BIBLIOTHÈQUE
de DROIT
& SCIENCES ÉCONOMIQUES
CUJAS

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

33.626

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR

Ch. BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
DOYEN HONORAIRE

PUBLIÉ PAR SON FILS

ROBERT BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

BIBLIOTHÈQUE
de DROIT
& SCIENCES ÉCONOMIQUES
CUJAS

L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ DES PERSONNES

TOME SECOND

BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 556781 2

PARIS
Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1897

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

TITRE VI

DU DIVORCE

ET DE LA

SÉPARATION DE CORPS

375. Le divorce a été signalé précédemment parmi les causes de dissolution du mariage [1]. Le titre VI y revient, mais n'a pas seulement cet objet. Il traite d'abord du divorce, en d'autres termes de la rupture légale ou dissolution du mariage du vivant des époux ; c'est l'objet des trois premiers chapitres (articles 229 à 305). Il traite ensuite d'un autre expédient, qu'on a souvent nommé un divorce mitigé, à l'usage des ménages en détresse : la séparation de corps ; c'est l'objet du chapitre IV (articles 306 à 311). Les deux sujets sont connexes ; nous verrons bientôt comment ils se rattachent l'un à l'autre. Dégageons les idées qui les dominent.

376. Nous avons démontré plus haut que le mariage, de sa nature, est perpétuel [2]. En faut-il conclure qu'il est indissoluble ? Les deux idées se tiennent de très près ; cependant elles ne se confondent pas. C'est toute la question du divorce.

Historiquement, c'est sous l'influence du droit canonique, qui considère le mariage comme un sacrement, que la perpétuité est devenue, dans l'ancien droit, l'indissolubilité ; d'où la prohibition du divorce, la séparation de corps restant d'ailleurs possible. D'autre part, quand la Constitution de

1. *Suprà*, tome I, p. 493.
2. *Ibid.*, p. 493 et suiv.

Source BIU Cujas

1791 déclara que le mariage serait considéré désormais comme un simple contrat civil[1], l'indissolubilité canonique disparaissant de la loi civile, la perpétuité se trouva compromise quoiqu'elle fût de la nature du mariage. Non seulement le divorce fut réintroduit, mais beaucoup conclurent que le mariage, comme tous les contrats, peut être révoqué au gré des parties. Grave méprise, qui a longtemps pesé sur notre législation. De ce qu'on changeait la forme du mariage, désormais considéré comme un contrat civil, ce n'était pas une raison pour méconnaître un de ses caractères naturels, la perpétuité.

Cette fausse conception explique les incessantes vicissitudes par lesquelles a passé la législation du divorce depuis 1791. Suivons-les brièvement ; leur enchaînement fera ressortir l'esprit du droit actuel.

377. Six lois résument, dans les temps modernes, l'histoire du divorce en France ; elles sont l'expression de systèmes différents et c'est pour cela qu'il faut d'abord les rapprocher : la revue de ces lois est une introduction nécessaire à l'étude du droit actuel. Ce sont : 1° la loi du 20 septembre 1792, qui a introduit le divorce dans la pratique française et exclu la séparation de corps, — 2° le Code civil de 1804, qui a maintenu le divorce introduit par la loi de 1792, mais en modifiant cette loi sous plusieurs rapports, notamment en réintroduisant la séparation de corps, — 3° la loi du 8 mai 1816, qui a aboli le divorce et rétabli le système antérieur à 1792, c'est-à-dire maintenu la séparation de corps, — 4° la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli partiellement le système du Code de 1804, — 5° la loi du 18 avril 1886, sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps, — 6° la loi du 6 février 1893, portant modification au régime de la séparation de corps.

Reprenons ces documents divers.

378. La loi du 20 septembre 1792, avons-nous dit, a introduit le divorce dans la pratique française. Jusqu'au 20 septembre 1792, la loi civile, en matière de mariage, fut le droit canonique et le droit canonique proscrit le divorce.

Dans l'antiquité, au contraire, on le rencontre partout en usage. A Rome, notamment, quoiqu'il ait été inconnu au dé-

1. Constit. des 3-14 septembre 1791, titre II, article 7.

Source BIU Cujas

but, on finit par l'admettre de la façon la plus large. Le mariage se dissolvait avec une extrême facilité, soit par le commun accord des parties qui se séparaient *bona gratia* (c'est le *divortium* proprement dit), soit par la volonté d'un des conjoints, auquel cas le divorce s'appelait plus spécialement *repudium* [1].

Sous l'influence du christianisme, les princes du Bas empire, tout en conservant le *divortium bona gratia*, restreignirent graduellement le *repudium*; ils ne l'autorisèrent que pour certaines causes déterminées, punissant dans tout autre cas l'époux qui divorçait malgré son conjoint, *qui dimittebat uxorum vel virum* [2].

Le droit canonique acheva la réaction et fit prévaloir le principe de l'indissolubilité absolue. A quelle époque exactement ? La chose est incertaine, car la controverse se perpétua pendant des siècles à cet égard.

Les livres saints, en effet, auxquels se rattachèrent la discipline catholique d'abord et ensuite le droit canonique, ne sont pas d'une précision complète en ce qui concerne la question du divorce. Tous les évangélistes ne rapportent pas en termes identiques les paroles par lesquelles Jésus-Christ a consacré l'indissolubilité du mariage. D'après saint Luc et saint Marc, le principe de l'indissolubilité a été posé d'une manière absolue [3]; d'après saint Mathieu, la rigueur du principe a été tempérée par une exception, le mari étant autorisé à répudier sa femme en cas d'adultère [4]. A laquelle des deux versions fallait-il s'attacher? La question parut embarrassante

1. Voy. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 154.
2. *Ibid.*, p. 155.
3. Voici le texte de saint Marc : « *Quod ergo Deus conjunxit homo non separet... Et ait illis : quicumque dimiserit uxorem suam et aliam duxerit adulterium committit super eam. Et si uxor dimiserit virum suum et alii nupserit, moechatur* (X, 9, 11 et 12). » — Saint Luc s'exprime ainsi : « *Omnis qui dimittit uxorem suam et alteram ducit moechatur et qui dimissam a viro ducit moechatur* (XVI, 18). » — Cpr. la première épître de saint Paul aux Corinthiens : « *Iis autem qui matrimonio juncti sunt praecipio non ego,sed Dominus, uxorem a viro non discedere. Quod si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari Et vir uxorem non dimittat* (VII, 10 et 11). »
4. Saint Mathieu rapporte ainsi les paroles du Christ en deux passages de son Evangile. D'abord au chapitre V, verset 32 : « *Ego autem dico vobis quia omnis qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari et qui dimissam duxerit adulterat.* » Ensuite au chapitre XIX, versets 6 et 9 : « ... *Quod ergo Deus conjunxit homo non separet. Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit et qui dimissam duxerit moechatur.* »

Source BIU Cujas

et divisa longtemps les plus grands docteurs. C'est seulement au XII[e] siècle que la doctrine de l'indissolubilité sans réserve a prévalu d'une manière unanime. Encore cette doctrine n'a-t-elle été vraiment définitive et fixée qu'après le concile de Trente, au XVI[e] siècle [1]. A partir de là, l'indissolubilité et, par suite, la prohibition du divorce ont été la loi incontestée de l'Etat.

379. Toutefois, si l'on veut avoir une idée complètement exacte de l'ancien droit sur ce point, il faut tenir compte de deux faits qui constituent, dans une certaine mesure, deux atténuations du principe.

1° D'abord, si on ne se paie pas de mots, il y avait, sous un autre nom, de véritables divorces. Précisons, en effet, ce qu'est le divorce. Nous l'avons défini déjà : c'est la rupture du mariage, sa dissolution autrement que par la mort de l'un des époux, du vivant des deux époux. Dans l'acception étymologique du mot, c'est la séparation de deux époux qui s'en vont chacun de leur côté, désormais étrangers l'un à l'autre : *divertere, divortium* [2]. En cela, le divorce ressemble à l'annulation du mariage, après laquelle les conjoints deviennent également étrangers l'un à l'autre. Mais il en diffère sous deux rapports.

En premier lieu, les causes ne sont pas les mêmes, au moins ne sont pas de même nature. L'annulation suppose que le mariage a manqué, lorsqu'il a été contracté, d'un ou plusieurs éléments nécessaires à sa validité ; elle résulte, quand elle intervient, de causes qui ont vicié le mariage au début, qui sont, par là même, ou antérieures au mariage, ou, au plus tard, concomitantes. Le divorce, au contraire, suppose un mariage valable ; il a sa cause, quand il survient, dans des faits postérieurs au mariage, faits qui, sans

1. Voy. sur ce sujet Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, 2[e] édition, p. 213 et suiv.,—Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 443 et suiv., — Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II, p. 48 et suiv. — Contrairement à la doctrine qui a prévalu dans l'Eglise catholique, les Eglises orientales reçoivent le divorce ; voy. P. Javanovic, *Etude sur les causes de dissolution du mariage d'après la doctrine de l'Eglise chrétienne d'Orient*, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée* d'avril 1885.

2. Voy. le fragm. 2 *princ.*, Dig., *De divortiis et repudiis*, XXVI, 2 : « Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. » Cpr. le fragm. 191, Dig., *De verborum significatione*, L. 16 : « Divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt, qui discedunt. »

Source BIU Cujas

empêcher le mariage d'avoir été conclu valablement, en amènent la rupture, la dissolution. Donc,à l'inverse de l'annulation, le divorce est une rupture du mariage pour cause postérieure au mariage. C'est une première différence entre eux[1].

En outre, les effets du divorce et ceux de l'annulation ne sont pas les mêmes. Le divorce dissout le mariage pour l'avenir ; à la différence de l'annulation, il ne l'efface pas pour le passé,rétroactivement. D'où il résulte que le mariage, malgré le divorce intervenant, a produit ses effets et que les effets produits restent acquis : les enfants issus du mariage sont et restent légitimes, les conventions matrimoniales sont exécutées. Ce sont seulement les effets que le mariage aurait produits plus tard qui disparaissent, non les effets acquis[2].

Donc annulation et divorce, malgré des traits communs, sont choses différentes.

Le droit canonique a toujours admis la nullité pour causes antérieures ou concomitantes au mariage. De plus, dans la période de formation du droit canonique, alors que le principe de l'indissolubilité rencontrait de sérieuses résistances, il est intervenu des annulations pour causes postérieures au mariage. Certaines autorités ecclésiastiques des douze premiers siècles ont, dans des hypothèses assez nombreuses, admis l'annulation de mariages pour causes se réalisant après la célébration. Le changement de religion, l'absence prolongée d'un des conjoints, certaines infirmités graves rendant impossible et insupportable la vie commune, l'entrée d'un des époux dans les ordres ou en religion, le fait par un époux adultère de machiner la mort de son conjoint afin de se rendre libre ont été proposés et parfois acceptés comme causes de nullité[3]. Dans les siècles suivants, la théorie de l'indissolubilité s'affirme, les divergences d'opinions s'effacent, la doctrine canonique se forme et ne retient que deux causes de nullité pour faits postérieurs au mariage. La première se présente dans le *cas de l'apôtre*, ainsi nommé parce qu'il est prévu par saint Paul, dans les versets 12 à 15 de la *Première épître aux Corinthiens* : l'époux chrétien d'un infidèle ne peut pas répudier son conjoint, mais est autorisé à contrac-

1. Voy. *suprà*, tome I, p. 370 et suiv., nos 262 et 264.
2. Voy. *suprà*, tome I, p. 404 à 407, nos 288 et 289. — Cpr. p. 496, no 362.
3. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II, p. 80, 81, 82, 25, I, p. 385.

Source BIU Cujas

ter une nouvelle union, la première étant considérée comme nulle, s'il est lui-même abandonné[1]. La seconde, plus pratique et qui s'est dégagée beaucoup plus tard, consiste dans le défaut de consommation du mariage. Le *matrimonium ratum sed non consummatum* garde un caractère relativement soluble. D'une part, il peut se disjoindre par l'entrée d'un des conjoints au couvent[2]; d'autre part, les conjoints peuvent obtenir du pape une *dispensatio*, qui rompt le *ligamen* et leur permet de contracter un nouveau mariage[3].

Qu'étaient ces annulations, sinon des divorces admis sous le nom de nullités? Elles avaient au moins le caractère essentiel du divorce, puisqu'elles procédaient de causes postérieures au mariage; il est probable qu'elles se distinguaient du divorce et ressemblaient à nos nullités modernes en ce sens que le mariage n'était pas dissous seulement pour l'avenir, mais regardé comme n'ayant jamais existé.

Ni la loi de 1792 ni le Code civil n'ont maintenu ces causes de nullité pour faits postérieurs au mariage. C'était logique, car le divorce était là qui les rendait inutiles. D'où il résulte qu'après 1816, quand le divorce disparut, la loi civile s'est trouvée (chose singulière) beaucoup plus rigoureuse que le droit canonique, que l'ancien droit à cet égard. Nous aurons l'occasion de retrouver plus loin cet aperçu.

Donc, sous un autre nom, il y avait des divorces dans l'ancien droit; on les appelait des nullités pour causes postérieures au mariage.

2° Il est un second fait dont il faut tenir compte pour avoir une idée exacte de l'ancien droit en ce qui concerne le divorce. Tout en prohibant le divorce proprement dit, celui qu'on appelait le *divortium quoad vinculum*, c'est-à-dire qui rompait le lien, qui dissolvait le mariage, le droit canonique conserva le *divortium a toro et mensa*, qui supprime le devoir et même le droit de cohabitation; c'est le *divortium quoad habitationem*, qui est devenu la séparation de corps.

Quelques principes qu'on ait et qu'on professe, il faut bien tenir compte des nécessités de la vie réelle et, comme il n'y a ni théorie, ni discipline qui puissent empêcher les mauvais

1. Esmein, *op. laud.*, I, p. 220, II, p. 307.
2. Esmein, *op. laud.*, II, p. 130.
3. *Ibid.*, p. 307 et 338.

Source BIU Cujas

ménages, réserver un moyen de mettre fin à la vie commune quand les excès ou les désordres la rendent intolérable. Le divorce *quoad habitationem* fut maintenu comme le remède extrême conciliable avec le principe de l'indissolubilité, comme un moyen de se séparer sans blesser les croyances religieuses. C'est en définitive la séparation de corps actuelle, qu'on a souvent appelée et qu'on appelle souvent encore le divorce des catholiques.

Tel fut l'ancien droit.

380. La loi du 20 septembre 1792 inaugure une ère nouvelle. Votée par l'Assemblée législative en sa dernière séance, elle fut l'œuvre des Girondins, dont l'influence était alors prépondérante [1]. Les dispositions de cette loi se résument en deux idées : elle introduit le divorce et écarte la séparation de corps.

1° Elle introduit le divorce. En cela, elle a été regardée par les contemporains comme le corollaire de la Constitution de 1791, qui, proclamant l'indépendance de la loi civile et de la foi religieuse, avait sécularisé le mariage (titre II, article 7). Dès que la loi, fut-il dit, ne considère le mariage que comme un contrat civil, il faut le traiter comme une société ordinaire et les sociétés ordinaires ne peuvent être contractées à toujours. Partant de là, la loi de 1792 ne permet pas seulement le divorce, elle supprime la perpétuité du mariage, ce qui est tout autre chose, nous l'avons vu [2] ; elle introduit le divorce comme une chose normale, comme étant le corrélatif du mariage et non pas seulement un correctif exceptionnel. L'esprit de la loi résulte de son préambule : « L'Assemblée « nationale, considérant combien il importe de faire jouir les « français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté « individuelle dont un engagement indissoluble serait la « perte ; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas « attendu, pour jouir des avantages de la disposition cons- « titutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat « civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce ; « décrète ce qui suit : — Article 1. Le mariage se dissout par « le divorce. »

1. La date du 20 septembre est commune à deux lois distinctes, l'une sur le divorce, l'autre sur les actes de l'état civil. Sur cette dernière, voy. *suprà*, tome I, p. 168 à 170, n° 97.

2. *Suprà*, p. 1.

Source BIU Cujas

La loi admet deux divorces : le divorce par consentement mutuel, résultant d'une simple déclaration sans motifs allégués et le divorce par la volonté d'un seul. Ce second divorce est l'ancien *repudium*, étendu à la femme comme au mari. Il est admis d'abord « sur la simple allégation d'incompatibilité « d'humeur et de caractère » (article 3), ce qui est une cause de divorce singulièrement large. Il est admis en outre pour sept causes dont l'époux demandeur doit établir la réalité et qui sont indiquées par l'article 4 du § 1 : « Chacun des époux « peut également faire prononcer le divorce sur des motifs « déterminés, savoir : 1° sur la démence, la folie ou la fureur « de l'un des époux, — 2° sur la condamnation de l'un d'eux « à des peines afflictives ou infamantes, — 3° sur les crimes, « sévices ou injures graves de l'un envers l'autre, — 4° sur le « dérèglement de mœurs notoires, — 5° sur l'abandon de la « femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux « ans au moins, — 6° sur l'absence de l'un d'eux sans nou- « velles au moins pendant cinq ans, — 7° sur l'émigration, « dans les cas prévus par les lois... »

2° Elle proscrit la séparation. Deux motifs expliquent cette prohibition. D'abord elle fut l'effet d'une réaction contre le droit canonique, où la séparation était seule admise à l'exclusion du divorce. D'autre part, le législateur de 1792 a pensé que la séparation présente tous les inconvénients du divorce, puisqu'elle brise comme lui la vie commune, sans en avoir les avantages, puisque les époux restent liés.

Telle fut la loi de 1792. Ainsi comprise et dans ses deux dispositions, elle fut excessive. En modifiant la forme du mariage, en introduisant le mariage civil, la Constitution de 1791 n'en avait pas modifié la nature. De ce que le droit canonique avait consacré l'indissolubilité du mariage, c'était un sophisme de conclure que la perpétuité ne tient pas à d'autres causes. D'un autre côté, c'était violenter les consciences que de supprimer la séparation de corps. On conçoit que la loi civile ne s'occupe pas des croyances religieuses, qui sont affaire de liberté, non d'autorité ; mais elle doit se faire compatible avec toutes et, quand la vie commune devient intolérable, il faut qu'elle réserve un expédient abordable pour ceux qui répugnent au divorce.

La loi de 1792 devait, en fait, se prêter à tous les écarts de la mobilité humaine. Les époux divorcés voulaient-ils se

Source BIU Cujas

marier avec d'autres, ils le pouvaient sans restriction. Avaient-ils fantaisie de se reprendre, ils le pouvaient encore, toujours sans restriction. Le nouveau régime eut de déplorables conséquences. Par suite de l'influence latente que la loi exerce sur les mœurs, l'opinion se fit à l'idée que le mariage n'est pas perpétuel ; on cite une année, l'an VI (1798), où il y eut plus de divorces que de mariages [1].

381. Passons au Code civil (articles 229 et suivants). De même que la loi de 1792, il admet le divorce ; mais, moins exclusif, il admet en même temps et rétablit la séparation de corps, disparue depuis 1792. Ainsi s'explique la forme de l'article 306 : « Dans le cas où il y aura lieu à la demande « en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux « de former demande en séparation de corps. » C'est une faculté que leur déniait la loi de 1792.

Reprenons les deux idées dans lesquelles se résume le système du Code.

1° Il maintient le divorce. Mais il ne le maintient qu'en modifiant profondément le caractère que lui avait assigné la loi de 1792. Laissés à eux-mêmes, les rédacteurs du Code auraient vraisemblablement supprimé le divorce. Tout l'indique. C'est l'insistance personnelle du premier consul qui le fit conserver [2]. On a dit souvent, bien que rien ne le prouve absolument, qu'il songeait dès cette époque au divorce réalisé par lui quelques années après [3]. Quoi qu'il en soit des motifs, le divorce fut maintenu, mais les résistances qui s'étaient produites ont eu pour effet qu'il fut réglé tout autrement qu'en 1792.

Le point de départ fut changé. C'est au nom de la liberté individuelle, comme corrélatif naturel du mariage, que le divorce avait été admis en 1792 et, dès lors, très largement ; l'idée de perpétuité avait disparu. Tout autre est le système du Code civil ; le divorce fut maintenu en 1804 comme un remède exceptionnel et extrême à des situations également exceptionnelles, comme un mal nécessaire pour éviter de plus

1. Voy. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, 2e édition, p. 261 et suiv. — Cpr. un article de M. Fleury, *Des effets du divorce sous le Directoire*, dans la *Revue hebdomadaire* du 10 octobre 1896 (Paris, Plon, Nourrit et Cie, édit.).

2. Voy. Glasson, *op. laud.*, p. 263 et suiv. — Cpr. Taine, *Les origines de la France contemporaine, Le régime moderne*, I, p. 36 et suiv.

3. Glasson, *eod. loc.*, p, 264.

Source BIU Cujas

grands maux : la perpétuité restait admise comme principe.

De là toute une suite de conséquences. Dès que le divorce, au lieu d'être un correctif naturel du mariage, n'est plus admis qu'à titre exceptionnel, il ne doit être possible que dans un petit nombre de cas, pour des causes et sous des conditions limitées ; en d'autres termes, on l'entoure de précautions par crainte de l'abus. C'est dès lors un système tout autre que celui de 1792.

a) Le Code de 1804 admet deux sortes de divorces :

α) Le divorce pour cause déterminée, pour ces faits graves qui troublent si profondément l'union conjugale qu'ils la rendent impossible. C'est le *repudium* ; le divorce est prononcé à la demande de l'un des époux ; mais il faut une demande motivée. Les faits admis comme causes de divorce sont au nombre de trois : l'adultère de l'un des époux, les excès, sévices ou injures graves, enfin la condamnation de l'un des époux à une peine infamante (articles 229 à 232). On écarte l'incompatibilité d'humeur, comme étant un fait trop vague. Enfin le Code exige qu'une décision judiciaire admette le divorce et qu'il soit ensuite prononcé par l'officier de l'état civil.

β) Le divorce par consentement mutuel, ou *bona gratia* (article 233). Mais le Code l'entoure de tant de formalités et de longueurs qu'il est à peu près impossible de l'obtenir (articles 275 à 294). C'est un moyen réservé aux époux, disait-on, de ne pas divulguer les causes les plus graves, celles qu'on recule à mettre au grand jour, à jeter en pâture à la curiosité, à la malignité publiques. Comme le divorce pour cause déterminée, le divorce par consentement mutuel doit être admis par justice (article 290) et prononcé par l'officier de l'état civil (article 294).

Ainsi le Code de 1804 limite l'usage du divorce en l'entourant de conditions et de formalités.

b) Ce n'est pas tout ; il le limite encore par diverses règles, qui complètent le système et qui sont les suivantes.

α) Il interdit aux époux divorcés de se remarier l'un avec l'autre (article 295) et modifie sur ce point la règle admise en 1792.

β) En cas de divorce par consentement mutuel, les époux, quoique redevenus libres, ne peuvent contracter mariage qu'après l'expiration d'un délai de trois ans (article 297). Le

Source BIU Cujas

législateur veut écarter l'idée de recourir au divorce en vue d'une autre union déjà projetée.

γ) Il prononce des déchéances contre l'époux par la faute duquel le divorce est prononcé (articles 298 et 299).

δ) Comme frein, au moins en cas de divorce par consentement mutuel, le Code assure, dès le divorce et par crainte de ce qui pourra advenir plus tard, le sort des enfants ; il leur attribue la moitié des biens de chacun des époux, ceux-ci conservant la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité des enfants, à charge de subvenir à leurs besoins (article 305).

De tout cela résulte un système dont le caractère est très net : le divorce n'est admis que comme remède à des situations exceptionnelles.

2° Le Code de 1804 rétablit la séparation de corps (article 306). Il avait été reconnu que la loi de 1792, en la proscrivant, avait fait violence aux consciences. Quand l'union conjugale devient insupportable, la loi doit ménager un moyen d'en éviter le poids qui soit compatible avec les croyances de tous ; n'admettre que le divorce, c'était méconnaître le droit des catholiques, puisque le dogme qu'ils professent ne leur permet pas d'y recourir. En rétablissant la séparation, le législateur de 1804 fit un acte de justice.

La séparation de corps est faite pour remédier aux mêmes situations que le divorce, mais en respectant l'indissolubilité du lien ; aussi les causes en sont les mêmes que celles du divorce (article 306), sauf une différence : la séparation n'est pas admise par consentement mutuel (article 307), de sorte qu'on ne peut se sauver des situations les plus dures qu'en publiant ses tourments les plus secrets.

Si les causes sont à peu près les mêmes, les effets sont très différents. La séparation n'est pas un *divortium quoad vinculum*, mais *quoad habitationem* ; elle est donc compatible avec l'indissolubilité du mariage.

382. Une troisième étape de l'histoire contemporaine du divorce est marquée par la loi du 8 mai 1816. Elle rétablit l'état de choses antérieur à 1792 : elle abolit le divorce, ne laissant subsister que la séparation de corps comme seul remède aux situations compromises.

Il est certain (c'est une fatalité du sujet) que la loi de 1816 a été votée sous l'influence de considérations d'ordre reli-

Source BIU Cujas

gieux. La Charte de 1814 (article 6) avait déclaré la religion catholique religion d'Etat. On écarta le divorce comme incompatible avec le nouvel état de choses ; l'Etat, dès qu'il a officiellement une religion, ne doit pas admettre ce que cette religion prohibe. C'est dans ces termes que la proposition fut faite et la loi votée.

La question du divorce devient dès lors et de plus en plus l'enjeu des réactions religieuses ou anti-religieuses. Or c'est là un terrain où la controverse législative ne saurait aboutir ; il est aussi mal choisi que possible. Dans une législation qui consacre le principe de la neutralité de l'Etat en matière religieuse, la question du divorce est d'ordre exclusivement civil et se trouve détachée, en fait, de toute dépendance théologique ; on oppose donc un argument sans valeur aux partisans du divorce quand on allègue qu'il est contraire au dogme catholique. En raisonnant ainsi, on oublie ce qui est essentiel, savoir que le domaine de la loi civile n'est pas celui de la morale, surtout de la morale religieuse. De ce qu'une idée a été adoptée par un dogme positif, il ne suit pas qu'elle ne s'explique point par des données simplement rationnelles ; c'est ce qu'oublia la loi de 1792, quand, ne voulant plus de l'indissolubilité canonique, elle en vint à écarter par là même l'idée de la perpétuité du mariage. Réciproquement, de ce que le dogme catholique écarte le divorce, ce n'est pas une raison pour que la loi civile le repousse, puisqu'elle s'applique à d'autres qu'aux catholiques ; c'est ce qu'oublia la loi de 1816. Il faut, paraît-il, une impartialité d'esprit qui n'est pas commune pour raisonner ainsi. L'observation est évidente cependant. Le terrain choisi par le législateur de 1816 était mauvais, tout comme celui du législateur de 1792, quoiqu'en sens inverse.

Il y a plus. Le législateur de 1816 ne sut pas même éviter les inconséquences. En effet, violant lui-même son principe, il conserva un cas de divorce qui a subsisté jusqu'à la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile. La mort civile entraînait la rupture du mariage (articles 25 et 227). Or il est indéniable que la dissolution du mariage par suite de la condamnation d'un des époux à une peine emportant mort civile n'était pas autre chose qu'un divorce. Le mot n'y était pas, mais cela ne fait rien à la chose ; c'était la rupture, la dissolution d'un mariage valable, du vivant des époux, par suite

Source BIU Cujas

d'un fait postérieur au mariage, par conséquent un divorce. Le système admis de 1804 à 1816 était très net. L'un des époux était-il condamné à une peine criminelle temporaire, il était loisible à l'autre époux de demander le divorce pour ce motif (article 232) ; l'un des époux était-il condamné à une peine criminelle perpétuelle, la mort civile s'en suivait, la dissolution du mariage avait lieu de plein droit et s'imposait (article 25) ; c'est la seule différence qu'il y eût entre les deux cas. Il y a eu, de 1816 à 1854, une véritable anomalie à ne plus admettre le divorce volontaire en cas de condamnation à une peine temporaire, alors qu'on maintenait la dissolution légale et imposée du mariage en cas de condamnation à une peine perpétuelle emportant mort civile. Il est singulier que ceux qui sont intransigeants quant au divorce n'aient jamais eu une critique pour l'article 25 ; il est même assez curieux que les adversaires du divorce aient été les derniers défenseurs de la mort civile.

Quoi qu'il en soit, la loi de 1816 fit disparaître le divorce. Comme conséquence pratique, elle a abrogé virtuellement toutes les dispositions de la loi s'y référant, soit dans le Code civil, notamment les articles 229 et suivants, soit dans le Code de procédure ou dans des lois spéciales [1]. Cependant les articles 229 et suivants, quoique abrogés, ont continué de figurer dans le Code civil ; ils ont été conservés dans la troisième édition, édition actuelle, celle de 1816, qui est cependant postérieure à la loi du 8 mai 1816, car elle porte la date du 30 août [2]. Ils y ont été conservés pour un motif d'ordre pratique.

A côté du divorce, le Code de 1804 admettait la séparation de corps. Il la réglementait dans le titre même du divorce, en appendice pour ainsi dire, dans le chapitre V (articles 306 à 311). Si la séparation de corps n'était l'objet que d'un si petit nombre d'articles, c'est que les auteurs du Code étaient partis de l'idée que la séparation n'est qu'un divorce mitigé, que, dès lors, les textes relatifs à la séparation doivent être interprétés et complétés par les textes relatifs au divorce. Quelques-uns y renvoient simplement ; tel est l'article 306 déjà cité,

1. Voy. *Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 109.
2. La troisième édition du Code fut promulguée par ordonnance du 30 août 1816 ; la confection en avait été prescrite par ordonnance du 17 juillet précédent. Voy. *Introduction, Explication...*, p. 75.

Source BIU Cujas

qui traite des causes de la séparation et renvoie aux articles 229 à 233, relatifs aux causes du divorce. Pour d'autres, la question est douteuse de savoir s'ils renvoient aux textes concernant le divorce. La difficulté incessante que présente l'interprétation du chapitre V (articles 306 à 311) est précisément de savoir quels articles des quatre premiers chapitres sont spéciaux au divorce, quels sont applicables au cas de séparation.

Un point est hors de doute, c'est que le chapitre V ne se suffit pas à lui-même et devait, dans la pensée des rédacteurs, être complété par des emprunts, les uns certains, les autres douteux, faits aux chapitres précédents ; dès lors, comme la loi de 1816, abolissant le divorce, avait maintenu la séparation, il était impossible de ne pas conserver, à côté des six articles consacrés à ce sujet, les dispositions relatives au divorce. De là le maintien, dans l'édition de 1816, du titre du divorce tout entier. Les quatre premiers chapitres, abrogés comme législation spéciale du divorce, subsistèrent comme complément nécessaire à la brève législation de la séparation de corps.

Les textes demeurèrent en cet état jusqu'à la loi du 27 juillet 1884 ; elle rétablit le divorce et rendit la vie aux dispositions, tant du Code civil que du Code de procédure et des lois spéciales, qui y étaient relatives.

383. Cette loi du 27 juillet 1884[1], actuellement en vigueur, marque une quatrième étape dans l'histoire contemporaine du divorce en France.

L'article 6 de la Charte de 1814 disparut en 1830. L'idée d'une religion d'État ayant été écartée par la Charte de 1830, la loi de 1816, qui avait été votée comme conséquence de cette idée, fut remise de suite en question. Divers projets ou propositions d'abrogation ont été présentés depuis lors : trois sous la monarchie de juillet, un quatrième en 1848, deux autres en 1876 et 1878, enfin un dernier en 1881, qui est devenu la loi de 1884[2].

Elle abroge la loi de 1816, mais ne consacre pas un simple

1. Sur la date de cette loi, voy. *Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 106 à 108.

2. Sur ces projets et propositions, voy. Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, p. 17 et suiv. — Cpr. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 268 et suiv.

Source BIU Cujas

retour au régime établi en 1804, à plus forte raison au régime de la loi de 1792. Voyons quel caractère nouveau le législateur de 1884 a entendu donner au divorce rétabli.

D'abord la loi de 1884, contrairement à la loi de 1792 et conformément au Code civil, maintient la séparation de corps à côté du divorce. Tout ce que peut la loi civile, c'est de permettre le divorce à ceux que leurs croyances autorisent à y recourir ; elle serait oppressive en l'imposant et elle l'imposerait indirectement si elle ne ménageait pas un autre remède aux unions malheureuses ; elle doit donc, à côté du divorce, maintenir le secours de la séparation de corps. C'est ce qu'a fait la loi de 1884. On n'a pas songé sérieusement, en 1884, à revenir sur ce point au système de 1792.

En outre, contrairement encore à la loi de 1792 et bien plus que le Code de 1804, la loi de 1884 part du principe de la perpétuité du mariage. C'est pour cela et uniquement pour cela qu'elle a écarté le divorce par consentement mutuel, à la différence de la loi de 1792 et du Code civil. La loi de 1792 l'avait admis comme l'exercice d'un droit, au nom de la liberté individuelle ; le Code de 1804 l'avait maintenu, mais en l'entourant de restrictions nombreuses et de formalités qui le transformaient en un secours tout exceptionnel, d'un emploi absolument rare ; la loi de 1884 l'écarte tout à fait. En principe, elle n'admet pas que rien, en cette matière, résulte ou paraisse résulter de la volonté des parties.

Ce n'est pas qu'il n'y ait de sérieuses raisons pour admettre le divorce par consentement mutuel dès qu'on admet le divorce. En effet, il n'y a pas que les faits précis qui amènent et entretiennent la mésintelligence entre époux ; il y a les oppositions de caractères et de goûts, qui, envenimées par les sujétions de la vie commune, brisent sans remède l'union conjugale et conduisent à d'irrémédiables antipathies. On pardonne des vivacités de paroles ou de gestes au besoin ; on pardonnera même une infidélité ; rien n'apaise les inimitiés sourdes quand elles sont arrivées à un certain degré. D'autre part, n'est-il pas juste de venir en aide aux conjoints qui mettent le respect d'eux-mêmes et de leur nom au-dessus de leurs intérêts et ne veulent pas divulguer le secret de leurs griefs ? C'était là, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, l'utilité propre du divorce par consentement mutuel. Enfin, il faut bien se rendre compte que, même en le prohi-

Source BIU Cujas

bant en la forme, on ne l'évite pas au fond. Qu'arrive-t-il, en effet? Un des époux feint un grief apparent pour masquer le véritable et, quand l'autre époux s'en empare pour demander le divorce, se laisse condamner par défaut. Dans un cas même, il a été constaté que les époux avaient tiré au sort pour savoir lequel prendrait la responsabilité du fait apparent, du sévice nécessaire. N'arrive-t-on pas de la sorte au divorce par consentement mutuel, tout en prenant la forme du divorce pour cause déterminée? Mieux vaudrait alors que la loi permît le divorce par consentement mutuel, puisqu'elle ne peut pas l'empêcher, et l'entourât du moins de garanties spéciales comme avait fait le législateur de 1804[1]. A prohiber le divorce par consentement mutuel, on ne gagne que de supprimer ces garanties spéciales.

Ces considérations ont été présentées lors de la rédaction de la loi de 1884. Néanmoins, cette loi a écarté le divorce par consentement mutuel. Le motif de la décision prise n'a pas été laissé douteux : on a craint que la dénomination reçue ne contribuât à faire croire que la volonté des époux peut rompre le mariage, c'est-à-dire qu'il n'est pas perpétuel de sa nature, et n'autorisât à penser, dans une mesure quelconque, que la loi marche à l'union libre.

Donc la loi de 1884, plus encore que le Code civil, laisse intacte l'idée de la perpétuité du mariage; et elle a tenu à le marquer. Elle n'admet le divorce qu'exceptionnellement et elle avise, par tous les moyens à sa disposition, à éviter qu'on n'en abuse. Son système n'est plus ni celui de 1792, ni celui de 1804 ; il se réduit à deux idées que voici : elle a entendu consacrer explicitement l'idée de la perpétuité du lien conjugal, — elle n'a rétabli le divorce que comme remède exceptionnel à des situations également exceptionnelles.

384. Si maintenant, se plaçant à ce point de vue, on se demande pourquoi le législateur de 1884 a rétabli le divorce, il faut répondre que deux considérations l'y ont poussé.

385. La première est que le divorce est admis presque partout aujourd'hui dans les pays civilisés. Les Etats se partagent à cet égard en trois groupes.

1° Le premier comprend ceux qui, comme la France depuis 1884, admettent le divorce conjointement avec la séparation

1. *Suprà*, p. 10.

Source BIU Cujas

de corps, laissant à chacun, selon ses idées personnelles, la faculté de recourir à l'un ou à l'autre moyen. Ce groupe comprend l'Angleterre, la Belgique, la Hollande, la Suisse, la Grèce, les Etats-Unis, la Pologne russe, enfin l'Autriche-Hongrie. La loi autrichienne présente toutefois une particularité : tout en admettant les deux institutions, elle n'autorise le divorce que pour ceux qui ne sont pas catholiques et n'admet pour les catholiques que la séparation de corps. En cela elle intervient dans les croyances individuelles pour les constater, pour en déduire et en imposer les conséquences, ce qui n'est pas conforme aux idées françaises sur la neutralité de l'Etat en ces questions.

2° Un autre groupe d'Etats admettent le divorce sans la séparation de corps, comme le fit la France de 1792 à 1804. Ce sont, en général, les Etats protestants ou de religion grecque, chez lesquels la tradition des croyances ne met pas obstacle au divorce, ce qui rend par là même la séparation moins utile : la Russie, l'Allemagne presque tout entière, la Suède, la Norvège, le Danemark, la Roumanie, la Serbie, le Monténégro.

3° Trois Etats d'Europe seulement admettent la séparation sans le divorce, comme le fit la France de 1816 à 1884. Ce sont des pays de pure race latine : l'Italie, le Portugal et l'Espagne [1].

En définitive, la France, avant la loi du 27 juillet 1884, faisait exception au droit commun des pays de même civilisation que la nôtre ; et on croyait pouvoir établir que, dans les pays ayant fait une place au divorce dans leur législation, le divorce n'a ni jeté le trouble dans les mœurs, ni désorganisé la vie sociale [2]. De tous les arguments invoqués en faveur du rétablissement du divorce, c'est celui qui a contribué le plus à faire pencher la balance [3].

386. Une autre considération s'est jointe à celle-là. Elles se présentent dans la vie réelle, ces situations exceptionnelles qui justifient l'admission d'un remède également exception-

1. Les Chambres italiennes ont été saisies naguère d'un projet de rétablissement du divorce. Voy. Glasson, *op. laud.*, p. 293, — et le *Bulletin de la Société de législation comparée* du mois d'avril 1880.

2. Carpentier, *op. laud.*, p. 23.

3. Sur l'état des législations étrangères relativement au divorce, voy. Glasson, *op. laud.*, p. 281 et suiv., — et un extrait du rapport de M. Léon Renault à la Chambre des députés, D. P. 1884. IV. 99 et 100.

Source BIU Cujas

nel, quoique reconnu contraire à l'idéal et même seulement à la nature du mariage. En voici que les débats judiciaires ont fait connaître ; ce sont celles auxquelles il a été fait allusion dans la discussion de la loi.

Il faut citer d'abord l'espèce qui a été soumise aux tribunaux en 1862. Un mariage est célébré ; quelques heures après, l'épouse signifie à son mari qu'elle prend son nom, mais que là s'arrêteront quant à elle les suites du mariage ; de fait elle retourne dans sa famille et rien ne peut ébranler sa résolution. C'était, paraît-il, le résultat d'une vengeance longuement préméditée pour amener l'extinction d'un nom, en condamnant celui qui le portait à une union forcément stérile et en rendant toute autre union impossible. Une demande en nullité du mariage fut introduite. Sur quels motifs pouvait-elle être fondée ? Dans l'ancien droit, il y aurait eu la ressource d'une nullité pour défaut de consommation du mariage, nullité fondée sur un fait postérieur au mariage et qui n'était par conséquent qu'un divorce autrement nommé; mais nous avons déjà dit que l'introduction du divorce en 1792 a fait écarter les nullités pour causes postérieures au mariage et que ces nullités n'ont pas été rétablies après la suppression du divorce, de sorte que le droit moderne antérieur à 1884 se montre, à cet égard, plus rigoureux que l'ancien droit. Ne pouvant demander la nullité pour défaut de consommation, le mari allégua l'inexistence du consentement de la femme au mariage, faisant valoir que les réserves mentales ayant accompagné l'expression de ce consentement lui avaient enlevé toute efficacité. La thèse était insoutenable[1] et fut écartée par la Cour de cassation[2]. Aucun moyen n'existait donc pour déjouer le calcul de la femme ; la séparation de corps était seule possible, qui ne brisait pas le lien du mariage, laissait l'époux condamné à un célibat perpétuel et la famille de l'époux condamnée à s'éteindre.

D'autres situations ne sont pas moins cruelles. Des écarts de conduite amènent une séparation de corps et la femme, qui conserve le nom de son mari et de ses enfants, l'affiche dans des désordres publics. Ou bien l'un des époux est atteint d'une maladie honteuse, pouvant ruiner la santé de l'autre

1. Voy. *suprà*, tome I, p. 318 et suiv., nos 223 à 225.
2. Cass. 9 février 1863, D. P. 1863.1.426, Sir. 1864.1.45.

Source BIU Cujas

et dont les enfants, s'il en naît, sont condamnés à souffrir. Enfin, sans vouloir faire allusion à des cas isolés, qui ne sait que l'obligation de cohabiter, entre personnes qui se haïssent, est un supplice à nul autre pareil et que la haine décuple en présence de l'irrévocable ? Combien de désordres qui ne s'offrent pas à la publicité de débats judiciaires, qui brisent la réalité morale de l'union, qui éteignent au cœur de l'époux l'affection, le respect et qui créent ces situations intolérables n'ayant de remède que dans la mort !

Dans ces cas extrêmes, le divorce doit-il être admis, ou faut-il laisser les conjoints rivés à un mariage inévitablement stérile et qui n'existe plus qu'en apparence ? C'est à cela que la question se restreint dans la pensée des auteurs de la loi de 1884.

Si on raisonne sur des faits particuliers et sur des faits du genre de ceux qui viennent d'être cités, l'argumentation des partisans du divorce devient très forte. Ce n'est plus au nom de la liberté individuelle que le divorce est réclamé, c'est au nom de la sécurité des personnes, de la moralité et de la dignité du mariage lui-même ; il n'est plus question de venir en aide aux caprices de la mobilité et de l'inconstance, mais de venir au secours de situations intolérables. Alléguer contre le divorce la perpétuité du mariage n'est plus suffisant. Oui, le mariage est de sa nature perpétuel ; mais quel est donc le principe qui exclut toute exception ? Il est naturel aussi que l'homme possède tous ses membres ; ce n'est pas cependant une raison pour proscrire la chirurgie ; la supériorité de la santé sur la maladie ne suffit pas pour proscrire les remèdes.

387. Seulement où s'arrêtera-t-on ? Est-il possible de limiter la portée de l'exception de telle sorte qu'elle n'emporte pas la règle ? Si le divorce est la pente qui conduit à l'union libre, il faut certainement le proscrire d'une manière absolue ; il n'y a pas à hésiter entre quelques souffrances individuelles, au début desquelles il y aura eu bien souvent, sinon presque toujours, imprudence ou faute, et le grand intérêt qui s'attache au maintien du principe de la stabilité des mariages.

L'exception peut-elle être limitée ? L'expérience se fait ; l'avenir décidera. Il faut ajouter que, dès à présent, l'expérience est loin d'être rassurante. La statistique établit que

Source BIU Cujas

le nombre des divorces augmente sans cesse depuis 1884 : il y a eu 4123 divorces prononcés par des tribunaux en 1885, 4005 en 1886, 5797 en 1887, 5482 en 1888, 6249 en 1889, 6557 en 1890, 6431 en 1891, 7035 en 1892, 6937 en 1893 et 7458 en 1894 [1]. La fréquence des divorces va donc toujours croissant [2] ; elle dépasse même celle qui a été observée immédiatement après la mise en vigueur de la loi, alors qu'il y avait une quantité considérable d'anciennes séparations à liquider.

L'augmentation continue du nombre des divorces correspond à une diminution du nombre des séparations, ainsi que cela résulte des chiffres suivants.

Années	Divorces	Séparations
1885	4123	2122
1886	4005	2206
1887	5797	1896
1888	5482	1694
1889	6249	1653
1890	6557	1570
1891	6431	1536
1892	7035	1597
1893	6937	1628
1894	7458	1803

Ces chiffres sont d'autant plus effrayants que la diminution du nombre des séparations est loin d'avoir compensé l'augmentation du nombre des divorces. Le tableau qui précède prouve, en effet, que le nombre total des séparations et des divorces s'est élevé d'une façon notable de 1885 à 1892 ; il était de 6245 en 1885 et a varié de la façon suivante : 6211, 7693, 7176, 7902, 8127, 7967, 8632, 8565 et 9261. Ces variations sont inverses de celles que subit le chiffre des mariages, lequel est tombé de 283170 en 1885 à 269332 en 1892 ; de sorte que la facilité avec laquelle on relâche ou

1. L'année 1894 est la dernière pour laquelle les statistiques officielles aient été publiées à l'heure où sont imprimées ces lignes.

2. Il y a une diminution légère en 1893 : 6937 au lieu de 7035 ; mais elle est purement apparente. Elle porte, en effet, sur les demandes en conversion de séparation de corps en divorce, dont le nombre a toujours été en diminuant depuis 1884. Quant aux demandes directes en divorce, il y en a eu 6435 en 1892, 6480 en 1893 et 8673 en 1894 ; l'augmentation est donc constante.

Source BIU Cujas

brise les liens du mariage dès qu'ils sont à charge ne semble pas même attirer vers le mariage une clientèle plus nombreuse.

L'augmentation du chiffre des divorces ne tient pas seulement à ce que les demandes sont plus nombreuses, mais encore à ce que les demandes sont accueillies dans une proportion qui va sans cesse croissant ; à mesure que les demandes se multiplient, les juges se montrent plus disposés à les accueillir. Chose étrange, les demandes en séparation de corps sont admises, elles aussi, dans une proportion croissante, mais les demandes en divorce aboutissent plus souvent que les demandes en séparation ; la facilité à admettre la demande est en raison inverse de la gravité de cette demande. Le tableau suivant le fait assez apercevoir.

Années	Tant pour cent des demandes en divorce accueillies	Tant pour cent des demandes en séparation accueillies
1885	84	72
1886	84	73
1887	86	74
1888	86	77
1889	87	75
1890	87	76
1891	85	74
1892	86	76
1893	84	75
1894	86	75

Enfin la statistique fournit une dernière indication qui fait présager un nouvel accroissement du nombre des divorces. En 1892, les femmes ont formé 1774 demandes en séparation et 4909 demandes en divorce, tandis que les hommes ont intenté 320 demandes en séparation contre 3210 actions en divorce. Cela revient à dire que le choix des femmes se porte plus souvent vers la séparation que celui des hommes ; le motif paraît être dans ce fait que les considérations religieuses et les convenances sociales ont plus d'influence sur les femmes que sur les hommes. Or il semble que l'empire de ces motifs va s'affaiblissant, car les femmes donnent de plus en plus la préférence au divorce sur la séparation. Les chiffres suivants en font foi.

Source BIU Cujas

Années	Demandes en séparation	Demandes en divorce
1885	2538	2803
1886	2564	2733
1887	2240	4098
1888	1880	3926
1889	1949	4528
1890	1775	4786
1891	1735	4553
1892	1774	4909
1893	1855	5194

Tous ces symptômes sont inquiétants et la question du divorce reste une des plus graves de la législation, dans l'ordre du droit de famille [1].

Quoi qu'il en soit, la loi du 27 juillet 1884 a rétabli le divorce.

388. Elle n'a pas eu seulement cet effet, mais en outre, au point de vue pratique, celui de remettre en vigueur les lois qu'avait abrogées virtuellement la loi du 8 mai 1816. L'article 1 porte : « La loi du 8 mai 1816 est abrogée. » Puis, déduisant les conséquences naturelles de cette abrogation, l'article continue : « Les dispositions du Code civil abrogées « par cette loi sont rétablies. » Elles ne le sont pas cependant tout à fait telles qu'elles étaient, car, sur bien des points, la loi de 1884, en les remettant en vigueur, les a modifiées ; il en est même qui sont restées abrogées ; d'autres sont modifiées ; peu sont restées telles qu'elles étaient. Tout compte fait, sur quatre-vingt-trois articles que comprenait le titre du divorce dans sa rédaction de 1804, vingt-cinq sont res-

1. Les chiffres cités sont empruntés aux rapports du ministre de la justice sur l'administration de la justice civile et commerciale en France pendant les années 1892 (*Journal officiel* du 15 décembre 1895), 1893 (*Journal officiel* du 13 juillet 1896) et 1894 (*Journal officiel* du 11 février 1897). Sur les statistiques du divorce et sur les craintes qu'elles font naître, il faut consulter en outre l'étude de M. Glasson, *Les effets de la loi sur le divorce*, dans la *Réforme sociale* du 16 décembre 1895, — un article de M. Georges Michel dans l'*Economiste français* de 1891, 2e volume, p. 421, — enfin l'ouvrage de M. Georges Bonjean, *Enfants révoltés et parents coupables*, 1 vol. in-12, Paris, Armand Colin, 1895, p. 120 et suiv. Ces travaux divers portent la trace des inquiétudes les plus vives et cette trace se retrouve jusque dans les rapports officiels du ministre de la justice.— Cpr., sur certaines particularités des statistiques du divorce, un article de M. de Loynes dans la *Réforme sociale* du 1er mai 1892.

Source BIU Cujas

tés abrogés, treize ont été modifiés. C'est ce qu'indique la fin de l'article 1 : « Les dispositions du Code civil abro-« gées par cette loi sont rétablies, à l'exception de celles « qui sont relatives au divorce par consentement mutuel et « avec les modifications suivantes, apportées aux articles 230, « 232, 234, 235, 261, 263, 295, 296, 298, 299, 306, 307 et « 310. Sont abrogés les articles 233, 275 à 294, 297, 305, 308 « et 309 du Code civil. »

En présence de ce texte et dès que la loi de 1884 fut en vigueur, la pratique s'est trouvée embarrassée. Voici comment[1]. En 1816, lorsque le divorce fut aboli, la législation sur cette matière ne comprenait pas seulement le titre VI du livre I du Code civil, mais en outre un certain nombre de textes placés dans les autres Codes (articles 174, 187, 268, 881, 1004 C. proc. civ., article 66 C. co., articles 156 et 322 n° 5 C. d'inst. crim.), puis quelques lois et décrets portés à des dates diverses, les uns antérieurs au Code civil, les autres postérieurs (loi du 22 frimaire an VII, article 68, § 6, — tarif du 16 février 1807, articles 29, 79, 91, 92, — loi du 28 avril 1816, articles 19 alinéa 2, 45 alinéa 8, 48 alinéa 3). En abolissant le divorce, la loi de 1816 avait abrogé, par voie de conséquence, non seulement les dispositions du Code civil, mais l'ensemble de la législation relative au divorce ; l'article 1 de la loi de 1884 restreignant aux seuls articles contenus dans le Code civil la disposition qui remet formellement en vigueur les textes abrogés en 1816, faut-il conclure que le surplus de l'ancienne législation du divorce reste abrogé ? Ou bien, élargissant la portée de l'article 1, faut-il admettre que la loi de 1884 n'a pas seulement rétabli les dispositions du Code civil, mais l'ensemble de la législation sur le divorce, telle qu'elle était en vigueur en 1816 ?

Les auteurs de la loi de 1884 n'ont pas songé à cela. Ils sont d'autant moins excusables que, dans le premier projet présenté au nom de la commission de la Chambre des députés, il y avait un article remettant en vigueur, d'une manière expresse, non seulement le titre du divorce au Code civil, mais tous les autres textes, soit du Code civil, soit des autres Codes, soit des lois spéciales, qui formaient, en 1816,

1. Voy. *Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, pp. 108 et 109.

Source BIU Cujas

la législation du divorce ; l'article du projet contenait même une énumération de ces textes [1]. Cet article a disparu au cours des nombreuses péripéties qu'a entraînées la discussion du projet, sans que d'ailleurs on puisse dire pourquoi. De là la question signalée.

La jurisprudence, qui offre déjà de nombreux précédents sur la loi de 1884, a résolument pris son parti ; malgré les termes imprudemment limitatifs de l'article 1 de la loi, elle admet que la loi de 1884 a remis en vigueur non seulement les dispositions du Code civil, quoiqu'elle ne vise que celles-ci, mais l'ensemble de la législation du divorce. C'est ce qu'a notamment admis, dans les termes les plus explicites, une *Instruction* du Directeur général de l'Enregistrement, datée du 5 août 1884, *relative à l'exécution de la loi du* 28 *juillet* 1884 *sur le rétablissement du divorce* [2]. L'Instruction relève en bloc toute la législation fiscale antérieure à la loi du 8 mai 1816 et relative aux droits d'enregistrement à percevoir sur les actes de la procédure du divorce. « Les dispositions « qui précèdent, porte le document officiel, n'ont jamais « été abrogées. Elles sont restées sans exécution pendant « tout le temps que le divorce a été aboli ; mais elles re- « prennent de plein droit leur efficacité par le rétablisse- « ment de cette procédure. »

Il faut aller plus loin. Ce ne sont pas seulement les lois et décrets antérieurs à 1816 qui, rendus à la vie, forment la législation du divorce ; il faut y joindre des prescriptions qui n'ont été édictées que depuis 1816, de 1816 à 1884, c'est-à-dire à une époque où le divorce n'existait pas. A cet égard encore, le législateur de 1884 n'a pas été bien avisé. Il a formellement étendu au divorce une disposition de loi qui date de 1850 et qui n'avait été faite que pour la séparation de corps, celle de l'article 313 alinéa 2 du Code civil [3]. On pour-

1. Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, p. 65.

2. Voy. le texte de cette circulaire dans D. P. 1884. V. 217 et 218.

3. La loi du 6 décembre 1850 avait ajouté à l'article 313 un alinéa ainsi conçu : « En cas de séparation de corps prononcée, ou même demandée, le « mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordon- « nance du président, rendue aux termes de l'article 878 du code de procédure « civile et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande « ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu « réunion de fait entre les époux. » C'est cette disposition que la loi du 27 juillet 1884 étend expressément au divorce : « Le paragraphe ajouté à l'article 312 du

Source BIU Cujas

rait conclure de la décision prise pour un cas particulier qu'il en est autrement des autres dispositions analogues. Ce serait une erreur. Les modifications apportées au droit commun de 1816 à 1884 et qui, comme dispositions du droit commun, sont applicables à toute matière, sont devenues par là même applicables au divorce rétabli.

Il en est ainsi de quelques dispositions de procédure. En outre, l'Instruction précitée du 5 août 1884 déclare applicables aux actes relatifs au divorce diverses dispositions fiscales qui ont modifié les textes antérieurs à 1816, lesquels s'appliquaient en matière de divorce, notamment la loi du 21 février 1872 qui, dans son article 4, a modifié en quelques points le tarif antérieur.

Un autre exemple très significatif peut être cité. La loi du 23 mars 1855, dans son article 8, impose à la femme veuve, si elle veut conserver intact le bénéfice de son hypothèque légale sur les biens de son mari, certaines formalités. Il n'est guère douteux que ces formalités soient applicables à la femme divorcée ; si la loi de 1855 parle seulement de la femme veuve, c'est que la mort naturelle était, en 1855, le seul mode de dissolution de mariage.

En résumé, par l'effet de la loi de 1884, non seulement les lois antérieures à 1816, relatives au divorce, ont été remises en vigueur, mais plusieurs lois postérieures ont reçu une extension d'application imprévue lors de leur rédaction. Le divorce ayant été rétabli, toute la législation du divorce antérieure à 1816 a été rendue à la vie et, en outre, les dispositions légales applicables en toute matière parce qu'elles forment le droit commun sont devenues, quoique édictées à une époque où le divorce n'existait pas, applicables au divorce

« code civil par la loi du 6 décembre 1850, dit l'article 2, est modifié comme il « suit : *En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de « séparation de corps, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents « jours après la décision qui aura autorisé la femme à avoir un domicile séparé, « et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, « ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu...* etc. » Le texte ainsi conçu contenait une erreur, car il visait inexactement l'article 312 au lieu de l'article 313. Le législateur de 1886, voulant faire disparaître cette inadvertance, introduisit dans le second alinéa de l'article 313 quelques modifications de style, sans portée juridique, et les consigna dans l'article 3 de la loi du 18 avril, se procurant ainsi l'occasion de restituer à l'article 313 son véritable numéro : « Le « paragraphe ajouté à l'article 313 du code civil par la loi du 6 décembre 1850 « est modifié comme il suit ... »

Source BIU Cujas

lui-même. Ces idées recevront, dans la suite, de continuelles applications.

389. Des renseignements qui précèdent il faut conclure que les textes formant aujourd'hui la législation du divorce doivent être lus avec une grande circonspection. Le résultat pratique est que l'œuvre reste instable, si bien que, depuis 1884, plusieurs projets de réforme ont été proposés. Deux de ces projets ont abouti.

a) De l'un d'eux est sortie la loi du 18 avril 1886, sur laquelle le moment n'est pas encore venu d'insister. Elle est intitulée : *Loi sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps*. Quoiqu'elle contienne quelques règles de fond, c'est surtout une loi de procédure. Elle a modifié tout le chapitre II du titre VI. Sur quarante et un articles que contient ce titre, elle en a modifié dix-neuf et abrogé vingt-deux.

Si on joint les deux lois de 1884 et 1886, on voit ce qui reste du texte primitif de 1804. La loi de 1884 a abrogé vingt-cinq articles et en a modifié treize ; la loi de 1886 en a abrogé vingt-deux et modifié dix-neuf ; au total, cela fait quarante-sept articles abrogés et trente-deux articles modifiés, c'est-à-dire soixante-dix-neuf articles touchés. Or le titre en contient quatre-vingt-trois, de sorte qu'il en reste seulement quatre intacts.

Dans cet enchevêtrement de textes restaurés, modifiés, abrogés, complétés, on ne sait jamais si on a en mains l'édition définitive. Le titre VI est difficile à suivre. Les auteurs des lois de 1884 et 1886 auraient mieux fait de procéder autrement. Il n'aurait pas été difficile de reprendre le sujet dans son ensemble, de refaire le titre VI au lieu de le retoucher en détail, d'écarter une bonne fois les textes abrogés, qui continuent d'embarrasser comme des branches mortes, de combiner les textes conservés entre eux et avec les lois spéciales. Les législateurs de 1884 et 1886 n'ont pas agi de la sorte. Ils paraissent avoir été préoccupés exclusivement de réintroduire le principe du divorce dans la loi, sans se soucier des difficultés d'application qui allaient inévitablement surgir, sans se soucier surtout de donner à la loi une ordonnance satisfaisante au point de vue de l'art.

b) Un autre projet de réforme a donné naissance à la loi du 6 février 1893, dont nous avons déjà relevé incidemment

Source BIU Cujas

plusieurs dispositions au titre du mariage [1]. Elle est intitulée : *Loi portant modifications au régime de la séparation de corps.* Elle contient cependant quelques dispositions relatives au divorce [2].

La proposition d'où elle est sortie remonte à 1884, au lendemain de la loi qui venait de rétablir le divorce ; elle est donc restée neuf ans en élaboration. La première proposition, due à l'initiative parlementaire et déposée au Sénat, était intitulée : proposition de loi *sur les nullités de mariage et la séparation de corps.* Elle avait pour but, dans la pensée non dissimulée et même formellement énoncée de ses auteurs, d'apporter un frein au trop grand développement possible de l'usage du divorce et elle y avisait par deux moyens.

1° En rétablissant quelques nullités de mariage admises dans l'ancien droit, dans le droit canonique, et notamment quelques nullités pour cause postérieure au mariage. On voulait empêcher les divorces de se multiplier en donnant aux époux le moyen de sortir autrement du mariage. C'était, en outre, venir utilement en aide, au moyen de nouvelles nullités, à ceux que leurs croyances empêchent de recourir au divorce.

2° En élargissant d'une manière notable les effets de la séparation de corps. C'était manifestement détourner du divorce et par suite diminuer la fréquence des divorces, que d'élargir assez les effets de la séparation de corps pour qu'elle offrît à peu près les mêmes avantages que le divorce. C'était, en outre, venir encore utilement en aide à ceux dont le divorce blesse les croyances, puisqu'on leur en offrait à peu près l'équivalent sous une autre forme, à cela près que le lien du mariage n'était pas dissous.

Tout ce système était assez bien combiné ; on peut ajouter qu'il était prévoyant, car la statistique a justifié, relativement au nombre des divorces, les prévisions et les craintes des auteurs de la proposition.

1. Voy. *suprà*, tome I, p. 243, 422 et 449. — Cpr. *Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 63 et 64.

2. Sur la loi du 6 février 1893, voy. la notice et les notes de M. Bufnoir dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 13e année (1894), p. 50 et suiv.

Source BIU Cujas

Ainsi conçue, la proposition rencontra une opposition des plus vives, au Conseil d'Etat d'abord, auquel elle fut communiquée pour avis, puis au Sénat, quand elle y revint. On lui reprochait particulièrement de diviser les français en deux classes, de créer pour ceux que leurs croyances éloignent du divorce, pour les catholiques, une loi spéciale qui fût pour eux comme le pendant de la loi du divorce. Or, disait-on, la loi ne doit pas connaître les croyances religieuses ; elle doit être une pour tous.

L'objection était-elle fondée ? Il est permis d'en douter. Assurément — c'est un principe du droit moderne — la loi doit rester neutre dans les questions de foi ; mais il est un autre principe non moins certain, c'est qu'elle doit protection égale à tous, et dès lors ses prescriptions doivent être combinées de telle sorte que le bénéfice en soit assuré à tous, sans heurter les susceptibilités de personne. Voilà la neutralité légitime, la vraie neutralité.

Au fond, c'était la question du divorce qui reparaissait et le débat s'établit, sans qu'il ait été possible de l'empêcher, entre partisans et adversaires du divorce. Aussi, dès la première délibération au Sénat, en 1885, une partie de la proposition sombra tout de suite : celle qui avait trait aux nullités de mariage. L'autre, qui avait trait au régime de la séparation de corps, fut maintenue, quoiqu'elle s'inspirât, en définitive, exactement du même esprit.

Ainsi allégé, le projet a passé un nombre indéfini de fois du Sénat à la Chambre des députés et de la Chambre au Sénat. Il est devenu finalement la loi du 6 février 1893.

Les dispositions qu'elle contient ne sont pour la plupart que des dispositions de détail, mais l'importance de quelques-unes est capitale. Il en est que nous avons déjà mentionnées, notamment celle qui attribue formellement à la femme séparée de corps un domicile distinct et fait disparaître son incapacité (articles 1 et 3). Il en est qui ont trait aux régimes matrimoniaux (article 3) et dont l'étude viendra plus tard. Toutes les autres ont pour objet de résoudre des questions qui s'étaient posées en pratique depuis la loi de 1884 sur des points intéressant le régime du divorce ; nous allons les retrouver bientôt.

390. La suite des lois qui se sont succédé sur le divorce

Source BIU Cujas

et la séparation de corps, depuis celle de 1792 jusqu'à celle de 1893, fait suffisamment connaître quel est l'esprit du droit actuel sur ce sujet. Nous n'avons plus maintenant qu'à grouper les détails pratiques, en commençant par le divorce.

Source BIU Cujas

CHAPITRE

DU DIVORCE.

391. Le point de vue où s'est placé le législateur de 1884 devait le conduire à réglementer le sujet à trois points de vue.

1° Il arrête limitativement les causes du divorce afin, s'il est possible, d'en empêcher l'abus. C'est l'objet du chapitre I du titre VI, qui traite *Des causes du divorce* (articles 229 à 233).

2° Il établit pour le divorce une procédure spéciale, afin de prémunir les époux contre le danger des entraînements et le juge contre celui de la précipitation. C'est l'objet du chapitre II, qui traite *De la procédure du divorce* (articles 234 à 252) [1].

3° Il détermine les effets du divorce de manière à conjurer, dans la mesure du possible, les inconvénients qui y sont inhérents. C'est l'objet du chapitre III, qui traite *Des effets du divorce* (articles 295 à 305) [2].

SECTION I. — **Des causes du divorce.**

392. L'ancien divorce par consentement mutuel ayant été écarté en 1884, le droit actuel admet seulement ce que le Code de 1804 appelait le divorce pour cause déterminée, c'est-à-dire demandé par l'un des époux contre l'autre. Dans les textes actuels, la dénomination de divorce pour cause déterminée

1. Dans le texte de 1804, le chapitre II renfermait les articles 234 à 274. En 1884, tous ces articles ont été conservés, avec des modifications. En 1886, une loi du 18 avril abrogea les articles 253 à 274, dont la place demeure inoccupée au Code.

2. Dans le Code de 1804, les articles 295 à 305 formaient le chapitre IV du titre VI ; mais ce chapitre IV est devenu le chapitre III, puisque l'ancien chapitre III de 1804 (articles 275 à 294) a été abrogé en 1884. La place des articles 275 à 294 demeure inoccupée.

Source BIU Cujas

a disparu ; les textes parlent du divorce sans épithète, puisqu'il n'y en a plus qu'un.

Les causes pouvant le motiver sont réduites à trois : 1° l'adultère de l'un des époux, — 2° les excès, sévices ou injures graves, — 3° la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. Dans les projets divers qui se sont succédé et au cours de la discussion, plusieurs causes ont été proposées, dont quelques-unes avaient été admises par la loi de 1792, savoir : l'absence déclarée d'un des époux depuis un certain temps, la folie survenue, certaines condamnations à des peines correctionnelles, quand les faits les motivant sont vraiment infamants : vol, escroquerie, abus de confiance, etc. Toutes ces causes ont été définitivement rejetées [1]. Restent seulement les trois qui viennent d'être indiquées et qui sont limitatives. Ce sont, sauf quelques modifications, celles qu'avait admises le Code de 1804 [2].

A. *Adultère de l'un des époux.*

393. L'article 229 porte : « Le mari pourra demander le « divorce pour cause d'adultère de sa femme. » L'article 230 ajoute : « La femme pourra demander le divorce pour cause « d'adultère de son mari. » Cela revient à dire que chacun des époux peut demander le divorce pour cause d'adultère de l'autre, sans distinction aucune entre le mari et la femme. Le Code de 1804 distinguait à cet égard entre l'adultère du mari et celui de la femme ; la loi de 1884 a rétabli l'égalité complète entre les époux quant aux suites civiles de l'infidélité. Nous avons insisté sur ce point en traitant des effets du mariage [3] et n'avons pas à y revenir.

L'adultère de l'un des époux est, au profit de l'autre, une cause péremptoire de divorce, c'est-à-dire que le juge est obligé d'admettre le divorce demandé dès que le fait de l'adultère est établi [4]. La violation de la foi conjugale n'a pas

1. Voy. Poulle, *Le divorce et les lois du* 27 *juillet* 1884 *et du* 18 *avril* 1886, p. 127 et suiv.

2. Sur les causes du divorce, voy. Joseph Hitier, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis* 1884 (Paris, Arthur Rousseau, 1895), p. 4 à 41. Cette étude est extraite des *Annales de l'Université de Grenoble* (1894 et 1895).

3. Voy. *suprà*, tome I, p. 427 et suiv., n° 306.

4. Nancy 12 novembre 1884, D. P. 1886. II. 31, Sir. 1885.II.83.

Source BIU Cujas

de degrés ; dès qu'elle est constatée, par elle-même et indépendamment de toute circonstance accessoire [1], elle entraîne le divorce par cela seul qu'il est demandé. Cependant, la rigueur de cette règle est tempérée par l'article 246 (rédaction de 1886), lequel permet au juge de surseoir au jugement pendant un certain délai, même après que la preuve de l'adultère est acquise [2].

394. Trois éléments constituent l'adultère [3].

1° Il faut qu'il y ait eu union sexuelle. Les privautés les plus condamnables, même les plus immorales, ne suffiraient pas. Elles pourraient, selon les cas, être considérées comme injures graves ; mais ce serait alors en vertu de l'article 231 que le divorce serait prononcé, non en vertu des articles 229 et 230. La distinction est importante, car, en cas d'allégation d'une injure grave, précisément parce qu'il faut qu'elle soit grave et qu'il y a dès lors des degrés, le juge a un pouvoir d'appréciation qu'il n'a pas en cas d'adultère.

2° Il faut qu'il y ait mariage valable. En cas de contestation, la validité du mariage doit être jugée préalablement.

3° Il faut enfin, puisque le fait reproché est un délit, qu'il soit imputable à l'époux, c'est-à-dire qu'au fait de l'infidélité accomplie se soit jointe l'intention de le commettre, en d'autres termes, que l'époux en ait été l'agent responsable, volontaire et libre. C'est pourquoi la femme victime d'un viol ne serait pas coupable d'adultère ; c'est pourquoi encore le divorce ne pourrait pas être demandé si l'infidélité n'avait été que le résultat d'une fraude, en cas, par exemple, de substitution d'un tiers à la place de l'autre conjoint, à l'insu du conjoint qui a eu des relations avec le tiers substitué ; c'est pourquoi enfin les relations reprochées ne constitueraient pas l'adultère si le conjoint se croyait libre ; par exemple, si l'autre conjoint passait pour mort et reparaît, il n'y a pas adultère, car l'intention fait défaut.

B. *Excès, sévices ou injures graves.*

395. « Les époux, dit l'article 231, pourront réciproque-

1. Voy. cependant Trib. de la Seine 14 mars 1889, Journal *Le Droit* du 19 avril 1889, — Nancy 20 décembre 1873, D. P. 1874.II.208.
2. Voy. *infrà*, p. 35 et 54.
3. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 37.

Source BIU Cujas

« ment demander le divorce pour excès, sévices ou injures « graves de l'un d'eux envers l'autre. » C'est de beaucoup la cause de divorce la plus large en fait.

Les excès sont les voies de fait, les actes de violence. Les sévices sont les mauvais traitements de tout genre qui, sans être précisément des violences, rendent le foyer conjugal inhabitable ou peu digne ; le refus de secours ou d'assistance est un sévice. Les injures sont plutôt d'ordre moral : offenses, insultes, outrages par paroles, par écrit, par actions. Les cas présentent une infinie variété. Il appartient aux tribunaux d'apprécier la gravité de ces blessures morales, gravité toujours relative et qui varie selon l'éducation des époux, leurs habitudes, leur condition sociale, leur âge, etc. Les juges du fait statuent souverainement [1].

Ont été considérés comme injures graves : 1° l'inconduite notoire [2], — 2° le refus par le mari de recevoir sa femme [3], — 3° le refus par la femme de rejoindre son mari [4], — 4° le refus par l'un ou l'autre époux, sans motif valable, de remplir le devoir conjugal [5], — 5° le fait par un conjoint d'avoir trompé l'autre sur certaines circonstances antérieures au mariage, de lui avoir laissé ignorer des condamnations encourues, une grossesse, l'inscription sur les registres de police [6], — 6° le refus par un des époux de procéder à la célébration du mariage religieux, joint à la prétention d'imposer sans cela la cohabitation [7], etc., etc. [8]. Rien de plus élastique. On peut

(1) Cass. 7 février 1872, D. P. 1872.I.252, — 17 décembre 1872, D. P. 1873.I. 156, — 30 juin 1875, D. P. 1876.I.442, — 2 juin 1890, D. P. 1891.I.299, Sir. 1890.I.344, — 19 juillet 1893, D. P. 1894.I.40, — 26 juillet 1893, D. P. 1894.I. 260, — 16 avril 1894, D. P. 1895.I.85.

(2) Riom 22 décembre 1886, D. P. 1887.II.230.

(3) Amiens 30 novembre 1887, Sir. 1889.II.87.

(4) Trib. de Langres 13 août 1884, D. P. 1884.V.155, Sir. 1885.II.22, — Paris 28 juillet 1886, Sir. 1886.II.164.

(5) Metz 25 mai 1869, D. P. 1869.II.202, Sir. 1870.II.77, — Douai 29 avril 1884, D. P. 1885.II.73 (note), Sir. 1884.II.92.

(6) Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n°s 91 et suiv.

(7) Angers 29 janvier 1859, D. P. 1860.II.97 (note), Sir. 1859.II.77, — Orléans 10 juillet 1862, dans Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 87. — *La question a été souvent agitée de savoir si le refus par un des époux de procéder à la célébration du mariage religieux est une cause de divorce. L'auteur du* COURS DE DROIT CIVIL *semble avoir éprouvé des doutes sur cette question, car il indique ici la solution affirmative sans la combattre, après avoir annoncé précédemment le dessein de rejeter cette solution comme injustifiable.* Voy. *suprà*, tome I, p. 296 (R. B.).

(8) Voy. Hitier, *op. laud.*, p. 4 et suiv.,— Glasson, *Les effets de la loi du di-*

Source BIU Cujas

dire : sont des injures tout ce qu'un avocat habile parvient à faire admettre comme tel [1].

Qu'il s'agisse des excès, des sévices ou des injures, la gravité, avons-nous dit, en est relative et varie selon l'éducation, les habitudes, le milieu social. C'est assez dire que les excès, sévices ou injures graves ne sont pas, à l'inverse de l'adultère, des causes péremptoires, mais seulement facultatives de divorce. Il appartient au juge du fait d'apprécier le degré de gravité des faits allégués, selon les personnes et les circonstances.

C. *Condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.*

396. Ce serait un supplice pour un époux honnête et délicat, a-t-il été dit lors de la confection du Code, de vivre avec un être flétri par la justice ; « vouloir qu'ils vivent ensemble, « c'est vouloir réunir un cadavre à un corps vivant [2] ». Aussi l'article 232 (rédaction de 1884) dispose que « la con- « damnation de l'un des époux à une peine afflictive et « infamante sera pour l'autre une cause de divorce ». L'ancien article 232 (rédaction de 1804) portait : « la condamna- « tion de l'un des époux à une peine infamante... » ; cela embrassait toutes les peines criminelles quelconques, car les

vorce, dans la *Réforme sociale* du 16 décembre 1895, p. 871 et suiv.,— Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n°s 55 et suiv. Les décisions judiciaires sont innombrables à cet égard et nous ne pouvons que renvoyer aux tables méthodiques des recueils de jurisprudence. Voy. cependant un arrêt de principe de la Cour de Montpellier en date du 5 février 1895, D. P. 1896.II.101.

1. En fait, les tribunaux se montrent d'année en année moins rigoureux quant à l'admission des demandes fondées sur des excès, sévices ou injures graves. Il leur est d'autant plus facile de le faire que les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation à cet égard (*suprà*, p. 33, texte et note 1). La notion d'injure, en particulier, a reçu une extension considérable (Voy. Glasson, *Les effets de la loi sur le divorce*, p. 871 et suiv., et Hitier, *op. laud.*, p. 4 et suiv.). Cette extension explique comment la proportion des demandes en divorce admises par les tribunaux va sans cesse croissant, car les demandes fondées sur les excès, sévices ou injures graves représentent l'immense majorité. En 1892, il y a eu 8923 demandes de cette espèce sur un chiffre total de 11137 demandes tant en divorce qu'en séparation de corps. Les 2214 autres demandes se répartissaient ainsi quant aux causes : 1254 fondées sur l'adultère de la femme, 704 sur l'adultère du mari, 256 sur la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante (Voy. le rapport du Ministre de la justice sur l'administration de la justice civile en 1892, dans le *Journal officiel* du 15 décembre 1895).

2. Séance du Conseil d'Etat du 24 vendémiaire an X (Locré, V, p. 97).

Source BIU Cujas

peines criminelles sont toutes infamantes (articles 7 et 8 C. pén.). Aux mots « peine infamante » la loi de 1884 a substitué ceux de « peine afflictive et infamante » ; d'où la condamnation à une peine simplement infamante et non afflictive n'est plus une cause de divorce. En cela, la loi de 1884 a été restrictive.

Il a été donné de cette modification deux motifs.

a) Les peines criminelles simplement infamantes sans être afflictives sont le bannissement et la dégradation civique (article 2 C. pén.) ; or le bannissement est une peine d'ordre politique et la dégradation civique a le plus souvent le même caractère, au moins quand elle est prononcée comme peine principale ; ces peines ne supposent pas dès lors, au même degré que les peines de droit commun, l'immoralité et la perversité pouvant exciter la répugnance du conjoint. Cette considération a sa valeur ; cependant elle n'est pas décisive, car, même parmi les peines afflictives et infamantes, il en est qui sont d'ordre politique et dont on pourrait dire la même chose : la déportation et la détention ; cependant la condamnation à l'une de ces peines reste une cause de divorce.

b) Tout ce qu'on peut dire, c'est que, les deux peines simplement infamantes occupant le degré inférieur de l'échelle pénale en matière criminelle, on s'est arrêté à elles, afin de ne pas multiplier les cas de divorce.

397. A plus forte raison, la condamnation à une peine correctionnelle ne suffirait pas. Cependant il a été jugé quelquefois qu'elle peut devenir une cause de divorce, si le fait pour lequel elle est prononcée, par les circonstances dans lesquelles il s'est produit, est de nature à être considéré comme injurieux pour l'autre époux. Tel serait le cas d'une escroquerie dans laquelle l'un des époux aurait mêlé le nom de son conjoint. Seulement le divorce alors n'est plus prononcé par application de l'article 232, mais par application de l'article 231, la condamnation étant considérée comme une injure grave. La pente est dangereuse, car elle peut aboutir à sortir du texte, ce qui, en cette matière, serait illégal [1].

398. La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante est une cause péremptoire de divorce, comme l'adultère et à l'inverse des excès, sévices ou injures graves. Elle est même péremptoire à un degré plus fort que

1. Voy. Hitier, *op. laud.*, p. 23 et suiv.

Source BIU Cujas

l'adultère, car, en cas d'adultère, le juge est autorisé à surseoir au jugement, la preuve de l'adultère fût-elle apportée, au lieu qu'il ne le peut pas dans l'hypothèse de condamnation d'un des époux à une peine afflictive et infamante. La preuve en est dans l'article 246 (rédaction de 1886), lequel autorise les tribunaux à surseoir au jugement « lorsque la « demande en divorce a été formée pour toute autre cause « que celle qui est prévue par l'article 232 ». Dans cette dernière hypothèse, qui est celle de la condamnation d'un des époux à une peine afflictive et infamante, le divorce est de droit pour le conjoint s'il le demande, sans appréciation possible ni sursis de la part du juge.

Il est de droit lorsque la condamnation de l'un des conjoints à une peine afflictive et infamante est devenue définitive. Elle est définitive, en cas de condamnation contradictoire, à l'expiration du délai qui est imparti au condamné pour se pourvoir en cassation et ce délai est de trois jours à dater de la prononciation de l'arrêt (article 373 C. d'inst. crim.); en cas de contumace, la condamnation est définitive à l'expiration du délai donné au condamné pour purger sa contumace, délai qui est de vingt ans à compter de la prononciation de l'arrêt (articles 476 et 635 C d'inst. crim.)[1]. Dans tous les cas, la réhabilitation du condamné constitue une fin de non-recevoir absolue contre toute demande en divorce fondée sur la condamnation (article 634 C. d'inst. crim.)[2].

399. Avant de quitter l'article 232, il faut observer que cet article se réfère exclusivement aux condamnations encourues par un des époux, donc à celles qui sont encourues postérieurement au mariage. Une condamnation antérieure, si elle était connue de l'autre époux, ne saurait être une cause de divorce. A supposer que l'autre époux l'ait d'abord ignorée, quel en sera l'effet si elle parvient ensuite à sa connaissance? Il y a doute à cet égard. Les uns ont essayé d'établir qu'il y a là une erreur dans la personne, pouvant, aux termes de l'article 180, motiver la nullité du mariage[3]. Nous avons vu, sous l'article 180, que la jurisprudence n'a pas admis ce système[4]. D'autres ont proposé d'admettre qu'il

1. Paris 11 février 1887, Sir. 1887.II.88.
2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 232, n° 8.
3. Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n° 74.
4. Voy. *suprà*, tome I, p. 325 et 326.

Source BIU Cujas

y a là une injure grave, pouvant, aux termes de l'article 231, être une cause de divorce ou de séparation de corps. Il y a injure, peut-on dire, dans le fait d'avoir trompé le conjoint sur un fait aussi grave, de lui avoir laissé ignorer une pareille circonstance [1]. L'idée est soutenable ; mais alors la question de savoir s'il y a injure devra être appréciée d'après les circonstances.

400. Telles sont les trois seules causes de divorce qui soient admises par le droit actuel. Encore ne le sont-elles que sous quelques réserves, dont deux sont certaines et deux discutables.

a) Voici la première. L'article 295 (rédaction de 1884) écarte, dans un cas particulier, deux des trois causes de divorce et n'en admet plus qu'une seule. Il s'agit du cas où deux époux ont divorcé, puis se sont remariés, comme la loi leur permet de le faire [2]. Le troisième alinéa de l'article 295 est ainsi conçu : « Après la réunion des époux, il ne sera « reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce, « pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une con- « damnation à une peine afflictive et infamante prononcée « contre l'un d'eux depuis leur réunion. »

Règle assez bizarre, que l'on peut expliquer de la façon suivante. L'ancien article 295 (rédaction de 1804) n'admettait pas les époux à se remarier ensemble. Le nouvel article 295 (rédaction de 1884) les y autorise ; mais cette solution n'a été admise qu'après beaucoup d'hésitations, dont la trace se retrouve dans la règle qui nous occupe. En permettant aux époux de se réunir, on les exhorte pour ainsi dire à prendre garde, en leur faisant observer que désormais le divorce ne sera plus possible entre eux que pour une seule cause : la condamnation de l'un d'eux à une peine afflictive et infamante depuis leur réunion.

b) La seconde réserve partielle, c'est que les causes acquises de divorce cessent de pouvoir être invoquées en cas de réconciliation entre les époux depuis les faits reprochés (article 244, rédaction de 1886). La réconciliation survenue implique le pardon octroyé et accepté ; par suite, elle emporte renonciation aux griefs antérieurs. Elle constitue une fin

1. Dalloz, *Répertoire*, V° *Séparation de corps*, n° 86, — *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 107.
2. Voy. *suprà*, tome I, p. 335 et 336.

Source BIU Cujas

de non-recevoir contre l'action en divorce; si l'action avait été intentée, elle entraîne l'extinction de l'action.

La réconciliation peut résulter d'abord d'une déclaration expresse de pardon émanée de l'époux offensé; elle vaut traité de paix et amnistie. Elle peut résulter en outre de circonstances qui l'impliquent; le fait le plus significatif est le rétablissement de la vie commune lorsqu'elle a été suspendue. Les tribunaux, en cas de désaccord, apprécient souverainement la portée des déclarations ou des faits invoqués comme valant réconciliation [1]. Si le demandeur en divorce, auquel le défendeur oppose la réconciliation comme fin de non-recevoir, nie qu'il y ait eu réconciliation, c'est au défendeur d'établir qu'elle est intervenue, puisqu'il en excipe comme fin de non-recevoir. L'aveu du demandeur est une preuve suffisante; il en faut dire autant du serment [2].

De quelque façon qu'elle soit prouvée, la réconciliation efface le passé; mais elle ne saurait être un brevet d'impunité pour l'avenir. Dès lors, si de nouvelles causes de divorce se produisent, une action devient à nouveau possible; dans ce cas, l'article 244 alinéa 2 (rédaction de 1886) réserve à l'époux offensé le droit d'invoquer les griefs anciens, malgré le pardon qui les a d'abord couverts [3]. Les faits nouveaux, dit-on, font revivre les faits anciens, qui serviront alors d'appoint aux faits nouveaux, dans le cas où ceux-ci ne suffiraient pas par eux-mêmes et à eux seuls. Aux juges d'apprécier si les faits nouveaux, survenus depuis la réconciliation, ont assez de gravité par eux-mêmes pour faire disparaître l'effet du pardon et la fin de non-recevoir qui en résultait [4].

c) La troisième réserve, à la différence des deux précédentes, est contestable. C'est une question de savoir si la réciprocité des torts constitue une fin de non-recevoir à l'action intentée. En principe, il faut répondre que non, pour deux raisons. D'abord, les torts de l'un n'excusent pas ceux de l'autre;

1. Paris 4 août 1888, Sir. 1889. II. 13, — Trib. de Dunkerque 8 février 1889, *Gazette du Palais* du 7 mars, — Poitiers 30 décembre 1890, *La Loi* du 22 janvier 1891, — Cass. 11 décembre 1893, D. P. 1894.I.341.

2. Voy. cependant Laurent, *Principes de droit civil*, III, n° 210, p. 248 et suiv.

3. L'article 244 alinéa 2 (rédaction de 1886) ne fait en cela que reproduire la disposition de l'article 273, conservé en 1884 avec sa rédaction de 1804 et abrogé en 1886.

4. Cass. 18 janvier 1881, D. P. 1881.I.125, Sir. 1881.I.209 (note de M. Lacointa).

Source BIU Cujas

ensuite, si les griefs relevés par l'un rendent la vie commune impossible, il en sera souvent de même, à plus forte raison, s'il y a des torts de l'autre côté [1]. Si les torts sont réciproques, la seule conséquence sera de faire prononcer le divorce contre les deux époux, de sorte que les déchéances qui en résultent seront encourues par l'un et par l'autre.

Peut-être cependant y a-t-il quelques distinctions nécessaires. Si le divorce est demandé pour excès, sévices ou injures graves, comme il y a place alors à appréciation du juge, il se peut que les torts de l'un atténuent dans une certaine mesure les torts de l'autre et que la réciprocité conduise à renvoyer les parties dos à dos. La question ne se pose dans toute sa netteté que si la cause invoquée est une cause péremptoire : l'adultère ou la condamnation d'un des époux à une peine afflictive et infamante. Alors les avis sont partagés.

L'hésitation est possible au cas d'adultère, car, en matière pénale, le mari coupable d'adultère est non recevable à dénoncer l'adultère de sa femme (article 336 C. pén.) et il est généralement admis que cette espèce de compensation de torts profite au mari dans le cas inverse [2]. On peut se demander alors si cette compensation, admise au point de vue pénal, n'empêche pas l'action en divorce. Toutefois, même dans ce cas, il est préférable de s'en tenir au principe posé. Les deux actions n'ont rien de commun. Quand le mari ne poursuit pas pénalement ou se désiste de son action, il peut néanmoins agir en divorce ; pourquoi ne le pourrait-il pas aussi quand il n'a pas le droit d'agir au criminel ? Ce n'est pas à titre de répression que le divorce est prononcé ; c'est comme remède à une situation jugée intolérable. Or un double scandale ne rend pas la vie commune plus facile à supporter [3].

Cependant l'opinion générale est en sens contraire au cas de condamnation réciproque à une peine afflictive et infa-

1. Nancy 20 décembre 1873, D. P. 1874.II.208, — Cass. 18 janvier 1881, D. P. 1881.I.125, Sir. 1881.I.209 (note de M. Lacointa), — Toulouse 11 novembre 1886, *La Loi* du 15 janvier 1887,— Orléans 13 mars 1891,*Le Droit* du 25 mars.

2. Voy. Dalloz, *Répertoire*, V° *Adultère*, n°s 72 à 76.

3. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 272, n° 41. — Cpr. Demolombe, *Traité du mariage*, 3e édit., II, p. 517 et suiv., — *Secus*, Paris 18 juillet 1893, Sir. 1893.II.267.

Source BIU Cujas

mante [1]. Le texte, dit-on, autorise cette interprétation. L'article 232 suppose la condamnation « de l'un des époux » ; donc, dit-on, il n'est pas applicable si la condamnation les atteint tous les deux. Ce n'est pas là un argument, mais une argutie de texte.

La considération suivante a plus de poids. Ne serait-il pas singulier que deux époux condamnés pour un fait commis en commun alléguassent ensuite la condamnation pour divorcer ? Les époux ne sont que mieux assortis et ne feront dès lors que meilleur ménage. Si plausible que la remarque paraisse, elle est pourtant contestable. Il se peut que l'un des époux ait été entraîné par l'autre, qu'éclairé par la condamnation il n'en prenne que davantage son conjoint en horreur. Pourquoi abandonner dans ce cas, plutôt que dans tout autre, le principe admis ? En aucun cas la réciprocité des torts n'est une fin de non-recevoir.

d) La quatrième réserve est encore contestée. Même s'il existe des causes légitimes, l'action en divorce s'éteint par la prescription. C'est l'application du principe de droit commun qui est énoncé par l'article 2262 : « Toutes les actions, tant « réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans... » On l'a contesté, alléguant l'article 2253, d'après lequel la prescription ne court pas entre époux ; mais ce dernier article ne saurait être appliqué à l'action en divorce, car il suppose une action susceptible d'être intentée après le mariage et il a pour but d'empêcher que la paix du ménage ne soit troublée par une action interruptive de la prescription [2]. Aussi bien sera-t-il rare, en fait, qu'il puisse être question d'appliquer ici les règles de la prescription, car le défaut d'action, avant même le temps exigé pour la prescription, aura été vraisemblablement le résultat d'une réconciliation.

Sous ces réserves, les articles 229 à 232 restent applicables ; les trois causes de divorce subsistent [3].

1. Demolombe, *loc. cit.*, p. 516.

2. Sur cette controverse et sur d'autres difficultés relatives à la prescription en matière de divorce, voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n°s 389 et 390.

3. La loi de 1884 a fait naître une question transitoire qui se rapporte aux causes du divorce. Depuis le rétablissement du divorce, le divorce peut-il être demandé pour une cause remontant à une époque antérieure à la loi ? La question peut se poser pour toutes les causes de divorce : adultère, excès, sévices ou injures graves, condamnation à une peine afflictive et infamante. Elle s'est

Source BIU Cujas

401. Dans tous les cas, le droit d'agir n'appartient qu'à l'époux outragé. L'action en divorce est exclusivement attachée à la personne de celui des époux qui a à se plaindre de l'autre.

De là résultent deux conséquences.

1° La demande en divorce ne peut être intentée du chef des époux par leurs créanciers. « Les créanciers, dit l'arti- « cle 1166, peuvent exercer tous les droits et actions de leur « débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement atta- « chés à la personne. » Le droit de demander le divorce est manifestement un de ceux que vise la dernière phrase du texte [1].

2° Le droit de demander le divorce s'éteint par la mort de l'un des époux et ne saurait être exercé après la mort des époux par leurs héritiers. L'action en divorce n'est pas transmissible [2].

Il y a plus. L'action déjà intentée par un des époux contre l'autre, de leur vivant, ne peut plus être continuée après la mort de l'un d'eux survenue au cours de l'instance. En effet, le but cherché cesse de pouvoir être atteint, précisément

posée principalement à propos de l'adultère du mari. Avant 1884, l'adultère du mari n'était une cause de séparation de corps que si le coupable avait tenu sa concubine dans la maison commune ; depuis 1884, cette circonstance aggravante n'est plus exigée pour que l'adultère du mari puisse être invoqué comme cause de séparation de corps ou de divorce (*suprà*, p. 31). On s'est demandé si la femme peut, depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1884, demander le divorce pour cause d'adultère commis par le mari avant l'entrée en vigueur de la loi, sans que le coupable ait tenu sa concubine dans la maison commune ? La jurisprudence admet avec raison l'affirmative. Vainement on objecterait l'article 2 du Code civil et le principe de non-rétroactivité des lois ; ce principe, en effet, ne concerne que les droits acquis au moment de la mise à exécution d'une loi nouvelle (*Introduction, Explication du titre préliminaire*, p. 131 et suiv.) ; or il ne peut y avoir droit acquis à commettre un méfait. D'ailleurs, l'article 4 de la loi de 1884 prouve bien que telle a été l'intention du législateur. Cet article prévoit que des instances en séparation de corps pourront être pendantes au moment où la loi rétablissant le divorce entrera en vigueur et il permet de les convertir en instances de divorce (*infrà*, p. 125, note 1). Or les causes du divorce, en pareil cas, seront évidemment antérieures à l'avènement de la loi nouvelle. C'est donc que le divorce peut être prononcé, depuis cet avènement, pour des causes qui y sont antérieures. Nancy 12 novembre 1884, D. P. 1886. II. 31, Sir. 1885. II. 83, — Trib. de Versailles 29 janvier 1885, Journal *La Loi* du 6 février.

1. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 112.

2. *Ibid.*, n° 113. — Cpr. la jurisprudence sur ce point en matière de séparation de corps : Cass. 27 juillet 1871, D. P. 1871.I.81, Sir. 1871.I.209, — Dijon 7 février 1872, D. P. 1873.II.122, Sir. 1872.II.6, — Bordeaux 18 février 1873, D. P. 1873.II.217, Sir. 1873.II.117.

BIBLIOTHÈQUE de DROIT & SCIENCES ÉCONOMIQUES

Source BIU Cujas

parce qu'il l'est. Ce but était la dissolution du mariage ; or le mariage se trouve dissous par la mort survenue. A quoi bon continuer de regrettables débats ?

Il est vrai que l'époux demandeur, si c'est lui qui a survécu, ou ses héritiers, s'il est prédécédé, pourraient avoir intérêt à continuer l'instance. Cet intérêt est triple.

a) D'abord il y a la question des dépens à régler. Aux termes de l'article 130 du Code de procédure civile, « toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens ». Donc, malgré le décès, il y a intérêt à continuer l'instance pour faire déclarer s'il existait vraiment une cause de divorce et par suite à la charge de qui seront les dépens.

b) Le divorce prononcé entraîne quelques déchéances pécuniaires contre l'époux qui a amené le divorce, aux torts duquel et contre qui le divorce est prononcé (articles 299 et 386). Il y a donc intérêt à continuer l'instance malgré le décès, pour faire déclarer par qui seront encourues les déchéances.

c) La loi du 18 avril 1886, sur la procédure du divorce, a introduit une disposition nouvelle très grave, qui figure dans les derniers mots de l'article 252 rectifié : « Le jugement (de « divorce) dûment transcrit, remonte quant à ses effets entre « époux au jour de la demande. » De là des conséquences importantes au point de vue du règlement des intérêts pécuniaires des époux divorcés, car le régime matrimonial, la communauté par exemple, aura pris fin rétroactivement, en cas de divorce prononcé, au jour de la demande. Il y a dès lors un intérêt appréciable à continuer l'instance, même en cas de décès survenu *pendente lite*, pour savoir finalement à partir de quand le mariage aura cessé et, avec lui, le régime matrimonial.

Donc, malgré le décès, il y aurait intérêt à continuer l'instance. Cependant elle ne pourra pas être continuée.

La thèse contraire a été soutenue, avant 1884, en matière de séparation de corps ; mais elle n'avait pas triomphé. La jurisprudence[1] avait fini par admettre que la mort de l'un des époux au cours du procès met fin à l'instance. La question ne peut même pas être soulevée en matière de divorce. Elle a été formellement résolue par la loi du 18 avril 1886,

1. Cass. 5 février 1851, D. P. 1851.I.49, Sir. 1851.I.81, — Besançon 21 juin 1869, D. P. 1869.II.177 (note), Sir. 1871.II.46, — Cass. 27 juillet 1871, Sir. 1871.I.209 (note).

Source BIU Cujas

aux termes de laquelle l'article 244 contient un alinéa 3 ainsi conçu : « L'action en divorce s'éteint également par le « décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit « devenu irrévocable par la transcription sur les registres de « l'état civil. »

C'est avec grande raison que le législateur a statué en ce sens. Relativement aux frais, il n'est pas nécessaire, pour en opérer le règlement, de pousser l'instance à son terme. Le tribunal fera le règlement d'après les éléments qu'il a au moment où l'instance prend fin. D'ailleurs il peut y avoir compensation des frais (article 131 C. proc. civ.). Quant aux déchéances éventuelles et aux effets possibles de la rétroactivité, ils ne peuvent résulter que du divorce prononcé. En droit, le seul but direct de l'action est la dissolution du mariage ; on ne se figure pas un divorce prononcé contre une personne décédée. En fait, voit-on des enfants, héritiers de leur père, continuer contre leur mère la preuve des faits relevés contre elle ? C'est inadmissible et la solution consacrée en 1886 est la bonne.

En résumé, le droit d'agir en divorce est exclusivement attaché à la personne de l'époux outragé.

402. Il faut ajouter que l'époux outragé doit être capable et quelques observations sont nécessaires à cet égard.

La femme n'a pas besoin de l'autorisation du mari pour agir en divorce. Nous verrons bientôt que l'époux demandeur doit commencer par adresser une requête au président du tribunal ; celui-ci ordonne la comparution devant lui des deux époux et essaie de les concilier ; s'il n'y parvient pas, il rend une ordonnance autorisant le demandeur à agir devant le tribunal ; or l'article 238 alinéa 4 est ainsi conçu : « Par « le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire « toutes procédures pour la conservation de ses droits et à « ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opéra- « tions qui en sont les suites [1]. »

Le conjoint pourvu d'un conseil judiciaire ne peut agir en divorce qu'avec l'assistance de ce conseil (articles 499 et 513)[2]. L'assistance du curateur est exigée par certains auteurs et

1. *Suprà*, tome I, p. 465.

2. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 116.—Cpr. Trib. de Melun 18 avril 1889, *Le Droit* du 14 mai, — Trib. de la Seine 22 novembre 1889, *Le Droit* du 28 novembre, — Paris 25 mars 1890, Sir. 1890.II.107.

Source BIU Cujas

par la pratique en ce qui concerne l'époux mineur émancipé par le mariage [1].

Quant à l'interdit, une distinction doit être faite entre l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire.

Le conjoint frappé d'interdiction légale est incapable comme tel d'intenter lui-même l'action en divorce ; mais son tuteur a le pouvoir de l'intenter à sa place. Cela résulte du troisième alinéa de l'article 234, qui règle dans quelles conditions le tuteur peut présenter, au nom de l'interdit, la requête à fin de divorce.

Autre est la situation du conjoint frappé d'interdiction judiciaire. L'article 307 alinéa 2 donne au tuteur le pouvoir de demander au nom de ce conjoint la séparation de corps ; mais aucun pouvoir semblable ne lui est donné en ce qui concerne le divorce, d'où il faut conclure que ce pouvoir n'appartient pas au tuteur. Les travaux préparatoires de la loi de 1886 fournissent un argument très fort en ce sens : un article du projet, reconnaissant au tuteur le pouvoir dont il s'agit, a été rejeté comme inacceptable. Il est inadmissible, a-t-on dit, qu'une initiative puisse être prise par le tuteur, même autorisé par le conseil de famille, et que l'interdit soit exposé à voir son mariage rompu par le divorce sans même avoir été consulté ; si les circonstances exigent que des mesures soient prises pour sauvegarder la dignité conjugale de l'interdit, par exemple en cas d'inconduite notoire de l'autre conjoint ou de condamnation à une peine afflictive et infamante, la séparation de corps est une ressource suffisante, au moins à titre provisoire [2].

L'action du tuteur étant irrecevable, l'interdit lui-même peut demander le divorce quand il se trouve, en fait, dans un état mental qui lui permet d'avoir et de manifester une volonté éclairée. L'interdit, en effet, n'est incapable que pour les actes qui peuvent être passés en son nom par le tuteur, qui comportent la représentation par le tuteur ; ces actes-là sont nuls si l'interdit les fait lui-même, fût-ce dans un intervalle lucide (article 502). Mais il en est autrement pour les actes qui supposent l'intervention personnelle de l'interdit et qui, pour ce motif, ne comportent pas la représentation

1. Dalloz, *loc. cit.*, n° 115.
2. Voy. D. P. 1886.IV.27 et 28.

Source BIU Cujas

par le tuteur ; ces actes-là (la demande en divorce est du nombre) peuvent être faits par l'interdit, à condition, bien entendu, qu'il se trouve dans un intervalle lucide. Nous avons rencontré déjà ces idées à propos du mariage de l'interdit [1] ; elles trouveront leur développement complet et leur justification au titre *De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire* [2].

SECTION II. — **De la procédure du divorce.**

403. Elle fait l'objet du chapitre II du titre VI (articles 234 et suivants).

Les règles de procédure ne sont pas du domaine du Code civil ; elles ont leur place dans un Code spécial et distinct, le Code de procédure civile. D'après le classement traditionnel et usuel des matières du droit, c'est au Code de procédure que devraient être placées les règles relatives à la procédure du divorce. La deuxième partie de ce Code (articles 812 et suivants) est intitulée : *Des procédures diverses* ; un titre spécial (articles 875 et suivants) est intitulé : *De la séparation de corps et du divorce*. Mais l'article 881, relatif au divorce, ne contient qu'un simple renvoi : « A l'égard du « divorce, il sera procédé comme il est prescrit au Code « civil. » C'est donc au Code civil seulement que la procédure

1. *Suprà*, tome I, p. 342, n° 243.

2. Les principes qui viennent d'être posés sur la capacité requise pour demander le divorce servent à résoudre une question voisine, celle de savoir quelle capacité est requise en la personne du défendeur à la demande en divorce. La femme est tenue pour autorisée par cela seul que le mari l'attaque (*suprà*, tome I, p. 465) ; d'ailleurs l'ordonnance visée par l'alinéa 4 de l'article 238 vaut autorisation pour elle à l'effet de défendre comme à l'effet de demander. Le conjoint pourvu d'un conseil judiciaire ne peut défendre qu'avec l'assistance de ce conseil et l'époux mineur avec l'assistance du curateur. Le conjoint frappé d'interdiction légale est valablement représenté par son tuteur, et la réquisition ou l'autorisation de l'interdit, dont le tuteur doit justifier pour présenter valablement la requête à fin de divorce (article 234 alinéa 2), n'est pas nécessaire quand il s'agit de défendre à une demande formée par l'autre conjoint (Paris 7 avril 1887, D. P. 1888.II.245, Sir. 1888.II.54). Enfin l'époux frappé d'interdiction judiciaire est valablement représenté par son tuteur ; la représentation n'est exclue qu'en ce qui concerne la demande en divorce. Il eût été déraisonnable de l'exclure quand l'interdit est défendeur ; en effet, d'une part, il n'y a pas dans ce cas d'initiative à prendre qui exige l'intervention personnelle de l'interdit ; d'autre part, le droit de demander le divorce aurait été entravé pour l'autre époux, car il n'aurait pu agir que si son conjoint avait eu des intervalles lucides et pendant ces intervalles.

Source BIU Cujas

du divorce a été réglée dès le début et qu'elle l'est encore.

Si le législateur, dans la matière qui nous occupe, a interverti le classement habituel et reçu, c'est qu'ici la forme et le fond se lient plus intimement qu'en aucune autre matière. Dans la pensée des rédacteurs du Code civil, plus encore dans celle des auteurs de la loi de 1884, ce n'est pas seulement par une rigoureuse limitation des causes de divorce que l'abus du divorce doit être empêché, mais en outre par des précautions de formes. En pareille matière, une sage lenteur est désirable, afin de laisser aux passions inévitablement éveillées le temps de se calmer autant que possible. En outre, les formalités doivent être combinées de manière que les époux soient appelés itérativement, soient astreints en quelque sorte à bien méditer sur la gravité des suites de ce qu'ils font, de manière aussi que le juge ne soit pas exposé à céder à la précipitation [1]. Enfin il importe de protéger les familles contre l'éclat des débats qui s'engagent, éclat toujours si déplorable pour elles.

Les rédacteurs du Code civil se sont placés à ce point de vue et ont réglé la procédure des instances en divorce sans attendre la rédaction du Code de procédure. Le législateur de 1884 a suivi la méthode admise en 1804. Seulement il est allé si loin, il a créé une procédure tellement compliquée que les plus experts ne sont point parvenus à s'y reconnaître. Aussi, moins d'un an après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, un projet dut être présenté sur la procédure en matière de divorce [2] ; il est l'origine de la loi du 18 avril 1886.

Cette loi a abrogé ou plutôt refait le chapitre II du titre VI. Il contenait jadis les articles 234 à 274, soit quarante-un articles ; il n'en renferme plus que dix-neuf : les articles 234 à 252 rectifiés ; les articles 253 à 274 sont abrogés et la place en reste inoccupée. Il est sans intérêt, à l'heure actuelle, de relever les difficultés que rencontra l'application de l'ancien chapitre II (rédaction de 1884). Il suffit de donner quelques indications sommaires sur l'état actuel de la législation.

404. Aux termes de l'article 239, la cause est, en principe, instruite et jugée selon les formes de la procédure ordinaire.

1. Voy. l'exposé des motifs fait par Treilhard à la séance du Corps législatif du 30 ventôse an XI (21 mars 1803), dans Locré, V, p. 289 et suiv.
2. Voy. D. P. 1886. IV. 27.

Source BIU Cujas

Ce n'est point ici le lieu de décrire ces formes et nous nous bornerons à renvoyer au Code de procédure, notant seulement ici les particularités que présentent à ce point de vue les instances en divorce. Ces particularités se rapportent à plusieurs points : 1° à la compétence des tribunaux en matière de divorce, — 2° aux genres de preuves admis en matière de divorce, — 3° à la procédure proprement dite, — 4° à quelques mesures provisoires ou conservatoires qu'il peut y avoir lieu de prendre pendant l'instance, — 5° aux voies de recours possibles contre la sentence et aux effets de ces voies de recours.

I. *De la compétence en matière de divorce.*

405. Les textes rectifiés par la loi de 1886 ne contiennent plus aucune disposition formelle sur ce point. Ce silence vaut renvoi au droit commun et fait disparaître quelques difficultés que soulevaient les textes de 1884.

Les tribunaux civils ont seuls compétence pour connaître des actions en divorce [1]. Le tribunal civil compétent est celui du domicile du défendeur, conformément au principe général consacré par l'article 59 alinéa 1 du Code de procédure civile.

S'il n'y a pas séparation de corps antérieurement prononcée lors de la demande en divorce, le tribunal compétent est toujours celui du domicile du mari, que ce soit lui ou la femme qui forme la demande, puisque la femme mariée, aux termes de l'article 108, n'a pas d'autre domicile que celui du mari. S'il y a séparation de corps, la femme a par là même un domicile propre (article 108, rédaction de 1893). Dans ce cas, la demande en divorce est portée devant le tribunal du domicile de l'époux défendeur.

Si le domicile actuel de l'époux défendeur est inconnu, le tribunal compétent est celui de sa résidence (article 59 du Code de procédure civile). Enfin, si le domicile et la résí-

1. L'ancien article 235 (rédaction de 1804 conservée en 1884) prévoyait que le fait allégué comme cause de divorce est une infraction à la loi pénale et que l'action publique est intentée. Il décidait que l'action civile en divorce doit être provisoirement suspendue jusqu'après la décision de la juridiction répressive. C'était une application pure et simple de l'article 3 du Code d'instruction criminelle ; aussi la règle est-elle toujours applicable bien que l'ancien texte ait disparu lors des remaniements opérés en 1886.

Source BIU Cujas

dence sont inconnus, compétence appartient au tribunal du lieu où était le dernier domicile connu [1].

L'instance une fois liée, le tribunal saisi reste saisi malgré un changement ultérieur de domicile. Elle est liée dès que la requête du demandeur a été présentée au président du tribunal (article 234, rédaction de 1886) [2].

II. *De la preuve en matière de divorce.*

406. C'est au demandeur, comme toujours, à la fournir : *onus probandi incumbit ei qui agit*. Faute de preuve, la demande ne peut qu'être rejetée.

