pas négociant (C.P. 872 et 880); et s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune, ainsi que dans la chambre des avoués. Mais la demande n'est point affichée comme dans le cas de la séparation de biens.

771. Le Code n'exige aucunes formalités pour faire prononcer le divorce, lorsqu'il est fondé sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante; (261) mais cette disposition n'a pas été étendue à la séparation de corps. Il faut donc suivre les formes ordinaires dans le cas où elle est demandée pour la condamnation de l'un des époux, quoiqu'il y ait peut-être une raison à *fortiori* pour étendre à ce cas l'art. 261.

SECTION I V.

*Des effets de la séparation de corps.*

772. A la différence du divorce, la séparation de corps ne dissout pas le lien du mariage. Elle laisse par conséquent subsister la présomption légale de paternité établie en faveur des enfans contre le mari de la mère, comme nous le verrons dans le titre suivant.

773. Mais la séparation dispense les époux du devoir de la cohabitation, et donne à la femme le droit d'avoir un domicile particulier.

Dès qu'il n'y a plus d'habitation commune, la collaboration cesse. La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens. (311.)

774. La femme reprend donc l'administration de ses biens, et elle se trouve jusqu'à un certain point dégagée de l'autorité maritale, comme nous l'avons dit dans le chapitre 6, auquel nous renvoyons.

775. La communauté étant dissoute par la séparation, les deux époux doivent procéder à la liquidation de leurs droits, comme nous le verrons dans le livre 3, tit. 5. La femme peut accepter la communauté ou y renoncer; mais la séparation ne donne point ouverture aux

droits de survie stipulés par le contrat de mariage. (1452.)

776. L'effet de la séparation de biens, opérée par la séparation de corps, remonte au jour de la demande. (1) Le mari ne peut donc, comme dans le cas du divorce, aliéner ou engager depuis la demande les biens de la communauté au préjudice des droits de la femme. On a étendu au cas de la séparation de corps la disposition de l'art. 270, relative au divorce; et après l'ordonnance du président qui renvoie la femme se pourvoir, et qui l'autorise à la suite de ses droits, elle peut requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté, et les scellés ne peuvent être levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge au mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire.

Mais cette mesure n'empêche point les créanciers, munis d'un titre exécutoire, d'obtenir la main-levée des scellés pour procéder à la saisie des meubles, sans qu'ils soient obligés de faire faire l'inventaire, dont l'obligation n'est imposée qu'au mari. (2)

(1) V. le nouveau répertoire. V. séparation de corps, § 4, n° 4, où ce principe est développé. V. aussi l'art. 1442.

(2) V. un arrêt rendu par la cour impériale de Rennes, le 8 août 1810, et rapporté dans le journal de cette cour par M. Carré.

777. Les mesures à prendre relativement aux enfans sont les mêmes que dans le cas du divorce. Pendant la litispendance ils restent sous la garde du mari, demandeur ou défendeur, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal sur la demande de la mère, de la famille ou du ministère public. (267.)

Après la séparation prononcée, ils doivent être confiés à l'époux qui l'a obtenue, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne que tous ou quelques-uns d'entr'eux seront confiés aux soins de l'autre époux ou d'une tierce-personne. (302.)

Mais quelle que soit la personne à laquelle ils sont confiés, les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfans, et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. (303.)

778. La femme contre laquelle la séparation est prononcée pour cause d'adultère, doit être condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la peine de l'emprisonnement portée par l'art. 337 du Code pénal. (C. N. 308.)

Mais le mari reste le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme. (309.)

779 Nous avons vu dans les chapitres précédens, que, lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme a duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur, peut 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. (310.)

780. Si l'époux qui a obtenu la séparation de corps est dans le besoin, il est en droit de prétendre, comme dans le cas du divorce, une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux.

Mais celui contre lequel la séparation est prononcée conserve-t-il le même droit? L'ancienne jurisprudence était chancelante sur ce point. (1) Elle paraissait pencher pour l'affirmative, et la loi du 20 septembre 1792, qui avait excessivement étendu le divorce, ordonnait, art. 8 du § 3, que, dans tous les cas de divorce, il serait accordé sur les biens de l'autre époux une pension alimentaire à l'époux divorcé qui se trouvait dans le besoin, sans distinguer entre l'époux qui a obtenu le divorce, et celui contre lequel il a été prononcé.

(1) V. le nouveau Denisart. V. alimens, t. 1., p. 453; le nouveau répertoire. V. alimens, §. 3 p. 176.

Le Code a suivi des principes différens. Il n'accorde des alimens sur les biens de l'autre époux, qu'à celui qui a obtenu le divorce ; or, la séparation est parallèle au divorce ; c'est le divorce de ceux dont la religion et la conscience rejettent le divorce *quoad vinculum*. Ces deux divorces ne peuvent être prononcés que pour les mêmes causes.

Il y a néanmoins une différence décisive entre le cas du divorce qui rompt le lien du mariage, et celui de la séparation qui le laisse subsister. Le devoir de se fournir des alimens est essentiellement attaché au titre d'époux. Ce titre n'est pas anéanti par des événemens qui troublent l'union conjugale sans détruire le lien du mariage. Il reste l'honneur dû au nom sacré d'époux et d'épouse ; la femme continue de porter le nom du mari. En un mot, en imposant aux époux le devoir de se secourir et de s'assister, de se fournir mutuellement tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, (212-214) le Code n'a point excepté le cas de la séparation de corps, et on ne peut, sans excès de pouvoir, suppléer des exceptions qui ne sont pas dans la loi.

781. La résolution de cette question nous conduit à une seconde agitée par les auteurs, (1)

(1) Proudhon, tom. I. pag. 341 et suiv. ; Merlin, questions de droit. V. séparation de corps, où la question est approfondie.

celle de savoir si l'époux contre lequel la séparation a été prononcée perd de plein droit tous les avantages que l'autre lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis.

Cette peine est en effet infligée par l'art. 299, à l'époux contre lequel le divorce a été admis pour quelque cause que ce soit, hors le cas du consentement mutuel.

Mais le Code qui contient un chapitre exprès sur les effets du divorce, ne dit point au chapitre de la séparation de corps qu'elle produira les mêmes effets; et parmi ceux qu'il lui assigne, on ne trouve point celui d'emporter de plein droit la révocation des donations faites par contrat de mariage à l'époux défendeur.

Or, en matière pénale, on ne peut raisonner d'un cas à l'autre. On ne le doit jamais, même dans les matières ordinaires, que lorsqu'il y a mêmes motifs de décider. Cette identité parfaite de motifs ne se rencontre point entre le cas du divorce qui dissout le mariage pour toujours, sans que les époux divorcés, devenus étrangers l'un à l'autre, puissent jamais se réunir, et le cas de la séparation de corps qui conserve le lien du mariage, qui ne le relâche que sur le seul point de l'habitation commune dont les époux sont dispensés, mais dans l'es-

poir qu'ils se réuniront un jour, et laissant au surplus, par cette raison, subsister tous leurs rapports mutuels, et même la puissance du mari, qui continue d'être présumé le père des enfans à qui l'épouse donne la naissance.

On ne peut donc, par similitude, étendre la disposition de l'art. 299 du cas du divorce à celui de la séparation. Il y a de très-forts motifs pour établir que le divorce révoque de plein droit les avantages faits en faveur d'un mariage qui n'existe plus, qui ne peut plus exister. Mais par quels motifs la loi aurait-elle étendu cette disposition à la séparation de corps, tandis que son vœu est de voir les époux séparés se réunir?

Serait-ce à cause de l'ingratitude de l'époux contre lequel la séparation de corps est admise?

L'ancienne jurisprudence permettait à la femme qui avait obtenu la séparation de corps, de révoquer les donations qu'elle avait faites à son mari par son contrat de mariage, par la raison qu'aucune loi n'exceptait alors les donations par contrat de mariage de la règle générale, qui déclarait toutes les donations révocables pour cause d'ingratitude.

Le Code Napoléon a suivi d'autres principes. L'art. 959 porte que « les donations en faveur » de mariage, ne seront pas révocables pour « cause d'ingratitude. » Cette disposition est

trop générale pour en excepter les donations que les époux se font l'un à l'autre par contrat de mariage, et l'on ne peut raisonnablement nier que ces donations sont *des donations en faveur de mariage*. Elles sont donc comprises dans la disposition de l'art. 959, et ne sont pas sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

Nous pensons donc (1) que non-seulement les donations faites par contrat de mariage à l'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée, ne sont pas révoquées de plein droit, comme dans le cas du divorce; mais de plus, que l'époux qui a obtenu la séparation ne peut ni les révoquer ni faire prononcer leur révocation.

782. Il ne peut révoquer que les donations faites depuis le mariage, lesquelles continuent, après comme avant la séparation, d'être toujours révocables, quoique qualifiées *entre-vifs*. (1096.)

(1) Avec M. Merlin, ubi sup. M. Proudhon oppose l'art. 1518, où il est dit que l'époux qui a obtenu, soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses droits au préciput de communauté en cas de survie, d'où il conclut que l'autre époux ne les conserve pas. Cette conséquence est vraie dans le cas du divorce; mais elle peut souffrir des difficultés dans le cas de la séparation de corps; et quand on l'accorderait, il ne faudrait pas l'étendre, par similitude, aux donations faites par contrat de mariage, sur la révocation desquelles la loi n'a pas prononcé.

783. A la différence du divorce, la séparation de corps cesse par la réunion volontaire des époux. Mais la communauté de biens ne peut être rétablie entre eux que par un acte passé devant notaire, dont une expédition doit être affichée dans la principale salle du tribunal de première instance. (1451.)

En ce cas, la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation.

Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglèrent antérieurement est nulle. (1451-1395.)

## T I T R E V I I.

### *De la paternité et de la filiation.*

---

#### SOMMAIRE.

784. *Liaison de ce titre avec les précédens.*

785. *Division du titre.*

---

784. APRÈS avoir établi les formes du mariage, les obligations, les droits et les devoirs qui en naissent, la manière dont il se dissout,

il est naturel d'expliquer l'effet principal du mariage, la paternité, la filiation et la légitimité.

Telle est la liaison de ce titre avec les précédens.

Les enfans qui naissent sous le voile sacré du mariage, sont les seuls légitimes; la légitimité leur confère les droits de famille et de parenté que la loi refuse aux enfans naturels qui naissent hors mariage, d'une union illicite, réprouvée par la morale et par le droit civil.

Il était donc nécessaire de tracer des règles pour connaître avec certitude la paternité et la filiation tant légitimes que naturelles.

785. Ce titre est divisé en trois chapitres.

Le premier traite de la paternité et de la filiation des enfans légitimes ou nés dans le mariage.

Le second, des preuves de la filiation des enfans légitimes.

Le troisième, qui traite des enfans naturels, est subdivisé en deux sections; la première relative à la légitimation, la seconde à la reconnaissance des enfans naturels.

## CHAPITRE PREMIER.

*De la filiation des enfans légitimes ou nés dans le mariage.*

### PRINCIPES GÉNÉRAUX.

---

### SOMMAIRE.

786. *La mère est toujours certaine.*
787. *Le père n'est connu que par une présomption.*
788. *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*
789. *Cette règle est fondée sur deux présomptions,*
790. *Dont la seconde n'est pas nécessaire.*
791. *Premier principe fondamental. L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari.*
792. *Second principe. L'enfant est censé conçu pendant le mariage, s'il est né au plutôt le cent quatre-vingtième jour du mariage, et au plus tard le trois centième jour de sa dissolution. Origine de cette règle.*
793. *Différence du droit romain et du droit français sur ce point.*
794. *Ce principe n'est point énoncé comme une vérité absolue, mais comme un moyen de prévenir l'arbitraire des jugemens.*
795. *Ces deux principes s'appliquent aux enfans d'un mariage nul, mais conçus avant que la nullité fût prononcée.*
796. *La présomption de paternité existe provisoirement en faveur de l'enfant né pendant le mariage, quoique conçu antérieurement, mais il peut être désavoué.*

797. *Les enfans conçus et nés pendant le mariage, peuvent être désavoués dans les cas d'exception.*

798. *Division du chapitre en quatre sections.*



786. LA paternité ou la filiation sont deux termes corrélatifs qui signifient, l'un la qualité de père, l'autre celle de fils ou d'enfant.

La filiation vient de la naissance que nous recevons d'un tel père ou d'une telle mère. La nature indique la mère par des signes évidens. Mariée ou non, elle est toujours certaine. *Mater semper certa est, etiamsi vulgò conceperit.* L. 5., ff. de in jus voc.

Il n'en est pas ainsi du père. La mère, par sa conduite, peut seule être assurée de l'auteur de sa fécondité. Mais cette certitude lui est personnelle. Les étrangers, les parens pourraient toujours ignorer ou feindre d'ignorer la paternité. Le père lui-même pourrait, au gré de son caprice, méconnaître son propre sang, si l'on n'avait pas établi des règles pour fixer cette incertitude et en prévenir les abus. Il a donc fallu admettre une présomption légale pour servir de fondement à la paternité et à la filiation.

Cette présomption varie, suivant que la mère est mariée ou libre.

787. *Lorsqu'elle est engagée dans les liens,*

du mariage, son mari est présumé père des enfans conçus pendant leur union. Le mariage opère une présomption légale de sa paternité. De là cette maxime célèbre, (1) reçue chez tous les peuples policés, et que la sagesse des jurisconsultes romains nous a transmise : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Maxime adoptée comme raison écrite par l'ancienne jurisprudence française, et enfin érigée en loi générale par l'art. 312 du Code Nap., qui porte « que » l'enfant conçu pendant le mariage a pour » père le mari. »

788. Cette règle est fondée sur deux présomptions ; l'une de la cohabitation antérieure non-seulement à la naissance, mais encore à la conception de l'enfant. (2)

L'autre, que la mère a fidèlement gardé la foi promise à son mari. Ces deux présomptions réunies ne permettent pas de douter que l'enfant ne soit le fruit de l'union conjugale.

De ces deux présomptions, la première est essentielle ; car si les époux n'ont pas cohabité ensemble à l'époque de la conception, l'enfant ne doit le jour qu'au crime de sa mère.

789. La présomption de la fidélité de l'épouse n'est pas absolument nécessaire pour assurer

(1) V. d'Aguesseau, tom. 2, pag. 538 ; tom. 3, pag. 179 ;

(2) D'Aguesseau, tom. 3, pag. 181.

l'état civil des enfans ; quand cette seconde présomption manquerait , la première suffit. La mauvaise conduite de la femme n'empêche pas que son enfant ne soit censé être le fils du mari , toutes les fois qu'on peut présumer leur cohabitation. Lorsque des circonstances donnent lieu de douter si l'enfant doit la vie au mari ou à un étranger , la loi se déclare en faveur de l'enfant et le présume légitime.

Ainsi, quoiqu'il puisse arriver qu'un enfant conçu dans le tems du mariage soit redevable de la vie au seul crime de sa mère, cependant, parce qu'il peut se faire aussi qu'il ne la doive qu'à l'union honorable d'une femme avec son mari, on présume toujours que la mère est innocente et l'enfant légitime, jusqu'à ce que le contraire soit démontré par des preuves évidentes : il ne suffit donc pas de prouver l'infidélité de la mère, pour en conclure que le fils est illégitime.

La loi s'oppose à cette conséquence injuste ; car la femme peut être adultère et le mari être néanmoins le père de l'enfant. *Cùm possit et uxor adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.* L. 2, §. 9., ff. ad L. Jul., de adult. ; axiome célèbre, érigé en loi par le C. Nap., art. 313.

790. C'est donc le nom et la dignité du

mariage, la cohabitation possible et présumée, la présomption toujours favorable à l'innocence et à l'état des enfans qui forme le premier principe adopté par les lois en matière de filiation, comme l'un des fondemens de la société civile. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

791. Mais un enfant est conçu long-tems avant de naître. Il vit dans le sein de sa mère long-tems avant d'être mis au jour. Il est donc possible qu'un enfant soit conçu avant le mariage et qu'il naisse pendant le mariage; ou qu'un enfant conçu pendant le mariage, ne naisse qu'après sa dissolution. Or, ce n'est qu'à l'enfant conçu pendant le mariage, que le Code applique la présomption légale qu'il est le fils du mari de la mère. Art. 312.

Il était donc nécessaire pour déterminer dans les cas douteux l'application de la règle *pater is est, etc.*, d'en établir une seconde pour fixer le terme avant ou après lequel l'enfant ne serait plus censé conçu pendant le mariage, c'est-à-dire, le moment où commence et celui où finit la présomption légale de paternité.

Cette seconde règle se trouvait encore établie dans les lois romaines, qui, d'après l'autorité d'Hippocrate, décident à l'égard des naissances prématurées, que l'enfant est légitime,

lorsqu'il est né au commencement du septième mois, ou cent quatre-vingt-deux jours depuis le mariage. « *Septimo mense nasci perfectum* »  
 » *partum jam receptum est, propter auctori-*  
 » *tatem doctissimi viri Hippocratis : et ideò*  
 » *credendum est eum qui ex justis nuptiis sep-*  
 » *timo mense natus est, justum filium esse.* »  
 Paul., L. 12, ff. de stat. hom. (1)

» *De eo autem qui centesimo octogesimo se-*  
 » *cundo die natus est, Hippocrates scripsit, et*  
 » *divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tem-*  
 » *pore videri natum, nec videri in servitatem*  
 » *conceptum, cum mater ipsius ante 182 dies*  
 » *esset manumissa.* » Ulp., L. 3, §. 12, de  
 suis et legit. hæred.

Et à l'égard des naissances tardives que l'enfant n'est pas légitime, lorsqu'il est né après dix mois depuis la mort du mari : « *Post de-* »  
 » *cem menses mortis natus non admittetur ad*  
 » *legitimam hæreditatem.* » Ulp., L. 3, §. 11,  
 de suis et legit. hered.

L'Empereur Adrien avait, au rapport d'Au-  
 lugelle, déclaré légitime un enfant né le onzième  
 mois après la mort du mari ; mais cette décision  
 isolée, contraire à la loi des douze tables, (2)  
 n'avait pas prévalu, puisqu'Ulprien, qui vivait

(1) V. Heinecc., in Pandect., lib. 1, tit. 6, §§. 152 et 153.

(2) Bouchaud, commentaire sur la loi des douze tables ; Prost  
 du Royer, au mot *adultère*.

sous l'Empereur Alexandre, un siècle après Adrien, nous a transmis la règle des dix mois, consacrée par l'Empereur Justinien dans les pandectes. Cependant ce dernier Empereur ayant, à l'occasion d'une espèce particulière qui lui fut présentée, décidé en général, par sa nouvelle 39, qu'une veuve qui accouche sur la fin de l'année, dans le douzième mois depuis la mort de son mari, encourt les peines portées contre les femmes qui se remarient dans l'année du deuil, et que son enfant n'est pas légitime : on en conclut, à *contrario*, que l'enfant né dans le onzième mois pouvait appartenir au mari ; et, quoique cette conséquence ne fut pas exacte, on l'opposa souvent aux lois insérées dans les pandectes. De là jusqu'à nous la variation de la jurisprudence et la contrariété de ces arrêts nombreux, recueillis sur les naissances tardives ; (1) et qui, tantôt sur une autorité et tantôt sur une autre, ont déclaré bâtards ou légitimes des enfans nés dans le onzième mois après la mort du mari.

Le Code a fixé cette incertitude en érigeant

(1) V. le nouveau Denisart, au mot grossesse, §. 4, pag. 531 et 534 ; le Code matrimonial, addition sur les naissances tardives. V. aussi une dissertation présentée par Fourcroy au conseil d'état, et imprimée par extrait dans Loqué, t. 5, pag. 57, édit. in-8<sup>o</sup>.

en loi les règles tracées par les jurisconsultes romains, auxquelles néanmoins il a fait une modification.

Suivant les articles 312, 314 et 315, l'enfant est censé conçu pendant le mariage, s'il est né au plutôt le cent quatre-vingtième jour du mariage, y compris celui de la célébration, c'est-à-dire, le jour qui complète le sixième mois; et au plus tard le trois centième jour de sa dissolution, c'est-à-dire, le jour qui complète le dixième mois.

792. La loi compte par jour, pour éviter toute ambiguïté. L'art. 314 dit qu'on pourra désavouer l'enfant né *avant* le cent quatre-vingtième jour du mariage; c'est-à-dire, le cent soixante-dix-neuvième jour au plutôt, y compris celui de la célébration.

L'art. 316 dit qu'on pourra contester la légitimité de l'enfant né trois cents jours *après* la dissolution du mariage; c'est-à-dire, le trois cent et unième jour de sa dissolution ou plus tard, y compris celui de la dissolution,

Ainsi le Code a modifié la règle établie par le droit romain, en diminuant de deux jours le terme assigné aux naissances prématurées, qu'il fixe à cent quatre-vingts jours au lieu de cent quatre-vingt-deux, comme le droit romain.

Il n'a rien changé à la règle établie pour les naissances tardives.

793. Au reste, en adoptant une règle prise dans la marche la plus ordinaire de la nature, les législateurs n'ont pas prétendu énoncer une vérité absolue, ni décider en physiologistes une question sur laquelle sont partagées les opinions des plus savans médecins. Ils ont fait ce qui était propre à la législation; ils ont tari la source de ces procès difficiles et scandaleux qu'occasionnaient les naissances tardives ou prématurées, en traçant aux juges une règle positive pour fixer leur incertitude et prévenir désormais l'arbitraire des décisions et la contrariété des jugemens.

S'il était vrai que, par un écart de la nature, presque impossible à constater, l'observation de la règle privât de son état un enfant réellement conçu pendant le mariage, le cas serait tellement rare, qu'il ne mérite pas d'être pris en considération par le législateur. *Quod semel aut bis extitit prætereunt legislatores.* L. 6, ff. de leg. junct. LL. 3, 4 et 5, ibid.

Il en résulterait un mal moindre, que de ménager au vice une excuse en n'assignant point un terme fixe au-delà ou en deça duquel la présomption de paternité, fondée sur le mariage, n'est point admise.

794. La présomption de paternité fondée sur le mariage, s'étend même aux mariages nuls pour quelque défaut de formalités ou pour quelque empêchement dirimant, à l'égard des enfans conçus avant que la nullité soit prononcée. Si le mariage est annullé, les enfans sont réduits à la qualité d'enfans naturels ou adultérins, mais leur filiation est prouvée; ils conservent même la légitimité, si le mariage a été contracté de bonne foi par l'un des époux, comme nous l'avons vu tome 1, pag. 538.

795. Lorsque la mère n'est point engagée dans les liens du mariage, ni au tems de la naissance, ni au tems de la conception, la présomption de paternité se tirait autrefois des circonstances, telles que la fréquentation assidue de celui auquel on l'attribue, ses familiarités avec la mère, l'assistance aux couches, les soins donnés à la mère et à l'enfant. Mais aujourd'hui, comme nous le verrons au chap. 3, sect. 2, la recherche de la paternité est interdite, et la présomption de paternité ne peut résulter que de la reconnaissance du père.

796. La présomption de paternité du mari existe encore en faveur de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage; mais elle n'existe que provisoirement et sous

la condition qu'il ne sera pas désavoué ; car sa conception étant présumée antérieure au mariage, il peut toujours, sauf les cas d'exceptions, être désavoué comme n'étant pas le fruit du mariage.

Dans ce cas, la faculté de désavouer est la règle générale.

797. Les enfans conçus et nés pendant le mariage peuvent aussi être désavoués, mais seulement dans certains cas d'exceptions.

Enfin, la présomption de paternité n'existe plus en aucune manière en faveur de l'enfant né trois cents jours après celui de la dissolution du mariage, parce qu'outre sa conception présumée postérieure à cette dissolution, il n'a pas l'avantage d'être né pendant le mariage.

Sa légitimité peut donc être contestée ; expressions remarquables que nous expliquerons dans la suite, et dont se sert l'art. 315 au lieu du mot *désavouer* employé dans les articles précédens.

798. Nous examinerons séparément ces trois cas différens : conception pendant le mariage ; conception antérieure, mais naissance pendant le mariage ; conception et naissance postérieures au mariage.

Enfin, nous expliquerons le désaveu et la contestation de légitimité.

## SECTION PREMIÈRE.

*Exceptions à la règle que l'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari.*

## SOMMAIRE.

799. *La règle est sans application, quand il est évident qu'il n'a pu y avoir de cohabitation.*
800. *Le droit romain admettait quatre exceptions.*
801. *Une négative se prouve par l'impossibilité du fait contraire.*
802. *Deux sortes d'impossibilités, la morale et la physique.*
803. *Ce que c'est que l'impossibilité morale; une forte présomption.*
804. *L'exception fondée sur l'impossibilité morale de cohabitation, paraît avoir été admise par le droit romain.*
805. *Elle était rejetée en France. On n'admettait d'autres exceptions que l'absence et l'impuissance naturelle ou accidentelle.*
806. *Le Code a rejeté l'exception fondée sur l'impuissance naturelle, et pourquoi.*
807. *Ce que doit prouver le mari qui désavoue l'enfant dans le cas d'absence.*
808. *Quel doit avoir été l'éloignement.*
809. *L'emprisonnement d'un des époux ne peut être assimilé à l'absence.*
810. *L'accident allégué, doit avoir rendu la cohabitation physiquement impossible.*
811. *Quid de la séparation de corps?*

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. I<sup>er</sup>. 137*

812. *Cas unique où l'impossibilité morale est admise pour balancer la règle pater is est, etc.*
813. *La déclaration des père et mère ne peut balancer la règle, ni détruire l'état des enfans.*
814. *L'aveu tacite de la femme adultère qui cèle la naissance de son enfant, balance la règle.*
815. *Pourvu que l'adultère de la femme soit prouvé.*
816. *Quid si la femme meurt avant que l'adultère soit découvert?*
817. *L'adultère de la femme et l'enfant caché au mari, autorisent ce dernier à prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant, sauf la preuve contraire.*
818. *L'exception fondée sur l'impossibilité morale de cohabitation, ne peut être étendue à d'autres cas.*
819. *Le désaveu de l'enfant n'est donc autorisé qu'en trois cas seulement.*
820. *Quid si l'enfant est obligé, pour prouver son état, de recourir à la preuve testimoniale? Renvoi.*

799. CETTE règle, comme nous l'avons vu, n'est fondée que sur une présomption, et une présomption n'est qu'une conjecture par laquelle on tire d'un fait connu une conséquence qui rend vraisemblable un fait douteux qu'on cherche à découvrir.

Le mariage est le fait connu, d'où l'on conclut que l'enfant conçu pendant le mariage est le fils du mari. Mais cette conséquence ou cette présomption n'étant ni nécessaire ni indubitable, la règle que l'enfant conçu pen-

dant le mariage est le fils du mari ne saurait être infaillible, et la loi serait en contradiction avec les premiers élémens de la justice et de la raison, si elle laissait subsister cette présomption, lorsqu'elle est détruite par des argumens invincibles, par des preuves positives, ou par des présomptions plus fortes. (1)

Ainsi, toutes les fois qu'il est évident qu'il n'a pu y avoir de cohabitation entre les époux à l'époque de la conception, la règle ne peut avoir son application.

800. La loi 6, ff. de his qui sui vel al. jur. sunt, admettait quatre exceptions, toutes fondées sur l'évidence du fait.

1<sup>o</sup> L'impuissance absolue et perpétuelle du mari. *Si eâ valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit.*

2<sup>o</sup> L'éloignement des deux époux, pendant lequel la femme est devenue enceinte. *Si fingamus abfuisse maritum, v. g. per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium.*

Toutes les fois que la conception remonte au tems de l'absence, il est certain que l'enfant n'appartient pas au mari.

(1) D'Aguesseau, tom. 2, pag. 538 et suivantes; Cochin, tom. 4, p. 492.

3° L'impuissance passagère causée par une maladie grave, survenue au mari. *Si constet maritum aliquandiù cum uxore non concubuisse, infirmitate superveniente.*

4° Toute autre circonstance, qui prouve que le mari n'a pas cohabité avec sa femme. *Si constet maritum cum uxore non concubuisse. . . . . alia ex causâ.*

801. Le fait qu'à l'époque de la conception de l'enfant, les époux n'ont pas cohabité ensemble, est un fait négatif qui ne peut s'établir directement par lui-même. Il s'établit indirectement en prouvant l'impossibilité du fait contraire.

802. Il y a, par rapport aux faits qui dépendent de la volonté des hommes, deux sortes d'impossibilités : l'impossibilité physique et l'impossibilité morale.

La première, en ce qui concerne la matière qui nous occupe, ne peut résulter que de l'éloignement et de l'impuissance perpétuelle ou passagère du mari.

L'impossibilité morale résulte du concours des faits et des conséquences qu'on en peut tirer; en un mot, de tout l'ensemble d'une cause qui prouve qu'il est impossible, *ex communi hominum more*, que le mari soit père de l'enfant.

Ce qui produit l'impossibilité morale, est donc la réunion d'une foule de particularités qui peuvent varier à l'infini ; et rien n'est plus critique que de déterminer les cas où il faut la reconnaître.

803. Il faut même avouer que cette impossibilité morale n'est autre chose, par sa nature, qu'une forte présomption ou la réunion de plusieurs présomptions, qui, réunies dans un seul faisceau, déterminent la croyance et opèrent la persuasion.

804. La quatrième exception contenue dans la loi 6, ff. *de his, etc.*, comprend généralement, sans en détailler aucune, toutes les circonstances qui prouvent que le mari n'a pas cohabité avec la femme, *vel aliâ ex causâ*. Ce qui semble supposer que les Romains admettaient l'impossibilité morale, comme faisant exception à la règle *pater is est, etc.* ; et l'on ne trouve dans le corps du Droit aucune loi qui prouve qu'ils ne l'aient pas admise.

805. Mais cette exception était rejetée par l'ancienne jurisprudence française, qui n'admettait que deux preuves que l'on pût opposer à la présomption de paternité fondée sur le mariage.

L'absence certaine et continuelle du mari au tems de la conception ;

Son impuissance naturelle ou accidentelle. La loi n'en écoute point d'autres, disait d'Aguesseau. (1) Il est évident, ajoutait-il, qu'il est même impossible d'en feindre d'autres, puisque tant que l'absence ni aucun autre obstacle n'aura point séparé ceux que le mariage unit, on ne présumera jamais que celui qui est le mari ne soit pas le véritable père.

806. Le Code a conservé les exceptions fondées sur l'impossibilité physique de cohabitation, mais avec une modification remarquable. Il refuse au mari (313) la faculté de désavouer l'enfant conçu pendant le mariage, en alléguant son impuissance naturelle. Celui qui a osé se marier ne saurait plus être admis à prétendre qu'il était inhabile au mariage.

D'ailleurs l'impuissance naturelle est tellement difficile à constater, que l'expérience a prouvé que tel homme qui avait été déclaré impuissant dans son mariage avec telle femme, avait eu ensuite des enfans d'un autre mariage.

807. Le mari ne peut donc désavouer l'enfant conçu pendant le mariage que dans les deux cas posés par l'art. 314,

1<sup>o</sup> L'éloignement du mari ;

2<sup>o</sup> Quelque accident qui l'ait mis dans l'im-

(1) Tome 2, pag. 542.

possibilité physique de cohabiter avec sa femme pendant le tems qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant; car on applique à ces deux cas la règle établie pour les naissances tardives ou prématurées. Le mari doit donc prouver quatre mois entiers et continus d'absence ou d'impuissance accidentelle, à commencer depuis le premier jour du dixième mois jusqu'au premier jour du sixième avant la naissance de l'enfant.

808. L'éloignement doit avoir été continu et certain. Le Code ne fixe point à quelle distance les époux doivent avoir vécu l'un de l'autre; il n'exige point qu'ils aient été séparés par les mers; il exige seulement que l'éloignement fût tel qu'au moment de la conception tout rapprochement, même momentané, entre les deux époux ait été *physiquement* impossible : s'il y avait du doute, il faudrait prononcer en faveur de la règle. C'est à la prudence du magistrat à l'appliquer ou à l'écarter suivant les faits et les circonstances, en se souvenant toujours que le Code exige qu'il y ait *impossibilité physique* de cohabitation.

809. Ce qui décide clairement la question de savoir si la prison qui sépare deux époux

peut être assimilée à l'absence. Elle ne peut l'être qu'autant que la prison se trouverait dans une distance assez éloignée pour opérer l'impossibilité physique d'un rapprochement ; autrement la complaisance ou la corruption des gardes et des geoliers pouvant se prêter à une réunion momentanée l'impossibilité physique exigée par la loi n'existerait plus.

810. Le Code n'a point aussi désigné la nature de l'accident qui peut avoir mis les époux dans l'impossibilité physique de cohabiter ensemble. Il eût été dangereux de spécifier les cas, les accidens qui peuvent produire l'impuissance accidentelle, parce qu'on aurait paru exclure ceux qui n'auraient pas été prévus, soit qu'il s'agisse d'une blessure, d'une mutilation ou d'une maladie griève et longue ; il suffit de savoir que la cause doit être telle, et tellement prouvée que, dans le tems présumé de la conception, on ne puisse supposer un seul instant où le mari aurait pu devenir père ; de se souvenir enfin que la loi n'a voulu admettre contre la présomption résultant du mariage que les accidens qui rendent la cohabitation physiquement impossible. Art. 312.

811. Cette impossibilité physique ne pouvant exister dans le cas d'une séparation de corps

prononcée entre le mari et la femme, un pareil jugement qui laisse subsister le mariage ne peut faire cesser la présomption de paternité en faveur de l'enfant conçu depuis la séparation effectuée. Il en était autrement sous l'empire de la loi du 12 brumaire an 2, qui assimila en tout les enfans nés de l'un des époux depuis la séparation prononcée aux enfans nés hors mariage, en permettant (art. 19) à un autre qu'au mari de se reconnaître père de l'enfant d'une femme séparée de corps. Cette loi faisait cesser entre les époux, dans le cas de la séparation de corps, la présomption de paternité fondée sur la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*.

On proposa au conseil d'état (1) de faire cesser la présomption de paternité lorsque les époux ont été séparés de corps, à moins qu'il n'y eût eu réunion de fait et réconciliation; mais la proposition fut rejetée, parce qu'il n'y a point, en ce cas, d'impossibilité physique de cohabitation.

Bien plus, l'adultère prouvé contre la femme séparée de corps, ne suffit point encore pour faire cesser l'application de la règle *pater is est, etc.*, à l'enfant conçu depuis la

(1) Loqué, sur ce titre, pag. 17 et suiv., édit. in-8°.

séparation, (1) suivant l'axiome que la femme peut être adultère, et l'enfant légitime.

812. Le Code n'admet l'exception sur l'impossibilité morale que dans le cas unique prévu par l'art. 313, lorsque la femme convaincue d'adultère a caché au mari la naissance de l'enfant; mais il exige ces deux conditions, 1<sup>o</sup> que l'adultère soit constant, et il ne peut l'être que par un jugement; 2<sup>o</sup> que la naissance de l'enfant ait été cachée au mari. C'est en ce cas seulement que l'adultère prouvé de la femme peut balancer la règle *pater is est*, etc., et faire admettre le père à prouver tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant.

813. On peut d'abord s'étonner que l'aveu tacite que l'on peut induire de la conduite d'une femme adultère, qui semble reconnaître, en cédant la naissance de son enfant, qu'il est le fruit du crime, ait plus de force que sa déclaration formelle et positive que son mari n'est pas le père de son enfant.

Un des premiers principes sur l'état des enfans conçus pendant le mariage, est de ne point

(1) Voyez l'analyse de la discussion au conseil d'état, dans Locré. Il s'agissait du cas où la conception de l'enfant est postérieure à la séparation de fait judiciairement ordonnée, lorsque la femme, après la demande en divorce formée contre elle, se retire dans une maison indiquée par le juge.

le faire dépendre de la déclaration de leurs père et mère. (1)

Les père et mère, dit d'Aguesseau, peuvent bien assurer, par leur suffrage, l'état de leurs enfans, mais ils ne peuvent jamais le détruire. (2)

Les déclarations concertées d'une femme adultère, dont la conduite rend le témoignage suspect, ont pu être arrachées par une passion aveugle et violente; la justice ne peut en faire dépendre l'état et la condition d'un enfant conçu pendant le mariage.

814. Mais la conduite d'une femme qui, loin de rien déclarer, se tait et se cache, qui, cédant au cri de sa conscience, découvre les replis les plus secrets de son cœur par les craintes que décèle le mystère dont elle enveloppe la naissance de son enfant, élève contre la légitimité de cet enfant un préjugé assez fort pour balancer la présomption de paternité, fondée sur le mariage.

815. Cependant, comme il est possible que le mystère dont la femme enveloppe sa grossesse

(1) Paroles de l'avocat-général Chauvelin, dans la cause de Harrouard. Journ. des audiences, t. 7, supplément, p. 241.

Menochius de præsumpt., lib. 6, præ. 53, n. 6; Lacombe, au mot enfant, n° 10.

(2) T. 2, p. 510 et 546; t. 3, p. 185. Cochin, dans la cause de la demoiselle Ferrand.

et la naissance de son enfant, ait pour cause une erreur sur l'époque de la conception, ou la crainte que lui inspire un mari soupçonneux, comme enfin le motif qui la détermine à cacher sa grossesse, est trop incertain pour décider par cette unique circonstance l'état de de l'enfant; le Code exige de plus une seconde circonstance pour autoriser le désaveu de l'enfant dont la naissance a été cachée au mari: il faut que l'adultère soit constaté par un jugement.

816. Si la femme mourait avant que la fraude qui décèle son crime fût découverte, le mari qui viendrait à découvrir l'adultère de sa femme, et la naissance de l'enfant qu'on lui a cachée, pourrait néanmoins former l'action en désaveu, en la dirigeant contre un tuteur *ad hoc* qu'il ferait nommer, et en prouvant, 1<sup>o</sup> l'adultère de son épouse décédée; 2<sup>o</sup> qu'elle lui a caché la naissance de l'enfant.

817. Néanmoins ces deux circonstances ne suffisent pas seules pour détruire la règle, *pater is est*, mais elles la balancent et rendent le mari recevable à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père, sauf au tuteur de l'enfant à proposer les faits propres à justifier que cet enfant peut appartenir au mari.

C'est dans le concours de ces faits, des cir-

constances qui les ont accompagnés, et dans les conséquences qu'on en peut tirer, que les juges doivent discerner cette preuve si difficile à reconnaître, appelée par les auteurs *impossibilité morale*, pour indiquer qu'il faut que, dans les mœurs ordinaires des hommes, elle soit équivalente à une impossibilité physique. Dans le doute on doit toujours prononcer en faveur de l'enfant; s'il était prouvé, s'il était seulement vraisemblable que le mari a cohabité avec sa femme dans le tems de la conception de l'enfant, le désaveu du mari serait rejeté.

818. On ne doit jamais admettre l'exception fondée sur l'impossibilité morale, que dans le cas unique de l'article 313, sans l'étendre à aucun autre cas, quelque favorable qu'il puisse paraître. La règle, que l'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari, est une présomption de droit établie par la loi, comme l'un des fondemens les plus solides de la société civile; elle ne peut être effacée que par des présomptions reconnues par la loi : posons donc en principe, avec d'Aguesseau, *que la présomption capable d'attaquer celle de la loi, doit être écrite dans la loi même.*

819. Le Code n'autorise le désaveu de l'enfant conçu pendant le mariage que dans

trois cas : les deux premiers fondés sur l'impossibilité physique ; le troisième fondé sur l'adultère prouvé de la femme, joint à la circonstance qu'elle a caché au mari la naissance de l'enfant.

Ainsi, hors ces trois cas, point d'exception à la règle *pater is est*. Le Code a même évité d'employer l'expression doctrinale d'impossibilité morale, dont on aurait pu abuser en l'étendant à d'autres cas également favorables, ou même plus favorables en apparence.

820. Mais il faut observer que ce qu'on vient de dire ne s'applique qu'aux cas où la filiation de l'enfant est prouvée par son acte de naissance ou par la possession constante de l'état de légitimité. C'est alors seulement que la règle *pater is est* lui suffit, hors les trois cas d'exception ci-dessus expliqués, pour réduire ses adversaires au silence.

S'il était obligé, à défaut de titre et de possession, de recourir à des présomptions, et de prouver sa filiation par témoins, la preuve contraire pourrait toujours (525) être faite par tous les moyens propres à établir non-seulement qu'il n'est pas l'enfant de la femme qu'il réclame pour mère, mais même la maternité prouvée qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère, comme nous le verrons dans le

chapitre suivant, où nous examinerons aussi s'il faut admettre une nouvelle exception qu'on avait tenté d'introduire à la règle *pater is est*, et que l'on prétendait fondée sur l'indivisibilité du titre, lorsque l'acte de naissance qui établit la maternité de la femme exclut en même tems ou semble exclure la paternité du mari.

## SECTION II.

*Des enfans nés pendant le mariage, mais conçus auparavant.*

### SOMMAIRE.

821. *L'enfant né pendant le mariage est en possession de son état, sauf le désaveu.*
822. *Trois cas où le désaveu n'est pas recevable.*
823. *Dans ces trois cas, le mari n'est pas recevable à combattre les présomptions qui écartent le désaveu.*
824. *Autres cas où le désaveu n'est point admis.*
825. *Le désaveu doit être suivi d'une action dirigée contre un tuteur ad hoc.*
826. *Le tuteur peut prouver la fréquentation intime antérieure au mariage pour en induire que le mari a connu la grossesse.*

821. L'ENFANT né avant le cent quatre-vingtième jour de la célébration est présumé

conçu avant le mariage ; mais le fait de sa naissance pendant le mariage le met en possession provisoire de l'état d'enfant légitime : cette possession devient même définitive s'il n'est pas désavoué, et le désaveu n'est pas toujours recevable.

Cet enfant a donc, par sa naissance, un grand avantage sur l'enfant naturel, qui peut être légitimé par mariage subséquent. Le sort de ce dernier dépend uniquement de la déclaration que le père est libre de faire ou de ne pas faire. L'autre, au contraire, ayant en sa faveur la prérogative de la possession, n'en peut être dépouillé que par un jugement contradictoire, rendu sur un désaveu formel ; il faut venir contre lui par voie d'action, et cette action n'est même pas toujours recevable ; le Code la repousse dans les trois cas suivans. Art. 314.

822. 1<sup>o</sup> Si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage,

La loi présume alors qu'il n'a contracté le mariage que pour réparer sa faute personnelle, et pour légitimer l'enfant dont il connaissait l'existence ;

2<sup>o</sup> 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,

Parce qu'après avoir concouru volontairement à l'acte qui forme un titre de légitimité, il n'en peut plus contester l'effet ; il n'aurait que la ressource de l'inscription en faux, en cas qu'elle fût fondée, et on ne pourrait lui opposer l'art. 527 ;

3<sup>o</sup> Si l'enfant n'est pas déclaré viable, c'est-à-dire, lorsqu'il est reconnu par les gens de l'art que l'enfant, quoiqu'il ait vécu quelques instans ou même quelques jours depuis sa naissance, est né avant terme et dans un état de formation trop peu avancée ou trop imparfaite pour qu'il pût parcourir la carrière ordinaire de la vie ;

Parce qu'alors il n'est pas prouvé que la conception de l'enfant soit antérieure au mariage. D'ailleurs, cet enfant n'étant point habile à succéder, ( art. 725 ) le désaveu serait nécessairement sans objet, ou du moins il ne pourrait avoir qu'un but scandaleux, celui de déshonorer inutilement l'épouse pour une faute antérieure au mariage.

Mais par cette raison là même, l'exception que la non viabilité élève contre le désaveu, est bornée par l'art. 514, au cas de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ; elle ne pourrait être étendue au cas de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour depuis le retour du mari d'un voyage de

long cours ; car alors le mari aurait un grand intérêt à désavouer l'enfant , dans le cas où il voudrait faire condamner sa femme comme adultère. La naissance prématurée de l'enfant , peut alors offrir contre elle un moyen très-fort qu'elle ne peut écarter par une fin de non recevoir.

823. Dans les trois cas que nous venons d'expliquer , le mari demanderait vainement à combattre , par des faits ou par des écrits , les présomptions qui s'élèvent contre son désaveu ; la loi le repousse par une fin de non recevoir , et les juges n'ont à examiner que les faits qui la fondent , c'est-à-dire , s'il a eu connaissance de de la grossesse avant le mariage , s'il a été présent à l'acte de naissance , si l'enfant est déclaré non viable. Il ne pourrait demander à prouver ni son absence au tems présumé de la conception , ni la mauvaise conduite de la femme à cette époque.

824. La disposition de l'art. 314 n'est pas limitative , et les trois cas qu'il indique ne sont pas les seuls où le désaveu n'est point admis. Toute reconnaissance du mari consignée dans un acte authentique ou même privé , suffirait pour le rendre non recevable à contester ensuite l'état de l'enfant ; il faut pour être admis à désavouer que le mari n'ait laissé échapper , soit au moment du mariage , soit au moment de la

naissance de l'enfant, soit depuis, aucun acte, aucun signe, aucun aveu volontaire, exprès ou tacite de sa paternité : (1) s'il avait toujours cru que l'enfant lui fût étranger, aucun acte ne démentirait une opinion qui devait déchirer son ame. S'il a varié dans cette opinion, il n'est plus recevable à refuser à l'enfant l'état qu'il ne lui a pas toujours contesté. (2)

825. L'acte contenant le désaveu du mari, ne suffit pas pour dépouiller l'enfant de la possession d'état d'enfant légitime où sa naissance l'a placé. Cet acte est regardé comme non avenu, s'il n'est pas suivi dans le délai d'un mois d'une action en justice réglée, dirigée contre un tuteur *ad hoc*, donné à l'enfant en présence de la mère. Art. 318.

826. Ce tuteur ainsi que la mère peuvent faire valoir non-seulement les fins de non recevoir mentionnées dans l'art. 314, mais encore tous les moyens de défense propres à faire rejeter le désaveu. Quoique l'enfant naisse à un terme qui prouve que sa conception est antérieur au mariage, il peut néanmoins appartenir au mari, si le mariage a été précédé d'un commerce entre les deux époux ; ainsi, quoique la naissance prématurée de l'enfant dis-

(1) Du Veyrier, exposé des motifs, t. 3, p. 91, édit. de Didot.

(2) Prémou, *ibid.* p. 36.

pense le mari de donner d'autres preuves au soutien de son action, le tuteur peut articuler contre lui des faits de fréquentation intime, ou même de cohabitation (1) avec la mère, pour en conclure qu'ayant connu la femme, il a aussi connu ou dû connaître la grossesse, et qu'il est le père de l'enfant; et ces faits peuvent être prouvés par tous les genres de preuves, même par témoins, sans qu'il soit besoin de commencement de preuve par écrit.

Mais le mari, de son côté, peut combattre ces moyens par des faits contraires, en prouvant, par exemple, qu'il était éloigné, ou qu'il ne connaissait pas encore la mère à l'époque de la conception de l'enfant, comme dans l'arrêt de Bonnafé, rapporté dans le nouveau Denisart. (2)

(1) M. Proudhon, t. 2, p. 18, pense que le tuteur de l'enfant ne pourrait être admis à prouver les faits de fréquentation intime, antérieurs au mariage, parce que l'art. 314 ne parlant que de la *connaissance positive de la grossesse*, il n'est pas permis d'articuler d'autres faits, sans retomber dans l'arbitraire.

Mais la preuve des faits de cohabitation et de fréquentation tendent à prouver que le mari a eu connaissance de la grossesse; car s'il a cohabité avec sa femme enceinte, il n'a guère pu ignorer sa grossesse.

D'ailleurs M. Proudhon enseigne, p. 12, que la disposition de l'art. 314 n'est pas limitative.

Il ajoute que les faits d'une pareille fréquentation laissent sur leur conséquence une incertitude telle que la loi a cru devoir abolir toute recherche de paternité, fondée sur de pareilles circonstances.

Mais il y a une grande différence entre l'enfant naturel qui, n'ayant aucune possession de son état, demande à prouver une paternité toujours incertaine, et l'enfant né sous le voile sacré du mariage que sa naissance a mis en possession de son état, et qui ne fait que défendre sa possession.

(2) T. 8, p. 5, n. 5.

## SECTION III.

*Des enfans conçus et nés depuis la dissolution  
du mariage.*

---

## SOMMAIRE.

827. *L'enfant né le trois centième jour de la dissolution du mariage ou plutôt, ne peut être désavoué que dans les cas de droit.*
828. *L'enfant né plus tard est de droit illégitime.*
829. *Sa légitimité peut être contestée. Il ne faut pas confondre cette contestation avec le désaveu.*
- 

827. L'ENFANT né au plus tard le trois centième jour de la dissolution du mariage, est présumé conçu pendant le mariage ; il a pour père le mari ; (312) il ne peut être désavoué que dans les cas expliqués dans le premier paragraphe, si, par exemple, immédiatement avant la dissolution du mariage, le mari, pour cause d'absence ou par l'effet de quelque accident, avait été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec la femme depuis un tems suffisant pour former, avant la naissance de l'enfant, le nombre de trois cents jours, y compris ceux qui se sont écoulés depuis la dissolution du mariage.

828. Au contraire, l'enfant né trois cents

jours après la dissolution du mariage, ou ce qui est la même chose, le trois cent unième jour de la dissolution, est présumé conçu depuis le mariage. Loin de pouvoir invoquer la règle que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, elle se retourne contre lui; il est donc rangé au nombre des enfans naturels. S'il prétendait exercer les droits que donne la légitimité, sa légitimité pourrait être contestée. Il suffirait de comparer l'acte de sa naissance avec l'acte du décès du mari, avec le jugement qui a fait encourir la mort civile au mari ou à la mère, ou bien enfin avec le jugement qui a prononcé le divorce. S'il résultait de cette comparaison qu'il s'est écoulé trois cents jours entre la dissolution du mariage et la naissance de l'enfant, il serait illégitime de droit. Ainsi, la différence d'un seul jour peut décider irrévocablement du sort de l'enfant. S'il en était autrement, si l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage n'était pas de droit illégitime, il faudrait en dire autant de l'enfant né trois cent dix, trois cent cinquante, quatre cents jours ou plus après le mariage dissous; car, après l'époque des trois cents jours fixée par la loi, il n'est point de terme où l'on doive s'arrêter plutôt qu'à tout autre.

L'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, est donc illégitime de plein droit.

829. Mais il est possible que le jour de la naissance de l'enfant ou celui de la dissolution du mariage soient incertains; que l'acte de sa naissance ou celui de la mort du père contiennent des erreurs, car ces faits et d'autres semblables peuvent procurer à l'enfant des moyens légitimes pour défendre son état, en prouvant que l'époque de sa conception doit être rapportée au tems du mariage; de là peuvent naître des contestations.

Et d'un autre côté, si, quoique né trois cents jours après la dissolution du mariage, l'enfant, à l'aide d'un acte de naissance qui lui donnerait pour père le mari de sa mère, prétendait s'arroger les droits de famille, tels que les droits de succession, de tutelle, etc., *sa légitimité pourrait être contestée*, suivant les expressions énergiques de l'art. 315, qui semblent avoir à dessein évité l'expression de *désavouer* employée dans les trois articles précédens. Il ne faut donc pas confondre l'action en désaveu avec la contestation de légitimité, deux actions de nature fort différentes.

SECTION IV.

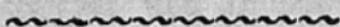
*Du désaveu et de la contestation de légitimité.*

---

830. *Ce qu'ont de commun la contestation de légitimité et le désaveu.*
831. *En quoi ils diffèrent.*
832. *Le désaveu est particulier au mari. C'est une action pétitoire.*
833. *La contestation de légitimité est plus souvent une exception qu'une action.*
834. *Le désaveu doit être formé dans un délai fatal ; il n'y en a point pour la contestation de légitimité.*
835. *L'action passe aux héritiers seulement qui ont accepté la succession du mari.*
836. *La contestation de légitimité appartient à tous ceux qui ont intérêt de la former.*
837. *La renonciation du mari éteint l'action en désaveu ; sa reconnaissance ne peut empêcher la contestation de légitimité.*
838. *L'action en désaveu doit être formée dans le mois si le mari était présent aux lieux de la naissance de l'enfant.*
839. *Dans les deux mois, s'il était absent ou non présent.*
840. *Dans quel délai les héritiers du mari peuvent former l'action en désaveu.*
841. *S'ils peuvent désavouer dans le cas où la femme adultère a caché la naissance de son enfant.*
842. *Comment et quand doit être formée l'action en désaveu.*

843. Comment doit être nommé le tuteur ad hoc.

844. L'enfant désavoué conserve la possession pendant la litispendance.



830. LA contestation de légitimité est un terme générique qui, dans sa généralité, comprend le désaveu; car celui qui désavoue un enfant conteste sa légitimité.

Mais le désaveu est une action spécifique qui a ses règles particulières; la contestation de légitimité n'en a point d'autres que celles qui sont communes à toutes les contestations d'état en général. Elle a ceci de commun avec le désaveu, qu'elle est dirigée contre un enfant dont l'identité n'est pas douteuse, et dont la mère est ou a été engagée dans un mariage valide.

831. Mais le désaveu ne s'applique qu'aux enfans nés ou conçus pendant le mariage, et qui sont sous la protection de la règle *pater is est*. Il a donc pour objet de dépouiller de la qualité de fils ou de fille un enfant qui la tient de la présomption légale, de chasser de la maison, comme intrus, celui qui y est né ou conçu.

La contestation de légitimité, au contraire, s'étend aux enfans nés et conçus après la

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. I<sup>er</sup>.* 161  
dissolution du mariage, contre lesquels s'élève  
la règle *pater is est*. Elle a pour objet d'em-  
pêcher d'entrer dans la famille celui qui ne  
s'y trouve placé ni par sa naissance ni par  
sa conception.

De là plusieurs différences entre ces deux  
actions.

852. 1<sup>o</sup> L'action en désaveu est particulière  
au mari. Il peut désavouer l'enfant que lui  
donne la présomption légale, parce que la  
paternité n'est jamais certaine, et que la pré-  
somption doit céder à l'évidence des preuves  
contraires.

La mère ne peut au contraire désavouer  
l'enfant qu'elle a mis au monde, (1) parce  
que la maternité est toujours certaine; elle  
peut seulement contester l'identité de celui qui  
la réclamerait pour mère. Ce n'est pas une  
action en désaveu, mais une contestation d'état  
qu'exerce la mère quand elle refuse de recon-  
naître pour fils celui qui, usurpant un faux  
nom, prétend être l'enfant dont elle est accou-  
chée à telle époque.

2<sup>o</sup> Celui qui est né ou conçu pendant le  
mariage, est, en naissant, placé dans la famille;  
il est en possession de l'état de légitimité, il

(1) Voyez Loqué, pag. 92.

y demeure si personne ne l'en chasse, et l'on ne peut le faire qu'en vertu d'un jugement rendu sur une action en désaveu. Cette action est donc une véritable action pétitoire, au défaut de laquelle l'enfant reste dans l'état où il est né.

853. Celui qui est né et conçu depuis la dissolution du mariage, étant repoussé par la règle *pater is est*, naît dans l'état d'enfant naturel; il y demeure si on ne l'en tire pas. Les parens du mari de la mère, ni le mari lui-même, s'il est encore vivant; n'ont rien à lui demander. S'il aspire à l'état de légitimité, il se rend demandeur; il forme une action pétitoire qu'on peut repousser en contestant sa légitimité.

La contestation de légitimité est donc plus souvent une exception qu'une action; c'est la défense à la demande.

3° Toute action doit avoir un terme. Il n'est pas juste de laisser long-tems incertain le sort de l'enfant que sa naissance ou sa conception ont placé dans l'état et dans la possession de légitimité.

Le Code a donc prescrit un délai fatal assez court pour exercer l'action en désaveu, dont la durée ne pouvait être prolongée sans trou-

bler les familles, et sans laisser dépérir les moyens de défense de l'enfant.

Au contraire, on ne pouvait prescrire aucun délai (1) fatal à la contestation de légitimité, puisqu'elle n'est le plus souvent que la défense contre l'action de celui qui tenterait de s'introduire dans une famille où il n'est pas né. L'exception doit durer autant que la demande. C'était donc à l'action de l'enfant qu'on aurait pu prescrire un délai fatal; mais il n'aurait pas été juste d'en fixer : l'action en réclamation d'état est imprescriptible. (328.)

834. Nous avons dit que le mari peut seul exercer l'action en désaveu; néanmoins cette action passe à ses héritiers, lorsqu'il est mort sans la former; mais étant encore dans le délai utile pour le faire (317), la raison en est qu'ils le représentent à titre universel : ils succèdent à tous ses droits, à toutes ses actions.

Mais ce n'est qu'aux héritiers du mari que le Code fait passer cette action; elle ne pour-

(1) L'article 317, qui porte que les héritiers du mari, mort dans les délais utiles, auront deux mois pour *contester la légitimité* de l'enfant, etc., n'est point contraire à ce que nous venons de dire. Cet article ne parle que du désaveu, comme le prouvent ces mots : « Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer. » Cette expression *contester la légitimité*, est donc prise à la fin de l'article, dans le sens général que nous avons remarqué au commencement de cette section.

rait être exercée ni par les héritiers de la femme qui ne peuvent avoir plus de droits qu'elle-même, quoiqu'ils aient un grand intérêt à faire déclarer l'enfant illégitime pour succéder à la mère à son préjudice,

Ni par les parens du mari, autres que ses héritiers qui auraient intérêt d'écarter l'enfant des successions collatérales qui peuvent s'ouvrir un jour,

Ni même par les successibles du mari, s'ils avaient renoncé à la succession, parce que cette action ne peut passer en leurs personnes que comme faisant partie de l'hérédité, et parce qu'ils représentent le mari.

La même raison interdit cette action aux légataires, qui, pour éviter la réduction de leurs legs, auraient intérêt de faire juger l'enfant illégitime. L'action ne peut passer qu'aux légataires universels ou héritiers institués qui représentent le défunt, comme les héritiers du sang.

855. Au contraire, la contestation de légitimité appartient à tous ceux qui ont intérêt de la former, non-seulement aux héritiers du mari, à ses parens, à ses légataires, mais encore aux héritiers de la femme, à ses parens qui ont intérêt de faire rester l'enfant dans l'état d'illégitimité où il est né, afin de succéder à la mère.

836. 5<sup>o</sup> La renonciation expresse ou tacite du mari éteint irrévocablement l'action en désaveu, qui ne peut être intentée ni par ses héritiers, quoiqu'il soit mort dans les délais utiles, puisqu'ils n'ont d'autres droits que les siens. L'enfant peut donc être admis à prouver tous les faits, d'où 'on peut induire de la part du mari une renonciation à son droit, ou une reconnaissance de paternité. C'est le mari qui est après la femme le seul juge du fait de sa paternité. S'il renonce au désaveu, personne n'a le droit de s'en plaindre.

Il n'en est pas ainsi de la contestation de légitimité; inutilement le mari divorcé reconnaîtrait un enfant né trois cents jours au plus depuis la prononciation du divorce, et lui prodiguerait les soins d'un père, ses héritiers, ses parens, les héritiers même de la mère n'en seraient pas moins recevables à contester la légitimité de l'enfant, parce que le mari ne peut, par cette reconnaissance, détruire la présomption légale et reporter la conception de l'enfant au tems du mariage, pour lui donner les droits de famille. S'il en était autrement, il faudrait dire qu'il peut aussi les donner à l'enfant né trois cents cinquante, quatre cents jours et plus après le divorce, ce qui devient d'une absurdité palpable; car, après le terme de trois cents jours,

fixé par la loi, la naissance est également illégale à toutes les époques. Il est égal que l'enfant soit né le lendemain du terme fatal, le surlendemain, plusieurs jours ou plusieurs mois après; dans tous ces cas, sa conception est presumée postérieure à la dissolution du mariage.

Il est donc étonnant que, dans un rapport (1) fait au tribunaux, on ait avancé que la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, triompherait de l'attaque qui lui serait portée, s'il prouvait que le mari divorcé s'est rapproché de sa mère, postérieurement à la dissolution du mariage. La preuve d'un pareil rapprochement ne servirait qu'à confirmer et à démontrer sa bâtardise, puisque le Code défend aux époux divorcés de se réunir même par un nouveau mariage.

857. Après ces notions générales sur la nature et les différences du désaveu et de la contestation de légitimité, il faut voir quand et comment l'action en désaveu doit être formée et suivie.

Le mari, comme nous l'avons déjà dit, ne peut exercer l'action en désaveu que dans un délai fort court. Le sentiment qui porte un mari à désavouer l'enfant dont sa femme est devenue mère, est un sentiment vif et violent

(1) Exposé des motifs, édition de Didot, tom. 3, pag. 46.

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. I<sup>er</sup>. 167*  
qui naît du transport qu'excite la conviction  
d'un outrage,

Mais le désaveu peut aussi être dicté par  
un mouvement de jalousie que le temps et la  
réflexion dissipent.

La loi a donc voulu que le mari formât sa  
réclamation *dans le mois*, s'il se trouve *dans*  
*les lieux de la naissance de l'enfant*. Art. 316.

338. *Dans les deux mois après son retour*,  
*si à la même époque il était absent*.

Après ces délais expirés, son action n'est  
plus recevable; il est censé avoir reconnu ou  
adopté l'enfant.

Il ne s'agit pas ici seulement de l'absence  
déclarée ou présumée, mais de l'absence impro-  
prement dite, ou de la non présence; il suffit  
que le mari ne soit pas *sur le lieu de la*  
*naissance de l'enfant*.

On peut demander comment il faut enten-  
dre cette expression vague *sur les lieux*; s'il  
s'agit seulement de la commune, du canton  
ou du département, etc.

Il est certain que le mari doit être hors de  
la commune, mais cela ne suffit pas; car,  
sans résider dans la même ville, dans la même  
commune, ou dans le même département, le  
mari peut être dans un lieu si voisin, et avec  
lequel les communications soient si faciles,

qu'il ne puisse raisonnablement ignorer les événemens qui arrivent dans sa famille ; et voilà pourquoi le Code emploie cette expression indéterminée, *les lieux*, qui désigne la distance dans laquelle on ne peut ignorer des faits qui intéressent aussi vivement que la grossesse d'une épouse et la naissance d'un enfant.

Ainsi, sans établir une règle précise dont l'application rigoureuse aurait souvent blessé la justice, le Code se contente d'indiquer aux juges que le mari ne doit jouir du double délai que dans les cas où il était impossible qu'il ignorât la grossesse et l'accouchement de sa femme : la décision dépend nécessairement des circonstances.

Enfin, si l'on avait caché au mari la naissance de l'enfant, il pourrait former l'action en désaveu dans les deux mois après la découverte de la fraude. (316.)

859. L'art. 517 accorde aux héritiers du mari, pour exercer leur action, deux mois, à compter de l'époque où l'enfant se serait mis en possession des biens, ou de l'époque à laquelle ils seraient eux-mêmes troublés par lui.

Si les héritiers du mari ont, pour exercer leur action, un délai plus long que le mari lui-même, c'est que le législateur a considéré

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. I<sup>er</sup>.* 169  
que les faits sur lesquels se fonde le désaveu sont plus présens au mari, et mieux connus de lui, puisqu'il est le seul juge en cette matière.

840. On peut demander si les héritiers du mari peuvent exercer l'action en désaveu fondée sur ce que la femme adultère a caché la naissance de son enfant. La raison de douter est que l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari. (C. P. art. 336.)

Néanmoins, si l'action avait été intentée par le mari, ses héritiers pourraient la reprendre. (1)

Si le mari était mort sans avoir intenté l'action, la question semblerait présenter plus de difficultés; cependant, comme il ne s'agit que d'une action civile, nous pensons que l'action des héritiers devrait être reçue: (2) les articles 316 et 317 semblent même trancher la difficulté. Le premier porte que dans *les divers cas* où le mari est autorisé à réclamer, et le cas de l'adultère de la femme est du nombre, il devra le faire dans le mois.

L'art. 317 ajoute que, si le mari meurt sans avoir réclamé, mais étant encore dans le délai

(1) Bretonnier, sur Henrys, liv. 6, chap. 5, quest. 20, n. 25; le nouveau Denisart. V. adultère, p. 276; Fournel, traité de l'adultère, 2<sup>e</sup> édition, pag. 40 et 41.

(2) M. Proudhon est d'une opinion différente, t. 2, p. 41 et 42.

de le faire, ses héritiers pourront contester la légitimité de l'enfant; il n'excepte point le cas de l'adultère joint à la naissance cachée de l'enfant; on ne peut suppléer une exception qui ne se trouve point dans la loi.

841. Le désaveu doit être formé devant les tribunaux civils, dans les formes ordinaires. Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari, ou de ses héritiers, est regardé comme non venu, suivant l'art. 318, 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 la mère.

Mais si l'acte du désaveu reste sans effet faute de poursuite dans le mois, le mari ou ses héritiers peuvent en former un nouveau dans le cas où le délai de deux mois ne serait pas encore expiré. (1)

Ainsi cet acte extrajudiciaire ne produit d'autre effet que de proroger d'un mois l'action en désaveu; c'est-à-dire, que le mari ou ses héritiers, en désavouant par un pareil acte le dernier jour du délai, ont encore un mois pour faire nommer un tuteur à l'enfant et pour former leur action.

842. Le tuteur doit être nommé par le

(1) La Hary, exposé des motifs.

conseil de famille, composé dans la forme ordinaire. Le désaveu du mari n'empêche pas qu'on n'y doive appeler des parens de sa ligne, puisque la loi ne fait aucune exception pour ce cas particulier; et que, jusqu'à la preuve du contraire, il est considéré, malgré son désaveu, comme le père de l'enfant.

839. Il faut faire une dernière observation sur l'action en désaveu.

Si elle est dirigée contre un enfant conçu pendant le mariage, comme la présomption de paternité est à son égard dans toute sa force, il a en sa faveur la loi; la possession ne peut lui être ôtée pendant la litispendance.

Si les héritiers du mari s'étaient emparés de tout ou de partie des biens de la succession, l'action en désaveu ne pourrait les dispenser d'en restituer la jouissance à l'enfant, parce que la provision est en faveur du titre et de la possession.

Si l'action était dirigée contre un enfant né pendant le mariage, mais conçu auparavant, la provision pourrait souffrir plus de difficulté, parce que la règle *pater is est* ne milite en sa faveur que sous la condition qu'il ne sera pas désavoué. Le désaveu formé en tems utile suffit pour en écarter l'application. Il suffit sans autre preuve de faire voir que sa <sup>conception</sup> naissance remonte à un tems antérieur au mariage. On

pourrait donc penser d'abord qu'il ne peut prétendre à la provision.

Cependant le seul fait de sa naissance le constitue en possession provisoire de légitimité. Le mari lui-même ne peut l'en dépouiller qu'en venant contre lui par voie d'action, et en faisant rendre un jugement qui le déclare illégitime. Il semble, par ce motif, que, pendant la litispendance entre lui et les héritiers du mari, cet enfant doit avoir la provision aussi bien que l'enfant conçu pendant le mariage,

En supposant néanmoins qu'ils n'aient pas laissé les héritiers acquérir la possession annale.

## CHAPITRE II.

*Des preuves de la filiation des enfans légitimes et de la réclamation d'état.*

### SOMMAIRE.

845. *La filiation se prouve de trois manières. Division du chapitre en quatre sections.*  
 846. *Différence entre la filiation et la légitimité.*  
 847. *La filiation est parfaite ou imparfaite.*

845. APRÈS avoir établi la présomption légale de paternité fondée sur le mariage, et

le petit nombre d'exceptions qu'elle comporte, le Code indique aux enfans légitimes les preuves qu'ils doivent fournir de leur filiation.

Elle se prouve,

1° Par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil, (319) et qui font foi jusqu'à l'inscription en faux; (45.)

2° Par la possession d'état, qui peut suppléer à ce titre; (320.)

3° A défaut de titre et de possession, par témoins (323) ou par des papiers domestiques. (46.)

Nous diviserons ce chapitre en quatre sections, et nous examinerons dans les deux premières les preuves qui résultent des actes de naissance et de la possession d'état, la force que ces preuves acquièrent par leur réunion, comment elles peuvent être combattues.

Nous verrons dans la troisième quand on peut recourir à la preuve par témoins ou par les papiers domestiques, et qu'elle est la force de cette preuve.

La quatrième traitera de l'action en réclamation d'état.

Mais auparavant il est nécessaire d'exposer quelques notions générales.

846. Il y a deux choses à considérer dans

l'état d'un enfant, sa filiation et sa légitimité. Il n'y a de légitimes que les enfans nés pendant le mariage, ou légitimés par mariage subséquent; car la légitimité n'est pas autre chose que les droits attribués par la loi aux enfans du mariage. Enfant *légitime* et enfant *né dans le mariage*, sont deux termes synonymes, suivant la rubrique du premier chapitre. (1)

Il ne faut donc pas confondre deux choses très-différentes, la filiation et la légitimité, ni la preuve de la filiation avec la preuve de la légitimité.

L'acte de naissance prouve la filiation, mais il ne prouve pas la légitimité, parce qu'il ne prouve pas le mariage des père et mère de l'enfant.

La preuve de chacun de ces faits, le mariage et la naissance, doit se faire par les actes qui lui sont propres. L'acte de naissance d'un enfant ne suffit donc pas pour prouver sa légitimité. (2)

On peut remarquer que le titre de ce second

(1) *Filium cum defnimus qui ex viro et uxore ejus nascitur.* L. 6, ff. de his qui sui vel alien. jur.

(2) Voyez l'arrêt de la cour de cassation du 17 ventôse an 11, rapporté par Sirey, an 11, pag. 319; l'arrêt rendu par la cour de Paris le 20 mai 1808. Sirey, an 1808, 2<sup>e</sup> part., pag. 204, et l'arrêt de la cour de cassation du 20 juillet 1809; Sirey, 1810, p. 216.

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. II.* 175  
chapitre ne parle que des *preuves de la filiation*  
et non pas des *preuves de la légitimité*, pour  
lesquelles il faut recourir aux articles 195,  
196 et 197.

Remarquez encore qu'il ne parle que de  
la filiation des *enfants légitimes*, c'est-à-dire,  
*nés dans le mariage*; ainsi toutes ces dispo-  
sitions supposent un mariage existant. C'est  
ce qu'il ne faut pas perdre de vue pour saisir  
le véritable sens de chaque article.

847. La filiation est la qualité de fils de  
tel père et de telle mère. La filiation est donc  
parfaite ou imparfaite. Elle est parfaite si le  
père et la mère sont connus; elle est imparfaite  
si la paternité n'est pas prouvée aussi bien que  
la maternité.

## SECTION PREMIÈRE.

*De la preuve de la filiation par les actes  
de naissance.*

### SOMMAIRE.

848. *Importance des actes de naissances, Nécessité de  
les recevoir comme preuves.*
849. *Destinés à prouver deux faits, 1° la naissance de  
l'enfant; 2° sa filiation.*
850. *La naissance est attestée comme un fait dont l'offi-  
cier de l'état civil a la connaissance personnelle.*

851. La filiation, le jour et le lieu de la naissance sont attestés sur la foi d'autrui.
852. On peut, sans inscrire l'acte en faux, soutenir que l'enfant à une autre mère, une autre père que ceux qui ont été déclarés.
853. Quelle est la force de cette déclaration contre les individus désignés pour père et mère. Distinctions.
854. Si la déclaration a été faite par le père et par la mère, l'acte peut être attaqué par l'inscription de faux, ou éludé en niant l'identité du réclamant.
855. La déclaration faite par l'un des père et mère mariés, fait preuve contre l'autre jusqu'à inscription de faux.
856. Exemple de fausse déclaration faite par un mari.
857. La déclaration de la mère seule fait preuve contre le mari, sauf le désaveu dans les cas de droit.
858. Si la mère déclarait un père inconnu ou autre que son mari, sa déclaration serait rejetée, quant à la paternité, pour s'en tenir à la règle *pater is est*, etc.
859. L'état des enfans conçus pendant le mariage, ne dépend point de la déclaration des père et mère.
860. Si l'enfant est présenté par les personnes indiquées dans l'article 56, leur déclaration fait foi contre les époux désignés pour père et mère.
861. Si ces personnes désignaient un père inconnu ou autre que le mari, la règle *pater is est* l'emporterait sur la seconde partie de leur déclaration, sans qu'on pût alléguer l'indivisibilité du titre.
862. Quand la mère est mariée, la désignation de la mère forme seule la substance de l'acte de naissance.
863. La déclaration de maternité est sans force, quand

*elle est faite par des personnes qui n'ont pas mission légale pour la faire. Exemple.*

864. *La déclaration de la mère naturelle fait preuve contre elle, mais non contre l'individu qu'elle désignerait pour père.*

865. *La déclaration de maternité faite par les personnes présentes à l'accouchement, fait preuve contre la mère naturelle.*

866. *L'indication de maternité faite par le père naturel, ne fait pas preuve contre la femme indiquée pour mère.*

867. *Les déclarations faites par des personnes sans mission légale, ne font ni preuve ni commencement de preuve.*

848. « LA filiation parfaite des enfans légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil. » (319.)

C'est par l'acte de naissance que l'on fait son entrée dans le monde; (1) c'est à la faveur de ce passeport que l'on peut être admis et reconnu dans une famille. A quoi peut-on se reconnaître pour parens les uns des autres? Il faut d'abord qu'un acte de naissance assure l'existence d'une telle personne, d'un frère, d'un oncle, d'un neveu.

« Ces actes, dit d'Aguesseau, (2) sont la

(1) Cochin, tom. 1, pag. 26.

(2) Tom. 4, pag. 271.

» grande et presque l'unique preuve que l'on  
 » puisse avoir de l'état des hommes. Qu'on  
 » renverse cette preuve, tous les fondemens  
 » de la société civile sont ébranlés ; il n'y a  
 » plus rien de certain parmi les citoyens, si  
 » l'on retranche cet argument. Qu'on dise tant  
 » qu'on voudra que ce principe est douteux  
 » que rien n'est plus facile à altérer, à dissi-  
 » muler, à changer même que le contenu de  
 » ces actes de naissance, toutes ces réflexions  
 » sont justes ; mais quelque douteuse que  
 » puisse être cette preuve, tout sera encore  
 » plus douteux si on ne l'admet pas, si on  
 » la rejette sans des preuves convaincantes  
 » de fausseté. »

Les actes de naissance font donc foi jusqu'à inscription de faux. (45.)

Mais de quelles choses et contre quelles personnes les actes de naissance font-ils foi ? Quelles preuves ou commencemens de preuves peuvent résulter de ces actes, tant en faveur des enfans légitimes que des enfans naturels ? C'est ce qu'il faut examiner avec attention.

849. Les actes de naissance sont destinés à prouver deux faits très-importans, la naissance et la filiation, c'est-à-dire, 1<sup>o</sup> qu'un

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. II.* 179  
enfant est né; 2<sup>o</sup> qu'il est fils de tel père et de telle mère.

850. De ces deux faits consignés dans l'acte, l'officier de l'état civil atteste le premier comme certain, parce qu'il a toujours une connaissance certaine qu'on lui a présenté un enfant, qu'il a été présenté par telles personnes, en présence de telles autres, qu'on lui a donné tels prénoms, que les comparans ont signé ou n'ont pas signé.

L'acte de naissance fait donc une preuve complète de tous ces faits jusqu'à inscription de faux.

851. Quant à la filiation, c'est-à-dire, que l'enfant est né de tel père et de telle mère, l'officier de l'état civil ne peut l'attester comme un fait dont il ait une connaissance personnelle. Il atteste seulement que telles personnes lui ont déclaré que l'enfant est né de telle mère et de tel père.

Il en est de même du jour et du lieu de la naissance, que l'officier civil ne peut attester que sur la foi de la déclaration des personnes qui lui présentent l'enfant.

852. On ne peut donc, sans attaquer la véracité de l'acte, et, par conséquent, sans l'inscrire en faux, soutenir qu'il n'est pas né

d'enfant, qu'il n'en a pas été présenté à l'officier de l'état civil, qu'il n'a pas inscrit les noms des père et mère qui lui ont été déclarés, que telles personnes n'étaient pas présentes ou qu'elles n'ont pas signé.

Mais on peut, sans attaquer la véracité de l'acte ni celle de l'officier de l'état civil, attaquer la véracité de la déclaration, et soutenir que l'enfant a un autre père ou une autre mère que ceux qui ont été inscrits d'après la déclaration qui en a été faite.

853. Voyons donc quelle est la force de cette déclaration. Forme-t-elle en faveur de l'enfant une preuve contre les individus désignés pour père et mère, ou seulement un commencement de preuve? Peut-on attaquer la véracité de cette déclaration sans inscrire l'acte en faux?

Il faut distinguer d'abord entre les enfans légitimes et les enfans naturels.

Il faut distinguer encore si la déclaration a été faite par le père et la mère, par l'un des deux en l'absence de l'autre, ou par d'autres personnes.

Enfin, il faut distinguer entre la déclaration qui ne désigne que la mère, et celle qui désigne en même tems le père.

854. Si la déclaration a été faite par le père et la mère présens, ou représentés par des mandataires spéciaux, (36) il est évident qu'elle fait foi contre eux et leurs représentans, soit qu'il s'agisse d'un enfant légitime, soit qu'il s'agisse d'un enfant naturel.

On ne peut alors contester la filiation de l'enfant que de deux manières, ou en attaquant l'acte de naissance par la voie du faux, ou en niant l'identité du réclamant, lorsqu'il n'a pas en sa faveur une possession d'état constante.

Mais, en ce dernier cas, il peut être admis, en certains cas et sous certaines conditions, à prouver son identité par témoins, comme nous le dirons bientôt.

855. Si la déclaration a été faite par l'un des père ou mère en l'absence de l'autre, il faut distinguer s'ils sont ou non engagés dans les liens du mariage.

Au premier cas, il suffit que l'un des époux soit présent à l'acte pour que sa déclaration fasse contre l'autre une preuve complète de maternité ou de paternité.

Si c'est le père seul qui était présent à l'acte de naissance, comme c'est le cas le plus ordinaire, sa déclaration fait une preuve complète de maternité contre son épouse. Le mari et la

femme sont unis pour la procréation des enfans. Le mari qui présente son enfant à l'officier de l'état civil vient lui déclarer que le but légitime de son union avec son épouse est rempli. Un pareil témoignage peut d'autant moins être suspect dans la bouche du mari, qu'il a une connaissance certaine de la maternité ; d'ailleurs la loi lui fait un devoir de déclarer la naissance de son enfant, (56) et le punit même (C. pénal, 546) s'il néglige de le faire. Cette déclaration fait donc preuve contre l'épouse à qui elle attribue une maternité honorable : cette maternité ne pourrait être contestée qu'en attaquant l'acte par la voie du faux, ou en niant l'identité du réclamant, s'il n'a pas de possession d'état.

856. Nous avons dans ce siècle de corruption, l'exemple d'un mari qui eut l'impudence de faire inscrire sous son nom et sous celui de son épouse, trois enfans qu'il avait eus d'une concubine. (1) Sa déclaration n'en faisait pas moins une preuve jusqu'à ce qu'elle fut attaquée par la voie de l'inscription de faux et détruite par un jugement.

857. Si c'est la mère seule qui présente l'enfant à l'officier de l'état civil, il existe une raison

(1) Voyez l'affaire de Honel, dans Sirey, an 12, pag. 366.

de plus pour que sa déclaration fasse foi contre le mari ; car la maternité prouvée entraîne la preuve de la paternité , en vertu de l'art. 312 , suivant lequel l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Le père , qui n'était pas présent , n'a contre cette déclaration , si elle est fautive , que la ressource du désaveu , dans les cas où il est admis. Mais pour former l'action en désaveu , il n'est pas obligé d'inscrire en faux l'acte de naissance , parce que la véracité de cet acte n'est pas attaquée , mais seulement la véracité de la déclaration ; tandis que la femme qui voudrait faire reformer la déclaration de maternité faite par son mari , est obligée de recourir à l'inscription de faux , parce qu'elle ne peut intenter l'action en désaveu.

858. Si la mère déclarait que l'enfant appartient à un père inconnu , ou autre que son mari , sa déclaration ferait preuve complète de sa maternité , et devrait être rejetée en ce qui concerne la paternité pour s'en tenir à la règle établie par l'article 312 , que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

859. L'état de l'enfant est fixé au moment de sa naissance et avant même qu'elle ait été

déclarée. Ce sont la nature et la loi qui lui défont l'état de légitimité; la nature, en lui donnant pour mère une femme mariée; la loi, en prononçant impérativement que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Cet état qu'il reçut, même avant que de naître, cet état dans lequel il est né, la volonté des hommes ne peut le lui ravir; et l'un des premiers principes sur l'état des enfans conçus pendant le mariage, est de ne pas le faire dépendre de la déclaration de leurs père et mère. (1)

Si les scrupules d'une mère coupable la portent à désigner à son enfant un père inconnu, ou autre que son mari, elle a pu se tromper; sa déclaration a pu être dictée par quelque passion violente. Dans ces circonstances, il est moins fâcheux de confirmer l'état de l'enfant, que de le détruire. (2)

(1) Paroles de l'avocat-général Chauvelin, dans la cause de Narronard, journ. des aud., tom. 7, sup., pag. 241.

Les père et mère, dit d'Aguesseau, peuvent bien assurer par leur témoignage l'état de leurs enfans, mais ils ne peuvent jamais le détruire, tom. 3, pag. 185. Menochius, de præsumpt., lib. 6, præ. 53, n. 6 et seq.; Lacombe, au mot enfant, n. 10; Cochin, dans la cause de la demoiselle Ferrand; d'Aguesseau, tom. 2, pag. 510 et 546; le nouveau répertoire. V. légitimité, pag. 257 et 273.

(2) L'avocat-général Joly-de-Fleury, dans l'affaire de Charles

860. Si l'enfant n'est pas présenté par le père ou par la mère, mais par d'autres individus

Plissonière, sur laquelle intervint l'arrêt du 29 février 1712, Journ. des aud., tom. 6, pag. 176, et les auteurs cités;

*Nota.* Dans ses observations sur cet arrêt, l'auteur qui le rapporte soutient que la naissance d'un enfant conçu pendant le mariage, ne suffit pas, suivant la loi, pour prouver la paternité du mari, et que la règle *pater is est*, etc., n'est point une décision générale, mais qu'elle ne fait qu'énoncer le motif d'une décision particulière, et que c'est une erreur de prendre ces mots pour décider une question d'état, tandis qu'ils n'ont été employés qu'à fixer la manière d'appeller en jugement celui que le mariage désigne pour père. En un mot, qu'il ne faut pas argumenter de cette proposition, *pater is est*, etc., comme si c'était la source des décisions sur l'état de légitimité, puisqu'elle se rencontre au titre de *in jus vocando*.

Cet auteur se trompe, et son erreur n'est plus soutenable aujourd'hui, que le Code a érigé en loi générale la maxime que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. L'art. 312 ne met point pour condition à cette disposition que le père ait été désigné dans l'acte de naissance; il suffit qu'il soit prouvé que l'enfant est né d'une femme marié et conçu pendant le mariage.

On trouve des arrêts qui ont rejeté la demande en rectification des registres, formée par des enfans, quoiqu'ils eussent en leur faveur un acte de naissance qui leur donnait pour mère une femme mariée, mais un autre père que le mari.

Tel est l'arrêt rendu contre les filles Beance, rapporté dans le nouveau Denisart au mot état, pag. 64. Elles avaient été baptisées comme filles légitimes de Marie Carneville et de Jean-Baptiste Beance, qui avait signé l'acte.

La mère avait épousé, en 1738, Antoine Lemarié, qui était encore vivant, mais elle l'avait quitté pour aller demeurer chez Beance en qualité de servante.

Les filles nées de ce commerce, prétendirent recueillir la succession du mari de leur mère, et demandèrent que leurs actes de naissance fussent rectifiés: elles furent déclarées non recevables dans leur demande.

qui indiquent deux personnes mariées pour ses père et mère, leur déclaration fait encore une preuve complète, s'ils sont du nombre de ceux à qui la loi ordonne de faire la déclaration, tels que les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes *qui ont assisté à l'accouchement*, ou lorsque la mère accouche hors de son domicile, la personne chez laquelle elle est accouchée. (56.)

La loi fait à ces personnes un devoir de déclarer la naissance de l'enfant; elle fait plus, elle les punit, si elles y manquent, d'une peine assez griève, de l'amende et de l'emprisonnement. C'est donc une déclaration faite par des personnes qui ont une mission de la loi; une déclaration reçue par l'officier public spécialement chargé de la recevoir; déclaration qui a d'autant plus de force, qu'il s'agit d'un fait dont les déclarans ont une connaissance certaine de l'accouchement de la femme et de la naissance de l'enfant; fait d'ailleurs sur lequel leur foi ne peut être suspecte, parce qu'il n'est qu'honorable pour la mère de famille.

Il résulte de ces faits qu'il y avait adultère prouvé contre la mère, et naissance cachée au mari. Ainsi, sous l'empire du Code Nap., les héritiers du mari auraient pu contester la légitimité de ces enfans.

Ces personnes ne peuvent, il est vrai, avoir une connaissance certaine de la paternité du mari; mais la loi la présume. La paternité se prouve par la maternité. Le témoignage des personnes présentes à l'accouchement est, à cet égard, parfaitement inutile.

861. Si, en déclarant que telle femme, sans dire qu'elle soit mariée, est la mère de l'enfant qu'elles présentent, ces personnes indiquaient un père inconnu ou autre que le mari, cette seconde partie de leur déclaration serait sans force, et l'enfant n'en serait pas moins légitime; (1) car elle serait contraire à une présomption légale contre laquelle la loi n'admet point la preuve testimoniale. En prouvant la maternité de la femme, l'acte prouverait la paternité du mari, quoiqu'il attribuât cette paternité à un père étranger ou à un père inconnu.

Car les personnes qui ont présenté l'enfant avaient une certitude physique de la maternité; mais elles ne pouvaient avoir que des conjectures sur la paternité, ou être sur ce point dans une ignorance complète; qu'importe qu'elles ne connussent pas le père de l'enfant? La loi le connaît, elle le nomme;

(1) Voyez le nouveau répertoire. V. légitimité, sect. 2, §. 2, n. 7, pag. 259.

c'est le mari de la mère : leur ignorance ou leurs conjectures doivent céder à la présomption de la loi. Pour écarter la règle *pater is est, etc.*, il faudrait donc qu'outre l'énonciation trompeuse d'un père, inscrite dans l'acte de naissance, il y eût des circonstances capables d'établir, soit l'impossibilité physique de la cohabitation du mari avec la femme à l'époque de la conception, soit l'impossibilité morale, dans le cas de la femme adultère qui a caché la naissance de son enfant.

On avait, dans l'ancienne jurisprudence, tenté d'introduire une nouvelle exception à la règle *pater is est, etc.*, dans les cas que nous venons de proposer; c'est-à-dire, lorsque l'acte de naissance, en établissant que l'enfant est fils de la femme, porte en même tems qu'il n'est pas fils du mari. On disait que les preuves ne peuvent être divisées; que si l'acte prouve la maternité, il détruit la paternité; que s'il prouve que l'enfant est fils de la mère, il prouve en même tems qu'il n'est pas le fils du mari.

Ce raisonnement, qui avait séduit quelques magistrats instruits, mais qui n'avait pas été admis par le grand d'Aguesseau, pèche en ce que l'indivisibilité de la preuve n'est établie en principe qu'à l'égard de la confession ou

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. II.* 189  
des aveux judiciaires, parce qu'on n'a aucun motif pour s'attacher à une partie de la confession exclusivement à l'autre, dès-lors qu'on suppose que sur tous les points il n'existe d'autre preuve que celle qui résulte de la confession.

Il n'en est pas ainsi d'un acte de naissance, qui indique le nom de la mère et celui d'un père inconnu, ou autre que le mari. La maternité est un fait certain dont la vérité est fondée sur des preuves physiques, au lieu que la paternité est un fait secret dont la connaissance est uniquement fondée sur des présomptions.

Si l'acte de naissance indique en même-tems les deux faits, la connaissance qu'on peut avoir du premier, fait que le titre mérite créance entière sur ce point.

La connaissance imparfaite qu'on peut avoir du second, fait qu'à cet égard l'énonciation du titre ne prouve autre chose que l'ignorance ou la croyance particulière de ceux qui l'ont dicté.

Mais cette croyance qui peut être erronée, cette énonciation qui peut avoir eu la malveillance pour principe, ne peuvent détruire la présomption légale de paternité qui résulte du mariage : ce n'est point une exception écrite dans la loi. On peut donc, en ce cas,

diviser le titre ; et , après s'en être servi pour établir la maternité , le rejeter en ce qui concerne la paternité , pour s'en tenir à l'autorité de la loi , qui dit que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

La prétendue indivisibilité du titre ne forme donc pas une troisième exception à la règle *pater is est, etc.*

Mais , dans les cas rares où l'enfant d'une femme mariée est déclaré sous le nom d'un père inconnu ou autre que le mari , il y a le plus souvent ces deux circonstances : naissance cachée au mari et adultère de la femme. Ainsi le mari ou ses héritiers peuvent invoquer l'art. 313 , qui les admet à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant.

862. Il résulte de ce que nous avons dit , que la déclaration de maternité forme seule la substance de l'acte , lorsque la mère est mariée , parce que la loi démontre le père , et que la paternité se prouve par la maternité.

863. Mais la déclaration de maternité perd toute sa force , quand elle est faite par des personnes à qui la loi n'a point donné la mission de la faire , c'est-à-dire , lorsque l'enfant n'est présenté ni par le mari , ni par

aucune des personnes qui ont assisté à l'accouchement de la mère, ni par la personne chez qui elle est accouchée, quand elle accouche ailleurs que chez elle. Leur déclaration ne fait alors ni preuve ni commencement de preuve, même contre la femme désignée pour mère, ni à plus forte raison contre son mari.

C'est ce qui a été fort bien jugé par la cour d'appel de Paris, le 15 juillet 1808, dans l'espèce suivante.

Au mois de pluviôse an 2, Michel Chady, restaurateur à Paris, présenta à l'officier civil une fille dont il se déclara le père, et à qui il désigna pour mère Anne-Thérèse Buirette. Cette fille fut nommée Virginie, mise en nourricé et en pension comme fille de Chady, et elle ne fut point reçue, du moins publiquement, dans la maison d'Anne-Thérèse Buirette, qui était mariée au sieur de Gosse.

Après la mort de cette femme, Virginie réclama l'état de fille légitime de la dame de Gosse.

Elle se fondait sur son acte de naissance qui lui donnait pour mère Anne-Thérèse Buirette, dont l'âge, le nom et le domicile ne pouvaient convenir qu'à la dame de Gosse. La réclamante en concluait que le sieur de Gosse était son père, suivant la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*.

Elle ajoutait que si son acte de naissance n'était pas regardé comme une preuve complète, il devait du moins être regardé comme un commencement de preuve par écrit, et elle demandait à prouver par témoins que la dame de Gosse était réellement accouchée le 14 pluviôse an 2, et qu'elle Virginie était le fruit de cet accouchement.

Le sieur de Gosse et ses enfans soutenaient que la déclaration d'un individu à qui la loi ne donnait aucune mission, ne pouvait prouver la maternité de la dame de Gosse, et encore moins la paternité de son mari; que rien ne constatait l'identité de Virginie et de l'enfant désigné dans l'acte de naissance; qu'elle n'avait aucune possession d'état, et qu'ainsi destituée de tout commencement de preuve écrite, elle ne pouvait être admise à faire une preuve testimoniale tendant à obtenir un état dont elle n'avait pas la possession, et dont elle n'offrait à la justice ni présomptions ni indices graves, suivant l'art. 323.

Le tribunal de première instance avait pensé que le fait de la maternité de la dame de Gosse était prouvé par l'acte de naissance, et que les énonciations contenues dans cet acte formaient des présomptions et des indices plus que suffisans pour déterminer l'admission de

la preuve testimoniale, conformément à la disposition de l'art. 323.

Mais la cour d'appel réforma ce jugement, par la raison que Virginie, qui réclamait un état contraire à son acte de naissance et à sa possession d'état, ne produisait aucun commencement de preuve par écrit, et qu'il n'existait dans la cause ni indices ni faits constans assez graves pour faire admettre la preuve. (1)

Ainsi cette cour pensa que la déclaration de Chady se disant père de l'enfant, qu'il attribuait à une mère avec laquelle il n'était pas marié, ne pouvait faire contre l'épouse du sieur de Gosse ni une preuve ni un commencement de preuve par écrit, puisque cette déclaration n'était pas émanée d'elle. Et en effet, cette déclaration qui n'aurait eu aucune force contre une fille libre, (art. 336) ne pourrait en avoir d'avantage contre une femme mariée. (2) Ainsi cet arrêt est rendu dans les vrais principes.

(1) Voyez le recueil de Sirey, an 1809, 2<sup>e</sup> part., pag. 112 et suivantes.

(2) Si Virginie avait été admise à la preuve testimoniale qu'elle demandait à faire, elle aurait encore dû perdre son procès, parce qu'il y aurait eu adultère prouvé de la mère, naissance cachée au mari, et circonstances qui annonçaient qu'il n'était pas père de l'enfant.

864. Voyons maintenant quelle force a la déclaration de maternité ou de paternité insérée dans l'acte de naissance des enfans naturels.

Si la mère est présente, sa déclaration fait contre elle une preuve de maternité complète. Mais elle ne peut former aucune preuve ni commencement de preuve contre l'individu qu'elle aurait désigné pour père. Car les enfans nés hors mariage n'ont en leur faveur aucune présomption légale de leur descendance. Il n'existe entre leurs père et mère aucun lien légitime qui autorise la femme à désigner le père de son enfant. On ne peut ajouter foi au témoignage suspect d'une fille qui a manqué au premier devoir de son sexe, et qui, outre qu'elle peut se tromper, peut avoir intérêt à choisir tel homme plutôt que tel autre pour le déclarer père de son enfant.

Il est même défendu d'inscrire, sans son aveu, le nom du prétendu père dans l'acte de naissance d'un enfant naturel. (1) S'il s'y trouvait inscrit malgré cette défense, l'individu dénommé aurait droit de se plaindre de cette inscription, sans qu'on pût demander à prouver qu'elle est conforme à la vérité; car la preuve de la paternité ne peut résulter que

(1) Voyez Siméon, pag. 112, et Chabot, pag. 136, tom. 2 de l'exposé des motifs, édit. de Didot.

de la reconnaissance du père. La paternité est un fait que la nature a couvert d'un voile impénétrable, et qui n'est pas susceptible d'une preuve rigoureuse.

865. Au contraire, l'accouchement et le nom de la mère, lorsqu'elle est connue des personnes présentes à l'accouchement, sont des faits certains dont il existe des preuves matérielles et physiques. Les actes de naissance sont destinés à constater ces deux faits, et leur consignation sur les registres de l'état civil fait foi jusqu'à inscription de faux.

L'acte de naissance fait donc contre la femme désignée pour mère une preuve complète de maternité, quand il est régulier; c'est-à-dire, lorsque la naissance de l'enfant a été déclarée par les personnes que la loi charge de faire cette déclaration, telles que les docteurs en médecine ou en chirurgie, les sages-femmes ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement. (58.)

866. Mais il y a une différence remarquable entre les actes de naissance des enfans légitimes et ceux des enfans naturels, relativement à la déclaration du père.

A l'égard des premiers, le père est le témoin le plus irréfragable de la maternité de son

épouse. Ce n'est qu'à son défaut que sont appelées, pour rendre témoignage de la naissance de l'enfant, les autres personnes présentes à l'accouchement.

A l'égard des seconds, le père naturel peut sans doute présenter son enfant à l'officier de l'état civil, et sa déclaration est une reconnaissance authentique de paternité qu'il ne peut plus rétracter.

Mais l'indication de maternité qu'il ferait sans l'aveu de la mère, n'aurait aucune force contre elle suivant le texte positif de l'art. 356, qui porte : « La reconnaissance du père sans » l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet » qu'à l'égard du père »

La cour d'appel d'Aix a donc fort bien jugé, le 21 ventôse an 12, dans l'affaire d'Alexis Pons, que l'acte de naissance de Marie Rose, sa fille naturelle, à laquelle il avait indiqué pour mère Marie-Rose Rey, sa concubine, était sans effet à l'égard de cette dernière, et ne pouvait donner à l'enfant aucun droit sur les biens de la prétendue mère. (1)

Si la déclaration du nom de la mère avait été faite par la sage femme ou autre personne présente à l'accouchement, elle aurait fait preuve de maternité comme à l'égard de l'enfant légitime.

(1) Voyez Sirey, an 12, décis. div., pag. 187.

867. Si l'enfant naturel était présenté à l'officier de l'état civil par des personnes à qui la loi n'a donné aucune mission, la déclaration qu'elles feraient du nom de la mère naturelle ne pourrait faire contre la femme indiquée ni preuve ni commencement de preuve, comme nous l'avons dit à l'égard de la femme mariée.

## SECTION II.

*De la preuve de la filiation par la possession d'état. Force de cette preuve réunie à l'acte de naissance.*

---

### SOMMAIRE.

868. *La possession d'état est nécessaire pour établir l'identité de la personne.*
869. *Comment s'établit cette possession. Ses caractères,*
870. *Son importance.*
871. *A défaut d'acte de naissance, la possession en tient lieu.*
872. *Elle dispensait autrefois de prouver et sa filiation et le mariage de ses père et mère.*
873. *En France il fallait réunir la possession à l'acte de naissance pour être dispensé de prouver le mariage des père et mère.*
874. *Il y avait même des cas où cette réunion n'en dispensait pas.*

875. *Quelques auteurs ont pensé que la possession dispensait de représenter et l'acte de naissance et l'acte de mariage des père et mère.*
876. *Arrêt qui l'a ainsi jugé dans une espèce qui ne peut tirer à conséquence.*
877. *Aujourd'hui elle ne dispense de prouver le mariage que sous trois conditions.*
878. *Cas où, malgré la réunion de ces conditions, l'enfant peut être obligé de représenter l'acte de mariage de ses père et mère.*
879. *Quid s'il est prouvé qu'il n'a pu exister de mariage entre eux.?*
880. *Série et gradation des principes du Code.*
881. *L'état n'est pleinement assuré que par la réunion de trois choses : acte de célébration du mariage des père et mère, acte de naissance, possession constante.*
882. *Encore il existe un cas où la réunion de ces trois choses n'empêcherait pas de contester la légitimité de l'enfant.*
883. *L'enfant qui représente un acte de naissance sans possession, peut prouver son identité par témoins.*



868. Si l'acte de naissance est la plus sûre et la plus infallible des preuves de la filiation, cet acte ne suffit pas pour prouver que l'individu qui se l'attribue est la même personne que l'enfant né à l'époque consignée sur les registres de l'état civil : la preuve de cette identité se tire de la possession d'état.

869. « Elle 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. » (321.)

La possession d'état a trois caractères principaux : *Nomen*, *tractatus*, *fama*. Un citoyen devient père, son fils porte son nom, *nomen*; le père, la mère le traitent comme fils, les deux familles comme parent, *tractatus*; le public le regarde comme tel, *fama*.

L'art. 321 exprime ces trois caractères avec précision, en disant que les faits principaux qui caractérisent la possession sont « que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ;

» Que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu en cette qualité à son éducation, à son entretien, à son établissement ;

» Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ;

» Qu'il a été reconnu pour tel par la famille. »

870. Si l'état de l'homme est déterminé par sa naissance qui le place dans telle ou telle famille, il ne peut être maintenu dans cet état que par la possession, par les actes divers et continus qui la constituent, et qui remontent sans interruption du moment présent

jusqu'à la première enfance de l'individu, ou, si l'on veut, qui descendent de cette première époque jusqu'au tems présent. C'est cette possession qui prouve l'identité de l'individu dont il s'agit, et de l'enfant né à telle époque, en tel lieu, de tel père et de telle mère; en un mot, dans telle famille où il tient encore aujourd'hui la place qu'il y prit en naissant.

871. La force de la possession est telle qu'elle peut tenir lieu de l'acte de naissance. « A » défaut de ce titre, dit l'article 320, la possession *constante* de l'état d'enfant *légitime* » suffit » pour prouver la filiation; car il faut toujours se souvenir que c'est des preuves de la filiation qu'il s'agit dans ce titre.

872. Si les registres de l'état civil sont perdus ou déchirés, s'il n'en a point existé, si l'on omit d'y inscrire la naissance d'un enfant dans un tems où il était incapable d'agir et de se connaître, c'est une faute ou une omission qu'on ne peut lui imputer, et qui ne doit pas le dégrader ni le dépouiller de son état. La jouissance publique de la place qu'il occupe dans sa famille depuis sa naissance, suffit pour l'y faire maintenir. Cette jouissance ou cette possession est le genre de preuve le plus ancien, c'était autrefois le seul titre de

l'état des hommes. (1) On appartenait à la famille dans laquelle on avait été élevé de tout tems. L'enfant qui jouissait de l'état de fils légitime d'un tel père et d'une telle mère, n'était obligé de prouver ni sa filiation ni le mariage de ses père et mère. La preuve de ce mariage se suppléait de droit, lorsque ceux qui avaient vécu publiquement comme mari et femme, avaient eu des enfans qu'ils avaient élevé comme les fruits d'une union légitime. Ces enfans n'avaient à prouver que leur état; cet état bien établi par la possession publique, faisait présumer de droit celui des pères et mères, sans que l'on fût obligé de remonter jusqu'à l'acte de célébration de leur mariage.

Tel était sur ce point la disposition du droit romain. Il existe à cet égard un texte décisif dans la loi 9. C., de nuptiis. (2)

(1) Cochin, affaire de la dame de Bruix, tom. 4, pag. 344.

(2) *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum evusâ domui habuisset, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideo minùs veritas matrimonii que susceptæ filia suam habet potestatem.*

Dans l'espèce de cette loi, il n'y avait ni titre qui prouvât le mariage, ni acte qui établit la naissance de l'enfant. Cependant la loi décide que le mariage et la filiation sont inébranlables, parce que la femme avait vécu aux yeux de tout le voisinage comme femme légitime, et que l'enfant avait été élevé de même comme le fruit de leur union.

873. Mais dans notre droit français, on ne dispensait l'enfant de prouver le mariage de ses père et mère, que lorsqu'il réunissait en sa faveur la possession à l'acte de naissance. (1)

874. Encore la présomption qui résulte de cette réunion, pouvait être affaiblie par des circonstances telles qu'on obligât l'enfant à rapporter l'acte de célébration du mariage de ses père et mère, comme dans l'affaire des enfans Hurot, rapportée dans le nouveau Denisart, au mot état, pag. 10, n° 4.

Ces enfans avaient en leur faveur et l'acte de leur naissance et la possession d'état d'enfant légitime. Mais dans le même tems, leur père avait fait baptiser des enfans nés de lui et de deux autres femmes, à chacune desquelles il avait également fait donner la qualité d'épouses légitimes. Pour savoir laquelle l'était véritablement, il fallait donc rapporter l'acte de célébration du mariage; et par arrêt du 8 janvier 1777, les enfans Hurot furent condamnés de rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère.

875. Cependant quelques jurisconsultes

(1) Voyez un arrêt de la cour de cassation du 8 janvier 1806, rapporté par Sirey, an 1806, pag. 307; le nouveau Denisart, V. état, pag. 9, §. 2 et suiv.

français ont avancé (1) que la possession publique de l'état d'enfant légitime, suffisait seule pour dispenser de représenter et l'acte de naissance et la preuve de l'acte de célébration du mariage des père et mère.

876. On trouve même un arrêt du parlement de Paris, du 29 mai 1770, qui jugea que l'enfant d'un premier mariage n'était pas recevable à attaquer l'état des enfans Foucault issus d'une seconde femme de leur père. Ces enfans ne représentaient ni leurs actes de naissances ni l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère ; mais ils avaient eu jusqu'à la mort du premier, une possession bien constante et bien reconnue de l'état d'enfans légitimes.

Cet arrêt paraît d'autant plus étonnant, que la mère, encore vivante, ne se réunissait pas à ses enfans pour la défense commune, et qu'il était intervenu contre elle une sentence qui, faute d'avoir représenté l'acte de célébration de son mariage, lui avait défendu de porter le nom de Foucault.

Mais tout annonçait que le mariage avait été fait par un ministre protestant. Ainsi, cet arrêt paraît fondé sur la jurisprudence particulière introduite pour protéger l'état des

(1) Bourjon, tom, 1, pag. 17 et 18, édit. de 1747.

enfants des protestans mariés suivant les rites de leur communion, et par laquelle on repoussait par une fin de non recevoir ceux qui se présentaient pour contester la légitimité de ses enfans.

Ce fut sans doute par ce motif que cet arrêt solitaire s'écarta des principes reçus par les meilleurs jurisconsultes. Les autres arrêts qu'on trouve dans les recueils, et qui ont dispensé de représenter l'acte de célébration du mariage des père et mère, sont tous ou presque tous rendus en faveur d'enfans qui réunissaient l'acte de naissance à la possession d'état. (1)

877. Le Code en conservant nos anciens principes, leur a donné plus de certitude et de précision. Suivant l'art. 197, l'enfant ne doit être dispensé de prouver le mariage de ses père et mère, que lorsqu'il a en sa faveur une possession d'état *conforme à son acte de naissance*, (2) encore faut-il dans ce cas que les

(1) Tels sont les arrêts de Lourgelat, de Jeanne Billon, etc. Voyez le nouveau Denisart, tom. 8, pag. 10; Cochin, tom. 1, pag. 578 et suiv.; d'Aguesseau, tom. 2, pag. 256.

(2) L'article dit : « *Non contredite* par son acte de naissance. » On pourrait dire qu'une possession *conforme* à l'acte de naissance et une possession *non contredite* par cet acte ne sont pas la même chose; que l'une suppose une acte de naissance existant, que l'autre n'en suppose pas : elle suppose seulement que s'il y en a un il ne contredit pas la possession.

père et mère soient tous deux décédés, parce qu'on suppose alors qu'il peut ignorer le lieu ou ils se sont mariés. Mais si l'un d'eux est vivant, cette ignorance ne peut être (1) alléguée à moins que le survivant ne soit en démence (2) et hors d'état de donner aucuns renseignements sur le lieu de son mariage.

Il faut observer encore que l'art. 197 exige que les père et mère aient vécu dans une profession publique de l'état d'époux légitimes. Ainsi, l'acte de naissance qui énoncerait la filiation et la légitimité, ne suffirait pas pour établir sa légitimité, si, malgré sa possession d'état, l'enfant ne prouvait pas, à défaut de l'acte de célébration du mariage de ses père

Je ne crois pas que ce soit là le véritable sens de l'art. 197. Cependant il est possible qu'en s'exprimant ainsi, on ait voulu laisser aux juges la faculté de dispenser, sur la seule possession, de prouver le mariage dans des occasions très-favorables, mais j'en doute.

L'article 197 exige, pour dispenser l'enfant de prouver le mariage de ses père et mère, que sa possession ne soit pas contredite par son acte de naissance. Il faut donc prouver qu'elle n'est pas contredite. A qui est-ce de le prouver? Si c'est à l'enfant, comme je le crois, les mots une possession *non contredite* sont synonymes à une possession *conforme* à l'acte de naissance.

(1) Arrêt solennel de la cour d'appel de Paris, du 20 mai 1808; Sirey, an 1808, 2<sup>e</sup> partie, pag. 204. Arrêt de la cour de cassation du 8 janvier 1806; Sirey, an 1806, pag. 307.

(2) Malleville, sur l'art. 197.

et mère, qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme. (1)

878. Enfin, il faut observer que si la présomption de légitimité qui résulte de la conformité de l'acte de naissance et de la possession, était affaiblie par d'autres circonstances qui fissent présumer qu'il n'y a pas eu de mariage entre les père et mère, la légitimité de l'enfant pourrait être contestée, et la représentation de l'acte de célébration du mariage exigée.

C'est ce qui résulte du texte de l'art. 197, qui dit que la légitimité des enfans ne peut être contestée *sous le seul prétexte* du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage.

Donc s'il existe d'autres motifs, outre le défaut de cette représentation, la légitimité peut être contestée. Ce qui est conforme à l'ancienne jurisprudence, comme on l'a vu dans l'espèce des enfans Hurot, dont nous avons parlé ci-dessus.

879. On peut, à plus forte raison, contester la légitimité des enfans qui ont en leur faveur le titre de naissance et la possession conforme, lorsqu'il est prouvé qu'il n'a pu exister de mariage entre leurs père et mère. Par exemple,

(1) Voyez un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 9 mars 1811; Sirey., an 1811, 2<sup>e</sup> part., pag. 95-

s'il était prouvé que l'un d'eux était déjà marié à une autre femme ou à un autre homme lors de leur naissance, les enfans ne pourraient alors aspirer à la légitimité qu'en prouvant la bonne foi du conjoint qui n'était pas engagé dans les liens d'une première union ; et comme cette bonne foi ne peut se rencontrer que dans un mariage célébré suivant les formes légales, il faudrait représenter l'acte de célébration.

280. Telle est donc la série ou la gradation des principes établis par le Code relativement à la filiation des enfans légitimes.

1° Si le mariage est constant, la filiation des enfans se prouve par l'acte de naissance, et la légitimité par l'acte de célébration du mariage.

Néanmoins le défaut de possession d'état peut donner occasion de contester l'identité de l'enfant qui prétend s'approprier l'acte de naissance, mais qui peut, à l'aide de cet acte, et pour suppléer à la possession, prouver son identité par témoins, sans avoir besoin d'aucun autre commencement de preuve, à la différence de l'enfant naturel, comme nous le dirons ci-après.

2° Si l'enfant ne peut se procurer son acte de naissance pour quelque cause que ce soit, la possession constante de l'état d'enfant légitime

time y supplée et le dispense de le représenter, toujours dans le cas où le mariage des père et mère est constant. (1)

Mais à défaut de représentation de l'acte de naissance, il est possible de prouver que l'enfant est supposé, et qu'il n'existe point d'enfant issu du mariage. (2)

5° Si l'enfant réunit à l'acte de sa naissance la possession d'état d'enfant légitime, il n'est pas dispensé de rapporter l'acte de célébration du mariage de ses père et mère s'ils sont encore vivans, ou si l'un deux est encore vivant.

S'ils sont morts tous deux, le défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage de ses père et mère, n'est pas seul un motif suffisant pour contester sa légitimité. Il est dispensé de prouver ce mariage, en prouvant qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme. Art. 197.

Mais il est alors possible de prouver qu'il

(1) Voyez-en un exemple mémorable dans l'affaire Belrien Virasel, 2<sup>e</sup> plaidoyer de Cochin; malgré l'éloquence de ce célèbre orateur, l'enfant fut maintenu dans sa possession d'état de fille légitime de M. de Virasel. Brillon, qui plaidait pour ce magistrat, en fait mention dans son dictionnaire, au mot enfant. V. aussi le nouveau répertoire. V. légitimité, sect. 2, §. 4, n. 3.

[2] Voyez-en un exemple dans l'espèce d'un arrêt de la cour de cassation, du 9 mars 1809. Sirey, an 1809, pag. 300.

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. II.* 209  
n'a pu exister de mariage entre eux parce qu'ils  
étaient engagés, ou seulement l'un d'eux, dans  
les liens d'un premier mariage existant.

881. 4<sup>o</sup> L'état des enfans, c'est à-dire leur  
filiation et leur légitimité, n'est donc pleine-  
ment assuré et à l'abri de toute contestation,  
que lorsqu'ils réunissent ces trois choses en  
leur faveur, l'acte de célébration du mariage  
de leurs père et mère, l'acte de leur naissance,  
et enfin la possession constante de l'état d'en-  
fant légitime.

C'est alors seulement qu'il est vrai de dire,  
avec l'art. 322, que nul ne peut contester  
l'état de celui qui a une possession conforme  
à son titre de naissance. (1)

En effet, si la possession est conforme à  
l'acte de naissance de l'enfant, il n'est pas  
possible de douter de l'identité de sa personne,  
ni de prétendre qu'il est un enfant supposé.  
Si on prouvait que l'enfant dont l'acte de  
naissance paraît est mort ou perdu par quel-  
qu'accident, et que celui qui prétend s'approp-  
rier l'acte de naissance est un enfant qu'on  
a substitué à sa place, la possession de ce

(1) Il faut voir le mémoire de Cochin contre la dame Bruix :  
« Si l'on peut être admis à la preuve testimoniale de son état  
» contre la possession et les registres. »

C'est de ce mémoire qu'on a tiré l'art. 322. V. tom. 4, pag. 345.

dernier ne serait plus constante comme l'exige la loi. Elle serait interrompue ou plutôt elle serait entée sur la possession d'un autre; sa possession ne serait plus conforme à son titre, à l'acte de sa naissance, mais au titre, à l'acte de naissance d'un autre; cet enfant substitué ne serait donc plus dans le cas de l'art. 322.

Si l'on voulait contester la légitimité en prouvant que le mariage des père et mère est nul, l'enfant répondrait que, suivant les art. 201 et 202, le mariage nul n'en produit pas moins les effets civils en faveur des enfans, pourvu que les époux ou seulement l'un d'eux fût de bonne foi.

382. Il existe cependant un cas où l'on pourrait contester, non pas la filiation, mais la légitimité de l'enfant qui réunirait ces trois choses, l'acte de célébration du mariage de ses père et mère, l'acte de naissance et une possession d'état conforme: c'est le cas où le mariage se trouverait nul, et les deux époux de mauvaise foi; par exemple, si le mariage était contracté entre deux personnes engagées l'une et l'autre dans les liens d'un premier mariage existant. Dans ce cas, la disposition finale de l'art. 322, quoique conçue en termes prohibitifs, souffrirait exception, ou plutôt elle ne serait pas applicable,

et les enfans adultérins issus de cette union ne seraient pas admis à partager la succession de leurs père et mère avec les enfans légitimes issus des premiers mariages; il ne leur serait dû que des alimens sur les biens de leurs père et mère, parce que leur filiation serait prouvée.

Pour rendre vraie, dans tous les cas sans exception, la maxime générale qui forme la seconde disposition de l'art. 522, il faut donc supposer, avec le Code, un mariage légitime ou de bonne foi. Alors il est rigoureusement vrai que nul ne peut contester l'état de celui qui réunit la preuve d'un mariage légitime ou de bonne foi entre ses père et mère à l'acte de naissance et à une possession conforme.

Et réciproquement cet individu ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donne son titre de naissance et la possession conforme à ce titre, puisqu'en supposant ce titre vrai, condition sans laquelle l'art. 522 serait sans application, cet individu réclamerait un état autre que celui que la nature et la loi lui ont donné.

Ainsi entendues comme elles doivent l'être, les deux dispositions de cet article sont des axiomes d'une vérité incontestable.

885. Après avoir établi que l'acte de naissance est la première et la principale preuve de la

filiation des enfans légitimes ; que la possession d'état est la seconde ; qu'elle peut suffire à défaut de ce titre, et qu'elle est nécessaire pour prouver l'identité de l'individu dont il s'agit, et de l'enfant dont la naissance est consignée sur les registres publics, on peut remarquer que le Code n'a point de disposition sur le cas assez fréquent où l'individu qui présente à ses parens son acte de naissance ne peut alléguer une possession d'état suffisante pour prouver son identité.

Il ne faut pas croire que cette omission soit un oubli. Quand il est prouvé par un acte de naissance régulier qu'un enfant est né pendant le mariage, et qu'il n'y a aucune preuve de son décès, en sorte qu'il ne s'agit que de savoir si celui qui se présente est ce même enfant, (1) on ne peut refuser la preuve testimoniale de cette identité, 1<sup>o</sup> parce que c'est une preuve souvent nécessaire, et presque toujours la seule à laquelle on puisse recourir ; (2)

2<sup>o</sup> Parce que cette identité s'établit par des faits naturellement susceptibles d'être prouvés par témoins, qui peuvent même rarement être prouvés autrement, puisqu'il n'est pas tou-

(1) Le nouv. répert. V. légitimité, sect. 2, §. 4, n. 5.

(2) V. Cochin, affaire de la demoiselle Ferrand, t. 4, p. 344, 346, 483 et 486.

jours possible au demandeur de se procurer une preuve littérale. (1548)

Tels étaient les principes de l'ancienne jurisprudence que le Code n'a pas cru nécessaire (1) de rappeler par une disposition expresse, mais qu'il a supposés dans l'art. 323 du Code qui, à défaut de titre et de possession, et à plus forte raison lorsqu'il existe un titre auquel il ne manque que la possession, permet de prouver par témoins la filiation des enfans légitimes.

Il est vrai que cet article exige, pour admettre la preuve testimoniale, un commencement de preuve par écrit, ou des présomptions, ou des indices résultans de faits dès lors constants, assez graves pour déterminer l'admission.

Mais il ne les exige que lorsqu'il y a défaut de titre et de possession. On ne peut donc étendre cette disposition au cas où il existe un titre: la condition de celui qui a un titre et celle de celui qui n'en a point ne sauraient être égales.

L'acte de naissance d'un enfant né pendant le mariage, lorsque son décès n'est pas prouvé, doit donc encore être regardé comme un titre suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale de l'identité du réclamant, et de l'enfant dont la naissance est consignée sur les registres publics.

(1) Peut-être est-ce par prudence, et pour laisser aux juges la faculté de rejeter la preuve testimoniale dans les cas extraordinaires où les circonstances paraissent l'exiger.

Nous verrons au Chapitre III, Sect. II, qu'il en est autrement s'il s'agit d'un enfant naturel, et que l'art. 341 ne l'admet point à prouver son identité par témoins, à moins qu'il n'ait, outre son acte de naissance, un commencement de preuve écrit.

### SECTION III.

*De la preuve de la filiation par témoins ou par des papiers domestiques.*

#### SOMMAIRE.

884. *Si les registres sont perdus, les naissances peuvent être prouvées par témoins et papiers domestiques.*
885. *Mais il faut un commencement de preuve, quoiqu'il ne soit pas exigé pour le mariage.*
886. *Autre différence entre la preuve des naissances et des mariages.*
887. *On doutait autrefois s'il n'était pas nécessaire que le commencement de preuve fût par écrit.*
888. *Disposition du Code à ce sujet.*
889. *Les commencemens de preuve peuvent résulter de faits constans et reconnus avant l'enquête.*
890. *Ancien arrêt conforme à cette disposition.*
891. *Discernement des commencemens de preuve abandonnés à la prudence des juges.*
892. *D'où doivent résulter les commencemens de preuve écrite.*