Si le divorce est demandé par application de l'article 232, c'est-à-dire à raison d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, aucune difficulté n'est possible ; la preuve résultera de la production par le demandeur de l'arrêt de condamnation et elle ne pourra pas résulter d'autre chose. C'est seulement quand le divorce est demandé soit pour adultère, soit pour excès, sévices ou injures graves que la difficulté apparaît. Quelles preuves sont admissibles ?

407. En cas d'adultère d'abord. La question de la preuve possible s'est présentée avant la loi de 1884, quant à l'adultère invoqué comme cause de séparation de corps. Il a toujours été de jurisprudence, sous l'empire du Code de 1804, que le fait peut être prouvé par toute espèce de moyens : procès-verbaux de constat, ou flagrant délit, ce qui est la preuve la moins équivoque, enquêtes, c'est-à-dire preuve par témoins, enfin simples présomptions, aux termes de l'article 1353. Il en doit être de même pour l'adultère invoqué comme cause de divorce. Les juges du fait ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation [3].

Non seulement les modes de preuve du droit commun sont admis, mais des exceptions sont apportées au droit commun dans le sens d'une facilité plus grande accordée pour la preuve. Ainsi certaines personnes, dont le témoignage est re-

1. Trib. de Lyon 26 novembre 1885 et Trib. de la Seine 12 juillet 1886, dans Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 135.

2. Cass. 8 décembre 1880, D. P. 1881.I.260, Sir. 1882.I.103.

3. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 306, n° 5. — Cpr. Trib. de Bruxelles 7 juin 1888, *La Loi* du 13 décembre, — Cass. 13 novembre 1889, *Le Droit* du 28 novembre, *La Loi* du 11 janvier 1890.

Source BIU Cujas

prochable d'après le droit commun, peuvent être entendues dans les enquêtes qui tendent à établir l'existence d'un fait constituant une cause de divorce : « Les parents, à l'excep-« tion des descendants, et les domestiques des époux peuvent « être entendus comme témoins (article 245 alinéa 2, rédac-« tion de 1886 [1]). » Ainsi encore il est généralement admis — cela ne fait plus doute en pratique — que la règle qui interdit de livrer des lettres confidentielles à la publicité des débats judiciaires n'est pas applicable ici. Le fait imputé est d'ordre intime ; comment le caractère intime des preuves alléguées serait-il un obstacle à leur admission ? L'exception s'applique sans conteste aux lettres écrites par l'un des conjoints à l'autre ; la pratique générale admet en outre qu'elle s'étend à toutes autres, sans qu'il y ait à tenir compte des moyens employés par l'époux demandeur pour se les procurer, qu'il les tienne du hasard, qu'il les ait obtenues par ruse ou même par déloyauté [2].

Donc toute latitude est laissée quant à la preuve. Il est toutefois un mode de preuve qui n'est pas admis : c'est l'aveu ; à tout le moins, l'aveu ne fournit pas, comme en d'autres matières, une preuve péremptoire.

D'ordinaire, l'aveu est le moyen de preuve le plus puissant ; la certitude n'est jamais plus grande que quand le juge peut se dire : *habemus confitentem reum*, le défendeur se condamne lui-même (article 1356). Mais il ne peut pas en être ainsi quand il s'agit d'un résultat que l'accord des parties ne suffit pas à amener, que leur volonté est impuissante à produire. Or le Code de 1804 n'admettait le divorce par consentement mutuel que moyennant d'infinies précautions ; la loi de 1884 ne l'admet plus du tout ; si l'aveu du défendeur, qui peut être le résultat d'un concert organisé, conservait sa force probante ordinaire, rien ne serait plus facile aux époux que d'arriver au divorce par leur seul accord, alors que la

1. Ce texte reproduit, presque sans changement, la disposition renfermée dans l'article 251 de 1804, maintenu en 1884, et consacré à une autre disposition depuis 1886.

2. Bruxelles 28 avril 1875, Sir. 1877.II.161 (note de M. Labbé), — Nimes 6 janvier 1880, D. P. 1880.II.191, Sir. 1881.II.54, — Cass. 9 juin 1883, D. P. 1884.I.89, Sir. 1885.I.137 (note de M. Villey), — Lyon 6 mars 1883, D.P. 1885. II.191, — Cass. 15 juillet 1885, D. P. 1886.I.145, Sir. 1886.I.102, — Cass. 11 juin 1888, D. P. 1888.I.477, Sir. 1888.I.376, — Orléans 13 décembre 1889, *Le Droit* du 1er janvier 1890, — Cass. 25 mars 1890, Sir. 1890.I.168, — Trib. de Périgueux 27 décembre 1890, *Le Droit* du 29 janvier 1891.

Source BIU Cujas

loi n'admet pas qu'il puisse en être ainsi. Le juge, en présence d'un aveu, n'aurait plus qu'à admettre le divorce, c'est-à-dire à contresigner la comédie jouée devant lui.

Donc, ici, l'aveu ne peut avoir son autorité probante ordinaire. C'est ce que la jurisprudence [1] a admis de tout temps en matière de séparation de corps, par application de l'article 307 : « Elle ne pourra avoir lieu par le consentement mu-« tuel des époux. » Il doit en être de même en matière de divorce ; l'aveu ne doit pas être admis comme preuve.

Est-ce à dire que l'aveu doive être considéré comme n'ayant aucune valeur ? Non ; mais il n'a qu'une valeur de fait. Il ne suffit pas à établir les griefs allégués ; mais il est un élément d'information pour le juge, qui en tiendra tel compte qu'il jugera bon. L'aveu peut servir à donner aux griefs allégués leur véritable portée, à éclairer la situation des parties en présence, à démêler, en un mot, la vérité sous les paroles et les apparences [2].

408. Mêmes distinctions et mêmes réserves si le divorce est demandé pour excès, sévices ou injures graves. La preuve, ici encore, peut être administrée par toute espèce de moyens ; mais l'aveu est exclu, ou du moins il n'a pas sa force habituelle et n'est plus qu'un élément d'information, ne vaut plus que comme présomption.

III. *Des particularités de la procédure proprement dite.*

409. Nous avons déjà dit d'où elles découlent et ce qui les explique. Il est bon que l'instance ne marche pas trop vite, afin que toute place soit assurée à la réflexion, afin que cette réflexion soit même spécialement sollicitée et puisse se produire jusqu'à la fin. Il est nécessaire que les époux eux-mêmes interviennent de leur personne et pas seulement

1. Rennes 13 décembre 1841, D. P. 1842.II.213, — Cass. 29 avril 1862, D. P. 1862.I.516, Sir. 1862.I.945.

2. L'ancien article 244 (rédaction de 1804, conservée en 1884) prouvait surabondamment que l'aveu n'est pas dépourvu de toute valeur. Il prescrivait, en effet, qu'il fût dressé procès-verbal « des aveux que l'une ou l'autre partie « pourra faire » ; or cette prescription eût été incompréhensible si les aveux avaient été dénués de toute efficacité, si le juge n'avait dû en tenir aucun compte. Depuis 1886, l'article 244 est consacré à un autre objet et l'ancienne disposition de cet article n'a passé dans aucun autre ; mais rien n'indique que cette suppression du texte de 1884 ait modifié la valeur de l'aveu des parties en matière de divorce.

Source BIU Cujas

par l'intermédiaire des représentants ordinairement employés en matière judiciaire, afin qu'appel soit directement fait à leur réflexion. Il faut enfin aviser à éviter, à atténuer au moins le danger que la divulgation des griefs ne manquerait pas de présenter pour les époux et pour leurs familles.

De ces considérations combinées sont sorties, pour la procédure en divorce, les particularités suivantes.

1re *particularité.* — Les articles 234, 235 et 236 exigent, comme mesures préalables, l'intervention personnelle de l'époux demandeur et sa comparution devant le président du tribunal. « L'époux qui veut former une demande en divorce, « dit l'article 234, présente, en personne, sa requête au pré- « sident du tribunal ou au juge qui en fait fonctions. En cas « d'empêchement dûment constaté, le magistrat se trans- « porte, assisté de son greffier, au domicile de l'époux de- « mandeur... » Le texte suppose ensuite que la demande est formée par le tuteur d'un interdit légal, agissant comme représentant de celui-ci [1] ; à défaut d'intervention personnelle du demandeur, le texte décide que la requête « ne peut être « présentée que sur la réquisition ou avec l'autorisation de « l'interdit ».

La requête est une requête proprement dite, faite par avoué, ce qui garantit l'identité du demandeur, le caractère sérieux de la demande, la convenance de la rédaction ; mais elle est remise par l'époux. Ce n'est pas encore l'instance ; c'en est seulement le préalable ; c'est un moyen, si faire se peut, d'arrêter la demande en divorce avant qu'elle ne soit officiellement portée devant le tribunal.

L'article 235 ajoute : « Le juge, après avoir entendu le de- « mandeur et lui avoir fait les observations qu'il croit con- « venables, ordonne au bas de la requête que les parties « comparaîtront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique « et commet un huissier pour notifier la citation. » Enfin l'article 236 pourvoit aux nécessités les plus urgentes : « Le « juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser « l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il « s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire. »

2e *particularité.* — Si l'affaire se poursuit, la requête et l'ordonnance sont signifiées au défendeur (article 237), afin

1. *Suprà*, p. 44.

Source BIU Cujas

d'arriver à la comparution collective des deux époux devant le président du tribunal. Cette comparution doit être personnelle ; l'article 238 alinéa 1, supposant que l'une des parties se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, tranche ainsi la difficulté : « Ce magistrat détermine « le lieu où sera tentée la conciliation, ou donne commis- « sion pour entendre le défendeur. »

Le rôle du président est réglé par les articles 238 alinéa 1 du Code civil et 878 du Code de procédure civile ; il s'efforce de concilier les époux. S'il parvient à le faire, tout est dit ; sinon, deux partis s'offrent à lui. Le premier est indiqué par l'alinéa 1 de l'article 238 : « En cas de non-conciliation..., il « rend une ordonnance qui constate la non-conciliation .... « et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal. » Le second est indiqué par l'alinéa 6 du même article : « Le « juge, suivant les circonstances, avant d'autoriser le de- « mandeur à citer, peut ajourner les parties à un délai qui « n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures pro- « visoires nécessaires. » C'est un délai de réflexion qu'on impose au demandeur quand on peut espérer encore qu'il renoncera à entamer les hostilités par la citation devant le tribunal.

Ce préliminaire de conciliation, qui consiste dans l'intervention personnelle de l'époux demandeur, puis dans la comparution personnelle des deux époux, est d'ordre public et par conséquent obligatoire sous peine de nullité de la procédure [1], sauf cependant dans deux cas.

1° S'il s'agit d'une demande formée par l'époux défendeur à une demande déjà régulièrement faite. L'époux attaqué peut répondre en formant lui-même une demande à son tour ; cette demande, dite reconventionnelle, n'est pas soumise à la tentative de conciliation (article 239 alinéa 3). A quoi bon l'y soumettre, en effet, puisqu'il y a déjà eu un essai resté infructueux et que l'instance est engagée ?

2° Au cas où la demande est introduite par ou contre le tuteur d'un époux frappé d'interdiction légale [2]. En effet, l'article 238 exige que les parties comparaissent en personne devant le président du tribunal ; or la comparution person-

1. Paris 28 août 1879, dans Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 156. — Cpr. Dalloz, *Code de procédure civile annoté*, article 877, n° 17.
2. *Suprà*, p. 44 et 45 note 2.

Source BIU Cujas

nelle de l'interdit ne saurait être exigée, puisqu'elle serait sans résultat possible, vu l'incapacité de l'interdit, et d'autre part le tuteur n'a aucune qualité pour remplacer l'interdit dans cette circonstance [1].

3e *particularité*. — Lorsque le président, après la comparution des époux, a rendu l'ordonnance qui constate la non-conciliation et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal, le conjoint poursuivant doit « user de la permission « de citer qui lui a été accordée par l'ordonnance du prési- « dent dans un délai de vingt jours à partir de cette ordon- « nance ». Ainsi s'exprime l'article 238 alinéa 7. L'alinéa 8 ajoute : « Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de cette « permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordon- « nées à son profit cesseront de plein droit. »

La raison d'être de la règle paraît simple au premier abord. On est tenté de dire : la loi, sans vouloir presser les époux, entend que la menace du divorce ne s'éternise pas. S'il en était ainsi, le législateur aurait obligé l'époux demandeur à citer dans le délai de vingt jours sous peine d'avoir à recommencer toute la procédure ; or telle n'est pas la sanction édictée, ce qui prouve qu'il faut chercher ailleurs la raison d'être de la règle.

Pour la faire apparaître [2], il faut rappeler la disposition de l'article 236, aux termes duquel le président « peut, par l'or- « donnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur « à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, « le lieu de la résidence provisoire [3] ». Il faut signaler en outre la disposition de l'article 238 alinéa 2, qui détermine ce que peut faire le président au moment où il rend l'ordonnance autorisant à assigner devant le tribunal : « Le juge « statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux « demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la re- « mise des effets personnels, et il a la faculté de statuer égale- « ment, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments. »

Cela étant, le législateur a voulu empêcher que l'époux de-

1. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 157, — Poulle, *op. laud.*, p. 146. — *Secus* Paris 7 avril 1887, D. P. 1888.II.245, — Besançon 21 novembre 1894, D. P. 1895.II.317.

2. Elle a été indiquée par les membres du Sénat sur la proposition desquels les alinéas 7 et 8 ont été introduits. Voy. D. P 1886.IV.29, colonnes 1 et 2, en note.

3. *Suprà*, p. 51.

Source BIU Cujas

mandeur, après avoir obtenu une résidence séparée et la garde des enfants, puisse, satisfait de ces mesures provisoires, rester indéfiniment dans cette situation, sans engager le débat sur le fond. Pour mettre obstacle à un calcul de ce genre, la loi oblige le demandeur à user très vite de la permission d'assigner qui lui a été donnée, sous peine de perdre le bénéfice des mesures provisoires ordonnées à son profit. Du reste, le demandeur, même s'il n'a pas usé dans les vingt jours de la permission d'assigner, peut encore valablement assigner sans avoir à demander une nouvelle autorisation ; celle qu'il a obtenue conserve son effet tant que l'instance n'est pas périmée [1].

4e *particularité*. — Aucune publicité n'est donnée à la demande. La publicité, appliquée à des faits irritants par eux-mêmes, aurait pour résultat inévitable d'aggraver la situation. Par exception, la demande est rendue publique en cas de défaut de la part du défendeur (article 247 alinéa 1). En prescrivant cette publicité, la loi cherche à éviter qu'il intervienne des jugements par défaut en matière de divorce, ce qui serait une cause de surprises possibles et donnerait ouverture à des voies de recours spéciales.

5e *particularité*. — Le tribunal peut ordonner le huis-clos (article 239 alinéa 4). L'affaire est portée à l'audience ordinaire, c'est-à-dire à l'audience publique. La publicité de l'audience et des jugements est un principe en matière judiciaire ; elle est la garantie d'une justice impartiale. Mais, si le tribunal estime que la publicité des débats peut avoir des inconvénients soit pour le public, à raison de la nature des faits, soit pour la famille, il peut écarter la publicité.

6e *particularité* [2]. — Le tribunal, après les enquêtes et contre-enquêtes s'il y a lieu, prononce. Si la demande en divorce a été formée pour condamnation de l'époux défendeur à une peine afflictive et infamante, le divorce doit être prononcé dès que la réalité de la cause alléguée est établie. Si, au contraire, la demande a été formée pour adultère, ou bien pour excès, sévices ou injures graves, le tribunal n'est pas obligé de prononcer immédiatement le divorce, alors même que le bien fondé de la demande est établi. « Lorsque la demande

1. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 218.
2. Cpr. *suprà*, p. 32 et 35.

Source BIU Cujas

« en divorce a été formée pour toute autre cause que celle « qui est prévue par l'article 232, dit l'article 246, le tribunal, « encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas pro- « noncer immédiatement le divorce. Dans ce cas, il main- « tient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provi- « soires pendant un délai qui ne peut excéder six mois. Après « le délai fixé par le tribunal, si les époux ne se sont pas ré- « conciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaî- « tre devant le tribunal dans le délai de la loi pour enten- « dre prononcer le jugement de divorce. » La loi autorise ce sursis d'essai parce qu'il est utile de laisser toujours place à une possibilité de rapprochement ; le délai passé, le jugement ne peut plus être différé [1]. La loi écarte tout sursis quand la cause du divorce est la condamnation d'un des époux à une peine afflictive et infamante, parce que la cause invoquée paraît alors exclure toute possibilité de réconciliation ; au contraire le temps peut faire efficacement son œuvre lorsque la cause du divorce est l'adultère, ou bien les excès, sévices ou injures graves [2].

7° *particularité.* — La reproduction des débats par la presse, dans les instances en divorce, est interdite sous peine d'une amende de cent à deux mille francs (article 239 alinéa 5). Le jugement seul peut être publié. Mesure excellente, qui impose quelques privations aux curieux, mais qui est une sauvegarde pour la dignité des personnes et l'honneur des familles.

8° *particularité.* — C'est la plus importante. Le mode d'exécution du jugement de divorce est l'objet de quelques règles caractéristiques.

D'abord ce jugement doit être rendu public (article 250). La demande ne l'a pas été ; le jugement doit l'être. C'est nécessaire, en effet, car il modifie la condition des époux ; il faut donc que les tiers soient informés. L'article 250 indique la forme de la publicité : « Extrait du jugement ou de l'arrêt qui « prononce le divorce est inséré aux tableaux exposés tant « dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que « dans les chambres des avoués et des notaires. — Pareil ex- « trait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans

1. Trib. de Péronne 6 mai 1887, *La Loi* du 12 août.

2. Voy. l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 6e année (1887), p. 57, note 1.

Source BIU Cujas

« le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un « de ceux publiés dans le département. »

En outre, le jugement de divorce doit être transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré (article 251). Il est utile, en effet, que les registres qui constatent les mariages constatent aussi les divorces ; les tiers, informés déjà par la publicité donnée au jugement, ont ainsi le moyen de connaître exactement la situation des parties. C'est cette transcription qui consomme le divorce ; c'est à sa date, non à celle du jugement, que le mariage est dissous.

A cet égard, la loi de 1886 a modifié assez profondément le système du Code civil, qui avait été maintenu par la loi de 1884. D'après le Code et la loi de 1884, le jugement ou l'arrêt de divorce ne prononçait pas le divorce ; il l'admettait, l'autorisait seulement. C'était ensuite l'officier de l'état civil, sur la production du jugement ou de l'arrêt et sur la réquisition de l'époux poursuivant, qui prononçait le divorce ; il dressait à cet effet l'acte de divorce. L'officier de l'état civil procède à la célébration des mariages ; dans le système du Code et de la loi de 1884, son intervention était nécessaire aussi pour démarier. Les jugements ou arrêts faisant droit aux demandes en divorce étaient libellés de la manière suivante : ils déclaraient admettre le divorce et, en conséquence, autorisaient le demandeur ou la demanderesse à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. De sorte que le divorce ne résultait que du prononcé du divorce par l'officier de l'état civil. L'acte de divorce était un acte de l'état civil, comme l'acte de mariage ; aux actes de naissance, de mariage et de décès, la loi de 1884 ajoutait l'acte de divorce. C'est ce que portait l'ancien article 264, aujourd'hui abrogé.

De là diverses conséquences et notamment les trois suivantes.

1° Même après le jugement et jusqu'au prononcé du divorce par l'officier de l'état civil, le mariage subsistait avec les droits et obligations en résultant.

Il y avait à cela un avantage : la réconciliation restait possible jusque-là. C'est la préoccupation constante de la loi de la ménager pendant toute l'instance et même après le jugement. Qui sait, s'est-on dit, si au dernier moment, le procès

Source BIU Cujas

fini, la perspective soudaine du parti définitif à prendre ne provoquera pas une émotion tardive, favorable à un rapprochement ?

Il y avait aussi un inconvénient : le maintien du mariage, même après le jugement qui admet le divorce, a quelque chose qui étonne. Quoi ! tout n'est pas fini quand le jugement est rendu ? En 1885, les journaux judiciaires ont raconté l'aventure d'un mari qui, dans un esprit d'affectation d'assez mauvais goût, s'était marié le lendemain du jugement admettant le divorce et qui fut stupéfait quand on vint l'arrêter comme bigame. Il l'était bel et bien, car son premier mariage n'était pas encore dissous. Il fut acquitté du chef de bigamie, vu sa bonne foi, mais son second mariage fut déclaré nul et il lui fallut procéder à une nouvelle célébration après le prononcé du divorce.

2° La mort de l'un des époux, survenue après le jugement, mais avant le prononcé du divorce, anéantissait le jugement. Rien n'était acquis jusqu'au prononcé du divorce ; la mort survenant entre le jugement et le prononcé du divorce avait le même effet que la mort survenant au cours de l'instance ; dès que le mariage est dissous par la mort, il n'y a plus utilité à le dissoudre autrement.

3° Faute par l'époux demandeur de faire prononcer le divorce dans le délai fixé, le jugement de divorce était regardé comme nul et non avenu (article 266 ancien). On lui donnait pour cela deux mois seulement. Il fallait qu'avant l'expiration du délai le conjoint poursuivant se fût présenté devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée (article 264 ancien). Il n'eût pas été admissible, en effet, que le divorce admis restât indéfiniment, même pendant un temps quelque peu long, comme une menace suspendue sur la tête du conjoint. Le moment des dernières réflexions est évidemment venu. Le jugement, sans cela, eût créé une situation insolite, une sorte de mariage avec faculté de répudiation arbitraire de la part de celui qui avait obtenu le divorce. Ce n'était pas possible. L'inaction pendant les deux mois était considérée comme impliquant renonciation au bénéfice du jugement.

Tel était le système maintenu en 1884 et telles en étaient les conséquences. Il s'explique par la considération indiquée : c'était un moyen d'éviter quelques divorces en laissant encore

Source BIU Cujas

place à une réconciliation au dernier moment, même après la sentence admettant le divorce.

La loi de 1886 n'a pas maintenu ce système. La pratique, après la mise en vigueur de la loi de 1884, en démontra vite les inconvénients. Des incidents fâcheux se produisirent devant l'officier de l'état civil, soit quand les époux se présentaient pour être ainsi désunis, soit, si le défendeur ne se présentait pas, quand le conjoint poursuivant restait à l'attendre ; incidents souvent comiques et ridicules, sinon scandaleux[1]. On a jugé plus simple et plus convenable de procéder autrement.

Depuis la loi de 1886, d'après les textes actuels, il n'y a plus de prononcé du divorce par l'officier de l'état civil ; c'est le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce. Conséquemment, il n'y a plus d'acte de divorce ; le jugement ou l'arrêt est simplement transcrit à sa date sur les registres de l'état civil et mention en est faite en marge de l'acte de mariage (article 251). C'est la transcription, à elle seule et sans prononcé du divorce par l'officier de l'état civil, qui consomme le divorce et rompt le mariage.

Le plus souvent, la transcription sera requise par le conjoint poursuivant demandeur en divorce. C'est l'hypothèse que prévoit l'alinéa 1 de l'article 252 : « La transcription est « faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce ; à « cet effet, la décision est signifiée .... à l'officier de l'état « civil compétent pour être transcrite sur les registres... » Comme la transcription ne doit intervenir que quand le jugement est passé en force de chose jugée, le requérant doit joindre à la sentence signifiée certaines pièces établissant qu'il n'y a ni opposition, ni appel, ni pourvoi en cassation (article 252 alinéa 1, *in fine*).

Requise le plus souvent par le demandeur en divorce, la transcription peut être requise par le défendeur, en cas d'abstention de la part du conjoint demandeur. Au point où les choses sont arrivées, il n'est plus possible de laisser l'époux défendeur, même coupable, à la merci de son conjoint ; il n'est pas admissible que celui qui a triomphé dans l'instance tienne l'autre dans sa dépendance, son jugement en main ;

1. Voy. Poulle, *op. laud.*, p. 183.

Source BIU Cujas

ce serait méconnaître, au détriment du défendeur, la dignité de l'union conjugale.

Donc le conjoint poursuivant et le défendeur peuvent tous deux requérir la transcription. Le demandeur a deux mois pour faire sa réquisition (article 252 alinéa 1) ; s'il ne la fait pas dans le premier mois, le défendeur a le droit de la faire concurremment avec lui pendant le second (article 252 alinéa 3).

Tout est de rigueur en pareille matière. La transcription serait nulle si elle était opérée sur une réquisition faite par le défendeur dans le premier mois, car le droit de requérir la transcription ne s'ouvre pour lui qu'avec le second mois [1]. La transcription n'est valable que si elle est opérée sur la réquisition des parties elles-mêmes ou du mandataire spécial de l'une d'elles ; le mandat *ad litem* donné aux avoués qui ont occupé dans l'instance en divorce ne leur donne pas qualité pour requérir la transcription : ils ne la requièrent valablement qu'en vertu d'un mandat spécial [2].

Une fois requise, la transcription, dit l'article 252 alinéa 2, « est faite par les soins de l'officier de l'état civil, le « cinquième jour de la réquisition, non compris les jours « fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code « civil ».

Ainsi, le système du Code civil, maintenu en 1884, a été modifié en 1886 ; le prononcé du divorce par l'officier de l'état civil et la rédaction de l'acte de divorce sont remplacés par la simple transcription du jugement ou de l'arrêt et par une mention en marge de l'acte de mariage.

Toutefois, le fond du système a subsisté. Quoique ce soit le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce, l'effet de la sentence, à cet égard, reste subordonné à la transcription de cette sentence. Le mariage n'est dissous que par la transcription. D'où les trois conséquences suivantes, qui sont les mêmes qu'avant la loi de 1886.

I. Même après le jugement ou l'arrêt, quoique le divorce soit prononcé, le mariage subsiste jusqu'à la transcription. Les époux peuvent, par conséquent, se réconcilier non seulement jusqu'au jour où la réquisition de transcription est adressée à l'officier de l'état civil, mais jusqu'à la transcription

1-2. Nancy 14 janvier 1888, D. P. 1893.V.213, Sir. 1888.II.53.

Source BIU Cujas

elle-même [1]. C'est un dernier répit ménagé pour un rapprochement entre les époux. Aussi la loi n'a pas voulu que l'officier de l'état civil pût opérer la transcription à son heure dans les cinq jours qui suivent la réquisition ; l'article 252 alinéa 2 lui impose de la faire le cinquième jour, de sorte qu'un délai fixe est accordé aux époux après la réquisition pour leurs dernières réflexions. La transcription serait nulle si elle était faite avant le cinquième jour [2].

Tant que la transcription n'est pas faite, le mariage subsiste. La situation des époux ne laisse pas d'être singulière : ils sont tout à la fois divorcés et mariés ; mais cette situation n'est que transitoire : elle prend fin par la transcription.

Le mariage est dissous par la transcription et à la date de celle-ci [3]. De là découlent plusieurs conséquences.

1° La femme ne cesse d'être incapable qu'au jour de la transcription. Tout acte soumis à la nécessité de l'autorisation et passé par elle seule dans l'intervalle qui sépare le jugement de la transcription est un acte annulable [4].

1. Dans l'hypothèse d'une réconciliation survenue après la réquisition, il est indispensable que l'officier de l'état civil soit averti et relevé par les époux de l'obligation de transcrire le cinquième jour après la réquisition. Dans quelles conditions l'avertissement doit-il être donné pour que l'officier de l'état civil puisse ne pas transcrire sans s'exposer aux peines portées par l'article 252 alinéa 2 ? La loi ne le dit pas et la question ne paraît pas s'être posée dans la pratique, où les réconciliations *in extremis* sont rares. L'officier doit s'assurer que la réconciliation est vraiment accomplie et le moyen le plus sûr est d'exiger que la contre-réquisition soit faite conjointement par les deux époux. Faite par un seul, elle pourrait intervenir sans qu'il y eût réconciliation, en prévision d'un rapprochement espéré par l'un des époux et refusé par l'autre, et ne pas mettre l'officier à l'abri des poursuites.

2. La préoccupation de ménager un rapprochement éventuel entre les époux apparaît ainsi comme ayant dominé l'esprit du législateur. Ce rapprochement, le président du tribunal essaie d'y amener le demandeur quand celui-ci présente la première requête et c'est précisément dans ce but que la loi oblige le demandeur à la présenter en personne. En cas d'insuccès, le président fait une nouvelle tentative lors de la comparution des deux époux devant lui ; c'est la tentative de conciliation proprement dite. Si elle échoue, le président peut encore imposer au demandeur un délai de vingt jours avant de l'autoriser à citer devant le tribunal. Finalement, la procédure suit son cours ; mais le tribunal, une fois la cause entendue, peut surseoir pendant six mois à prononcer le divorce : sursis d'épreuve, accordé dans l'espoir d'une réconciliation. Enfin le jugement a-t-il été rendu ? La loi donne aux époux deux mois pour réfléchir avant de faire la réquisition de transcription ; la réquisition faite, elle veut encore que la formalité définitive ne soit pas accomplie avant cinq jours.

3. Voy. Massigli, *Examen doctrinal de jurisprudence civile*, dans la *Revue critique de droit*, année 1890, p. 456, année 1894, p. 129 et suiv. ; — Hitier, *op. laud.*, pp. 48 à 53.

4. Trib. de la Seine 29 novembre 1888, *La Loi* du 12 décembre, — 15 avril

Source BIU Cujas

2° Aux termes de l'article 296, la femme divorcée ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis que le divorce est devenu définitif. Les dix mois ne commencent à courir que du jour de la transcription[1].

3° La femme divorcée est censée avoir renoncé à la communauté existant entre elle et son mari si elle ne l'a pas acceptée dans les trois mois et quarante jours qui suivent le divorce « définitivement prononcé », dit l'article 1463 ; il faut entendre par là le divorce transcrit sur les registres de l'état civil[2].

4° C'est la transcription qui sert de point de départ au délai d'un an pendant lequel la femme divorcée doit prendre inscription pour conserver le rang de son hypothèque légale, conformément à l'article 8 de la loi du 23 mars 1855[3].

II. La mort de l'un des époux avant la transcription empêche la sentence qui a prononcé le divorce de produire ses effets (article 254 alinéa 3)[4].

III. Si la transcription n'est pas requise et opérée dans le délai voulu, la sentence prononçant le divorce est considérée comme nulle et non avenue.

a) Il faut d'abord que la transcription soit requise dans le délai fixé par la loi. Nous avons fait observer déjà qu'elle ne peut l'être par le défendeur pendant le premier mois ; il faut ajouter qu'elle ne peut l'être par aucune des deux parties après l'expiration du délai fixé par la loi : « A défaut « par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai « de deux mois, dit l'article 252 alinéa 4, le divorce est con- « sidéré comme nul et non avenu. »

Le texte paraît formel. Cependant, depuis la loi de 1886, plusieurs arrêts de cours d'appel ont jugé que le délai n'est pas absolument fatal. D'après ces arrêts, la déchéance n'est pas encourue s'il résulte des circonstances qu'il n'a pas dépendu des époux d'agir dans le délai fixé. La déchéance, dit-on, est fondée sur une présomption d'oubli volontaire, de renonciation au divorce ; en conséquence, elle n'est encou-

1891, *La Loi* des 3 et 4 mai, — Trib. de Brioude 18 mars 1891, *La Loi* du 26 mai.

1. Trib. de la Seine 16 mai 1895, D. P. 1896.II.245.

2. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 567. — Cpr. Trib. de la Seine 15 mars 1891, *Le Droit* des 8 et 9 mai, *La Loi* du 3 mai.

3. Dalloz, *eod. loc.* — Cpr. *suprà*, p. 25.

4. Trib. d'Epernay 5 décembre 1889, *Le Droit* du 11 janvier 1890.

Source BIU Cujas

rue que si le retard est imputable aux personnes et ne l'est pas si ce sont des circonstances fortuites qui ont occasionné ce retard [1].

On peut s'en étonner et notamment se demander pendant combien de temps la réquisition va rester possible après l'expiration du délai. Il est inadmissible qu'elle soit regardée comme indéfiniment possible par cela seul qu'elle n'a pu être faite dans les délais légaux. Empêchés de requérir dans les délais par une circonstance indépendante de leur volonté, les époux s'abstiennent de le faire même après que l'obstacle a disparu ; pourront-ils s'abstenir ainsi pendant plusieurs années sans encourir la déchéance édictée par l'article 252 alinéa 4 ? Que deviendraient alors les prévisions du législateur, lequel a réglementé la transcription de manière à ce que les époux ne restent pas dans une situation qui aurait le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation arbitraire et réciproque ? D'autre part, comment limiter la durée pendant laquelle la réquisition de transcription va rester possible après l'expiration du délai légal ? On proposera peut-être d'accorder aux époux deux mois à partir du jour où a disparu l'obstacle qui a empêché la réquisition d'être faite dans le délai légal ; mais c'est un expédient arbitraire et inacceptable,sans compter les difficultés de preuve quant à l'établissement du point de départ. On se trouve en présence de difficultés insolubles dès qu'on s'écarte, au nom de l'équité, des prescriptions impératives de la loi.

Il y a plus. Si la réquisition peut être regardée comme valable quoique faite après l'expiration du délai, la transcription faite le cinquième jour de cette réquisition sera régulière ; or le dernier alinéa de l'article 252 porte que le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. Combien cette rétroactivité, même limitée aux effets entre époux, ne va-t-elle pas engendrer d'embarras et de complications si la réquisition est faite longtemps après l'expiration des délais. Le législateur, quand il a admis la rétroactivité, a considéré la transcription comme devant intervenir dans un délai bref après que

1. Trib. de la Seine 28 juin 1888, *La Loi* du 3 novembre, — 7 mai 1889, *Le Droit* du 10 mai, — Paris 30 mai 1888, D. P. 1890. II. 17, — Alger 29 mars 1893, *Le Droit* du 28 avril, — Angers 23 juin 1893, D. P. 1894. II. 76, Sir. 1893. II. 164.

Source BIU Cujas

la sentence est devenue définitive ; on bouleverse ses prévisions en admettant la validité de certaines réquisitions tardives.

b) Il faut, en second lieu, que la transcription soit opérée le cinquième jour après la réquisition. Nous avons fait observer qu'elle ne peut pas l'être avant ; faut-il ajouter qu'elle ne peut pas l'être après ?

Il est difficile de pousser si loin la rigueur. Le bénéfice du jugement de divorce ne saurait être perdu pour les époux par l'effet de la négligence ou de la mauvaise foi d'un officier de l'état civil. L'article 252 fournit d'ailleurs un argument décisif en ce sens. L'alinéa 4 déclare le divorce nul et non avenu à défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois ; l'alinéa 3, au contraire, supposant que la transcription n'a pas été faite le cinquième jour, se contente de prononcer contre l'officier de l'état civil les peines de l'article 50 du Code civil ; la sanction pénale remplace donc ici la déchéance et le jugement de divorce peut être l'objet d'une transcription valable quoique tardive.

La solution n'est pas douteuse, mais elle fait naître les plus graves difficultés.

α) Si la transcription peut être faite valablement après le cinquième jour, faut-il aller jusqu'à dire qu'elle peut être indéfiniment retardée ? Les époux savent que la transcription n'a pas été faite et ils restent dans l'inaction pendant plusieurs années. Le peuvent-ils impunément, malgré la volonté du législateur de voir intervenir très vite une solution nette dans un sens ou dans l'autre ? Dans le cas contraire, pendant combien de temps devront-ils être demeurés inactifs pour encourir la déchéance ? Ce sont toutes questions qu'aucun texte ne tranche et qui ne peuvent recevoir que des solutions arbitraires, inacceptables comme telles en pareille matière.

β) La transcription tardive peut-elle être faite par l'officier de l'état civil sans aucune formalité, ou faut-il décider qu'elle peut être faite seulement en vertu d'un jugement, conformément à l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI [1] ?

γ) Enfin, une fois la transcription tardive effectuée, à quelle date les effets du divorce vont-ils se produire ? Dateront-ils

1. Voy. *suprà*, tome I, p. 193, n° 120.

Source BIU Cujas

du jour de la transcription tardive, ou bien du jour où la transcription aurait dû être faite, c'est-à-dire du cinquième jour après la réquisition? L'insuffisance des textes législatifs apparaît ici manifeste et ni l'une ni l'autre des deux solutions possibles ne donne satisfaction aux intérêts en présence.

Envisageons d'abord l'intérêt des époux.

Quels résultats produit à cet égard le système d'après lequel le mariage est dissous à la date de la transcription tardive? Il en résulte que la réconciliation met obstacle à la consommation du divorce quand elle survient après le jour où la transcription aurait dû être faite et avant le moment où elle est accomplie, ce qui est une conséquence favorable. Mais il en faut dire autant du décès de l'un des époux survenant à la même époque et la conséquence est choquante. Le demandeur en divorce a requis la transcription, que l'officier de l'état civil n'accomplit pas le cinquième jour; puis l'un des époux vient à mourir après le cinquième jour et avant que la formalité soit accomplie. Si la transcription avait été effectuée, le défendeur aurait encouru la déchéance de l'article 299, ce qui aurait constitué un avantage pour le demandeur ou ses héritiers; cet avantage disparaît sans qu'aucune négligence puisse être reprochée au demandeur, alors que la réquisition par lui faite lui donnait droit de voir la transcription accomplie le cinquième jour, à une époque où les deux conjoints vivaient, où le divorce par conséquent pouvait encore être consommé.

Cette injustice est évitée dans le système d'après lequel les effets du divorce se produisent le cinquième jour de la réquisition. Par contre, il en résulte que la réconciliation est inefficace à empêcher la consommation du divorce quand elle intervient entre le moment où la transcription aurait dû être faite et celui où elle est effectuée. Or le résultat est inadmissible.

L'intérêt des tiers est-il garanti d'une manière plus effective? Il est sacrifié si les effets du divorce se produisent le cinquième jour de la réquisition, sans égard au jour où la transcription est réellement faite. La réquisition de transcription ne reçoit en effet aucune publicité. Les tiers ne connaissent donc la consommation du divorce que par la transcription elle-même et il est peu équitable que la dissolution

Source BIU Cujas

du mariage leur soit opposable avant que la transcription les ait mis à même d'en être informés.

D'ailleurs, l'autre système ne les garantit pas beaucoup mieux. L'éventualité d'un divorce entre deux époux est portée à la connaissance des tiers par la publicité donnée à la sentence qui prononce le divorce, conformément à l'article 250. Si cette sentence n'a pas été transcrite dans le délai de deux mois et cinq jours, les tiers sont autorisés à croire que les parties ont renoncé à consommer le divorce. Peuvent-ils ensuite surveiller chaque jour l'officier de l'état civil pour savoir s'il effectue la transcription ? Sont-ils vraiment garantis contre toute surprise, alors que la transcription tardive peut intervenir plusieurs années après l'expiration du délai légal ? Cette transcription, si publique soit-elle, leur échappera aussi bien que la réquisition de transcription ; elle pourra leur être opposée sans qu'ils aient eu pratiquement moyen de la connaître.

Ces difficultés se compliquent encore dans le cas d'une transcription tardive faite en vertu d'une réquisition tardive elle-même. Il faut observer que la transcription est toujours tardive quand la réquisition n'est pas faite dans le délai légal ; en effet, l'officier de l'état civil n'est pas juge des raisons qui peuvent valider la réquisition tardive et il ne peut que surseoir à la transcription jusqu'au jour où la justice aura statué. Dans cette hypothèse, va-t-on donner comme point de départ aux effets du divorce le cinquième jour après celui où la réquisition aurait dû être faite ? Mais les époux avaient deux mois pour requérir et il est arbitraire de dire qu'ils devaient le faire à un moment de ces deux mois plutôt qu'à l'autre. Va-t-on adopter comme point de départ le cinquième jour après celui où la réquisition tardive est faite ? Mais l'intérêt des tiers pourra s'en trouver gravement compromis, car les irrégularités de la situation sont telles qu'elles déroutent toutes les prévisions. Du reste, il arrive le plus souvent que la réquisition n'est pas faite du tout quand elle ne l'a pas été dans le délai légal. Les époux, sachant que l'officier de l'état civil n'est pas juge des motifs qui peuvent autoriser à accueillir une réquisition tardive, s'adressent directement aux tribunaux pour faire ordonner la transcription. S'il en est ainsi, il n'y a même plus de réquisition tardive. Faut-il assigner comme point de départ aux effets du divorce le premier acte

Source BIU Cujas

de diligence fait par les intéressés? Faut-il, assimilant ce premier acte à une réquisition tardive, faire dater le divorce du cinquième jour après ce premier acte? Ne vaut-il pas mieux adopter comme point de départ le jour de la transcription, au risque de voir se produire les conséquences inadmissibles signalées plus haut?

Ces questions délicates n'ont pas été prévues par le législateur; toutes n'ont pas encore été soumises à l'examen des tribunaux[1]. Il était nécessaire de les poser au moins, pour faire apercevoir les inconvénients du système législatif en vigueur. Elles sont les conséquences du principe d'après lequel le divorce, quoique prononcé par le jugement, est subordonné à la transcription, n'est acquis que par elle et à sa date. Elles s'évanouiraient si le divorce était considéré comme résultant du jugement.

IV. *De quelques mesures provisoires ou conservatoires auxquelles peut donner lieu l'instance.*

410. L'instance en divorce, quoique engagée, laisse pour le moment les choses en l'état. Rien n'est changé ni aux conventions matrimoniales, ni à l'autorité maritale, ni à la puissance paternelle s'il y a des enfants, tant que le divorce n'est pas prononcé et même jusqu'à la transcription du jugement ou de l'arrêt, car c'est alors seulement qu'il y a dissolution du mariage. Il est manifeste cependant que la situation, si elle n'est pas modifiée en droit, l'est considérablement en fait, par suite de l'ouverture des hostilités. Dès lors on peut craindre que le mari n'abuse des pouvoirs qu'il tient soit de la loi, soit des conventions matrimoniales, que l'intérêt des enfants soit méconnu ou oublié. La plus simple prévoyance exige que des mesures soient prises, éventuellement au moins. Ces mesures possibles concernent les enfants, les époux et principalement la femme, les intérêts pécuniaires.

La loi de 1886 a profondément modifié, à cet égard, les règles antérieurement reçues. Voici quelles sont, en résumé, les règles actuelles.

411. Il en est d'abord qui concernent les enfants. En prin-

1. Pour l'analyse de la jurisprudence, voy. Hitier, *op. laud.*, p. 54 à 64. — Cpr. Massigli, *Examen doctrinal*, dans la *Revue critique de droit*, 1894, p. 129 à 139.

Source BIU Cujas

cipe, puisque le mariage existe encore, c'est aux soins du père qu'ils restent confiés. Cependant, l'article 238 alinéa 2 autorise le président, au moment où il rend, après la comparution des époux, sa seconde ordonnance autorisant la citation, à statuer sur la garde provisoire des enfants, au mieux de leurs intérêts. Dès que le tribunal est saisi, c'est-à-dire après la citation, le droit de statuer sur la garde provisoire appartient au tribunal ; il peut ou prendre des mesures, ou modifier, selon les circonstances, celles qu'aurait prises le président. Le tribunal statue à la requête des parties intéressées ou des membres de la famille ; il peut être requis de le faire par le ministère public, ou même statuer d'office (article 240 alinéa 1).

En résumé, le président d'abord et ensuite le tribunal ont pleins pouvoirs en ce qui concerne la garde des enfants ; selon ce que les circonstances comportent, ils confient cette garde à l'un des époux ou à un tiers. Ce qu'ils décident à cet égard n'est jamais que provisoire ; ils peuvent toujours, selon les circonstances, revenir sur les décisions prises et aviser autrement. C'est inévitable ; il est impossible, en effet, à quelque moment que l'on soit, de prévoir ce qui pourra plus tard être nécessaire [1].

412. D'autres mesures concernent les époux, spécialement la femme. Dès que les hostilités sont ouvertes, la cohabitation est inévitablement pénible et peut devenir dangereuse. Dès lors, le président après la requête, le tribunal après la citation, peuvent prendre provisoirement toutes les mesures que la situation paraît comporter, soit à la demande des époux ou de l'un d'eux, soit d'office (articles 236 et 238 alinéas 2, 3 et 5). Le plus ordinairement, ce sera la femme qui quittera le domicile du mari ; le tribunal, dans ce cas, lui assigne une résidence qu'elle est tenue de conserver ; il fixe, s'il y a lieu, le chiffre de la pension alimentaire que le mari devra lui payer pendant la durée de l'instance et statue sur la remise à la femme de ses effets personnels. Toutes dérogations graves au droit commun ; elles s'expliquent par les circonstances et ont pour correctif le contrôle du tribunal : « La

1. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n°s 304 et suiv. — Cpr. Trib. de la Seine 28 septembre 1886, *Le Droit* du 30 septembre, — 28 octobre 1892, *Le Droit* du 8 novembre, — Cass. 4 juillet 1893, D. P. 1894.I.23, Sir. 1893. I. 424, — 28 février 1893, D. P. 1893.I.206, Sir. 1893.I.357.

Source BIU Cujas

« femme est tenue, dit l'article 241, de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites [1]. »

D'ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le tribunal, si quelque raison majeure justifie cette décision, autorise la femme à conserver le domicile conjugal et enjoigne au mari de le quitter, par exemple si la femme exerce un commerce ou une industrie qu'une absence prolongée risquerait de compromettre. La jurisprudence était en ce sens, avant la loi de 1884, au cas de demande en séparation de corps [2] ; la solution ne peut faire doute aujourd'hui, par suite des termes généraux des articles 236 et 238.

Les ordonnances et jugements rendus à ce propos sont susceptibles d'appel (article 238 alinéa 3) [3].

413. D'autres mesures enfin concernent les biens. Si le régime adopté établit une communauté ou donne au mari l'administration de tout ou partie des biens de la femme, celle-ci peut avoir à redouter que le mari, au cours de l'instance, ne détourne ces biens, ne les déprécie par esprit de rancune, ne contracte des dettes grevant les valeurs communes. Il se peut que le mari ait les mêmes craintes si c'est lui qui est obligé de quitter le domicile conjugal.

De là les articles 242 et 243 (rédaction de 1886).

L'article 242 reproduit et complète le système établi par l'ancien article 270 (rédaction de 1804 conservée en 1884) relativement aux mesures que les époux peuvent prendre pour la conservation de leurs biens. L'autorité judiciaire apprécie l'opportunité des mesures à prendre et en détermine la nature. Elles peuvent être prises dès la première ordonnance, celle qui autorise le demandeur à citer son conjoint en conciliation devant le président. Elles sont prises sur

1. Il a été jugé maintes fois que la fin de non-recevoir résultant de l'article 241 n'est pas absolue. Il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement les causes de l'absence dont se plaint le mari. Voy. Paris 13 juillet 1870, D. P. 1871.II.129, — Trib. de la Seine 17 mars 1891, *Le Droit* du 8 avril, — Cass. 25 juin 1889, D. P. 1890.1.420.

2. Voy. Dalloz, *Code civil annoté*, article 268, nos 15 et suivants, — *Code de procédure civile annoté*, article 878, no 40. — Cpr. Paris 24 novembre 1884, *La Loi* du 21 janvier 1885.

3. Cass. 29 juin 1892, D. P. 1892.1.553 (note de M. de Loynes).

Source BIU Cujas

l'autorisation du président, laquelle est donnée à la charge d'en référer[1].

L'article 243 ne fait que reproduire l'ancien article 271 : « Toute obligation contractée par le mari à la charge de la « communauté, toute aliénation par lui faite des immeu- « bles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'or- « donnance dont il est fait mention en l'article 235, sera dé- « clarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite « ou contractée en fraude des droits de la femme. » Le texte vise seulement les actes passés par le mari avec les tiers ; en effet, les actes émanés du mari, s'ils n'intéressent pas les tiers et ne regardent que les époux, ne sont pas opposables à la femme, puisque le divorce, quant à ses effets entre époux, rétroagit au jour de la demande (article 252 *in fine*)[2]. Quant aux tiers, le divorce ne rétroagit pas, ce qui est logique, puisque la demande en divorce n'est pas rendue publique. Donc les actes du mari restent valables ; seulement la femme peut en obtenir l'annulation s'il y a fraude. Pour qu'un acte soit annulé, il faut qu'il ait été fait non seulement au préjudice des intérêts de la femme, mais en fraude de ces intérêts, ce qui implique la mauvaise foi. Les tiers, sans cela, seraient trop exposés. En effet, ils ne connaissent pas la demande en divorce, puisqu'elle n'est pas rendue publique ; si un acte passé par eux de bonne foi avec le mari pouvait être annulé, ils courraient trop de risques. L'article 243 est une application de l'article 1167 ; la distinction admise sous cet article doit être ici observée. S'agit-il d'un acte à titre gratuit, il pourra être annulé sans qu'il soit prouvé que le tiers a été complice de la fraude. S'agit-il d'un acte à titre onéreux, il ne pourra l'être qu'autant que le tiers aura été complice de la fraude[3].

1. Pour le détail, voy. Poulle, *op. laud.*, p. 215 à 220. — Cpr. Massigli, *Examen doctrinal de jurisprudence civile*, dans la *Revue critique de droit*, 1890, p. 457, — Cass. 26 mars 1889, Sir. 1890.I.253 et le rapport de M. Féraud-Giraud, — Paris 6 août 1889, *Le Droit* du 20 août,— Paris 11 mai 1891, *Le Droit* du 27 août, — Lyon 3 juin 1891, *La Loi* du 6 août.

2. Voy. *infrà*, p. 79.

3. Voy. Poulle, *op. laud.*, p. 220 à 222.

Source BIU Cujas

V. *Des voies de recours contre les décisions en matière de divorce.*

414. Sous ce rapport, la loi de 1886 a mis fin à un assez grand nombre de difficultés de détail qui furent soulevées sous l'empire de la loi de 1884. En définitive, à l'heure actuelle, le droit commun, quant aux voies de recours, reste applicable, sauf en quelques points que voici.

415. L'article 247 tranche une question qui était discutée : celle de savoir si l'opposition est possible contre les jugements ou arrêts rendus par défaut en matière de divorce. L'opposition est la voie de recours normale en cas de jugement par défaut ; c'est une voie de rétractation. L'article 247 prend quelques précautions pour éviter le défaut, du moins pour s'assurer que le défendeur aura bien connu la demande (article 247 alinéa 1) ; puis il suppose que ces précautions ont manqué leur effet, qu'il y a eu sentence prononçant le divorce par défaut, et il admet l'opposition contre cette sentence. « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signifié par huissier commis. Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne sur simple requête la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne. L'opposition est recevable dans le mois de la signification, si elle a été faite à personne, et, dans le cas contraire, dans les huit mois qui suivront le dernier acte de publicité (alinéas 2 et 3)[1]. »

416. Quant à l'appel, qui est une voie de réformation, il est certainement possible en matière de divorce, non seulement contre les jugements qui prononcent le divorce ou refusent de le prononcer, mais contre des jugements interlocutoires en matière de divorce[2]. L'article 248 alinéa 1 fixe les délais, qui sont ceux du droit commun (articles 443 et suivants C. proc. civ.) : deux mois à partir de la signification et, s'il s'agit d'un jugement par défaut, deux mois à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable.

L'appel interjeté suspend l'exécution de la sentence, conformément au droit commun (article 457 C. proc. civ.) ; mais

1. Sur la combinaison de cette règle avec l'article 156 C. proc. civ., voy. Poulle, *op. laud.*, p. 117.

2. Cass. belge 23 mai 1884, D. P. 1885. II. 97 (note de M. Glasson).

Source BIU Cujas

le délai d'appel n'est pas suspensif, conformément encore au droit commun [1] ; l'exécution peut avoir lieu avant l'expiration du délai, tant que l'appel n'a pas été fait. Toutefois le délai d'appel lui-même est suspensif en ce qui concerne la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil. En effet, aux termes de l'article 252 du Code civil, le jugement prononçant le divorce ne peut être signifié à l'officier de l'état civil, à fin de transcription, qu'à partir du jour où il est devenu définitif; or il ne le devient qu'à l'expiration des délais d'appel. Si la transcription pouvait être faite avant l'expiration du délai, le mari [2] devenu libre contracterait peut-être un nouveau mariage avant cette expiration, après quoi l'appel pourrait intervenir et aboutir à l'infirmation du jugement. Situation singulière d'un homme dont le second mariage aurait été valable et dont le premier se trouverait, en définitive, ne pas avoir été dissous ! Le législateur n'a pas voulu qu'une pareille situation pût se produire et c'est la raison pour laquelle il a rendu le délai d'appel suspensif en ce qui concerne la transcription du jugement. A tout autre point de vue, d'ailleurs, le droit commun reprend son empire et le délai d'appel n'est pas suspensif. L'article 252, en effet, ne subordonne que la transcription à l'expiration de ce délai et l'inconvénient résultant d'une exécution pendant le délai ne peut se produire qu'à propos de la transcription. C'est donc seulement pour les sentences prononçant un divorce que le délai d'appel est suspensif ; il ne l'est ni pour les jugements rejetant un divorce, que le mari, par exemple, peut exécuter en obligeant la femme à reprendre la vie commune, ni pour les jugements interlocutoires en matière de divorce.

Le même article 248 ajoute que les causes de divorce, en appel, s'instruisent à l'audience ordinaire et comme affaires urgentes (alinéa 3). Ce texte tranche une question qui fut un moment discutée après la loi de 1884, celle de savoir si les affaires de divorce doivent être jugées en audience ordinaire ou en audience solennelle. D'après le droit commun, elles devraient être portées à l'audience solennelle, comme il est

1. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Appel*, n° 215,—Cass. 27 janvier 1890, D. P. 1890.I.391, — 10 août 1891, D. P. 1892.I.47.

2. L'hypothèse ne peut se concevoir qu'à propos du mari, car la femme divorcée n'est admise à se remarier que dix mois après la transcription du jugement sur les registres (article 296). Voy. *suprà*, tome I, p. 339, n° 239.

Source BIU Cujas

prescrit pour toutes les questions d'état par l'article 22 du décret du 30 mars 1808[1] ; mais le même article excepte de la règle les demandes qui doivent être décidées à bref délai, et la question fut posée de savoir si les affaires de divorce ne sont pas du nombre. La solution négative ayant parfois prévalu, certaines cours furent menacées d'être tellement encombrées qu'il fallut aviser. Un décret du 28 avril 1885 décida que ces affaires seraient jugées en audience ordinaire. C'est la décision que l'article 248 (alinéa 3) a reproduite.

417. Arrivons au pourvoi en cassation. Les jugements et arrêts, en matière de divorce, sont certainement susceptibles de pourvoi. L'article 248 alinéa 5 fixe le point de départ du délai pendant lequel le pourvoi peut être formé, sans modifier d'ailleurs la durée du délai, qui est de deux mois, conformément au droit commun (loi du 2 juin 1862, article 1).

L'alinéa 6 ajoute : « Le pourvoi est suspensif en matière « de divorce.... »[2] Disposition claire en apparence, dont l'interprétation soulève cependant deux questions délicates.

a) De droit commun, la sentence rendue en dernier ressort peut être exécutée, sans que l'exécution soit suspendue ni par le pourvoi formé, ni par le délai du pourvoi[3] ; le sort des actes d'exécution est subordonné au sort du pourvoi : ils seront valables si le pourvoi est rejeté, nuls si l'arrêt est cassé. L'article 248 alinéa 6 écarte l'application de cette règle en matière de divorce et la dérogation au droit commun s'explique aisément. On ne comprendrait pas, en pareille matière, une exécution provisoire, à laquelle il serait procédé sauf à y revenir ; il est indispensable que l'exécution soit ajournée tant qu'il reste possible que la décision soit réformée[4].

1. Voy. *suprà*, tome I, p. 164.

2. Les mots « *en matière de divorce* » ont été ajoutés au texte de 1886 par l'article 4 de la loi du 6 février 1893, portant modifications au régime de la séparation de corps.

3. Loi des 27 novembre-1er décembre 1790, article 16. — Cpr. Garsonnet, *Précis de procédure civile*, 2e édition, p. 492.

4. Pareil ajournement ne serait pas moins indispensable relativement aux sentences qui donnent mainlevée d'une opposition à mariage ; mais aucune dérogation n'est apportée au droit commun à cet égard (*Suprà*, tome I, p. 382, note 1). Il faut en dire autant des sentences qui prononcent la nullité d'un mariage ; elles sont exécutoires pendant les délais du pourvoi et nonobstant la formation d'un pourvoi, quelque utilité qu'il y eût à en suspendre l'exécution

Source BIU Cujas

Quelle est l'étendue précise de la dérogation apportée au droit commun par l'alinéa 6 de l'article 248 ? Le pourvoi formé est certainement suspensif ; mais le délai du pourvoi l'est-il aussi ?

En bonne législation, il devrait l'être, par identité de motifs. Pour que l'exécution provisoire soit écartée dans cette matière qui ne la comporte pas, il faut que le délai soit suspensif, comme le pourvoi lui-même. S'il ne l'est pas, le mari[1] pourra faire transcrire immédiatement la sentence prononçant le divorce et se remarier avant que le délai du pourvoi soit expiré ; vienne ensuite le pourvoi à être formé, la sentence à être cassée, le second mariage n'en sera pas moins acquis, quoique le premier se trouve, en définitive, ne pas avoir été dissous par le divorce. Le législateur aurait dû donner un effet suspensif au délai du pourvoi comme au pourvoi formé.

Par malheur, il ne l'a pas fait. Peut-être a-t-il eu l'intention de le faire[2], mais sans que l'intention ait été traduite en un texte précis. L'article 248 alinéa 6 déroge au droit commun relativement au pourvoi formé ; il est muet sur le délai du pourvoi et le droit commun conserve son empire[3].

b) Quels sont les arrêts dont le pourvoi suspend ainsi l'exécution en matière de divorce ? L'effet suspensif se produit-il pour tous les arrêts en matière de divorce ou pour certains seulement ? Aucun doute n'existe pour l'arrêt qui prononce le divorce, car c'est, au premier chef, celui dont l'exécution provisoire pourrait créer les embarras que le législateur a voulu écarter en donnant effet suspensif au pourvoi. Au contraire, des doutes se sont élevés en ce qui concerne l'arrêt rejetant un divorce et les arrêts rendus au cours de l'instance sur des mesures de procédure, par exemple l'arrêt interlocutoire ordonnant une enquête. L'alinéa 6 de l'article 248 paraît très général : « Le pourvoi est suspensif *en matière de « divorce.* » Aussi a-t-il été jugé d'abord que l'effet suspensif

pendant le délai et après la formation du pourvoi. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Cassation*, n° 192.

1. Le danger n'existe que du côté du mari, car la femme ne peut se remarier que dix mois après la dissolution du précédent mariage (article 296). Voy. *suprà*, p. 70.

2. Voy. l'incident des travaux préparatoires rapporté par Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 4e édition, I, p. 432.

3. Cass. 25 juillet 1893, D. P. 1893.I.545, Sir. 1894.I.89.

Source BIU Cujas

du pourvoi s'applique indistinctement à tout arrêt qui peut être frappé d'un pourvoi au cours de la procédure, spécialement à l'arrêt interlocutoire ordonnant une enquête ; l'enquête serait nulle s'il y était procédé malgré le pourvoi [1]. Plus récemment, le contraire a été décidé, du moins en ce qui concerne les jugements avant-faire-droit, par l'arrêt déjà cité de la chambre civile en date du 25 juillet 1893 [2]. L'arrêt s'appuie sur ce motif que l'exécution provisoire ne présente, en matière de jugements avant-faire-droit, aucun des inconvénients que le législateur a voulu prévenir en donnant effet suspensif au pourvoi ; le même motif existe et commande la même solution quant à l'effet du pourvoi formé contre un arrêt rejetant une demande en divorce.

418. Il reste à parler d'une dernière voie de recours que le droit commun organise : la requête civile. Est-elle admise en matière de divorce ?

Elle a ce caractère particulier qu'elle peut être motivée sur des faits de nature à n'être connus que longtemps après la sentence attaquée, parfois plusieurs années après (article 480 C. proc. civ.) ; elle est possible pendant deux mois après la découverte du fait qui l'autorise.

De là résulte un danger manifeste. Le délai, précisément parce qu'il est indéterminé, ne peut être suspensif. Un divorce est prononcé ; la décision est exécutée ; l'un des conjoints se remarie et des enfants viennent au monde. Plusieurs années après, un motif de requête civile s'ouvre et la décision est infirmée ; le premier mariage est rétabli, le second annulé par là même comme entaché de bigamie. Quelle étrange complication ! Aussi, un article du projet d'où est sortie la loi de 1886 portait formellement qu'il n'y aurait pas lieu à requête civile en matière de divorce. Mais cet article a été rejeté ; il a été ainsi établi que le droit commun reste applicable, par suite que la requête civile est possible.

C'est assurément périlleux. Aux objections faites, il a été répondu que le danger n'est pas contestable, mais qu'il n'y a pas de raison pour priver le conjoint d'une voie de re-

1. Dijon 30 décembre 1886, Sir. 1887.II.154, — Douai 17 juin 1891, *Le Droit* du 20 novembre 1891, — Cass. 23 novembre 1891, D. P. 1892.I.201, Sir. 1892.I.18. — Cpr. la note déjà citée de M. Glasson dans D. P. 1885.II.97.

2. D. P. 1893.I.545, Sir. 1894.I.89. Voy. la note jointe à cet arrêt dans le journal *Le Droit* du 12 septembre 1893. — Cpr. Paris 7 février 1889, Sir. 1890.II.63, — Trib. de la Seine 20 février 1891, *Le Droit* du 7 mars.

Source BIU Cujas

cours autorisée par le droit commun, lorsqu'il est victime d'une décision entachée d'un des vices prévus par l'article 480 du Code de procédure civile. L'un des époux a soudoyé des témoins, produit des pièces fausses, etc. ; on le découvre ; pourquoi couvrir tout cela au détriment du conjoint, pour l'avantage du nouvel époux de l'autre conjoint [1] ?

419. Signalons enfin une dernière particularité relative aux voies de recours. L'article 249, introduit en 1886, décide que les jugements ou arrêts qui prononcent le divorce ne sont pas susceptibles d'acquiescement. En d'autres termes, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé par un tribunal de première instance ne peut pas renoncer expressément ou tacitement au bénéfice de l'appel avant l'expiration des délais légaux ; celui contre lequel le divorce a été prononcé par une cour d'appel ne peut pas renoncer davantage au bénéfice du pourvoi en cassation avant l'expiration des délais impartis par la loi. La question était discutée avant 1886 [2] ; la loi nouvelle l'a tranchée et la solution admise est une dérogation au droit commun, au moins pour ceux qui considèrent l'acquiescement comme possible dans les matières d'ordre public [3].

SECTION III. — **Des effets du divorce.**

420. Ils sont indiqués dans le chapitre III du titre VI, qui contient les articles 295 à 305 [4]. Il ne nous reste que peu de chose à dire sur ce sujet. Les effets du divorce sont impliqués, sauf quelques particularités, par la notion même du divorce, et plusieurs particularités ont été déjà relevées. Ces effets se groupent tous autour des trois idées suivantes : 1° le divorce dissout le mariage, — 2° il entraîne certaines déchéances pécuniaires contre l'époux aux torts duquel il a été

1. Sur ces incidents de la rédaction, voy. Poulle, *op. laud.*, p. 179 et suiv.
2. Voy. Carpentier, *op. laud.*, p. 196.
3. Voy. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, V, p. 916 à 918. — Sur le point de savoir si la prohibition d'acquiescer emporte celle de se désister du recours une fois formé, Voy. Garsonnet, *loc. cit.*, p. 790 ; — Cpr. Cass. 23 octobre 1889, Sir. 1890.I.61 (rapport de M. Féraud-Giraud), — Cass. 29 janvier 1890, *La Loi* du 8 février, — Paris 4 juin 1892, Sir. 1892.II.279.
4. Ce chapitre III est l'ancien chapitre IV du Code de 1804. Voy. *suprà*, p. 307, note 2.

Source BIU Cujas

prononcé, — 3° il modifie, sous certaines distinctions, les droits des père et mère au regard des enfants.

Reprenons ces trois idées [1].

I. *Le divorce entraîne la dissolution du mariage.*

421. C'est pour cela que le rétablissement en a été demandé. Cet effet est si naturel qu'il n'est pas même énoncé au chapitre III ; mais il est relevé à l'article 227 : « Le mariage se « dissout:.... 2° par le divorce légalement prononcé. » La dissolution, nous l'avons vu, s'opère par la transcription de la sentence qui a prononcé le divorce et à la date de cette transcription ; à partir de ce moment, le mariage n'existe plus.

De là découlent deux conséquences.

a) Désormais les époux divorcés sont affranchis des obligations résultant du mariage et perdent les droits qui en découlent. Les articles 212 et suivants cessent d'être applicables. La femme recouvre sa capacité civile. Les devoirs de fidélité, secours et assistance disparaissent. L'obligation alimentaire cesse d'exister entre les époux divorcés ; la pension qui aurait été antérieurement allouée [2] cesse d'être exigible, la qualité qui l'expliquait ayant disparu. Sans doute un des ex-conjoints peut devoir une pension alimentaire à l'autre, lorsque cette pension a été accordée par le tribunal qui a prononcé le divorce, conformément à l'article 301 ; mais l'obligation de payer la pension n'est plus alors un effet du mariage et ne dérive plus de l'article 212, lequel n'est plus applicable, puisqu'il n'y a plus mariage ; elle est un effet du divorce, ou mieux de la sentence qui a prononcé le divorce, et n'a qu'une ressemblance lointaine avec l'obligation alimentaire existant entre époux. D'une part, la pension de l'article 301 ne peut être accordée par le tribunal qu'à l'époux qui a obtenu le divorce, non à celui contre lequel le divorce a été prononcé ; d'où suit qu'aucun des deux conjoints ne peut devenir créancier de la pension si le divorce a été prononcé contre tous deux. D'autre part, la pension ne peut être accordée que sous les conditions fixées par l'article 301 : « Si les époux ne

1. Voy. Hitier, *op. laud.*, p. 84 et suiv.

2. Sur la pension alimentaire qui peut être due par l'un des époux à l'autre au moment du divorce, voy. *suprà*, tome I, p. 432 et suiv., — *infrà*, p. 98 et p. 104, note 31.

Source BIU Cujas

« s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne parais-
« saient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux
« qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder,
« sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire,
« qui ne pourra excéder le tiers des revenus de l'autre époux.
« Elle sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être né-
« cessaire. » On a considéré que l'époux qui a obtenu le divorce ne doit pas, par suite des torts de son conjoint, être privé tout à fait des ressources sur lesquelles il était autorisé à compter pendant la vie de ce conjoint ; le tribunal peut lui accorder une pension, dont le conjoint coupable reste tenu envers lui [1].

b) Les époux divorcés peuvent désormais contracter une nouvelle union, sauf quelques restrictions tenant précisément au divorce. Du divorce résultent plusieurs empêchements, qui ne sont d'ailleurs que prohibitifs et qui sont relevés par les articles 295, 296 et 298 [2].

Ce sont là toutes conséquences de ce qu'il y a dissolution du mariage.

422. Il y a plus toutefois. Le divorce n'est pas seulement une dissolution, mais une rupture du mariage et même une rupture violente. De là découlent des conséquences qui distinguent la dissolution par divorce de la dissolution par décès.

1° La femme, par l'effet du divorce, cesse de porter le nom de son mari ; elle reprend et doit reprendre son nom patronymique, ce qui n'a pas lieu en cas de dissolution par décès. C'est ce qu'a décidé la loi du 6 février 1893, mettant ainsi fin à une controverse qui avait divisé les auteurs et la jurisprudence de 1884 à 1893 [3]. L'article 2 de la loi ajoute à l'article 299 un second alinéa ainsi conçu : « Par l'effet du divorce, « chacun des époux reprend l'usage de son nom. » La femme ne peut plus porter le nom du mari, ni le mari continuer de joindre le nom de sa femme au sien [4].

1. Cpr. *suprà*, tome I, p. 432 à 434. — Voy. Nîmes 19 mai 1886, *La Loi* du 19 juillet. Il a été jugé que la pension alimentaire de l'article 301 peut être accordée non seulement par la sentence qui prononce le divorce, mais par un jugement postérieur. Cass. 10 mars 1891, Sir. 1891.I 48.

2. Voy. *suprà*, tome I, p. 335, n° 233, — p. 337, n° 235, — p. 339, n° 239.

3. Voy. la note de M. Flurer dans D. P. 1889.II.9.

4. Voy. *Introduction, Explication..... etc.*, p. 63 et 64, — et *suprà*, tome I, p. 420 à 422.

Source BIU Cujas

Il y a des cas où il est juste qu'il en soit ainsi. Par exemple, le divorce a été prononcé contre la femme à raison de son inconduite notoire ; quoi de plus juste qu'il lui soit interdit de salir en le portant le nom de son mari et de ses enfants ? Il y a des cas où le mérite de la règle est moins apparent. Par exemple, le divorce a été prononcé par la faute du mari ; la femme n'est que victime et cependant il lui est défendu de garder le nom du mari, de porter le nom que ses propres enfants continuent de porter ! Les situations étant ainsi très diverses, on avait proposé, sans adopter une règle absolue, de remettre la question à l'appréciation des tribunaux, qui auraient jugé d'après les circonstances. La loi de 1893 a repoussé cette solution transactionnelle ; elle a tranché la difficulté sans tenir compte des nuances d'espèces.

2° Précisément parce que le divorce dissout le mariage du vivant des époux, il leur fait perdre les droits à venir qui supposent la qualité d'époux au moment où ils s'ouvrent. En d'autres termes, les droits éventuels, c'est-à-dire ceux qui sont subordonnés au décès et à l'existence de la qualité d'époux au moment du décès, ne pourront plus s'ouvrir désormais. A ce point de vue encore, la dissolution par divorce se distingue de la dissolution par décès.

Ces droits éventuels sont :

a) Les droits de succession. La succession du conjoint prédécédé échoit au conjoint survivant dans une mesure qui varie suivant les cas. Encore faut-il qu'il possède ce titre lors de l'ouverture de la succession du prédécédé ; donc aucun droit de succession n'existe plus pour le conjoint divorcé (article 767, modifié par la loi du 9 mars 1891).

b) Le droit pour la femme du fonctionnaire à une portion de la pension de retraite de son mari. C'est à la veuve que cette portion est accordée par la loi du 9 juin 1853 (article 13) ; la femme divorcée n'y a pas droit.

3° Nous avons rencontré précédemment[1] un arrêt de la Cour de cassation décidant que l'alliance se dissout par le divorce, même s'il existe des enfants issus du mariage ; elle disparaît, non quant aux incapacités qui en résultent, telles que les empêchements de mariage (articles 161 et 162), mais quant aux droits qui en découlent, comme le droit aux ali-

1. *Suprà*, tome I, p. 423 à 425.

Source BIU Cujas

ments (articles 206 et 207). La solution est contestable, car ce serait une dérogation au droit commun. De droit commun, l'alliance survit au mariage s'il existe des enfants qui en sont issus et ne se dissout que dans le cas contraire. Or il n'est écrit nulle part qu'il en soit autrement en cas de divorce et le système admis par la Cour de cassation est loin d'être inattaquable [1].

4° Enfin, sous un dernier rapport, la situation créée par le divorce est encore très spéciale. C'est par la transcription du jugement et à la date de la transcription que le mariage est dissous en cas de divorce. Seulement (c'est là une innovation notable du législateur de 1886, rien de pareil n'ayant existé ni dans le Code de 1804, ni dans la loi de 1884), une fois la transcription opérée, le jugement remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande (article 252 dernier alinéa). La demande est l'assignation qui ouvre l'instance après que la tentative de réconciliation a échoué (article 238 alinéa 1).

C'est une dérogation au droit commun. D'ordinaire, les jugements qui créent un état nouveau n'ont d'effet que pour l'avenir ; le jugement de divorce, au contraire, rétroagit et les effets du divorce, quand il est consommé par la transcription du jugement, se seront produits au jour de la demande. Toutefois, cette règle ne s'applique que relativement à ceux des effets qui se produisent entre époux ; le texte de l'article 252 est formel. Quant aux effets que le divorce entraîne ou qu'il peut entraîner au regard des tiers, il ne les produit qu'à partir de la transcription. C'est la conséquence de ce que la demande en divorce n'est pas rendue publique ; on ne peut, dès lors, opposer aux tiers les suites d'une instance qu'ils n'ont pas connue. Entre les époux, la situation est autre ; ils ont nécessairement connu la demande et il peut y avoir rétroactivité sans surprise ni péril pour eux.

Maintenant, quelles sont les applications de cette règle [2] ?

La rétroactivité ne se produit pas au regard des tiers ; à leur égard, le mariage n'est dissous qu'à la date de la transcription. Ainsi la femme s'est obligée pendant l'instance sans

1. Voy. dans le même sens Orléans 23 mars 1892, Sir. 1892.II.133 et la note.
2. Voy. sur ce sujet Hitier, *op. laud.*, p. 42 et suiv., — et Coste, *Du point de départ des effets du divorce*, thèse de doctorat soutenue à la Faculté de Droit de Paris en 1890.

Source BIU Cujas

l'autorisation du mari ; survient le jugement, puis la transcription. Si la femme demande la nullité de l'obligation qu'elle a contractée, le tiers avec lequel elle a traité pourra-t-il lui opposer la rétroactivité ? Non, puisque le mariage n'est dissous, à l'égard de ce tiers, qu'à la date de la transcription [1]. Ainsi encore, le mari s'est obligé, ou la femme avec le consentement du mari ; par suite du régime, le créancier a action sur les biens communs. Les époux pourraient-ils, invoquant le dernier alinéa de l'article 252, limiter la poursuite aux biens de l'époux qui s'est obligé ? Evidemment non, puisque le mariage n'est dissous, à l'égard du tiers créancier, qu'à la date de la transcription.

Mais la rétroactivité se produit entre époux. Qu'en résulte-t-il ? C'est fort incertain. Le dernier alinéa de l'article 252 a été introduit, en 1886, à la dernière heure, par un amendement dû à l'initiative parlementaire ; les conséquences n'en ont pas été entrevues avec précision, de sorte que la pratique est hésitante.

Il y a une application certaine ; c'est la seule qui le soit complètement. Le régime matrimonial aura pris fin à la date de la demande. Si les époux étaient communs en biens, la communauté, qui est dissoute par le divorce (article 1441), sera liquidée d'après l'état de choses existant au jour de la demande. Sans l'article 252, il faudrait avoir égard à la date de la transcription ; vu l'article 252, il faut se référer à celle de la demande. En cela, l'article 252 n'est que l'application d'une règle reçue en matière de séparation de biens (article 1445 alinéa 2). Les époux, la femme surtout, sont protégés contre les actes qui, pendant l'instance, pourraient modifier et compromettre leurs droits. Quant aux conséquences résultant de ce que le régime matrimonial aura pris fin à la date de la demande, nous ne pouvons ici que faire un renvoi à la matière du contrat de mariage ; elles se produisent à propos du règlement des droits des époux au cas de divorce et concernent le point de départ des intérêts des reprises, le sort des successions mobilières échues pendant l'instance en divorce, enfin le sort des dettes contractées par le mari pendant cette instance.

Est-ce le seul effet qu'entraîne la rétroactivité de la dis-

1. Cass. 18 avril 1893, D. P. 1894.I.67, Sir. 1894.I.5 (note de M. Labbé).

Source BIU Cujas

solution ? Elle s'applique aux effets du divorce relatifs au régime des biens ; s'applique-t-elle également aux effets du divorce relatifs à la personne des époux ? Voici deux cas où la question s'est posée.

a) L'un des époux payait à l'autre une pension alimentaire. Survient le jugement de divorce, puis la transcription. Si l'époux débiteur est en retard, l'autre époux peut-il exiger le paiement des sommes échues depuis le jour de la demande jusqu'à celui de la transcription ? Si l'époux débiteur a continué régulièrement le service de la pension, peut-il réclamer la restitution des sommes payées à ce titre et correspondant à la période intermédiaire entre la demande en divorce et la transcription ? La jurisprudence décide avec raison que l'article 252 *in fine*, d'après lequel le jugement dûment transcrit remonte au jour de la demande quant à ses effets entre époux, concerne exclusivement les biens et n'apporte aucune modification aux droits et devoirs des époux tant que subsiste le mariage ; dès lors, l'obligation de secours et d'assistance, établie par l'article 212, doit être remplie jusqu'au jour où la dissolution du mariage est consommée par la transcription du jugement prononçant le divorce [1].

b) L'un des époux se rend coupable d'adultère au cours de l'instance. Survient le jugement de divorce, puis la transcription. La poursuite correctionnelle est-elle encore possible ? Oui, car le devoir de fidélité subsiste, comme l'obligation de secours, tant que la transcription du jugement n'a pas dissous le mariage [2].

423. Tel est le premier effet du divorce. Il entraîne la dissolution du mariage, mais cette dissolution a des conséquences qui lui sont propres et qui la distinguent de la dissolution par le décès d'un des époux.

II. *Le divorce entraîne certaines déchéances contre l'époux coupable.*

424. Tout en admettant le divorce, la loi le regarde comme un mal, comme une dérogation non seulement à l'idéal, mais

1. Trib. de la Seine 27 mai 1887, *Le Droit* du 22 juin, — 21 décembre 1888, *Le Droit* du 31 décembre, — Paris 13 décembre 1895, *Gazette du Palais*, 1896.1.350.
2. Trib. de la Seine, 15 octobre 1890, *Le Droit* du 16 octobre. — Cpr. Trib. de Grenoble 14 novembre 1888, *Le Droit* du 25 novembre.

Source BIU Cujas

à la nature du mariage; en conséquence, elle punit celui des deux époux qui le rend nécessaire. De là les déchéances.

425. D'abord le divorce entraîne perte pour l'époux coupable d'un droit qui résulte de la puissance paternelle : le droit de jouissance légale. L'article 384 établit le droit de jouissance légale; l'article 386 en prive « celui des père et mère contre « lequel le divorce aurait été prononcé ». C'est un texte qui a cessé d'être en vigueur de 1816 à 1884 et qui s'applique à nouveau depuis 1884.

426. En outre, le divorce entraîne, toujours pour l'époux coupable, perte de « tous les avantages que l'autre époux lui « avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le ma- « riage ». C'est ainsi que s'exprime l'article 299 alinéa 1[1]. Disposition importante et caractéristique du système. Elle est une application un peu large de l'article 955, qui autorise la révocation des donations pour cause d'ingratitude. L'époux coupable, disait Treilhard, « s'est placé au rang « des ingrats ; il sera traité comme eux[2] ». Les avantages à lui faits sont révoqués de plein droit.

La déchéance s'applique d'abord aux avantages faits par contrat de mariage. Le texte dit : « les avantages » ; il ne dit pas seulement les donations proprement dites et le législateur s'est exprimé de la sorte avec intention. Donc la déchéance atteint, d'une façon générale, le bénéfice de toutes les clauses du contrat d'où découle un avantage gratuit. Quant au point de savoir quelles sont les clauses qui ont ce caractère et cet effet, nous ne pouvons que renvoyer à la matière du contrat de mariage, notamment aux articles 1516, 1518 et 1525[3].

La même déchéance s'applique, en outre, aux avantages faits depuis le mariage, c'est-à-dire aux donations et dispositions testamentaires que le conjoint victime aurait faites au profit de l'époux coupable. C'est à propos d'elles qu'apparaît surtout la pensée de la loi. Ces dispositions sont par elles-mêmes révocables. Pour les dispositions testamentai-

1. Jusqu'en 1893, l'article 299 ne contenait qu'un seul alinéa, celui qui a trait aux déchéances dont nous nous occupons. La loi du 6 février 1893 a fait suivre cet alinéa d'un second, relatif aux effets du divorce quant au nom des époux. Voy. *suprà*, p. 76.

2. Exposé des motifs déjà cité (Locré, V, p. 311).

3. Voy. Carpentier, *op. laud.*, p. 274 et suiv. — Cpr. Trib. d'Orange 25 novembre 1890, *La Loi* du 31 janvier 1891.

Source BIU Cujas

res, c'est le droit commun (article 895) ; pour les donations entre vifs, c'est le droit spécial aux donations entre époux (article 1096). Si la loi les déclare révoquées de plein droit par le seul effet du divorce, sans aucune manifestation de volonté, ce n'est pas seulement par intérêt pour l'époux innocent, puisqu'il dépendrait de lui de les faire tomber, mais parce qu'elle entend punir directement l'époux coupable.

427. Quant à l'époux qui a obtenu le divorce, il conserve, au contraire, tous ces droits (article 300), ce qui s'explique par le caractère pénal de la disposition inscrite dans l'article 299. Il conserve ces droits, mais exercera seulement à la mort du conjoint ceux qui ont le caractère de droits de survie, comme par exemple les legs. Viendra-t-il alors les exercer comme époux, bien qu'il n'ait plus cette qualité, ou comme étranger? La question présente un intérêt fiscal, car les droits de mutation ne s'élèvent qu'à 3 0/0 pour les mutations entre époux, tandis qu'ils atteignent le taux de 9 0/0 pour les mutations entre personnes étrangères. L'article 300 commande de décider que l'époux exerce ses droits comme tel et non comme étranger. Le texte dit, en effet, qu'il *conserve* les avantages à lui faits ; cela revient à dire que ces avantages lui sont maintenus tels qu'ils étaient, avec le caractère d'avantages *entre époux* [1].

428. Si les torts ont été réciproques et qu'en conséquence le divorce, demandé par les deux conjoints, ait été prononcé contre tous deux, la révocation atteint l'un et l'autre. Cela explique pourquoi, la plupart du temps, le divorce est demandé par les deux époux à la fois et aussi pourquoi, si l'initiative est prise d'abord par l'un d'eux, l'autre répond par une demande reconventionnelle, de manière que le tribunal fasse bonne justice distributive.

429. Trois observations restent à présenter sur la déchéance édictée par l'article 299.

D'abord, elle n'a lieu que sous la réserve des droits acquis aux tiers. L'article 958 admet formellement cette solution en ce qui concerne la révocation des donations pour cause

1. *Sic* : Trib. de la Seine 30 mai 1893, *Le Droit* du 6 juillet et la note, — Trib. de Fougères 4 janvier 1893, *Le Droit* du 15 février. — Voy. Laurent, *Principes*, III, p. 356, — et Binet, *Examen doctrinal de la jurisprudence en matière d'enregistrement*, dans la *Revue critique de droit*, 1894, p. 214 et suiv.

Source BIU Cujas

d'ingratitude. Or l'article 299 ne fait qu'appliquer le principe de la révocation des donations pour cause d'ingratitude (article 957).

D'autre part, la déchéance de l'article 299 n'est pas d'ordre public. L'époux au profit duquel le divorce est prononcé peut renoncer à se prévaloir de cette déchéance.

Enfin la déchéance de l'article 299 n'exclut pas la révocation pour cause d'ingratitude, qui est le droit commun des donations entre vifs. C'est pour l'un des conjoints le seul moyen de faire révoquer les libéralités qui profitent à l'autre lorsque celui-ci est mort sans que le divorce ait eu lieu. C'est aussi le seul moyen, pour l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, de faire tomber les libéralités dont l'autre a profité et continue de profiter par application de l'article 300[1].

430. En résumé, les articles 386 et 299 établissent deux déchéances ; elles sont encourues l'une et l'autre par l'époux contre lequel le divorce est prononcé.

III. *Le divorce modifie, sous quelques rapports, les droits des père et mère à l'égard de leurs enfants.*

431. C'est l'objet des articles 302 à 304.

La considération des enfants fournit incontestablement l'objection la plus grave contre le divorce. Que vont-ils devenir quand les père et mère auront rompu le lien qui les unissait ? Il est vrai que les mêmes inconvénients se présentent en cas de séparation de corps ; les enfants ne sont guère moins malheureux en présence de parents restant mariés mais qui sont éloignés l'un de l'autre qu'en présence de parents divorcés. En cas de divorce cependant les complications peuvent être plus grandes, parce qu'alors les père et mère divorcés peuvent contracter chacun une nouvelle union ; de sorte que les enfants verront se constituer deux foyers dont aucun ne sera le leur. Quoi qu'on fasse, on ne saurait leur épargner les fatalités qu'amène pour eux la mésintelligence des parents.

En droit, quelle situation leur est faite ?

432. La dissolution du mariage ne brise pas le lien qui unit

1. Demolombe, *Traité du mariage*, 3e édition, II, p. 647 et 648.

Source BIU Cujas

l'enfant à ses père et mère ; entre eux subsistent les droits et les devoirs inhérents au rapport de filiation : puissance paternelle, obligation alimentaire, droits éventuels de succession, etc. L'article 304 n'est qu'une application partielle de cette idée : « La dissolution du mariage par le divorce admis « en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun « des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les « conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y « aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même « manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient « ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce. »

En ce qui concerne la puissance paternelle, si les enfants sont mineurs, le droit commun ne peut cependant continuer de s'appliquer. De droit commun, pendant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle appartient au père seul (article 373) et, après la dissolution par la mort de l'un des époux, au conjoint survivant. Après le divorce, la prééminence du père, qui tient à sa qualité de chef de famille, ne s'expliquerait plus, puisque l'unité de la famille est brisée. C'est pourquoi l'article 302 confère au tribunal la faculté de prendre telles décisions que les circonstances paraîtraient rendre nécessaires pour le plus grand avantage des enfants : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le di- « vorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la fa- « mille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus « grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns « d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit « d'une tierce personne. » L'article 238, nous l'avons vu [1], permet au tribunal de prendre, pendant l'instance, des mesures touchant la garde des enfants ; à plus forte raison le peut-il quand l'instance a pris fin par le prononcé du divorce.

En principe, la garde des enfants est confiée à l'époux qui a obtenu le divorce ; il est réputé le plus digne de la conserver. Mais la règle n'est pas exclusive ; il est permis au tribunal d'y déroger et de confier les enfants à l'autre époux ou à une tierce personne. C'est sur la demande du ministère public ou de la famille [2] que le tribunal statue sur les délicates questions que les intérêts engagés peuvent soulever.

1. *Suprà*, p. 67.
2. Paris 17 juillet 1886, *La Loi* du 14 août, *Le Droit* du 21 août.

Source BIU Cujas

L'article 303 ajoute : « Quelle que soit la personne à laquelle « les enfants seront confiés, les père et mère conserveront « respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éduca- « tion de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à pro- « portion de leurs facultés. »

Il n'y a pas à ce propos et il ne saurait y avoir de règles absolues ; les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour décider, au jour le jour, ce que les circonstances exigent. C'est pourquoi ils ne sont pas liés par leurs décisions et peuvent les modifier toutes les fois que l'intérêt des enfants l'exige ; ce qu'ils décident un jour peut être modifié, précisément parce que les circonstances peuvent changer[1].

433. Finalement, les effets du divorce se groupent bien autour des trois idées indiquées : il dissout le mariage, entraîne certaines déchéances contre l'époux coupable et modifie les conditions ordinaires de l'autorité paternelle.

1. Trib. de la Seine 4 juillet 1879, *Le Droit* du 5 juillet, — Cass. 24 novembre 1886, D. P. 1887.I.335, Sir. 1888.I.433. — Sur la garde des enfants, on peut consulter : Angers 5 mai 1885, Sir. 1886. II. 15, — Trib. de la Seine 13 août 1885, *Le Droit* du 14 août, — Paris 20 octobre 1886, *La Loi* du 28 octobre, — Paris 15 décembre 1886, Sir. 1889. I. 63, — Cass. 19 novembre 1888, Sir. 1889. I. 63. — Les développements qui précèdent, concernant les effets du divorce sur les droits des père et mère à l'égard de leurs enfants, seront complétés au titre *De la puissance paternelle*.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

434. Il en est traité dans le chapitre IV et dernier du titre VI[1]. Les articles 306 à 311, qui composent ce chapitre, ont tous été modifiés par les lois nouvelles de 1884, 1886 et 1893.

La loi du 27 juillet 1884, quoique intitulée *Loi sur le divorce*, a apporté des changements assez considérables à la législation de la séparation de corps. Elle a abrogé les articles 308 et 309 ; ils établissaient entre le mari et la femme, quant aux suites de l'adultère, une différence qui s'ajoutait à celle signalée plus haut[2]. D'autre part elle a modifié les articles 306, 307 et 310 ; l'article 307 a été de nouveau modifié par la loi du 18 avril 1886. Quant à l'article 311, le seul du chapitre qui ait conservé sa rédaction primitive en 1884 et 1886, il a été transformé par la loi du 6 février 1893, qui a ajouté trois alinéas nouveaux à l'unique alinéa qu'il contenait originairement. En définitive, il ne reste rien du Code de 1804 sur la séparation de corps.

435. Rien à ajouter quant à la partie générale du sujet. Nous savons ce qu'est la séparation de corps ; c'est un divorce mitigé, dans la mesure où il est compatible avec le maintien du mariage, à l'usage de ceux qui répugnent au divorce proprement dit, ou qui ne veulent pas arriver de suite à cette extrémité. Elle ne dissout pas le mariage ; elle rompt seulement l'unité du foyer : c'est l'état de deux époux relevés par décision judiciaire du devoir de cohabitation.

Rien à ajouter non plus sur les traits principaux de son histoire, qui se lie à celle du divorce. Elle était, à la fin de

1. Le chapitre IV est l'ancien chapitre V du Code de 1804, devenu le quatrième en 1884. Voy. *suprà*, p. 30, note 2.
2. *Suprà*, p. 31, et tome I, p. 427 et suiv.

Source BIU Cujas

l'ancien droit, le seul refuge des unions malheureuses. La loi du 20 septembre 1792, en introduisant le divorce, la proscrivit. Le Code civil de 1804, tout en maintenant le divorce, la rétablit comme étant le divorce des catholiques. De 1816 à 1884, elle a été seule possible. Depuis la loi du 27 juillet 1884, elle existe conjointement avec le divorce.

Enfin nous avons relevé les considérations qui permettent d'apprécier la valeur comparée de ces deux expédients. La séparation a un mérite certain : elle éloigne les adversaires en les soustrayant au devoir de cohabitation. Elle a un défaut non moins certain : elle ne les désarme pas, puisqu'elle laisse subsister la chaîne qui les lie. Ses détracteurs lui adressent trois reproches.

Quant aux époux, disent-ils, elle est injuste : elle laisse l'époux innocent, victime des fautes de l'autre. Pour ces fautes qui ne sont pas les siennes, elle le condamne au célibat de fait à perpétuité et à l'absence de famille.

Quant aux enfants, ajoutent-ils, elle est fatale : il n'y a pas de pire éducation que celle qu'ils reçoivent de parents en mésintelligence, irrités chaque jour davantage l'un contre l'autre, à mesure que pèse davantage sur eux la chaîne qui les retient.

Au point de vue social, affirment-ils enfin, les conséquences de la séparation ne sont pas moins fâcheuses : autant de séparations, autant d'existences déclassées et de forces perdues. La statistique démontre que la progression du nombre des séparations coïncide avec deux phénomènes inquiétants : la diminution du chiffre des naissances prises dans leur ensemble et l'augmentation de celui des naissances naturelles.

A ces griefs on peut répondre qu'il ne suffit pas de montrer les inconvénients de la séparation pour la condamner. Il n'y a pas à espérer, quoi qu'on fasse, tirer un parti satisfaisant des situations auxquelles elle répond ; elles sont compromises et il faut bien se résigner aux suites fâcheuses qu'elles entraînent ; le divorce ne les évite pas. La séparation n'est qu'un palliatif ; il ne faut pas lui demander davantage. Elle a d'ailleurs sur le divorce un avantage à un point de vue : elle réserve l'éventualité d'une réconciliation, qui est le rétablissement de l'ordre.

436. Passant aux détails, nous allons rechercher, à propos de la séparation comme à propos du divorce : 1° pour quelles

Source BIU Cujas

causes elle peut être prononcée, — 2° quelle est la procédure à suivre pour l'obtenir, — 3° quels en sont les effets. Nous indiquerons enfin comment elle peut cesser.

Sur ces quatre questions, une même difficulté d'interprétation se présente. Le Code civil, quand il a rétabli la séparation parallèlement au divorce, l'a réglementée avec un laconisme extrême et même excessif, n'y consacrant que six articles. La jurisprudence en a tiré cette conclusion que le législateur a entendu — sans quoi son œuvre serait par trop imparfaite — appliquer à la séparation une grande partie des dispositions relatives au divorce. La loi du 8 mai 1816 a en quelque sorte consacré cette interprétation ; nous avons dit déjà [1] que c'est à raison des emprunts à faire aux quatre premiers chapitres du titre VI pour combler les lacunes du chapitre V qu'on a laissé ces quatre chapitres dans l'édition nouvelle du Code faite en 1816. Seulement, quelles sont les dispositions des chapitres relatifs au divorce qu'il faut ainsi appliquer à la séparation ? Telle est la difficulté d'interprétation qui plane sur toute la matière dont nous entreprenons l'étude.

On admet en général qu'il faut transporter à la séparation toutes les dispositions qui ne se lient pas à la dissolution du mariage, qui sont par là même compatibles avec le maintien du mariage, avec l'idée d'indissolubilité. Mais c'est une règle vague et insuffisante, comme l'examen des quatre questions posées va permettre de le vérifier.

SECTION I. — **Des causes de la séparation de corps.**

437. Un simple renvoi suffit à cet égard. En effet, divorce et séparation sont deux remèdes aux mêmes situations ; ils diffèrent quant aux effets, non quant aux causes qui permettent d'y recourir. Les causes de séparation sont les mêmes que les causes de divorce : « Dans le cas où il y a lieu à de-« mande en divorce, dit l'article 306, il sera libre aux époux « de former une demande en séparation de corps. » Le texte dit : *il sera libre*. Formule singulière, s'expliquant par ce fait que la séparation de corps n'existait plus au moment de

1. *Suprà*, p. 13 et 14.

Source BIU Cujas

la rédaction du Code, sous l'empire de la loi de 1792 ; dorénavant, il sera libre aux époux de choisir entre les deux expédients.

438. Dans l'ancien droit, la séparation de corps n'était prononcée qu'à la demande de la femme ; elle était pour la femme une protection éventuelle contre le mari ; elle pouvait résulter de causes diverses, que la loi ne limitait pas et qui revenaient à ceci : l'impossibilité de vivre ensemble. Quant au mari, il ne pouvait pas demander la séparation de corps ; dans un cas seulement, en cas d'adultère, il pouvait arriver à la séparation d'habitation ; la femme, sur la plainte du mari, pouvait être enfermée dans un couvent pour toute sa vie. Pendant deux ans, le mari pouvait la reprendre ; ce délai expiré sans pardon obtenu, la femme perdait sa dot et les avantages résultant des conventions matrimoniales [1].

Le droit moderne a modifié le droit ancien à deux points de vue.

1° La séparation peut être demandée tant par le mari que par la femme ; c'est un droit réciproque (article 306). Toutefois, en fait, les séparations sont le plus souvent prononcées à la demande des femmes [2]. Est-ce à dire que l'homme, plus que la femme, donne prise aux griefs qui motivent la séparation ? C'est possible ; on l'a dit ; les hommes d'affaires en doutent, car ils savent très bien pourquoi les maris demandent rarement la séparation. Cela tient à l'article 311, aux termes duquel toute séparation de corps entraîne séparation de biens et la séparation de biens entraîne la restitution de la dot. Or

1. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 527.

2. Voici quelles sont, à cet égard, les indications fournies par l'avant-dernier rapport sur l'administration de la justice civile en France (*Journal officiel* du 15 décembre 1895).

Années	Demandes formées par des hommes	Demandes formées par des femmes
1885	372	2538
1886	453	2564
1887	309	2240
1888	288	1880
1889	245	1949
1890	266	1775
1891	324	1735
1892	320	1774

Source BIU Cujas

la restitution est souvent impossible, quand la dot est engagée dans des opérations commerciales ou industrielles ; en outre elle est toujours désagréable, surtout dans un pays comme la France, où les apports pécuniaires de la femme sont généralement plus élevés que ceux du mari. Ces considérations pécuniaires rendent les maris plus endurants. Voilà tout ce que prouve la statistique [1].

2° La séparation ne peut être demandée que pour les causes que la loi indique et détermine ; l'énumération est limitative.

439. Quelles sont ces causes ?

Dès que, dans la pensée de la loi, la séparation est un divorce mitigé, à l'usage de ceux qui répugnent au divorce complet, elle doit pouvoir être demandée et prononcée pour les mêmes causes que le divorce. Ce sont deux remèdes différents à des situations identiques. De là l'article 306 actuel.

Sous l'empire du Code civil et jusqu'à la loi de 1884, il y a eu cependant, entre le divorce et la séparation, une différence notable relativement aux causes. Le divorce, d'après le Code civil, pouvait avoir lieu de deux manières : pour cause déterminée et par consentement mutuel. La séparation pouvait aussi avoir lieu pour cause déterminée ; l'ancien article 306 portait : « Dans le cas où il y a lieu à la demande en « divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de

1. De même que les demandes en séparation de corps, les demandes en divorce sont formées par les femmes en beaucoup plus grand nombre que par les hommes.

Années	Demandes formées par des hommes	Demandes formées par des femmes
1885	1837	2803
1886	1848	2733
1887	2507	4098
1888	2321	3926
1889	2547	4528
1890	2690	4786
1891	2892	4553
1892	3210	4909

L'explication de la différence est la même qu'en ce qui concerne la séparation ; elle réside dans la répugnance des maris à provoquer des mesures devant entraîner la restitution des apports de la femme.

Source BIU Cujas

« former demande en séparation de corps. » Au contraire, elle ne pouvait avoir lieu par consentement mutuel ; l'article 307 *in fine* portait : « Elle ne pourra avoir lieu par le con- « sentement mutuel des époux. » De sorte qu'on pouvait arriver au divorce sans livrer à la publicité les causes de désunion survenues, au moyen du consentement mutuel constaté dans les formes admises ; mais on ne pouvait pas arriver de la même manière à la séparation. La séparation n'était pas possible pour ceux qui, par respect d'eux-mêmes et pour l'honneur de leurs enfants, tenaient à ne pas divulguer leurs griefs conjugaux.

D'où venait cette différence ? Il n'en a jamais été donné une raison satisfaisante. La seule qui ait été alléguée est celle-ci. La séparation de corps emporte la séparation de biens (article 311) ; or les conventions matrimoniales sont incommutables (article 1395) ; n'eût-il pas été à craindre, si le consentement mutuel eût été admis comme cause de séparation de corps, que la séparation ne devînt un moyen détourné d'arriver à modifier le régime matrimonial originairement adopté [1] ? L'objection n'est pas décisive, car on aurait pu prendre quelques précautions pour empêcher l'abus ; par exemple il n'est pas indispensable que la séparation de corps entraîne la séparation de biens et on aurait pu lui enlever cet effet en cas de consentement mutuel. Quoi qu'il en soit, l'article 307 était formel.

La loi du 27 juillet 1884 a fait disparaître cette différence, puisqu'elle a écarté le divorce par consentement mutuel. Aussi la fin de l'article 307 a-t-elle été abrogée comme inutile ; les mots « *elle ne pourra avoir lieu par le consentement* « *mutuel des époux* » ont disparu du texte rectifié. L'article 306 a été modifié dans le même sens. Le texte ancien disait : « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour « cause déterminée, il sera libre... » ; le texte révisé s'exprime ainsi : « Dans le cas où il y a lieu à la demande en di- « vorce, il sera libre... »

Ces retouches diverses sont la conséquence du principe en vertu duquel le divorce par consentement mutuel est écarté. Le principe a été maintenu par la loi du 18 avril 1886 ; cependant les rédacteurs de cette loi ont réintroduit dans le

1. Valette, *Explication*, p. 140.

Source BIU Cujas

premier alinéa de l'article 307 la phrase suivante : « Elle (la « séparation de corps) ne pourra avoir lieu par le consente- « ment mutuel des époux. » Les travaux préparatoires ne fournissent aucune indication sur les motifs qui ont poussé le législateur à remanier ainsi le texte de 1884.

440. En résumé, relativement aux causes de séparation, renvoi pur et simple à ce que nous avons dit à propos du divorce; causes, modes de preuve, fins de non-recevoir, tous les détails réunis sur ces points sont communs à la séparation de corps et au divorce, tant ceux résultant des textes du Code civil que ceux résultant des modifications apportées par les lois de 1884 et 1886.

441. Bien entendu, il ne s'agit là que de la séparation véritable, celle qui est prononcée par justice et qu'on appelle pour ce motif séparation judiciaire. Elle n'exclut pas les séparations de fait, volontaires et amiables ; seulement ces séparations de fait n'ont aucun caractère ni, par suite, aucun effet légal. Les effets du mariage, droits et devoirs, restent entiers. La loi ne défend pas les séparations de fait, car, si elle consacre certains devoirs entre époux, elle n'impose pas aux époux d'en réclamer en fait l'accomplissement ; mais elle ne connaît pas ces séparations et, le jour où il plaît à l'un des époux d'invoquer ses droits, rien n'y met obstacle s'il n'y a qu'une séparation de fait.

Comme l'état des personnes est d'ordre public, et par là même en dehors des conventions, il a été maintes fois jugé que le pacte intervenu entre époux et par lequel ils s'engagent à vivre séparément n'a en droit aucune valeur ni efficacité. Le pacte est-il volontairement exécuté, personne n'a rien à y voir ; ne l'est-il pas, la contrainte sociale n'a pas à intervenir. Quant aux arrangements pécuniaires qui auraient été convenus accessoirement à la séparation amiable, ils ont le même sort que celle-ci. Lorsque les époux les exécutent volontairement, nul n'a rien à y voir ; lorsque l'un d'eux se refuse à le faire, la justice ne saurait l'y contraindre.

La jurisprudence est fixée en ce sens[1] et c'est peut-être

1. Grenoble 1 mars 1851, D. P. 1853.II.62, Sir. 1851.II.627, — Amiens 14 décembre 1852, D. P. 1854.II.9, — Cass. 14 juin 1882, D. P. 1883.I.248, Sir. 1882.I.421, — Bordeaux 11 février 1887, *La Loi* du 18 décembre, — Pau 20 juin 1894, D. P. 1895.II.11, Sir. 1894.II.232. — Cpr. *suprà*, tome I, p. 432 à 434.

Source BIU Cujas

ce que le législateur de 1886 a voulu marquer lorsqu'il a réintroduit dans l'article 307 la phrase supprimée en 1884 : « Elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des « époux[1]. » La phrase, alors, devrait être traduite ainsi : les séparations amiables sont de purs faits, qui légalement ne modifient en rien les effets du mariage, effets dont les époux ou l'un d'eux peuvent toujours se prévaloir.

SECTION II. — **De la procédure de la séparation de corps.**

442. A ce propos encore, un simple renvoi suffira. La procédure de la séparation de corps est la même que celle du divorce, sauf quelques particularités. Lorsqu'on reconnut, en 1885, que la procédure organisée pour le divorce par le Code civil et maintenue en 1884 était trop compliquée, mal agencée et inapplicable, on eut recours à la procédure de la séparation de corps, telle que l'organisait le Code de procédure civile (articles 875 et suivants). La loi de 1886 n'a fait qu'étendre au divorce la procédure de la séparation ; par suite, la même procédure est actuellement suivie dans les deux cas.

Aussi l'article 307 alinéa 1, rectifié en 1886, est ainsi conçu : la demande en séparation « sera intentée, instruite et « jugée de la même manière que toute autre action civile ; « néanmoins les articles 236 à 244 lui seront applicables... » Les articles 236 à 244 sont relatifs à la procédure du divorce et sont étendus à celle de la séparation. Les articles 246 à 252, qui concernent aussi la procédure du divorce, ne sont pas visés par l'article 307 et restent étrangers à la séparation ; les règles qu'ils contiennent ne sauraient, en effet, s'appliquer à la séparation, car elles sont écrites en vue de la dissolution du mariage, que le divorce seul produit. Quant à l'article 245, il n'est pas visé davantage par l'article 307 et devrait par conséquent être regardé comme inapplicable à la séparation. Il est probable toutefois que les rédacteurs de l'article 307 ont commis une erreur involontaire en omettant de viser l'article 245. Cet article permet, contrairement au droit commun, d'entendre comme témoins, dans les instances en divorce, les parents, à l'exception des descendants, et

1. Voy. *suprà*, p. 91 et 92.

Source BIU Cujas

les domestiques des époux [1]. Antérieurement à 1886, la règle s'appliquait à la séparation comme au divorce et il est difficile d'admettre qu'on ait voulu en restreindre l'application au divorce, car elle présente la même utilité en matière de séparation ; il est inadmissible surtout qu'un changement de cette importance ait été fait avec intention sans qu'il en reste trace dans les travaux préparatoires. L'hypothèse la plus vraisemblable est qu'il y a eu méprise dans la rédaction de l'article 307 ; c'est par oubli que l'article 245 n'a pas été visé et il doit être appliqué en matière de séparation comme en matière de divorce. La solution ne paraît pas avoir jamais fait doute en pratique.

443. La procédure de la séparation de corps est donc la même, en principe, que celle du divorce. Deux différences cependant doivent être signalées.

a) La première concerne la tentative de conciliation qui précède l'instance. En matière de divorce, elle est réglementée par les articles 234 et 235, qui écartent l'application des articles 875 à 878 du Code de procédure civile. Or l'article 307, spécial à la séparation de corps, ne renvoie pas aux articles 234 et 235 ; il renvoie seulement aux articles 236 à 244. D'où il suit que les articles 875 à 878 du Code de procédure civile restent applicables.

La remarque est utile, car il existe une légère différence entre les règles inscrites dans les articles du Code civil et celles que consacre le Code de procédure. D'après l'article 234 du Code civil, la requête, en matière de divorce, doit être présentée au président du tribunal par l'époux demandeur en personne. Rien de semblable, d'après l'article 875 du Code de procédure civile, en matière de séparation ; la requête est transmise par ministère d'avoué. L'article 234 étant inapplicable, le tuteur du conjoint frappé d'interdiction légale peut faire signifier la requête sans avoir été requis ou spécialement autorisé par l'interdit, comme il doit l'être en matière de divorce. La différence se comprend, car la réquisition ou l'autorisation sont exigées, quand il s'agit de la requête en divorce, pour suppléer au défaut d'intervention personnelle du demandeur [2] ; or cette intervention

1. Voy. *suprà*, p. 48 et 49.
2. Voy. *suprà*, p. 51.

Source BIU Cujas

personnelle n'est pas prescrite quand il s'agit de la demande en séparation.

b) Le jugement ou l'arrêt qui prononce la séparation de corps n'est pas transcrit sur les registres de l'état civil, à l'inverse de ce qui est prescrit pour le divorce par l'article 251. C'est logique, car aucune modification n'est apportée à l'état des personnes [1], puisque le mariage subsiste ; un *modus vivendi* est seulement organisé, vu la situation. Aussi la séparation résulte du jugement même qui la prononce ; aucune formalité ultérieure n'est exigée, si ce n'est une certaine publicité que règle l'article 880 du Code de procédure civile.

444. Si on écarte ces deux différences, la procédure de la séparation de corps est la même que celle du divorce, soit relativement aux formalités, soit relativement aux modes de preuve admis, aux voies de recours [2], enfin aux mesures provisoires ou conservatoires qu'il peut y avoir lieu de prendre pendant l'instance ou après.

445. En particulier, les alinéas 7 et 8 de l'article 238 sont applicables aux instances en séparation comme aux instances en divorce ; l'époux demandeur, autorisé par le président à assigner devant le tribunal, doit user de la permission qui lui est donnée dans un délai de vingt jours [3]. Cette règle, introduite en 1886, a rendu désormais impossible une pratique parfois usitée jusque-là et qu'il n'est pas sans intérêt de signaler.

Les procédures en séparation de corps n'étaient pas toujours suivies par ceux qui les avaient entamées jusqu'à l'obtention d'un jugement ; elles demeuraient souvent pendantes après que le président avait rendu l'ordonnance autorisant la femme à se retirer dans une résidence distincte de celle du mari (article 878 C. proc. civ.). Les époux n'étaient pas encore séparés, au sens légal du mot, avec les effets inhérents à une séparation régulière ; mais la femme était autorisée à vivre de son côté, les époux étaient séparés de fait et à beaucoup cela suffisait. Quand il n'y avait pas d'intérêts pécuniaires engagés, on se contentait souvent de cette première étape. D'autant plus que, si l'on voulait aller ensuite plus

1. Voy. *suprà*, tome I, p. 164.

2. En ce qui concerne les voies de recours, c'est une question discutée de savoir si la disposition de l'article 249 (*suprà*, p. 75) est applicable en matière de séparation de corps. Voy. Cass. 28 décembre 1891, Sir. 1892. I. 120.

3. *Suprà*, p. 53.

Source BIU Cujas

loin, rien ne s'y opposait. L'ordonnance du président conservait ses effets, même s'il n'était pas donné suite à la procédure, tant qu'il n'y avait pas péremption de l'instance (articles 397 et suivants C. proc. civ.) ; or la péremption n'a pas lieu de droit (article 399). Il n'y avait donc pas péril à rester en l'état et on y restait souvent [1].

SECTION III. — Des effets de la séparation de corps.

446. Les textes antérieurs à la loi de 1884 et surtout à celle du 6 février 1893 étaient très laconiques. A vrai dire, un seul effet de la séparation de corps était relevé ; il l'était par l'article 311, d'après lequel la séparation de corps emporte toujours séparation de biens. Sur le reste, la loi était muette.

Cependant il a toujours été regardé comme certain que la séparation produit d'autres effets, ne fût-ce que celui qui lui est inhérent par nature et résulte du nom qu'elle porte : elle met fin au devoir de cohabitation. Mais alors, dès qu'il faut ajouter à la loi, où faudra-t-il s'arrêter ?

La pensée des rédacteurs du Code civil, insuffisamment exprimée, était celle-ci. La séparation de corps est le divorce qui était permis avant 1792, le *divortium a toro et mensa* ou *quoad habitationem*, compatible avec le maintien du mariage et partant acceptable pour les catholiques ; elle produit dès lors tous ceux des effets du divorce qui ne se rattachent pas à la dissolution du mariage, qui sont conciliables avec le maintien du mariage. Si tel est le principe, la déduction des effets reste affaire d'interprétation ; il n'était pas nécessaire que la loi intervînt et le laconisme des textes se comprend.

Toutefois, même avec ce procédé d'interprétation, toute incertitude n'était pas écartée, car il restait à faire le départ, parmi les effets du divorce, entre ceux qui se rattachent et ceux qui ne se rattachent pas à l'idée de la dissolution du mariage.

447. A l'heure présente, la plupart des difficultés ont été écartées, notamment par la loi de 1893. Nous avons vu déjà

1. Dalloz, *Table des vingt-deux années* (1845 à 1867), V° *Séparation de corps*, n°s 18 et 72.

Source BIU Cujas

quel est l'esprit de cette loi, quels motifs l'ont amenée ; nous n'avons plus qu'à grouper les résultats acquis.

En l'état actuel des textes, les effets de la séparation peuvent être groupés en quatre catégories : 1° effets quant à la personne des époux, — 2° effets quant aux intérêts pécuniaires, — 3° effets quant aux enfants, — 4° effet éventuel, consistant dans la conversion possible de la séparation de corps en divorce.

1. *Effets de la séparation de corps quant à la personne des époux.*

448. Ils sont au nombre de quatre.

a) La séparation de corps met fin au devoir de cohabitation. Il en a toujours été ainsi ; c'est, en définitive, le but auquel elle tend. L'article 214 cesse d'être applicable ; le mari ne peut plus exiger la cohabitation, ni la femme exiger d'être reçue.

Quant aux autres devoirs résultant du mariage, ils subsistent, mais avec des modifications qu'entraîne la force des choses.

Ainsi les époux, d'après l'article 212, se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. Le devoir de fidélité subsiste, mais n'est plus sanctionné, au point de vue pénal, en ce qui concerne le mari ; l'adultère du mari, en effet, n'est punissable que s'il a été commis dans la maison conjugale [1], et il n'y a plus de maison conjugale quand la séparation de corps est intervenue [2]. Le devoir de secours se transforme en obligation de payer une pension alimentaire [3]. Le devoir d'assistance se réduit à peu de chose quand la vie commune a cessé.

Ainsi encore, le mari, d'après l'article 213, doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. Ce sont deux devoirs corrélatifs, dont l'existence n'est plus guère que théorique après la séparation de corps. Nous avons vu cependant

1. *Suprà*, tome I, p. 431.

2. Si le devoir de fidélité n'est plus sanctionné au point de vue pénal, en ce qui concerne le mari, il l'est encore au point de vue civil. En effet, depuis 1884, l'adultère du mari est une cause de divorce au profit de la femme alors même que le mari n'a pas tenu sa concubine dans la maison commune. Voy. *suprà*, tome I, p. 427, n° 306.

3. *Suprà*, tome I, p. 432.

Source BIU Cujas

que le devoir d'obéissance a pour conséquence d'exclure entre époux certains contrats et de modifier les conditions de quelques autres [1] ; exclusions et modifications survivent à la séparation de corps.

b) La séparation de corps confère à la femme le droit d'avoir un domicile distinct. La jurisprudence l'admettait avant la loi du 6 février 1893, qui a rendu toute controverse impossible en complétant l'article 108 par l'adjonction de l'alinéa suivant : « La femme séparée de corps cesse d'avoir pour do-« micile légal le domicile de son mari... [2] »

c) La séparation de corps met fin à l'incapacité de la femme. C'est l'innovation capitale de la loi du 6 février 1893, dont l'article 3 introduit la phrase suivante dans l'article 311 du Code civil : la séparation de corps a « pour effet « de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, « sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son « mari ou de justice ». En conséquence, les articles 215 et suivants cessent d'être applicables [3]. C'est assez dire que les tiers ont intérêt à savoir que la séparation de corps a été prononcée ; aussi l'article 880 du Code de procédure civile a-t-il soin de prescrire qu'une publicité soit donnée à la sentence qui la prononce ; les tiers sont avertis par là de l'extension qui s'est produite dans la capacité de la femme.

d) La séparation de corps autorise les époux à demander que chacun d'eux reprenne l'usage de son nom. C'est encore une innovation introduite par le législateur de 1893 ; elle est réalisée par une disposition qui forme l'alinéa 1 du nouvel article 311 (article 3 de la loi de 1893) : « Le jugement qui pro-« nonce la séparation de corps ou un jugement postérieur « peut interdire à la femme de porter le nom de son mari, « ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari « aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra « également demander qu'il soit interdit au mari de le por-« ter. » En d'autres termes, le résultat qui se produit de plein droit par l'effet du divorce [4] peut être atteint par décision de justice en cas de séparation de corps.

449. Tels sont les quatre effets de la séparation de corps

1. *Suprà*, tome I, p. 438 à 441.
2. *Ibid.*, p. 243.
3. *Ibid.*, p. 449 et 450.
4. *Suprà*, p. 77 et 78.

Source BIU Cujas

quant à la personne des époux. En dehors de ces quatre effets, une question demeure douteuse ; nous l'avons rencontrée déjà en traitant des empêchements au mariage [1].

L'article 298 décide que « dans le cas de divorce admis en « justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra « jamais se marier avec son complice ». Cet article est-il applicable à la séparation de corps ? Une séparation a été prononcée pour cause d'adultère ; l'époux qui l'a obtenue vient à mourir ; le survivant peut-il se marier avec son complice ? La négative est généralement admise [2]. Si l'article 298 interdit à l'époux coupable d'épouser son complice après le divorce, c'est pour que l'adultère ne devienne pas un moyen prémédité d'arriver au divorce afin de pouvoir se marier ensuite plus à son gré, ce qui serait scandaleux. Donc il s'agit là d'un effet du divorce qui se lie à la dissolution du mariage, puisqu'il présuppose que l'époux coupable recouvre sa liberté. Dès lors, étant donné la règle d'interprétation que nous avons admise, l'article 298 ne doit pas être appliqué en cas de séparation de corps [3].

II. *Effets de la séparation de corps quant aux intérêts pécuniaires des époux.*

450. Ils sont au nombre de deux.

1. *Suprà*, tome I, p. 339.

2. Voy. Dalloz, *Code civil annoté*, article 298, n° 3, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 298, n° 1.

3. Avant la loi du 6 février 1893, une autre question se posait à propos des effets de la séparation de corps : celle de savoir si la femme française séparée de corps pouvait se faire naturaliser à l'étranger sans autorisation du mari. La question ne se pose plus depuis la loi de 1893, qui confère à la femme séparée de corps « le plein exercice de sa capacité civile ». D'ailleurs, elle avait perdu son principal intérêt depuis le rétablissement du divorce en 1884. Avant cette date, la législation française n'admettait pas le divorce, alors que la plupart des législations voisines l'admettaient ; la question pratique qui se posait était de savoir si la femme française séparée de corps pouvait sans autorisation se faire naturaliser à l'étranger, afin de divorcer ensuite conformément à la loi dont elle devenait justiciable. La Cour de cassation décidait que l'autorisation était nécessaire ; faute de quoi, la naturalisation n'était pas opposable au mari, le divorce obtenu par la femme à l'étranger et le nouveau mariage contracté par elle étaient nuls aux yeux de la loi française. Voy. Cass. 18 mars 1878 (affaire de Beauffremont), D. P. 1878.I.201, Sir. 1878.I.193 (note de M. Labbé) ; — cpr. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, p. 434 et suiv. Les solutions contraires sont imposées par la loi du 6 février 1893. Voy. *suprà*, tome I, p. 452 et 455,— et le *Journal du droit international privé*, 1893, p. 1135.

Source BIU Cujas

451. Le premier est relevé par l'alinéa 2 de l'article 311 : « La séparation de corps emporte toujours séparation de « biens [1]. »

Ici apparaît une différence marquée avec le divorce. Le divorce, rompant le mariage, met fin à tout rapport de biens entre époux, à tout régime matrimonial. La séparation de corps, qui ne rompt pas le mariage, substitue seulement au régime antérieur, quel qu'il ait été, celui qui isole le plus les intérêts des époux : la séparation de biens; règle naturelle, puisque les époux ne vivent plus ensemble. De sorte que la femme, quelque régime qu'elle ait adopté lors du mariage, reprend toujours l'administration et la jouissance de ses biens; comme, d'ailleurs, elle a cessé d'être incapable [2], elle gère sa fortune comme s'il n'y avait plus mariage, sauf, puisque le mariage subsiste, règlement de la pension alimentaire qui peut être due par l'un des époux à l'autre. La séparation de corps, par là, modifie la condition des époux au regard des tiers, en enlevant au mari les pouvoirs qu'il tenait du régime adopté pour les transférer à la femme. D'où la nécessité que la séparation soit rendue publique ; l'article 880 du Code de procédure civile prescrit en effet qu'une publicité soit donnée à la sentence qui la prononce.

Au point de vue législatif, on reconnaît généralement que l'article 311 alinéa 2 est trop absolu ; il n'est pas bon que la séparation de biens résulte toujours et nécessairement de la séparation de corps.

1° La règle de l'article 311 alinéa 2 trouble les prévisions du législateur. Quel que soit le régime adopté par le contrat de mariage, la femme, si sa dot est mise en péril, peut demander directement la séparation de biens ; c'est alors la séparation de biens par voie principale, dont le secours est accordé à la femme par l'article 1443. Jamais le mari ne peut demander cette séparation et il peut arriver cependant qu'il ait un grand intérêt à la voir prononcer. Que fera-t-il alors ? Il fera naître ou simulera des causes de séparation de corps, dans le but d'arriver indirectement à une séparation de biens qu'il ne pourrait obtenir directement. Le même détour peut être employé

1. La disposition citée formait à elle seule tout l'article 311 antérieurement à 1893. Le législateur de 1893 l'a fait précéder d'un nouvel alinéa et suivre de deux autres. Voy. *suprà*, tome I, p. 449, — *suprà*, p. 87.

2. *Suprà*, p. 99.

Source BIU Cujas

par la femme, quand elle a intérêt à faire prononcer la séparation de biens sans pouvoir alléguer aucun des motifs pour lesquels l'article 1443 lui confère le droit de la demander.

2° La règle de l'article 311 alinéa 2 complique les séparations de corps de préoccupations pécuniaires qui devraient y être étrangères. La femme se montre souvent acharnée à obtenir la séparation de corps pour recouvrer l'administration et la jouissance de sa fortune ; le mari résiste avec non moins d'acharnement pour les conserver. Il résulte de là une perturbation ; les prescriptions de la loi ne sont pas appliquées dans leur esprit et les préoccupations d'intérêts jouent en fait un rôle considérable dans les procès en séparation de corps.

3° Enfin la règle de l'article 311 alinéa 2 peut être l'origine d'un préjudice pécuniaire pour l'époux innocent au profit duquel la séparation de corps est prononcée. La séparation de biens diminue quelquefois sa situation de fortune et cet amoindrissement a sa cause dans les torts mêmes dont l'autre conjoint s'est rendu coupable. Le résultat est inique au premier chef.

Pour ces raisons diverses, il serait préférable que la séparation de biens fût une conséquence facultative et non obligatoire de la séparation de corps ; les tribunaux auraient la faculté de la prononcer en même temps que la séparation de corps, quand ils le jugeraient à propos.

452. La séparation de corps produit un autre effet quant aux biens : elle entraîne quelques déchéances, qui sont encourues par l'époux coupable. Deux sont certaines ; une troisième est susceptible d'être contestée. Les deux premières résultent de lois postérieures au Code civil, qui ont étendu à la séparation de corps, au moins dans une mesure, deux suites du divorce.

1° Une déchéance très grave résulte de la loi du 9 mars 1891, loi relative aux droits de succession du conjoint survivant et qui a modifié l'article 767 du Code civil.

Sous l'empire du Code, la séparation de corps, à l'inverse du divorce, laissait subsister le droit réciproque de successibilité entre époux ; le mariage continuant d'exister, le survivant restait appelé à succéder au prédécédé. Si le même droit n'appartenait pas à l'époux divorcé, c'est que la qualité d'époux, à laquelle ce droit est attaché, avait disparu par l'effet de la dissolution du mariage (article 767).

Source BIU Cujas

Il en est autrement depuis la loi du 9 mars 1891. Tandis qu'elle étend à certains égards, d'une façon notable, le droit de succession du conjoint survivant, notamment quant à sa quotité, elle le restreint sous le rapport qui nous occupe. Elle assimile la séparation de corps au divorce, du moins en ce qui concerne l'époux contre lequel la séparation est prononcée. Le divorce enlève aux deux conjoints le droit de succession entre époux; la séparation enlève ce droit au conjoint contre lequel elle est prononcée. Là apparaît très visible la tendance à rapprocher le plus possible la séparation de corps du divorce, de manière qu'on puisse dire que cette séparation est le divorce de ceux qui ne veulent pas divorcer.

2° Une seconde déchéance est spéciale à la femme en cas de survie. Un des effets du mariage est d'assurer à la veuve du fonctionnaire public une portion de la pension de retraite que son mari aurait obtenue ou pu obtenir. La loi du 9 juin 1853 règle quels sont, à cet égard, les droits de la femme. D'après l'article 13, la femme contre laquelle la séparation de corps a été prononcée perd son droit à la pension de veuve. La loi lui retire ce droit en cas de séparation « prononcée à la de- « mande du mari » ; donc la femme le conserve en cas de séparation prononcée à son profit.

3° La séparation de corps n'entraîne-t-elle pas une troisième et dernière déchéance ? L'article 299 décide que « l'époux « contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les « avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat « de mariage, soit depuis le mariage ». C'est une question de savoir si cet article est applicable en cas de séparation de corps. Question célèbre, en doctrine au moins, où les avis diffèrent ; en pratique, elle ne se discute plus et est regardée comme résolue dans le sens de l'affirmative depuis un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation en date du 23 mai 1845[1]. Trois arguments sont invoqués à l'appui de cette solution.

α) D'après la règle générale d'interprétation qui a été posée, la séparation de corps entraîne ceux des effets du divorce

1. D. P. 1845. I. 225, Sir. 1845. I. 321. — Cpr. Caen 29 janvier 1872, D. P. 1872. II. 159, Sir. 1872. II. 75, — Chambéry 4 mai 1872, D. P. 1873. II. 129, Sir. 1873. II. 217, — Caen 11 février 1880, D. P. 1881. II. 183, Sir. 1880. II. 317. — Consulter aussi Aubry et Rau, V, p. 206, note 32, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 299, nos 1 et suiv.

Source BIU Cujas

qui ne se rattachent pas à la dissolution du mariage. Or l'effet indiqué par l'article 299 y est tout à fait étranger ; c'est une déchéance pénale, qui doit par conséquent s'appliquer à la séparation.

β) L'article 1515 fournit un argument décisif. Aux termes de ce texte, il y a déchéance du préciput conventionnel au préjudice de l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée. Or le préciput n'a pas tout à fait le caractère de gratuité de la donation. Donc la déchéance de l'article 299, qui concerne la donation proprement dite, est encourue *a fortiori* par l'époux aux torts duquel la séparation a été prononcée.

γ) Enfin on a observé que les rédacteurs du Code ont dû considérer l'article 299 comme applicable en matière de séparation de corps. D'après le Code, en effet, les mêmes causes permettent à l'époux qui en excipe de demander à son choix le divorce ou la séparation de corps. Il ne faut pas qu'un époux puisse avoir un intérêt pécuniaire à demander l'un plutôt que l'autre. Or il y aurait intérêt manifeste à demander plutôt le divorce si l'article 299 n'était pas applicable en matière de séparation.

La solution admise étant telle, on aperçoit sans peine l'intérêt des demandes reconventionnelles en séparation de corps formées par l'époux déjà assigné en séparation par son conjoint. Outre l'intérêt d'amour propre, la demande reconventionnelle présente un intérêt pratique considérable. Il ne suffit pas, en effet, que la séparation soit prononcée ; il faut, en outre, savoir contre qui elle l'est ; si elle est prononcée contre les deux conjoints, ils sont déchus respectivement des avantages visés par l'article 299 [1].

1. *Suprà*, p. 82. — Si l'article 299 est applicable en matière de séparation de corps, il en est autrement de l'article 301, lequel permet aux tribunaux d'accorder une pension alimentaire à l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé (*suprà*, p. 76 et 77). Tant que le mariage n'est pas dissous, l'obligation réciproque de secours subsiste entre époux (article 212), et les époux peuvent obtenir l'un de l'autre une pension, sans qu'il soit besoin de recourir à l'article 301. Si le mariage est dissous par le divorce, la situation change. L'article 212 devient évidemment inapplicable. Mais il serait inique que l'époux contre lequel le divorce n'a pas été prononcé fût privé du secours qu'il aurait trouvé dans l'article 212 si le mariage avait subsisté ; il importait donc de lui accorder une compensation et le législateur a imaginé de lui rendre sous une autre forme le droit qu'il a perdu : s'il ne peut plus invoquer l'article 212, il aura le secours de l'article 301 et pourra réclamer une pension alimentaire en vertu du second comme il aurait pu le faire en vertu du premier (*suprà*, p. 76 et 77, et tome I,

Source BIU Cujas

III. *Effets de la séparation de corps quant aux enfants.*

453. Elle en produit d'abord relativement aux enfants existant lors de la séparation, c'est-à-dire à la date du jugement. Elle en produit en outre relativement aux enfants que la femme met au monde après la séparation.

454. D'abord quant aux enfants existant lors de la séparation. Il faut les supposer mineurs, car, s'ils étaient majeurs, ils ne seraient pas soumis à la puissance paternelle au moment où la séparation se produit et il n'y aurait pas à s'occuper d'eux. S'ils sont mineurs, l'exercice de la puissance paternelle subit quant à eux, ou du moins il se peut qu'il subisse quelques modifications. Les règles sont les mêmes à cet égard qu'en matière de divorce.

p. 309 et 310). En d'autres termes, l'article 301 a sa raison d'être dans ce fait qu'il y a rupture du mariage en cas de divorce ; c'est assez dire qu'il ne doit pas être étendu à la séparation.

Cette manière de voir est en opposition avec une jurisprudence à peu près constante et avec l'opinion dominante dans la doctrine. On admet communément que l'article 301 est applicable en matière de séparation de corps, bien qu'il ne vise expressément que l'hypothèse du divorce. En effet, dit-on, l'article 301 est un corollaire de l'article 299, lequel est appliqué sans conteste en matière de séparation. Le premier frappe d'une déchéance l'époux aux torts duquel la séparation ou le divorce a été prononcé ; le second permet d'accorder une indemnité à l'autre époux, sous forme de pension, en réparation du préjudice à lui causé par la faute d'où est résulté le relâchement ou la rupture du lien conjugal. En d'autres termes, l'article 301 ne serait qu'un corollaire du principe général de responsabilité inscrit dans l'article 1382 ; comme tel, il n'aurait aucun rapport avec l'idée de la dissolution du mariage et devrait, par conséquent, être appliqué en matière de séparation de corps comme en matière de divorce. Personne ne soutient d'ailleurs que l'article 212 cesse de s'appliquer ; d'où cette conséquence que les pensions, en cas de séparation de corps, peuvent être, d'après la jurisprudence, accordées à un double titre : au titre de l'article 212 et à celui de l'article 301. Voy. Hitier, *op. laud.*, p. 99 à 109, — Massigli, *Examen doctrinal de jurisprudence civile*, dans la *Revue critique de droit*, 1894, p. 142, — le rapport de M. le conseiller Manau sur un arrêt de cassation du 24 novembre 1886, Sir. 1888. I. 433, — et la note de M. Labbé dans Sir. 1893. I. 225.

Le système de la jurisprudence sur le caractère *indemnitaire* de la pension dont parle l'article 301 se heurte aux objections les plus graves ; elles sont développées par Laurent (*Principes*, III, nos 309 à 311 et n° 348), qui insiste particulièrement sur les deux suivantes. 1° Si la pension de l'article 301 avait un caractère indemnitaire, comment le législateur aurait-il décidé qu'elle ne peut dépasser le tiers des revenus du débiteur, bien que le préjudice soit plus élevé ? — 2° Si la pension était accordée à titre d'indemnité, elle devrait être irrévocable comme le préjudice lui-même, et il serait incompréhensible qu'elle pût être retirée quand elle a cessé d'être nécessaire. — Voy. au surplus, sur les rapports de l'article 301 avec l'article 1382, Hitier, *op. laud.*, p. 104 et 105.

Source BIU Cujas

D'après le droit commun, la puissance paternelle continue d'appartenir au père. En effet, l'article 393 dit : « Le père « seul exerce cette autorité durant le mariage. » Or le mariage n'est pas dissous par la séparation de corps. Mais la puissance paternelle continue-t-elle d'appartenir au père sans changement ? Ou bien l'exercice peut-il en être modifié et dans quelle mesure ?

Aucun texte du chapitre consacré à la séparation de corps ne s'occupe de cette question. Une jurisprudence constante décide qu'il faut appliquer par analogie les règles édictées par l'article 302 sur le sort des enfants en cas de divorce [1]. Le silence du chapitre IV à cet égard est un argument significatif à l'appui du système d'après lequel le chapitre IV, quant aux effets de la séparation de corps, doit être complété par les dispositions précédentes relatives au divorce. Comment admettre, en effet, que le législateur ait omis volontairement de statuer sur le sort des enfants mineurs en cas de séparation de corps survenant entre les parents ? Ç'aurait été les laisser sous l'application pure et simple du droit commun, en d'autres termes laisser l'autorité paternelle au père et enlever les enfants à la mère, alors même que la séparation aurait été prononcée contre le père. Force est bien d'admettre que le législateur aurait regardé l'article 302 comme applicable à la fois en matière de divorce et de séparation.

Aux termes de cet article, l'autorité paternelle appartient à celui des auteurs qui a obtenu la séparation, à moins que le tribunal n'en ordonne autrement ; les juges prescrivent ce que paraît exiger l'intérêt respectif des époux et des enfants. En fait, le plus souvent, les enfants en bas âge sont laissés à la mère. Même plus âgés, ils lui sont également laissés si elle offre des garanties plus grandes que le père. Quelquefois on ordonne qu'ils seront placés dans une pension, fixant alors le jour et l'heure où chaque conjoint pourra les voir. Il y a là mille difficultés, résultant de ce que le mariage subsiste sans vie commune entre les époux ; dans ces tristes débats, les juges décident pour le mieux et au jour le jour [2].

1. Dalloz, *Supplément au Code civil annoté*, n° 2525.
2. *Ibid.*, n°s 2526 et suiv.

Source BIU Cujas

Ajoutons que l'article 303 est applicable au même titre que l'article 302 et comme complément de celui-ci : « Quelle « que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, « les père et mère conserveront respectivement le droit de « surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et se- « ront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Enfin, de même qu'en cas de divorce, les mesures ordonnées quant à la garde des enfants ne sont jamais que provisoires. Si les circonstances changent, les décisions prises peuvent être modifiées. Il n'y a jamais chose définitivement jugée à cet égard [1].

D'autre part, l'effet de ces décisions cesse de droit quand le mariage est dissous par la mort d'un des conjoints ; prises à raison de l'état de séparation, elles cessent avec lui. Le survivant des époux séparés recouvre alors, conformément au droit commun, l'intégralité de ses droits d'après les règles de la puissance paternelle. La séparation survenue ne peut, à elle seule, lui être opposée comme lui enlevant ces droits, sauf déchéance à intervenir dans les cas possibles, ainsi que nous le verrons au titre de la puissance paternelle. C'est parfois un spectacle singulier. Les mesures jugées nécessaires vont cesser brusquement à la mort du conjoint ; l'époux indigne, à qui l'éducation a été enlevée, la recouvre. Il ne saurait en être autrement, car la séparation n'a et ne peut avoir d'effets que du vivant des conjoints [2].

455. Quels sont les effets de la séparation de corps relativement aux enfants que la femme met au monde après la séparation ?

Jusqu'en 1850, la séparation ne modifiait pas, quant à eux, la situation résultant du mariage ; donc le principe de l'article 312 restait applicable : « L'enfant conçu pendant le « mariage a pour père le mari... » En conséquence, l'enfant né d'une femme séparée de corps était légitime, à moins que le mari ne le désavouât et ne réussît dans l'action en désaveu de paternité, pour les causes et dans les cas prévus par les articles 312 et suivants. Il résulta parfois de là des situations in-

1. Cass. 1er août 1883, D.P. 1885. I. 206.
2. Cass. 13 août 1884, D. P. 1885. I. 40, — Poitiers 21 juillet 1890, D. P. 1891. II. 73, Sir. 1891. II. 17, — Paris 24 juin 1892, D. P. 1893. II. 81, Sir. 1893. II. 228.

Source BIU Cujas

tolérables. Une femme séparée vivait dans le désordre ; elle avait des enfants et prenait soin d'ailleurs de ne pas se mettre dans un des cas où l'action en désaveu était possible d'après le Code de 1804 ; le mari devait en subir la paternité. De véritables scandales s'étaient ainsi produits sous le couvert de la loi.

Pour en tarir la source, la loi du 6 décembre 1850 a créé un cas spécial de désaveu à raison de la séparation de corps. Ce cas de désaveu doit être joint à ceux qu'admettait déjà le Code de 1804 ; il est indiqué dans un alinéa nouveau que la loi de 1850 a ajouté à l'article 313 [1]. Nous y insisterons au titre *De la paternité et de la filiation*. Il suffit pour le moment d'avoir noté que la loi de 1850 permet au mari séparé de corps de désavouer, sous certaines conditions, l'enfant né de sa femme ; le mari peut désavouer l'enfant, c'est-à-dire faire constater qu'il n'en est pas le père.

IV. *Conversion de la séparation de corps en divorce.*

456. La séparation de corps est non pas une cause, mais un moyen de divorce ; sous certaines conditions, elle peut être convertie en divorce. C'est ce qu'indique l'article 310, le seul du titre VI dont nous ayons encore à parler. Il traite de la conversion possible de la séparation de corps en divorce.

De tous les textes remis en vigueur ou introduits lors du rétablissement du divorce, l'article 310 a été de suite le plus appliqué. Il y avait, en 1884, un nombre considérable d'anciennes séparations, remontant à des dates plus ou moins éloignées, que les intéressés se sont empressés de convertir en divorces. Pour la bonne renommée du législateur de 1884, il a été fâcheux que l'événement se produisît ainsi, car l'article 310 ne lui fait pas beaucoup d'honneur ; la disposition est aussi mal conçue que mal rédigée [2].

1. Voy. *suprà*, p. 24, note 3.
2. Voy. sur ce sujet Saint-Marc, *De la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce*, dans la *Revue critique de droit*, 1885, p. 120 et 227.

Source BIU Cujas

I

457. Pour le moment, ne prenons du texte que le premier alinéa ; les autres ont trait à la procédure de la conversion et seront étudiés plus loin. « Lorsque la séparation de corps aura « duré trois ans, dit le début de l'article, le jugement pourra « être converti en jugement de divorce sur la demande for- « mée par l'un des époux. »

Donc, au bout de trois ans, l'un ou l'autre des époux peut demander la conversion. Les trois ans courent à partir du jour où la séparation est devenue définitive, c'est-à-dire du jour où la sentence qui la prononce ne peut plus être attaquée, si dans l'intervalle il n'y a pas eu réconciliation entre les époux. La demande en conversion n'est recevable qu'après l'expiration des trois années ; intervenant plus tôt, elle ne serait pas régulièrement formée [1].

Le délai de trois ans (il est à peine utile de le dire) n'est imposé que si le demandeur invoque, pour arriver au divorce, la séparation dont il demande la conversion. Si des faits nouveaux sont survenus depuis la séparation prononcée et qu'ils constituent des causes suffisantes de divorce, rien ne s'oppose à une demande directe en divorce. Ce n'est plus le cas que prévoit l'article 310, mais celui que visent les articles 229 et suivants. L'article 310 est applicable seulement au cas de conversion, non au cas de demande en divorce pour causes nouvelles spécifiées. Nous verrons même que les faits nouveaux ne peuvent pas être déduits dans une demande en conversion ; ils ne peuvent l'être que dans une demande principale en divorce [2].

1. Cass. 28 novembre 1887, D. P. 1888.I.433. — Cpr. Massigli, *Examen doctrinal de jurisprudence*, dans la *Revue critique de droit*, 1891, p. 566. — Dès que les trois années sont écoulées, la demande en conversion est possible ; mais elle cesse de l'être si les époux laissent passer trente ans sans agir à compter du jour où ils ont le droit de le faire (article 2262). Voy. *suprà*, p. 40. Cpr. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n° 674.

2. Cass. 29 mars 1886, Sir. 1886.I.405, — Cass. 12 août 1885, Sir. 1886.I.193 et la note de M. Labbé. — Sans attendre l'expiration du délai de trois ans pour agir en conversion, sans former une demande principale en divorce à raison de faits nouveaux survenus depuis la séparation, les époux séparés peuvent-ils demander directement le divorce en se fondant sur les faits anciens à raison desquels la séparation a été prononcée ? La négative est certaine. En effet, le divorce et la séparation de corps sont des remèdes aux mêmes situations ; les causes de l'une sont les mêmes que celles de l'autre

Source BIU Cujas

Ainsi, au bout de trois ans, la conversion peut être demandée par l'un ou l'autre des époux.

458. L'ancien article 310 (rédaction de 1804) était conçu tout différemment ; il portait : « Lorsque la séparation de corps, « prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la « femme, aura duré trois ans, l'époux qui était originairement « défendeur pourra demander le divorce au tribunal, qui l'ad- « mettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment ap- « pelé, ne consent pas à faire cesser la séparation. » Le droit de demander la conversion n'appartenait donc pas indistinctement aux deux époux séparés, comme d'après l'article 310 actuel, mais à l'un d'eux seulement, à celui contre lequel la séparation avait été prononcée, aux torts duquel elle l'avait été, à l'époux coupable en un mot. Au bout des trois ans d'épreuve, il pouvait dire à son conjoint, à l'époux qui avait demandé et obtenu la séparation : « J'ai eu des torts ; j'ai été « puni ; trois ans se sont écoulés depuis ; la situation ne peut « durer indéfiniment ; pardonnez ou rendez-moi toute ma « liberté ; faites cesser la séparation ou divorçons. » Alors le tribunal, saisi de la demande en conversion, devait prononcer le divorce ; il y était obligé, à moins que le défendeur à la demande en conversion, celui qui originairement avait obtenu la séparation, ne consentît à faire cesser la séparation.

Voici comment cette combinaison avait été expliquée et motivée en 1803, lors de la rédaction de l'ancien article 310 [1]. Elle se rattachait à l'idée que la séparation était un divorce mitigé, à l'usage de ceux que leurs croyances religieuses éloignent du divorce. Si un époux lésé, qui a des griefs contre son conjoint, aime mieux demander la séparation que le divorce, on lui laisse le choix. Mais, la part ainsi faite à ses

(*suprà*, p. 89 et suiv.). L'une de ces causes existe-t-elle, l'époux victime a le choix entre les deux remèdes, mais il épuise son droit, quant à cette cause, en recourant à l'un et ne peut plus désormais recourir à l'autre. Débouté de sa demande en divorce, il ne peut pas agir en séparation *ex eadem causa* et réciproquement ; ayant obtenu la séparation, il ne peut pas agir en divorce *ex eadem causa* et est seulement recevable à demander la conversion dans les conditions prescrites par l'article 310. Trib. de la Seine 17 mai 1886, *Le Droit* du 19 mai, — Paris 31 mars 1886, *Ibid.* 26 septembre 1886, — Paris 22 juillet 1886, *Ibid.* 31 juillet 1886, — Trib. de la Seine 26 mars 1887, *La Loi* du 18 novembre 1887, — Cass. 22 février 1888, Sir. 1888.I.371, — Trib. de la Seine 13 novembre 1894, *Le Droit* du 28 novembre.

1. Locré, V, p. 7.

Source BIU Cujas

scrupules, on jugea qu'il ne fallait pas sacrifier complètement le conjoint, qui peut n'avoir pas les mêmes idées, et le condamner à un célibat forcé perpétuel ; alors l'article 310 l'autorise à demander la conversion. Quant au demandeur primitif en séparation, qui, ayant le choix entre le divorce et la séparation, avait choisi la séparation, il n'y avait pas de raison pour lui réserver la possibilité de revenir ultérieurement au divorce sous l'influence de regrets tardifs ; son droit était regardé comme épuisé.

Donc le droit d'obtenir la séparation n'était reconnu qu'à l'époux coupable ; il l'était contre l'époux lésé. Celui-ci ne peut pas se plaindre, ajoutait-on ; il dépend de lui d'éviter le divorce en consentant au rétablissement de la vie commune [1].

On n'exceptait qu'un cas : celui où la séparation avait été prononcée contre la femme pour cause d'adultère. Il avait paru inadmissible que la femme coupable pût se faire plus tard un titre de sa faute contre le mari et lui signifier ses conditions trois ans après la séparation prononcée contre elle. Soit ; mais la loi se montrait moins rigoureuse à l'égard du mari ; celui-ci pouvait, quoique la séparation eût été prononcée contre lui pour cause d'adultère, demander ensuite la conversion. Quelle raison de cette différence assez choquante ? Aucune, si ce n'est l'ancienne idée, conservée par le Code civil et que la loi de 1884 a supprimée au moins en matière civile, savoir que l'adultère du mari n'a pas la même gravité que celui de la femme.

Ce système du Code civil était plus ou moins bon. On pouvait l'approuver ou le blâmer ; en tout cas il se comprenait ; il était précis dans ses résultats et les motifs présentés pour l'expliquer étaient nets.

459. Il a complètement disparu dans le nouvel article 310

1. On a depuis longtemps fait observer combien ce système législatif était défectueux. Si le Code de 1804 a rétabli la séparation de corps, supprimée en 1792, c'est par respect pour la conscience des catholiques ; le législateur a voulu que l'époux victime des torts de son conjoint ait la ressource de la séparation si le recours au divorce lui est interdit par ses croyances. Combien alors n'est-il pas illogique d'autoriser l'époux coupable à exiger au bout de trois ans la conversion, de sorte que le divorce va pouvoir être imposé à l'époux innocent, même s'il y répugne ? Quant à répondre qu'il peut l'éviter en acceptant de reprendre la vie commune, c'est oublier que la situation rend cette reprise impossible, par la faute même de celui des époux à qui l'on permet d'exiger le divorce, au mépris des croyances de l'autre. Voy. Laurent, *Principes*, III, p. 237.

Source BIU Cujas

(rédaction de 1884). Trois points, en particulier, y sont réglés autrement qu'ils ne l'étaient par le Code civil, et les changements introduits sur ces trois points impliquent que le législateur de 1884 a adopté sur la conversion un système tout à fait différent de celui qui avait prévalu en 1803.

a) D'abord, ce n'est plus seulement le conjoint primitivement défendeur à la demande en séparation, celui aux torts duquel la séparation a été prononcée, qui peut demander la conversion ; elle peut être demandée par les deux époux. Le droit de demander la conversion ne se rattache plus à la combinaison du Code civil ; il apparaît comme un effet direct de la séparation et appartient dès lors aux deux époux séparés, à l'époux lésé qui a primitivement demandé et obtenu la séparation, comme à l'époux coupable aux torts duquel la séparation a été prononcée. Pour le premier, la conversion est un moyen de dénouer définitivement une situation qu'il pensait peut-être d'abord devoir se reconstituer, si son espoir lui échappe ; pour le second, elle est un moyen de mettre fin à une situation dont il est l'auteur, cela est vrai, mais qu'on a jugé ne pas pouvoir lui être imposée indéfiniment.

Donc l'article 310 actuel peut être invoqué par l'un et l'autre des conjoints séparés [1]. En cela déjà, le système primitif a été changé.

b) Il a été changé, d'autre part, en ce que la conversion n'est plus obligatoire, mais facultative pour le juge. La cause de la conversion est bien, au moins indirectement, la séparation quand elle a duré trois ans ; mais le divorce n'est pas un effet direct de la séparation, se produisant nécessairement si la conversion est demandée ; c'est seulement un effet possible, que le juge peut admettre, mais aussi refuser. Le nouvel article 310 n'emploie plus la forme absolue de l'ancien ; il

1. On en a douté un moment après l'apparition de la loi du 27 juillet 1884. Quelques personnes et la jurisprudence à leur suite se sont révoltées à l'idée que la séparation pût conférer un droit à celui contre lequel elle avait été prononcée ; on en concluait que celui-là seul peut agir en conversion qui a obtenu la séparation. Deux considérations ont bien vite écarté l'incertitude. D'une part le texte de l'article 310 ne fait pas de distinction ; d'autre part, l'ancien article 310 n'accordait le droit de demander la conversion qu'à l'époux coupable et, si cet ancien article a été modifié, ce n'est pas pour enlever le droit au conjoint qui le possédait, mais pour le donner à l'autre. Cass. 12 août 1885 et 3 mai 1886, D. P. 1886.I.356.

Source BIU Cujas

dit seulement : « Le jugement pourra être converti. » Or les mots ici ont d'autant plus de signification que la rédaction primitive portait : « sera converti » ; les mots « pourra être « converti » ont été substitués aux premiers pour bien marquer que la conversion reste toujours facultative.

Il en est ainsi, ce qui mérite d'être noté, même dans le cas où la cause invoquée primitivement pour obtenir la séparation eût été une cause péremptoire de divorce, si le divorce avait été demandé au lieu de la séparation : adultère ou condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. En demandant la séparation, l'époux lésé se trouve avoir affaibli son droit au divorce. Les torts de son conjoint lui donnaient droit de l'obtenir ; ayant opté pour la séparation, il n'a plus que la faculté de demander la conversion, que le juge peut lui refuser. Le jugement, dit le texte, *pourra être converti* ; la conversion est donc facultative dans tous les cas, puisqu'aucune distinction n'est faite.

c) Le système primitif de la conversion a été modifié sous un troisième rapport. L'époux défendeur à l'action en conversion, même si c'est celui au profit duquel la séparation a été prononcée, n'a plus, comme sous l'empire du Code civil, le moyen d'empêcher le divorce en consentant à faire cesser la séparation[1]. Le nouvel article 310 ne contient plus rien de pareil ; le juge saisi de la demande est appréciateur souverain de ce que la situation comporte.

460. Si on tient compte de ces changements apportés au système du Code civil sur la conversion, on arrive à cette conclusion que le nouvel article 310 occupe bien la place de l'ancien, mais sans avoir avec lui d'autre analogie ; le système qu'il formule est absolument différent.

Ce système paraît être le suivant. La séparation de corps a de sérieux inconvénients ; elle ne saurait, dans une législation qui admet le divorce, être considérée comme un état définitif. Quand elle a duré trois ans, on comprend que les époux ou l'un d'eux veuillent arriver à une situation décisive. De là, au bout de trois ans, le droit reconnu à tous deux de demander la conversion, même quand il ne s'est pas produit de nouvelle cause de divorce.

Ce point de vue est discutable[2]. En tout cas, il y a, dans

1. Trib. de Compiègne 20 avril 1887, *Le Droit* du 1er mai.
2. Voy. *suprà*, p. 111, note 1.

Source BIU Cujas

ce système, quelque chose d'absolument défectueux, on peut même dire d'inadmissible : c'est le rôle qui est fait au tribunal saisi de la demande en conversion. Il peut convertir la séparation en divorce, puisque la conversion reste toujours facultative ; mais sous l'influence de quelles considérations se décidera-t-il ? La loi lui dit d'apprécier, mais n'indique pas ce qu'il doit apprécier, ce dont il doit tenir compte.

461. Devra-t-il reprendre les faits invoqués jadis à l'appui de la demande en séparation, afin de voir s'ils lui eussent paru suffisants pour prononcer le divorce ? On l'a pensé d'abord ; mais c'est impossible pour plusieurs raisons.

D'abord les causes de divorce sont les mêmes que les causes de séparation. Dès qu'il a été jugé qu'il y avait une cause suffisante de séparation, il est acquis qu'il y aurait eu cause suffisante de divorce si l'époux avait demandé le divorce au lieu de demander la séparation.

En outre, s'il en était ainsi, il n'y aurait lieu à appréciation que dans un cas : quand la séparation a été prononcée pour excès, sévices ou injures graves ; il n'y aurait pas lieu à appréciation quand elle l'a été pour adultère ou pour condamnation à une peine afflictive et infamante, car ce sont là des causes péremptoires soit de séparation, soit de divorce. Or, même dans ces cas, la conversion reste facultative, car elle l'est toujours.

Enfin, cette appréciation rétrospective des griefs primitifs, à une fin nouvelle, pourrait se comprendre quand la conversion est demandée par l'époux qui a obtenu jadis la séparation. Elle ne se comprendrait plus quand c'est l'époux reconnu coupable qui demande la conversion. Le voit-on soutenant que ses propres torts étaient assez graves pour motiver le divorce [1] ?

Donc il n'y a plus lieu de reprendre, lors de la demande en conversion et pour décider de la suite à y donner, les griefs jadis relevés ; il y a chose jugée à cet égard.

462. Mais alors, puisque le juge a le droit et le devoir d'apprécier, qu'a-t-il donc à apprécier ? Rien ne l'indique. La loi lui donne une faculté d'appréciation, sans énoncer quelle est la chose à apprécier.

Le résultat ne pouvait pas manquer de se produire : les

1. Cass. 29 mars 1886, D. P. 1890. I. 378.

Source BIU Cujas

juges accordent ou refusent la conversion selon leur point de vue personnel, souvent selon qu'ils sont favorables ou non au divorce. La porte a été ouverte à un arbitraire sans limites. De fait, rien n'égale la diversité des décisions rendues sur les demandes en conversion. Tel tribunal y fait toujours droit, tel autre jamais. Celui-ci part de l'idée que la conversion doit être prononcée seulement si le demandeur allègue de justes causes pour l'obtenir, que le demandeur ne peut se faire un titre des griefs que lui-même a donnés et qui ont motivé la séparation contre lui ; celui-là estime que la conversion est de droit, même au profit de l'époux coupable, à moins de circonstances graves qui s'y opposent et que l'autorité judiciaire est seule juge de ces circonstances. Ces divergences pourront se perpétuer, car il n'y a aucune raison pour que la Cour de cassation intervienne ; il ne s'agit pas, en effet, d'une question de droit, mais d'une appréciation de faits, qui échappe au contrôle de la Cour régulatrice. La Cour de cassation a jugé que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter la demande en conversion ; de sorte que le sens de l'article 310 ne sera pas fixé par la Cour de cassation [1].

Le système est déplorable. S'il a été consacré par l'article 310, cela s'explique par les incidents de la discussion de la loi de 1884. Dans le système du projet, qui était très favorable au divorce, trois ans de séparation étaient une cause péremptoire de divorce, dès et par cela seul que la conversion était demandée, soit par l'époux jadis demandeur en séparation, soit par celui aux torts duquel la séparation avait été prononcée. C'était grave, mais c'était clair. Des objections furent élevées contre le système. Comment ! fut-il dit, voilà un époux qui, par ses excès, peut-être prémédités, a forcé son conjoint à demander la séparation ; au bout de trois ans, le divorce est de droit dès qu'il est demandé, même par l'époux coupable. Mais alors, avec un peu d'effronterie, on est sûr d'arriver au divorce ! L'objection parut grave et le projet fut amendé. A titre de transaction, pour atténuer les

1. Cass. 3 mai 1886, D. P. 1886. I. 355,— Cass. 12 janvier 1887, D. P. 1887. I. 160, — Cass. 13 juillet 1891, D. P. 1893. I. 66. — Cpr. Dalloz, *Supplément au Code civil annoté*, nos 2597 et suiv., — Massigli, *Examen doctrinal de jurisprudence civile*, dans la *Revue critique de droit*, 1886, p. 215, 1890, p. 449, 1894, p. 139.

Source BIU Cujas

dangers du système, sans pourtant sacrifier l'idée d'une façon complète, on remplaça la formule « la séparation *sera convertie* » par la formule suivante : « la séparation *pourra être convertie.* » Par malheur, l'amendement était incomplet ; il aurait au moins fallu ajouter sur quoi doit porter l'appréciation des tribunaux. La question fut posée au Sénat en 1884 ; mais on traita d'esprit subtil le sénateur qui la posa et il ne lui fut répondu que par des phrases vides.

De là la singularité du système. Trois fois, depuis 1884, les Chambres ont été saisies de projets pour modifier l'article 310 et le ramener à la rédaction primitive du projet. Trois fois les projets ont été arrêtés, personne ne se souciant de rouvrir cette grande question du divorce et les débats de 1884. Une nouvelle proposition, conçue dans le même sens, a été déposée à la Chambre des députés au mois de décembre 1893, discutée par la Chambre, transmise au Sénat et examinée par celui-ci [1].

En attendant, la pratique est sans direction ; elle reste livrée à l'arbitraire. Cependant, autant qu'on peut en juger, voici dans quel sens la jurisprudence paraît s'orienter [2].

Lors de la demande en conversion, le juge doit porter son attention sur deux points.

a) En l'état des faits, après l'épreuve des trois années subie, reste-t-il ou non quelque espoir, au moins quelque chance de réconciliation ? Si oui, le tribunal n'accordera pas la conversion, qui n'est pas opportune ; il faut attendre. Dans le cas contraire, il n'y a pas de raison pour la refuser. C'est la Cour de Paris qui a introduit ce point de vue [3] ; comme il a apporté un élément de solution à une question insoluble en droit, la jurisprudence l'a adopté avec empressement. [4]

1. *Journal officiel, Documents parlementaires*, Chambre des députés, 5e législature, 1893, annexes n° 701 et 1057, — Sénat, session ordinaire de 1894, annexe n° 7, — session extraordinaire de 1895, annexe n° 19, — session ordinaire de 1896, annexe n° 119. — La dernière délibération du Sénat sur cet objet a eu lieu le 16 novembre 1896 (*Journal officiel, Débats parlementaires*, Sénat, session ordinaire de 1896, p. 803).

2. Voy. Hitier, *op. laud.*, p. 65 à 84.

3. Paris 18 mars 1886, *Gazette des Tribunaux* du 7 mai 1886, — Paris 3 janvier 1889, *Gazette du Palais*, 1889. I. 417, — Paris 31 janvier 1889, *Le Droit* du 1er octobre.

4. Poitiers 25 mars 1889, D. P. 1890. II. 340, — Bastia 1er mars 1892, D. P. 1892. II. 417, — Dijon 3 juillet 1896, D. P. 1896. II. 287, — et la série des décisions rapportées dans Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n°s 694 à 697.

Source BIU Cujas

b) La demande de conversion se justifie-t-elle au point de vue de la moralité ? Si oui, le tribunal accordera la conversion ; autrement, il la refusera. Par exemple, il apparaît, d'après les circonstances actuelles, que le demandeur en conversion vise au divorce afin de pouvoir contracter une union dès maintenant projetée. Ce n'est pas pour cela que la conversion a été admise, mais seulement en prévision de motifs se rattachant à l'union actuelle ; donc la conversion ne sera pas prononcée. Ou bien l'époux coupable a continué, depuis la séparation, les désordres qui ont motivé cette séparation, et c'est lui qui demande la conversion ; il serait indécent d'accueillir la demande. Ou bien, depuis la séparation, l'époux s'est rendu coupable de faits graves. Ou bien la femme a obtenu la séparation contre le mari pour cause d'adultère, et le mari, trois ans après, demande la conversion afin de recouvrer sa liberté et d'épouser celle qui a été sa complice. Aucun doute possible dans ces hypothèses ; la demande n'est pas favorable au point de vue de la moralité [1].

Assurément, il y a dans ces considérations des éléments sérieux d'appréciation. Il n'en est pas moins vrai que rien, dans les travaux préparatoires, n'indique que l'article 310 doive être appliqué dans cet esprit. Même en supposant que la jurisprudence se fixe [2], il reste place à la plus grande diversité d'appréciations ; en un mot, l'article 310 crée l'arbitraire, ce qui, en pareille matière, est un grand mal.

463. Une conséquence inattendue mais forcée résulte de tout ce qui précède : c'est que les décisions qui rejettent une demande en conversion n'ont ni ne peuvent avoir autorité de chose jugée. En effet, ce qui n'était pas opportun hier peut le devenir demain. La cause de la conversion ne réside ni dans les griefs qui ont motivé jadis la séparation, ni

1. Paris 24 janvier 1894, D. P. 1895.II.480,— Paris 17 juin 1896, D. P. 1896. II.408. — Cpr. Dalloz, *Supplément au Répertoire, ubi suprà*.

2. Elle paraît, à l'heure actuelle, à peu près fixée. Il faut noter toutefois que l'unité de jurisprudence ne pourra jamais être assurée sur ce point, car la Cour de cassation ne peut pas exercer son influence régulatrice. La loi, en effet, donne aux tribunaux le pouvoir d'apprécier si la conversion doit être prononcée ou non et elle n'indique pas quels sont les éléments d'appréciation dont ils doivent s'inspirer. Cela revient à dire que le pouvoir d'appréciation des juges du fait est souverain ; la Cour suprême ne peut que le constater et n'a point à examiner la valeur des éléments d'appréciation énoncés dans les jugements, car il ne saurait y avoir violation de la loi à cet égard. Cass. 12 janvier 1887, D. P. 1887.I.160, — Cass. 21 avril 1896, *Gazette du Palais*, 1896.I.678. — Cpr. *Suprà*, p.33, 34 et 115.

Source BIU Cujas

dans des faits nouveaux ; elle réside dans la situation actuelle, dans ce fait qu'il n'y a pas chance qu'une réconciliation se produise. Donc la demande en conversion est indéfiniment renouvelable [1].

II

464. Supposons maintenant la conversion prononcée et voyons quelles en sont les conséquences. Sous ce rapport, il y a eu bien des doutes d'abord ; ils ont vite disparu et la jurisprudence s'est promptement fixée [2].

L'effet général de la conversion est celui-ci : la séparation de corps est transformée en divorce, ou, plus exactement, le jugement de séparation est converti en jugement de divorce. Ce sont les termes mêmes de l'article 310. La jurisprudence a dégagé de là des conséquences que les auteurs de la loi de 1884 n'avaient certainement pas entrevues.

D'abord, la sentence qui convertit le jugement de séparation en jugement de divorce doit être rendue publique dans les termes de l'article 250.

De plus, cette sentence, toujours parce qu'elle convertit le jugement de séparation en jugement de divorce, doit être transcrite sur les registres de l'état civil, dans les termes et dans les conditions de l'article 251.

Enfin tous les effets du divorce se produisent. Nous les avons détaillés et n'avons pas à y revenir.

465. En un sens, dès lors, le jugement qui prononce la conversion équivaut à un jugement qui prononcerait le divorce. Cependant cette formule n'est exacte que sous une réserve importante ; il faut bien se garder d'assimiler la demande en conversion à une demande en divorce et le jugement qui y fait droit à un jugement qui prononcerait le divorce. Pour saisir la différence, il suffit de rapprocher deux hypothèses, en commençant par rappeler que, d'après l'article 310 actuel, les deux époux indistinctement peuvent, après les trois ans d'épreuve, poursuivre la conversion.

Si la conversion est demandée par le conjoint qui précé-

1. Paris 1er juillet 1886 et 3 juillet 1890, D. P. 1891.II.57 et la note, — Cass. 21 avril 1896, *Gazette du Palais*, 1896.I.678. — Voir Massigli, *Examen doctrinal de jurisprudence civile*, dans la *Revue critique de droit*, 1894, p. 139.

2. Voy. Hitier, *op. laud.*, p. 84 et suiv.

Source BIU Cujas

demment a demandé et obtenu la séparation, de sorte qu'elle soit prononcée contre celui aux torts duquel la séparation a été prononcée, il n'y a pas à distinguer entre le jugement de conversion et un jugement de divorce ; ils produisent les mêmes effets.

Il se peut, au contraire, que la conversion soit demandée par celui qui a été défendeur à l'instance en séparation, de sorte qu'elle soit prononcée contre celui qui précédemment a obtenu la séparation. Alors, la différence entre le jugement de conversion et un jugement de divorce est considérable.

Dans les deux cas, même dans le second, ce n'est pas un divorce qui est prononcé ; c'est un jugement de séparation qui est converti en jugement de divorce ; d'où il résulte que les parties, de quelque manière que soient maintenant occupés les rôles de demandeur et de défendeur, gardent dans le jugement de conversion la situation qu'elles avaient, le rôle qu'elles occupaient dans le jugement de séparation. Par conséquent, si c'est l'époux contre lequel la séparation a été prononcée qui poursuit la conversion, c'est encore contre lui que la conversion sera prononcée, bien que ce soit à sa demande. En d'autres termes, le jugement de conversion ne prononce pas le divorce, mais transforme la séparation en divorce dans les conditions où celle-ci avait été prononcée ; d'où, quand même les rôles seraient intervertis en fait, le bénéfice des situations acquises reste conservé. C'est bien ce qui ressort de l'article 310 : « Lorsque la sé-« paration de corps aura duré trois ans, le jugement pourra « être converti en jugement de divorce... »

Voici maintenant les conséquences pratiques qui en résultent. Il faut en signaler cinq.

1° Les frais et dépens de l'instance en conversion, même si c'est l'époux coupable qui la poursuit, sont à sa charge [1]. C'est une dérogation au droit commun, car d'ordinaire les frais sont à la charge de celui contre lequel le jugement est rendu ; ici, ils sont à la charge de celui qui l'obtient. La dérogation s'explique par ce fait que ce n'est pas un jugement nouveau qui est rendu, qu'il y a seulement conversion du jugement ; d'où le jugement reste rendu contre celui contre

1. Caen 3 février 1885, D. P. 1886.II.98, Sir. 1886.I.193, — Trib. de Reims 5 mars 1885, Sir. 1886. II 120.

Source BIU Cujas

qui la séparation a été prononcée. Le tribunal saisi de la demande en conversion ne peut prononcer le divorce contre celui qui a été demandeur en séparation ; ce ne serait plus convertir le jugement de séparation en jugement de divorce ; ce serait rendre un autre jugement [1].

2° Une seconde conséquence de la même idée se produit pour l'application des articles 299 et 386. Le premier porte : « L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra « tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit « par contrat de mariage, soit depuis le mariage. » Le second s'occupe du droit de jouissance légale des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans et s'exprime ainsi : « Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui « des père et mère contre lequel le divorce aurait été pro- « noncé... » Comment s'appliquent ces textes en cas de divorce obtenu sur conversion ?

Si la conversion est demandée par l'époux qui a obtenu précédemment la séparation et qui veut, après trois années d'épreuve, aller plus loin, pas de difficulté. L'époux contre lequel la conversion est prononcée est celui contre lequel la séparation l'a été ; il encourt les deux déchéances. La solution est à la fois juridique et légitime.

Mais l'inverse peut se présenter. La conversion peut être demandée par l'époux contre lequel la séparation a été prononcée d'abord, de sorte que c'est l'époux victime qui se trouvera défendeur à la demande en conversion ; dès lors, c'est contre lui que la conversion sera prononcée, sans que ce soit à ses torts. Encourra-t-il, la conversion étant prononcée sur une demande formée contre lui, les deux déchéances ? La jurisprudence n'a pas hésité. Si les rôles sont intervertis en fait, ils restent les mêmes en droit, puisque le jugement n'est que converti dans les conditions où il a été rendu. Il faut en conclure que les parties gardent, relativement à la conversion, les rôles qu'elles ont eus dans le jugement de séparation, quel que soit celui des deux conjoints qui poursuive la conversion. D'où il résulte que les déchéances seront encourues par celui aux torts duquel la séparation aura été prononcée, quand même il serait demandeur en conversion [2].

1. Cass. 4 février 1889, D. P. 1889.I.250, Sir. 1889.I.225, — Cass. 11 février 1889, D. P. 1890.I.225, Sir. 1889.I.225.

2. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n°s 709 et 715.

Source BIU Cujas

3° Une troisième conséquence de la même idée se produit pour l'application de l'article 301, à propos de la pension alimentaire qui peut être due en cas de divorce.

L'hypothèse est simple. Quand deux époux sont seulement séparés, le mariage subsistant, le droit à une pension alimentaire est réciproque (article 212) [1]. En cas de divorce, il en est autrement [2] ; l'article 212 n'est plus applicable, mais l'article 301 réserve au tribunal le droit d'accorder une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu le divorce : « Si les « époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés « ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de « l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui ac- « corder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimen- « taire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet « autre époux... »

En cas de conversion, la distinction est toujours la même.

Si c'est l'époux demandeur en séparation qui est également demandeur en conversion, pas de difficulté. La pension qui lui a été attribuée en vertu de l'article 212 cesse d'être due, car cet article devient inapplicable ; une nouvelle pension peut lui être attribuée en vertu de l'article 301. Celle attribuée à l'autre époux, s'il lui en a été attribué une, cesse d'être due et l'article 301 ne réserve pas au tribunal le droit de lui en attribuer une nouvelle.

Si c'est l'époux jadis défendeur en séparation qui poursuit et obtient la conversion, il en est de même. L'autre époux, bien qu'il soit défendeur à la conversion et que dès lors la conversion soit obtenue contre lui, conserve le droit d'obtenir une pension conformément à l'article 301 ; quant au demandeur en conversion, quoique ce soit lui qui obtienne cette conversion, il n'a droit à aucune pension. En effet, les rôles sont changés en fait, mais pas en droit, puisque, dans tous les cas, le jugement de séparation est seulement converti en jugement de divorce et converti dans les conditions où il a été rendu, sans aucun changement dans la condition légale des parties [3].

1. *Suprà*, tome I, p. 432 à 434.
2. *Suprà*, p. 76.
3. Cass. 10 mars 1886, Sir. 1886.I.245, — Cass. 24 novembre 1886, D. P. 1887.I.335, Sir. 1888.I.433, — Paris 15 mars 1887, Sir. 1888.I.213, — Cass. 14 novembre 1887, *La Loi* du 18 novembre, — Cass. 4 février 1889, D. P.

Source BIU Cujas

4° Une quatrième conséquence de la même idée se produit pour l'application de l'article 302, à propos de la garde des enfants. Aux termes de cet article, la garde appartient en principe à celui qui a obtenu le divorce. A qui appartient-elle au cas de conversion, si celui qui demande la conversion est celui qui a été défendeur à la séparation ?

Même réponse. De quelque manière que soient maintenant occupés les rôles de demandeur et de défendeur, la conversion est prononcée contre celui aux torts duquel la séparation l'a été ; le jugement de séparation est converti en jugement de divorce, dans les mêmes conditions. Quoique les rôles aient changé en fait, le bénéfice des situations acquises est conservé. Il faut observer toutefois que les décisions relatives à la garde des enfants n'ont jamais autorité de chose jugée, mais peuvent toujours être modifiées suivant l'intérêt des enfants, à la demande de la famille ou du ministère public [1]. Le tribunal qui prononce la conversion peut donc, si on le lui demande et s'il juge à propos de le faire, enlever la garde des enfants à l'époux auquel elle a été confiée par le jugement de séparation ; c'est seulement en cas de silence du jugement de conversion sur ce point que la garde des enfants reste à l'époux auquel elle a été attribuée par le jugement de séparation [2].

1889. I. 250, Sir. 1889. I. 228, — Caen 19 mars 1889, Sir. 1890. II. 209, — Cass. 30 juillet 1889, D. P. 1890. I. 428, Sir. 1892. I. 391, — Lyon 13 mai 1890, D. P. 1892. II. 166, — Cass. 10 mars 1891, D. P. 1891. I. 175, Sir. 1891. I. 148, — Bordeaux 11 mars 1892, D. P. 1892. I. 412, — Cass. 3 janvier 1893, D. P. 1893. I. 126, Sir. 1893. I. 245. — Voir sur ce sujet très délicat Hitier, *op. laud.*, p. 99 et suiv. — Les arrêts rapportés distinguent deux hypothèses relativement aux effets de la conversion en matière de pensions alimentaires : 1° l'hypothèse où la pension existant au moment de la conversion est due en vertu de l'article 212, — 2° celle où elle est due en vertu de l'article 301 (voir *suprà*, p. 104 note 1). Dans la première hypothèse, la pension cesse toujours d'être due après la conversion, le tribunal pouvant d'ailleurs la remplacer par une pension nouvelle, due en vertu de l'article 301. Dans la seconde hypothèse, la pension survit à la conversion, à moins qu'elle ne soit supprimée ou modifiée par le jugement de conversion (voir les études de MM. Labbé, Manau, Massigli et Hitier, citées *suprà*, p. 104 note 1). Nous n'avons pas à faire ces distinctions, ayant rejeté la doctrine qui regarde l'article 301 comme applicable en matière de séparation de corps (*suprà*, *eod. loc.*). La pension payée par un époux séparé à l'autre ne peut dériver que de l'article 212 et cesse d'être due quand le mariage est dissous par la conversion.

1. *Suprà*, p. 86 et 107.

2. Cass. 24 novembre 1886, Sir. 1888. I. 137, — Poitiers 21 juillet 1890, D. P. 1891. II. 73 (note de M. de Loynes).

Source BIU Cujas

5° Enfin la jurisprudence, déduisant une cinquième conséquence du principe posé, décide que le conjoint actionné en conversion ne peut pas former une demande reconventionnelle en conversion [1]. A quoi pourrait tendre une pareille demande, puisque les juges saisis d'une demande en conversion ne peuvent que convertir le jugement de séparation en jugement de divorce, et n'ont pas le pouvoir de prononcer le divorce au profit de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée ? Tout ce que l'époux actionné en conversion peut faire, c'est demander au tribunal de modifier celles des dispositions du jugement de séparation qui n'ont pas autorité de chose jugée, comme celles qui concernent la garde des enfants [2]. Il peut demander en outre au tribunal de prendre les mesures autorisées en cas de divorce, par exemple de lui attribuer une pension alimentaire conformément à l'article 301 [3].

En résumé, il faut bien se garder d'assimiler la demande en conversion à une demande en divorce, et surtout le jugement qui prononce la conversion à un jugement qui prononcerait le divorce. Si le demandeur actuel en conversion est l'ancien demandeur en séparation, la remarque est sans importance ; elle en a une très grande au contraire dans le cas inverse. La jurisprudence abonde en décisions à cet égard ; elle est aujourd'hui tout à fait fixée.

III

466. Terminons ce sujet par deux mots sur la procédure spéciale à la conversion (article 310 alinéas 2 et suivants). Elle est très simplifiée et diffère de la procédure du divorce à deux points de vue.

1° Il n'y a pas lieu à la tentative de conciliation devant le président. L'époux qui poursuit la conversion n'a plus à présenter sa requête en personne ; il n'y a pas non plus de

1. Bastia 1er mars 1892, D. P. 1892.II.417, — Limoges 27 mai 1895, *Gazette du Palais*, table du premier semestre 1895, V° *Conversion de la séparation de corps en divorce*, n° 9 ; — Cpr. Massigli, *Examen doctrinal de jurisprudence civile*, dans la *Revue critique de droit*, 1890, p. 449.

2. Voy. les renvois de la note 2 de la page précédente.

3. Voy. les indications présentées à cet égard en note sous l'arrêt de cassation du 11 février 1889, D. P. 1890.I.225. — Cpr. la note sous l'arrêt de Bastia du 1er mars 1892, D. P. 1892.II.417.

Source BIU Cujas

comparution personnelle des deux conjoints. L'époux demandeur adresse simplement requête au président, à l'effet d'être autorisé à assigner son conjoint (article 310 alinéa 2). Cette requête est suivie d'une ordonnance permettant d'assigner et organisant l'instance. L'ordonnance contient la désignation du juge rapporteur, ordonne la communication au ministère public, et fixe le jour de la comparution des parties à l'audience (article 310 alinéa 4) [1].

2° L'affaire est portée à la chambre du conseil, non à l'audience publique (article 310 alinéa 3). Le jugement seul est rendu en audience publique (alinéa 5). Il en est de même devant la Cour s'il y a appel (alinéa 6, ajouté en 1886).

467. Pourquoi ces différences? Pourquoi, alors qu'on prend tant de précautions pour les instances en divorce, simplifier à ce point la procédure des instances en conversion? Il n'en existe pas de raison. C'est un exemple de la puissance avec laquelle les traditions subsistent, même quand ce qui les a expliquées d'abord a disparu.

Dans le Code de 1804, de même que dans le projet de la loi de 1884, la conversion était de droit lorsqu'elle était demandée; on comprenait alors que la procédure fût ramenée à son minimum de complications; le juge n'avait en quelque sorte qu'à donner acte de la demande. Au cours de la discussion, en 1884, le système fut transformé; d'obligatoire, la conversion devient facultative; elle est laissée à l'appréciation du juge après débats. Pourquoi alors une procédure plus abrégée? Pourquoi surtout ces débats en chambre du conseil, et non à l'audience comme au cas de demande en divorce? Une demande en conversion, dans le système qui a finalement prévalu, amène les mêmes débats, les mêmes complications, les mêmes appréciations qu'une demande en divorce. Cependant on continue d'admettre que les instances en conversion sont plus simples que les instances en divorce, ce qui n'est pas fondé.

De là les différences signalées. Qu'on les ait maintenues en 1884, cela se comprend à la rigueur; ce fut une méprise tenant à ce qu'on ne déduisit pas alors les conséquences résultant des transformations opérées pendant la discussion.

1. Trib. de Marseille 10 décembre 1884, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Divorce*, n°s 685 et suiv., — Nancy 13 décembre 1884, D. P. 1884.II.17.

Source BIU Cujas

Qu'on les ait conservées en 1886, alors qu'on pouvait se rendre exactement compte des choses, cela étonne davantage ; c'est plus qu'une méprise, c'est une anomalie. Les textes n'en sont pas moins formels [1].

SECTION IV. — **Comment cesse la séparation de corps.**

468. L'état qui résulte de la séparation n'est qu'un *modus vivendi*, puisque le mariage subsiste. Cet état prend fin de diverses manières.

En premier lieu, par la mort de l'un des conjoints. Désormais, la situation est celle qui résulte de la dissolution du mariage et non plus celle qui résulte de la séparation. C'est pourquoi les mesures prescrites par l'autorité judiciaire quant à la garde des enfants prennent fin ; le droit commun redevient applicable. Le résultat est parfois étrange : le conjoint auquel on avait enlevé la garde des enfants après la séparation va être investi de ce droit comme époux survivant [2].

En second lieu, la séparation de corps prend fin par la conversion en divorce (article 310), ou par la survenance d'un divorce directement prononcé. La situation est désormais celle

1. A propos de la conversion, il faut signaler, comme s'y rattachant indirectement, les dispositions transitoires contenues dans l'article 4 de la loi de 1884 et dans l'article 6 de la loi de 1886. Ces textes se réfèrent à un double objet.

1° Les alinéas 1 et 2 de l'article 4, reproduits intégralement par les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 6, sont ainsi conçus : « Les instances en séparation de « corps pendantes au moment de la promulgation de la loi du 27 juillet 1884 « peuvent être converties par le demandeur en instances de divorce. Cette con- « version peut être demandée même en cours d'appel. La procédure spéciale de « divorce sera suivie à partir du dernier acte valable de la procédure de sé- « paration de corps. » La conversion dont il est parlé dans ce texte ne doit pas être confondue avec celle de l'article 310 ; elle n'est pas une conversion du jugement de séparation en jugement de divorce, mais une conversion de l'instance de séparation en instance de divorce. Il est possible, à la rigueur, que de pareilles conversions se produisent encore, car il peut exister des instances de séparation déjà pendantes en 1884 et non encore périmées à l'heure actuelle.

2° L'alinéa 3 de l'article 4 est ainsi conçu : « Pourront être convertis en « jugements de divorce, comme il est dit à l'article 310, tous jugements de sé- « paration de corps devenus définitifs avant ladite promulgation. » Des difficultés d'interprétation s'étant élevées sur ce texte (Carpentier, *op. laud.*, p. 344 et suiv.), l'alinéa 4 de l'article 6 en a transformé la fin de la façon suivante : « ...tous jugements de séparation de corps, antérieurs à la promulgation de la « présente loi, devenus définitifs depuis trois ans. »

2. Voy. *suprà*, p. 107.

Source BIU Cujas

qui résulte du divorce, non plus celle qui résulte de la séparation.

Enfin, la séparation de corps cesse par la réconciliation des époux. Le divorce, une fois le jugement ou l'arrêt transcrit, est irrévocable [1]. La séparation, au contraire, laisse toujours place au rétablissement de la vie commune ; c'est sa grande supériorité, un peu platonique peut-être, mais du moins apparente.

Aucun texte, il est vrai, ne dit formellement que la séparation de corps prend fin par la réconciliation des époux ; mais plusieurs le supposent. L'ancien article 310 le faisait explicitement ; il donnait à l'époux contre qui la séparation avait été prononcée le droit d'obtenir la conversion en divorce au bout de trois ans, à moins que l'autre conjoint ne consentît « à faire cesser la séparation ». L'article 313 alinéa 2 vise aussi l'hypothèse d'une réconciliation. Enfin l'article 1451, quoique relatif à la séparation de biens, suppose aussi que la séparation de corps prend fin par la réconciliation des époux. C'est un point hors de doute.

Les époux peuvent faire cesser la séparation, quelle que soit la cause pour laquelle elle a été prononcée. Mais il faut pour cela qu'ils le veuillent l'un et l'autre ; il faut leur consentement mutuel. La sentence intervenue a fait cesser le devoir réciproque de cohabitation ; elle constitue un droit même au profit de celui contre qui la séparation a été prononcée ; il dépend de lui de se tenir en l'état, et celui des conjoints qui a obtenu la séparation ne peut pas exiger le rétablissement de la vie commune si l'autre conjoint ne veut pas la reprendre. En d'autres termes, il faut le consentement mutuel des époux.

Aucune forme, d'ailleurs, n'est nécessaire. Il n'est besoin ni de l'intervention du juge, ni d'aucune formalité ; le consentement suffit, de quelque manière qu'il soit exprimé. Le plus souvent, il résulte du seul fait que les époux se sont rapprochés. En cas de doute ou de contestation à ce propos, la justice apprécie.

469. La reprise de la vie commune efface la séparation

1. Tout au plus peut-on dire, en fait, que les époux divorcés ont la ressource de contracter mariage à nouveau, dans les cas où cela n'est pas interdit par l'article 295.

Source BIU Cujas

de corps avec tous les effets que celle-ci avait entraînés, même les déchéances pécuniaires de l'article 299. Cependant il y a deux effets de la séparation de corps qui ne disparaissent que moyennant l'accomplissement de certaines formalités ; ce sont : 1° la séparation de biens, — 2° la capacité complète conférée à la femme par la séparation de corps. Cela résulte de l'article 1451 et du quatrième alinéa de l'article 311, introduit par l'article 3 de la loi du 6 février 1893. Voici quelle est l'économie générale de ces deux textes.

α) La séparation de biens produite par la séparation de corps ne cesse pas de plein droit par l'effet de la réconciliation survenue entre les époux. Le régime matrimonial primitif n'est pas rétabli de plein droit, comme cela avait lieu dans l'ancienne France ; le législateur de 1804 a craint que la perspective de ce rétablissement forcé ne mît obstacle à la réconciliation des époux, et il s'est contenté de dire que le régime primitif peut être rétabli du consentement des deux parties (article 1451 alinéa 1). Ce consentement doit être exprimé dans la forme solennelle que prescrit l'alinéa 2 : « par un « acte passé devant notaires et avec minute, dont une expé« dition doit être affichée dans la forme de l'article 1445 ». Dans les rapports des époux entre eux, le rétablissement du régime primitif est acquis dès que l'acte qui porte rétablissement a été passé devant notaires. Mais le rétablissement n'est opposable aux tiers qu'après avoir été rendu public dans les formes prescrites par l'article 1445. La raison en est simple. Nous avons vu que le jugement ou l'arrêt prononçant la séparation de corps doit être rendu public (article 880 C. proc. civ.), de sorte que les tiers ont été avertis que la séparation de biens intervenait ; il y aurait danger à ce que le rétablissement du régime antérieur leur fût opposable sans avoir été porté à leur connaissance par la publicité.

Il y a plus. L'acte portant rétablissement du régime matrimonial primitif n'est valable que si le régime rétabli ne diffère en rien du régime primitif que la séparation de biens, accessoire de la séparation de corps, avait rendu caduc (article 1441 alinéa 4). C'est encore une précaution prise dans l'intérêt des tiers ; la raison d'être en apparaîtra au titre *Du contrat de mariage*.

Si l'une quelconque de ces prescriptions n'est pas obéie,

Source BIU Cujas

la séparation de biens subsiste, quoique la séparation de corps ait pris fin par la réconciliation des époux.

β) Plaçons-nous dans cette dernière hypothèse : les prescriptions de l'article 1451 n'ont pas été suivies et la séparation de biens, produite naguère par la séparation de corps, survit à celle-ci. Quelle capacité la femme va-t-elle avoir ?

La séparation de corps a pour effet, nous l'avons vu, de conférer à la femme une capacité complète (article 311 alinéa 3), plus complète que celle de la femme séparée de biens, aussi complète que celle de la femme divorcée. La séparation de corps prenant fin, la séparation de biens subsistant, on est amené à conclure que la femme n'aura plus désormais la capacité complète accordée aux femmes séparées de corps par l'article 311 alinéa 3, mais seulement la capacité étendue que l'article 1449 accorde aux femmes séparées de biens. La déduction est logique et consacrée par la première phrase du quatrième alinéa de l'article 311 : « S'il y a cessation de la « séparation de corps par la réconciliation des époux, la ca- « pacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par « les dispositions de l'article 1449. »

Mais le texte aussitôt continue : « Cette modification « n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie com- « mune a été constatée par acte passé devant notaire avec « minute, dont un extrait devra être affiché en la forme in- « diquée par l'article 1445, et de plus par la mention en « marge 1° de l'acte de mariage, 2° du jugement ou de l'ar- « rêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication « en extrait dans l'un des journaux du département recevant « les publications légales. » Le législateur de 1893, en écrivant ce texte, a voulu protéger les tiers contre un danger éventuel dont il est facile de se rendre compte. Le jugement ou l'arrêt qui a prononcé la séparation de corps ayant été rendu public (article 880 C. proc. civ.), les tiers en ont eu connaissance et ont appris par conséquent que la capacité de la femme devenait complète ; il y aurait danger manifeste à ce que l'incapacité de la femme, rétablie par la réconciliation des époux, pût être opposée aux tiers sans que le rétablissement de cette incapacité eût été porté à leur connaissance par la publicité.

En résumé, l'article 311 alinéa 4 établit une distinction.

Source BIU Cujas

Dans les rapports des époux entre eux, la capacité de la femme cesse d'être complète dès que la réconciliation s'est produite en fait et indépendamment de toute formalité. Dans les rapports des époux avec les tiers, la femme conserve sa capacité complète tant qu'elle n'a pas accompli les formalités prescrites par l'article 311 alinéa 4 ; ces formalités accomplies, la capacité de la femme cesse d'être complète ; elle est régie par l'article 1449 : c'est la capacité de droit commun des femmes séparées de biens [1].

(1) Voy. *suprà*, tome I, p. 450. L'étude détaillée de cette théorie trouvera place au titre *Du contrat de mariage*.

Source BIU Cujas

TITRE VII

DE LA

PATERNITÉ ET DE LA FILIATION

470. Le titre *De la paternité et de la filiation* (articles 312 à 342) est la suite logique du titre *Du mariage*. Dès longtemps nous avons signalé ce titre comme fondamental [1]; il contient des principes juridiques essentiels.

Il faut d'abord en préciser l'objet. En elle-même, la filiation n'est que le fait physiologique de la génération; de ce fait résulte le rapport qui rattache l'enfant à ses auteurs. Ce rapport est double; il implique d'une part la paternité, ou filiation par rapport au père, d'autre part la maternité ou filiation par rapport à la mère. Paternité, maternité, filiation, ces mots expriment, en définitive, la même idée envisagée sous des aspects différents; ils désignent tous trois le lien qui existe entre l'enfant et ses père et mère; on l'appelle filiation si on l'envisage quant à l'enfant, paternité et maternité si on l'envisage quant au père et à la mère.

En droit, la filiation ainsi comprise a des effets multiples.

C'est d'elle, en principe, que résulte la nationalité des personnes; la nationalité se transmet *jure sanguinis*, autrement dit résulte des rapports de filiation. La nationalité est l'expression de la race; est français quiconque naît de parents français, étranger quiconque naît de parents étrangers. Tel est au moins le principe, sous réserve, nous l'avons vu [2], de la part à faire au *jus soli*.

1. *Suprà*, tome I, p. 290.
2. *Suprà*, tome I, p. 15 et suiv.

Source BIU Cujas

C'est de la filiation, en outre et surtout, que résulte la parenté, fondement du droit de famille. Le rapport qui rattache l'enfant à ses père et mère, ou filiation, le rattache en outre, par l'intermédiaire de ses père et mère, à leurs parents respectifs ; la parenté est le lien unissant les personnes qui descendent les unes des autres (parenté directe), ou qui, sans descendre les unes des autres, remontent à un auteur commun (parenté collatérale). La filiation est donc à l'origine de toute parenté. Se produit-elle en mariage, elle est légitime et crée la parenté légitime ; se produit-elle hors mariage, elle est naturelle et crée la parenté naturelle ; est-elle entachée d'adultère ou d'inceste, elle est elle-même adultérine ou incestueuse et crée la parenté adultérine ou incestueuse. Les droits et obligations de famille, qui sont des suites de la parenté, sont une conséquence indirecte de la filiation.

Ces droits et obligations de parenté forment l'objet de toute cette partie du droit privé qu'on appelle le droit de famille. Nous en avons trouvé quelques-uns au titre du mariage, ne fût-ce que le droit aux aliments et l'obligation de les fournir. Nous en trouverons la suite dans les titres suivants : au titre IX (*De la puissance paternelle*), qui contient l'ensemble des droits et devoirs résultant de la filiation, droits et devoirs qui varient selon que la filiation est légitime, naturelle, adultérine ou incestueuse, — au titre X (*De la tutelle*), car la tutelle est une charge de famille, — enfin et surtout au titre *Des successions* (livre III, titre I, articles 718 et suivants). Le droit éventuel de succession est un des droits les plus importants qui découlent de la parenté ; il varie également selon que la parenté est légitime, naturelle, adultérine ou incestueuse ; c'est à propos de lui que sont définies la parenté et ses diverses sortes (articles 735 et suivants).

En résumé, le droit de famille tout entier repose sur ce fait primitif de la filiation ; de la filiation résulte la parenté et de la parenté découlent les droits et devoirs de famille.

471. Cela dit, quel est exactement, dans cet ensemble, l'objet du titre VII ? Il ne traite pas des droits et obligations de famille, qui sont épars un peu partout : aux titres du mariage, de la puissance paternelle, de la tutelle, surtout au titre des successions. Il ne s'occupe même pas de la filiation

Source BIU Cujas

envisagée comme fondement de la parenté ; c'est à propos du plus apparent des droits de famille, le droit de succession, que sont posées les règles relatives à la distinction des diverses sortes de parentés, au calcul des degrés de parenté. Il est consacré exclusivement à deux points spéciaux du sujet.

Il traite d'abord des preuves de la filiation et, par suite, des preuves de la parenté ; filiation et parenté se prouvent différemment selon qu'elles sont légitimes, naturelles, adultérines ou incestueuses.

Il traite, en second lieu, des actions auxquelles peuvent donner lieu les questions de filiation ; ces actions sont de deux espèces : actions en réclamation et en contestation d'état.

Par là, le sujet se rattache à l'état des personnes, lequel est l'objet de tout le premier livre du Code civil.

Isolons ces deux ordres d'idées, leur rapport avec d'autres étant indiqué.

Source BIU Cujas

CHAPITRE I

DES PREUVES DE LA FILIATION.

472. Pour éclairer ce sujet complexe et qui passe pour difficile, il faut grouper d'abord quelques observations préliminaires, dont nous trouverons l'application par la suite.

473. I. Puisque la filiation est un rapport, le rapport qui rattache l'enfant à ses père et mère, elle diffère manifestement de la naissance.

La naissance est un pur fait. Elle se prouve invariablement par l'acte de l'état civil qui est dressé pour la constater, l'acte de naissance, qui établit où et quand la naissance a eu lieu (article 57). Régulièrement même, l'acte de naissance ne prouve que cela. Lorsqu'il est présenté, si l'identité de la personne qui s'en prévaut avec celle qu'il concerne n'est pas contestée, ou si, ayant été contestée, elle est établie, la naissance est prouvée.

La filiation, si elle est établie, ajoute à la naissance un élément qui s'y rattache, mais qui en reste distinct ; elle ajoute le rapport qui relie l'enfant à ses père et mère.

Par conséquent il peut n'y avoir aucun doute quant à la naissance d'une personne déterminée, tandis que la filiation sera inconnue ou contestée. Tel est, par exemple, le cas d'une personne indiquée dans son acte de naissance comme née de père et mère inconnus ; la naissance est prouvée, la filiation reste inconnue. Réciproquement, la filiation peut être connue et non contestée, alors qu'on ne sait pas où et quand la naissance a eu lieu. Tel est, par exemple, le cas d'une personne dont la filiation est établie, à défaut d'acte de naissance, par la possession d'état (article 320), alors qu'on ne sait où ni quand la naissance a eu lieu. En d'autres termes, l'acte de naissance prouve, par rapport à la personne qui y est dénommée, où et quand elle est née ; il

Source BIU Cujas

prouve sa naissance. De lui-même, il ne prouve pas quels sont les auteurs de l'enfant ; il ne prouve pas la filiation. Donc la preuve de la naissance et celle de la filiation sont distinctes.

474. II. Entre les deux éléments de la filiation (la maternité et la paternité), la différence est grande quant à la preuve.

La maternité est susceptible d'une preuve directe et positive. Elle s'annonce par des signes extérieurs, susceptibles de constatation matérielle : la grossesse de la mère et l'accouchement. Dès qu'on aura prouvé, en fait, que telle femme est accouchée, que l'enfant dont il s'agit d'établir la filiation maternelle est bien celui dont elle est accouchée, autrement dit quand on aura fourni la preuve de l'accouchement et celle de l'identité, la filiation maternelle, la maternité sera établie. C'est l'idée générale qu'exprime l'article 341 en l'appliquant à un cas particulier, celui d'une filiation naturelle : « ...L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de « prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant « dont elle est accouchée. » Réciproquement, on contestera efficacement à une personne la filiation maternelle qu'elle est censée avoir en prouvant de deux choses l'une : ou que la femme regardée comme la mère n'a pas accouché, ou, l'accouchement prouvé, que l'enfant prétendu n'est pas celui dont la femme est accouchée ; en d'autres termes, on contestera ou l'accouchement ou l'identité.

Le second élément de la filiation, la paternité, n'est pas susceptible, au contraire, d'une preuve directe. La paternité résulte de la conception et la conception n'est pas, comme l'accouchement, susceptible de constatation formelle. On est, dit le proverbe, toujours fils de quelqu'un ; mais de qui ? Les rapports que la mère peut avoir eus avec tel ou tel, en mariage ou hors mariage, même quand il n'y a pas de doute sur leur réalité, rendent la paternité possible, probable si l'on veut, jamais certaine ; car ils n'excluent pas, en fait, la possibilité d'autres rapports et, par là même, la possibilité d'une autre paternité. Aussi, à l'inverse de la maternité, qui peut être l'objet d'une preuve directe et positive, la paternité, en général, n'est établie que par l'admission de présomptions qui la rendent plus ou moins vraisemblable.

475. III. Les deux éléments de la filiation (la maternité et la paternité) peuvent être tous deux établis et non contes-

Source BIU Cujas

tés. C'est le cas le plus habituel et de beaucoup le plus fréquent, surtout quand il s'agit de filiation légitime. En effet, l'article 319 dit que « la filiation des enfants légitimes se « prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres « de l'état civil ». L'acte de naissance qui, de lui-même, ne prouve que la naissance, prouve aussi la filiation si le père et la mère y sont indiqués, comme ils peuvent l'être d'après l'article 57 ; la filiation se trouve donc établie dans ses deux éléments.

Les deux éléments peuvent être tous deux inconnus ou contestés, surtout quand il s'agit de filiation naturelle, par exemple si l'enfant a été déclaré comme né de père et mère inconnus.

Enfin, l'un des éléments peut être établi, l'autre non, l'un contesté, l'autre non. Il en est ainsi pour les enfants nés en mariage quand le mari désavoue l'enfant né de sa femme ; la maternité reste prouvée, la paternité cesse de l'être. Il en est ainsi plus souvent encore quand il s'agit de filiation naturelle car la filiation naturelle s'établit par reconnaissance (article 334) et la reconnaissance faite par l'un des deux auteurs n'a, en principe, d'effet que quant à lui [1], de sorte que l'un des auteurs peut être connu sans que l'autre le soit. Il n'y a donc pas connexité nécessaire, quant à la preuve, entre les deux éléments de la filiation. Pour avoir une filiation complète, il faut établir qui on a pour mère et qui on a pour père. Si cette double preuve est faite, la filiation est complètement établie ; si la preuve n'est faite qu'à l'égard du père ou de la mère, la filiation n'est établie que partiellement.

476. IV. En principe, sauf à préciser plus tard selon les cas, la loi admet pour la filiation deux preuves superposées : une preuve principale et normale, une preuve subsidiaire. La preuve principale est celle qui doit être ménagée à l'enfant ; c'est, en effet, un devoir pour les père et mère de lui constituer un titre de sa filiation. La preuve subsidiaire est celle que l'enfant lui-même, à défaut de la précédente, établit à son profit ; c'est, en effet, un droit pour lui de faire constater sa filiation.

L'article 203 impose aux père et mère l'obligation de nour-

1. *Infrà*, p. 219.

Source BIU Cujas

rir, élever, entretenir l'enfant auquel ils donnent le jour. C'est un effet de la filiation et non du mariage [1] ; il en résulte que cette obligation s'impose aux père et mère naturels comme aux père et mère légitimes. De cette dette d'éducation dérivent, quant à la filiation, un devoir et un droit : pour les auteurs le devoir strict de constater la filiation des enfants, pour l'enfant le droit de faire constater sa filiation. Dès que la loi impose des devoirs aux parents envers l'enfant, elle les oblige implicitement à lui ménager une preuve de sa filiation ; ayant des droits, il faut bien que l'enfant puisse faire établir, afin d'en justifier, la qualité qui les lui donne. De là les deux preuves admises : l'une principale et normale, l'autre subsidiaire.

a) La première est et doit être ménagée à l'enfant par ses auteurs.

S'agit-il de la filiation légitime ? « La filiation des enfants « légitimes, dit l'article 319, se prouve par les actes de nais- « sance inscrits sur le registre de l'état civil. » Directement, l'acte de naissance prouve seulement la naissance ; sous certaines conditions, si certaines énonciations s'y trouvent, il est admis comme prouvant, en outre, la filiation légitime. L'article 320 ajoute : « A défaut de ce titre, la possession « constante de l'état d'enfant légitime suffit. » La possession d'état est constituée par les parents ; c'est donc encore un mode de preuve ménagé à l'enfant par ses auteurs.

S'agit-il de la filiation naturelle ? « La reconnaissance « d'un enfant naturel, dit l'article 334, sera faite par un acte « authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de « naissance. » Il ne peut y avoir de preuve plus pertinente que l'aveu émanant des auteurs. Telle précisément la reconnaissance.

Voilà la preuve principale et normale.

b) A côté d'elle est la preuve subsidiaire, qui peut être invoquée par les enfants : preuve testimoniale sur l'action en réclamation d'état.

S'agit-il de la filiation légitime ? C'est la preuve testimoniale sur l'action en réclamation d'état d'enfant légitime (article 323).

S'agit-il de la filiation naturelle ? C'est la preuve testimo-

1. *Suprà*, tome I, p. 189 et 418.

Source BIU Cujas

niale sur l'action en réclamation de maternité naturelle (article 341) et même de paternité naturelle, au moins dans quelques cas (article 340).

477. V. La loi, au point de vue des modes de preuve, traite différemment la filiation légitime, la filiation naturelle et la filiation adultérine ou incestueuse.

Elle se montre facile et accommodante pour la filiation légitime, jusqu'à admettre comme probantes les énonciations insérées dans l'acte de naissance sur la seule déclaration de tiers, ce qu'on appelle la preuve par l'acte de naissance. La régularité de la situation est une garantie suffisante de la sincérité des déclarations ; l'usage prouve qu'il ne se produit alors aucun abus.

La loi se montre, au contraire, réservée et circonspecte quand il s'agit de la filiation naturelle. Elle n'admet comme preuve que l'aveu émanant des auteurs eux-mêmes, ou reconnaissance. C'est ce qu'on énonce en disant que l'acte de naissance ne prouve pas la filiation naturelle. L'irrégularité de la situation justifie les craintes et les soupçons ; l'usage prouve que sans cela les abus seraient à redouter.

La loi va plus loin encore quand il s'agit de la filiation adultérine ou incestueuse ; en principe, elle en prohibe la constatation. Le législateur estime que la révélation de filiations ayant ce caractère serait attentatoire à la décence publique et qu'il est préférable de les condamner à l'oubli.

Ces trois aperçus comportent chacun des restrictions, même le dernier ; ils n'en subsistent pas moins comme règles générales.

478. Comment s'explique ce système ? Deux considérations ont conduit le législateur à l'admettre.

479. La première est tirée du caractère spécial des trois sortes de filiations.

Le fait d'avoir donné le jour à des enfants légitimes n'a rien que de conforme à la nature et à la loi, d'honorable même ; c'est le fait régulier et normal. Le mode de constatation de cette filiation doit être simple comme le fait constaté lui-même ; la régularité de la situation est une garantie suffisante contre les abus. De là, quand il s'agit de la filiation légitime, la simplicité du mode de preuve normal.

La maternité est suffisamment prouvée par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance. C'est là ce que signi-

Source BIU Cujas

fie l'article 319. Un enfant vient au monde ; une quelconque des personnes qui ont assisté à l'accouchement, le père, même un étranger, un médecin, une sage-femme, etc., fait la déclaration dans les termes de l'article 56 ; sur cette déclaration, l'acte de naissance est dressé et le nom de la mère y est inscrit, conformément à l'article 57. L'acte de naissance, ou plutôt l'indication de la mère dans l'acte, suffit à établir la filiation par rapport à la mère. En réalité, cette déclaration faite par un tiers ne prouve rien ; elle peut être erronée, mensongère ; mais c'est peu vraisemblable, parce que l'erreur ou la fraude ne se comprendrait guère quand il s'agit d'une filiation régulière. La régularité de la situation des père et mère fait que tout se passe au grand jour, sans dissimulation ; c'est une situation qui se respecte et qu'on respecte. Ces déclarations sont tenues pour sincères, parce que, dans l'usage, elles le sont ; alors elles font preuve ; les besoins de la pratique l'exigent. En un mot, la filiation légitime est conforme à l'ordre ; on en admet la preuve par le mode que l'usage consacre : la déclaration. Tel est le sens de l'article 319. L'acte de naissance, rédigé sur les renseignements fournis par les déclarants, prouve l'accouchement de la mère qui y est désignée ; si l'identité de celui qui s'en prévaut avec l'enfant qui y est dénommé n'est pas contestée ou est établie, la maternité est regardée comme prouvée.

Quant à la paternité (toujours s'il s'agit de filiation légitime), la loi la tient comme suffisamment établie dès que la maternité est prouvée. C'est la traduction du vieil adage *Pater is est quem nuptiae demonstrant*[1], confirmé par le premier alinéa de l'article 312 : « L'enfant conçu pendant le « mariage a pour père le mari. » En d'autres termes la loi conclut de la maternité légitime, de la maternité d'une femme mariée, à la paternité du mari de la mère.

Deux raisons commandent de décider ainsi. D'un côté, l'obligation de cohabitation, que l'article 216 impose aux époux, rend vraisemblable la paternité du mari ; d'un autre côté, la fidélité de la femme, qui est conforme à l'ordre, doit être présumée plutôt que l'infidélité. Il est donc rationnel et logique de conclure que le mari d'une femme mariée est le père de l'enfant qu'elle met au monde. Ce n'est pas une preuve directe ; c'est du moins une preuve morale suffisante.

1. Fragm. 5, Dig., *De in jus vocando*, II, 4.

Source BIU Cujas

Le plus souvent, le nom du père légitime est inscrit dans l'acte avec le nom de la mère, car l'article 57 exige qu'il le soit. Même s'il ne l'était pas, la preuve serait acquise par application de l'article 312.

Toutefois, la paternité n'est ainsi regardée comme établie par contre-coup de la maternité prouvée que sous réserve de la preuve contraire ; de là l'action en désaveu, par laquelle le mari prétend faire tomber la présomption *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant*. Nous verrons dans quels cas et sous quelles conditions le mari est admis à intenter cette action ; c'est l'objet de tout un chapitre au titre *De la paternité et de la filiation* (articles 312 à 318).

Rien donc n'est plus facile et plus simple que le mode normal de preuve de la filiation légitime. L'acte de naissance, qui contient les noms du père et de la mère, ou même le seul nom de la mère, prouve la maternité et la paternité, c'est-à-dire la filiation complète. Les deux éléments de la filiation légitime sont établis conjointement.

A défaut de l'acte de naissance, s'il n'est pas présenté, soit qu'il n'ait pas été rédigé, soit que les intéressés ignorent où il l'a été, la possession d'état suffit. C'est un aveu résultant de la manière d'être des parents à l'égard des enfants. Ils ont élevé l'enfant ; ils se sont conduits à son égard comme il est d'usage que les parents légitimes le fassent ; il a porté leur nom. Cela suffit pour établir la maternité et la paternité, c'est-à-dire la filiation (article 320).

Finalement, l'acte de naissance et la possession d'état sont admis comme modes de preuve normale de la filiation légitime. Les deux modes de preuve établissent à la fois et conjointement les deux éléments, par conséquent la filiation complète.

A défaut de l'un et de l'autre des modes de preuve normale, l'enfant peut agir en recherche de filiation (article 323). C'est la preuve subsidiaire. Il agira contre les deux auteurs qu'il prétend avoir ; à la rigueur, il pourra n'agir que contre la prétendue mère, car, ici encore, si la maternité est démontrée, la loi conclut de la maternité à la paternité du mari. La preuve testimoniale est bien un troisième mode de preuve de la filiation légitime, car elle sert à établir les deux éléments de cette filiation : maternité et paternité.

480. Tout autre est le système admis quand il s'agit

Source BIU Cujas

de la filiation naturelle, c'est-à-dire de celle qui se produit hors mariage. Cette filiation est un fait insolite, exceptionnel ; elle est la suite d'une faute. Il en résulte, pour le moins, que l'attribution à une personne d'un enfant naturel est grave par elle-même. Il se peut que cette attribution soit sincère ; mais plus d'une raison autorise à craindre qu'elle ne le soit pas. En fait, elle est quelquefois un moyen de chantage ; d'autres fois, un moyen de faire supporter à autrui les conséquences d'une faute qu'on a commise. De là cette règle fondamentale que la déclaration d'une filiation naturelle faite par un tiers, dans quelque forme que ce soit, est insuffisante à elle seule pour prouver cette filiation. L'acte de naissance, qui fait preuve de la filiation légitime aux termes de l'article 319, ne fait jamais preuve de la filiation naturelle ; les déclarations que l'acte contiendrait à cet égard ne sont pas tenues comme probantes. L'imputation d'un fait honorable et licite peut être acceptée comme probante, parce qu'il n'y a aucun motif d'en suspecter la sincérité ; l'imputation d'un fait compromettant, d'une faute, ne suffit pas à faire preuve ; il y a mille motifs d'en suspecter la sincérité. L'irrégularité de la situation justifie les soupçons ; l'usage démontre que les abus seraient à craindre.

Comment se prouve alors la filiation naturelle ? Par l'aveu de celui qui en est l'auteur. Le mode normal de preuve est la reconnaissance individuelle (article 334). Elle fait preuve au regard de qui elle émane. Emanant de la mère, elle prouve la maternité ; émanant du père, elle prouve la paternité ; la reconnaissance faite par l'un n'a pas d'effet à l'égard de l'autre (article 336)[1]. La preuve des deux éléments de la filiation se fait donc séparément, au lieu qu'en matière de filiation légitime les deux éléments sont prouvés en même temps.

Voilà la preuve normale de la filiation naturelle.

A défaut du mode normal de preuve, quand il s'agit de filiation naturelle, les articles 340 et 341 admettent, sous des distinctions à faire, la preuve testimoniale soit contre le père, soit contre la mère ; c'est le mode de preuve subsidiaire. Comme dans le cas de la preuve normale par la reconnaissance, la preuve des deux éléments de la filiation se fait séparément.

1. *Infrà*, p. 219.

Source BIU Cujas

A cet égard encore, la loi reste fidèle à son point de vue général. Nous verrons, quand nous en serons aux détails, que les conditions sous lesquelles la loi autorise la preuve testimoniale en matière de filiation naturelle sont beaucoup plus rigoureuses qu'en matière de filiation légitime, et même que la preuve testimoniale est quelquefois exclue (article 340).

481. Enfin, s'il s'agit de la filiation adultérine ou incestueuse, la loi se montre plus sévère encore ; elle en prohibe la constatation. La reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux n'est pas admise (article 335) ; la recherche d'une filiation adultérine ou incestueuse par l'action en réclamation d'état ne l'est pas davantage (article 342).

482. Nous retrouverons ces idées en abordant les détails ; nous verrons si elles sont absolues ou si elles comportent des exceptions, dans quelle mesure elles se justifient ou peuvent être considérées comme excessives. Toujours est-il qu'elles ont été prises en considération par le législateur de 1804 et l'ont conduit à établir des différences entre les trois sortes de filiations quant aux modes de preuve. Les différences s'expliquent par le caractère spécial des trois filiations. C'est de beaucoup la considération la plus importante.

483. Une autre considération, dont la valeur est plus contestable, a exercé en fait une grande influence sur la rédaction du titre *De la paternité et de la filiation* ; il n'est pas possible d'en faire abstraction dans l'interprétation des textes. Il a été maintes fois dit et rappelé pendant la discussion du titre que la société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus et les filiations naturelles constatées[1]. Elles sont, a-t-on dit, attentatoires à l'honneur des personnes et ne contribuent pas à renforcer la famille ; dès lors, il vaut mieux laisser isolés les enfants dont la naissance est illégitime. De là les restrictions que la loi met à la preuve de la filiation naturelle, les précautions qu'elle accumule, ainsi que la prohibition qu'elle établit quant à la preuve de la filiation adultérine ou incestueuse.

L'idée est fausse[2]. Ce n'est pas là une question d'utilité, d'intérêt, mais de droit. Dans la constatation des rapports de

1. Locré, V, p. 18 et 19.

2. On est surpris de la trouver sous la plume de Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 205.

Source BIU Cujas

filiation, ce n'est pas l'agrément des parents ou leurs convenances qu'il faut considérer, mais le droit des enfants. Or, aux termes de l'article 203, les parents ont l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Donc, comme il importe que tous les enfants reçoivent cette éducation, il importe aussi que tous soient reconnus.

L'idée est néfaste, car ce point de vue, qui a été celui de la loi, ne pouvait manquer, par suite de l'influence indéniable que la loi exerce sur les mœurs, de généraliser l'usage des lâches abandons.

Il y a plus. Même au point de vue des mœurs, c'est une idée irréfléchie. Ce n'est pas en voilant l'inconduite, en lui assurant le bénéfice de l'oubli, qu'on l'évitera ; c'est en lui laissant la pleine responsabilité de ses suites.

Donc, à tous égards, il y a là une conception fausse, injuste et immorale. Quoi qu'il en soit, il est certain que ces idées, de quelque façon qu'on doive les juger, ont été énoncées lors de l'élaboration du Code et ont exercé une grande influence sur l'organisation du système des preuves ; elles expliquent quelques-unes des dispositions de la loi.

484. Telles sont les deux considérations qui dominent le système du Code civil sur les preuves de la filiation. Elles expliquent que le législateur se soit montré facile pour la constatation de la filiation légitime, circonspect pour celle de la filiation naturelle, et qu'il ait repoussé toute constatation de la filiation incestueuse ou adultérine.

Sous le bénéfice de ces notions générales et à leur lumière, arrivons à l'examen détaillé des divers modes de preuve. Puisqu'ils sont différents pour les trois filiations (légitime, naturelle, adultérine ou incestueuse), il faut reprendre séparément chacune d'elles.

SECTION I. — **De la filiation légitime.**

485. Les chapitres I et II du titre y sont consacrés. Le premier porte une rubrique inexacte, parce qu'elle est beaucoup trop générale : *De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage* ; il traite exclusivement de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, de sa portée, des restrictions qu'elle reçoit, c'est-à-dire de l'action en désaveu de paternité. Le

Source BIU Cujas

second, sous la rubrique, exacte cette fois, *Des preuves de la filiation des enfants légitimes*, règle les preuves admises de la filiation légitime.

Nous allons, intervertissant un peu l'ordre, nous demander d'abord quand la filiation est légitime. C'est par là logiquement qu'il faut commencer ; puisque la filiation légitime a des modes de preuve qui lui sont propres, il faut préalablementdire quand elle est légitime. Nous rechercherons ensuite quelles preuves sont admises pour la filiation légitime. Enfin nous parlerons du désaveu de paternité, c'est-à-dire des cas où le mari est autorisé à faire tomber la règle *Is pater est quem nuptiæ demonstrant*.

§ 1. — De la légitimité.

486. Quand la filiation est-elle légitime, de manière à pouvoir être prouvée par les modes de preuve afférents à la filiation légitime ? La réponse à cette question devrait être précise. Rien cependant n'est plus vague ; l'élément constitutif de la légitimité reste indécis.

487. D'une manière générale, la légitimité est le caractère de la filiation qui résulte de ce que les père et mère, les auteurs, comme on dit communément, sont mariés. Est légitime l'enfant issu de deux personnes mariées.

La règle est incontestable, mais insuffisante.

En effet, pour qu'un enfant soit légitime et pour que sa filiation puisse être prouvée conformément aux règles du chapitre II, c'est-à-dire par l'acte de naissance, la possession d'état, ou la preuve testimoniale dans les conditions de l'article 323, est-il nécessaire que les père et mère aient été mariés au moment de la conception ? Si cela est nécessaire, il faudra regarder comme illégitime l'enfant conçu avant le mariage et né depuis la célébration ; cette situation se produit dans le cas où la femme est enceinte au moment du mariage, lequel intervient précisément pour régulariser la situation.

Suffit-il alors que les auteurs aient été mariés lors de la naissance ? Si cela suffit, il faudra regarder comme illégitime l'enfant conçu pendant le mariage et né après la dissolution ; cette situation se produit dans le cas où le père meurt pendant la grossesse de la mère, où l'enfant est posthume.

Que l'on admette l'une ou l'autre idée, on laissera en

Source BIU Cujas

dehors une dernière hypothèse. Quelle sera la situation d'un enfant conçu avant la célébration du mariage et né après la dissolution ? Le cas se présente quand, la femme étant déjà enceinte au moment du mariage, le père meurt avant la naissance. Ce cas n'est pas rare dans les mariages *in extremis*, que l'on précipite pour régulariser la situation avant la mort du père. L'enfant n'est alors ni conçu ni né en mariage. Est-il légitime ?

En d'autres termes, la légitimité est certainement un effet du mariage des père et mère. Mais résulte-t-elle de la conception en mariage ou de la naissance en mariage ? Ou bien faut-il que la conception et la naissance aient eu lieu l'une et l'autre en mariage ? Ou bien faut-il s'attacher à une idée plus générale ? Suivant la solution qu'on adopte à cet égard, on arrive à des conséquences différentes quant à l'application des règles relatives à la preuve.

488. Les rédacteurs du Code civil ne paraissent pas avoir eu une idée bien arrêtée sur ce point ; ils ont pris la chose simplement, s'en référant aux mœurs. Les textes s'attachent tour à tour à l'époque de la conception et à celle de la naissance ; aucun ne prévoit le cas où le mariage n'a existé ni lors de la conception ni lors de la naissance, mais seulement à un moment de la grossesse. Ainsi l'article 331 dit que les enfants nés hors mariage peuvent être légitimés. Les enfants nés hors mariage sont donc naturels, d'où il faut conclure que les enfants légitimes sont ceux qui naissent en mariage. La rubrique du chapitre I^er^ semble consacrer le même système : *De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage.* Ce serait donc au fait de la naissance en mariage qu'il faudrait s'attacher ; seraient légitimes les enfants dont les père et mère étaient mariés lors de la naissance.