893. *La maternité, qui n'est prouvée que par témoins, n'emporte pas nécessairement la preuve de la paternité du mari. On peut prouver que le mari n'est pas père de l'enfant.*
894. *Cette faculté n'est pas bornée aux cas d'impossibilité physique, etc.*
895. *Et pourquoi.*
896. *Il en est autrement du cas où la maternité est prouvée par un acte de naissance qui donne à l'enfant un autre père que le mari.*
897. *Les commencemens de preuve les plus forts ne peuvent faire admettre un enfant à la preuve testimoniale contre son acte de naissance et sa possession d'état.*

~~~~~

Voyons maintenant comment ceux qui n'ont ni titre ni possession peuvent prouver leur filiation.

884. L'art. 46 porte : « Lorsqu'il n'aura pas » existé de registres, ou qu'ils seront perdus, » la preuve en sera reçue tant par titres que » que par témoins ; et, dans ce cas, les mariages, » naissances et décès pourront être prouvés » tant par les registres et papiers des père et » mère décédés que par témoins. »

En expliquant cet article au titre des actes de l'état civil, nous avons observé que s'il n'exige point de commencement de preuve, il n'en faut pas conclure que les juges soient

forcés d'admettre la preuve testimoniale toutes les fois qu'il n'a point existé de registres, ou qu'ils auront été perdus; l'art. dit seulement que les naissances, mariages et décès pourront être prouvés par témoins. Ce n'est donc point un ordre qu'il donne aux juges d'admettre cette preuve, c'est une faculté qu'il leur laisse pour en user selon leur prudence, en se conformant aux autres dispositions du Code qui modifient le principe général énoncé dans l'art. 46.

On n'en trouve aucune qui, pour admettre à prouver par témoins un mariage ou un décès, exige d'autres conditions que la perte ou la non existence des registres de l'état civil; les juges ont donc à cet égard la plus grande latitude de pouvoir pour admettre ou rejeter la preuve.

885. Il n'en est pas de même à l'égard des naissances. L'art. 323 porte expressément que l'enfant ne peut être admis à prouver sa filiation par témoins sans des commencemens de preuve; et comme la disposition de cet article est générale, elle s'applique aux cas de perte ou de non existence des registres, aussi bien qu'aux cas où il en existe en bonne forme.

Les règles pour admettre la preuve testimoniale en matière d'état, ne sont donc pas

les mêmes pour les mariages et pour les naissances.

C'est par cette raison que l'article 46, qui parle des actes de naissance aussi bien que des actes de mariage et décès, se contente d'énoncer le principe général que la preuve testimoniale peut être admise en cas de perte ou de non existence des registres, sauf à établir dans la suite les règles particulières à la preuve de la filiation.

886. Ce n'est pas la seule différence que la loi ait mise entre les mariages et les naissances, en ce qui concerne la manière de les prouver. Nous verrons bientôt que les tribunaux civils sont seuls compétens pour statuer sur les réclamations d'état relatives à la filiation, de sorte que, même en cas de délit, l'action criminelle ne peut être intentée qu'après le jugement définitif des tribunaux civils sur la question de filiation ; tandis qu'au contraire il résulte de l'art. 198 que, si la preuve du mariage avait été supprimée par malveillance en supprimant l'acte de célébration, ce délit pourrait être poursuivi par la voie criminelle, sans avoir fait précéder l'action civile. Ce cas reste sous la règle générale suivant laquelle, lorsqu'un fait donne lieu à deux actions, l'une criminelle, l'autre civile, c'est l'action criminelle qui doit

marcher la première, et même opérer la suspension de l'action civile, art. 3 et 46 du Code d'instruction criminelle.

887. Revenons aux règles sur l'admission de la preuve testimoniale en matière de filiation. Elle est admise, lorsque les registres sont perdus, pourvu qu'il y ait un commencement de preuve. Mais la loi qui redoute cette preuve, l'a toujours admise avec beaucoup de répugnance. Sous l'ancienne jurisprudence on convenait de ces deux grands principes, qu'il ne faut jamais perdre de vue en matière d'état,

L'un qu'il faut s'en tenir, autant qu'il est possible, à la foi des actes ;

L'autre, qu'à défaut des actes il ne faut admettre la preuve testimoniale qu'autant qu'on y est pour ainsi dire forcé par les commencemens de preuve les plus forts, les plus convaincans, les plus capables de déterminer.

Mais était-il nécessaire que ces commencemens de preuve fussent consignés dans des écrits émanés des personnes intéressées, ou pouvaient-ils résulter des fortes présomptions que font naître des faits précis et circonstanciés dont l'existence est reconnue ou prouvée ? C'est un point sur lequel on n'était pas d'accord. (1)

(1) Voyez le nouveau Denisart, V. état, pag. 15, 37, 38, 51.

888. Le Code a tranché le doute, en décidant par l'art. 325 qu'à défaut de titre et de possession « constante, ou si l'enfant a été » inscrit, soit sous *de faux noms*, soit comme » né de père et mère inconnus, la preuve de » filiation peut se faire par témoins. »

Mais que « néanmoins cette preuve ne peut » être admise que lorsqu'il y a des commen- » cemens de preuve par écrit, ou lorsque les » présomptions ou indices résultant de faits » dès-lors constans, sont assez graves pour » déterminer l'admission. »

889. Il n'est donc pas nécessaire que les indices, les faits d'où résultent les commen- cemens de preuve soient consignés dans des écrits, ni sur-tout dans des écrits émanés des personnes intéressées pour faire admettre la preuve testimoniale; mais il faut que ces faits soient *dès-lors constans*, c'est-à-dire qu'ils soient reconnus par toutes les parties, ou que leur existence soit démontrée aux juges avant l'enquête demandée, autrement que par cette enquête.

890. C'est sur ce principe que fut rendu l'arrêt de Sasilly, rapporté dans le nouveau Denisart, au mot état.

Un particulier prétendait qu'il avait été pré- senté à sa naissance sous de faux noms, et

soutenait qu'il était fils des sieur et dame de Sasilly. Il articulait les faits les plus précis et les plus concluans; mais ces faits n'étaient ni connus ni démontrés. Il n'en avait aucun commencement de preuve écrite; ils ne furent prouvés que par l'enquête qu'il fit en vertu d'une sentence du bailliage de Chinon, qui l'avait admis à la preuve de ces faits. L'enquête fut faite sous le cours de l'appel relevé par la dame de Sasilly. Elle était si forte, dit Cochin, (1) que personne ne pouvait se refuser à l'évidence qu'elle présentait. On ne doutait point que le réclamant ne fût fils de la dame Sasilly. Mais comme aucun des faits n'était constant ni reconnu avant l'enquête, et que conséquemment elle n'avait pas dû être ordonnée, on n'eut aucun égard au mérite ni à la force des preuves. Le parlement de Paris, par arrêt du 10 mars 1735, infirma la sentence de Chinon, et débouta le prétendu Sasilly de ses demandes.

891. Ainsi, dans les cas prévus par l'art. 523, les juges n'ont point le pouvoir d'admettre la preuve testimoniale sans commencemens de preuve, mais le discernement de ces commencemens de preuve est abandonné à leur prudente sagacité.

(1) Tome 4, pag. 358.

892. L'art. 321 trace clairement les caractères du commencement de preuve par écrit. Il doit résulter des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père et de la mère, des actes publics ou même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.

Il faut de plus que le commencement de preuve écrite ait un rapport direct aux faits en question, tels que la naissance ou le mariage. (1)

Telles sont les conditions sous lesquelles la loi permet d'admettre la preuve testimoniale en matière de filiation des enfans légitimes.

893. Comme la preuve contraire est toujours de droit, l'art. 325 porte qu'elle 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 paternité prouvée qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère »

De cet article combiné avec les précédens, il résulte que la présomption *pater is est* protège l'enfant qui réclame l'état dont il avait été dépouillé, quoiqu'il n'ait en sa faveur ni

(1) Voyez Cochin, ubi sup. Danty, sur Boiceau; Rodier, sur l'art. 14, quest. 6, tit. 20 de l'ordonnance de 1667.

titre ni possession. Cette présomption est établie par l'art. 312 d'une manière générale; elle s'étend à tous les cas où la filiation de *l'enfant est prouvée* d'une manière légale. Elle n'est pas limitée au cas où la maternité est prouvée par un acte de naissance inscrit sur les registres publics; elle existe également lorsque l'enfant a été obligé, pour découvrir sa mère, de recourir à l'un des moyens légaux de suppléer à l'acte de naissance, tel que la preuve testimoniale.

Quelles que soient les preuves qui établissent la filiation de l'enfant, pourvu qu'elles soient légales, quels que soient les moyens qui lui font retrouver la mère qu'on avait voulu lui dérober, si à l'époque de sa conception elle était engagée dans les liens d'un mariage légitime, il a droit d'en conclure qu'il a pour père le mari. Le crime ou l'imprudencé par lesquels on a essayé de supprimer son état, ne sauraient lui préjudicier; il doit être replacé dans la situation où il se fût trouvé au moment de sa naissance. Mais cette preuve n'emporte plus nécessairement celle de la paternité du mari. Tous ceux qui ont intérêt de contester sa légitimité, sont réciproquement remis dans les droits qu'ils auraient eus à cette époque. L'art. 325 leur en donne même de plus étendus,

en leur donnant la faculté, quoique la maternité soit prouvée, d'établir par tous les moyens propres à découvrir la vérité, que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant.

894. Cette faculté n'est point ici bornée aux seuls cas d'exception indiqués dans l'art. 312, c'est-à-dire, au cas d'impossibilité physique de cohabitation fondée sur l'absence ou sur l'impuissance accidentelle du mari.

L'art. 325 n'exige point que l'adultère de la femme soit constaté; il n'exige pas que le mari ait ignoré la naissance de l'enfant; il permet indéfiniment aux parties intéressées à contester la légitimité de proposer les faits propres à établir que l'enfant n'est pas le fils du mari de la mère qu'il a retrouvée. La loi laisse à la prudence des magistrats le soin d'apprécier les conséquences ou les preuves qui naissent de ces faits, et leur donne à cet égard une latitude de pouvoir indéfinie.

Ainsi, quoique la règle *pater is est, etc.* puisse être invoquée par l'enfant qui a retrouvé sa mère, elle n'est plus en ce cas une présomption *juris et de jure* contre laquelle la preuve contraire ne saurait être admise, hors les cas d'exception marqués par la loi: ce n'est plus qu'une présomption ordinaire qui n'a d'autre force que de dispenser l'enfant de prouver

qu'il est fils du mari de sa mère, mais qui peut être détruite par d'autres présomptions plus fortes.

895. Les adversaires de l'enfant ont donc en ce cas beaucoup plus de moyens contre lui que dans le cas du désaveu, et cette disposition est juste. Il doit être plus difficile d'ôter à un enfant l'état dont il jouit, l'état que lui donne son acte de naissance, que de repousser celui qui réclame un état dont il ne jouit pas, un état que ne lui donne pas l'acte de sa naissance.

La condition de l'enfant qui se trouve avoir en sa faveur acte de naissance et possession constante de son état, ou même seulement l'un de ces deux avantages, doit être meilleure que celle de l'enfant qui, n'ayant ni titre ni possession, ne prouve sa filiation que par un genre de preuve toujours suspect aux yeux de la loi, par la preuve testimoniale.

Quand un enfant n'a ni possession ni titre, ou lorsqu'il a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, il en résulte une présomption très forte qu'il n'appartient point au mariage. Si néanmoins il veut s'introduire dans la famille à la faveur de présomptions, de lettres, d'aveux, de faits établis par des témoins, il est juste d'examiner

si ces faits, même en prouvant qu'il est fils de la femme, ne prouvent pas en même tems qu'il n'est pas fils du mari; qu'il est né d'une conjonction illégitime; que sa naissance, que son éducation ont été dérobées au mari, ou que, s'il en a eu connaissance, il a toujours repoussé l'enfant comme illégitime; en un mot, si les mêmes preuves qui indiquent la mère, n'indiquent pas en même tems un autre père que le mari, et si les circonstances ne sont pas telles qu'elles suffisent pour établir une impossibilité morale de cohabitation entre le mari et la femme à l'époque de la conception de l'enfant.

Tout ce que la loi pouvait de plus en faveur de l'individu qui, sans titre, sans possession d'état, n'établit sa filiation que par la preuve testimoniale, c'est de ne pas exiger qu'après avoir prouvé quelle est sa mère, il soit obligé de prouver encore qu'il est le fils du mari, et de le dispenser de cette dernière preuve en vertu de la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant*.

Mais cette présomption, déjà affaiblie par les circonstances où il se trouve, peut être détruite par d'autres présomptions, par d'autres preuves offertes par les héritiers du mari, ou par les autres tiers intéressés à contester

la légitimité. L'enfant prouve par témoins qu'il est né d'une femme mariée ; il en conclut sans autre preuve qu'il est le fils du mari. Mais les héritiers de celui-ci peuvent prouver en même tems la fausseté de cette conséquence par tous les moyens propres à établir qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère ; ces deux actions marchent simultanément : (1) tel est le véritable sens de l'art. 325. (2)

Ainsi, l'exception fondée sur l'impossibilité morale que l'on n'admet contre l'enfant qui a un acte de naissance ou la possession constante de son état, que dans le seul cas de la femme convaincue d'adultère qui a caché la naissance de son enfant, est admise dans tous les cas contre l'enfant qui, n'ayant ni titre ni possession, ne prouve sa filiation que par la voie extraordinaire de la preuve testimoniale.

896. Il ne faut pas appliquer ce qu'on vient de dire à l'enfant qui prouve sa filiation par un titre incomplet, par un acte de naissance qui désigne le nom de la mère seule et non celui du père, ou qui désigne un autre père que le mari, ou enfin un père inconnu, sans dire que la mère soit mariée.

Ces espèces ne sont point celles de l'art. 325,

(1) L'Empereur, procès-verbal du 16 brumaire an 10.

(2) V. le nouveau répertoire, au mot légitimité, sect. 2, § 4, n. 7, p. 275.

qui n'est relatif qu'aux cas où, à défaut de titre ou de possession constante, ou bien parce qu'il a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, l'enfant a été obligé de recourir à la preuve testimoniale pour prouver sa filiation.

Dans les espèces proposées, la mère est désignée dans l'acte de naissance; et l'enfant n'étant point obligé de recourir à la preuve testimoniale lorsque son identité n'est pas contestée, on ne peut lui appliquer l'art. 325, qui porte que la preuve contraire peut se faire par tous les moyens propres à établir qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère. Il reste donc dans le cas de l'art. 312, suivant lequel l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, sans pouvoir être désavoué que dans les cas de droit. Voyez ce que nous avons dit ci-dessus.

897. Enfin, il faut bien observer que la preuve testimoniale de la filiation ne peut être admise qu'en faveur de celui qui n'a point d'état, ou qui n'en a qu'un équivoque. Celui qui a pour titre un acte de naissance et une possession d'état conforme à ce titre, ne peut réclamer un état contraire. (322.) Vainement offrirait-il les commencemens de preuve les plus forts pour être admis à prouver par té-

moins que sa mère est une autre personne que celle que lui donne l'acte de sa naissance, il serait invinciblement repoussé par la disposition de l'art. 522. « Nul ne peut réclamer » un état contraire à celui que lui donne son » titre de naissance et la possession conforme » à ce titre. » Voyez la section suivante.

C'est sur ce fondement que la dame Bruix ne fut pas reçue à prouver par témoins qu'elle était fille du marquis et de la marquise de la Ferté. Il faut voir le mémoire de l'éloquent Cochin en cette affaire. C'est de là qu'on a tiré l'art. 522.

## SECTION IV.

### *De l'action en réclamation d'état.*

---

#### SOMMAIRE.

898. *On ne peut réclamer un état contraire à son titre et à la possession conforme à ce titre.*
899. *Ce principe est applicable aux cas où la réclamation serait fondée sur un titre. Exemple dans l'arrêt des filles Beance.*
900. *Le Code a donné tous les moyens propres à prévenir les injustes applications de la règle pater is est, etc.*
901. *Les tribunaux civils sont compétens pour connaître des réclamations d'état.*

902. *L'action criminelle ne peut commencer qu'après le jugement définitif du tribunal civil.*
903. *Même en cas de poursuite du ministère public. Exemple et développement.*
904. *Comment doit procéder le réclamant.*
905. *On ne peut lui opposer que les actes de naissance font foi jusqu'à inscription de faux.*
906. *Mais le ministère public peut poursuivre le crime d'exposition d'enfant.*
907. *Conciliation de l'art 327 du Code Nap. et de l'art. 345 du Code pénal.*
908. *L'action en réclamation d'état est imprescriptible.*
909. *Mais l'enfant rétabli dans son état, ne peut réclamer les droits ouverts trente ans auparavant.*
910. *L'imprescriptibilité n'est établie qu'en faveur de l'enfant; elle ne passe point à ses héritiers, et pour quoi.*
911. *A moins que l'enfant ne soit mort en minorité, ou dans les cinq ans depuis sa majorité.*
912. *La prescription de cinq ans ne peut être opposée aux héritiers de celui qui a été en possession d'état.*
913. *Dans quel délai se prescrit l'action qui a passé aux héritiers.*
914. *Les héritiers et autres personnes intéressées peuvent suivre l'action commencée par l'enfant, s'il ne s'en est pas désisté. Distinctions entre les héritiers directs et collatéraux, entre les héritiers testamentaires et légitimes.*



APRÈS AVOIR déterminé quelles sont les preuves de la filiation des enfans légitimes,

il reste à parler de l'action en réclamation d'état.

898. L'article 322 établit pour principe fondamental en cette matière, que « nul ne » peut réclamer un état contraire à celui que » lui donnait son titre de naissance et la » possession conforme à ce titre. »

Nous avons vu dans la section précédente, que la fin de non recevoir qui résulte de ce principe repousse invinciblement le réclamant qui, à l'aide de fortes présomptions et de commencemens de preuve écrite, invoquerait la preuve testimoniale contre son titre et sa possession. Mais cette même fin de non recevoir étant établie par le Code d'une manière générale et indéfinie, doit s'appliquer également à tous les cas où, à l'aide de titres authentiques formant une preuve légale, le réclamant prétendrait détruire celle qui résulte de son acte de naissance et de sa possession.

899. On peut en donner pour exemple l'espèce de l'arrêt rendu le 11 juin 1779, qui déclara les filles Beance *non recevables* dans leur demande.

Leur mère, Marie Carneville, avait quitté son mari, Antoine le Marié, qui demeurait au village de Chauny, près Pontoise, pour

s'aller réfugier à Barneville près Rouen, avec Jean-Baptiste Beance qui se disait son mari. Le 4 octobre 1742, elle accoucha d'une fille baptisée sous le titre de fille *du légitime mariage* de Jean - Baptiste Beance et de Marie Carneville. La naissance de cette fille fut suivie de celle de trois autres enfans baptisés de la même manière. Beance mourut; Marie Carneville continua d'habiter Barneville avec ses enfans, sous la qualité de veuve Beance. Sa fille aînée se maria sous le titre de fille légitime de Marie Carneville et de Jean-Baptiste Beance.

Antoine le Marié mourut à Chauny, sans avoir eu connaissance de la conduite de sa femme. Elle alla réclamer sa part de communauté, et passa avec les héritiers collatéraux une transaction où il était dit que son mari était mort sans enfans.

Quinze mois après, ses deux filles, seuls enfans vivans des quatre qu'elle avait eus de Beance, réclamèrent la succession d'Antoine le Marié, qu'elles appellaient leur père. Elle fondaient leur réclamation sur leur acte de naissance, qui leur donnait pour mère Marie Carneville, laquelle était femme d'Antoine le Marié : elles en concluaient qu'il était leur père, en vertu de la règle *pater is est quem*

*nuptiæ demonstrant*, et que leur acte de naissance était vicieux et ne pouvait préjudicier à leur état, que les déclarations de leur mère, ni de ceux qui les avaient présentées au baptême n'avait pu détruire, car il n'y avait nulle impossibilité qu'Antoine le Marié fût leur père.

Mais elles furent déclarées *non recevables* dans cette prétention, contraire à leur acte de naissance et à leur possession d'état constante et conforme à ce titre. (1)

Cette fin de non recevoir, inventée pour écarter une règle inflexible, mais dont l'application serait devenue évidemment injuste dans l'espèce où se trouvaient les filles Beance, est aujourd'hui érigée en loi générale par l'art. 322.

900. On peut remarquer à cette occasion qu'en adoptant dans toute sa force et dans toute son étendue la règle salulaire et fondamentale *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, le Code a donné en même tems les moyens d'en écarter l'application dans les cas où elle pouvait produire des injustices. Ces moyens sont,

1<sup>o</sup> La fin de non recevoir établie par l'art. 322;

(1) Voyez le nouveau Denisart. V. état, §. 7, n. 11, pag. 64 et suiv.

2<sup>o</sup> La contestation de légitimité, fondée sur l'adultère de la femme, joint à la naissance cachée de l'enfant, et le désaveu dans les cas de droit;

3<sup>o</sup> La faculté de prouver par tous les genres de preuve que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant, dans le cas où il ne peut prouver sa filiation que par témoins.

Ces trois moyens donnés, il deviendra bien difficile que l'application rigoureuse de la règle produise des injustices.

901. L'action en réclamation d'état n'est soumise à aucune forme particulière. On y suit les formes prescrites par le Code de procédure pour toutes les actions civiles ; mais il y a des différences dans les règles sur la compétence des tribunaux, sur la prescription et la transmission de l'action aux héritiers.

Les réclamations d'état n'ayant qu'un intérêt civil pour objet, il est évident qu'elles sont de la compétence des tribunaux civils ; mais elles peuvent être occasionnées par un crime connu sous la dénomination générale de suppression d'état. Or, toute personne lésée par un crime ou par un délit, peut demander réparation du dommage qu'elle en a souffert, et poursuivre son action en même tems et devant les mêmes juges que l'action criminelle,

qui est nécessairement portée devant les tribunaux criminels ou correctionnels.

Elle peut aussi poursuivre son action séparément; mais, dans ce cas, l'exercice de l'action civile est suspendue tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. Art. 1 et 5 du Code d'instruction criminelle.

D'un autre côté, la preuve testimoniale étant toujours reçue dans les procédures criminelles sans aucun commencement de preuve, il était à craindre que, pour éluder les dispositions de la loi relativement à l'admission de cette preuve en matière de filiation, on ne commençât par la voie criminelle, en formant une plainte en suppression ou en faux contre l'acte de naissance.

L'ancienne jurisprudence (1) permettait à l'individu qui prétendait qu'on avait supprimé son état de fils d'un tel et d'une telle de choisir entre l'action au civil ou au criminel. Les réclamans qui n'avaient point de commencement de preuves ne manquaient donc jamais de prendre la voie criminelle pour acquérir par les informations la preuve qu'on ne leur permettait pas de se procurer par des enquêtes.

(1) V. le nouveau Denisart. V. état, p. 14.

C'est cet abus que le Code a irrévocablement proscrit en déclarant (art. 326) que « les » tribunaux civils seront *seuls* compétens pour » statuer sur les réclamations d'état relatives » à la filiation. »

Car il faut toujours se souvenir que c'est de la filiation qu'il s'agit.

902. L'art. 327 ajoute « que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état » ne pourra commencer qu'après le jugement » définitif sur la question d'état. »

903. Principe observé avec tant de rigueur, que la cour de cassation a pensé (1) qu'il est applicable même au cas des poursuites d'office par le ministère public : les motifs de cet arrêt répandent un grand jour sur la disposition de l'art. 327.

Le nommé Houel avait eu l'impudence de faire inscrire sur les registres de l'état civil, sous le nom de sa femme, trois enfans adultérins qu'il avait eus d'une concubine. Le ministère public le traduisit comme coupable de faux devant la cour de justice criminelle spéciale du département de l'Eure, qui se déclara compétente, attendu qu'il s'agissait du crime de faux; mais cet arrêt fut cassé par la raison

(1) Arrêt solennel du 10 messidor an 12. Sirey, an 12, p. 366.

que, si le fait imputé à Houel constitue un faux caractérisé dont les cours spéciales doivent connaître, ce faux avait pour objet et pour résultat d'opérer une *filiation* autre que celle de la loi et de la nature, et par conséquent une suppression d'état.

Que de ce faux doivent naître deux actions, l'une civile pour faire statuer par les tribunaux civils sur la rectification des actes et la restitution de la véritable filiation; l'autre criminelle pour faire prononcer les peines de la loi contre les auteurs et les complices du faux qui a produit la suppression d'état.

Mais que, d'après l'art. 327 du Code civil, cette seconde action ne peut être exercée qu'après le jugement définitif sur la première; que cet article est général et absolu, pour la partie publique comme pour la partie civile.

Que s'il est hors du droit commun, et s'il peut même paraître dangereux que l'action criminelle soit ainsi suspendue et même éventuellement anéantie relativement à des crimes qui intéressent si essentiellement l'ordre social, le repos des familles a pu présenter aux législateurs des considérations d'un intérêt plus grand.

Déjà la cour de cassation avait, le 13 prairial

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. II. 237*  
de la même année (1) (an 12), confirmé un jugement par lequel le tribunal spécial de Paris avait jugé qu'un enfant, qui prétendait être inscrit sur de faux noms, n'avait pu, avant qu'il eut été prononcé par le tribunal civil un jugement définitif sur la rectification de l'acte de naissance, porter plainte en faux contre un nommé Pezoux, qu'il disait être l'auteur du faux commis dans son acte de naissance. (2)

C'est donc une maxime certaine que l'enfant qui élève une réclamation d'état relative à sa filiation ne peut jamais commencer par une plainte en faux contre son acte de naissance, mais qu'il doit toujours commencer par une action civile.

904. Si sa naissance n'est point inscrite sur les registres de l'état civil, il établit ses commencemens de preuve dans le libelle de sa demande, et conclut à être admis à prouver par témoins les faits qu'il pose, et qui doivent prouver que son état a été supprimé, et qu'il

(1) Sirey, *ibid.* p. 318.

(2) La même cour a rendu, le 2 mars 1809, un autre arrêt qui a décidé que Marie-Anne Jourdain n'avait pu être traduite comme faussaire devant la cour criminelle spéciale du Calvados pour avoir fait inscrire sur les registres de l'état civil un enfant qui n'était pas né d'elle, et en avoir signé la déclaration, parce que les tribunaux civils n'avaient pas prononcé sur l'état, dont la suppression était imputée à Marie-Anne Jourdain. V. le recueil de Sirey, an 1809, p. 300.

est fils légitime d'une telle et d'un tel. Il suit la même marche s'il a été inscrit sous de faux noms, ou sous les noms de père et mère inconnus. Il demande de plus que, vu ce qui résulte des faits qui prouvent que son acte de naissance a été falsifié, cet acte soit rectifié, et que sa véritable filiation y soit rétablie.

905. Ses adversaires ne pourraient lui opposer l'art. 45 du Code Napoléon, qui porte que les actes de naissance font foi jusqu'à inscription de faux, pour en conclure qu'il n'est pas recevable dans sa demande jusqu'à ce que le titre ne soit détruit par un jugement; car on peut, comme nous l'avons observé ci-dessus, n° 852, sans inscrire en faux un acte de naissance, soutenir que l'enfant a un autre père ou une autre mère que ceux qui ont été déclarés et inscrits sur les registres de l'état civil.

D'ailleurs, l'art. 327 ne permet aucune poursuite criminelle avant le jugement définitif sur la question d'état.

906. Quelque ponctualité que l'on mette dans l'observation de l'article 327, qui défend de commencer l'action criminelle avant le jugement définitif sur la question d'état, cette disposition ne serait pas applicable et ne pourrait arrêter l'action du ministère public, s'il s'agissait d'un délit qui ne fût pas néces-

sairement lié avec la question d'état, tel, par exemple, que l'exposition d'un enfant. (1) La poursuite d'un pareil délit n'a pas pour objet de rechercher quel est l'état de l'enfant, mais de punir la faute de celui qui l'a exposé à la mort en l'abandonnant. Il s'agit de savoir, dans un tel procès, si telle personne a exposé un enfant en tel endroit, et non pas de savoir quel est cet enfant, à quels parens il doit la naissance.

907. On avait cru trouver entre l'art. 327 du Code Nap. et l'art. 32, (2) tit. 2, sect. 1 du Code pénal du 6 octobre 1791, une contrariété qui se trouverait également aujourd'hui entre le même art. 327 et l'art. 345 du nouveau Code des délits et des peines, qui prononce la peine de la réclusion contre les personnes coupables d'avoir, par un moyen quelconque, fait perdre à un enfant l'état que la loi lui garantissait; (3) car comment punir ces crimes, si l'on ne peut agir au criminel, avant que le tribunal civil

(1) Malleville, t. 1, p. 322; Locré, t. 5, p. 178, édit. in-8°.

(2) Cet article ordonne que quiconque sera convaincu d'avoir volontairement détruit la preuve de l'état civil d'une personne, sera puni de douze années de fer.

(3) C'est ainsi que les orateurs du gouvernement ont expliqué l'art. 345, qui ne parle que de *la suppression d'un enfant*; expressions obscures qui ne paraissent pas d'abord comprendre la destruction de la preuve de l'état civil d'une personne.

ait prononcé sur une question d'état qui ne pourra peut-être jamais être formée ?

Mais il est facile de concilier ces lois ; si le plaignant n'est pas en possession de l'état dont il se plaint, que la preuve a été détruite, s'il réclame cet état, son action criminelle ne peut être admise qu'après le jugement définitif sur la question d'état ; car il est évident que la plainte n'a pour objet que d'é luder les dispositions de l'art. 323, qui défend d'admettre la preuve testimoniale en cette matière sans un commencement de preuve.

Si au contraire le plaignant est en possession de son état, si cet état ne lui est pas contesté, s'il se plaint seulement qu'on en ait détruit la preuve qui peut lui être nécessaire un jour à lui ou à ses descendants, pour établir son droit à des successions futures, son action criminelle ne peut être arrêtée par le jugement sur la question d'état qui n'existe point et qui ne peut exister.

908. Nous avons vu que les art. 316 et 317 ont établi des délais fixes, après lesquels on n'est plus admis à désavouer l'enfant et à contester sa légitimité ; mais, à son égard, l'action en réclamation d'état est imprescriptible ; (art. 328) il ne peut acquérir ni perdre son état par la prescription.

L'état de fils légitime n'est pas autre chose que la qualité de fils de telle mère et de tel père ; or, il est évident qu'une telle qualité ne peut être dans le commerce. Elle ne peut être ni acquise ni aliénée, ni par conséquent s'acquérir ou se perdre par la prescription ; elle est essentiellement inhérente à la personne et ne peut finir qu'avec elle.

Il est encore évident que les droits attachés à cette qualité, tel que celui de succéder, ne peuvent, avant d'être ouverts, s'acquérir ni se perdre par la prescription.

909. Mais après leur ouverture, l'exercice de chaque droit particulier est soumis aux règles ordinaires de la prescription. Si, par exemple, un individu, après s'être fait déclarer par un jugement fils légitime d'un père qui avait droit à une succession ouverte plus de trente ans avant le jugement, voulait revendiquer les biens sur les héritiers qui les ont recueillis avant que ses droits fussent connus, il serait repoussé par la prescription, à moins qu'elle n'eût été suspendue en sa faveur par l'une des causes déterminées par la loi.

910. L'imprescriptibilité de l'action en réclamation d'état n'est établie qu'en faveur de l'enfant. C'est un privilège qui lui est personnel et

qui ne passe point à ses héritiers, ni même à ses enfans, quoique leur état personnel dépende en partie de celui de leurs père et mère, puisqu'ils ne peuvent avoir d'autre famille que celle des auteurs de leur naissance.

Mais l'intérêt général de la société, toujours intimement lié au repos des familles, l'a emporté sur l'intérêt particulier des enfans de l'individu dont l'état a été supprimé. Il importe de ne pas prolonger l'inquiétude des familles et l'incertitude des propriétés.

Aucune demande n'est plus favorable que celle d'un enfant qui veut recouvrer son état civil. Mais les exemples d'enfans qui se trouvent injustement dans cette position malheureuse, sont moins nombreux que les exemples d'individus qui cherchent à troubler injustement la tranquillité des familles; il y a plus de gens excités par la cupidité, que de père et mère dénaturés. Que deviendrait la paix des familles, si, même après la mort de ces individus, leurs enfans ou leurs héritiers pouvaient encore exercer l'action imprescriptible en réclamation d'état? Il ne s'agit plus pour eux de recouvrer le rang honorable d'enfans légitimes, mais seulement les droits utiles de la famille où ils voudraient entrer. Le Code fait dépendre leurs prétentions contre cette famille de la conduite de leur auteur.

S'il n'a point réclamé avant de mourir, la loi présume qu'il a cru n'être pas en droit de le faire; et comme il est le premier et le meilleur juge de ses droits, ses héritiers, ses enfans même ne doivent pas être admis à venir troubler une famille, à laquelle leur auteur s'est lui-même regardé comme étranger.

On pourrait dire à la vérité que c'est moins par défiance de son droit, qu'il a gardé le silence, que parce qu'il a ignoré son état, parce qu'il n'en avait pas encore découvert ou recouvré les preuves. La chose est en effet possible.

Mais l'intérêt général et le repos des familles l'ont encore emporté sur une possibilité qui aurait conduit à rendre l'action imprescriptible en faveur des héritiers, aussi bien qu'en faveur de l'enfant. Ils ne pouvaient donc pas être admis à prouver que le défunt est mort dans l'ignorance de ses droits.

911. Mais ils sont recevables à intenter l'action en réclamation d'état, s'il est mort en minorité, (329) parce qu'il était incapable d'exercer ses droits en justice,

Ou s'il est mort dans les cinq ans depuis sa majorité. C'est l'espace de tems que la loi a jugé nécessaire, pour qu'il n'ait pu rester dans l'ignorance de ses droits.

S'il est mort après cinq ans écoulés, ses

héritiers ne sont plus recevables à exercer l'action en réclamation d'état.

912. Mais il faut remarquer que cette prescription de cinq ans ne peut être opposée aux héritiers, que lorsque l'enfant qui n'a pas réclamé son état, n'a eu, de son vivant, ni titre ni possession constante aux termes de l'art. 320.

Si l'enfant décédé avait été constamment en possession de son état, et que l'on opposât à ses descendans les erreurs de son acte de naissance, ils pourraient toujours en demander la rectification, quelque laps de tems qui se soit écoulé depuis sa mort. (1)

913. Si l'enfant qui n'a pas réclamé son état meurt dans les cinq ans depuis sa majorité, l'action en réclamation d'état passe à ses héritiers.

Mais nous avons vu qu'elle n'est point imprescriptible en leur faveur. Or, le Code n'ayant fixé aucun délai particulier pour l'exercer, il en résulte qu'elle ne peut être prescrite, comme toutes les actions personnelles et réelles, (art. 2262) que par le laps de trente ans, à compter du jour de sa mort.

La même prescription de trente ans s'applique au cas inverse. Si un étranger ou un fils

(1) Ainsi l'a fort bien jugé la cour d'appel d'Aix, le 17 août 1808. Sirey, an 1809, 2<sup>e</sup> part., p. 272.

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. II. 245*  
naturel, qui passait pour fils légitime des deux époux, avait recueilli leurs successions à l'ombre de cette possession dont ils l'auraient laissé jouir, leurs héritiers pourraient l'en évincer en lui contestant son état, et en prouvant qu'il n'a pas la qualité qu'il usurpait, mais ils devraient former leur action, soit contre lui, soit contre ses enfans, dans les trente ans du jour de son entrée en jouissance des biens, parce que la pétition d'hérédité est une action personnelle qui ne se prescrit que par trente ans.

914. Les héritiers peuvent encore suivre l'action en réclamation d'état, lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût personnellement désisté; (330) car alors il a reconnu l'injustice de sa réclamation, ou à moins qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de procédure; car alors l'instance est périmée, et il est censé avoir tacitement reconnu que son action était mal fondée.

Mais il faut remarquer que cette présomption n'écarte que les héritiers, et n'élève pas de fin de non recevoir contre l'enfant qui pourrait, s'il était encore vivant, recommencer, même après la péremption acquise, (1)

(1) Loqué, tom. 5, p. 188.

son action qui est imprescriptible, et sur laquelle il ne peut transiger ni compromettre. (C. P. 1004.)

L'action en réclamation d'état, lorsque l'enfant est mort après l'avoir commencée, ou dans les cinq ans depuis sa majorité, est accordée aux héritiers sans distinction; ainsi elle appartient aux héritiers collatéraux aussi bien qu'aux héritiers directs, aux héritiers testamentaires ou légataires universels, aussi bien qu'aux héritiers du sang, avec cette distinction que les collatéraux et les héritiers testamentaires ne peuvent l'exercer que pour recueillir des droits utiles ouverts avant la mort de l'enfant; car l'intérêt est la mesure des actions, et il faut que cet intérêt soit présent et actuel. (1)

Les héritiers directs, au contraire, peuvent exercer l'action en réclamation d'état, quoiqu'il n'y ait aucuns droits ouverts avant la mort de l'enfant; (2) car ils ont un très grand intérêt, un intérêt présent et actuel, à faire reconnaître

(1) V. le nouveau répertoire. V. Légitimité, sect. 4, §. 1, n. 2, p. 284.

(2) Ceci s'éclaircit par un exemple : Seia, épouse de Caius, homme soupçonneux et violent, accouche d'un fils dont son mari, dans un accès de jalousie, force la mère à supprimer l'état. L'enfant est inscrit sur les registres publics sous le nom de Titius, né d'une mère inconnue, et est mis dans un hospice. Seia meurt sans autre enfant, sa succession collatérale est recueillie par ses frères. Titius

l'état de leur auteur pour le représenter dans les successions qui pourront s'ouvrir par la suite, et pour jouir de tous les autres droits de famille.

On pourrait donc dire que les enfans peuvent exercer cette action, quoiqu'ils aient renoncé à la succession de leur père; cependant le Code ne parle que des *héritiers*. Il serait donc imprudent aux enfans qui voudraient exercer l'action en réclamation de l'état de leur père, de renoncer à la succession; ils devraient, pour lever toute difficulté, se porter héritiers par bénéfice d'inventaire.

Il ne paraît pourtant pas que la disposition des articles 529 et 550, qui parlent des héritiers, soit limitative; on peut même remarquer

meurt en minorité; ses oncles découvrent que son état a été supprimé, et ils recouvrent les commencemens de preuve les plus forts dans une correspondance du mari et de la femme que celle-ci en mourant avait déposée en main-tierce. Ces oncles pourront-ils former contre Caius, père de Titius, l'action en réclamation d'état? Non; car ils sont sans intérêt, puisqu'en faisant déclarer Titius légitime, ils ne pourraient espérer de recueillir aucune succession dans la famille de Caius.

Mais si Titius avait survécu à son père, ses oncles pourraient alors élever la réclamation d'état, parce qu'en le faisant déclarer légitime, ils recueilleraient la moitié de la succession ouverte avant sa mort.

Si Titius avant de mourir s'était marié et avait laissé un enfant, celui-ci pourrait réclamer l'état de son père, même quand il n'y aurait aucune succession ouverte à recueillir.

qu'ils sont conçus dans une forme énonciative :  
» *Les actions peuvent être intentées par les héritiers, etc.* Il est difficile de croire, par exemple, lorsque l'action a été commencée par l'enfant, qu'il soit interdit à ses créanciers de la poursuivre au défaut des héritiers qui renoncent ou négligent de reprendre les suites. L'ancienne jurisprudence (1) accordait ce droit aux créanciers du défunt, et on ne voit aucune raison plausible pour la leur refuser lorsqu'il y a des droits utiles à recueillir.

Cependant les tribunaux interprètent aujourd'hui la loi d'une manière tellement restrictive, que la question pourrait souffrir des difficultés. (2)

Il paraît encore qu'on ne pourrait, dans le même cas, refuser cette action aux héritiers irréguliers, puisque le Code parle des héritiers sans distinction.

(1) V. d'Aguesseau, t. 2, p. 111 et 120; le nouveau répert. V. légitimité, sect. 4, §. 1.

(2) V. Proudhon, t. 2, p. 83.

## CHAPITRE III.

### *Des enfans naturels.*

---

#### NOTIONS GÉNÉRALES.

---

#### SOMMAIRE.

915. *Ce qu'on entend par enfans naturels.*  
916. *On les divise en deux classes.*  
917. *C'est l'époque de la conception qui fixe l'état de l'enfant.*  
918. *Les enfans adultérins et les incestueux moins bien traités que les autres.*
- 

915. ON appelle *enfans naturels* ceux qui sont nés hors mariage, pour faire entendre qu'ils ne tiennent à ceux dont ils sont issus que par les liens de la nature, au lieu que les enfans légitimes ou nés dans le mariage, tiennent à leurs parens par les liens de la loi et par ceux de la nature.

La dénomination d'enfans naturels est fort ancienne ; on la trouve dans les écrits du jurisconsulte Paul, l. 6, ff. *de in jus vocando*. Elle est employée par Constantin au Code *de naturalibus liberis*.

916. On divise les enfans naturels en deux classes ; la première comprend ceux dont le père et la mère pouvaient , sans nul empêchement , contracter un mariage légitime au moment de la conception ;

La seconde comprend ceux qui sont nés d'un commerce adultérin ou incestueux , c'est-à-dire, de père et mère , parens ou alliés dans un degré prohibé , ou dont l'un était marié au tems de la conception.

917. Car c'est l'époque de la conception qui fixe l'état de l'enfant , en sorte que , si , depuis la conception , mais avant sa naissance , son père se mariait à une autre femme que la mère , l'enfant ne serait pas adultérin , quoique né pendant le mariage de son père ; et si au-contraire le père était marié à l'époque de la conception , l'enfant resterait adultérin , quoique le père fût libre au moment de sa naissance. (1)

918. L'adultère et l'inceste ont toujours été en horreur chez tous les peuples civilisés , et rangés par la plupart des législateurs au nombre des délits. Les enfans malheureux qui leur doivent la naissance , n'ont jamais joui des mêmes avantages que les enfans naturels nés de l'union de deux personnes libres qui ont vécu dans

(1) Voyez Merlin, nouv. répertoire au mot *légitimation*, page 760, n° 7.

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. III. 251*  
un concubinage illicite, il est vrai, et réprouvé par la morale, mais dont le scandale peut être réparé par un mariage légitime.

La loi écoute leur repentir; elle le provoque en accordant la légitimité dans toute sa plénitude aux enfans issus de cette union, mais avant le mariage.

C'est ce qu'on appelle la légitimation par mariage subséquent, dont il faut expliquer l'origine et les motifs, comment elle s'opère, quels effets elle produit et quels enfans ne peuvent participer à son bienfait.

## SECTION PREMIÈRE.

### *De la légitimation des enfans naturels.*

---

#### §. I.

*Origine et fondement de la légitimation par mariage subséquent.*

---

#### SOMMAIRE.

919. *Elle fut introduite par les Empereurs Romains, étendue par le droit canonique, et adoptée en France.*
920. *Rejetée en Angleterre, et pourquoi.*
921. *Elle n'est pas fondée sur une fiction.*
922. *La loi ne feint rien, elle commande.*
- 

919. LA légitimation par mariage subséquent fut d'abord introduite par les Empereurs

Romains, dans le dessein de supprimer le concubinage. Elle fut étendue par le droit canonique, adoptée en France où elle est considérée comme propre à favoriser le repentir et le retour aux bonnes mœurs, et par conséquent comme sollicitée par la morale et par l'honnêteté publique, et comme fondée sur l'équité.

920. Tandis que depuis long-tems elle est rejetée avec dédain en Angleterre, où on la considère comme propre à favoriser le concubinage et la licence des mœurs, et à troubler l'ordre des familles.

Tant il est vrai que la même institution peut être diversement envisagée.

921. Pour expliquer les effets de la légitimation par mariage subséquent, les docteurs ont coutume de la fonder sur une fiction de rétroactivité au moment de la conception des enfans, la loi, dit-on, présume en faveur des enfans que les père et mère ont toujours eu intention de s'engager par les liens d'un mariage solennel; elle suppose que le mariage a été contracté, au moins de vœu et de désir, dès le tems de la naissance des enfans; et, par une *fiction* respectable, elle donne un effet rétroactif au mariage.

Un profond jurisconsulte allemand, Boehmer, a combattu cette fiction, qui n'est due qu'aux efforts des interprètes du droit canonique, pour dériver la légitimité d'un principe unique, celui d'un mariage existant. Cette fiction le plus souvent contraire à la vérité, et détruite par la loi même qui introduisit la légitimation par mariage subséquent, ne peut s'appliquer au cas où il y a eu un mariage intermédiaire; c'est-à-dire, lorsque le père, abandonnant sa concubine, épouse une autre femme, après la mort de laquelle il épousa la mère de son fils naturel.

922. La fiction est la ressource de la faiblesse ou de l'impuissance. La loi ne feint rien, elle n'a pas besoin de feindre. Elle commande, elle donne aux enfans naturels légalement reconnus tous les droits de la légitimité, lorsque leurs père et mère réparent, en contractant un mariage solennel, le scandale qu'ils ont donné à la société; elle n'examine point si, dans le principe, leur faute fut excusée par l'intention de former une union légitime. Quand ils n'auraient pas eu cette louable intention, *licet non ab initio affectione maritali*, dit la loi 11, Cod. de natur. lib., leurs enfans n'en jouiraient pas moins du bienfait que la loi leur confère en retour du repentir de leurs

père et mère. Il faut donc écarter une fiction inutile qui n'a existé que dans l'esprit des commentateurs, et dont les conséquences pourraient égarer.

## §. I I.

*Comment elle s'opère.*

## SOMMAIRE.

923. *Elle s'opère, quand même il y aurait eu un mariage intermédiaire.*
924. *Il faut que l'enfant soit reconnu avant le mariage, et pourquoi.*
925. *Quid si un seul des époux avait reconnu l'enfant?*
926. *Il n'est pas nécessaire que la reconnaissance soit publique.*
927. *Mais elle doit être expresse, et non pas seulement tacite.*
928. *Elle peut être faite séparément par le père et par la mère, à l'insu l'un de l'autre.*

923. LA légitimation s'opère à quelque époque que le mariage ait été contracté, quand même il ne l'aurait été que peu de jours avant la mort, ou comme on disait autrefois, *in extremis*; (1)

(1) Locré, tom. 5, pag. 205 et suiv. Merlin, nouveau répert. V. légitimation, pag. 758.

Quand même il y aurait eu un mariage intermédiaire (1) entre la conception des enfans naturels et le mariage des père et mère. Le Code n'a fait à cet égard aucune exception, sa disposition est générale. L'art. 331 porte : Les enfans nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère.

924. Mais la légitimation ne s'opère plus de plein droit comme dans l'ancienne jurisprudence. Il est indispensable aujourd'hui que l'enfant soit d'abord reconnu pour être ensuite légitimé.

Le Code exige même que la reconnaissance précède le mariage, ou qu'elle soit faite dans l'acte même de célébration. (331.)

La reconnaissance postérieure au mariage ne serait pas nulle ; (art. 337) elle ne pouvait conférer à l'enfant les droits de légitimité, mais seulement les droits d'enfant naturel sur les biens des deux époux, comme nous le verrons dans la section suivante.

Il n'y a point à craindre que les époux se concertent avant le mariage ou au moment de la célébration, pour introduire, par une reconnaissance simulée, un enfant étranger dans leurs familles ; et ce concert est possible

(1) Meriin, nouveau répertoire, pag. 766, n. II.

après le mariage, entre deux époux qui ont perdu l'espérance d'avoir des enfans : ce serait laisser les familles dans l'incertitude, et donner aux époux la faculté de créer des enfans par consentement mutuel. (1)

925. Si l'un des époux seulement avait reconnu l'enfant avant le mariage, la reconnaissance faite par l'autre époux depuis le mariage ne pourrait opérer la légitimation. Le Code exige que les deux époux aient reconnu l'enfant avant le mariage, ou qu'ils le reconnaissent dans l'acte de célébration : (331) nous venons d'en dire la raison.

926. Il n'est pas nécessaire que la reconnaissance soit rendue publique avant le mariage, si des motifs particuliers, que le législateur ne doit pas prendre en considération, empêchaient les époux de reconnaître publiquement leur enfant naturel au moment de leur mariage, la loi indulgente leur laisse une ressource. Elle ne leur défend pas de tenir leur reconnaissance secrète; (2) et l'enfant qui aurait en sa faveur un acte secret, mais authentique et antérieur au mariage, pourrait être reconnu par ses père et mère après leur mariage; et s'ils refusaient de le reconnaître, il lui serait permis

(1) L'Empereur. V. Loqué, tom. 5, pag. 229.

(2) Loqué, *ibid.* p. 230 et 231.

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. III. 257.*  
de faire valoir son titre et de prendre la qualité  
d'enfant légitime.

927. Mais si la reconnaissance peut être  
secrète, il faut qu'elle soit expresse : on n'ad-  
mettrait pas les reconnaissances tacites. (1)

Cependant le principe pourrait peut-être  
souffrir exception. Si l'un des époux, le père,  
par exemple, dans la reconnaissance de l'en-  
fant faite avant le mariage avait déclaré pour  
mère la femme qu'il a épousée dans la suite,  
sur-tout si cette femme avait eu connaissance  
de la déclaration sans la désavouer, il semble  
que l'enfant qui, en vertu d'un pareil titre,  
aurait été traité dans la maison comme fils  
légitime, serait en effet légitimé par le mariage  
subséquent.

928. Le Code n'exige point que la recon-  
naissance des père et mère soit faite simulta-  
nément et dans le même acte. Il suffirait donc  
que la reconnaissance du père et celle de la  
mère fussent faites par des actes séparés, quand  
même ils auraient été faits à l'insu l'un de  
l'autre,

Toujours néanmoins sous la condition essen-  
tielle qu'elles soient faites avant le mariage ;  
car la légitimation n'est point un effet nécessaire

(1) Loqué, t. 1, p. 236 et 237.

du mariage, c'est l'ouvrage de la loi, c'est un bienfait qu'elle n'accorde qu'aux conditions qu'elle a prescrites. (1)

### § I I I.

*Ses effets, et quels enfans participent à ses avantages.*

## S O M M A I R E.

929. *Les enfans légitimés ont les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage subséquent, mais sans effet rétroactif.*
930. *Conséquence de ce principe relativement aux majorats et aux successions échucs avant le mariage.*
931. *La légitimation s'étend aux descendans des enfans décédés.*
932. *Elle ne s'étend ni aux adultérins ni aux incestueux.*
933. *Y a-t-il une distinction à faire relativement à ces derniers?*
934. *Le mariage putatif ne légitime point les enfans nés auparavant.*
935. *La légitimation par lettres du prince est devenue inutile, parce que les enfans naturels jouissent de tous les droits politiques et civils, ceux de famille exceptés.*

929. LES effets de la légitimation par mariage subséquent sont que les enfans légitimés ont

(1) D'Aguesseau, t. 4, p. 277; Portalis, v. Loqué, p. 228.

les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. Art. 333.

Il faut seulement observer que l'effet de la légitimation n'est point rétroactif, (1) et qu'elle ne remonte pas à la naissance de l'enfant. La légitimation n'opère son effet que du moment où existe le mariage qui l'a produite : tout ce qui s'est passé dans la famille du père ou de la mère avant leur mariage, est étranger aux enfans légitimés par ce mariage. C'est ce que la loi exprime d'une manière énergique en disant que les enfans légitimés par mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage.

930. De ces principes on concluait, dans l'ancienne jurisprudence, 1<sup>o</sup> que dans le cas d'un mariage intermédiaire dont il était issu des enfans mâles, ceux-ci conservaient le droit d'aînesse (2) sur leur frère consanguin, quoique né avant eux, parce qu'il n'avait pas d'autres droits que ceux qu'il aurait eu s'il fût

(1) On en doutait autrefois. V. Lebrun, des successions, liv. 1, ch. 2, sect. 1, dist. 1, n. 22, p. 23. Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, p. 143. Dumoulin, sur l'anc. cout. de Paris, art. 8, éd. de 1576, fol. 190.

(2) V. le nouveau répert. V. légitimation, p. 774, n. 5. Lebrun pensait le contraire ; [ des successions, p. 22. ] mais son opinion était rejetée. V. Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, pag. 143. Le nouveau Denisart, au mot aînesse, § 6, n. 4, p. 387.

né du mariage qui opérerait sa légitimation, et qui était postérieur à la naissance de ses frères.

Cette observation est encore aujourd'hui fort importante à l'égard des majorats qui sont déferés à l'aîné; mais s'il n'était né que des filles du premier mariage, l'enfant naturel, légitimé par mariage subséquent, recueillerait le majorat par droit de masculinité.

2<sup>o</sup> De ce que la légitimation n'a point d'effet rétroactif, il s'ensuit que l'enfant légitimé par le mariage postérieur à sa naissance ou à sa conception ne devient capable de succéder qu'à compter du jour de la célébration du mariage de ses père et mère : il ne peut prétendre aucun droit aux successions ouvertes avant cette époque. Ceux qui étaient habiles à les recueillir au moment de leur ouverture en sont de plein droit et irrévocablement saisis; or, ce qui est une fois entré dans notre patrimoine n'en peut sortir par le fait d'autrui. C'est à l'instant physique où s'ouvre une succession qu'on doit s'arrêter pour déterminer à qui elle appartient, si l'enfant conçu est réputé né pour tout ce qui lui est avantageux; tout ce qu'on peut de plus en sa faveur, c'est de lui accorder tous les droits qu'il aurait eus s'il était né au moment de sa conception. Or, il n'était alors qu'un

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. III.* 261  
enfant naturel, capable d'être légitimé par mariage subséquent, mais non capable de succéder.

Ces principes ont été consacrés par un arrêt de la cour de cassation du 11 mars 1811, (1) sur les conclusions de M. Merlin.

931. La légitimation peut s'étendre même aux enfans décédés, qui ont laissé des descendans, et dans ce cas elle profite à ces descendans. Art. 332.

932. L'art. 331 exclut du bienfait de la légitimation les enfans nés d'un commerce adultérin ou incestueux, mais il ne définit point ce qu'il faut entendre par un commerce incestueux; et ni le Code pénal de 1791, qui était la loi vivante au moment où le Code Nap. fut rédigé, ni le nouveau Code des délits et des peines, ne peuvent servir à fixer nos idées, parce qu'ils ne contiennent aucune disposition relative à l'inceste.

933. L'ancienne jurisprudence (2) distin-

(1) Rapporté par Sirey, an 11, p. 129. Voici l'espèce : *Primus* épouse *Prima*; de ce mariage naît *Secundus*. *Primus* meurt, et son fils meurt deux ans après lui. Le 27 juillet, quinze jours après la mort de ce dernier, sa mère se remarie, et accouche le 1<sup>er</sup> janvier suivant d'un fils réputé conçu avant la mort de *Secundus*; son frère utérin pouvait-il participer à sa succession? La cour d'Orléans avait jugé l'affirmative; mais son arrêt a été cassé.

(2) Lebrun, des successions, liv. 1, chap. 2, sect. 1<sup>re</sup>, dist. 1, n. 12. D'Héricourt, lois ecclésiastiques, édit. 1771, lettre G, p. 69 et 70; cette opinion était confirmée par un arrêt du parlement de Paris du 4 juin 1725. V. D'Héricourt, ubi sup., et par un second du 11 août 1738. V. Lacombe, v. légitimation.

guait entre les enfans nés de parens ou alliés dans les degrés où l'on obtenait des dispenses ; ceux - là étaient légitimés par le mariage que leurs père et mère contractaient après les dispenses obtenues. On ne voit dans le Code aucune disposition contraire à cette distinction raisonnable ; car si l'article 331 exclut en général du bienfait de la légitimation tous les enfans nés d'un commerce incestueux, il ne définit pas l'inceste.

Cependant M. Merlin (1) pense que cette distinction ne peut plus être admise aujourd'hui, et que cela résulte, d'une part, de ce « que l'art. 331 du Code Nap. excepte indé- » finiment les bâtards incestueux de la classe » de ceux que le mariage subséquent légitime ; » de l'autre, de ce qu'il ne peut pas y avoir » de mariage sans dispense entre leurs père » et mère. »

934. Nous avons vu au titre des nullités, en parlant du mariage putatif et de l'effet de la bonne foi des pères et mères, que le mariage putatif n'a pas la force de légitimer les enfans naturels nés des deux époux avant le mariage, parce que, comme le dit d'Aguesseau, on n'est jamais de bonne foi dans le concubinage. (2)

(1) Nouveau répertoire. V. légitimation, pag. 764, n. 9.

(2) Merlin, ubi sup., pag. 759, n. 4 et 764, n. 10.

955. On connaissait autrefois une seconde espèce de légitimation qui s'opérait par lettres du Prince. Elle avait pour objet de faire cesser, en faveur des impétrans, l'incapacité dont étaient frappés tous les enfans naturels que les anciennes lois déclaraient incapables de remplir des dignités et des emplois.

Mais cette incapacité a été regardée comme une proscription injuste et même nuisible à l'ordre social, contre des enfans à qui on ne peut reprocher le vice de leur naissance.

Le préjugé qui tenait les enfans naturels dans l'avilissement, a été détruit par la raison et par l'humanité. Ils jouissent aujourd'hui de tous les droits politiques et civils, à l'exception des droits de famille que ne pouvait leur donner la légitimation par lettres du Prince, laquelle a disparu de notre législation comme devenue parfaitement inutile.

## SECTION II.

*De la reconnaissance des enfans naturels.*

## S O M M A I R E.

936. *C'est par la reconnaissance volontaire ou forcée des père et mère, que les enfans naturels prouvent leur filiation.*

936. CETTE section, qui traite des preuves de la filiation des enfans naturels, est intitulée de la reconnaissance des enfans naturels; car ce n'est que par la reconnaissance volontaire ou forcée du père et de la mère que ces enfans peuvent prouver leur filiation, à la différence des enfans légitimes, dont la filiation se prouve par les actes de naissance, quand même ces actes ne contiendraient point de reconnaissance de l'enfant, quand même le père voudrait le désavouer.

## §. I.

*De la reconnaissance forcée.*

## S O M M A I R E.

937. *Différence sur ce point entre le père et la mère; abus de la recherche de paternité.*
- 938 *Elle est abolie par la loi du 12 brumaire an 2, et par le Code Napoléon.*

939. *Sans distinction entre la voie d'action et celle d'exception.*
940. *Excepté le cas de l'enlèvement et du viol.*
941. *Ce qui est requis pour faire usage de cette exception.*
942. *La recherche de la maternité est conservée, et pourquoi.*
943. *L'accouchement doit être prouvé par écrit; mais l'identité de l'enfant peut être prouvée par témoins, lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit.*
944. *Conséquence de ces principes.*
945. *Deux différences entre les enfans légitimes et les enfans naturels relativement à la preuve de leur filiation.*
946. *Motifs de ces différences.*
947. *La recherche de la maternité a lieu même après le mariage de la mère.*
948. *L'acte de naissance est-il un commencement de preuve de l'identité?*
- 

937. LA reconnaissance des enfans naturels peut être volontaire ou forcée.

Elle est forcée lorsque l'enfant est obligé de recourir à la justice pour contraindre son père ou sa mère à le reconnaître.

Mais il y a sur ce point une grande différence entre le père et la mère. Dans l'ancien droit, une fille était libre de diriger une action en déclaration de paternité contre celui qu'elle croyait ou qu'elle disait être l'auteur de sa

grossesse ou le père de son enfant. Il suffisait pour réussir, de donner des preuves de fréquentation et de familiarité entre elle et celui qu'elle accusait. L'homme dont la conduite était la plus pure, n'était point à l'abri des attaques d'une femme impudente, ou d'enfans qui lui étaient étrangers. Ce genre de calomnie laissait toujours des traces affligeantes. Ces actions exposaient les tribunaux aux débats les plus scandaleux et aux jugemens les plus arbitraires, parce qu'ils n'étaient fondés que sur des présomptions, des indices ou des conjectures. Pour une infortunée qui réclamait des secours au nom et aux dépens de l'honneur, mille prostituées spéculaient sur la publicité de leurs désordres, cherchaient un père à l'enfant que vingt pères pouvaient réclamer, et cherchaient toujours le plus honoré ou le plus riche, pour taxer le prix du silence au taux du scandale.

En un mot, les recherches de paternité étaient regardées comme le fléau de la société.

958. La loi du 12 brumaire an 2, fit cesser ces abus, en ordonnant que « la preuve de » la possession d'état des enfans naturels ne » pourrait résulter que de la représentation » d'écrits publics ou privés du père, ou de la » suite de soins donnés à titre de paternité et » sans interruption, tant à leur entretien qu'à

» leur éducation, et qu'il en serait de même à  
» l'égard de la mère. »

Le Code est allé plus loin. Il établit en principe, que la reconnaissance des enfans naturels, lorsqu'elle n'est pas faite dans leur acte de naissance, ne peut résulter que d'une déclaration expresse et positive, consignée dans un acte; en conséquence il interdit la recherche de la paternité non avouée, art. 340, tant à cause de l'incertitude qui reste toujours sur le fait de la paternité, qu'à cause des abus et des scandales qu'entraînait une pareille recherche.

939. La disposition de cet article est absolue, et la recherche de la paternité est interdite, sans distinction, entre la voie d'action et celle d'exception. Par exemple, des héritiers ne seraient pas reçus à contester un legs universel fait à des enfans, en demandant à prouver qu'ils sont enfans du testateur, quoiqu'en ce cas il en résulte une fraude à la loi. (1)

940 Le père naturel ne peut être forcé de reconnaître son enfant, si ce n'est dans un seul cas excepté par le même article, celui où il a enlevé la mère de l'enfant à une époque qui se rapporte à celle de la conception. Dans ce cas le ravisseur, sur la demande des par-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 24 mai 1810. Sirey, an 1810, p. 272.

ties intéressées, peut être déclaré père de l'enfant; et cette déclaration prononcée par la justice, a la même force et les mêmes effets qu'une reconnaissance volontaire.

941. Pour faire usage de cette exception, il faut considérer, 1<sup>o</sup> que l'enlèvement de la mère ne donne pas le droit de diriger d'abord contre le ravisseur une déclaration de maternité dans le nom de l'enfant, il faut avant tout que le rapt soit jugé;

2<sup>o</sup> Que le seul fait du rapt, même jugé, n'autorise pas la recherche de la paternité; il faut de plus que l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception, suivant les règles établies par les art. 312 et 315.

Si la mère accouchait avant le cent quatre-vingtième jour de l'enlèvement, ou après le trois centième jour depuis qu'elle a cessé d'être en la puissance du ravisseur, l'enfant ne serait pas admis à rechercher la paternité en demandant à prouver des faits de fréquentation qui auraient dû exister entre sa mère et le ravisseur avant l'enlèvement ou depuis qu'il a cessé;

3<sup>o</sup> Que ni la preuve de l'enlèvement, ni la coïncidence de l'époque où il a eu lieu, avec celle de la conception, ne suffisent pas pour constater la paternité. Elles suffisent seulement pour autoriser le juge à chercher sa convic-

tion dans les circonstances qui ont précédé et suivi l'enlèvement. (1) Ainsi, le ravisseur peut proposer tous les moyens qui peuvent tendre à prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant.

Ce qu'on vient de dire de l'enlèvement, s'applique au cas du viol. Le viol est une sorte d'enlèvement momentané. C'est le but que se propose souvent le ravisseur. Ce cas fut toujours comparé à celui de l'enlèvement, dans les conférences tenues au conseil d'état pour la discussion du Code. La raison de décider est même plus forte que dans le cas de l'enlèvement, où la cohabitation n'est que présumée entre le ravisseur et la personne ravie.

942. Les raisons qui ont fait proscrire la recherche de la paternité, ne s'appliquent point à la recherche de la maternité. Il ne s'agit point, à l'égard de la mère, de pénétrer les mystères de la nature ; la mère est toujours certaine. Son accouchement et l'identité de l'enfant sont des faits positifs qui peuvent être constatés. L'art. 341 porte : « La recherche de » la maternité est admise. » Il ajoute : « L'en- » fant qui réclamera sa mère, sera tenu de » prouver qu'il est identiquement le même » que l'enfant dont elle est accouchée. »

(1) Loqué, pag. 289 et 290.

Cette disposition paraît supposer que, pour admettre la recherche de la maternité, il faut que le fait de l'accouchement soit déjà constant, en sorte que l'enfant n'ait plus à prouver que son identité.

La maternité résulte de deux faits qui sont à prouver; l'accouchement de la mère et l'identité entre le réclamant et l'enfant qui est né à telle époque.

C'est l'identité seulement que notre article permet de prouver par témoins, sous la condition d'un commencement de preuve par écrit. La disposition finale porte : « Il (l'enfant naturel) ne sera reçu à faire *cette preuve* » par témoins, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. »

La preuve que cette disposition permet de faire par témoins, c'est manifestement celle de l'identité. Cela devient évident en réunissant cette disposition à la précédente, dont elle n'est qu'une suite et une explication.

Mais la preuve de l'accouchement comment sera-t-elle faite? Notre article garde le silence sur ce point. Elle doit donc être faite par écrit; car en matière d'état, la preuve par témoins n'est reçue que dans le cas où la loi la permet par une disposition expresse.

Or, notre article ne permet de prouver par

témoins que le fait de l'identité, et non celui de l'accouchement ; ce dernier fait ne peut donc être prouvé par témoins. *Qui dicit de uno negat de altero.* (1)

943. Il suit de là que l'enfant naturel inscrit sur les registres de l'état civil sous le nom d'une fausse mère, ou d'une mère inconnue, ne pourrait, même en présentant des commencemens de preuve par écrit du fait de l'accouchement de la femme qu'il réclamerait pour mère, demander à compléter cette preuve par témoins, pour prouver ensuite ou en même tems qu'il est le même enfant dont elle est accouchée.

944. Sa condition est différente en cela de celle de l'enfant légitime qui manque de titre, soit parce que sa naissance n'a pas été inscrite sur les registres, soit parce qu'il a été inscrit sous de faux noms, ou comme né de père et mère inconnus. L'art. 325 l'admet à prouver par témoins sa *filiation*, c'est-à-dire, qu'un enfant est né de telle femme qu'il réclame pour mère ; il l'admet même à faire cette preuve sans commencement de preuve par

(1) Voyez l'arrêt de la cour de cassation, du 28 mai 1810, rendu sur les conclusions de M. Merlin, rapporté par Sirey, au 1810, pag. 195--202.

écrit, sous la condition qu'il existe des présomptions ou indices assez graves pour déterminer l'admission.

Au contraire, l'art. 341 ne permet point à l'enfant naturel, qui réclame sa mère, de prouver par témoins autre chose que son identité; encore ne permet-il cette preuve que sous la condition qu'il existe non pas seulement des présomptions ou des indices graves, mais un commencement de preuve par écrit.

Voilà donc deux différences établies entre les droits des enfans légitimes et ceux des enfans naturels.

La première, en ce que les enfans légitimes peuvent être admis à prouver par témoins, tant leur *filiation*, c'est-à-dire l'accouchement de la mère qu'ils réclament, que leur *identité* avec l'enfant dont elle est accouchée.

Tandis que les enfans naturels ne sont admis à prouver par témoins que leur *identité* : l'accouchement de leur mère doit être prouvé par écrit.

La seconde, en ce que les enfans légitimes sont admis à la preuve testimoniale sur de simples présomptions ou indices, tandis que les enfans naturels n'y sont admis que sur un commencement de preuve par écrit.

946. La première différence est fondée sur le danger d'admettre une recherche de maternité contre une fille de qui l'accouchement n'est pas constant et prouvé. C'est parmi les femmes déjà reconnues pour mères qu'il est permis à l'enfant naturel de chercher la sienne, et non parmi les vierges, de qui la pureté est couverte d'un voile que la loi ne doit pas permettre de soulever. Il vaut mieux laisser un enfant naturel dans l'obscurité, que d'exposer les filles de famille aux recherches déshonorantes que la malveillance pourrait diriger contre elles, sous le prétexte de quelque écrit indiscret que la malignité voudrait mésinterpréter.

Cet inconvénient n'existe point à l'égard des femmes mariées, qui ne font que remplir le vœu de la loi et de la nature en devenant mères ; on ne leur fait point injure en demandant à prouver qu'elles ont accouché pendant leur mariage. L'injure n'existerait que dans le cas où l'on prétendrait que l'enfant a un autre père que le mari ; mais cette prétention ne serait pas admise.