Mais un autre texte, l'article 312, suppose le contraire. Visant la filiation légitime, à propos de laquelle la loi conclut de la maternité prouvée à la paternité du mari, le texte dit : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le « mari. » Ce serait donc au fait de la conception en mariage qu'il faudrait s'attacher. En sus de l'argument fourni par le texte, le bon sens commande de décider ainsi. S'il fallait ne tenir compte que de l'époque de la naissance, on déciderait que l'enfant conçu pendant le mariage, dont le père meurt pendant la grossesse de la mère, qui par conséquent naît

Source BIU Cujas

hors mariage, après le mariage, n'est pas légitime. La solution est inadmissible en raison. Elle n'est pas davantage admissible en droit, car l'article 315 est ainsi conçu : « La « légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolu« tion du mariage pourra être contestée. » L'enfant né dans ces conditions est donc légitime.

Alors il faudrait ne tenir compte que de la conception en mariage. De fait, c'est bien là l'idée vraie. Est légitime l'enfant né de relations régulières, autrement dit de relations en mariage ; la filiation a le même caractère que la conception : la filiation est légitime si la conception a eu lieu en mariage.

Cependant un autre texte ôte toute force à cette considération : l'article 314. Il s'occupe de l'enfant qui est né moins de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage, et qui par conséquent a été conçu avant le mariage, car, ainsi que nous allons le voir, la durée minima de la gestation est légalement de cent quatre-vingts jours. Or la loi considère l'enfant dont il s'agit comme légitime ; la preuve est qu'elle admet le mari à le désavouer, ce qui implique que la paternité est induite de la maternité prouvée, par application de la règle *Is pater est...*, en d'autres termes que la paternité est légitime. Donc un enfant peut être légitime sans que la conception ait eu lieu en mariage.

489. Que conclure de toutes ces oppositions de textes et d'idées[1] ? La conclusion est qu'il faut admettre ici, comme seule règle, l'idée la plus générale. Cela explique comment les articles semblent mal concordants ; ils prévoient des applications, non le principe. Nous revenons alors à l'idée première : est légitime l'enfant issu de deux personnes mariées.

Donc est légitime :

1° L'enfant conçu et né pendant le mariage. C'est indubitable et c'est le cas ordinaire.

2° L'enfant conçu pendant le mariage et né après la dissolution du mariage. C'est encore indubitable, mais c'est un cas exceptionnel, celui du posthume.

3° L'enfant conçu avant le mariage et né après la célébration. C'est le cas de l'article 314.

4° L'enfant conçu avant le mariage et né après la dissolu-

1. Les travaux préparatoires offrent autant de divergences que les textes eux-mêmes. Voy. Locré, V, p. 5 à 8.

Source BIU Cujas

tion, le mariage ayant été contracté et s'étant dissous pendant la grossesse de la mère.

Telle est effectivement la règle admise. Elle n'a jamais été contestée dans les deux premiers cas ; elle a été consacrée par la Cour de cassation dans les deux derniers ; mais il y a controverse à propos d'une question d'un grand intérêt pratique que nous retrouverons plus loin[1].

En un mot, la filiation est légitime dès que les père et mère ont été mariés, soit au moment de la conception, soit au moment de la naissance, soit à un moment quelconque de la grossesse. Dans tous ces cas, l'enfant est issu de personnes mariées ; il est légitime. L'enfant naturel est celui qui a été conçu et qui est né hors mariage, sans que les père et mère aient été mariés pendant la gestation.

Cependant, quoique l'enfant soit légitime dans tous les cas, la vraie légitimité, la légitimité complète n'appartient qu'à l'enfant conçu pendant le mariage. Ce qui le prouve, c'est que, dans les autres cas, la légitimité est bien plus fragile. Pour l'enfant conçu avant le mariage, la légitimité tombe devant une simple dénégation du mari (article 314) ; au contraire, quand il s'agit d'un enfant conçu pendant le mariage, c'est-à-dire vraiment légitime, le désaveu n'est recevable que pour des causes précises, limitativement indiquées par la loi. Les deux situations, on le voit, sont loin d'être identiques.

490. De tout ce qui précède se dégage une conséquence importante relativement à la question de preuve. Celui qui veut prouver sa filiation par les modes de preuve autorisés par le chapitre II en matière de filiation légitime (preuve par l'acte de naissance, par la possession d'état, par témoins dans les conditions de l'article 323), doit établir préalablement deux choses : 1° le mariage du père et de la mère, puisque c'est l'élément essentiel de la légitimité, — 2° la date de la naissance et aussi parfois celle de la conception, afin de savoir si les père et mère étaient mariés, ou lors de la conception, ou lors de la naissance, ou à un moment quelconque de la grossesse.

Cela fait, il peut alors, étant établi qu'il s'agit d'une filiation légitime, invoquer une des trois preuves autorisées par le chapitre II. Hors de là, la filiation ne serait pas légitime

1. *Infrà*, nos 534 et suiv.

Source BIU Cujas

et les preuves admissibles seraient seulement celles du chapitre III : la reconnaissance, et la preuve testimoniale dans les conditions énoncées aux articles 340 et 341.

Tel est l'ordre logique des idées. En pratique, le plus souvent il n'y a pas lieu de recourir à toute cette analyse. Les choses se passent plus simplement ; la situation emporte par elle-même sa démonstration légale. Dès qu'il y a doute ou contestation, l'analyse indiquée devient inévitable.

491. Reprenons-en les éléments.

Celui qui veut prouver sa filiation par les modes de preuve admis en matière de filiation légitime doit établir d'abord le mariage des père et mère. A cet égard, nous n'avons à faire qu'un simple renvoi aux articles 194 à 200, dont l'étude a été faite au titre *Du mariage*[1]. Le mariage peut être prouvé par l'acte de mariage, quelquefois par témoins, par le résultat d'une procédure criminelle, enfin par la possession d'état. Ce dernier mode de preuve est précisément admis en vue de faciliter la preuve de la filiation[2].

Après le mariage des père et mère, il faut établir les dates de la naissance et de la conception.

Pour la date de la naissance, pas de difficulté. La preuve en sera faite par l'acte de naissance, ou bien, en cas de non-tenue ou de perte des registres, conformément à l'article 46.

Reste alors la date de la conception. Il est plus difficile de l'établir ; cependant c'est quelquefois indispensable. Voici comment et dans quelle mesure on peut y arriver ; nous touchons à un ordre d'idées qui est capital en cette matière.

492. La difficulté vient de ce que la conception résulte d'un fait qui la rend possible, jamais certaine ; elle ne s'annonce pas par elle-même et au moment où elle a lieu, mais plus tard seulement et par ses suites, autrement dit par la grossesse et l'accouchement. Alors, le jour où elle se manifeste, ni le père, ni la mère, ni à plus forte raison les tiers ne peuvent dire avec certitude quand elle a eu lieu, ni surtout le prouver. Sa date ne peut être déterminée que rétroactivement, quand la naissance survient, d'une manière approximative et par induction, d'après les probabilités qui résultent des lois physiologiques.

Voici le système auquel le Code s'est arrêté. Il fixe la durée

1. *Suprà*, tome I, p. 481 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 489 et suiv.

Source BIU Cujas

la plus longue et la durée la plus courte des grossesses. La gestation la plus longue est de trois cents jours et la plus courte est de cent quatre-vingts. En 1803, date de la promulgation du titre *De la paternité et de la filiation*, le calendrier républicain était encore en usage ; les mois étaient invariablement de trente jours, de sorte que trois cents jours correspondaient à dix mois et cent quatre-vingts à six.

Telles sont les limites extrêmes de la grossesse la plus courte et la plus longue. L'adoption de ces limites résulte des articles 312 à 315, qui n'énoncent pas l'idée même, mais qui en font l'application.

Cela admis, lorsqu'on connaît la date de la naissance (et on la connaît par l'acte de naissance), il devient possible de fixer approximativement, par un calcul rétroactif, la date de la conception. Un enfant naît aujourd'hui. Puisque la gestation la plus courte est de cent quatre-vingts jours, la conception a eu lieu au plus tard, en remontant dans le passé, cent quatre-vingts jours avant celui où nous sommes ; puisque la gestation la plus longue est de trois cents jours, la conception a eu lieu au plus tôt, en remontant dans le passé, trois cents jours avant celui où nous sommes ; et comme, entre trois cents et cent quatre-vingts, il y a cent vingt jours, autrement dit quatre mois du calendrier républicain, la conception a eu lieu certainement dans l'intervalle, dans les cent vingt jours qui séparent le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance. A quel instant exact de ces cent vingt jours ? A un moment quelconque de cet intervalle, sans qu'aucune précision plus grande soit possible ; et il est loisible à l'enfant, dans l'intérêt de sa légitimité, de prétendre à son gré que la conception a eu lieu le premier comme le dernier de ces cent vingt jours [1].

1. Le droit pour l'enfant de prétendre, à son gré, que la conception a eu lieu l'un quelconque des cent vingt jours n'est pas un droit tout à fait absolu. Ce droit peut être limité dans deux hypothèses embarrassantes, qui sont classiques et doivent être rapportées.

a) Une femme devient veuve et accouche peu de temps après la dissolution du mariage, le lendemain par exemple. Puis elle devient enceinte un mois après l'accouchement et met au monde un nouvel enfant moins de trois cents jours après la dissolution du mariage. Il peut en être ainsi, car le délai de trois cents jours est un délai maximum, qui dépasse la vérité. Dans cette hypothèse, faut-il aller jusqu'à dire que l'enfant pourra se prétendre enfant légitime du mari ? Ce serait une énormité. L'enfant est évidemment naturel. Les présomptions légales cessent d'être applicables quand les faits protestent contre elles et ne valent

Source BIU Cujas

493. Tel est le principe. Ainsi peut être prouvée, s'il y a lieu, la date de la conception.

De là découlent plusieurs conséquences relevées par les textes. La règle résulte précisément des applications qui en sont faites. Voici les principales.

a) La première est relevée par l'article 315. Une femme accouche plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, arrivée soit par la mort du mari, soit par le divorce. Il résulte de la situation même que la conception a eu lieu postérieurement à la dissolution, par suite que l'enfant n'est pas issu de personnes mariées, donc qu'il n'est pas légitime. En conséquence, la filiation ne peut pas être établie conformément aux règles du chapitre II. Si la naissance survient dix ans après la dissolution du mariage, cela ne laissera de doute à personne ; mais il en sera de même si elle survient un seul jour après l'expiration du délai de trois cents jours : « La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la disso- « lution du mariage pourra être contestée », dit l'article 315[1].

que quand les faits sont douteux ; le fait, ici, l'emporte sur la loi. Dalloz, *Répertoire*, V° *Paternité et filiation*, n° 90.

b) Une femme se remarie très peu de temps après la dissolution d'un premier mariage. Sans doute l'article 228 ne lui permet de le faire qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent ; mais nous avons dit (*suprà*, tome I, p. 342, n° 241) que l'empêchement établi par l'article 228 est simplement prohibitif, d'où il résulte que le mariage ne peut pas être annulé, reste valable, s'il a été contracté, en fait, au mépris de la prohibition légale. On peut le supposer et supposer en outre que la femme accouche peu de temps après. Si l'enfant naît plus de trois cents jours après la dissolution du premier mariage, il sera regardé comme enfant légitime du second mari. S'il naît moins de cent quatre-vingts jours après la dissolution du premier mariage, il sera regardé comme enfant légitime du premier mari. Mais que décider s'il naît plus de cent quatre-vingts jours et moins de trois cents jours après la dissolution du premier mariage ? L'enfant est en situation légale d'être regardé comme enfant légitime des deux maris successifs. Auquel des deux doit-il être rattaché ? On a dit quelquefois que les présomptions légales se neutralisent et que l'enfant, par conséquent, n'est l'enfant légitime d'aucun des deux maris. C'est une solution peu juridique et bien rigoureuse pour l'enfant. On a dit, au contraire, que les présomptions légales doivent recevoir une entière application, d'où il résulterait que l'enfant serait enfant légitime des deux maris. C'est une solution absurde. On a dit enfin que l'enfant a le choix entre les deux paternités légitimes qui lui sont également attribuées par la loi. C'est une solution arbitraire. La seule solution raisonnable est qu'il faut consulter les hommes de l'art et trancher en fait, d'après leur avis, une question qui est insoluble en droit. Voy. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 114 et suiv., nos 93 et 94, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 315, n° 6, — Dalloz, *Répertoire*, V° *Paternité et filiation*, nos 91 et suiv. ; — cpr. *suprà*, tome I, p. 339 et suiv., nos 239 et 240.

1. Il faut en dire autant de l'enfant né trois cents jours après la disparition

Source BIU Cujas

Le texte ne dit pas, à proprement parler, que l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage est illégitime ; il dit que sa légitimité « pourra être contestée ». Est-ce à dire que cet enfant n'est pas de droit illégitime et qu'il pourra être regardé comme l'enfant légitime du mari prédécédé ? Ce serait la négation du système de la loi, qui fixe à trois cents jours la durée maxima de la grossesse. L'enfant dont il s'agit ne peut pas être déclaré légitime. S'il prend, en fait, la qualité d'enfant légitime et que personne ne la lui conteste, il est clair qu'il la gardera ; mais, dès qu'une contestation s'élèvera, elle entraînera déclaration d'illégitimité. Les mots « *pourra être contestée* » sont bien écrits, sans doute, sous la forme permissive, mais ils n'en constituent pas moins une disposition impérative ; dès qu'un intéressé s'en prévaudra, ses prétentions seront admises [1].

b) L'article 314 fournit une seconde application. Une femme mariée accouche moins de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage. Il résulte de là que l'enfant a été conçu avant le mariage. La question se pose alors de savoir si l'enfant est ou n'est pas du mari. L'article 314 la résout en faisant diverses distinctions sur lesquelles nous aurons à revenir ; sauf dans trois cas, la légitimité de l'enfant peut être contestée.

c) Enfin une troisième application est offerte par l'alinéa 2 de l'article 312. Si le mari établit qu'il a été dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme pendant les cent vingt jours où la conception se place nécessairement, il résulte des faits

du père. Il est vrai que l'absence, même déclarée, ne dissout pas le mariage (*suprà*, tome I, p. 497 et suiv.) ; mais elle implique incertitude sur l'existence (*ibid.*, p. 269 et suiv.). Or l'enfant, pour être regardé comme légitime, doit établir que ses auteurs ont été mariés soit au moment de la conception, soit à celui de la naissance, soit à un moment quelconque de l'intervalle qui s'écoule entre la conception et la naissance. Cette preuve, l'enfant né trois cents jours après la disparition du père, ne peut pas la fournir, car il faudrait établir pour cela l'existence du père à l'un des moments indiqués et cette existence est précisément incertaine depuis que s'est ouverte la période où ces moments se placent. De sorte que l'enfant dont il s'agit se trouve, en fait, dans la même situation que l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage. Voy. Aubry et Rau, I, p. 636 et 637 ; — cpr. Cornu, *De l'absence relativement au mariage et aux effets du mariage* (Thèse de doctorat soutenue à la Faculté de droit de Paris en 1887), p. 153 et suiv.

1. Fuzier Herman, *Code civil annoté*, article 315, nos 2 et 3. — L'histoire de la rédaction de l'article 315 prouve surabondamment que tel en est le sens. Voy. du Caurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, I, p. 298.

Source BIU Cujas

que l'enfant n'est pas du mari. Force est alors de déroger à la règle *Is pater est quem nuptiæ demonstrant*, puisque les faits la contredisent.

494. En résumé, cette fixation de la durée légale de la grossesse a une haute importance pratique.

495. Il faut noter d'ailleurs que la science physiologique actuelle conteste l'exactitude de ces données.

Les chiffres signalés ont été adoptés, en 1803, sur un rapport resté célèbre d'un des savants de l'époque, Fourcroy, d'après lequel la durée la plus courte était exactement de cent quatre-vingt six jours et la plus longue exactement de deux cent quatre-vingt six. On crut devoir prendre des chiffres ronds (cent quatre-vingt et trois cent), de sorte que les règles adoptées ne concordaient pas exactement avec les données fournies par la science en 1803. A l'heure actuelle, les physiologistes regardent généralement ces deux extrêmes comme étant l'un trop court, l'autre trop étendu; la durée normale paraît être d'environ deux cent soixante-dix jours[1]. Mais la durée normale n'est pas toujours la durée de fait; il fallait bien prendre des moyennes, à moins d'admettre qu'en cas de contestation les spécialistes seraient appelés à juger la question en fait.

Or ce n'est pas possible. Les médecins soutiennent que l'on ne peut pas, à l'inspection de l'enfant et de son état de développement, dire la durée exacte de la grossesse et, dès lors, conclure de la date de la naissance à celle de la conception[2]. D'ailleurs, même en admettant que cela soit possible, le système de la preuve en fait ne serait praticable qu'à une condition : il faudrait que la vérification fût faite au moment même de la naissance. Or, dans la vie réelle, les choses ne se passent pas de la sorte. Quand un enfant vient au monde, on ne fait pas venir le spécialiste pour procéder à un examen d'où résulterait la date précise de la conception ; on n'y songe guère. C'est plus tard, quelquefois très longtemps après, que peuvent se présenter les difficultés juridiques dont la solution nécessite la détermination exacte de la date de la conception. A ce moment, les seules inductions possibles sont celles qui résultent des moyennes ; c'est pour cela que le législateur a établi la durée légale, maxima et mini-

1-2. Voy. Charpentier, *Traité pratique des accouchements*, 2e édition (Paris, J.-B. Baillière, 1889), tome I, p. 291 et suiv.

Source BIU Cujas

ma, des grossesses. Il est possible qu'il y ait lieu de modifier les limites, mais il faudra toujours en admettre.

496. Quoi qu'il en soit, voilà comment, étant donné la date de la naissance, laquelle est fournie par l'acte de naissance, on peut, au moyen d'un calcul rétrograde, établir la date approximative de la conception. Connaissant en outre la date du mariage des père et mère, on sait si un enfant est légitime ou ne l'est pas et si la filiation peut être établie par les modes de preuve admis en matière de filiation légitime.

497. Le plus souvent ces règles, dans leur énoncé général, suffisent. Quelquefois il est nécessaire de préciser davantage ; à un jour près on doit se prononcer pour ou contre la légitimité.

Or, afin que les règles énoncées aient une portée pratique absolument nette, il reste un point à préciser. Dans ces calculs de délais, lorsqu'il est nécessaire d'y recourir, que faut-il entendre exactement par un jour ? Le mot paraît clair dans le langage ordinaire. Pour l'application des délais, il ne l'est pas. Même, nous allons voir qu'on ne peut éviter, à raison des textes, de lui donner des sens différents selon les cas, ce qui n'est pas satisfaisant en raison.

498. Prenons séparément les deux cas où la question se pose.

a) Le premier est celui de l'article 314. Ce texte s'occupe, nous l'avons vu déjà, de la condition de l'enfant qui naît moins de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage. Cet enfant a été conçu avant le mariage, puisque la durée minima de la grossesse est de cent quatre-vingts jours. Mais il naît pendant le mariage ; or cela suffit à la légitimité ; donc il est légitime. Seulement cette légitimité est fragile, plus fragile que celle qui résulte de la conception en mariage ; le mari, par cela seul que la conception remonte à une date antérieure au mariage, peut désavouer l'enfant.

Eh bien, que représentent exactement ces cent quatre-vingts jours ? C'est là qu'il faut préciser. Supposons le mariage célébré aujourd'hui, à l'heure présente. En supputant les cent quatre-vingts jours nécessaires pour que la conception puisse être regardée comme postérieure au mariage et pour que l'enfant échappe ainsi au désaveu, faut-il tenir compte d'aujourd'hui, ou bien faire abstraction de ce qui reste à courir de la journée commencée et ne compter qu'à partir de ce soir minuit ? En d'autres termes, le jour de la célébration du ma-

Source BIU Cujas

riage doit-il ou non être compté dans le calcul des cent quatre-vingts jours ? Question importante, car une simple différence d'un jour suffit pour soustraire l'enfant à la possibilité du désaveu. Dans tout calcul de délai, il y a un jour dont on part, le *dies a quo* ; ici, c'est le jour du mariage. Or il ne représente qu'une fraction de jour. Faut-il le compter comme un jour, ou exiger cent quatre-vingts jours pleins, calculés de minuit à minuit, et faire par conséquent abstraction du *dies a quo* ?

b) Même question pour l'application de l'article 315. Il s'occupe de la condition de l'enfant qui naît plus de trois cents jours après la dissolution du mariage. Puisque la durée maxima de la grossesse est de trois cents jours, la conception se place après la dissolution du mariage ; donc l'enfant n'est pas légitime.

Eh bien, que représentent ces trois cents jours ? Ici encore il faut préciser. Supposons la dissolution arrivant aujourd'hui, à l'heure présente. Pour compter les trois cents jours qui ne peuvent être dépassés, faut-il tenir compte d'aujourd'hui, de ce qui reste à s'écouler d'aujourd'hui, ou bien ne compter que de ce soir à minuit, de telle sorte que l'enfant ne doive être regardé comme né plus de trois cents jours après la dissolution qu'autant qu'il sera né après l'expiration de trois cents jours pleins, calculés de minuit à minuit, sans compter la fraction que représente le *dies a quo*, celui de la dissolution du mariage ?

499. Dans les deux cas, la question est la même et se pose de la façon suivante : que représente un jour quand on dit que la gestation dure au moins cent quatre-vingts jours et au plus trois cents ? La fraction du *dies a quo* (celui de la célébration du mariage dans l'hypothèse de l'article 314, celui de la dissolution dans l'hypothèse de l'article 315) compte-t-elle, ou ne compte-t-on que les jours entiers ?

500. On a proposé et des interprètes autorisés adoptent un mode de computation qui, s'il était accepté, écarterait la difficulté. Un jour, a-t-on dit, c'est vingt-quatre heures, calculées *de momento ad momentum*. Ainsi, dans le cas de l'article 314, le mariage étant célébré aujourd'hui, à l'heure présente, demain, à pareille heure, le mariage aura duré un jour et ainsi de suite ; l'enfant naîtra plus de cent quatre-vingts jours après le mariage s'il naît plus de cent quatre-vingts fois vingt-quatre heures après le mariage. Ainsi encore, dans le cas de

Source BIU Cujas

l'article 315, la dissolution du mariage ayant lieu aujourd'hui, à l'heure présente, demain, à pareille heure, un jour se sera écoulé depuis la dissolution ; l'enfant naîtra plus de trois cents jours après la dissolution s'il naît plus de trois cents fois vingt-quatre heures après. En d'autres termes, les délais se compteraient par heures, ou, comme on dit habituellement, *de momento ad momentum*.

C'est le mode de computation usité dans quelques cas, par exemple quand il s'agit de la majorité (article 488) ; les vingt et une années à l'expiration desquelles finit la minorité se comptent par heures, par instants [1].

Pendant quelque temps, jusqu'en 1867, on a pu croire que la jurisprudence allait, pour l'application des articles 314 et 315, se fixer en ce sens [2] ; mais la Cour de cassation, saisie de la question en 1868, a condamné ce mode de computation et décidé que le calcul doit se faire non pas par heures correspondantes, *de momento ad momentum*, mais par jours, *de die ad diem*. Un jour, dit la Cour, ce n'est pas vingt-quatre heures calculées *de momento ad momentum*, mais vingt-quatre heures calculées de minuit à minuit. Le mot *jour*, quand il désigne une division du temps, ne s'entend que de l'intervalle de vingt-quatre heures compris entre deux minuits ; tel est le jour civil, celui qui a sa place au calendrier et son nom à part. Le calcul par heures n'est pas usité de droit commun ; il est exceptionnel et aucun texte ne l'autorise ici. Donc cent quatre-vingts jours veut dire cent quatre-vingts fois vingt-quatre heures de minuit à minuit ; trois cents jours veut dire trois cents périodes de vingt-quatre heures calculées de la même manière [3].

501. Alors reparaît la question posée plus haut, celle de

1. Dalloz, *Répertoire*, V° *Minorité*, n° 30.

2. Trib. d'Arras 6 mai 1857, Sir. 1857. II. 370, — Douai 19 janvier 1858, *Journal du Palais*, 1858, p. 590, — Poitiers 24 juillet 1865, D. P. 1865. II. 129, Sir. 1865. II. 271, — Angers 12 décembre 1867, D. P. 1867. II. 201, Sir. 1868. II. 39.

3. Cass. 8 février 1869, D. P. 1869. I. 181, Sir. 1869. I. 215, — Orléans 3 juin 1869, D. P. 1874. V. 270, Sir. 1869. II. 194. — L'espèce à propos de laquelle est intervenu l'arrêt de cassation était des plus curieuses. Il s'agissait de l'application de l'article 315. Un mari meurt le 19 mars 1866 à deux heures du matin ; sa veuve accouche le 13 janvier 1867 à huit heures et demie du matin. Si on calcule par heures, les trois cents jours auraient pris fin le 13 janvier à deux heures du matin ; l'enfant étant né à huit heures et demie, sa légitimité pouvait être contestée. Si on calcule par jours, depuis le 14 janvier à minuit, l'action en contestation de légitimité n'aurait pas été recevable.

Source BIU Cujas

savoir si la fraction du *dies a quo* qui reste à courir doit être comptée pour un jour, ou s'il faut en faire abstraction ; en d'autres termes, les jours doivent-ils être pleins, ou doit-on compter comme jours entiers les fractions empruntées au *dies a quo* ?

L'incertitude tient à ce que le Code, au lieu de formuler la règle en soi, ne l'indique que par ses applications. Or les textes qui consacrent les applications sont rédigés de telle sorte qu'ils impliquent des points de vue divergents.

Ainsi, dans l'article 314, le *dies a quo* est celui du mariage. Pour que le mari puisse désavouer l'enfant, il faut que celui-ci soit né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ; il ne peut pas le désavouer quand la naissance a lieu dans le cours du cent quatre-vingtième jour. Donc il suffit, pour que l'enfant ne puisse pas être désavoué, que la gestation ait duré cent soixante-dix-neuf jours pleins ; on compte comme jour utile, pour former le total des cent quatre-vingts jours, le jour du mariage. Bref, quand on dit que la plus courte grossesse dure au moins cent quatre-vingts jours, cela signifie, d'après l'article 314, cent soixante-dix-neuf jours pleins, plus les deux fractions qui représentent ce qui reste à courir du jour du mariage et ce qui a couru le jour de la naissance.

Voilà ce qui ressort de l'article 314.

Dans l'article 315, le *dies a quo* est celui de la dissolution du mariage. L'enfant né plus de trois cents jours après n'est pas légitime. Sa légitimité ne peut pas être contestée s'il naît le trois-centième jour de la dissolution ; il ne naît pas alors plus de trois cents jours après la dissolution, puisqu'il naît le trois-centième jour. Donc, d'après l'article 315, la légitimité ne peut être contestée que si l'enfant naît le trois-centième jour d'une série dont le premier jour est le lendemain de la dissolution du mariage. Bref, on ne compte pas le *dies a quo*. Quand on dit que la plus longue gestation dure au plus trois cents jours, cela signifie, d'après l'article 315, trois cents jours plus la fraction qui reste à courir du *dies a quo*, jour où a pu avoir lieu la conception.

Les deux articles 314 et 315, d'après leur rédaction, ne partent pas de la même donnée. Que conclure de là ? C'est qu'on ne trouvera jamais un mode de computation qui soit compatible avec les deux solutions et puisse être adopté

Source BIU Cujas

comme règle générale. La conséquence est qu'il faut prendre les deux textes comme ils sont, les appliquer séparément et ne pas chercher plus loin[1].

502. De ces détails très délicats, il importe de retenir surtout l'idée générale, qui est celle-ci : pour savoir si la filiation peut être prouvée par les modes de preuve admis en matière de filiation légitime, il faut au préalable, en cas de contestation, établir : 1° le mariage des père et mère, — 2° la date de la naissance et celle de la conception.

Supposons maintenant établi qu'il s'agit d'une filiation légitime. Quelles sont alors les preuves admises de la filiation ?

§ 2. — Des preuves de la filiation légitime.

503. Nous avons déjà dit à plusieurs reprises que trois preuves sont susceptibles d'être employées. Toutes trois établissent la filiation complète ; en effet, elles établissent la maternité, et, comme il s'agit d'une femme mariée, la loi conclut de la maternité à la paternité du mari de la mère (article 312). Aussi le chapitre II est intitulé : *Des preuves de la filiation des enfants légitimes.* Il faut rappeler cependant que le mari peut détruire la présomption de paternité par un désaveu ; la maternité seule est alors prouvée, mais la filiation n'est plus légitime.

Etudions séparément les trois modes de preuve.

I. *Preuve par l'acte de naissance ou par titre.*

504. Elle peut être invoquée par tout intéressé, sans limite ; c'est la preuve normale et directe : « La filiation des « enfants légitimes, dit l'article 319, se prouve par les actes « de naissance inscrits sur le registre de l'état civil. » A cet effet, l'article 57 prescrit que le nom du père et celui de la mère y soient indiqués. La loi tient comme probantes les énonciations qui sont inscrites sur la déclaration. Il faut seu-

1. Ces difficultés de calcul sont grandes. Nous n'en avons donné qu'une idée générale et renvoyons pour le surplus à une note très précise qui se trouve dans D. P. 1867. II. 201, sous l'arrêt d'Angers du 12 décembre 1867. C'est le dernier des arrêts qui admirent le calcul *de momento ad momentum* ; c'est celui qui a été cassé par l'arrêt précité de la Cour suprême du 8 février 1869.

Source BIU Cujas

lement que l'identité de la personne qui se prévaut de l'acte avec celle que l'acte concerne soit non contestée ou établie.

L'acte serait tout aussi probant si le nom de la mère seul s'y trouvait, quoique ce soit une irrégularité. En effet, l'acte prouverait la maternité et suffirait par conséquent à prouver la paternité, puisqu'il s'agit d'une femme mariée et que l'article 312 conclut de la maternité d'une femme mariée à la paternité du mari. Il y aurait seulement lieu à rectification de l'acte, afin d'ajouter le nom du mari [1].

L'acte serait encore probant si la mère était indiquée seulement sous son nom patronymique, sous son nom de fille. Dès que le mariage est prouvé, la maternité qu'établit l'acte est légitime et la paternité du mari en découle. Il y aurait seulement lieu, ici encore, à rectification.

Il faut même aller plus loin. L'acte serait probant si, désignant la mère, il contredisait la paternité du mari, par exemple en qualifiant la mère de non mariée ou de veuve, en disant que l'enfant est né de père inconnu, ou bien en désignant comme père un autre que le mari, auquel cas la situation a mauvaise apparence. Tout cela ne fait rien ; les désignations plus ou moins irrégulières ne modifient pas la situation telle qu'elle est. Or, dès que la maternité est établie à l'égard d'une femme mariée, la paternité l'est par contre-coup ; toute la filiation l'est. Il y a encore lieu à rectification. Tout ce qu'on peut dire, c'est que les irrégularités de l'acte pourront devenir des éléments graves d'appréciation à l'appui d'une demande en désaveu, si on est dans un des cas où le désaveu est possible [2].

II. *Preuve par la possession d'état.*

505. L'article 320 indique qu'il y a lieu d'y recourir à défaut de titre, c'est-à-dire à défaut de l'acte de naissance contenant les indications nécessaires : « A défaut de ce titre, la « possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. »

L'article 321 définit la possession d'état : « La possession « d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indi- « quent le rapport de filiation et de parenté entre un individu

1. Cass. 1er février 1876, D. P. 1876.1.323, Sir. 1876.1.373.
2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 312, nos 6 et suiv.

Source BIU Cujas

« et la famille à laquelle il prétend appartenir. Les princi-
« paux de ces faits sont que l'individu a toujours porté le nom
« du père auquel il prétend appartenir, que le père l'a traité
« comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son édu-
« cation, à son entretien et à son établissement, qu'il a été
« reconnu constamment pour tel dans la société, qu'il a été
« reconnu pour tel par la famille. » Nous avons déjà relevé ces éléments de la possession d'état à propos du mariage[1]. Ils se réduisent à trois : *nomen*, *tractatus*, *fama*. La question revient à savoir si l'enfant a été traité comme le sont habituellement les enfants légitimes.

Ainsi envisagée, la possession d'état peut être regardée comme la plus probante de toutes les preuves. Les éléments d'où elle résulte ont un caractère de continuité, de publicité, qui ne laisse place à aucun doute. C'est la preuve par le fait; or le fait ici implique reconnaissance des père et mère, adhésion de la famille et assentiment du public ; la notoriété ainsi constituée est la plus probante de toutes les preuves.

506. Mais la possession d'état n'a cette force que si elle réunit trois caractères que les textes relèvent.

1° Il faut qu'elle porte à la fois sur la paternité et la maternité, en d'autres termes qu'elle existe au regard de deux auteurs mariés. Ce qui vaut preuve, c'est la possession d'état d'enfant légitime, dit l'article 320. Or il n'y a état d'enfant légitime que si cet état rattache l'enfant à la fois au père et à la mère mariés ; aussi l'article 321 veut que l'enfant ait porté le nom du père, qui est en même temps celui de la mère, et que le père l'ait traité comme son enfant légitime. Il ne suffirait donc pas que la possession d'état existât au regard de la mère seule, ou du père seul ; elle doit exister concurremment au regard des deux. A cette condition seulement elle implique la régularité de la situation et peut être admise comme prouvant la filiation légitime.

2° Il faut qu'elle soit constante, dit l'article 320, en d'autres termes qu'elle apparaisse et se manifeste directement, d'elle-même, d'une façon notoire, permanente et incontestée. Par là se résout la question de savoir si l'intéressé peut être admis à prouver par témoins les faits constitutifs de la possession d'état, c'est-à-dire, d'après l'article 321, « qu'il a
« toujours porté le nom du père auquel il prétend apparte-

1. *Suprà*, tome I, p. 394.

Source BIU Cujas

« nir, que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu « en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son « établissement, qu'il a été reconnu constamment pour tel « dans la société, qu'il a été reconnu pour tel par la fa- « mille ». Le fait seul qu'il aurait besoin de les établir par témoins impliquerait que la possession d'état n'est pas constante. Ce n'est pas à dire que la preuve testimoniale soit exclue à ce propos ; mais les témoins ne peuvent pas être entendus sur les éléments constitutifs ; ils peuvent l'être seulement sur la notoriété de ces éléments, sur leur permanence, en cas de contestation.

3° Enfin, il faut que la possession d'état n'ait eu aucune intermittence. A la rigueur, cela résulte déjà de ce qu'elle doit être constante, d'où l'enfant doit l'avoir eue constamment, d'une manière avérée, sans variations. S'il y a eu des intermittences, les possessions diverses se neutralisent et il n'y a plus une possession vraiment probante. Aussi l'article 321 exige-t-il que l'enfant ait *toujours* porté le nom du père, qu'il ait été reconnu *constamment* dans la société comme l'enfant légitime de ce père.

Si ces trois conditions sont remplies, s'il y a possession d'état d'enfant légitime, constante, sans variations, la preuve est acquise.

III. *Preuve testimoniale sur l'action en réclamation de filiation légitime.*

507. La première phrase de l'article 323 est ainsi conçue : « A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a « été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et « mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par té- « moins. » Si le titre et la possession d'état font défaut, si l'enfant a été inscrit sous un faux nom ou comme né de père et mère inconnus, cela implique que l'enfant a été ou abandonné, ou enlevé, ou dissimulé, quoique légitime.

Le réclamant aura à prouver : 1° le fait de l'accouchement, — 2° son identité avec l'enfant venu au monde. S'il fait cette preuve, de la maternité prouvée l'article 312 conclut à la paternité du mari ; donc la filiation légitime est établie. Aussi le réclamant doit-il mettre en cause les deux auteurs, c'est-à-dire le père et la mère ou leurs représentants.

Source BIU Cujas

508. Ainsi comprise, avec ce résultat éventuel, l'action en réclamation d'état peut être intentée par diverses personnes.

1° Elle peut l'être par l'enfant lui-même, par celui de la filiation duquel il s'agit. On ne peut en douter ; c'est pour lui d'abord que l'action est instituée ; il réclame son état. Nous verrons même plus loin que, quant à lui, l'action est imprescriptible (article 328), car il s'agit moins d'un intérêt pécuniaire que d'un intérêt moral ; il s'agit de son état de famille.

2° Il n'y a pas de raison pour que l'action en réclamation d'état ne puisse pas être intentée par les créanciers de l'enfant, à condition, bien entendu, qu'ils aient un intérêt pécuniaire (article 1166), par exemple dans l'hypothèse où une succession est ouverte, à laquelle leur débiteur serait appelé si son état était reconnu. L'article 323 ne fait aucune distinction. Les créanciers pourraient certainement agir au nom de leur débiteur s'il y avait titre ou possession d'état ; pourquoi n'auraient-ils pas le droit d'agir en réclamation d'état aux termes de l'article 323 ? Cette solution est contestée cependant ; certains auteurs regardent le droit d'agir comme exclusivement attaché à la personne [1].

3° Quant aux héritiers et successeurs de l'enfant, on comprend davantage l'hésitation, si on se place au point de vue législatif. L'action, entre leurs mains, n'a pas toujours les mêmes caractères que dans celles de l'enfant lui-même. Aux mains des descendants de l'enfant, elle a le même caractère ; ils réclament, eux aussi, leur état de famille, le nom et indirectement les droits de succession. Aux mains des collatéraux, il ne s'agit plus que d'un intérêt pécuniaire, d'un intérêt plus éloigné, et deux motifs peuvent faire hésiter à leur donner le droit d'agir.

a) Si l'enfant lui-même a reculé à exercer l'action, il y a certainement inconvénient à ce que des héritiers peut-être éloignés puissent revenir sur la détermination prise par lui.

b) Si de semblables actions sont difficiles à juger quand l'enfant réclame son propre état, quand il invoque des faits relativement récents, elles le sont bien plus encore quand

1. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 309 ; — cpr. Dalloz, *Répertoire*, V° *Etat des personnes*, n° 8. — En sens contraire, voy. Aubry et Rau, VI, p. 17 et 20, — Laurent, *Principes*, III, n° 470.

Source BIU Cujas

c'est un héritier qui agit, quand il réclame non plus son propre état, mais celui de son auteur, d'un ascendant ou d'un autre parent.

D'un autre côté cependant, par l'intermédiaire de l'enfant dont la filiation est douteuse se formeraient, si la filiation était établie, des rapports de parenté et éventuellement des droits de succession. Pourquoi, dès lors, ne pas permettre aux héritiers d'agir ?

La loi, comme elle le fait souvent dans les cas difficiles, a résolu la difficulté par une transaction ; les articles 329 et 330 indiquent dans quelle mesure et sous quelles conditions les héritiers de l'enfant peuvent agir. Ils ne le peuvent, dit l'article 329, que si l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq ans après sa majorité. On peut admettre alors qu'il n'avait pas encore pris parti sur l'opportunité de l'action. Passé ce délai, l'inaction de l'enfant prouve qu'il avait pris le parti définitif de ne pas agir et il ne faut pas permettre aux héritiers de revenir sur la détermination du premier intéressé. L'article 330 ajoute : « Les héritiers peuvent suivre « cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à « moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût « laissé passer trois années sans poursuites, à compter du « dernier acte de la procédure. »

Donc les héritiers de l'enfant peuvent agir ; mais leur droit est limité, restreint. Dans les cas où ce droit existe, ils peuvent agir seulement pendant trente ans ; en effet l'action, que l'article 328 déclare imprescriptible à l'égard de l'enfant, n'est pas déclarée telle à l'égard des héritiers.

Par *héritiers*, il faut entendre ici tous les héritiers de l'enfant, sans distinction, et non pas seulement, comme on l'a soutenu, les héritiers autres que les descendants. Sans doute l'action présente, aux mains des descendants, les mêmes caractères et tend au même but qu'aux mains de l'enfant lui-même ; ils réclament, avons-nous dit, leur état de famille, le nom et indirectement les droits de succession, tandis qu'il ne s'agit, pour les collatéraux, que d'un intérêt pécuniaire. Dès lors, on concevrait que le droit d'agir fût accordé aux descendants de la même manière qu'à l'enfant lui-même, les restrictions qui résultent des articles 329 et 330 ne s'appliquant qu'aux seuls collatéraux. La distinction n'est pas déraisonnable, mais les textes ne la font pas ; or, dans une ma-

Source BIU Cujas

tière de droit étroit, il est impossible de se soustraire à l'application littérale des textes, qui sont généraux et formels[1].

4° L'action peut être intentée par les créanciers des héritiers, dans la mesure où ces derniers peuvent agir (article 1166)[2].

5° Elle peut l'être par le mari de la prétendue mère contre l'enfant, afin de pouvoir le désavouer. Sans cela, la mère, mettant aux mains de l'enfant des preuves de la filiation, que celui-ci ferait valoir après la mort du mari, rendrait le désaveu impossible.

509. Dans tous les cas, quel que soit le demandeur en réclamation d'état, — l'enfant, ses créanciers, ses héritiers, les créanciers de ceux-ci, le mari de la prétendue mère, — la loi, tout en admettant la preuve testimoniale comme subsidiaire, prend quelques précautions contre les abus possibles.

En général, la preuve testimoniale est peu sûre ; la mémoire peut être infidèle, les témoignages non sincères. Cela est toujours vrai et ici plus qu'en toute autre matière. Peut-il être permis au premier venu d'imputer brusquement une maternité ? La filiation légitime, il est vrai, n'est pas compromettante, mais à une condition, c'est qu'elle se présente dans les circonstances normales. Or, quand l'enfant n'a ni titre ni possession d'état, la situation devient singulière, équivoque. L'opinion publique admettra difficilement que l'on ait dissimulé ce qui a été correct. Sans doute l'imputation pourra être reconnue non fondée ; mais la calomnie n'en aura pas moins fait son œuvre. Aussi, tout en admettant, au nom du droit de l'enfant, l'action en réclamation d'état, la loi en subordonne l'exercice à quelques conditions.

Elle n'est recevable que sous les conditions indiquées dans la seconde phrase de l'article 323 : « Néanmoins cette preuve « ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de « preuve par écrit, ou lorsque les présomptions et indices « résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour « déterminer l'admission. »

Il y a là une dérogation au droit commun. D'ordinaire, toutes les demandes sont recevables, sauf au juge à les rejeter si, après examen, elles ne paraissent pas fondées. Ici,

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 329, nos 1 à 4.

2. Demolombe, *op. laud.*, n° 301. Il est remarquable que Demolombe, qui refuse le droit d'agir aux créanciers de l'enfant dont l'état est réclamé, accorde ce droit aux créanciers des héritiers de l'enfant.

Source BIU Cujas

l'action n'est recevable que si le demandeur justifie préalablement de la vraisemblance de sa prétention. L'instance en réclamation de filiation légitime suppose donc nécessairement deux jugements successifs. Le premier admet la demande ; il ne recherche pas encore si elle est fondée, mais constate seulement si les conditions exigées pour qu'elle soit admissible sont remplies ; c'est une garantie contre les actions témérairement intentées. Le second, qui statue au fond, est la décision finale ; le juge apprécie les faits, pèse les témoignages et conclut selon sa conscience.

Pour que la demande soit admissible, il faut qu'il y ait commencement de preuve par écrit, dit l'article 323. Ce commencement de preuve n'établit pas le bien fondé de la prétention du demandeur, mais le rend vraisemblable. L'article 324 indique ce qu'est le commencement de preuve : « Le « commencement de preuve par écrit résulte des titres de « famille, des registres et papiers domestiques du père ou de « la mère, des actes publics et même privés émanés d'une « partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt « si elle était vivante. » Le commencement de preuve est admis ici plus largement qu'ailleurs ; on n'exige pas, en effet, qu'il émane du défendeur, comme l'exige l'article 1347 alinéa 2 en matière d'obligations [1].

Le commencement de preuve par écrit peut être remplacé par des présomptions ou indices graves. On appelle ainsi tout ce qui est de nature à rendre vraisemblable la prétention du demandeur : certains faits de possession d'état insuffisants pour constituer une possession d'état valant preuve, des vêtements ou autres objets de provenance avérée, une ressemblance certaine, etc. C'est en vue de faciliter les constatations de ce genre qu'ont été écrites les prescriptions de l'article 58 : « Toute personne qui aura trouvé un enfant « nouveau-né sera tenue de le remettre à l'officier de l'état « civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés « avec l'enfant et de déclarer toutes les circonstances du « temps et du lieu où il aura été trouvé. Il en sera dressé un

1. Sur le pouvoir d'appréciation des juges du fond en matière de commencement de preuve par écrit, voy. Cass. 25 juin 1877, D. P. 1878.I.262, Sir. 1878. I.217, — Trib. de la Seine 23 novembre 1886, *La Loi* du 6 décembre. Valent commencement de preuve des lettres où il est question de l'enfant, de sa naissance, des soins qui lui ont été donnés, des faits qui ont troublé sa situation et qui expliquent pourquoi il n'a ni titre ni possession d'état, etc.

Source BIU Cujas

« procès-verbal détaillé, qui énoncera en outre l'âge appa-
« rent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés,
« l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal
« sera inscrit sur les registres. »

Les présomptions ou indices ne rendent la preuve testimoniale admissible que s'ils résultent de faits « dès lors constants », c'est-à-dire démontrés sans qu'il soit besoin d'une enquête pour les établir. Cela ne veut pas dire que ces faits, quoique constants, ne pourront pas donner lieu à une enquête ; mais il peut y avoir enquête seulement sur le point de savoir s'ils sont constants, non à l'effet de les établir. La constance des faits, quand elle existera, sera presque toujours avouée par les adversaires ; toutefois il peut arriver qu'elle ne le soit pas et alors il faut bien que les dénégations puissent être combattues par une enquête, car il ne peut pas dépendre du défendeur de nier l'évidence [1].

510. Telles sont les trois preuves possibles de la filiation légitime. Il n'y en a pas d'autres [2] ; notamment il n'y a pas lieu à reconnaissance en matière de filiation légitime et une reconnaissance faite serait sans effet [3].

511. Reste une dernière question. Quelle est l'autorité de ces différentes preuves ? Elle est plus ou moins grande, selon que les preuves admises sont réunies ou isolées.

A cet égard, l'emploi des trois moyens de preuve admis peut amener les cinq combinaisons suivantes. Il peut y avoir : 1° titre et possession d'état conformes, — 2° titre sans possession, — 3° possession sans titre, — 4° titre et possession contraires ; — 5° il peut n'y avoir ni titre ni possession.

Il importe de distinguer ces cinq cas, car l'autorité de la preuve est, dans chacun d'eux, très différente.

1. *Titre et possession d'état conformes.*

512. C'est le cas habituel, de beaucoup le plus ordinaire. Pour qu'il se présente, quatre conditions de fait doivent être remplies. Il faut : 1° que l'acte de naissance soit présenté, —

1. Cpr. *suprà*, p. 158 et 159, ce qui a été dit sur la constance de la possession d'état invoquée comme preuve de la filiation légitime.

2. Voy. cependant ce qui a été dit précédemment à propos de la preuve de la parenté en matière de succession (*suprà*, tome I, p. 228, n° 144).

3. Paris 23 mai 1873, D. P. 1873. II. 161, Sir. 1874. II. 8.

Source BIU Cujas

2° qu'il contienne l'indication du père et de la mère, — 3° que le mariage soit établi, d'où résulte la preuve indirecte de la paternité, — 4° que l'intéressé joigne à tout cela la possession d'état.

513. La situation est alors complètement régulière et normale; la filiation est prouvée deux fois pour une : par le titre et par la possession d'état. La réunion des deux preuves est regardée comme formant une preuve tellement forte que la loi prohibe toute tentative d'en ébranler la portée, d'en annuler l'effet. Les deux preuves se corroborent l'une l'autre ; l'état qui en résulte est inattaquable. Celui qui l'a ne peut prétendre s'en faire attribuer un autre et nul ne peut le lui contester ; en d'autres termes, la coexistence de cette double preuve exclut à la fois toute réclamation et toute contestation d'état (article 322).

Cette règle est manifestement de droit arbitraire. Il se peut qu'elle ait pour conséquence, en pratique, de faire prévaloir l'apparence sur la réalité, car la situation n'exclut pas, en définitive, la possibilité de combinaisons frauduleuses ; elle prouve seulement que les précautions ont été bien prises. Cependant on a regardé comme nécessaire, dans l'intérêt de la paix des familles, qu'il y eût une situation donnant à qui l'occupe sécurité complète ; telle est celle qui résulte de la coexistence d'un titre et d'une possession d'état conformes[1]. La règle s'explique de la même façon que celle qui accepte comme probantes les déclarations de filiation légitime émanant d'un tiers. En fait, ces situations seront presque toujours conformes à la vérité ; dans l'intérêt des familles, la loi les admet comme l'étant absolument.

En conséquence, les adversaires de l'enfant ne seraient pas admis à soutenir que la possession d'état, quoique constante, n'est pas fondée, par exemple en offrant de prouver qu'aucun enfant n'est né du mariage, ou que ceux qui en sont nés sont morts. Ils ne seraient pas admis davantage à attaquer l'acte, soit par l'inscription de faux, en offrant de prouver l'inexactitude des mentions faites par l'officier de l'état civil, soit par la preuve contraire, en offrant de prouver que les déclarations ont été mensongères. Ce serait atta-

1. Sur l'origine de la règle consacrée par l'article 322, voy. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 243.

Source BIU Cujas

quer en détail la situation ; or l'article 322 ne permet de l'attaquer ni dans son ensemble, ni dans ses détails. Dans l'intérêt du repos des familles, les deux preuves sont regardées comme formant un tout inattaquable en lui-même et dans ses parties.

514. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de cette règle, qui est exceptionnelle par elle-même. Pour que l'état soit établi avec une pareille solidité, il faut que les deux preuves, dont le concours a une telle force, soient non contestées quant à leur existence ou établies.

Ainsi les intéressés peuvent certainement contester les faits d'où l'on prétend induire la possession d'état. Quand elle existe, elle a telle valeur. Mais existe-t-elle ? C'est une autre question ; l'article 322 ne défend pas de la poser.

De même les intéressés peuvent contester que l'enfant désigné dans l'acte soit celui qui a la possession d'état, autrement dit contester l'identité ; car, à défaut de cette identité, l'enfant ne peut pas dire qu'il y a titre et possession d'état conformes [1].

Enfin les intéressés peuvent soutenir que l'acte a été falsifié après coup dans le but de le faire concorder avec la possession d'état.

Mais dès que la possession d'état est non contestée ou établie et qu'elle est corroborée par un acte dressé pour l'enfant qui y est désigné, alors l'état est irréfragable. Il en est ainsi même dans l'hypothèse où l'acte de naissance a été dressé mensongèrement après la substitution d'un enfant étranger à l'enfant véritable. En effet, c'est bien alors pour l'enfant substitué que l'acte a été dressé ; la falsification n'empêche pas la possession d'état d'être conforme au titre et l'article 322 est applicable [2].

II. *Titre sans possession d'état.*

515. La situation est manifestement moins régulière que dans l'hypothèse précédente. Elle suppose une certaine perturbation de fait : l'enfant a été abandonné ou enlevé ; par là

1. Paris 31 juillet 1890, D. P. 1891. II. 129 (note de M. de Loynes), Sir. 1892. II. 302.

2. Voy. sur tous ces points Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, nos 224 à 226.

Source BIU Cujas

seulement s'explique qu'il n'ait pas la possession de l'état auquel il a droit d'après son titre.

L'acte de naissance à lui seul fait preuve de la filiation, si d'ailleurs, bien entendu, l'identité n'est pas contestée ou est prouvée. Mais la preuve résultant du seul titre n'est pas irréfragable. La situation en effet est moins nette, moins correcte que quand il y a possession d'état conforme au titre ; la loi est d'accord avec la réalité en n'accordant confiance que jusqu'à preuve contraire.

Donc il peut y avoir lieu à contestation d'état. De même, il peut y avoir lieu à réclamation d'état ; l'enfant, malgré le titre, peut agir pour se faire attribuer un autre état, soutenant mensonger ou non fondé celui qu'il a.

Par application des règles relatives à la force probante des actes de l'état civil, les intéressés devront attaquer l'acte par l'inscription de faux s'ils prétendent contester l'exactitude des faits constatés par l'officier de l'état civil ; la simple preuve contraire suffira s'ils prétendent contester l'exactitude des déclarations faites par les comparants ou déclarants [1].

En résumé, il y a preuve, mais non preuve inattaquable.

III. *Possession d'état sans titre.*

516. La situation, ici encore, n'est pas régulière. Il faut supposer que l'acte de naissance ne contient pas l'indication du père et de la mère, exigée par l'article 55, ou bien, ce qui revient à peu près au même, que l'enfant est indiqué comme né de mère inconnue, ou bien enfin qu'il n'a pas son acte de naissance, ou que cet acte de naissance n'a pas été rédigé.

La possession d'état, même non accompagnée du titre, fait preuve suffisante ; elle prouve à la fois l'accouchement et l'identité. Puisqu'il y a un enfant, il faut bien qu'il y ait eu accouchement ; puisque l'enfant a la possession d'état d'enfant vis-à-vis de telle femme, c'est celle-ci qui est sa mère. Ce qui constate le résultat est regardé en même temps comme constatant le fait initial ; c'est un argument d'effet à cause par voie d'induction.

La possession d'état prouve donc la maternité. Seulement, ici encore, attendu qu'elle existe seule, sans titre la corrobo-

1. *Suprà*, tome I, p. 216 et suiv.

Source BIU Cujas

rant, elle ne fait pas preuve irréfragable. Quoique reconnue constante, elle peut être attaquée comme non fondée. Les adversaires de l'enfant sont admis à prouver, par exemple, qu'aucun enfant n'est né du mariage, ou que les enfants nés sont décédés. L'enfant de son côté peut réclamer un état autre que celui que lui attribue sa possession, sauf bien entendu à en justifier.

IV. *Titre et possession d'état contraires.*

517. L'hypothèse suppose un trouble exceptionnel de situation. L'enfant, quoique l'acte de naissance ait été rédigé et bien rédigé, a été perdu, abandonné ou enlevé, puis recueilli par d'autres que ses parents ; il a acquis, auprès de ceux qui l'ont recueilli, une possession d'état qui ne correspond pas à son titre, qui est contraire au titre. Qu'adviendra-t-il le jour où la situation sera dévoilée ?

Le titre prévaut. La décision, qui ne fait pas doute sérieux, est rationnelle. Si le titre est présenté et que l'identité de celui qui s'en prévaut avec celui qui y est dénommé soit établie, la possession d'état apparaît comme usurpée, en tout cas comme dénuée de fondement ; alors il ne reste que le titre, qui fait preuve.

V. *Il n'y a ni titre ni possession d'état.*

518. L'enfant n'a, en fait, ni nom, ni famille connus. S'il prétend établir sa filiation, il n'a qu'un moyen : la preuve testimoniale, sous les conditions qui ont été relevées précédemment. C'est l'hypothèse prévue par la première phrase de l'article 323.

519. Au point où nous en sommes, il apparaît que la preuve testimoniale, en matière de filiation légitime, peut être employée dans quatre buts différents. Elle peut servir : 1° à reconstituer les actes de naissance ou de mariage, dans l'hypothèse où les registres de l'état civil n'ont pas été tenus ou sont détruits (article 46) [1], — 2° à prouver l'identité dans le cas où l'accouchement n'est pas contesté ou est établi, — 3° à

1. *Suprà*, tome I, p. 224 et suiv.

Source BIU Cujas

constater la notoriété qui constitue la possession d'état. — 4° à établir le fait de l'accouchement quand l'acte de naissance n'est pas représenté, objet spécial de l'action en réclamation d'état.

Il est fort important de séparer ces diverses applications. Dans les trois premiers cas, en effet, la preuve testimoniale est admise *de plano*, sans conditions préalables ; dans le quatrième, au contraire, quand il s'agit de faire la preuve dans le but de prouver directement l'accouchement, la loi prend les précautions qui sont énoncées par la seconde phrase de l'article 323.

520. Finalement, en matière de filiation légitime, trois preuves sont autorisées, et cinq combinaisons sont possibles quant à l'emploi de ces preuves. Dans tous les cas, la preuve fournie établit la filiation au regard de deux auteurs mariés ; en effet elle établit directement la maternité et indirectement la paternité (article 312), sous réserve toutefois de désaveu par le mari ; si le désaveu est admis, la filiation reste établie au regard de la mère et cesse de l'être au regard du mari.

Cela nous conduit au troisième point à traiter en ce qui concerne le système de la filiation légitime ; après avoir indiqué quand la filiation est légitime et comment elle se prouve en la supposant telle, il faut s'occuper du désaveu de paternité.

§ 3. — Du désaveu de paternité.

521. Il en est traité dans le chapitre I (articles 312 à 318), auquel il faut joindre l'article 325.

Nous n'avons plus à revenir sur la portée de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (article 312 alinéa 1) ; elle conclut de la maternité d'une femme mariée à la paternité du mari de celle-ci. Quant aux motifs qui expliquent la règle, nous les avons suffisamment indiqués. Elle concorde avec les probabilités de fait ; vu la cohabitation, qui est le fait et le droit, on ne peut que présumer la paternité du mari. Elle répond aux nécessités morales ; la fidélité de la femme, qui explique la paternité du mari, doit être supposée. Nous n'avons plus, à ce propos, qu'une seule question à résoudre : la présomption peut-elle être combattue ? C'est l'objet du désaveu.

Désaveu, désaveu d'enfant, désaveu de paternité : on dé-

Source BIU Cujas

signe ainsi l'action par laquelle le mari décline la paternité de l'enfant dont sa femme est accouchée et vient faire juger qu'il n'est pas le père. Il a été admis de tout temps que c'est une action dont l'exercice doit être réglé avec beaucoup de prudence, car elle est extrêmement grave et dangereuse. Elle l'est pour la femme, dont elle risque de compromettre, d'une façon peut-être irrémédiable, la réputation, si elle est intentée à tort. Elle l'est pour le mari, dont elle aigrit les griefs, imaginaires ou réels, par la publicité. Elle l'est enfin pour la famille entière, dont elle ne peut manquer de troubler profondément le repos.

Le désaveu implique l'infidélité de la femme. Cette infidélité touche à ce qu'il y a de plus irritable chez l'homme ; l'emportement et la précipitation sont particulièrement à redouter. Il faut éviter que le mari n'écoute trop vite le premier soupçon qui lui traverse l'esprit et ne cède au premier mouvement de doute. D'un autre côté cependant, il faut bien lui laisser une certaine latitude, car on ne peut pas lui imposer, au nom et pour l'honneur d'une présomption juridique, quelque fondée qu'elle soit, des enfants qui ne sont pas de lui. La conciliation des intérêts en présence est difficile. Pour y satisfaire au mieux, la loi règle la matière du désaveu à deux points de vue ; elle détermine rigoureusement et restrictivement : 1° dans quels cas il peut y avoir lieu à désaveu, — 2° par quelles personnes et dans quel délai l'action peut et doit être intentée.

I. *Dans quels cas il peut y avoir lieu à désaveu.*

522. La règle *Pater is est* est au premier chef une présomption d'ordre public ; elle ne tombe que devant des preuves positives ou du moins très pertinentes. Le mari a, pour la faire tomber, une latitude plus ou moins grande selon la manière dont la filiation est établie, selon qu'elle l'est par l'une ou l'autre des trois preuves dont la loi autorise l'emploi. Une distinction doit être faite, à cet égard, entre le cas où la filiation est établie par l'acte de naissance ou par la possession d'état, soit réunis, soit séparés, et le cas où la filiation est établie par témoins sur l'action en réclamation d'état. Les deux hypothèses, au point de vue du désaveu, sont très différentes.

Source BIU Cujas

A

523. Supposons que la filiation est prouvée, ou par l'acte de naissance, ou par la possession d'état, soit séparément, soit cumulativement. La loi se montre alors très circonspecte, très rigoureuse, parce que la situation est d'apparence absolument correcte et par conséquent la non-paternité du mari bien invraisemblable. Non seulement la loi n'admet que le désaveu justifié, ce qui va de soi, mais elle limite restrictivement les cas dans lesquels il peut être proposé, les causes qui permettent de l'admettre. Les cas où le désaveu est recevable sont au nombre de quatre seulement.

1er cas de désaveu.

524. Il est indiqué par l'article 312. C'est le désaveu pour impossibilité physique de cohabitation. Le texte suppose que la conception a eu lieu pendant le mariage, en d'autres termes que la naissance est survenue plus de cent quatre-vingts jours après la célébration, ou moins de trois cents jours après la dissolution. Cela résulte du premier alinéa. Le second ajoute : « Néanmoins celui-ci (le mari) pourra « désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui « a couru depuis le trois-centième jusqu'au cent quatre-« vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, « soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque « accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec « sa femme. » En résumé, il y a lieu à désaveu quand le mari établit l'impossibilité de tout rapport entre la mère et lui pendant la période où, étant donné la date de la naissance, se place la conception.

Il est clair alors que la règle *Is pater est* est démentie par les faits et doit cesser de s'appliquer, en d'autres termes que l'action en désaveu est recevable. Le résultat, quant à l'enfant, si la preuve des faits est fournie, est fort simple. Sa filiation reste établie à l'égard de la mère ; comme il n'est pas l'enfant du mari, il est celui d'un autre et par conséquent enfant adultérin.

525. La règle est simple et logique. Quant à l'application, le doute ne peut porter que sur un point : celui de savoir quand il y a impossibilité suffisante de cohabitation pour qu'on puisse en induire la non-paternité du mari. Le texte, à cet

Source BIU Cujas

égard, est formel ; il exige une impossibilité physique résultant d'éloignement ou d'accident.

α) *Eloignement.* — Ce n'est pas une question de distance, mais une question de possibilité ou d'impossibilité de rapprochement. La loi ne détermine pas le caractère que doit présenter l'éloignement pour qu'on puisse en induire qu'il y a eu vraiment impossibilité de communication ; ce point est abandonné à l'appréciation souveraine des juges du fait. Les époux vivent l'un à Marseille, l'autre à Lille ; cela peut ne rien prouver, avec la facilité des communications. Ils sont tous deux dans la même ville, mais l'un d'eux est détenu ; l'impossibilité de cohabitation sera suffisamment établie s'il est prouvé que l'époux détenu n'est pas sorti du lieu de la détention et que l'autre n'y a pas pénétré [1].

β) *Accident.* — La loi fait allusion par ce mot à l'impuissance accidentelle, susceptible de constatation extérieure et résultant d'une blessure, d'une opération chirurgicale.

Peu importe que ces causes, qui rendent la paternité impossible, soient antérieures ou postérieures au mariage. On a contesté ce point et prétendu que l'impuissance accidentelle n'est une cause de désaveu que si elle est postérieure au mariage. Etrange interprétation, qui aboutit à imposer au mari une paternité démentie par l'évidence. De ce qu'il a trompé celle qu'il a épousée, il ne résulte pas qu'il faille considérer comme légitime un enfant qui ne l'est pas. On a dit qu'on lui inflige la paternité comme punition de sa faute. La paternité devenant une peine, maintenue à ce titre malgré l'évidence, cela paraît assez singulier. Il n'y a pas que le mari et la femme en cause ; il y a toute la famille, à laquelle on imposerait un enfant qui n'en fait pas partie [2].

On s'est demandé si le mot *accident* doit s'entendre d'une maladie ? Pourquoi pas, s'il en résulte une impossibilité évidente, certaine, absolue, comme celle qui résulte d'une paralysie caractérisée et prouvée ? Ce que l'article 312 a voulu exclure, c'est seulement l'allégation d'une impuissance

1. Paris 5 mars 1853, D. P. 1854. II. 165, Sir. 1854. II. 122, — Alger 12 novembre 1866, D. P. 1867. II. 127, — Trib. de Gap 3 janvier 1882, *Le Droit* du 21 septembre.

2. Valette, *Explication sommaire*, p. 170, — Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 38, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 312, n° 36, article 313, n° 2.

Source BIU Cujas

naturelle, résultant d'un vice interne de conformation : « Le « mari, dit l'article 313, ne pourra, en alléguant son impuis- « sance naturelle, désavouer l'enfant... » Pareille impuissance serait assurément une cause péremptoire de désaveu s'il était possible d'en établir la réalité ; mais aucune constatation probante n'est possible à cet égard. L'ancien droit permettait de recourir à des épreuves dont on a dit très justement qu'elles étaient aussi ridicules que scandaleuses [1] ; les rédacteurs du Code ont été bien inspirés en rompant avec la tradition. Désormais l'impuissance ne peut être alléguée comme cause de désaveu que si elle résulte d'un accident susceptible de constatation extérieure [2].

526. L'éloignement ou un accident sont donc les seules causes qui puissent être alléguées comme ayant rendu la cohabitation impossible. Aucune autre allégation ne serait recevable. L'impossibilité morale résultant d'une antipathie avérée, de répugnances manifestes et connues, ne serait pas admise, quelque plausible qu'elle fût ; entre époux, sauf impossibilité de rapprochement par suite d'éloignement ou d'accident, l'absence de relations est impossible à démontrer. L'aveu même et la reconnaissance de la mère ne seraient pas admis. Ce serait en vain que, sur l'action intentée, elle avouerait ou attesterait l'absence de toute relation avec le mari à l'époque de la conception ; l'aveu, en pareille matière, n'est pas probant. D'abord qui dit que l'aveu est libre ? S'il est libre, qui dit qu'il est sincère ? Il faut, en ces matières, prendre garde de se laisser entraîner par les apparences ; les dissimulations sont toujours à redouter. Ainsi une femme a brisé avec son mari ; pour rester maîtresse de l'enfant, afin qu'on le lui laisse, elle sacrifie son honneur et dit publiquement au mari que l'enfant n'est pas de lui. Est-ce ou n'est-ce pas vrai ? Il y a, dans les complications de ce genre, des questions que la loi se refuse à laisser poser, parce que toute vérification serait impossible.

2e cas de désaveu.

527. C'est le désaveu à raison de ce que la conception est antérieure au mariage, ou, plus exactement, de ce que l'enfant est né avant le cent quatre-vingtième jour qui suit la

1. Valette, *Explication*, p. 169.
2. Cpr. *suprà*, tome I, p. 303 et suiv.

Source BIU Cujas

célébration du mariage. Ce qui motive et justifie la règle *Is pater est*, c'est la cohabitation et la présomption de fidélité de la femme, qui s'impose à moins de preuve contraire. Or les deux fondements de la règle disparaissent si la conception remonte à une époque où le mariage n'existait pas encore. L'enfant naît légitime, avons-nous dit, mais sa légitimité est fragile ; elle s'évanouit par le désaveu du mari. Le droit du mari résulte *a contrario* de l'article 314 ; en effet, cet article lui retire ce droit dans trois cas, ce qui implique qu'il le possède dans tous les autres.

528. Ces trois cas, dans lesquels le mari ne peut pas désavouer l'enfant, quoique conçu avant le mariage, sont les suivants.

α) « S'il a eu connaissance de la grossesse avant le ma« riage ». On ne peut pas admettre qu'un homme épouse sciemment une femme qu'il sait enceinte des œuvres d'un autre. S'il l'épouse la sachant enceinte, c'est qu'il entend réparer une faute et reconnaît par là sa paternité. Dans ce cas, la fin de non-recevoir est opposée au désaveu du mari par l'enfant ou par la mère. S'il y a contestation, c'est une question de fait que les tribunaux tranchent.

β) « 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 ». Même ordre d'idées ; ces faits impliquent, de la part du mari, reconnaissance de la paternité. Il sait mieux que personne à quoi s'en tenir ; s'il assiste et participe à la rédaction de l'acte de naissance, soit comme déclarant, soit comme témoin, et qu'il signe, c'est un aveu suffisant de paternité.

γ) « Si l'enfant n'est pas déclaré viable ». L'enfant non viable est celui qui n'est pas conformé de manière à vivre par lui-même, qui n'a eu qu'une existence embryonnaire, n'a vécu que par la mère et non par lui-même. La non-viabilité de l'enfant atteste une perturbation physiologique ; alors il n'y a plus rien à induire de l'anticipation de la naissance. Malgré l'accouchement précoce, il peut se faire que la conception ait eu lieu après le mariage ; il n'est plus prouvé qu'elle ait eu lieu avant.

529. Dans ces trois cas, l'article 314 retire au mari le droit de désaveu. Dans tous les autres, l'action en désaveu est ouverte, et, pour réussir, il suffit au mari d'établir que la conception est antérieure au mariage, ce qui résulte de la seule

Source BIU Cujas

date de la naissance. On exprime ordinairement cela en disant que le désaveu, dans ce cas, est péremptoire, en d'autres termes que la paternité du mari et par suite la légitimité de l'enfant tombent sur la seule dénégation du mari ; l'enfant n'est pas illégitime, mais il le devient dès et par cela seul que le mari le veut. Il n'y a pas besoin d'autre motif que celui qui résulte de la date de la naissance comparée à celle du mariage [1].

La règle est rationnelle. En effet, si l'article 312 conclut de la maternité d'une femme mariée à la paternité du mari, c'est (nous l'avons dit bien des fois déjà) pour deux raisons : la cohabitation des époux rend vraisemblable la paternité du mari, et le devoir de fidélité doit être supposé rempli jusqu'à preuve contraire. Mais ces considérations n'ont de valeur et la conclusion qu'on en tire ne doit être acceptée qu'autant que la conception remonte à une époque où les devoirs de cohabitation et de fidélité avaient commencé pour les époux, c'est-à-dire à une date postérieure au mariage. Tel n'est pas le cas ici. La légitimité n'est acquise à l'enfant que de l'aveu du mari ; aussi le désaveu de celui-ci est péremptoire.

530. Si l'action en désaveu aboutit, le résultat, quant à l'enfant, est très apparent. Désavoué, il est étranger au mari ; mais la maternité reste prouvée, puisque c'est précisément à raison de cette maternité que l'action a été intentée ; de sorte que l'enfant reste enfant naturel et simplement naturel de la femme. Le père est inconnu, à moins qu'il ne se fasse connaître ; il le peut, car l'enfant n'est pas adultérin, mais naturel simple : en effet, bien qu'il soit né pendant le mariage, il a été conçu avant.

531. Tel est l'article 314. Réduit à ces termes, il est fort simple. Cependant il a soulevé dans l'application de nombreuses questions, notamment les trois que voici.

532. La première est de savoir si l'antériorité de la conception par rapport au mariage, qui explique et motive le désaveu, peut être prouvée autrement que par le calcul tiré de la durée légale des grossesses. L'article 314 prévoit le cas où l'enfant naît avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, ce qui prouve que l'enfant a été conçu

1. Cass. 28 juin 1869, D. P. 1869. I.335, Sir. 1869.I.446, — Trib. de Bar-le-Duc 28 février 1862, D. P. 1862.III.57.

Source BIU Cujas

avant le mariage, puisque, dans le système du Code, la durée minima de la gestation est de cent quatre-vingts jours ; l'article 314 autorise alors le désaveu, sauf dans les trois cas qu'il indique. Mais l'antériorité de la conception peut-elle être établie autrement et, si elle l'est autrement, y aura-t-il lieu à désaveu, au désaveu péremptoire de l'article 314 ?

L'hypothèse s'est présentée, notamment en 1879, devant le tribunal de Toulouse. Il s'agissait d'un enfant né le cent quatre-vingt-dixième jour du mariage, donc à une date permettant de placer la conception pendant le mariage ; l'article 314 n'était pas applicable. Mais la situation se compliquait de deux éléments. D'une part, les hommes de l'art affirmaient, après examen fait immédiatement après la naissance, que l'enfant était venu complètement à terme, c'est-à-dire deux cent soixante-dix jours ou neuf mois après la conception, ce qui reportait la conception avant le mariage ; d'où question de savoir si cette conclusion de fait pouvait prévaloir contre les présomptions de la loi. D'autre part, ce qui est infiniment plus grave, une lettre de la mère, dont ni l'écriture ni la date n'étaient déniées, contenait l'aveu que la femme était enceinte avant le mariage d'un autre que le mari ; d'où question de savoir dans quelle mesure cette déclaration pouvait être regardée comme probante.

Au nom du mari, on plaidait naturellement que l'antériorité de la conception relativement au mariage peut être établie autrement que par la présomption de l'article 314. La thèse est inadmissible. Que le système de la loi soit bon ou mauvais, c'est celui qu'elle a adopté. Or l'article 314 n'autorise pas le désaveu, d'une manière générale, quand la conception est antérieure au mariage ; il l'autorise dans un cas spécial, quand la naissance a lieu avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. On insistait surtout sur la lettre de la mère ; comment continuer, disait-on, à regarder le mari comme le père, alors que la mère reconnaît qu'il ne l'est pas ? Assurément cela est grave ; mais, en pareille matière, il faut prendre garde de se laisser entraîner par les apparences ; nous l'avons déjà dit à propos de l'article 312, à propos du désaveu pour impossibilité de cohabitation. L'aveu de la mère peut n'être pas libre et, s'il est libre, n'être pas sincère. D'ailleurs, il ne faut pas oublier qu'en allant trop loin dans la protection

Source BIU Cujas

on encourage, en quelque sorte, les imprudences ; chacun doit savoir qu'il ne faut pas compter sur la loi pour se tirer d'un mauvais pas que la prévoyance peut éviter. Il est bien rare, quand ces situations étranges se présentent, qu'il n'y ait pas eu faute ou au moins imprudence des parties. Dans l'espèce, le mariage s'était fait dans des conditions singulières. Le mari habitait Paris ; on lui offre un mariage par lettre ; il se rend là où habite la future épouse ; en quinze jours, le mariage est conclu et contracté. Deux mois après survient la rupture, et la femme accouche cinq autres mois plus tard. L'article 314 n'est pas applicable. C'est en effet ce qui a été jugé [1]. Le mari ne peut s'étonner qu'on lui dise : tant pis pour vous ; il y a une limite au delà de laquelle la loi n'intervient pas ; que chacun se protège.

533. La seconde question est la suivante. Le désaveu, par application de l'article 314, n'est admis que sous réserve de trois cas. Dans ces trois cas, le désaveu redeviendrait-il possible, non plus par application de l'article 314, mais par application de l'article 312, si le mari établissait l'impossibilité physique de cohabitation à l'époque où se place la conception? La naissance a lieu avant le centquatre-vingtième jour du mariage. Le mari est dans un des cas où, d'après l'article 314, le désaveu n'est pas possible; par exemple il connaissait la grossesse. Mais, tout en ayant su la femme enceinte lors du mariage, il était mal instruit de l'âge de la grossesse ; la naissance survenant, il établit, étant donné la date de cette naissance, que la conception remonte à un moment où, par suite d'éloignement, il y a eu impossibilité de cohabitation entre lui et la mère. Le désaveu est-il possible ? La Cour de cassation a jugé que non le 28 décembre 1869 [2].

Voici quels étaient les faits. Un individu revient de lointains pays ; à la suite de relations établies aussitôt après son retour, sur la déclaration de la femme qu'elle est enceinte, il se marie. L'accouchement survient plus promptement que ne le pensait le mari ; en supputant les dates, il voit que la conception se place à un moment où il était en Amérique. Peut-il désavouer? Non, décide l'arrêt de 1869.

La solution est bien rigoureuse. Aux termes de l'article 312,

1. Trib. de Toulouse 24 février 1879, *Le Droit* du 27 février.
2. D. P. 1870 I.145 (note de M. Ch. Beudant), Sir. 1870.I.253.

Source BIU Cujas

ce serait une cause de désaveu contre l'enfant conçu pendant le mariage. Comment n'en serait-ce pas une contre l'enfant conçu avant, dont la situation est moins bien établie et beaucoup plus fragile ? La Cour s'est décidée par des arguments de texte. Le désaveu, dit-elle, n'est pas possible aux termes de l'article 314, car le mari était dans un cas où cet article écarte le désaveu ; il ne l'est pas aux termes de l'article 312, car ce texte suppose un enfant conçu pendant le mariage. On peut soutenir que cela n'est pas concluant. L'article 314 n'est pas applicable, car il ne vise que le désaveu par suite de la seule antériorité de la conception ; mais l'article 312 est applicable *a fortiori*. La valeur juridique de la décision consacrée par l'arrêt de 1869 est très contestable.

534. La troisième question est plus importante en pratique et s'est présentée plus souvent ; elle est de savoir, en dehors de toute éventualité de désaveu, quelle est au juste la condition de l'enfant conçu avant le mariage et né pendant.

Jusqu'ici, nous l'avons considéré comme légitime ; c'est la conséquence de la formule que nous avons adoptée au début et cela résulte d'ailleurs suffisamment de l'article 314 : du moment qu'il peut être désavoué dans certains cas, il est légitime et le reste quand il n'est pas désavoué.

Mais ce résultat peut se comprendre de deux manières et c'est là que la difficulté apparaît. La question se pose de savoir s'il est légitime à proprement parler, légitime d'origine, ou seulement légitimé, c'est-à-dire devenu légitime par l'effet du mariage survenu pendant la grossesse.

Si l'enfant était né avant le mariage, auquel cas il eût été assurément naturel de naissance, il aurait pu devenir légitime par la légitimation. Il aurait fallu pour cela deux conditions : d'abord une reconnaissance, afin que la filiation fût établie, puis le mariage subséquent des père et mère ; la position des père et mère étant régularisée, la loi ferme les yeux sur l'irrégularité antérieure (article 331).

Cela dit, revenons à l'enfant qui est seulement conçu lors du mariage de ses auteurs. Il naît légitime. On peut admettre qu'il le devient parce qu'il est légitimé grâce au mariage subséquent ; seulement la légitimation se produirait ici d'une façon particulière en la forme ; la reconnaissance, au lieu d'être expresse, conformément au droit commun, serait ta-

Source BIU Cujas

cite et résulterait de ce que le mari se reconnaît le père en n'usant pas du droit qu'il a de désavouer l'enfant.

A ne considérer que la réalité des choses, l'enfant dont il s'agit n'est que légitimé, car il a été enfant naturel pendant l'intervalle entre la conception et la naissance. Mais la loi entend-elle le traiter comme tel ou comme un enfant légitime ?

535. Au premier abord, on ne voit pas l'intérêt de la question ainsi posée. Qu'importe en effet ? Finalement l'enfant est légitime ; n'est-il pas indifférent qu'il le soit d'origine, ou par suite d'une légitimation qui se produit avant sa naissance ? Il importe quelquefois. Selon le point de vue qu'on adoptera, plusieurs questions de détail seront diversement résolues. A propos de quelques-unes, la jurisprudence admet la solution que nous avons jusqu'ici supposée, savoir que l'enfant est légitime d'origine ; à propos d'autres, elle recule, parce que les conséquences apparaissent comme trop graves, et elle le regarde seulement comme légitimé.

La question se pose dans quatre cas, qui sont autant d'applications de la controverse.

536. La **première application** se réfère à une question de preuve. La preuve de la filiation diffère selon qu'il s'agit d'une filiation légitime ou naturelle ; la filiation légitime s'établit par l'acte de naissance (article 319), au lieu que l'indication du nom des père et mère dans cet acte ne suffit pas à établir la filiation naturelle. Quels modes de preuve peuvent être invoqués pour établir la filiation de l'enfant conçu avant le mariage et né après ? Aucun doute sérieux n'a jamais été élevé à ce propos ; on n'a jamais hésité à considérer l'enfant qui est dans le cas de l'article 314 comme légitime en ce qui concerne la preuve de la filiation. Il naît légitime ; son acte de naissance sera dressé comme celui d'un enfant légitime et cet acte prouvera la filiation ; il n'y a pas place ici pour la reconnaissance [1].

537. La **seconde application** est autrement grave. Si l'enfant, qui est dans le cas de l'article 314, n'est légitime que par la légitimation résultant du mariage de ses père et mère survenu pendant la grossesse, on ne devra pas le regarder comme légitime, quoique né en mariage, s'il y a quelque circonstance mettant obstacle à la légitimation.

538. Deux hypothèses sont à prévoir.

1. Poitiers 19 juillet 1875, D. P. 1876. II. 28, Sir. 1876. II. 161.

Source BIU Cujas

A. L'article 331, qui pose le principe de la légitimation par mariage subséquent, exclut du bénéfice de la légitimation les enfants incestueux ; on peut légitimer les enfants naturels simples, non ceux dont la filiation est la suite de l'inceste.

Cette règle étant indiquée, supposons le cas suivant. Deux personnes, parentes au degré où la loi prohibe le mariage tout en admettant la possibilité de dispenses, obtiennent des dispenses et se marient. La femme accouche avant le cent quatre-vingtième jour qui suit la célébration du mariage, par exemple un mois après ; de la supputation des délais il résulte que la conception remonte à une époque antérieure à l'obtention des dispenses. L'enfant est-il légitime ? Si on le regarde comme légitime d'origine, sa situation est réglée exclusivement par l'article 314, qui le couvre ; il est légitime tant qu'il n'est pas désavoué par le mari, qui peut le désavouer à moins d'être dans un des cas indiqués par l'article 314. Au contraire, si on regarde l'enfant comme légitimé, l'article 314 ne le couvre plus ; la légitimation n'a pas pu se produire, puisque l'article 331 en refuse le bénéfice aux enfants incestueux.

Sur la question ainsi posée, la pratique est absolument fixée ; elle n'hésite pas à admettre que l'article 314 reste applicable. Quand les auteurs sont mariés et que la naissance est postérieure au mariage, il n'y a rien à rechercher de plus ; la dispense est regardée comme ayant levé rétroactivement l'obstacle résultant de la parenté. Donc l'enfant n'est pas seulement légitimé ; il est légitime et il le reste, à moins de désaveu dans les termes de l'article 314 [1].

B. Modifions l'hypothèse et, quoique la question reste la même, nous allons constater une solution opposée.

L'article 331 n'exclut pas seulement du bénéfice de la légitimation les enfants incestueux, mais en outre les enfants adultérins. Supposons l'hypothèse suivante. Un homme veuf se remarie très peu de temps après la dissolution de son mariage, deux mois par exemple après la mort de sa première femme. La femme qu'il épouse est enceinte lors du mariage ; il le sait et elle accouche peu après, un mois par exemple après la célébration du mariage. L'enfant est-il légitime ? L'article 314 est-il applicable ?

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 331, nos 20 à 24.

Source BIU Cujas

Oui, disent ceux qui le regardent comme légitime de naissance. En effet, aux termes de l'article 314, il ne peut pas être désavoué ; donc il est légitime. Toutes les fois que la naissance a lieu en mariage, on ne cherche rien de plus ; l'enfant est légitime tant qu'il n'est pas désavoué. Non, disent ceux qui le regardent comme n'étant légitime que par une légitimation ; en effet, la légitimation n'est pas possible dans ce cas (article 331). Si on le répute enfant du mari de la mère, il sera adultérin, puisqu'à l'époque de la conception le père était engagé dans les liens d'un autre mariage. L'enfant étant né trois mois après la dissolution du premier mariage, il ne peut pas être légitimé.

C'est ce dernier système que consacre la Cour de cassation ; elle regarde l'enfant comme n'étant pas légitime, mais légitimé [1]. En effet, dit-elle, le système de la légitimité d'origine est condamné par ses conséquences ; on recule à admettre que l'enfant né de relations adultérines puisse devenir légitime parce que la femme du père est décédée de manière à rendre possible un mariage avec la mère.

539. En résumé, la jurisprudence, selon les espèces, regarde l'enfant tantôt comme légitime, tantôt comme n'étant pas légitime, mais seulement légitimé.

Il y a bien une difficulté : c'est que les deux décisions sont contradictoires. L'article 331 exclut du bénéfice de la légitimation les enfants adultérins et incestueux. On n'applique pas l'exclusion quand il s'agit d'enfants nés de relations incestueuses, une dispense survenant, parce que, dit-on, il s'agit non d'un enfant légitimé, mais d'un enfant légitime et que l'article 314 le couvre. On l'applique, au contraire, quand il s'agit d'enfants nés de relations adultérines, parce que, dit-on, il s'agit là d'un enfant légitimé, non d'un enfant légitime ; d'où l'article 314 ne le couvre pas et il faut recourir à l'article 331. La logique n'est pas satisfaite, mais les convenances sociales le sont.

Finalement, l'enfant dont parle l'article 314 est légitime, sauf que, dans un cas, on recule devant les conséquences de l'idée.

540. Passons à une **troisième application** de la controverse, à une nouvelle question qui sera autrement résolue selon

1. Cass. 28 juin 1869, D. P. 1869.1. 335, Sir. 1869.1. 446.

Source BIU Cujas

que l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage sera considéré comme légitime ou légitimé.

Quand un enfant naturel, conçu et né hors mariage, est reconnu par ses père et mère, puis légitimé par leur mariage subséquent, tous les intéressés sont admis à contester comme frauduleuse la reconnaissance, préliminaire indispensable de la légitimation, ce qui fait tomber la légitimation (article 339). Il ne dépend pas de la volonté des personnes de créer des rapports de filiation qui n'ont pas de réalité. Sans doute il ne suffirait pas d'alléguer que le mari n'est pas le père ; il doit savoir mieux que quiconque à quoi s'en tenir, et, s'il a reconnu l'enfant en épousant la mère qu'il sait enceinte, les tiers n'ont rien à dire. Mais, s'ils ne peuvent pas contester la reconnaissance en tant que non fondée, ils peuvent l'attaquer en tant qu'impossible, par exemple en établissant qu'il y a eu impossibilité physique de cohabitation entre les prétendus auteurs à l'époque où se place la conception. Ce sont toutes règles admises sans conteste lorsqu'il s'agit d'enfants conçus et nés avant le mariage de leurs auteurs [1]. Doivent-elles être suivies en ce qui concerne l'enfant dont s'occupe l'article 314, celui qui a été conçu avant le mariage et qui naît pendant le mariage ? Les deux interprétations connues de l'article 314 se retrouvent en présence.

Si l'enfant né pendant le mariage et conçu avant n'est qu'un enfant légitimé, la légitimation a eu lieu à la suite d'une reconnaissance tacite, résultant de la connaissance que le mari a eue de la grossesse avant le mariage ; il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer les règles relatives à la reconnaissance des enfants naturels, spécialement l'article 339. La reconnaissance tacite ne peut pas avoir plus de force que la reconnaissance formelle ; il faut admettre tous les intéressés à l'attaquer.

Si, au contraire, l'enfant naît légitime, toute idée de légitimation disparaît, comme aussi toute idée d'une reconnaissance tacite préalable, que les intéressés pourraient attaquer par application de l'article 339.

La question a été tranchée dans ce dernier sens par un arrêt de la Cour de Poitiers en date du 19 juillet 1875 [2]. La

1. Voy. *infrà*, n° 573.
2. D. P. 1876.II.28.

Source BIU Cujas

Cour de cassation n'a pas encore été appelée à se prononcer ; mais il est facile de prévoir qu'elle se prononcerait contre la possibilité d'appliquer l'article 339, en d'autres termes qu'elle se rangerait à l'idée d'après laquelle l'enfant de l'article 314 naît légitime. Ce qui permet de le prévoir, c'est un arrêt déjà cité du 28 décembre 1869 [1], d'après lequel le mari ne peut pas désavouer l'enfant né dans les conditions de l'article 314 en prouvant qu'il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec la mère durant la période de temps correspondant à la conception. Si le père est considéré comme non recevable à contester la légitimité de l'enfant, à plus forte raison en serait-il de même des tiers. Cela revient à dire que l'enfant est légitime, ce qui est en contradiction avec la jurisprudence des deux arrêts de cassation du 28 juin 1869 [2].

541. Enfin la **quatrième application** de la controverse est relative à une hypothèse de succession.

Si on regarde l'enfant qui est dans le cas de l'article 314 comme légitimé, il n'est légitime que depuis le mariage, à la date du mariage qui a produit la légitimation ; la légitimation prend l'enfant à l'époque où elle se produit (article 333). Si on le regarde comme légitime d'origine, il l'aura toujours été ; la légitimité couvre l'enfant dès qu'il existe.

Cela dit, supposons les faits suivants. Une femme a un fils d'un premier mariage et se remarie étant enceinte. Quelques mois avant, à une date postérieure à la conception mais antérieure au mariage, le fils du premier mariage était mort. L'enfant dont la femme accouche ensuite a-t-il droit à la succession de son frère prédécédé ?

Pour saisir la question, il faut savoir qu'il suffit d'être conçu pour succéder (article 725) et que les frères légitimes succèdent entre eux, mais que les frères naturels ne succèdent pas à leurs frères légitimes (articles 750 et 766).

Si l'enfant dont la femme était enceinte lors du mariage, n'est que légitimé, il n'était qu'enfant naturel lors de la mort de son frère ; donc il ne lui succèdera pas. Si, au contraire, on le regarde comme légitime d'origine, il se trouve rétroactivement, vu le mariage survenant, avoir été légitime lors de la mort du frère ; donc il lui succèdera.

1. D. P. 1870.I.145 (note de M. Ch. Beudant), Sir. 1870.I.253. — Voy. *suprà*, p. 177.
2. *Suprà*, p. 181.

Source BIU Cujas

La question s'est présentée. La Cour de cassation a admis que l'enfant né dans le cas de l'article 314 succède à son frère mort avant la naissance ; en d'autres termes, elle le regarde encore, au point de vue de cet intérêt, comme légitime [1].

542. Au total, si on se préoccupe des conséquences de la règle, telles que les admet la jurisprudence, les une sconcordent avec l'idée que l'enfant qui naît dans les conditions de l'article 314 est légitime, les autres avec l'idée qu'il ne l'est pas et qu'il est seulement légitimé.

En définitive, qu'est-il ? Dans le système du Code, il est légitime. Nous l'avons affirmé en disant précédemment : est légitime l'enfant dont les père et mère étaient mariés ou au moment de la conception, ou au moment de la naissance, ou à un moment quelconque de la grossesse.

L'article 314 le prouve surabondamment. Il permet au mari de désavouer l'enfant ; donc il le place sous l'égide de la maxime *Pater is est* ; cela implique que l'enfant est regardé comme légitime. Tout ce qu'on peut ajouter, c'est qu'il n'a qu'une légitimité fragile, qui tombe à la seule dénégation du mari, sauf dans trois cas, et que, dans un cas, la jurisprudence recule à admettre les conséquences logiques de ce point de vue légal.

3e cas de désaveu.

543. Il est indiqué par l'article 313 alinéa 1 ; c'est le désaveu pour adultère et recel de naissance.

Voici la situation prévue. La femme est convaincue d'adultère commis à l'époque où remonte la conception, en d'autres termes dans les cent vingts jours qui précèdent les cent quatre-vingts jours antérieurs à la naissance [2]. Le mari ne peut pas pour cela seul désavouer l'enfant, car, si l'adultère de la femme rend possible la paternité d'un autre que le mari, il ne rend pas impossible celle du mari. Si l'adultère prouvé coïncidait avec l'absence de tous rapports entre le mari et la femme, il n'y aurait aucun doute sur l'origine de l'enfant ; mais, ici comme précédemment, l'absence de rapports entre le mari et la femme, hors le cas d'impossi-

1. Cass. 11 mars 1811, Dalloz, *Répertoire*, V° *Paternité et filiation*, n° 81.
2. Aix 11 janvier 1859, D. P.1859. II. 85.

Source BIU Cujas

bilité physique de cohabitation, ne peut être démontrée. Dès lors, si l'adultère de la femme rend la paternité du mari douteuse, il ne la contredit pas formellement ; dans le doute, la maxime *Pater is est* reste applicable. Donc l'adultère, à lui seul, n'autorise pas le désaveu [1]. Mais il se peut que d'autres circonstances, s'ajoutant à l'adultère, suffisent à changer cette possibilité de la non-paternité du mari en une probabilité tellement grande qu'elle touche à l'évidence. Ce qu'il faudrait savoir, pour conclure au désaveu, c'est si l'adultère coïncide avec l'absence de rapports entre le mari et la femme. Or il se peut que les circonstances le disent, que les faits le prouvent. Supposons que la femme dissimule la grossesse au mari, lui cache la naissance. Cela prouve au moins qu'elle sait au mari des motifs pertinents de ne pas se croire le père, sans quoi elle ne se cacherait pas ; si elle se cache, elle avoue d'une façon significative qu'il n'y a eu entre eux aucun rapport. Alors la situation change. La présomption de l'article 312 alinéa 1 perd considérablement de sa force. L'adultère prouvé rend possible la paternité d'un autre que le mari; le recel de la naissance rend plus que probable la non-paternité du mari.

Ces deux circonstances réunies suffisent-elles au désaveu ? Pas encore, car il n'y a pas dans tout cela certitude ; les deux faits relevés ébranlent fortement la présomption de paternité, sans toutefois la détruire. Mais, s'ils ne suffisent pas à justifier la demande en désaveu, ils autorisent du moins à la justifier. Alors la loi permet au mari de corroborer par toutes les considérations possibles l'induction que les circonstances rendent déjà vraisemblable, d'alléguer tous les moyens propres à prouver sa non-paternité (article 313 alinéa 1). Ces moyens ne sont pas limités ; le mari peut alléguer l'âge, l'impossibilité morale, qui peut avoir ici son importance, et qui peut résulter de dissentiments persistants, d'une répugnance avérée, etc. Le tribunal juge souverainement.

544. L'article 313 alinéa 1 est clair ainsi compris ; mais la pratique ne l'interprète pas tout à fait de cette façon.

Pris à la lettre, il subordonne formellement l'admission du désaveu à trois conditions ; le mari doit établir : 1° l'adultère qui rend possible que le mari ne soit pas le père, — 2° le

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 313, nos 4 à 6.

Source BIU Cujas

recel de la naissance, qui rend probable qu'il ne l'est pas, — 3° les faits propres à corroborer l'induction qu'autorisent les deux faits précédents. Le mari doit établir ces trois faits soit dans la même instance, afin qu'il soit statué sur le tout par un seul et même jugement, soit dans des instances différentes, portant l'une sur l'adultère, l'autre sur le recel et le désaveu.

Mais ces trois conditions doivent-elles être toutes trois établies directement, ou bien peut-on argumenter de l'une, quand elle est établie, pour conclure *de plano* à l'existence de l'autre ?

Prenons des exemples.

1° Le mari prouve l'adultère de la femme ; il la fait condamner correctionnellement, à la suite d'un procès-verbal de flagrant délit. Il prouve ensuite que la femme est accouchée secrètement, qu'elle a dissimulé la naissance. Il présente enfin tous les moyens propres à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant. Si ces moyens sont jugés suffisants par le tribunal, la non-paternité est certaine, dans les termes de la loi. La demande est recevable ; elle est ensuite prouvée ; tout est régulier.

2° Le mari n'établit pas les faits dans le même ordre. Il prouve d'abord le recel de la naissance ; puis il allègue des moyens propres à démontrer qu'il n'est pas le père de l'enfant, par exemple une impossibilité morale très vraisemblable. Il fait alors le raisonnement suivant. Il y a eu recel de la naissance, première condition requise par l'article 313 alinéa 1 ; des moyens ont été présentés qui établissent la non-paternité du mari, seconde condition requise ; donc l'adultère est démontré et alors la troisième condition est établie. Si un pareil raisonnement pouvait être admis, le mari n'aurait en réalité que deux faits à prouver : le recel et l'impossibilité morale ; le désaveu serait admis par suite de l'aveu tacite que la femme fait de l'illégitimité de l'enfant en recélant la naissance [1].

La question, en droit, se pose ainsi : l'adultère doit-il être

1. *Sic*, Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 45 et suiv., — Valette, *Explication*, p. 171. Ce dernier auteur avait admis précédemment l'opinion contraire ; voy. ses notes au *Traité sur l'état des personnes* de Proudhon, II, p. 30.

Source BIU Cujas

prouvé comme fait primitif, principalement et isolément, ou bien peut-il l'être par induction ?

La jurisprudence n'exige pas qu'il soit prouvé principalement. A ses yeux, l'adultère n'a pas besoin d'être l'objet d'une articulation distincte, ce qui serait souvent difficile. Le recel de la naissance suffit pour que la preuve de la non-paternité du mari soit recevable. L'adultère figurera parmi les moyens propres à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant, et la preuve de l'adultère pourra résulter de l'ensemble des faits proposés pour justifier la non-paternité du mari [1].

Il est difficile d'admettre cette interprétation. En effet, tout est de rigueur en matière de désaveu. Or, d'après l'article 313, c'est l'adultère qui est considéré comme la cause première du désaveu ; donc il doit être établi directement et en soi. Dans l'interprétation qui prévaut, l'adultère ne figurerait pas comme étant la cause du désaveu ; il résulterait du désaveu. L'article 313 autorise à conclure de l'adultère au désaveu s'il y a eu recel ; l'interprétation proposée conclut, au contraire, du désaveu à l'adultère, ce qui est tout différent. L'idée de la loi est très apparente. L'adultère prouvé ne suffit pas pour faire admettre le désaveu ; s'il s'y joint le recel, la demande en désaveu est recevable ; pour la faire réussir, le demandeur doit corroborer les indices résultant de ces deux faits par tous les moyens propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant. Donc les deux premières conditions doivent être prouvées principalement et directement [2].

4e cas de désaveu.

545. Il est spécial au cas de séparation de corps ou de divorce, toujours dans l'hypothèse où la filiation est prouvée par titre ou possession d'état. Nous l'avons déjà rencontré en traitant des effets de la séparation de corps [3] ; nous le retrouvons ici à sa vraie place. Il est indiqué par le second alinéa de l'article 313.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 313, nos 19 et suiv.; — Cass. 31 juillet 1866, D. P. 1867. I. 298, Sir. 1866. I. 417, — Alger 12 novembre 1866, D. P. 1867. II. 127, Sir. 1867. II. 152, — Alger 13 janvier 1896, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1896. II. 149.

2. Duranton, *Cours de droit français*, 4e édition, III, nos 51 et suiv., — Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4e édition, II, p. 6 et suiv., — Acollas, *Manuel de droit civil*, p. 295 et suiv.

3. *Suprà*, p. 107, no 455.

Source BIU Cujas

Ce cas de désaveu n'existait pas dans le Code civil de 1804; il a été introduit, en cas de séparation de corps, par la loi du 6 décembre 1850, dont le texte a pris place au Code et a formé le second alinéa de l'article 313. Puis le texte, qui, d'après la loi de 1850, ne visait que le cas de séparation, a été modifié par la loi du 27 juillet 1884, laquelle l'a étendu au divorce. Enfin il a été modifié une seconde fois, dans la forme, par la loi du 18 avril 1886 [1].

546. Voici d'abord l'origine de la loi de 1850. La séparation de corps ne dissout pas le mariage; elle soustrait les époux au devoir de cohabitation, tout en laissant place aux réconciliations. Donc, strictement, si la femme accouche, rien ne dit, ni en droit ni en fait, que le mari ne soit pas le père de l'enfant; l'article 312 alinéa 1 reste applicable. Aussi, pendant longtemps, cette situation n'a été l'objet d'aucune règle spéciale. Le mari, après la séparation, ne pouvait désavouer l'enfant de sa femme que pour l'une des causes de désaveu prévues au Code civil. La solution était juridique, mais il en résulta de véritables scandales. Ainsi, deux époux séparés de corps habitent la même ville ou deux localités assez voisines pour qu'il n'y ait pas impossibilité physique de rapprochement; la femme se conduit notoirement mal; elle accouche, mais sans d'ailleurs se cacher ; elle ne fait mystère ni de ses désordres, ni de la naissance. Le mari, d'après le Code civil, pouvait-il désavouer l'enfant? Non, avant 1850, car il ne se trouvait dans aucun des cas prévus de désaveu.

En 1850, un procès révéla le cas d'un mari qui avait vu naître successivement six enfants dans ces conditions, sans pouvoir répudier la paternité dont il était investi par application de l'article 312 alinéa 1. Il y avait manifestement une réforme à faire et ce fut l'origine de la loi de 1850.

547. L'idée générale est celle-ci. Le mari peut désavouer l'enfant toutes les fois que la conception, d'après le calcul des délais, se place à une époque où, par suite d'une séparation soit demandée, soit prononcée, les époux étaient autorisés à avoir une résidence distincte.

Supposons la séparation demandée, mais non prononcée. Le devoir de cohabitation a cessé à la date de l'ordonnance rendue par le président du tribunal en cas d'insuccès de la

1. *Suprà*, p. 24, note 3.

Source BIU Cujas

tentative de conciliation (article 878 C. proc. civ.) ; il renaît le jour où la demande est définitivement rejetée, puisqu'alors la situation normale résultant du mariage reprend. Donc, si l'enfant naît plus de trois cents jours après l'ordonnance et moins de cent quatre-vingts jours après le rejet de la demande, le désaveu est possible.

Supposons la séparation demandée et prononcée. Le devoir de cohabitation a cessé à la date de l'ordonnance rendue par le président du tribunal en cas d'insuccès de la tentative de rapprochement ; il ne renaîtra, puisque nous supposons que la séparation est prononcée, que le jour où les époux seront réconciliés, s'ils se réconcilient. Donc si l'enfant naît plus de trois cents jours après l'ordonnance et moins de cent quatre-vingts jours après la réconciliation, le désaveu est possible.

Ce sont là deux applications d'une même idée : le désaveu est possible lorsque la conception se place à une époque où, par suite d'une séparation soit demandée, soit prononcée, les époux étaient autorisés à vivre séparément. On considère qu'il y a alors une impossibilité, à tout le moins une improbabilité morale de cohabitation suffisamment acquise. De là l'article 313 alinéa 2, dont voici la rédaction de 1850 : « En « cas de séparation de corps prononcée, ou même demandée, « le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents « jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes « de l'article 878 du Code de procédure civile, et moins de cent « quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, « ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas « admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

548. La loi du 27 juillet 1884 a étendu le système au cas de divorce ; dans ce but, elle a modifié le texte de l'article 313 alinéa 2, que la loi du 18 avril 1886 a retouché de nouveau.

Dans les instances en divorce, il y a une décision antérieure au jugement sur le fond, qui autorise provisoirement les époux à se retirer chacun de leur côté : c'est la première ordonnance du président, rendue sur la requête qui lui est remise par le demandeur (article 236). Cette ordonnance sert de point de départ à une situation particulière, qui dure jusqu'à ce que le débat soit définitivement clos, ou par le rejet de la demande, ou par la réconciliation, ou par le prononcé du divorce. Si le divorce n'est pas prononcé, l'enfant

Source BIU Cujas

né plus de trois cents jours après cette ordonnance et moins de cent quatre-vingts jours après le rejet de la demande ou la réconciliation pourra être désavoué. Si le divorce est prononcé, l'enfant né plus de trois cents jours après cette ordonnance pourra l'être également. Dans les deux cas, la conception remonte à une époque où, par suite de l'instance en divorce, la vie commune a cessé, où il y a, dès lors, impossibilité morale de cohabitation. Le texte actuel de l'article 313 alinéa 2 (rédaction de 1886) vise concurremment les deux hypothèses: « En cas de jugement ou même de demande soit de « divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désa- « vouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a « autorisé la femme à avoir un domicile séparé et moins de « cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la de- « mande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu « n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les « époux. »

549. Si le désaveu aboutit, ses effets quant à l'enfant sont très apparents. La filiation reste établie au regard de la mère ; n'ayant pas le mari pour père, il en a nécessairement un autre; donc il est enfant adultérin par rapport à la mère.

550. L'article 313 alinéa 2 est assez simple quant à la détermination des hypothèses dans lesquelles le mari peut agir en désaveu ; il l'est moins quant au point de savoir sous quelles conditions le mari réussira dans son action. Qu'aura-t-il à prouver pour que le désaveu intenté soit admis ? Au cas de l'article 314, le désaveu est péremptoire ; aux cas des articles 312 alinéa 2 et 313 alinéa 1, il y a lieu à appréciation du juge. Qu'en est-il au cas de l'article 313 alinéa 2 ?

Le fait d'une instance en séparation ou en divorce rend vraisemblable, si l'on veut, mais ne prouve pas péremptoirement la non-paternité du mari, car il n'exclut pas la possibilité de rapports entre époux. Il y a des époux qui se querellent, qui plaident, et qui cependant se raccommodent à l'occasion ; même, tant la nature abonde en contradictions, la lutte engagée n'exclut pas nécessairement les rapprochements. Tout ce que la loi peut admettre, c'est que le fait d'une instance engagée rend probable qu'il n'y a pas de rapprochement entre les époux ; il ne prouve pas qu'il n'y en a pas eu. Alors le désaveu est-il péremptoire, ou bien est-il subordonné à l'appréciation que le juge fera des circonstances ?

Source BIU Cujas

On pourrait admettre que l'improbabilité de cohabitation à raison de l'instance engagée fût regardée comme suffisante pour autoriser l'action, sauf au mari, comme au cas d'adultère suivi de recel de la naissance, à proposer ensuite tous les faits propres à établir sa non-paternité. Tel n'est pas le parti qu'a pris le législateur de 1850 et que consacre l'article 313 alinéa 2. Le désaveu introduit est péremptoire, par cela seul que les circonstances prévues se présentent. Il y a eu quelque doute sur ce point pendant les années qui ont suivi la mise en vigueur de la loi de 1850. Plusieurs arrêts de cours d'appel furent rendus en sens contraire ; mais un examen plus attentif a démontré qu'il s'agit là d'un cas de désaveu péremptoire, résultant de la situation où sont les époux, et qui n'a pas besoin d'être autrement justifié. L'enfant est légitime s'il n'est pas désavoué ; le désaveu est péremptoire dès qu'il est formé. Les travaux préparatoires sont formels en ce sens et la solution ne fait plus doute à l'heure actuelle [1].

Il faut noter toutefois que les derniers mots du texte réservent au défendeur à l'action en désaveu la faculté d'en paralyser l'effet en fournissant la preuve d'une réunion de fait entre les époux. Le non-rapprochement est présumé ; c'est aux adversaires du mari à justifier que le rapprochement a eu lieu.

551. Tels sont les quatre seuls cas de désaveu qui soient admis dans l'hypothèse où la filiation légitime est établie par titre ou par possession d'état. Le nombre en est limité, sans extension possible ; il ne peut pas en être proposé d'autres.

Ce système restrictif conduit quelquefois à des résultats choquants. Voici un exemple. Il y a séparation à l'amiable entre deux époux ; la femme vit publiquement dans une union irrégulière ; des enfants viennent au monde. Le mari peut-il les désavouer ? Non, à moins qu'il n'y ait impossibilité physique de cohabitation (article 312 alinéa 2), ou adultère suivi du recel de la naissance (article 313 alinéa 1). Bien des fois la critique s'est élevée là contre ; mais

1. Cass. 19 août 1872, D. P. 1873.I.479, Sir. 1873.I.75. — Cpr. Valette, *Explication sommaire*, p. 171 et suiv.

Source BIU Cujas

il est fort douteux que ce soit avec raison. D'abord le mari dont il s'agit a une ressource : la séparation de corps ou le divorce, qui le mettrait en situation d'invoquer l'article 313 alinéa 2 ; on peut lui dire qu'il n'est ni digne ni prudent de ne pas recourir à la séparation judiciaire quand les faits sont tels que nous avons supposé. D'autre part, on a vite fait de poser les éléments d'une espèce et de dire : la vie commune a cessé, les époux n'ont plus de rapports ensemble. Il faudrait le prouver et de pareilles preuves sont délicates à fournir ; est-on jamais sûr qu'il n'y ait pas eu de rapprochement entre les époux ? La loi est donc sage en n'admettant pas facilement l'action en désaveu, en maintenant la paternité légale du mari tant qu'elle n'est pas contredite par l'évidence ou par des probabilités très fortes, légalement établies [1].

552. Voilà quel est le système du désaveu quand la filiation est établie par titre ou possession d'état. Nous avons dit que le système est différent, au moins en quelques points, quand la filiation est établie par témoins sur l'action en réclamation d'état, à défaut de titre et de possession d'état. Envisageons-le dans ce cas.

B

553. Le désaveu est alors ouvert au mari d'une façon beaucoup plus large. La règle *Pater is est* reste applicable ; dès que la filiation est prouvée, de quelque façon qu'elle le soit, la loi conclut de la maternité d'une femme mariée à la paternité du mari. Mais, en cas de réclamation d'état, la preuve de la filiation ne comporte plus et ne saurait plus comporter toutes ses conséquences. En effet, c'est seulement dans les situations régulières et correctes qu'il est vraiment légitime de conclure de la maternité à la paternité du mari ; quand l'enfant n'a ni titre ni possession d'état, il y a eu nécessairement ou des dissimulations ou des irrégularités commises ; alors n'y a-t-il pas lieu de craindre, même une fois la maternité prouvée, que les choses ne se soient pas passées correctement ? Les considérations sur le fondement desquelles est établie la règle *Pater is est* perdent certainement beaucoup de leur au-

1. Sur les séparations amiables entre époux et sur leur effet, voy. *suprà*, tome I, p. 432 à 434, — et *suprà*, p. 93.

Source BIU Cujas

torité ; même une fois la maternité prouvée, les circonstances rendent la légitimité suspecte et la paternité du mari douteuse.

De là les règles spéciales à ce cas. Autant le désaveu est limité quand la filiation est établie par titre ou possession d'état, autant il est largement ouvert quand elle l'a été par témoins. Le mari peut désavouer l'enfant par application du droit commun, c'est-à-dire toutes les fois qu'il se trouve dans un des cas où le désaveu est admis lorsque la filiation est établie par titre ou par possession d'état ; de plus, l'article 325 élargit d'une manière presque indéfinie le droit pour le mari de désavouer l'enfant.

554. L'article 325 n'admet toujours que le désaveu justifié ; mais il ne limite plus les moyens à l'aide desquels il peut être justifié ; l'appréciation des moyens est abandonnée à la conscience des juges. Le texte suppose l'action en réclamation d'état intentée et s'exprime ainsi : « La preuve contraire « pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le « réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, « ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant « du mari de la mère. »

La situation faite au mari n'est donc pas la même que celle qui lui est faite quand la maternité de sa femme est établie par titre ou possession d'état. La situation est différente au fond et en la forme ; le désaveu se produit autrement et entraîne d'autres conséquences.

Deux cas sont à prévoir.

1° Si le réclamant a mis en cause la mère prétendue et en même temps le mari de celle-ci, ou, ce qui revient au même, leurs héritiers, les conclusions sont discutées par les deux défendeurs, qui sont admis à combattre les prétentions émises par toute sorte de moyens. Ce qui résulte alors de l'article 325, c'est que, quand même la maternité serait établie en fait, le mari pourrait encore, par tous les moyens possibles, décliner la paternité. S'il ne réussit pas, la règle *Pater is est* reste applicable, en ce sens que, la maternité étant établie, la paternité l'est par contre-coup. S'il réussit, un résultat singulier se produit : la demande en réclamation d'état doit être rejetée pour le tout, même quant à la mère. En effet, le jugement qui admettrait la maternité sans admettre la paternité du mari aboutirait, puisqu'il s'agit d'une femme

Source BIU Cujas

mariée, à la constatation d'une filiation adultérine ; or l'article 342 prohibe toute constatation judiciaire des filiations adultérines. De sorte que la maternité, quoique prouvée, sera considérée comme ne l'étant pas [1]. C'est une des anomalies résultant de l'article 342 ; nous en rencontrerons plus tard d'autres encore.

2° Le réclamant n'a mis en cause que la prétendue mère. S'il succombe, tout est terminé. S'il réussit à prouver contre elle la maternité, qu'en va-t-il résulter ? Le jugement obtenu n'a aucune autorité à l'égard du mari (article 1351). La filiation, prouvée quant à la mère, ne l'est pas quant au mari ; donc la règle *Pater is est* ne lui est pas applicable ; quant à lui, la question reste entière et n'a pas été jugée.

Le réclamant peut poursuivre le mari à son tour, afin de donner effet contre lui à la décision obtenue contre la femme, ce qui suffit pour établir la filiation en ce qui concerne le mari, car la paternité est établie dès que la maternité est prouvée et constatée par un jugement opposable au mari (article 312 alinéa 1). Ainsi actionné, le mari peut user du bénéfice de l'article 325 et prouver par tous les moyens qu'il n'est pas le père de l'enfant de sa femme. S'il ne fait pas cette preuve, sa paternité est établie. S'il réussit à la faire, le jugement obtenu contre la mère n'en subsiste pas moins, car rien ne peut détruire l'effet d'une décision judiciaire ayant force de chose jugée. Le mari prouvant sa non-paternité, la filiation reste prouvée contre la mère et la filiation devient adultérine. C'est un des cas dans lesquels, malgré la prohibition de la loi, la filiation adultérine se trouve établie ; nous retrouverons plus tard la série complète des cas où il en est ainsi. Dans tous, l'établissement de la filiation adultérine est la conséquence du désaveu ; dans l'hypothèse présente, la filiation adultérine se trouve établie par l'article 325, dont nous venons d'analyser la disposition : quand la maternité d'une femme mariée a été établie par témoins sur l'action en réclamation d'état, le mari peut proposer et le juge admettre tous les moyens propres à établir que « le réclamant n'est pas l'enfant du mari de la mère ».

1. Cass. 1er mai 1849, Dalloz, *Table des vingt-deux-années* 1845 à 1867, V° *Filiation légitime*, n° 67 ; — cpr. Valette, *Explication*, p. 180, — Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 221.

Source BIU Cujas

555. Telle est la première limitation apportée au droit de désaveu : les articles 312, 313, 314 et 325 indiquent rigoureusement et restrictivement les cas dans lesquels le désaveu est possible. La loi restreint en outre l'action en arrêtant limitativement par qui et dans quel délai elle peut être exercée.

II. *Par qui et dans quel délai peut être intentée l'action en désaveu.*

556. Les articles 316, 317 et 318 le déterminent. Tout est de rigueur en cette matière. Intentée en dehors des cas où elle est ouverte, l'action n'est pas recevable ; intentée par un demandeur sans qualité ou en dehors des délais impartis, elle est encore irrecevable.

557. En principe, le mari seul peut agir en désaveu. La famille légitime tout entière, il est vrai, est intéressée à ce que l'intrus soit expulsé ; mais, quand se pose l'hypothèse d'un désaveu, il y a des appréciations à peser dont le mari est le meilleur juge, qu'il est même seul à pouvoir faire exactement. Donc en principe, il est seul juge du parti à prendre ; s'il s'abstient, nul ne peut agir. Aussi les articles 312, 313, 314, 325 supposent tous l'action intentée par lui. Tant qu'il existe, l'action en désaveu est de celles que l'article 1166 qualifie en disant qu'elles sont attachées exclusivement à la personne ; d'où les créanciers du mari ne peuvent pas l'intenter. Lui seul peut l'intenter, ce qui, bien entendu, veut dire : lui ou ceux qui le représentent, par exemple son tuteur s'il est interdit [1].

Donc le mari peut seul agir. De plus, il doit, sous peine de déchéance, agir dans un délai bref : dans le mois qui suit la naissance si le mari se trouve présent à la naissance, dans les deux mois après son retour s'il n'est pas présent à l'époque de la naissance, dans les deux mois après la découverte de la fraude si on lui a caché la naissance de l'enfant (article 316). Si on lui assigne un délai aussi exceptionnellement bref, c'est que tout sursis de sa part implique hésitation, que toute hésitation ébranle le fondement du dé-

1. C'est un point discuté. Voy. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 140 et suiv., — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 316, nos 5 et 6.

Source BIU Cujas

saveu et qu'il est préférable, dans le doute, de laisser la présomption de l'article 312 produire ses effets ; d'ailleurs, il s'agit là de questions qui ne doivent pas rester longtemps en suspens [1].

Toutefois, les délais indiqués par l'article 316 ne sont applicables qu'au désaveu dirigé contre un enfant dont la filiation est établie par titre ou possession d'état ; ils ne sauraient l'être dans l'hypothèse prévue par l'article 325 : celle du désaveu dirigé contre un enfant dont la filiation est établie par témoins sur l'action en réclamation d'état. Dans cette hypothèse, en effet, le désaveu se produit sous la forme particulière d'un moyen de défense contre une demande ; il peut se produire tant que la demande elle-même est possible.

558. Bien que le droit d'agir en désaveu soit attaché d'une manière exclusive à la personne du mari, les héritiers du mari sont quelquefois autorisés à intervenir. Ils le sont dans trois cas.

1° Ils peuvent suivre et soutenir l'action intentée en temps utile par le mari, si celui-ci décède au cours de l'instance engagée par lui. Le droit a été réalisé par le mari ; ils en continuent l'exercice. Cela n'est dit nulle part, mais cela résulte par analogie de l'article 330, qui donne expressément la même solution pour l'action en réclamation d'état : « Les « héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été com- « mencée par l'enfant... »

2° Ils peuvent non plus suivre, mais intenter l'action quand le mari est mort sans avoir réclamé et avant l'expiration du délai qui lui est imparti pour le faire, pendant qu'il méditait sur le parti à prendre : « Si le mari, dit l'article 317, est mort « avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans « le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois « pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'é- « poque où cet enfant se serait mis en possession des biens « du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés « par l'enfant dans cette possession. »

Le texte dit : pour *contester la légitimité* de l'enfant ; il

1. Sur les délais de l'article 316, voy. Fuzier-Herman, *op. laud.*, article 316, n° 9 et suiv. — Cpr. Cass. 12 février 1884, Sir. 1884. I. 228, — Lyon 21 janvier 1886, Sir. 1888. II. 77, — Trib. de Périgueux 27 décembre 1890, *Le Droit* du 17 janvier 1891, *La Loi* du 19 mars 1891, — Riom 4 mars 1891, *La Loi* du 19 mars.

Source BIU Cujas

faut lire : pour *désavouer* l'enfant. Les héritiers ont deux mois pour agir à partir du moment où l'enfant leur fait régulièrement connaître sa prétention à la légitimité. Le point de départ du délai est fixé pour les héritiers autrement que pour le mari. Le délai lui-même est plus long pour eux que pour le mari, parce qu'ils peuvent ignorer l'existence de l'enfant et parce qu'ils n'ont pas, la connussent-ils, les mêmes facilités que le mari pour réunir les éléments nécessaires à la réussite de l'action. Enfin le droit d'agir n'appartient aux héritiers que si le mari n'avait pas renoncé à l'action, car ils ne l'ont que du chef du mari et comme ses représentants.

3° Il arrive quelquefois que les héritiers seuls peuvent agir en désaveu, sans qu'il y ait eu même possibilité pour le mari d'agir. Il en est ainsi lorsque l'enfant est né après le décès du mari [1].

559. Tels sont les seuls cas dans lesquels les héritiers peuvent agir. Mais que faut-il entendre ici par *héritiers* ? Les héritiers proprement dits sont les parents légitimes du mari, ses enfants naturels, enfin ses père et mère naturels ; ils se distinguent des successeurs irréguliers, qui sont les frères et sœurs naturels, le conjoint survivant et l'Etat [2]. Les héritiers dont parle l'article 317 sont-ils les héritiers proprement dits, ou bien l'expression doit-elle être entendue comme embrassant avec eux les successeurs irréguliers ? L'expression est équivoque, mais l'idée ne l'est pas. Il résulte formellement des travaux préparatoires qu'on a regardé l'action en désaveu comme faisant partie du patrimoine du mari, comme passant avec ses biens à ceux qui sont appelés à les recueillir, à un titre quelconque.

Cela tient d'ailleurs à ce qu'il ne s'agit plus là que d'un pur droit pécuniaire. Entre les mains des héritiers, l'action en dé-

1. Dalloz, *Table des vingt-deux années* 1845 à 1867, V° *Filiation légitime*, n° 28.

2. La qualité d'héritiers a été reconnue expressément aux enfants naturels par la loi du 25 mars 1896, *relative aux droits des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère* ; avant cette loi, les enfants naturels étaient de simples successeurs irréguliers. Quant à la question de savoir si les frères et sœurs naturels et si les père et mère naturels sont demeurés des successeurs irréguliers depuis la loi du 25 mars 1896 ou sont devenus des héritiers, elle sera étudiée dans la matière des successions. — Sur la loi nouvelle, on peut consulter une étude de M. Vigié, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1896, p. 273 et suiv., — Campistron, *Des droits successoraux des enfants naturels reconnus d'après la loi du 25 mars 1896*, broch. in-8°, Paris, Arthur Rousseau, 1896.

Source BIU Cujas

saveu change de caractère ; elle n'est plus fondée sur un intérêt moral et de dignité familiale, comme aux mains du mari, mais sur un intérêt pécuniaire. La preuve en est dans la règle d'après laquelle le délai que les héritiers ont pour agir court seulement du jour où ils sont troublés dans leurs intérêts pécuniaires (article 317). La conséquence en est que l'action n'est pas attachée exclusivement à la personne des héritiers, comme elle l'est à celle du mari ; action pécuniaire, elle peut être exercée par les créanciers des héritiers, en leur lieu et place (article 1166).

560. En résumé, les seules personnes auxquelles la loi reconnaisse le droit d'agir en désaveu sont : le mari en principe et ses héritiers dans trois cas. Aucune autre personne n'a le droit d'agir. L'enfant ne l'a pas, quoique héritier du mari ; la mère ne l'a pas davantage.

Ceux qui possèdent le droit d'agir ont un pouvoir d'appréciation souverain quant au point de savoir s'il convient ou non d'exercer l'action ; ils sont les représentants de la famille, ou, d'après une expression consacrée, les contradicteurs légitimes pour le compte de tous les intéressés, de la famille entière. De là deux conséquences : 1° le parti auquel ils s'arrêtent s'impose à tous, — 2° ce qui est jugé pour ou contre eux a force de chose jugée à l'égard de tous, par exception à la règle énoncée par l'article 1351 [1].

561. Pour tous, tant pour le mari que pour ses héritiers, le délai est bref. Que doivent-ils faire au juste dans ce délai ? S'ils intentent leur demande, cela suffit certainement. Toutefois, cela n'est pas indispensable; il suffit qu'ils manifestent sérieusement leur volonté d'agir, et ils la manifestent suffisamment par acte extra-judiciaire, pourvu alors que l'action suive dans le mois : « Tout acte extrajudiciaire contenant le désa-« veu de la part du mari ou de ses héritiers, dit l'article 316, « sera comme non avenu s'il n'est suivi, dans le délai d'un « mois, d'une action en justice dirigée contre un tuteur *ad* « *hoc* donné à l'enfant et en présence de sa mère. »

L'acte extra-judiciaire peut être un acte devant notaire, un acte d'huissier, un acte sous seing privé ayant date certaine. Cet acte n'est pas exigé ni admis comme formalité habituelle

1. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 198. — Cpr. Raymond Bufnoir, *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes* (Thèse de doctorat soutenue à la Faculté de droit de Paris en 1893).

Source BIU Cujas

de la procédure ; il n'a pour but que de proroger d'un mois le délai normal, de donner un sursis. Ce procédé, au premier abord, paraît singulier. Pourquoi ne pas donner tout de suite un délai plus long, au lieu de donner un délai court, mais avec moyen de l'allonger ? Système étrange que celui qui consiste à donner un mois ou deux mois, avec possibilité, moyennant un acte extra-judiciaire, de proroger le délai d'un autre mois.

Pour subtil qu'il soit, le système a été intentionnellement admis, et voici comment il s'explique. Il y a tant de risques de tous genres dans de pareils débats qu'il faut assurer à tout prix une réflexion très complète. Le mari, avant d'agir, réfléchira ; il est bon qu'il puisse encore réfléchir après le premier pas fait ; il vaut mieux, dès lors, que son premier acte reste un acte extra-judiciaire, qui ébruite moins la situation, après lequel il peut encore s'arrêter sans trop de risques. Sans doute la loi aurait pu imposer un sursis plus long ; mais, après ce sursis, le premier acte fait aurait été un acte judiciaire, sur lequel il aurait été plus difficile de revenir que sur un acte extra-judiciaire.

562. Dans tous les cas, que l'action soit intentée par le mari ou par ses héritiers, elle sera dirigée contre l'enfant désavoué et non contre la mère. En effet, ce n'est pas de l'état de la mère qu'il s'agit ; elle n'est pas partie au débat ; elle sera seulement présente à l'instance (article 318, *in fine*). Sa présence est nécessaire, car, en définitive, ses faits et gestes y seront discutés.

L'action étant dirigée contre l'enfant désavoué, le tribunal compétent est celui du domicile de cet enfant. S'il est majeur, il a un domicile propre et doit être actionné au tribunal de ce domicile. S'il est mineur, comme la règle *Pater is est* subsiste jusqu'au jugement à intervenir, le défendeur n'a pas d'autre domicile que celui de son père supposé ; de sorte que le mari, dans ce cas, saisira le tribunal de son propre domicile, non comme étant le sien, mais comme étant celui du défendeur véritable [1].

Le cas où le défendeur est mineur est le plus fréquent ; en effet, le mari, dans la plupart des cas, est présent à la naissance, ou revient peu de temps après, ou découvre vite

1. Paris 18 juin 1884, *Le Droit* et *La Loi* du 2 juillet, Sir. 1884.II.160.

Source BIU Cujas

la naissance qui lui a été cachée, de sorte que le délai d'un mois commence à courir à une époque telle qu'il expire avant la majorité de l'enfant. Aussi l'article 318 ne prévoit directement que cette hypothèse, car il prescrit que l'action soit dirigée contre un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire spécialement chargé de représenter le mineur dans l'instance. Mais il peut arriver que l'enfant soit majeur ; l'action, dans cette hypothèse, doit être dirigée contre lui-même. L'intervention du tuteur *ad hoc* n'est évidemment nécessaire qu'en cas de minorité du défendeur ; si la loi paraît l'exiger d'une façon générale, c'est que le législateur a eu seulement en vue l'hypothèse la plus fréquente.

Pourquoi l'article 316 exige-t-il que l'enfant, s'il est mineur, soit représenté par un tuteur *ad hoc* ? Si les deux époux existent encore, l'enfant n'a pas de tuteur ordinaire et il est indispensable qu'on lui donne un tuteur *ad hoc*, car ni le mari ni la femme ne peuvent ici le représenter, étant trop intéressés personnellement à l'action. Si la mère est morte ou si le mari est mort, il y a un tuteur ordinaire ; mais le tuteur ordinaire est habituellement parent soit du mari, soit de la femme ; on craint qu'il ne prenne personnellement parti dans de tels débats. Il est donc facile de comprendre que l'article 318 ait exigé dans tous les cas la nomination d'un tuteur *ad hoc*.

Il y a quelque incertitude sur le point de savoir comment ce tuteur doit être nommé. La jurisprudence la plus générale veut qu'il le soit par un conseil de famille composé d'après les règles écrites au titre de la tutelle. Cependant il y a des divergences dans la pratique ; beaucoup soutiennent que le tuteur *ad hoc* doit être nommé par le tribunal du domicile de l'enfant désavoué. Telle est notamment la pratique suivie à Paris. Il est d'usage que le tuteur *ad hoc* soit nommé en chambre du conseil, et les juges de paix se refusent à le faire nommer par le conseil de famille.

A l'appui de cette pratique, on observe qu'il y a de réels inconvénients à réunir alors le conseil de famille, qui sera composé de parents, à y mettre aux prises les deux familles, celle du mari et celle de la mère, à l'occasion d'un fait qui les intéresse aussi vivement toutes deux ; on conclut que c'est au tribunal saisi de la demande en désaveu de nommer le tuteur. Comme argument juridique, on remarque que l'article 318

Source BIU Cujas

ne mentionne le tuteur *ad hoc* qu'à l'occasion de l'action exercée ; l'action est intentée contre l'enfant, l'instance est suivie contre un tuteur *ad hoc* qui lui est donné. Les raisons sont bonnes ; cependant la jurisprudence est contraire et la pratique suivie à Paris est exceptionnelle [1].

SECTION II. — De la filiation naturelle.

563. Les règles relatives à la preuve de la filiation naturelle sont inscrites dans le chapitre III du titre *De la paternité et de la filiation* (articles 331 à 342).

La filiation naturelle est celle qui se produit hors mariage ; cela résulte *a contrario* de ce que nous avons établi précédemment. Hors mariage, c'est-à-dire quand les auteurs n'ont été mariés ni lors de la conception, ni lors de la naissance, ni à un moment quelconque de la grossesse de la mère.

Entre la filiation naturelle et la filiation légitime, il existe, quant à la preuve, trois différences.

a) En matière de filiation naturelle, l'acte de naissance n'est plus admis comme preuve, c'est-à-dire que l'indication du père ou de la mère dans l'acte de naissance, sur la désignation des déclarants, n'est pas admise comme probante. Aussi aucun article, dans le chapitre III, ne reproduit, quant à la filiation naturelle, ce que l'article 319 dit quant à la filiation légitime. L'acte de naissance n'a plus ici que son rôle principal, normal ; il prouve la naissance et non la filiation.

Nous avons vu pourquoi la régularité de la situation, en cas de filiation légitime, exclut toute vraisemblance de fraude ; l'expérience prouve qu'il ne s'en commet pas ; alors la déclaration est tenue comme conforme à la vérité. En cas de filiation naturelle, l'irrégularité de la situation autorise à suspecter la déclaration émanée d'un tiers ; on peut redouter les déclarations mensongères ; la preuve par l'acte de naissance serait dangereuse et est écartée.

1. Sur le mode de nomination du tuteur *ad hoc*, voy. Cass. belge 29 février 1872, D. P. 1872.II.9 et la note, — Cass. 18 août 1879, D. P. 1880.I.271, — Riom 2 juin 1880, *Le Droit* du 5 septembre, — Caen 22 décembre 1880, D. P 1882.II.53, — Cass. 24 novembre 1880, D. P. 1882.I.52, Sir. 1881.I.65 et la note de M.G. Demante,— Montpellier 21 juillet 1886, Sir. 1888.II.100.— Cass. 10 mai 1887, Sir. 1888.I.97 et la note de M. Labbé, — Trib. de Fontainebleau 3 mai 1888, *Le Droit* du 7 juin, — Alger 31 mai 1893, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1893.II.349.

Source BIU Cujas

b) La possession d'état, formellement admise comme preuve de la filiation légitime (article 320), n'est pas mentionnée au chapitre III comme preuve de la filiation naturelle ; d'où il faut conclure qu'elle n'est pas admise. Ce n'est pas à dire qu'elle ne puisse avoir un certain effet au point de vue de la filiation naturelle ; mais elle n'est plus une preuve autorisée.

c) En matière de filiation naturelle, à l'inverse de ce que nous avons observé pour la filiation légitime, les deux éléments de la filiation, paternité et maternité, s'établissent séparément ; ils s'établissent l'un et l'autre d'une façon directe et principale. En effet, dès que les père et mère ne sont pas mariés, rien n'autorise à conclure de la maternité prouvée à la paternité de qui que ce soit ; par conséquent, les deux éléments de la filiation ne peuvent être établis que séparément, d'où résulte qu'il ne peut plus être question de désaveu.

564. Quelles sont alors les preuves autorisées de la filiation naturelle ? Deux seulement sont prévues d'une manière formelle.

1° La preuve normale et directe est la reconnaissance, ou aveu émanant des auteurs. On l'appelle quelquefois la reconnaissance volontaire, parce qu'elle est faite spontanément par les auteurs, par l'un d'eux ou par tous les deux. Émanée du père, elle fait preuve de la paternité ; émanée de la mère, elle fait preuve de la maternité ; émanée des deux auteurs, elle prouve la filiation complète, sous la condition, toujours sous-entendue en ces matières, que celui qui se prévaut d'une reconnaissance établisse au besoin son identité avec la personne reconnue.

Elle peut être faite par le père ou par la mère. Il faut ajouter : ou par leurs mandataires. Seulement la procuration à l'effet de faire une reconnaissance doit être spéciale et authentique (loi du 21 juin 1843, article 3).

C'est la reconnaissance qui, en matière de filiation naturelle, forme le titre, tandis que, en matière de filiation légitime, c'est l'acte de naissance.

2° A défaut de reconnaissance volontaire, la preuve subsidiaire est la preuve testimoniale sur l'action en réclamation d'état.

On l'appelle quelquefois la reconnaissance forcée ou judi-

Source BIU Cujas

ciaire, par opposition à la précédente. Le Code autorise cette qualification, car il traite de la preuve testimoniale appliquée à la filiation naturelle dans la section II, sous la rubrique *De la reconnaissance des enfants naturels* ; donc le jugement rendu sur l'action en réclamation est bien regardé comme une reconnaissance, mais comme une reconnaissance forcée. L'article 331 corrobore cette induction. Il dit que le mariage subséquent légitime les enfants antérieurement nés, lorsqu'ils ont été « légalement reconnus » avant le mariage. Ces mots s'appliquent aussi bien à ceux dont la filiation a été judiciairement établie qu'à ceux qui ont été volontairement reconnus ; les deux modes de preuve sont donc également des reconnaissances, l'une volontaire, l'autre forcée ou judiciaire.

Dirigée contre la mère, l'action en réclamation d'état, si elle réussit, aboutit à la preuve de la maternité ; elle est toujours autorisée, sous certaines conditions d'exercice cependant (article 341 alinéa 1). Dirigée contre le père, elle aboutit à la preuve de la paternité ; mais, pour diverses raisons, toutes contestables d'ailleurs, elle n'est autorisée qu'exceptionnellement, ainsi que cela résulte du fameux article 340 alinéa 1.

Reprenons séparément ces deux preuves de la filiation naturelle.

§ 1. — De la reconnaissance volontaire.

565. Les articles 334 à 339 y sont consacrés. Ils règlent : 1° la forme et les conditions de validité, — 2° les effets de la reconnaissance.

I. *Forme et conditions de validité de la reconnaissance.*

566. Aux termes de l'article 334, « la reconnaissance d'un « enfant naturel sera faite par un acte authentique, lors- « qu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance ». Donc il faut un acte authentique. La forme authentique assure mieux la stabilité de la preuve ; elle est, en même temps, une garantie de sincérité de l'acte, car elle évite, par la présence et l'intervention d'un officier public, les surprises et les entraînements. Un acte de reconnaissance sous seing privé n'aurait aucune valeur directe ; il ne pourrait être utilisé que comme moyen à l'appui d'une action en réclamation

Source BIU Cujas

d'état, comme commencement de preuve par écrit, ou comme un témoignage et sous les mêmes conditions. A plus forte raison il en serait de même d'une reconnaissance simplement verbale.

S'il faut un acte authentique, il suffit d'un acte authentique quelconque.

1° La reconnaissance peut être faite devant l'officier de l'état civil. C'est lui qui est spécialement désigné pour la recevoir. Il peut recevoir et constater la reconnaissance dans l'acte de naissance (article 334), dans un acte postérieur et spécial, qui est alors un acte de l'état civil (article 62) [1], enfin dans l'acte de mariage des père et mère s'ils se marient ultérieurement (article 331) [2]. Quand la reconnaissance est reçue par l'officier de l'état civil, elle a une publicité qui résulte de la publicité même des registres de l'état civil ; afin que cette publicité soit complète, l'article 62 prescrit que l'acte de reconnaissance, inscrit sur les registres à sa date, soit mentionné en marge de l'acte de naissance [3].

2° La reconnaissance peut être faite devant un notaire. Les notaires sont institués pour recevoir tous les actes auxquels les particuliers veulent ou doivent donner l'authenticité. Les pères et mères naturels peuvent faire dresser un acte notarié dans le but spécial et exclusif de constater la reconnaissance; ils peuvent aussi la faire constater dans un acte notarié dressé pour un autre objet, par exemple dans un testament par acte public (article 971) [4]. On fait la reconnaissance devant un notaire, au lieu de la faire devant l'officier de l'état civil, quand on a des raisons pour désirer qu'elle ne soit pas connue.

3° La reconnaissance peut être faite devant un tribunal, quand elle intervient au cours d'une instance. Celui qui la

1. *Suprà*, tome I, p. 165 et 166.

2. Paris 10 juin 1886, *Le Droit* du 11 octobre, *La Loi* du 22 novembre.

3. Aucune mention semblable n'est exigée quand la reconnaissance est reçue par un autre qu'un officier de l'état civil. Voy. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 424 ; — *Secus* Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4e édition, II, p. 46.

4. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 334, nos 44 à 49. — Cpr. Toulouse 24 décembre 1885, D. P. 1887.1.119, Sir. 1887.I.65 et la note de M. Chavegrin, — Cass. 13 juillet 1886, D. P. 1887.I.120, Sir.1887.I.65, — Cass. 24 février 1888, D. P. 1888.1.303, Sir. 1889.I.53, — Trib. de la Seine 11 février 1888, *Le Droit* du 22 mars, — Cass. 2 janvier 1895, D.P. 1895.I.367, Sir. 1895. I.115.

Source BIU Cujas

fait peut en demander acte et elle est consignée par le greffier sur la feuille d'audience [1].

4° Enfin elle peut être faite devant un juge de paix, dans les mêmes circonstances [2].

En un mot, elle peut l'être devant tout officier public agissant dans l'ordre et la sphère de ses fonctions, ce qui exclut les officiers ayant des attributions spéciales, tels que les huissiers, greffiers, etc.

567. Aucune capacité spéciale n'est exigée de celui qui fait la reconnaissance. La reconnaissance est l'accomplissement d'un devoir ; elle soulève une question de conscience, non de sens pratique ; certains arrêts vont jusqu'à dire qu'elle est la réparation d'un quasi-délit, expression un peu hardie mais exacte [3]. Aussi l'opinion générale admet que les incapables eux-mêmes peuvent valablement faire une reconnaissance, pourvu qu'ils aient le discernement de leurs actes. En effet, l'incapacité est l'inaptitude à juger de son propre intérêt ; or il ne s'agit pas ici d'intérêt, mais de devoir ; quiconque est capable de volonté est capable de faire une reconnaissance d'enfant naturel. Le mineur peut la faire valablement sans le secours de son représentant légal, la femme mariée sans l'autorisation du mari, l'individu frappé d'interdiction légale sans l'assistance de son tuteur ; de même pour l'interdit judiciaire, s'il est dans un intervalle lucide. Malgré le silence du Code, la jurisprudence est fixée en ce sens [4].

568. Aucune condition de temps non plus n'est imposée.

L'enfant peut être reconnu avant sa naissance, dès qu'il est conçu, car il existe dès lors et le devoir des auteurs commence dès ce moment. La reconnaissance est admise, car il peut y avoir urgence, s'il y a crainte de voir le père ou la mère mourir avant la naissance. Elle est admise, mais sauf à prendre des précautions pour constater l'individualité de l'enfant dont telle femme est enceinte et dont elle accouche à telle époque.

L'enfant peut être reconnu après sa mort.

1. Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n° 71.
2. Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n° 69.
3. Dalloz, *Table des vingt-deux années* (1845 à 1867), V° *Filiation naturelle*, n° 2.
4. Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n°s 4 à 12, — Caen 26 avril 1887, *La Loi* du 28 octobre.

Source BIU Cujas

Cela ne fait pas doute s'il a laissé lui-même des enfants légitimes, car ceux-ci ont les mêmes droits que leur auteur. Du reste, l'article 332 suppose que la légitimation d'un enfant naturel peut avoir lieu dans ce cas, ce qui impose la même solution quant à la reconnaissance.

Si l'enfant naturel n'a pas laissé d'enfants légitimes, il est plus douteux que la reconnaissance soit possible après sa mort, car l'intérêt est moins grand. La question change d'aspect, puisque la reconnaissance alors ne peut plus profiter qu'à celui qui la fait. Voici comment. Les père et mère naturels, quand la filiation est constatée, succèdent à leurs enfants naturels (article 765). Un père qui aurait délaissé l'enfant pendant sa vie pourrait-il le reconnaître à la seule fin de recueillir sa succession ? Au premier abord, la situation du père ne paraît pas mériter grand intérêt; aussi est-il contestable que la reconnaissance puisse être faite. Toutefois, il faut toujours se garder de décider une question de droit d'après le plus ou moins de faveur que semble mériter l'espèce à propos de laquelle on l'examine, car les espèces varient et changent totalement d'aspect. Il peut se faire que les circonstances expliquent et excusent cette reconnaissance tardive et posthume ; il peut se faire qu'elle ait été retardée par des événements indépendants de la volonté des père et mère ; on peut supposer même qu'elle est faite dans l'ignorance du décès de l'enfant, ce qui la rend irréprochable. Pourquoi ne pas admettre alors la reconnaissance posthume ? Aucun texte ne limite l'exercice du droit de reconnaissance [1].

569. La reconnaissance peut donc, en principe, être faite à une époque quelconque. Toutefois, dans un cas particulier, le moment où elle est faite, les circonstances dans lesquelles elle intervient influent sur les effets qu'elle produit. Ce cas est prévu par l'article 337, qui subordonne exceptionnellement l'efficacité de la reconnaissance à l'époque où elle a été faite.

Voici l'hypothèse. Une personne a un enfant naturel. Elle ne le reconnaît pas d'abord ; sans l'avoir reconnu, elle

1. *Sic*, Valette, *Cours de Code civil*, p. 429, — Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 440 et suiv. — *Secus*, Duranton, *Cours de droit français*, 4e édition, III, nº 211, — Aubry et Rau, VI, p. 163. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 334, nºs 16 à 23, — et Trib. de la Seine 13 février 1877, *Le Droit* du 3 mai.

Source BIU Cujas

se marie, si c'est le père avec une autre que la mère, ou, si c'est la mère, avec un autre que le père. Cette personne peut-elle, au cours du mariage, reconnaître l'enfant naturel qu'elle a eu avant le mariage d'un autre que de son conjoint? Ce n'est pas douteux; il n'est pas possible de défendre à un père ou à une mère, dans quelque circonstance que ce soit, de reconnaître son enfant et d'assumer la responsabilité de la filiation.

Mais on a craint que l'apparition inattendue de cet enfant naturel devînt, dans le ménage, une cause de trouble; on a regardé comme inadmissible que l'un des époux vienne ainsi changer, après le mariage, le sort prévu de la famille légitime. « Il ne peut pas dépendre de l'un des époux, dit Bigot Préameneu, de changer après son mariage le sort de sa famille légitime, en appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens; ce serait violer la foi sous laquelle le mariage a été contracté [1]. »

Alors l'article 337 prend le parti suivant. La reconnaissance est valable et produit ses effets habituels; seulement elle ne les produit ni à l'encontre du conjoint, ni à l'encontre des enfants issus du mariage. « La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des deux époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage [2]. »

De là diverses conséquences.

1° L'enfant reconnu dans ces circonstances prend le nom de l'auteur qui l'a reconnu, car cela ne porte aucun préjudice pécuniaire à personne. De même il est soumis à la puissance paternelle. Mais, à la mort de l'auteur, il ne vient en concours à la succession ni avec les enfants issus du mariage, ni avec le conjoint survivant, car il ne peut nuire ni aux uns ni aux autres. Si le défunt ne laisse ni enfants issus du mariage, ni

1. Locré, VI, p. 216.

2. Il ressort du texte que la reconnaissance produit ses effets habituels envers et contre tous si l'enfant reconnu pendant le mariage par un des époux est aussi l'enfant de l'autre conjoint, à condition, bien entendu, que la filiation de l'enfant soit légalement établie par rapport à ce conjoint. La solution se comprend sans peine, car il n'y a place pour aucune surprise. Le cas, d'ailleurs, est peu pratique. En effet, quand deux personnes ayant un enfant naturel contractent mariage ensemble, il est rare qu'elles n'usent pas du droit que leur reconnaît l'article 331 de légitimer l'enfant.

Source BIU Cujas

conjoint survivant, la reconnaissance produit son plein effet ; l'enfant reconnu exclut les autres héritiers ou successeurs (article 337 alinéa 2).

Cette première conséquence n'est ni contestable ni contestée ; c'est celle que les rédacteurs de l'article 337 avaient spécialement en vue.

2° L'enfant naturel ne peut pas réclamer des aliments à l'époux qui l'a reconnu, car il augmenterait ainsi les charges de cet époux et causerait par conséquent un préjudice à l'autre conjoint ainsi qu'aux enfants issus du mariage. La conséquence est d'une rigueur vraiment excessive, mais découle logiquement des textes ; cependant ce n'est plus une conséquence certaine.

3° Une troisième conséquence résulte de la combinaison de l'article 337 avec l'article 908, l'un de ceux qui ont été modifiés par la loi déjà citée du 25 mars 1896, *relative aux droits successoraux des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère* [1].

Avant 1896, cette conséquence était la suivante. L'enfant naturel, reconnu dans les conditions indiquées, ne pouvait faire valoir les donations ou legs faits par son auteur ni contre les enfants issus du mariage, ni contre le conjoint. L'exclusion que prononce l'article 337 ne pouvait être réparée ni tournée au moyen de donations ou de legs. En effet l'article 908 portait : « Les enfants naturels ne pourront, « par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au « delà de ce qui leur est accordé au titre *Des successions.* » Donc l'enfant naturel reconnu tardivement ne pouvait rien recevoir, puisqu'il ne pouvait élever aucune prétention contre la succession de son auteur. La solution était contestée d'ailleurs. Certains arrêts décidaient que l'article 337 met seulement obstacle à ce que l'enfant naturel exerce, dans le cas prévu, les droits résultant directement de sa qualité d'enfant reconnu, mais que l'article laisse intacts les droits découlant d'une autre cause et invoqués à un autre titre, comme les donations ou les legs. Système insoutenable, qui n'aurait abouti à rien moins qu'à annihiler l'article 337, en fournissant aux intéressés le moyen d'en éluder à leur gré les dispositions.

1. *Suprà*, p. 197.

Source BIU Cujas

Survient la loi du 25 mars 1896, dont l'article 3 transforme l'article 908. Le nouveau texte ne fournit aucun argument nouveau soit en faveur, soit à l'encontre de la thèse consacrée par les arrêts dont il vient d'être parlé. La question se pose toujours dans les mêmes termes, et il faut maintenir la solution d'après laquelle l'article 337 doit être combiné avec l'article 908. Seulement l'article 908 est conçu d'une manière tout à fait nouvelle : « Les enfants naturels légalement re-« connus, dit l'alinéa 1, ne pourront rien recevoir par dona-« tions entre vifs au delà de ce qui leur est accordé au titre « des successions. Cette incapacité ne pourra être invoquée « que par les descendants du donateur, par ses ascendants, « par ses frères et sœurs et les descendants légitimes de ses « frères et sœurs. » L'alinéa 2 continue : « Le père ou la « mère qui les ont reconnus pourront leur léguer tout ou « partie de la quotité disponible, sans toutefois qu'en aucun « cas, lorsqu'ils se trouvent en concours avec des descen-« dants légitimes, un enfant naturel puisse recevoir plus « qu'une part d'enfant légitime le moins prenant. »

En présence de ce nouveau texte, que devient la conséquence que nous avons tirée de la combinaison de l'article 337 avec l'article 908 ?

D'abord, l'exclusion que prononce l'article 337 peut désormais être tournée au moyen de legs faits par l'auteur de la reconnaissance (alinéa 2 du nouveau texte). Rien ne limite la quotité de ces legs s'il n'existe pas d'enfants issus du mariage. S'il en existe, la quotité des legs est limitée au montant de la part de l'enfant légitime le moins prenant.

Quant aux donations entre vifs, l'enfant naturel reconnu dans les conditions de l'article 337 n'en peut pas recevoir de son auteur. La règle, à cet égard, demeure la même qu'avant 1896.

Le nouvel article 908 ne se contente pas, du reste, d'établir cette différence radicale entre les donations entre vifs et testamentaires ; il modifie profondément les règles anciennes à un autre point de vue. Sous l'empire de l'ancien texte, la nullité de la donation ou du legs fait au mépris de l'article 908 pouvait être demandée par tous les intéressés ; au cas d'une reconnaissance intervenue dans les conditions de l'article 337, le conjoint et les enfants issus du mariage pouvaient agir en

Source BIU Cujas

nullité. Or il en est autrement pour le conjoint sous l'empire du nouveau texte.

En ce qui concerne les legs, la quotité n'en est limitée que s'il existe des enfants issus du mariage ; elle est alors limitée au montant de la part de l'enfant légitime le moins prenant. L'alinéa 2 paraît bien signifier que cette limitation, introduite dans l'intérêt des enfants issus du mariage, ne peut être invoquée que par eux seuls comme cause de nullité des legs qui dépasseraient la limite ; le conjoint, dans l'hypothèse de l'article 337, ne pourrait pas agir en nullité.

Quant aux donations entre vifs, le nouvel article 908, dans la seconde phrase de l'alinéa 1, énumère limitativement les personnes qui peuvent se prévaloir de l'incapacité dont l'enfant naturel est frappé : les descendants du donateur, ses ascendants, ses frères et sœurs et les descendants légitimes de ses frères et sœurs. Le conjoint du donateur ne figure pas dans cette énumération, ce qui entraîne une conséquence importante. Quand une reconnaissance a été faite dans les conditions de l'article 337, la donation entre vifs faite à l'enfant reconnu par son auteur est valable au regard du conjoint; elle ne peut être annulée que s'il existe des enfants issus du mariage et à leur requête.

Les dispositions du nouvel article 908 diminuent donc singulièrement la portée de l'article 337. Le législateur de 1896 a-t-il aperçu quelle répercussion le nouvel article 908 allait avoir sur la théorie dont l'article 337 est le siège ? Les travaux préparatoires permettent d'en douter[1]. Toujours

1. Voy. D. P. 1896. IV. 29, colonnes 2 et 3, en note. — Il est douteux surtout que le législateur de 1896 ait aperçu l'effet du nouveau texte en ce qui concerne la situation faite au conjoint de l'auteur d'une reconnaissance intervenue dans la condition de l'article 337. Le conjoint, avons-nous dit, ne peut pas critiquer les donations entre vifs faites à l'enfant reconnu par l'auteur de la reconnaissance. La solution est conforme aux termes mêmes du nouvel article 908 ; mais le législateur, loin de la prévoir, a peut-être prévu la solution contraire. D'autre part, la solution proposée est choquante, car l'article 337 a pour but de protéger le conjoint comme les enfants issus du mariage contre les effets de la reconnaissance intervenue dans les conditions de cet article ; or les donations faites à l'enfant naturel au mépris de l'article 908 pourront être critiquées par les enfants issus du mariage, et seront au contraire inattaquables au regard du conjoint. La solution est tellement choquante que la jurisprudence hésitera probablement à l'admettre, si conforme qu'elle soit au texte. Une controverse s'élèvera sans aucun doute à cet égard et voici comment on pourra raisonner pour soutenir que les donations entre vifs faites à l'enfant par l'auteur de la reconnaissance peuvent être critiquées par le conjoint de cet auteur.

Quelles situations, dira-t-on, a envisagées l'article 908 ? Les situations nor-

Source BIU Cujas

est-il que le nouveau texte doit recevoir son application ; les règles qui viennent d'être indiquées paraissent résulter logiquement de la combinaison de ce texte avec l'article 337.

570. En résumé, l'article 337 a des conséquences graves[1]. Il renferme une disposition étrange. Elle dérive d'un point de vue qui a été celui des rédacteurs du Code et d'après lequel la constatation de la filiation est subordonnée à l'agrément des parents, ce qui est une grande erreur. Reconnaître l'enfant qu'ils ont eu est un devoir strict pour les auteurs ; être reconnu est un droit pour l'enfant. Depuis quand est-il juste de nier un droit, sous prétexte que l'exercice de ce droit pourra causer à autrui quelques désagréments ? Or c'est un droit pour l'enfant d'être reconnu ; la preuve en est qu'on l'admet à rechercher judiciairement sa filiation si ses parents ne l'ont pas reconnu volontairement. N'est-il pas alors étrange de dire que l'apparition de cet enfant naturel va contrarier l'époux et que mieux vaut, en conséquence, le laisser de côté ? On sacrifie le droit de l'enfant naturel à la bonne harmonie du ménage de son auteur.

La loi n'a pas même le mérite d'être logique, comme il est facile de s'en convaincre en parcourant les trois hypothèses suivantes.

males, où les droits de l'enfant naturel se combinent avec ceux de la famille légitime, où l'enfant naturel a une part héréditaire en présence de parents légitimes ; or ce sont les parents dans l'intérêt desquels les droits de l'enfant sont limités qui sont autorisés à invoquer son incapacité de recevoir. Le législateur aurait dû se préoccuper particulièrement du cas de l'article 337, car cet article peut créer un conflit entre l'enfant et le conjoint, c'est-à-dire entre l'enfant et une personne à qui l'enfant est d'ordinaire préféré. Intentionnellement ou non (les travaux préparatoires ne permettent pas de le dire), le législateur ne s'est pas préoccupé de ce cas ; mais le système de la loi n'en reste pas moins le même. Là où il y a limitation des droits héréditaires, il y a incapacité de recevoir par donation entre vifs au delà de la limite des droits héréditaires, et l'incapacité peut être invoquée par ceux dans l'intérêt desquels existe la limitation des droits héréditaires ; en d'autres termes, comme l'enfant, dans le cas de l'article 337, n'a pas de droits héréditaires opposables au conjoint, le conjoint a le droit de critiquer les donations entre vifs faites à son préjudice.

La jurisprudence préférera peut-être ce système à l'interprétation littérale qui sacrifie les droits du conjoint. Système séduisant et plus conforme, sans doute, à l'esprit général de nos lois, mais difficilement conciliable avec le texte maladroitement rédigé du nouvel article 908.

1. Voy. sur ces diverses conséquences de l'article 337 : Cass. 16 décembre 1861, D. P. 1862.I.39, Sir. 1862.I.253, — Cas. 28 mai 1878, D. P. 1878.I.401 (note de M. Ch. Beudant), Sir. 1879.I.337 (note de M. Labbé), — Cass. 13 juillet 1886, D. P. 1887.I.119, Sir. 1887.I.65 (note de M. Chavegrin), — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 337, nos 10 et suiv.

Source BIU Cujas

a) Une reconnaissance, faite avant le mariage, a été tenue secrète. Il est difficile de le supposer si elle a été faite devant l'officier de l'état civil, car elle aurait alors été publique et connue ; mais elle a pu être faite devant un notaire ; c'est, avons-nous dit, le procédé dont usent ceux qui, faisant une reconnaissance, ne veulent pas l'ébruiter. Faite avant le mariage et tenue secrète, la reconnaissance est ensuite dévoilée au cours du mariage. L'article 337 est-il applicable ? Non, sans aucun doute. Combien la solution n'est-elle pas étrange et illogique ! De deux enfants naturels ayant le même auteur, l'un a été reconnu en secret avant le mariage, l'autre est reconnu pendant le mariage le jour où la reconnaissance du premier est révélée ; la loi leur fait des situations profondément différentes.

b) Une reconnaissance est faite après la dissolution du mariage. L'article 337 est inapplicable. Le père de l'enfant n'a pas fait la reconnaissance avant le mariage ; connaissant la disposition de l'article 337, il ne la fait pas pendant le mariage, attend, et ne la fait qu'après la dissolution du mariage ; la reconnaissance produit tous ses effets.

Ainsi, quand la reconnaissance est faite avant la célébration ou après la dissolution du mariage, l'enfant reconnu vient en concours même avec les enfants issus du mariage ; on peut dire que la situation de ceux-ci cesse d'être ce qu'avait prévu l'autre conjoint. Pourquoi donc écarter l'enfant reconnu, quand la reconnaissance a lieu pendant le mariage, sous prétexte que cette reconnaissance peut jeter quelque trouble dans le ménage ?

c) Enfin supposons que la reconnaissance est faite pendant le mariage, mais de l'aveu et avec le consentement du conjoint. L'article 337 n'en est pas moins applicable, car le texte ne fait aucune réserve [1]. Cependant la reconnaissance intervient ici dans des conditions telles qu'elle ne peut être la cause d'aucun trouble, de sorte qu'on sacrifie le droit de l'enfant sans même que ce soit pour la sauvegarde de la tranquillité du ménage.

Ce sont là des dispositions de la loi contre lesquelles il faut hautement protester ; elles sont la violation des principes élémentaires de la justice.

1. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 493.

Source BIU Cujas

571. Quoi qu'il en soit, la règle existe et limite notablement, dans le cas prévu, la portée de la reconnaissance intervenue. Mais cette règle est exceptionnelle. En principe, aucune condition spéciale de capacité ni de temps n'est exigée pour la validité d'une reconnaissance ; la seule exigence de la loi se rapporte à la forme de l'acte : la reconnaissance doit être faite par acte authentique. Ce point mis à part, toutes facilités sont données à qui veut reconnaître un enfant naturel.

572. Ces facilités mêmes, qui devaient être laissées, n'en prêtent pas moins à l'abus ; elles appelaient un correctif, qui est établi par l'article 339, aux termes duquel la reconnaissance peut être contestée par tous les intéressés. Pour être comprise, la disposition de cet article doit être replacée dans un ensemble de principes généraux que consacre le droit commun.

573. Nous avons mis en relief cette double idée que la reconnaissance d'un enfant naturel est un acte solennel [1] et volontaire [2].

Dès que la reconnaissance est un acte solennel, l'inobservation des formes prescrites est une cause de nullité. La reconnaissance est nulle si elle a été faite par acte sous seing privé [3], ou reçue par un officier public incompétent pour la recevoir [4]. La nullité est alors absolue, comme il est de règle en ce qui concerne les nullités pour vices de forme ; donc elle peut être invoquée par tous les intéressés, à quelque époque que ce soit [5], et n'est pas susceptible d'être couverte par une ratification postérieure.

Dès que la reconnaissance est un acte volontaire, les règles relatives à l'existence et à la validité du consentement y sont applicables. Deux conséquences en résultent.

a) La reconnaissance est entachée de nullité si l'auteur de cette reconnaissance était en état de démence au moment où il l'a faite. Dans ce cas, la nullité est absolue : elle ne peut pas être couverte et peut être invoquée par tous les intéres-

1. *Suprà*, n° 566.
2. *Ibid.*, n° 567.
3. *Ibid.*, p. 203.
4. *Ibid.*, p. 204 et 205.
5. Sous réserve, bien entendu, de la prescription trentenaire établie par l'article 2262. Voy. sur ce point la dissertation de M. Ch. Beudant, dans D. P. 1880. 1. 145, spécialement p. 146, col. 1 et 2.

Source BIU Cujas

sés, à quelque époque que ce soit [1] ; mais elle ne peut être invoquée que du vivant de la personne dont la démence est alléguée (article 504), à moins qu'il ne s'agisse d'une reconnaissance testamentaire (article 901), ou qu'on ne soit dans un des cas où l'article 504 permet exceptionnellement d'attaquer l'acte d'une personne pour cause de démence après la mort de celle-ci [2].

b) La reconnaissance est entachée de nullité si le consentement de celui qui l'a faite, quoiqu'il existe réellement, a été altéré par l'un des trois vices du consentement : l'erreur, le dol, la violence (article 1109).

Par exemple, un homme reconnaît un enfant avant la naissance ; l'accouchement survient ; l'auteur de la reconnaissance s'aperçoit et prouve, en supputant les dates, que la conception remonte à une époque où il y avait impossibilité physique de cohabitation entre la mère et lui. L'erreur est manifeste et la reconnaissance peut être annulée.

Autre exemple. Une reconnaissance établit une filiation conforme à la réalité ; mais elle a été faite sous l'empire de la violence, ou déterminée par des manœuvres dolosives. Le dol et la violence sont une cause suffisante d'annulation.

Dans tous ces cas, si l'on n'avait à tenir compte que du droit commun, en faisant abstraction de l'article 339, la nullité ne serait jamais que relative : elle ne pourrait être invoquée que par l'auteur de la reconnaissance, par ses héritiers ou successeurs universels agissant en cette qualité, et pourrait être couverte par une ratification postérieure. Quoique relative, la nullité d'une reconnaissance peut d'ailleurs être invoquée pendant trente ans (article 2262) ; sans doute l'action en nullité d'une convention se prescrit par dix ans (article 1304), mais la reconnaissance n'est pas une convention, et il est impossible par conséquent d'appliquer en pareille matière la règle exceptionnelle de l'article 1304 [3].

574. Tels sont les principes du droit commun. L'article 339 les complète et les modifie à plusieurs égards. Il est ainsi conçu : « Toute reconnaissance de la part du père ou de la

1. Sous la réserve indiquée dans la note 5 de la page précédente.

2. Sur les articles 504 et 901, voy. les explications qui seront présentées au titre *De l'interdiction*, dans notre chapitre I, intitulé : *Effets de la démence considérée en elle-même.*

3. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 1304, n° 106.

Source BIU Cujas

« mère.... pourra être contestée par tous ceux qui y auront « intérêt. »

Quelle est exactement la portée de ce texte ? Sous une forme simple, il consacre des règles assez subtiles, que nous allons faire connaître en énonçant trois propositions.

I. — L'article 339 laisse subsister sans changement les règles du droit commun relatives à la nullité pour vices de forme ou pour absence du consentement. Tous les intéressés peuvent demander la nullité de la reconnaissance qui n'a pas été faite dans les formes prescrites, ou dont l'auteur était en état de démence au moment où il l'a faite.

II. — L'article 339 permet d'attaquer la reconnaissance dans un cas où le droit commun ne suffirait pas à le permettre. La reconnaissance, quoique faite dans les formes prescrites, par une personne saine d'esprit et dont la volonté n'a été entachée d'aucun vice, peut être contestée par tous ceux qui ont un intérêt à ce qu'elle ne subsiste pas ; tous peuvent l'attaquer comme non sincère, comme établissant une filiation contraire à la réalité. C'est précisément en cela que l'article 339 est un correctif aux facilités si grandes qui sont données par la loi pour la reconnaissance des enfants naturels.

Le texte dit que la reconnaissance peut être contestée *par tous ceux qui y ont intérêt*. Rien de plus général et de plus compréhensif que cette formule, dont il importe de préciser la portée.

a) Elle comprend d'abord l'auteur même de la reconnaissance, celui de qui elle émane.

En principe, la reconnaissance, une fois faite, ne peut pas être révoquée. Elle constitue un aveu de paternité ou de maternité ; or l'aveu crée un droit définitif au profit de la personne en faveur de laquelle il est intervenu [1].

Par application du droit commun et sans qu'il soit besoin de recourir à l'article 339, l'auteur d'une reconnais-

1. Peut-être convient-il de faire une réserve pour le cas où la reconnaissance a été faite dans un testament par acte public. En effet, le testament est révocable de son essence ; les dispositions qu'il contient n'existent définitivement qu'à la mort du testateur. Cependant on a soutenu qu'une distinction doit être faite entre les clauses du testament ; celles qui concernent les biens tomberaient en cas de révocation du testament, tandis que l'aveu de paternité ou de maternité pourrait être retenu comme acquis, malgré la révocation. Voy. sur cette question Laurent, *Principes*, IV, p. 124.

Source BIU Cujas

sance peut en demander l'annulation si la reconnaissance n'a pas été régulière en la forme, si l'auteur de la reconnaissance l'a faite en état d'aliénation mentale, ou si le consentement de cet auteur a été vicié. Aucun doute n'existe à cet égard ; les règles du droit commun sont formelles.

Au contraire, la question est discutée de savoir si l'auteur de la reconnaissance peut l'attaquer quand elle a été faite régulièrement, sciemment et librement, comme non sincère, comme contraire à la vérité. Il y a une raison d'en douter : c'est qu'on n'est pas admis d'ordinaire à se prévaloir de ses fautes ou des sottises que l'on commet. Cependant il n'y a pas à hésiter. D'abord, l'article 339 ne fait aucune distinction : la reconnaissance peut être contestée, dit-il, « par tous ceux qui y « ont intérêt ». D'autre part, la reconnaissance n'est pas attributive de filiation, mais seulement déclarative ; elle tombe donc si le fait est reconnu impossible. Nul ne peut créer des rapports de filiation qui ne reposent sur rien. Peu importe qu'une reconnaissance ait été faite dans les formes voulues, par une personne consciente de ses actes et dont la volonté n'a été entachée d'aucun vice ; si elle est contraire à la vérité et que ce soit démontré, elle peut être attaquée par celui qui l'a faite [1].

b) L'enfant reconnu est encore un intéressé, au sens de l'article 339. La reconnaissance intervenue peut lui avoir attribué un état qui n'est pas le sien ; il est conforme à son droit qu'il puisse la faire tomber en prouvant qu'il n'est pas issu de la personne qui l'a reconnu. Il y a pour lui un intérêt moral ; étant enfant naturel, il n'est pas indifférent de l'être de n'importe qui. Il peut y avoir un intérêt pécuniaire, notamment à raison des droits éventuels de succession. Donc l'enfant reconnu peut attaquer la reconnaissance ; ses représentants le peuvent comme lui, par exemple son tuteur, s'il est mineur [2].

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 339, nos 15 à 17.

2. *Ibid.*, no 13. — Cpr. Caen 27 juillet 1887, *Le Droit* du 8 août. L'espèce de cet arrêt mérite d'être rapportée, comme faisant bien apparaître l'intérêt que l'enfant peut avoir à contester la reconnaissance dont il a été l'objet. Dans un café, un consommateur avait entendu conter qu'un enfant naturel, reconnu par sa mère, venait de recueillir la succession de celle-ci, évaluée à une somme assez forte. Cet individu s'empressa de reconnaître l'enfant, avec l'espoir que la fortune lui reviendrait si l'enfant venait à mourir. Allant plus loin, il réclama judiciairement la remise de l'enfant ; le tuteur, comme représentant de ce dernier, répondit par une demande en nullité de la reconnaissance.

Source BIU Cujas

c) Les père et mère de celui qui a fait la reconnaissance sont aussi des intéressés, autorisés par l'article 339 à contester cette reconnaissance. Ils viennent défendre l'honneur de la famille, montrer que la reconnaissance a été faite par faiblesse, qu'elle est non fondée. Par exemple, ils établissent qu'il y a eu, au moment où se place la conception, impossibilité physique de cohabitation entre l'homme qui a reconnu l'enfant et la mère [1].

d) En dehors des père et mère, la reconnaissance peut être contestée par tous les parents de celui qui en est l'auteur. Ils peuvent y avoir un intérêt pécuniaire, auquel cas leur droit n'est pas contesté. Ce sera notamment un intérêt de succession. Si la reconnaissance subsiste, l'enfant prendra part à la succession du défunt ; si elle est annulée, les héritiers et successeurs l'auront écarté de la succession.

Maintes fois il a été jugé qu'il suffit d'un intérêt moral, l'intérêt général de famille [2]. Au mois de février 1894, on a pu suivre devant le tribunal de la Seine les péripéties d'une demande en nullité de reconnaissance fondée sur l'article 339. Les parties portaient des noms historiques ; l'un des demandeurs avait porté une couronne. Il s'agissait d'un enfant né en 1865 et qu'aucun de ses auteurs n'avait reconnu au moment de sa naissance. En 1878, la mère se marie ; en 1880, elle et son mari reconnaissent l'enfant. Or, au moment de la conception de cet enfant, celui qui devait plus tard s'en reconnaître le père venait d'atteindre sa douzième année ; la reconnaissance établissait donc une paternité mensongère. La seule question litigieuse était celle-ci. Les demandeurs étaient deux frères et un oncle de l'auteur de la reconnaissance, autrement dit des collatéraux ; or les collatéraux, en dehors de leur intérêt pécuniaire, à raison du seul intérêt de famille, ont-ils qualité pour agir en vertu de l'article 339? Le tribunal, conformément à une jurisprudence à peu près unanime, a répondu par l'affirmative [3].

e) Enfin il faut reconnaître le droit d'agir en vertu de l'article 339 à la personne qui a déjà reconnu l'enfant qu'un autre reconnaît, ou qui voudrait reconnaître un enfant déjà reconnu

1. Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n° 14.
2. Cass. 17 mars 1870, D. P. 1870.1.241 (note de M. Ch. Beudant), Sir. 1870.1.385.
3. Trib. de la Seine 27 février 1894, *Le Droit* du 3 mars.

Source BIU Cujas

par un autre. La femme qui a reconnu un enfant peut contester la reconnaissance faite par celui qui s'en déclare le père et réciproquement. Chacune des parties peut avoir intérêt à contester la reconnaissance de l'autre. Il n'est pas indifférent, ayant eu un enfant naturel, de l'avoir eu avec n'importe qui ; indépendamment des susceptibilités fort légitimes, il y a là des rapports d'intérêts, notamment des rapports de succession, auxquels il faut veiller. Les tribunaux décident [1].

D'où, si le même enfant a été reconnu par plusieurs personnes, chacune d'elles peut contester la reconnaissance des autres, afin de consolider la sienne. On peut, par suite, supposer une situation qui deviendrait embarrassante. Un enfant a été reconnu par plusieurs personnes et ni l'une ni l'autre des reconnaissances n'est attaquée. L'enfant a légalement plusieurs pères, peut-être même plusieurs mères. Pourra-t-il se prévaloir de sa qualité dans plusieurs familles ? Pourra-t-il choisir celle qui lui plaît le mieux ? Les reconnaissances se détruisent-elles l'une l'autre ? Autant de questions à peu près insolubles en droit et heureusement peu fréquentes.

III. — Toutes les fois qu'une reconnaissance est attaquée comme non sincère, comme établissant une filiation contraire à la réalité, l'action en nullité est exclusivement régie par l'article 339, sans aucun égard aux règles du droit commun.

Pour comprendre la portée de cette proposition, il faut observer que la nullité prévue par l'article 339 est une nullité absolue. Elle peut donc être invoquée pendant trente ans, conformément au droit commun de l'article 2262 ; elle peut être invoquée par tous les intéressés, et ne peut pas être couverte par une ratification postérieure à la reconnaissance. Au contraire, nous avons fait observer que la nullité pour vices du consentement, aux termes du droit commun, est une nullité relative. Cela n'empêche pas qu'elle puisse être invoquée pendant trente ans ; mais elle ne peut l'être que par l'auteur même de la reconnaissance et par ses héritiers ou successeurs universels agissant en cette qualité ; enfin elle peut être couverte par une ratification postérieure. En résumé, il existe deux différences entre la nullité prévue par l'article 339 et la nullité relative du droit commun : différence relative aux personnes qui peuvent agir en nullité,

1. Cass. 27 janvier 1857, D. P. 1857.I.196, Sir. 1857.I.177.

Source BIU Cujas

différence relative à la possibilité d'une ratification postérieure.

Ces règles étant connues, deux hypothèses doivent être distinguées.

a) Les règles du droit commun doivent être écartées et les règles de l'article 339 seules appliquées toutes les fois que le demandeur en nullité conteste la sincérité de la reconnaissance.

Prenons un exemple. Un individu, voulant assurer le sort d'un enfant naturel dont il sait pertinemment n'être pas le père, reconnaît cet enfant. L'hypothèse est fréquente : un homme se propose d'épouser une femme ayant un enfant naturel, et reconnaît cet enfant afin de lui ménager le bienfait d'une légitimation par mariage subséquent. La non-sincérité de la reconnaissance peut être alléguée comme cause de nullité par tous les intéressés ; la nullité ne peut être couverte par aucune ratification postérieure.

Modifions l'hypothèse. La reconnaissance intervenue établit une filiation contraire à la réalité ; l'auteur de cette reconnaissance le savait quand il l'a faite ; mais elle lui a été extorquée par violence. Bien que le consentement donné à la reconnaissance soit entaché d'un vice, ce ne sont pas les règles du droit commun qui sont applicables ; ce sont les règles de l'article 339, dès et par cela seul que la sincérité de la reconnaissance est mise en question. Tous les intéressés peuvent agir en nullité ; la ratification, donnée par l'auteur de la reconnaissance après que la violence a cessé, ne couvre pas la nullité.

Modifions encore l'hypothèse. La reconnaissance établit une filiation contraire à la réalité, mais l'auteur de cette reconnaissance la croit conforme à la réalité. Victime d'un dol, il s'est cru le père d'un enfant et l'a reconnu. Ou bien il a été victime d'une erreur. Il a reconnu l'enfant avant sa naissance, croyant en être le père ; la naissance survient, et il s'aperçoit, en supputant les dates, que la conception remonte à une époque où il y avait impossibilité physique de cohabitation entre la mère et lui. Ici encore il faut écarter les règles du droit commun sur les nullités pour vices du consentement et appliquer les règles de l'article 339. Le droit d'agir en nullité appartient à tous les intéressés ; la nullité ne peut être couverte par une ratification que l'auteur de la reconnais-

Source BIU Cujas

sance donnerait après la cessation du dol ou de l'erreur.

b) Les règles du droit commun reçoivent, au contraire, leur application toutes les fois que la demande en nullité est fondée sur l'existence d'un vice du consentement sans que la sincérité de la reconnaissance soit contestée. Par exemple, un individu a reconnu un enfant dont personne ne conteste qu'il soit le père ; mais la reconnaissance a été extorquée par violence ou surprise par dol. L'article 339 n'a rien de commun avec cette hypothèse. Le vice du consentement ne peut être allégué comme cause de nullité que par l'auteur même de la reconnaissance ; la nullité peut être couverte par une ratification postérieure.

575. Telle est l'économie générale de l'article 339. La combinaison de ce texte avec les règles du droit commun ne laisse pas, on le voit, d'être délicate.

L'action qu'il prévoit est une action en contestation d'état, car, si la reconnaissance est annulée, l'état qui en résultait s'évanouit. Elle doit être intentée contre l'enfant reconnu, à moins qu'elle ne soit exercée par lui, auquel cas elle sera intentée contre l'auteur de la reconnaissance. Hors ce cas, l'enfant est le défendeur désigné, car c'est de son état qu'il s'agit ; l'action sera donc portée devant le tribunal de son domicile, conformément au droit commun.

576. Deux questions de détail surgissent à ce propos.

a) L'article 318, au cas de désaveu par le mari de la mère, exige qu'un tuteur *ad hoc* soit nommé à l'enfant s'il est mineur. L'article 318 est dans le chapitre I du titre *De la paternité et de la filiation*, chapitre relatif à la filiation légitime ; s'applique-t-il à l'enfant naturel mineur dont la reconnaissance est contestée ? La jurisprudence est variable sur ce point. En général, elle se prononce dans le sens de la négative et décide que l'enfant naturel mineur est représenté par le père qui l'a reconnu ou par son tuteur [1].

1. Cass. 27 janvier 1857, D. P. 1857. I. 196, Sir. 1857. I. 177. — En sens contraire, Cass. 10 mai 1882, D. P. 1883. I. 79, Sir. 1882.I.313, — Paris 28 juillet 1892, Sir. 1893.II.24. — L'arrêt de 1882 est intervenu dans une hypothèse qui faisait singulièrement ressembler l'action en contestation de reconnaissance à une action en désaveu. Un enfant avait été reconnu par sa mère. La mère se marie et, dans l'acte de mariage, son mari reconnaît l'enfant qu'elle a eu, de sorte que la légitimation se produit (article 331). L'auteur de la reconnaissance, devenu le mari de la mère, découvre qu'il s'est trompé ou qu'il a été trompé ; il conteste la reconnaissance, et, par suite, la légitimation qui en a été la suite. Il est

Source BIU Cujas

b) La seconde question est plus grave, car elle est d'ordre plus général. L'article 322, qui est, lui aussi, dans un chapitre consacré à la filiation légitime (chapitre II), est-il applicable en matière de filiation naturelle ? « Nul, dit-il, ne « peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son « titre de naissance et la possession conforme à ce titre ; et « réciproquement nul ne peut contester l'état de celui qui a « une possession conforme à son titre de naissance. »

Un enfant naturel a un titre (la reconnaissance) et une possession d'état conforme à ce titre. Peut-il contester la reconnaissance dont il a été l'objet ? Peut-elle lui être contestée à lui-même par d'autres? La question est controversée. Bien que la jurisprudence présente quelques dissidences, on peut dire qu'elle regarde l'article 322 comme n'étant pas applicable en matière de filiation naturelle.

Cela résulte d'abord de ce que l'article 322, par la place qu'il occupe dans la série des textes, n'a trait qu'à la filiation légitime. Il est dans le chapitre II. Si on se laisse aller à étendre les dispositions écrites pour une filiation à l'autre, il n'y a pas de raison pour s'arrêter ; on arrivera à confondre des situations que la loi a entendu faire différentes.

Cela résulte en second lieu de ce que les modes de preuve admis en matière de filiation légitime inspirent une toute autre confiance que ceux qui sont admis en matière de filiation naturelle. La régularité de la situation donne à la preuve une force très grande dans le premier cas ; quand les deux preuves sont réunies, la situation est irréfragable. L'irrégularité de la situation, au contraire, atténue toujours la force de la preuve dans le second cas. Donc les motifs qui expliquent l'article 322, appliqué à la filiation légitime, font ici défaut. D'ailleurs la possession d'état n'est pas une preuve de la filiation naturelle ; comment augmenterait-elle l'efficacité probante du titre quand elle se joint à lui ?

Pour ces deux raisons, la jurisprudence se refuse à appliquer l'article 322 en matière de filiation naturelle. De sorte qu'il n'y a pas de situations inattaquables en cette matière ;

clair que l'enfant ne pourra pas être représenté par son prétendu père demandeur en contestation de reconnaissance. Il y a lieu, dit l'arrêt, d'appliquer l'article 318.

Source BIU Cujas

il n'y en a de telles qu'en ce qui concerne la filiation légitime[1].

II. *Effets de la reconnaissance.*

577. Un premier effet est direct et très apparent. La reconnaissance prouve la filiation ; elle forme titre pour l'enfant et contre lui ; elle établit la parenté naturelle avec les droits, obligations ou incapacités qui en résultent.

Les droits, d'abord. L'enfant naturel suit la nationalité de ses auteurs. S'il est reconnu seulement par l'un d'eux, il suit la nationalité de celui-ci. S'il est reconnu par les deux, il suit la condition de celui à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si la preuve résulte à l'égard des deux auteurs du même acte ou du même jugement, l'enfant suit la nationalité du père[2]. Le tout sous réserve de la distinction qui sera bientôt faite suivant que la reconnaissance intervient pendant la minorité ou la majorité de l'enfant[3].

Il a droit au nom de la famille et même au titre, qui est une partie du nom. Cela a été quelquefois contesté, mais la jurisprudence a toujours jugé en ce sens[4].

Enfin, il a des droits de succession. Les enfants naturels succèdent à leurs père et mère, sauf dans le cas de l'article 337, où, par suite des circonstances dans lesquelles la reconnaissance a été faite, elle ne peut être opposée aux enfants ni au conjoint. Réciproquement, les père et mère naturels succèdent à l'enfant naturel. Enfin les frères et sœurs naturels se succèdent entre eux[5].

Il faut noter ici — c'est un point qui sera repris au titre *Des successions* — que la parenté naturelle, au point de vue du droit successoral, a une étendue très limitée. Les enfants naturels n'entrent pas dans la famille ; le rapport établi par la reconnaissance ne rattache l'enfant reconnu qu'à l'auteur de la reconnaissance et aux autres enfants naturels reconnus de cet auteur (articles 757 et 766, rédaction de 1896). Tout autre

1. Toulouse 2 février 1884, D. P. 1885.II.227, Sir. 1885.II.56, — Paris 9 juillet 1885, D. P. 1886.II.261. — Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 530 et suiv.

2. *Suprà*, tome I, p. 22.

3. *Infrà*, no 580.

4. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 338, nos 36 à 40.

5. En ce qui concerne les droits successoraux des enfants naturels, nous avons signalé déjà la loi du 25 mars 1896, *relative aux droits des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère*. Voy. *suprà*, p. 197, note 2.

Source BIU Cujas

est l'étendue de la parenté légitime. L'enfant légitime entre dans la famille ; il se rattache, par l'intermédiaire de ses père et mère, à tous les parents de ceux-ci jusqu'au douzième degré (article 755).

En second lieu, les obligations. L'article 203 est commun aux parents naturels et légitimes. L'obligation alimentaire existe entre parents naturels [1].

Enfin les incapacités. La parenté naturelle met obstacle au mariage comme la parenté légitime. A cet égard, la parenté naturelle est plus étendue que relativement aux successions (articles 161 et 162).

D'autre part, la filiation naturelle entraîne pour l'enfant une incapacité caractéristique, établie par l'article 908. Nous avons déjà signalé ce texte, et fait connaître la transformation profonde qu'il a subie en 1896 [2].

578. Ces diverses règles ont trait à la condition de l'enfant naturel plutôt qu'à la reconnaissance. Aussi ce sujet se complétera plus tard, dans les titres suivants, notamment aux titres de la puissance paternelle et de la tutelle ; nous y verrons dans quelle mesure les parents naturels ont la puissance paternelle et comment la tutelle est organisée quant aux enfants naturels.

Ce qui est plus important et se rapporte plus directement aux effets de la reconnaissance, c'est de préciser la manière dont ces effets se produisent. Cela résulte des caractères de la reconnaissance. Or elle en a deux qui sont à relever : 1° elle est déclarative de la filiation, — 2° elle est individuelle dans ses effets.

579. A. La reconnaissance est déclarative de la filiation, c'est-à-dire que la situation qui en résulte pour l'enfant reconnu, avec ses bénéfices et ses inconvénients, lui est acquise rétroactivement. La reconnaissance n'est pas attributive d'un état pour l'avenir ; elle est déclarative de la filiation qu'elle constate. Dès lors, ses effets remontent, quelle que soit l'époque où elle intervient, à la date de la naissance de l'enfant, ou plutôt à la date de la conception ; elle constate un état qui, dès qu'il est connu, a toujours existé [3]. Les cas sont nom-

1. *Suprà*, tome I, p. 418 et 504.
2. Voy. *suprà*, p. 208 et suiv.
3. Voy. sur ce point la note déjà citée de M. Ch. Beudant, dans D. P. 1878. I.403.

Source BIU Cujas

breux dans lesquels la jurisprudence a eu à déduire les conséquences du caractère déclaratif de la reconnaissance et de la rétroactivité de ses effets. En voici quelques-uns.

1° Un mariage a été contracté. Postérieurement à la célébration, l'un des époux est l'objet d'une reconnaissance, non contestée d'ailleurs, qui constate entre les époux un rapport de parenté au degré où le mariage est prohibé. Le mariage devra être annulé, bien qu'il n'y ait eu aucune irrégularité commise quand il a été contracté [1].

2° Une succession s'est ouverte et a été liquidée ; puis une reconnaissance survient, qui constate au profit de l'enfant reconnu le droit d'y prendre part. Il faudra revenir sur la liquidation faite inexactement, à moins que l'action en pétition d'hérédité ne soit prescrite [2].

3° Une donation entre vifs a été faite par une personne à une autre, alors qu'il n'existait aucun rapport connu de parenté entre ces deux personnes. Ultérieurement, le donateur reconnaît le donataire. L'article 908 devient applicable et permet d'attaquer une donation faite avant la reconnaissance. En effet, l'incapacité prévue par cet article s'attache au fait de la filiation naturelle et non au fait de la reconnaissance ; d'autre part, cette reconnaissance, à quelque époque qu'elle intervienne, rétroagit et rend l'article 908 applicable même pour le passé [3].

Il en serait de même dans tous les cas où l'intérêt à la rétroactivité apparaîtrait. La rétroactivité résulte de ce que la reconnaissance n'est pas attributive, mais déclarative de filiation.

580. Il existe toutefois une exception à la règle ainsi énoncée. Elle a été introduite par la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité. L'enfant naturel né en France de parents inconnus est français *jure soli* [4]. Reconnu par un de ses auteurs, il acquiert la nationalité de celui-ci ; reconnu par tous deux, il prend la nationalité de celui à l'égard duquel la filiation a d'abord été établie ; il prend enfin la nationalité du père si la paternité et la maternité sont établies par le même acte

1. *Ibid.* — Il faut noter toutefois que le mariage sera considéré dans ce cas comme putatif.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.* — Cpr. Cass. 30 janvier 1883, D. P. 1883.I.201. — *Secus*, Paris 9 février 1883, D. P. 1883.I.119.

4. *Suprà*, tome I, p. 24.

Source BIU Cujas

judiciaire ou extra-judiciaire[1]. Or, depuis la loi de 1889 (article 8 actuel C. civ., alinéa 2 du 1° de la seconde partie), la reconnaissance survenant ne modifie la nationalité de l'enfant que si elle est faite pendant sa minorité. Si elle est faite après sa majorité, quoique déclarative de filiation, elle ne modifie pas la nationalité d'abord acquise, ce qui revient à dire que la reconnaissance ne produit pas d'effet rétroactif. La loi a voulu intéresser les auteurs de l'enfant à ne pas retarder la reconnaissance ; elle a voulu aussi que l'enfant ne restât pas exposé à des changements de nationalité par suite de reconnaissances tardives [2].

Mais cette règle est exceptionnelle ; à tous autres égards, la reconnaissance est déclarative de filiation et, par suite, rétroactive dans ses effets.

581. B. La reconnaissance est individuelle dans ses effets, c'est-à-dire qu'elle ne les produit qu'au regard de celui de qui elle émane.

Elle est un aveu, soit de paternité, soit de maternité, et l'aveu ne peut être que personnel. Autoriser l'un des deux auteurs à reconnaître l'enfant au nom et pour le compte de l'autre, ce serait revenir à l'idée que la filiation peut être établie sur et par déclaration d'autrui ; or, si la loi l'admet pour la filiation légitime (c'est en ce sens que l'article 319 dit que cette filiation se prouve par l'acte de naissance), elle ne l'admet pas pour la filiation naturelle, qui ne comporte comme preuve que la reconnaissance volontaire ou forcée.

Donc, émanée du père, elle prouve la paternité ; émanée de la mère, elle prouve la maternité ; la reconnaissance que l'un des auteurs ferait pour le compte de l'autre serait sans effet. En d'autres termes, la reconnaissance est individuelle dans ses effets[3].

582. Le principe n'est pas douteux ; pendant longtemps, il a été exclusivement et rigoureusement appliqué. Plus tard, la jurisprudence, s'autorisant d'un texte ambigu, croyant en outre donner par là satisfaction à certains intérêts pratiques, s'en est peu à peu écartée, dans une mesure au moins ; elle s'est laissée entraîner à admettre quelques distinctions. Il s'est produit à ce propos une évolution importante, qui s'explique

1. *Suprà*, p. 219.
2. *Suprà*, tome I, p. 22 et 23.
3. *Suprà*, p. 135 et 140.

Source BIU Cujas

comme une réaction contre le système un peu étroit du Code sur la preuve de la filiation naturelle. Suivons le développement de cette jurisprudence. Elle a abouti, relativement au caractère individuel de la reconnaissance, à distinguer entre le père et la mère naturels.

En ce qui concerne le père naturel, la reconnaissance reste pleinement et absolument individuelle ; nul, pas même la mère reconnaissant un enfant pour son propre compte, ne peut utilement déclarer le père. La déclaration qui serait faite serait sans effet ; l'officier de l'état civil, dès lors, ne peut ni l'exiger ni la recevoir. Sans doute l'article 57 porte que l'acte de naissance énonce les prénoms, nom, profession et domicile des père et mère ; mais cela ne concerne que la filiation légitime, ou du moins, s'il s'agit de filiation naturelle, cela ne concerne pas le père. En effet, il est une autre règle sur la tenue des registres : c'est que les officiers de l'état civil ne peuvent rien y insérer que ce qui doit être déclaré par les comparants (article 35) ; or il n'y a que les énonciations utiles qui doivent être déclarées ; donc l'officier de l'état civil, quand il s'agit d'une filiation naturelle, ne peut ni exiger qu'on lui déclare le père, ni recevoir la déclaration qui serait faite. Si, en fait, le nom du père avait été déclaré et inséré dans l'acte, il y aurait lieu à rectification de cet acte, pour en faire disparaître une énonciation qui ne doit pas s'y trouver, à moins, bien entendu, qu'elle n'émane du père lui-même reconnaissant l'enfant dans l'acte de naissance. Toutes ces idées sont incontestées [1].

C'est au contraire une opinion répandue, reçue sans conteste dans la pratique à l'heure actuelle, que la désignation de la mère naturelle dans l'acte de naissance peut être utile, que la déclaration du nom de la mère est dès lors recevable par l'officier de l'état civil et peut être exigée, en d'autres termes que l'article 57, qui n'est pas applicable au père naturel, l'est à la mère naturelle [2].

583. Voici comment la pratique a peu à peu incliné vers ces distinctions. Elle a admis cette interprétation d'abord dans un cas particulier, par application de l'article 336 : « La re-« connaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère,

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 57, nos 2 et suiv.
2. Cass. 30 novembre 1868, D. P. 1869.I.28, Sir. 1869.I.66.

Source BIU Cujas

« n'a d'effet qu'à l'égard du père. » On a conclu de ce texte que le père, reconnaissant pour son compte l'enfant déclaré, peut utilement désigner la mère. Cette désignation de la mère ne peut pas suffire à elle seule pour prouver la maternité, étant donné le caractère individuel de la reconnaissance. Mais elle peut contribuer à la prouver ; elle la prouve s'il s'y ajoute un élément complémentaire. En effet, la reconnaissance du père n'a d'effet qu'à son égard quand elle est faite sans l'indication et l'aveu de la mère, dit l'article 336 ; d'où il faut conclure *a contrario* que l'indication de la mère, s'il s'y joint l'aveu de la mère, produit effet à l'égard de la mère. Or cet aveu, à l'inverse de la reconnaissance proprement dite, qui, aux termes de l'article 334, peut être faite seulement dans un acte authentique, n'est soumis à aucune condition, soit quant à sa forme, soit quant à l'époque où il peut être fait. Il peut être exprès, résulter par exemple d'une reconnaissance faite par acte sous seing privé, qui ne vaudrait pas comme reconnaissance proprement dite, mais qui vaut comme aveu ; il peut aussi être tacite, résulter par exemple de l'attitude, de la manière d'être de la mère, des soins qu'elle donne à l'enfant, en d'autres termes de la possession d'état qu'a l'enfant. L'aveu exprès ou tacite devient ainsi le complément de l'indication faite par le père dans l'acte de reconnaissance ; il la corrobore et ces deux éléments réunis prouvent la maternité [1].

Cette manière d'interpréter l'article 336 a été consacrée par maints arrêts [2] ; ils ont admis que la reconnaissance faite par le père, avec indication de la mère et aveu de celle-ci, vaut reconnaissance à l'égard de la mère. Restriction considérable à l'idée que la reconnaissance est individuelle, à l'idée d'après laquelle chacun des auteurs n'agit que pour son compte.

De là découle la solution indiquée plus haut sur la ques-

1. L'aveu de la mère n'est probant que si la reconnaissance du père est valable. Si donc le père est marié avec une femme autre que la mère, la reconnaissance est nulle par rapport à lui et l'aveu de la mère n'a plus d'effet. Cass. 25 juin 1877, D. P. 1878.I.262, Sir. 1878.I.117.

2. Outre l'arrêt de cassation déjà cité du 30 novembre 1868, voy. Bordeaux 27 août 1877, D. P. 1878.II.193, Sir. 1879.II.105, — Cass. 25 juin 1877, D. P. 1878.I.262, Sir. 1878.I.117. — Cpr. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 406 et suiv. — *Adde* : Trib. de la Seine 10 mars 1882, *Le Droit* du 28 mars.

Source BIU Cujas

tion de savoir si l'officier de l'état civil peut recevoir et au besoin exiger des déclarants l'indication du nom des auteurs. Non, s'il s'agit du père ; cette indication ne peut avoir aucun effet et n'est, dès lors, ni exigible ni recevable. Oui, si c'est le père qui fait la déclaration et reconnaît l'enfant ; l'indication de la mère peut avoir effet ; donc elle est recevable et même exigible.

584. Cette interprétation ne fait plus doute en jurisprudence. Elle soulève cependant les plus sérieuses objections. On ne peut nier qu'elle ait des avantages au point de vue pratique. Voici en effet comment, très souvent au moins, les choses se passent en fait dans les ménages irréguliers. Un enfant vient au monde ; le père déclare la naissance et reconnaît l'enfant comme sien ; il indique la mère. Celle-ci, se fiant à cet acte qui la nomme, croyant que cela suffit pour régulariser la situation de l'enfant par rapport à elle, ne fait pas, en ce qui la concerne, une reconnaissance distincte et formelle ; seulement elle élève l'enfant, le soigne, le traite comme sien, avoue par là sa maternité et confirme l'indication de l'acte. Est-il admissible qu'on vienne soutenir plus tard que la maternité n'est pas établie et, si le mariage survient, que l'enfant ne peut être légitimé ?

Cela prouve tout au plus que la loi est insuffisante, qu'elle n'offre pas pour la preuve de la filiation naturelle des modes de preuve répondant aux exigences de la pratique ; cela ne prouve pas que la jurisprudence soit fondée en droit. Voici en effet où est, au point de vue juridique, le vice de cette interprétation. Jamais il n'est entré dans la pensée des rédacteurs du Code que l'acte de naissance suffise à prouver la filiation naturelle, soit à l'égard du père, soit à l'égard de la mère. Ils l'ont admis pour la filiation légitime (article 319) ; l'article 334 est précisément fait pour écarter cette idée quant à la filiation naturelle. Or la jurisprudence reste fidèle au système quand il s'agit de la paternité ; mais elle s'en écarte quant à la maternité, puisqu'en définitive c'est l'indication de la mère dans la reconnaissance du père qui prouve l'accouchement, et par suite, s'il y a preuve de l'identité, la filiation maternelle.

On s'étonne à l'idée qu'une filiation manifestée par la possession d'état jointe à un acte de naissance ne soit pas regardée comme prouvée. Mais supposons une reconnaissance

Source BIU Cujas

formelle faite par acte sous seing privé, auquel cas elle est dénuée d'effet ; ne faut-il pas admettre que la filiation, quoique manifestée en fait, ne sera pas prouvée en droit? Il en est ainsi toutes les fois que la loi, pour des raisons qui sont discutables, soumet la constatation d'un fait à des formes exigées à peine de nullité. C'est précisément ce qu'elle fait pour les reconnaissances d'enfants naturels. Singulière jurisprudence ! Ce que ne pourrait pas une reconnaissance expresse dans un acte sous seing privé, un aveu tacite, sans aucun acte, va le réaliser !

585. Il est vrai que l'article 336 est là ; c'est de lui qu'est sorti le système de la jurisprudence, par l'argument *a contrario* que nous avons fait connaître. Cet article 336 a-t-il donc modifié l'article 334 ? Non. Il n'a pas le sens et la portée qu'on lui donne. L'histoire de sa rédaction le prouve ; elle démontre en même temps que l'argument *a contrario* que l'on tire de ce texte ambigu n'a aucun fondement.

D'après le projet, conforme en cela à la tradition de l'ancien droit, il existait une différence assez grande entre le père et la mère quant à la reconnaissance. La mère pouvait faire une reconnaissance valable quant à elle sans le concours de qui que ce fût ; en effet, elle n'a besoin d'aucun témoignage étranger pour être sûre de sa maternité. Il en était autrement du père. Le père, ou celui qui se prétend tel, est dans une situation moins nette ; il peut se croire le père, être autorisé à le croire et cependant ne pas l'être. La reconnaissance qu'il fait ne doit dès lors être accueillie, disait-on, qu'autant qu'elle est confirmée par l'aveu de la mère ; il faut que la mère proclame que l'enfant qu'elle a mis au monde est effectivement de celui qui s'en déclare le père, ce qu'elle sait mieux que personne. De là l'article qui figurait au projet de Code : « Toute reconnaissance du père « seul, non avouée par la mère, sera de nul effet, même à « l'égard du père. »

On reconnut que cette règle avait de graves inconvénients. Subordonner la reconnaissance du père à l'aveu de la mère, c'est exposer l'enfant à être victime de toutes les circonstances qui peuvent empêcher ou détourner la mère de donner son aveu : son prédécès, sa folie, son absence, sa haine peut-être pour le père, la crainte de se déshonorer en avouant à qui elle a cédé. Aussi on abandonna cette idée et on remplaça

Source BIU Cujas

l'article du projet par celui-ci : « La reconnaissance du père, « si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet. » Mais la disposition était inutile, puisque l'article 339 permet à tout intéressé de contester la reconnaissance faite au profit d'un enfant naturel. Alors, allant plus loin, on décida que le texte primitif serait remplacé par celui-ci : « La reconnaissance « d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui « l'aura faite, sauf à l'autre à la contester. »

Voilà une idée claire et pratique. Tel est le système qu'on a entendu consacrer. Seulement les rédacteurs du Code ont modifié le texte qui avait été adopté d'abord ; préoccupés de marquer qu'ils entendaient rejeter l'idée ancienne, d'après laquelle la reconnaissance du père n'a d'effet que si elle est confirmée par l'aveu de la mère, ils ont rédigé de la sorte l'article 336 : « La reconnaissance du père, sans l'indication et « l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. » Cela veut dire que la reconnaissance du père est valable, même sans l'indication et l'aveu de la mère ; valable, elle a effet à l'égard du père, mais n'a d'effet que contre lui.

Si tel est le sens de l'article 336, la base du système de la jurisprudence s'écroule. D'ailleurs, si cette jurisprudence a des avantages au point de vue pratique, elle présente aussi des inconvénients graves. Comment permettre à un homme, au premier venu, de désigner la femme qu'il prétend être la mère de l'enfant qu'il reconnaît, sous prétexte qu'il est possible que cette femme avoue plus tard ?

586. Quoi qu'il en soit et quelque concluante que soit la démonstration, la jurisprudence est fixée. Quant au père, la reconnaissance reste absolument et exclusivement individuelle ; elle n'a d'effet quant à lui que si elle est faite par lui. Quant à la mère, la reconnaissance reste bien individuelle ; seulement l'indication de la mère par le père a un effet considérable : s'il s'y joint ensuite un aveu, même tacite, la maternité sera prouvée.

587. Ce fut déjà une atteinte grave portée au système du Code civil. Une fois entrée dans cette voie, la jurisprudence ne pouvait manquer d'aller plus loin. Voici comment.

Le seul cas que vise formellement l'article 336, en admettant qu'il puisse être interprété comme l'interprète la jurisprudence, est celui où le père indique la mère dans l'acte portant reconnaissance quant à lui. Mais, en réalité, la recon-

Source BIU Cujas

naissance du père n'est pour rien dans l'effet que produit l'indication du nom de la mère par le père ; l'élément vraiment probant est l'aveu de la mère. Alors pourquoi l'indication du nom de la mère n'aurait-elle pas le même effet quand elle est faite par le père, même si celui-ci ne reconnaît pas l'enfant quant à lui ? Ce qui est probant, ce n'est pas l'indication du nom de la mère ; elle ne prouve pas, ne peut pas prouver la maternité ; elle sert seulement de point de départ à la preuve, qui résulte alors de l'aveu de la mère, dans quelque forme qu'il soit fait. L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance ne prouve qu'une chose : l'accouchement ; si l'aveu par possession d'état prouve la maternité, c'est qu'il établit l'identité de l'enfant avec celui dont la femme est accouchée. Alors il n'y a vraiment pas de raison pour distinguer entre l'indication faite par le père qui reconnaît l'enfant et celle qui est donnée par le père sans reconnaissance quant à lui. Donc l'indication de la mère par le père prouve toujours la maternité, si l'aveu de la mère s'y joint.

Allant plus loin, on s'est demandé pourquoi l'indication de la mère faite par le père aurait plus d'effet que l'indication donnée par un déclarant quelconque, par une des personnes indiquées à l'article 56, notamment une sage-femme. Peu à peu, on est arrivé à cette idée que l'indication de la mère dans l'acte de naissance, sur déclaration, prouve l'accouchement et par suite la maternité dès qu'il s'y joint un aveu de la mère ; l'aveu peut résulter en particulier du fait que la mère a donné la possession d'état à l'enfant[1].

588. Par là, le système du Code civil s'est trouvé tout transformé. La reconnaissance de la mère doit être expresse et faite par acte authentique quand elle est directe ; elle peut être tacite et résulter de la possession d'état quand elle s'ajoute à l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, sur la déclaration soit du père reconnaissant pour son compte, soit du père ne reconnaissant pas pour son compte, soit d'un déclarant quelconque.

1. *Sic*, Cass. 1er juillet 1853, D. P. 1853.I.177, — Alger 26 mars 1860, D. P. 1864.I.354, Sir. 1864.I.505, — Dijon 2 juillet 1868, D. P. 1869.II.91, — Paris 16 novembre 1871, D. P. 1872.II.62, — Limoges 7 décembre 1886, *La Loi* du 8 janvier 1887, — Trib. de la Seine 5 janvier 1883, *La Loi* du 28 mars, — 23 avril 1884, *La Loi* du 26 avril. — *Secus*, Cass. 10 août 1864, D.P. 1864.I. 354, Sir. 1864.I.505, — Grenoble 26 décembre 1867, D. P. 1868.II.112, — Cass. 3 avril 1872, D. P. 1872.I.113, — Paris 2 août 1876, Sir. 1879.II.250.

Source BIU Cujas

La jurisprudence incline de plus en plus en ce sens, ce qui détruit le système très restrictif du Code civil. L'administration fait ce qu'elle peut pour éviter les méprises. Lors des déclarations de naissance, dans les grandes villes, à Paris notamment, on remet aux déclarants un bulletin portant l'avis suivant : « Tout enfant naturel inscrit dans son acte de nais- « sance sous le nom de sa mère n'est légalement reconnu par « elle que par acte spécial fait soit à la mairie, soit devant « notaire. » En fait, on ne tient pas compte de ce bulletin ni de l'avis qu'il contient. Alors, si on écarte la jurisprudence indiquée, ne va-t-on pas rendre incertaines une masse de filiations naturelles qui se croient en règle ? C'est sous l'influence de cette crainte que la jurisprudence se développe et transforme peu à peu le système de la loi.

§ 2. — De la reconnaissance judiciaire.

589. Arrivons à la reconnaissance forcée ou judiciaire, autrement dit à la preuve de la filiation naturelle par témoins sur l'action en réclamation d'état.

590. Relativement à la mère naturelle, ce mode de preuve est admis de droit commun. « La recherche de la maternité « est admise, dit l'article 341. L'enfant qui réclamera sa mère « sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que « l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette « preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commence- « ment de preuve par écrit. »

Le système est à peu près le même que pour la filiation légitime ; l'article 341 reproduit l'article 323. Cependant il y a entre les deux situations deux différences, peu rationnelles d'ailleurs.

La première ressort de la comparaison de l'article 341 avec l'article 323. En matière de filiation légitime, la preuve testimoniale est admise dans deux cas : quand il y a commencement de preuve par écrit, quand il y a des présomptions ou indices graves. Nous avons vu précédemment[1] dans quelle pensée cette exigence a été consacrée par le législateur. En matière de filiation naturelle, l'article 341 n'admet la preuve testimoniale que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit ; l'existence de présomptions ou indices graves ne

1. *Suprà*, n° 509.

Source BIU Cujas

suffit pas, comme au cas de filiation légitime, pour rendre la demande recevable.

D'où vient la différence ? Aucune raison satisfaisante ne peut en être donnée, si ce n'est celle-ci. L'action en réclamation d'état est ici plus grave pour l'honneur des personnes ; l'abus est plus à craindre ; aussi la demande n'est-elle recevable que sous des conditions plus étroites. La raison est peu concluante et l'on est tenté de compléter l'article 341 par l'article 323 ; mais erreur ne fait pas compte, et, vu les textes, on s'en tient strictement à ce qu'ils exigent.

La seconde différence est plus contestable encore. En matière de filiation légitime, on admet comme commencement de preuve, autorisant la preuve testimoniale, non seulement les actes émanés du défendeur, mais encore les actes émanés d'une personne qui aurait, si elle était vivante, un intérêt opposé à celui de l'enfant (article 324). Règle large, qui déroge, nous l'avons dit [1], au droit commun de l'article 1347. Faut-il appliquer, quand il s'agit de filiation naturelle, l'article 324 ou l'article 1347 ?

Strictement, l'article 1347 forme le droit commun ; l'article 324, qui est exceptionnel, ne vise que la filiation légitime ; donc il n'est pas applicable ici [2]. Cette différence est encore impossible à justifier en législation, sinon par le motif allégué à propos de la différence précédente.

Sauf ces deux différences, les règles sont les mêmes pour la preuve par témoins de la maternité légitime et naturelle.

591. Relativement à la paternité naturelle, l'article 340, un des plus célèbres du Code civil, écarte la réclamation d'état et par suite la preuve testimoniale : « La recherche de la pa-« ternité est interdite.... » En d'autres termes, on ne peut pas établir la paternité par témoins sur l'action en réclamation d'état, mais seulement par la reconnaissance volontaire.

592. A cette règle, l'article 340 n'admet qu'une seule exception, au cas d'enlèvement, lorsque la date de l'enlèvement coïncide avec l'époque de la conception. Le texte dit : « Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlève-

1. *Suprà*, n° 509.

2. La jurisprudence, inspirée par le désir de faciliter les recherches de maternité, se prononce généralement en sens contraire. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 341, n° 39. — Cpr. Trib. de la Seine 11 juillet 1878, *Le Droit* du 13 octobre. — Trib. de Brest 12 juillet 1882, *Le Droit* du 31 août.

Source BIU Cujas

« ment se rapportera à celle de la conception, le ravisseur « pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré « père de l'enfant. »

Par les *parties intéressées*, puisque l'article 340 emploie cette désignation large, il faut entendre tous ceux qui justifient d'un intérêt : 1° l'enfant lui-même, — 2° la mère de l'enfant, — 3° les père et mère de la mère, — 4° toute personne justifiant d'un intérêt moral ou pécuniaire, comme au cas de contestation de reconnaissance. Par exemple, il faut reconnaître le droit d'agir à ceux qui veulent établir la filiation paternelle de l'enfant pour obtenir ensuite l'application de l'article 908.

Si la recherche de la paternité est alors admise, c'est qu'il y a présomption très forte que le ravisseur est le père de l'enfant lorsque l'époque de la conception coïncide avec celle de l'enlèvement. Il n'y a pas cependant preuve certaine, car il se peut, d'une part, que l'enlèvement n'ait été suivi d'aucune cohabitation et que cela soit prouvé ; d'autre part, il n'est pas impossible que la mère ait eu, à la même époque, des rapports avec un autre que le ravisseur. En pareille matière, la circonspection doit être extrême. On a vu des cas étranges : une jeune fille, par exemple, ayant commis une faute, se fait enlever par un homme crédule, pour se réserver le bénéfice de l'article 340 et pouvoir assurer une paternité à l'enfant. Le législateur a donc été prudent quand il a dit : le ravisseur *pourra être déclaré* et non pas *sera déclaré* père de l'enfant. Les juges apprécieront selon les circonstances.

Par enlèvement, il faut entendre d'abord, sans aucun doute, l'enlèvement proprement dit, tel que le prévoit et le punit la loi pénale, le rapt d'une mineure par fraude ou violence (article 354 C. pén.). On admet communément que l'article 340 est indépendant des qualifications de la loi pénale, et qu'il faut y prendre le mot *enlèvement* non pas dans son sens pénal, mais dans le sens général et ordinaire, comme signifiant tout déplacement d'une personne malgré elle ou malgré ceux dont elle dépend, par fraude ou violence, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'elle est mineure ou majeure.

Faut-il étendre l'exception au cas de détournement par séduction ? La question est discutable, car, grammaticalement, le mot *enlèvement* implique une idée de fraude ou de vio-

Source BIU Cujas

lence, qui fait défaut quand la personne séduite suit volontairement le séducteur.

Faut-il l'étendre au cas de viol constaté ? La question est encore discutable. Si on peut, à la rigueur, considérer le viol comme un enlèvement momentané, il n'y a pas déplacement, donc pas enlèvement au sens vrai du mot. Quelles distinctions subtiles, étranges et sans motifs [1] !

593. En dehors de cette exception, qu'on la limite ou qu'on l'étende, le droit commun reste applicable : la recherche de la paternité par l'action en réclamation d'état est interdite.

Cette disposition célèbre est manifestement une dérogation aux principes. Reconnaître l'enfant, nous l'avons répété maintes fois, est le devoir strict des parents ; être reconnu est le droit strict de l'enfant ; dès lors, à défaut de reconnaissance volontaire, l'enfant devrait pouvoir établir judiciairement la paternité, comme il est admis à établir la maternité.

Pourquoi le lui interdire ? Le motif habituellement donné, celui que l'on répète chaque jour, c'est la difficulté, l'incertitude des preuves, difficulté qui est presque une impossibilité. La paternité ne se révèle, en effet, par aucun signe extérieur, comme la maternité, qui s'annonce par la grossesse et se manifeste par l'accouchement ; elle résulte du seul fait de la conception, fait que sa nature soustrait à toute constatation, dès lors à toute recherche. Tout ce qu'on pourrait établir, c'est l'existence de rapports entre la mère connue et le père prétendu. Que prouveraient-ils ? Ils ne sont pas exclusifs des rapports de la mère avec d'autres que le père prétendu. Quand un enfant naît d'une femme non mariée, n'y a-t-il pas témérité à vouloir connaître le père ? On a rappelé à ce propos ces paroles d'un moraliste : « On peut trouver « des femmes qui n'ont jamais eu de galanterie, mais il est « rare d'en trouver qui n'en aient jamais eu qu'une [2]. » La paternité hors mariage est donc toujours plus ou moins incertaine. De là l'article 340.

Un autre motif a plus spécialement contribué à faire admettre l'article 340 : un besoin très légitime de réaction

1. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 340, nos 12 à 15. — La question pourrait être posée aussi de savoir si l'article 340 doit s'entendre de l'enlèvement par la femme comme par l'homme.

2. La Rochefoucauld, *Réflexions ou sentences et maximes morales*, maxime LXXXIII.

Source BIU Cujas

contre les abus du système suivi dans l'ancien droit. L'ancien droit n'admettait pas non plus la recherche de la paternité par l'enfant ; mais il admettait, ce qui était infiniment plus grave, la désignation du père par la mère. C'était l'application d'une règle passée à l'état d'adage de droit : « Creditur virgini se praegnantem asserenti », on croit la fille-mère affirmant de qui elle est enceinte. La coutume ajoutait foi à cette déclaration de la mère ; il suffisait, pour que la déclaration fût admise comme probante, que la mère prouvât qu'il y avait eu des fréquentations entre elle et celui qu'elle désignait à l'époque où remontait la conception. Il arrivait souvent que des femmes dissolues choisissaient le plus riche de leurs clients pour le faire déclarer le père de leur enfant [1]. Cette pratique finit, on le comprend aisément, par être regardée comme un fléau public ; c'est surtout par esprit de réaction contre elle qu'a été écrit l'article 340.

Ce fut aller d'un extrême à l'autre. Assurément, il n'est pas désirable qu'on rétablisse l'ancienne règle *Creditur virgini se praegnantem asserenti* ; mais conclure des abus, des scandales qu'amena l'application de cette règle à la prohibition de la recherche par l'enfant, c'est confondre deux idées distinctes et imputer à une idée, pour la combattre, des résultats qui se rattachent à une idée tout autre.

Les considérations tirées des abus de la pratique ancienne étant mises de côté, puisque cette pratique était différente du régime établi par l'article 340, il ne reste qu'une explication actuelle de cet article : la difficulté, l'incertitude des preuves à fournir. Cette difficulté, cette incertitude sont-elles réelles, assez réelles pour justifier l'exception aux principes, la négation du droit de l'enfant ? Là est toute la question, qui compte parmi les plus graves. Pendant longtemps, l'article 340 a été regardé comme une nécessité ; à l'heure présente, il est fort attaqué et près d'être condamné. On lui reproche d'être non fondé, injuste, funeste par les résultats qu'amène son application,

a) D'abord il est non fondé. En effet, c'est une erreur de croire que les choses susceptibles de constatation matérielle puissent seules être prouvées ; l'évidence peut être simplement intellectuelle et sortir des circonstances. N'en est-il pas ainsi la plupart du temps en matière criminelle ?

1. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 468.

Source BIU Cujas

Nul n'a vu commettre le crime ; on arrive néanmoins, par induction, à affirmer que telle personne l'a commis. Pourquoi n'en serait-il pas de même en ce qui concerne la paternité ? Dans les villes, dans les grandes villes surtout, où la conduite privée a tant de moyens de se dissimuler, la question de paternité peut être difficile, parfois même impossible à résoudre ; au village, que de fois n'arrive-t-il pas, quand une fille fait un faux pas, qu'on sache, sans hésiter, qui le lui a fait faire ?

La preuve en est dans l'article 340 lui-même. Il admet une exception à la prohibition de recherche de la paternité dans le cas d'enlèvement, la coïncidence rendant vraisemblable la paternité du ravisseur. En quoi donc ce fait de l'enlèvement rend-il la paternité plus susceptible de preuve qu'une union irrégulière non dissimulée, connue, continuée, avouée et notoire ? Une jeune fille de vingt ans, mineure par conséquent, est détournée de chez ses parents ; il y a enlèvement ; le ravisseur, quand même l'enlèvement n'aurait duré que peu de temps, pourra être déclaré le père de l'enfant. Une jeune fille de vingt-deux ans, majeure par conséquent, se sauve de chez ses parents, suit volontairement son séducteur et fait vie commune avec lui d'une façon suivie ; aucune recherche de paternité n'est possible. Quelle inconséquence ! Quoi qu'on puisse en dire, cela paraît contraire au bon sens [1].

Qu'il y ait des cas où la paternité reste incertaine et impénétrable, ce n'est pas douteux ; alors on n'admettra pas la réclamation d'état. Il y en a, au contraire, où elle est certaine. N'est-ce pas une singulière idée de proscrire toujours la recherche de la paternité parce qu'il y a des cas où il est difficile de l'établir ? On peut conclure que l'article 340 n'est pas fondé.

b) En outre, il est injuste, car il laisse exclusivement à la charge de la mère les suites d'une faute qu'elle n'a pas commise seule. Il affranchit de toute responsabilité le père qui se joue des devoirs de la paternité.

c) Enfin la règle de l'article 340 est funeste par ses conséquences. Elle l'est doublement.

D'abord au point de vue moral. L'insouciance que paraît avoir la loi est passée dans les mœurs ; l'habitude est prise

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 443.

Source BIU Cujas

des lâches abandons ; on considère que reconnaître l'enfant n'est plus un devoir pour le père.

Elle ne l'est pas moins au point de vue social. Une question attire depuis bien des années l'attention : celle de la mortalité des nouveau-nés, qui atteint la proportion effroyable de 80 0/0. On a d'abord accusé les nourrices ; allant plus au fond des choses on a cherché quels sont les nouveau-nés que la mort frappe, et on a reconnu que ce sont les enfants naturels ; on a regardé de plus près encore et constaté que cette mortalité atteint surtout les enfants naturels non reconnus, et les atteint presque tous. L'explication est simple. La condition de la fille-mère, réduite à ne rien pouvoir contre le père de l'enfant, est nécessairement misérable ; il y a pour elle détresse physique et détresse morale, d'où résulte pour l'enfant une faiblesse native, qui le voue à une mort inévitable quand il échappe à l'infanticide.

Ces faits sont certains ; ils ont été mis en lumière depuis quelques années et l'opinion va se répandant que l'abrogation de l'article 340 s'impose comme une nécessité sociale. Sagement réglementée au lieu d'être proscrite, la recherche de la paternité naturelle serait un bienfait [1].