On ne peut assigner d'autre raison à la seconde différence, si ce n'est que la loi accueille l'action de celui qui réclame l'incalculable avantage de la légitimité avec plus de facilité que

celle de l'enfant naturel qui réclame sa mère ; d'ailleurs, en recevant plus difficilement l'action de ce dernier, la loi garantit les filles de famille des attaques téméraires ; ce qui rentre dans la raison sur laquelle est fondée la première différence.

947. Au reste, les enfans naturels nés avant le mariage de leur mère peuvent la réclamer, même après le mariage qu'elle a contracté avec un autre individu que leur père, comme le décida le conseil d'état dans la séance du 26 brumaire an 10. (1) On ne peut admettre une exception ou limitation qui n'existe point dans le Code.

948. On a demandé si l'acte de naissance forme un commencement de preuve par écrit de l'identité de l'enfant qui prétend se l'approprier.

Il suffit, pour répondre, de remarquer que le commencement de preuve par écrit doit avoir un rapport direct au fait qui est à prouver. (2) Or, le fait à prouver n'est pas l'accouchement de la mère ; ce n'est pas la naissance d'un enfant inscrit tel jour sur les registres de l'état civil : ces faits sont prouvés par les

(1) V. Loqué, p. 301, édit. in-8°.

(2) Cochin, tom. 4, p. 361, cause de la dame Bruix.

registres. La seule chose à prouver, c'est que l'enfant qui réclame est le même que celui dont la mère est accouchée tel jour, c'est l'identité de cet enfant; or, l'acte de naissance ne peut donner aucune lumière sur cette identité à laquelle il n'a aucun rapport. La question est de savoir si l'acte de naissance s'applique à cet enfant. On ne peut donc tirer de cet acte les premiers traits de lumière sur cette application; (1) car cet acte peut être applicable à un autre individu que le réclamant.

§. I I.

*De la reconnaissance volontaire.*

SOMMAIRE.

949. *La reconnaissance volontaire doit être faite par acte authentique.*
950. *La reconnaissance faite par la mère peut être faite sous seing-privé.*
951. *La reconnaissance faite par le père sous seing-privé est-elle nulle?*
952. *La cour de cassation paraît avoir décidé l'affirmative.*
953. *La reconnaissance faite dans un testament olographe est valide.*
954. *Mais si la date n'en était pas assurée, il n'opérerait pas la légitimation par mariage subséquent.*

(1) Locré, t. 5, p. 305, édit. in-8°. Ces principes ont été adoptés par la cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 1810. Sirey, an 1810, p. 202.

955. *La reconnaissance peut être faite avant la naissance de l'enfant.*
956. *Le père peut reconnaître l'enfant sans l'aveu de la mère.*
957. *De la reconnaissance faite par l'un des époux pendant le mariage.*
958. *De la reconnaissance forcée faite pendant le mariage.*
959. *De la reconnaissance faite après la dissolution du mariage.*
960. *De la reconnaissance faite par les époux d'un enfant commun antérieur au mariage.*
961. *Si la femme peut reconnaître un enfant sans l'autorisation de son mari.*
962. *Si la reconnaissance faite par un mineur pourrait être rescindée.*
963. *Nullité des reconnaissances faites par transactions sur procès, dans les tems où la recherche de la paternité était admise.*
964. *Les reconnaissances peuvent être contestées par tous ceux qui y ont intérêt.*
965. *Mais il faut prouver qu'elles sont fausses ou contraires à la loi.*
966. *La mère peut contester la reconnaissance faite par le père et vice versâ.*
967. *Les héritiers du père ou de la mère peuvent combattre la reconnaissance lorsque la succession est ouverte.*
968. *Conciliation des articles 325, 342, 762 et 763 relatifs aux enfans adultérins ou incestueux.*
969. *Réponse à l'objection tirée de l'art. 342.*
970. *Arrêt rendu par la cour de cassation.*
971. *Les enfans naturels ne peuvent prouver leur filiation par la possession d'état.*

APRÈS avoir vu quand et comment les enfans naturels peuvent contraindre leur père et mère à les reconnaître, il faut examiner comment doit être faite la reconnaissance volontaire.

949. L'art. 334 porte : « La reconnaissance  
» d'un enfant naturel sera faite par acte authen-  
» tique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son  
» acte de naissance. »

La disposition de cet article est générale, et s'applique à la mère aussi bien qu'au père de l'enfant. La reconnaissance faite par la mère aussi bien que celle faite par le père doit donc l'être par un acte authentique.

Mais la reconnaissance faite par un acte sous seing-privé est-elle nulle ?

950. Il faut d'abord distinguer entre le père et la mère. On convient généralement que la reconnaissance faite par la mère dans un acte sous seing-privé est valide : si l'écriture en était contestée, l'enfant pourrait la faire reconnaître ou vérifier en justice contradictoirement avec sa mère, et le jugement qui interviendrait produirait les mêmes effets qu'une reconnaissance authentique. D'un côté, la recherche de la maternité est admise, et, d'un autre côté, l'acte sous seing-privé reconnu ou légalement tenu pour reconnu a la même force que l'acte authentique. Art. 1522. On ne peut donc s'em-

pêcher d'admettre comme valable la reconnaissance faite par la mère dans un acte sous seing-privé.

951. Mais en est-il autrement de la reconnaissance par acte sous seing-privé fait par le père ?

En disant en général que la reconnaissance sera faite par un acte authentique, l'art. 344 ne prononce point la peine de nullité; il n'est point conçu en forme de disposition prohibitive. Or, on tient pour principe qu'il n'y a que les lois prohibitives qui emportent de plein droit la nullité des actes, lorsqu'ils ne sont pas conformes à leurs dispositions.

Suivant l'art. 1520, l'acte, soit authentique, soit sous seing-privé, fait également foi entre les parties. L'art. 1522 ajoute que l'acte sous seing-privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers, *la même foi que l'acte authentique.*

Tels sont, en matière de preuve, les principes généraux; et lorsque le Code a voulu y déroger, il a eu soin d'avertir que la disposition dérogatoire serait observée sous peine de nullité. C'est ainsi que l'art. 951 ne s'est pas contenté de dire que les donations seront passées devant notaires, il ajoute *sous peine de nullité.*

Cette peine n'étant point prononcée par l'art. 334, qui porte que la reconnaissance sera faite *par acte authentique*, il semblerait avoir laissé les reconnaissances sous seing-privé dans les termes du droit commun.

On objecte que la recherche de la paternité est interdite ; mais cette objection n'est point pressante. L'enfant reconnu par un acte sous seing-privé n'a point à chercher son père ; ce père s'est fait connaître volontairement par un acte qu'il ne peut rejeter : s'il contestait la signature, la demande de vérification ne serait point une recherche de paternité ; la question serait de savoir si le père a signé ou non l'acte qu'on lui présente. Un acte authentique peut aussi faire naître cette question.

L'orateur du gouvernement donne pour motif à la disposition de l'art. 334, qu'il faut une reconnaissance authentique pour que les familles soient à l'abri de toute surprise. Mais sont-elles moins à l'abri des surprises, quand la reconnaissance est consignée dans un écrit sous seing privé fait avec réflexion, écrit par le père, déposé, par exemple, chez un notaire ?

Si la reconnaissance faite sous seing-privé est nulle, elle ne donnera pas aux enfans

reconnus même une action en alimens ; (1) car la paternité est indivisible. Un homme ne saurait être père pour un cas et ne l'être pas pour l'autre ; c'est un principe consacré par la cour de cassation. (2)

Il y a donc de fortes raisons pour penser que les reconnaissances sous seing-privé ne sont pas nulles.

952. Cependant la cour suprême a cassé, le 6 mai 1809, un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux, qui avait ordonné de vérifier l'écriture du sieur Gombault, lequel, dans une déclaration présentée à la municipalité relativement à l'emprunt forcé, avait mis au nombre de ses charges une pension de 1000 liv. pour Rosalie ; sa fille naturelle. Le motif de cassation a été qu'une déclaration sous signature privée, transmise à la municipalité de Bordeaux, n'était ni un acte émané de cette municipalité elle-même, ni un acte reçu par un officier public qui eût qualité pour lui imprimer un caractère d'authenticité, tel qu'il dût faire foi jusqu'à inscription de faux ; qu'ainsi, en attribuant à cette déclaration l'effet d'une reconnaissance

(1) Comme l'a jugé la cour d'appel de Pau, par arrêt du 18 juillet 1810, rapporté par Sirey, an 1811, 2 part. p. 13.

M. Proudhon, t. 2, p. 112, est d'une opinion contraire. Il croit la reconnaissance sous seing-privé insuffisante pour prouver la filiation, et suffisante pour donner à l'enfant une action en alimens.

(2) Dans son arrêt du 3 ventôse an 10, Sirey, an 11, p. 185-192. Dans un autre arrêt du 26 mars 1806. V. le nouveau répertoire, au mot filiation, p. 247.

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. III. 281*  
par acte authentique, il y avait violation des  
art. 334 et 1317 du Code Nap. (1)

953. Dans les considérans d'un arrêt du 3  
septembre 1806, (2) la cour de cassation a  
regardé comme suffisant et conforme à l'art.  
334, la reconnaissance d'un enfant naturel dans  
un testament olographe fait à Paris, et réputé  
solennel par l'art. 289 de la coutume, qui  
confiait au testateur, et son autorité pour dis-  
poser, et un caractère pour rédiger sa volonté. (3)  
Le Code Napoléon confère au testateur la même  
autorité, le même caractère. On ne peut donc  
douter que la reconnaissance portée dans un  
testament olographe, fait sous l'empire du Code,  
soit valide et légale.

954. Mais si le testament olographe n'était pas  
déposé chez un notaire, ou si la date n'en était  
pas assurée d'une autre manière, il n'aurait  
pas la force de légitimer l'enfant naturel par  
le mariage subséquent de ses père et mère;  
autrement, ce serait laisser aux testateurs le  
moyen de frauder par une antidate l'art. 331,  
qui n'accorde la légitimation qu'aux enfans  
naturels reconnus avant le mariage, ou dans  
l'acte de célébration, et l'art. 337 qui ne veut

(1) V. Sirey, an 1809, p. 377-380.

(2) Rapporté par M. Merlin, nouveau répert. V. filiation, p. 247,  
n. 3; et par Sirey, an 1806, p. 414.

(3) Merlin, questions de droit. V. testament, §. 7.

pas que les reconnaissances d'enfans naturels faites pendant le mariage soit du père, soit de la mère, puissent nuire ni à l'autre époux ni aux enfans légitimes.

955. La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite avant sa naissance; car, toutes les fois qu'il s'agit de son intérêt, l'enfant conçu est réputé né.

Les actes de reconnaissance doivent être inscrits à leur date sur les registres de l'état civil, et il doit en être fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un. Art. 62.

956. Le père de l'enfant naturel peut reconnaître son enfant, sans l'aveu de la mère, art. 336; et celle-ci ne peut, par son seul témoignage, désavouer cette reconnaissance et détruire l'effet qu'elle doit produire par rapport au père. (1) Disposition singulière adoptée contre l'avis de l'Empereur, et qui peut occasionner le spectacle scandaleux d'un enfant réclamé par plusieurs pères.

Mais quand la reconnaissance du père contiendrait l'indication d'une mère non reconnue, elle ne produirait aucun effet contre cette dernière qui pourrait même, si elle trouvait l'indication calomnieuse, poursuivre en justice la réparation d'une pareille injure, et le déclai-

(1) Loqué, p. 272; Prémamne, p. 24, exposé des motifs, édit. de Didot.

rant ne pourrait éviter la condamnation en demandant à prouver que son indication est conforme à la vérité, à moins qu'il ne formât, dans le nom de l'enfant, une action en reconnaissance de maternité.

957. La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant le mariage d'un autre que de son époux, ne peut nuire ni à celui-ci ni aux enfans nés de ce mariage, (art. 337) parce qu'il ne peut dépendre de l'un des époux de changer, après son mariage, le sort de sa femme ni de ses enfans légitimes.

Néanmoins la reconnaissance produirait son effet après la dissolution du mariage, s'il n'en restait pas d'enfans.

958. L'article 337 ne parle que de la reconnaissance volontaire faite par l'un des époux pendant le mariage; il paraît donc qu'on ne doit pas l'appliquer au cas d'une reconnaissance forcée. Si, comme nous l'avons prouvé n° 946, l'enfant naturel peut réclamer sa mère, même après le mariage qu'elle a contracté avec un autre homme que le père, le jugement qui la force à le reconnaître ne doit pas rester sans effet. (1)

(1) La cour d'appel de Rennes l'a ainsi jugé pour des alimens, le 22 mars 1810; et, quoique cet arrêt soit resté sans exécution, parce que l'arrêt qui jugeait la maternité a été cassé, le principe reste.

959. Mais la reconnaissance d'un enfant naturel antérieur au mariage, faite par l'un des époux après la dissolution, peut-elle nuire aux enfans légitimes issus de ce mariage? La cour d'appel de Pau a décidé l'affirmative, et avec raison, par un arrêt du 3 prairial an 13, par le motif que l'art. 337 ne parlant que de la reconnaissance faite avant le mariage, on ne peut étendre les dispositions de cet article au cas d'une reconnaissance faite après la dissolution du mariage. *Qui dicit de uno negat de altero.*

Nous avons vu qu'un mariage intermédiaire, dont il reste des enfans, n'empêche pas que les enfans naturels antérieurement nés ne puissent être légitimés par le mariage de leur père devenu veuf avec leur mère. Or, s'il peut leur conférer la légitimité qui leur donne les droits de famille et celui de succéder, il peut, à plus forte raison, leur donner en les reconnaissant les droits beaucoup moins étendus que la loi accorde aux enfans naturels.

C'est sans doute par ce motif qu'on a retranché de l'art. 337 la disposition proposée par la commission dans l'art. 31 du projet de Code, qui ne permettait à l'époux devenu veuf de reconnaître les enfans naturels qu'il aurait eus

avant son mariage, que dans le cas où il ne resterait pas d'enfans issus du mariage.

960. L'art. 337 qui déclare sans effet la reconnaissance des enfans naturels, faite pendant le mariage de leur père ou mère, est expressément limité au cas où les enfans seraient nés avant le mariage d'un autre que de son époux. Ainsi la reconnaissance aurait tout son effet à l'égard des enfans naturels issus des deux époux avant le mariage, elle n'opérerait pas leur légitimation; mais elle leur conférerait les droits que la loi attribue aux enfans naturels.

961. L'art. 337 qui parle de la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux au profit de ses enfans naturels nés avant le mariage, ne dit point que le concours ou l'autorisation du mari soit nécessaire pour que la reconnaissance faite par l'épouse produise son effet après la dissolution du mariage, lorsqu'il n'en reste point d'enfans; et l'art. 1124 ne déclare les femmes mariées incapables de contracter, que dans les cas exprimés par la loi.

D'ailleurs, il s'agit ici d'une obligation naturelle. Il paraît donc que la reconnaissance d'un enfant naturel faite par la femme mariée est valide sans l'autorisation de son mari. (1)

(1) C'est aussi l'opinion de M. Proudhon, t. 2, p. 102.

962. Le seul fait de la minorité ne suffirait pas pour faire annuler la reconnaissance d'un enfant naturel faite par un mineur ; il faudrait prouver qu'elle est l'effet de la séduction, du dol ou de la violence. Une pareille reconnaissance n'est que l'accomplissement d'un devoir ; c'est la suite d'une obligation naturelle à laquelle il ne faut pas étendre l'incapacité prononcée contre les mineurs par l'art. 1124 : la reconnaissance faite par un mineur même non émancipé est donc valide, (1) pourvu qu'elle soit faite avec liberté et réflexion.

963. Car la reconnaissance même faite par les majeurs doit être entièrement libre. C'est par ce motif que la jurisprudence de la cour de cassation ne donne aucun effet aux reconnaissances même authentiques qui, dans le tems où la recherche de la paternité non avouée était permise, ont été faites par des transactions sur procès : on les rejette même lorsqu'elles ont été faites sur des contestations apparentes ou déjà formées, mais non encore portées en justice. (2)

964. Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de

(1) Ainsi jugé par la cour de Bruxelles, le 4 février 1808. Sirey, 2. part. p. 199.

(2) V. le nouveau répertoire. V. bâtard, sect. 2, §. 3, et V. filiation, p. 248, n. 4.

la part de l'enfant, peut être contestée par tous ceux qui y ont intérêt, ( art. 339 ) parce qu'on ne peut blesser impunément les droits d'autrui par la supposition d'une fausse maternité ou d'une fausse paternité.

Ainsi l'enfant, comme premier intéressé, peut contester l'acte par lequel un père ou une mère, qu'il croirait lui être étrangers, le reconnaîtraient pour leur fils. (1)

965. Mais son opposition à la reconnaissance ne suffirait pas pour la rendre sans effet; il devrait prouver que le père ou la mère qui l'ont reconnu ne sont point réellement les siens, ou que l'acte de reconnaissance est contraire à la loi. Car le Code n'exige point le consentement de l'enfant pour valider les reconnaissances faites par les père ou mère; et si l'art. 337 permet de contester la reconnaissance, c'est à celui qui conteste à prouver que sa contestation est fondée: il n'y a point sur cela

(1) On a vu, sous l'ancienne jurisprudence, Marie-Aurore, qui avait été baptisée comme fille légitime de Jean-Baptiste de la Rivière, bourgeois de Paris, et de Marie Rinteau, sa femme, demander à être dégradée de la qualité de fille légitime pour être réduite à celle de bâtarde du comte de Saxe: les noms des père et mère étaient réellement supposés; elle était l'un des fruits de l'incontinence du Maréchal. Un comte de Horne consentit à l'épouser, mais sous la condition qu'elle serait reconnue bâtarde du Maréchal de Saxe, et que son acte de naissance serait rectifié; ce qui fut fait. V. le nouveau Denisart, au mot bâtard, §. 2, p. 276.

d'exception en faveur de l'enfant. Il faut donc qu'il prouve que l'acte de reconnaissance énonce une fausse paternité ou une fausse maternité, ou bien que cet acte est contraire à la loi. Par exemple, si la reconnaissance tendait à ranger l'enfant au nombre des adultérins, il pourrait s'y opposer, et la faire déclarer nulle comme contraire à l'art. 335.

La mère qui a reconnu son enfant, peut également contester la reconnaissance faite par un homme avec qui elle n'a point eu de commerce. Mais sa simple contestation ne suffirait pas, comme nous l'avons déjà dit ci-dessus.

Elle pourrait aussi faire rejeter comme contraire à la loi, la reconnaissance faite de la part d'un homme marié.

Le père pourrait aussi contester la reconnaissance faite par une fausse mère, car il a intérêt de conserver à son enfant les droits que peut lui procurer la reconnaissance de la véritable mère, qui peut avoir des raisons pour demeurer encore inconnue.

966. Les héritiers du père et de la mère peuvent aussi combattre la reconnaissance à l'ouverture de leur succession.

Mais ils ne pourraient demander à prouver

*Tit. VII. De la paternité, etc. Chap. III. 289*  
qu'un enfant reconnu par un père libre, est  
adultérin du côté de sa mère restée inconnue.(1)

967. L'article 335 porte que « la recon-  
» naissance ne pourra avoir lieu au profit des  
» enfans nés d'un commerce incestueux ou  
» adultérins. »

L'article 342 ajoute que ces enfans ne seront  
jamais admis à la recherche, soit de la pater-  
nité, soit de la maternité.

Et cependant les art. 762 et 763 accordent  
à ces enfans des alimens qui doivent être  
réglés, eu égard aux facultés du père ou de  
la mère, au nombre et à la qualité des héri-  
tiers légitimes.

Cette contrariété apparente a paru d'abord  
difficile à concilier, et cependant rien de plus  
facile au moyen d'une distinction très-simple.

En disant qu'un enfant adultérin ou inces-  
tueux ne peut être reconnu par acte authen-  
tique, l'art. 335 a pour objet d'empêcher que  
cette reconnaissance ne lui confère les droits  
de succession irrégulière que les art. 757 et  
758 assurent aux enfans naturels légalement  
reconnus.

Mais il n'entend point par-là dispenser ceux  
qui ont reconnu un enfant de l'obligation

(1) Loqué, pag. 277, édit. in-8°.

naturelle de le nourrir. Ainsi la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux ne peut lui conférer les droits de succession irrégulière, mais elle peut fonder une action en aliment.

Il est nécessaire de conserver cette distinction conforme à l'ancien droit. Car enfin les enfans adultérins ou incestueux n'en sont pas moins des hommes, et tout homme a droit de recevoir au moins des alimens de ceux qui lui ont donné la vie. (1)

968. On ne peut objecter que l'article 542 défend à l'enfant adultérin ou incestueux de rechercher quel est son père ou sa mère; cette défense n'a plus d'objet, lorsqu'il a été reconnu par l'un ou l'autre. Il n'a point à les rechercher, mais à les contraindre d'être justes en remplissant l'obligation que la nature leur impose.

969. C'est en conformité de ces principes, que la cour de cassation a confirmé, par son arrêt du 28 prairial an 13, un arrêt de la cour de Montpellier, qui avait jugé qu'il était dû des alimens à une fille adultérine reconnue par son père dans un testament olographe, par lequel il lui faisait don de telle portion de ses biens, dont il pourrait disposer à l'époque de sa mort.

(1) Merlin, nouveau répertoire. V. filiation, pag. 249.

970. Le Code qui a voulu qu'à défaut de titre la possession constante de l'état d'enfant légitime fût une preuve suffisante de filiation, (art. 320) n'a point appliqué cette disposition aux enfans naturels. La commission chargée de présenter un projet de Code, avait proposé d'admettre la preuve testimoniale, lorsque l'enfant aurait *une possession constante de sa qualité de fils naturel* de la mère qu'il réclame.

Mais cette proposition fut retranchée du Code. Il ne paraît donc pas que l'enfant naturel puisse présenter pour commencement de preuve de sa filiation la possession de son état.

Il est vrai que Portalis, (1) qui combattait la proposition de la commission, dit qu'il serait absurde de présenter *la possession constante* comme un simple commencement de preuve, puisque cette sorte de possession est la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves. Il ajoutait que des faits de possession isolés, passagers et purement indicatifs, peuvent n'être qu'un commencement de preuve, mais qu'il y a preuve entière lorsqu'il y a possession constante.

Mais cette opinion ne fut point admise. L'art. 341 n'admet l'enfant naturel à la preuve testi-

(1) Loqué, pag. 304.

moniale, que lorsqu'il a déjà un commencement de preuve par écrit.

971. La possession même constante de la qualité d'enfant naturel, possession qui ne peut être prouvée que par témoins, ne peut donc être présentée ni comme un commencement de preuve, ni comme une preuve complète de filiation. (1) Il doit arriver rarement que l'enfant naturel qui a une possession constante de sa qualité, n'ait pas quelque commencement de preuve par écrit.

### §. III.

*Effets de la reconnaissance volontaire ou forcée.*

## SOMMAIRE.

972. Ces effets sont relatifs à la personne ou aux biens.  
 973. L'enfant porte le nom de sa mère; mais s'il a été reconnu par son père, il porte le nom de ce dernier.  
 974. Il passe sous la puissance de ses père et mère.  
 975. Mais ils n'ont point l'usufruit de ses biens.  
 976. Il est dit des alimens aux enfans naturels.  
 977. Droit de ces enfans sur les biens des père et mère; renvoi.  
 978. Ils n'ont point les droits de famille.  
 979. Les enfans naturels de la maison impériale ne peuvent être reconnus sans le consentement de l'Empereur.

(1) M. Proudhon pense le contraire, tom, 2, pag. 100.

972. LES effets de la reconnaissance volontaire ou forcée sont les mêmes. Elle ne donne pas à l'enfant naturel les mêmes avantages que s'il était légitime. Art. 338.

Les effets qu'elle produit sont relatifs à la personne ou aux biens.

973. Quant à la personne, l'enfant naturel porte le nom de sa mère; et s'il a été reconnu par son père, il en prend le nom comme s'il l'avait reçu dans son acte de naissance. (1)

974. Il passe sous la puissance de ses père et mère quant à son mariage, qu'il ne peut contracter sans leur consentement, art. 158, et quant au droit de détention correctionnelle. Art. 383.

975. Mais la puissance des père et mère sur leur enfant naturel ne s'étend point aux biens de ce dernier. Le Code ne leur en donne point l'usufruit, accordé aux père et mère légitimes sur les biens de leurs enfans, jusqu'à ce qu'ils aient atteint dix-huit ans.

976. Il est dû des alimens aux enfans naturels qui sont dans le besoin, par les père et mère qui les ont reconnus. (2) C'est une obli-

(1) V. l'arrêt du 18 juin 1707, rapporté par Augeard; le nouveau répertoire, v<sup>o</sup> nom, pag. 545.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 16 octobre 1808. Sirey, an 1809, pag. 110.

gation qui dérive du droit de la nature, et que le Code consacre même en faveur des enfans adultérins ou incestueux. (762—763.)

Mais un enfant naturel ne serait pas reçu en justice à former une action en alimens contre son prétendu père, qui l'aurait (1) reconnu par acte sous seing-privé, parce que la recherche de la paternité est interdite, et que, suivant l'article 334, la reconnaissance doit être faite par un acte authentique.

977. Après la mort des père et mère, les enfans naturels ne sont point leurs héritiers; mais ils ont sur leurs biens des droits qui sont fixés, et qui seront expliqués au titre des successions irrégulières.

978. Les enfans naturels n'ayant point les droits de famille que donne la légitimité, n'ont aucun droit sur les biens des parens de leurs père et mère.

979. Observons, en finissant, que les membres de la maison impériale ne peuvent reconnaître leurs enfans naturels sans le consentement de l'Empereur.

(1) Ainsi jugé par la cour impériale de Paris, le 22 juillet 1811. V. le recueil de Sirey, an 1811, 2<sup>e</sup> part., pag. 389 et suiv.

## TITRE VIII.

*De l'Adoption et de la Tutelle officieuse.*

## CHAPITRE PREMIER.

*De l'Adoption.*

## SOMMAIRE.

980. *Liaison de ce titre avec le précédent.*981. *Division du titre.*

980. OUTRE la paternité réelle divisée en paternité légitime et en paternité naturelle, il existe une paternité légale et fictive qui dérive de l'adoption. Il était naturel d'expliquer les règles de cette paternité, après celles de la paternité réelle.

Telle est la liaison de ce titre avec les précédens.

981. La matière de l'adoption est nouvelle dans la législation française, et pour la bien entendre il faut considérer, 1° l'origine de l'adoption, et la différence qui existe entre notre adoption et celle des Romains; 2° ce qu'est l'adoption suivant le Code Napoléon,

s'il y en a plusieurs espèces; 3<sup>o</sup> les conditions requises pour l'adoption, tant de la part de l'adoptant que de l'adopté; 4<sup>o</sup> les formes de l'adoption; 5<sup>o</sup> ses effets; 6<sup>o</sup> si elle peut être révoquée, et comment on peut se pourvoir contre une adoption irrégulière ou illégale.

### SECTION I<sup>ere</sup>.

*Origine de l'adoption. Différence entre l'adoption du Code Napoléon et celle des Romains.*

### S O M M A I R E.

982. *L'adoption usitée sous les Rois de la première race, a été rappelée par décret du 18 août 1792.*
983. *Comparaison de notre adoption et de celle des Romains. Sa source.*

982. L'ADOPTION remonte à des tems fort reculés; elle était en usage chez les Grecs et chez les Romains. On trouvera les formes de l'adoption expliquées d'une manière très-curieuse dans les antiquités d'Heineccius.

L'adoption fut aussi usitée sous nos Rois de la première race, (1) sans qu'on voie bien clairement quelle en était alors la nature.

(1) Voyez les formules de Marculfe, lib. 2, cap. 13; les Capitulaires, édit. de Baluze, tom. 2, pag. 413, 420 et 526.

Quelle qu'elle fût, l'adoption avait entièrement cessé d'être usitée.

Le 18 août 1792, l'assemblée nationale décréta en principe que l'adoption aurait lieu en France. Mais elle n'en détermina ni la nature, ni la forme, ni les effets; ces points n'ont été réglés que par le Code Napoléon.

985. L'adoption telle qu'elle existe aujourd'hui, n'a presque rien de commun que le nom avec l'ancienne adoption des Romains. Les causes, les effets caractéristiques, les formes, tout est différent. Nos législateurs ont même déclaré que l'adoption des Romains ne pouvait convenir à nos mœurs, et qu'elle devait rester bannie de nos institutions.

Le principal effet de l'adoption chez les Romains, son effet caractéristique, était de faire passer l'adopté dans la famille de l'adoptant, et de conférer à celui-ci tous les droits de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de l'adopté, qui éprouvait à ce moyen un changement dans son état, *minimam capitis diminutionem*, s'il était alors maître de ses droits, *sui juris*, ou qui, s'il était fils de famille, sortait de la puissance et de la famille de son père naturel, pour entrer sous la puissance et dans la famille de son père adoptif.

Au contraire, suivant le Code Napoléon, l'adopté reste dans sa famille naturelle, il y conserve tous ses droits; (348) il demeure donc sous la puissance de ses père et mère naturels, sans passer sous la puissance ni dans la famille de l'adoptant, aux parens duquel il ne peut jamais succéder.

Il se fit sous Justinien un changement total dans les effets de l'adoption. Ce prince ne les laissa subsister que dans le cas où l'adoptant était un des ascendans de l'adopté, par exemple, son aïeul maternel; dans tous les autres cas, Justinien voulut que l'adopté ne passât ni dans la famille ni sous la puissance de l'adoptant, auquel seulement il acquérait le droit de succéder *ab intestat*, sans que ce droit fût réciproque. C'est cette adoption de Justinien que les docteurs ont appelée *imparfaite*.

Cette adoption imparfaite a servi de type ou de modèle à celle qui fut admise par le Code prussien, (1) adopté définitivement en 1791, revu et promulgué en 1794. C'est là que nos législateurs ont puisé une grande partie des dispositions du Code; c'est là qu'ils ont pris l'idée d'une adoption qui ne rompt pas les liens de famille entre l'adopté et ses parens naturels, qui ne fait point entrer l'adopté dans la famille

(1) 2<sup>e</sup> partie, tit. 2, section 10.

*Tit. VIII. De l'adoption, etc. Chap. Ier. 299*  
de l'adoptant, et qui n'est qu'un contrat personnel  
dont les effets circonscrits entre eux seuls,  
n'atteignent aucun autre membre de la famille  
de l'adoptant.

## SECTION II.

*Définition de l'adoption; ses différentes espèces  
suivant le Code Napoléon.*

### SOMMAIRE.

984. *Définition de l'adoption.*  
985. *Trois sortes d'adoptions; l'adoption ordinaire,  
la rémunératoire, la testamentaire.*

984. L'ADOPTION, dans les principes du Code Napoléon, est un acte solennel qui, sans faire changer de famille à l'adopté, établit entre lui et l'adoptant plusieurs des droits et des devoirs attachés à la paternité et à la filiation.

C'est ordinairement un contrat qui se forme par un engagement réciproque devant le juge de paix.

C'est un acte solennel, parce qu'il doit être revêtu du sceau de l'autorité publique.

Mais l'adoption peut aussi, dans un cas particulier que nous expliquerons bientôt, être faite par testament.

985. Quoiqu'elle soit une quant à ses effets, on peut, à raison de la différence des conditions requises, distinguer trois espèces d'adoptions ; l'adoption ordinaire, l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire.

La première, qui a le caractère d'une pure libéralité de la part de l'adoptant, est soumise à toutes les conditions établies par la loi.

La seconde, qui se fait dans la vue de reconnaître un grand service de l'adopté qui a sauvé la vie à l'adoptant, est dispensée de plusieurs de ces conditions.

La troisième n'est permise qu'au tuteur officieux qui meurt avant la majorité de son pupille, mais après cinq ans révolus depuis le commencement de la tutelle.

### SECTION III.

#### *Conditions requises pour l'adoption.*

Ces formes n'étant pas les mêmes pour les trois espèces d'adoptions, nous diviserons cette section en trois paragraphes,

§. I<sup>er</sup>.

*Des conditions requises pour l'adoption  
ordinaire.*

---

S O M M A I R E.

986. Six conditions sont requises pour pouvoir adopter.

987. Trois conditions sont requises pour pouvoir être adopté.

988. On peut adopter ses enfans naturels.

---

986. Six conditions sont requises pour pouvoir adopter,

1° L'adoptant, de quelque sexe qu'il soit, doit être âgé de plus de cinquante ans.

On a crain que la faculté d'adopter avant cet âge ne détournât du mariage ; mais après cinquante ans, il y a peu à espérer que l'adoptant se marie et qu'il ait des enfans.

2° Le Code ne veut pas que les pères et mères puissent partager leur affection entre leurs enfans et, un étranger. Il faut que l'adoptant n'ait, au moment de l'adoption, ni enfans ni descendans.

Mais la survenance d'enfans n'annulerait pas l'adoption faite avant leur naissance,

à moins que l'enfant ne fût conçu avant l'adoption.

Un premier enfant adoptif n'empêche point d'en adopter d'autres ; et les enfans naturels même reconnus ne font point d'obstacle à l'adoption d'un autre enfant. (1)

3° L'adoptant doit avoir au moins quinze ans de plus que l'adopté, (343.)

Parce que, suivant un ancien principe du droit romain, l'adoption doit imiter la nature.

4° Si l'adoptant est marié, il ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre époux, art. 344, si ce n'est dans le cas de l'adoption testamentaire. Art. 366.

L'adoption entraîne des charges qui pourraient blesser les conditions de l'association conjugale.

5° Il faut que l'adoptant ait donné à la personne adoptée, pendant qu'elle était mineure, des soins et des secours non interrompus pendant six ans au moins.

C'est un tems d'épreuve établi pour nourrir et garantir, entre l'adoptant et l'adopté, les sentimens naturels qui doivent répondre au titre honorable de père et d'enfant.

6° La personne qui se propose d'adopter

(1) Art. 348 qui suppose qu'on peut avoir plusieurs enfans adoptifs. D'ailleurs le Code ne le défend pas.

doit jouir d'une bonne réputation. Ainsi non-seulement ceux qui auraient subi une peine infamante ne doivent pas être reçus à adopter, mais les tribunaux sont chargés de vérifier si l'adoptant jouit d'une bonne réputation dans l'opinion publique; et, dans le cas contraire, ils doivent rejeter l'adoption. C'est un pouvoir censorial que la loi leur confie; et, pour y donner plus de latitude, elle les dispense d'énoncer les motifs de rejection. (356.)

Au défaut de ces six conditions, l'adoption doit être rejetée.

987. Les conditions requises pour pouvoir être adopté, sont au nombre de trois.

1° La majorité de l'adopté, art. 346;

Car il faut être majeur pour souscrire un contrat qui opère des engagements irrévocables.

2° Le consentement du père et celui de la mère de l'adopté, s'ils sont tous deux vivans ou du survivant du père ou de la mère, sont nécessaires à l'adoption, si l'adopté ou l'adoptée n'ont pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis.

Le consentement des autres ascendans n'est point requis après la mort des père et mère.

Après l'âge de vingt-cinq ans, l'adopté ou l'adoptée ne sont tenus qu'à requérir le conseil

de leur père et celui de leur mère, ou du survivant des deux.

Mais le Code n'exige point que cette réquisition soit faite trois fois. Il suffit donc d'un seul acte de réquisition dans la forme des actes respectueux.

3° Il faut que l'adopté ou l'adoptée ne l'aient pas déjà été par une autre personne, si ce n'est par le conjoint de l'adoptant ;

Car l'adoption imite la nature. Personne ne peut avoir plusieurs pères ni plusieurs mères, ni appartenir légitimement à un père et à une mère qui ne seraient pas unis par les liens du mariage.

988. Le Code n'ayant point défendu aux pères et mères d'adopter leurs enfans naturels, reconnus ou non reconnus, cette adoption est permise, (1) quoiqu'elle puisse devenir un moyen d'é luder les dispositions du Code, qui défendent aux enfans naturels, (908) et sur-tout aux adultérins, de rien recevoir par donation entre-vifs, ou par testament, au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions.

(1) V. Loaré, t. 5, p. 418 et suiv. On en a long-tems douté ; mais la jurisprudence paraît enfin fixée. V. Merlin, nouveau répertoire. V. adoption.

§. I I.

*Des conditions requises pour l'adoption rémunératoire.*

---

S O M M A I R E.

989. *L'adopté doit avoir sauvé la vie à l'adoptant, en courant lui-même des dangers.*

990. *Conditions dont cette adoption est dispensée.*

---

989. CETTE adoption n'est admise qu'en faveur de celui qui a sauvé la vie à l'adoptant, mais seulement dans l'un des trois cas suivans ; soit dans un combat, soit en le retirant des flammes, soit en le retirant des flots.

La raison de cette limitation vient sans doute de ce qu'on n'a voulu étendre l'exception qu'au cas où l'adopté a pu lui-même courir des dangers pour sauver la vie à l'adoptant.

990. Cette adoption soumise d'ailleurs aux conditions de l'adoption ordinaire, est dispensée des trois suivantes,

1<sup>o</sup> De la nécessité que l'adoptant soit âgé de cinquante ans. Il suffit qu'il soit majeur ;

2<sup>o</sup> De la nécessité qu'il y ait quinze ans de différence entre l'adoptant ou l'adopté. Il suffit

que le premier soit plus âgé, ne fût-ce que d'un mois ou d'une semaine;

3° De la nécessité d'avoir donné des soins et des secours à l'adopté pendant six ans. Il peut l'adopter de suite et sans aucun délai.

### §. III.

#### *Des conditions requises pour l'adoption testamentaire.*

---

### S O M M A I R E.

991. *Il faut avoir été tuteur officieux de l'adopté.*

992. *Ce qu'a de particulier cette adoption.*

---

991. CETTE adoption qui n'est permise qu'à celui qui s'est rendu tuteur officieux d'un mineur, de la manière que nous verrons dans le chapitre suivant, a de particulier,

992. 1° Qu'elle peut être faite par un acte testamentaire, soit public, soit mystique ou olographe;

2° Qu'elle peut être faite en faveur d'un mineur;

3° Qu'elle peut être faite après cinq ans révolus depuis le commencement de la tutelle officieuse, tandis que l'adoption ordinaire ne

*Tit. VIII. De l'adoption, etc. Chap. I<sup>er</sup> 307*  
peut être faite qu'après six ans au moins de secours fournis à l'adopté pendant sa minorité ;

4<sup>o</sup> Que l'adoptant n'a pas besoin du consentement de l'autre époux, comme pour l'adoption ordinaire et rémunératoire.

## §. I V.

### *Des formes de l'adoption.*

#### S O M M A I R E.

993. *Les formes des adoptions ordinaires et rémunératoires sont les mêmes.*
994. *Il faut passer un acte devant le juge de paix.*
995. *En remettre une expédition au procureur-impérial.*
996. *Le tribunal vérifie si les conditions sont remplies.*
997. *Il admet ou rejette l'adoption, sans énoncer ses motifs.*
998. *Le jugement est soumis à la cour impériale, qui prononce aussi sans énoncer de motifs.*
999. *Comment l'arrêt doit être délibéré, quand il doit être rendu public, et comment.*
1000. *Il doit être inscrit sur les registres de l'état civil dans les trois mois,*
1001. *Sans quoi l'adoption reste sans effet. Elle n'est opérée que par cette inscription.*
1002. *Force du contrat passé devant le juge de paix, n<sup>o</sup> 221.*
1003. *Après l'inscription, l'adoption ne peut être révoquée même d'un consentement mutuel.*

1004. *Le contrat devant le juge de paix confère un droit qui ne s'évanouit pas par la mort de l'adoptant. C'est à l'époque de ce contrat qu'il faut considérer sa capacité.*
1005. *Forme de l'adoption testamentaire, qui s'évanouit si l'adoptant laisse des enfans.*



993. LES formes de l'adoption ordinaire et de l'adoption rémunératoire sont les mêmes.

994. La personne qui se propose d'adopter et celle qui veut être adoptée, se présentent devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, pour y passer acte de leur consentement respectif. (353.)

Cet acte forme un contrat synallagmatique, qui ne peut être dissous que par le consentement des deux parties. Mais il ne suffit pas pour consommer l'adoption, sans le concours de l'autorité publique.

995. La partie la plus diligente doit, dans les dix jours suivans, remettre une expédition de cet acte au procureur-impérial près le tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve le *domicile de l'adoptant*, pour être soumise à l'homologation de ce tribunal. (354.)

996. Le tribunal, réuni dans la chambre du

*Tit. VIII. De l'adoption, etc. Chap. I<sup>r</sup>. 309*  
conseil, doit vérifier, 1<sup>o</sup> si toutes les conditions de la loi sont remplies;

2<sup>o</sup> Si l'adoptant jouit d'une bonne réputation. (355.)

997. Après cette vérification, qui ne doit pas être faite par enquête juridique, mais par les renseignemens particuliers que chaque juge peut se procurer, et par ses connaissances personnelles sur les mœurs et sur la probité de l'adoptant, le tribunal, après avoir entendu le procureur-impérial, et sans autre forme de procédure, prononce en ces termes : *Il y a lieu ou il n'y a pas lieu à l'adoption.*

Mais il ne doit point énoncer de motifs, (356) parce que leur énonciation pourrait gêner la liberté des juges, ou nuire à la réputation de l'adoptant si le rejet était fondé sur son inconduite.

998. Dans le mois qui suit le jugement du tribunal de première instance, ce jugement est soumis sur les poursuites de la partie la plus diligente à la cour d'appel, qui, après avoir instruit suivant les mêmes formes, prononce aussi, sans énoncer de motifs, *que le jugement est confirmé, ou que le jugement est réformé*; en conséquence, *il y a lieu ou il n'y a pas lieu à l'adoption.* (357.)

999. L'arrêt doit être délibéré secrètement en la chambre du conseil, après avoir entendu le procureur général, et il ne reçoit de publicité que lorsque l'adoption est admise. Dans ce cas il doit être prononcé à l'audience, et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que le tribunal jugera convenable. (358.)

1000. Cet arrêt ne suffit point encore pour consommer l'adoption : dans les trois mois qui suivent, elle doit être 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 a son domicile. (359)

1001. Cette inscription ne peut avoir lieu que sur le vu d'une expédition en forme du jugement de la cour d'appel, et l'adoption reste sans effet, si elle n'a pas été inscrite dans ce délai : (359) l'adoption n'est donc pas opérée; elle n'existe réellement que par l'inscription sur les registres de l'état civil.

1002. Il est vrai que le premier acte passé par devant le juge de paix, a la nature d'un contrat qui ne peut être révoqué par l'une des parties, sans le consentement de l'autre, c'est pourquoi toutes les suites ultérieures peuvent être faites par la partie la plus diligente, sans le concours des deux; mais si toutes les deux

négligent de les faire dans les délais prescrits et qui paraissent de rigueur, elles sont censées avoir renoncé l'une et l'autre au droit que leur avait donné, soit l'acte passé devant le juge de paix, soit le jugement de la cour d'appel.

1005. Au contraire, après l'inscription sur le registre de l'état civil, l'adoption est irrévocable; les parties ne peuvent plus abdiquer volontairement, même d'un consentement mutuel, ( 1 ) les qualités de père et de fils adoptifs que la loi leur a conférées par le ministère de l'autorité publique, ni rompre les rapports de paternité et de filiation civile établis entre elles.

1004. Mais si l'inscription sur le registre de l'état civil est nécessaire pour consommer l'adoption, le contrat passé devant le juge de paix n'en confère pas moins un droit irrévocable, qui ne peut plus être enlevé à une des parties, sans son consentement, par quelque événement que ce soit. La mort même de l'adoptant arrivée depuis que ce contrat a été présenté aux tribunaux, et avant que ceux-ci aient définitivement prononcé, n'empêche point l'instruction d'être continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu. Les héritiers de

(1) Voyez Loqué, tom. 5, pag. 450, édit. in-8°.

L'adoptant peuvent seulement remettre au procureur-impérial des mémoires et des observations, s'ils croient avoir des motifs pour la faire rejeter. (360.)

Si la mort même n'a pas la force de rompre le contrat passé devant le juge de paix, ce contrat ne peut, à plus forte raison, être rompu par un changement survenu dans l'état ou dans la capacité de l'adoptant. Par exemple, s'il lui survenait un enfant avant que l'adoption fût définitivement admise ou inscrite sur les registres de l'état civil, cet événement n'empêcherait point l'adopté de faire continuer l'instruction, à moins que la conception de l'enfant ne fût antérieure à l'acte passé devant le juge de paix.

Car la naissance d'un enfant ne révoque point l'adoption, comme elle révoque les donations entre-vifs. (Art. 348.)

C'est donc à l'époque du contrat passé devant le juge de paix, qu'il faut considérer la capacité de l'adoptant.

1005. L'adoption testamentaire n'est soumise à aucune autre forme qu'à celle des testaments. Il n'est nécessaire ni de la faire homologuer par les tribunaux, ni de l'inscrire sur le registre des actes de l'état civil ; mais elle n'est valable qu'autant que le tuteur officieux ne laisse point d'enfans légitimes.

SECTION V.

*Des effets de l'adoption.*

SOMMAIRE.

1006. *On ne peut étendre les effets que la loi donne à l'adoption.*
1007. *Elle confère le nom de l'adoptant à l'adopté.*
1008. *Elle produit une affinité civile qui empêche le mariage entre l'adoptant et l'adopté, etc.*
1009. *Elle produit l'obligation mutuelle de se fournir des alimens.*
1010. *Elle donne à l'adopté le droit de succéder à l'adoptant, comme les enfans nés d'un mariage.*
1011. *Ainsi l'adopté a comme eux un droit de réserve.*
1012. *L'adopté n'acquiert pas le droit de succéder aux parens de l'adoptant.*
1013. *Droit de retour en faveur de l'adoptant et de ses descendans légitimes.*
1014. *Le surplus des biens de l'adopté appartient à ses parens.*
1015. *Les enfans de l'adopté ont le droit de le représenter.*
1016. *Droit de retour personnel à l'adoptant sur la succession des descendans de l'adopté.*
1017. *L'adopté ne change point de famille.*



1006. L'ADOPTION étant une institution qui sort des règles du droit commun, elle ne peut

produire d'autres effets que ceux que la loi y a expressément attachés, sans qu'on y puisse donner d'extension.

Les effets qu'elle produit suivant le Code Napoléon sont les suivans :

1007. 1<sup>o</sup> Elle confère le nom de l'adoptant à l'adopté, (1) en l'ajoutant au nom propre de ce dernier ;

1008. 2<sup>o</sup> Elle opère une sorte d'affinité civile qui fait prohiber le mariage,

Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendans,

Entre les enfans adoptifs du même individu,

Entre l'adopté et les enfans 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; (348.)

1009. 3<sup>o</sup> Elle produit entre l'adoptant et l'adopté l'obligation naturelle de se fournir des alimens dans les cas où cette obligation a lieu entre les père et mère et leurs enfans; (349.)

1010. 4<sup>o</sup> Elle confère à l'adopté, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que

(1) *Quid* si l'adoptant est une femme ? L'adopté n'en prend pas moins son nom suivant le Code prussien, t. 2, p. 216, n. 688; et la disposition du Code Napoléon n'excepte point ce cas.

*Tit. VIII. De l'adoption, etc. Chap. I<sup>er</sup>. 315*  
ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, (1)  
même quand il y aurait d'autres enfans de  
cette dernière qualité nés depuis l'adoption.  
(350.)

1011. D'où il résulte que l'adopté a comme  
eux le droit de réserve légale, sans néanmoins  
pouvoir, s'il est seul, exercer ce droit sur les  
donations faites par l'adoptant antérieurement  
à l'adoption, (2) qui n'opère pas la révocation  
des donations entre-vifs, comme la naissance  
d'un enfant légitime; mais si les donations se  
trouvaient révoquées par la survenance d'en-  
fans légitimes et naturels, l'adopté partagerait  
avec eux les biens rentrés dans la succession  
de l'adoptant, sur laquelle il a les mêmes droits  
qu'eux.

(1) *Quid* des donations intermédiaires entre le contrat passé  
devant le juge de paix et l'inscription de l'adoption sur les registres  
de l'état civil? L'adopté avait un droit acquis par le contrat, ainsi  
je pense que la réserve s'étendrait sur ces biens: M. Grenier est  
d'une opinion contraire, traité de l'adoption, n. 26 et 40.

(2) L'adoption prive-t-elle les père et mère de leur droit de  
réserve dans la succession de l'adoptant? Non, suivant le Code  
prussien, 2 part., tit. 2, sect. 6, n. 673, t. 2, p. 214, à moins  
que les père et mère n'aient consenti à l'adoption. Cette dispo-  
sition paraît infiniment sage, et dans l'esprit du Code Napoléon.

Cependant M. Grenier, n° 42, pense que les père et mère de  
l'adoptant perdent leur droit de réserve, parce que, dit-il, on  
ne peut considérer l'adoption du même œil qu'une disposition  
gratuite.

1012. L'adopté n'entrant point dans la famille de l'adoptant, il n'acquiert aucun droit à la succession des parens de ce dernier, et ces parens ni l'adoptant lui-même n'acquièrent aucun droit à la succession de l'adopté.

1013. Mais s'il meurt *sans descendans légitimes*, les choses données par l'adoptant ou recueillies dans sa succession, et qui existent en nature lors du décès de l'adopté, retournent à l'adoptant ou à ses descendans, à la charge de contribuer aux dettes, et sans préjudice des droits des tiers. Art. 351. Les héritiers, autres que les descendans, sont exclus de ce droit de retour, qui ne s'exerce, suivant l'art. 351, que sur les biens *existans en nature lors du décès de l'adopté*.

D'où l'on peut conclure que ce droit ne s'exerce pas sur les actions en reprise, s'il en existe, ou sur le prix de ces biens aliénés s'il est encore dû, comme dans les cas des art. 747 et 766. (1)

1014. Le surplus des biens de l'adopté appartient à ses parens, qui excluent toujours, même pour les objets provenus de l'adoptant, les héritiers de celui-ci, autres que ses descendans.

(1) Ainsi le pense aussi Grenier, pag. 520. M. Malleville, pag. 355, est d'une opinion contraire.

1015. Si l'adopté mourait avant l'adoptant, mais laissant des descendans légitimes, ceux-ci recueilleraient par représentation les droits qu'il aurait eus dans la succession de l'adoptant. C'est ce qui paraît résulter de l'art. 351, qui n'accorde à l'adoptant le droit de retour que dans le cas où l'adopté meurt sans descendans (1) légitimes.

1016. Si, du vivant de l'adoptant, mais après le décès de l'adopté, les enfans ou descendans laissés par celui-ci mouraient eux-mêmes sans postérité, l'adoptant succéderait aux choses par lui données par droit de retour; mais ce droit serait inhérent à sa personne et non transmissible à ses héritiers, même en ligne descendante. (352.)

1017. L'adopté ne changeant point de famille, il reste sous la puissance de ses père et mère, qui ont seuls le droit de consentir à son mariage.

(1) La loi 27, ff. de adopt., le décide également. Mais on ne peut en argumenter, parce que les principes de l'adoption romaine sont totalement différens des nôtres.

M. Proudhon, tom. 2, pag. 139, pense aussi que les enfans de l'adopté ont le droit de représentation. M. Grenier est d'une opinion contraire, n. 37, pag. 546.

## SECTION VI.

*Si l'adoption peut être révoquée, et comment l'adoption illégale peut être attaquée en justice.*

## SOMMAIRE.

1018. *Il paraît naturel de penser que l'adoption peut être révoquée de la même manière qu'elle a été faite; cependant il est fort douteux que les juges aient le pouvoir d'en prononcer la révocation.*
1019. *C'est dans tous les cas à la cour de cassation qu'il faut se pourvoir contre un arrêt qui a admis une adoption illégale.*

1018. Nous venons de dire qu'après l'inscription sur le registre de l'état civil l'adoption est irrévocable, et que les parties ne peuvent plus abdiquer volontairement, même d'un consentement commun, les qualités de père et de fils adoptifs, ni rompre les rapports de paternité et de filiation civile établis entre elles. La raison en est que l'autorité publique est intervenue pour confirmer le contrat d'adoption passé entre les deux parties. Il ne leur suffirait donc pas de paraître une seconde fois devant le juge de paix, et d'y déclarer que leur volonté est de révoquer l'adoption et de

rompre réciproquement le contrat qu'elles avaient passé.

Mais ne pourraient-elles pas le rompre en faisant homologuer le second contrat par le même tribunal qui avait homologué le premier, en déclarant qu'il y avait lieu à l'adoption ?

Il n'y a rien de si naturel que de dissoudre un contrat de la même manière qu'il a été formé. L. 35, ff. de R. J.

C'est sur ce fondement que le Code Prussien (n° 7-14) ordonne que l'adoption une fois légalement opérée, ne peut être révoquée que comme elle a été effectuée; c'est-à-dire, avec l'agrément des intéressés, et sous la sanction des tribunaux.

Nous citons le Code Prussien comme la source où ont été puisées les dispositions de notre Code sur l'adoption. Il est vrai qu'on ne trouve en ce dernier aucune disposition sur la révocation de l'adoption, mais on n'en trouve point de contraire. Il ne dit point que les liens de l'adoption seront indissolubles comme les liens du sang; ce qui ne saurait être, puisque l'adoption n'est qu'un contrat. Ce contrat doit donc être soumis à la règle ordinaire de tous les contrats qui, peuvent être dissous de la même manière qu'ils ont été passés. Le Code n'a point excepté de cette règle le contrat d'adoption.

Il y a donc lieu de penser que l'adoption pourrait être révoquée de la même manière qu'elle a été faite par un contrat ; ou, pour employer un terme ancien, mais énergique et propre, par un *distract* passé devant le juge de paix, et homologué par le tribunal qui aurait admis l'adoption. Cependant on ne peut dissimuler que le conseil d'état considérât l'adoption comme irrévocable. Voyez Loqué, tom. 5, pag. 450.

Mais le Code n'ayant rien décidé sur ce point, les tribunaux pourraient-ils suppléer à son silence sans excès de pouvoirs ?

1019. Cette question se présentera rarement. En voici une qui peut devenir plus fréquente : Comment ceux qui y ont intérêt, par exemple les héritiers de l'adoptant, peuvent-ils attaquer et faire annuler les adoptions irrégulières et illégales, et les arrêts qui les ont admises ou rejetées ?

Il paraît d'abord évident qu'on ne peut se pourvoir en cassation contre l'arrêt qui rejette une adoption, par la raison que les juges n'ayant point dit et ne devant point dire leurs motifs, il est impossible de juger s'ils ont eu tort ou raison en rejetant l'adoption ; mais quand ils auraient eu tort, aucune loi ne serait violée.

Il n'en est pas de même lorsqu'ils ont admis

une adoption contre les dispositions de la loi ; par exemple, si l'adoptant n'avait pas cinquante ans, ou si le tribunal était incompétent, comme n'étant pas celui du domicile de l'adoptant.

Il est évident qu'on peut se pourvoir contre un pareil arrêt, autrement les dispositions du Code deviendraient illusoires.

Mais comment doit-on se pourvoir ? M. Grenier, dans son traité de l'adoption, pag. 527, prétend qu'on ne peut pas se pourvoir à la cour de cassation, parce qu'on n'est, dit-il, obligé à se pourvoir que lorsqu'il s'agit d'un jugement dans lequel on a été partie, et qui a été notifié d'une manière juridique. En conséquence, il pense que les héritiers de l'adoptant devraient se pourvoir à la cour d'appel qui a admis l'adoption, comme dans le cas d'un arrêt sur requête auquel on s'oppose comme étant subreptice, et surpris sur un faux exposé, et cela parce que l'instruction n'est pas contradictoire.

Cette opinion nous paraît souffrir beaucoup de difficultés. Si c'est l'adoptant qui a poursuivi la confirmation du jugement qui admettait l'adoption, et fait rendre l'arrêt de confirmation, on ne peut pas dire que cet arrêt n'ait pas été contradictoire avec lui ; et, d'un autre côté,

comment dire que l'arrêt était obreptice, si par exemple l'acte de naissance était joint aux pièces ? Comment dire que l'arrêt est surpris sur un faux exposé, s'il s'agit de l'incompétence du premier tribunal ?

M. Grenier reconnaît que le pourvoi en cassation est nécessaire dans le cas de l'art. 360, lorsque l'adoptant étant mort avant l'arrêt, ses héritiers ont remis des mémoires et observations tendant à faire rejeter l'adoption. Dans tous les autres cas, il pense que c'est à la cour d'appel qui a rendu l'arrêt qu'il faut s'adresser.

Quant à nous, il nous paraît que c'est dans tous les cas à la cour de cassation qu'il faut se pourvoir contre un arrêt qui a confirmé une adoption contraire à la loi. La voie d'opposition n'est admise que contre les arrêts par défaut. Or, on ne peut considérer comme tel l'arrêt qui confirme un jugement rendu en matière d'adoption.

L'opinion de M. Grenier tendrait à faire revivre les propositions d'erreur proscrites il y a plus d'un siècle par l'ordonnance de 1667.

## CHAPITRE II.

### *De la Tutelle officieuse.*

---

#### S O M M A I R E.

1020. *Définition.*
1021. *C'est un contrat inventé par les auteurs du Code Napoléon, et pourquoi.*
1022. *Comment il diffère de la tutelle ordinaire.*
1023. *Privilèges qu'il procure au tuteur officieux.*
1024. *La survenance d'enfans révoque l'adoption testamentaire.*
1025. *Conditions requises de la part du tuteur pour la tutelle officieuse.*
1026. *La tutelle officieuse n'est point interdite aux femmes.*
1027. *Conditions requises du côté du pupille.*
1028. *Où et comment doit être fait le contrat de la tutelle officieuse.*
1029. *Effets de la tutelle officieuse; le tuteur gère gratuitement les biens du pupille.*
1030. *Il est tenu de le nourrir, et de le mettre en état de gagner sa vie.*
1031. *Cette obligation passe aux héritiers du tuteur.*
1032. *Le pupille devenu majeur peut refuser l'adoption.*
1033. *Le tuteur n'est point obligé de l'adopter.*
1034. *Mais s'il refuse, il peut être condamné à une indemnité.*
1035. *Il est censé y avoir renoncé, s'il n'a pas requis l'adoption dans les trois mois de sa majorité.*

1036. *Le tuteur ne doit point d'indemnité s'il n'est point en faute.*
1037. *L'indemnité peut être due par la succession.*
1038. *Rareté de la tutelle officieuse.*



1020. LA tutelle officieuse est un contrat de bienfaisance par lequel on s'oblige de nourrir et élever gratuitement un mineur, de le mettre en état de gagner sa vie, et d'administrer aussi gratuitement sa personne et ses biens.

1021. C'est un contrat dont on ne trouve le modèle ni dans les lois romaines ni dans les législations des peuples voisins. L'invention en est due toute entière à nos législateurs.

Leur but a été de faciliter l'adoption à ceux qui, voulant adopter un mineur, craignent de mourir avant qu'il ait atteint sa vingt-cinquième année. *un seul article Art. 346.*

1022. Elle diffère de la tutelle ordinaire, qui est une charge de famille qu'on ne peut refuser sans un motif d'excuse légitime, au lieu que la tutelle officieuse est un contrat purement volontaire.

Elle en diffère encore, en ce que les tuteurs ordinaires ne sont obligés ni de nourrir, ni d'élever le mineur, ni d'administrer gratuitement ses biens, au lieu que le tuteur officieux est obligé de remplir gratuitement tous

ces devoirs, et de plus de mettre le mineur en état de gagner sa vie.

1023. Les seules compensations de ces obligations onéreuses sont,

1° Qu'il peut adopter un mineur, au lieu que l'adoption ordinaire ne peut avoir lieu qu'en faveur d'un majeur de vingt-un ans;

2° Qu'il peut adopter après cinq ans depuis la tutelle, au lieu des six ans de soins qui sont exigés pour l'adoption ordinaire;

3° Enfin, après les cinq ans, depuis la tutelle, s'il craint de mourir avant la majorité de son pupille, il peut l'adopter par testament, et cette disposition sera valable, pourvu qu'il ne laisse point d'enfans légitimes.

1024. D'où il résulte que la survenance d'enfans légitimes révoquerait la disposition du testament, relative à l'adoption.

1025. Les conditions requises pour la tutelle officieuse sont, de la part du tuteur, 1° qu'il ait plus de cinquante ans; (361) 2° qu'il n'ait ni enfans ni descendans légitimes; 3° un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint. (362.)

1026. Il paraît résulter de la disposition de cet article, qu'à la différence de la tutelle ordinaire, la tutelle officieuse n'est point interdite aux femmes.

1027. Les conditions requises du côté du pupille sont, 1° qu'il soit âgé de moins de quinze ans, art. 364 ;

2° Il faut le consentement de ses père et mère, ou du survivant d'entre eux, ou à leur défaut d'un conseil de famille.

Si l'enfant n'a point de parens connus, il faut obtenir le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence. (367.)

1028. C'est devant le juge de paix du domicile de l'enfant qu'est passé le contrat de la tutelle officieuse. L'acte consiste dans le procès-verbal que dresse le juge de paix des demandes et consentemens relatifs à la tutelle officieuse ; (365) le procès-verbal doit être souscrit par le tuteur officieux, s'il sait signer, ou mention doit être faite qu'il ne sait pas signer.

1029. Les effets de la tutelle officieuse sont, 1° que 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 dès-lors doit remplir les fonctions d'un tuteur ordinaire, chargé de rendre compte dans tous les cas, sans pouvoir néanmoins imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille. (365 - 370.)

Les pères et mères qui consentent qu'un de leurs enfans passe sous une tutelle officieuse, n'en conservent pas moins tous les droits de puissance paternelle, et l'administration des biens, dont la loi leur donne l'usufruit, n'est point déferée au tuteur officieux.

1030. 2° Sans préjudice de toutes stipulations particulières qui peuvent être insérées au contrat de la tutelle officieuse, elle emporte de plein droit l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie. (364.)

1031. 3° Cette dernière obligation passe même aux héritiers du tuteur. S'il vient à mourir, soit avant les cinq ans, soit après ce tems, sans avoir adopté son pupille, il doit être sur la succession fourni à celui-ci, durant sa minorité, des moyens de subsister, dont la quotité et l'espèce seront réglées, soit amiablement entre les représentans respectifs du tuteur et du pupille, soit judiciairement en cas de contestation. (367.)

Mais il est permis de régler dans le contrat les conditions de la tutelle officieuse par des stipulations particulières qui font la loi des parties, et sur lesquelles les art. 364, 367 et 369 leur laissent une liberté entière.

1032. 4<sup>o</sup> Le pupille parvenu à sa majorité, n'étant engagé à rien, peut refuser l'adoption que voudrait lui conférer le tuteur officieux; et, dans ce cas, il n'a point d'indemnité à prétendre.

1033. Le tuteur officieux n'est point non plus obligé de conférer l'adoption que le pupille a le droit de requérir dans les trois mois qui suivent sa majorité.

1034. Mais si les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux afin d'adoption, sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux peut être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance. Cette indemnité se résout en secours propres à lui procurer un métier.

Mais cette indemnité peut être réglée d'avance dans le contrat de tutelle officieuse; elle est due quelle que soit la cause qui fait rester sans effet les réquisitions afin d'adoption, même dans le cas d'un empêchement involontaire de la part du tuteur; par exemple, s'il lui était survenu des enfans, parce que c'est sa négligence à mettre le pupille en état de gagner sa vie qui donne lieu à l'indemnité.

1035. Le pupille devenu majeur est censé avoir renoncé à l'adoption, s'il ne l'a pas requise dans les trois mois qui suivent sa majorité, et alors il ne lui est dû aucune indemnité.

1036. Enfin, il faut remarquer que l'art. 369 dit que le tuteur pourra être condamné à une indemnité, et non pas qu'il y *sera* condamné; d'où résulte que le tuteur ne doit pas être condamné s'il n'y a de sa part ni faute ni négligence; par exemple, si l'indocilité et la mauvaise conduite du pupille l'ont empêché de profiter de l'éducation que lui a donnée le tuteur, et des dépenses faites pour lui donner un état.

1037. Comme c'est la négligence du tuteur qui donne lieu à l'indemnité, il paraît que, s'il mourait dans les trois mois accordés au pupille pour requérir l'adoption, l'indemnité serait due par la succession.

1038. Comme on n'aime pas à être gêné dans des actes de bienfaisance, et qu'on répugne à se lier d'avance et sans nécessité par un titre irrévocable qui peut exposer à des regrets, il y a apparence que la tutelle officieuse sera fort rare; on n'en connaît encore aucun exemple.

## TITRE IX.

*De la puissance paternelle.*

## NOTIONS GÉNÉRALES.

## SOMMAIRE.

1039. *Transition.*  
 1040. *Excès de la puissance paternelle chez les Romains.*  
 1041. *Ce qu'elle était en France anciennement et dans les pays de droit écrit.*  
 1042. *Presque nulle dans les pays de coutume.*  
 1043. *Rétablie par le Code en faveur de la mère aussi bien que du père.*  
 1044. *Sa définition.*  
 1045. *Division du titre, et ce qu'il contient.*

1039. LE titre du mariage constitue la famille; celui de la paternité et de la filiation indique les individus qui la composent; le titre de la puissance paternelle donne les moyens d'y maintenir l'ordre en réglant sur des principes sages la première et la plus sacrée des magistratures, la puissance paternelle, établie par la nature même, et antérieure aux lois et aux conventions.

1040. Mais cette puissance, qui ne doit être que de protection et de direction, fut étendue par les anciens Romains fort au-delà de ses bornes légitimes; elle était chez eux un droit de propriété; les fils de famille qui, dans leurs rapports avec la république, étaient des personnes capables d'en remplir toutes les charges, n'étaient plus, relativement à leurs pères, que des choses, comme leurs esclaves et leurs bêtes de somme: les pères eurent long-tems sur leurs enfans le droit même de vie et de mort, et celui de les vendre.

Les fils de famille étant la propriété de leurs pères, tout ce qu'ils pouvaient acquérir appartenait aux pères par droit d'accession.

La femme, soumise elle-même à la puissance de son mari, ne partageait point son autorité, quoique, suivant la nature, elle ait le même intérêt à la conservation des enfans, les mêmes obligations à remplir envers eux, et ordinairement une tendresse plus grande.

La puissance paternelle, tant sur la personne que sur les biens des enfans, fut très-réduite par les constitutions des Empereurs Romains, qui ne laissèrent aux pères qu'un droit de correction modéré, et qui établirent différens pécules dont les enfans avaient la propriété.

1041. Dans les premiers tems de la monarchie française, la puissance paternelle fut aussi portée à l'excès : le père pouvait vendre ses enfans, comme on le voit par les capitulaires de Charlemagne. (1)

Dans nos provinces méridionales, appelées pays de droit écrit, la puissance paternelle s'était soutenue à-peu-près telle qu'elle était réglée par les dernières lois romaines. Un décret du 23 août 1792 ordonna que les majeurs ne seraient plus soumis à la puissance paternelle, et qu'elle ne s'étendrait que sur les personnes des mineurs : on craignait que la prudente autorité des pères de famille ne pût arrêter les excès de la révolution, en contenant une jeunesse ardente, avide de nouveautés, et toujours séduite par de fausses espérances.

1042. Dans les pays de coutume, la puissance paternelle était presque nulle ou tellement affaiblie, qu'on y tenait pour maxime, que droit de puissance paternelle n'a lieu. (2)

1043. Le Code a rétabli la puissance paternelle sur ses véritables fondemens ; la mère y jouit, aussi bien que le père, des droits que donne cette puissance protectrice. Il était

(1) V. de Laurière, sur Loisel, liv. 1, tit. 1, reg. 37, le nouv. répertoire, v<sup>o</sup> puissance paternelle, sect. 1, n. 3.

(1) Loisel, ubi sup.

juste (1) d'établir un droit égal, une égale indemnité en faveur de la mère, à qui la nature a imposé des obligations égales, et qu'elle a chargée de soins plus pénibles et plus assidus.

Mais la mère ne peut exercer cette puissance pendant le mariage, parce qu'elle est elle-même sous la puissance de son mari; ses droits, après la mort de ce dernier, sont même, à certains égards, moins étendus que ceux du père.

1044. La puissance paternelle telle qu'elle est établie par le Code, est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne ~~au~~ au père, et, à son défaut, à la mère, avec un droit de correction sur leurs enfans, la surveillance de leurs personnes, l'administration et la jouissance de leurs biens.

1045. On n'a point entendu réunir sous ce titre toutes les dispositions qui ont trait à la puissance paternelle, et qui se trouvent mieux placées dans d'autres titres d'où l'on ne pourrait les écarter, sans y laisser une lacune trop marquée.

On s'est borné à rappeler brièvement les devoirs généraux des enfans envers leurs pères et mères, et à développer les deux droits principaux que donne la puissance paternelle, le droit

(1) Wolff. *inst. jur. nat.*, §. 888. Thomasius, *dissert. de usu juris paterni*, &c., §. 5, tom. 1, *dissert.* 23.

de correction sur la personne de l'enfant, le droit de jouissance ou d'usufruit sur ses biens.

Nous diviserons donc ce titre en trois sections, auxquelles nous en ajouterons une quatrième, relative à la puissance paternelle sur les enfans naturels.

### SECTION I<sup>re</sup>.

*Devoirs généraux des enfans envers leurs pères et mères.*

### S O M M A I R E.

1046. *Devoirs généraux des enfans.*  
 1047. *Droits et devoirs généraux des pères et mères.*  
 1048. *Les enfans mineurs ne peuvent quitter la maison paternelle, si ce n'est pour enrôlement volontaire à dix-huit ans.*  
 1049. *Effets de la puissance paternelle après la majorité*

1046. LA puissance paternelle ne cesse jamais entièrement que par la mort. A tout âge, l'enfant doit honneur et respect à ses père et mère. (371.) (1)

Ce principe de morale, consigné dans le Code comme un point d'appui pour le juge, et comme une règle de conduite pour les enfans, contient le germe de tous les devoirs de ces der-

(1) Honora patrem et matrem, ut sis longævus super terram. Exod., ch. 20, v. 12.

niers. Ils restent sous l'autorité des pères et mères jusqu'à la majorité ou l'émancipation. (372.)

L'enfant mineur ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. (374.)