594. En attendant, l'article 340 existe. Toutefois, la pratique ne se soumet qu'à moitié. Il y a avec le texte des accommodements. Rien de curieux comme les détours et les audaces des cours et tribunaux en présence de ce texte.

Tous les jours sont rendus des jugements ou arrêts allouant des dommages-intérêts à la mère à raison de l'abandon où la laisse le père de l'enfant [2]. L'hypothèse est toujours la même. Une jeune fille est séduite sur la foi d'une promesse de mariage ; elle devient mère et est abandonnée ; le séducteur est condamné à lui payer soit une somme en capital,

1. Des propositions de lois tendant à autoriser cette recherche ont été déposées sur le bureau des Chambres. L'une, déposée sur le bureau du Sénat, le 16 février 1878, par M. Bérenger, n'a point abouti (voy. la revue des *Lois nouvelles*, année 1883, 4e partie, p. 168). Une autre, déposée sur le bureau de la Chambre des députés le 26 mai 1883 par M. Rivet et renouvelée par son auteur au cours des législatures suivantes, a été prise en considération le 2 avril 1896 ; une commission favorable a été nommée par la Chambre dans la séance du 17 mars 1897.

2. Dijon 27 mai 1892, D. P. 1893.II.183 et les renvois, Sir. 1892.II.197 et les renvois, — Rennes 6 novembre 1894, *Le Droit* du 23 décembre, — Lyon 30 mai 1895, D. P. 1896.II.278. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 340, n° 4 et article 1382, n°s 2198 et suiv.

Source BIU Cujas

soit une pension temporaire, comme réparation du préjudice que lui cause la naissance de l'enfant, suite des rapports établis entre eux.

Pour tout homme de bon sens, non habitué aux subtilités juridiques, n'est-ce pas là une paternité naturelle établie ? Non, disent les arrêts ; la condamnation ne soulève pas la question de paternité ; elle tient seulement compte d'un quasi-délit commis par l'auteur de l'enfant et qu'on l'oblige à réparer ; à cette fin, la fille séduite est recevable à prouver que sa grossesse est l'œuvre de l'auteur d'une promesse de mariage[1]. De sorte que le père sera condamné à payer les mois de nourrice, vu qu'il est l'auteur de la grossesse ; mais, à sa mort, l'enfant restera exclu de sa succession, parce que la paternité n'est pas légalement établie. Quand une loi aboutit à de telles conséquences, elle est condamnée.

595. En l'état des textes, il y a donc une différence notable entre la paternité et la maternité naturelles, quant à l'emploi de la preuve testimoniale sur l'action en réclamation d'état.

596. Avant de quitter ce sujet, il reste à examiner trois questions complémentaires, toutes les trois controversées.

Première question.

597. La recherche de la maternité par l'action en réclamation d'état peut-elle être faite contre l'enfant ou par d'autres que lui ?

La recherche peut certainement être faite par l'enfant et à son profit, quand il veut établir son propre état, sa propre filiation, à l'effet d'exercer les droits qui en résultent, en particulier les droits de succession. C'est ce que supposent les articles 341 et 342, notamment l'article 341

1. Comment cette preuve peut-elle être faite ? En principe, la preuve testimoniale d'un quasi-délit peut toujours être administrée ; la séduction pourrait donc toujours être prouvée par témoins. Mais qui ne voit les graves inconvénients de cette conclusion ? On ne doit certes pas s'étonner que la jurisprudence n'ait admis la preuve testimoniale en cette matière qu'avec une grande réserve. Il a été décidé notamment qu'il est nécessaire que la promesse de mariage soit prouvée par écrit, au moins qu'il y ait un commencement de preuve par écrit. Tout au plus faudrait-il décider qu'elle peut être admise s'il est établi que la demanderesse a été dans l'impossibilité légale de se procurer une preuve littérale. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 1382, nos 2228 et 2229 ; — cpr. Toulouse 29 mars 1889, *Le Droit* du 4 septembre.

Source BIU Cujas

alinéa 2 : « L'enfant qui réclamera sa mère, sera tenu... »

La recherche peut-elle être faite contre l'enfant, par exemple pour obtenir l'application de l'article 908 ? Voici l'hypothèse. Une donation a été faite ; les descendants du donateur auraient intérêt à établir que le donataire est l'enfant naturel du disposant, afin de faire réduire la libéralité, puisque, d'après l'article 908, les enfants naturels ne peuvent rien recevoir par donation entre vifs au delà de ce qui leur est attribué au titre des successions.

Peut-elle être faite au profit de l'enfant par d'autres que lui? Ce sont, par exemple, ses enfants légitimes, que l'article 759 admet à réclamer les droits de succession qu'il aurait pu exercer lui-même ; l'enfant n'ayant pas recherché sa filiation maternelle, ses enfants pourront-ils la rechercher ? Ou bien ce sont ses frères et sœurs naturels. L'article 766 admet les frères et sœurs naturels à se succéder entre eux ; un enfant naturel reconnu pourrait-il faire juger qu'une autre personne a la même mère que lui, en d'autres termes que cette personne est son frère naturel, à l'effet de lui succéder ?

En d'autres termes, réunissant toutes ces hypothèses, l'action, qui peut, sans conteste, être exercée par l'enfant naturel de l'état duquel il s'agit, peut-elle être intentée contre lui ou par d'autres que lui ?

598. Si une reconnaissance volontaire était intervenue, elle pourrait être opposée à l'enfant et invoquée par d'autres que lui ; pourquoi, à défaut de la reconnaissance volontaire, qui est le mode direct de preuve de la filiation, les intéressés ne recourraient-ils pas à la constatation judiciaire, qui est le mode subsidiaire de preuve ? Dès que la loi attache à une qualité des droits ou des incapacités, cette qualité peut être établie.

Cela paraît d'autant moins douteux qu'on n'hésite pas en matière de filiation légitime ; on admet, nous l'avons vu[1], tous les intéressés à agir en réclamation d'état dans les termes de l'article 323 ; les articles 329 et 330 disent pendant combien de temps l'action est possible. Aussi plusieurs arrêts ont admis le mari à établir la filiation d'un enfant de sa femme afin de pouvoir agir ensuite en désaveu.

On n'hésite pas davantage à reconnaître à tout intéressé le

1. *Suprà*, n° 508.

Source BIU Cujas

droit de contester une reconnaissance d'enfant naturel (article 339). Enfin l'article 340, dans le cas où il autorise la recherche de la paternité naturelle, c'est-à-dire en cas d'enlèvement, autorise formellement les intéressés à agir. Pourquoi donc la recherche de la maternité naturelle ne serait-elle pas possible contre l'enfant ou par d'autres que lui ?

Cependant la jurisprudence est en sens contraire.

Il a été maintes fois jugé que la maternité naturelle ne peut pas être recherchée contre l'enfant pour lui appliquer l'article 908 [1]. Les textes, dit-on, supposent toujours que l'action en réclamation d'état est exercée par l'enfant (articles 341 et 342) ; c'est pour cela précisément que l'action est ainsi nommée. L'argument est pauvre, car l'action en recherche de filiation légitime est aussi qualifiée par les textes d'action en réclamation d'état (articles 322, 326, 328) ; cependant on admet que la filiation légitime peut être prouvée contre l'enfant. Pourquoi donc et à quoi bon toutes ces distinctions ? Quelles considérations les justifient ?

Il a été également jugé que la recherche de la maternité naturelle ne peut pas être faite au profit de l'enfant par d'autres que lui, que le droit d'agir en recherche de maternité naturelle n'appartient qu'à l'enfant lui-même et n'est pas transmissible à ses héritiers [2]. On recherche sa maternité naturelle, non celle de ses auteurs ; en effet, l'article 341 ne parle que de l'enfant qui réclame sa mère et non la mère de son père ou de sa mère. S'il en est autrement en matière de filiation légitime, c'est que les articles 329 et 330 autorisent les héritiers de l'enfant à agir ; or ces deux articles figurent dans le chapitre II du titre *De la paternité et de la filiation*, de sorte qu'ils sont applicables à la seule filiation légitime et ne sauraient être étendus à la preuve de la filiation naturelle. Le raisonnement est peu concluant, car la jurisprudence, qui limite si strictement l'application des articles 329 et 330, n'hésite pas à appliquer à la preuve de la filiation naturelle certains articles du chapitre II : les articles 326, 327 et 328.

1. Cass. 23 juillet 1878, D. P. 1879. 1. 15, Sir. 1879. I. 155. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 341, n° 1.

2. Cass. 3 avril 1872, D. P. 1872. 1. 113, Sir. 1872. I. 125, — 23 juillet 1878, D. P. 1879. 1. 15, — Trib. de la Seine 10 août 1880, *Le Droit* du 28 octobre 1881. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 341, n° 4.

Source BIU Cujas

Enfin il a été jugé que l'action ne peut être intentée par de prétendus frères ou sœurs naturels, qui voudraient établir la filiation afin de succéder[1]. Le raisonnement est toujours le même et toujours contestable. Combien le résultat n'est-il pas singulier ! Dans le cas le moins favorable, celui de l'article 340, on admet tous les intéressés à agir ; on leur refuse le droit de le faire dans le cas bien plus favorable de l'article 341. Ce sont là des singularités juridiques que ni le bon sens ni le droit commun ne justifient. Il ne faut pas hésiter à le dire : elles sont dues en grande partie à la défaveur traditionnelle qui s'attache à la filiation naturelle, à cette vieille et fausse idée qu'il n'y a pas intérêt à ce qu'elle soit constatée. On en restreint la preuve le plus possible ; la loi le fait et la jurisprudence plus encore.

Deuxième question.

599. L'article 337 est-il applicable à la reconnaissance forcée ? Le texte dit : « La reconnaissance faite pendant le « mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel « qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son « époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de « ce mariage... »

Le doute vient d'abord de la place qu'occupe l'article 337. Il est, dans la série des textes, immédiatement après les articles qui ont trait à la reconnaissance volontaire, avant ceux qui ont trait à la reconnaissance forcée ; on peut dès lors soutenir qu'il ne s'applique qu'à la première. D'autre part, si l'on comprend à la rigueur que la loi suspende les effets de la reconnaissance faite volontairement, peut-on l'admettre quand il s'agit d'une reconnaissance que l'enfant obtient en exerçant son propre droit ? Enfin le texte parle d'une reconnaissance *faite par l'un des époux* pendant le mariage, ce qui se réfère à la reconnaissance volontaire.

Cependant, il est de jurisprudence à peu près certaine à l'heure actuelle que l'article 337 s'applique dans les deux cas[2]. Deux arguments sont présentés à l'appui de cette solution.

1. Cass. 10 août 1864, D. P. 1864.I.356, Sir. 1864.I.505. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 341, nos 5 et 6.

2. Voy. les arrêts et les autorités dans Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 337, no 2. — Cpr. Trib. de la Seine 15 mars 1892, *Le Droit* du 8 avril. Il

Source BIU Cujas

1° Il y a identité de motifs. La reconnaissance forcée, autant sinon plus que la reconnaissance volontaire, peut engendrer des mésintelligences douloureuses et porter atteinte aux espérances de la famille légitime. Il est difficile d'admettre que deux modes de constatation du même fait ne produisent pas les mêmes effets.

2° D'ailleurs, on éviterait toujours sans cela l'application de l'article 337. Le conjoint ne reconnaîtrait pas son enfant et lui fournirait les moyens d'agir en réclamation d'état.

Ces deux raisons ne sont pas sans valeur. La solution, cependant, ne laisse pas d'être étrange ; dans l'intérêt du conjoint et des enfants issus du mariage, le résultat d'une action exercée par l'enfant naturel en vertu de son propre droit est de paralyser ce droit !

TROISIÈME QUESTION.

600. Elle est notable et célèbre ; c'est celle de savoir quel peut être l'effet de la possession d'état en matière de filiation naturelle.

Voici comment la question est née. Toutes les fois que la loi n'admet, relativement à un fait, que certains modes de preuve à l'exclusion des autres, elle expose au danger que l'on soit conduit à devoir ignorer en droit ce qui est avéré en fait. Or cela est fâcheux. Il en a été de la sorte quant aux preuves de la filiation naturelle ; ainsi est née la question : la possession d'état doit-elle être ajoutée à la reconnaissance volontaire et à la reconnaissance forcée, ou bien faut-il s'en tenir strictement aux données du système réglé dans le chapitre III du titre *De la paternité et de la filiation* ?

Le dernier parti semble s'imposer. Vainement on allègue l'évidence. Ce qui n'est pas régulièrement établi n'existe pas.

Mais c'est là pure théorie, et la vie réelle s'accommode difficilement de la pure théorie. Il est certain qu'il existe dans la pratique une tendance marquée à s'affranchir des règles étroites, trop étroites peut-être du Code civil quant aux preuves de la filiation naturelle. Cette tendance explique l'interprétation que la jurisprudence a fini par admettre sur l'article 336 : l'acte de naissance est considéré comme prouvant

y a cependant quelques arrêts en sens contraire : Paris 9 mars 1860, *Le Droit* du 4 octobre.

Source BIU Cujas

la maternité, si à l'indication du nom de la mère dans l'acte s'ajoute un aveu ultérieur de la mère, soit exprès, soit tacite [1].

La même tendance se manifeste encore dans diverses décisions qu'il faut prendre comme des faits, sans essayer, ce qui serait irréalisable, de les rattacher à la théorie légale.

1° Elle explique les faux-fuyants employés pour tourner l'article 340, qui prohibe la recherche de la paternité naturelle, et imposer au père une responsabilité sans que la paternité soit légalement prouvée [2].

2° Elle explique l'opinion, qui est générale, d'après laquelle la parenté naturelle met obstacle au mariage, par application des articles 161 et 162, même quand elle n'est pas régulièrement établie [3]. Opinion singulière ! Sans doute il y a, dit-on, des raisons d'ordre public qui ne permettent pas qu'il en soit autrement ; mais ces raisons n'ont de réalité que si la parenté existe ; et comment dire qu'elle existe s'il n'en est pas de preuve ?

3° Elle explique l'opinion de ceux qui soutiennent qu'une reconnaissance sous seing privé, nulle aux termes de l'article 334, suffit pour donner droit à des aliments [4]. C'est encore une opinion singulière. En effet, si une reconnaissance nulle donne un des droits résultant de la parenté, pourquoi ne donnerait-elle pas les autres et notamment le droit de succession de l'article 756 ?

4° Obéissant à la même tendance, un tribunal a jugé que la mère d'un enfant naturel, mort par suite d'un accident, peut demander des dommages-intérêts, bien que cet enfant n'ait jamais été reconnu, si la filiation résulte des faits de la cause [5]. C'est encore plus singulier. Pourquoi la filiation naturelle résultant des faits de la cause ne donnerait-elle pas aussi droit à des aliments ?

5° La même tendance explique l'opinion, qui paraît admise en jurisprudence, d'après laquelle la filiation naturelle même non prouvée peut servir de cause à un engagement de payer une pension alimentaire [6].

Enfin cette même tendance à l'extension s'est manifestée

1. *Suprà*, p. 225 et suiv.
2. *Suprà*, n° 594.
3. *Suprà*, tome I, p. 334 et 335.
4. Aubry et Rau, VI, p. 221.
5. Trib. de Saint-Flour 21 décembre 1882, *La Loi* des 8-9 janvier 1883.
6. Cass. 3 avril 1882, D. P. 1882.I.250, Sir. 1882.I.404.

Source BIU Cujas

plus énergiquement encore dans les efforts poursuivis pour faire admettre la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle.

601. Il y a cinquante ans, cette question n'était pas même soulevée ; il était admis sans conteste que la possession d'état n'est pas une preuve de la filiation naturelle. Ce n'est pas à dire que la possession d'état ne puisse être de quelque utilité, qu'elle n'ait pas certaines applications. Elle en a trois notamment.

1° Lorsqu'il existe un acte de reconnaissance, dans les termes de l'article 334, la possession d'état est certainement admissible comme moyen d'établir l'identité de celui qui invoque cet acte avec la personne que l'acte concerne. La solution est incontestable. De tous les moyens de prouver l'identité, la possession d'état est le meilleur, qu'il s'agisse de filiation légitime ou naturelle.

2° Dans l'opinion d'après laquelle l'aveu simple, s'ajoutant à l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, prouve la maternité [1], la possession d'état d'enfant à l'égard de la mère peut certainement être regardée comme impliquant aveu de la mère ; il n'est pas d'aveu plus significatif et plus probant, puisque la possession d'état se compose d'aveux successifs et incessamment répétés.

3° Enfin, il est incontestable que la possession d'état peut être, à l'occasion, un élément de conviction presque décisif dans l'action en réclamation d'état, lorsqu'il il y a commencement de preuve par écrit et que la preuve testimoniale est, par suite, admissible. La possession d'état se confond alors avec la preuve testimoniale et n'est admissible que sous les mêmes conditions qu'elle.

Sur tous ces points, il y a accord, quelque solution qu'on admette sur la question posée.

Cette question est tout autre ; elle est de savoir si la possession d'état peut être invoquée principalement comme preuve, c'est-à-dire sans qu'il y ait titre ou commencement de preuve par écrit, en d'autres termes si elle peut être invoquée comme preuve distincte de la preuve testimoniale en dehors de l'action en réclamation d'état, ainsi que cela est admis en matière de filiation légitime (article 320).

602. A la question ainsi posée, si on se place au point de

1. *Suprà*, p. 225 et suiv.

Source BIU Cujas

vue des textes, on ne peut répondre que négativement, pour les deux raisons suivantes.

La première est tirée de l'économie générale des textes du titre *De la paternité et de la filiation*. Si le Code énumère séparément, dans deux chapitres distincts, ici les modes de preuve admis en matière de filiation légitime, là les modes de preuve admis en matière de filiation naturelle, c'est que chacune des deux filiations s'établit par les preuves qui lui sont propres. Or, à l'inverse du chapitre II, qui met formellement la possession d'état au nombre des preuves de la filiation légitime (article 320), le chapitre III, spécial à la filiation naturelle, ne la mentionne pas. Donc la possession d'état n'est pas admise comme preuve de la filiation naturelle.

La seconde raison, vraiment sans réplique, se tire du système du Code sur les preuves de la filiation naturelle. A tort ou à raison, l'article 334 n'admet la reconnaissance que quand elle est faite par acte authentique ; il juge insuffisante celle qui est faite par acte sous seing privé, quelque explicites qu'en soient les termes. Comment alors admettre que la preuve, en l'absence de tout écrit, puisse résulter de la seule manière d'être des parents, des soins donnés à l'enfant, des circonstances en un mot ? Ce serait contradictoire. Là où une reconnaissance, même expresse, est insuffisante si elle a été faite par acte sous seing privé, *a fortiori* faut-il écarter la reconnaissance tacite résultant des soins donnés à l'enfant.

Que le système soit bon, il est permis d'en douter ; ce qui est certain, c'est qu'il est tel. A ses défauts, il ne faut pas ajouter l'inconséquence.

603. Alors comment s'est formée la doctrine opposée, aujourd'hui fort en faveur, on ne peut le nier ?

Elle est née de l'article 336 et de l'interprétation que lui a donnée la jurisprudence. Celle-ci admet, nous l'avons vu[1], que l'aveu simple prouve la maternité quand il s'ajoute à l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance ; elle admet en outre que cet aveu peut résulter de la possession d'état dont l'enfant justifie. Or, a-t-on ajouté, quel est, dans cette hypothèse, l'élément probant de la filiation ? Ce n'est pas l'indication de la mère dans l'acte de naissance, puisqu'il est

1. *Suprà*, nos 582 et suiv.

Source BIU Cujas

de principe que la simple déclaration d'une filiation naturelle dans l'acte n'est pas probante ; c'est donc la possession d'état par elle-même et par elle seule, car elle ne peut rien emprunter à une indication inefficace en soi. Dès lors, pourquoi ne serait-elle pas admise comme preuve, au moins de la maternité, même en l'absence de titre ?

Poussant plus loin l'induction, on a proposé de l'admettre même quant à la paternité, malgré l'article 340 qui interdit la recherche de la paternité. Il ne s'agit pas en effet, dit-on, d'une action en réclamation d'état, mais d'une preuve principale, autorisée dès lors même sans commencement de preuve par écrit. C'est le système extrême, présenté dès le début par Demolombe, qui le premier a soutenu l'idée de la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état[1].

La solution est rationnelle, ajoute-t-on. La possession d'état n'est-elle pas de toutes les preuves la plus probante ? Elle conclut de la situation acquise à la cause qui l'explique ; elle prouve à la fois la filiation et l'identité. C'est *a fortiori* qu'il faut admettre la preuve par possession d'état. L'aveu, dans la reconnaissance faite par acte authentique, résulte d'une déclaration isolée, qui peut être irréfléchie et avoir été surprise ; l'aveu qu'implique la possession d'état résulte d'une série de faits qui se complètent et se corroborent les uns les autres : il constitue une reconnaissance réitérée, la plus probante de toutes.

604. A l'appui de la doctrine, on a fait valoir des arguments historiques.

On a relevé la loi du 12 brumaire an II, qui était en vigueur lors de l'apparition du Code civil, loi relative aux droits des enfants nés hors mariage. L'article 8 porte : « Pour être admis « à l'exercice des droits ci-dessus dans la succession de leur « père décédé, les enfants nés hors du mariage seront tenus de « prouver leur possession d'état. Cette preuve ne pourra ré- « sulter que de la représentation d'écrits publics ou privés du « père, ou de la suite des soins donnés, à titre de paternité et « sans interruption, tant à leur entretien qu'à leur éducation. « La même disposition aura lieu pour la succession de la « mère. »

On a relevé en outre un incident de la rédaction du Code

1. *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, p. 513 et suiv.

Source BIU Cujas

civil. Le projet primitif visait la possession d'état à propos de la filiation naturelle ; dans l'article qui correspond aujourd'hui à l'article 341, elle était admise comme équivalant au commencement de preuve par écrit et rendait admissible la preuve testimoniale. Ce passage fut plus tard retranché, sur l'observation faite par Portalis : « Toutes les fois qu'on « jouit de son état constamment, publiquement et sans « trouble, on a le plus puissant de tous les titres. Il serait « donc absurde de présenter la possession d'état constante « comme un commencement de preuve, puisque cette sorte « de possession est la plus naturelle, la plus complète de « toutes les preuves [1]. » Que résulte-t-il de là ? Si on a ôté à la possession d'état cet effet d'équivaloir au commencement de preuve, c'est qu'on l'admet comme preuve.

605. Reste alors à expliquer pourquoi le chapitre III du titre *De la paternité et de la filiation* ne mentionne pas la possession d'état parmi les preuves de la filiation naturelle. Demolombe l'explique ainsi ; voici quelle a été, d'après lui, la tactique des rédacteurs du Code. Le chapitre III, spécial aux enfants naturels, ne contient que les règles spéciales à la filiation naturelle, laissant subsister le système précédemment établi à propos de la filiation légitime toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé. Ainsi l'article 334 a été écrit afin d'écarter l'article 319, l'article 342 afin de déroger à l'article 323. Quant aux autres articles du chapitre II, ils sont applicables aux deux situations ; tels sont les articles 320 et 326 à 330.

606. Ainsi s'est composée peu à peu cette doctrine. Elle est sortie d'une interprétation contestable donnée à l'article 336, qui admet la possession d'état comme preuve de la maternité quand il y a titre ; puis elle s'est affranchie de cet article, admettant la possession d'état comme preuve de la maternité même en l'absence de titre ; enfin elle s'est constituée définitivement en étendant à la paternité ce que l'article 336, même avec l'interprétation qui lui est donnée par la jurisprudence, autorise seulement quant à la maternité. De proche en proche, au moyen de cette argumentation, le système du Code civil est absorbé et disparaît.

607. Où en est la jurisprudence sur cette importante ques-

1. Locré, VI, p. 125, — Fenet, X, p. 78.

Source BIU Cujas

tion ? Jusqu'à présent, elle s'est formellement refusée à consacrer la doctrine de Demolombe, qui reste une thèse exclusivement doctrinale[1]. Elle admet que la possession d'état peut valoir aveu quant à la maternité lorsqu'il y a titre indiquant la mère ; c'est le cas de l'article 336. Elle admet en outre que la possession d'état peut être un élément de preuve sur l'action en réclamation d'état quand il y a commencement de preuve par écrit ; c'est le cas des articles 340 et 341. Jamais jusqu'ici elle n'a admis que la possession d'état soit une preuve principale et directe de la filiation naturelle en l'absence d'un titre ou en dehors de l'action en réclamation d'état, c'est-à-dire en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, ni quant à la maternité, ni à plus forte raison quant à la paternité. Bien souvent on a écrit le contraire et allégué les progrès de la thèse dans la jurisprudence ; c'est une erreur qui résulte de la confusion de ce cas avec les deux précédents.

Le système de la jurisprudence peut être formulé ainsi : sauf le cas spécial de l'article 336, la filiation naturelle ne peut être établie qu'au moyen d'une reconnaissance faite par acte authentique, ou, à défaut de reconnaissance, par une décision judiciaire sur l'action en réclamation d'état, s'il y a un commencement de preuve par écrit[2]. Telle est bien, en effet, la doctrine du Code civil.

Reste, il est vrai, l'affirmation de Portalis, qui est le fondement en quelque sorte de l'autre système. Il faut répondre purement et simplement que Portalis s'est trompé. Il y a si peu à tirer de l'observation présentée par lui qu'elle est formellement détruite par une affirmation directement contraire de Bigot-Préameneu[3]. Portalis a émis, à propos de la filiation naturelle, une idée qui ne s'applique qu'à la filiation légitime.

Au point de vue législatif, la question serait assurément discutable ; au point de vue juridique, elle ne l'est pas.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 340, n° 17.
2. Paris 16 février 1889, *La Loi* du 11 avril.
3. Locré, VI, p. 213.

Source BIU Cujas

SECTION III. — **De la filiation adultérine et incestueuse.**

608. Deux articles seulement du titre se réfèrent à cet objet : les articles 335 et 342. Ils sont simples dans leur énoncé, mais leur application amène les complications les plus sérieuses. L'article 335 prohibe toute reconnaissance volontaire en matière de filiation adultérine et incestueuse : « Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des en- « fants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. » L'article 342 interdit toute recherche judiciaire : « Un enfant ne « sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit « de la maternité, dans le cas où, suivant l'article 335, la « reconnaissance n'est pas admise. »

Une même pensée inspire ces deux dispositions. Afin de mieux marquer la réprobation où elle tient les rapports entachés d'inceste ou d'adultère, la loi entend les ignorer ; considérant comme offensant pour la morale et dangereux pour l'ordre social que ces rapports soient légalement révélés, elle prohibe et repousse toute constatation des filiations qui en résultent. Légalement, ces filiations doivent rester ignorées, comme le désordre dont elles sont la suite.

Ces considérations sont-elles décisives ? Nous ne le pensons pas. Quand un fait, fût-il regrettable et répréhensible au premier chef, s'est produit, on ne gagne pas grand'chose à le tenir fictivement comme non prouvé, s'il est connu. Aussi, en fait, les deux articles cités amènent des anomalies fort étranges. D'ailleurs, dans un cas analogue, l'article 340 n'a pas la même réserve. Le rapt par enlèvement et le viol ne sont pas moins coupables que l'inceste ou l'adultère ; cependant on en admet la preuve. Toutefois, tel est le système du Code.

609. Ce n'est pas à dire que la filiation adultérine ou incestueuse ne puisse quelquefois être régulièrement établie. Il est des cas dans lesquels la force des choses, par suite de certaines conjonctures, l'établit de façon inévitable. La loi alors est forcée d'accepter ce qu'elle ne peut empêcher. Voici quelques-uns de ces cas ; c'est une question de savoir s'il n'y en a pas beaucoup d'autres.

1° Il faut citer d'abord le cas de nullité de mariage pour

Source BIU Cujas

bigamie ou inceste. Les enfants issus du mariage annulé sont adultérins dans la première hypothèse et incestueux dans la seconde. En effet, leur filiation, puisqu'elle a eu lieu en mariage, s'est trouvée établie par l'acte de naissance (article 319) ; la nullité du mariage survenant ne peut pas empêcher de rester acquis ce qui l'a été d'abord. Donc la filiation reste prouvée ; il résulte du jugement prononçant la nullité du mariage que les relations entre époux ont été entachées d'adultère ou d'inceste, par voie de conséquence que les enfants nés d'eux sont adultérins ou incestueux.

2° Il en faut dire autant dans les cas de désaveu, au moins dans trois cas sur quatre. Dans l'hypothèse de l'article 314, l'enfant conçu avant le mariage n'est que naturel. Mais, dans les hypothèses des articles 312 alinéa 2, 313 alinéa 1 et 313 alinéa 2, l'enfant est conçu pendant le mariage ; désavoué par le mari, il est adultérin au regard de la mère. Cela résulte du jugement qui admet le désaveu ; donc la filiation est établie [2].

3° Enfin il peut en être de même dans le cas de l'article 325. Si la maternité est établie par jugement rendu contre la mère et passé en force de chose jugée, et que le mari de la mère démontre ensuite qu'il n'est pas le père de l'enfant, celui-ci est inévitablement un enfant adultérin ; sa filiation est établie par le rapprochement des deux jugements [3].

610. Dans ces cas [4], la filiation est établie par des actes judiciaires que l'on ne peut ni récuser ni écarter ; les articles 335 et 342 n'y peuvent rien ; la prohibition qu'ils édictent ne concerne pas ces cas. Par là s'expliquent quelques textes, contradictoires au premier abord avec les articles 335 et 342, et qui règlent la condition civile de l'enfant adultérin ou incestueux, tantôt pour lui donner certains droits, tantôt pour le frapper de certaines incapacités. Il est clair que ces textes sont applicables seulement si la filiation est établie, dès lors dans les seuls cas particuliers où, malgré la prohibition générale, elle se trouve exceptionnellement établie.

1. *Suprà*, tome I, p. 406.
2. *Suprà*, p. 170 à 192.
3. *Suprà*, n° 554.
4. Aux trois cas cités il faudrait en joindre un quatrième si on admettait que la possession d'état peut établir toute filiation ; une filiation adultérine ou incestueuse pourrait être établie par elle. D'autres cas encore devraient être cités si l'on adoptait certaines opinions douteuses que nous signalerons plus loin.

Source BIU Cujas

Ce sont d'abord les articles 762 à 764. Ils déterminent les droits héréditaires que l'enfant adultérin ou incestueux peut exercer dans la succession de ses père et mère. Ils sont plus restreints encore que ceux des enfants naturels. D'une part, la parenté est toujours limitée ; le droit de succession n'existe pour l'enfant adultérin ou incestueux qu'au regard de son père et de sa mère. D'autre part, la quotité est moindre ; l'enfant adultérin ou incestueux n'a droit qu'à des aliments. Enfin il n'y a pas toujours droit, ainsi que cela résulte des articles 764 et 908 alinéa 3 (rédaction de 1896). L'article 764 est ainsi conçu : « Lorsque le père ou la mère de l'enfant « adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art « mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des ali- « ments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune « réclamation contre leur succession. » Quant à l'article 908 alinéa 3, il décide que « les enfants adultérins ou inces- « tueux ne pourront rien recevoir par donation entre vifs « ou par testament au delà de ce qui leur est accordé par les « articles 762, 763 et 764 [1] ».

C'est ensuite l'article 331. Il les exclut du bénéfice de la légitimation en cas de mariage des père et mère. Le mariage des père et mère peut avoir lieu lorsqu'ils sont devenus libres ou ont obtenu des dispenses. Les parents rentrent dans l'ordre par le mariage, mais leurs enfants n'en profitent pas.

Hors de là, la condition des enfants adultérins ou incestueux est la même que celle des enfants naturels simples. Ainsi ils ont droit au nom de la famille ; ils ont droit à des aliments du vivant de leurs père et mère ; ils sont soumis à l'autorité paternelle dans la mesure où le seraient des enfants naturels simples.

Le système de la loi est donc celui-ci. La condition des enfants adultérins ou incestueux est la même que celle des enfants naturels simples, sauf les règles spéciales des articles 331 et 762 à 764 ; seulement ces règles ne s'appliquent

1. L'ancien article 908 portait que « les enfants naturels ne pourront, par « donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est « accordé au titre *Des successions* », et la jurisprudence n'hésitait pas à regarder ce texte comme applicable aux enfants adultérins et incestueux (Cass. 12 décembre 1855, D.P.1855.1.54, Sir.1855.1.594). Le législateur de 1896 a modifié la règle de l'article 908 en ce qui concerne les enfants naturels simples (*suprà*, p. 208 et suiv.) ; il a maintenu l'ancienne règle et l'édicte formellement en ce qui concerne les enfants adultérins et incestueux.

Source BIU Cujas

qu'exceptionnellement, puisque, en principe, les articles 335 et 342 excluent la preuve des filiations adultérines et incestueuses, dont elles prohibent la reconnaissance soit volontaire, soit judiciaire. Les exceptions, encore une fois, résultent de conjonctures juridiques d'où sort une preuve inévitable dans les cas cités.

611. Laissant les articles 331 et 762 à 764, qui supposent la filiation connue et régulièrement établie et que nous retrouverons ultérieurement, revenons aux articles 335 et 342, pour en suivre de plus près les applications.

§ 1. — Étude de l'article 335.

612. Il prohibe la reconnaissance volontaire des enfants adultérins et incestueux.

De là résultent deux conséquences.

1° L'officier public auquel serait faite la déclaration interdite doit refuser de la recevoir. L'article 335 le dit pour les officiers de l'état civil ; la règle est applicable à tous les officiers publics.

2° Si, par erreur de fait ou de droit, une reconnaissance interdite a été reçue, elle est nulle, entachée d'une nullité d'ordre public, et, par suite, dénuée d'effet ; elle ne pourrait être invoquée ni par l'enfant pour l'application des articles 762 à 764, ni contre lui pour l'application de l'article 908. La nullité pourrait être invoquée même par celui qui aurait fait la déclaration [1].

613. Reste un point plus délicat : celui de savoir quand ces règles sont applicables. Pour qu'une filiation puisse être qualifiée d'adultérine ou incestueuse, en conséquence pour que la reconnaissance soit interdite et nulle si elle a été faite, il ne suffit pas que la filiation soit adultérine ou incestueuse en réalité ; il faut que ce caractère apparaisse et soit établi ; de sorte que c'est précisément quand elle est établie qu'il est interdit de la constater. Là est le vice du système. Il interdit la constatation, condamne le fait à l'oubli ; or l'article 335 ne peut s'appliquer que quand précisément

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 335, n° 11,— Trib. de la Seine 21 janvier 1888, *La Loi* du 1er février, — 29 juillet 1891, *Le Droit* du 3 août.— Cpr. Valette, *Cours de Code civil*, p. 434 et 435.

Source BIU Cujas

les faits apparaissent ; donc il n'est applicable que quand il est en contradiction avec les faits.

614. Il y a des cas non douteux, au nombre de deux.

1° Sont non recevables et nulles si elles ont été reçues les reconnaissances faites conjointement dans un seul et même acte par le père et la mère, s'ils sont parents au degré où le mariage est prohibé, ou bien si l'un d'eux était marié avec une tierce personne lors de la conception. Ce cas est le plus simple. Il y a indivisibilité entre les mentions de l'acte ; or le rapprochement des deux reconnaissances intervenues établit que l'enfant est né de l'adultère ou de l'inceste ; donc les reconnaissances tombent toutes les deux [1].

Quelle est alors la situation de l'enfant ? Il est dans la même situation que s'il n'avait pas été reconnu du tout ; il est sans filiation légalement établie. Chose singulière : il a été jugé que l'enfant peut alors agir en réclamation d'état contre un de ses deux auteurs, si celui-ci est libre et en situation par là même d'avoir un enfant simplement naturel, afin de faire constater contre cet auteur une filiation qui était non admissible attribuée aux deux auteurs à la fois [2]. La solution est assurément étrange. La reconnaissance faite par les deux auteurs conjointement tombe parce qu'elle établirait que la filiation est entachée d'un vice ; cette même filiation, relevée ensuite contre l'un des deux auteurs seulement, va pouvoir être efficacement constatée !

2° Est encore non recevable et nulle si elle a été reçue la reconnaissance, même individuelle, c'est-à-dire faite seulement par un des deux auteurs, si celui-ci, à l'époque où remonte la conception, était marié. En effet, il n'y a pas lieu à reconnaissance pour les enfants légitimes. Or une personne ne saurait, étant mariée, avoir un enfant naturel qui ne soit pas adultérin. Elle ne peut dès lors reconnaître un enfant qui ne lui serait pas commun avec son conjoint ; ce serait constater une filiation adultérine.

Hors de là, la reconnaissance individuelle, émanant d'un des auteurs seulement, si celui-ci est libre, est recevable

1. Dalloz, *Répertoire*, V° *Paternité et filiation*, n° 718, — Aubry et Rau, VI, p. 218, — Cass. 25 juin 1877, D. P. 1878.I.262, Sir. 1878.I.217.

2. Cass. 25 juin 1877 (précité). — On a même élevé la prétention d'invoquer comme commencement de preuve par écrit la reconnaissance primitive annulée. *Contrà*, Chambéry 8 novembre 1876, D. P. 1878.I.262.

Source BIU Cujas

et valable. Il se peut qu'en réalité l'enfant reconnu soit né de relations incestueuses ou adultérines ; mais ce qui ne se sait pas s'ignore ; or, pour que le vice de la situation apparaisse, par suite pour que l'article 335 fût applicable, il faudrait que l'autre auteur fût connu [1].

Ces deux cas ne font pas difficulté.

615. Viennent maintenant les cas douteux. Ils se résument, sauf quelques variantes d'espèces, dans les trois suivants.

1er CAS. — L'enfant a été reconnu par ses deux auteurs, que nous supposons parents au degré où le mariage est prohibé ; seulement les reconnaissances, au lieu d'avoir été faites conjointement dans un seul et même acte, comme nous le supposions tout à l'heure, l'ont été par actes séparés et successifs. Prises isolément, non rapprochées l'une de l'autre, les deux reconnaissances n'ont rien d'irrégulier ; c'est la seconde qui vient faire apparaître et révéler le vice de la filiation. Cette seconde reconnaissance est nulle, car elle constate, étant donnée celle qui existe déjà, une filiation dont l'article 335 prohibe la preuve. Pour qu'elle fût valable et efficace, il faudrait que son auteur contestât et fît tomber la première reconnaissance, auquel cas elle subsisterait seule, par suite serait valable et efficace ; à défaut de cette contestation, la seconde reconnaissance est nulle [2].

Seulement qu'advient-il alors de la première reconnaissance, qui eût été valable si elle fût restée seule et qui a vu se dresser près d'elle une autre reconnaissance assignant à la filiation son caractère ? Il a été souvent décidé que la première reconnaissance n'en continue pas moins de valoir [3]. En effet, le vice qui affecte la filiation constatée ne résulte légalement que de la seconde reconnaissance ; dès lors ce vice disparaît dès que la seconde reconnaissance est nulle et dénuée d'effets. La logique juridique autorise ces déductions ; le bon sens proteste quelque peu contre elles. A quoi aboutissent-elles en effet ? Une filiation est incestueuse parce que le père et la mère sont parents ou alliés au degré où le mariage est prohibé ; on écarte l'un des deux auteurs,

1. Trib. de la Seine 8 mai 1886, *La Loi* du 23 juin.
2. Trib. de la Seine 28 avril 1880, *Le Droit* du 29.
3. Dalloz, *Répertoire*, V° *Paternité et filiation*, n° 717, — Aubry et Rau, VI, p. 218.

Source BIU Cujas

et alors la filiation tient quant à l'autre ; mais est-ce que le caractère de la filiation n'en est pas moins établi ?

2e cas. — Il ressemble au précédent, ou mieux c'est le précédent appliqué à la filiation adultérine. L'enfant a été reconnu par ses deux auteurs, dans des actes distincts et successifs. L'un des deux auteurs est marié, l'autre libre. Si l'enfant a d'abord été reconnu par l'auteur libre, la reconnaissance faite est valable, car, prise isolément, elle n'a rien d'irrégulier. C'est la seconde reconnaissance, faite par l'auteur marié, qui donne à la filiation son caractère, qui la marque. Mais cette seconde reconnaissance est nulle, comme émanant d'une personne mariée, laquelle ne peut avoir un enfant naturel qui ne soit adultérin ; donc, si la seconde reconnaissance est nulle, la première vaut.

Le résultat est encore plus singulier si la filiation maternelle a été constatée la première. La mère est mariée ; elle a été désignée dans l'acte de naissance sous son nom de jeune fille. Jusque-là, rien d'anormal. Un tiers, autre que le mari, reconnaît l'enfant. Cette reconnaissance n'est pas recevable ; reçue, elle serait nulle ; car, rapprochée de la précédente, elle constate une filiation adultérine.

En fait, la situation n'a rien de mystérieux ; il est clair qu'il s'agit d'un enfant né irrégulièrement. En droit, voici comment elle se dénoue. La reconnaissance du père est nulle par application de l'article 335, puisque l'enfant d'une femme mariée serait adultérin, ayant pour père un autre que le mari. La maternité reste prouvée, et, vu l'article 312, c'est le mari qui est regardé comme le père, sauf désaveu [1].

Tout cela est singulièrement artificiel ; si la morale est satisfaite par l'article 335, la satisfaction n'est pas sans mélange.

3e cas. — L'enfant n'a été reconnu que par un de ses auteurs, soit le père, soit la mère ; cet auteur est libre, autrement dit non marié. Par rapport à lui, considérée isolément, la reconnaissance est valable ; eu égard à un seul auteur connu, on ne peut pas dire qu'il y ait inceste, et, si cet auteur est libre, on ne peut pas dire qu'il y ait adultère. Mais, dans l'acte de reconnaissance, l'autre auteur est nommé ; ce deuxième auteur est marié de son côté, ou bien est parent du premier

1. Cass. 1er février 1876, D. P. 1876.I.323, Sir. 1876.I.373.

Source BIU Cujas

au degré où le mariage est prohibé. L'article 335 est-il applicable ? En d'autres termes, la reconnaissance est-elle nulle ?

Les avis sont partagés. Ce qui motive le doute, c'est que cette indication de l'autre auteur, sans qu'il y ait de sa part reconnaissance formelle, ne prouve pas légalement la filiation quant à lui ; en définitive, quoique les deux auteurs soient nommés, il n'y a preuve acquise de la filiation que quant à l'un d'eux ; alors, si celui-ci est libre, on peut soutenir que la reconnaissance reste valable. Il y aurait simplement lieu à rectification de l'acte, pour en faire disparaître une mention inutile ou illégale [1].

La jurisprudence décide en général que la reconnaissance est nulle, par application de l'article 335. Les diverses mentions d'un acte, disent les arrêts, forment un tout indivisible, même quand l'une d'elles est sans force probante. La reconnaissance de la filiation notamment n'est qu'un aveu, et l'aveu est indivisible, c'est-à-dire qu'il doit être pris comme il a été fait ; or, dans les termes où il a été fait en l'espèce, il constate une filiation adultérine ou incestueuse ; il n'est donc pas possible de retrancher une partie de la déclaration pour faire valoir l'autre [2].

Toutefois, dans une des hypothèses prévues précédemment, quand les deux reconnaissances ont été faites par actes séparés, on tient la seconde pour nulle et on admet que la première reste valable. Tout cela est contradictoire.

Les hypothèses varient à l'infini. Nous avons relevé seulement les principales [3].

616. L'article 335 est donc singulier dans ses applications. Il l'est plus encore si on l'envisage dans ses conséquences. C'est seulement quand la filiation adultérine ou inces-

1. Bourges 12 juillet 1859, D. P. 1859.II.209, Sir. 1860.II.1.

2. Bastia 18 août 1845, D. P. 1845.II.135, — Cass. 1er mai 1861, D. P. 1861.I.241, Sir. 1861.I.486, — Limoges 19 mars 1862, D. P. 1862.II.72, Sir. 1862.II.255,— Cass. 29 janvier 1883, D.P. 1883.I.319, Sir. 1884.I.73, — Trib. de la Seine 7 février 1884, *Le Droit* du 10 février. On a proposé, dans ce cas, de distinguer suivant que c'est le père qui reconnaît l'enfant en indiquant la mère, ou la mère en indiquant le père. En effet, dit-on, l'indication de la mère par le père, sans être probante par elle seule, a une certaine efficacité (article 336) ; celle du père par la mère n'en a aucune. Voy. Aubry et Rau, VI, p. 218.

3. Parmi les hypothèses d'importance secondaire, on peut citer la suivante à titre d'exemple. Le père est marié ; il reconnaît l'enfant et nomme la mère. L'acte est nul quant au père. Est-il valable quant à la mère ? Dans le sens de l'affirmative, Cass. 7 janvier 1852, D. P. 1852. I. 75, Sir. 1852.I.12. En sens contraire, Cass. 25 juin 1877, D. P. 1878.I.262, Sir. 1878.I.217.

Source BIU Cujas

tueuse est établie, sûrement établie, que l'article 335 en prohibe la constatation. La règle est logique au point de vue juridique ; mais elle est assurément peu satisfaisante en fait, et il en découle des conséquences assez étranges. Jusqu'à quel point va-t-on réputer non établies en droit des filiations qui sont établies en fait, et qui le sont d'une manière manifeste, puisque c'est précisément à raison de leur caractère que l'acte qui les constate est nul ?

Ainsi, une filiation est établie en fait par un acte annulé en droit. Le père, invoquant l'article 335, refuse des aliments. L'enfant n'a pas le droit d'en exiger de lui. Ou bien voilà un père qui prétend épouser sa fille, ou des frères et sœurs qui vont se marier. L'article 203 crée la dette alimentaire ; l'article 161 crée des empêchements au mariage résultant de la parenté. Mais ces droits et incapacités supposent la parenté régulièrement établie. Or ici elle ne l'est pas, puisque la loi n'admet pas les preuves qui existent de cette parenté. Le droit conduit à des conséquences devant lesquelles le bon sens recule.

Autre hypothèse. L'enfant adultérin ou incestueux va se trouver, en fait, dans une situation préférable à celle des enfants naturels simples. Supposons que le père d'un enfant naturel simple et reconnu fasse à celui-ci une donation ou un legs excédant la limite posée par l'article 908 (rédaction de 1896) [1] ; les enfants légitimes pourront faire réduire la libéralité. Ici, la situation est autre ; ils invoqueraient vainement l'article 908, car l'enfant adultérin ou incestueux leur répondrait par l'article 335.

Ces oppositions entre le fait et le droit choquent la raison ; elles ont amené des décisions de jurisprudence dont il n'est pas aisé de rendre compte.

Ainsi, quoique l'article 335 prohibe la reconnaissance, des arrêts ont reconnu valable l'engagement pris par l'auteur ou par les auteurs de subvenir aux besoins de l'enfant adultérin ou incestueux [2]. Les tribunaux se montrent même faciles à admettre la preuve de cet engagement ; ils la tirent, par exemple, d'une reconnaissance déclarée nulle. Alors pourquoi dire que la reconnaissance est nulle ? Un engagement n'est pas valable quand il est sans cause !

1. Voy. *suprà*, p. 208.
2. Caen 10 juin 1862, D. P. 1862.II.229.

Source BIU Cujas

Ainsi encore, quoique l'article 908 ne soit pas applicable, la jurisprudence admet, ce qui est alors un véritable subterfuge, que la donation est nulle comme ayant une cause illicite, s'il apparaît qu'elle a pour mobile et pour cause déterminante l'opinion déclarée ou prouvée de la paternité adultérine ou incestueuse [1], à moins qu'il ne s'agisse d'une donation d'aliments [2]. Mais n'est-ce pas appliquer indirectement l'article 908 ?

Dans tous ces cas, dit-on, la filiation n'est-elle pas établie tout aussi bien qu'en cas de nullité de mariage ou de désaveu ? Il y a en effet un acte de reconnaissance, annulé parce que la filiation qu'il constate est adultérine ou incestueuse.

Il faut répondre que l'acte annulé n'existe pas toujours, car l'acte a pu être refusé, non dressé ; de sorte qu'il faudrait au moins distinguer entre les deux hypothèses, et décider que la reconnaissance faite au profit d'un enfant adultérin ou incestueux ne doit pas être reçue, mais produit effet dans le cas où elle l'a été malgré la prohibition légale. La défense de recevoir une pareille reconnaissance serait, en quelque sorte, simplement prohibitive et non dirimante.

Il faut répondre en outre que les tempéraments admis par la jurisprudence aboutissent à dépouiller l'article 335 de toute efficacité ; ce texte, si clair et impératif, devient lettre morte.

Tout cela est contradictoire, incohérent, et trahit l'effort fait pour sortir d'une situation légale peu satisfaisante. Aussi, tout en rendant hommage à la pensée qui a guidé les rédacteurs du Code civil, on s'est demandé souvent s'il y a vraiment avantage à refuser ainsi de voir ce que tout le monde voit, à nier ce qui est avéré pour tous, s'il ne vaudrait pas mieux, réglant la condition des enfants adultérins et inces-

1. Lyon 13 mars 1847, D. P. 1847.II.75, — Cass. 31 juillet 1860, D. P. 1860, I.458, Sir. 1860.I.833, — Amiens 14 janvier 1864, D. P. 1864.II.121, Sir. 1864. II.11, — Cass. 22 janvier 1867, D. P. 1867.I,5, Sir. 1867.I.49, — Cass. 29 juin 1887, *Le Droit* du 9 juillet. — Ces arrêts sont antérieurs à la refonte de l'article 908 en 1896 ; mais le nouveau texte reproduit les dispositions de l'ancien en ce qui concerne les donations entre vifs, sauf une légère modification, indifférente au point de vue qui nous occupe, relativement aux personnes qui ont qualité pour critiquer la donation faite en violation de l'article 908. Voy. *suprà*, p. 208.

2. Cass. 15 juillet 1846, D. P. 1846.I.342, Sir. 1846.I.722.

Source BIU Cujas

tueux, laisser se produire les reconnaissances quant à eux comme pour les enfants naturels simples.

§ 2. — Étude de l'article 342.

617. Il est ainsi conçu : « Un enfant ne sera jamais admis « à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, « dans les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance « n'est pas admise. »

Cela signifie d'abord que l'action en réclamation d'état est non recevable, quoique les conditions d'exercice exigées soient réunies, quoique la prétention élevée soit fondée, toutes les fois qu'elle aboutirait, en supposant la réussite, à constater une filiation adultérine ou incestueuse.

Cela signifie d'autre part que le jugement rendu, par erreur de fait ou de droit, est nul et sans effet, s'il établit une filiation adultérine ou incestueuse. Il est nul, en ce sens du moins qu'il devrait être infirmé sur appel ou cassé sur pourvoi. Mais encore faut-il qu'il soit attaqué ; il tiendrait s'il était passé en force de chose jugée. C'est un des cas où, nonobstant l'article 342, la filiation adultérine ou incestueuse peut être établie.

618. Ainsi compris, l'article 342 engendre les conséquences suivantes.

1° La recherche ne peut certainement pas avoir lieu contre l'enfant afin de réduire dans la mesure des aliments les donations entre vifs à lui faites [1]. A cet égard, il vaut mieux être enfant adultérin ou incestueux qu'enfant naturel simple, car on a soutenu que l'action en réclamation d'état peut être intentée contre l'enfant naturel simple dans le but d'obtenir ensuite l'application de l'article 908 [2].

2° En cas de recherche de filiation légitime, si la femme et le mari sont mis en cause, et si, la maternité étant prouvée, le mari prouve qu'il n'est pas le père, la demande doit être rejetée, même à l'égard de la mère (article 325)[3].

3° Lorsqu'un enfant a été reconnu par son père seulement, il ne peut pas agir en recherche de maternité contre

1. Besançon 20 février 1844, D. P. 1845.IV.277, — Lyon 22 janvier 1856, D. P. 1856.II.256. — Cpr. Aubry et Rau, VI, p. 216.
2. *Suprà*, n° 597.
3. *Suprà*, n° 554.

Source BIU Cujas

une femme mariée, à moins de contester la reconnaissance du prétendu père[1].

4° Quand un enfant a été reconnu soit par son père, soit par sa mère, il ne peut pas agir en recherche de filiation contre une personne parente de l'auteur qui a fait la reconnaissance au degré où le mariage n'est pas possible, car cela aboutirait à la constatation d'une filiation incestueuse. Mais la première reconnaissance subsiste.

619. La même question se pose ici que sur l'article 335. Jusqu'à quel point va-t-on réputer non établies en droit des filiations établies en fait et qui le sont, semble-t-il, sans conteste, puisque l'action n'est repoussée que parce que l'admission de la demande aurait conduit à les constater ? Sans doute la filiation n'est pas établie régulièrement, mais le jugement même qui refuse de l'établir prouve qu'elle existe.

Mêmes incertitudes, mêmes perplexités qu'à propos de l'article 335 ; mêmes contradictions dans les décisions judiciaires. Si on admet que la filiation est alors prouvée, l'article 342 n'a plus aucun sens ni aucune portée. Ce sont là toutes règles qui paraissent simples, mais qui sont inextricables quand on arrive aux applications. Nous sommes ramenés ainsi à la même conclusion qu'à propos de l'article 335. Tout en faisant la part de la pensée qui explique les deux articles 335 et 342, on se demande s'il y a vraiment avantage à refuser ainsi de voir ce qui est, à nier en droit ce qui est avéré, s'il ne vaudrait pas mieux, réglant comme il conviendrait de le faire la condition des enfants adultérins et incestueux, laisser constater leur filiation comme celle des enfants simplement naturels.

620. Il y a bien une doctrine qui écarterait la plupart des bizarreries du système du Code : celle qui soutient que la filiation adultérine ou incestueuse, dès qu'elle est établie en fait, a les effets qui y sont attachés par les articles réglant la condition des enfants adultérins ou incestueux, notamment les articles 762 à 764 et 908 alinéa 3 (rédaction de 1896). Nous avons déjà rencontré ces textes[2]. Les articles 762 à 764 déterminent les droits héréditaires des enfants adultérins ou incestueux ;

1. Bordeaux 25 mai 1848, D. P. 1848.II.169, Sir. 1848.II.561.
2. *Suprà*, n° 610.

Source BIU Cujas

l'article 908, regardant les droits héréditaires ainsi fixés comme le maximum de ce que les enfants adultérins ou incestueux peuvent recevoir de leurs père et mère par donation entre vifs ou par testament, refuse tout effet à la donation ou au testament leur attribuant davantage. Ces articles soulèvent une difficulté d'interprétation bien apparente : comment la loi attache-t-elle des effets à une filiation qu'elle condamne à rester ignorée, dont elle interdit la preuve? Ils reçoivent une application simple et certaine dans les cas exceptionnels où, contrairement au droit commun, la filiation adultérine ou incestueuse se trouve établie par des actes judiciaires dont on ne peut faire abstraction. On a prétendu qu'ils s'appliquent, en outre, toutes les fois qu'une pareille filiation se trouve établie en fait par des actes déclarés nuls ou écartés à raison même du caractère de la filiation qu'ils établissent ou établiraient.

Si on admet cette doctrine, la plupart des contradictions relevées plus haut disparaissent. Seulement il en apparaît une plus considérable, plus inexplicable que toutes les autres. Combien singulière serait une loi qui déclarerait des actes nuls et consacrerait cependant les effets qu'ils comportent! On peut reprocher au législateur d'avoir adopté un système mauvais ; il n'est vraiment pas permis de lui imputer d'avoir consacré un système absurde.

Il faut conclure que les articles réglant la condition des enfants adultérins ou incestueux ne sont applicables que dans les cas où la filiation est prouvée en droit par acte irréfragable ; dans tous autres cas, les articles 335 et 342 ont pour effet d'écarter l'application de ces articles, quoique la filiation soit connue [1].

1. Cass. 15 juillet 1846, D. P. 1846.I.342, Sir. 1846.I.722 (note de M. Devilleneuve), — Cass. 19 avril 1847, D. P. 1847.I.128, Sir. 1847.I.562, — Grenoble 18 mars 1846, D. P. 1846.I.344. — Voir en sens contraire le discours de Siméon au Corps législatif (Fenet, XII, p. 232) et Valette *sur Proudhon*, II, p. 155. Ce dernier auteur a abandonné son opinion première dans son *Cours de Code civil*, p. 434.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II

DES ACTIONS AUXQUELLES PEUVENT DONNER LIEU LES QUESTIONS DE FILIATION.

621. Nous les avons toutes rencontrées incidemment en traitant des preuves. Elles sont au nombre de trois : 1° l'action en réclamation d'état, — 2° l'action en contestation d'état, — 3° l'action en désaveu. Rapprochons-les pour leur assigner exactement leur caractère respectif.

L'action en réclamation d'état est celle par laquelle on prétend se faire attribuer un état de filiation auquel on soutient avoir droit.

Les actions en réclamation d'état sont: l'action en recherche de filiation légitime, aux termes de l'article 323, — et l'action en recherche de paternité ou de maternité naturelle, aux termes des articles 340 et 341. Ce sont là des actions en réclamation d'état proprement dites.

Quelquefois, l'action en réclamation d'état se présente sous le nom et sous la forme de l'action en réclamation de légitimité. Elle suppose la filiation établie ou non contestée ; le réclamant prétend seulement prouver que sa filiation est légitime, c'est-à-dire, en définitive, que ses père et mère étaient mariés ou se sont mariés après la reconnaissance, ce qui l'aurait légitimé. L'action en réclamation de légitimité n'est donc pas autre chose que l'action en preuve du mariage de la part de l'enfant.

L'action en contestation d'état est celle par laquelle on prétend enlever à une personne l'état qu'elle possède en fait, soutenant qu'elle n'y a pas droit.

Elle est ouverte dans deux cas : 1° en matière de filiation légitime, quand la filiation est établie par titre, sans qu'il y ait possession d'état, ou quand elle est établie par possession d'état, sans qu'il y ait titre (article 322), — 2° en matière de filiation naturelle, quand la filiation est établie par une reconnaissance

Source BIU Cujas

et que cette reconnaissance est contestée (article 339). Dans les deux cas, on est en présence d'une action en contestation d'état proprement dite.

Quelquefois, l'action en contestation d'état se présente sous le nom et la forme de l'action en contestation de légitimité. Elle suppose que la filiation n'est pas mise en question, mais seulement la légitimité. Le demandeur soutient que les père et mère n'étaient pas mariés ou que leur mariage n'est pas valable ; en d'autres termes, il conteste la validité ou l'existence du mariage. De même que l'action en réclamation de légitimité n'est pas autre chose que l'action en preuve du mariage de la part des enfants, l'action en contestation de légitimité n'est, le plus souvent, que l'action en nullité du mariage.

Cependant il peut y avoir lieu à contestation de légitimité sans que le mariage soit mis en cause. Il en est ainsi dans deux cas.

1° Dans le cas de l'article 315. Un enfant est né plus de trois cents jours après la mort du mari de la mère ; il a été inscrit sous le nom du mari et prétend aux droits qu'il aurait comme fils de celui-ci. Les intéressés lui contesteront utilement sa légitimité (article 315), sans avoir besoin de faire prononcer la nullité du mariage. S'ils réussissent dans leur action, l'enfant restera enfant naturel de la mère.

2° Dans le cas de l'article 331. Un enfant né hors mariage a été légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère. Les intéressés, sans nier ni attaquer le mariage, contesteront utilement la validité de la légitimation en soutenant qu'une des conditions exigées fait défaut. La filiation n'est pas mise en question, le mariage non plus ; cependant il y a action en contestation de légitimité.

L'action en désaveu a un caractère mixte ; elle est à la fois une action en contestation d'état et en contestation de légitimité. Par rapport au mari, elle est une action en contestation d'état, car, si elle réussit, l'enfant désavoué cessera d'être l'enfant du mari ; donc elle met en question la paternité. Par rapport à la mère, elle n'est qu'une action en contestation de légitimité, car, si elle réussit, l'enfant n'en restera pas moins enfant de la femme ; seulement il ne sera plus légitime ; il sera, selon les cas, enfant naturel simple, enfant adultérin ou incestueux.

Source BIU Cujas

622. Telles sont les trois actions relatives à la filiation.

Elles ont toutes trois une importance considérable, parce que les rapports de filiation sont le fondement des droits de famille, et, par suite, de la plupart des droits civils. De là quelques particularités que présente l'exercice de ces actions. Parmi ces particularités, les unes sont communes à toutes les actions relatives à la filiation, les autres sont spéciales à quelques-unes seulement. Elles sont au nombre de cinq ; les deux premières sont déjà connues et nous ne les rappelons que pour mémoire.

623. **La première** n'a qu'un intérêt de procédure, intérêt secondaire par là même. Elle consiste en ce que les actions soit en contestation, soit en réclamation d'état, soit en désaveu, si elles sont portées en appel, doivent être jugées en audience solennelle (décret du 30 mars 1808, article 22)[1], c'est-à-dire, d'après la loi actuelle d'organisation judiciaire, par neuf juges au moins (loi du 30 août 1883, article 1). Comme elles ont une grande importance, le décret de 1808 exige, pour statuer en dernier ressort, un plus grand nombre de juges ; il y a présomption qu'on réunit alors plus de lumières. En résulte-t-il des garanties réellement plus grandes de bonne justice ? Il est permis de le contester. Au point de vue pratique, c'est une particularité digne de remarque.

La règle, d'ailleurs, n'est pas précisément spéciale aux actions relatives à la filiation ; il en est de même pour toutes les actions relatives à l'état des personnes : questions de nationalité, de mariage, etc. Nous avons vu précédemment qu'il est fait exception quant aux demandes en divorce, qui sont portées à l'audience ordinaire (article 248, modifié par la loi du 18 avril 1886)[2].

Les termes du décret de 1808 sont généraux et semblent dès lors devoir être toujours appliqués. Toutefois la jurisprudence fait une distinction. Elle admet que la règle cesse d'être applicable lorsque la question n'est soulevée qu'incidemment à une demande qui reste l'objet principal du débat, par exemple incidemment à une question de liquidation de succession. Le juge du principal reste alors compétent pour statuer sur la question incidente ; à moins cependant que cette question, quoique soulevée incidemment, ne fasse l'ob-

1. *Suprà*, tome I, p. 164.
2. *Suprà*, n° 416.

Source BIU Cujas

jet de conclusions spéciales, de manière à devenir alors un chef distinct de demande devant être discuté et jugé séparément, auquel cas la règle redevient applicable [1]. Il y a là diverses distinctions à faire, pour le détail desquelles nous ne pouvons que renvoyer à l'étude de la procédure [2].

624. La seconde particularité, que nous ne rappelons aussi que pour mémoire, est spéciale à certaines actions relatives à la filiation. Elle a trait à la prescription. L'action en réclamation d'état, aux mains de l'enfant qui réclame son état, est imprescriptible (article 328); elle est prescriptible aux mains de tout autre que lui. L'action en désaveu ne peut être intentée que dans un délai très court; nous avons vu pourquoi et quel il est (articles 316 et 317) [3].

625. La troisième particularité est plus importante. Elle résulte de l'article 327 : « L'action criminelle contre un délit « de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le ju- « gement définitif sur la question d'état. » Elle consiste en ce que, toutes les fois qu'une question de filiation se pose par suite d'un fait qui constitue une infraction à la loi pénale, *le civil* (cette formule est consacrée) *tient le criminel en l'état*. Voici ce que signifie cette formule, quelle en est la portée pratique et quels en sont les motifs.

626. Précisons les faits. On peut en citer plusieurs.

1° Un officier de l'état civil a commis un faux en rédigeant l'acte de naissance ; par exemple, il a inscrit un enfant sous le nom d'un père et d'une mère autres que ceux qui lui ont été indiqués par les déclarants. L'enfant, par suite du faux commis, se trouve n'avoir pas son état véritable ; il y a suppression d'état quant à la famille véritable, et supposition d'état au regard de la famille à laquelle l'enfant est faussement rattaché. C'est un crime (article 146 C. pén.).

2° Ce sont les déclarants qui ont donné de fausses indications et attribué à l'enfant une filiation qui n'est pas la sienne. Ici encore, toujours à raison de la manière dont l'acte a été rédigé, il y a suppression de l'état véritable et supposition de

1. Cass. 9 juillet 1879, D. P. 1879.I.413, Sir. 1880.I.241 (note de M. Labbé), — 14 décembre 1880, *Le Droit* du 6 mai 1881, — Chambéry 23 février 1885, *Le Droit* du 11 avril, — Cass. 18 janvier 1888, Sir. 1888.I.256.

2. Voir l'étude déjà citée de M. Balleydier sur *Les questions d'état devant les cours d'appel*, dans les *Annales de l'Université de Grenoble*, tome IV (1893).

3. *Suprà*, p. 195 et suiv.

Source BIU Cujas

l'état attribué. C'est encore un crime (article 363 C. pén.).

3° L'acte ayant été bien dressé, l'enfant a été enlevé, et possède un autre état que le sien ; ou bien il y a eu substitution d'un enfant à un autre. Il y a encore suppression et supposition d'état.

Tous ces cas et autres semblables sont prévus concurremment par l'article 345 du Code pénal : « Les coupables d'en-« lèvement, de recélé ou de suppression d'un enfant, de subs-« titution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un « enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront « punis de la réclusion..... »

Le fait prévu, sous quelque forme qu'il se produise, donne lieu à deux actions : 1° une action civile, l'action en réclamation d'état au profit de l'enfant et en contestation d'état contre lui, — 2° une action publique, ouverte pour faire punir l'auteur du fait coupable.

627. D'après le droit commun, quand un fait donne ainsi lieu à une action civile et à une action publique, ces deux actions sont, en principe, indépendantes l'une de l'autre, car elles se meuvent dans des sphères différentes. D'une part, elles n'ont pas le même but : l'action civile est relative à l'intérêt civil engagé, l'action publique à l'application de la peine ; d'autre part, elles ne sont pas exercées par les mêmes personnes : l'action civile appartient à la partie intéressée, la partie civile, l'action publique au ministère public. Elles sont indépendantes en ce sens que la partie civile et le ministère public peuvent agir librement, chacun dans la sphère qui est la sienne ; le droit de l'un n'est nullement subordonné au parti que prend l'autre (article 4 C. d'inst. crim.). En n'exerçant pas l'action civile, la partie civile ne fait pas obstacle à ce que le ministère public agisse au criminel ; réciproquement, le ministère public, en n'exerçant pas l'action publique, ne fait pas obstacle à ce que la partie civile agisse au civil. Seulement, lorsque les deux actions sont intentées concurremment, l'une par la partie civile devant les juges civils, l'autre par le ministère public devant les juges de répression, le juge civil, quoique régulièrement saisi, doit surseoir jusqu'à ce qu'il ait été statué par le juge criminel sur l'action publique intentée et actuellement pendante. On dit en ce sens et en ce sens seulement que, d'après le droit commun, *le criminel tient le civil*

Source BIU Cujas

en l'état : l'exercice de l'action civile est suspendu, dit l'article 3 alinéa 2 du Code d'instruction criminelle, « tant qu'il « n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique « intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile ». Le texte dit : *avant* ou *pendant* ; donc si les deux actions sont exercées parallèlement et en même temps, il ne doit être statué sur l'action civile qu'après qu'il a été statué sur l'action publique [1].

Voilà le droit commun, tel qu'il résulte des articles 3 et 4 du Code d'instruction criminelle.

628. En matière de filiation, lorsqu'un fait criminel donne lieu aux deux actions, l'action civile tendant au rétablissement de l'état vrai et l'action publique tendant à l'application d'une peine, l'article 327 apporte une double dérogation au droit commun.

D'une part, l'action publique ne peut être exercée par le ministère public que si la partie civile a préalablement intenté l'action civile. En d'autres termes, l'exercice de l'action publique est subordonné à l'exercice préalable de l'action civile. Si donc l'enfant dont l'état a été supprimé n'agit pas en réclamation d'état, ou si, en cas de supposition d'état, les tiers intéressés n'agissent pas en contestation d'état, le ministère public, quoique le fait soit patent et les auteurs du fait connus, ne peut pas poursuivre. C'est une dérogation formelle à l'article 4 du Code d'instruction criminelle, car la renonciation à l'action civile rend impossible l'action publique.

D'autre part, l'action publique, qui n'est possible que si la partie civile agit, ne peut être exercée, ne peut commencer, dit l'article 327, qu'après qu'il a été statué sur l'action civile, après le jugement définitif. Pas d'action publique si la partie civile n'agit pas ; même si elle agit, nécessité pour le ministère public d'attendre. C'est une dérogation formelle à l'article 3 alinéa 2 du Code d'instruction criminelle, lequel, dans le cas où les deux actions sont intentées en même temps, veut qu'il soit statué au criminel avant le jugement sur l'action civile.

C'est tout cela qu'on exprime quand on dit qu'en matière

1. Garraud, *Précis de droit criminel*, 5e édition, p. 498 et suiv., — Villey, *Précis d'un cours de droit criminel*, 4e édition, p. 215 et suiv., avec les autorités et la jurisprudence.

Source BIU Cujas

de filiation *le civil tient le criminel en l'état*, tandis que, de droit commun, *le criminel tient le civil en l'état* [1].

Cela revient à dire que l'article 327 fait de la question d'état ou civile une question préjudicielle à l'action publique, c'est-à-dire une question qui doit être jugée préalablement. Tant que l'action civile n'a pas été intentée et jugée, l'action publique ne peut pas commencer ; la question d'état est préjudicielle à toute poursuite pénale pour suppression ou supposition d'état.

629. Cette particularité est exclusivement propre aux questions de filiation. Ainsi un faux a été commis dans un acte de mariage, ou bien l'acte a été distrait ; il y a, là encore, suppression ou supposition d'état, de l'état d'époux. Le ministère public peut poursuivre pénalement avant que l'action civile ait été intentée, si bien que l'article 198 fait du jugement pénal une preuve du mariage [2].

Mais cette particularité, si elle est spéciale aux questions de filiation, s'applique à tous les faits relatifs aux questions de filiation. L'article 327 l'applique formellement au cas de suppression d'état, auquel cas il y a lieu à l'action en réclamation d'état au profit de l'enfant qui n'a pas en fait l'état qu'il devrait avoir ; l'action publique contre l'auteur du fait n'est possible qu'après le jugement sur l'action en réclamation d'état. D'un avis unanime, on l'applique, attendu qu'il y a identité de motifs, au cas de supposition d'état (article 345 C. pén.), auquel cas il y a lieu à l'action en contestation d'état contre l'enfant qui se trouve avoir un état qui n'est pas le sien, un état usurpé. Décider autrement, ce serait admettre dans la pensée du législateur une contradiction que rien n'expliquerait [3].

630. En résumé, toutes les fois que la question de filiation est engagée, la poursuite du ministère public contre l'auteur du fait de suppression ou de supposition n'est possible que sous deux conditions. Il faut : 1° que l'action civile ait été exercée ; — 2° qu'il ait été statué sur cette action.

631. D'où viennent et comment s'expliquent ces dérogations au droit commun ?

1. Garraud, *op. laud.*, p. 549, — Villey, *op. laud.*, p. 215.
2. *Suprà*, tome I, p. 483 et suiv.
3. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, nos 273 et 327, — Aubry et Rau, VI, p. 23.

Source BIU Cujas

La première, qui subordonne ici l'action publique à l'exercice préalable de l'action civile, s'explique ainsi. Les poursuites pour faits de suppression ou de supposition d'état sont de nature à troubler profondément la famille ; la prudence veut qu'on ne les exerce qu'avec la plus grande circonspection. Si les intéressés gardent le silence, à plus forte raison s'il n'y a pas d'intéressés ou si les intéressés sont morts, ne vaut-il pas mieux que la répression sommeille ?

On l'a pensé. Ceux que la question civile intéresse sont laissés juges du point de savoir s'il y a lieu de soulever la question, même au point de vue de la répression. L'état des personnes est une propriété confiée à la garde exclusive des familles ; les questions qui en dérivent, soit pour le revendiquer, soit pour le contester, n'appartiennent qu'aux seuls intéressés [1].

La seconde dérogation, qui n'admet l'action publique qu'après qu'il a été statué sur l'action civile, tient à la manière de comprendre l'importance comparée des deux intérêts qui sont en jeu en pareille matière, au criminel et au civil.

En toutes autres matières, on estime que l'intérêt qui s'agite au criminel est d'importance plus grande que celui qui s'agite au civil. On veut alors que la question de répression se présente devant la juridiction pénale dégagée de tout préjugé pouvant résulter d'une décision déjà prise au civil ; on veut éviter qu'un jugement rendu au civil puisse avoir de l'influence sur la décision à intervenir au criminel. De là la règle d'après laquelle *le criminel tient le civil en l'état* [2].

Au contraire, dans les questions de filiation, on estime que l'intérêt qui s'agite au civil est d'importance plus grande que celui qui s'agite au criminel. Alors on ne veut pas que la question soit portée devant les juges de répression avant d'avoir été jugée par la juridiction civile, afin que celle-ci statue avec une indépendance plus complète. De là l'article 327. Autant que possible on évite qu'un jugement rendu au criminel puisse avoir influence sur la décision du tribunal civil. On cherche d'autant plus à l'éviter que la preuve testimoniale, en matière de réclamation d'état, est admissible

1. Ces expressions sont empruntées à un arrêt de la Cour de Paris du 25 mars 1891, *Le Droit* du 11 avril.

2. Bertauld a très bien mis en relief ce point de vue dans ses *Questions et exceptions préjudicielles*, nos 35 et suiv.

Source BIU Cujas

seulement s'il y a un commencement de preuve par écrit ; or on croit généralement (ce sur quoi nous reviendrons) que devant les tribunaux criminels la preuve testimoniale est admise sans limites ; de sorte qu'un jugement rendu sans les mêmes garanties préjugerait le jugement civil. C'est ce que l'article 327 entend éviter. La loi craint que les parties qui se prétendent lésées par un fait de suppression d'état ne cherchent, en faisant abus du droit de plainte, à se procurer par la voie criminelle la preuve par témoins que leur dénie la loi civile [1].

Les deux dispositions, dès lors, celle qui forme le droit commun et celle de l'article 327, quoique opposées par le résultat, découlent de la même idée : on veut assurer l'indépendance complète de celle des deux actions qui apparaît comme étant plus grave que l'autre. Ordinairement, c'est l'action criminelle ; de là l'article 3 du Code d'instruction criminelle : *le criminel tient le civil en l'état.* Dans le cas présent, c'est au contraire l'action civile ; de là l'article 327 : *le civil tient le criminel en l'état.*

632. Que vaut le système ? Il est très discutable. Ce qu'on ne peut nier, c'est que l'article 327 entraîne parfois des résultats très fâcheux. Il a en effet pour résultat d'assurer, dans bien des cas, l'impunité de faits graves. Il y a suppression ou supposition d'état, enlèvement ou substitution d'enfant ; les intéressés n'agissent pas au civil, soit pour réclamer l'état injustement supprimé, soit pour contester l'état faussement attribué. Le ministère public ne peut poursuivre. En d'autres termes, les particuliers tiennent entre leurs mains le sort de la répression ; il suffit de leur négligence, d'une connivence concertée avec l'auteur du fait, pour paralyser l'action du ministère public.

Rien n'est plus expressif à cet égard que les faits suivants, qui ont naguère défrayé la chronique des journaux judiciaires [2]. En 1890, un individu présente à l'officier de l'état civil un enfant qu'il déclare être né le jour même de sa femme et de lui ; l'enfant, en conséquence, est inscrit sur les registres sous le nom de cet individu. Un mois après, les deux époux, pris de remords, viennent faire connaître que la déclaration faite par le mari a été mensongère, que la

1. Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2e édition, II, p. 355.
2. Voy. *Le Droit* du 20 septembre 1890.

Source BIU Cujas

femme n'est pas accouchée de l'enfant, qu'ils ont trompé l'officier de l'état civil après avoir été payés pour le faire ; en d'autres termes, ils avouent le crime de supposition d'enfant. Le procureur de la République les engage à agir en contestation d'état ; ils vont trouver un avocat, qui les dissuade de le faire et les engage à s'abstenir de l'action civile afin de mettre obstacle, de la sorte, à toute poursuite criminelle de la part du parquet. Le ministère public, empêché de poursuivre par l'article 327, essaie alors d'employer un détour ; il agit en rectification de l'acte de naissance, d'après le principe que le ministère public a qualité pour agir en réparation des erreurs matérielles qui entachent les actes lorsque l'ordre public est intéressé. Le tribunal de Reims et la Cour de Paris le déclarent non recevable en son action. Si le ministère public a qualité, dit la Cour, pour agir en réparation des erreurs matérielles entachant un acte de naissance lorsque l'ordre public est intéressé, « il n'en est pas de « même lorsque, sous couleur de rectification d'acte de l'état « civil, son action tend en réalité à contester la légitimité « d'un enfant, pour arriver ensuite à la poursuite criminelle « en supposition, qui en serait le complément ». De la sorte, l'impunité fut assurée aux coupables, et on ne peut pas contester qu'il y ait là un enchaînement de règles assez regrettable [1].

633. Quoi qu'il en soit, l'article 327 existe ; qu'on le blâme ou qu'on l'approuve, il doit être observé.

Peut-être ne l'est-il pas toujours. La preuve en est fournie par l'exemple de certains faits qui se sont produits dans la pratique. Une hypothèse de supposition d'état est révélée ; un enfant, vendu par sa mère véritable, a été attribué à une femme qui a feint une grossesse. Une instruction est ouverte ; les auteurs du fait sont interrogés, les témoins appelés ; tout est livré à la publicité par la presse, qui sait tout. Puis on s'arrête là, attendu que la poursuite criminelle, aux termes de l'article 327, n'est possible que s'il y a d'abord action au civil et jugement acquis sur cette action. Ce n'est pas obéir à l'article 327, car il dit que l'action criminelle « ne pourra commencer » ; il n'entraîne pas seulement un sursis au jugement, mais élève contre toute poursuite

1. Trib. de Reims 24 juillet 1890, *Le Droit* du 20 septembre, — Paris 25 mars 1891, *Le Droit* du 11 avril.

Source BIU Cujas

une fin de non-recevoir insurmontable. Donc la poursuite ne peut être entamée. La volonté formelle de la loi est que l'action répressive sommeille tant que les intéressés gardent le silence, et cela dans l'intérêt de la famille. On méconnaît cette volonté d'une façon complète quand on commence une instruction, sauf à ne pas saisir directement les tribunaux, ce qui a pour effet de forcer la main à l'intéressé, alors qu'il doit rester seul juge de ce qu'il convient de faire. Cette pratique est absolument abusive et illégale.

634. Sur l'article 327, il ne reste plus qu'à signaler rapidement une question controversée, celle de savoir s'il est applicable en matière de filiation naturelle. L'hésitation peut venir de ce que l'article 327 est placé dans le chapitre II, relatif à la filiation légitime, et n'est pas reproduit dans le chapitre III, relatif à la filiation naturelle. Or cet article est tout à fait exceptionnel. Faut-il donc l'étendre hors du cas positivement prévu ?

La jurisprudence ne le met pas en doute. La place d'un texte n'a, en définitive, qu'une importance secondaire, si les termes de ce texte sont généraux. L'article 327 vise l'action publique par suite de suppression d'état, sans distinguer s'il s'agit de filiation naturelle ou de filiation légitime. Donc il est applicable dans les deux cas [1].

635. Passons à la **quatrième particularité**. Elle consiste en ce que les règles de compétence du droit commun ne sont pas toutes et toujours suivies relativement aux questions de filiation. Il y est dérogé sous deux rapports.

1° Les questions d'état, dans lesquelles rentrent les questions de filiation, ne sont pas susceptibles de compromis, pas plus que de transaction (articles 1004 C. proc. civ. et 2045 C. civ.). La règle n'est pas spéciale aux questions relatives à la filiation, mais commune à toutes les questions d'état. Elles ne peuvent être jugées que par l'autorité judiciaire officiellement constituée, autrement dit par les tribunaux. Les matières d'ordre public sont en dehors des conventions ; or l'état des personnes est d'ordre public.

2° Les questions de filiation ne peuvent être jugées, à l'exclusion de toute autre juridiction, que par les tribunaux civils, c'est-à-dire par les tribunaux d'arrondissement et les

1. Cass. 29 mai 1873, D. P. 1873.I.386, Sir. 1873.I.485.

Source BIU Cujas

cours d'appel : « Les tribunaux civils seront seuls compé-« tents, dit l'article 326, pour statuer sur la réclamation « d'état. »

La règle s'applique à toutes les actions relatives à la filiation. L'article 326 ne l'applique formellement qu'aux actions en réclamation d'état ; mais, d'un avis unanime, attendu qu'il y a identité de motifs, on l'applique également aux actions en contestation d'état. En disant « pour statuer sur les réclama-« tions d'état », l'article 326 a voulu dire : pour statuer sur les questions de filiation ; la règle devient dès lors applicable toutes les fois qu'une question de filiation est soulevée [1].

636. Quelle est au juste la portée de cette règle ? Quels motifs l'expliquent ?

Il semble, au premier abord, qu'elle ne fasse que constater le droit commun. En effet, les questions relatives à la filiation sont, au premier chef, des questions d'ordre civil ; or les tribunaux civils sont institués précisément pour statuer sur les questions d'ordre civil ; donc il va de soi que les actions relatives à la filiation soient portées devant les tribunaux civils. Si une autre juridiction était saisie, sa compétence pourrait être déclinée ; elle devrait elle-même et d'office se déclarer incompétente, car il s'agit d'une incompétence absolue, *ratione materiæ*. Il n'y a rien là, semble-t-il, de particulier ; c'est le droit commun.

Mais ce ne peut être, ce n'est pas là ce que signifie l'article 326, puisqu'il énonce, à propos des questions de filiation, une dérogation au droit commun. Il signifie ceci : aucune autre juridiction que les tribunaux civils ne peut juger une question de filiation, même incidemment à une question de sa compétence portée principalement devant elle.

Alors l'article 326 a deux applications : l'une qui résulte déjà de l'article 327, les deux textes concordant à cet égard dans leurs conséquences, l'autre qui lui est propre.

637. Voici la première. Puisque les tribunaux civils seuls peuvent connaître des questions de filiation, les intéressés, si l'état d'une personne a été troublé par un fait criminel, ne peuvent pas se constituer partie civile devant la juridiction pénale, compétente pour statuer sur l'action publique.

1. Dalloz, *Répertoire*, V° *Paternité et filiation*, n° 383, — Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, nos 273 et 327, — Aubry et Rau, VI, p. 22.

Source BIU Cujas

L'hypothèse est la suivante. Toute réclamation comme toute contestation d'état suppose un trouble apporté à la situation normale. Si le trouble est l'effet d'un accident, d'une force majeure, il n'y a lieu qu'à l'action civile ; la compétence exclusive des tribunaux civils est certaine ; ce n'est que l'application du droit commun. Mais il se peut que le trouble soit le résultat d'une infraction pénale, d'une suppression ou d'une supposition d'état. Il y a alors deux intérêts engagés : l'intérêt public et un intérêt privé ; il y a lieu à deux actions : l'action publique en répression de l'infraction commise, l'action civile en redressement de l'intérêt lésé. D'ordinaire, aux termes de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, l'action civile peut être intentée séparément devant la juridiction civile, ou en même temps que l'action publique devant la juridiction répressive, conjointement avec l'action publique, l'intéressé se constituant partie civile.

Or, quand il s'agit de questions de filiation, cette dernière voie ne peut être suivie. Dès que les tribunaux civils seuls peuvent connaître des questions de filiation, ainsi que le décide l'article 326, ces questions ne peuvent être portées devant les juges de répression par constitution de partie civile. Cela résulte déjà de l'article 327. Puisque l'action publique, en cas de suppression ou de supposition d'état, ne peut être intentée qu'après le jugement sur la question d'état, on ne peut concevoir une action publique à laquelle viendrait se joindre l'action civile par voie de constitution de partie civile. Les deux dispositions concordent et aboutissent au même résultat ; elles dérogent à l'article 3 alinéa 1 du Code d'instruction criminelle.

638. La seconde application de l'article 326 est propre à cet article. Aucune juridiction non civile ne peut connaître, même indirectement, des questions de filiation.

De droit commun, quand un juge est compétent relativement à la demande portée devant lui, il l'est aussi quant à toutes les questions incidentes que cette demande peut soulever. Il se pourrait dès lors qu'une juridiction pénale, ou un tribunal de commerce, en un mot une juridiction quelconque autre qu'un tribunal civil, saisie principalement d'une question de sa compétence, fût amenée incidemment à résoudre une question de filiation. Par application de l'article 326, elle ne le peut pas. Si la décision à rendre sur

Source BIU Cujas

la demande principale est subordonnée à la solution de la question incidente de filiation, le juge saisi de la demande principale doit surseoir, et renvoyer les parties à faire statuer sur la question de filiation par le tribunal civil. La question incidente, comme on dit, est préjudicielle, c'est-à-dire doit être jugée préalablement ; elle est préjudicielle non plus à l'action, qui est régulièrement intentée, mais au jugement à rendre sur la question principale ; elle doit être préalablement jugée, puisque l'autre en dépend ; de plus, par application de l'article 326, elle ne peut l'être que par le tribunal civil. De sorte que l'article 326 déroge à la règle du droit commun d'après laquelle le juge, saisi d'une question de sa compétence, peut statuer sur tous les incidents que soulève le débat principal. Si l'incident est une question de filiation, il forme une question préjudicielle, qui doit être renvoyée devant la juridiction civile. Voilà tout spécialement ce qu'entend dire l'article 326.

Aucun doute, aucune difficulté quant à toutes autres juridictions que les juridictions pénales : juridictions commerciales et administratives. Voici, par exemple, une application journalière de l'article 326. Les appels contre les décisions en matière d'inscription sur les listes électorales sont portés devant le juge de paix. Un individu a été rayé ou on refuse de l'inscrire parce qu'il est étranger ; il soutient qu'il est né de parents français. La question soulevée est une question de filiation, dont la solution doit être obligatoirement renvoyée.

La règle de l'article 326 donne lieu, au contraire, à d'infinies distinctions quand il s'agit des juridictions pénales : justices de paix en matière de simple police, tribunaux correctionnels, cours d'assises. C'est en vue d'elles principalement et pour exclure leur intervention, même incidemment, que l'article 326 a été fait. Si une question de filiation surgit au cours d'une poursuite pénale, elle forme, aux termes de l'article 326, une question préjudicielle, qui doit être renvoyée devant les tribunaux civils, seuls compétents, et doit être jugée préalablement.

Le principe est certain. Cependant la jurisprudence en a notablement atténué la portée. Elle a considéré que le cours de la justice répressive risquerait d'être trop souvent interrompu par des questions préjudicielles si on appliquait l'article 326 dans toute son étendue ; il en résulterait un dom-

Source BIU Cujas

mage pour l'ordre public, qui n'obtiendrait pas satisfaction, et pour les accusés eux-mêmes, dont les sursis nécessaires prolongeraient l'attente et souvent la détention préventive.

Alors on a proposé et fait admettre la distinction suivante. Si l'incident est soulevé de manière qu'il en doive résulter décision ferme d'une question de filiation (réclamation ou contestation d'état), l'article 326 reste applicable ; la question de filiation est préjudicielle, et renvoi doit en être fait devant un tribunal civil. Mais si la question de filiation ne se présente pas sous cet aspect, si elle ne soulève qu'une question d'identité ou un moyen de défense à la poursuite pénale, l'article 326 n'est plus applicable ; la question n'est plus préjudicielle, et le juge de répression peut passer outre. La force des choses, dit-on, veut que la juridiction saisie d'une affaire puisse examiner, discuter et résoudre tous les moyens de défense.

Voici des exemples.

a) Un prévenu est poursuivi pour escroquerie, pour avoir pris un nom et un titre qui ne lui appartiennent pas, afin de s'assurer un crédit imaginaire ; il soutient que ce nom et ce titre lui appartiennent, parce qu'il est membre de la famille qui les porte. Ce n'est pas là une question de filiation ; l'allégation produite n'est qu'un moyen de défense, et l'article 326 n'est pas applicable ; le juge saisi de la poursuite pour escroquerie peut statuer [1].

b) Un individu est accusé de parricide ; il soutient qu'il n'est pas l'enfant de la personne homicidée. Ou bien l'enfant d'une personne homicidée se porte partie civile et l'accusé lui conteste sa qualité. Ou bien, en cas de poursuite pour vol, le voleur se prétend fils du volé (article 380 C. pén.). Ou bien encore un individu est appelé comme témoin ; il est reproché à cause de sa parenté avec l'accusé. Dans tous ces cas et autres semblables, le juge de répression peut-il statuer sur l'incident ?

Si on appliquait l'article 326, il y aurait là une question préjudicielle, qui devrait être renvoyée devant la juridiction civile. Mais on n'applique pas l'article 326. L'incident, dit-on, n'est pas soulevé pour faire juger une question de filiation ; il n'est soulevé que comme simple moyen de défense,

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 326, n° 2.

Source BIU Cujas

et le juge de l'action publique a qualité pour examiner tous les moyens de défense ; la justice répressive, s'il lui fallait dans tous ces cas surseoir et renvoyer devant les tribunaux civils, ne pourrait plus fonctionner [1].

La limite n'est pas très précise. Nous ne pouvons que signaler la question ; pour l'étudier en détail, il faudrait pénétrer dans la théorie des questions préjudicielles en matière pénale, ce qui n'est pas notre domaine [2].

639. Ainsi compris, l'article 326 formule une particularité propre aux questions de filiation ; il ne s'étend pas aux autres questions d'état. Soulevées incidemment devant une juridiction autre que les tribunaux civils, elles seront jugées par le juge saisi ; en d'autres termes, elles ne sont pas préjudicielles ; les questions de filiation seules le sont.

640. D'où vient et comment s'explique cette nouvelle dérogation au droit commun ? Il se pourrait qu'elle ne fût que l'effet d'un point de vue inexact, bien regrettable alors, car l'article 326 introduit sans raison des complications inutiles.

D'une manière générale, on peut dire que le législateur a cru trouver dans la juridiction civile, dans son organisation et ses habitudes d'esprit, plus de garanties pour la connaissance des questions juridiques. Toutefois ce n'est là qu'une observation vague, insuffisante à expliquer une règle qui est applicable non aux questions d'état en général, mais seulement aux questions de filiation. Il y a donc une autre raison ; c'est elle qui se réfère à une idée inexacte.

Le législateur paraît avoir été préoccupé surtout de l'idée que la preuve testimoniale, au criminel, est admise de droit, sans conditions, tandis que, quand il s'agit d'actions en réclamation d'état, elle l'est seulement s'il y a un commencement de preuve, ou, en matière de filiation légitime, des indices graves résultant de faits dès lors constants (articles 323 et 341 [3]). Le législateur n'a pas voulu qu'une décision rendue au criminel, sur la preuve testimoniale, pût trancher une question de filiation, à propos de laquelle la preuve testimoniale n'aurait été admise, au civil, que moyen-

1. Cass. 6 mars 1879, D. P. 1879.I.616, Sir. 1879.I.334.

2. Voy. Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2e édition, tome II, nos 842 et suiv.

3. *Suprà*, nos 509 et 590.

Source BIU Cujas

nant certaines conditions. De là l'article 326. On a craint que les parties ne cherchassent, en saisissant les tribunaux criminels, un moyen d'éluder les restrictions relatives à l'admission de la preuve testimoniale en ces matières [1].

A cette manière de présenter les choses il y a une double réponse à faire.

D'abord, en droit, elle est inexacte. Ce n'est pas de la juridiction saisie que résulte le point de savoir si la preuve testimoniale est ou n'est pas admissible ; c'est de la nature de la question posée. Il y a, devant les juges de répression, des faits qui ne peuvent pas être établis par la preuve testimoniale, quoi qu'en dise le préjugé contraire. Alors les questions de filiation soulevées au cours d'une poursuite devant une juridiction pénale n'auraient été jugées que conformément aux prescriptions du Code civil. Il aurait suffi de dire que les tribunaux criminels ne devraient admettre l'information et la poursuite que dans les termes des articles 323 ou 341.

D'autre part, l'observation faite ne rend pas compte, à vrai dire, de l'article 326. En effet, ce n'est pas dans toutes les questions de filiation que la preuve testimoniale n'est admise que moyennant un commencement de preuve par écrit; c'est seulement dans les actions en réclamation d'état (articles 323 et 341). Il en est autrement dans les actions en contestation d'état ; il en est aussi autrement quand l'identité de l'individu est seule en question ; cependant, dans tous les cas, l'article 326 est applicable.

Il faut conclure sur l'article 326 comme sur l'article 327 : il est douteux qu'ils contiennent des dispositions nécessaires, utiles et rationnelles. En tout cas, ils sont la cause de nombreuses complications.

En finissant sur cet article 326, il reste à résoudre une dernière question : l'article 326 est-il applicable à la filiation naturelle? Même question qu'à propos de l'article 327 ; mêmes raisons de douter et de décider.

641. La cinquième particularité concernant les actions relatives à la filiation ne peut être ici que signalée ; elle se réfère à un sujet complexe, qui suppose, pour être bien compris, certaines notions dont l'exposé ne viendra que plus tard.

1. Voy. à cet égard les paroles de Bigot-Préameneu, dans Fenet, X, p. 146.

Source BIU Cujas

Elle consiste en ce que l'autorité des jugements et arrêts, en matière de filiation, n'est pas, dans tous les cas au moins, soumise aux règles ordinaires.

De droit commun, les jugements et arrêts n'ont qu'un effet relatif, c'est-à-dire limité aux personnes qui ont été parties ou représentées à l'instance. Un jugement ne peut être invoqué que par celui qui l'a obtenu ; il ne peut être opposé qu'à celui contre lequel il a été rendu ; telle est la disposition de l'article 1351, qui reproduit l'adage *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest.*

Cette règle est-elle applicable aux questions d'état? On a souvent soutenu que non. D'après une ancienne théorie, l'autorité de la chose jugée serait ici soumise à des principes spéciaux ; elle serait absolue. Cette théorie reposait sur une double idée : celle de l'indivisibilité de l'état des personnes, celle d'une sorte de mandat par suite duquel le membre de la famille qui agit serait réputé agir au nom des autres. C'est la théorie dite du contradicteur légitime.

La première idée, celle de l'indivisibilité de l'état des personnes, est aujourd'hui complètement abandonnée. Sans doute l'état est indivisible, en ce sens qu'on l'a ou qu'on ne l'a pas; mais rien ne s'oppose à ce qu'on puisse s'en prévaloir contre certaines personnes sans pouvoir s'en prévaloir contre certaines autres. A ce point de vue, l'état est divisible. Cela est confirmé par le seul texte qui vise la question, l'article 100, relatif à la rectification des actes de l'état civil : « Le « jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, « être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point « requis ou qui n'y auraient pas été appelées. » Pour éviter les inconvénients pouvant résulter de cette règle, l'article 856 du Code de procédure civile permet aux juges de mettre en cause les intéressés [1].

Beaucoup plus simple est la seconde idée. Oui, les jugements en matière de questions d'état ont parfois un effet absolu, général, se produisant même à l'égard de ceux qui n'ont pas été en réalité parties ou représentés à l'instance. On considère que la loi prépose certaines personnes à l'intérêt collectif de tous ceux que l'acte intéresse et qui se trouvent ainsi légalement représentés par elles ; de telle sorte

1. *Suprà*, tome I, p. 213 à 215.

Source BIU Cujas

que le jugement obtenu par ou contre elles a un effet général.

Telle est la théorie du contradicteur légitime, qui n'est formulée nulle part, mais qui a été consacrée par le temps et par la tradition. Elle s'applique quand la loi n'accorde le droit d'agir qu'à certaines personnes nommément désignées, en excluant toutes autres.

642. Il en est ainsi dans l'action en désaveu.

Le mari, tant qu'il vit, est maître de l'action ; il l'a au nom de tous. Donc, s'il n'agit pas, nul ne peut agir ; ce qui est décidé pour ou contre lui l'est *erga omnes*. Lui d'un côté, l'enfant de l'autre sont préposés à l'intérêt de tous ; ils sont les contradicteurs légitimes de tous ; tous les intéressés ont été représentés par eux au procès. Cela n'est écrit nulle part, mais cela résulte suffisamment de la considération suivante. L'enfant ne peut pas faire juger la question avec d'autres que le mari ; donc le jugement décide définitivement la question, personne n'ayant plus le droit de la soulever ni de la débattre. Dès lors l'état est acquis, et le jugement fait loi pour toute la famille [1].

Le mari mort, ses héritiers, pris collectivement, le représentent. Alors une distinction doit être faite. Ils sont préposés, eux d'un côté, l'enfant ou ses héritiers de l'autre, à la sauvegarde de l'intérêt collectif de la famille ; donc ce qui est décidé pour eux ou contre eux tous l'est *erga omnes*, même à l'égard des parents maternels. Mais, si quelques-uns seulement sont mis en cause, il n'y a chose jugée qu'à leur égard ; pour éviter une contrariété de jugements, l'article 856 du Code de procédure civile autorise le juge à mettre les intéressés en cause.

643. Faut-il étendre ces règles aux actions en réclamation et en contestation d'état ? On l'a essayé, mais la thèse est restée sans écho. En effet, là où diverses personnes peuvent agir, celui qui agit n'agit que pour soi ; là où l'action est possible contre diverses personnes, le jugement n'est opposable qu'à celles contre qui il a été rendu. On ne pourrait soutenir le contraire qu'en admettant que l'état est indivisible ; or l'article 100 ne permet pas d'accepter cette idée.

Cependant il y a peut-être une distinction à faire suivant qu'il s'agit d'une des trois hypothèses suivantes.

1. Laurent, *Principes*, III, nos 458 et 480.

Source BIU Cujas

1° En ce qui concerne la recherche de la maternité naturelle, l'enfant seul peut agir et il ne peut agir que contre sa mère. Donc ce qui est jugé en ce qui les concerne l'est à l'égard de tous.

2° Quant à la recherche de la maternité légitime, l'enfant peut agir soit contre sa mère, soit contre le mari de celle-ci à l'effet de lui opposer ensuite la présomption de paternité de l'article 312 alinéa 1. Le jugement rendu contre l'un n'est pas opposable à l'autre ; il y a, en effet, plusieurs défendeurs possibles.

3° S'agit-il d'une action en contestation d'état, il y a plusieurs demandeurs ou défendeurs possibles. L'article 1351 reçoit donc une application complète.

644. Nous ne pouvons, sur toutes ces questions, donner ici que des indications sommaires ; c'est sous l'article 1351 que la théorie des contradicteurs légitimes trouvera son exposé complet[1].

1. Voy. dès à présent Griolet, *De la chose jugée en matière civile et criminelle*, p. 141 et suiv., — et la thèse de doctorat déjà citée de M. Raymond Bufnoir, *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes* (1893).

Source BIU Cujas

APPENDICE

DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS.

645. Nous touchons à la fin du titre *De la paternité et de la filiation*. Nous y avons trouvé tout ce qui concerne : 1° les preuves de la filiation, — 2° les particularités que présente l'exercice des actions relatives à la filiation. Nous en aurions fini s'il ne restait à intercaler ici un appendice aux deux points qui forment l'objet propre du titre. Cet appendice concerne la légitimation des enfants naturels ; elle est réglementée par les articles 331 à 333, qui forment, à notre titre, la section I du chapitre III.

Dans une bonne classification, ce n'est pas à cette place, mais au titre du mariage que devraient être ces trois articles. En effet, la légitimation est un des effets du mariage ; le mariage des père et mère légitime les enfants naturels nés et reconnus avant le mariage ; en régularisant leur propre situation, les père et mère régularisent en même temps celle de leurs enfants. Aussi nous avons noté jadis cet effet du mariage [1]. Nous retrouvons ici les règles qui s'y rapportent.

646. Même reconnu, soit volontairement, soit judiciairement, l'enfant naturel a une situation de famille incomplète et inférieure.

1° D'abord il n'y a de parenté pour lui qu'au regard de ses père et mère, non des autres membres de la famille. Pour ceux-ci, il reste un étranger ; il n'entre pas dans la famille.

2° D'autre part, il n'a, venant à la succession de ses père et mère, qu'un droit inférieur. La loi du 25 mars 1896, relative aux droits des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère, a notablement augmenté la quotité de ce droit, modifiant en ce sens les articles 756 et suivants du

1. *Suprà*, tome I, p. 425.

Source BIU Cujas

Code civil ; mais la situation faite aux enfants naturels reste encore inférieure à celle des enfants légitimes [1].

3° La même infériorité se manifeste à un autre point de vue, dont s'occupe la loi du 15 juillet 1889, sur le recrutement, dans son article 21. Le texte accorde à certains militaires le bénéfice d'être envoyés en congé dans leurs foyers après un an de présence sous les drapeaux ; il en est ainsi, par exemple, pour l'aîné d'orphelins de père et de mère, pour le fils unique ou l'aîné des fils d'une famille de sept enfants au moins, etc. Or la fin du texte est ainsi conçue : « Le pré-« sent article n'est applicable qu'aux enfants légitimes[2]... »

4° Enfin l'infériorité des enfants naturels est marquée d'une façon nette par l'article 343. Aux termes de cet article, l'adoption n'est permise qu'aux personnes n'ayant pas de descendants légitimes au moment de l'adoption ; d'où il résulte que l'existence d'enfants naturels ne met pas obstacle à l'adoption. Or quels sont les motifs qui ont fait admettre la règle de l'article 343 et établir cette différence entre les descendants légitimes et naturels ? Si l'adoption n'est pas permise aux personnes qui ont des descendants légitimes, c'est qu'elles n'ont pas besoin, ayant une famille légitime, de se créer une famille adoptive ; d'autre part, la descendance légitime a des droits auxquels il ne faut pas permettre que l'adoption puisse porter atteinte. Le législateur a pensé que cette double considération n'existe pas en ce qui concerne les enfants naturels, même reconnus. Ce n'est point avoir une famille que d'avoir des enfants naturels, et celui qui en a peut éprouver le désir de se créer une famille adoptive ;

1. Avant la loi du 25 mars 1896, le droit des enfants naturels venant à la succession de leurs père et mère n'était pas seulement inférieur quant à la quotité ; il était inférieur en outre quant au titre auquel l'enfant naturel succédait : il n'était pas héritier, mais simple successeur irrégulier. Cette infériorité a disparu depuis 1896. Voy. les articles 723 et 756 nouveaux C. civ. — Cpr. les études déjà citées (*suprà*, p. 197, note 2) de MM. Vigié et Campistron.

2. Il ne faut pas croire, d'ailleurs, que la situation des enfants naturels soit inférieure à celle des enfants légitimes au point de vue de toutes les dispenses prévues par la loi sur le recrutement. Pour s'en convaincre, il suffit de lire jusqu'au bout la fin de l'article 21 : « Le présent article n'est applicable qu'aux « enfants légitimes. Les enfants naturels reconnus par le père ou par la mère « ne pourront jouir que de la dispense organisée par l'article suivant et dans « les conditions prévues par cet article. » — L'article 21 de la loi du 15 juillet 1889 a été modifié successivement par les lois du 6 novembre 1890, du 20 juillet 1895, du 13 mars 1896. Ces trois lois ont toutes reproduit textuellement la disposition relative aux enfants naturels.

Source BIU Cujas

d'autre part, les enfants naturels ont des droits, sans doute, auxquels l'adoption va porter atteinte, mais qui ne méritent pas au même degré d'être protégés.

Si la loi fait ainsi aux enfants nés hors mariage cette condition incomplète et inférieure, ce n'est pas pour les frapper eux-mêmes ; c'est pour honorer la légitimité, qui est l'ordre ; c'est en outre et surtout dans la pensée d'atteindre en eux leurs auteurs. On a cru mettre un frein aux relations hors mariage en faisant entrevoir à ceux qui s'y laisseraient entraîner le sort des enfants auxquels ils peuvent donner le jour.

Cette conception est-elle bonne ? Est-elle surtout bien efficace ? Elle est, à tout prendre, celle du Code.

647. Or toutes ces différences entre la condition de l'enfant légitime et de l'enfant naturel s'effacent par la légitimation, qui a pour effet de faire considérer comme nés du mariage des enfants nés hors mariage : « Les enfants légitimés, « dit l'article 333, ...auront les mêmes droits que s'ils étaient « nés de ce mariage. »

Le plus souvent, la légitimation se produit au profit d'enfants actuellement vivants ; mais elle peut avoir lieu au profit d'enfants décédés, à condition qu'ils aient laissé des descendants. C'est ce que dit l'article 332,et il ajoute : « Dans « ce cas, elle profite à ces descendants. » Si l'enfant naturel, mort sans avoir été légitimé, n'a pas laissé de descendants, la légitimation ne peut avoir lieu, faute de pouvoir produire aucun effet.

648. Tout cela est simple. Reste à savoir sous quelles conditions le mariage subséquent légitime les enfants antérieurement nés. L'article 331 subordonne la légitimation à deux conditions.

649. A. **Il faut d'abord que la filiation ait été établie avant le mariage.** Pour devenir légitime, il faut au préalable qu'elle existe et soit établie, ou par une reconnaissance volontaire, ou par un jugement sur l'action en réclamation d'état.

Les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, dit l'article 331, « lorsque ceux-ci les auront reconnus avant leur mariage, « ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébra« tion. »

La condition est essentielle. Si les père et mère se ma-

Source BIU Cujas

riaient sans avoir préalablement reconnu l'enfant, non seulement le mariage n'entraînerait pas la légitimation, mais aucune légitimation ne serait ultérieurement possible. Vainement les père et mère reconnaîtraient plus tard l'enfant; vainement celui-ci ferait constater judiciairement sa filiation. On ne peut plus supposer un mariage subséquent des père et mère, et il n'y a plus aujourd'hui d'autre moyen de légitimation [1].

Peut-être cela est-il regrettable. Quelque soin qu'apportent les officiers de l'état civil, il arrive quelquefois que les parents ignorent ce qu'ils ont à faire ; il en résulte de graves déceptions. Il y était facilement remédié jadis au moyen de la légitimation par bienfait du prince, nous dirions aujourd'hui par décret ; mais ce mode n'est plus usité ; de sorte que la situation, si l'on s'y est fourvoyé, est sans remède.

C'est même là ce qui donne l'intérêt pratique le plus appréciable à la question de savoir si la possession d'état, indépendamment d'un titre, prouve légalement par elle-même la filiation naturelle. Deux personnes vivent ensemble sans être mariées ; elles ont un enfant, le gardent, l'élèvent, le traitent comme leur, puis, plus tard, se marient ; l'enfant est-il légitimé ? Oui, pour ceux qui admettent que la possession d'état est, par elle-même, une preuve de la filiation naturelle, car la prescription de l'article 331 est obéie ; non, pour ceux qui admettent l'opinion inverse, car la filiation n'a pas été régulièrement établie. Or la jurisprudence s'est rattachée jusqu'ici à ce dernier parti ; elle exige, conformément à l'article 331, que les enfants aient été légalement reconnus avant la célébration, ou qu'ils le soient, au plus tard, dans l'acte de célébration. Sans cela, la légitimation ne se produit pas ; de plus, elle est désormais impossible.

On a quelquefois essayé, en pareil cas, de procéder à un second mariage, en le faisant précéder, cette fois, d'une reconnaissance régulière ; mais le moyen n'a pas réussi. Il est vrai qu'on n'est pas bigame pour se marier deux fois avec la même personne ; on ne voit pas comment le second mariage pourrait être attaqué ; il n'y a pas là une cause de nullité. Mais la Cour de cassation décide que si le second mariage ne peut pas être attaqué, la légitimation peut l'être et

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 331, nos 8 à 12.