1047. C'est une conséquence de droit qu'ont les pères et mères de diriger son éducation. La nature et la loi leur imposent l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfans. (203.) Ils doivent former leurs mœurs, cultiver leur esprit, les préparer à une profession particulière, assortie à leurs fortunes, à leurs goûts, à leurs facultés ; la leur faire embrasser, c'est ce qu'on appelle leur donner un état. Le choix en appartient à la prudence et à l'autorité des pères et mères, (1) qui ont le droit d'exiger de leurs enfans l'obéissance sur ce point important.

1048. Les enfans ne peuvent donc quitter, sans permission, ni la maison paternelle, ni celle où ils ont été placés pour leur éducation.

Le Code n'a fait d'exception que dans un seul cas, celui de l'enrôlement volontaire. On a voulu que la conscription devînt, le moins qu'il serait possible, le moyen de recruter l'armée : (1) c'est par cette raison qu'on a

(1) Pothier, traité des personnes, tit. 6, sect

(2) Cambacérès, v. Loqué, t. 5, p. 587.

permis les remplacements, et c'est par la même raison qu'on a permis les enrôlemens volontaires contre le gré des pères et mères.

Néanmoins l'enfant ne peut quitter la maison paternelle pour s'enrôler volontairement qu'après dix-huit ans révolus, (374) âge auquel il peut être émancipé par le conseil de famille. Le père ou la mère pourraient réclamer leur fils qui se serait enrôlé volontairement avant dix-huit ans révolus.

1049. Après la majorité, la puissance paternelle n'est plus que de conseil et d'assistance. L'enfant ne peut ni se marier ni s'engager dans les liens de l'adoption sans avoir obtenu le consentement de ses père et mère, ou du moins sans les avoir consultés.

Nous avons parlé, au titre du mariage, des alimens que les enfans doivent fournir à leurs pères et mères.

SECTION II.

*Du droit de correction attaché à la puissance paternelle.*

---

S O M M A I R E.

1050. *Ce droit ne peut être exercé sans le concours du magistrat civil, et pourquoi.*
1051. *Distinction entre la détention par voie d'autorité et par voie de réquisition.*
1052. *La détention par voie d'autorité a lieu lorsque l'enfant est âgé de moins de seize ans.*
1053. *Excepté en trois cas,*
1054. *De la détention par voie de réquisition.*
1055. *Il ne doit y avoir aucune écriture ni formalité judiciaire.*
1056. *L'enfant peut recourir au procureur-général impérial.*
1057. *La mère ne peut faire détenir son enfant que par voie de réquisition.*
1058. *Elle perd ce droit en se remariant.*
- 

1050. CE droit, qui s'étend jusqu'à la détention pendant un tems limité, ne peut être exercé sans le concours du magistrat public, parce que tout ce qui concerne la liberté des citoyens, sort des bornes du droit privé. Le magistrat public, qui représente l'Empereur,

peut seul donner l'ordre d'exécuter le jugement émané du tribunal domestique. D'ailleurs il doit connaître le lieu de la détention.

1051. Mais dans certain cas il n'est que simple exécuteur des volontés du père de famille, sans pouvoir lui demander compte de ses motifs : le père de famille agit par voie d'autorité.

Dans d'autres cas, le magistrat civil a le droit d'examiner et de juger les motifs du père de famille, qui n'agit plus alors que par voie de réquisition.

Il faut donc distinguer la détention par voie d'autorité et la détention par voie de réquisition.

L'une ou l'autre est autorisée d'après des considérations prises de l'âge de l'enfant, de sa situation, de la présomption plus ou moins forte de l'impartialité et du désintéressement du père.

1052. La détention par voie d'autorité, est autorisée lorsque l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés ; le père peut le faire détenir pendant un tems qui ne peut excéder un mois, sans rendre compte à personne de ses motifs. Sur sa seule demande et sans pouvoir le refuser, le président du tribunal civil

de l'arrondissement doit délivrer l'ordre d'arrestation. Il peut seulement exiger que le père souscrive une soumission de payer tous les frais, et de fournir les alimens convenables. (376.)

1053. La détention par voie d'autorité n'est plus autorisée, même contre l'enfant âgé de moins de seize ans, dans les trois cas suivans :

1° Si le père est remarié. (380.) De nouvelles amours et les artifices d'une marâtre n'altèrent que trop souvent la tendresse et les sentimens du père pour ses enfans ;

2° Si l'enfant a des biens personnels. (382.) Il serait possible que la détention devînt un moyen d'exiger des sacrifices ;

3° Si l'enfant exerce un état. (382.) Celui qui a déjà une existence dans la société, doit être traité avec plus de ménagement que celui qu'on ne peut encore considérer que comme un enfant. La détention trop légèrement ordonnée, pourrait nuire à sa réputation et à son état.

Dans ces trois cas, le père ne peut faire détenir son enfant pour un mois que par voie de réquisition.

1054. C'est par la même voie qu'il doit agir.

Lorsque l'enfant a atteint l'âge de seize ans commencés, et jusqu'à la majorité ou l'éman-

ciation, le père peut seulement requérir la détention de son enfant pour six mois au plus, en s'adressant au président du tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur-impérial, peut refuser l'ordre d'arrestation, le délivrer pour le tems requis, ou en abrégér la durée. (377.)

1055. Mais dans le cas de la détention par voie de réquisition, comme dans celle par voie d'autorité, il ne doit y avoir aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs ne doivent pas être énoncés. (378.)

1056. L'enfant détenu par voie de réquisition, peut adresser un mémoire au procureur-général-impérial en la cour d'appel, lequel se fera rendre compte par le procureur-impérial du tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la cour d'appel, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignemens, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance. (382.)

Le père est toujours maître d'abrégér la durée de la détention par lui ordonnée ou requise, ou de la renouveler dans la même

*Tit. IX. De la puissance paternelle.* 341  
forme, si l'enfant, après sa sortie, tombe dans de nouveaux écarts. (379.)

1057. La mère survivante, et non *remariée*, ne peut faire détenir son enfant que par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches parens (1) paternels, (381) qui garantissent son impartialité et la pureté de ses motifs.

On a craint que, trop légèrement alarmée, elle ne recourût trop facilement à des moyens extrêmes.

1058. En se remariant, elle perd le droit de requérir la détention des enfans de son premier lit, parce qu'elle passe sous une domination étrangère suspecte de partialité envers ses enfans : elle recouvrerait son droit après la mort de son second mari.

(1) S'il n'en existait point, perdrait-elle son droit, comme subordonné à une condition qu'elle ne peut remplir? Il est difficile de le croire, elle pourrait recourir à deux amis du père.

## SECTION III.

*Du droit de jouissance ou d'usufruit légal sur les biens des enfans.*

## S O M M A I R E.

1059. *Son origine.*
1060. *Motifs des dispositions du Code.*
1061. *Usufruit accordé au survivant des père et mère sur les biens de leurs enfans, jusqu'à dix-huit ans, ou jusqu'à leur émancipation.*
1062. *Il est attaché à la puissance paternelle et indépendant de la tutelle.*
1063. *Les pères et mères qui négligent de rapporter inventaire, en sont privés.*
1064. *Celui contre lequel le divorce a été prononcé, en est aussi privé.*
1065. *Tous les deux en sont privés dans le cas du divorce par consentement mutuel.*
1066. *Sur quels biens s'étend l'usufruit.*
1067. *Quid si le prédécédé avait donné tous ses biens à ses enfans; à condition que le survivant n'en aurait pas l'usufruit?*
1068. *La condition que les pères et mères n'auront pas l'administration des biens donnés à leurs enfans, est nulle.*
1069. *Charges de l'usufruit accordé aux père et mère.*
1070. *Ils doivent faire inventaire, mais ils sont dispensés de vendre les meubles et de donner caution.*
1071. *Comment finit l'usufruit.*
1072. *Il finit par la mort de l'enfant mineur.*

1059. Le droit romain donnait aux pères l'usufruit des biens provenus à leurs enfans, soit de la succession de leur mère, soit d'ailleurs ; cet usufruit ne finissait qu'à la mort du père. (1)

Les pécules castrens et quasi-castrens étaient exceptés de cet usufruit. Ces dispositions du droit romain étaient suivies dans les pays de droit écrit.

Plusieurs coutumes de France avaient établi ce qu'on appelait le droit de garde, qui donnait à l'un des parens du mineur le gouvernement de sa personne jusqu'à ce qu'il eût atteint un certain âge, avec un droit d'usufruit sur ses immeubles sous différentes charges, et principalement celle de fournir à ses besoins et de lui procurer une éducation convenable à sa naissance (2)

Cet usufruit finissait lorsque les filles mineures avaient atteint quinze ans pour les nobles et douze ans pour les roturières ou non nobles, et lorsque les garçons nobles avaient atteint vingt ans et les non nobles quatorze ans. (3)

(1) L. ult., c. de usuf. L. i. L. ult., cod. de bon. mat. L. 6., cod. de bonis, quæ. lib. nov. 22, ch. 4. V. Lacombe, au mot puissance paternelle.

(2) V. le nouveau Denisart, au mot garde, p. 183 -- 201. Les traités de Renusson et de Pothier, sur le droit de garde-noble et bourgeoise.

(3) Cout. de Paris, art. 168.

Certaines coutumes accordaient ce droit même aux parens collatéraux des mineurs, au défaut des pères et mères. D'autres, comme la coutume de Paris, ne l'accordaient qu'aux père et mère à l'égard des non nobles, et à tous les ascendans à l'égard des nobles. (1)

Ce droit, qui prenait sa source dans le régime féodal, n'avait pas été établi en faveur des mineurs, mais en faveur des seigneurs, afin que le service du fief fût fait pendant la minorité du vassal. (2)

La plupart des coutumes, et celle de Bretagne entre autres, n'accordaient aux pères et mères aucun droit sur les biens de leurs enfans.

Ainsi le droit romain accordait trop; la coutume de Bretagne et les autres semblables accordaient trop peu aux pères et mères qui n'étaient, pendant la durée de la tutelle, que des administrateurs comptables, soumis à une responsabilité effrayante. Le droit de garde devait disparaître avec le régime des fiefs.

1060. Le Code n'a voulu rétablir ni le droit de garde, ni la jurisprudence des pays de droit écrit, qui dépouillait les enfans pendant la vie de leurs pères, sans rien accorder aux

(1) Cout. de Paris, art. 165 et 166.

(2) V. de Laurière sur le tit. 12 de la même coutume.

mères ; mais il a voulu accorder aux pères et aux mères une indemnité des peines, des soins et des responsabilités qu'entraînent l'éducation des enfans et l'administration de leurs biens. Il n'est pas juste que la garde des enfans ne soit, dans tous les cas, qu'une charge pour les pères et mères.

D'un autre côté, il est contraire à la morale de ne présenter aux enfans le survivant de leurs père et mère que sous l'aspect d'un tuteur ou d'un homme d'affaires, dont les comptes doivent être rendus de cleric à maître, et suivis de discussions, souvent de procès qui ne peuvent s'accorder avec la piété filiale, et qui exposent toujours les enfans à un très-grand mal, la perte de la bienveillance et de l'affection de leurs père et mère.

1061. L'art. 384 du Code ordonne que « le » père, durant le mariage et après la disso- » lution du mariage, le survivant des père et » mère, auront la jouissance des biens de leurs » enfans jusqu'à l'âge de dix-huit ans accom- » plis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait » avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. »

Sur cette jouissance, que les art. 389 et 601 qualifient d'usufruit, nous avons à examiner à qui elle appartient, quand les pères et mères en sont privés, sur quels biens elle

s'étend, quels en sont les charges, et quand elle finit.

1062. En général, l'usufruit des biens des enfans est un droit utile qui suit la puissance paternelle à laquelle il est attaché. C'est au père qu'il appartient pendant qu'il vit, et après sa mort à la mère. Ce droit est indépendant de la tutelle. La mère qui n'accepte point la tutelle de ses enfans, le père dispensé pour excuse légitime ou exclus à raison d'incapacité ou pour autre cause, ne perdent point le droit d'usufruit sur les biens de leurs enfans.

1063. Mais la loi en prive celui des époux qui, à la mort naturelle ou civile de l'autre époux, n'a point fait rapporter inventaire des biens dépendans de la communauté. (1442.)

Il semble qu'il faut étendre cette disposition au cas où le père ou la mère tuteurs de leurs enfans, auraient omis de faire inventaire à l'ouverture des successions échues à ces derniers.

Mais dans l'un comme dans l'autre cas, la privation du droit d'usufruit ne doit s'étendre qu'aux biens dépendans de la communauté, ou des successions dont l'inventaire a été omis; car, hors le cas et l'objet précis de la privation prononcée par la loi, les père et mère

conservent le droit de puissance paternelle dans son intégrité.

C'est ainsi que l'art. 730 prive celui qui s'est rendu indigne de succéder, de l'usufruit des biens recueillis à son défaut par ses enfans venant à la succession de leur chef, quoiqu'il conserve sur leurs autres biens le droit d'usufruit attaché à la puissance paternelle.

1064. La loi prive encore de cet usufruit celui des père et mère contre lequel le divorce a été prononcé, (386.)

Mais s'il l'avait été contre le père, l'usufruit des biens des enfans ne passerait point à la mère avant la mort du mari, parce que tandis qu'il est vivant elle n'a pas la puissance paternelle. (1) Elle n'acquerrait donc cet usufruit que par le décès du mari.

1065. Si le divorce a été prononcé d'un consentement mutuel, la privation du droit d'usufruit est encourue par les deux époux sur les biens de leurs enfans ; mais cette privation ne s'étend pas à la moitié des biens des pères et mères, dévolue aux enfans en vertu de l'article 305. (2)

1066. L'usufruit légal des père et mère

(1) Voyez Loqué, pag. 640 et pag. 160.

(2) Voyez Merlin, nouveau répertoire; v° usufruit paternel ; §. 5, n. 3, pag. 278.

s'étend en général sur tous les biens des enfans; (384) il n'y a d'exceptés que ceux, 1° qu'ils peuvent acquérir par un travail et une industrie séparés; 2° ceux qui leur sont donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas. (387.)

1067. Mais le père ou la mère peuvent-ils anéantir le droit du survivant d'entre eux, en donnant tous leurs biens à leurs enfans par donation entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que le survivant n'en aura pas l'usufruit ?

On n'en saurait douter en ce qui concerne la portion disponible que les enfans ne tiennent que de la libéralité du donateur, qui pouvait en disposer en faveur d'un étranger.

Mais, quant à la réserve légale que les père et mère ne peuvent ôter à leurs enfans, on peut douter que l'un des époux ait le droit de priver le survivant de l'usufruit des biens qui la composent.

Il paraît qu'il faut distinguer d'abord entre les donations entre-vifs et les testamentaires. Quant aux premières, il faut distinguer encore si elles ont été acceptées par le père ou la mère au nom des enfans donataires; car cette acceptation faite sans réserve serait considérée

comme une renonciation tacite au droit d'usufruit qui s'ouvre en faveur du père au moment même que les enfans acquièrent la propriété des biens donnés.

Mais si ces donations avaient été acceptées avec réserve, ou seulement par les aïeux, ou s'il s'agit de donations testamentaires, il est difficile de croire que l'époux donateur puisse priver le survivant de l'usufruit des biens composant la réserve, parce que les enfans ne tiennent ces biens que de la loi, et non de la libéralité de leur père ou de leur mère qui ne pouvait les leur ôter.

1068. Il faut remarquer que l'art. 387, qui permet au donateur d'imposer la condition que les père et mère de l'enfant n'auront pas la jouissance ou l'usufruit des biens donnés, ne lui permet pas de leur interdire l'administration en qualité de tuteurs, que leur donne l'art. 389. La cour d'appel de Bezançon en a conclu avec raison, dans un arrêt du 15 novembre 1807, (1) qu'on devait regarder comme non écrite la condition par laquelle un testateur avait interdit au père l'administration des biens donnés à l'enfant, pour la

(1) Rapporté dans le nouveau répertoire, v<sup>o</sup> puissance paternelle, sect. 5. Cet arrêt est conforme à l'ancienne jurisprudence. V. un arrêt du 9 février 1764, rapporté au même endroit.

confier à un exécuteur testamentaire ou curateur *ad hoc*.

Une pareille condition est considérée comme contraire aux art. 389, 390 et 391, qui déferent aux pères et mères sans distinction l'administration des biens de leurs enfans, et même contraire aux bonnes mœurs, en ce qu'elle tend à inspirer à ces derniers du mépris ou de la défiance contre les auteurs de leurs jours, et à affaiblir la puissance paternelle, l'une des bases de l'ordre social.

1069. Les charges de l'usufruit légal des biens des enfans, suivant l'art. 385, sont,

1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers;

2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfans selon leur fortune;

3° Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux;

4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie des personnes dont les enfans ont hérité.

1070. Les père et mère sont obligés de constater par un inventaire les choses mobilières soumises à leur usufruit légal, (1442) sous peine d'en être privés; mais ils sont dispensés de donner caution. (601.)

Ils sont aussi dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent les garder pour les remettre en nature.

Dans ce cas, ils doivent faire faire à leurs frais une estimation à juste valeur par un expert nommé par le subrogé tuteur, et qui prête le serment devant le juge de paix. A la fin de l'usufruit, ils rendent la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne peuvent représenter en nature. (453.)

1071. Cet usufruit finit,

1° Lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis;

2° Par l'émancipation qui aurait lieu avant l'âge de dix-huit ans;

3° Il cesse à l'égard de la mère (386) dans le cas d'un second mariage, parce qu'elle ne doit pas porter dans une autre famille les revenus de ses enfans du premier lit, ni enrichir son nouvel époux à leurs dépens.

1072. 4° Enfin, il finit, comme autrefois le droit de garde, par la mort de l'enfant mineur, (1) quoiqu'il soit contre la nature de l'usufruit de s'éteindre par la mort du propriétaire, et quoique l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé dure jusqu'à cette

(1) Jaubert, discours sur le titre des donations, tom. 4 de l'exposé des motifs, pag. 329, édit. de Didot.

époque, encore que le tiers soit mort avant cet âge.

L'usufruit des pères et mères n'étant point établi à titre purement lucratif, mais aussi à titre d'indemnité des soins qu'ils se sont donnés pour leurs enfans, l'effet doit cesser avec sa cause; il est attaché à la puissance paternelle, il se perd avec elle.

S'il n'existe point de texte positif qui fasse cesser cet usufruit par la mort des enfans avant dix-huit ans, cette cessation résulte de l'esprit du Code : elle paraît même supposée dans plusieurs de ses dispositions, lorsqu'à la mort de son enfant le père ou la mère succède concurremment avec des collatéraux autres que des frères ou sœurs, il recueille la moitié des biens de la succession, et l'art. 754 lui accorde l'usufruit du tiers de l'autre moitié, à laquelle il ne succède pas en propriété. Cet article est général, et s'applique au cas où l'enfant est mort avant ou après dix-huit ans; il ne fait aucune distinction. On peut donc en conclure que le premier usufruit attaché à la puissance paternelle est éteint, sans quoi le père ou la mère le conserverait sur la moitié entière des biens à laquelle il ne succède pas.

Ce nouvel usufruit du tiers n'est point accordé au père ou à la mère qui concourt à

la succession de l'un de ses enfans avec les frères et sœurs. (Art. 751.) Mais si ces derniers étaient mineurs, le père ou la mère auraient, en vertu de la puissance paternelle, l'usufruit de la totalité des biens échus à ceux qui seraient âgés de moins de dix-huit ans.

SECTION I V.

*De la puissance paternelle sur les enfans naturels.*

---

S O M M A I R E.

1073. *Les pères et mères n'ont pas l'usufruit des biens de leur enfant naturel.*
1074. *Peuvent-ils lui demander des alimens?*
1075. *Droits des père et mère sur la personne de leur enfant naturel, et devoirs de celui-ci envers eux.*
1076. *A qui du père ou de la mère appartient la garde de l'enfant.*
- 

1075. LES effets de cette puissance sont moins étendus sur les enfans naturels que sur les enfans légitimes, sur-tout en ce qui concerne les droits utiles. La loi n'accorde ni au père ni à la mère la jouissance des biens de leurs enfans naturels. Ils ne peuvent administrer ces biens qu'à la charge d'en rendre compte.

1074. Mais peuvent-ils du moins, lorsqu'ils sont dans le besoin, demander des alimens à leurs enfans naturels ?

Le Code est muet sur cette question. La nature et le droit romain se réunissent pour favoriser la demande de la mère : *Neutrum agemus vulgo quæsitos liberos alere, necnon ipsos eam.* Liv. 5, §. 4, ff. de agnosc. et alend. lib.

Cette disposition équitable serait sans doute suivie dans les tribunaux. L'action alimentaire doit être réciproque.

Quant aux pères, on ne trouve aucune disposition qui leur accorde le même droit; et il faut avouer qu'en général ils méritent moins de faveur que les mères, qui sont toujours certaines. On ne pourrait avec justice accorder indistinctement une action en alimens à des pères qui n'auraient d'autres preuves de leur paternité qu'une déclaration ou reconnaissance qu'ils sont autorisés à faire sans l'aveu, ou même contre l'aveu de la mère. Il faudrait donc distinguer ceux dont la paternité est moralement certaine, et reconnue par la mère avec laquelle ils ont vécu dans cette espèce d'union que les Romains appellaient concubinage, et à laquelle il ne manquait que les solemnités du mariage; ceux qui,

dès le tems de sa naissance, ont reconnu, secouru, élevé l'enfant, et l'ont mis en état de gagner honorablement sa vie; ceux, en un mot, dont la conduite a toujours été celle d'un père, de ceux qui ont abandonné la mère et l'enfant, et qui ne se portent à le reconnaître qu'en vue des avantages qu'ils peuvent espérer de leur reconnaissance tardive.

C'est sans doute par cette raison que le Code n'a rien prononcé sur cette question, qui demeure abandonnée à la prudence du magistrat.

1075. Quant aux droits des père et mère sur la personne des enfans naturels, et aux devoirs de ceux-ci envers les auteurs de leurs jours, ils sont à-peu-près les mêmes que pour les enfans légitimes. Comme ces derniers, les enfans naturels doivent, à tout âge, honneur et respect à leurs père et mère : « *Una est enim omnibus parentibus (etiam naturalibus) servanda reverentia.* » L. 6, ff. de in jus voc.

Comme les enfans légitimes, l'enfant naturel ne peut se marier sans avoir obtenu le consentement de ses père et mère s'il est mineur, ou sans l'avoir requis dans les formes légales s'il est majeur. (158.)

Enfin, l'article 385 accorde au père et à la mère, sur leurs enfans naturels légalement

reconnus, le même droit que sur les enfans légitimes.

1076. Mais à qui du père ou de la mère doit appartenir la garde de l'enfant, lorsqu'ils la réclament tous les deux ?

Ce n'est que dans le cas d'un mariage existant que la loi donne la prépondérance au mari (313--314) et au père l'exercice exclusif de l'autorité paternelle. Dans le cas de divorce, (302) c'est au magistrat de décider à qui les enfans seront confiés pour leur plus grand avantage.

Mais le Code ne parle point de la garde des enfans nés hors mariage. La nature semble donner la préférence à la mère, qui est toujours certaine, et qui peut seule connaître quel est le père de son enfant. Mais lorsqu'elle a reconnu le père, pourquoi aurait-elle un droit exclusif sur l'enfant ?

Qu'il reste sous la garde de la mère tandis qu'il a besoin de ses soins, rien de plus juste ; on ne peut, sans contrarier la nature, ôter la mère à l'enfant.

Mais après la première enfance, lorsqu'il peut se passer des soins maternels, lorsqu'une éducation plus mâle lui devient nécessaire, on ne voit pas de raison décisive pour confier

la garde de l'enfant à la mère plutôt qu'au père.

On ne peut cependant diviser entre eux l'exercice de cette garde. C'est donc au magistrat de prononcer s'ils ne peuvent s'accorder, et c'est le plus grand avantage de l'enfant qui doit déterminer à en confier la garde à l'un plutôt qu'à l'autre des père et mère, par une juste extension de l'art. 302. (1)

Mais lorsque la mère d'un enfant naturel conteste la paternité de celui qui s'en dit le père, et qu'il s'agit de décider à qui de la mère ou du prétendu père l'éducation et la garde de l'enfant doivent être confiées, la mère doit être préférée, sans qu'elle soit obligée d'indiquer le véritable père de l'enfant ; car si la contestation seule ne suffit pas pour priver l'enfant de l'avantage qu'il peut retirer de la reconnaissance faite par celui qui s'en dit le père, la simple allégation de celui-ci ne peut suffire pour dépouiller de son droit la mère qui est certaine, et qui doit être considérée comme étant en possession de la garde de l'enfant à qui elle a donné le jour. (2)

(1) C'est aussi ce qui a été jugé par la cour d'Agen, le 16 frimaire an 14. Sirey, 1806, 2<sup>e</sup> part., pag. 49.

(2) V. le nouveau Denisart, v<sup>o</sup> éducation, p. 431.

## TITRE X.

*De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.*

## CHAPITRE PREMIER.

*De la minorité.*

## S O M M A I R E.

1077. *Nécessité de la tutelle.*  
 1078. *Sa définition.*  
 1079. *L'âge où finit la minorité naturelle n'est pas le même pour tous les individus.*  
 1080. *Le droit romain, suivi en France, avait fixé la majorité à vingt-cinq ans.*  
 1081. *Elle fut fixée à vingt-un ans, en 1792, par la constitution de l'an 8, et par le Code Nap.*  
 1082. *Le mineur est celui qui n'a pas vingt-un ans.*  
 1083. *On distingue deux degrés de minorité.*  
 1084. *De la minorité considérée en elle-même, et de ses privilèges. Renvoi au troisième livre.*

1077. LE développement entier des forces physiques de l'homme exige plusieurs années; celui de ses facultés morales est encore plus lent. Il n'est point d'être plus faible, plus incapable de se défendre que l'homme dans son enfance;

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. 1<sup>re</sup>. 559*  
parvenu à un certain âge, il a déjà des forces, de l'intelligence, des passions naissantes, et point encore assez de raison ni d'expérience pour les régler.

Il est donc nécessaire, pour son propre intérêt, que l'homme dans son enfance, et même jusqu'à ce qu'il ait atteint une maturité suffisante pour conduire ses affaires, soit confié aux soins, soumis à la direction ou aux conseils de gardiens capables de le protéger et de lui servir de guides.

De là l'institution des tuteurs et des curateurs, dont la loi règle les devoirs et les droits plus ou moins étendus suivant l'âge des pupilles.

1078. On peut définir la tutelle une charge de famille fondée sur la nature, et confirmée par le droit civil, qui donne à celui qui en est pourvu le pouvoir de gouverner la personne et les biens des individus incapables de se défendre et de se gouverner eux-mêmes : c'est un mandat légal de les représenter dans toutes leurs affaires.

1079. L'âge où l'homme n'a plus besoin de secours ni de conseils pour se conduire, où il peut sans danger être abandonné à lui-même, et devenir maître de sa personne et de ses droits, n'est point le même pour tous les indi-

vidus ; mais la loi civile, qui ne peut consulter ces diversités, a déterminé cette époque d'une manière uniforme, même à l'égard de ceux chez qui la raison pourrait être plus précoce ou plus tardive.

1080. Le droit romain, suivi dans presque toute la France, avait fixé la majorité à vingt-cinq ans pour les individus des deux sexes : on appelait mineurs de vingt-cinq ans, ou simplement *mineurs*, ceux qui n'avaient pas atteint cet âge, et *majeurs* ceux qui l'avaient passé.

1081. La loi du 20 septembre 1792 en rapprocha le terme à vingt-un ans, à l'exemple de quelques coutumes particulières. (1)

La constitution de l'an 8, art. 2, a aussi fixé à vingt-un ans accomplis l'âge auquel on peut exercer les droits de citoyen français, et le Code Napoléon a fait coïncider la majorité civile avec la majorité politique.

1082. Ainsi le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore atteint l'âge de vingt-un ans accomplis. (588.)

1083. Les Romains distinguaient deux degrés de minorité ; le premier, qui s'appellait l'âge

(1) Normandie, art. 223, sur la majorité. V. l'art. 528 de la coutume de Bretagne, et *ibid.* Duparc-Poullain ; Loysel, *inst. cout.* liv. 1, tit. 1, reg. 34, et *ibid.* de Laurière.

pupillaire, s'étendait depuis l'enfance jusqu'à la puberté, fixée par Justinien à quatorze ans accomplis (1) pour les garçons, et à douze ans aussi accomplis pour les filles; jusqu'à cet âge, les pupilles étaient sous la puissance d'un tuteur.

Le second degré s'étendait depuis la puberté jusqu'à la majorité, fixée à vingt-cinq ans par la loi *Lætoria*. (2) Dans cette seconde période, les mineurs reprenaient l'administration de leurs biens, mais ils ne pouvaient agir sans l'autorité d'un curateur.

A vingt-cinq ans finissait la jeunesse et commençait la virilité ou l'âge mûr, la maturité de l'âge et de la raison.

Le Code Napoléon distingue aussi deux degrés de minorité.

Dans le premier, le mineur, considéré comme absolument incapable de se conduire lui-même et de régir ses biens, est placé sous la garde et la direction d'un tuteur.

Dans le second, il recouvre la liberté de sa personne et la simple administration de ses biens; mais il ne peut agir pour le surplus sans l'assistance d'un curateur.

(1) Inst. liv. 1, tit. 22, in princ. quibus modis, tutela finit. V. aussi Taylor.

(2) V. Heinec. elementa juris civ., §. 275. L. ult. ff. de min.

Le premier degré de minorité qui finissait à Rome, de plein droit par la puberté, ne finit en France que par l'émancipation, suivant la forme expliquée au chapitre 3.

1084. Le Code ne traite de la minorité dans le premier livre que sous ses rapports avec la tutelle. Il n'examine point l'état de minorité en lui-même ; l'incapacité plus ou moins grande du mineur dans les degrés de minorité ; les nullités plus ou moins absolues qui peuvent affecter les actes faits par le mineur ou dans son nom ; la manière dont ils peuvent être annullés, rescindés ou ratifiés ; enfin, les privilèges attachés à la minorité, relativement à la prescription et à d'autres objets : toutes ces choses ont été traitées dans le troisième livre, où nous en renvoyons l'explication.

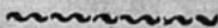
## CHAPITRE II.

### *De la Tutelle.*

#### S O M M A I R E.

1085. *Le Code reconnaît quatre espèces de tutelles.*

1086. *Division du chapitre.*



1085. OUTRE la tutelle officieuse dont nous avons ci-devant parlé, et qui est d'une nature

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. II.* 363  
particulière, le Code reconnaît quatre espèces  
de tutelle.

La tutelle naturelle des père et mère; la  
tutelle déferée par le père ou la mère; la  
tutelle légitime des ascendants, et la tutelle  
dative déferée par le conseil de famille.

1086. Ce chapitre est divisé en cinq sections.

Les quatre premières traitent des quatre  
espèces de tutelles et du conseil de famille,  
la cinquième du subrogé tuteur qui doit être  
nommé dans toute tutelle.

## SECTION I<sup>re</sup>.

### *De la Tutelle des pères et mères.*

---

## SOMMAIRE.

1087. *Pourquoi cette tutelle est appelée naturelle.*  
1088. *Pendant le mariage le père est administrateur  
des biens de ses enfans.*  
1089. *De quoi il est comptable.*  
1090. *Son administration ne porte point le nom de  
tutelle pendant le mariage. S'il s'élevait des  
discussions entre lui et ses enfans, il faudrait  
nommer un tuteur ad hoc.*  
1091. *La tutelle peut être séparée de la puissance pa-  
ternelle.*  
1092. *En quoi elles diffèrent.*

1093. Ce n'est que par la mort naturelle ou civile d'un des époux que la tutelle des enfans appartient de plein droit au survivant.
1094. Quid si le mariage est dissous par le divorce?
1095. Il faut après le divorce nommer un subrogé tuteur.
1096. La mère peut refuser la tutelle.
1097. Les pouvoirs de la mère tutrice peuvent être limités par le père, et en quoi.
1098. La mère qui se remarie doit se faire maintenir dans la tutelle.
1099. Si à la mort du mari la femme est enceinte, on nomme un curateur au ventre.
1100. Ses pouvoirs, ses services; il est saisi des biens: c'est sur sa tête que reposent les actions actives et passives de la succession.

1087. ON appelle cette tutelle naturelle, parce qu'elle est déferée par la nature même qui fait naître les enfans sous la garde de leurs père et mère. Il ne faut cependant pas confondre la tutelle avec la puissance paternelle, quoiqu'elles soient toujours confondues pendant le mariage.

1088. Le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs. Art. 389.

1089. Il est comptable, quant à la propriété seulement, de ceux dont la loi lui donne

l'usufruit ; et quant aux revenus de ceux dont il n'a pas la jouissance, soit qu'ils aient été donnés aux enfans sous cette condition, soit qu'ils les aient acquis par un travail et une industrie séparés, (387) car le Code ne distingue point, et ce n'est qu'après l'éman- cipation que le mineur est réputé majeur pour son commerce. (487.) L'enfant non émancipé peut avoir assez d'intelligence pour acquérir, et non pas assez d'expérience pour administrer et pour conserver.

1090. Mais l'administration des biens de ses enfans mineurs, que la loi donne au père pendant le mariage, ne porte point le nom de tutelle. Ce n'est qu'après la mort de l'un des père et mère que commence la tutelle proprement dite, et que le survivant, qui est tuteur de droit, doit faire nommer un subrogé- tuteur aux enfans mineurs, si pendant le mariage il s'élevait des discussions entre eux et le père ; par exemple, si on léguait au père et aux enfans des biens dont le premier voudrait demander le partage, il devrait leur faire nom- mer un tuteur *ad hoc*, comme dans l'action en désaveu.

1091. Après la mort de l'un des époux, la tutelle, quoique le plus souvent réunie à la

puissance paternelle sur la tête du survivant, peut néanmoins en être séparée, comme nous l'avons déjà remarqué au titre 9; elle en diffère en plusieurs points.

1092. La puissance paternelle est en grande partie instituée en faveur des père et mère; la tutelle ne l'est qu'en faveur des enfans. La puissance paternelle est un droit, la tutelle est une charge.

Le tuteur, lorsqu'il agit en cette qualité, n'est que le mandataire légal du mineur; il agit dans le nom du mineur, il est comptable de tout ce qu'il fait.

En exerçant les actes de la puissance paternelle, les pères et mères usent de leur droit personnel, d'un droit qui leur est propre. Ils n'agissent que dans leur nom, ils ne doivent compte à personne de l'usage qu'ils font de leur puissance, pourvu qu'ils n'en abusent pas.

1093. Ce n'est que dans le cas de la dissolution du mariage arrivée par *la mort naturelle ou civile* de l'un des époux, que la tutelle des enfans mineurs appartient *de plein droit* au survivant des père et mère. Art. 395.

1094. Si le mariage est dissous par le divorce prononcé d'un consentement mutuel, comme les époux n'ont pu l'obtenir sans être aupa-

ravant convenus par écrit à qui les enfans seront confiés, c'est leur convention qui fait la loi.

Nous avons vu au chapitre qui traite des effets du divorce, que, dans le cas du divorce par consentement mutuel, on doit nommer un tuteur ou subrogé-tuteur dans les cas où les père ou mère sont grévés de restitution envers eux.

Si le divorce est prononcé pour cause déterminée, l'art. 502 veut que les enfans soient confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfans, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce-personne.

Si le tribunal a le droit de prononcer sur la garde de la personne des enfans, il semble qu'il peut également prononcer sur l'administration des biens. C'est donc au magistrat de prononcer sur la tutelle, en cas de divorce pour cause déterminée.

1095. Et comme dans toute tutelle il doit y avoir un subrogé-tuteur nommé par le conseil de famille, il faut en nommer un aux enfans après le divorce prononcé, sur-tout lorsqu'ils se trouvent avoir des biens.

1096. La mère peut refuser la tutelle naturelle de ses enfans, mais elle doit en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur. (394.)

1097. Il y a cette différence entre la tutelle naturelle du père et celle de la mère, que la première ne peut être limitée par personne.

Mais comme les femmes sont souvent peu capables d'administrer par elles-mêmes, si le père de famille conçoit de l'inquiétude sur la capacité de son épouse, il peut, sans lui ôter la tutelle, lui désigner, soit par acte de dernière volonté, soit par une déclaration faite devant notaires, ou devant le juge de paix du lieu où il se trouve, assisté de son greffier, (392) un conseil spécial sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. (391.) Il en est autrement des actes relatifs à la puissance paternelle et au gouvernement de la personne du mineur; l'art. 391 ne permet au père de soumettre à la direction du conseil qu'il nomme, que les actes relatifs à la tutelle et au gouvernement des biens. (1)

Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil est nommé, la mère tutrice est habile à faire les autres sans son assistance. (391.)

(1) V. Loqué, t. 6, p. 49.

1098. Une autre différence entre la tutelle naturelle du père et celle de la mère consiste en ce que le père qui se remarie n'en conserve pas moins la tutelle naturelle, sans être obligé de se faire confirmer tuteur.

Au contraire, la mère tutrice qui veut se remarier doit, avant la célébration du mariage, convoquer le conseil de famille, qui décide si la tutelle doit lui être conservée. (395.)

A défaut de cette convocation, elle perd la tutelle de plein droit, et son nouveau mari est solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura induement conservée. (395.)

Si le conseil de famille conserve la tutelle à la mère qui se remarie, il lui donne nécessairement pour cotuteur le second mari qui devient solidairement responsable de la gestion postérieure au mariage. (396.)

1099. « Si, lors du décès du mari, la femme » est enceinte, il sera nommé un curateur au » ventre (1) par le conseil de famille.

» A la naissance de l'enfant, la mère en » deviendra tutrice, et le curateur en sera de » plein droit le subrogé-tuteur. » (395.)

(1) Sur le curateur au ventre. V. le nouveau Denisart, v<sup>o</sup> curateur au ventre. Loqué, t. 6, p. 41 et suiv. Domat, liv. 2, tit. 2, sect. 1, n. 14.

1100. L'enfant conçu est réputé né en tout ce qui concerne ses intérêts ; mais il est incertain s'il naîtra vivant <sup>et</sup> viable, et, par conséquent, s'il aura des droits à la succession : la mère qui n'est point encore tutrice ne peut gérer la succession. Il est donc nécessaire, en attendant l'événement, de commettre un agent à la conservation des biens et des droits des personnes qui pourront en avoir. C'est cet agent, qu'à l'exemple des lois romaines, le Code nomme curateur au ventre, et non curateur à l'enfant à naître, parce qu'il n'est pas chargé seulement de veiller aux intérêts de cet enfant, mais encore à ceux des personnes qui doivent recueillir les biens à son défaut : les droits à la succession étant incertains, il en est constitué provisoirement le gardien ou le séquestre.

C'est lui qui est en possession des biens ; c'est sur sa tête que reposent, pendant la courte durée de sa gestion, les actions actives et passives de la succession, dans le cas de nécessité. Les créanciers, qui ne sont pas obligés d'attendre l'événement, ou qui ont des droits à conserver, peuvent agir contre lui ; il peut payer les dettes exigibles et pressées, pour éviter des frais à la succession.

Il peut recouvrer les capitaux exigibles, recevoir les revenus, exercer toutes les actions

conservatoires, et administrer les biens de la succession.

Mais, comme sa gestion ne doit durer que pendant quelques mois, il doit borner son administration aux actes nécessaires.

Il rend son compte à la mère devenue tutrice par la naissance de son enfant, dont il devient de plein droit le subrogé-tuteur; et en cas que l'enfant ne naisse pas viable, il le rend aux héritiers qui succèdent à son défaut.

Il est aussi chargé d'empêcher la supposition de part, sans néanmoins exercer sur la mère la surveillance inquisitoriale qu'autorisé le droit romain, et que proscrivent nos mœurs.

## SECTION II.

*De la tutelle déferée par le père ou la mère.*

### SOMMAIRE.

1101. *Le survivant des père et mère peut choisir un tuteur de trois manières.*
1102. *Si le survivant peut nommer un tuteur pour le remplacer de son vivant, en cas d'excuse.*
1103. *La mère remariée ne peut nommer un tuteur.*
1104. *Le tuteur nommé par les père et mère n'est pas tenu d'accepter, s'il n'est du nombre de ceux que le conseil de famille pouvait nommer.*
1105. *Les père et mère peuvent nommer un tuteur sous condition ou à tems.*

1101. Le Code donne au survivant des père et mère le droit de choisir à ses enfans un tuteur parent, ou même étranger à la famille (597.)

On a donné à cette tutelle le nom de tutelle testamentaire, qui ne paraît pas lui convenir, et que le Code a évité de lui donner, quoique cette dénomination eût été plus concise.

En effet cette tutelle peut être déférée de trois manières,

1° Par testament;

2° Par acte passé devant le juge de paix assisté de son greffier;

3° Par acte devant notaire dans les formes ordinaires.

1102. La dénomination de testamentaire ne peut donc convenir qu'improprement à cette tutelle, et ce n'est point ici une simple dispute de mots. Il s'agit de savoir si le survivant des père et mère, qui peut nommer un tuteur pour le remplacer après sa mort dans la tutelle de ses enfans, n'en peut pas aussi nommer un pour le remplacer de son vivant, lorsqu'il a un motif d'excuse légitime pour quitter la tutelle.

On ne voit aucune disposition qui le lui défende. La permission accordée par l'art. 597

n'est point limitée au cas de mort du survivant des père et mère, et on ne trouve pas de raison pour lui refuser le droit de se faire remplacer par un tuteur de son choix en cas d'excuse légitime, plutôt qu'en cas de mort.

M. Malleville pense qu'on doit accorder à la mère qui trouve la gestion de la tutelle au-dessus de ses forces, le droit de choisir un tuteur à ses enfans, parce que ce choix n'est interdit par l'art. 399 qu'à la mère remariée et non maintenue dans la tutelle.

Cette opinion paraît raisonnable et conforme à l'esprit du Code. Comment, par exemple, refuser à un père appelé à un emploi public, incompatible avec ses fonctions de tuteur, le droit de se nommer dans la tutelle de ses enfans un successeur qu'il pourra surveiller, pour accorder ce droit à un père débile et mourant, dont le choix moins éclairé peut être surpris ?

Cependant l'art. 397 dit que ce droit n'appartient qu'au *dernier mourant* des père et mère ; et ces expressions, qu'on peut regarder comme n'étant pas synonymes *du survivant*, font une difficulté qui arrête même de bons esprits. Ainsi, la question peut être considérée comme douteuse.

1105. La mère remariée et non maintenue

dans la tutelle des enfans de son premier mariage, est privée du droit de leur choisir un tuteur. (399.)

Si elle a été maintenue dans la tutelle, elle peut choisir un tuteur; elle peut même choisir son second mari. Mais son choix, quel qu'il soit, n'est valable qu'autant qu'il est confirmé par le conseil de famille. (400.)

1104. 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 que le conseil de famille eût pu en charger à défaut de cette élection spéciale. (401.)

1105. Il faut observer que le survivant des père et mère peut donner à ses enfans un tuteur sous condition ou jusqu'à un certain tems, de manière que la tutelle finisse par l'expiration du tems fixé, ou par l'événement de la condition. (1) Par exemple, je veux que Titius soit tuteur de mes enfans pendant dix ans, ou jusqu'au retour de Mevius, actuellement dans les colonies; et en cas de retour de Mevius, je veux qu'il soit tuteur.

Au contraire, le conseil de famille ne peut nommer un tuteur à tems ni sous condition.

(1) Tels sont les principes du droit romain. L. 6, §. 1, ff. de tutelis instit. qui testam. Tut. dari possunt, §. 3. Meslé, des tutelles, pag. 312. Le droit français ne contient rien de contraire à ces principes.

SECTION III.

*De la tutelle légitime des ascendans, et d'une autre espèce de tutelle légitime.*

S O M M A I R E.

1106. Elle n'est déferée qu'aux ascendans mâles.  
1107. Dans le cas seulement où il n'y a pas de tuteur choisi par le survivant des père et mère.  
1108. Du cas où il se trouve plusieurs aïeux ou bis-aïeux.  
1109. De la tutelle des enfâns admis dans les hospices.

1106. LORSQU'IL n'y a ni père ni mère, ni tuteur choisi par le survivant d'entre eux, la tutelle appartient de droit à l'aïeul paternel des mineurs; à défaut de celui-ci à l'aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré. (402.)

C'est ce qu'on appelle la tutelle légitime, qui n'est déferée de plein droit qu'aux ascendans mâles.

1107. Mais cette tutelle n'est admise que dans le cas où le survivant des père et mère est mort sans avoir choisi un tuteur; (1) si

(1) Arrêt de la cour de cassation du 26 février 1807. Sirey, an 1807, art. 405.

le tuteur choisi refuse ou est excusé, s'il meurt avant la fin de la tutelle; si la mère survivante se remarie, et n'est pas maintenue tutrice, si elle refuse la tutelle; dans tous ces cas, il faut recourir à la tutelle dative déferée par le conseil de famille; les ascendans ne sont plus tuteurs de droit.

1108. Si plusieurs aïeux se trouvent en concurrence, l'aïeul paternel est préféré au maternel. A défaut d'aïeul paternel, le maternel est préféré au bisaïeul paternel.

Si à défaut d'aïeux la concurrence se trouvait établie entre deux bisaïeux qui appartenissent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passe de droit à celui des deux qui se trouve être l'aïeul paternel du père du mineur. (403.)

Mais si la même concurrence avait lieu entre deux bisaïeux de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra néanmoins choisir que l'un de ces deux ascendans. (404.)

1109. Il existe une autre espèce de tutelle légitime établie par la loi du 15 pluviôse an 13, qui ordonne, article 1<sup>er</sup>, que les enfans admis dans les hospices, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit, seront sous la tutelle des commissions administratives de ces

maisons, lesquelles désigneront un de leurs membres pour exercer, le cas avenant, les fonctions de tuteur, et les autres formeront le conseil de tutelle. On peut voir les autres dispositions de cette loi qui, relativement à la tutelle, paraît déroger à celle du 27 frimaire an 5.

## SECTION IV.

*Du conseil de famille et de la tutelle dative  
désignée par le conseil de famille.*

### SOMMAIRE.

1110. *Division de la section.*
1111. *Comment est composé le conseil de famille.*
1112. *Dans quelle distance les parens doivent être pris.*
1113. *Du conseil de famille des enfans naturels.*
1114. *Chez quel juge de paix s'assemble le conseil.*
1115. *Comment il est convoqué.*
1116. *Devoirs des membres convoqués.*
1117. *Amende prononcée contre les absens.*
1118. *Faculté de proroger l'assemblée.*
1119. *Si l'inobservation des dispositions du Code sur la composition du conseil entraîne la nullité.*
1120. *Compétence du conseil ou objets dont il s'occupe.*
1121. *Comment il doit délibérer.*
1122. *Le tuteur peut être pris hors les membres du conseil.*
1123. *S'il peut être nommé plusieurs tuteurs.*
1124. *La délibération n'est point soumise à l'homologation ; comment elle s'exécute.*
1125. *Comment elle peut être réformée ; renvoi.*
1126. *La tutelle ne passe point aux héritiers du tuteur.*
1127. *Des tuteurs des princes de la famille impériale.*

1110. Au défaut des trois premières tutelles, on a recours à la tutelle dative, qui est déferée par les parens assemblés en conseil de famille. Nous examinerons,

- 1° Comment est composé le conseil de famille;
- 2° Où il s'assemble et comment il est convoqué ;
- 3° Ses devoirs et sa compétence ;
- 4° Comment il doit délibérer et nommer le tuteur ;
- 5° Comment ses délibérations peuvent être exécutées ou réformées ;
- 6° A quelle responsabilité ses membres sont assujettis.

1111. Le conseil de famille est composé du juge de paix et de six parens ou alliés qui, pour prévenir l'influence d'une ligne sur l'autre, doivent être pris moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne. (407.)

Le parent doit être préféré à l'allié du même degré, et parmi les parens du même degré, le plus âgé à celui qui le sera moins.

Les frères-germains du mineur, et les maris des sœurs-germaines sont seuls exceptés de la limitation du nombre de six parens appelés pour composer le conseil.

Si les frères-germains sont six ou en plus

grand nombre, ils sont tous membres du conseil de famille, qu'ils composent seuls avec les veuves d'ascendants, et les ascendants valablement excusés s'il y en a.

Ainsi les ascendants non valablement excusés, font partie du nombre des six parens nécessaires pour composer le conseil de famille.

Quant aux ascendants excusés et aux veuves d'ascendants, ils doivent être convoqués; ils sont membre du conseil de famille, mais ils n'en sont point membres nécessaires. Ils sont libres d'y assister ou de n'y pas assister, et c'est par cette raison qu'ils ne sont point compris dans le nombre des six parens nécessaires à sa composition.

Si donc les frères-germains sont en nombre inférieur à six, il faut, outre les ascendantes et les ascendants excusés, appeler d'autres parens pour compléter le conseil.

Si le nombre qu'il faudrait appeler était un nombre pair, il conviendrait de prendre un nombre égal dans chaque ligne.

S'il était impair, on pourrait en prendre deux dans une ligne et un dans l'autre, car les frères-germains appartiennent également aux deux lignes.

Les parens appelés au conseil de famille doivent être mâles et majeurs, à l'exception

du père et de la mère qui sont admis quoique mineurs, et des ascendantes qui peuvent même malgré leur sexe être nommées tutrices. (442.)

Nous verrons aux sections VI et VII quels parens sont dispensés d'assister aux conseils de famille ou en sont exclus.

1112. Les parens appelés pour composer le conseil doivent être pris, tant dans la commune où s'ouvre la tutelle, que dans la distance de deux myriamètres ( quatre lieues six cents et quelques toises environ, ) afin que les intérêts du mineur ne souffrent point du retardement que pourrait occasionner l'éloignement des autres parens. (407.)

Mais, lorsqu'il n'y a pas d'inconvéniens à retarder, le juge de paix peut et doit, quand le bien des mineurs l'exige, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parens ou alliés présens, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parens ou alliés plus proches en degré ou de même degré que les parens ou alliés présens, de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre de six.

S'il ne se trouve pas sur les lieux, ou dans la distance de deux myriamètres, un nombre

suffisant de parens ou alliés, dans l'une ou l'autre des lignes, le juge de paix doit appeler, soit des parens ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur, et résidant dans la commune même.

Car ceux qui ne sont appelés qu'à raison de leurs relations d'amitié avec le défunt, ne sont pas obligés de se rendre à la convocation, s'ils ne résident pas dans la commune où la tutelle est ouverte et où le conseil s'assemble.

1115. Les enfans naturels n'ayant point d'autres parens que leurs père et mère, on ne peut leur appliquer les articles du Code, qui ordonnent de prendre six parens, moitié dans chaque ligne, pour composer le conseil de famille. Ce conseil, à leur égard, est composé de citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère; et c'est en cette qualité que les parens de ces derniers y peuvent être appelés. (1)

1114. C'est le domicile du mineur, au moment où s'ouvre la première tutelle, c'est-à-dire le domicile des ses père et mère, s'il

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 3 septembre 1806. Denevers, an 1806, pag. 633 et suiv.

s'agit d'un mineur d'âge, qui fixe la compétence du juge de paix. C'est chez ce juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même un autre local, que le conseil doit s'assembler pendant tout le tems que dure la tutelle. Le conseil de famille ne doit point suivre les divers domiciles que pourraient prendre (1) successivement les tuteurs et curateurs du mineur. Si après la première assemblée tenue pour l'établissement de la tutelle, il était nécessaire d'assembler le conseil, soit pour remplacer le premier tuteur décédé, soit pour procéder à sa destitution, soit pour toute autre cause, l'assemblée devrait être convoquée devant le juge de paix du lieu où se serait faite la première nomination d'un tuteur.

Nous disons la première nomination d'un tuteur, car il en serait autrement si le conseil de famille ne s'était assemblé que pour nommer un subrogé-tuteur au survivant des père et mère. Dans ce cas, si le survivant avait changé de domicile, et venait à mourir avant la majorité de ses enfans, sans avoir nommé un tuteur, ce serait devant le juge de paix de son dernier domicile qu'il faudrait con-

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 29 novembre 1809. Sirey, an 10, pag. 62 et suiv.

voquer le conseil pour nommer un tuteur pendant tout le tems de la minorité.

1115. La convocation du conseil de famille peut être faite à la diligence, soit des parens du mineur, soit de ses créanciers, soit de toute autre personne intéressée, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix; et toute personne peut lui dénoncer le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur, (406) afin qu'il y pourvoie.

Il fixe le jour et le lieu de l'assemblée; et si les parens ne sont pas sur les lieux, ou ne veulent pas comparaître volontairement pour éviter des frais inutiles, ils doivent être assignés 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 résident dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres; et toutes les fois que, parmi les parens cités, il s'en trouve qui sont domiciliés au-delà de cette distance, le délai doit être augmenté d'un jour par trois myriamètres (environ six lieues.) (411.)

1116. Personne ne peut, sans excuse légitime, se dispenser d'assister au conseil de famille, lorsqu'il est convoqué. Les parens,

alliés ou amis, ainsi convoqués, sont tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial; et chaque mandataire ne peut représenter plus d'une personne, (412) afin qu'il y ait toujours six votans.

1117. Tout parent, allié ou ami convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparait pas, est condamné à une amende prononcée sans appel par le juge de paix, et qui ne peut excéder cinquante francs. (413)

1118. 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 l'exige, le juge de paix peut ajourner l'assemblée ou la proroger. (414.)

1119. La commission chargée de la rédaction du projet de Code, y avait inséré une disposition qui déclarait les membres du conseil de famille responsables de la gestion du tuteur; (1) mais cette disposition fut rejetée comme déraisonnable. Les parens nominateurs ont rempli leur devoir quand ils ont choisi un tuteur avec les précautions de la bonne foi.

(1) Voyez le nouveau répertoire, v<sup>o</sup> tutelle, pag. 183.

Il faut observer que le Code n'a point prononcé la peine d'une nullité absolue pour contravention à ses dispositions, sur la composition et sur la convocation du conseil de famille, afin de laisser aux tribunaux le pouvoir de décider si les circonstances impriment à ces contraventions un caractère assez grave pour prononcer la nullité des actes où elles ont été commises. C'est toujours le plus grand bien des mineurs qui doit servir de guide à leurs décisions. Ainsi la cour de cassation a pensé que la délibération d'un conseil de famille, dans la composition duquel on n'avait pas préféré le parent à l'allié du même degré, avait pu n'être pas annullée. (1)

1120. Les objets dont s'occupe le conseil de famille sont très-nombreux. C'est lui qui nomme au besoin les tuteurs, cotuteurs et les curateurs. C'est aussi le conseil de famille qui prononce la destitution des tuteurs qui ont malversé. (446.) Le consentement, l'avis ou l'autorisation du conseil de famille, sont requis en plusieurs occasions, pour le mariage des mineurs, (160) pour l'opposition à y former, (175) pour la tutelle officieuse; (361) en cas de divorce, pour le choix de la personne à qui les enfans doivent être confiés, (302) pour

(1) Arrêt du 22 juillet 1807. Sirey, an 1807, pag. 130-136.

confirmer le tuteur nommé par la mère remariée maintenue dans la tutelle, (400) pour régler les dépenses du mineur et les frais d'administration, (454) pour autoriser le tuteur à prendre à ferme ou acheter les biens du mineur, (460) pour les aliéner ou les hypothéquer, (467) pour accepter ou répudier les successions ou donations, (461—463) pour introduire une action relative aux intérêts immobiliers du mineur, ou pour acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, (464) pour provoquer un partage, (465—817) pour transiger, (467) pour faire détenir le mineur par voie de correction, (458) pour l'émancipation (478) ou pour révoquer l'émancipation, (485) pour l'interdiction (494) ou la nomination d'un conseil judiciaire, (514) pour régler les conventions matrimoniales des enfans des interdits, (511) pour restreindre ou rayer les hypothèques des mineurs. (2141—2143.)

1121. L'assemblée du conseil de famille est présidée par le juge de paix, qui a la voix prépondérante en cas de partage. (416.) Pour délibérer, il faut la présence des trois quarts au moins des membres convoqués; (415) et toutes les fois que les délibérations ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres

qui le composent doit être mentionné dans le procès-verbal. (Art. 883, C. P.)

La majorité absolue des suffrages n'est pas nécessaire pour former la délibération ; la majorité relative suffit, car ce n'est qu'à cette majorité que peut se rapporter la prépondérance du juge de paix.

Si donc trois des six membres convoqués donnaient leurs voix à un candidat, deux autres à un second candidat, et le sixième à un troisième, le second serait nommé si le juge de paix lui donnait son suffrage.

1122. Le conseil de famille n'est point astreint à prendre dans son sein le tuteur qu'il doit choisir ; il peut nommer tous ceux qui n'ont pas d'excuse ou de dispense légitime, comme nous le verrons à la section 6, et le parent nommé ne peut s'excuser (1) sur ce qu'il y avait dans le conseil de famille des parens plus proches qui ne l'ont pas été.

(1) Cela résulte de ce que le conseil d'état rejeta un article du projet de la commission ainsi conçu : « Nul ne peut être contraint d'accepter la tutelle, s'il n'est pas du nombre de ceux qui ont été assignés pour convoquer le conseil de famille. »

Malleville dit, tom. 1, pag. 430, qu'on consentit à la suppression de l'article, pourvu que l'absent eût le droit de s'excuser lorsqu'il y a des parens plus proches capables de la tutelle ; mais cette excuse n'est point admise dans la sect. 6, et l'art. 432 fournit une induction contraire. Voyez le nouveau répertoire, v<sup>o</sup> tutelle, sect. 4, §. 5, pag. 207.

1123. Suivant le droit romain, on pouvait nommer plusieurs tuteurs au pupille, §. 1, instit. de Satisd. tut. Cette pluralité faisait naître des difficultés. D'ailleurs, une administration partagée entraîne nécessairement beaucoup d'inconvénients.

Suivant le Code Napoléon, il ne peut être nommé qu'un seul tuteur. On regarde comme de l'essence de la tutelle, d'être donnée à une seule personne. (1) Il y a cependant une exception, quand le mineur domicilié en France possède des biens dans les colonies ou réciproquement. L'administration de ces biens est confiée à un protuteur nommé par le conseil de famille.

Et, dans ce cas, le tuteur et le protuteur sont indépendans et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective. Art. 417.

On peut induire de cette disposition, qu'il ne faut point nommer de protuteur lorsque le mineur est sous la tutelle naturelle de son père ou de sa mère, qui ont l'usufruit légal de ses biens en vertu de la puissance paternelle.

Car il serait contraire à cette puissance de nommer au fils un administrateur indépendant du père. La personne chargée d'administrer

(1) Observation de la cour de cassation; Loqué, t. 6, p. 128.

les biens du pupille au-delà des mers, ne peut donc tenir ses pouvoirs que du père ou de la mère, dans le cas de la tutelle naturelle; ce qui est conforme à l'ancien droit. La déclaration du 1<sup>er</sup> février 1745, (art. 2) voulait que dans ce cas il n'y eût qu'une seule tutelle, sans protutelle.

S'il était nécessaire de pourvoir à l'administration des biens avant que le père ou la mère eussent nommé un mandataire, ce serait le cas de recourir à l'art. 112 du Code Nap.

Mais où le protuteur doit-il être nommé? La commission proposait de le faire nommer dans le lieu de la situation des biens qu'il devait administrer. Si le mineur domicilié en France avait des biens dans les colonies, le protuteur, suivant ce projet, aurait été nommé par les parens, et à leur défaut par les amis demeurant dans la colonie, *et vice versa*.

Ce projet fut rejeté au conseil d'état, où M. Tronchet proposa de décider que le protuteur serait toujours nommé par le conseil de famille dans le lieu où la tutelle serait ouverte; et M. Cambacérès proposa d'ajouter que si le protuteur nommé dans le lieu de l'ouverture de la succession s'excuse, il serait remplacé sur les lieux de la situation des biens.

Cet amendement fut adopté, (1) et cependant le Code n'en dit rien. Il résulte de ce silence que le protuteur doit régulièrement être nommé dans le lieu où s'assemble le conseil de famille pour choisir un tuteur.

Mais si le protuteur nommé s'excuse, ou ce qui est la même chose, si le conseil de famille du lieu du domicile n'en a point nommé, il doit en être nommé un dans le lieu de la situation des biens.

1124. La délibération qui nomme le tuteur est exécutoire par elle-même et sans homologation.

Le tuteur doit agir et administrer en cette qualité du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence, sinon du jour qu'elle lui a été notifiée. (418.)

L'assemblée doit désigner un de ses membres, à la diligence de qui cette notification doit être faite dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est tenu l'assemblée et le domicile du tuteur. (C. P. 882.)

1125. Nous verrons à la section 7, comment on peut se pourvoir contre la délibération du conseil de famille, et la faire réformer.

(1) V. le procès-verbal des conférences, tom. 2, pag. 79.

1126. La tutelle est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur. Ils sont seulement tenus de rendre le compte de la gestion de leur auteur, et de répondre de ses fautes : (419) s'ils sont majeurs, et sur les lieux, ils sont tenus de faire nommer un nouveau tuteur, et de continuer de gérer la tutelle jusqu'à cette nomination, du moins dans le cas d'urgence et de nécessité.

1127. C'est l'Empereur qui nomme les tuteurs des Princes et Princesses de la maison Impériale dont le père est décédé; voyez les statuts du 30 mars 1806, où l'on peut voir les règles particulières au conseil de la Famille Impériale.

## SECTION V.

### Du Subrogé - Tuteur.

## S O M M A I R E.

1128. *Motifs de l'institution du subrogé-tuteur ; ses fonctions.*  
1129. *Par qui il est nommé.*  
1130. *Peine contre les tuteurs qui n'ont point fait nommer un subrogé-tuteur.*  
1131. *Quand il doit être nommé.*  
1132. *Où il doit être pris.*  
1133. *Le tuteur ne peut voter pour la nomination du subrogé-tuteur,*  
1134. *Ni pour sa destitution.*

1135. Si le subrogé-tuteur et le juge de paix peuvent voter pour la destitution du tuteur.
1136. Les fonctions de subrogé-tuteur cessent quand la tutelle est vacante.
1137. Il doit provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.
1138. Etendue de la responsabilité du subrogé-tuteur.
1139. Causes de dispense, etc. Renvoi.

1128. L'INSTITUTION de la tutelle ne pourvoit qu'imparfaitement aux intérêts du mineur, s'il n'existait pas un contradicteur légitime, chargé de surveiller l'administration du tuteur et d'agir pour le pupille dans tous les cas où ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur.

Telles sont les fonctions du subrogé-tuteur, qui est aussi chargé de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, lorsque la tutelle devient vacante, ou qu'elle est abandonnée par absence; (424) de convoquer le conseil de famille pour délibérer sur la destitution du tuteur, lorsqu'il y aura lieu, (446) et de poursuivre l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, ainsi que de répondre, même en cas d'appel, au tuteur qui veut se faire maintenir dans la tutelle dont il a été destitué. (448.) (1)

Le subrogé-tuteur est encore spécialement

(1) Mais le Code de procédure déroge à cet article. V. ci-après n. 1177.

chargé d'obliger le survivant des père et mère de faire inventaire des effets mobiliers de la communauté, (1442) et de veiller à ce que les inscriptions de l'hypothèque légale, accordée aux mineurs à raison de la gestion du tuteur, soient prises sans délai sur les biens de ce dernier, même de faire faire lesdites inscriptions. (2157.)

C'est encore le subrogé-tuteur qui doit répondre à la demande en réduction d'hypothèque formée par le tuteur, lorsque l'hypothèque n'a pas été restreinte par l'acte de tutelle.

1129. C'est toujours le conseil de famille qui nomme le subrogé-tuteur, et il doit en être nommé un dans toute espèce de tutelle.

Dans les tutelles naturelles ou légitimes, le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer le conseil de famille pour nommer un subrogé-tuteur.

1150. Et, s'il s'est ingéré dans la gestion sans avoir rempli cette formalité, le conseil de famille convoqué, soit sur la réquisition des parens, des créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, peut, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle sans préjudice des indemnités dues au mineur.

1151. Dans les autres tutelles, la nomination du subrogé-tuteur doit être faite immédiatement après celle du tuteur. (422.)

1152. Hors le cas des frères-germains qui appartiennent aux deux lignes, le subrogé-tuteur doit être pris dans celle à laquelle le tuteur n'appartient point. (425.) Il semble donc que, si le tuteur vient à mourir, et que son successeur soit pris dans la ligne à laquelle le subrogé-tuteur appartient, il faut nommer un subrogé-tuteur dans l'autre ligne.

S'il n'y a de parens que dans une seule ligne, et que le tuteur ait été choisi parmi eux, le subrogé-tuteur doit être pris parmi les amis qui représentent l'autre ligne.

Celui qui serait nommé ne pourrait alors s'excuser, en vertu de l'art. 452, sur ce qu'il existe des parens, parce que ces parens sont écartés de la tutelle subrogée.

1153. Le tuteur ne peut voter pour la nomination du subrogé-tuteur, (425) que la loi lui donne pour surveillant; et, afin que cette disposition ne soit pas éludée, l'art. 422 veut que l'élection du subrogé-tuteur ne soit faite qu'après celle du tuteur, et immédiatement après.

Il peut en résulter que si le tuteur est pris

parmi les six membres convoqués, le conseil ne reste plus composé que de cinq personnes, outre le juge de paix; mais l'art. 415 n'exige, pour la validité des délibérations, que les trois quarts des membres convoqués.

1134. L'art. 426 défend aussi au tuteur de provoquer la destitution du subrogé-tuteur, et de voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet.

1135. Mais le Code n'ayant fait la même défense ni au subrogé-tuteur ni au juge de paix, chargés d'ailleurs de provoquer la destitution du tuteur qui malverse, il paraît qu'ils peuvent voter dans l'assemblée du conseil de famille convoqué pour délibérer sur cette destitution, (1) en supposant que le subrogé-tuteur soit membre du conseil, car alors il peut y voter. (2)

1136. Le subrogé-tuteur n'est point le suppléant du tuteur, qu'il ne remplace pas de plein droit; ses fonctions, qui ne sont qu'accessoires à la tutelle, cessent lorsqu'elle devient vacante ou abandonnée par absence. (425.)

(1) Ainsi jugé par la cour d'appel de Rennes, le 14 février 1810. V. le journal des arrêts de cette cour, p. 27.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 3 septembre 1806, rapporté par Denevers, an 1806, p. 633 et suiv.

1137. Mais il doit, en ce cas, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, sous peine des dommages et intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur. (422.)

1138. Cette responsabilité personnelle du subrogé-tuteur est étendue par le Code à deux autres cas ; celui où il aurait négligé de contraindre le survivant des père et mère à faire inventaire des effets mobiliers de la communauté ; (1442) celui où il aurait négligé de faire inscrire sans délai l'hypothèque légale du mineur sur les biens du tuteur ; mais il n'est point responsable de la gestion de ce dernier.

1139. Les causes des dispenses d'incapacité ou de destitution, relativement au subrogé-tuteur, sont les mêmes qu'à l'égard du tuteur. (426.) Elles seront expliquées dans les deux sections suivantes.

SECTION VI.

Des causes qui dispensent de la tutelle.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

1140. Pourquoi les dispenses ont été introduites.  
1141. Il ne faut pas confondre les dispenses de la tutelle avec les exclusions.  
1142. Division de la matière.

1140. LES offices de tuteur et de subrogé-tuteur, sont considérés comme des charges publiques (1) que personne ne peut refuser, sans excuse ou dispense légitime.

Cependant il est des cas où l'intérêt public et la justice nécessitent des exceptions et autorisent à dispenser de la tutelle ceux à qui elle serait déferée.

1141. Sous le nom général d'*excuses*, les jurisconsultes romains comprenaient également les causes qui dispensent de la tutelle, et celles qui en excluent ou en rendent incapables. Ainsi ils distinguaient les excuses volontaires et les excuses forcées ou nécessaires. (2)

(1) Tutela est munus publicum. Inst. de excus. tut. vel cur in pr. Munus autem est propriè quod necessario obimus lege, more, imperiove ejus qui jubendi habet potestatem. L. 114, ff. de V. S.

(2) Heinec, element. jur. civ., §. 288.

Notre Code, avec plus de raison, a séparé ces deux choses absolument différentes. Il traite dans cette section des causes qui dispensent de la tutelle ou des excuses proprement dites; et dans la section suivante, des incapacités, des exclusions, des destitutions de la tutelle.

Les dispenses que la loi admet n'ôtent point à celui qui est nommé la capacité de gérer la tutelle; elles n'ont d'effet qu'autant qu'il veut s'en servir.

1142. Nous avons à examiner quelles sont les différentes causes d'excuses, quand et comment elles doivent être proposées et jugées.

Les dispenses de la tutelle sont fondées sur l'intérêt public, ou sur la justice et l'intérêt privé.

### §. I.

#### Des dispenses fondées sur l'intérêt public.

### S O M M A I R E.

1143. *Sont dispensés ceux qui ont des devoirs publics, incompatibles avec les fonctions de tuteurs.*
1144. *Quelles sont ces personnes.*
1145. *Les juges, etc., ne sont pas dispensés.*
1146. *Sont dispensées les personnes exerçant une fonction publique dans un autre département.*
1147. *Les militaires, etc.*

1148. *Ceux qui ont accepté une tutelle postérieurement aux fonctions qui les dispensaient, ne peuvent plus s'en faire décharger.*

1149. *Secus si les fonctions leur ont été déférées depuis la tutelle.*

1145. LA tutelle étant établie pour l'intérêt particulier du mineur, elle doit céder à l'intérêt général, qui impose à certaines personnes des devoirs publics réputés incompatibles avec les fonctions de tuteur.

Ainsi la loi dispense de la tutelle

Les personnes revêtues de dignités éminentes qui les consacrent tout entières au service public;

Les personnes chargées de fonctions publiques qui ne leur permettent pas de partager leurs soins entre les devoirs de leurs places et l'administration des affaires particulières,

Ou de fonctions à exercer dans des lieux trop éloignés de la tutelle, ou qui les forcent à se tenir prêtes au premier appel.

1144. Ces personnes, suivant l'art. 427 du Code Napoléon, sont, 1<sup>o</sup> les personnes désignées dans les titres 3, 5, 6, 8, 9, 10 et 11 de l'acte des constitutions du 18 mai 1804; c'est-à-dire,

1<sup>o</sup> Les membres de la famille impériale;

2° Les princes grands dignitaires de l'empire, qui sont : Le prince grand électeur, le prince archi-chancelier de l'empire, le prince archi-chancelier d'état, le prince archi-trésorier, le prince connétable, le prince grand amiral et les princes vice-grand électeur, et vice-grand connétable ; (1)

3° Les grands officiers de l'empire, qui sont :

Les maréchaux de l'empire,

Les inspecteurs et colonels-généraux de l'artillerie et du génie, des troupes à cheval et de la marine,

Les grands officiers civils de la couronne, savoir ;

Le grand aumônier, le grand chambellan, le grand maréchal du palais, le grand vénéur, le grand maître des cérémonies, le grand chancelier et le grand trésorier de la légion d'honneur, sont assimilés aux grands officiers de l'empire ;

4° Les sénateurs ;

5° Les conseillers d'état, au nombre desquels il faut comprendre les ministres ;

6° Les membres du corps législatif.

L'article 427 range encore au nombre des personnes dispensées de la tutelle, les conseillers en la cour de cassation, le procureur-

(1) Loqué, tom. 6, pag. 160.

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. II.* 401  
général - impérial en la même cour et ses substituts, les préfets et les commissaires de la comptabilité impériale. Ces commissaires ont été remplacés par une cour des comptes, en vertu de la loi du 16 septembre 1807, qui n'a point dit quels sont les membres de cette cour qui sont dispensés de la tutelle.

1145. Le conseil d'état a rejeté les dispenses proposées en faveur des membres du conseil des prises, des procureurs-généraux et impériaux, des juges d'appel et de première instance, des juges de paix. (1)

1146. Sont encore dispensés de la tutelle, par l'art. 428, 1<sup>o</sup> tous citoyens exerçant une *fonction publique* dans un département autre que celui où la tutelle s'établit, art. 427; ce qui s'applique aux ecclésiastiques desservant des cures ou des succursales, et à toutes personnes exerçant pour les cultes des fonctions qui exigent résidence, dans lesquelles ils sont agréés par Sa Majesté, et pour lesquelles ils prêtent serment. (2)

1147. 2<sup>o</sup> Les militaires en activité de service, et tous autres citoyens qui remplissent hors

(1) Loqué, tom. 6, pag. 155.

(2) Avis du conseil d'état, approuvé par l'Empereur le 20 novembre 1806.

du territoire de l'Empire ou hors du continent une mission de l'Empereur, (428) et non d'une autorité secondaire ou locale.

Si la mission était non authentique ou contestée, la dispense ne serait prononcée qu'après la représentation faite par le réclamant du certificat du ministre dans le département duquel se place la mission alléguée pour excuse. (429.)

1148. Nous avons vu que les dispenses de tutelle n'ont d'effet qu'autant que les personnes dispensées veulent s'en servir. Ainsi, toutes les personnes dont on vient de parler, qui auraient accepté la tutelle postérieurement aux fonctions, services ou missions qui les en dispensent, ne seraient pas admises à s'en faire décharger, (450) parce qu'elles peuvent, sans que le service public en souffre, se faire remplacer par des fondés de pouvoirs, sous leur garantie et responsabilité personnelles.

1149. Ceux au contraire à qui lesdites fonctions, services ou missions ont été conférés postérieurement à l'acceptation et gestion d'une tutelle, peuvent, s'ils ne veulent pas la conserver, faire convoquer dans le mois un conseil de famille, pour y être procédé à leur remplacement.

Et 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. (451.)

§. I I.

*Des dispenses fondées sur la justice et l'intérêt privé.*

---

S O M M A I R E.

- 1150. *La non parenté, quand il existe des parens dans les quatre myriamètres.*
- 1151. *L'âge de soixante-cinq ans.*
- 1152. *Une infirmité griève.*
- 1153. *Deux tutelles ou une seule pour celui qui est époux ou père.*
- 1154. *Le nombre de cinq enfans légitimes.*



1150. 1<sup>o</sup> Si la tutelle est une charge publique, c'est principalement une charge de famille. Il est donc juste d'en dispenser tout citoyen qui n'est ni parent ni allié du mineur, lorsque, dans la distance de quatre myriamètres, il existe des parens ou alliés en état de gérer la tutelle. (452.)

1151. 2<sup>o</sup> Tout individu âgé de soixante-cinq

ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Celui qui aura été nommé avant cet âge pourra se faire décharger de la tutelle à soixante-dix ans. (453.)

1152. 3° Tout individu atteint d'une infirmité griève et dûment justifiée, est dispensé de la tutelle, et peut même s'en faire décharger, si cette infirmité est survenue depuis sa nomination. (454.)

1153. 4° Deux tutelles dispensent même les célibataires d'en accepter une troisième.

Une seule tutelle dispense celui qui est époux ou père d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfans. (455.)

1154. 5° Ceux qui ont cinq enfans légitimes, sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfans.

Les enfans morts en activité de service dans les armées de l'Empereur, sont toujours comptés pour opérer cette dispense; car ceux qui sont morts pour la patrie, sont réputés éternellement vivans par la gloire qu'ils se sont acquise.

Les autres enfans morts ne sont pas comptés, à moins qu'ils n'ayent eux-mêmes laissé des enfans actuellement existans, (456) lesquels

ne sont comptés que pour un, quel que soit leur nombre.

L'enfant qui n'est que conçu n'est pas compté, car il n'est réputé né que lorsqu'il s'agit de ses intérêts. (1)

§. I I I.

*Quand et comment doivent être proposées et jugées les dispenses de tutelle.*

S O M M A I R E.

1155. *Le tuteur présent doit proposer ses excuses sur-le-champ.*  
1156. *S'il était absent, dans les trois jours de la notification de sa nomination.*  
1157. *Si l'excuse est rejetée, il doit administrer provisoirement; mais il peut se pourvoir, et où.*



1155. CELUI qui a des excuses légitimes pour être dispensé de la tutelle, doit les proposer au conseil de famille sur-le-champ, s'il est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, sous peine d'être déclaré non-recevable dans ses réclamations ultérieures. (438.)

1156. S'il n'était pas présent, il doit faire convoquer le conseil de famille pour délibérer

(1) Locré, tom. 6, p. 195.

sur ses excuses, et faire ses diligences à ce sujet dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui a été faite de sa nomination. (439.)

Ce délai doit être 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 est non-recevable. (439.)

1157. Si ses excuses sont rejetées, il doit administrer provisoirement; (440) mais il peut se pourvoir devant le tribunal de première instance contre la rejection, en dirigeant sa demande contre les membres qui ont été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'essayer la conciliation. ( Art. 883 C. P. )

Et si l'excuse est admise par le tribunal, ceux qui l'avaient rejetée peuvent être condamnés aux dépens. (441 C. N., 132 C. P.)

Quel que soit le jugement du tribunal, il est soumis à l'appel. ( C. P. 889. )

SECTION VII.

De l'incapacité, des exclusions et destitutions  
de la tutelle.

---

NOTIONS GÉNÉRALES.

---

SOMMAIRE.

1158. *Les incapables ne peuvent être tuteurs quand ils y consentiraient.*  
1159. *Différence des causes d'exclusion et des incapacités.*  
1160. *Division de la section.*

---

1158. Nous avons dit que les excuses diffèrent des incapacités, en ce que celui qui a une excuse n'est pas inhabile à gérer la tutelle, et qu'il peut être tuteur s'il ne veut pas user de la dispense que la loi lui accorde.

Au contraire, les incapables ne peuvent être tuteurs quand ils le voudraient, quand même les parens y consentiraient, parce qu'ils n'ont pas ou sont censés ne pas avoir une capacité suffisante pour l'administration de la tutelle. *Prohibendi à præside etiamsi ultrò se offerant. Lib. 5, §. 10, de jure imm.*

1159. Les causes d'exclusion et de destitution diffèrent des incapacités, en ce que ceux

qui se trouvent dans le cas d'être exclus ou destitués, sont habiles à gérer la tutelle, comme ceux qui en sont dispensés; mais ils se sont rendus suspects par leur conduite.

L'exclusion a lieu si les causes en sont connues avant l'ouverture de la tutelle; si elles ne surviennent ou ne sont connues que depuis, elles donnent lieu à la destitution: les incapacités sont aussi des motifs d'exclusion.

1160. Après ces notions générales, nous examinerons, 1<sup>o</sup> les causes d'incapacités; 2<sup>o</sup> les causes d'exclusion ou de destitution; 3<sup>o</sup> comment l'exclusion ou la destitution sont prononcées.

### §. I<sup>er</sup>.

#### Des incapacités.

## S O M M A I R E.

1161. *Quatre causes d'incapacités.*

1162. *Elles s'opposent à la nomination si elles existent auparavant, elles la révoquent si elles surviennent depuis.*

1161. L'ARTICLE 442 déclare incapables d'être tuteurs ou membres des conseils de famille,

1<sup>o</sup> Les mineurs, excepté le père et la mère qui, étant émancipés par le mariage, ont le droit de faire tous les actes d'administration; (481.)

2° Les interdits, qui sont eux-mêmes en tutelle ;

3° Les femmes, autres que les mères et les ascendantes ;

4° Tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce dernier, sa fortune ou une partie considérable de ses biens sont compromis, parce qu'il ne faut pas mettre les devoirs de l'homme en opposition avec ses intérêts.

1162. Si ces causes existent au moment de l'ouverture de la tutelle, elles font obstacle à la nomination de l'incapable. Si elles surviennent depuis qu'il est nommé, elles font révoquer la tutelle, qui se trouve alors vacante; par exemple, si le tuteur nommé était interdit pour cause de démence. Mais le tuteur dont la nomination est révoquée, n'est pas considéré comme destitué, car la destitution imprime toujours une tache dans l'opinion. La révocation n'en imprime aucune.

## §. II.

*Des causes d'exclusion ou de destitution.*

---

### S O M M A I R E.

1163. Ces causes sont, 1° la condamnation à une peine afflictive ou infamante.

1164. 2° *L'inconduite notoire; étendue de cette expression.*
1165. 3° *L'incapacité ou l'infidélité.*
1166. 4° *L'interdiction d'être tuteur, prononcée correctionnellement.*
1167. *Le survivant des père et mère peut-il exclure un individu de la tutelle de ses enfans?*
1168. *Celui qui a été exclu ou destitué de la tutelle, ne peut être membre du conseil de famille.*
1169. *Les membres d'un conseil de famille dont les actes ont été annulés, ne peuvent voter dans la seconde assemblée.*
1170. *Les pères et mères exclus ou destitués, ne sont pas privés des droits attachés à la puissance paternelle.*
1171. *Il n'y a point d'autres causes d'exclusions ni d'autres incapacités que celles prononcées par le Code.*

1163. LES causes d'exclusion énoncées dans le Code sont,

1° La condamnation à une peine afflictive ou infamante; elle emporte même la destitution du tuteur de plein droit, et sans qu'il soit nécessaire de la faire juger. Il suffit de convoquer le conseil de famille pour nommer un autre tuteur. (443.)

1164. 2° Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice, les gens d'une inconduite notoire. (444.)

Expressions qu'il ne faut pas seulement entendre du défaut d'ordre dans les affaires; comme si un homme avait fait faillite, s'il avait été soumis à un conseil judiciaire, mais encore d'un dérèglement de mœurs notoire; comme si un homme avait subi à la police quelque condamnation pour des actions scandaleuses, s'il vivait dans un libertinage notoire; par exemple si, vivant avec sa concubine, il s'était reconnu le père de ses enfans. On ne pourrait laisser des mineurs, et sur-tout des filles, sous la garde d'un homme ainsi noté.

1165. 3<sup>o</sup> Sont encore exclus, ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité. (444.)

Tel serait le tuteur qui se serait emparé des biens sans inventaire.

Si l'incapacité qui résulte du défaut de connaissance des affaires n'a rien de reprehensible en elle-même, celui qui a la connaissance de son incapacité a dû faire gérer et administrer par un mandataire capable. Ses fautes graves dans l'administration de la tutelle, approchent du dol. (1)

1166. 4<sup>o</sup> Ceux à qui un jugement en ma-

(1) Si fraus non sit admissa, sed tota negligentia, quia ista propè fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet. L. 7, §. 1, ff. de suspect. tut.

rière correctionnelle a interdit d'être tuteur et curateur. (Art. 42, Code des délits et des peines.)

1167. Suivant le droit romain, (1) si le père ou la mère ont défendu de donner à leurs enfans telle personne pour tuteur, cette personne est exclue de la tutelle, sans que sa réputation puisse en souffrir.

Cette disposition paraît d'abord dans l'esprit du Code Napoléon, qui, en permettant au survivant des père et mère de nommer un tuteur à leurs enfans, semble lui permettre à plus forte raison d'exclure de la tutelle une personne en qui il n'a pas confiance. Cependant le silence du Code ne permet pas d'admettre pour cause d'exclusion la volonté d'un tuteur. Voyez ci-après le n° 1171.

1168. Tout individu qui a été exclu ou destitué d'une tutelle, ne peut être membre d'un conseil de famille, art. 445, dans la tutelle du mineur dont il s'agit ; mais il peut l'être en certains cas dans une autre tutelle, par exemple, s'il n'avait été exclu qu'à cause d'un procès avec le mineur.

1169. Les parens et le juge de paix qui ont pris part aux délibérations d'un premier con-

(1) L. 21, §. 1, ff. de tut. vel cur. dat.

seil, dont les opérations ont été annulées, ne sont point exclus du conseil qui doit être rassemble pour procéder à de nouvelles opérations, afin de réparer les irrégularités du premier. (1)

1170. Les causes d'exclusion ou de destitution s'appliquent également à toutes les espèces de tutelles.

Mais les père ou mère exclus ou destitués, ne sont pas privés des droits résultant de la puissance paternelle, qui peut être séparée de la tutelle, ainsi que nous l'avons déjà observé. La tutelle est une charge qui n'est établie qu'en faveur des pupilles. La puissance paternelle est un droit personnel des père et mère.

En permettant d'exclure ou de destituer les tuteurs contre lesquels il existe des motifs d'exclusion ou de destitution, le Code n'a point prononcé contre les père ou mère la déchéance des avantages que leur donne la puissance paternelle, et les tribunaux ne peuvent prononcer une peine qui n'a pas été prononcée par la loi.

1171. Au reste, il faut observer qu'il n'y

(1) Arrêt de la cour de cassation du 13 octobre 1807. Sirey, an 1807, pag. 373 et suiv.

a plus d'autres causes d'exclusion, d'autres incapacités que celles qui sont prévues par le Code, dont les dispositions à cet égard sont limitatives et non démonstratives, sans que les tribunaux puissent se permettre d'écarter de la tutelle ou du conseil de famille les individus dont la loi n'a pas prononcé l'incapacité ou l'exclusion.

Les personnes appelées à l'exercice d'un droit, d'une charge ou d'une fonction quelconque, n'en peuvent être exclues à raison d'incapacité ou d'indignité, que par un texte formel de la loi qui n'a rien voulu laisser en cette matière à l'arbitraire des juges : ils ne peuvent étendre les causes d'exclusion d'un cas à l'autre ; par exemple, l'inconduite notoire et l'infidélité sont déclarées par l'art. 444 causes d'exclusion ou de destitution d'une tutelle. Les tribunaux ont donc le droit le plus étendu d'examiner les actions d'un tuteur et de les juger ; mais ce pouvoir ne leur est pas donné à l'égard des membres d'un conseil de famille. L'art. 445 ne permet d'en écarter pour inconduite que ceux qui ont été exclus ou destitués d'une tutelle. Ce fait d'exclusion est donc le seul que les tribunaux aient à examiner, sans pouvoir connaître des faits qui tendent à inculper la moralité des membres du con-

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. II. 415*  
seil de famille, qu'on ne peut exclure que dans les cas spécialement prévus par les art. 442 et 445. (1)

### §. III.

*Comment sont prononcées l'exclusion ou la destitution.*

---

## S O M M A I R E.

1172. *C'est au conseil de famille à prononcer sur l'exclusion ou la destitution.*  
1173. *Qui doit provoquer la destitution.*  
1174. *Comment doit être prise la délibération.*  
1175. *Si la destitution est prononcée, on nomme de suite un nouveau tuteur.*  
1176. *Si le tuteur n'adhère pas, il continue ses fonctions jusqu'au jugement.*  
1177. *Comment la délibération doit être notifiée au tuteur destitué.*  
1178. *Contre qui il doit diriger sa demande.*  
1179. *Comment il peut s'opposer à l'homologation.*  
1180. *Si la destitution n'est pas prononcée, on peut se pourvoir contre la délibération.*  
1181. *Le jugement est soumis à l'appel.*
- 

1172. C'EST le conseil de famille qui doit prononcer sur la destitution ou l'exclusion du tuteur.

(1) Arrêt de la cour de cassation du 13 octobre 1807, rapporté dans le nouveau répertoire, v<sup>o</sup> tutelle, p. 178.

1173. Lorsque le subrogé-tuteur a connaissance que le tuteur est dans le cas d'être exclu ou destitué, il doit faire ses diligences pour convoquer le conseil de famille.

Le juge de paix peut et doit également faire cette convocation quand il apprend qu'il existe des motifs de destitution; il ne peut même se dispenser de faire la convocation, lorsqu'elle est requise par un ou plusieurs parens ou alliés du mineur au degré de cousin-germain, ou à des degrés plus proches, (446) quand même les requérans ne seraient pas membres du conseil.

1174. La délibération ne peut être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur, (447) qu'il faut citer à comparaître au jour fixé par le juge de paix, en observant les délais prescrits par l'art. 411, de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour indiqué pour comparaître, un intervalle de trois jours au moins, quand le tuteur réside dans la commune ou dans la distance de deux myriamètres; au-delà de cette distance, le délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres.

La délibération doit être motivée; et, si elle n'est pas unanime, l'avis de chacun des membres qui la composent doit être référé dans le procès-verbal. (C. P. 883.)

1175. Si la destitution est prononcée, on doit de suite procéder à la nomination d'un nouveau tuteur.

Si le tuteur destitué est présent, et qu'il adhère à la délibération, il en est fait mention dans le procès-verbal, et le nouveau tuteur entre aussitôt en fonction.

1176. S'il n'adhère pas, il doit continuer l'administration jusqu'au jugement à intervenir, puisque, suivant l'art. 448, ce n'est qu'en cas d'adhésion du tuteur destitué, que le nouveau entre aussitôt en fonction. (1)

1177. Si le tuteur était absent, la délibération doit lui être notifiée à la diligence du membre de l'assemblée qui aura été désigné par elle, conformément à l'art. 882 du Code de procédure, qui déroge en ce point à l'art. 448 du Code Napoléon, par lequel le subrogé-tuteur était chargé de poursuivre l'homologation.

1178. Il y déroge encore en ce que, suivant le Code Napoléon, le tuteur qui réclame devait diriger sa demande contre le subrogé-

(1) Ceci est contraire au droit romain, §. 7, inst. de suspect. tut. Meslé, des minorités, p. 294. Mais Bourjon atteste que, suivant l'usage du châtelet, le tuteur continuait de gérer la tutelle; Duparc-Poullain, dans ses principes, t. 1, p. 341, atteste le même usage pour la Bretagne.

tuteur, pour se faire déclarer maintenu dans la tutelle; au lieu que, suivant l'art. 883 du Code de procédure, c'est contre les membres qui ont été d'avis de la délibération, que le tuteur doit diriger son action.

Si l'homologation de la délibération était poursuivie avant que le tuteur eût formé sa demande, il doit s'opposer à l'homologation; car, lorsque le tuteur n'adhère pas, la délibération qui le destitue doit être homologuée; et si le membre nommé pour suivre l'homologation ne le faisait pas dans le délai fixé par la délibération, ou, à défaut de fixation, dans le délai de quinzaine, un autre membre pourrait poursuivre l'homologation contre le tuteur. ( C. P. 887. )

1179. Le tuteur destitué, qui veut s'opposer à l'homologation, peut le déclarer par acte extrajudiciaire à celui qui est chargé de la poursuivre, et qui doit alors appeler le tuteur à l'homologation; s'il n'était pas appelé, il pourrait former opposition au jugement.

1180. Si la destitution n'est pas prononcée, les membres qui ont été d'avis de la prononcer peuvent se pourvoir, en dirigeant leur action contre les parens qui ont été d'avis de la délibération, sans que ni dans ce cas ni

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. II. 419*  
dans celui du tuteur destitué qui réclame,  
il soit nécessaire d'essayer la conciliation.  
(C. P. 883.)

Les parens ou alliés qui ont requis la con-  
vocation peuvent intervenir dans la cause  
qui doit être instruite et jugée comme affaire  
urgente (449) et sommairement. (C. P. 884.)

Le procureur-impérial doit toujours être  
entendu. (C. P. 886.)

1181. Le jugement est soumis à l'appel. Ceux  
qui ont été d'avis de la délibération, peuvent,  
si elle est réformée, être condamnés aux dépens.  
(441.)

## SECTION VIII.

### *De l'administration du tuteur.*

---

L'ADMINISTRATION du tuteur s'étend sur la  
personne et sur les biens du pupille. Voyons  
d'abord ce qui concerne la personne.

#### §. I.

### *De l'administration de la personne pupille.*

---

## SOMMAIRE.

1182. On peut réduire les pouvoirs du tuteur à trois  
points.

1183. *L'entretien et l'éducation du mineur ne sont point à l'arbitraire du tuteur.*
1184. *Le conseil peut délibérer sur l'éducation du mineur et sur le lieu où il doit être élevé.*
1185. *Le tuteur même légitime ne peut exercer le droit de correction qu'avec l'autorisation du conseil.*
1186. *Droit de représenter le mineur.*



1182. CETTE administration est la partie principale de la charge de tuteur, et cependant le Code ne nous trace que peu de règles sur ce sujet important.

Nous avons vu aux titres de la puissance paternelle et de la tutelle naturelle, quelle est l'autorité des père et mère sur la personne de leurs enfans.

Le pouvoir des autres tuteurs, sur la personne des pupilles, est beaucoup moins étendu. On peut le réduire à ces trois points. (Art. 450 et 468.)

Prendre soin de la personne du mineur ;

Provoquer au besoin l'exercice du droit de correction ;

Représenter le pupille dans les actes civils.

1183. Le soin de la personne emporte l'obligation de pourvoir à l'entretien et à l'éducation du mineur ; mais ce point ne paraît pas abandonné à la seule volonté du tuteur.

Si l'art. 108 porte que le mineur aura son domicile chez son tuteur, ceci doit s'entendre d'un domicile de droit, plutôt que d'une résidence de fait; car le tuteur n'est pas le maître de retenir le pupille dans sa maison, de choisir celle où il doit demeurer, ni le genre d'éducation qu'il faut lui donner.

Suivant le droit romain, tous ces points étaient soumis à la décision du magistrat. (1)

Suivant le droit français antérieur au Code, c'était aux parens du mineur à délibérer sur son éducation, sur son entretien, sur la profession qu'il convenait de lui faire embrasser. (2)

Mais lorsque la mère existait, c'était à elle seule qu'appartenait l'éducation de ses enfans, quand même elle n'eût pas été tutrice. (3)

Sous l'empire du Code, la mère qui refuserait la tutelle n'en conserverait pas moins

(1) Voyez le titre du Digeste, *ubi pupillus educari vel morari debant*, etc. et *ibi Heinec; Meslé, traité des minorités*, pag. 284, n. 17 et suiv., et p. 253. Lacombe, v° tuteur, sect. 8, dist. 2, et v° éducation. L. 1, C. *ubi pupilli educari debeant*.

(2) Coutume de Bret., art. 485, art. 17 de l'édit. des tutelles, de décembre 1782. Le règlement des tutelles pour la Normandie; Duparc-Poullain, principes du droit, tom. 1, pag. 291.

(3) Voyez l'arrêt du 7 février 1753, en faveur de la comtesse de Prie; dans le nouveau Denisart, au mot éducation; Duparc, *ubi sup.*

seule l'éducation de ses enfans , en vertu de la puissance paternelle.

1184. Si l'on ne trouve aucune disposition particulière sur l'éducation du mineur , dans le cas de la tutelle ordinaire, il n'en faut pas conclure que le tuteur soit en droit de la diriger suivant sa volonté seule , et contre le gré des parens ; mais seulement que le Code abandonne ce soin important à la prudence du conseil de famille qui a droit de délibérer sur le lieu où le pupille doit être élevé, et sur l'éducation qu'il convient de lui donner. Sans cela, comment pourrait-il régler la somme à laquelle peut et doit s'élever la dépense annuelle du mineur, comme le veut l'art. 454 ?

C'est donc le conseil de famille qui doit régler tous ces points importans par sa délibération , et c'est au tuteur de la faire exécuter, en surveillant l'éducation du pupille, et en prenant soin de sa personne.

Si le conseil ne les a pas réglés , il est censé s'en être rapporté à la prudence du tuteur.

1185. Mais, dans ce cas là même , le tuteur ne peut exercer ni même requérir l'exercice du droit de correction sans l'autorisation du conseil de famille, auquel il doit porter ses plaintes ; et ce n'est qu'en vertu de cette auto-

risation accordée par le conseil, mais qu'il peut refuser, que le tuteur peut requérir la détention du mineur dans la forme que nous avons expliquée au titre de la puissance paternelle. (468.)

Le Code n'a même pas fait à cet égard, en faveur des tuteurs légitimes, c'est-à-dire, des aïeux, une exception qu'ils auraient peut-être méritée.

1186. Le droit de représenter les mineurs dans les actes civils, rentre à beaucoup d'égards dans l'administration de ses biens, puisque les actes civils dans lesquels le pupille est représenté par le tuteur, sont les contrats et les procès qui peuvent intéresser son état ou sa fortune.

Mais tous ces actes sont passés dans le nom du tuteur, et sans le concours du mineur : c'est en ce sens que le tuteur le représente dans les actes civils. Il y en a d'autres où le mineur comparait seul ; par exemple, à l'acte de son mariage, après avoir obtenu le consentement du conseil de famille ; en justice, lorsqu'il y est appelé en témoignage.

## §. I I.

*De l'administration des biens du mineur.*

## S O M M A I R E.

1187. *Division des actes du tuteur en trois classes.*
1188. *Il fait seul les actes d'administration sous sa responsabilité.*
1189. *Son premier devoir.*
1190. *Qu'est-ce que l'inventaire ?*
1191. *Le tuteur ne doit rien faire avant l'inventaire.*
1192. *Il est utile que les immeubles y soient référés.*
1193. *Les meubles doivent être prisés.*
1194. *Déclaration que le notaire doit faire faire au tuteur.*
1195. *Suites fâcheuses du défaut d'inventaire.*
1196. *Même en certains cas pour le subrogé-tuteur.*
1197. *Comment sont évalués les dommages et intérêts du mineur, et du serment in litem.*
1198. *Le testateur peut-il dispenser le tuteur de l'inventaire ?*
1199. *Le tuteur doit faire vendre les meubles, mais non les rentes.*
1200. *Comment les meubles doivent être vendus.*
1201. *Les pères et mères en sont dispensés ; suites de cette dispense.*
1202. *Peine du tuteur qui néglige de vendre.*
1203. *Le tuteur reçoit les revenus et les capitaux du mineur, et en fait le recouvrement sous sa responsabilité.*
1204. *Il peut recevoir le rachat des rentes ; comment se fait ce rachat.*
1205. *Sur quels points il doit consulter le conseil en entrant en fonctions.*

1206. Il ne peut passer des baux par anticipation.
1207. Il n'est pas astreint à exiger un cautionnement ou une hypothèque.
1208. Comment il peut se rendre fermier des biens du mineur.
1209. Comment il doit faire les réparations.
1210. Ce qu'il peut faire dépenser au mineur.
1211. Si le mineur peut abandonner ses revenus pour faire rayer la dépense du compte.
1212. Si le tuteur est tenu de nourrir le mineur pauvre.
1213. Obligation d'employer dans six mois les capitaux du mineur.
1214. Le tuteur peut garder une somme pour les avances, et comment.
1215. Il doit les intérêts faute d'emploi, et de quel jour.
1216. Même des sommes qu'il doit au mineur.
1217. Les intérêts sont capitalisés chaque année.
1218. Il en résulte un compte par échelle, onéreux pour le tuteur qui n'a pas colloqué.
1219. Le premier emploi est le paiement des dettes. Le tuteur peut se payer à lui-même.
1220. Il est obligé de faire la remise accordée par les autres créanciers.
1221. S'il doit consulter le conseil de famille sur les collocations.
1222. Actes par lesquels l'autorisation du conseil est nécessaire.
1223. Quand il faut que l'autorisation soit homologuée. Distinctions.
1224. Causes pour aliéner ou hypothéquer les biens du mineur.
1225. Des donations faites par le mineur dans son contrat de mariage.
1226. Il peut tester à seize ans.
1227. Conditions nécessaires pour vendre les biens du mineur.

1228. *Inconvéniens de la multiplicité des formes.*  
 1229. *Des ventes forcées par licitation.*  
 1230. *Défense aux juges, etc., de se rendre adjudicataires des biens des mineurs.*  
 1231. *Même défense au tuteur.*  
 1232. *Il ne peut accepter la cession d'aucun droit contre le pupille,*  
 1233. *Si ce n'est avec l'autorisation du conseil de famille.*  
 1234. *La prohibition ne s'étend pas à la subrogation légale.*  
 1235. *Comment le tuteur peut accepter une succession,*  
 1236. *Ou la répudier,*  
 1237. *Ou accepter une donation.*  
 1238. *Il peut défendre aux actions immobilières, et intenter les mobilières.*  
 1239. *Disposition de l'ancien droit relativement au procès.*  
 1240. *Pouvoir du tuteur relativement aux partages.*  
 1241. *Comment il peut transiger.*  
 1242. *Il ne peut compromettre.*

1187. LES actes du tuteur, relativement aux biens du mineur, peuvent être divisés en trois classes : dans les uns il agit seul, dans d'autres il a besoin de l'autorisation du conseil de famille; enfin, il en est d'autres pour lesquels il faut de plus l'homologation des tribunaux.

1188. Il a le droit de faire seul tous les actes de simple administration; et comme il est dans tous ces actes le mandataire légal et le représentant du pupille, ils ont la même

force que s'ils avaient été faits par le mineur émancipé ou devenu majeur. De là cette maxime, *tutor domini loco habetur.* (1)

Mais il doit administrer en bon père de famille, et il répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter de sa négligence ou de sa mauvaise gestion. (450.)

1189. Son premier devoir est de faire constater les biens dont l'administration lui est confiée. Si les scellés n'avaient pas été apposés avant sa nomination, il devrait se hâter d'en requérir l'apposition.

S'ils ont été apposés, il doit, dans les dix jours qui suivent sa nomination, requérir la levée des scellés, et faire immédiatement procéder à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé-tuteur. (451.)

1190. L'inventaire est un acte notarié qui contient le détail des biens de la succession, des meubles, effets, marchandises, argent, comptant, crédits, billets, titres et papiers laissés par le défunt; c'est, en un mot, le tableau de la succession.

1191. C'est par l'inventaire que le tuteur doit commencer sa gestion. (2) Il ne doit rien

(1) L. 27, ff. de adm. et peric. tut.

(2) *Nihil gerere antè inventarium factum eum oportet.* L. 7, ff. de adm. et peric. tut.

faire auparavant, si ce n'est les actes qui ne peuvent être différés. C'est l'inventaire qui est le fondement du compte de tutelle; c'est le titre qui justifie ce dont le tuteur a été chargé, et sur lequel est fondé le premier article de recette dans le compte qu'il doit rendre. C'est au moyen de la levée des scellés et de l'inventaire qui doit la suivre immédiatement, que le tuteur reçoit de la justice les biens qu'il doit administrer, et dont il doit rendre compte.

1192. Ainsi l'inventaire doit être exact, fidèle et complet; il doit contenir tous les biens; l'on devrait y référer même les immeubles. (1) Il peut y avoir des inconvénients à ne le pas faire; et si l'on est dans l'usage abusif de ne pas les y référer, c'est que l'inventaire des titres de propriété, des baux à ferme et autres papiers, supplée le plus souvent à l'indication et à la description des immeubles, en mettant à même d'en faire l'état.

1193. En faisant l'inventaire des meubles, il faut en faire faire le prisage, à leur juste valeur, par un expert qui prête serment devant le juge de paix. Les formalités de l'inventaire

(1) Montanus, de jure tutelarum, cap. 32. Meslé, des minorités, pag. 175.

sont expliquées dans le Code de procédure, art. 951 et suivans.

Il doit être fait par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins ayant les qualités requises par la loi du 25 ventôse an 11.

1194. Le notaire appelé pour recevoir l'inventaire, doit requérir le tuteur de déclarer s'il lui est dû quelque chose par le mineur; et faute de satisfaire à cette réquisition qui doit, ainsi que la déclaration, être consignée dans le procès-verbal, le tuteur est déchu de sa créance, (451) quand même elle serait constatée par un titre authentique.

La formalité de cette réquisition a été établie pour mettre le tuteur dans le cas de ne point ignorer la peine dont il est menacé. Il paraît donc que la déchéance ne serait pas encourue, si le notaire oubliait de faire la réquisition. (1)

1195. Le tuteur qui se serait emparé des biens du mineur sans inventaire, pourrait être destitué comme suspect. (2)

Le défaut d'inventaire fait perdre au survivant des père et mère la jouissance des biens des enfans, que la loi lui donnait en vertu de la puissance paternelle. (1442.)

(1) Loqué, pag. 267.

(2) L. 3, §. 6, ff. de suspect. tut. L. 13, §. 1, Cod. arbitr. ut. Meslé, des minorités, pag. 138.

Le tuteur qui se serait emparé sans inventaire des papiers du mineur, pourrait être déclaré déchu des sommes qu'il prétendrait lui être dues par le mineur. Il est même dans un cas moins favorable que celui qui aurait négligé de répondre à la réquisition du notaire en s'emparant des papiers sans inventaire ; il est présumé avoir supprimé la quittance.

1196. Le subrogé-tuteur, qui n'a point obligé le survivant des père et mère à faire inventaire, est tenu solidairement avec lui de tous les dommages et intérêts, et de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit du mineur. Cette responsabilité n'est point étendue au cas où le subrogé-tuteur n'a point obligé les autres tuteurs de faire inventaire, quoiqu'il y ait même raison de le décider.

1197. Suivant le droit romain, ces dommages et intérêts étaient évalués par le mineur devenu majeur, auquel le juge déférait le serment *in litem*. (1) Le mineur estimait lui-même la perte qu'avait pu, dans son opinion, lui occasionner le défaut d'inventaire, et affirmait par serment que sa perte pouvait être telle. Le juge pouvait réduire cette estimation, et ordonner que le mineur

(1) L. 7, ff. de adm. et peric. tut. L. 14, L. de in litem jurando.

en serait cru à son serment jusqu'à la concurrence seulement de telle somme.

Suivant notre coutume de Bretagne, (1) dans les cas où le serment *in litem* était admis, on exigeait qu'il fût précédé de la preuve par commune renommée; c'est-à-dire, que le demandeur faisait entendre des témoins pour attester que, suivant leur connaissance, la perte du demandeur pouvait s'élever à la somme qu'il fixait; et comme toute enquête est respectivo, le défendeur était admis à prouver le contraire, c'est-à-dire à informer de la moindre quotité de la perte. Le juge, après avoir entendu les témoins, pouvait dans sa prudence réduire la somme demandée, et ordonner que le demandeur serait cru à son serment, jusqu'à la concurrence de telle somme.

Cette marche qui était suivie dans tous les pays de droit coutumier, dans les cas où le survivant des époux avait négligé de faire rapporter un inventaire des biens de la (2) communauté, a été adoptée par l'art. 1442 du Code Nap., aussi pour le cas du défaut d'inventaire à la mort naturelle ou civile de l'un des époux, et cette disposition doit être appliquée à tous

(1) Art. 160 et *ibi*, Duparc-Poullain.

(2) Pothier, de la communauté, n. 882, tom. 2.

les tuteurs. Ce n'est que dans le cas où il est impossible de constater autrement la valeur des biens, qu'il faut, suivant l'article 1569, recourir au serment *in litem* (1) sur la valeur de la chose demandée.

1198. La loi 13, §. 1, C. *arbitrium tutela*, permet au testateur de dispenser le tuteur de faire l'inventaire. L'art. 507 de la coutume du Poitou, portait au contraire que la confection d'inventaire ne pouvait être prohibée par testament, et plusieurs auteurs pensaient que cette disposition devait être préférée à celle du droit romain, en sorte que les opinions et les autorités étant partagées, la question était douteuse. (2)

M. Malleville pense que le doute est levé par l'art. 451, qui n'a dispensé aucun tuteur, dans aucun cas, de faire un inventaire ; mais cet article ne parle que des cas ordinaires, et non de ceux où le testateur a dispensé le tuteur de faire inventaire : ainsi la question reste entière.

Les motifs de douter sont moindres sous l'empire du Code que sous l'ancienne jurisprudence, parce qu'il a beaucoup étendu la faculté de donner ; on reconnaissait autrefois,

(1) Sur ce serment, voyez Pothier, des obligations, n. 837, t. 2.

(2) V. Duparc-Poullain, principes du droit, tom. 1, pag. 260.

même sous la coutume de Poitou, (1) que le testateur pouvait, en nommant un exécuteur testamentaire, le dispenser de faire inventaire, par la raison que le testateur pouvant donner tous ses meubles à son exécuteur testamentaire, lorsqu'il est capable de recevoir, il peut, à plus forte raison, lui en confier l'administration sur sa bonne foi. (2)

Cette raison paraît décisive pour suivre la volonté du testateur dans tous les cas où il peut, suivant le Code civil, disposer de tous ses biens.

Mais lorsqu'il est soumis à une réserve légale, c'est-à-dire, lorsqu'il ne peut disposer d'une certaine quotité, l'inventaire est nécessaire pour connaître s'il n'a point excédé cette quotité.

1199. Dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, le tuteur doit faire 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 doit faire mention, *tous les meubles*, à l'exception de ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature. (452.)

[1] Boucheul, sur Poitou, art. 307, n. 7.

[2] Qui potest majus, potest et minus, dit Boucheul, L. 21; ff. de R. J. Ricard, des donations, part. 2, chap. 2, n. 87 et suiv.

Cet article n'excepte pas même les rentes dues au mineur, et qui sont déclarées meubles par l'article 529 du Code ; mais la loi du 24 mars 1806 contient une disposition relative aux rentes sur l'état. L'article 3 veut que les inscriptions ou promesses d'inscriptions au-dessus de 50 fr. de rente, ne puissent être vendues par les tuteurs ou curateurs, qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et suivant le cours légalement constaté. La vente peut être faite sans publication ni affiches, et l'autorisation du conseil de famille n'a pas besoin d'homologation.

Le motif de cette disposition est que la vente des meubles du mineur n'étant ordonnée que pour en placer le prix qui ne doit pas rester stérile, l'obligation de vendre ne doit pas s'étendre à des capitaux qui produisent une rente annuelle.

Quoique cette disposition n'ait été étendue par aucune loi aux rentes constituées et aux rentes foncières sur des particuliers, la raison de décider est la même. Il paraît donc que le tuteur ne peut vendre ces rentes sans l'autorisation du conseil de famille. Le silence de la loi à cet égard vient sans doute de ce qu'en discutant le titre de la minorité, on

ignorait que les rentes seraient déclarées meubles.

Quant aux rentes sur l'état de 50 francs ou au-dessous, les tuteurs peuvent, suivant l'article premier de la loi citée, en faire le transfert, sans qu'il soit besoin d'autorisation spéciale, ni d'affiches, ni de publication, mais seulement d'après le cours constaté du jour, et à la charge d'en compter comme du produit des meubles.

1200. Le Code Napoléon n'a point ordonné que les formalités prescrites pour la vente des meubles saisis fussent observées pour la vente des meubles des mineurs.

Le Code de procédure (945) n'a ordonné de suivre ces formalités, et encore avec des modifications, que dans le cas des ventes faites des meubles dépendant d'une succession, en exécution de l'art. 826 du Code; c'est-à-dire, lorsqu'il y a des créanciers saisissants ou opposans, ou bien si la majorité des cohéritiers juge la vente des meubles nécessaire pour l'acquit des dettes de la succession, et veut empêcher la minorité de prendre sa part en nature; parce qu'au premier cas la saisie ou opposition des créanciers, et au second l'insistance de la minorité des héritiers, rend la vente en justice nécessaire.

Mais ces formalités n'ont point été ordonnées pour la vente des meubles du mineur, lorsqu'il n'y a point de créanciers opposans ou saisissans ; et on peut observer que le Code Napoléon fait une différence marquée entre les ventes faites *suivant les lois de la procédure*, et les ventes simplement faites *aux enchères, après les affiches et publications accoutumées*.

L'art. 805 porte que l'héritier bénéficiaire ne peut vendre les meubles de la succession que par le ministère d'un officier public, *aux enchères, et après les affiches et publications accoutumées*.

L'article suivant, au contraire, porte qu'il ne peut vendre les immeubles que dans les formes prescrites *par les lois sur la procédure* ; expressions qu'emploie aussi l'art. 791, pour la vente des meubles susceptibles de déperir, autorisée par la justice, avant que l'habile à succéder ait pris qualité.

Des expressions si différentes dans des articles si rapprochés, prouvent qu'il existe une différence réelle entre la vente des meubles, faite *suivant les lois de la procédure*, et la vente aux enchères, *après les affiches et les publications accoutumées*.

Or, c'est ce dernier mode seulement que prescrit pour la vente des meubles du mineur l'art. 452, qui porte que « 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, etc. » (1)

Il n'est donc pas nécessaire de suivre pour ces ventes les formalités prescrites au titre des saisies-exécutions; et, dans l'usage, on ne les observe point.

On n'est obligé de les suivre que dans les cas où l'observation en est prescrite. V. les art. 945 et 952 du Code de procédure.

1201. Les père et mère, pendant qu'ils ont la jouissance des biens de leurs enfans mineurs, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent de les garder pour les remettre *en nature*, en les faisant priser à leur juste valeur par un expert nommé par le subrogé-tuteur, et qui prête le serment devant le juge de paix.

Mais ce droit, accordé au survivant des père et mère, n'empêcherait pas les créanciers de l'obliger à vendre les meubles pour payer les

(1) Au contraire, l'art. 619 du Code de procédure exige que l'apposition des placards soit constatée par exploit auquel sera annexé un exemplaire du placard.

dettes, s'il veut prévenir la saisie-exécution, dont les frais pourraient retomber personnellement sur lui.

Lors de l'émancipation ou de la majorité des enfans, les père et mère rendent la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature. (453.)

Il résulte de cet article qu'ils ne peuvent se dispenser de rendre en nature les meubles encore existant au moment de l'émancipation ou de la majorité de leur enfant; mais, s'ils en ont disposé, l'enfant ne pourrait pas les revendiquer vers ceux qui en seraient possesseurs; et si ces meubles avaient été mis à garnir la maison occupée par le survivant des père et mère, ils seraient affectés au privilège que l'art. 2102 accorde au propriétaire sur tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme.

Mais le mineur pourrait réclamer les meubles encore existant en nature, de préférence aux autres créanciers, puisqu'il en reste propriétaire, et que le survivant des père et mère n'en est que le gardien, à la charge de les rendre en nature.

1202. Le Code ne prononce point de peine particulière contre le tuteur qui a négligé de vendre les meubles; il était autrefois obligé de payer ce qu'on appelait la crue ou paris

qui consistait dans un quart de la valeur des meubles en sus du prisage. Cet usage était venu de ce qu'autrefois la monnaie de Paris valait un quart de plus que celle de Tours. Si les meubles étaient prisés 2000 liv., le tuteur, qui ne les avait pas fait vendre, était obligé de prendre charge d'un quart en sus, c'est à-dire, d'un capital de 2500 liv. : c'était l'indemnité légale au moyen de laquelle on croyait atteindre la juste valeur des meubles non vendus.

Le Code Napoléon et le Code de procédure ont abrogé cet usage, en ordonnant que les meubles seront prisés à leur juste valeur et sans crue. (C. N., art. 455, 825 et 268 ; C. P., art. 945, §. 3. )

Il n'en faut pas conclure que le tuteur, qui a négligé de rendre les meubles, en soit quitte pour se charger du montant du prisage : sa condition serait alors égale à celle des père et mère, en faveur desquels la loi a fait une exception. Si le Code n'a point, comme l'avait fait l'ancienne jurisprudence, fixé au quart de l'estimation l'indemnité ou les dommages et intérêts dus par le tuteur qui n'a pas vendu les meubles, c'est qu'il a laissé à la prudence des tribunaux le soin d'évaluer ces dommages et intérêts suivant les circonstances, soit au-dessus, soit au-dessous du quart du prisage.

Il pourra souvent arriver que la difficulté de les fixer, d'une manière précise, engagera les tribunaux à les porter, comme autrefois, au quart en sus du prisage, et en cela ils n'excéderaient pas leurs pouvoirs : il y aurait même peu à craindre que cette fixation renfermât une injustice contre le tuteur ; car, quelque chose qu'on fasse, il n'arrive presque jamais que les priseurs estiment une universalité de meubles à sa juste valeur.

1203. Le tuteur, en sa qualité d'administrateur et de mandataire légal du mineur, a le droit de recevoir non-seulement tous ses revenus, mais encore le prix de la vente des meubles, l'argent trouvé à la mort du défunt ; en un mot, tous les capitaux qui sont dus à son pupille, et dont il doit suivre le recouvrement, sous peine de répondre personnellement de sa négligence, des insolvabilités et des prescriptions qui pourraient survenir.

Cependant, si le tuteur était un ascendant personnellement intéressé dans une portion des crédits du mineur, on n'exigerait pas, avec la même rigueur, ni la preuve de l'insolvabilité des débiteurs, au commencement de sa gestion, ni la preuve des diligences, parce qu'outre la présomption d'affection, on

présumerait facilement que le défaut de poursuites, pour un crédit dans lequel l'ascendant était intéressé, a eu pour objet de prévenir les frais dont il n'eût pu obtenir le recouvrement, non plus que du capital.

Mais, en général, le tuteur n'est point en sureté, s'il n'a pas agi en tems utile et avant l'insolvabilité survenue; s'il n'a pas obtenu une condamnation, fait notifier et exécuter le jugement, sauf à l'huissier à rapporter un procès-verbal de carence de meubles.

Le tuteur serait excusé si l'insolvabilité était notoire, parce qu'en ce cas les frais auraient été en pure perte pour le mineur; mais comme cette notoriété peut devenir difficile à prouver au tems de la reddition du compte, la prudence exige que le tuteur fasse approuver son inaction par le conseil de famille.

1204. Le tuteur a droit de recevoir même le remboursement des rentes constituées ou foncières, parce que ce remboursement étant forcé, c'est un acte d'administration que de le recevoir; mais il ne peut liquider le rachat des rentes foncières dues à son pupille, que dans la forme et au taux prescrit par la loi du 29 décembre 1790; et les débiteurs, qui ne veulent pas demeurer garans du rachat, peuvent consigner le prix du rachat, lequel

ne doit être délivré au tuteur ou curateur qu'en vertu d'une ordonnance du juge, rendue sur les conclusions du procureur-impérial, auquel il doit être justifié du emploi. (Titre 2, art. 4.)

Le taux du rachat, lorsqu'il n'a pas été évalué par le contrat, est fixé au denier vingt pour les rentes dues en argent, et au denier vingt-cinq pour les rentes dues en grains, volailles, denrées, fruits de récoltes, services d'hommes, chevaux ou voitures. On ajoute un dixième aux capitaux, lorsque les rentes ont été créées sous la condition de non retenue des contributions.

L'évaluation du prix des grains se fait d'après les mercuriales ou appréciations du lieu où doit se faire le paiement, ou du lieu le plus prochain, s'il n'y en a pas dans le lieu. Pour former l'année commune, on prend quatorze années antérieures à l'époque du rachat; on retranche les deux plus fortes et les deux plus faibles, et l'année commune est formée sur les dix années restantes.

Il en est de même des rentes en volailles, agneaux, cochons, beurre et autres denrées, s'il en a été fait des estimations sur les registres des marchés.

S'il n'a point été tenu de registre du prix

de ces sortes de denrées, l'évaluation se fait d'après le tableau estimatif qui a dû être formé par les administrateurs; le tout sans déroger aux évaluations portées par les titres, coutumes et réglemens.

Les rentes stipulées en journées d'homme, chevaux ou voitures, sont également évaluées d'après le tableau estimatif qui a dû être formé par les administrateurs.

Quant aux rentes qui consistent en une certaine portion de fruits récoltés annuellement sur le fonds, on procède par des experts à une évaluation de ce que le fonds peut produire en nature dans une année commune; la quotité de la rente est ensuite fixée dans la proportion de l'année commune, et ce produit annuel est évalué dans la forme ci-dessus expliquée.

Pour éviter une estimation d'experts entre parties qui ont la liberté de traiter de gré à gré, le débiteur de la rente peut faire au propriétaire, par un acte extrajudiciaire, une offre réelle d'une somme déterminée; en cas de refus d'accepter l'offre, les frais de l'expertise sont supportés par celui qui l'a faite, ou par le refusant, selon que l'offre sera jugée suffisante ou insuffisante.

L'offre est faite au domicile du créancier, lorsque la rente est portable, et lorsqu'elle

est quérable au domicile que le créancier aura ou sera tenu d'élire dans le ressort du lieu où la rente devait être payée ; et, à défaut d'élection, à la personne du procureur-impérial.

Si l'offre est faite à un tuteur, il doit consulter le conseil de famille ; et si le conseil est d'avis de refuser, les frais de l'expertise resteront au compte du mineur, si l'offre est jugée suffisante, et le tuteur pourra les employer en frais d'administration.

Si le débiteur n'a point fait d'offre, c'est lui qui doit les frais d'expertise.

Les tuteurs et curateurs peuvent liquider à l'amiable le rachat des rentes foncières, et sans être obligés de recourir à des estimations par experts, pourvu que les évaluations soient faites par articles séparés, lorsque les rentes sont composées de redevances de diverses quotités et natures, et que chacun des articles indique la conformité de l'évaluation, avec le mode et le taux prescrits ; mais pour être à l'abri de toutes recherches personnelles, les tuteurs doivent faire approuver les liquidations par un avis de parens. Art. 11, titre 2.

1205. Lors de son entrée en exercice, le tuteur, autre que les père et mère, doit faire

régler tous les points de son administration sur lesquels le conseil de famille doit délibérer, tels que l'éducation des mineurs, le lieu où ils doivent demeurer, la somme à laquelle pourra s'élever leur dépense annuelle, ainsi que celle d'administration de leurs biens; faire décider s'il est besoin qu'il soit aidé dans sa gestion par un ou plusieurs régisseurs salariés, et gérant sous sa responsabilité.

Il est aussi prudent, s'il croit que l'intérêt des mineurs l'exige, qu'il se fasse autoriser à faire faire, jusqu'à une certaine somme, les réparations par économie ou marchés conventionnels, ainsi qu'à passer des baux conventionnels, sans être astreint d'affermier au plus offrant. Sans cela, les baux que le tuteur aurait faits sans formalités ne seraient pas nuls; mais il pourrait être, suivant les circonstances, exposé à voir critiquer son administration.

1206. Il ne peut passer de baux par anticipation. Il faut suivre à cet égard les règles prescrites pour l'administration des maris, par les art. 1429 et 1430; c'est-à-dire que le tuteur ne peut passer des baux pour un tems qui excède neuf ans, ni les renouveler plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de

deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons. (Art. 1718.)

1207. Aucune loi ne lui prescrit d'exiger, pour sureté des baux, des cautionnemens qui peuvent souvent écarter de bons fermiers. On ne pourrait donc, sur le seul motif qu'il a négligé d'exiger un cautionnement ou une hypothèque, le rendre responsable des insolabilités survenues à des fermiers qui n'étaient pas insolvables lorsqu'ils ont entré.

1208. Le tuteur, au reste, ne peut se rendre fermier des biens du mineur, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé-tuteur à lui en passer bail. (150.)

# 1209. Il doit entretenir les biens en bon état et comme un bon père de famille. Les réparations ordinaires et de simple entretien doivent être faites sans formalités; quant aux grosses réparations, elles doivent être faites par adjudication au rabais, après affiches, à moins que le tuteur ne soit autorisé par le conseil de famille à les faire par économie.

1210. Si la dépense annuelle des mineurs a été réglée par le conseil de famille, le tuteur ne peut leur faire dépenser au-delà. Ce règlement est une loi qu'il ne peut excéder, sauf à convoquer le conseil pour délibérer sur une

augmentation, en cas qu'elle devienne nécessaire.

S'il avait négligé de la faire régler, cette faute ne le priverait pas d'avoir la reprise dans son compte, des dépenses légitimes qu'il aurait faites pour les pensions, entretien et éducation des mineurs, pourvu qu'elles n'excédassent pas leurs revenus.

Si elles étaient débattues, elles seraient réglées par la justice, eu égard au revenu, à la qualité des mineurs, et à ce qu'il en a pu coûter. Ces dépenses seraient extrêmement réduites, si le tuteur ne représentait pas de quittances.

En fixant la dépense du mineur, on doit en général la régler d'une manière tellement modérée, qu'il y ait toujours, s'il est possible, quelque économie sur les revenus, afin de pourvoir aux cas imprévus.

On tient pour maxime en cette matière que la dépense du mineur ne peut en aucun cas excéder son revenu net, déduction faite des charges, rentes et réparations. (1) Mais cette maxime est sans application quand il s'agit des

(1) Meslé, traité des minorités, pag. 250 et suiv.; Bourjon, droit commun de la France, pag. 49; Lacombe, jurisprudence civ., v<sup>o</sup> tuteur, sect. 8, dist. 2; Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, p. 292; les arrêtés de Lamignon, Pigeau, procéd. civile, t. 2, p. 383.

dépenses utiles ; (1) c'est au juge à examiner ce qui est de l'intérêt du pupille, et s'il était du devoir du tuteur de faire la dépense qu'il a faite ; et c'est par cette raison qu'on retrancha du projet de Code un article qui proposait de faire une loi de la maxime, qu'on ne peut faire dépenser au mineur au-delà de son revenu. Une règle trop rigoureuse sur ce point, aurait gêné les juges dans les exceptions raisonnables que la loi ne peut prévoir ; par exemple, (2) lorsque les biens d'un mineur opulent, ou qui a l'espérance d'une grande fortune, se trouvent tellement chargés d'usufruits ou de rentes viagères, que ses revenus sont momentanément insuffisans pour lui donner une éducation convenable à son état, on peut alors vendre ou emprunter.

Mais, dans tous les cas, le tuteur se ferait difficilement allouer des dépenses supérieures aux revenus du mineur, s'il n'avait pas consulté le conseil de famille.

1211. Du principe que le tuteur ne peut faire dépenser au mineur plus que le revenu net de son bien, on a conclu que, lors de la reddition du compte, le mineur a le choix

[1] Meslé, p. 438.

[2] Meslé, *ibid.*

d'abandonner tous ses revenus à son tuteur, (1) pour faire rayer tout le chapitre de la dépense et se tenir respectivement quittes, au moyen de quoi le surplus de la dépense devient une perte pour le tuteur, pourvu néanmoins que le mineur abandonne ses revenus pour tout le tems de la tutelle; car il ne pourrait faire cet abandon pour quelques années seulement, et refuser de le faire pour les autres.

Mais cet abandon même général de tous les revenus ne serait point admis, si le tuteur prouvait que l'excédant de la dépense a été employé d'une manière utile ou nécessaire pour le mineur, par exemple, à payer des dettes légitimes.

1212. Si les mineurs étaient sans biens, le tuteur ne serait pas obligé de les nourrir (2) du sien. Il n'y a que les ascendans qui soient tenus de fournir des alimens à leurs enfans et petits-enfans.

Dans notre ancienne jurisprudence, les parens étaient obligés de contribuer à la nourriture et à l'entretien des mineurs pauvres. (3)

(1) Meslé, pag. 250 et 194. Bourjon, pag. 49.

[2] *Si qui egeni sint pupilli de suo eos alere tutor non compellitur*; L. 3, §. ult.; ff. ubi pupillus educ. Malleville, pag. 457; Meslé, pag. 250.

[3] Voyez l'art. 532 de la coutume de Bretagne, et *ibi.*, Duparc-Poullain.

Cette action en contribution, dont le Code ne parle point, a paru abrogée par ce silence même, et la cour d'appel de Rennes a déchargé les parens de toute contribution, à compter de la promulgation du Code, quoiqu'il existât des rôles de contributions antérieurs à cette promulgation.

L'abrogation des coutumes qui obligeaient les parens à contribuer à la nourriture des pauvres mineurs, est due originairement au beau projet de supprimer la mendicité en France, projet malheureusement resté sans exécution.

En attendant, si les mineurs restés sans revenus avaient des capitaux ou des espérances en fortune, le conseil de famille trouverait le moyen de subvenir à leur éducation, soit en permettant de prendre sur les capitaux, soit en autorisant un emprunt. (1)

A l'égard des mineurs absolument pauvres et sans espérance, il ne reste plus que la ressource de les mettre en service, ou de les faire recevoir dans un hospice.

Il serait à désirer que les pauvres orphelins en bas âge fussent admis dans les hospices destinés aux enfans abandonnés au moment de leur naissance, qui, suivant la loi du 27

[1] Malleville, sur l'art. 454.

frimaire an 5, sont nourris gratuitement aux frais de l'état.

1213. Le tuteur est obligé d'employer utilement, dans le délai de six mois, tous les capitaux du mineur, c'est-à-dire, l'argent comptant, le produit de la vente du mobilier, de la rentrée des crédits, des remboursemens de rente; enfin, l'excédant des revenus sur la dépense que la loi met au rang des capitaux. (1)

Il doit faire déterminer, par le conseil de famille, la somme à laquelle commencera l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense; faute de quoi, il doit, après le délai de six mois, en payer les intérêts, quelque modique que soit la somme. (455 et 456.)

1214. Comme il n'est pas obligé de faire des avances pour le mineur, il peut faire ordonner qu'il lui restera en main, et sans intérêts, une somme (2) suffisante pour subvenir aux dépenses imprévues; faute de quoi, il est tenu de tout colloquer.

1215. Le délai de six mois pendant lequel le tuteur peut garder les capitaux sans intérêts n'étant établi que pour lui donner le tems de

(1) L. 58, §. 1., ff. de administr. et peric. tut.

(2) V. in pandect. de admin. et peric. tut., n. 10.

trouver une collocation solide, on ne doit pas l'accorder aux tuteurs qui ont employé à leur usage les deniers du pupille : « *Quod spatium seu laxamentum temporis tribui non oportet, his qui nummos impuberum, aut adolescentium in suos usus converterunt.* » L. 7, §. 11, ff. de admin. et peric. tut. (1)

Le tuteur qui n'a pas colloqué dans les six mois, est présumé avoir employé les deniers à son usage, s'il n'a pas eu soin de prendre une délibération du conseil de famille, qui le dispense de colloquer les deniers, et l'autorise à les garder sans intérêts. (2) Ainsi, faute de collocation ou d'une délibération du conseil de famille qui en dispense, l'intérêt dû par le tuteur doit commencer au jour qu'il a reçu les sommes, et les articles 455 et 456, qui accordent six mois pour garder ces sommes sans intérêts, ne s'appliquent qu'au cas où le tuteur a colloqué.

1216. Au reste, le tuteur doit également de plein droit l'intérêt des sommes dont il est débiteur envers son pupille, faute d'en faire l'emploi, *debit à se ipso exigere.* (3)

[1] Meslé, p. 204.

[2] Domat, des engagemens des tuteurs, n. 23 et 27; Malleville, sur l'article 456.

(3) Bourjon, droit commun de la France, tom. I, p. 48, édit. de 1746.

1217. Les intérêts des deniers pupillaires qui sont payés au tuteur sont réunis chaque année aux capitaux et à l'excédant des revenus sur la dépense pour produire de nouveaux intérêts, parce qu'ils deviennent eux-mêmes des capitaux. (1)

Il en est de même des intérêts dus par le tuteur. On distingue deux personnes dans le tuteur qui est débiteur du pupille.

Tout administrateur qui est en même temps débiteur, doit chaque année porter en compte les intérêts des sommes qu'il doit et qui se trouvent ainsi capitalisés. (2) Ces intérêts entrent dans l'excédant des revenus sur la dépense; cet excédant doit être employé, l'intérêt en est dû faute d'emploi. (3)

1218. Il en résulte un compte par échelle, dont la progression rapide et effrayante doit avertir les tuteurs d'être fort exacts à faire déterminer la somme à laquelle commencera pour eux l'obligation de colloquer.

1219. La première collocation doit être le paiement des dettes exigibles, même de ce

(1) L. 7, §. 12 et 58; §. ult., ff. de admin. et peric. tut.

(2) Brunneinan sur la loi 7, ff. de admin. et peric. tut.

(3) Malleville, sur l'art. 456.

qui peut être dû au tuteur, car il peut se payer lui-même. (1)

Ainsi la créance du tuteur est éteinte par compensation du moment où il a en main une somme disponible suffisante pour se payer; mais l'extinction légale ne s'opère que du moment où il a cette somme, car il n'est pas obligé de se rembourser par parties.

1220. Mais le tuteur créancier du mineur, qui traite avec les autres créanciers moyennant une remise à laquelle le mauvais état des affaires les fait consentir, est obligé de faire lui-même une remise égale, (2) à moins qu'il ne fût créancier privilégié ou hypothécaire; car alors il aurait un motif pour ne pas subir la loi commune.

1221. Le tuteur n'a pas besoin de prendre l'avis du conseil de famille pour employer les deniers du mineur à payer les dettes; mais la prudence ne lui permet pas de faire les autres collocations sans le consulter, surtout lorsqu'elles sont importantes. L'ordonnance d'Orléans, (art. 202) qui était sur ce point la loi générale, l'édit des tutelles de

[1] L. 9, §. 5, ff. de admin. et peric. tut. L. 8. C. qui dar. tut. Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, p. 270.

[2] L. 59, ff. de admin. et peric. tut. Bourjon, ubi sup. p. 51.

1752, qui était la loi particulière en Bretagne, ne permettaient de faire aucune collocation sans l'avis des parens; (1) faute de les avoir consultés, la collocation était aux risques du tuteur; le mineur pouvait la lui abandonner et rester créancier de la somme colloquée dont le tuteur payait les intérêts, sauf à lui à disposer de l'emploi.

Si l'on ne trouve dans le Code aucune disposition sur ce point, il n'en faut pas conclure que le tuteur soit dégagé de toute responsabilité, et libre d'employer, comme il lui plaît, les deniers du mineur. Si le tuteur avait prêté sans hypothèque suffisante ou sans caution solvable, il serait exposé à répondre des insolabilités, suivant les circonstances. (2)

Les collocations en terres pourraient aussi donner lieu à des contestations, si elles étaient faites à un prix trop élevé, si le tuteur les avait faites dans le dessein de favoriser le vendeur, si elles n'étaient pas à la convenance du mineur. (3)

Dans le silence du Code, ces questions sont abandonnées à la prudence du magistrat. Le

[1] Bourjon, *ibid*; Meslé, pag. 200 et suiv. Duparc-Poullain, t. 1, p. 268.

(2) Car il pourrait aussi n'être pas jugé responsable. L. 50. ff. de admin. et peric. tut. Meslé, p. 201 et p. 181; Bourjon, p. 48.

(3) L. 7, §. 2, ff. de admin. et peric. tut. Meslé, p. 202.

tuteur qui aurait négligé de consulter le conseil de famille, au moins d'une manière générale, lors de son entrée en exercice, ( art. 454 ) devrait être jugé avec rigueur.

1222. Les tuteurs, même le père ou la mère, ne peuvent, sans y être autorisés par le conseil de famille, emprunter pour les mineurs, aliéner ni hypothéquer leurs immeubles, ( 457 ) s'en rendre adjudicataires, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre leurs pupilles, ( 450, 1596 ) accepter ni répudier une succession ( 461 ) ou une donation, ( 463 ) introduire en justice une action relative aux droits immobiliers des mineurs, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, ( 464 ) provoquer un partage, ( 465 ) transiger, ( 467 ) compromettre ni déférer le serment.

1223. Entre les actes que nous venons d'énumérer, et qui excèdent les pouvoirs des tuteurs, il y en a pour la validité desquels l'autorisation du conseil de famille ne suffit pas ; il faut de plus l'autorité de la justice.

Il y en a d'autres, au contraire, pour lesquels il suffit que le tuteur soit autorisé par le conseil de famille, sans qu'il soit nécessaire de faire homologuer la délibération.

L'art. 457 met sur la même ligne, et comme ne pouvant être faits sans l'autorité de la justice, les actes d'emprunt faits pour le mineur, les actes d'aliénation ou de création d'hypothèque sur ses immeubles. Il y a cependant, à l'égard des emprunts, des distinctions à faire pour l'intérêt même des mineurs, s'il s'agissait de faire un emprunt sans hypothèque, pour payer une dette certaine et exigible; il suffirait de consulter le conseil de famille pour lui faire voir que le tuteur n'a pas en mains des deniers suffisans, et pour régler les conditions de l'emprunt, sans qu'il fût besoin des frais onéreux et inutiles d'une homologation.

S'il s'agissait de rembourser une dette hypothécaire et exigible, le tuteur pourrait emprunter sur la même hypothèque, après avoir consulté le conseil de famille. Il suffirait de faire, de l'une des manières prescrites par l'art. 1250, subroger le prêteur dans les droits et hypothèques du créancier auquel la somme serait comptée; car la situation du mineur restant la même, il ne pourrait critiquer un emprunt dont l'emploi utile serait prouvé, et cela quand même le conseil de famille n'aurait pas été consulté.

Hors ces cas, le tuteur ne peut emprunter pour le mineur ni hypothéquer ses immeubles

sans une autorisation du conseil de famille, motivée sur une cause de nécessité absolue ou d'un avantage évident, et prise après avoir constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisans.

Cette délibération ne peut être exécutée qu'après que le tuteur en a demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal civil de première instance, qui statue en la chambre du conseil sur les conclusions du procureur impérial, (458) lequel doit s'opposer à l'homologation, lorsqu'il trouve que ces formes ont été violées, ou que la délibération est contraire aux intérêts du mineur.

Mais il ne peut en aucun cas se porter appellant du jugement d'homologation, parce qu'au civil il ne peut exercer son ministère par voie d'action, (1) mais seulement par voie de réquisition, dans les procès dont les tribunaux sont saisis.

(1) La loi du 24 août 1790, tit. 8, art. 2. V. l'arrêt rendu par la cour de cassation, le 26 août 1807. Sirey, an 1807, pag. 437-450.

Il faut excepter les trois cas suivans : 1<sup>o</sup> il peut faire annuler les mariages faits en contravention à l'art. 184; 2<sup>o</sup> requérir que les enfans soient confiés à un autre qu'à l'époux qui a obtenu le divorce; [art. 302] 3<sup>o</sup> provoquer l'interdiction des furieux et même des personnes attaquées de démence, qui n'ont ni époux, ni épouses, ni parens connus. Art. 491.

1224. Les causes les plus ordinaires pour autoriser l'hypothèque ou l'aliénation des biens des mineurs, outre le payement d'une dette exigible et pressante, sont les réparations d'une nécessité urgente et constatée, le besoin de procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux. (1)

1225. Cette dernière cause est tellement favorable, que, suivant le Code, le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir, sans l'autorité de la justice, toutes les conventions dont ce contrat est susceptible. Les conventions et donations qu'il y fait sont valables, pourvu qu'il ait été assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. (1598.) Il peut donner de cette manière tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint, (1095) et sans être restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage. (1509.)