Source BIU Cujas

doit être annulée, car le second mariage n'est qu'une formalité sans valeur, et la légitimation ne peut résulter que du premier mariage, seul sérieux[1].

650. B. **Il faut qu'il s'agisse d'un enfant naturel simple.** L'article 331 exclut expressément du bénéfice de la légitimation les enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux : « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux « nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être « légitimés... »

Il y a là une différence notable entre la condition des enfants naturels simples et celle des enfants adultérins ou incestueux. Elle s'explique par les considérations les plus graves ; le droit romain l'avait admise et l'ancien droit également. Il est moral et exemplaire, a-t-on dit, de laisser au désordre la responsabilité de ses suites. Que la loi ménage un moyen de réhabilitation à ceux qui ont eu des relations simplement irrégulières, qu'elle les incite à rentrer dans l'ordre par le mariage en y engageant l'intérêt des enfants, sur qui pèserait toujours sans cela la marque de leur origine, rien de mieux. Mais la famille ne peut se montrer aussi accommodante avec l'adultère et l'inceste, qui la blessent si profondément. La réprobation doit rester inflexible ; elle ne peut admettre des accommodements sans s'affaiblir.

Ainsi s'explique l'article 331. Le plus souvent, il n'est qu'un corollaire des articles 335 et 342 ; ils interdisent la reconnaissance des enfants incestueux ou adultérins, ce qui rend impossible la légitimation. Si la filiation a été constatée, dans les cas où elle se trouve l'être, l'article 331 ajoute quelque chose aux articles 335 et 342 ; il déclare la légitimation impossible.

Telle est la loi, tels en sont les motifs.

651. Elle est appliquée sans restriction aux enfants adultérins. Ainsi un homme marié a un enfant d'une femme autre que son épouse ; il devient veuf et épouse la mère de cet enfant. Ou bien une femme mariée a un enfant d'un autre que son mari ; elle devient veuve et épouse le père de l'enfant. Dans les deux cas, la légitimation est impossible, même si la filiation est établie, dans les cas où elle se trouve l'être.

Aucun doute n'a jamais été élevé sur ce point. Ici reparaît

1. Cass. 20 avril 1885, D. P. 1886.I.23, Sir. 1886.I.313.

Source BIU Cujas

un des intérêts que présente une question signalée et étudiée précédemment [1], celle de savoir si l'enfant né au cours du mariage, mais conçu avant la célébration (article 314), est légitime d'origine ou seulement légitimé. Rappelons l'hypothèse. Un homme devient veuf ; il épouse deux mois plus tard une femme qui est enceinte et qui accouche un mois après le mariage. Si l'enfant, dont la femme est enceinte quand elle se marie, est regardé comme naissant légitime, il le restera même dans le cas indiqué, car l'article 314 n'autorise pas le désaveu quand le mari a eu connaissance de la grossesse lors du mariage. Si, au contraire, il est regardé comme légitimé par le mariage subséquent, il ne le sera pas dans le cas présent, car il s'agit d'un enfant adultérin, puisque son père, à l'époque de la conception, était marié avec une autre que la mère. La jurisprudence s'est précisément prononcée en ce dernier sens.

Ainsi la disposition de l'article 331 est appliquée strictement en tant qu'elle exclut la légitimation des enfants adultérins.

652. Au contraire, elle n'est pas appliquée en tant qu'elle exclut la légitimation des enfants incestueux, bien qu'elle soit aussi explicite à cet égard qu'à l'autre.

Voici l'hypothèse. Deux personnes, parentes au degré où la loi prohibe le mariage, ont un enfant ; elles obtiennent des dispenses et se marient ; l'enfant est-il légitimé ? Non, devrait-on répondre, et cela pour deux raisons. D'abord il ne peut pas être reconnu (article 335) ; or l'article 331 n'admet les enfants naturels au bénéfice de la légitimation que s'ils ont été reconnus antérieurement au mariage, ou le sont, au plus tard, dans l'acte de mariage. D'autre part, l'article 331 exclut les enfants adultérins et incestueux du bienfait de la légitimation ; la règle est formelle et applicable aux enfants incestueux comme aux enfants adultérins.

Cependant une jurisprudence aujourd'hui définitive repousse cette solution. Elle n'admet pas la légitimation des enfants adultérins, même par le mariage des auteurs devenus libres ; elle admet au contraire la légitimation des enfants incestueux par le mariage devenu possible, c'est-à-dire contracté en vertu de dispenses. Les dispenses, dit la juris-

1. *Suprà*, nos 534 et suiv.

Source BIU Cujas

prudence, lèvent l'obstacle résultant de la parenté ; l'inceste disparaît, et il en résulte : 1° que l'enfant peut être reconnu, 2° que la légitimation devient possible. La jurisprudence est fixée en ce sens depuis les trois arrêts rendus par la chambre civile de la Cour de cassation à la date du 22 janvier 1867 [1] ; mais la doctrine proteste en général.

On comprend comment la jurisprudence a été entraînée dans cette voie. Au cas de l'article 314, c'est-à-dire quand les dispenses sont obtenues et le mariage célébré au cours de la grossesse de la mère, on n'a jamais hésité à dire que l'enfant naît légitime [2]. Pourquoi, dès lors, écarter la légitimation de l'enfant qui est déjà né au moment du mariage de ses auteurs ? La légitimation peut-elle être le prix de la course et devenir impossible par cela seul que les dispenses auront été obtenues quelques jours trop tard, retard qui tient peut-être seulement à des lenteurs administratives ?

Il y a là, sans doute, une considération qui a son importance. Mais que fait-on de l'article 331 ? Il devient lettre morte. On a dit quelquefois que cet article a prévu seulement les cas où il ne peut pas être obtenu de dispenses. L'idée est inadmissible. En effet, l'article 331 n'admet la légitimation que par mariage subséquent. S'il prohibe la légitimation des enfants incestueux, cela ne saurait être qu'en prévision du cas où les parents peuvent se marier, autrement dit ont obtenu des dispenses ; il aurait été bien superflu de proscrire la légitimation là où le mariage ne peut avoir lieu. Ou l'article 331 est applicable au cas de dispenses, ou il n'a pas de sens.

Le système de la jurisprudence est donc en opposition avec l'article 331. Mais ce n'est pas son seul défaut ; il en présente un autre, au moins aussi grave, qui a été précédemment signalé [3]. Du moment que la légitimation des enfants incestueux se produit quand leurs auteurs se marient après avoir obtenu des dispenses, le chef de l'Etat, de qui dépendent les dispenses, se trouve investi du droit exorbitant de statuer sur la légitimité des personnes. Cela concorde mal avec les

1. D. P. 1867.1.1 (note de M. Ch. Beudant), Sir. 1867.1.212. — Cpr. Cass. 27 janvier 1874, D. P. 1874.1.216, Sir. 1874.1.108. — Rennes 17 juin 1879, D. P. 1880.II.5, Sir. 1880.II.43.

2. *Suprà*, n° 538.

3. *Suprà*, tome I, p. 332 et 333.

Source BIU Cujas

principes généraux de notre droit, d'après lesquels l'état des personnes ne doit dépendre que de la loi ; le système des dispenses devient inadmissible s'il conduit à de pareilles conséquences.

653. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est définitive, et il convient d'ajouter qu'un incident législatif, postérieur à 1867, lui a donné une grande force. Le 6 mai 1872, une proposition de loi, tendant à modifier les articles 331 et 335, fut déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale ; cette proposition avait pour but de mettre la loi en harmonie avec la jurisprudence de la Cour de cassation, telle qu'elle résultait des arrêts de 1867 ; elle portait que le mariage contracté en vertu de dispenses entraîne la légitimation des enfants[1]. Après diverses vicissitudes[2], la prise en considération fut repoussée par l'Assemblée ; la raison alléguée fut que la question est tranchée en ce sens par la Cour de cassation, d'où il faut conclure que les articles 331 et 335 se prêtent à cette interprétation et n'ont pas besoin d'être modifiés[3]. Raison détestable, car l'interprétation admise par la Cour de cassation se heurte aux objections les plus graves[4] et peut changer ; l'intervention du législateur pourrait seule assurer la fixité du droit sur ce point.

654. En définitive, quoique l'article 331 soit commun aux enfants adultérins et aux enfants incestueux, quant à l'impossibilité pour eux d'arriver à la légitimité, il y a, en fait, d'après la jurisprudence, une différence essentielle entre eux. Les enfants dont la conception est adultérine ne peuvent

1. Proposition Mazerat ; voy. les *Annales de l'Assemblée nationale*, avril-mai 1872, p. 228.

2. Séance du 6 juillet 1872 : dépôt par M. Beau, au nom de la douzième commission d'initiative parlementaire, du rapport sur la proposition de M. Mazerat (*Annales de l'Assemblée nationale*, mai-juillet 1872, p. 721). Le rapport de M. Beau, concluant à la prise en considération, se trouve dans les *Annales de l'Assemblée nationale*, mai-juillet 1872, annexe n° 1270, p. 151. — Séance du 30 mai 1873 : l'Assemblée nationale, sans se prononcer sur la prise en considération, renvoie la proposition au Conseil d'Etat (*Annales*, mai-juillet 1873, p. 155). — Séance du 5 novembre 1873 : communication d'une lettre du Garde des Sceaux au Président de l'Assemblée nationale, lui transmettant une ampliation de l'avis et de la proposition adoptés par le Conseil d'Etat, sur le renvoi qui lui a été fait de la proposition Mazerat (*Annales*, novembre 1873, p. 1).

3. Séance du 15 décembre 1874 : discussion sur la prise en considération de la proposition Mazerat, discours de M. Paul Jozon et rejet de la prise en considération (*Annales*, novembre 1874-janvier 1875, p. 196).

4. Voy. la note déjà citée de M. Ch. Beudant, D. P. 1867.I.1.

Source BIU Cujas

jamais devenir légitimes, ni si les père et mère devenus libres se marient pendant la grossesse, ni s'ils se marient après la naissance. Au contraire, les enfants dont la conception est incestueuse peuvent devenir légitimes. Ils le peuvent si les père et mère se marient pendant la grossesse ; cela n'a jamais été mis en doute. Ils le peuvent également si les père et mère se marient après la naissance ; c'est de jurisprudence depuis 1867.

Ces distinctions ne sont pas conformes à l'article 331, mais elles sont admises sans conteste dans la pratique ; peut-être ne sont-elles pas logiques juridiquement parlant, mais elles sont rationnelles.

655. Ainsi, d'après l'article 331, deux conditions sont requises pour la légitimation. Il faut d'abord que l'enfant ait été reconnu dans l'acte de mariage, ou au plus tard dans l'acte de célébration. Il faut en outre qu'il s'agisse d'enfants simplement naturels, ou au moins, d'après la jurisprudence, d'enfants incestueux dont les parents ont obtenu des dispenses.

Dès que ces deux conditions sont remplies, la légitimation se produit de plein droit ; elle est un effet direct du mariage. Les père et mère sont maîtres de ne pas reconnaître l'enfant ; une fois qu'ils l'ont reconnu, s'ils se marient, la légitimation s'opère *ex lege*. Il n'est pas nécessaire qu'une déclaration spéciale de légitimation soit faite dans l'acte de mariage, et une réserve contraire serait sans effet[1]. Il est vrai que l'article 331 paraît signifier le contraire : les enfants nés hors mariage, dit-il, *pourront* être légitimés ; mais l'expression est défectueuse, et tout le monde est d'accord qu'il aurait fallu dire : *seront* légitimés ; à moins que le législateur n'ait voulu par là marquer que les père et mère peuvent toujours écarter la légitimation en ne procédant pas à une reconnaissance préalable ou concomitante au mariage.

656. Les effets de la légitimation sont des plus simples. L'enfant naturel est assimilé désormais à un enfant légitime : « Les enfants légitimés par le mariage subséquent, dit l'ar- « ticle 333, auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de « ce mariage. » Règle simple, mais dont il est indispensable de bien saisir la portée.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 331, n° 27.

Source BIU Cujas

L'enfant légitimé ne l'est que par le mariage subséquent des père et mère ; dès lors, il ne l'est qu'à la date du mariage. En d'autres termes, la légitimation ne s'accomplit pas rétroactivement ; elle ne produit d'effet que pour l'avenir. Si l'enfant est assimilé à l'enfant légitime, c'est pour l'avenir, pour les droits qui s'ouvrent après la légitimation. L'article 333 le marque nettement. Il dit, en effet : l'enfant légitimé aura les mêmes droits que s'il était né du mariage. S'il était né de ce mariage, il n'aurait pas eu les droits d'un enfant légitime antérieurement au mariage. Pour toute la période antérieure, il doit donc être traité comme un enfant naturel.

De là découlent deux conséquences.

1° Jusqu'au mariage, l'enfant a été et continue d'être considéré comme étranger aux parents de ses père et mère, car la filiation naturelle ne rattache l'enfant qu'à ses père et mère, non aux parents de ceux-ci. Donc il n'a pas droit aux successions qui se seraient ouvertes avant le mariage et auxquelles il eût été appelé s'il eût été légitime, auxquelles il n'a pas été appelé à raison même de sa qualité d'enfant naturel. Voici une hypothèse, à titre d'exemple. Un homme devient veuf, ayant un enfant issu du mariage, un enfant légitime par conséquent ; il a ensuite un enfant naturel qu'il reconnaît. L'enfant légitime meurt. Le frère naturel ne vient pas à la succession, quand même plus tard il serait légitimé, car il était naturel lors de l'ouverture de cette succession ; or, si les frères naturels se succèdent entre eux, ils ne succèdent pas à leurs frères légitimes.

2° L'idée d'après laquelle la légitimation ne produit d'effet que pour l'avenir avait une grande importance dans l'ancien droit, au point de vue du droit d'aînesse et de la transmission des titres nobiliaires. Un homme a un enfant naturel et le reconnaît ; puis il épouse une femme autre que la mère et a d'elle un enfant ; enfin il devient veuf et épouse la mère de l'enfant naturel, qui est ainsi légitimé. Lequel des deux enfants est l'aîné ? En fait, c'est l'enfant légitimé ; en droit, c'est l'autre, car la légitimation n'opère pas rétroactivement. Ce corollaire du principe posé par l'article 333 avait surtout de l'intérêt dans l'ancienne France ; mais l'intérêt n'a pas disparu tout entier. En effet, certains majorats subsistent encore, qui se transmettent à l'aîné des enfants mâles du titu-

Source BIU Cujas

laire décédé ; c'est bien encore un privilège d'aînesse, dont la dévolution, dans l'hypothèse signalée, doit être réglée comme il vient d'être dit [1].

657. Tel est le système du droit moderne sur la légitimation des enfants naturels par le mariage subséquent de leurs père et mère. Nous avons dit déjà que c'est le seul mode de légitimation reconnu de nos jours. Ce système législatif a peut-être quelque chose d'un peu étroit ; nous verrons bientôt que la jurisprudence a pallié cet inconvénient en déclarant légale l'adoption des enfants naturels [2].

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 421.
2. *Infrà*, p. 298 et suiv.

Source BIU Cujas

TITRE VIII

DE L'ADOPTION
ET
DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

658. A la suite du titre *De la paternité et de la filiation*, il n'y a plus, dans le livre I du Code civil, que des titres d'importance infiniment moindre. Non pas qu'ils manquent d'importance au point de vue pratique ; car, si le titre *De l'adoption* n'en a guère, ceux *De la puissance paternelle*, *De la tutelle* et *De l'interdiction* sont d'application quotidienne. Mais ils n'ont qu'une faible importance au point de vue doctrinal; on n'y rencontre plus de systèmes compliqués, plus de théories ou constructions juridiques, rien que des règles pratiques, des dispositions réglementaires. Aussi convient-il de passer rapidement sur ces titres, en s'attachant d'une manière exclusive aux idées les plus générales, sans s'attarder aux détails.

Le titre VIII, qui traite *De l'adoption et de la tutelle officieuse*, ne nous retiendra qu'un instant. Il complète, s'ajoutant aux trois qui précèdent, la série des titres relatifs à la formation des rapports de famille, à la constitution de la famille. La parenté en est le fondement. Elle peut être légitime; de là le titre *Du mariage* (titre V), avec celui *Du divorce* (titre VI), qui en est l'annexe. Elle peut être naturelle ; de là les distinctions rencontrées au titre *De la paternité et de la filiation* (titre VII). Dans les deux cas elle résulte des liens du sang ; c'est la parenté proprement dite. Enfin elle peut être fictive, artificielle, et résulter de l'adop-

Source BIU Cujas

tion ; de là le titre VIII. La suite et l'enchaînement des idées sont très apparents.

659. L'adoption, envisagée comme servant de base à des relations de quasi-parenté, est de date récente dans la pratique française. L'ancien droit ne l'a pour ainsi dire pas connue[1] ; c'est seulement en 1792 qu'elle a été introduite. La loi du 18 janvier 1792 porte : « L'Assemblée nationale décrète que son comité de législation comprendra dans son « plan général des lois civiles celles relatives à l'adoption. »

A quelle pensée cette innovation répondait-elle ?

660. Elle fut d'abord, à n'en pas douter, une manifestation d'ordre politique. L'adoption fut envisagée comme appelée à être une forme de récompense patriotique et nationale. De là l'adoption qu'on a parfois nommée depuis lors adoption publique, c'est-à-dire faite par l'Etat.

L'adoption publique fut pratiquée pendant la période révolutionnaire ; la nation adopta la fille du représentant du peuple Lepelletier (décret des 25-27 janvier 1793), le jeune Latour (décret du 15 vendémiaire an II, 6 octobre 1794), le citoyen Jouy (décret du 16 vendémiaire an II), les six enfants de Richer (décret du 23 nivôse an II, 12 janvier 1794). Sous l'Empire, par décret du 7 décembre 1805, Napoléon adopta les enfants des militaires français morts à Austerlitz.

Plus tard, une loi du 13 décembre 1830 décida que la France adoptait les orphelins dont le père ou la mère avait péri dans les journées de juillet 1830, ou par suite de ces journées.

Plus tard encore, un décret du 26 février 1848 déclare que « les enfants des citoyens morts en combattant sont « adoptés par la patrie ». La loi du 13 juin 1850 intervient à son tour et dit : « La France adopte les orphelins dont le père « a péri dans les journées ou par suite des journées du 15 mai « et des 23, 24, 25 et 26 juin 1848[2]. »

Il faut signaler enfin le décret du 30 octobre 1870 et la loi du 26 mars 1871. Le décret est ainsi conçu : « La France « adopte les enfants des citoyens morts pour sa défense ; elle « pourvoira aux besoins de leurs veuves et de leurs familles

1. Voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 486 et suiv.

2. La loi de 1850 a été complétée par un décret du 26 novembre 1851, relatif aux commissions municipales chargées de gérer les intérêts et de diriger l'éducation des orphelins de mai et juin 1848.

Source BIU Cujas

« qui réclameront les secours de l'Etat. » Quant à la loi de 1871, qui est le dernier acte de ce genre, elle statue en ces termes : « La famille du général Lecomte, assassiné à Paris, « est adoptée par la nation. »

L'adoption dont il est question dans ces divers actes est l'adoption publique ; le mot est détourné de son sens historique et même grammatical. Les effets de cette adoption publique sont peu précis ; ils se réduisent en définitive à des pensions ou secours pécuniaires [1].

661. A côté de cette adoption publique se place l'adoption privée, faite par les particuliers, celle que le Code civil, en exécution de la loi précitée de 1792, a réglementée. L'adoption privée, en 1792, fut une réminiscence de Rome, à une époque où ces réminiscences étaient de mode. Elle fut, en outre, un rêve philanthropique ; on comptait qu'elle servirait à étendre la tutelle des personnes riches sur les orphelins pauvres.

L'adoption ainsi comprise, si elle a pris place dans la loi, n'a pas pris une grande place dans les mœurs ; elle n'a, dans la pratique, qu'une importance très restreinte.

Dans les sociétés anciennes, au contraire, notamment à Rome, elle a eu une importance considérable ; elle paraît avoir été usuelle et de pratique habituellement répandue. Cela tenait à ce que la famille était constituée civilement ; le lien civil y comptait plus que le lien du sang. Elle s'absorbait dans son chef, le *paterfamilias* ; c'est à lui qu'il appartenait, en quelque sorte, d'en régler la composition. De là deux conséquences. D'une part, le descendant émancipé sortait de la famille et perdait tous les droits qu'il y avait ; de l'émancipation résultait une *capitis deminutio minima*, entraînant perte des droits dans la famille naturelle. D'autre part, l'enfant adoptif entrait dans la famille et y prenait,

1. Voy. cependant l'article 3 du décret du 7 décembre 1807, relatif à l'adoption des enfants de soldats morts à Austerlitz : « Indépendamment de leurs « noms de baptême et de famille, ils auront le droit d'y joindre celui de Na- « poléon. Notre grand juge, ministre de la justice, fera remplir toutes les for- « malités voulues à cet égard par le Code civil. » En réalité, l'adoption prononcée par le décret de 1807 est moins une adoption par l'Etat qu'une adoption personnelle faite par Napoléon en dehors des formes et des conditions prévues par le Code civil. Du reste, le décret ne dit pas que les enfants dont il s'agit sont adoptés par la nation, par l'Etat ; il dit : « Nous adoptons. » Voy. le texte dans Dalloz, *Répertoire*, V° *Adoption*, n° 22, en note.

Source BIU Cujas

à tous égards, la place et les droits d'un enfant véritable ; l'adoption était l'imitation parfaite de la nature. Dans un état social ainsi constitué, on comprend l'importance de l'adoption ; elle était un mode normal de recrutement de la famille, par suite un des principaux ressorts de ce puissant mécanisme qu'on appelait la famille romaine[1].

De nos jours, des idées différentes ont prévalu. Les liens du sang forment la famille. On n'admet pas qu'ils puissent être brisés ; l'émancipation n'a plus ses effets d'autrefois ; elle ne fait plus perdre aucun droit et modifie seulement l'autorité des père et mère ou du tuteur sur l'émancipé. On n'admet pas davantage qu'ils puissent être imités artificiellement ; l'adoption, elle aussi, n'a plus ses effets d'autrefois. Quoique rétablie sous son ancien nom, elle reçoit un caractère tout autre que celui qu'elle avait jadis. D'une part, l'adopté ne sort pas de sa famille naturelle (article 348) ; il y garde ses droits, il y conserve ses devoirs ; rien n'y est changé pour lui. D'autre part, il n'entre pas dans la famille de l'adoptant, en ce sens au moins qu'il reste un étranger pour les parents de l'adoptant (article 350). La parenté adoptive, si tant est qu'il faille lui donner ce nom, n'existe que dans les rapports de l'adoptant et de l'adopté ; encore ce rapport limité diffère-t-il notablement de celui qui provient de la parenté naturelle, notamment en ce que les droits qui en résultent ne sont pas réciproques : l'adopté est bien appelé à succéder à l'adoptant (article 350), mais l'adoptant n'est pas appelé à succéder à l'adopté (article 351).

Dès lors, l'adoption moderne n'a plus rien de l'ancienne, si ce n'est le nom. Elle n'est plus que la forme d'un bienfait, un lien qui unit le bienfaiteur à l'obligé. On peut la définir ainsi : un moyen de s'attacher par un lien légal une personne plus jeune, à laquelle on veut donner son nom et laisser sa fortune. C'est à cela, en effet, qu'elle se borne aujourd'hui. Elle laisse l'adopté dans sa famille naturelle ; elle crée entre lui et l'adoptant un rapport analogue à celui qui résulte de la filiation en ce qui concerne la transmission du nom (article 347) et de la fortune (article 359).

662. Même ainsi transformée dans son caractère et notable-

1. Voy. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 162 et suiv., — Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, V° *Adoptio*.

Source BIU Cujas

ment limitée dans ses effets, elle n'a pas été admise sans résistance lors de la rédaction du Code civil. On craignait qu'elle ne portât atteinte au mariage et n'encourageât au célibat, puisqu'elle va donner, fut-il dit, les joies et les avantages de la paternité sans les risques et les charges du mariage [1]. Crainte bien chimérique ! C'est singulièrement méconnaître le cœur humain que de croire que ce semblant de paternité, capable de consoler ceux qui n'ont pas la véritable, puisse détourner de la paternité véritable.

D'autre part, ajoutait-on, n'y a-t-il pas d'autres moyens de faire passer ses biens à une personne, d'exercer à son profit la bienfaisance ? N'y a-t-il pas la donation, le legs ? A cela rien à répondre, si ce n'est que l'adoption produit des effets plus étendus, puisque, avec l'espoir de la succession, elle donne à l'adopté le nom de l'adoptant (article 347).

Ces craintes, qui n'emportèrent pas le projet, expliquent les précautions nombreuses et méticuleuses dont le Code civil a entouré l'adoption.

663. Toujours est-il que l'institution rétablie n'a pas pénétré dans les mœurs, où dominent avec puissance l'esprit et les intérêts de la famille naturelle [2]. Les adoptions sont peu fréquentes dans la pratique. Quelques-unes se produisent dans les familles qui possèdent un titre nobiliaire transmissible, quand l'absence de descendants mâles expose le nom à disparaître [3]. Quelques-unes aussi se produisent comme un moyen de s'attacher par un lien durable un enfant qu'on a recueilli et élevé. Le plus grand nombre se produisent au profit des enfants naturels ; l'adoptant adopte ses propres enfants naturels. C'est un moyen de les soustraire à la condition que la loi fait aux enfants naturels, quand on ne peut ou ne veut les y soustraire par la légitimation.

664. La légalité de l'adoption, dans ce dernier cas, a été vivement controversée. La question, toutefois, ne se discute plus aujourd'hui, si ce n'est encore un peu en doctrine ; la pratique est fixée depuis longtemps : elle admet la validité de cette adoption [4].

1. Locré, VI, p. 416.
2. Valette, *Explication sommaire*, p. 188.
3. Prévoyant cette hypothèse, le décret du 1er mars 1808, relatif aux majorats, subordonnait à certaines conditions la transmission du titre nobiliaire aux enfants adoptifs (article 35).
4. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 343, n° 7.

Source BIU Cujas

En se rangeant à cette solution, la jurisprudence a remédié à ce qu'il y a d'un peu étroit dans le système de la légitimation. Le seul mode de légitimation qui soit admis consiste dans le mariage des père et mère, précédé de la reconnaissance de l'enfant. Qu'adviendra-t-il donc si les père et mère se sont mariés sans avoir préalablement reconnu l'enfant, ignorant peut-être qu'il fût indispensable de le faire ? Qu'adviendra-t-il si le mariage est impossible ? Par exemple, l'un des auteurs vient à mourir avant le mariage projeté, ou bien l'un des auteurs est d'une condition telle que le mariage subséquent, sans être matériellement impossible, n'est pas moralement possible. Cela peut arriver ; tel alors qui a eu son heure d'égarement ne pourra donner à son enfant une situation régulière qu'en introduisant dans la famille légitime une femme qui n'y doit pas trouver place. En droit romain, la légitimation par faveur du prince était un remède à de pareilles situations ; mais elle n'est plus admise de nos jours et il n'existe, dès lors, aucun moyen de légitimer l'enfant. Aussi la pratique, toujours ingénieuse, s'est efforcée de découvrir un palliatif à l'insuffisance du système ; ce palliatif est l'adoption. Les père et mère qui se sont mariés sans avoir au préalable reconnu leur enfant l'adopteront conjointement ; si le mariage n'est pas ou n'est plus possible, l'auteur qui a reconnu l'enfant l'adoptera.

Non pas que l'adoption produise absolument tous les effets d'une légitimation. Notamment, aux termes de l'article 350, l'adoption, à l'instar de la parenté naturelle, n'établit de rapports qu'entre l'adopté et l'adoptant, non au regard des parents de celui-ci, de sorte que les effets en sont moins complets, moins étendus que ceux de la légitimation ; elle ne constitue qu'un remède partiel aux situations indiquées.

Longtemps mise en doute, la régularité d'une pareille adoption est consacrée par une jurisprudence qui paraît définitive et n'a pas varié depuis 1846 [1]. Si l'enfant naturel n'a pas été reconnu, il est clair que l'adoption est possible ; s'il l'a été, on ne voit pas pour quelle raison elle deviendrait impossible.

Assurément, l'adoption n'a pas été imaginée pour aller ainsi sur les brisées de la légitimation. Tous les articles du

1. Fuzier-Herman, *loc. cit.*

Source BIU Cujas

titre VIII supposent que l'adopté est étranger à l'adoptant par les liens du sang. Mais nulle part il n'est dit que cette condition soit essentielle.

A vrai dire, il n'y a contre la validité de l'adoption des enfants naturels qu'une seule objection sérieuse ; elle résulte de l'ancien article 908, tel qu'il a été rédigé par le législateur de 1804[1]. Aux termes de cet article, l'enfant naturel ne doit pas recevoir, dans la succession de ses père et mère, une quotité supérieure à celle que la loi détermine ; or, par l'adoption, on lui assure la part d'un enfant légitime (article 350) ; donc, peut-on dire, cette adoption n'est pas permise, car elle tourne l'article 908 ; ce serait une légitimation en dehors des conditions de l'article 331.

Cette objection, qui est forte, n'a pas arrêté la jurisprudence. Voici comment elle y a échappé. Non, a-t-elle répondu, l'adoption n'équivaut pas à la légitimation ; elle en diffère principalement sous un rapport : la légitimation donne à l'enfant sa place complète dans la famille, tandis que l'adoption ne le rattache qu'à l'adoptant. Quant à l'article 908, il n'en faut pas dénaturer la portée. C'est en sa qualité que l'enfant naturel ne peut pas recevoir plus que la loi ne lui donne à titre de succession ; la loi ne veut pas que des enfants venant à des titres divers aient les mêmes droits, que les deux titres soient assimilés. Or, quand il y a adoption, ce n'est plus comme enfant naturel que l'enfant vient, mais comme enfant adoptif, ce qui fait que l'article 908 n'est plus applicable.

La distinction est bien quelque peu subtile. Ce qui a déterminé la jurisprudence, c'est le silence des textes. Rien ne s'oppose rationnellement à ce que l'enfant naturel bénéficie d'une adoption, surtout quand il ne peut pas être légitimé ; l'adoption est même alors très désirable. Pour que ce soit défendu, il faudrait que la loi l'eût prohibé ; or elle ne le prohibe nulle part.

665. Faut-il décider de même des enfants adultérins et incestueux ? Si la filiation n'est pas établie, la preuve n'étant

1. L'article 908 a été remanié en 1896 (*suprà*, p. 208), mais il n'importe au point de vue qui nous occupe. Il s'agit, en effet, de savoir si le législateur de 1804 a entendu proscrire l'adoption des enfants naturels ; or c'est dans les textes primitifs de 1804 que les intentions de ce législateur doivent être cherchées.

Source BIU Cujas

point admise, l'adoption est certainement licite et possible [1]. Mais en est-il de même dans les cas où la filiation est établie, comme cela peut résulter de certaines décisions judiciaires? On ne voit pas pourquoi l'adoption ne serait pas admise, car la question est absolument la même que pour les enfants simplement naturels. La jurisprudence est cependant moins fixée que sur la question précédente ; quelques arrêts se sont prononcés pour l'impossibilité de l'adoption et pour la nullité de l'adoption intervenue [2]. Mais c'est une inconséquence, et il est probable qu'on finira par assimiler les deux cas. Les arrêts qui se sont prononcés contre la validité d'une pareille adoption sont antérieurs à ceux qui ont définitivement consacré la validité de l'adoption des enfants naturels simples ; on ne peut pas voir en eux une jurisprudence formelle.

666. Cela dit sur les origines et la pratique actuelle de l'adoption, parcourons rapidement les trois questions suivantes.

1° Quelles conditions sont exigées pour l'adoption? Il faut distinguer à ce propos l'adoption ordinaire (articles 343 et suiv.), l'adoption rémunératoire (article 345) et l'adoption testamentaire (article 366).

2° Dans quelles formes l'adoption se fait-elle ? A ce propos, il faut distinguer deux cas : le cas de l'adoption ordinaire et de l'adoption rémunératoire, qui se font dans la même forme (articles 353 et suiv.), puis le cas de l'adoption testamentaire (article 366).

3° Quels sont les effets que produit l'adoption ? Ici, les trois espèces d'adoptions sont sur la même ligne (articles 348 et suiv.).

1. Grenoble 7 mars 1849, D. P. 1851.II.240, Sir. 1850.II.210.
2. Cass. 13 juillet 1826 et 26 juin 1832, dans Dalloz, *Répertoire*, V° *Adoption*, n°s 59 et 60, notes 1 et 2.

Source BIU Cujas

CHAPITRE I

CONDITIONS EXIGÉES POUR L'ADOPTION.

667. Elles s'expliquent toutes comme étant des moyens d'assurer le respect des intérêts de la famille naturelle, d'éviter que cette sorte de parenté fictive ne préjudicie au mariage, lequel doit rester le fondement, au moins habituel,de la parenté légitime. Elles varient selon les cas. A cet égard, il faut distinguer : l'adoption ordinaire ou de droit commun, l'adoption rémunératoire, dite quelquefois privilégiée, et l'adoption testamentaire.

SECTION I. — Conditions exigées pour l'adoption ordinaire ou de droit commun.

668. Elles sont au nombre de neuf. Six sont requises de la part de l'adoptant, trois de la part de l'adopté.

I. *Conditions requises de la part de l'adoptant.*

1° Il faut qu'il n'ait pas de descendants légitimes au moment de l'adoption (article 343). La famille adoptive ne doit pas porter atteinte aux droits de la famille légitime ; quand celle-ci existe, il est inutile de créer l'autre. Mais l'existence d'enfants naturels ou adoptifs ne met pas obstacle à l'adoption ; leurs droits n'ont pas paru mériter d'être protégés au même degré [1]. Enfin, si l'existence d'enfants légitimes au moment de l'adoption rend celle-ci impossible, la survenance d'un enfant légitime après l'adoption consommée n'empêche pas l'adoption de rester valable.

2° Il faut que l'adoptant soit âgé de plus de cinquante ans

1. *Suprà*, p. 284.

Source BIU Cujas

accomplis (article 343). Cette règle se justifie par les mêmes raisons que la précédente. L'adoptant doit n'avoir pas d'enfants légitimes, et avoir passé l'âge où l'on peut d'ordinaire en avoir quand on n'en a pas eu jusque-là.

3° Il faut que l'adoptant ait au moins quinze ans de plus que celui qu'il se propose d'adopter (article 343). C'est un vestige de l'idée ancienne que l'adoption imite la nature. Il doit y avoir, entre l'adoptant et l'adopté, une différence d'âge concordant avec les sentiments qui doivent exister entre eux.

4° Il faut que l'adoptant ait, s'il est marié, le consentement de son conjoint (article 344 alinéa 2). L'adoption ne produit d'effet qu'au regard de l'adoptant ; mais le législateur a pensé qu'il y aurait inconvénient à ce qu'une personne mariée pût adopter contre le gré de son conjoint. Le consentement du conjoint n'a pas besoin, d'ailleurs, d'être constaté dans la forme authentique ; la loi se contente d'une constatation dans une forme quelconque [1].

5° Il faut que l'adoptant ait donné à la personne qu'il se propose d'adopter, pendant qu'elle était mineure, des soins non interrompus pendant six ans au moins (article 345). C'est un moyen de mettre hors de doute l'intérêt qui motive l'adoption, d'éviter les surprises. La loi ne précise d'ailleurs ni la nature des soins qui doivent avoir été donnés, ni le titre auquel ils ont dû l'être. Ce peuvent être des soins pécuniaires, consistant dans le fait d'avoir fourni les sommes nécessaires à l'entretien, à l'éducation ; ce peuvent être des soins moraux, consistant dans le fait d'avoir assisté l'enfant, de l'avoir aidé de quelque manière que ce soit. La loi veut seulement que l'adoption ait été précédée de faits qui l'aient préparée et amenée : six ans de soins en minorité. Au juge d'apprécier s'ils ont été suffisants, car nous verrons que son intervention est nécessaire pour l'adoption contractuelle.

Ces soins peuvent d'ailleurs être donnés à un titre légal, à titre de tutelle officieuse. La tutelle officieuse a été imaginée en vue de l'accomplissement de la condition qui nous occupe. Cette tutelle est ainsi nommée parce qu'on s'en charge volontairement, à la différence de la tutelle ordinaire, qui est une charge publique et quelquefois obligatoire. Elle en diffère,

1. Cass. 1er mai 1861, D. P. 1861.I.213, Sir. 1861.I.513.

Source BIU Cujas

d'autre part, en ce qu'elle est possible alors que les père et mère du pupille vivent encore. Enfin elle n'a pas le même but et ne confère pas au tuteur les mêmes attributions. Elle est un moyen de préparer les voies à l'adoption ; aussi, pour devenir tuteur officieux, il faut réunir les conditions nécessaires à l'adoption (articles 361 et 362), sans quoi la tutelle officieuse serait dépourvue d'utilité.

Le tuteur officieux se soumet aux obligations ordinaires de la tutelle, notamment à l'obligation de rendre compte de l'administration des biens du pupille (article 370) ; d'où l'on conclut qu'il y a lieu de le soumettre aux garanties ordinaires : hypothèque légale, nomination d'un subrogé tuteur, réunion d'un conseil de famille [1]. De plus, il prend envers le pupille l'obligation de le nourrir à ses frais et de le mettre en état de gagner sa vie (articles 364 alinéa 2 et 369).

Signalons enfin que la tutelle officieuse se forme par un contrat passé devant le juge de paix du domicile de l'enfant (article 363).

6° Il faut que l'adoptant jouisse d'une bonne réputation et que l'adoption soit honnête dans les mobiles qui l'expliquent (article 355).

II. *Conditions requises de la part de l'adopté.*

1° Il faut qu'il soit majeur (article 346). L'adoption n'enlève à l'adopté aucun droit (article 348) et lui en confère de nouveaux ; il semble donc qu'elle ne puisse que lui être avantageuse. Cependant elle est un acte grave. L'adopté contracte des engagements ; il modifie son nom (article 347). Il est rationnel d'exiger de lui un plein discernement, qu'il a seulement quand il est majeur.

2° Il faut que l'adopté n'ait pas été déjà adopté par un autre, à moins que ce ne soit par le conjoint de celui qui se propose de l'adopter (article 344 alinéa 1). C'est une application de l'idée que l'adoption imite la nature ; on n'a pas deux pères ou deux mères. Si on applique cette règle à l'adoption des enfants naturels, il en résulte une restriction importante, savoir que l'enfant naturel ne peut pas être adopté par ses deux auteurs, à moins qu'ils ne soient mariés.

1. Aubry et Rau, VI, p. 147, texte et note 3.

Source BIU Cujas

D'autre part, s'ils se marient, l'adoption n'a plus de raison d'être, puisque le mariage, survenant après la reconnaissance, entraîne légitimation ; elle n'a de raison d'être que si les auteurs ont omis de reconnaître l'enfant avant le mariage, auquel cas l'adoption remplace la légitimation non opérée et qui n'est plus possible.

3° Il faut que l'adopté soit autorisé par ses père et mère s'il en a. Quoiqu'il reste dans sa famille, il est clair que sa situation y est modifiée ; il est donc tout simple que l'autorisation de la famille soit nécessaire. De là l'article 346 : « ..... Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des « deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera « tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par « ses père et mère, ou par le survivant, et, s'il est majeur de « vingt-cinq ans, de requérir leur conseil. »

Les règles ici ne sont pas absolument les mêmes qu'en matière de mariage. D'abord les père et mère seuls ont à intervenir ; à leur défaut, l'adopté n'a pas besoin du consentement des autres ascendants (cpr. l'article 150). D'autre part, la nécessité du consentement existe pour la femme comme pour l'homme jusqu'à vingt-cinq ans, au lieu qu'elle n'existe pour la femme, en matière de mariage, que jusqu'à vingt-un ans (article 148). Enfin, nulle part il n'est dit que le consentement du père suffise en cas de dissentiment, comme cela résulte de l'article 148 en matière de mariage ; donc le refus de la mère met obstacle à l'adoption [1].

SECTION II. — Conditions exigées pour l'adoption rémunératoire ou privilégiée.

669. Cette adoption est prévue, quoique non désignée sous le nom que lui donne l'usage, par la fin du premier alinéa de

1. De 1804 à 1896, il y avait une autre différence à signaler, relativement au *conseil* des père et mère, entre les règles du mariage et celles de l'adoption. Aux termes des articles 151 à 155, le mariage, en cas de conseil contraire donné par les parents, ne devenait possible qu'après trois actes respectueux ; au contraire un seul acte est regardé comme suffisant, en matière d'adoption, pour passer outre au conseil défavorable des père et mère (Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 346, n° 6). Cette différence a cessé d'exister depuis que la loi du 20 juin 1896 a réduit de trois à un le nombre des actes respectueux exigés en matière de mariage (*suprà*, tome I, p. 313 et 516).

Source BIU Cujas

l'article 345 ; la faculté d'adopter peut être exercée, dit le texte, « envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit « dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des « flots ». L'adoption est alors un moyen pour l'adoptant de récompenser le dévouement de la personne qui lui a sauvé la vie au péril de la sienne[1]. Elle n'a pas sa source dans une simple pensée de bienfaisance, comme l'adoption ordinaire, mais dans un sentiment de reconnaissance ; c'est à cause de cela qu'elle est dite rémunératoire.

On l'appelle aussi privilégiée, en ce sens que, vu les circonstances qui l'expliquent, la loi se montre moins exigeante. Rien n'est changé quant aux conditions requises de la part de l'adopté ; il faut toujours qu'il soit majeur (article 346), qu'il n'ait pas été déjà adopté par un autre, si ce n'est par le conjoint de l'adoptant (article 344), qu'il soit autorisé par ses père et mère s'il les a (article 346). Mais trois des conditions requises dans la personne de l'adoptant sont modifiées. D'abord, il n'est plus nécessaire que l'adoptant ait cinquante ans ; il suffit qu'il soit majeur (article 345 alinéa 2). En second lieu, il n'est plus nécessaire que l'adoptant ait quinze ans de plus que l'adopté ; il suffit qu'il soit plus âgé (article 345 alinéa 2). Enfin il n'est plus nécessaire que l'adopté ait reçu des soins de l'adoptant pendant six ans ; le service rendu suffit à mettre hors de doute l'intérêt qui motive l'adoption (article 345 alinéa 1).

Ces différences sont de droit purement arbitraire ; il ne vaut pas la peine d'y insister davantage.

1. Les faits indiqués par l'article 345 comme pouvant motiver l'adoption rémunératoire ne le sont qu'à titre d'exemples. Il en serait de même dans tous les cas où une personne aurait sauvé la vie d'une autre au péril de la sienne, à condition, bien entendu, que le danger soit réel et non simulé (Cass. 14 juin 1869, D. P. 1873.1.158, Sir. 1869.1 371). Ainsi l'écroulement d'un bâtiment, l'éboulement d'une mine doivent être assimilés au combat, à l'incendie et au naufrage, seuls visés par le texte. Ainsi encore l'adoption rémunératoire doit être admise au profit du médecin qui aurait sauvé une personne d'une maladie contagieuse et grave. Il faut en dire autant de l'avocat qui aurait sauvé son client d'une accusation capitale, dans des conditions qui mettraient en péril la vie du défenseur ; ce sont des actes de courage dont on a vu des exemples pendant la Commune de Paris. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, sous l'article 345.

Source BIU Cujas

SECTION III. — Conditions exigées pour l'adoption testamentaire.

670. Son nom lui vient de ce qu'elle est faite par testament (article 366). Ce qui constitue son utilité propre, c'est qu'elle est possible au profit d'un mineur, contrairement aux deux autres. Elle n'est même possible que si l'adopté est mineur. On peut y recourir quand celui qui se propose d'adopter craint que la mort ne l'atteigne avant que l'enfant qu'il veut adopter n'arrive à sa majorité. Dès que la majorité est atteinte, on rentre dans le droit commun ; l'adoption ordinaire devient seule possible (article 368).

Au point de vue des conditions exigées, l'adoption testamentaire se distingue des deux autres sous trois rapports.

1° Il n'est pas nécessaire que l'adopté soit majeur ; au contraire, elle n'est possible qu'au profit d'un mineur (article 366). La différence est essentielle et caractéristique.

2° La loi n'exige plus que cinq ans de soins au lieu de six ; seulement ils doivent, cela est indispensable, avoir été donnés à titre de tutelle officieuse (article 366). La raison en est simple. Dans l'adoption ordinaire, il suffit de soins donnés à un titre quelconque parce que l'autorité judiciaire intervient ; elle peut apprécier, elle a mission d'apprécier si ces soins ont une réalité suffisante. Dans l'adoption testamentaire, l'autorité judiciaire n'intervient pas ; alors la loi veut que les soins aient été donnés à un titre légal, qui en atteste par lui-même la réalité, indépendamment de toute appréciation[1].

3° L'adoption testamentaire n'exige pas le consentement du conjoint de l'adoptant (article 344 alinéa 2), l'adoption ne devant avoir d'effet qu'après la dissolution du mariage.

1. Du moment que les soins, donnés à titre de tutelle officieuse, doivent avoir duré cinq ans, et du moment que l'adoption testamentaire ne peut avoir lieu qu'au profit d'un mineur, il est évident que la tutelle officieuse ne peut pas commencer après la quinzième année révolue (article 364) ; sans quoi elle ne pourrait pas durer le temps voulu pour être utile. D'autre part, puisque nul ne peut devenir tuteur officieux s'il n'est majeur de cinquante ans (article 361), et puisque les cinq années de tutelle doivent être révolues au moment de la confection du testament (Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 366, n° 3), l'adoption testamentaire suppose toujours que l'adoptant a cinquante-cinq ans au moins.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II

FORMES DE L'ADOPTION.

671. A ce propos apparaît encore l'utilité de la distinction déjà faite entre les trois adoptions : l'adoption ordinaire, l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire. Les deux premières sont assimilées quant aux formes ; la troisième est à part.

SECTION I. — Formes de l'adoption ordinaire et de l'adoption rémunératoire.

672. Ces deux adoptions résultent d'un contrat ; aussi les nomme-t-on quelquefois conventionnelles ou contractuelles. Les formes en sont réglées afin de maintenir dans l'adoption le bon ordre, la moralité, le respect des droits de la famille. Ces formes sont au nombre de trois.

I. **Le contrat d'adoption doit être reçu par le juge de paix du domicile de l'adoptant** (article 353). Dès ce moment, le contrat d'adoption est formé ; l'un des deux contractants ne peut plus se dégager sans le consentement de l'autre. Il reste, sans doute, diverses formalités à remplir ultérieurement ; mais elles peuvent l'être à la requête soit de l'une, soit de l'autre des parties, sans qu'il soit besoin du concours de l'autre, de telle sorte qu'il faut que les parties le veuillent toutes deux pour que le projet ne s'accomplisse pas définitivement.

Le contrat d'adoption étant formé dès le moment où il a été reçu par le juge de paix, la mort de l'adoptant, survenant ensuite, n'arrêterait pas l'adoption. C'est ce que dit l'alinéa 1 de l'article 360, dont le texte, mal rédigé, pourrait faire naître une méprise : « Si l'adoptant venait à mourir après que « l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption « a été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux,

Source BIU Cujas

« et avant que ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'ins-
« truction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu. »
Le texte signifie-t-il que le contrat d'adoption, pour avoir une existence définitive, doit avoir été non seulement reçu par le juge de paix, mais porté devant les tribunaux, de sorte que la mort de l'adoptant mettrait obstacle à l'adoption si elle survenait entre la réception du contrat par le juge de paix et la présentation de ce contrat aux tribunaux? L'article 360 semble imposer cette solution ; mais il ne doit pas être pris à la lettre. Si l'article 360 a été rédigé de la sorte, c'est que les rédacteurs n'ont pas envisagé avec assez de précision les hypothèses qui peuvent se présenter. Ils ont prévu seulement le cas où l'adoptant vient à mourir après la réception du contrat par le juge de paix et la remise d'une expédition de ce contrat au procureur de la République, remise qui doit être faite dans les dix jours de la réception du contrat par le juge de paix (article 354). Ils n'ont pas pris garde que la mort de l'adoptant peut se produire entre la réception du contrat par le juge de paix et la remise de l'expédition au procureur de la République. Pourquoi la solution ne serait-elle pas la même dans cette hypothèse que dans la précédente? On ne comprendrait pas comment le fait d'avoir accompli une formalité de procédure ajouterait à la force propre de la convention ; celle-ci reste acquise malgré la mort de l'adoptant, sans distinguer suivant que cette mort survient avant ou après la remise de l'expédition au procureur de la République [1].

II. **Le contrat d'adoption doit ensuite être homologué par justice. Il faut le concours successif du tribunal de première instance et de la Cour d'appel (articles 354 à 358).** Le tribunal et la Cour d'appel sont chargés de vérifier si les conditions légales sont réunies [2]. Ils doivent notamment examiner si

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 481.

2. L'autorité judiciaire ne doit pas seulement vérifier si les conditions légales sont réunies, mais encore si elles ont été remplies à l'époque voulue. A ce point de vue, les conditions requises pour l'adoption doivent être rangées en deux catégories. Les unes sont constitutives de la capacité des parties et doivent par conséquent être remplies au moment où le contrat d'adoption est reçu par le juge de paix ; le contrat est formé dès ce moment et c'est alors que la capacité des contractants doit être entière. Les autres sont, en quelque sorte, des conditions extrinsèques de validité, comme par exemple le consentement du conjoint de l'adoptant. Ce consentement peut intervenir après la réception de l'acte par le juge de paix, pourvu que ce soit avant l'homologation. En

Source BIU Cujas

l'adoption est honnête dans ses motifs, ce qui enlève tout inconvénient à l'adoption des enfants naturels, même des enfants adultérins ou incestueux. Si la légitimation est possible, honorablement possible, l'autorité judiciaire refusera l'homologation ; si elle ne l'est pas, il est utile, dans l'intérêt des enfants, qu'on puisse recourir au biais de l'adoption.

C'est en chambre du conseil que le jugement, ou décision du tribunal de première instance, est toujours rendu, soit qu'il déclare qu'il y a lieu, soit qu'il déclare qu'il n'y a pas lieu à l'adoption (articles 355 et 356) ; le jugement n'est jamais public. En effet, la décision du tribunal n'est pas définitive et il n'y a pas d'intérêt à ce que le public soit mis au courant. L'arrêt, ou décision de la Cour, est rendu aussi en chambre du conseil s'il n'homologue pas l'adoption ; la loi ne veut pas que le refus d'homologuer soit publié, car il pourrait porter atteinte à la réputation de l'adoptant et être pour lui une cause de déconsidération. Mais si l'arrêt homologue l'adoption, il est prononcé à l'audience (article 358), même en audience solennelle, car il s'agit d'une question d'état [1].

Sur les articles 354 à 358, trois observations doivent être faites.

1° Ni le jugement ni l'arrêt ne sont motivés. Les articles 356 et 357 sont formels à cet égard.

2° Il n'est pas nécessaire que l'adoption soit homologuée par le tribunal et par la Cour. Si le tribunal refuse d'homologuer, l'avis favorable de la Cour suffit. L'article 357 le suppose, car il admet l'adoption après infirmation du jugement.

3° Le contrat doit être soumis au tribunal, puis à la Cour, dans certains délais, qui sont indiqués par les articles 354 et 357. Ces délais sont-ils de rigueur, de telle sorte que le contrat soit rompu s'ils ne sont pas observés ? La solution serait bien rigoureuse. D'ailleurs, il n'y a pas grand danger à décider qu'ils sont simplement réglementaires, puisque les tribunaux peuvent accorder ou refuser l'homologation selon

effet, l'absence de ce consentement, lors de la passation de l'acte, n'empêche pas l'accord des volontés de se produire ; il n'a pour objet que de ratifier cet accord et intervient utilement jusqu'au moment où l'autorité judiciaire est appelée à constater que toutes les conditions légales sont réunies. Cass. 1er mai 1861, D. P. 1861.I.213, Sir. 1861.I.513.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 358, nos 1 et 2.

Source BIU Cujas

les circonstances, ce qui constitue une garantie suffisante [1].

III. **Le contrat d'adoption passé devant le juge de paix, puis homologué, doit être, dans les trois mois, transcrit sur les registres de l'état civil (article 349).** Tant que cette formalité dernière n'est pas remplie, il dépend encore des parties d'arrêter l'adoption ; mais il faut leur consentement à toutes deux, car l'une ou l'autre peut requérir la formalité. Elle doit être requise dans le délai ; l'expiration du délai sans que la formalité soit accomplie implique abandon du projet. Une fois que la formalité est remplie, l'adoption devient définitive.

SECTION II. — **Formes de l'adoption testamentaire.**

673. Elle n'est soumise à aucune forme particulière ; elle résulte du testament qui la contient et qui peut être indifféremment olographe, authentique ou mystique.

Rien de plus. Dès lors, il n'est besoin ni de l'homologation du tribunal, ni même d'une inscription sur aucun registre. En tout cas, aucun texte ne l'exige. Si l'adopté veut que ses actes de l'état civil soient en règle, il doit agir en rectification, afin d'y faire porter le nom que lui confère l'adoption [2].

Pourquoi ces règles particulières en ce qui concerne l'adoption testamentaire ? Pourquoi l'intervention de justice dans les deux autres adoptions et pas dans celle-ci ? Pourquoi l'inscription sur les registres de l'état civil dans les deux autres et pas dans celle-ci ? Est-ce une lacune volontaire ou un oubli de la part du législateur ? Il est difficile de le dire.

Donc aucune forme spéciale n'est prescrite pour l'adoption testamentaire. Seulement, de même que toute disposition testamentaire, celle-ci a besoin d'être acceptée. Par qui et dans quelle forme ? La loi est muette. Par le bénéficiaire lui-même, s'il est majeur ; par ceux qui le représentent, s'il est mineur, ce qui aura lieu le plus souvent [3]. Dans ce dernier cas se pose la question de savoir si l'acceptation faite au nom

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 354, nos 1 et 2, article 357, no 1.

2. Trib. du Vigan 17 octobre 1889, *La Loi* du 2 juillet 1890, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 366, no 2.

3. C'est forcément l'hypothèse la plus fréquente, presque la seule possible. Pour que l'acceptation puisse être donnée par un adopté majeur, il faut que cet adopté soit devenu majeur entre le décès de l'adoptant et sa propre acceptation,

Source BIU Cujas

du bénéficiaire lie celui-ci. Il est difficile qu'elle le lie irrévocablement ; d'où il faut conclure que l'adopté devenu majeur aura à se prononcer, c'est-à-dire à ratifier ou non l'acceptation faite en son nom.

car l'adoption testamentaire devient caduque, en principe, par la majorité de l'adopté. Toutefois, la jurisprudence applique ce principe avec une certaine largeur. Il a été jugé que l'adoption testamentaire demeure valable lorsque des événements de force majeure ont empêché le tuteur officieux d'accomplir avant son décès et depuis la majorité de l'adopté les formalités de l'adoption contractuelle (Paris 8 août 1874, D. P. 1875. II. 54, Sir. 1875. II. 6). L'adoption testamentaire est regardée comme valable et l'acceptation doit être faite par l'adopté, qui est majeur. Il faudrait en dire autant s'il ne s'était pas écoulé, entre la majorité du pupille et le décès du tuteur, un temps assez long pour permettre au tuteur de procéder à une adoption contractuelle (Aubry et Rau, VI, p. 143, note 6).

Source BIU Cujas

CHAPITRE III

EFFETS DE L'ADOPTION

674. Les trois adoptions (ordinaire, rémunératoire et testamentaire), qui diffèrent quant aux conditions et quant aux formes, produisent toutes trois les mêmes effets.

Quels sont ces effets ? Les textes en révèlent cinq qui sont formels ; mais ces textes ne sont pas suffisamment explicites sur la nature et les caractères du rapport général que l'adoption crée entre l'adoptant et l'adopté.

675. Voici d'abord les effets précis, formels et prévus.

1er *Effet.* — L'adoption fait acquérir à l'adopté le nom de l'adoptant ; il le joint à son propre nom, dit l'article 347. Avec le nom, l'adopté acquiert les titres de l'adoptant ; on l'a mis en doute[1], mais sans raison, car le titre est une partie du nom.

Ce nom de l'adoptant, la descendance de l'adopté le porte ; là est le signe de cette parenté fictive. Il faut ajouter que tous les enfants de l'adopté ont droit au nom de l'adoptant ; la règle, qui ne fait pas doute en ce qui concerne les enfants nés après l'adoption, est plus contestable relativement à ceux qui sont nés avant, mais la jurisprudence décide que tous indistinctement y ont droit[2].

Si l'adoption est faite par une femme mariée, elle transmet son nom patronymique, son nom de fille. Si l'adoption est faite par deux époux, leurs deux noms sont transmis à l'adopté, de sorte qu'il se trouve avoir un nom compliqué.

2e *Effet.* — L'adoption crée entre l'adoptant et l'adopté l'obligation alimentaire (article 349). C'est une extension des

1. Paris 18 juillet 1893, D. P. 1894.II.7, Sir. 1894.II.85. — Cpr. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Noblesse*, n° 24.

2. Conseil d'Etat 12 janvier 1854, rapporté dans Lallier, *De la propriété des noms et des titres*, p. 52 et 53. — *Secus*, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Adoption*, n° 42.

Source BIU Cujas

articles 205 à 207 [1]. Cela découle de ce que la loi considère l'adoption comme une paternité civile. Cette règle doit être rapprochée de celle que renferment les articles 299 et 312 du Code pénal, aux termes desquels le meurtre des père et mère adoptifs est assimilé à un parricide.

3e *Effet.* — L'adoption crée certains empêchements de mariage (article 348). Ce sont des empêchements simplement prohibitifs ; ils tiennent à de pures considérations de bienséance, et ne sont pas mentionnés au chapitre IV du titre *Du mariage*, lequel relève toutes les causes de nullité [2].

4e *Effet.* — L'adoption donne à l'adopté, dans la succession de l'adoptant, les droits qu'y aurait un enfant légitime (article 350). Cet effet est le plus caractéristique de ceux que produit l'adoption ; à vrai dire, elle se résume en un double don : celui du nom et de la succession.

Ce n'est pas à dire, il importe de le remarquer, que l'enfant adoptif ait tous les droits d'un enfant légitime. Il a seulement les droits d'un enfant légitime « sur la succession de « l'adoptant ». Ainsi les donations faites par une personne qui n'a pas de descendants vivants au moment de la donation sont révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur (article 960). Cette révocation se produit-elle lorsque le donateur fait une adoption ? Non, car le droit de voir tomber les donations faites avant sa naissance n'est pas, pour l'enfant légitime, un droit de succession ; or l'enfant adoptif a seulement les droits de succession qu'aurait un enfant légitime.

Quant à ces droits de succession, il les a tous : droit de succession proprement dite (article 731), droit de réserve (article 913). D'autre part, l'existence d'un enfant adoptif met obstacle au retour légal prévu par les articles 351, 747 et 766. La question est discutée de savoir si elle met obstacle au retour conventionnel de l'article 951 ; question d'espèce et dont la solution doit être recherchée surtout dans l'intention probable des parties [3].

Que l'enfant adoptif ait tous les droits de succession d'un enfant légitime, l'article 350 le dit formellement. Mais il est

1. *Suprà*, tome I, p. 505.
2. *Ibid.*, p. 331.
3. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 951, nos 28 et 30.

Source BIU Cujas

un point que ce texte laisse indécis. Le rapprochement de deux hypothèses l'indique suffisamment.

Il se peut que les décès de l'adoptant et de l'adopté se suivent dans l'ordre naturel ; l'adoptant, qui est plus âgé que l'adopté, meurt le premier, et sa fortune passe à l'adopté ; puis l'adopté meurt à son tour et la fortune passe à ses descendants avec le nom. Mais supposons l'hypothèse inverse. L'adopté meurt avant l'adoptant, laissant des enfants. Si l'adopté avait survécu à l'adoptant, il lui aurait succédé ; s'il prédécède, ses enfants succèdent-ils à l'adoptant ?

C'est au moins fort douteux. L'adoption moderne n'est plus du tout l'adoption romaine, qui faisait entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant ; elle se borne à établir des rapports entre l'adoptant et l'adopté ; elle est un moyen de lui faire passer nom et fortune. L'adopté reste étranger aux parents de l'adoptant, même aux plus proches, à tel point qu'il ne succède pas aux père et mère de l'adoptant (article 350). Réciproquement, l'adoptant reste étranger aux parents de l'adopté, même aux plus proches. Alors à quel titre les enfants de l'adopté succéderaient-ils à l'adoptant ? Il y a des enfants adoptifs, mais il n'y a pas de petits-enfants adoptifs, de même qu'il y a des pères et mères adoptifs, mais non des aïeuls ou aïeules adoptifs ; les enfants de l'adopté ne sont pas les petits-enfants de l'adoptant. Aussi les articles 349, relatif à la dette alimentaire, et 350, relatif aux successions, ne parlent-ils que de l'adopté lui-même. Pourquoi, sinon parce que les rapports créés par l'adoption sont limités et n'existent qu'entre l'adoptant et l'adopté ? Quand les textes veulent étendre un effet de l'adoption au delà de cette limite, ils le disent expressément, comme par exemple l'article 358 en matière d'empêchements de mariage. Donc les enfants de l'adopté n'ont aucune vocation personnelle à la succession de l'adoptant. Les effets de l'adoption ne leur profitent qu'autant qu'ils se sont réalisés aux mains de l'adopté ; ils les reçoivent alors de lui.

Tel est, en effet, le sentiment des auteurs les plus autorisés. Cependant, la jurisprudence est contraire[1]. Il y a, en ce sens, quatre arrêts de cassation, dont le dernier est du

1. Voy. les auteurs et les arrêts dans Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 350, nos 4 et 5. — *Adde* : Agen 1er juin 1885, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, Vo *Adoption*, no 46, note 1, et Sir. 1886.II.63.

Source BIU Cujas

10 novembre 1869, plusieurs arrêts de cours d'appel et pas un en sens contraire. Ils portent tous que le lien qui se forme entre l'adoptant et l'adopté s'étend aux enfants de celui-ci ; en conséquence, si l'adopté meurt avant l'adoptant, les descendants de l'adopté viennent à la succession de l'adoptant. Ce qui a décidé la jurisprudence, c'est que le but de l'adoptant a été de se créer une descendance fictive et qu'il faut dès lors regarder l'adoption comme produisant les effets nécessaires pour qu'elle atteigne son but. Donc les effets de l'adoption s'étendent à l'adopté et à la descendance de celui-ci. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui résulte de la transmission du nom ? Les descendants de l'adopté recueillent le nom de l'adoptant, puisqu'il est devenu celui de l'adopté et qu'ils prennent incontestablement le nom de celui-ci.

Aucune question ne met mieux en présence l'idée ancienne et l'idée moderne de l'adoption. La jurisprudence s'explique par l'influence de l'idée ancienne.

5° *Effet.* — L'adoption donne à l'adoptant et à ses descendants le droit de retour légal (articles 351 et 352). Voici en quoi il consiste.

Le droit de succession résultant de l'adoption n'est pas réciproque ; l'adopté succède à l'adoptant, mais l'adoptant n'est pas éventuellement appelé à succéder à l'adopté ; la succession de l'adopté, sa fortune propre est dévolue à sa famille naturelle, comme si l'adoption n'avait pas eu lieu. C'est la conséquence de l'article 348, aux termes duquel l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits. L'article 351 alinéa 2 le dit d'ailleurs expressément.

Toutefois, l'adoptant ou ses descendants ont éventuellement un droit à faire valoir dans la succession soit de l'adopté, soit de ses descendants. Si l'adopté meurt sans enfants, ou si les enfants qu'il laisse meurent eux-mêmes sans postérité, l'adoptant a droit de reprendre dans leur succession les biens qu'il a donnés à l'adopté et qui y sont encore en nature. Quant aux descendants de l'adoptant, ils ont le droit de reprendre, dans la succession de l'adopté, les biens recueillis par lui dans la succession de l'adoptant ou que celui-ci lui avait donnés ; mais ils n'ont le droit de reprendre ces biens que dans la succession même de l'adopté, non dans celle des descendants de l'adopté morts eux-mêmes sans postérité (article 352).

Source BIU Cujas

C'est ce qu'on appelle le retour légal, véritable droit de succession, dont la théorie sera étudiée sous l'article 747. Il est conforme à l'intention probable qui a présidé à la création des rapports résultant de l'adoption. En effet, où iraient les biens provenant de l'adoptant, si l'adoptant et ses descendants ne les reprenaient pas quand l'adopté ou ses enfants meurent sans descendants? Ils iraient aux parents de l'adopté, à ses collatéraux. Or, dans la pensée de l'adoptant, le bienfait s'adressait à l'adopté, par lui à sa descendance, non à ses collatéraux. Le retour légal est donc conforme à l'intention des parties.

La succession de l'adopté se divise alors en deux parts ; sa fortune propre passe à ses parents et les biens provenant de l'adoptant reviennent à lui ou à sa famille (article 351).

Il reprend les biens donnés qui existent en nature, lors du décès de l'adopté, dit l'article 351, sans préjudice du droit des tiers. En d'autres termes, il les reprend dans l'état matériel où ils sont. De plus, il est tenu de respecter les aliénations consenties par l'adopté donataire, ainsi que les droits réels établis par lui : hypothèque, usufruit, etc. Mais on s'accorde à compléter l'article 351 par l'article 747, relatif au droit de retour légal de l'ascendant donateur. Dès lors, si les objets donnés ont été aliénés, l'adoptant recueille le prix qui peut en être dû ; il succède aussi aux actions en reprise que pourrait avoir l'adopté : actions en résolution, en rescision, etc.

Enfin l'article 351 ajoute que l'adoptant n'exerce son droit de retour qu'à la charge de contribuer aux dettes. Il y contribue proportionnellement à la valeur des biens qu'il reprend, comparée à celle de la masse des biens de la succession.

Ce droit de retour s'exerce à titre de succession ; on l'appelle quelquefois droit de succession anomale, parce qu'il déroge à une règle générale en matière de succession, celle de l'article 732, dont le texte est ainsi conçu : « La loi ne « considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler « la succession. »

Au surplus, l'existence du retour légal ne peut être ici que signalée ; il se rattache à une théorie dont le siège est ailleurs et dont l'étude sera faite au titre *Des successions*.

676. Tels sont les cinq effets précis, formels, prévus que

Source BIU Cujas

produit l'adoption. Nous avons ajouté que les textes laissent incertains la nature et le caractère des rapports que l'adoption établit entre l'adoptant et l'adopté.

677. Ils fournissent toutefois à cet égard quelques indications.

Ainsi, aux termes de l'article 348 alinéa 1, l'adopté, malgré l'adoption, reste dans sa famille naturelle. Il y conserve sa place, ses droits et ses devoirs. Donc l'adoptant n'a aucun droit de puissance paternelle sur l'adopté ; il n'a pas davantage le droit d'être consulté sur le mariage de l'adopté, même si les père et mère naturels sont décédés, car alors il y a tutelle. Le but de l'adoption n'est pas tel.

Ainsi encore, aux termes de l'article 350, l'adopté n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant. En termes plus généraux, l'adoption ne fait pas entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant ; le lien qui en résulte ne se forme qu'entre l'adoptant et l'adopté, à l'inverse de celui qui résulte de la parenté véritable. Aucun lien, dès lors, ne rattache l'adopté aux parents de l'adoptant, ni l'adoptant aux parents de l'adopté. Les articles 299 et 312 du Code pénal font nettement cette distinction entre la parenté adoptive, si tant est que ce soit une parenté, et la parenté naturelle, à propos du parricide ou des coups et blessures portés à des ascendants. « Est qualifié parricide, dit « l'article 299, le meurtre des pères ou mères légitimes, na« turels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime. » L'article 312 s'exprime ainsi : « L'individu qui aura volon« tairement fait des blessures ou porté des coups à ses père « ou mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou autres ascen« dants légitimes, sera puni ainsi qu'il suit. » Par conséquent, on peut avoir un père et une mère adoptifs, non des ascendants adoptifs autres que le père et la mère.

Donc il résulte des articles 348 et 350 que rien n'est changé pour l'adopté dans sa famille naturelle ; seulement un certain rapport est établi entre l'adopté et l'adoptant.

678. C'est la nature de ce rapport qui reste mal définie. Par une réminiscence de Rome, on le qualifie assez généralement de parenté adoptive. Il est certain toutefois que l'adoption ne crée que des rapports très imparfaits de paternité et de filiation. Il faut même remarquer que le Code civil n'appelle jamais l'adoptant et l'adopté des noms de père et d'en-

Source BIU Cujas

fant ; il dit toujours l'adoptant, l'adopté, sans ajouter père adoptant ou fils adoptif[1].

Le Code pénal n'observe pas la même réserve de langage ; nous venons de voir que les articles 299 et 312 parlent de père et mère légitimes, naturels ou adoptifs.

On peut conclure, tenant compte des différents textes, que l'adoption, si incomplète que soit cette imitation de la nature, produit entre l'adoptant et l'adopté un rapport de quasi-paternité et de quasi-filiation, un rapport constitutif de l'état civil. De là cette conséquence que les dispositions de lois qui créent entre les père et mère et l'enfant des prohibitions, des présomptions, des incapacités, des droits fondés sur les sentiments et les devoirs qui accompagnent la paternité sont, en général, applicables entre l'adoptant et l'adopté.

Le vague et l'incertitude des principes font inévitablement surgir des questions inattendues. Voici quelques applications de cette idée.

1° L'adopté peut-il poursuivre l'interdiction de l'adoptant, ou lui faire donner un conseil judiciaire ? Pour comprendre la question, il faut se reporter à l'article 490 qui dit : « Tout « parent est recevable à provoquer l'interdiction de son pa- « rent. » L'adopté est-il parent de l'adoptant ? A cela se réduit la question. Le tribunal de Versailles l'a tranchée dans le sens de l'affirmative par un jugement en date du 5 avril 1878[2], dont voici les considérants : « Attendu que la loi place « l'adopté vis-à-vis de l'adoptant dans une situation géné- « ralement analogue à celle de l'enfant vis-à-vis du père ou « de la mère, — que, l'interdiction et la dation du conseil « judiciaire étant des mesures prises dans l'intérêt du dé- « ment et du prodigue, et la loi ayant, en conséquence, con- « fié l'exercice des actions tendant vers ce but aux person- « nes qui sont unies au dément et au prodigue par des liens « étroits d'affection et de protection, il y a lieu d'admettre « à cet exercice les enfants adoptifs, lesquels se trouvent

1. Ces formes de langage sont d'autant plus remarquables que le projet s'exprimait tout autrement. Un article portait : « L'adoption transporte au père ou à « la mère qui adopte la qualité de père ou de mère légitime. » Ce texte fut rejeté comme conforme à l'adoption romaine, non à l'adoption moderne (Locré, VI, p. 437).

2. *Le Droit* du 24 avril.

Source BIU Cujas

« dans ces conditions à l'égard de l'adoptant. » La solution est logique. En effet, l'interdiction est souvent le seul moyen de sauver le patrimoine ; or l'adopté a droit à ce patrimoine ; donc il a le droit d'en assurer la conservation.

2° L'article 911 alinéa 1 déclare nulle toute disposition faite au profit d'un incapable sous le nom de personnes interposées ; l'alinéa 2 ajoute : « Seront réputées personnes « interposées les père et mère, les enfants et descendants et « l'époux de la personne incapable. » L'enfant adoptif est-il personne interposée par rapport à l'adoptant ? C'est toujours la question de savoir s'il a droit au titre d'enfant. La réponse courante est affirmative [1].

3° Les demandes en nullité d'adoption doivent-elles, en appel, être jugées en audience solennelle ? La jurisprudence répond par l'affirmative. En effet, dit-elle, l'adoption donne naissance à une véritable parenté, d'où il résulte que les demandes en nullité d'adoption sont relatives à une question d'état et ne peuvent être jugées par les Cours d'appel qu'en audience solennelle [2].

Engagé dans cette voie, on est allé plus loin ; dès qu'on admet l'idée d'une parenté adoptive, on s'est demandé s'il n'y a pas aussi une alliance adoptive. Nulle part il n'en est question dans la loi, qui limite les effets de l'adoption aux rapports entre l'adopté et l'adoptant (article 350). Donc l'adopté ne devient pas l'allié du conjoint de l'adoptant, ni l'adoptant celui du conjoint de l'adopté. Cependant, c'est par cette idée d'une affinité adoptive qu'on explique le dernier alinéa de l'article 348, aux termes duquel le mariage est prohibé « entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et « réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ». Cela tient, dit-on, à ce qu'il existe entre eux des rapports d'alliance et c'est la preuve que l'adoption crée de pareils rapports. La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens ; elle s'est prononcée à propos de l'application de l'article 5 de la loi municipale du 22 juin 1833, qu'a reproduit l'article 35 de la loi du 5 avril 1884. D'après ces textes, les parents au degré de fils et de père et les alliés au même de-

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, articles 348, n° 2, et 911, n° 23.
2. Cass. 23 mars 1874, D. P. 1876.I.278 et les arrêts cités en note, Sir. 1874.I.265.

Source BIU Cujas

gré ne peuvent être membres d'un même conseil municipal dans les communes de cinq cents habitants et au-dessous. Or l'adoption, dit la Cour de cassation, produit l'alliance entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté, entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ; en conséquence ils ne peuvent faire partie l'un et l'autre d'un même conseil municipal[1].

1. Voy. les arrêts et les autorités dans Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 348, n° 1.

Source BIU Cujas

CHAPITRE IV

VOIES DE NULLITÉ CONTRE L'ADOPTION.

679. Après avoir indiqué quelles sont les conditions requises pour l'adoption, quels en sont les formes et les effets, il reste à rechercher si et de quelle manière une adoption consommée peut être annulée, en d'autres termes à parler des voies de nullité contre l'adoption.

Aucun article du titre ne s'y réfère formellement. Cependant, il est à peu près évident que, dans certains cas au moins, une adoption est entachée de nullité. La section I du chapitre I énumère les conditions exigées ; la section II trace les formes requises ; il est inadmissible que les prescriptions légales à cet égard n'aient pas de sanction.

Seulement, dans quels cas les irrégularités commises sont-elles suffisamment caractérisées pour motiver la nullité ? S'il y a lieu à nullité, sous quelle forme la nullité peut-elle être poursuivie ?

680. Il y a un point certain : en l'absence d'une quelconque des conditions, soit de fond, soit de forme, l'autorité judiciaire peut et doit refuser d'homologuer. Les articles 355 et 357 le disent formellement. Les intéressés, en d'autres termes les héritiers de l'adoptant, peuvent intervenir à l'instance en homologation et faire valoir les motifs qui s'y opposent ; l'article 360 alinéa 2 leur en reconnaît expressément le droit.

En cela, pas de doute ; c'est une sanction préventive qui assure déjà le respect des prescriptions légales.

681. Allant plus loin, on peut supposer que l'homologation est intervenue, que l'adoption est consommée. Peut-elle être annulée ?

On a soutenu que jamais une adoption ne peut être attaquée quand elle a été homologuée par arrêt de la Cour d'appel ; une fois prononcée, l'homologation serait irréformable.

Source BIU Cujas

Les intéressés auraient pu intervenir ; ils ne l'ont pas fait ; quand l'arrêt a été régulièrement rendu et est passé en force de chose jugée, tout est dit. Il en résulte que l'adoption ne peut pas être attaquée, sinon dans les cas où une décision judiciaire peut l'être, et par les voies qu'il faut employer contre les décisions judiciaires ; les voies de recours épuisées, aucun moyen n'existe plus de faire tomber l'adoption [1].

Cette doctrine n'a pas prévalu ; elle ne pouvait pas prévaloir.

D'abord elle ne serait pas applicable à l'adoption testamentaire, dans laquelle l'autorité judiciaire n'intervient pas, qui résulte du testament, lequel n'est qu'un acte de l'homme. Si les conditions ne sont pas réunies, ou si l'acte n'est pas fait dans la forme légale, il est évident que la disposition testamentaire peut être attaquée comme entachée de nullité.

En outre, même pour l'adoption conventionnelle, c'est-à-dire pour l'adoption ordinaire et pour l'adoption rémunératoire, quoiqu'il y ait eu homologation, l'adoption n'en reste pas moins un acte volontaire, un contrat ; l'article 353 la présente bien sous ce jour. Ce n'est pas de l'arrêt que résulte l'adoption, mais de l'acte passé devant le juge de paix. Cela revient à dire que l'homologation n'est pas un acte de juridiction contentieuse, susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée ; le jugement et l'arrêt ne sont pas rendus *inter contradicentes* ; ils ne portent pas sur une contestation ; ils sont un visa solennel. De là cette conséquence que les intéressés conservent contre l'acte homologué les droits qu'ils avaient contre l'acte lui-même ; dès lors, si l'autorité judiciaire a été trompée par la production de pièces fausses, ou par la dissimulation de certains faits, la violation des règles prescrites comme conditions de validité du contrat peut motiver la nullité.

Par suite, dès que l'adoption, nonobstant l'homologation, n'est qu'un contrat, elle peut être attaquée par l'action ordinaire en nullité ; la demande en nullité doit être portée par action principale devant le tribunal de première instance. Ce n'est pas l'arrêt qui est attaqué, c'est ou l'acte testa-

1. Demolombe, *Traité de l'adoption*, 3e édition, nos 185 et 186, — Duvergier, *Revue de droit français et étranger*, 1846, p. 26 et suiv.

Source BIU Cujas

mentaire ou le contrat, autrement dit l'œuvre des parties. La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens, d'accord avec la doctrine [1].

682. Seulement, pour quelles causes une adoption consommée peut-elle être attaquée ? Ici encore il y a des points certains et des points qui restent douteux.

a) Dès que l'adoption est un acte solennel, l'inobservation des formes prescrites, au moins dans tout ce qu'elles ont de substantiel, est une cause de nullité. On peut citer comme exemple le cas d'incompétence du juge de paix ou des magistrats chargés de l'homologation [2]. La preuve en est dans l'article 359 ; aux termes de cet article, l'arrêt qui homologue l'adoption doit être inscrit dans les trois mois sur les registres de l'état civil ; or le texte conclut ainsi : « L'adoption res-« tera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai. » En pareil cas, l'adoption est nulle d'une nullité absolue, car les nullités pour vices de forme sont toujours absolues ; elle peut être arguée de nullité par tous les intéressés, à quelque époque qu'elle soit opposée [3].

b) Dès que l'adoption est un acte volontaire, les règles relatives à l'existence et à la validité du consentement sont applicables.

L'adoption est entachée de nullité si l'une des parties n'y a pas donné réellement son consentement. Par exemple, il s'agit d'une adoption testamentaire et l'adopté était en état de démence au moment où il a fait son testament ; ou bien l'adopté était fou lors de son acceptation. Il s'agit d'une adoption contractuelle et l'un des contractants était en état de démence au moment où l'acte a été reçu par le juge de paix. Dans tous les cas, la nullité est absolue et peut être invoquée par tous les intéressés, à quelque époque que ce soit [4] ; mais elle ne peut l'être que du vivant de la personne dont la démence est alléguée (article 504), à moins qu'il ne s'agisse d'une adoption testamentaire (article 901), ou qu'on

1. Cass. 3 mai 1868, D. P. 1868.I.249, Sir. 1868.I.338, — Cass. 20 juillet 1887. D. P. 1888.I.171, Sir. 1888.I.67, — Cass. 10 février 1892, D. P. 1892.I. 329 (note de M. Garsonnet), Sir. 1892.I.140. — Cpr. Aubry et Rau, VI, p. 129, texte et note 13.

2. Cass. 15 juin 1874, D. P. 1874.I.478, Sir. 1875.I.63.

3-4. Sous réserve, bien entendu, de la prescription trentenaire établie par l'article 2262. Voy. sur ce point la dissertation de M. Ch. Beudant, dans D. P. 1880.I.145, spécialement p. 146, col. 1 et 2.

Source BIU Cujas

ne soit dans un des cas où l'article 504 permet exceptionnellement d'attaquer l'acte d'une personne pour cause de démence après la mort de celle-ci [1].

L'adoption est encore nulle si le consentement d'une des parties, bien qu'il existe réellement, a été entaché de l'un des trois vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence (article 1109). Mais la nullité n'est plus alors que relative; elle ne peut être invoquée que par la partie dont le consentement a été vicié et par ses héritiers ou successeurs universels agissant en cette qualité ; de plus, elle ne peut l'être que pendant dix ans (article 1304).

c) Il n'y a vraiment difficulté que quant aux conditions de validité qui sont spéciales à l'adoption : l'âge des parties, la non-existence de descendants légitimes de l'adoptant, le consentement du conjoint de l'adoptant ainsi que des père et mère de l'adopté, la réalité des causes qui permettent l'adoption rémunératoire, etc.

Parmi ces conditions, il en est dont l'absence entraîne, sans aucun doute, la nullité de l'adoption. L'adoption est entachée de nullité si les parties n'ont pas l'âge requis, si l'adoptant a des descendants légitimes, ou si l'adoptant n'a pas donné à l'adopté les soins exigés par l'article 345. Elle est nulle encore dans l'hypothèse soumise à la Cour de Caen en 1867 [2]. Il s'agissait d'une adoption rémunératoire. Pour la rendre possible, l'adoptant avait fait semblant de se noyer et l'adopté avait fait semblant de le sauver, de sorte qu'on paraissait se trouver dans le cas prévu par la dernière ligne de l'article 145. Il va de soi qu'un acte fait dans de telles conditions, les faits étant prouvés, ne pouvait pas être maintenu. Dans tous les cas semblables, l'adoption est nulle d'une nullité absolue, qui peut être opposée par l'adoptant, par l'adopté, par toutes les personnes ayant un intérêt pécuniaire à contester la validité de l'adoption, notamment par les héritiers ou successeurs universels de l'adoptant, agissant en leur nom personnel.

Mais la question se pose de savoir si l'absence d'une quelconque des conditions requises suffit à motiver la nullité, ou bien s'il faut distinguer entre elles suivant leur degré

1. Voy. sur ce dernier point Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Adoption*, n° 60.

2. Caen 15 mai 1867, D. P. 1873.I.158, Sir. 1868.II.17.

Source BIU Cujas

d'importance. Les divergences d'opinions se sont produites surtout à propos de deux conditions : le consentement du conjoint de l'adoptant, et le consentement ou le conseil des parents de l'adopté dans les cas où il est exigé.

Un auteur a soutenu que ni le défaut de consentement ni le défaut de conseil ne sont des causes de nullité [1]. D'autres rejettent cette solution en ce qui concerne le défaut de consentement et l'admettent quand il s'agit du défaut du conseil [2], invoquant en ce sens l'analogie des règles qui sont suivies en matière de mariage : le consentement des ascendants au mariage est seul une condition dirimante et non leur conseil [3]. D'autres enfin proposent de décider que l'inobservation des délais de dix jours et d'un mois indiqués par les articles 354 et 357 ne donne pas ouverture à une action en nullité [4].

Il est difficile d'approuver ces distinctions, car la loi ne classe pas ici les conditions, comme elle le fait en matière de mariage, où elle distingue les conditions exigées à peine de nullité de celles qui ne le sont pas. En matière d'adoption, la loi place toutes les conditions sur la même ligne. Dès lors, pourquoi prétendre les classer, et n'y a-t-il pas témérité à vouloir apprécier, dans le silence de la loi, l'importance comparée de chacune ? Si l'on admet que certaines sont exigées à peine de nullité, il faut admettre la même solution pour toutes.

On ne saurait pourtant aller jusqu'à soutenir que toutes les conditions sont exigées à peine de nullité d'une manière également radicale, et force est bien de décider que la nullité est tantôt absolue, tantôt relative. Nous avons déjà fait cette distinction à propos de l'absence et des vices du consentement de l'adoptant ou de l'adopté. Quel va donc être le caractère des nullités auxquelles donne ouverture l'absence du consentement du conjoint de l'adoptant, l'absence du consentement ou du conseil des père et mère de l'adopté, l'inobservation des délais prescrits par les articles 354 et 357 ? Les opinions les plus divergentes se sont fait jour sur ce point.

1. Demante, *Cours analytique*, II, p. 150.
2. Demolombe, *Traité de l'adoption*, 3e édition, p. 181, n° 196, — Valette, *Explication sommaire*, p. 205.
3. *Suprà*, tome I, p. 313.
4. Demolombe, *ibid.*, p. 182, n° 197, — Aubry et Rau, VI, p. 122 et 123.

Source BIU Cujas

La nullité pour inobservation des délais ne saurait guère être qu'absolue, comme le sont, en général, les nullités pour vices de forme [1].

L'absence du consentement du conjoint de l'adoptant est regardée par certains auteurs comme donnant ouverture à une nullité absolue [2] ; d'autres n'y voient qu'une cause de nullité relative, au profit du conjoint dont le consentement était nécessaire et n'a point été donné [3].

La nullité pour absence du consentement ou du conseil des parents de l'adopté est regardée comme absolue par certains auteurs [4]. Pour d'autres, elle est seulement relative, au profit des parents dont l'autorité a été méconnue et au profit de l'adopté qui n'a pas reçu l'assistance à laquelle il avait droit [5]. Il est bon même d'observer que Demolombe, qui tient pour le système de la nullité absolue dans le cas d'absence de consentement du conjoint de l'adoptant, se range au système de la nullité relative dans le cas d'absence de consentement des parents de l'adopté.

Nous ne pouvons ici que signaler ces divergences. L'insuffisance des textes les explique et la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de les aplanir, car elles ont trait à des problèmes qui sont peu pratiques, comme d'ailleurs la matière de l'adoption tout entière.

1. Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4e édition, II, p. 116.
2. Aubry et Rau, VI, p. 128, — Demolombe, *loc. cit.*, p. 185, n° 207.
3. Poitiers 28 novembre 1859, D. P. 1861.I.213, Sir. 1861.II.138.
4. Aubry et Rau, VI, p. 128.
5. Demante, *loc. cit.*, p. 150, — Demolombe, *loc. cit.*, p. 185, n° 204.

Source BIU Cujas

TITRE IX

DE LA PUISSANCE PATERNELLE

683. Les titres IX et X font encore partie du droit de famille, qu'ils complètent. Il faut les réunir, car ils ne font qu'un en réalité ; ils ont le même objet : ils organisent le gouvernement de la famille, l'autorité domestique.

Les quatre titres qui précèdent, ceux *Du mariage*, *Du divorce*, *De la paternité et de la filiation*, *De l'adoption*, ont trait à la constitution de la famille. Les titres IX et X ont trait à l'organisation du pouvoir qui la dirige. Le titre IX traite de l'autorité paternelle, de la puissance paternelle, d'après la rubrique. Le titre X traite concurremment de la tutelle et de la curatelle. L'autorité paternelle, la tutelle et la curatelle sont précisément les trois formes que peut prendre l'autorité dans la famille ; elles représentent, en vue de situations différentes, la protection due à l'enfant jusqu'à ce qu'il ne relève que de lui-même, jusqu'à ce qu'il soit majeur.

Majeur, l'homme échappe, du moins presque complètement, à l'autorité de la famille. La majorité est l'entrée de l'homme dans la période de liberté et, par suite, de pleine responsabilité. « Le mineur, dit l'article 388, est « l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore « vingt et un ans accomplis. » L'article 488 ajoute : « La « majorité est fixée à vingt et un ans accomplis ; à cet « âge, on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la « restriction portée au titre *Du mariage*. » Il faut généraliser et dire : sauf quelques restrictions. Nous avons rencontré déjà celles qui concernent le mariage, lequel suppose, sauf distinctions, le consentement des parents jusqu'à vingt-cinq

Source BIU Cujas

ans et leur conseil toujours [1]. Nous avons rencontré des restrictions analogues qui concernent l'adoption ; l'article 346 exige que l'adopté, jusqu'à vingt-cinq ans, justifie du consentement de ses père et mère ; majeur de vingt-cinq ans, il doit toujours requérir leur conseil [2]. Enfin nous rencontrerons encore quelques autres restrictions.

Les mineurs, au contraire, sont tous soumis à une autorité. Trois conditions sont possibles pour eux : ils peuvent être soumis à la puissance paternelle, à la tutelle, à la curatelle.

La curatelle répond à une situation distincte de toutes les autres, par suite nette et simple : celle qui résulte de l'émancipation. L'émancipation, quand elle intervient, met fin à la puissance paternelle (article 372) ; elle met également fin à la tutelle (article 480). Le mineur émancipé reçoit un curateur, qui l'assiste et qu'il garde jusqu'à sa majorité (article 480). Il est en curatelle.

Les deux autres formes d'autorité domestique répondent à des situations moins tranchées, qui tantôt sont isolées et tantôt se combinent. Il est indispensable de présenter quelques vues d'ensemble à cet égard avant de reprendre séparément les diverses parties du sujet.

684. La puissance paternelle et la tutelle amènent trois combinaisons. Il peut y avoir : 1° puissance paternelle seulement, — 2° puissance paternelle combinée avec la tutelle, — 3° tutelle seulement. Les textes ne font pas en la forme cette distinction ; ils y font toutefois de fréquentes allusions. La situation, dans les trois cas, est en effet très différente.

685. I. **Il y a puissance paternelle et rien que puissance paternelle** lorsque le père et la mère existent tous les deux, qu'ils sont ou ont été mariés et ne sont ni l'un ni l'autre déchus de leur autorité.

L'éventualité d'une déchéance de la puissance paternelle n'était pas prévue par le Code civil. Elle l'a été ultérieurement, dans un cas par le Code pénal de 1810 (article 335), dans un autre par la loi du 7 décembre 1874, enfin d'une façon beaucoup plus large par la loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*,

1. *Suprà*, tome I, p. 309 et suiv.
2. *Suprà*, p. 305.

Source BIU Cujas

loi d'importance capitale, qui a modifié profondément le titre *De la puissance paternelle* ; le titre I de cette loi (articles 1 à 9) est intitulé : *De la déchéance de la puissance paternelle.*

Donc, si les père et mère existent tous les deux, s'ils sont mariés ou l'ont été et ne sont ni l'un ni l'autre déchus de leur autorité, il y a puissance paternelle et rien que puissance paternelle [1].

686. L'autorité appartient concurremment au père et à la mère (article 372) ; mais le père seul en a pour le moment l'exercice (article 373). Tel est du moins le principe, car exceptionnellement il se peut que la mère, même pendant le mariage, ait l'exercice de l'autorité paternelle. Il en est ainsi dans trois cas.

1° Si le père est dans l'impossibilité d'exercer l'autorité paternelle, soit par suite d'absence présumée, soit par suite d'interdiction judiciaire ou légale, soit par suite de maladie caractérisée.

2° Si le père a encouru la déchéance de la puissance paternelle (loi de 1889, article 9). Toutefois la mère peut, dans ce cas, en être également privée, sans que pourtant aucune cause de déchéance existe par rapport à elle. On a craint que la mère, le père étant déchu, fût impuissante à protéger les enfants d'une manière efficace. Le père, en effet, conserve l'autorité maritale ; or quelle réalité peut avoir l'autorité de la mère sur ses enfants si elle est soumise à l'autorité maritale ? Alors, par un choc en retour, la déchéance méritée par le mari s'étend à la femme, quoiqu'elle ne soit pas coupable, et cela dans l'intérêt des enfants. Seulement cette déchéance est facultative. Si la femme est suffisamment énergique, on lui laisse l'autorité paternelle.

3° En cas de séparation de corps et de divorce, si les enfants sont confiés à la femme (article 302).

687. Que l'autorité paternelle soit exercée par le père ou par la mère, les attributs de cette autorité sont très larges ; il n'y a pas de contrôle permanent organisé, pas de garanties spéciales prises. En effet, quoique l'exercice de l'autorité paternelle appartienne au père seul, les deux époux, en réalité, veillent en commun sur la personne et les intérêts de l'enfant;

1. Il faut noter cependant qu'il peut y avoir accidentellement concours de la puissance paternelle avec la tutelle officieuse.

Source BIU Cujas

leurs deux sollicitudes se contrôlent réciproquement. Il est plus que probable que la direction de l'enfant sera bonne ; la régularité de la situation offre par elle seule, le plus souvent au moins, toutes les garanties suffisantes ; la loi n'intervient qu'avec circonspection. D'ailleurs il n'y a pas, au moins en général, à se préoccuper de la fortune personnelle des enfants. Il est bien rare qu'ils en aient une quand le père et la mère existent encore ; ils n'en auront qu'à la mort d'un de leurs auteurs, quand ils lui auront succédé. Donc il y a pleine sécurité quant à la personne ; quant aux biens, les soins seraient superflus. En définitive, l'autorité paternelle confère alors à celui qui l'exerce un pouvoir très large ; il n'y a pas de précautions prises. En vertu de sa puissance paternelle, le père a quelquefois, avec l'autorité sur la personne, l'administration légale.

Telle est l'hypothèse pour laquelle est fait le titre IX. Aussi ce titre est-il fort simple. Il définit les attributs traditionnels de la puissance paternelle ; il soumet l'exercice de quelques-uns de ces attributs à certaines formalités ; il s'en remet à l'usage et aux mœurs pour le surplus.

688. II. **Il y a tutelle et rien que tutelle** quand le père et la mère sont décédés tous les deux[1], ou déchus tous les deux de leur autorité par application de la loi de 1889 (article 9), ou bien quand l'un d'eux est prédécédé et l'autre déchu (loi de 1889, article 10). La protection du mineur prend alors une forme plus compliquée, celle de la tutelle. Des précautions sont prises qui sont inconnues quand il y a puissance paternelle seulement.

Ce système s'explique aisément. D'une part, la sécurité qu'inspiraient, dans le cas précédent, la sollicitude naturelle des père et mère pour leurs enfants, leur contrôle réciproque, la régularité de la situation, n'existe plus quand c'est un étranger, fût-ce un parent, qui est tuteur, par exemple le grand-père, le frère ou l'oncle des enfants. Quelque confiance que le tuteur mérite, on ne peut pas oublier qu'il a ou peut avoir d'autres intérêts, d'autres devoirs ; sa sollicitude n'est plus, ne peut plus être exclusive. D'autre part, puisque les père et mère sont morts, l'enfant a hérité d'eux ;

1. L'absence déclarée produit, à cet égard, le même effet que la mort. Voy. *suprà*, tome I, p. 278 et suiv. — Cpr. *infrà*, n° 775.

Source BIU Cujas

peu ou beaucoup, il a recueilli quelque chose. Donc, à côté de la sollicitude due à sa personne, il faut songer désormais à la protection dont il convient d'entourer ses biens. La situation est très différente.

De là toute une série de précautions, inusitées en cas de puissance paternelle seule. Un contrôle permanent est organisé. Dans toute tutelle, il existe, à côté du tuteur, qui est le pouvoir agissant et exécutif de la tutelle, un subrogé tuteur (article 420), qui a des fonctions de surveillance, quelquefois de collaboration ; il y a de plus un conseil de famille (article 406), qui a la haute main sur la tutelle, dont le tuteur doit prendre quelquefois l'avis, dont il doit, d'autres fois, obtenir l'autorisation. En outre, des garanties pécuniaires sont prises contre les malversations, notamment par l'article 2121, qui grève d'une hypothèque légale les immeubles du tuteur.

Il y a cependant un cas dans lequel les biens du tuteur, quoiqu'il y ait tutelle, ne sont pas grevés de l'hypothèque légale, ou du moins ne le sont pas nécessairement. C'est une innovation de l'article 10 de la loi du 24 juillet 1889. Il en est ainsi quand il y a lieu à tutelle par suite de déchéance de la puissance paternelle encourue par les père et mère. S'ils existent tous deux et que tous deux soient déchus, l'enfant n'aura que rarement des biens personnels ; si l'un d'eux est décédé et l'autre déchu, l'enfant aura, il est vrai, succédé au premier ; mais alors, maintenir l'hypothèque obligatoire rendrait parfois difficile de trouver un tuteur, car la fonction de tuteur est facultative dans ce cas. Aussi l'article 10 a-t-il édicté la règle suivante : «..... Les tuteurs institués en vertu « de la présente loi remplissent leurs fonctions sans que « leurs biens soient grevés de l'hypothèque légale du mi- « neur. Toutefois, au cas où le mineur possède ou est appelé « à recueillir des biens, le tribunal peut ordonner qu'une « hypothèque générale ou spéciale soit constituée jusqu'à « concurrence d'une somme déterminée. »

Donc la tutelle n'est pas toujours régie par les mêmes règles ; mais toujours elle est entourée de précautions, de garanties. Sauf dans l'hypothèse particulière qui vient d'être indiquée, il existe, en cas de tutelle, une triple garantie, résultant 1° de l'existence d'un subrogé tuteur, — 2° de l'existence d'un conseil de famille, — 3° de l'hypothèque légale. Or il

Source BIU Cujas

n'existe rien de pareil en cas de puissance paternelle seule, en d'autres termes quand les père et mère vivent encore, sont ou ont été mariés et ne sont pas déchus.

689. III. Enfin, il y a concours, coexistence de la puissance paternelle avec la tutelle dans trois hypothèses.

1° Lorsque l'un des deux auteurs mariés, soit le père, soit la mère, est prédécédé [1].

D'une part le survivant des père et mère a la puissance paternelle, qui est inhérente à sa qualité. Si c'est le père, il la conserve, puisqu'il l'avait pendant le mariage ; si c'est la mère, elle en acquiert l'exercice. Les articles 372 et 373 combinés impliquent ce résultat. Le premier dit que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation ; le second ajoute que « le père « seul exerce cette autorité durant le mariage »; donc le survivant l'exerce après la dissolution du mariage jusqu'à la majorité ou l'émancipation.

D'autre part cependant, aux termes de l'article 390, il y a tutelle dès que l'un des deux auteurs est mort, et tutelle avec tout son cortège de garanties : subrogé tuteur, conseil de famille, hypothèque légale. Cela s'explique, car le survivant des père et mère, que ce soit l'un ou l'autre, n'inspire plus, depuis qu'il est seul, la confiance qu'inspiraient leur sollicitude collective et leur contrôle réciproque ; la sécurité de l'enfant est manifestement moindre. Les intérêts se sont divisés, puisque les enfants ont hérité de l'auteur prémourant et possèdent désormais une fortune personnelle et propre ; puis d'autres intérêts, peut-être d'autres affections peuvent se former pour le survivant ; en tout cas, l'expérience apprend que les garanties que donnaient les deux auteurs agissant de concert ne sont plus les mêmes après le décès de l'un d'eux. Dès lors, la tutelle s'ouvre ; comme la puissance paternelle continue, il y a concours de deux autorités, qui doivent être combinées ; il y a à la fois puissance paternelle et tutelle.

Le plus souvent, dans cette hypothèse, le survivant des père et mère est tuteur : « Après la dissolution du mariage « arrivée par la mort... de l'un des époux, dit l'article 390, la « tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de « plein droit au survivant des père et mère. » Le survivant

1. Il faut ajouter : ou déclaré absent. Voy. *suprà*, p. 331, note 1.

Source BIU Cujas

remplit alors deux fonctions et cumule deux titres ; pour l'exercice de chacune de ces fonctions il doit se conformer aux règles qui sont applicables au titre auquel il intervient. L'idée générale est celle-ci : pour la direction de la personne le survivant conserve la puissance paternelle, tandis qu'il est soumis aux règles de la tutelle en ce qui concerne la gestion des biens.

Quelquefois, la tutelle est confiée à un autre que le survivant des père et mère ; alors les deux autorités sont exercées parallèlement par deux personnes différentes, agissant chacune dans la sphère de ses attributions. L'idée générale est la suivante. Le survivant des père et mère, qui n'est pas tuteur, conserve ses droits quant à la personne de l'enfant, en ce qui concerne l'éducation, la direction ; les fonctions du tuteur se restreignent à l'administration et à la gestion de la fortune.

Dans un cas comme dans l'autre, l'autorité sur l'enfant se présente sous une forme complexe : c'est la puissance paternelle modifiée par la tutelle qui s'ouvre, ou, si l'on veut, c'est la tutelle modifiée par la puissance paternelle qui subsiste.

2° Il en est encore ainsi, même quand le père et la mère existent tous les deux, s'ils ne sont pas mariés et ne l'ont jamais été, en d'autres termes s'il s'agit d'enfants naturels non légitimés.

Si l'enfant n'a été reconnu ni par l'un ni par l'autre de ses auteurs, s'il s'agit d'un enfant abandonné, il y a tutelle seulement, avec application des règles ordinaires de la tutelle, sauf quelques particularités qui seront signalées plus loin.

S'il a été reconnu par l'un d'eux ou par tous deux, il y a lieu à la puissance paternelle, car l'article 383 dit : « Les « articles 376, 377, 378 et 379 seront communs aux pères « et mères d'enfants naturels légalement reconnus. » Donc les parents naturels ont la puissance paternelle, au moins dans une mesure qui sera fixée plus tard. D'autre part, il y a lieu en même temps à la tutelle. En effet, les enfants naturels, même reconnus par leurs père et mère, ne trouvent pas dans ceux-ci les garanties que donneraient l'existence du mariage et la régularité de la situation ; ils sont en tutelle toujours et dès leur naissance. L'idée de la loi paraît être qu'il y a lieu à la puissance paternelle seule dans le cas unique où les père et mère existent et sont ma-

Source BIU Cujas

riés ou bien l'ont été, qu'il y a lieu à tutelle dès qu'il n'y a pas mariage ou que le mariage est dissous par le décès d'un des auteurs (articles 389 et 390). Donc ici, même du vivant des père et mère, il y a concours de la puissance paternelle et de la tutelle.

Comment alors les attributions se répartissent-elles ? Comme précédemment. Les père et mère ont les droits relatifs à l'éducation et à la direction de la personne ; le tuteur a, comme tel, la direction des biens, s'il y en a. Il se peut que ce soit et ce sera le plus souvent un des auteurs qui sera tuteur ; il se peut que ce soit un étranger.

Dans les deux cas, les droits relatifs à l'éducation et à la direction de la personne appartiennent aux père et mère ; seulement il y a des doutes sur le point de savoir auquel des deux auteurs appartient l'exercice de ces droits. En ce qui concerne les enfants légitimes, les articles 372 et 373 ne laissent place à aucun doute de ce genre ; l'autorité paternelle appartient aux père et mère conjointement, mais la mère, sauf quelques distinctions, n'en a l'exercice qu'après la dissolution du mariage. Que faut-il décider en ce qui concerne les enfants naturels ?

Si l'enfant naturel n'a été reconnu que par un seul de ses auteurs, ou bien s'il a été reconnu par les deux et que l'un soit mort, les droits relatifs à la direction de la personne de l'enfant appartiennent nécessairement à celui des auteurs qui a reconnu ou au survivant de ceux qui ont reconnu. Aucune hésitation n'est possible.

La difficulté apparaît lorsque les père et mère ont tous les deux reconnu l'enfant, que tous deux sont vivants et en état d'exercer les droits relatifs à la direction de la personne de l'enfant. L'esprit général du Code paraît être qu'on applique les mêmes idées qu'en cas de filiation légitime, de sorte que le père exerce d'abord l'autorité. En effet, l'enfant naturel reconnu par ses deux auteurs prend le nom de son père et suit sa nationalité quand sa filiation est établie à l'égard du père et de la mère par le même acte judiciaire ou extrajudiciaire [1] ; il dépend de lui quant au mariage, en ce sens que le consentement du père suffit au cas de dissentiment entre le père et la mère (articles 148 et 158) [2]. Ces diverses règles

1. *Suprà*, tome I, p. 22 et suiv. ; — *suprà*, p. 222.
2. *Suprà*, tome I, p. 310.

Source BIU Cujas

sont significatives ; il faut en conclure que l'exercice de l'autorité paternelle appartient d'abord au père et ne passe à la mère qu'à défaut du père.

Cependant, la jurisprudence paraît tendre à admettre que les père et mère, faute d'un texte qui leur donne des droits inégaux, peuvent revendiquer au même titre l'exercice de l'autorité paternelle. L'article 383, dit-on, confirme cette manière de voir, car il accorde l'autorité paternelle aux père et mère sans distinction ; en tout cas, il n'accorde pas au père un droit qui soit, même temporairement, exclusif de celui de la mère, ou qui lui soit préférable [1]. La conséquence pratique est la suivante. Dès et par cela seul qu'il y a dissentiment entre le père et la mère, il appartient à l'autorité judiciaire de décider auquel des deux l'intérêt de l'enfant commande de confier le soin de la personne ; les tribunaux peuvent même retirer ce soin aux deux auteurs et le confier au tuteur si la tutelle appartient à un autre qu'aux père et mère [2].

3° Enfin il y a concours de la puissance paternelle et de la tutelle quand, le père ayant encouru la déchéance de l'autorité paternelle, la mère ne conserve pas la garde des enfants. C'est l'hypothèse de l'article 9 de la loi du 24 juillet 1889. On a craint, avons-nous dit [3], que la mère ne fût impuissante à contrebalancer l'action du père déchu, car elle est soumise à l'autorité maritale, de sorte que la déchéance du père serait en réalité sans effet. Alors la mère est exclue, en ce sens probablement qu'il y a tutelle, mais sans qu'elle perde l'autorité paternelle. Nous indiquerons plus tard comment les attributions sont alors partagées ; le partage est assez compliqué.

Ainsi, dans trois cas, les règles des titres IX et X doivent être combinées. Comment et dans quelle mesure ? Les règles de la combinaison apparaîtront peu à peu. Les textes supposent cette combinaison plutôt qu'ils ne la prévoient formellement ; aussi elle donne lieu, dans la pratique, à de nombreuses difficultés que nous rencontrerons à leur place.

1. Trib. de la Seine 20 mai 1887, *La Loi* du 27 octobre.

2. Paris 10 avril 1872, D. P. 1872.II.144, — Trib. de Châlon-sur-Saône 20 avril 1881, *Le Droit* du 18 septembre, — Paris 19 mai 1882, *Le Droit* du 17 septembre, — Trib. de la Seine 19 janvier 1887, *Le Droit* du 23 mars, — 20 mai 1887, *La loi* du 27 octobre, — Trib. de Lyon 27 juin 1891, *La Loi* du 27 octobre et *Pandectes françaises*, 1892. II. 199.

3. *Suprà*, p. 330.

Source BIU Cujas

690. Finalement, pour embrasser toutes les hypothèses quant à l'autorité dans la famille, il faut dire que quatre combinaisons sont possibles quant à l'organisation de la protection due aux mineurs.

1° Il y a puissance paternelle seule quand les père et mère sont vivants, mariés ou divorcés, et non déchus.

2° Il y a tutelle seule quand les père et mère sont décédés, ou tous deux déchus, ou l'un décédé et l'autre déchu.

3° Il y a combinaison de la puissance paternelle et de la tutelle dans deux cas : pour les enfants légitimes quand un des auteurs est mort, pour les enfants naturels dès qu'ils sont reconnus.

4° Il y a curatelle en cas d'émancipation.

Les titres IX et X sont consacrés à réglementer ces quatre situations. Le titre IX est relatif à la puissance paternelle, seule ou combinée avec la tutelle ; les deux premiers chapitres du titre X sont relatifs à la tutelle, ou seule, ou combinée avec la puissance paternelle ; le chapitre III du titre X est relatif à la curatelle.