1226. Le mineur parvenu à seize ans accomplis peut aussi par testament, et sans aucune autorisation, donner jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. (904.)

[1] Malleville, sur l'art. 457.

1227. Quant à la vente des biens du mineur, faite soit par le tuteur, soit par le mineur émancipé, il faut, pour qu'elle soit valable,

1° L'autorisation du conseil de famille; (457--484.)

2° Une cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident; (457.)

3° Le conseil doit indiquer les immeubles qui doivent être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles; *ibid.*

4° L'homologation de la délibération, comme dans le cas de l'emprunt; *ibid.*

5° En homologuant la délibération, le tribunal nomme par le même jugement un ou trois experts, suivant que l'importance des biens paraît l'exiger, et ordonne que sur leur estimation les enchères seront publiquement ouvertes devant un membre du tribunal, ou devant un notaire commis par le même jugement; (C. P., 955.)

6° Enfin, la vente doit être faite en présence du subrogé-tuteur, après toutes les formalités prescrites par le tit. 6, liv. 2 du Code de procédure. Art. 459.

Les ventes ainsi faites sont irrévocables et ne peuvent être rescindées même pour lésion d'outre moitié. (1684.)

1228. Mais ces formalités sont si multipliées et si minutieuses, qu'au lieu d'être avantageuses aux mineurs, elles leur deviennent onéreuses, ruineuses même, lorsque l'objet à vendre est modique.

D'ailleurs elles dégoûtent les acquéreurs qui craignent devoir un jour attaquer la vente, sous prétexte d'omission de quelques-unes des formalités.

1229. Lorsqu'il s'agit d'une vente provoquée par un copropriétaire, en vertu d'un jugement qui ordonne la licitation, l'autorisation du conseil de famille est inutile, parce que la vente est forcée; (460) mais il faut suivre les autres formalités, et procéder de la manière prescrite au titre des partages et licitations dans le Code de procédure.

1230. Il est défendu aux juges, suppléans, procureurs - généraux et impériaux, aux substituts et aux greffiers du tribunal où se poursuit et se fait la vente, de se rendre adjudicataires, à peine de nullité de l'adjudication, et de tous dommages et intérêts, ( art. 713, C. P., junct., art. 965) même dans le cas où les enchères sont reçues devant un notaire à ce commis par le tribunal. ( C. P., 965.)

1231. Il est également défendu au tuteur de

se rendre adjudicataire des biens du mineur, par lui ou par personne interposée, sous peine de nullité; (1596, 450) et l'art. 450 n'a pas même étendu à ce cas l'exception qu'il a faite relativement aux baux à ferme qu'il permet au tuteur de prendre, lorsque le conseil de famille a autorisé le subrogé-tuteur à les lui passer.

1252. Le Code défend encore (art. 450) au tuteur d'accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille. Cette disposition est originairement tirée de la nov. 72, chap. 5, (1) qui voulait même que le tuteur cessionnaire perdît son droit et ses avances, sans pouvoir rien exiger du mineur, et sans aucun recours contre le cédant.

Cette rigueur n'avait jamais été suivie dans nos pays de coutume. On accordait au tuteur la reprise de la somme qu'il avait déboursée pour le prix du transport; mais la nullité de la cession empêchait le tuteur d'être subrogé dans les droits et hypothèques du créancier avec lequel il avait traité, (2) et cela quand même il eût prouvé qu'il n'avait pas en main des deniers du pupille suffisants pour acquitter

(1) D'où est tirée l'authentique *minores* sur la loi 8, Cod. qui dare tut. V. Meslé, pag. 320.

(2) V. Duparc-Poullain, principes du droit, tom. 1, pag. 310.

la dette au moment où la subrogation avait été faite, parce qu'il était en faute de n'avoir pas consulté les parens qui auraient pu trouver des arrangemens plus avantageux, ou qui auraient pu, par tendresse pour le mineur, faire des avances gratuites. Ainsi, malgré la subrogation, le tuteur ne pouvait ni demander les intérêts de ses avances, comme eût fait le subrogeant, ni exercer les hypothèques de ce dernier sur les biens du pupille.

1155. Mais la cession ou subrogation était valide (1) jusqu'à la concurrence seulement de la somme avancée par le tuteur, s'il ne l'avait acceptée qu'avec l'autorisation des parens, et après leur avoir prouvé, par un bref état de compte, qu'il n'avait pas en mains de deniers appartenant au pupille.

C'est encore ainsi que cette question devrait être décidée dans l'esprit du Code, et par une juste extension de l'exception contenue dans l'art. 450, relativement aux baux à ferme.

1254. Il ne paraît pas que la prohibition d'accepter la cession d'aucun droit ou créance contre le pupille, doive être étendue à la subrogation légale qui se fait de plein droit, sans cession de la part du créancier, dans le

(1) Renusson, de la subrogation, ch. 9, n° 22; Duparc-Poul., *ubi sup.*, p. 310.

cas de l'art. 1251; par exemple, le tuteur qui serait obligé solidairement avec le mineur, pourrait, sans consulter le conseil de famille, acquitter de ses deniers la dette commune, pour se délivrer d'une solidarité onéreuse; et il serait subrogé dans les droits et hypothèques du créancier, non par la cession de ce dernier, mais par la force de la loi.

Cependant s'il était prouvé dans la suite, par le compte qu'il doit rendre, qu'il avait en mains des deniers suffisans pour acquitter la portion du mineur, la subrogation légale n'aurait aucun effet, et le tuteur ne pourrait employer dans son compte que le capital qu'il aurait avancé, et non pas les intérêts, comme subrogé aux droits du créancier commun.

1255. Suivant l'art. 461, le tuteur ne peut accepter les successions échues au mineur que sous bénéfice d'inventaire : il doit même prendre l'avis du conseil de famille, quoique cette formalité ne serve, en ce cas, qu'à occasionner des frais inutiles. La défense d'accepter purement et simplement, a eu pour objet de retrancher les procès que faisait naître la restitution accordée au mineur contre l'acceptation d'une succession onéreuse.

1256. Le Code permet (461) au conseil de

famille d'autoriser le tuteur à répudier une succession, parce qu'il peut arriver que les biens soient insuffisans pour payer les frais qui seraient alors une perte pour le mineur.

Mais si la succession répudiée n'a pas été acceptée par un autre, elle peut être reprise par le mineur devenu majeur, ou par le tuteur autorisé par une nouvelle délibération du conseil de famille, sans pouvoir néanmoins attaquer les ventes et autres actes légalement faits durant la vacance. (462.)

Au reste, quoique la répudiation d'une succession soit une sorte d'aliénation d'un droit acquis, l'art. 461 n'exige point que la délibération, qui autorise le tuteur à répudier, soit homologuée en justice, (1) pour être exécutée comme le veut l'art. 458, dans le cas d'une aliénation d'immeuble. Ainsi le mineur ne pourrait pas reprendre la succession au préjudice de l'acceptation d'un autre héritier, sous prétexte que la délibération n'a pas été homologuée.

1257. L'art. 463, contraire à l'art. 7 de l'ordonnance de 1751, ne permet pas au tuteur d'accepter une donation pour le mineur, sans l'autorisation du conseil de famille. Nous en

(1) Dans l'ancien droit, il fallait un décret de justice. Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, p. 287.

parlerons plus longuement au titre des donations.

1238. En défendant au tuteur d'introduire en justice aucune action relative aux droits immobiliers du mineur, ni d'acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille, (464) le Code lui permet implicitement d'intenter seul les actions relatives aux droits mobiliers; car il peut faire tous les actes d'administration que la loi ne lui interdit point.

C'est un des devoirs du tuteur de poursuivre tous les droits appartenant à son pupille, et de le défendre dans les procès qu'il peut avoir. Les lois romaines laissaient sur ce point des droits très-étendus aux tuteurs. (1) Cependant ils pouvaient être personnellement condamnés aux frais, s'ils avaient fait un mauvais procès dans le nom du mineur, *si ratio litigandi non fuit*, dit la loi 78, §. 2, ff. de leg. 2°. (2)

1239. L'ancienne jurisprudence française défendait au tuteur d'intenter un procès pour le mineur sans l'avis d'un conseil, sous peine d'être condamné à dédommager le mineur

(1) V. Meslé, p. 182 et suiv.

(2) V. aussi L. 6. cod. de admin. tut. et ibi Gothof. L. 6. ff. de admin. et peric. tut.

contre lequel la condamnation était exécutée, sauf son recours. (1)

La coutume de Bretagne, art. 513, en avait fait une disposition positive, et l'art. 17 de l'édit des tutelles permettait de nommer des conseils, par l'avis desquels le tuteur serait obligé de se conduire dans l'administration de la tutelle.

Les administrateurs en général, (2) tels que les maires et officiers municipaux, les administrateurs des hospices, des fabriques, etc., ne peuvent intenter ni suivre un procès sans autorisation et sans conseil.

Dans le silence du Code, pour éviter les reproches en cas de mauvais succès, le tuteur fera prudemment de consulter des avocats de réputation. Le conseil de famille pourrait même, comme autrefois, désigner celui ou ceux par l'avis desquels le tuteur devra se conduire.

1240. Le Code fait à l'égard des partages la même distinction qu'à l'égard des actions immobilières. Le tuteur ne peut provoquer un partage sans l'autorisation du conseil de famille, mais il n'en a pas besoin pour répondre à une demande en partage dirigée

(1) Meslé, p. 437; Bourjon, t. 1, p. 46.

(2) V. les articles 54 et 56 de la loi du 14 décembre 1790, celle du 29 vendémiaire an 5, le recueil de Sirey, an 12, page 280 et suiv.; an 13, page 220 et 246.

contre le mineur ; (465) c'est un acte d'administration nécessaire et forcé, qui entre dans les attributions du tuteur.

Quant à la forme que doivent avoir les partages dans lesquels les mineurs sont intéressés, nous renvoyons au titre des successions, chapitre 6.

1241. Le pouvoir de transiger a toujours été considéré comme excédant les bornes de l'administration des tuteurs. (1) La coutume de Bretagne leur défendait expressément de compromettre, transiger et déferer serment dans les causes relatives à des immeubles ou à des meubles riches et précieux, sans la double formalité de l'avis des parens et de l'autorité de la justice. Les transactions passées sans ces formalités étaient nulles.

L'article 467 du Code ne permet au tuteur de transiger qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur-impérial au tribunal de première instance.

La transaction n'est valable qu'autant qu'elle a été homologuée par le tribunal de première

(1) Inest enim transactioni alienatio. D'Argentré, sur l'art. 509 de la nouv. coutume de Bretagne. Meslé, pag. 190, n° 22. L. 46, §. ult. de admin. et peric. tut. L. 28, ff. de pact. L. 22, Cod. eod.

instance, après avoir entendu le procureur-impérial.

En suivant la marche tracée par cet article, le tuteur doit commencer par faire nommer les trois jurisconsultes, prendre après cela leur avis sur les conditions auxquelles il peut et doit transiger, le présenter ensuite au conseil de famille, qui peut alors donner son autorisation en connaissance de cause, puis passer la transaction, et enfin la faire homologuer sur les conclusions du procureur-impérial.

Dans l'usage, l'ordre de cette marche est souvent interverti. Le tuteur commence par se faire autoriser du conseil de famille, rédige ensuite le projet de transaction, puis fait nommer trois jurisconsultes pour l'examiner et avoir leur avis ;

Ou bien il rédige d'abord le projet de transaction, le présente au conseil de famille pour se faire autoriser, fait ensuite nommer les trois jurisconsultes pour prendre leur avis, et fait enfin homologuer la transaction.

Cette interversion dans la marche légale n'est pas sans inconvéniens, puisqu'il en résulte nécessairement que le conseil de famille délibère sans avoir sous les yeux l'avis des juris-

consultes qui doivent l'éclairer dans les affaires épineuses.

Néanmoins cette irrégularité n'opère pas la nullité de la transaction, et ne serait pas un motif pour la faire rescinder lorsqu'elle a été homologuée par le tribunal civil, sur les conclusions du procureur-impérial chargé de veiller à l'observation des formes.

1242. Les lois romaines ni l'ancienne jurisprudence française ne permettaient point aux tuteurs de compromettre dans les affaires de leurs pupilles : le Code civil garde le silence sur ce point ; mais le Code de procédure y supplée, et défend, art. 1004, de compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communications au ministère public.

Or, l'art. 85, §. 6, met au nombre de ces contestations les causes des mineurs, et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur.

Compromettre, c'est se choisir des juges dans la place de ceux que la loi a nommés : cette faculté n'est accordée aux citoyens que dans leurs propres affaires, et seulement à ceux qui jouissent de la plénitude de leurs droits.

Cependant, dans les affaires compliquées, dont les plaidoiries et l'instruction seraient

dispendieuses, les parties conviennent souvent de remettre respectivement leurs pièces et mémoires à un ou à plusieurs jurisconsultes, pour s'en rapporter à leur avis, qui est rédigé en forme de jugement, qu'on passe ensuite par expédient sur les conclusions du ministère public. Les tribunaux favorisent, indiquent même, en certains cas, cette manière d'épargner des frais qui pourraient souvent surpasser le principal.

## SECTION IX.

### *Des comptes de la tutelle.*

#### SOMMAIRE.

1243. *Tous tuteurs sont comptables.*
1244. *Quels sont ceux qui doivent des états de situation.*
1245. *Par qui doit être rendu le compte définitif.*
1246. *A qui il est rendu.*
1247. *Où il doit l'être.*
1248. *Il peut l'être à l'amiable, si le pupille est devenu majeur.*
1249. *Nullité des traités faits entre le tuteur et le pupille, s'ils n'ont été précédés d'un compte.*
1250. *Comment le compte est rendu, si le pupille est mineur.*
1251. *Aux frais de qui, en quoi consistent ces frais.*
1252. *Le jugement doit commettre un juge pour recevoir le compte.*
1253. *Le comptable doit affirmer son compte.*
1254. *Marche à suivre par celui qui désire le rendre.*
1255. *Comment il peut être contraint à le rendre.*

1256. *De la présentation et affirmation de compte.*
1257. *Le rendant doit payer de suite le reliquat s'il y en a un.*
1258. *Forme du compte.*
1259. *Méthode à suivre dans chaque chapitre.*
1260. *Si toutes les dépenses doivent être justifiées par des pièces.*
1261. *A quelle époque on juge de l'utilité des dépenses.*
1262. *Comment se comptent les intérêts.*
1263. *Avantage de distinguer en chapitres les objets de même nature.*
1264. *Il y a quatre objets de recette.*
1265. *On distingue aussi plusieurs espèces de dépenses.*
1266. *L'oyant ne peut exiger la refonte du compte, lorsqu'il contient la recette; la dépense et la balance.*
1267. *Pièces dispensées de l'enregistrement.*
1268. *Toutes les pièces doivent être communiquées.*
1269. *Marche de la procédure.*
1270. *Comment le résultat du compte est fixé.*
1271. *Le tuteur peut payer au mineur émancipé, assisté de son curateur.*
1272. *Les revisions de compte sont défendues.*
1273. *Quand le tuteur doit les intérêts du reliquat sans demande.*
1274. *Quand les intérêts courent en faveur du tuteur.*
1275. *L'action de compte se prescrit par dix ans.*
1276. *Cette prescription ne s'applique point au reliquat de compte,*
1277. *Ni à l'action en rectification pour erreur, etc.*
1278. *L'action en nullité des traités faits entre le tuteur et le mineur, se prescrit par dix ans,*
1279. *Ainsi que l'action du tuteur contre le mineur.*

1243. **TOUT** tuteur, même le père ou la mère, doit rendre compte de sa gestion lorsqu'elle finit. (469.)

1244. Mais, outre ce compte définitif, les tuteurs, autres que les père ou mère, peuvent être obligés de remettre au subrogé-tuteur des états de situation aux époques fixées par le conseil de famille, sans qu'ils puissent être astreints à en fournir plus d'un chaque année. (470.)

Ces états sont rédigés sans frais, sur papier non timbré, sans aucune formalité de justice. Ils remplacent les comptes provisoires auxquels l'édit des tutelles assujettissait les tuteurs, (1) et que la commission, chargée de rédiger le projet de Code, proposait de rétablir, mais qui furent rejetés. Les états de situation ont moins de solennités; mais ils suffisent pour mettre le subrogé-tuteur en état d'exercer, sur la conduite du tuteur, la surveillance dont la loi le charge, et de provoquer sa destitution s'il apperçoit de l'infidélité ou de l'ineptie.

Mais il résulte de l'art. 470, que le subrogé-tuteur ne peut exiger ces états lorsque le conseil de famille n'a pas imposé au tuteur l'obligation d'en remettre à des époques fixées.

(1) Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, pag. 297.

A l'égard du compte définitif, il faut examiner par qui, à qui, où et dans quelle forme il doit être rendu, et quand est prescrite l'obligation de le rendre.

1245. Ce n'est pas seulement le tuteur, mais tous ceux qui ont géré même provisoirement les biens du mineur, qui doivent rendre compte. Ainsi cette obligation est imposée,

1° A la mère qui n'accepte pas la tutelle naturelle, mais qui doit gérer jusqu'à la nomination d'un autre tuteur; (394.)

2° A la mère remariée, à son nouveau mari, pour le tems qu'elle a indûment géré la tutelle; (394.)

3° Au tuteur dont les excuses rejetées d'abord par le conseil de famille, ont été admises par le tribunal, et qui doit administrer provisoirement pendant le litige; (440.)

4° Au curateur au ventre, qui doit gérer les biens jusqu'à l'accouchement de la femme qui se trouve enceinte au décès du mari;

5° Aux héritiers du tuteur, qui sont responsables de la gestion de leur auteur, et tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

1246. Le compte est rendu au mineur devenu majeur, si la tutelle finit par la majorité; à

ses héritiers, si elle finit par la mort du mineur; au mineur émancipé, mais assisté d'un curateur, (480) si elle finit par l'émancipation; enfin, au nouveau tuteur, si elle finit par la mort, par la destitution ou l'exclusion du premier tuteur. Mais le compte doit alors être rendu en présence du subrogé-tuteur; car si, d'un côté, il est du devoir du nouveau tuteur d'exiger le compte de la gestion de son prédécesseur, de faire rentrer ce qui est dû, et de se faire délivrer les biens, les titres et les papiers du mineur;

D'un autre côté, ce compte tient lieu, à l'égard du nouveau tuteur, de l'inventaire qui est fait à l'ouverture de la première tutelle, et auquel le subrogé-tuteur doit nécessairement assister. C'est ce compte qui constate l'état dans lequel le nouveau tuteur prend la tutelle et les biens dont il est chargé. Il se trouverait donc n'avoir point eu de contradicteur dans l'acte qui constitue sa charge, s'il pouvait recevoir et arrêter seul le compte de la gestion de son prédécesseur: il faut donc le concours du nouveau tuteur; mais il n'est pas besoin de consulter le conseil de famille.

1247. Le compte étant une suite de la tutelle, l'action en reddition de compte doit être poursuivie devant les juges du lieu où la tutelle

a été déférée, (C. P. 527) ou devant les juges du lieu où le subrogé-tuteur a été nommé, dans le cas des tutelles naturelle ou légitime.

1248. Si le mineur est devenu majeur, il n'est pas nécessaire que le compte soit rendu en justice; (1) il peut l'être à l'amiable, ou devant des arbitres, sous seing-privé, ou devant notaires : maître de ses droits, le majeur peut adopter la forme qui lui plaît.

1249. Pourvu néanmoins que le compte soit détaillé et soutenu de pièces; car tout traité, et par conséquent tout arrêté de compte entre le tuteur et le mineur devenu majeur est nul, s'il n'a pas 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. (472.) Ce récépissé doit contenir l'inventaire (2) des pièces communiquées; il ne suffirait pas d'un reçu dans lequel le mineur devenu majeur reconnaîtrait en général avoir été ressaisi des pièces justificatives, ou de la liasse de son compte.

1250. Si le pupille est encore mineur, quand

[1] Ordonnance de 1667, tit. 29, art. 22. Malleville, sur l'art. 473.

(2) Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, p. 304; arrêté du 17 décembre 1706, journal des audiences, t. 5.

même il serait émancipé, le compte ne peut être rendu qu'en justice, sauf, après la reddition, à transiger sur les débats dans la forme prescrite par l'art. 467.

1251. Le compte est rendu aux frais du mineur, et le tuteur en fait l'avance. (417.) On appelle les frais du compte dépenses communes, (C. P., 532) parce qu'elles sont faites tant pour satisfaire l'oyant, que pour décharger le rendant compte. Ces frais ne peuvent consister que dans les frais de voyages, s'il y a lieu, les vacations de l'avoué qui a mis en ordre les pièces du compte, les grosses et les copies, les frais de présentation et affirmation. (C. P., p. 532.)

Les contestations qui naissent sur les débats du compte, la procédure faite et le jugement obtenu pour contraindre le tuteur à rendre son compte, sont dans le cas ordinaire des dépens auxquels celui qui succombe doit être condamné. (473.)

1252. Le jugement qui condamne à rendre compte doit fixer le délai dans lequel il sera rendu, et commettre un juge pour le recevoir. (C. P., 530.)

1253. Le comptable ou le tuteur, soit qu'il provoque la réception de son compte, soit

que la demande de le rendre lui ait été formée, doit présenter et affirmer son compte devant un juge commis par le tribunal.

1254. Si le comptable rend son compte de son propre mouvement, il peut prendre du président du tribunal une ordonnance qui nomme un commissaire pour cette opération; et en vertu de cette ordonnance, il fait donner assignation à l'oyant aux jour et heure fixés par le commissaire, pour voir présenter et affirmer le compte, et en même tems assigner aux délais ordinaires, pour voir juger ledit compte.

1255. Si le rendant laisse passer le délai fixé par le jugement pour présenter son compte, il peut y être contraint par saisie et vente de ses biens, jusqu'à la concurrence d'une somme que le tribunal doit arbitrer. Il peut même y être contraint par corps, *si le tribunal le juge convenable.* ( C. P., art. 534. )

1256. La présentation et affirmation du compte est un procès-verbal du juge-commissaire, lors duquel le comptable en personne, ou son procureur spécial, présente le compte et affirme qu'il est véritable.

Cette formalité qui doit son origine à l'ancien usage de faire prêter aux parties différens

sermens dans le cours des procédures, fut insérée dans l'ordonnance de 1667, d'où elle a passé dans le Code de procédure civile, quoique depuis long-tems reconnue pour inutile, (1) puisque le compte n'en doit pas moins être signifié. (556.)

1257. Après le compte présenté et affirmé, si la recette excède la dépense, le tuteur doit payer l'excédant ou le reliquat, sans attendre le jugement du compte; sinon l'oyant peut, sans approbation du compte, requérir du juge-commissaire un exécutoire de cet excédant; c'est-à-dire, une ordonnance qui enjoint au tuteur de payer, et qui est rendue exécutoire par la formule ordinaire au nom de l'Empereur. (C. P., 552.)

Disposition tirée de notre ancienne jurisprudence, et d'une justice évidente. Le rendant qui se reconnaît débiteur par son compte, ne peut avoir de prétexte pour retarder le paiement de ce reliquat.

1258. Le préambule du compte ne doit pas contenir plus de six rôles; l'excédant ne passerait pas en taxe. (C. P., art. 551.)

Le compte doit nécessairement être composé de deux chapitres; le premier, des recettes effectives, qui doit énoncer, article par article,

(1) Duparc-Poullain, principes du droit, t. 10, p. 752.

et date par date, ce que le tuteur a reçu effectivement ;

Le second, des dépenses ; il doit aussi être rangé article par article, et date par date. (1)

Ces deux chapitres doivent être terminés par la récapitulation ou la balance des recettes et dépenses. On fait ensuite un chapitre particulier des objets à recouvrer s'il en existe, (C. P., 533) dans lequel on détaille aussi, article par article, ce que le comptable n'a pu recevoir et qu'il rend à l'oyant.

Suivant l'ordonnance de 1667, le compte devait être composé de trois chapitres. Le premier devait contenir non-seulement les recettes effectives, article par article, mais encore ce que le tuteur avait dû recevoir ; c'est-à-dire, tous les objets à recouvrer dont il se chargeait fictivement.

Le second chapitre contenait la dépense, le troisième les reprises qui consistaient dans les objets non recouverts par le tuteur, et qu'on appelait reprises, parce qu'il les reprenait dans le chapitre de la recette pour s'en décharger et les rendre à l'oyant.

Ensuite on faisait la balance de la somme à laquelle montait la recette, avec celle à laquelle s'élevaient la dépense et les reprises

(1) Meslé, des minorités, p. 402, et ibi, Dumoulin.

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. II.* 481  
réunies, et, si la recette excédait, l'oyant  
pouvait prendre un exécutoire de l'excédant.

Le motif de cette méthode, que la commission avait proposé de suivre dans le projet de Code, était que, s'il y avait faute ou négligence du tuteur dans le recouvrement des crédits, l'article était rayé du chapitre de reprise, et par ce moyen la charge que le tuteur en avait prise dans le premier chapitre devenait réelle et effective.

Enfin, le chapitre de la reprise faisait voir d'un seul coup-d'œil s'il y avait des négligences de la part du tuteur. C'était, de plus, un état des recouvrements qui restaient à faire, et qui servait de mémoire à l'oyant.

La méthode adoptée par le Code de procédure civile revient au même. On a cru qu'elle avait l'avantage de faire appercevoir plus promptement l'excédant de la recette effective sur les dépenses. Ce chapitre particulier des objets à recouvrer, que le rendant doit ajouter, ou qu'à son défaut l'oyant peut faire, tient lieu du chapitre de la reprise; il indique également et les négligences du tuteur et les recouvrements qui restent à faire; et si le tuteur est jugé en faute sur l'un des articles de ce chapitre, on l'ajoute à la recette.

1259. La méthode la plus claire à suivre dans chacun des chapitres de la recette et de la dépense, est d'expliquer les objets en détail, article par article, et suivant l'ordre chronologique de chaque recette et de chaque dépense, en indiquant sur chaque article les pièces au soutien : les articles de la dépense doivent être justifiés, autant qu'il se peut, par des pièces cotées par nombres ou par lettres.

1260. Il y a néanmoins toujours quelques menues dépenses qu'on ne peut prouver par pièces, et qu'on alloue sur l'assertion du comptable. (1) C'est pour cela qu'on a introduit la formalité de l'affirmation du compte, exigée par le Code de procédure, art. 535.

C'est aussi par cette raison que le conseil d'état rejetta la proposition insérée dans le projet de Code, de n'allouer au tuteur que les dépenses justifiées par pièces. Le Code (417) se borne à dire qu'on allouera toutes dépenses suffisamment justifiées, sans fixer le genre de preuves par lesquelles elles doivent l'être.

1261. Il ajoute que leur objet doit être utile ; sur quoi il faut remarquer que c'est au moment où la dépense a été faite qu'il faut

(1) Rodier, sur l'article 8, titre 29 de l'ordon. de 1667, et ibi Dumoulin.

juger de l'utilité, et non par l'événement. Si une maison réparée par un tuteur était consumée par le feu, ou renversée par un ouragan, les frais de la réparation n'en seraient pas moins alloués, quoique devenus inutiles, au mineur.

1262. L'ordre chronologique, où l'on suit exactement celui des dates, est sur-tout nécessaire pour distinguer ce qui doit produire des intérêts, et de quel jour ils doivent courir. On fait année par année, le calcul de la dépense et de la recette, afin que l'excédant produise des intérêts pour l'année suivante; et comme les intérêts de l'année précédente entrent toujours dans l'excédant de la recette sur la dépense, il se trouve que le tuteur paie l'intérêt des intérêts, s'il a négligé d'employer les deniers du pupille; ce qui est une conséquence nécessaire des articles 455 et 456.

1263. On peut aussi, lorsque l'administration de la tutelle est fort étendue et embrasse une grande variété d'objets, distinguer par des chapitres ou paragraphes les différents genres de recette et de dépense. Cette méthode a l'avantage de réunir, sous un seul point de vue, ce qui est relatif à la suite d'une même affaire.

1264. En général, on peut distinguer quatre objets de recette, 1° le dépouillement de l'inventaire qui est la base du compte; on y comprend l'argent comptant, le prix de la vente des meubles ou leur juste valeur, s'ils n'ont pas été vendus.

La comparaison du cahier de vente avec l'inventaire sert à découvrir ceux qui ne l'ont pas été.

2° Les revenus ordinaires du mineur, c'est-à-dire les loyers et fermages, les arrérages de rentes et les intérêts des capitaux placés, et même de ceux qui n'ont pas été employés en tems utile;

3° Les crédits du mineur que le tuteur a recouvrés ou dû recouvrer; les remboursements des rentes s'il en a été fait, etc.;

4° Les dommages et intérêts dont le tuteur est tenu, soit pour avoir laissé dégrader les immeubles, soit par d'autres fautes dont il doit répondre.

1265. On peut aussi distinguer plusieurs espèces de dépenses :

1° Dans le cas de la tutelle naturelle, les reprises et droits matrimoniaux du père ou de la mère, qui doivent avoir été réglés contradictoirement avec le subrogé-tuteur, et

qui, s'ils ne l'ont pas été, doivent l'être avec le mineur devenu majeur ;

2° Les frais de scellés, d'inventaire, et les dépenses communes dont nous avons parlé ;

3° Les dépenses annuelles pour l'entretien et la conservation des biens, les réparations et contributions, les arrérages des rentes passives et les intérêts des capitaux dus par le mineur ;

4° Les capitaux des dettes passives, et les dépenses imprévues causées par accident ou force majeure ;

5° Enfin, les nourriture, pension et entretien du pupille.

1266. Pourvu que le tuteur ait mis dans son compte les deux chapitres de recette et de dépense, et la récapitulation ou la balance de ces deux chapitres, ainsi que l'exige l'art. 533 ; le surplus de la forme dépend de lui, le compte est son ouvrage ; il n'est pas obligé de le composer au gré de son pupille, qui n'a que la voie d'exposer dans ses débats les fautes et les omissions que son tuteur a faites, sans pouvoir exiger qu'il refonde le compte dans une forme nouvelle.

Mais le désordre et la confusion qui règnent dans un compte, élèvent toujours contre le rendant une prévention désagréable, parce

qu'on ne peut les attribuer qu'à l'incapacité ou à la mauvaise foi.

A l'incapacité, s'il n'a pas su y mettre l'ordre et la clarté nécessaires pour en rendre l'intelligence et la discussion faciles.

A la mauvaise foi, s'il y a mis une confusion artificieuse, à dessein de cacher ses fautes ou de surprendre.

1267. Les quittances de fournisseurs, ouvriers, maîtres de pension et autres de même nature, produites comme pièces justificatives du compte, sont dispensées de l'enregistrement. ( C. P., art. 537. )

1268. L'oyant compte peut exiger que toutes les pièces, sans exception, soient communiquées à son avoué sous récépissé, ( C. P., art. 556 ) même celles qui sont de nature à ne pouvoir se recouvrer quand une fois elles s'égarerent, la loi n'ayant point fait de distinction sur ce point.

Mais dans le cas où ces pièces seraient perdues, il en serait responsable, et tenu d'allouer, tels qu'ils sont présentés, les articles du compte qui y ont rapport; il doit s'imputer d'avoir égaré les pièces fournies par le rendant. (1)

1269. La marche de la procédure à suivre dans l'instance de compte, est tracée par le

(1) V. le nouveau Denisart, v<sup>o</sup> compte, pag. 50.

Code de procédure, qui offre aux parties un moyen d'abrégé les écritures, de s'entendre et de s'accorder sur les points contentieux du compte, en leur ordonnant de se présenter devant le juge-commissaire aux jour et heure par lui indiqués, pour fournir débats, soutenemens et réponses *sur son procès-verbal*. (C. P., 538.)

Ainsi le commissaire, après avoir entendu les parties, dresse un procès-verbal des consentemens donnés par l'oyant sur tous les articles qui sont admis ou alloués, de ses débats sur ceux qu'il refuse d'admettre, des soutenemens du rendant, c'est-à-dire des raisons qu'il a pour soutenir ces articles, et enfin des réponses faites aux soutenemens par l'oyant, qui doit toujours parler ou écrire le dernier, parce que le rendant compte est considéré comme demandeur. (1)

Si les parties ne s'accordent pas, le commissaire ordonne qu'il en sera par lui fait rapport à l'audience, et les parties sont tenues de s'y trouver sans aucune sommation. (C. P., 539.)

L'ordonnance de 1667, (tit. 29, art. 14 et 15) défendait aux juges-commissaires de faire aucun procès-verbal d'examen de compte, et

(1) Meslé, pag. 386 et 404.

aux parties de s'assembler dans la maison du juge-commissaire, pour mettre par forme d'apostille, en marge de chaque article, les consentemens, débats et soutenemens des parties. Cette défense venait sans doute de ce que les commissaires étant érigés en titre d'office, procédaient à ces procès-verbaux par vacation, dont les salaires étaient onéreux aux mineurs.

Néanmoins, comme l'ordonnance avait déclaré ne point déroger à l'usage observé par les commissaires du châtelet de Paris, on avait continué d'y dresser des procès-verbaux, et de mettre en apostilles les consentemens, les débats et soutenemens. C'est cet usage qui a été adopté pour tous les tribunaux; il ne peut plus entraîner d'abus, aujourd'hui que les commissaires sont des juges salariés par l'état, qui ne perçoivent point de vacations.

1270. Le résultat du compte est fixé, soit par un jugement qui doit contenir le calcul des recettes et des dépenses, et le reliquat précis s'il y en a, (530, C. P.) soit par un traité ou transaction qui ne peut être valide, à moins qu'il ne soit passé dans la forme prescrite par l'art. 467 ci-dessus expliqué, si le pupille est encore mineur, mais qui, s'il est majeur, peut être passé dans quelque forme

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. II. 489*  
que ce soit, pourvu qu'il ait été précédé d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant, dix jours au moins avant le traité; (472.)

1271. Dans l'ancienne jurisprudence, fondée sur l'édit des tutelles, le tuteur ne pouvait remettre le reliquat de son compte au mineur émancipé. Il était obligé de le colloquer, sous peine de devenir responsable de l'administration des biens du mineur après son émancipation, et de tous dépens, dommages et intérêts.

Suivant l'art. 482 du Code civil, c'est le curateur qui est chargé de surveiller l'emploi des capitaux mobiliers que le mineur émancipé ne peut recevoir sans son assistance.

Mais la responsabilité rigoureuse établie contre les tuteurs par l'ancienne loi, n'a point été prononcée contre les curateurs.

1272. Le Code de procédure, (541) conforme en cela à l'ordonnance de 1667, défend de procéder à la revision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, à en former leurs demandes devant les mêmes juges, sans que la partie lésée ait le choix de se pourvoir par

appel de la clôture du compte, comme le permettait l'ordonnance de 1667.

1273. Lorsque le compte est rendu contradictoirement avec le mineur, le reliquat dû par le tuteur porte intérêt sans demande du jour de la clôture du compte ; (494) et depuis cette époque, les intérêts cessent de courir contre le tuteur, qui n'est plus obligé de colloquer. La seule masse du reliquat produit des intérêts jusqu'au jour du paiement.

Mais si, au lieu de se présenter pour demander ou recevoir son compte, le mineur émancipé ou devenu majeur, appelé pour recevoir son compte, laissait défaut, le tuteur, s'il se trouvait reliquataire par l'issue du compte qui serait reçu sur le défaut de l'oyant, garderait les fonds comme dépositaire, sans intérêt, et sans être obligé de donner caution, quoiqu'en ce cas les autres rendant compte soient tenus de donner caution ou de consigner pour se dispenser de payer les intérêts. (C. P., 542.) (1)

La raison de différence vient de ce que ce n'est point en vertu d'un nouvel engagement

[1] Cet article est tiré de l'ordonnance de 1667, tit. 29, art. 13; mais il est rédigé avec moins de clarté, et plus général. Le Code de procédure n'exige point que l'oyant compte soit absent, comme l'exigeait l'ordonnance; il suffit qu'il soit défaillant.

que les deniers restent entre ses mains, mais en vertu de son ancien mandat et de sa qualité de tuteur. Le choix des parens, ou la loi qui lui a déferé la tutelle, font présumer sa fidélité.

1274. Les intérêts de ce qui est dû au tuteur par le mineur ne courent que du jour de la sommation de payer, faite après la clôture du compte. (474.)

1275. L'action de compte, et toute action relative aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter du jour de la majorité. (475.)

Cette action durait autrefois trente ans; mais le Code n'a pas voulu prolonger, pendant un tems aussi long, la responsabilité des tuteurs, dont la condition est d'ailleurs fort onéreuse. Il assure leur tranquillité et celle de leurs héritiers, en proscrivant les recherches tardives du majeur parvenu à l'âge de trente-un ans révolus, sans avoir demandé compte.

1276. Mais cette prescription de dix ans ne s'applique qu'à l'action de compte, et aux autres actions pour faits de la tutelle, comme celles qui tendent à rendre le tuteur responsable de sa gestion : lorsque ces actions ont

été exercées, et que le tuteur s'est reconnu débiteur d'une somme, ou a été condamné de la payer, la dette qui en résulte ne se prescrit que par trente ans. La réclamation de cette dette n'est pas relative aux faits de la tutelle qui ont été discutés; c'est une action qui naît de l'arrêté du compte.

1277. L'action en rectification des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois qui se sont glissés dans le compte, ne se prescrit également que par trente ans.

1278. Quant à l'action en nullité de traités faits entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sans avoir observé les formalités prescrites par l'art. 472, c'est-à-dire, sans avoir été précédés d'un compte détaillé et de la remise des pièces dans les dix jours précédens, etc., elle se prescrit par dix ans, en vertu de l'art. 1304; et le délai se compte du jour que le traité a été passé, et non du jour de la majorité du mineur.

La demande en nullité d'un pareil traité n'est point une action relative aux faits de la tutelle, mais à un fait postérieur; c'est une action qui naît de la surprise faite au mineur devenu majeur. On ne peut donc appliquer ici la disposition de l'art. 475; autrement, il

en résulterait que les dix ans accordés pour faire annuler un pareil traité auraient couru avant même qu'il existât ; ce qui retombe dans l'absurdité.

1279. Il reste à voir si l'action du tuteur contre le mineur devenu majeur se prescrit par dix ans, aussi bien que celle du mineur contre le tuteur. Supposons que le mineur ait laissé passer dix ans depuis sa majorité sans demander son compte, par l'issue duquel il craignait de se trouver débiteur, le tuteur peut-il l'assigner pour voir présenter, affirmer et juger son compte, et être condamné d'en faire le reliquat ?

La raison de douter est que l'article 475 ne soumet à la prescription de dix ans que les actions du mineur devenu majeur, contre son tuteur, et non celles du tuteur contre le mineur.

Mais il faut remarquer que les obligations du tuteur et du mineur sont corrélatives et indivisibles, ainsi que les actions qui en naissent. Si le mineur a contre son tuteur l'action directe, *directa actio tutelæ*, pour demander compte de ses biens, le tuteur a l'action contraire, *actio tutelæ contraria*, pour demander la reprise de ses avances. On ne peut donc croire que la dernière action subsiste après que l'autre est prescrite. Si l'article 475

ne parle que de l'action directe du mineur, c'est parce que c'est le cas le plus ordinaire; il est rare que le tuteur soit créancier.

### CHAPITRE III.

#### *De l'émancipation et de la fin de la tutelle.*

#### SOMMAIRE.

- 1280. *La tutelle finit de cinq manières.*
- 1281. *De l'émancipation des anciens romains.*
- 1282. *Origine de l'émancipation pratiquée en France.*
- 1283. *Définition de l'émancipation.*
- 1284. *De l'émancipation tacite.*
- 1285. *De l'émancipation expresse qui est de deux espèces.*
- 1286. *Par qui elle est accordée.*
- 1287. *A quel âge.*
- 1288. *Comment elle s'opère.*
- 1289. *Si le mineur peut demander à être émancipé.*
- 1290. *Comment se fait l'émancipation pour fait de commerce.*
- 1291. *Elle peut être limitée à certain genre de commerce.*
- 1292. *Comment elle peut être étendue aux mineurs non commerçans.*
- 1293. *Effet de l'émancipation relativement à la personne.*
- 1294. *Relativement aux biens.*
- 1295. *Actes que le mineur émancipé peut faire seul.*
- 1296. *Actes qu'il ne peut faire sans l'assistance du curateur.*

1297. Actes qu'il ne peut faire sans l'autorisation du conseil de famille.
1298. Actes qui lui sont absolument interdits.
1299. Etendue de l'émancipation pour faits de commerce.
1300. Si l'émancipation ordinaire peut être limitée.
1301. Effets de l'incapacité du mineur émancipé.
1302. Quand l'émancipation peut être révoquée.
1303. Effets de la révocation.



1280. LA tutelle finit, 1° par l'excuse ou la destitution du tuteur; 2° par la mort naturelle ou civile du tuteur ou du pupille; 3° par l'expiration du tems fixé par le survivant des père et mère, qui a nommé un tuteur à ses enfans, ou par l'événement de la condition qu'il a prévue; 4° par l'émancipation; 5° par la majorité.

Ce chapitre traite de l'émancipation. Les autres moyens par lesquels finit la tutelle, n'ont pas besoin d'explication.

1281. Le mot émancipation, chez les anciens romains, signifiait aliénation. C'était une vente faite avec certaines formalités : *Per ces et libram alienatio*. On disait *emancipare agros, prædia, fundos*, comme on disait *emancipare liberos*.

Les lois de Romulus et celles des douze tables permettant aux pères de vendre leurs enfans jusqu'à trois fois, on imagina de faire

de ces ventes un moyen d'affranchir les enfans de la puissance paternelle. Le père les émancipait, c'est-à-dire les vendait fictivement, *per emancipationem*, à un homme de confiance qui les affranchissait comme des esclaves. Après le premier et le second affranchissement, ils retombaient sous la puissance du père, qui les revendait une troisième fois, à la condition que l'acheteur les lui revendrait. Après les avoir rachetés, il les affranchissait lui-même, et cet affranchissement les dégagait pour toujours de la puissance paternelle; ils devenaient pères de famille. (1)

Telle était l'émancipation ancienne et solennelle; l'Empereur Anastase en introduisit une autre, en permettant aux pères d'affranchir leurs enfans de la puissance paternelle, au moyen d'un rescrit ou lettre du Prince, que le père faisait insinuer par le juge compétent, et qui avait la même force que l'émancipation par ventes imaginaires.

Enfin Justinien (2) supprima ces formules devenues dérisoires, et permit aux pères d'émanciper leurs enfans, même sans rescrit ou lettres du prince, en déclarant simplement, devant le magistrat, qu'ils dégagèrent leurs

(1) Heinecc. antiquit., lib. 1, tit. 9, §. 6, tit. 12, §. 5.

(2) V. le titre du Code de *emancip.*, lib. 8, tit. 49.

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. III. 497*  
enfants des liens de la puissance paternelle. Cet acte continua de s'appeler *émancipation*, parce qu'il opérerait l'affranchissement de la puissance paternelle, comme l'ancienne émancipation.

1282. Il y a une autre émancipation ainsi nommée par similitude, et dont l'effet est de rendre le mineur habile à gérer son bien avant l'âge requis par les lois. On en trouve l'origine dans le titre du Code Justinien *de his qui veniam ætatis impetraverunt*. Lib. 2, tit. 45.

Le père pouvait émanciper ses enfans, même en bas âge; (1) mais ils restaient en tutelle : il devenait de plein droit leur tuteur. La tutelle finissait par la puberté fixée à douze ans pour les filles, et à quatorze ans pour les garçons ; ainsi il n'était besoin d'aucun acte, d'aucune émancipation pour faire cesser la tutelle.

Mais on ne rendait aux mineurs, devenus pubères, l'administration de leurs biens, que sous l'assistance d'un curateur.

Les Empereurs Romains rendirent aux mineurs qui avaient obtenu une dispense d'âge, l'administration libre de leurs biens, et fixèrent un âge auquel la dispense pourrait être obtenue, et comment elle serait accordée.

(1) Malleville, in art. 477; le nouveau Denisart, v<sup>o</sup> émancipation, p. 487, 497 et 498.

1285. Ces lois furent suivies en France dans les pays de droit écrit, et adoptées par plusieurs coutumes, notamment par celle de Bretagne, réformée en 1580. La tutelle y finissait par la puberté, aussi fixée à douze ans pour les filles, et à quatorze ans pour les garçons : (1) on nommait un curateur pour administrer les biens du mineur devenu pubère.

Mais à dix-sept ans il pouvait avoir la libre administration et garde de ses biens par autorité de justice et avis de parens, sans avoir besoin d'un curateur. (2)

L'édit des tutelles (3) abrogea ces dispositions, et ordonna que la tutelle durerait jusqu'à vingt-cinq ans, sauf aux mineurs à se faire émanciper à l'âge de dix-sept ans.

Mais cette émancipation, qui ne les dispensait point d'avoir un curateur, ne pouvait s'obtenir qu'en vertu de lettres du prince, qu'on appelait lettres d'émancipation ou lettres de bénéfice d'âge; on appelait aussi émancipation l'acte par lequel on faisait entériner ces lettres en justice.

La signification de ce mot est donc fort

(1) Art. 515 et 516.

(2) Art. 493.

(3) De 1792, art. 33 et 34.

différente de ce qu'elle était dans son origine ; il suffit qu'elle soit fixée par l'usage.

1284. L'émancipation est aujourd'hui l'acte par lequel un mineur sort de la tutelle, est dégagé de la puissance paternelle, et acquiert, avant la majorité, le droit de se gouverner lui-même, ainsi que d'administrer librement ses biens.

L'émancipation est tacite ou expresse.

1285. L'émancipation tacite est celle qui s'opère de plein droit par le mariage ; (476) elle en est une conséquence immédiate et nécessaire. En consentant au mariage, les parens du mineur consentent implicitement à son émancipation ; car la personne jugée digne d'avoir elle-même des enfans sous sa puissance, et de gouverner son ménage, ne peut dans nos mœurs rester, sans contradiction, sous la puissance ou sous la tutelle d'autrui, ni être regardée comme incapable.

1286. L'émancipation expresse est celle qui s'opère par la volonté déclarée du père, de la mère ou du conseil de famille.

Cette émancipation est de deux espèces ; l'émancipation ordinaire et l'émancipation relative aux faits de commerce.

1287. L'une et l'autre ne peuvent être accordées que par le père seul, pendant sa vie,

par la mère, après sa mort; et à défaut du père et de la mère, par le conseil de famille. (477--478, art. 2, Cod. de Com.)

La mère qui refuse la tutelle, le père qui en a été dispensé ou exclu, le père et la mère divorcés, n'en conservent pas moins le droit d'émanciper leurs enfans, parce que ce droit prend sa source dans la puissance paternelle dont l'émancipation est le terme. (372.) C'est pour cela que le Code (478) ne permet au conseil de famille d'émanciper le mineur, que *lorsqu'il est resté sans père ni mère*. Les père et mère naturels ont le droit d'émanciper leur enfant comme les père et mère légitimes.

1288. L'émancipation ordinaire peut être accordée par le père ou par la mère survivante, aussitôt que le mineur a atteint l'âge de quinze ans révolus. (477.)

Au contraire, le conseil de famille ne peut émanciper le mineur avant qu'il ait atteint dix-huit ans accomplis. (478.)

1289. Dans le premier cas, l'émancipation s'opère par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix, assisté de son greffier. Le ministère du juge de paix se borne à décerner acte de la déclaration des père ou mère, et à en dresser procès-verbal.

Dans le second cas, l'émancipation s'opère par le résultat de la délibération du conseil de famille, et par la déclaration que fait le juge de paix, comme président du conseil, *que le mineur est émancipé*; (478) on dresse un acte de la délibération et de la déclaration.

1290. Le mineur, à quelque âge qu'il soit parvenu, ne peut contraindre ses père ou mère à l'émanciper. Mais si, par négligence ou par tout autre motif, le tuteur ne faisait aucune diligence pour faire émanciper le mineur parvenu à dix-huit ans, les parens et alliés, dans le degré de cousin-germain ou plus proches, et même un seul d'entre eux, pourraient requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet, et le juge de paix devrait déférer à cette réquisition. (479.)

Il paraît même que le mineur en personne pourrait le faire au défaut de ses parens insouciens (1) ou éloignés.

12911. L'émancipation relative aux faits de commerce exige plus de solennités, et ne peut être autorisée, même par les père et mère,

(1) Autrefois, quand le mineur avait atteint l'âge auquel on était dans l'usage d'accorder des lettres d'émancipation, ses parens ne pouvaient s'opposer sans cause à leur entérinement. V. le nouveau Denisart, v<sup>o</sup> émancipation, §. 5, n. 4.

avant que le mineur ait atteint dix-huit ans accomplis.

Le mineur émancipé qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce. (487.)

Cette disposition modifie l'ancienne jurisprudence, qui, pour réputer majeur le mineur commerçant, n'exigeait même pas qu'il fût émancipé ; il suffisait qu'il eût exercé un commerce public au vu et su de sa famille. Ainsi, avant même d'être émancipé, tout mineur pouvait se trouver ruiné par les fausses espérances qu'on lui présentait dans un commerce entrepris inconsidérément.

Le Code Napoléon a voulu que nul mineur ne pût se livrer au commerce s'il n'est émancipé. Le Code de commerce est allé plus loin, en exigeant, outre l'émancipation ordinaire, une autre sorte d'émancipation, qui consiste dans une autorisation spéciale revêtue de formalités solennelles.

L'art. 2 porte : « Tout mineur émancipé de » l'un et l'autre sexe, âgé de dix-huit ans » accomplis, qui voudra profiter de la faculté » que lui accorde l'art. 487 du Code Napoléon » de faire le commerce, ne pourra en com- » mencer les opérations ni être réputé majeur,

» quant aux engagements par lui contractés  
» pour faits de commerce,

» 1° S'il n'a été préalablement autorisé par  
» son père ou par sa mère, en cas de décès,  
» interdiction ou absence du père; ou, à dé-  
» faut du père et de la mère, par une déli-  
» bération du conseil de famille, homologuée  
» par le tribunal civil;

» 2° » Si, en outre, l'acte d'autorisation n'a  
» été enregistré et affiché au tribunal de com-  
» merce du lieu où le mineur veut établir son  
» domicile. »

1292. Il n'est pas douteux que le père, la mère ou le conseil de famille, qui peuvent refuser l'autorisation, peuvent aussi la limiter à certain genre de commerce.

1293. Cette émancipation qui, comme nous le verrons bientôt, a des effets beaucoup plus étendus que l'émancipation ordinaire, peut être appliquée (art. 3) aux mineurs même non commerçans, à l'égard de tous les faits qui sont déclarés faits de commerce, par les art. 632 et 633 du Code de commerce.

1294. Les effets de l'émancipation, en général, sont relatifs à la personne ou aux biens. L'effet de l'émancipation, relativement à la personne du mineur, est de faire cesser la tutelle et même les droits de la puissance

paternelle, à l'exception du consentement des père et mère au mariage de leurs enfans. Ainsi le mineur émancipé peut quitter la maison paternelle, et devient libre d'aller, venir et demeurer par-tout où bon lui semble, sans pouvoir néanmoins s'enrôler volontairement avant l'âge de dix-huit ans révolus. (1574.)

1295. Relativement aux biens, l'émancipation rend le mineur capable d'agir en personne dans tous les actes qui sont passés dans son nom, à la différence du mineur non émancipé, qui, dans tous les actes civils, est représenté par son tuteur. Mais il est des actes que le mineur émancipé peut faire seul, d'autres qu'il ne peut faire sans être assisté d'un curateur, qui doit être nommé par le conseil de famille, dans la forme indiquée pour la nomination des tuteurs; d'autres pour lesquels l'autorisation du conseil de famille, et même quelquefois l'homologation en justice, sont nécessaires.

### §. I.

*Des actes que le mineur émancipé peut faire seul.*

1296. Le mineur émancipé peut, sans être restituable que dans le cas où le majeur le serait lui-même, passer seul les baux dont

la durée n'excède pas neuf ans, recevoir ses revenus, faire en un mot tous les actes qui ne sont que de pure administration, (481) à l'exception de ceux qui lui sont nommément interdits ; car la loi ne lui donne pas la libre et entière administration qui appartient au majeur : son droit d'administration est même moins étendu que celui du tuteur, qui, par exemple, peut et doit même, sous peine de responsabilité, recevoir les capitaux dus à son pupille, tandis qu'au contraire le mineur émancipé ne peut recevoir un capital mobilier sans l'assistance de son curateur.

Du reste, le mineur émancipé, qui a le droit de recevoir ses revenus et d'en donner décharge, a par conséquent celui de précompter avec ses fermiers, et d'exercer contre eux toutes poursuites et contraintes nécessaires pour les faire payer.

Il peut intenter toutes les actions purement mobilières ; car le Code civil ne lui interdit (482) de suivre en justice, soit en demandant, soit en défendant, que les actions immobilières.

Il peut faire tous les actes nécessaires pour conserver ses biens et les empêcher de déperir, ordonner les travaux des réparations, en arrêter et signer les devis, faire des marchés

et contracter des obligations relatives à ces objets.

Il peut faire tous les actes conservatoires, prendre des inscriptions, former des oppositions.

Le mineur émancipé, qui a le droit de pourvoir par lui-même à l'entretien de sa personne et de sa maison, peut par conséquent faire les actes et prendre les engagements relatifs à tous ces objets, prendre à loyer ou à ferme, vendre ou acheter des meubles, pourvu néanmoins que, dans ces sortes d'engagemens, il n'y ait pas abus ou excès, comme nous le dirons bientôt.

Le mineur émancipé, ayant le droit de recevoir ses revenus et d'en donner décharge, il a celui de les consommer, puisque c'est lui qui pourvoit à son entretien et à ses dépenses. Il a sur ses revenus l'exercice entier du droit de propriété, *jus utendi et abutendi*; il conserve donc la disposition des sommes qu'il ne consomme pas : il a le droit de les employer et d'en recevoir les remboursemens; l'assistance de son curateur n'est requise que pour l'emploi des capitaux mobiliers qui faisaient partie de sa fortune au moment de l'émancipation.

Mais si le mineur émancipé avait employé en immeubles le produit de ses économies,

il ne pourrait vendre ni aliéner ces immeubles sans observer les formes prescrites aux mineurs non émancipés; car la disposition de l'art. 484 est générale, et ne distingue point l'origine des immeubles dont elle interdit l'aliénation.

§. I I.

*Des actes que le mineur émancipé ne peut faire sans l'assistance de son curateur.*

1297. LES actes où l'assistance du curateur est nécessaire sont les suivans :

La réception du compte de tutelle; (480.)

L'exercice des actions immobilières, et la défense à ces actions; (482.)

La recette d'un capital mobilier; l'emploi de ce capital. (482.)

Le curateur est spécialement chargé de surveiller cet emploi; mais le Code n'ayant prononcé aucune responsabilité contre lui, cette disposition pourra souvent devenir illusoire.

Au reste, cette surveillance n'a nul rapport au débiteur qui a payé avec l'assistance du curateur; il demeure dûment libéré, quoique le capital ne soit pas employé, si ce n'est dans le cas du remboursement d'une rente foncière dont nous allons parler.

Le curateur étant chargé de surveiller l'emploi des capitaux, le mineur ne peut les

employer seul sans l'assistance de son curateur; (1) et, s'il les avait employés, il pourrait être restitué contre l'acte d'emploi, mais seulement s'il en résultait pour lui une lésion ou un préjudice.

Le mineur qui n'aurait en inscriptions sur le grand livre de la dette publique qu'une rente de 50 liv. ou au-dessus, pourrait en opérer le transfert avec l'assistance de son curateur, sans autre autorisation. (2)

Enfin il peut, avec la même assistance, recevoir le remboursement des rentes constituées, à quelque somme qu'il s'élève, parce que c'est un remboursement forcé.

Il en est de même des rentes foncières, pourvu toutefois que la liquidation en soit conforme au taux prescrit par la loi du 29 décembre 1790.

Mais le débiteur qui rembourse une rente foncière est garant du remploi. S'il veut se dégager de cette responsabilité, il doit consigner le prix du remboursement, lequel ne doit être délivré au mineur, assisté de son curateur, qu'en vertu d'une ordonnance du juge, rendue sur les conclusions du procureur,

(1) Locré, t. 6, p. 379.

(2) Loi du 24 mars 1806, art. 24.

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. III. 509*  
impérial, auquel il doit être justifié du rem-  
ploi. (1)

§. I I I.

*Des actes pour lesquels l'autorisation du conseil  
de famille est nécessaire.*

1298. Le mineur émancipé, non commerçant, ne peut faire d'emprunt, sous aucun prétexte, sans délibération du conseil de famille, homologué par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur-impérial. (485.)

Mais cet article n'exige pas, comme à l'égard des enfans non émancipés, (457) que la famille n'autorise l'emprunt que lorsqu'il y a *nécessité absolue ou avantage évident*. Il suffit qu'il y ait espérance d'un avantage; car il s'agit d'un mineur qui peut agir par lui-même, dont il faut aider l'industrie, et dont on ne doit gêner les projets que lorsqu'ils ne sont pas réfléchis. Le conseil de famille, qui peut autoriser le mineur à faire le commerce, peut donc l'autoriser à emprunter pour quelque autre entreprise qui paraît profitable. La somme à laquelle l'emprunt peut s'élever, est abandonnée à la prudence du conseil de famille et du tribunal.

Autrefois, en Bretagne, et dans plusieurs

(1) Art. 4, tit. 2 de la loi du 29 décembre 1790.

autres coutumes, le mineur émancipé pouvait emprunter seul jusqu'à la concurrence d'une année de son revenu. La commission proposa, dans le projet de Code, de confirmer cette faculté au mineur. La proposition fut rejetée, et le conseil d'état soutint en principe, que le mineur ne doit jamais pouvoir emprunter sans l'autorisation du conseil de famille. (1)

Le mineur émancipé ne peut vendre ni aliéner ses immeubles, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé. Art. 484.

Mais on remarque que cet article n'a point, comme l'art. 457, qui est relatif aux mineurs non émancipés, étendu la prohibition d'aliéner les immeubles, à la faculté de les hypothéquer.

L'hypothèque n'est que l'accessoire d'une obligation principale; elle en suit nécessairement le sort: sa validité dépend de la validité de l'obligation principale. Si celle-ci est du nombre des actes que le mineur peut faire seul, l'hypothèque doit être également valide; par exemple, si, pour sûreté des loyers ou des conditions d'un bail, ou d'une somme qu'il s'engage de payer à l'ouvrier qui a réparé ses immeubles, le mineur émancipé consent une hypothèque sur les mêmes immeubles, nul

(1) Loqué, pag. 383.

doute sur la validité d'une telle hypothèque (1) qui ne rend pas pire la condition du mineur, et qui n'est que l'accessoire d'une obligation contre laquelle il ne peut se restituer ; les ouvriers pourraient même avoir un privilège pour les réparations. ( Art. 2105, n. 4.)

Si, au contraire, l'hypothèque était consentie pour sureté d'un acte excédant les pouvoirs du mineur émancipé, le sort de l'hypothèque dépendrait du sort de l'acte ; s'il était attaqué, soit par le mineur, soit par les créanciers exerçant ses droits, dans les délais accordés pour intenter l'action en nullité ou en rescision, l'hypothèque s'évanouirait avec l'acte.

S'il n'était pas attaqué en temps utile, l'acte subsisterait, et avec lui l'hypothèque qui n'en est que l'accessoire.

Le même article 484 établit, en principe général, que le mineur émancipé ne peut faire aucun acte que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé.

Ainsi, il ne peut, sans l'autorisation du conseil de famille, ni accepter ou répudier une succession, ni l'accepter autrement que

(1) M. Proudhon, tom. 2, pag. 262, est d'une opinion contraire.

sous bénéfice d'inventaire, ni accepter une donation, ni provoquer un partage, ni transiger.

Le partage que le conseil de famille l'autorise à provoquer, et celui qui est provoqué contre lui, doivent être faits dans les formes prescrites par l'article 466, et les transactions dans la forme de l'article 467, lorsqu'elles sont relatives à des actions immobilières ou autres qu'il ne peut suivre seul. (1)

+ Car il peut transiger librement sur les autres actions; par exemple, sur une contestation entre lui et ses fermiers, relative à des dégradations ou à des fermages.

Enfin, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au mineur émancipé pour opérer le transfert, suivant le cours de la bourse, de toute inscription sur le grand livre, au-dessus de 50 francs de rente. (2)

#### §. I V.

#### *Des actes qui sont absolument interdits au mineur émancipé.*

Le mineur émancipé ne peut, même avec l'autorisation du conseil de famille, donner entre-vifs, si ce n'est par contrat de mariage.

(1) Locré, pag. 388.

(2) Art. 3 de la loi du 24 mars 1806.

(1309, 1398.) Il faut excepter les petites libéralités ou présens que le mineur peut faire sur le produit de ses revenus et de ses économies.

Quant aux dons testamentaires, le mineur émancipé n'a pas des pouvoirs plus étendus que le mineur non émancipé, auquel l'art. 904 permet, lorsqu'il est parvenu à l'âge de seize ans, de disposer par testament jusqu'à la concurrence de la moitié des biens, dont la loi permet au majeur de disposer.

Enfin, il est défendu au mineur de compromettre. (C. P., 1004 et 83.)

§. V.

*Etendue de l'émancipation pour faits de commerce, et de la limitation de l'émancipation.*

1299. Cette émancipation a nécessairement des effets plus étendus que l'émancipation ordinaire, puisqu'elle a pour objet de mettre le mineur en état de faire le commerce; ce qui lui deviendrait impossible, si ses transactions n'étaient pas aussi irrévocables que celles d'un majeur: autrement, qui voudrait commercer avec lui?

La loi a donc voulu que le mineur, qui fait un commerce autorisé dans la forme

ci-dessus expliquée, fût réputé majeur pour les faits relatifs au commerce ;

Que le mineur commerçant, banquier ou artisan, ne fût point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art, (1508) quelque lésion qu'il éprouve.

Il lui est permis de se procurer, par la voie des emprunts, les capitaux dont il a besoin pour son commerce ; et, pour sureté des obligations qu'il contracte, il peut engager et hypothéquer ses immeubles. (C. de com., art. 6.)

Mais il ne peut les aliéner (*ibid.*) qu'en suivant les formes prescrites par le Code N., (457) pour la vente des biens du mineur non émancipé.

Du reste, le mineur commerçant n'étant réputé majeur que pour les faits de son commerce ou de son art, il reste dans la classe des mineurs ordinaires, pour tous les actes qui n'y sont pas relatifs.

Ainsi il demeure incapable d'accepter ou de répudier une succession, une donation, de disposer à titre gratuit, de partager, d'exercer ses actions immobilières, si ce n'est en suivant les formes prescrites pour les mineurs émancipés non commerçans.

Il ne peut également transiger ni compromettre que de la même manière, lorsque la compromission ou la transaction n'ont pas pour objet des actes de commerce.

1500. Nous avons dit ci-dessus qu'en autorisant le mineur à commercer, les parens pouvaient limiter leur autorisation à un certain genre de commerce; il paraît qu'ils peuvent également limiter l'émancipation ordinaire, en interdisant certains actes au mineur qu'ils émancipent.

Les parens avaient ce droit dans l'ancienne jurisprudence; (1) et l'on ne voit dans le Code rien de contraire à cette sage disposition, qui ne peut tendre qu'au plus grand bien du mineur. Il semble donc que le conseil de famille, qui peut n'accorder que l'émancipation ordinaire, ou l'étendre aux actes de commerce, lesquels font considérer le mineur comme majeur, peut au contraire restreindre les pouvoirs du mineur émancipé, suivant la règle : qui peut le plus, peut le moins. *L. 21, ff. de R. J.*

[1] V. Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, p. 358.

## §. V I.

*Effets de l'incapacité du mineur relativement aux engagements qui excèdent ses pouvoirs, et de la révocation de l'émancipation.*

1301. C'est dans le livre 3<sup>o</sup> du Code que nous expliquerons les règles et les effets de l'incapacité des mineurs ; c'est le siège de la matière.

Il suffit de rappeler ici le principe reçu en cette matière, que les obligations des mineurs pubères, et à plus forte raison celles des mineurs émancipés, ne sont point annulées ou rescindées à raison de l'incapacité qui résulte de leur minorité, mais à raison de la lésion qu'ils éprouvent. *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.* (1305.)

Loin que cette maxime soit abolie par le Code, l'art. 1305 suppose que le mineur émancipé n'est pas restitué pour avoir passé, dans une convention, les bornes que la loi met à sa capacité, mais seulement lorsque la lésion se joint à cette circonstance ; et ce principe est confirmé par l'art. 1312, qui, même lorsque la restitution a été obtenue, n'oblige celui contre lequel elle l'a été qu'au remboursement des sommes qu'il ne peut pas prouver avoir tourné au profit du mineur.

L'art. 481 décide que le mineur émancipé n'est restituable contre les actes de pure administration qu'il est autorisé à faire seul, que dans les cas où le majeur le serait lui-même; c'est-à-dire, qu'il est restitué pour dol, erreur, violence, etc., mais jamais pour lésion.

A l'égard des obligations qu'il aurait contractées pour ses besoins, par voie d'achats ou autrement, l'art. 484 ordonne qu'elles seront réductibles *en cas d'excès*, parce qu'alors elles excèdent les bornes d'une simple administration. Les tribunaux doivent à ce sujet prendre 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.

1502. Mais, lorsque le mineur émancipé a contracté des obligations qui ont été annulées ou réduites par les tribunaux, il est prouvé qu'il est incapable de gouverner ses biens, on ne peut donc pas lui laisser une administration dans laquelle il a si mal répondu à l'attente de sa famille. Il peut être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle peut lui être retirée, en suivant les mêmes formes que celles qui ont été suivies pour la lui conférer; c'est-à-dire, par le père ou la mère, si ce sont

eux qui l'ont émancipé, et par le conseil de famille, s'ils sont décédés. (485.)

† 1305. Dès le jour où l'émancipation est révoquée, le mineur rentre en tutelle, et il y reste jusqu'à sa majorité accomplie. (486.) Il rentre de plein droit sous l'autorité du tuteur qu'il avait auparavant, si la tutelle était légale. Si la tutelle était testamentaire ou dative, le conseil de famille doit lui nommer un autre tuteur; car l'émancipation avait irrévocablement dégagé le premier, dont les pouvoirs ne peuvent revivre que par une nouvelle nomination. Au contraire, la vocation de la loi revit dans le cas de la tutelle légitime ou naturelle.

Mais il ne paraît pas qu'on puisse faire revivre l'usufruit légal (1) que la loi accorde au survivant des père et mère, et qui s'était éteint par l'émancipation, dont la révocation a bien l'effet, suivant l'art. 486, de faire rentrer le mineur *en tutelle*, mais non pas de rétablir, au profit du père ou de la mère, un usufruit éteint auquel ils avaient renoncé en émancipant leur enfant, et qui ne peut revivre que par une disposition formelle de la loi.

Le but de la révocation est de réprimer la mauvaise conduite du mineur qui abusait de

(1) M. Proudhon, pag. 267, pense le contraire.

*Tit. X. De la minorité, etc. Chap. III. 519*  
ses biens, et non pas d'en transférer le profit à son tuteur naturel, sous l'autorité duquel il va rentrer.

L'émancipation tacite qui résulte du mariage ne peut être révoquée, parce qu'elle est une suite nécessaire de l'état de père de famille, qui ne peut s'accorder avec celui de pupille.

L'article 485 suppose que l'émancipation expresse peut seule être révoquée, puisqu'il ordonne que la révocation sera faite, en suivant les mêmes formes qu'on a suivies pour conférer l'émancipation.

## TITRE XI.

*De la majorité, de l'interdiction, et du conseil judiciaire.*

---

### CHAPITRE PREMIER.

*De la majorité.*

1504. LA majorité est fixée à vingt-un ans accomplis ; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, (488) à l'exception du mariage, à l'égard duquel la minorité se prolonge jusqu'à vingt-cinq ans pour les garçons. A tout autre égard, le majeur de

vingt - un ans jouit de la plénitude de ses droits ; il n'a plus d'autre tuteur , d'autre surveillant que la loi : il est dégagé des liens de toute autre puissance , sauf l'honneur et le respect , qu'à tout âge il doit à ses père et mère. (371.)

## CH A P I T R E II.

### *De l'interdiction.*

### S O M M A I R E.

1305. *Pourquoi elle est établie.*

1306. *Sa définition.*

1307. *Division du chapitre.*

1305. QUOIQUE l'homme ait acquis cet âge où toutes ses facultés intellectuelles sont développées, il arrive quelquefois, soit par vice de conformation, soit par suite des infirmités attachées à la nature humaine, qu'il reste ou qu'il retombe, sous le rapport de la raison, dans l'enfance d'où son âge devait le retirer; que sa raison vient à se perdre ou à se troubler, ou qu'elle reste dans un tel état de faiblesse, qu'il est incapable de gouverner sa personne et ses affaires.

La loi vient alors à son secours, en auto-

risant la justice à lui interdire, en connaissance de cause, l'exercice de ces mêmes droits que son âge lui donnait dans toute leur plénitude, pour le réduire à la condition d'un mineur : c'est ce qu'on appelle interdiction.

1306. Ainsi l'interdiction est l'acte par lequel la justice interdit à l'homme devenu majeur l'exercice des actes de la vie civile, dont son âge le rendait capable, pour le réduire à la condition d'un mineur.

Sous un autre point de vue, l'interdiction est l'état auquel l'interdit se trouve réduit.

1307. Nous avons à examiner, 1<sup>o</sup> pour quelles causes et contre quelles personnes l'interdiction peut être provoquée ;

2<sup>o</sup> Par qui elle peut l'être ;

3<sup>o</sup> Comment on doit y procéder ;

4<sup>o</sup> Quels en sont les effets ;

5<sup>o</sup> Quand et comment elle cesse.

## SECTION PREMIÈRE.

*Pour quelles causes et contre quelles personnes l'interdiction peut être provoquée.*

---

### S O M M A I R E.

1308. *Elle peut être provoquée pour imbécillité, démence ou fureur,*

1309. *Mais non pour prodigalité.*

1310. *Ce qu'on entend par imbécillité, démence ou fureur.*  
 1311. *L'état de démence doit être habituel, mais non continu.*  
 1312. *Il faut que l'absence de la raison soit relative aux affaires de la vie civile.*  
 1313. *C'est l'intérêt de l'interdit qu'il faut consulter plutôt que celui de sa famille.*  
 1314. *Si l'on peut interdire le mineur.*

1308. « 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. (489.) »

1309. L'ancienne jurisprudence avait mis la prodigalité au nombre des causes qui pouvaient faire interdire un majeur; mais le Code n'en admet plus d'autres que l'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur.

1310. L'imbécillité est l'état de l'individu atteint de cette faiblesse d'esprit qui, sans aller jusqu'à faire perdre entièrement la raison, rend incapable de gouverner sa personne et ses biens.

La démence est l'état de celui qui est habituellement privé de l'usage de la raison.

La fureur est l'état de démence porté au plus haut degré; c'est l'état où le furieux est involontairement poussé à des actions dangereuses pour lui, et même pour les autres.

1211. Le Code exige que cet état soit habituel pour donner lieu à l'interdiction. Ce n'est pas sur des actes isolés qu'on peut juger qu'un homme a perdu le sens et la raison ; le plus sage à ses absences. Une maladie, une passion violente, une affection profonde, peuvent égarer ou éclipser momentanément l'esprit le plus ferme. On ne pourrait donc faire interdire un homme pour quelques actes de fureur ou de folie, pour avoir eu des instans de démence, parce que des instans de transport, d'emportement ou de maladie, ne constituent pas l'état habituel de celui qui les a éprouvés. Mais lorsque la raison ne se montre plus que par intervalles, que les paroles et les actions de tous les jours sont celles d'un insensé, alors il y a état habituel de démence ; c'est le cas de l'interdiction.

Si l'état de démence doit être habituel, il n'est pas nécessaire qu'il soit continu. Il y a des fous et des furieux qui ont des intervalles lucides, pendant lesquels ils paraissent avoir l'usage de la raison ; mais ces tems lucides n'étant point leur état habituel, ils n'en sont pas moins soumis à l'interdiction. (1)

(1) Voët, in tit. 10, lib. 27, ff. n. 4 ; Malleville, sur l'art. 489 ; d'Argentré, sur l'art. 490. Sur la démence par intervalles, voyez un arrêt du 22 décembre 1762, dans le nouveau répertoire, v<sup>o</sup> interdiction, pag. 380, n. 3.

1512. Pour motiver une interdiction, il faut que l'absence de la raison soit relative aux affaires ordinaires de la vie civile, au gouvernement de la personne et des biens de l'individu. Celui qui s'égaré dans des idées spéculatives d'une fausseté palpable, un homme à visions, ne devrait pas être interdit, si par ailleurs il gouvernait bien ses affaires, et que le public n'eût rien à craindre de sa déraison. (1)

1513. L'interdiction ne doit être provoquée qu'avec la plus grande réserve. Elle prive un citoyen du libre exercice de ses droits ; elle lui ôte la disposition de ses biens, et souvent la liberté de ses actions ; elle ne lui cause pas seulement une humiliation et un déplaisir extrême, elle porte atteinte à sa réputation. Elle ne doit donc être prononcée qu'en cas de nécessité, et seulement lorsque l'intérêt de celui contre qui on la provoque l'exige, car c'est son intérêt plutôt que celui de sa famille que l'on considère. Cependant le furieux est interdit, moins pour son intérêt que pour celui de la société, que ses excès menacent.

1514. L'interdiction ne devant être prononcée qu'en cas de nécessité, on ne doit point la provoquer contre un mineur, parce

(1) Par exemple, le fou d'Horace, lib. 2, épist. 2, vers. 128.

*Tit. XI. De la majorité, etc. Chap. II. 525*  
que la tutelle à laquelle il est soumis produit les mêmes effets que l'interdiction.

Mais ce principe est sujet à des exceptions, car il peut être utile et même nécessaire de provoquer l'interdiction d'un mineur non émancipé, dans la dernière année de sa minorité, pour déconcerter les artifices de ceux qui n'attendent que le moment de sa majorité pour lui faire ratifier des actes faits en minorité. (1)

Ce fut par ce motif que le conseil d'état rejetta du projet de Code un article qui portait que « la provocation en interdiction » n'est point admise contre les mineurs non émancipés ; elle l'est contre les mineurs émancipés. »

Il peut encore être nécessaire de provoquer l'interdiction du mineur dans les cas d'opposition à son mariage ; car, suivant les articles 174 et 175, cette opposition ne peut être reçue lorsqu'elle est fondée sur l'état de démence, qu'à la charge de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé.

Ainsi, dans la règle générale, le mineur

(1) V. les observations de la cour de cassation, dans *Loché* tom. 6, pag. 435.

ne doit pas être interdit ; mais il peut l'être en cas de nécessité. (1)

## SECTION II.

*Par qui l'interdiction peut être provoquée.*

### S O M M A I R E.

- 1315. *Par quels parens elle peut l'être.*
- 1316. *Par l'un des époux.*
- 1317. *Non par les alliés.*
- 1318. *Par le ministère public en certains cas.*

1315. LE droit de provoquer l'interdiction est accordé aux parens et à l'époux dans tous les cas, et au ministère public en certains cas seulement.

Tout parent, quoique éloigné, quoique non héritier présomptif de la personne en démenche, peut provoquer son interdiction ; car si l'interdiction est établie principalement pour l'intérêt de l'interdit, on considère aussi l'intérêt de ses héritiers et de sa famille. (2) Le Code admet les parens qui ne sont pas héritiers présomptifs au moment de l'interdiction, parce qu'ils peuvent le devenir dans la suite.

(1) M. Emmercy, exposé des motifs, tom. 3, pag. 269, édit. de Didot, suppose aussi que le mineur peut être interdit.

(2) D'Argentré, sur l'art. 491, glos. 2, n. 2.

Les enfans sont admis à provoquer l'interdiction de leurs père et mère, parce que cette action ne devant être fondée que sur la nécessité, ne peut être considérée comme injurieuse.

1316. L'un des époux peut demander l'interdiction de l'autre; (490) mais ce droit cesse avec la qualité dont il dérive, si, pendant l'instance en interdiction, le mariage est dissous par le divorce. Le ci-devant époux en interdiction doit être déclaré non recevable à suivre sa demande.

1317. Le Code ne permet point aux alliés de provoquer l'interdiction de la personne en démence; ainsi ils ne peuvent la provoquer que dans le nom de leurs femmes ou de leurs enfans.

1318. Quant au ministère public, il ne peut provoquer l'interdiction que dans le cas de fureur, si l'époux et les parens négligeaient de la provoquer. (491.)

Il peut encore la provoquer, dans le cas d'imbécillité ou de démence, contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parens connus.

Mais si l'individu en démence ou en imbécillité est marié, s'il a des parens connus,

le zèle indiscret du procureur-impérial deviendrait désobligeant et nuisible pour la famille. Quand la sureté publique n'est pas compromise, si les intéressés à la conservation des biens ne se plaignent pas, personne n'a droit de se plaindre.

## SECTION III.

*Comment on doit procéder à l'interdiction.*

## S O M M A I R E.

1319. Où la demande est portée; comment elle est introduite.
1320. Marche de la procédure.
1321. Si les faits sont pertinens, le conseil de famille est convoqué.
1322. L'époux et les enfans n'y ont pas voix délibérative.
1323. Le conseil peut entendre le défendeur ou le demandeur.
1324. Le demandeur peut se pourvoir contre l'avis qui rejette la demande.
1325. Le tribunal doit interroger le défendeur.
1326. Sur quoi doit rouler l'interrogatoire.
1327. Après le premier interrogatoire, il peut être nommé un administrateur provisoire.
1328. Forme du surplus de l'instruction.
1329. Qui peut appeler du jugement.
1330. Le défendeur peut être interrogé sous l'appel.
1331. Le jugement doit être affiché, même en cas d'appel, et où.

1333. *Responsabilité des notaires qui négligent l'affiche.*

1334. *Le demandeur qui succombe peut être condamné à des dommages et intérêts.*



1319. La demande en interdiction doit être portée devant le tribunal civil du domicile de la personne qu'on veut faire interdire. *Art 492.*

Elle est introduite sans citation, sans préliminaire de conciliation, (C. P., 49) par une requête présentée au président du tribunal, dans laquelle sont articulés les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur. (493) On y joint les pièces justificatives, tels que les actes ou écrits émanés du défendeur, qui peuvent prouver l'égarément de sa raison, les procès-verbaux qui constateraient des excès commis dans sa fureur; enfin, on doit y indiquer les témoins.

1521. Le président ordonne la communication de la requête au ministère public, et commet un juge pour faire le rapport au jour indiqué. (C. P., 891.)

Le commissaire fait son rapport à la chambre du conseil, en présence du procureur-impérial, qui donne ses conclusions.

Si les faits sont pertinens, la demande doit être rejetée sans plus ample instruction. Il

est inutile de prolonger la procédure et de consulter les parens.

1524. Mais si les faits sont de nature à caractériser la démence, le tribunal ordonne que le conseil de famille sera convoqué pour donner son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée. (C. P., 492.)

Les préliminaires n'ont rien de contradictoire avec le défendeur.

Le poursuivant retire le jugement, et fait convoquer le conseil de famille dans la forme ordinaire; (494) mais ceux qui ont provoqué l'interdiction n'en peuvent faire partie ni y assister. Cependant l'époux ou l'épouse, et les enfans de la personne dont l'interdiction est provoquée, peuvent y être admis sans y avoir voix délibérative, (495) parce qu'ils sont plus en état que personne de donner les éclaircissemens nécessaires sur les faits et sur les habitudes du défendeur; parce que, si l'interdiction était provoquée par d'autres parens plus éloignés, l'époux, l'épouse ou les enfans seraient personnellement intéressés à contredire une demande qui réfléchit désagréablement sur eux; parce que, lors même que, cédant à la nécessité, l'époux ou les enfans auraient eux-mêmes formé la demande, ils ne voudraient pas associer le public aux révélations

qu'ils déposent dans le sein de la famille, dont l'avis, donné en pleine connaissance de cause, devient ensuite du plus grand poids.

1323. L'époux, l'épouse et les enfans, lors même qu'ils ne sont pas demandeurs en interdiction, n'ont pas de voix délibérative; ils peuvent assister au conseil de famille, mais ils n'en font pas partie. Il eût été peu convenable et peu moral de les mettre dans la cruelle obligation de prononcer sur l'état d'un père ou d'un époux malheureux et humilié, qu'ils doivent constamment entourer de soins, de respect et de tendresse.

1324. Le conseil de famille délibère dans la forme ordinaire. Il peut, s'il le juge nécessaire, entendre, avant de délibérer, soit le défendeur en interdiction, soit le demandeur, parce qu'il est permis au conseil de prendre tous les moyens qui lui paraissent propres à l'éclairer.

1325. S'il est d'avis de rejeter la demande, celui qui poursuit l'interdiction peut se pourvoir contre la délibération. (C. P., 883.)

1326. Si le conseil est d'avis de l'interdiction, le poursuivant présente une requête au président du tribunal pour faire fixer le jour et l'heure de l'interrogatoire; et, avant qu'il y soit procédé, il fait signifier au défendeur copie

mais comment faire accord avec ceci avec le  
ps. 1324 que les enfans ont detre avec  
n'est pas ainsi pen  
BIU Cujas  
autres ren

tant de l'ordonnance rendue à ce sujet, que de la requête introductive, des pièces y annexées et de l'avis du conseil de famille, (C. P. 893) afin que le défendeur puisse préparer ses réponses.

Le tribunal interroge le défendeur en la chambre du conseil, afin que tous les juges présents à l'interrogatoire puissent lui faire, par l'organe du président, toutes les questions qu'ils croient convenables, juger de son état par ses réponses et sa contenance.

Si le défendeur ne peut se présenter, il doit être interrogé dans sa demeure par l'un des juges à ce commis, assisté du greffier. Dans tous les cas, le procureur-impérial doit être présent à l'interrogatoire.

1327. L'interrogatoire roule en général sur l'âge, sur les biens, sur la famille, sur l'état domestique de celui contre lequel on procède, sur ses besoins, sa dépense, ses revenus ou ses ressources ; car il ne s'agit que de s'assurer s'il est ou non dans le cas de gouverner sa personne et ses biens.

1328. Après le premier interrogatoire, le tribunal, sur les conclusions du ministère public, peut commettre, *s'il y a lieu*, un administrateur provisoire pour prendre soin

de la personne et des biens du défendeur. (494-515.) art. 497

Cette nomination ne doit être faite que dans les cas de nécessité où il est urgent de pourvoir à cette administration, et lorsqu'on prévoit que le jugement pourra être retardé; car les suites de cette nomination occasionnent des frais qu'il faut éviter autant qu'il est possible.

Si le défendeur a été interrogé dans la chambre du conseil, le tribunal peut, d'office, après avoir entendu le procureur-impérial, nommer de suite l'administrateur provisoire.

Si le défendeur a été interrogé dans sa demeure, l'administrateur provisoire est nommé sur le rapport du juge commis à l'interrogatoire, toujours sur les conclusions du procureur-impérial.

1529. Le surplus de l'instruction est fait dans les formes ordinaires. Il faut assigner le défendeur, et lui donner, en tête de l'assignation, copie de son interrogatoire (et des autres pièces.

Si elles ne sont pas suffisantes pour constater la démence, le tribunal peut ordonner un second interrogatoire. (Arg., art. 497.) Si les faits peuvent être justifiés par témoins, il ordonne, s'il y a lieu, une enquête

contradictoire qui se fait dans la forme ordinaire, si ce n'est que le tribunal peut ordonner, si les circonstances l'exigent, que l'enquête sera faite hors la présence du défendeur; mais, dans ce cas, son conseil peut le représenter. (C. P., 895.)

Le jugement ne peut être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées, (498) ainsi que le procureur impérial. (515.)

1330. Si l'interdiction est prononcée, l'appel n'est accordé qu'au défendeur; il est dirigé contre le provoquant. (C. P., 894.)

Si elle est refusée, le droit d'appeler appartient non-seulement au provoquant, mais encore à tout membre du conseil de famille. L'appel est dirigé contre le défendeur.

1331. En cas d'appel, la cour peut, si elle le juge nécessaire, interroger de nouveau la personne dont l'interdiction est demandée, (500) ou la faire interroger par un commissaire; mais il n'est pas nécessaire que ce commissaire soit pris dans son sein; l'éloignement du défendeur ne le permettrait pas toujours. Le Code abandonne à la prudence de la cour le soin de choisir, comme elle le juge convenable, le commissaire qu'elle peut

déléguer, soit un juge de paix, soit un des juges de première instance qui n'ont pas connu de l'affaire.

Le Code n'exige point que le procureur-général soit présent à cet interrogatoire.

1332. Comme l'interdiction produit son effet du jour du jugement, ( 502 ) le Code veut que tout jugement portant interdiction, quand même il y en aurait appel, soit, 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. ( 501. )

Mais il n'est pas nécessaire que le jugement soit signifié à ces notaires ; il suffit que l'extrait en soit remis au secrétaire de leur chambre, qui en donne un récépissé, et qui le communique à ses collègues, lesquels sont tenus d'en prendre note et de l'afficher dans leurs études.

1334. Les notaires sont tenus de prendre à leur chambre de discipline, et de faire afficher dans leurs études, l'extrait des jugemens qui ont prononcé des interdictions contre des particuliers, ou qui leur auront nommé des

conseils, sans qu'il soit besoin de leur signifier le jugement. (1)

La loi du 26 ventôse an 11, art. 18, soumet aux dommages et intérêts des parties, les notaires qui auraient négligé de mettre cette affiche dans leurs études.

1554. En refusant l'interdiction, le tribunal peut condamner le demandeur en des dommages et intérêts. On avait même proposé, dans le projet de Code, un article qui portait que le demandeur en interdiction qui succombe, doit être condamné en des dommages et intérêts, s'il n'a agi que par intérêt ou par passion.

Mais cet article, quoique dicté par la raison et l'équité, fut néanmoins retranché, 1<sup>o</sup> comme inutile, parce que la règle qu'il établissait était de droit commun; 2<sup>o</sup> parce qu'on craignit qu'il n'induisît les tribunaux à croire qu'il faut condamner indistinctement à des dommages et intérêts les demandeurs en interdiction qui succombent, quoiqu'il y ait des cas où cette condamnation ne soit pas méritée.

(1) Voyez le décret du 16 février 1807, contenant le tarif des frais et dépens, art. 7, chap. 7.

SECTION I V.

*Quels sont les effets de l'interdiction.*

1335. L'INTERDICTION produit deux effets principaux, auxquels on peut rapporter tous les autres :

L'un de placer la personne et les biens de l'interdit sous l'administration d'un tuteur ;

L'autre d'imprimer à l'interdit les mêmes incapacités qu'au mineur non émancipé auquel il est assimilé. ( 509. )

Nous diviserons cette section en deux paragraphes, dont l'un traitera de l'administration de la personne et des biens de l'interdit, l'autre des incapacités imprimées par l'interdiction.

§. I<sup>er</sup>.

*De l'administration de la personne et des biens de l'interdit.*

S O M M A I R E.

1336. *Quand on doit nommer un tuteur à l'interdit.*  
1337. *La tutelle est toujours dative, hors un seul cas.*  
1338. *Les femmes peuvent être tutrices de leurs maris.*  
1339. *Le tuteur élu peut s'excuser après dix ans. Exceptions.*  
1340. *Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à celles de l'interdit.*

1341. Où il doit être placé.
1342. Ses revenus doivent être employés à adoucir son sort.
1343. La dot des enfans est réglée par le conseil de famille.
1344. Effet de la tutelle de l'interdit qui est marié.
1345. Pouvoirs de la femme tutrice.
1346. Elle doit faire rapporter un inventaire.
1347. Elle peut renoncer à la communauté lors de la dissolution.
1348. En nommant la femme tutrice, le conseil règle les conditions de son administration.
1349. Mais elle peut recourir aux tribunaux.
1350. Quid, si la femme n'est pas nommée tutrice.
1351. Le mari de l'interdit conserve ses pouvoirs.
1352. Il doit faire inventaire des meubles exclus de la communauté.

1336. S'IL n'y a point d'appel du jugement d'interdiction rendu en première instance, on doit nommer à l'interdit un tuteur et un subrogé-tuteur, suivant les règles prescrites au titre de la minorité et de la tutelle. (505.)

Mais s'il y a appel, il faut attendre que le jugement soit confirmé sur l'appel avant de nommer ce tuteur et ce subrogé-tuteur. En ce point, l'appel du jugement d'interdiction est suspensif, quoiqu'il ne le soit pas

*Tit. XI. De la majorité, etc. Chap. II.* 559  
relativement aux incapacités (1) imprimées à l'interdit.

La nomination du tuteur et du subrogé-tuteur serait, nulle si elle était faite avant la signification du jugement d'interdiction, parce que le délai pour en relever appel ne commence à courir que du jour de la signification. (2)

Elle serait également nulle, si elle était faite après la déclaration d'appel.

Mais elle serait valable, si elle avait été faite après la signification du jugement, mais avant la déclaration d'appel.

1357. Le Code n'a point étendu au cas de l'interdiction la tutelle, soit naturelle, soit légitime des ascendans. La tutelle des interdits est toujours dative hors un seul cas, qui est celui de la femme tombée en démence. La folie ni l'interdiction ne font point cesser la puissance maritale, qui s'étend sur la personne et sur les biens. La loi défère au mari l'administration des biens personnels de la femme; (1428) elle est obligée de le suivre par-tout où il veut aller; elle ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari. Une pareille puissance est inconciliable avec l'autorité d'un tuteur. Le mari est

(1) Merlin, nouv. répert., v° interdiction, p. 395, n. 10; Loqué, p. 463 et 464.

(2) Arrêt de la cour de cassation, rendu *consultis classibus*, le 13 octobre 1807. Nouveau répert., v° interdiction, p. 387.

donc de droit le tuteur de sa femme interdite.  
(506.)

Hors ce cas unique, la tutelle des interdits est dative, et les incapacités et les exclusions des personnes qui peuvent être nommées, sont les mêmes que pour la tutelle des mineurs.  
(505.)

1338. On a cependant fait une exception en faveur des épouses. Quoiqu'en général les femmes soient incapables d'être tutrices, le Code fait cesser leur incapacité à l'égard du mari tombé en démence, comme à l'égard de leurs petits enfans. On présume que le malheureux accident arrivé au mari, n'éteindra point dans la femme les sentimens de l'amour conjugal; qu'elle conservera pour lui ces soins délicats et affectueux qui lui deviennent plus nécessaires dans son malheur, et que rien ne peut remplacer.

Mais aussi, comme il est possible que quelques femmes ne conservent pas les mêmes sentimens, le Code n'a pas voulu que la femme fût tutrice de droit de son mari; il veut seulement qu'elle puisse être nommée par le conseil de famille. (507.)

1339. La tutelle des mineurs a un terme fixe, celui de leur majorité ou de leur éman-

cupation. Celle des interdits n'en a point d'autre que la durée incertaine de leur état ou de leur vie. On a pensé qu'il n'était pas juste de prolonger indéfiniment une charge dont on n'aperçoit pas le terme. Le Code a donc voulu que nul ne fût tenu de conserver la tutelle d'un interdit au-delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, il peut demander son remplacement, qui ne peut lui être refusé. (508.)

Il faut excepter les époux, les ascendans et descendans, qui, en se chargeant de la tutelle de l'interdit, ne font que remplir un devoir de la nature, qu'on ne peut regarder comme un fardeau.

1340. La nomination d'un tuteur à l'interdit fait cesser les fonctions de l'administrateur provisoire, s'il en a été nommé un. Le tuteur reçoit ses comptes; c'est un des premiers actes de la tutelle.

Au reste, les lois sur les tutelles des mineurs s'appliquent à la tutelle de l'interdit, *qui est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens.* (509.)

1341. Il y a sur l'administration des biens de l'interdit quelques règles particulières nécessitées par la différence qui se rencontre entre son état et celui du mineur. Le conseil

de famille, selon le caractère de la maladie et l'état de la fortune de l'interdit, peut arrêter qu'il sera traité dans son domicile, ou qu'il sera placé dans une maison de santé et même dans un hospice. (510.)

1542. Le Code condamne la sordide économie qu'on voudrait exercer sur les dépenses de l'interdit; il veut que ses revenus soient essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. (510.) On ne doit donc épargner aucunes des dépenses, même de pur agrément, qui peuvent lui donner de la satisfaction, et par cela même contribuer au rétablissement de sa santé.

1543. Si l'interdit a des enfans qui soient dans le cas de se marier, la dot, l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales, doivent être réglées par un conseil de famille, (511) qui remplit en cela un devoir que la nature semble imposer au bon père de famille.

Mais dans la crainte que le conseil de famille n'abuse de ce pouvoir discrétionnaire, le Code veut que son avis soit homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur-impérial. (511.)

Ainsi l'homologation ne doit pas être une

vaine formalité; les magistrats sont obligés de s'assurer que les intérêts de l'interdit, ainsi que ceux des enfans, ne sont pas sacrifiés à des intérêts opposés qui pourraient exister au sein de leur famille.

1344. Il y a des observations importantes à faire relativement à la tutelle de l'interdit, lorsqu'il est marié.

Il faut d'abord poser en principe que la démence, soit du mari, soit de la femme, ne dissout point la communauté qui continue de subsister depuis comme avant l'interdiction, sans que l'époux, qui a conservé sa raison et l'intégrité de son état, puisse la faire dissoudre en se faisant séparer de biens. (1)

Il faut encore observer que l'interdiction ne fait perdre à l'interdit aucun de ses droits, elle le prive seulement de leur exercice. Ce principe s'applique aux gens mariés, comme à tous les citoyens.

Ainsi la démence du mari ne lui faisant perdre aucun de ses droits, il conserve la puissance maritale; il en perd seulement l'exer-

(1) Pothier, traité de la communauté, n. 509, dit que la démence ou la fureur du mari ne dissout pas la communauté, mais que cet état peut seulement être pour la femme une cause de demander la séparation.

Cette opinion ne peut plus s'accorder avec l'art. 1441 du Code, qui ne connaît que cinq manières de dissoudre la communauté. Voyez encore Pothier, traité du mariage, n. 515.

cice : la femme demeure toujours sous sa puissance. A défaut de l'autorisation qu'il ne peut lui donner, elle doit au besoin avoir recours à celle de la justice. (1)

Ainsi le mari continue d'être le maître de la communauté, (2) quoiqu'il soit privé de l'exercice de son droit.

1545. Si la femme est nommée tutrice, cette nomination renferme nécessairement le pouvoir d'administrer les biens du mari et ceux de la communauté, et par conséquent les siens propres. Elle n'a donc besoin d'aucune autre autorisation ; mais elle ne pourrait, sans une autorisation particulière de la justice, aliéner ses héritages ou ceux de la communauté, accepter ni répudier une succession qui lui serait échue, ni faire tout autre acte excédant les bornes d'une simple administration.

Elle ne pourrait aliéner ni hypothéquer les biens personnels de son mari, sans observer toutes les formalités prescrites pour les mineurs. (509.)

1546. La femme tutrice n'administrant la communauté qu'en qualité de mandataire légale de son mari, il en résulte qu'elle est, ainsi que tout autre tuteur, soumise à faire, au commencement de son administration, rapporter un

(1) Pothier, de la puissance maritale, n. 25.

(2) Pothier, traité du mariage, n. 515.

inventaire des biens de la communauté, contradictoirement avec le subrogé-tuteur.

On en doutait autrefois, (1) parce que, disait-on, la femme en ce cas *administre son propre bien*.

Cette raison manque d'exactitude, puisque la communauté n'est point le bien de la femme; elle n'y a qu'un droit habituel. Le mari, comme nous l'avons déjà dit, continue d'en être le maître, quoiqu'il soit privé de l'exercice de son droit. Le doute peut d'autant moins s'élever sous l'empire du Code, que par l'article 509 les lois sur la tutelle des mineurs sont déclarées applicables à la tutelle des interdits.

1546. Mais en prenant l'administration de la communauté en qualité de tutrice, la femme n'en conserve pas moins le droit d'y renoncer au moment de la dissolution, et ses héritiers ont le même droit; car il est possible que les motifs qui déterminent la renonciation soient antérieurs à son administration, et qu'ils en soient indépendans, si le mari, par exemple, avait fait beaucoup de dettes avant son interdiction.

(1) V. Duparc-Poullain, sur l'art. 523 de la coutume de Bretagne; et principes du droit, tom. 1, pag. 382; le nouveau répertoire, v<sup>o</sup> interdiction, pag. 388.

La femme nommée tutrice est même plus favorable que celle qui a opté pour la continuation de la communauté, dans le cas de l'absence déclarée de son mari; car cette dernière pouvait renoncer à la communauté au lieu d'opter pour la continuation, et la femme, en refusant d'être tutrice, ne peut renoncer à la communauté, qui n'est pas dissoute par l'interdiction du mari.

1547. En nommant la femme tutrice, le conseil de famille, suivant l'article 507, réglera la forme et les conditions de l'administration.

Cet article est une suite de l'article 464, qui dit en général que, « lors de l'entrée en » exercice de toute tutelle, autre que celle » des père et mère, le conseil de famille réglera par appercu, et selon l'importance des » biens régis, la somme à laquelle pourra » s'élever la dépense du mineur, ainsi que » celle d'administration de ses biens. »

« Le même acte spécifiera si le tuteur » est autorisé à s'aider dans sa gestion d'un » ou de plusieurs administrateurs particuliers » salariés et gérant sous sa responsabilité. »

Ce règlement est beaucoup plus nécessaire dans le cas où la femme tutrice est chargée d'administrer les biens de son mari, les siens

propres et la communauté qui continue d'exister. Il est possible que les biens soient éloignés; que la fortune du mari ou celle de la communauté soit composée en tout ou en partie de manufactures, d'établissemens de commerce; etc., il peut alors être prudent de limiter les pouvoirs de la femme.

1348. Mais elle a le droit de recourir aux tribunaux, si elle se croit lésée par l'arrêté de la famille. (507.)

— Quand la femme n'est point nommée tutrice, le règlement du conseil de famille n'est pas moins nécessaire pour prévenir les contestations qui peuvent s'élever entre le tuteur chargé d'administrer les biens du mari et ceux de la communauté, et la femme qui doit rester chargée des soins du ménage et des enfans, s'il en existe.

1349. Il est rare, à moins qu'elle ne soit absolument incapable ou qu'elle ne refuse, que la femme ne soit pas nommée tutrice du mari interdit; la nomination d'un autre tuteur fait nécessairement naître beaucoup de difficultés qu'il faut écarter.

1350. Si c'est la femme qui est interdite, le mari, comme nous l'avons déjà dit, est tuteur de droit; (506) et l'interdiction de la

femme ne pouvant priver le mari d'aucun de ses droits, il reste seul administrateur des biens de la communauté, comme il l'était auparavant, avec pouvoir de les vendre, aliéner et hypothéquer. (1421.)

1351. Le droit d'administrer les biens de la femme reste attaché à la puissance maritale (1428) qu'il conserve; ses fonctions de tuteur ne peuvent donc guère être relatives qu'aux immeubles dont la femme s'était réservée l'administration par son contrat de mariage, et aux meubles qu'elle avait exclus de la communauté, et dont elle s'était réservée la disposition. Le mari tuteur est obligé de faire faire inventaire de ces meubles, contradictoirement avec le subrogé-tuteur, mais non pas des meubles de la communauté.

### §. II.

#### *Des incapacités imprimées par l'interdiction.*

---

### S O M M A I R E.

- 1352. *L'interdit est assimilé au mineur.*
- 1353. *Développement de cette similitude.*
- 1354. *Différences qui existent entre eux.*
- 1355. *Caractère des incapacités de l'interdit. Renvoi*
- 1356. *Quand elles commencent.*

1357. *Différence des actes faits avant ou après le jugement.*  
1358. *Conditions requises pour les faire annuler.*  
1369. *A qui incombe la preuve de ces conditions.*  
1360. *Quid, s'il y avait du doute.*  
1361. *Le long-tems qui s'est écoulé entre les actes et l'interdiction, est un préjugé en leur faveur.*  
1362. *Les actes ne peuvent être attaqués après la mort d'un individu dont l'interdiction n'a pas été provoquée de son vivant.*  
1363. *Trois exceptions à ce principe.*  
1364. *Comment l'interdiction est levée.*
- 

1352. L'INTERDIT est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens; et cette similitude, établie en règle par l'art. 509 du Code Napoléon, se trouve développée dans une foule de dispositions qu'il est bon de rapprocher.

1355. L'interdit, comme le mineur, est privé de l'exercice des droits politiques ou de citoyen français. (1)

Tous les deux sont en tutelle, et sont représentés par le tuteur dans tous les actes civils; (450) en conséquence, le domicile de droit de l'un comme de l'autre est établi chez leur tuteur, (108) chargé de prendre soin de leurs personnes et d'administrer leurs biens.

(1) Art. 2 et 5 de la constitution de l'an 8.

L'interdit et le mineur sont incapables de contracter; (1124) mais cette incapacité qui leur est relative, ne peut être opposée par les personnes capables de s'engager qui ont contracté avec eux. (1125.)

Comme personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, l'interdit et le mineur, qui font annuler ou rescinder leurs engagements, sont obligés de restituer les sommes qu'ils ont reçues, lorsqu'il est prouvé qu'elles ont tourné à leur profit. (1312.)

Les successions échues, soit au mineur, soit à l'interdit, ne peuvent être acceptées par leur tuteur sans l'autorisation du conseil de famille, et autrement que sous bénéfice d'inventaire. (776, 461.)

La même autorisation est nécessaire pour l'acceptation des donations. (935.)

Les mêmes formalités sont exigées dans les partages où sont intéressés, soit des mineurs, soit des interdits. (838.)

Il y a même prohibition d'aliéner et hypothéquer leurs immeubles. (499.)

Les immeubles d'un mineur ou d'un interdit ne peuvent être mis en vente par expropriation forcée, avant la discussion de leur mobilier. (2206.)

La prescription ordinaire ne court ni contre le mineur ni contre l'interdit. (2252)

Le délai de la rescision ne court contre le mineur que du jour de sa majorité, et contre l'interdit que du jour de la main-levée de l'interdiction. (1304.)

Enfin, l'interdit et le mineur sont également sous la protection spéciale du ministère public, qui doit être entendu dans toutes les causes où ils sont intéressés. (C. P., 85.)

1354. Il y a cependant des exceptions à la règle générale, qui assimile les interdits aux mineurs. L'incapacité des premiers est plus étendue en plusieurs points.

1° Le mineur est capable de contracter mariage, avec le consentement de ses ascendans ou du conseil de famille. (148.)

L'interdit en est incapable (174) tandis que dure l'interdiction; cependant les parens qui auraient consenti au mariage d'un interdit ne seraient pas recevables à l'attaquer, et ce consentement pourrait devenir un moyen de faire lever l'interdiction.

2° Le mineur, assisté de ceux qui doivent consentir à son mariage, peut donner, par son contrat de mariage, tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint. (1095, 1309, 1398.)

L'interdit ne pouvant se marier, est privé de cette faculté.

3° Le mineur, parvenu à l'âge de seize ans accomplis, peut donner par testament jusqu'à concurrence de la moitié des biens que la loi laisse à la disposition du majeur. (904.)

L'interdit étant jugé n'être pas sain d'esprit, ne peut faire un testament. (901.)

4° L'interdit ne peut être tuteur ni membre d'un conseil de famille. (442.)

Le mineur, au contraire, est tuteur de droit de ses enfans.

1355. Nous avons dit que les incapacités de l'interdit sont des nullités relatives qui ne peuvent lui être opposées par les personnes capables qui ont contracté avec lui. (1125.) On ne peut donc regarder ces nullités comme absolues; il faut les faire prononcer par les tribunaux, en connaissance de cause, dans le délai de dix ans, à compter de la mainlevée de l'interdiction. Nous développerons ces principes dans le troisième livre, titre 3, chap. 2 et 5, aux sections qui traitent de la capacité des parties contractantes, et de l'action en nullité ou en rescision des conventions; c'est le siège de la matière.

Nous y examinerons si, sous l'empire du

Code, il existe encore des différences entre les obligations nulles de droit et les obligations sujettes à rescision, et nous concilierons l'art. 502, qui porte que tous les actes passés par l'interdit, postérieurement au jugement d'interdit, sont *nuls* de droit, avec les art. 1125, 1304 et 1312, qui supposent les actes valides, si la nullité ou la lésion n'en est pas proposée dans le délai fixé.

Nous nous bornerons à examiner ici quand commencent les incapacités de l'interdit.

1356. L'incapacité de l'interdit ne vient pas du jugement qui prononce l'interdiction, mais de l'état de celui contre qui elle est prononcée, et que la nature avait d'avance rendu incapable de contracter, en le privant de l'usage de la raison. Ce n'est donc point le jugement d'interdiction qui établit l'incapacité; il déclare seulement que cette incapacité existait déjà au moment où il a été rendu. Son effet doit donc naturellement se reporter sur le passé, et remonter au tems précis où la cause a commencé, c'est-à-dire, au moment où l'interdit est tombé en démence.

1357. Néanmoins le Code fait une grande différence entre les actes passés antérieurement et les actes passés postérieurement au jugement d'interdiction. Quant à ces derniers, l'incapacité

étant jugée d'avance, *ils sont nuls de droit*, (502) en ce sens que l'incapacité de celui qui les a passés, est une chose jugée et notoire.

Il en est autrement des actes passés avant le jugement d'interdiction; ils peuvent l'avoir été dans un tems où l'interdit jouissait de la plénitude de sa raison, comme de l'intégrité de son état.

Ils peuvent aussi l'avoir été depuis qu'il est tombé en démence; la loi ne pouvait donc ni les déclarer nuls, ni les déclarer valides: c'est au magistrat seul qu'il appartient de les juger d'après les faits et les circonstances.

L'art. 503 porte donc que « 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. »

1558. Trois conditions sont requises cumulativement pour les faire annuler :

- 1° Qu'il y ait interdiction;
- 2° Que la cause de l'interdiction ait existé à l'époque de l'acte;
- 3° Que cette cause ait été *notoire*.

Car celui qui contracte avec un individu notoirement en démence, est un homme de mauvaise foi.

Mais la démence, ou la cause de l'interdiction, a pu exister sans être généralement

connue, d'autant mieux que, suivant le Code, l'homme en démente peut être interdit, quoiqu'il ait des intervalles lucides. L'acte peut donc avoir été passé dans la bonne foi avec un individu qui, quoique le plus souvent en démente, jouissait en ce moment de toute sa raison, et se trouvait très-capable d'une volonté réfléchie.

1559. C'est donc à ceux qui attaquent les actes passés par un interdit, avant le jugement d'interdiction, à prouver non-seulement que la cause de l'interdiction remonte à cette époque, mais encore qu'elle était *notoire*; et cette notoriété peut être prouvée, tant par les indices que peuvent offrir les dispositions même de l'acte, que par tous les genres de preuve admis en justice, sauf au défendeur à prouver le contraire, et sur-tout à prouver sa bonne foi, qui doit être d'un très-grand poids auprès des juges.

1560. S'il y avait du doute sur l'existence ou sur la notoriété de la démente, au tems où l'acte a été passé, il faudrait le déclarer valide, et s'en tenir au principe que celui qui n'était pas encore interdit, jouissait de la plénitude de son état et de ses droits.

1561. Le long-tems qui s'est écoulé entre

les actes attaqués et l'interdiction, a toujours été considéré comme un préjugé très-fort (1) en faveur de leur validité. La société ne doit pas souffrir du retardement que les parens ont mis à provoquer l'interdiction; eux-mêmes ne peuvent s'en plaindre, puisque c'est leur propre fait.

1562. Mais s'ils avaient négligé de provoquer l'interdiction de leur parent en démence pendant qu'il était vivant, ils ne seraient plus recevables après sa mort à critiquer les actes qu'il aurait faits.

L'art. 504 porte: « Après la mort d'un indi-  
 » vidu, les actes par lui faits ne pourront  
 » être attaqués pour cause de démence, qu'au-  
 » tant que son interdiction aurait été pro-  
 » noncée ou provoquée avant son décès, à  
 » moins que la preuve de la démence ne  
 » résulte de l'acte même qui est attaqué. »

Si la personne morte dans la paisible possession de son état était néanmoins en démence, la loi punit la négligence de ses héritiers qui n'ont pas agi dans le tems que leur action pouvait lui être utile; elle repousse, par une fin de non recevoir équitable, une demande

(1) Un arrêt du premier juillet 1756, qui confirma une donation faite par la duchesse de la Force, cinq ans avant son interdiction. Nouveau répert., v<sup>o</sup> interdiction, p. 4395.

tardive dont la légitimité ne saurait plus être constatée par la preuve la plus naturelle, la seule non équivoque en pareil cas par l'examen de la personne prétendue en démence; la loi présume avec justice qu'elle a joui jusqu'au dernier moment de la plénitude de sa raison, puisqu'on n'a pas osé, pendant sa vie, intenter contre elle une action en interdiction: la preuve contraire à cette présomption légale n'est point admise.

1363. Ce principe est néanmoins sujet à trois exceptions.

La première, dans le cas où l'interdiction a été sinon prononcée, du moins provoquée avant le décès de l'individu mort pendant la litispendance. Cet événement n'a pu priver ses héritiers de leur droit; leur action est conservée; ils peuvent alors attaquer les actes faits par le défunt, tant avant que depuis la demande en interdiction, comme ils l'auraient pu faire si l'interdiction avait été prononcée, bien entendu que ces actes peuvent être maintenus ou annulés suivant les circonstances: la décision est abandonnée à la prudence des tribunaux.

Bien entendu encore que la demande en interdiction, formée avant la mort, n'a été ni abandonnée ni périmée.

La seconde exception est le cas où la preuve de la démence résulte de l'acte même qui serait attaqué; car alors la preuve de l'incapacité résulte du propre fait du défunt; elle est indépendante du témoignage des hommes; il est impossible de maintenir des dispositions qui appartiennent évidemment à la démence, au lieu d'être le fruit de la raison.

La troisième exception concerne les donations entre-vifs et les testamens, auxquels l'art. 504 n'est point applicable, parce que l'art. 901, qui forme une exception, porte spécialement que pour faire une donation entre-vifs et un testament, il faut être *sain d'esprit*. La cour de cassation en a conclu, sur les conclusions de M. Merlin, que ces actes peuvent être attaqués pour cause de démence après la mort du donateur ou testateur dont l'interdiction n'a pas été provoquée de son vivant, et cela quand même les actes énonceraient que le testateur était sain d'esprit. (1)

1364. « L'interdiction cesse avec les causes » qui l'ont déterminées. Néanmoins la main- » levée ne sera prononcée qu'en observant les » formalités prescrites pour parvenir à l'in- » terdiction, et l'interdit ne pourra reprendre

(1) V. les arrêts de la cour de cassation des 22 novembre et 19 décembre 1810. Sirey, an 1811, pag. 73 et suiv.

» l'exercice de ses droits qu'après le jugement  
» de main-levée. » (512.)

Le respect dû au jugement qui a prononcé l'interdiction, et plus encore la sûreté publique, exigent qu'il soit détruit par un autre jugement rendu avec les mêmes formalités que le premier. Ainsi, le conseil de famille doit être consulté, l'interdit interrogé, et même, s'il est nécessaire, des témoins entendus.

Si le tuteur de l'interdit mourait, et que les parens qui ont négligé de lui en faire nommer un autre l'eussent notoirement traité comme un homme sain d'esprit, ils pourraient, suivant les circonstances, être non recevables à attaquer les actes qu'il aurait faits.

## CHAPITRE III.

### *Du Conseil judiciaire.*

#### SOMMAIRE.

1365. *Celui c'est qu'un conseil judiciaire.*  
1366. *Etat de la personne qui y est soumise.*  
1367. *Division de la matière.*  
1368. *La nomination d'un conseil peut être provoquée en deux cas.*  
1369. *Impossibilité de préciser les cas où elle est nécessaire.*  
1370. *Qu'est-ce qu'un prodigue?*

1371. Quelles sont les preuves de la prodigalité.
1372. Qui peut provoquer la nomination d'un conseil.
1373. L'individu qui en a besoin peut la solliciter.
1374. Comment la demande doit être instruite et jugée.
1375. C'est le tribunal qui nomme le conseil.
1376. Quelles personnes il nomme.
1377. On peut en nommer plusieurs, et s'il faut l'avis de tous.
1378. Pour quels actes l'avis du conseil est nécessaire.
1379. L'est-elle pour les conventions de mariage et pour tester?
1380. Comment l'avis peut être donné.
1381. Cet avis suffit pour les aliénations.
1382. La nomination d'un conseil n'empêche point d'agir par soi-même.
1383. Nullité des actes faits sans l'avis du conseil depuis le jugement.
1384. Comment le jugement doit être rendu public.
1385. Responsabilité des notaires.
1386. Comment le jugement peut être révoqué.

1365. LES pères de famille prudents, qui éprouvent ou qui prévoient des difficultés dans leurs affaires ou dans la régie de leurs biens, ont coutume de prendre un conseil éclairé, par l'avis duquel ils se gouvernent.

Ce qu'ils font par prudence, la loi contraint certains individus de le faire par nécessité. Elle autorise le magistrat à leur donner une

*Tit. XI. De la majorité, etc. Chap. III. 561*  
ou plusieurs personnes, sans l'assistance des-  
quelles ils ne peuvent valablement plaider ni  
aliéner leurs biens : c'est ce qu'on appelle  
*un conseil judiciaire.*

1566. A la différence de l'interdiction qui  
opère un véritable changement d'état, la nomi-  
nation d'un conseil judiciaire n'en opère aucun  
dans la personne qui s'y trouve soumise :  
elle continue d'exercer par elle-même toutes  
ses actions, tous ses droits civils et poli-  
tiques, de voter dans les assemblées de  
famille et dans les assemblées primaires  
et électorales, de faire en un mot tous les  
actes de la vie civile. Elle est seulement assu-  
jettie à prendre pour certains actes d'excep-  
tion l'avis du conseil, qui doit la prémunir  
contre les erreurs et les surprises auxquelles  
elle est exposée dans la disposition de ses  
biens ou dans la direction de ses affaires.

1567. Nous examinerons quand on peut faire  
nommer un conseil judiciaire ;

Quelles personnes peuvent provoquer cette  
nomination ;

Comment elle se fait ;

Quelles personnes peuvent être nommées  
conseils ; quel est l'effet du jugement qui  
nomme un conseil ;

Comment il est exécuté ;

Quand commence et quand cesse son effet:

1368. La nomination d'un conseil judiciaire peut être provoquée en deux cas;

1<sup>o</sup> Lorsqu'un homme, sans être absolument en démence, est néanmoins d'un caractère et d'une raison trop faibles pour conduire seul ses affaires, et qu'il se trouve, par conséquent, exposé à des surprises ou entraîné à des actes qui consommeraient sa ruine;

2<sup>o</sup> Dans le cas de prodigalité, lorsqu'un homme, dominé par des passions qu'il n'a pas la force de dompter, abuse de ses droits pour dissiper ses biens en dépenses excessives et désordonnées.

1369. Il n'est pas possible d'indiquer d'une manière précise les cas où, sans qu'il soit besoin de prononcer l'interdiction, il suffit de soumettre un majeur à la direction du conseil judiciaire : les faits et les circonstances peuvent seuls déterminer. C'est par eux seuls qu'on peut connaître si l'individu est attaqué de cette faiblesse de raison et de caractère, qui laisse flotter sa volonté toujours prête à fléchir au gré de ceux qui veulent s'emparer de son esprit pour le surprendre; de cette facilité à s'engager, qui le rend incapable de diriger utilement ses affaires seul, et sans un conseil ferme et éclairé.

1370. Quant au prodigue, c'est, suivant Ulpien, celui qui ne met ni fin ni mesure à ses dépenses, qui dissipe son bien en ces sortes de profusions que les gens sensés ont toujours qualifiées de folies. *Qui quod ad bona ipsorum furiosum faciunt exitum.* (1)

On ne considère pas comme prodigues ceux qui n'abusent que dans une certaine mesure du droit de disposer de leurs biens.

L'objet des dépenses est aussi beaucoup à considérer ; car il ne faut pas confondre le prodigue avec l'homme libéral. Le prodigue est celui dont les dépenses n'ont aucun but utile pour la société, qui dissipe sa fortune en festins, en présens, en jeux, en chasses et dépenses qui ne laissent après elles que des traces fugitives ou nulles ; le libéral, celui dont les dépenses consistent dans des actions de bienfaisance. (2)

Celui qui dépense chaque jour inutilement des sommes excessives, ou qui consume son bien en procès ruineux, qui est obéré et obligé de vendre son patrimoine, est certainement un homme prodigue.

(1) L. 12, §. 2, ff. de tut. et cur. dat. L. 1, ff. de curat. furios.

(2) Cic. de offic., lib. 2, n° 76. V. la formule d'interdiction des prodigues, usitée à Rome. Paul. recept., lib. 3, tit. 4, n° 7.

1371. Pour arrêter le prodigue, il ne faut pas attendre que sa fortune soit dissipée; le remède viendrait trop tard. Mais à quel terme l'arrêter? Quelles seront les preuves suffisantes de prodigalité? Voilà ce que la loi abandonne avec raison à la prudence des juges. On ne peut dissimuler qu'il y a toujours un peu d'arbitraire dans la manière de juger ces sortes de procès; c'est un inconvénient attaché à cette matière et à beaucoup d'autres.

La preuve de prodigalité ne peut résulter ni d'un seul abus ni même de plusieurs, en choses de peu d'importance; il faut des actes réitérés, il faut que l'abus soit tourné en habitude.

Nos anciens jurisconsultes avaient, pour bannir une partie de l'arbitraire, établi en principe que personne ne pouvait être déclaré prodigue, à moins qu'il n'eût aliéné ou dissipé en folles dépenses au moins le tiers de ses biens; (1) ce qui s'entendait aussi des obligations contractées jusqu'à la même concurrence. Des juges qui n'aimeraient pas à décider arbitrairement, pourraient encore prendre cette règle pour guide.

Mais si personne ne pouvait être déclaré

(1) D'Argentré, in art. 491, gloss. 1, n. 3; Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, p. 385; Meslé, p. 454.

prodigue, à moins qu'il n'eût dissipé un tiers de ses biens, il ne s'ensuivait pas qu'il fallût interdire tous ceux qui avaient aliéné ou dissipé même au-delà de ce tiers. On doit principalement considérer la cause et l'objet des dépenses, « *In hac dijudicatione non tam* »  
« *sumptuum magnitudo, qui sæpè magnâ neces-* »  
« *sitate fiunt, quàm causæ insumendi trac-* »  
« *tandæ sunt.* » (1) Les fausses spéculations ne sont pas considérées comme des actes de prodigalité. (2)

1572. La nomination d'un conseil judiciaire, ou la défense de procéder sans l'assistance d'un conseil judiciaire, peut être provoquée par tous ceux qui ont droit de provoquer l'interdiction, à l'exception du procureur impérial, parce que ne s'agissant point ici des excès d'un furieux qui menace le repos et la sûreté publique, ni d'un individu en démence dénué de parens connus, le ministère public est sans intérêt pour agir.

Car, quoique, sous un point de vue général, il importe à l'état que chacun conserve son patrimoine et n'abuse pas de sa propriété, le prodigue pouvant devenir dangereux, ou à charge à la société, il est néanmoins vrai que

(1) D'Argentré, ubi sup.

(2) Cambacérés dans Loqué, pag. 504, tom. 6.

la nomination d'un conseil judiciaire a pour but direct l'intérêt particulier de l'individu qui le reçoit, celui de sa femme, de ses enfans et de sa famille. (1)

1575. On a vu dans l'ancienne jurisprudence des individus qui, connaissant leur propre faiblesse et leur facilité à s'engager, et voulant se mettre en garde contre les surprises qu'on pourrait leur faire, sollicitaient eux-mêmes la défense d'aliéner, d'emprunter, de souscrire aucunes lettres de change ni billets sans l'assistance d'un conseil. Le châtelet de Paris était dans l'usage d'accueillir ces demandes et de nommer un conseil. On trouve plusieurs arrêts (2) qui ont confirmé ces nominations et annulé les engagements pris postérieurement sans l'assistance du conseil : cette jurisprudence n'a rien qui ne soit conforme aux principes du Code.

La nomination d'un conseil judiciaire n'opère aucun changement d'état ; ce n'est qu'une précaution contre les erreurs et les surprises auxquelles est exposé un individu d'un caractère et d'un esprit trop faciles et trop faibles.

(1) D'Argentré, *ubi sup.* ; Bertrand de la Greuille, exposé des motifs, tom. 4, pag. 288.

2) Voyez le nouveau Denisart, v<sup>o</sup> conseil nommé par la justice, pag. 258 et 260.

Pourquoi ne pourrait-il pas solliciter volontairement de la justice cette précaution salutaire? La nomination d'un conseil ne forme pas, comme le jugement d'interdiction, un préjugé contre les actes antérieurs qui restent dans toute leur force; et quant aux actes postérieurs, le public est averti par la publication du jugement.

Néanmoins il est à croire que les tribunaux, à qui une pareille demande serait adressée, ordonneraient qu'elle fût communiquée au conseil de famille, et cette marche prévient toute difficulté.

1374. La demande qui a pour objet la nomination d'un conseil judiciaire, doit être instruite et jugée de la même manière qu'une demande en interdiction. La nomination peut même être faite d'office par les juges, lorsque, sur une demande en interdiction, ils ne trouvent pas de motifs suffisans pour prononcer une interdiction complète sollicitée par les parens, parce qu'en se bornant à nommer un conseil, ils accordent moins que ne contient la demande. En rejetant la demande en interdiction, le tribunal peut donc, si les circonstances lui paraissent l'exiger, 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 doit lui être nommé par le même jugement. (art. 499.)

1375. Ainsi le conseil judiciaire n'est point, comme le tuteur de l'interdit, nommé par le conseil de famille ; c'est le tribunal qui doit le nommer. Le conseil de famille peut indiquer les personnes qu'il désire ; mais le tribunal n'est point obligé de suivre son indication.

1376. Les personnes que nomment les tribunaux pour conseils judiciaires sont ordinairement des magistrats ou des jurisconsultes, quelquefois des notaires ou des avoués recommandables par leur probité et leur expérience.

1377. On peut nommer un seul conseil ou plusieurs ; et alors, s'il n'est pas dit qu'ils sont nommés l'un à défaut de l'autre, il faut l'avis de tous pour les actes où leur assistance est requise ; s'ils sont nommés à défaut l'un de l'autre, il faut s'adresser de préférence au premier nommé, et n'aller aux autres qu'en cas d'empêchement du premier : et, comme ces conseils judiciaires n'ont aucune administration, et que leurs fonctions se bornent à

*Tit. XI. De la majorité, etc. Chap. III.* 569  
donner des avis, ils ne sont comptables de rien, ni assujettis à aucune responsabilité.

1578. Nous avons déjà dit que l'individu auquel on a nommé un conseil judiciaire demeure capable en général de tous les actes de la vie civile; il reste maître de sa personne, il conserve la libre administration de ses biens, reçoit ses revenus, en donne quittance, les emploie comme il lui plaît; sa liberté n'est gênée qu'à l'égard de certains actes qu'il ne peut faire valablement sans l'assistance ou l'avis de son conseil.

Mais le choix de ces actes n'est plus, comme autrefois, laissé à l'arbitraire des tribunaux. La nomination d'un conseil judiciaire n'avait été introduite, dans notre ancienne législation, que par l'usage et la jurisprudence des arrêts. Ainsi les fonctions du conseil judiciaire n'étant fixées par aucune loi, étaient plus ou moins étendues, suivant que le prescrivait le jugement de nomination; elles dépendaient de la prudence des juges qui pouvaient mettre des bornes plus ou moins étroites à la liberté de celui qu'ils soumettaient à la direction d'un conseil.

Il en est autrement dans la nouvelle législation. Le choix des actes soumis à la direction

du conseil judiciaire a été fait par le Code dans les art. 499 et 513. L'individu demeure libre à l'égard de tous les autres, et les tribunaux ne pourraient, sans excéder leurs pouvoirs, soumettre à l'assistance du conseil nommé les actes que la loi n'y a pas soumis : ils n'ont que l'alternative de prononcer l'interdiction, s'il y a lieu, ou de nommer un conseil judiciaire pour les actes indiqués par le Code.

Posons donc en principe que les seuls actes pour lesquels l'assistance du conseil est nécessaire sont ceux énumérés par le Code ; savoir : plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, en donner décharge, aliéner, grever ses biens d'hypothèques. (Art. 499, 513.)

Dans tous les autres actes, l'état de l'individu qui a reçu un conseil ne diffère en rien de celui de tout autre citoyen majeur.

1379. Maître de sa personne, il peut contracter mariage sans son conseil, sauf à prendre son avis sur les conventions matrimoniales, en cas qu'elles contiennent quelque donation entre-vifs, ou quelque ameublissement ; ce serait alors une aliénation qu'il ne peut faire sans l'assistance de son conseil.

Il n'en aurait pas besoin si les conventions matrimoniales ne contenaient que des dons

de survie, qui participent de la nature des donations à cause de mort, sur lesquelles il n'est pas astreint à prendre l'avis de son conseil, non plus que sur son testament; car il conserve la faculté de tester dans toute sa plénitude: l'art. 902 veut que toutes personnes puissent tester, excepté celles que la loi en déclare incapables.

Suivant les lois romaines, adoptées par notre ancienne jurisprudence, le prodigue ne pouvait tester, parce qu'il était interdit. L'empêchement n'était fondé que sur l'interdiction: le prodigue n'étant pas privé de l'usage de la raison, le jugement d'interdiction pouvait seul le dépouiller du droit de tester; le testament antérieur était valide. Aujourd'hui le prodigue ne peut être interdit; et, s'il reçoit un conseil judiciaire, il n'est tenu de le consulter que sur les actes pour lesquels le Code a expressément exigé son assistance.

1580. Son avis, de quelque manière qu'il soit donné, suffit pour leur validité, soit qu'il soit présent à l'acte et qu'il le signe, soit qu'il l'approuve et l'autorise par un avis écrit et annexé à l'acte, mais antérieur; car le vœu de la loi est que l'avis du conseil précède l'acte: le Code n'a prescrit à cet égard aucune formalité particulière.

1381. L'aliénation même des biens n'est soumise à aucune autre condition que celle de l'approbation du conseil; s'il la juge utile ou nécessaire, s'il en trouve les conditions raisonnables, le but de la loi est rempli; il n'est besoin ni de l'autorisation du conseil de famille, ni du décret de justice: c'est une différence caractéristique entre l'interdiction et l'assujettissement à un conseil judiciaire.

1382. Le majeur soumis à la direction d'un conseil, agit par lui-même. Son conseil ne doit point paraître en nom dans les procès ou dans les actes qu'il fait; il n'y doit être nommé que comme approuvant ce qui est fait. La procédure dirigée contre le conseil serait nulle. S'il était assigné, il pourrait eoter une folle intimation. C'est la personne soumise à la direction d'un conseil qu'il faut assigner directement, sauf au demandeur, si elle ne justifiait pas de l'avis de son conseil, à obtenir un jugement qui le condamne à satisfaire à cette formalité.

1383. Les actes sur lesquels le conseil doit être consulté sont nuls, s'ils ont été passés sans son avis. Cette nullité est de droit pour tous ceux qui sont postérieurs au jugement de nomination; car, suivant l'art. 502, il doit avoir son effet à commencer du jour où il a été

*Tit. XI. De la majorité, etc. Chap. III. 573*  
prononcé, quand même il y en aurait eu appel, pourvu qu'il soit confirmé.

Quant aux actes antérieurs au jugement, ils sont inattaquables, si ce n'est dans les cas de droit.

Cependant notre savant d'Argentré (1) pense que les actes passés pendant la litispendance devraient être annulés, s'ils étaient au profit d'un homme qui aurait eu connaissance de la demande en nomination de conseil; par exemple, d'un parent qui aurait voté au conseil de famille, d'un témoin, d'un avocat, d'un avoué, qui auraient été employés dans l'instruction. Il semble qu'en effet il y a un dol personnel de la part de celui qui, ayant connaissance de la demande, s'est hâté de contracter, avant le jugement, avec celui qui a été jugé devoir être soumis à la direction d'un conseil.

1384. Comme il importe que la nomination d'un conseil soit connue de ceux qui ont des intérêts à discuter avec l'individu soumis à sa direction, le jugement, comme ceux d'interdiction, doit être inscrit dans les dix jours sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire du tribunal, et

(1) In art. 492, gloss. 2, n. 4; Meslé, p. 459.

dans les études des notaires de l'arrondissement. (Art. 501.) C. P., art. 897.

L'incapacité résultant du jugement portant nomination d'un conseil judiciaire, ne peut être opposée à celui qui a contracté avec la personne pourvue de conseil, si le jugement de nomination n'a pas été levé, signifié et inscrit dans les dix jours de sa prononciation, aux termes de l'art. 501. (1)

L'article 18 de la loi du 25 ventôse an 11, ordonne à tous les notaires de tenir exposé, dans leurs études, un tableau sur lequel ils inscrivent les noms, prénoms, qualités et demeure des personnes qui, dans l'étendue du ressort où il peut exercer, sont interdites et assistées d'un conseil judiciaire, ainsi que la mention des jugemens relatifs, ... et à peine des dommages et intérêts des parties.

1385. Ainsi, faute d'exposition de ce tableau, les notaires seraient garans de la nullité des actes passés dans leurs études par des interdits ou des personnes à qui il a été nommé des conseils.

Mais il ne faudrait pas étendre cette garantie contre les notaires qui sont hors du ressort de la juridiction de l'interdit; c'est alors à

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 16 juin 1810. V. le supplément aux questions de droit de Merlin, v<sup>o</sup> tableau des interdits, pag. 313. Sirey, an 11, pag. 5.

celui qui contracte de s'imputer sa propre négligence. (1) Il devait connaître la condition de la personne avec laquelle il a contracté.

Elle ne s'étendrait point également aux notaires sous le ressort desquels les interdits ou les personnes soumises à la direction d'un conseil iraient s'établir depuis le jugement, à moins que l'extrait de ce jugement n'ait été remis au secrétaire de leur chambre de discipline, où ils sont tenus d'en prendre note pour l'insérer sur leur tableau. (2)

1586. Le jugement qui nomme un conseil, ou qui fait défense de procéder sous l'assistance d'un conseil, ne peut être révoqué qu'en observant les mêmes formalités prescrites pour la main-léevée de l'interdiction. (514.) Le jugement doit être révoqué quand le conseil de famille pense que les circonstances ou le caractère de la personne ont tellement changé (3) qu'il n'y a plus de danger à le laisser agir sans conseil.

(1) Voyez le nouveau répertoire, v. interdiction, pag. 393.

(2) Art. 7, chap. 7, des notaires, dans le tarif du 16 février 1807.

(3) Voyez-en un exemple dans le nouveau Denisart, v. conseil nommé, pag. 262.

FIN DU 1<sup>er</sup> LIVRE ET DU SECOND VOLUME.

# T A B L E

## DES TITRES ET DES CHAPITRES.

### LIVRE PREMIER.

#### CHAPITRE V.

<b>D</b> es obligations qui naissent du mariage.	pag. 1
§ I. Quelles personnes se doivent des alimens.	2
§ II. Quelle est l'étendue de cette obligation.	5
§ III. Quand elle cesse.	11

#### CHAPITRE VI.

Des droits et des devoirs respectifs des époux, et de l'autorisation nécessaire à la femme pour contracter ou ester en jugement.	13
§ I. Dans quels cas l'autorisation du mari est nécessaire.	18
§ II. Quand et comment elle peut être donnée ou suppléée par la justice.	24
§ III. Effets de l'autorisation et du défaut d'autorisation.	33

#### CHAPITRE VII.

De la dissolution du mariage.	39
-------------------------------	----

#### CHAPITRE VIII.

Des seconds mariages.	39
-----------------------	----

### TITRE VI.

<i>Du divorce.</i>	43
--------------------	----

#### CHAPITRE I<sup>er</sup>.

Des causes du divorce.	45
------------------------	----

## CHAPITRE II.

Du divorce pour cause déterminée. pag. 49

### SECTION I<sup>re</sup>.

Des formes du divorce pour cause déterminée. 49

§. I. A quel tribunal doit être portée l'action. 49

§. II. Des formes du divorce fondé sur la séparation de corps, ou sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. 53

§. III. Des formes du divorce pour cause déterminée dans les autres cas. 54

Art. I. De l'essai de conciliation. 55

Art. II. De la citation et de l'admission ou rejet de la demande. 57

Art. III. Procédure sur le fonds, et jugement définitif. 59

Art. IV. De l'appel du jugement et de l'exécution. 63

### SECTION II.

Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée. 67

### SECTION III.

Des fins de non recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée. 69

## CHAPITRE III.

Du divorce par consentement mutuel. 72

### SECTION I<sup>re</sup>.

Conditions exigées pour l'admettre. 73

### SECTION II.

De la procédure à suivre pour y parvenir. 78

## CHAPITRE IV.

Des effets du divorce. 85

### SECTION I<sup>re</sup>.

Effets du divorce par rapport aux époux, 85

§. I. Effets relatifs à la personne. 87

§. II. Effets relatifs aux biens. 88

§. III. Effets relatifs aux enfans. 93

## CHAPITRE V.

De la séparation de corps. 100

### SECTION I<sup>re</sup>.

Des causes de séparation. 100

Tom. II.

37

## SECTION II.

Des fins de non recevoir qu'on peut opposer à la demande en séparation. pag. 104

## SECTION III.

Forme de la procédure en séparation de corps. 111

## SECTION IV.

Effets de la séparation. 115

## TITRE VII.

*De la paternité et de la filiation.* 123

### CHAPITRE I<sup>er</sup>.

De la filiation des enfans légitimes ou nés dans le mariage.

PRINCIPES GÉNÉRAUX. 125

#### SECTION PREMIÈRE.

Exceptions à la règle que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. 136

#### SECTION II.

Des enfans nés pendant le mariage, mais conçus auparavant. 150

#### SECTION III.

Des enfans conçus et nés depuis la dissolution du mariage. 156

#### SECTION IV.

Du désaveu et de la contestation de légitimité. 159

### CHAPITRE II.

Des preuves de la filiation des enfans légitimes et de la réclamation d'état. 172

#### SECTION I<sup>re</sup>.

Des preuves de la filiation par les actes de naissance. 175

#### SECTION II.

De la preuve de la filiation par la possession d'état ; force de cette preuve réunie à l'acte de naissance. 197

### SECTION III.

De la preuve de la filiation par témoins ou par des papiers domestiques. 214

### SECTION IV.

Des actions en réclamation d'état. 228

### CHAPITRE III.

Des enfans naturels.

NOTIONS GÉNÉRALES. 249

#### SECTION I<sup>re</sup>.

De la légitimation des enfans naturels.

§. I. Origine et fondement de la légitimation par mariage subséquent. 251

§. II. Comment elle s'opère. 254

§. III. Ses effets et quels enfans participent à ses avantages. 258

#### SECTION II.

De la reconnaissance des enfans naturels.

§. I. De la reconnaissance forcée. 264

§. II. De la reconnaissance volontaire. 275

§. III. Effets de la reconnaissance volontaire ou forcée. 292

### TITRE VIII.

*De l'adoption et de la tutelle officieuse.*

#### CHAPITRE PREMIER.

De l'adoption. 295

#### SECTION I<sup>re</sup>.

Origine de l'adoption. Différence entre l'adoption du Code Nap. et celle des Romains. 295

#### SECTION II.

Définition de l'adoption et ses différentes espèces suivant le Code Napoléon. 299

#### SECTION III.

Conditions requises pour l'adoption. 300

§. I. Des conditions requises pour l'adoption ordin. 301

§. II. Des conditions requises pour l'adoption rémun.	pag. 305
§. III. Des conditions requises pour l'adoption testam.	306
SECTION IV.	
Des formes de l'adoption.	307
SECTION V.	
Des effets de l'adoption.	313
SECTION VI.	
Si l'adoption peut être révoquée, et comment l'adoption illégale peut être attaquée.	318
CHAPITRE II.	
De la tutelle officieuse.	323
TITRE IX.	
<i>De la puissance paternelle.</i>	
NOTIONS GÉNÉRALES.	
	330
SECTION I <sup>re</sup> .	
Devoirs généraux des enfans envers leurs père et mère.	334
SECTION II.	
Du droit de correction attaché à la puissance paternelle.	337
SECTION III.	
Du droit de jouissance ou d'usufruit légal sur les biens des enfans.	342
SECTION IV.	
De la puissance paternelle sur les enfans naturels.	353
TITRE X.	
<i>De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.</i>	
CHAPITRE I <sup>er</sup> .	
De la minorité.	358
CHAPITRE II.	
De la tutelle.	362

SECTION I<sup>re</sup>.

De la tutelle des père et mère. pag. 363

SECTION II.

De la tutelle déferée par le père ou la mère. 371

SECTION III.

De la tutelle légitime des ascendans, et d'une autre  
espèce de tutelle légitime. 375

SECTION IV.

Du conseil de famille et de la tutelle dative déferée  
par le conseil de famille. 377

SECTION V.

Du subrogé-tuteur. 391

SECTION VI.

Des causes qui dispensent de la tutelle.

NOTIONS GÉNÉRALES. 397

§. I. Des dispenses fondées sur l'intérêt public. 398

§. II. Des dispenses fondées sur la justice et l'intérêt  
privé. 403

§. III. Quand et comment doivent être proposées  
et jugées les dispenses. 405

SECTION VII.

De l'incapacité, des exclusions et destitutions de  
la tutelle.

NOTIONS GÉNÉRALES. 407

§. I. Des incapacités. 408

§. II. Des causes d'exclusion ou de destitution. 409

§. III. Comment sont prononcées l'exclusion ou la  
destitution. 415

SECTION VIII.

De l'administration du tuteur. 419

§. I. De l'administration de la personne du pupille 419

§. II. De l'administration des biens du mineur. 424

SECTION IX.

Des comptes de la tutelle. 471

### CHAPITRE III.

De l'émancipation et de la fin de la tutelle.	pag: 494
§. I. Des actes que le mineur émancipé peut faire seul.	504
§. II. Des actes qu'il ne peut faire sans l'assistance de son curateur.	507
§. III. Des actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire.	509
§. IV. Des actes absolument interdits au mineur émancipé.	512
§. V. Etendue de l'émancipation pour faits de commerce, et de la limitation de l'émancipation.	513
§. VI. Effets de l'incapacité du mineur relativement aux engagemens qui excèdent ses pouvoirs, et de la révocation de l'émancipation.	516

### TITRE XI.

#### *De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire.*

#### CHAPITRE PREMIER.

De la majorité.	519
-----------------	-----

#### CHAPITRE II.

De l'interdiction.	520
--------------------	-----

#### SECTION I<sup>re</sup>.

Pour quelle cause et contre quelles personnes l'interdiction peut être provoquée.	521
---	-----

#### SECTION II.

Par qui elle peut l'être.	526
---------------------------	-----

#### SECTION III.

Comment on doit procéder à l'interdiction.	528
--	-----

#### SECTION IV.

Quels sont les effets de l'interdiction.	537
--	-----

§. I. De l'administration de la personne et des biens de l'interdit.	537
--	-----

§. II. Des incapacités imprimées par l'interdiction.	548
--	-----

#### CHAPITRE III.

Du conseil judiciaire.	559
------------------------	-----