Reprenons séparément ces différentes parties du sujet et commençons par la puissance paternelle, dont s'occupe le titre IX.

691. Nous avons observé déjà, traçant par avance et par aperçu l'ensemble du sujet, que les dispositions du titre IX ont été modifiées et surtout complétées par la loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*. Il importe de dire quelques mots d'abord sur les faits et les idées qui ont amené cette loi, sur le caractère et les tendances des dispositions qu'elle renferme. Par là apparaîtra l'esprit du droit actuel en cette matière, ce qui est le point important, car les détails ici ne sont presque rien.

Le système du Code civil sur la puissance paternelle a été souvent et est encore chaque jour critiqué ; il est l'objet de critiques de deux sortes, opposées dans leurs conclusions. Les uns lui reprochent d'être arriéré, d'en être encore à la conception romaine de la famille et d'avoir méconnu dans le mineur les droits de l'individu, sans utilité pour lui et au grand dommage de l'intérêt général. Les autres, se plaçant à un point de vue inverse, lui reprochent d'avoir affai-

Source BIU Cujas

bli outre mesure la puissance paternelle, au grand dommage de la famille et de l'Etat, également intéressés à une bonne discipline sociale [1].

Il est évident *à priori* que ces deux griefs ne sauraient être fondés à la fois l'un et l'autre, puisqu'ils sont contradictoires.

692. On peut affirmer que ceux qui reprochent au Code civil d'en être encore, en cette matière, à la conception romaine de la famille, sont dupes des mots et des apparences. Entre les deux législations la différence est profonde.

Il faut remarquer d'abord (cela n'est pas sans intérêt au point de vue des idées) que l'expression *puissance paternelle* ne figure au Code civil que dans la rubrique du titre IX ; partout ailleurs, dans les textes, elle a été remplacée intentionnellement par celle d'*autorité paternelle* (articles 372 et 373).

En écartant, partout ailleurs que dans la rubrique, l'expression *puissance paternelle*, les rédacteurs du Code ont voulu marquer le triomphe définitif des idées qu'exprimait la maxime autrefois reçue en France dans les pays de coutume : « Droit de puissance paternelle n'a lieu [2] » ; cela signifiait non pas que les père et mère n'avaient aucune autorité sur leurs enfants, mais seulement que la puissance paternelle, telle que l'avait entendue le droit romain sous le nom de *patria potestas* et telle qu'elle s'était conservée dans les pays de droit écrit, n'était pas admise.

En effet, la puissance paternelle des Romains ne ressemble en rien à l'autorité paternelle du droit coutumier.

693. Chez les Romains, l'unité sociale était la famille, et, dans la famille, la loi ne connaissait, à vrai dire, que le chef. Chaque famille était un groupe, où le *paterfamilias* régnait en maître, dont il était l'administrateur, le magistrat et le justicier. La personnalité des enfants disparaissait, absorbée dans la sienne ; ils n'avaient aucun bien en propre, tout ce qu'ils acquéraient étant acquis au *paterfamilias* ; leur personne physique même était à la disposition du père, qui avait sur eux droit de vie et de mort ; en un mot, ils étaient *alieni juris*. La famille se personnifiait dans son chef, qui,

1. En ce dernier sens, voy. Le Play, *La réforme sociale*, 5e édition, I, p. 439.
2. Loysel, *Institutes coutumières*, livre I, § 37, édition Dupin et Laboulaye, I, p. 82.

Source BIU Cujas

selon l'énergique expression des jurisconsultes « *in domo* « *dominium habet* [1] ». La *patria potestas* reposait sur une idée de puissance, de domaine ; le *paterfamilias* était un maître ; son autorité était tout entière dans son intérêt, ou plutôt dans l'intérêt du rôle qui lui incombait dans l'Etat.

Ainsi comprise, la *patria potestas* fut une institution politique [2]. Par l'unité du patrimoine dans la famille, on assurait la conservation des fortunes ; par l'unité de souveraineté, celle des mœurs et des traditions nationales. De là une triple conséquence. La puissance paternelle n'appartenait pas au père, mais à l'ascendant le plus éloigné, à l'*ultimus genitor*, qui gouvernait toute la lignée ; elle n'appartenait jamais à la mère, inhabile au rôle politique de chef ; enfin elle retenait les enfants quel que fût leur âge, eussent-ils eux-mêmes des enfants et fussent-ils des vieillards.

La rudesse primitive du droit fut plus tard adoucie, mais le principe même de la théorie primitive subsista. Pendant de longs siècles, cette organisation valut à Rome une discipline très forte ; Rome lui dut l'unité suivie de politique qui fit sa fortune [3].

694. Dans le droit moderne, le rôle politique de la famille et du père de famille a disparu. La loi ne connaît plus d'intermédiaire entre elle et les individus ; l'individu a été substitué à la famille comme unité sociale. C'est une des applications du principe d'égalité devant la loi ; il se rattache à une tendance déjà ancienne et chaque jour plus visible.

Est-ce à dire que les parents n'aient plus d'autorité sur les enfants ? Non, assurément ; mais le principe de leur pouvoir est devenu tout autre. Le chef de famille n'est plus un maître, il est un protecteur ; il n'a plus sur ses enfants ni puissance ni domaine, mais un pouvoir de surveillance et de direction. Par suite, l'autorité paternelle n'est plus un droit que le chef de famille exerce dans son propre intérêt, ou dans l'intérêt d'un rôle politique ; elle est une mission qu'il remplit dans l'intérêt de l'enfant ; elle n'a plus pour fondement le droit du père, mais celui de l'enfant. En d'autres termes,

1. Fragm. 195 § 2, Dig., *De verborum significatione*, L, 16.
2. Voy. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, p. 155 et suiv.
3. Sur les origines et les transformations de la *patria potestas*, voy. Accarias, *Précis de droit romain*, 4e édition, I, nos 75 et suiv., — Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 127 et suiv.

Source BIU Cujas

elle est le mode d'exécution d'un devoir, du devoir d'éducation que la nature impose au père, du devoir de paternité. De là une triple conséquence.

1° L'autorité paternelle n'appartient plus à l'ascendant le plus éloigné, comme à Rome, mais aux père et mère, qui sont responsables de l'existence de l'enfant et sur qui pèsent les devoirs de paternité.

2° Elle n'est plus réservée au père, comme à Rome ; la mère y participe, comme elle participe au devoir de paternité.

3° Elle n'est plus perpétuelle, comme à Rome, mais temporaire ; étant établie à raison de la faiblesse de l'âge, elle cesse quand l'enfant n'a plus besoin d'appui, à la majorité.

L'autorité paternelle ainsi comprise, loin d'absorber la personnalité de l'enfant, comme jadis la *patria potestas*, en est le soutien et la garantie. En tant que droit, elle se borne à ce qui est nécessaire pour assurer la discipline domestique, sans laquelle il n'y a pas d'éducation ; en tant que pouvoir, elle est toujours limitée par la notion supérieure de l'intérêt de l'enfant.

695. Cette conception nouvelle de l'autorité paternelle paraît se rattacher aux traditions germaniques, d'où sortit le droit coutumier. Les pays de droit écrit suivaient le droit romain, dont ils avaient toutefois tempéré la rigueur. Bien que la majorité fût généralement fixée à vingt-cinq ans, les majeurs demeuraient sous la dépendance du chef de famille pour certains actes de la vie civile. La puissance paternelle était attribuée au père et refusée à la mère. C'étaient là les traits distinctifs de la *patria potestas*.

On comprend alors le sens et la portée de la maxime coutumière : « puissance paternelle n'a lieu » ; elle était, en même temps que l'expression du droit national, la condamnation du droit romain. Bourjon définissait ainsi l'autorité paternelle : « Un pouvoir de direction tempéré par la piété « paternelle [1] » ; Pothier, analysant les éléments de cette autorité, ne voyait plus en elle que deux choses : 1° le droit que les père et mère ont de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se

1. *Le droit commun de la France*, livre I, titre V, chapitre I, section I, article I.

Source BIU Cujas

gouverner eux-mêmes et leurs biens, — 2° le droit qu'ils ont d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance [1].

696. Le système du droit coutumier fut consacré comme droit commun par la loi du 28 août 1792 : « L'Assemblée nationale décrète que les majeurs ne seront plus soumis à la « puissance paternelle ; elle ne s'étendra plus que sur la « personne des mineurs. » Finalement, ce système fut adopté par le Code civil. D'après lui, l'autorité paternelle appartient au père et à la mère ; entre le père et la mère la préférence n'est que dans l'exercice (articles 372 et 373). Elle est restreinte dans les limites de la minorité, au moins quant à ses effets légaux les plus importants (articles 372 et 377). Elle ne comporte plus, du moins en principe, que des attributions de tutelle. On peut la définir ainsi : elle est l'ensemble des pouvoirs reconnus nécessaires à l'accomplissement des devoirs de paternité. En tant qu'autorité, elle est toujours limitée par la considération supérieure de l'intérêt de l'enfant.

Pour mieux marquer l'avènement de ces idées, l'expression même de *puissance paternelle*, qui éveille d'autres idées, a été écartée et remplacée par celle d'autorité paternelle. « Rien ne ressemble moins à l'ancienne puis- « sance paternelle que l'autorité des père et mère qui est « l'objet du titre IX, disait Berlier au Conseil d'Etat. Il faut « des mots nouveaux pour exprimer des idées nouvelles. » C'est par inadvertance que les mots *puissance paternelle* ont été laissés dans la rubrique du titre [2].

697. Plusieurs lois postérieures au Code civil (nous les rencontrerons tout à l'heure) ont de plus en plus accentué cette tendance, qui est issue du droit coutumier. Il faut noter cependant, dans la dernière de ces lois, celle du 24 juillet 1889, deux anomalies singulières à ce point de vue.

1. *Traité des personnes*, titre VI, section 2, n° 130. — Sur les origines et les transformations de l'autorité paternelle, voy. Bernard, *Histoire de l'autorité paternelle en France*, in-8°, 1863, — et surtout Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 525 et suiv.

2. Voir la curieuse discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat à cette occasion. Boulay aurait voulu que le titre fût intitulé : *Des droits et des devoirs des pères* ; c'est Tronchet qui proposa et fit prévaloir l'expression d'*autorité paternelle*, laquelle remplace celle de *puissance paternelle* partout ailleurs que dans la rubrique. Voy. Locré, VII, p. 21 et suiv.

Source BIU Cujas

D'abord, ce qui n'était pas à prévoir, la loi de 1889 a relevé et introduit de nouveau dans les textes l'expression de *puissance paternelle*, que le Code civil avait intentionnellement et soigneusement écartée, qui n'avait subsisté que par mégarde dans la rubrique. Elle s'était maintenue dans l'usage, mais elle avait (nous avons dit pourquoi) disparu de la loi. Elle y reparaît et figure dans tous les articles du titre I, notamment dans la rubrique des trois chapitres qui composent ce titre. Le retour à cette qualification ancienne est en contradiction avec les tendances de la loi. Les auteurs de cette loi ne paraissent pas avoir connu l'incident de la rédaction du Code civil à la suite duquel les mots *puissance paternelle* ont été proscrits. Ils ont réintroduit une qualification en opposition avec le système qu'ils se proposaient eux-mêmes de développer.

D'autre part, la loi de 1889 suppose que l'autorité paternelle appartient non seulement aux père et mère, mais aux autres ascendants, ce qu'on ne connaissait plus en France depuis bien des siècles. L'article 1 dit : « Les père et mère « et ascendants sont déchus de plein droit, à l'égard de tous « leurs enfants et descendants, de la puissance paternelle... » Voici ce que cela veut dire.

Les ascendants, au nom de l'intérêt de la famille, ont conservé quelques vestiges de leurs antiques attributions. A défaut des père et mère, ils sont appelés à autoriser le mariage (articles 148 et suiv.) et l'adoption (article 346). En cas de donation entre vifs faite à un de leurs descendants, ils peuvent accepter la donation au nom de l'enfant (article 935 alinéa 2).

Est-ce là la puissance paternelle ? En aucune façon. De nos jours et depuis longtemps, l'autorité paternelle n'appartient plus qu'aux père et mère. Il ne s'agit là que de certaines prérogatives de famille attribuées aux ascendants. Ce sont elles qu'on a voulu exclure ; à cause d'elles, la loi de 1889 soumet les ascendants aux déchéances qu'elle prononce.

La loi de 1889 s'est donc écartée de la tradition sous deux rapports. Elle suppose que la puissance paternelle appartient aux ascendants autres que les père et mère, ce qui est contraire à tous les précédents ; elle rétablit une dénomination écartée en 1804, ce qui est en opposition avec le système du Code.

De sorte qu'en apparence la loi de 1889 aurait consacré une

Source BIU Cujas

réaction contre les principes du Code civil. Or il n'en est rien, bien loin de là ; son but, en effet, a été de déduire des conséquences nouvelles du principe coutumier consacré en 1804, mais insuffisamment suivi dans ses applications. Donc il y a opposition entre la pensée du législateur et les dispositions de la loi. Il faut bien le dire : voilà les antinomies qu'amènent les lois faites sans connaissance suffisante du sujet.

698. Voici sous quel rapport la loi de 1889 est allée plus avant que le Code civil dans la voie ouverte depuis le droit coutumier, et a dépassé les principes consacrés en 1792 puis en 1804. Dès qu'on admet que l'autorité paternelle est un pouvoir de surveillance et de protection, toujours dominé par la considération supérieure de l'intérêt de l'enfant, elle a nécessairement des limites, au delà desquelles l'enfant doit être protégé contre son protecteur, si celui-ci abuse ou ne suffit pas. De là deux conséquences : d'abord la loi doit réserver un contrôle, ensuite la déchéance doit être possible en cas d'indignité, d'insuffisance ou d'abus.

C'est à quoi ont pourvu, développant les principes, la jurisprudence d'abord et la loi ensuite.

En 1804, on ne paraît pas y avoir songé. Jamais, dans l'ancien droit, on n'avait eu l'idée d'une protection de l'enfant contre ses parents, qui sont ses protecteurs naturels. L'idée qui sert de fondement au système du droit moderne rendait inévitable qu'on y songeât. Diverses lois de détail, dans certains cas particuliers, ont successivement précisé les droits des père et mère. Elles caractérisent une tendance certaine, qui va se développant chaque jour, et porte à entourer l'enfant d'une protection positive, même au regard de ses parents.

A cette tendance se rattache l'article 335 du Code pénal de 1810, qui prononce la déchéance des parents ayant excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de leurs enfants. Il faut y rattacher aussi la loi du 22 février 1831 sur le contrat d'apprentissage,et trois lois importantes de 1874 : celle du 19 mai, sur le travail des enfants employés dans l'industrie, loi qui limite ce qui peut leur être imposé, — celle du 7 décembre, sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes, — celle du 23 décembre, sur la protection des enfants du premier âge et en particulier des nourrissons.

Source BIU Cujas

Au même ordre d'idées se rattache la loi non moins importante du 28 mars 1882, qui a consacré le principe de l'instruction obligatoire. L'instruction, dans la mesure que comporte la condition des père et mère, a toujours été obligatoire (article 203). Ce qui manquait jusqu'en 1882, c'est une sanction précise ; la loi de 1882 l'a établie pour l'instruction primaire, qui représente le minimum.

Enfin c'est encore au même ordre d'idées que se rattache la loi du 2 novembre 1892, sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels.

Nous ne pouvons que renvoyer à la lecture de ces lois diverses. Elles ne sont pas du domaine du droit civil, si ce n'est par l'idée générale dont elles s'inspirent et qui les domine. Ne vont-elles pas trop loin ? Ne consacrent-elles pas une ingérence trop grande de l'Etat, surtout la dernière, qui étend la main de l'Etat même sur les femmes majeures? Nous n'avons pas à le rechercher. Il suffit de constater qu'elles contiennent des dispositions d'ordre pratique et réglementaire, qui protègent l'enfant contre l'insuffisance ou l'abus de ses protecteurs naturels.

Maintenant, en dehors des cas prévus par des lois spéciales, reste toujours une question générale : où est la limite des droits inhérents à l'autorité paternelle, et quel remède existe en cas d'insuffisance ou d'abus? S'il y a tutelle et tutelle seule, pas de difficulté. La tutelle est exclusivement un pouvoir de protection ; donc l'exclusion et la destitution sont possibles (articles 442 et suivants). Mais on ne destitue pas les père et mère de leur qualité.

En fait, sous l'empire du Code civil, on s'est accordé promptement dans l'usage à admettre (sans qu'il soit facile de dire précisément sur quoi se fonde légalement cette doctrine, sinon sur l'esprit général du Code) que les tribunaux ont un pouvoir de contrôle supérieur, de haut arbitrage, qui leur permet d'intervenir, au mieux des intérêts de l'enfant, toutes les fois qu'il y a abus ou insuffisance dans l'exercice de l'autorité paternelle. Les tribunaux ne peuvent pas enlever aux père et mère leur autorité, car elle est inhérente à leur qualité et ils la tiennent de la loi ; mais, disent les arrêts, les tribunaux peuvent en modifier les conditions d'exercice, retirer même cet exercice, en tout ou partie, dans la mesure que les circonstances font juger nécessaire.

Source BIU Cujas

Nulle part cela n'est écrit formellement, mais cela résulte du principe même qui sert de fondement à l'autorité paternelle ; c'est de plus une impérieuse nécessité pratique, le seul moyen de régler les mille difficultés et conflits qui surgissent en cette matière. Dans quelques cas d'ailleurs, la loi confie aux tribunaux le soin de régler l'exercice de l'autorité paternelle ; ainsi font les articles 240, 302 et 303 pour le cas de demande en divorce ou en séparation et pour le cas de divorce ou de séparation prononcés. Ces articles, a-t-on dit, ne sont que l'application d'une règle générale, laquelle doit être suivie toutes les fois qu'il y a nécessité.

Aussi cette manière de voir ne fit bientôt plus doute dans la pratique. Maints arrêts ont consacré ici le pouvoir discrétionnaire de l'autorité judiciaire, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 1879 : « Il appartient aux « tribunaux, dit la Cour, de restreindre l'exercice de l'auto- « rité paternelle quand l'intérêt de l'enfant est en péril, ma- « tériellement ou moralement [1]. »

A qui appartient-il de provoquer l'intervention de justice ? A la mère, si c'est le père qui exerce l'autorité paternelle ; on n'en doute pas. Au ministère public, chargé de veiller à tout ce qui concerne l'intérêt des incapables. On peut aller jusqu'à reconnaître le droit d'intervenir aux membres de la famille. Telles étaient les solutions de la jurisprudence avant la loi de 1889.

En résumé, le principe du contrôle judiciaire éventuel ne faisait pas doute en jurisprudence. Mais on ne tarda pas à trouver cet expédient insuffisant. En effet, c'est presque exclusivement dans les familles bien établies, aisées, que le recours à l'autorité judiciaire était possible, au moins usité, en cas d'abus ou d'insuffisance de l'autorité paternelle. Qu'advenait-il pour les enfants du peuple ? Si des scandales éclataient çà et là dans les classes élevées, dans les classes populaires les abus étaient quotidiens ; on y rencontrait trop souvent des enfants abandonnés, parfois maltraités, victimes de mauvais traitements et de mauvais exemples. A défaut de parents, il y avait bien l'assistance officielle ; mais elle était souvent paralysée. Car combien de fois le fait sui-

1. D. P. 1879. I. 223, Sir. 1879. I. 464. — Voy. un relevé complet de la jurisprudence sur ce point dans une note de M. de Loynes sous un arrêt de la Cour d'Agen du 6 novembre 1889, D. P. 1890. II. 25.

Source BIU Cujas

vant ne s'est-il pas produit ? L'assistance recueille un enfant ; le père ou la mère, armé de son droit, réclame l'enfant, menace au moins de le réclamer, fait au besoin du chantage et entrave l'action de la bienfaisance officielle ou privée. Les pouvoirs publics étaient impuissants à réprimer les abus.

De là est sortie la loi de 1889. Voici comment l'objet général en a été indiqué dans l'exposé des motifs : « Protéger les enfants contre leurs parents indignes en prononçant « à l'égard de ces derniers la déchéance de la puissance paternelle, procurer aux administrations publiques, aux associations de bienfaisance et aux personnes charitables le « moyen légal de pourvoir efficacement et avec sécurité à l'éducation des enfants qu'elles recueillent, enfin régler la dévolution à l'assistance publique de la puissance paternelle « retirée aux parents ou délaissée par eux, tels sont les objets « de la proposition soumise au Parlement[1]. » La loi se compose de deux titres. Le premier s'occupe de la déchéance de la puissance paternelle; le chapitre I règle quels sont les cas où il y a lieu de la prononcer et quelles sont les personnes qui ont qualité pour agir ; le chapitre II traite *De l'organisation de la tutelle en cas de déchéance de la puissance paternelle*, et le chapitre III *De la restitution de la puissance paternelle*. Quant au titre II, il est relatif à la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention des parents.

Le Code civil n'est pas abrogé. Le système qu'il a établi subsiste. La loi de 1889 le complète en réglant les conséquences de l'abus ou de l'insuffisance.

699. Reste, pour achever cet exposé général, une question née depuis la loi de 1889. Sous l'empire du Code civil, avant la loi de 1889, ce fut au moyen de l'intervention éventuelle des tribunaux que l'on remédia aux difficultés pratiques. Aujourd'hui que la loi de 1889 organise tout un système de protection, en rendant possible la déchéance, en réglant par qui elle peut être demandée et prononcée, puis quels en sont les effets, y a-t-il encore place, comme auparavant, pour l'intervention discrétionnaire des tribunaux, appelés à modifier, selon les cas, les conditions d'exercice de l'autorité paternelle au mieux des intérêts de l'enfant? La

1. *Annales de la Chambre des Députés*, documents parlementaires, octobre-décembre 1888, annexe n° 3389, p. 717.

Source BIU Cujas

jurisprudence est encore mal fixée à cet égard. La question est pendante.

A la suite de la loi de 1889, plusieurs décisions judiciaires furent rendues excluant désormais l'intervention éventuelle des tribunaux. « La loi du 24 juillet 1889, dit un arrêt, a « introduit un droit nouveau ; la déchéance de la puissance « paternelle, dans le cas où elle peut être prononcée en vertu « de cette loi, ne peut être que générale et pour la totalité « des droits ; les juges n'ont plus le droit de toucher à l'exer- « cice de la puissance paternelle pour seulement la restrein- « dre ou la modifier suivant la diversité des espèces ou la « variété des intérêts [1]. »

Ce système est inadmissible ; des considérations décisives ont été invoquées contre lui.

700. D'abord, il ne faut pas perdre de vue le but qu'ont poursuivi les rédacteurs de la loi nouvelle. Ils étaient en présence d'une jurisprudence reconnaissant à l'autorité judiciaire un pouvoir supérieur de contrôle et d'arbitrage en ce qui concerne l'exercice de l'autorité paternelle ; jurisprudence formelle et aussi fort ancienne, car elle n'était que le développement de la jurisprudence suivie à cet égard dans l'ancien droit. D'autre part, ils étaient en présence de textes législatifs postérieurs à 1804, autorisant les tribunaux à prononcer la déchéance de l'autorité paternelle dans certains cas isolés et peu nombreux. Dans ces conditions, qu'a voulu faire le législateur de 1889 ? A-t-il voulu restreindre le droit de contrôle des tribunaux sur l'exercice de l'autorité paternelle ? Au contraire, il a voulu fortifier ce droit de contrôle. Dans ce but, il a édicté des règles complètes sur la déchéance, multiplié les cas de déchéance et présenté l'énumération limitative des hypothèses dans lesquelles la déchéance peut être prononcée. Pour le surplus, il s'en est référé à la jurisprudence antérieure. Elle était trop bien arrêtée, trop ancienne pour qu'il ait pu l'ignorer, et rien absolument n'indique, dans les travaux préparatoires, qu'il ait voulu la condamner ; si tel avait été son dessein, la gravité en aurait été si grande qu'il en serait resté quelque trace.

Ce dessein, d'ailleurs, eût été trop déraisonnable pour qu'il soit permis de l'imputer gratuitement au législateur de 1889.

1. Poitiers 21 juillet 1890, *Le Droit* des 20 et 21 octobre 1890.

Source BIU Cujas

Qu'on parcoure, en effet, les causes de déchéance prévues par la loi nouvelle ; le nombre en est grand, sans doute, mais non pas infini ; les cas les plus graves sont seuls prévus, et la mesure autorisée dans ces cas est la mesure extrême, la déchéance totale de tous les attributs inhérents à l'autorité paternelle. Mais en dehors de ces cas graves, qui appellent les mesures extrêmes, l'exercice de l'autorité paternelle peut faire naître maintes difficultés de gravité moyenne, qui appellent une solution proportionnée à la gravité même des circonstances : difficultés passagères pour la plupart, que l'intervention des tribunaux peut seule résoudre au jour le jour par les artifices que les circonstances suggèrent, que commandent la prudence et l'expérience. La loi de 1889 est loin de suffire à tous les cas qui peuvent se présenter ; si les tribunaux étaient réduits au droit de prononcer la déchéance totale, ils seraient désarmés dans maintes hypothèses, et bien des enfants, qui étaient protégés par l'intervention des tribunaux avant 1889, se trouveraient privés désormais de toute protection. Ce serait la politique du tout ou rien, politique absurde ici comme ailleurs, et trop directement contraire au but poursuivi par le législateur pour qu'il ait pu vouloir la suivre. Les prescriptions de la loi nouvelle sont limitatives en tant qu'elle énumère les cas de déchéance ; mais elle n'entend pas énoncer limitativement les mesures qui peuvent être prises pour parer aux difficultés que fait naître l'exercice de l'autorité paternelle. Elle prévoit l'une de ces mesures : la déchéance totale ; elle s'en remet aux tribunaux, conformément à la jurisprudence antérieure, du soin d'arrêter les autres : les tribunaux peuvent prescrire toutes les mesures utiles, sans aller jusqu'à la déchéance qui est possible seulement dans certains cas, en particulier paralyser entre les mains des parents telle prérogative de l'autorité paternelle dont il apparaît que l'exercice est funeste aux intérêts de l'enfant. C'est en ce sens que la doctrine tend à se prononcer et qu'ont été rendues certaines décisions judiciaires [1].

1. Voy. Didier, *Etude sur la loi du 24 juillet* 1889, dans *Le Droit* des 31 décembre 1890 et 1er janvier 1891, — Testoud, *Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet* 1889, dans la *Revue critique de droit*, 1891, p. 24 et suiv., — Bourcart, *De l'autorité paternelle sur la personne et les biens des enfants légitimes ou naturels*, mémoire lu au congrès des sociétés savantes à Paris en 1891, p. 16 et suiv., — Bourcart, *De la déchéance*

Source BIU Cujas

701. Que ce contrôle des tribunaux soit indispensable, il est facile de l'établir en fait ; il suffit pour cela de jeter les yeux sur la jurisprudence et d'envisager les hypothèses que la pratique a fait naître. Voici quelques exemples fournis par les arrêts ; certains le sont par des arrêts antérieurs à 1889, qui par conséquent n'ont plus de valeur juridique, mais qui servent encore à faire apercevoir quelles difficultés peuvent surgir dans la vie courante.

1re Hypothèse. — L'enfant ne peut disposer de lui-même avant la majorité, sauf à partir de vingt ans pour s'engager. Voilà la règle. Mais il peut être utile à l'enfant de contracter plus tôt l'engagement. Supposons que le père refuse son consentement sans motifs sérieux, sans même vouloir en donner aucun, par parti pris. L'autorité judiciaire peut-elle suppléer au consentement paternel, ou peut-elle décider qu'il suffira du consentement de la mère ?

Le cas s'est présenté à propos d'un jeune homme dont le père et la mère étaient divorcés ; la garde avait été confiée à la mère, mais l'attribution de la garde n'est qu'un fait, qui laisse subsister à tous autres égards, en droit, le système de l'autorité paternelle. Le père refusait de répondre à la demande d'autorisation qui lui était faite ; l'affaire fut portée devant le tribunal, dont la sentence fut la suivante : dans le jour de la signification du jugement, le père sera tenu de fournir en la forme régulière le consentement nécessaire, faute de quoi la mère sera autorisée à le fournir [1].

Certes, dans cette voie, on risque d'aller bien loin. La jus-

de la puissance paternelle, dans la *France judiciaire*, 1892, p. 181 et suiv. — Cpr. Trib. de la Seine 27 janvier 1890, Sir. 1891. II. 17, — 6 août 1890, *Le Droit* des 20-21 août, — 11 août 1890, *Le Droit* du 29 octobre, — Aix 12 novembre 1890, Sir. 1891. II. 25, — Trib. de Rennes 18 septembre 1891, D. P. 1894. II. 393 (note de M. de Loynes). — En sens contraire, voy. la note précitée de M. de Loynes et une autre note du même auteur dans D. P. 1891. II. 73, — Léon Lallemand, *Notice et notes sur la loi du 24 juillet* 1889, dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 1890, p. 272, — Leloir, *Code de la puissance paternelle*, I, nos 448, 521 à 541, — Dalloz, *Supplément au Répertoire*, Vo *Puissance paternelle*, no 53. — Cpr. Agen 6 novembre 1889, D. P. 1890. II. 25 (note de M. de Loynes), Sir. 1890. II. 132, — Poitiers 21 juillet 1890, D. P. 1891. II. 73 (note de M. de Loynes), Sir. 1891. II. 17 (note de M. Bourcart), — Cass. 28 juillet 1891, D. P. 1892. I. 70, Sir. 1891. I. 385, — Paris 24 juin 1892, D. P. 1893. II. 81 (note de M. de Loynes), Sir. 1893, II, 228, — Cass. 12 février 1894, D. P. 1894. I. 218, Sir. 1894. I. 240, — Trib. de Villeneuve-sur-Lot 25 novembre 1893, D. P. 1894. II. 395.

1. Trib. de la Seine 29 octobre 1886, *Le Droit* du 30 octobre.

Source BIU Cujas

tice va-t-elle pouvoir suppléer au consentement des parents dans les autres cas, par exemple en matière de mariage? D'un autre côté, il est une vérité certaine : c'est que tout droit cesse où l'abus commence ; la justice est là pour y veiller.

2e Hypothèse. — L'autorité judiciaire peut-elle enlever aux père et mère la garde de l'enfant et la confier à un tiers, par exemple à un ascendant ?

Cela ne paraît pas contesté, au moins dans un cas. Quand la puissance paternelle se combine avec la tutelle, en cas de décès d'un des deux auteurs, le survivant conserve en principe la puissance paternelle ; il est ou peut être en même temps tuteur ; mais c'est comme père ou mère qu'il a le droit d'éducation. Or il est de jurisprudence que l'auteur survivant, s'il est déchu de la tutelle, peut en outre être privé de la garde des enfants [1].

En est-il de même s'il y a puissance paternelle seule, le père et la mère vivant l'un et l'autre ? Depuis la loi de 1889, si on est dans un cas de déchéance, la solution n'est pas douteuse ; mais que décider hors de là ? La jurisprudence hésite ; la Cour de cassation s'est prononcée dans le sens de la négative [2], sans qu'il soit possible d'apercevoir le motif de cette décision.

3e Hypothèse. — Jusqu'où vont les droits du père, ou de la mère si c'est elle qui exerce l'autorité paternelle, en ce qui concerne les rapports de l'enfant avec la famille, notamment avec les ascendants ? Une famille est atteinte du fléau des mésintelligences. Les ascendants, aïeuls ou aïeules, sont-ils en droit d'exiger qu'on leur laisse voir ou qu'on leur conduise les enfants ? Que de fois la question a été portée devant les tribunaux ! D'un côté, le père, qui est responsable, peut avoir des raisons sérieuses pour isoler les enfants de la famille ; d'autre part, son droit s'arrête là où il ne serait que l'effet d'un mauvais vouloir non justifié, à plus forte raison d'un simple caprice. Il n'y a de remède à de telles situations que dans le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, qui ont charge de concilier, comme faire se peut, les droits et la responsabilité du père avec les droits de la famille. Les

1. Cass. 27 janvier 1879, D. P. 1879. I. 223, Sir. 1879. I. 464, — Bordeaux 2 janvier 1884, *La Loi* du 26 mai.

2. Cass. 13 août 1884, D. P. 1885. I. 40, Sir. 1885. I. 80, — 12 février 1894, D. P. 1894. I. 218. — Cpr. Paris 24 juin 1892, D. P. 1893. II. 81.

Source BIU Cujas

décisions judiciaires abondent ; elles sont diverses ; peut-être cependant ne sont-elles pas contradictoires et ne faut-il y voir que des décisions d'espèces [1].

4e Hypothèse. — Jusqu'où vont les droits du père, ou de la mère si c'est elle qui exerce l'autorité paternelle, en ce qui concerne la direction d'esprit de l'enfant, son éducation intellectuelle, morale et religieuse ? En principe, le droit de celui qui exerce l'autorité paternelle est absolu et complet ; là où est la responsabilité légale et morale doit être la liberté d'action. Au regard de la famille, le droit du père n'est pas discutable ; mais que décider au cas de désaccord entre le père et la mère ? Il n'y a pas d'accommodement possible entre eux. Si l'on ne tient compte que de la loi, le père a droit d'imposer sa volonté. Toutefois, ici encore, il y a une limite ; le droit cesse où l'abus commence. Il y a une limite où la fermeté de caractère devient de l'entêtement, où l'entêtement devient de l'excentricité, où l'excentricité touche à la folie. Par exemple, le père assigne à l'enfant une nouvelle résidence chaque semaine, lui fait changer tous les ans de religion, lui inculque des idées bizarres, lui fait embrasser une carrière absolument en dehors de sa situation sociale. Aux tribunaux de décider, d'après les circonstances, en dehors du cas de déchéance encourue ou de déchéance possible. Ici trouvent leur application directe les termes d'un arrêt précité de la Cour de cassation : « Attendu que la puissance pater-« nelle, établie surtout dans l'intérêt de l'enfant, n'est pas ab-« solue, qu'il appartient aux tribunaux d'en restreindre l'exer-« cice quand, matériellement ou moralement, cet intérêt est « en péril.... [2] »

Les débats judiciaires offrent, en cette matière, les exemples des plus lamentables conflits. Quand la voix de la passion étouffe celle du bon sens et du cœur, tout devient matière à difficultés. Par exemple, les tribunaux ont eu souvent à décider si le père a le droit, malgré la volonté de la mère, de faire procéder à l'enterrement purement civil de l'enfant commun, ou si la mère peut exiger le concours des ministres

1. Trib. de Bourges 30 mai 1884, *La Loi* du 19 juillet, — Bourges 8 décembre 1884, *Le Droit* du 10 janvier 1885, — Paris 2 juillet 1885, *La Loi* du 22 août, — Trib. de Lyon 27 mars 1887, *La Loi* du 29 décembre. — Cpr. Cass. 28 juillet 1891, D. P. 1892. I. 70, — Paris 24 juin 1892, D. P. 1893. II. 81 (note de M. de Loynes), — Cass. 12 février 1894, D. P. 1894. I. 218.

2. *Suprà*, p. 345.

Source BIU Cujas

du culte. Ce sont là des difficultés irréductibles en droit. Oui, le père en a le droit ; mais c'est le cas ou jamais de dire : *Summum jus, summa injuria* [1].

702. Voilà, à titre d'exemples, des situations auxquelles la loi de 1889 ne remédie pas avec son système de déchéances ; il n'y peut être remédié qu'en fait, dans chaque cas isolé, par l'intervention des tribunaux, un peu discrétionnaire sans doute, mais indispensable. La jurisprudence antérieure à 1889 l'admettait sans conteste. Pourquoi en serait-il autrement depuis la mise en vigueur de la loi nouvelle ? Le législateur de 1889 ne peut pas avoir entendu supprimer le contrôle des tribunaux.

703. De tout cela se dégage une notion très nette de l'autorité paternelle dans le droit actuel ; cette notion découle des évolutions qui viennent d'être résumées. Dans le droit actuel, différent en cela du droit ancien, l'autorité paternelle n'est établie que dans l'intérêt de l'enfant ; elle est toujours dominée par la considération de cet intérêt ; elle est l'ensemble des droits nécessaires et reconnus aux parents pour qu'ils puissent s'acquitter des devoirs que la nature et la loi leur imposent envers l'enfant.

Il résulte de là que les attributs de l'autorité paternelle sont moins des droits que des charges, des obligations, ou du moins sont à la fois des charges et des droits ; ils correspondent aux devoirs de paternité et, par conséquent, au droit de l'enfant. Le droit de l'enfant lui vient de sa faiblesse. Son impuissance à se suffire lui-même lui vaut le droit d'être protégé par ceux qui lui ont donné la vie ; ils doivent prendre soin de sa personne et de ses intérêts jusqu'à ce qu'il puisse en prendre soin lui-même.

Nous pouvons conclure que ceux-là se trompent singulièrement qui imputent au Code civil, à plus forte raison au droit actuel, tel que l'ont fait les lois postérieures, et notamment la loi de 1889, d'en être toujours à la conception romaine de la famille. Il y a un abîme entre les deux systèmes : dans le système romain, la *patria potestas* avait pour fondement le droit du père, tandis qu'aujourd'hui l'autorité paternelle a pour fondement l'intérêt ou le droit de l'enfant.

1. Fuzier Herman, *Code civil annoté*, article 373, nos **1** à 37. — Cpr. Cass. 8 juillet 1857, D. P. 1857. I. 273, Sir. 1857. I. 721 (note).

Source BIU Cujas

704. Que vaut maintenant la seconde critique dirigée contre le droit actuel : celle d'avoir énervé l'autorité paternelle, de l'avoir affaiblie outre mesure ? Cela nous conduit, entrant davantage dans le détail, à étudier non plus l'esprit général de la loi, mais les attributs précis de l'autorité paternelle, afin de rechercher s'ils sont vraiment insuffisants. Peut-être convient-il de conclure, ici encore, que le reproche n'est pas fondé, et que, si l'autorité paternelle n'est ni assez forte, ni assez vigilante, cela tient non pas à la loi, mais aux mœurs, qui portent trop souvent les père et mère à ne pas user ou à n'user qu'avec mollesse des droits que la loi leur donne.

Pour justifier cette manière de voir, il faut résoudre successivement deux questions.

1° Quels sont, dans le droit actuel, les attributs de l'autorité paternelle ? En cela, la loi de 1889 n'a rien innové, au moins directement ; le Code civil reste seul et exclusivement applicable.

2° Comment l'autorité paternelle prend-elle fin ? C'est à ce propos surtout que la loi de 1889 a innové. Aux causes d'extinction régulières et normales, admises dès le début, elle a ajouté la déchéance ; elle en a énuméré les causes et réglé les suites.

Source BIU Cujas

CHAPITRE I

LES ATTRIBUTS DE L'AUTORITÉ PATERNELLE.

705. Ces attributs sont à la fois les droits et les charges qui sont inhérents à l'autorité paternelle. Elle est, avons-nous dit, l'ensemble des pouvoirs reconnus nécessaires à l'accomplissement des devoirs de paternité. Quels sont ces pouvoirs ?

L'énumération complète des textes les visant se trouve dans l'article 1 de la loi de 1889 ; le législateur les a groupés dans le dessein de marquer exactement les effets des déchéances encourues et d'écarter toute incertitude quant à leur portée : « Les père et mère et ascendants sont « déchus..... de la puissance paternelle, ensemble de « tous les droits qui s'y rattachent, notamment ceux énon- « cés aux articles 108, 141, 148, 150, 151, 346, 361, 372 à « 387, 389, 390, 391, 397, 477 et 935 du Code civil, à l'ar- « ticle 3 du décret du 22 février 1851 et à l'article 46 de la loi « du 27 juillet 1872. » Le texte dit : *notamment* ; en fait, il n'y en a pas d'autres. Le décret du 22 février 1851 est un décret-loi sur les contrats d'apprentissage ; il autorise les père et mère à les passer au nom de l'enfant. Quant à la loi du 27 juillet 1872, c'est la loi sur le recrutement de l'armée ; l'article 46 est relatif aux autorisations nécessaires pour les engagements volontaires avant vingt ans. Cette loi a été citée à tort par le législateur de 1889, car, à la date de la loi du 24 juillet 1889, elle était déjà abrogée et avait été remplacée par la loi du 15 juillet 1889, dont l'article 59 remplace et reproduit l'article 46 de 1872. Il n'y a là qu'un oubli ; si la citation est inexacte, le renvoi est fort clair.

Les applications de l'autorité paternelle sont donc multiples. Cependant elles se groupent autour de quatre pouvoirs principaux, qui forment, dans le droit actuel, les quatre attributs de la puissance paternelle.

Source BIU Cujas

Les trois premiers sont les corollaires directs des devoirs de paternité: 1° le droit d'éducation, ou droit de diriger l'éducation de l'enfant (articles 372 et suivants), droit qui dérive de ce que les père et mère sont obligés d'élever l'enfant (article 203), —2° le droit de correction (articles 375 et suivants), qui est la sanction du droit d'éducation, — 3° l'administration légale (article 389), qui est plutôt une charge qu'un droit, et se présente comme la conséquence de l'obligation de prendre soin non seulement de la personne, mais des intérêts de l'enfant, de ses biens, s'il en a.

Le quatrième attribut est le droit de jouissance légale (articles 384 et suivants). Il a un caractère différent; il s'explique du moins par des considérations d'un autre ordre ; on peut douter qu'il réponde, comme les précédents, à la notion moderne de l'autorité paternelle.

Reprenons ces quatre attributs, qui, dans leur ensemble, forment l'autorité paternelle.

SECTION I. — **Le droit d'éducation.**

706. Les articles 372 à 374 y sont relatifs. Ils ont pour objet de conférer aux père et mère les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement du devoir d'éducation dont ils sont tenus envers leurs enfants.

707. L'article 203, au titre *Du mariage*[1], consacre ce devoir : « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du ma« riage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs « enfants. » L'obligation de nourrir et d'entretenir comprend tout ce qui est nécessaire à la vie matérielle ; celle d'élever tout ce qui est nécessaire au développement moral et intellectuel.

De ce principe de morale naturelle, consacré comme règle de droit, découlent plusieurs conséquences. D'une part, ce principe implique obligation stricte pour les père et mère de ménager à l'enfant les preuves de sa filiation, afin qu'il puisse faire valoir son droit à l'éducation ; il devient ainsi le point de départ de la théorie des actions en réclamation d'état (articles 56, 323, 334, 340, 341 C. civ., 346 C. pén.)[2]. D'autre

1. *Suprà*, tome I, p. 417 et suiv.
2. *Suprà*, tome I, p. 189, — et *suprà*, n° 476.

Source BIU Cujas

part, il commande que certains pouvoirs soient mis aux mains des père et mère, afin que ceux-ci soient en état de remplir efficacement leurs devoirs ; il devient ainsi le fondement théorique de l'autorité paternelle.

708. Le devoir d'éducation, dans la large acception du mot, est commun aux père et mère ; il incombe à chacun d'eux à titre égal et au besoin pour le tout. Ils sont tenus *ensemble*, dit l'article 203. Sous tous les régimes, il est vrai, c'est le mari qui paie et supporte les frais d'éducation et d'entretien des enfants, soit comme charge de communauté s'il y a communauté (article 1409), soit comme charge personnelle à laquelle la femme contribue par son apport (articles 1448 alinéa 1, 1530, 1537 et 1540) ; mais ce n'est là que le résultat d'un règlement entre époux. Sous quelque régime que ce soit, si le mari n'a pas les ressources nécessaires, la femme est tenue personnellement des dépenses faites ou à faire, tant à l'égard des enfants qu'à l'égard des tiers. L'article 1448 alinéa 2 le décide en cas de séparation de biens judiciaire ; il en doit être de même sous les autres régimes ; c'est une conséquence du principe posé par l'article 203.

709. La jurisprudence paraît admettre que les père et mère sont tenus solidairement des frais d'éducation et d'entretien, de telle sorte que chacun d'eux pourrait être poursuivi principalement et devrait être condamné pour le tout, sauf à recourir contre l'autre [1]. Il n'y a là qu'une méprise de langage. En effet, sans doute la femme est tenue personnellement des frais faits pour l'éducation et l'entretien des enfants si le mari n'a pas les ressources nécessaires (article 1448 alinéa 2) ; mais ce n'est pas à dire qu'il y ait solidarité entre les père et mère à cet égard, de telle sorte que chacun d'eux puisse toujours être poursuivi pour le tout et condamné pour le tout, sauf à recourir ensuite contre son conjoint.

« La solidarité ne se présume point, dit l'article 1202 ; il « faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse « que dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit, en « vertu d'une disposition de la loi. » Or la jurisprudence, quand elle déclare que les époux sont tenus solidairement

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 203, nos 6 et suiv. ; — Cass. 21 mai 1890, D. P. 1890. I. 337 (note de M. de Loynes), Sir. 1891. I. 81 (note de M. Bourcart).

Source BIU Cujas

des frais d'éducation et d'entretien, n'entend évidemment pas dire que la solidarité a été stipulée d'une manière expresse, qu'elle est conventionnelle ; car où trouver la trace d'une convention de solidarité ? L'article 203 dit bien que « les époux contractent ensemble... l'obligation de nourrir... « leurs enfants » ; mais cela ne veut pas dire qu'il y ait convention de solidarité. Cela signifie d'abord que les époux ont action l'un contre l'autre pour se contraindre au besoin à l'exécution de leurs obligations [1], en second lieu que la femme même peut être actionnée et condamnée pour le tout si le mari n'a pas les ressources nécessaires, comme le répète l'article 1448 alinéa 2. Donc rien là qui ressemble à une convention de solidarité.

La jurisprudence, parlant d'obligation solidaire, ne peut vouloir parler que d'une solidarité légale ; or aucun texte n'établit cette solidarité et il faudrait un texte pour qu'elle existât. Vainement on invoquerait l'article 203. Le législateur, s'il avait entendu grever les père et mère d'une obligation solidaire, aurait dit qu'ils sont tenus solidairement ; il a dit seulement qu'ils sont « tenus ensemble ». L'expression n'est pas assez nette pour qu'elle puisse être considérée comme ayant établi un cas de solidarité légale ; elle a été choisie précisément pour écarter l'idée de solidarité et elle est éclairée par l'article 1448 alinéa 2 ; elle signifie que la femme, qui ne peut pas en principe être actionnée, peut l'être, même pour le tout, si le mari n'a pas de ressources suffisantes [2].

710. En règle générale, la loi met donc les dépenses d'éducation et d'entretien à la charge des parents. Dans un cas cependant, ces dépenses cessent d'être à leur charge : quand l'enfant a des biens personnels. Il se peut que les père et mère aient la jouissance légale de ces biens (article 384) ; aux termes de l'article 385, les charges de cette jouissance sont : « ... 2° la nourriture, l'entretien et l'éduca- « tion des enfants, selon leur fortune. » Si l'enfant a des biens dont les père et mère n'ont pas la jouissance, les dépenses d'éducation peuvent être prélevées sur les revenus et portées

1. *Suprà*, tome I, p. 417.
2. Voy. Laurent, *Principes*, III, n° 43. — Cpr. en ce sens Cass. 6 août 1894, D. P. 1895. I. 199, Sir. 1894. I. 416.

Source BIU Cujas

au compte d'administration [1]. Dans les deux cas, on fait application d'un même principe général, qui domine les dispositions de la loi et qui est le suivant. L'éducation est mise à la charge des parents parce que l'enfant ne peut pas se suffire à lui-même ; les frais de l'éducation sont supportés par les parents tant que l'enfant ne peut pas subvenir lui-même à ses besoins, et dans la mesure où il lui est impossible de le faire.

711. De cette même idée générale découle la règle que consacre l'article 204 : « L'enfant n'a point d'action contre « ses père et mère pour un établissement par mariage ou au- « trement. » Une fois muni de l'éducation, l'enfant n'a plus de droits contre ses parents, car son droit ne résulte que de son impuissance ; telle est l'explication de la règle. Le droit coutumier disait déjà : « Ne dote qui ne veut. » Il est vrai que l'établissement est le terme et la fin de l'éducation ; la dette des parents n'est pas acquittée tant qu'ils n'ont pas procuré à l'enfant un état, une carrière, une position en un mot. Cependant la loi n'en fait pas un devoir socialement exigible. En principe, l'homme muni de l'éducation devient l'artisan responsable de son propre sort [2].

712. Tel est le devoir d'éducation, que la nature et la loi imposent aux parents. L'article 203 le consacre.

Malheureusement, la formule qu'il en donne est à la fois inexacte et incomplète ; elle fait naître, dans la pratique, de nombreuses incertitudes.

On peut lui faire deux reproches.

713. **D'abord l'article 203 rattache tout à fait à tort le devoir d'éducation au mariage** [3]. Ce n'est pas par suite du mariage et en qualité d'époux que les père et mère sont tenus de nourrir et d'élever leurs enfants ; c'est par suite de la filiation et en qualité de père et mère. « Qui fait l'enfant le doit nourrir », disait-on jadis [4]. Le devoir d'éducation n'est pas un effet du mariage, mais de la paternité.

1. Aubry et Rau, VI, p. 72, texte et note 3. — Bordeaux 17 mars 1875, D. P. 1877. II. 207.

2. Il en était autrement en droit romain et dans les pays de droit écrit. La femme avait contre le père une action dotale. Fragm. 19, Dig., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2, — Constit. 14, C. Justinien, *De jure dotium*, V, 12.

3. Cpr. *suprà*, tome I, p. 417 et 418.

4. Loysel, *Institutes coutumières*, livre I, XLI, n° 59, édit. Laboulaye et Dupin, I, p. 91.

Source BIU Cujas

La preuve en est que la dette d'éducation existe à l'égard des enfants naturels régulièrement reconnus, et même à l'égard des enfants adultérins ou incestueux dans les cas où leur filiation est établie aussi bien qu'à l'égard des enfants légitimes. Si l'article 203 rattache la dette d'éducation au mariage, cela tient à la place occupée par cet article dans le Code ; il figure au titre *Du mariage*, et le législateur, en le rédigeant, n'a songé qu'à la filiation légitime. Il n'en résulte pas que le législateur n'ait point entendu soumettre les père et mère naturels au devoir d'éducation. Sans doute aucun texte ne dit expressément qu'ils y soient soumis ; mais l'article 383 est ainsi conçu : « Les articles 376, 377, 378 et 379 seront « communs aux pères et mères des enfants naturels légale- « ment reconnus. » Or les articles ainsi visés s'occupent du droit de correction, qui par conséquent appartient aux père et mère naturels. Le droit de correction est un des attributs de l'autorité paternelle, et l'autorité paternelle elle-même, dans la conception moderne, n'est pas autre chose que l'ensemble des prérogatives accordées aux père et mère pour leur permettre de remplir le devoir d'éducation. La conclusion s'impose : si la loi confère aux père et mère naturels un des droits qui sont des moyens d'accomplir le devoir d'éducation, c'est qu'elle entend mettre ce devoir à la charge des père et mère naturels.

Aucune contestation sérieuse n'existe à cet égard [1]. Même, il ne faut pas hésiter à dire que la dette d'éducation existe à l'égard des enfants adultérins ou incestueux comme à l'égard des enfants naturels simples. Elle existe dans les cas où la filiation est établie ; en dehors de ces cas, il n'y a place que pour la tutelle. Sans doute l'article 383 ne concerne pas les enfants adultérins ou incestueux, car il parle des enfants naturels « légalement reconnus », et aucune reconnaissance ne peut intervenir au profit d'enfants adultérins ou incestueux ; mais il est impossible de regarder l'article 203 comme inapplicable en matière de filiation adultérine ou incestueuse. En effet, du moment que le devoir d'éducation est un effet de la paternité, force est bien d'admettre que ce devoir existe partout où il y a paternité légalement établie, de quelque pa-

1. Paris 9 mars 1860, D. P. 1860. II. 148, Sir. 1860. II. 48, — Toulouse 25 juillet 1863, D. P. 1863. II. 139, Sir. 1864. II. 137. — *Secus* : Laurent, *Principes*, III, n° 40.

Source BIU Cujas

ternité qu'il s'agisse. D'autre part, les articles 762 à 764 accordent aux enfants adultérins ou incestueux une créance d'aliments contre la succession de leurs père et mère ; dès lors, l'obligation de les nourrir, élever et entretenir existe *a fortiori* à la charge des père et mère qui existent encore [1].

714. Plusieurs auteurs, tout en admettant que le devoir d'éducation incombe aux père et mère naturels, prétendent qu'il est pour eux moins étendu que pour les père et mère légitimes. Le père naturel, dit un auteur, « n'est point obligé, « même moralement, de faire élever son enfant naturel d'une « manière conforme à son rang et à sa position personnelle [2] ». Le même auteur va jusqu'à dire : « Le vœu de la « loi est qu'il existe une certaine distance entre les enfants « d'un légitime mariage et le fruit d'un commerce illicite. » Il faut répondre que ce vœu n'est exprimé nulle part par le législateur ; le lui prêter, c'est ériger en règle de droit les habitudes d'une morale relâchée. Est-ce donc en méconnaissant les devoirs naturels qu'il convient d'honorer la légitimité ? Tout au plus pourrait-on soutenir que le vœu du législateur est tel, dans une certaine mesure, en ce qui concerne les enfants adultérins et incestueux ; l'article 764 fournit un argument en ce sens : « Lorsque le père ou la mère de « l'enfant adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre « un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré « des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune « réclamation contre leur succession. » N'est-ce pas indiquer que la dette d'éducation est limitée au strict entretien de la vie matérielle, sans égards à la fortune et à la situation sociale des auteurs ? Encore est-il bon d'observer que ce texte, exorbitant du droit commun, règle les droits des enfants adultérins ou incestueux dans la succession de leurs père et mère, et ne doit pas être étendu au règlement des droits que les enfants possèdent contre leurs auteurs encore existants.

715. La dette d'éducation existe donc à l'égard des enfants naturels dont la filiation est légalement établie.

La jurisprudence est allée plus loin. Elle admet que le devoir d'éducation existe, comme obligation naturelle, à

1. *Suprà*, tome I, p. 504. — Voy. Demolombe, *Traité du mariage*, 3e édition, II, p. 15 et suiv.
2. Dalloz, *Répertoire*, Vo *Mariage*, no 618.

Source BIU Cujas

l'égard des enfants naturels non reconnus. Par exemple, il a été jugé qu'il est loisible de s'engager à fournir des aliments à un enfant qu'on ne veut pas reconnaître [1], que l'engagement de pourvoir aux besoins de l'enfant d'une personne avec laquelle on a eu des rapports intimes a une cause suffisante [2], enfin qu'un pareil engagement, quoique conçu en termes généraux, prend fin quand l'enfant est en état de se suffire à lui-même [3]. N'y a-t-il pas là une atteinte à la prohibition de rechercher la paternité ? Les arrêts affirment que non. Le même point de vue explique les décisions si fréquentes qui accordent des dommages-intérêts à la mère d'un enfant, à raison de l'abandon où elle est laissée par l'homme qui a eu des relations avec elle au moment de la conception [4]. Par une contradiction singulière, quoique très juridique, il a été jugé maintes fois qu'une reconnaissance nulle pour défaut de forme ne donne aucun droit à l'enfant [5].

716. Terminons par une remarque. L'accomplissement du devoir d'éducation entraîne des frais, et nous avons dit qu'ils sont à la charge des père et mère, à moins que l'enfant n'ait des biens personnels. Si les parents sont hors d'état de subvenir aux dépenses indispensables, ils ont la ressource de demander une pension alimentaire aux personnes qui sont tenues de leur en fournir une en cas de besoin (articles 205 et suivants) [6] ; les aliments étant accordés dans la proportion du besoin de celui qui les réclame (article 208), les père et mère peuvent en exiger d'autant plus qu'ils ont un plus grand nombre d'enfants à « nourrir, élever et entretenir » (article 203). Si les père et mère, hors d'état de subvenir aux dépenses indispensables, n'ont personne à qui réclamer des aliments, l'obligation de la société commence [7]. De là l'éducation des enfants dits assistés (décret du 19 janvier 1811,

1. Montpellier 7 décembre 1843, Sir. 1844. II. 205.
2. Cass. 27 mai 1862, D. P. 1862. I. 209, Sir. 1862. I. 566, — Douai 15 mars 1865, Sir. 1866. II. 96, — Caen 5 juillet 1875, Sir. 1875. II. 331.
3. Paris 24 novembre 1860, Sir. 1861. II. 7, D. P. sous Cass. 27 mai 1862, *ubi suprà*.
4. *Suprà*, n° 594. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 1382, n^os^ 2198 et suiv., — Nancy 10 février 1875, *Le Droit* du 10 octobre, — Bordeaux 17 juin 1875, *Le Droit* du 7 novembre.
5. *Suprà*, n^os^ 566 et 573. — Cpr. Bordeaux 23 novembre 1852, Sir. 1853. II, 45, — Douai 3 décembre 1853 et Aix 14 juillet 1853, Sir. 1854. II. 193.
6. Voy. *suprà*, tome I, p. 501 et suiv.
7. *Ibid.*, p. 512.

Source BIU Cujas

loi du 5 mai 1869, décret du 31 juillet 1870). De là la gratuité de l'enseignement primaire ; jusqu'en 1882, la loi ne donnait cette gratuité qu'aux enfants dont les familles étaient hors d'état de payer, ce qui était absolument conforme aux principes (loi du 15 mars 1850, articles 24 et 36, — loi du 10 avril 1867, article 8); la loi du 28 mars 1882 a étendu la gratuité à tous les enfants, et cette extension ne s'explique que par des motifs d'ordre politique.

717. L'article 203 mérite un autre reproche : il consacre le devoir d'éducation, mais il ne le définit ni ne l'organise.

718. D'une part, les père et mère sont tenus d'élever leurs enfants, d'où résulte pour ceux-ci le droit d'être élevés; mais dans quelle mesure dette et droit existent-ils ? Quand les enfants ont des biens personnels, l'article 385-2° veut qu'ils soient élevés « selon leur fortune » ; donc, hors ce cas, ils doivent l'être conformément à ce que comportent la position sociale et la fortune des père et mère. Indication utile, mais encore bien vague ; en fait, qui décidera du genre d'éducation, du degré d'instruction, du choix d'une carrière ? La réponse s'impose : celui des père et mère qui exerce l'autorité paternelle, car au devoir ici correspond la responsabilité et par suite le droit, subsidiairement l'autorité judiciaire, en vertu du droit supérieur de contrôle qui lui est donné sur l'exercice de l'autorité paternelle.

A cet ordre d'idées se rattache la théorie soutenue par certains auteurs, d'après lesquels la dette d'éducation est moins étendue à l'égard des enfants naturels qu'à l'égard des enfants légitimes. Nous n'avons pas à revenir sur cette idée, dont nous avons fait justice précédemment [1].

Au même ordre d'idées se rattache la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire. Définissant le devoir d'éducation que l'article 203 impose aux père et mère, la loi décide que l'instruction dite primaire est le minimum de l'éducation due par tous les pères et mères, quels qu'ils soient [2]. L'objet de cet enseignement est déterminé d'une manière générale par l'article 1 de la loi. L'article 4 ajoute : « L'ins- « truction primaire est obligatoire pour les enfants des deux « sexes âgés de six ans révolus à treize ans révolus ; elle

1. *Suprà*, p. 360.
2. *Suprà*, p. 344, et le haut de la présente page.

Source BIU Cujas

« peut être donnée soit dans des établissements d'instruction « primaire ou secondaire, soit dans des écoles publiques ou « libres, soit dans les familles, par le père de famille lui- « même ou par toute personne qu'il aura choisie. Un règle- « ment déterminera les moyens d'assurer l'instruction pri- « maire aux enfants sourds-muets et aux aveugles. »

719. D'autre part, quelle est la sanction de la dette d'éducation ? L'article 203 n'énonce pas un simple précepte de morale ; il consacre une obligation civile. A quoi s'exposent les père et mère qui ne remplissent pas cette obligation ? Par qui et comment peuvent-ils être contraints de la remplir s'ils ne la remplissent pas spontanément ? Le Code de 1804 n'est point assez explicite sur ces divers points.

D'abord il n'établit pas de sanction proprement dite. Lacune grave et déjà signalée, que le législateur a comblée peu à peu par les textes suivants, cités précédemment : article 335 alinéa 2 du Code pénal, loi du 22 février 1851 sur le contrat d'apprentissage, loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants employés dans l'industrie, loi du 7 décembre 1874 sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes, loi du 23 décembre 1874 sur la protection des enfants du premier âge et en particulier des nourrissons, enfin lois du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, et du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.

En dehors de ces sanctions proprement dites, existe-t-il des moyens directs de contraindre les père et mère à l'accomplissement du devoir d'éducation ? Les textes de 1804 ne le disent pas ; mais ils le donnent clairement à entendre. Parmi les obligations que l'article 203 met à la charge des père et mère, il en est, sans doute, qui ne sauraient avoir d'autre garantie que la tendresse des parents, d'autre sanction que l'opinion publique ; mais il en est d'autres, plus précises, que les père et mère peuvent être contraints de remplir s'ils ne les remplissent pas spontanément. La preuve en est dans l'article 204, aux termes duquel « l'enfant n'a point « d'action contre ses père et mère pour un établissement par « mariage ou autrement ». Etablir un enfant consiste dans le fait de le mettre à même de vivre ; c'est le résultat dernier, le terme de l'éducation ; les père et mère sont tenus d'établir l'enfant par cela même qu'ils sont tenus de l'élever.

Source BIU Cujas

Or la loi décide qu'ils ne peuvent être judiciairement contraints d'établir l'enfant. C'est assez dire que la contrainte judiciaire peut intervenir pour l'exécution de la dette d'éducation, jusqu'à l'établissement exclusivement. Tout devoir légal crée un droit et tout droit engendre une action.

720. Mais qui peut agir contre les père et mère ? Les textes de 1804 sont muets sur ce point; d'où il résulte que les prescriptions légales n'ont pas toute l'efficacité pratique désirable.

Au premier abord, on est tenté de dire, s'inspirant de l'article 204, que l'enfant lui-même peut agir contre ses père et mère en exécution de la dette d'éducation dont ils sont tenus envers lui. C'est à l'enfant que l'article 204 refuse le droit d'agir « pour un établissement par mariage ou autrement » ; c'est donc à lui, semble-t-il, que le droit d'agir appartient pour l'exécution des autres obligations qui rentrent dans la dette d'éducation. L'idée n'est pas admissible. En effet, la dette d'éducation n'existe qu'à l'égard des enfants mineurs ; or les mineurs non émancipés n'ont pas l'exercice de leurs actions.

A défaut de l'enfant lui-même, les père et mère peuvent agir l'un contre l'autre pour se contraindre à remplir le devoir d'éducation dont ils sont tenus. L'article 203 dit : « Les « époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, « l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » Déjà nous avons dit que cette obligation n'est pas un effet du mariage, mais de la filiation, de sorte qu'il faudrait dire : « Les père et mère contractent ensemble, par le seul fait de la « procréation des enfants, l'obligation....etc. » Ils contractent *ensemble* cette obligation ; cela veut dire qu'ils la contractent l'un envers l'autre et qu'ils peuvent, par conséquent, agir l'un contre l'autre pour se contraindre à l'exécution de leurs obligations[1]. Aucune distinction n'existe, à cet égard, entre les parents légitimes et naturels, puisque l'obligation dont le père et la mère sont tenus l'un envers l'autre a sa source dans le fait de la procréation des enfants.

D'un autre côté, le ministère public est recevable à actionner en justice les père et mère, pour les contraindre à l'exécution des devoirs d'éducation dont ils sont tenus. Ce droit

1. Voy. *suprà*, tome I, p. 417, et *suprà*, p. 357.

Source BIU Cujas

lui était reconnu dans l'ancienne France [1] ; il ne faut pas hésiter à admettre qu'il existe encore à l'heure actuelle. En effet, la loi du 20 avril 1810, *sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice*, contient un article 46 aux termes duquel le ministère public, en matière civile, poursuit d'office l'exécution des lois « dans les « dispositions qui intéressent l'ordre public » ; l'action dirigée contre les père et mère pour l'application de l'article 203 rentre, au premier chef, dans cette catégorie.

Les parents et le ministère public ont seuls qualité pour agir dans l'hypothèse où l'autorité paternelle existe seule. S'il y a concours de l'autorité paternelle et de la tutelle [2], le droit d'agir appartient à d'autres personnes. La tutelle est-elle gérée par l'un des auteurs, le subrogé tuteur a le droit d'agir par application de l'article 420 alinéa 2. Est-ce un tiers qui remplit les fonctions de tuteur, il peut agir contre les père et mère pour l'application de l'article 203. Enfin la famille elle-même, représentée par le conseil de famille, possède le même droit.

721. Telles sont les idées principales qui se rapportent au devoir d'éducation.

Pour remplir ce devoir, les père et mère ont besoin de certains pouvoirs, qui leur sont conférés par les articles 372 à 374 ; ces pouvoirs forment, pris ensemble, ce qu'on appelle, d'une dénomination générale, le droit d'éducation.

722. Ce droit est l'attribut principal et essentiel de l'autorité paternelle ; en général, quand on parle de l'autorité ou puissance paternelle, sans préciser davantage, c'est à ce premier attribut seulement qu'on fait allusion, quoiqu'en réalité la puissance paternelle comprenne les trois autres attributs.

Le droit d'éducation appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation (article 372). Il survit à l'ouverture de la tutelle, auquel cas il y a concours des deux formes de l'autorité domestique. Si c'est le survivant des père et mère qui remplit les fonctions de tuteur, ce n'est pas comme tuteur, conformément aux règles de la tutelle, qu'il l'exerce,

1. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 384.
2. *Suprà*, p. 333 et suiv.

Source BIU Cujas

mais comme père ou mère, conformément aux règles de la puissance paternelle ; si c'est un autre que lui qui est tuteur, le tuteur reste étranger à la direction de la personne, laquelle continue d'appartenir à celui qui possède l'autorité paternelle. Le seul fait qui enlève le droit d'éducation aux père et mère avant la majorité ou l'émancipation est la déchéance, dans les termes de la loi de 1889.

Enfin ce droit appartient indistinctement aux pères et mères légitimes et aux pères et mères naturels. En effet, l'article 383 est ainsi conçu : « Les articles 376, 377, 378 et 379 « seront communs aux pères et mères des enfants naturels « légalement reconnus. » Il est vrai que cet article renvoie seulement aux articles 376 à 379 et ces articles ont trait au droit de correction ; mais reconnaître le droit de recourir à la sanction, c'est manifestement, quoiqu'indirectement, reconnaître le droit lui-même [1].

Il faut ajouter que le droit d'éducation appartient aux pères et mères naturels non seulement à l'égard des enfants naturels simples, mais encore à l'égard des enfants adultérins ou incestueux. L'opinion commune est en sens contraire et s'appuie sur l'article 383, duquel il résulte que le droit d'éducation appartient aux parents des enfants naturels « légale- « ment reconnus » ; n'en faut-il pas conclure, dit-on, que ce droit n'existe point à l'égard des enfants adultérins ou incestueux, puisqu'aucune reconnaissance ne peut intervenir à leur profit [2] ? L'argument n'est pas décisif. Peut-être, en effet, l'article 383 n'est-il pas applicable *in terminis* aux pères et mères d'enfants adultérins ou incestueux ; mais nous avons indiqué précédemment que la dette d'éducation existe

1. *Suprà*, p. 359. — Cette manière de voir est confirmée par les travaux préparatoires. Un article du projet portait : « Les articles du présent titre sont « communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus.» Il en serait résulté que tout le titre *De la puissance paternelle*, y compris les articles qui instituent le droit de jouissance légale, auraient été applicables aux pères et mères naturels. Or on voulut écarter, en ce qui les concerne, le droit de jouissance légale et on modifia l'article. Seulement, la modification fut mal effectuée ; la rédaction, trop générale d'abord, fut ensuite trop restreinte. D'une part, on n'y comprit plus les articles 371 à 374, relatifs au droit d'éducation ; d'autre part, on y visa seulement certains des articles qui concernent le droit de correction. Ce sont là maladresses de rédaction ; la pensée du législateur n'en a pas moins été de reconnaître le droit d'éducation aux pères et mères naturels comme aux pères et mères légitimes. Voy. Locré, VII, p. 14, 75 et 88.

2. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, 3e édition, II, p. 675, n° 397.

Source BIU Cujas

à l'égard de tous les enfants naturels, même adultérins ou incestueux ; comme le droit d'éducation n'est pas autre chose que le mode d'accomplissement du devoir d'éducation, force est bien de conclure que ce droit existe partout où le devoir correspondant existe lui-même [1].

Le droit d'éducation est donc bien un attribut essentiel et vraiment caractéristique de l'autorité paternelle.

723. Quelles prérogatives ce droit confère-t-il ? Rien n'est moins susceptible d'être légalement défini et arrêté. Les père et mère ont sur l'enfant, quant à la direction à lui donner, l'autorité qu'ils savent prendre, celle qui résulte du respect et de la confiance qu'ils lui inspirent, de l'affection qu'ils lui témoignent. Former les mœurs, diriger l'esprit, fixer les croyances et les opinions, surveiller la conduite, choisir la carrière, tout cela rentre dans l'éducation [2]. C'est par application de ce droit très large que des textes formels donnent aux père et mère, à celui des deux qui exerce l'autorité paternelle, les droits suivants.

1° Le droit de fixer le domicile de l'enfant (article 108).

2° Le droit de déterminer sa résidence : « L'enfant, dit l'arti-« cle 374, ne peut quitter la maison paternelle sans la permis-« sion de son père.... » Ce droit est appelé quelquefois, mais fort improprement, droit de garde, parce que, de fait, celui qui l'exerce est préposé à la garde de l'enfant ; comme conséquence de ce droit de garde, celui qui l'exerce est responsable des faits et gestes du mineur (article 1384 alinéa 2 [3]). C'est cet élément de l'autorité paternelle qui, en cas

1. Tout ce qu'on peut dire, en ce qui concerne le droit d'éducation des pères et mères naturels, qu'il s'agisse de filiation naturelle simple ou bien de filiation adultérine ou incestueuse, c'est que le contrôle judiciaire aura une importance plus grande et s'exercera plus librement que quand il s'agit de pères et mères légitimes. La situation irrégulière des pères et mères naturels donne moins de sécurité, et nécessite par conséquent une intervention plus active des tribunaux.

2. A cet égard, les plus belles maximes n'ajoutent rien aux droits des père et mère. Peut-être même les rédacteurs du Code civil sont-ils sortis de la sphère qui est celle de la loi et ont-ils empiété sur le domaine de la morale en proclamant, dans l'article 371, que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père « et mère ». Rien assurément n'est plus vrai ni plus nécessaire; mais on n'a rien gagné à ériger ainsi un devoir moral en devoir légal. L'article 371 contient une sorte de prémisse générale, dont les textes ne déduisent aucune conséquence positive, une maxime morale qui n'est susceptible d'aucune application pratique dans la loi.

3. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 1384, nos 27 et suiv.

Source BIU Cujas

de séparation de corps ou de divorce, peut être judiciairement attribué à la mère ou à un tiers (article 302), le système de la puissance paternelle subsistant d'ailleurs pour le surplus [1].

Si l'enfant se dérobe à la garde des père et mère, ils ont incontestablement le droit de recourir à l'emploi de la force publique. La voie légale est un ordre du président du tribunal, conformément aux règles qui concernent l'exercice du droit de correction [2]. En fait, c'est la police qui se charge de rattraper les déserteurs.

3° Le droit de consentir au mariage et d'y faire opposition (articles 148 et suivants et 173) [3]. Il faut ajouter le droit de consentir à l'adoption (article 346).

4° Le droit de conférer l'émancipation (article 477).

5° Le droit de consentir les contrats d'apprentissage, conformément à l'article 3 du décret-loi du 22 février 1851, que la loi de 1889 appelle improprement un décret.

6° Le droit d'autoriser l'enrôlement volontaire. Ce droit est prévu par l'article 374, dont le texte n'a pas encore été cité tout entier : « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle « sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement « volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus. » L'engagement est possible dans l'armée de terre à partir de l'âge de dix-huit ans, dans l'armée de mer à partir de seize ans ; mais l'enfant doit justifier du consentement de ses père et mère jusqu'à un âge que l'article 375 fixe à dix-huit ans. Cet âge a été élevé à vingt ans par l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872, et la règle a été reproduite sans modification par l'article 59 de la loi du 15 juillet 1889.

7° Le droit pour le dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur à l'enfant (article 397). La désignation de ce tuteur, qu'on appelle communément tuteur testamentaire, est le dernier mode d'exercice du droit de direction.

724. Ce sont là des applications spéciales du droit d'édu-

1. *Suprà*, p. 84 et suiv.

2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 374, nos 3 et suiv.

3. Cpr. le décret du 18 février 1809, *relatif aux congrégations ou maisons hospitalières de femmes.* « Les élèves ou novices, dit l'article 7, ne pourront con- « tracter de vœux si elles n'ont seize ans accomplis. Les vœux des novices âgées « de moins de vingt-un ans ne pourront être reçus que pour un an. Les novices « seront tenues de présenter les consentements demandés pour contracter mariage « par les articles 148, 149, 150, 159 et 160 du Code civil. »

Source BIU Cujas

cation. La loi de 1889 les relève toutes dans son article 1. En dehors d'elles, reste l'attribution générale d'où elles découlent et qui constitue l'essence de l'autorité paternelle : le droit de diriger l'éducation physique, morale et intellectuelle. Jusqu'où vont et où s'arrêtent à cet égard les droits de l'autorité paternelle ?

En principe, ils sont illimités; mais nous retrouvons ici, dans une de ses applications, le point de vue général indiqué précédemment. D'une part, diverses lois spéciales ont précisé, dans certains cas particuliers, les droits des père et mère ; tantôt elles édictent certaines prohibitions, comme les trois lois de 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie (19 mai), sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes (7 décembre), sur la protection des enfants du premier âge et spécialement des nourrissons (23 décembre) ; tantôt elles imposent certaines obligations, comme la loi du 28 mars 1882 sur l'instruction obligatoire ; tantôt elles soumettent l'exercice de l'autorité paternelle au contrôle d'inspections, comme cette même loi de 1882 et surtout comme celle du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants et des filles mineures dans les établissements industriels. D'autre part, en dehors des prescriptions des lois spéciales, il est de jurisprudence que les tribunaux sont investis d'un droit de contrôle supérieur, qui leur permet d'intervenir dans l'exercice de l'autorité paternelle, au mieux de l'intérêt de l'enfant, en cas d'insuffisance, d'abus ou de conflit [1]. Enfin, éventuellement, si l'abus est caractérisé et prend des proportions trop grandes, il y a place pour la déchéance par application de la loi de 1889.

Le système général du droit moderne sur l'autorité paternelle s'applique ainsi au premier des attributs que comporte cette autorité : le droit d'éducation.

SECTION II. — **Le droit de correction.**

725. Il est, avons-nous dit, la sanction du droit d'éducation.

1. *Suprà*, p. 346 et suiv.

Source BIU Cujas

Le Code civil ne se préoccupe pas, sous ce nom, de la discipline intérieure et privée nécessaire au maintien de l'autorité de tous les jours, la *castigatio domestica* ; il la passe sous silence, parce qu'elle va de soi et rentre dans le droit d'éducation. La loi intervient seulement au besoin pour en réprimer l'abus, quand l'usage qui en est fait dégénère en voies de fait, à plus forte raison quand cet usage tombe sous l'application de la loi pénale. L'excès, à cet égard, peut d'ailleurs devenir une cause de déchéance facultative de l'autorité paternelle, d'après l'article 2 alinéa 6 de la loi du 24 juillet 1889.

En outre, le Code traite ailleurs d'un droit important qui doit être rapproché des sanctions de l'autorité paternelle, qui est une sanction indirecte : la faculté pour les père et mère de disposer de la quotité disponible. Une partie de la succession des père et mère est assurée aux enfants : la réserve ; l'autre portion est libre aux mains des père et mère : la quotité disponible (articles 913 et suivants). Ils peuvent en disposer soit au profit d'étrangers, soit au profit d'un ou plusieurs des enfants (article 916) ; c'est un moyen pour eux de récompenser et de punir, donc une sanction indirecte de l'autorité paternelle. L'école qui reproche le plus vivement au Code civil d'avoir affaibli et désarmé l'autorité paternelle est précisément celle qui poursuit en même temps l'abolition des réserves et demande pour le père de famille la liberté illimitée de tester [1]. Les deux idées se tiennent.

Les articles 375 et suivants laissent donc en dehors de leurs prévisions et la correction privée, qui se confond avec l'éducation, et la privation de la quotité disponible, qui est une sanction indirecte. Sous le nom de *moyens de correction*, ils comprennent exclusivement la faculté de faire incarcérer l'enfant dans les cas graves et exceptionnels où la discipline privée est impuissante à dompter les mauvais instincts. En d'autres termes, ils traitent de la détention par voie de correction paternelle [2].

726. Le droit de correction est un attribut essentiel de l'autorité paternelle. Il dure, comme le droit d'éducation,

1. Voy. *suprà*, p. 338, note 1.

2. Sur les origines historiques des articles 375 et suiv., voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 506 et 507. — Cpr. Frantz Funck-Brentano, *La constitution de la famille à Paris sous l'ancien régime et les lettres de cachet*, dans la *Réforme sociale* du 16 février 1893.

Source BIU Cujas

jusqu'à la majorité ou l'émancipation, à moins de déchéance encourue. Il survit à l'ouverture de la tutelle et appartient au survivant des père et mère. Il appartient aux pères et mères naturels comme aux pères et mères légitimes (article 383) [1].

727. La mesure est grave, puisqu'elle aboutit presque à assimiler l'enfant à un délinquant. Elle constitue la dernière ressource quand tout autre moyen a échoué. Aussi n'est-elle autorisée que sous des conditions, restrictions et réserves, dont le but commun est d'éviter qu'on y recoure mal à propos, puis d'empêcher, quand on y recourt, qu'elle ne perde son caractère de correction et puisse être considérée comme une pénalité proprement dite. De là les prescriptions suivantes, au nombre de cinq, qui résument le côté pratique du sujet.

1° L'article 378 alinéa 1 porte : « Il n'y aura aucune écri-« ture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'ar-« restation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés. » Dans l'intérêt de l'avenir, il ne doit rester aucune trace de l'incarcération. A plus forte raison n'en est-il pas question au casier judiciaire ; l'avenir de l'enfant l'exige.

2° La détention est subie dans des formes qui la séparent absolument des peines proprement dites. Il faut consulter à cet égard la loi du 5 août 1850, *sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus*, parmi lesquels figurent les détenus « par « voie de correction personnelle ». La détention est subie dans les maisons ou colonies pénitentiaires publiques ou privées, dont la loi de 1850 règle l'organisation. Ces maisons reçoi-

1. L'article 383 soulève une difficulté. « Les articles 376, 377, 378 et 379, dit-« il, seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement recon-« nus. » Or les articles 376 à 379 concernent bien le droit de correction, mais ne renferment pas toutes les règles relatives à l'exercice de ce droit ; d'autres règles sont énoncées par les articles 380, 381 et 382. D'où la question suivante. Du moment que l'article 383 déclare applicables aux pères et mères naturels les seuls articles 376 à 379, ne faut-il pas conclure que les articles 380 à 382 sont applicables exclusivement aux pères et mères légitimes ? La solution n'est pas indifférente, comme on pourra s'en convaincre en étudiant plus loin les règles édictées par les articles 380 à 382 ; il est singulièrement étonnant de voir une pareille question laissée indécise. Malgré la lettre du texte, il est difficile de ne pas admettre que les parents naturels ont le droit de correction sous les mêmes conditions que les parents légitimes. Si l'article 383 a été rédigé d'une manière incomplète, cela tient à des incidents de rédaction qui ont été précédemment signalés. Voy. *suprà*, p. 366, note 1. — *Secus* : Aubry et Rau, VI, p. 210, — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, III, p. 193 et 194.

Source BIU Cujas

vent d'autres détenus ; les détenus par voie de correction y sont admis et y reçoivent ce que la loi appelle l'éducation correctionnelle. Si, à défaut de maison pénitentiaire, la détention est subie dans les maisons d'arrêt ou de justice, elle doit l'être dans un quartier distinct, affecté à cet usage (article 2).

3° Des précautions sont prises pour que l'enfant ne soit pas abandonné. « Le père, dit l'article 378 alinéa 2, sera tenu « de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de « fournir les aliments convenables [1]. »

4° Le requérant peut toujours abréger la détention requise (article 379), puisqu'elle n'est qu'un moyen d'autorité.

5° La loi fixe rigoureusement à quelles conditions le père ou la mère peut y recourir. Les règles à cet égard varient selon l'âge de l'enfant, selon qu'il a ou non une fortune personnelle ou un état, selon que c'est le père ou la mère qui exerce l'autorité paternelle, selon que, en cas de mort de l'un d'eux, le survivant est remarié ou non. Pour connaître les distinctions qui doivent être faites à cet égard, il faut étudier les articles 376 à 382, dont voici l'analyse.

728. Commençons par le père. Dans un cas, sous quatre conditions, il peut agir *par voie d'autorité* (l'expression est consacrée), c'est-à-dire sans avoir de comptes à rendre à personne ni du parti qu'il prend, ni des motifs qui l'y conduisent. Il devra bien s'adresser à l'autorité, mais seulement pour se faire délivrer l'ordre d'arrestation, sans que cet ordre puisse

1. La rédaction de ce texte est vicieuse et fait naître une controverse. Au premier abord, le texte paraît signifier que le père doit souscrire une soumission portant sur deux points : payer les frais et fournir les aliments convenables ; en d'autres termes, il doit s'engager à rembourser les frais et les sommes dépensées pour procurer à l'enfant les aliments convenables. Mais une lecture attentive fait apercevoir qu'une virgule a été placée avant les mots *et de fournir*. Dès lors, peut-on dire, le père doit faire soumission de payer les frais, c'est-à-dire s'engager à les rembourser, tandis qu'il doit fournir les aliments convenables, c'est-à-dire les fournir en nature ou verser d'avance une somme suffisante pour qu'ils soient fournis. En effet, étant donné l'existence de la virgule, les mots *et de fournir* ne se rapportent pas au mot *soumission*, mais au mot *tenu*. L'argument tiré de la virgule est confirmé par les articles 789-5°, 791 et 800 du Code de procédure civile, aux termes desquels le créancier qui fait emprisonner son débiteur doit consigner à l'avance les aliments pour un mois ; à raison de l'analogie qui existe entre les deux situations, il est permis de penser que l'article 378 du Code civil doit être entendu dans le même sens. La controverse n'a pas grand intérêt pratique ; elle est surtout connue par la pauvreté de l'argument qu'on y tire d'une virgule. Voy. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, III, p. 189, — Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil*, 4e édition, II, p. 146, — Acollas, *Manuel de droit civil*, I, p. 394.

Source BIU Cujas

lui être refusé. Quatre conditions sont nécessaires pour qu'il en soit ainsi.

1° Il faut que l'enfant ait moins de seize ans commencés (article 376). Il n'y a pas de limite au bas âge ; toutefois, si l'enfant dont l'incarcération est requise est en trop bas âge pour que cette mesure extrême puisse se justifier, l'acte du père est un abus qui peut entraîner l'intervention des tribunaux.

2° Même au-dessous de seize ans, il faut que l'enfant n'ait pas de biens personnels (article 382). On redoute alors les suggestions dissipatrices du père ; les pères prodigues sont suspects.

3° Il faut que l'enfant n'exerce pas un état (article 382). S'il en exerce un, il y a un risque plus grand à l'incarcérer : c'est de lui faire perdre cet état.

4° Il faut que le père ne soit pas remarié (article 380). Remarié, on craint qu'il n'agisse sous des influences mauvaises.

Ces quatre conditions remplies, le père peut agir par voie d'autorité. Le président du tribunal donne l'ordre d'arrestation. La détention ne peut être de plus d'un mois (article 376).

Ce mode d'agir a le grand avantage de laisser secrets les faits reprochés à l'enfant. A quoi bon dévoiler pareilles misères de famille ? L'article 375 dit seulement qu'il ne doit être recouru à la détention que pour « causes très graves » ; mais il n'y a là qu'un appel à la sagesse du père, puisque sa volonté reste libre.

Si une des quatre conditions manque, comme on peut, dans une certaine mesure, suspecter l'autorité paternelle d'être entraînée ou influencée, le père ne peut plus exercer son droit que *par voie de réquisition* (autre expression consacrée [1]), c'est-à-dire sous le contrôle d'un pouvoir supérieur appelé à examiner la demande, à apprécier la convenance et l'opportunité de la mesure provoquée, à y accéder ou à la rejeter. L'examen et la décision sont confiés au président du tribunal, qui doit prendre l'avis du procureur de la République (article 377). La durée de la détention peut alors être

1. L'expression *agir par voie d'autorité* est seulement consacrée par la doctrine ; l'expression *agir par voie de réquisition* est une expression légale, consacrée par l'article 381.

Source BIU Cujas

plus considérable et s'élever jusqu'à six mois (même article). En effet, le mode d'exercice du droit de correction donne ici des garanties plus sérieuses.

Ces règles sont prescrites par l'article 377 pour l'hypothèse où l'enfant a plus de seize ans commencés, par l'article 380 pour celle où le père est remarié, par l'article 382 pour le cas où l'enfant a des biens personnels ou bien exerce un état.

Voilà pour le père.

729. A l'égard de la mère, quand c'est elle qui exerce l'autorité paternelle, on a admis que des précautions particulières sont nécessaires. D'une part, la femme est plus portée aux résolutions promptes, trop promptes ; elle prend quelquefois son parti avec moins de réflexion, sans calculer autant les suites possibles. D'autre part, elle est plus accessible aux influences qui s'exercent sur elle. Aussi l'article 381 ne lui donne le droit de correction, quand elle a l'autorité paternelle, que sous trois réserves.

1° Elle n'a jamais le droit de correction par voie d'autorité, mais seulement par voie de réquisition ; en d'autres termes, elle doit donner ses motifs au président du tribunal, qui apprécie la convenance et l'opportunité de la détention requise.

2° Elle perd le droit de correction en cas de second mariage (article 381). On redoute, relativement aux enfants du premier lit, l'influence du second mari. Toutefois, il peut arriver que la mère qui se remarie conserve la tutelle (article 395) ; dans ce cas, elle possède le droit de correction dans les conditions de l'article 468 ; mais c'est alors comme tutrice qu'elle possède ce droit et non comme mère.

3° Elle ne peut exercer le droit de correction, dans la mesure où elle l'a, qu'avec l'avis des deux plus proches parents paternels (article 381). S'il n'y a pas de parents paternels, on les remplace, comme quand il s'agit de composer le conseil de famille (article 409), par des personnes connues pour avoir eu des rapports d'amitié avec le père [1].

Il reste à signaler, à propos de la mère, une question controversée. Le père peut toujours abréger le temps de la détention (article 379). En est-il de même de la mère ? Il serait

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 381, n° 1.

Source BIU Cujas

bien inexplicable qu'il en fût autrement. Il est vrai que l'article 379 ne parle que du père, d'où certains concluent que le père peut pardonner, tandis que la mère ne le peut pas. Le raisonnement n'est pas juste. En effet, l'article 381 ne déroge, en ce qui concerne la mère, qu'aux règles concernant l'exercice du droit de correction ; donc il ne déroge qu'à l'article 377 ; il ne déroge ni à l'article 380, ni à l'article 379 qui reste applicable [1].

SECTION III. — **L'administration légale.**

730. L'article 389 est le siège de la matière.

A la différence des deux premiers attributs de l'autorité paternelle, celui-ci n'est plus essentiel ; l'autorité paternelle peut exister sans lui. Il dure bien, en principe, comme les deux autres, jusqu'à la majorité ou l'émancipation, sauf quand il y a déchéance de la puissance paternelle. Mais, quant à lui, deux particularités doivent être notées.

1° L'administration légale ne survit jamais à l'ouverture de la tutelle ; donc, en cas de mort du père ou de la mère, le survivant ne l'a jamais. Il faut observer qu'il en est autrement quand la dissolution du mariage des père et mère, au lieu d'être produite par la mort de l'un d'eux, résulte du divorce. L'article 389, pris à la lettre, conduirait à dire que l'administration légale ne survit jamais à la dissolution du mariage des père et mère, qu'elle soit produite par la mort de l'un d'eux ou par le divorce. Il est ainsi conçu : « Le père « est, durant le mariage, administrateur des biens personnels « de ses enfants mineurs... » Mais ce texte doit être interprété par le rapprochement de l'article 390 : « Après la dis- « solution du mariage arrivée par la mort... de l'un des « époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés « appartient de plein droit au survivant des père et mère. » De la combinaison de ces deux textes résulte la règle suivante. La tutelle ne s'ouvre qu'à la mort de l'un des auteurs ; donc les biens du mineur sont soumis à l'administration légale tant que les deux auteurs sont vivants, même si leur mariage a pris fin par le divorce. Si l'article 389 présente l'administra-

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 379.

Source BIU Cujas

tion légale comme n'ayant lieu que « durant le mariage », cela tient à ce que le législateur a envisagé seulement l'hypothèse normale d'une union durant jusqu'à la mort de l'un des conjoints. L'article 390 prouve que l'administration légale a lieu seulement quand les deux époux sont vivants.

L'un d'eux vient-il à mourir, le survivant conserve l'autorité paternelle, par conséquent le droit d'éducation et le droit de correction ; mais l'administration des biens, même si c'est le survivant des père et mère qui est tuteur, est désormais soumise aux règles de la tutelle, avec tout son cortège de garanties. Ce n'est plus comme père ou mère et conformément aux règles de la puissance paternelle que le survivant prend soin des biens, mais comme tuteur et conformément aux règles de la tutelle.

2° D'un autre côté, le droit d'administration légale n'appartient pas aux père et mère naturels, quoiqu'ils aient l'autorité paternelle. Les enfants naturels sont en tutelle dès leur naissance. Or, quand il y a concours de l'autorité paternelle et de la tutelle, l'administration des biens est soumise aux règles de la tutelle, avec ses garanties. Cela résulte de l'article 383 ; relativement aux enfants naturels, il renvoie aux articles 376 à 379, qui concernent le droit de correction[1], non à l'article 389. Cela résulte en outre de l'article 389, aux termes duquel le père a l'administration légale « durant le « mariage ».

L'administration légale n'est donc un attribut de la puissance paternelle que quand il y a puissance paternelle seule, non modifiée par l'ouverture de la tutelle. En cela, elle est un attribut différent des deux premiers. C'est ce que l'article 389 entend exprimer en disant que l'administration légale existe seulement « durant le mariage ».

731. Les motifs de ces distinctions ont été indiqués précédemment.

Lorsque les père et mère existent et qu'il y a, par suite puissance paternelle seule, les enfants n'ont pas habituellement de fortune personnelle ; ils n'auront de fortune propre qu'après avoir succédé au premier mourant des père et mère, auquel cas il n'y aura plus puissance paternelle seule,

1. *Suprà*, p. 359, 366 et 371.

Source BIU Cujas

mais concours de la puissance paternelle avec la tutelle. Il peut cependant en être quelquefois autrement, par suite d'une donation ou d'un legs qui aurait été fait à l'enfant, d'une succession qui se serait ouverte à son profit ; mais c'est l'exception.

D'autre part, quand les père et mère existent et sont dans une position régulière, quand ils sont mariés ou l'ont été, le contrôle de leurs deux sollicitudes autorise une confiance absolue. Quand l'un des auteurs est mort, ou quand ils existent tous deux sans être ni avoir été mariés, la situation n'est plus la même et n'inspire plus la même sécurité en ce qui concerne la gestion de la fortune du mineur ; la tutelle s'ouvre, en ce qui concerne les biens, avec tout son cortège de garanties.

Ainsi se justifie la disposition de l'article 389, d'après lequel l'administration légale a lieu seulement quand les père et mère existent tous deux et sont mariés ou l'ont été.

732. L'article 389, il faut le remarquer, n'est pas dans le titre *De la puissance paternelle*, mais au commencement du titre *De la tutelle*. Néanmoins, ce n'est pas en qualité de tuteur que le père administre, car il n'y a pas tutelle tant que les père et mère existent et sont ou ont été mariés (ce que l'article suppose), mais en qualité de père, par suite de la puissance paternelle. C'est précisément pour marquer cela que le texte qualifie le père d'*administrateur* et non de *tuteur*. Cette administration est ce qu'on appelle communément, pour la distinguer de toute autre, l'administration légale.

Si l'article 389 est dans le titre X, alors qu'il devrait logiquement être dans le titre IX, cela tient à ce que les rédacteurs du Code ont cru bon de réunir dans un même titre toutes les règles relatives à l'administration des biens des mineurs. Or ces biens sont administrés d'abord conformément aux règles de l'administration légale ; après la dissolution du mariage par la mort d'un des auteurs, ils sont administrés d'après les règles de la tutelle.

733. Finalement, l'administration légale est la forme d'administration des biens des enfants mineurs, alors qu'il y a puissance paternelle seule ; ainsi et dans cette mesure seulement elle est un attribut de l'autorité paternelle.

734. A quelles règles est-elle soumise ?

Source BIU Cujas

La loi est ici très laconique, on peut dire laconique à l'excès, car l'article 389 est le seul texte relatif à cette administration. C'est une lacune avérée. Pour la combler, le Gouvernement a présenté à la Chambre des députés, en 1881, un projet de loi *relatif à l'administration légale du père pendant le mariage*[1]. Le texte proposé[2] aurait remplacé l'article 389 actuel. Ce projet n'a pas eu de suite, de sorte que, en l'état, l'article 389 est le seul texte relatif à l'administration légale.

Ce laconisme a été interprété de plusieurs manières.

Les uns l'ont considéré comme impliquant renvoi aux règles de la tutelle, qui seraient applicables à l'administration légale, sauf les quelques modifications qu'impose la différence des situations. Pourquoi, dit-on, réglementer différemment deux situations qui ont tant de rapports ? Le silence du Code, à l'article 389, vaut renvoi aux articles

1. Il n'est pas sans intérêt de faire connaître dans quelles circonstances ce projet a pris naissance. Au cours de la discussion qui a précédé le vote de la loi du 27 février 1880, *relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs*, un membre du Sénat proposa d'étendre dans certains cas au père administrateur légal les règles nouvelles qu'on allait introduire en matière de tutelle. Le rapporteur fit observer que la loi en préparation avait pour but unique de régler les pouvoirs des tuteurs, et qu'il serait inopportun de trancher accidentellement la question grave et controversée de savoir quelles sont les obligations du père administrateur légal. Le Garde des sceaux, intervenant dans la discussion, promit de déposer un projet de loi sur l'administration légale (Sénat, séance du 17 février 1880, *Journal officiel* du 18, p. 1870 et suiv.). Cette promesse devait être tenue le 26 novembre 1881 ; à cette date fut présenté à la Chambre des députés le projet de loi *relatif à l'administration légale du père pendant le mariage*.

2. Il est ainsi conçu : « *Article unique.* L'article 389 du Code civil est complété par les dispositions suivantes : — Le père administrateur ne peut faire « aucun acte excédant l'administration des biens de ses enfants mineurs, sans « recourir à une autorisation de justice donnée par le tribunal en chambre du « conseil. — Sont considérés comme excédant l'administration et soumis par « suite à l'autorisation précédente tous les actes d'aliénation, de conversion et « d'emploi de valeurs mobilières prévus par les articles 1, 3, 4, 5, 6 et 10 de la « loi du 27 février 1880. La conversion et l'emploi seront accomplis dans le dé- « lai de trois mois, à partir du jour où les biens seront advenus aux mineurs.— « Le père administrateur peut sur sa demande, en cas d'infirmités graves, être « déchargé par le tribunal de son administration. Il peut, sur la demande des « parents des mineurs ou sur l'initiative du ministère public, en être privé « par le tribunal pour cause d'inconduite notoire, d'incapacité ou d'infidélité.— « Dans tous les cas où le père administrateur a été déchargé ou privé de son « administration, le tribunal, à la requête des parents du mineur ou sur l'ini- « tiative du ministère public, désigne en chambre du conseil la mère ou un « tiers administrateur pour le remplacer. » (Documents parlementaires de la Chambre des députés, dans le *Journal officiel* de 1881, p. 1834.)

Source BIU Cujas

450 et suivants. Cette manière de voir n'a pas prévalu [1].

Les autres ont considéré le laconisme de la loi comme impliquant l'intention de ne soumettre l'administration légale à aucune restriction, de donner au père administrateur les pouvoirs les plus étendus, sans limite ni contrôle. Les rédacteurs du Code auraient jugé inutile de réglementer en détail l'administration légale pour deux raisons. D'abord la situation inspire confiance quand l'enfant a ses deux protecteurs naturels, quand la mère est là qui aide le père et le contrôle ; en second lieu, l'administration légale a ordinairement peu d'importance en fait, puisque le plus souvent les enfants n'ont pas de fortune propre quand les deux auteurs existent encore, tant qu'ils n'ont pas hérité du premier mourant [2].

Ni l'un ni l'autre de ces deux points de vue n'a prévalu dans la pratique. L'administration légale ne saurait être soumise aux règles de la tutelle ; ce serait confondre deux situations qui se font antithèse. D'autre part cependant, il n'est guère admissible qu'on ne prenne aucune précaution contre l'abus possible et qu'on livre la fortune de l'enfant, s'il en a une, à la merci du père. Sous l'influence de ces deux préoccupations, il s'est formé, pour l'application de l'article 389, une sorte de droit coutumier, qui malheureusement varie selon les tribunaux. La pratique a suppléé au silence de la loi.

735. Sur quelques points l'accord s'est établi, notamment sur trois points.

1er *Point.* — Il est certaines règles de la tutelle qui, sans conteste, sont applicables ici.

Le père, administrateur légal des biens personnels de l'enfant, est comptable, de même que tout administrateur de la fortune d'autrui. La règle est rationnelle et même légale, car l'article 389 s'exprime ainsi dans son second alinéa : « Il est « comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens « dont il n'a pas la jouissance, et, quant à la propriété seule- « ment, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. » Il doit des comptes soit lors de l'émancipation, soit lors de la

1. Cass. 3 juin 1867, D. P. 1868. I. 27, Sir. 1867. I. 273. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 389, n° 38.

2. C'est une des raisons qui ont été données en 1880 pour ne pas appliquer à l'administration légale les règles de la loi du 27 février 1880. Voy. *supra*, p. 378, note 1.

Source BIU Cujas

majorité. Donc il doit faire inventaire au début de son administration, c'est-à-dire au fur et à mesure que l'enfant acquiert des biens personnels. En effet, toute reddition de comptes suppose une base, qui est précisément l'inventaire. Par conséquent l'article 451 est applicable.

De même, dès que le père a l'administration des biens de l'enfant, il le représente dans les actes de la vie civile ; il y figure au nom du mineur et exerce les actions lui compétant. Par conséquent, l'article 450 alinéa 1 est applicable. Le père représente l'enfant dans les actes ; nul autre que lui n'a qualité pour agir ou intervenir en son nom.

Enfin le père est responsable des fautes commises, comme tout mandataire.

Aucun doute à tous ces égards [1].

2e *Point.* — A l'inverse, il est d'autres règles de la tutelle qui, sans conteste encore, sont inapplicables ici.

Ainsi les articles 452 et 454 imposent au tuteur deux obligations : celle de faire vendre les meubles appartenant au pupille, celle de faire régler par le conseil de famille le budget de la tutelle, le montant de la dépense à faire, le mode de placement, etc. Ces articles sont inapplicables au père administrateur légal. En effet, le père, quand il est tuteur, c'est-à-dire en cas de prédécès de la mère, n'y est pas soumis ; les articles 453 et 454 sont formels en ce sens. A plus forte raison n'y est-il pas soumis quand il est administrateur légal, c'est-à-dire du vivant de la mère. L'administration légale, précisément parce qu'elle est un attribut, une charge de l'autorité paternelle, comporte des pouvoirs plus étendus que la simple tutelle [2].

Ainsi encore, l'article 2121 n'est pas applicable. Les immeubles du père ne sont pas grevés d'hypothèque légale, comme ceux du tuteur [3].

Ainsi encore la loi du 27 février 1880 impose aux tuteurs, dans un but de garantie, diverses prescriptions à propos des meubles incorporels ou valeurs mobilières et des capitaux du pupille. Cette loi est inapplicable à l'administration légale.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 389, n° 34. — Trib. de la Seine 12 décembre 1879, *Le Droit* du 14 décembre.
2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 389, n° 44.
3. *Ibid.*, n° 39.

Source BIU Cujas

Il n'y a pas de doute à cet égard. D'abord cela a été dit formellement lors de la discussion de cette loi [1]. De plus, un amendement ayant pour objet d'étendre la loi à l'administration légale a été repoussé. Enfin, en 1881, un projet de loi, qui devait faire bénéficier les enfants en puissance paternelle des garanties introduites en cas de tutelle par la loi de 1880, a encore été rejeté [2]. La raison de cette différence est celle que nous avons rappelée souvent déjà. D'une part, il est assez rare que les enfants aient une fortune personnelle quand les père et mère existent encore, et les garanties seraient rarement utiles ; d'autre part, s'ils ont une fortune personnelle, la double sollicitude qui s'étend sur eux, celle du père et celle de la mère, est regardée comme une garantie suffisante [3].

Aucun doute encore à cet égard.

3e *Point.*— Il est généralement reçu que, dans le cas d'opposition d'intérêts entre le père et l'enfant, il y a lieu de faire intervenir un tiers pour remplacer le père. Par exemple, ils sont appelés en commun à une succession ; leurs intérêts sont opposés dans la liquidation. Ou bien un procès surgit entre eux. Dans de telles occurrences, il est manifeste que le père ne peut pas légitimement représenter l'enfant.

Dans l'hypothèse de tutelle, la loi est formelle ; aux termes de l'article 420 alinéa 2, les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. Manifestement ce texte n'est pas applicable ici, car il n'y a pas tutelle, et, par suite, il n'y a pas de subrogé tuteur. Mais, si le texte n'est pas applicable, l'idée est applicable ; il faudra nommer un remplaçant au père, un administrateur *ad hoc* [4].

1. D. P. 1881. V. 300.
2. Voy. *suprà*, p. 378.
3. Amiens 11 juin 1890, D. P. 1891. II. 335, Sir. 1892. II. 15.
4. Duranton donne au remplaçant du père, dans l'hypothèse qui nous occupe, le nom de *subrogé tuteur ad hoc* (*Cours de droit français*, 4e édition, III, n° 415, p. 403). Laurent (*Principes*, IV, p. 531) l'appelle *tuteur ad hoc*, et c'est la qualification qu'adoptent aussi Aubry et Rau, I, p. 500, texte et note 7. Suivant Magnin (*Traité des minorités, tutelles et curatelles*, I, nos 115 et 116), c'est un *curateur* qui doit être nommé. Mais ce sont là des expressions qui ne répondent pas exactement à la situation, puisqu'il n'y a pas tutelle et encore moins curatelle ; il vaut mieux donner au remplaçant du père le nom d'*administrateur ad hoc*, et c'est la qualification qu'on lui donne communément. Paris 9 janvier 1874, D. P. 1876. II. 23, Sir. 1874. II. 85, — Bordeaux 19 mars

Source BIU Cujas

La question est discutée de savoir comment et par qui cet administrateur *ad hoc* doit être nommé, et à la demande de qui ?

Par qui doit-il être nommé ? A Paris, la pratique est de le faire nommer par le tribunal en Chambre du conseil ; mais un usage différent semble avoir prévalu en province, et la jurisprudence, ratifiant cet usage, décide que l'administrateur *ad hoc* doit être nommé par un conseil de famille constitué à cet effet comme s'il y avait tutelle [1].

A la demande de qui doit-il être nommé ? A la demande du père ; ce n'est pas douteux, car il est le représentant de l'enfant. On admet qu'il peut l'être à la demande des ascendants, de la mère, s'il s'agit d'un droit à faire valoir contre le père.

Sur ces trois points, sauf quelques dissidences de détail, l'accord est complet.

736. Reste alors le point le plus délicat : la détermination des attributions du père comme administrateur légal, des conditions de validité des actes à faire par lui.

En cas de tutelle, les articles 450 et suivants règlent tous les détails de l'administration. Il est des actes que le tuteur fait seul ; d'autres, plus importants, qu'il ne fait valablement qu'avec l'autorisation préalable du conseil de famille ; pour d'autres, plus importants encore, il faut en outre que l'autorisation du conseil de famille soit préalablement homologuée par le tribunal.

Faut-il suivre les mêmes règles ici ? Quelques-uns l'ont pensé [2]. Mais cette solution est difficile à admettre. En effet, d'une part, le personnel de la tutelle n'existe pas ; il n'y a, en cas d'administration légale, ni subrogé tuteur ni conseil de famille. D'autre part, ce serait méconnaître la différence que le législateur a formellement entendu maintenir entre les deux situations ; ce serait faire du père un tuteur. Enfin la loi du 27 février 1880 a corroboré cette manière de voir. Si les articles 450 et suivants étaient applicables, pourquoi le sys-

1875, D. P. 1877. II. 25, Sir. 1876. II. 97, — Paris 5 avril 1876, D. P. 1877. II. 34, Sir. 1876. II. 331.

1. Cass. 14 février 1854. D. P. 1854. I. 89, Sir. 1854. I. 226, — 9 mai 1864, D. P. 1864, I. 409, Sir. 1864. I. 305, — 10 juin 1885, D. P. 1885. I. 465, Sir. 1885. I. 367. — Cpr. Berlin, *Chambre du conseil*, 3e édition, I, n° 618.

2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 389, nos 50 et suiv. — Trib. de Villefranche 12 mars 1887. Sir. 1887. I. 117.

Source BIU Cujas

tème des garanties introduites en 1880, relativement aux capitaux et valeurs mobilières du mineur, serait-il inapplicable ? L'anomalie serait choquante.

Faut-il alors reconnaître au père des pouvoirs illimités, sous la seule condition de rendre ses comptes plus tard ? Cette nouvelle solution est encore difficile à admettre. En effet, ce serait exposer gravement les intérêts du mineur, d'autant plus qu'il n'a pas, comme en cas de tutelle, la garantie de l'hypothèque légale. Ceux qui demandaient, en 1880, que la loi en préparation sur les capitaux et valeurs appartenant aux mineurs fût applicable à l'administration légale n'ont pas été embarrassés de prouver qu'il n'est pas plus rare, en fait, de voir des enfants ruinés par un père administrateur légal que par un tuteur.

En l'état des textes, il n'y a qu'une solution possible, et nous retrouvons l'application des idées générales exposées au début : c'est l'intervention éventuelle du pouvoir judiciaire, avec son droit supérieur de contrôle sur l'exercice de l'autorité paternelle ; en cas d'insuffisance des textes, on ne peut que recourir aux tribunaux.

La conséquence pratique est la suivante. L'article 389 n'attribue formellement au père que l'administration des biens de ses enfants mineurs. On peut en conclure et on en a conclu qu'il n'a pas qualité pour faire librement les actes qui dépassent les limites de l'administration. Les actes d'administration, il les fait librement, sauf à être responsable de ses fautes s'il en commet ; pour les actes de disposition, pour ceux du moins qui excèdent les limites de l'administration, il doit se faire autoriser par justice à les passer. Cette manière de voir est généralement admise [1] ; c'est celle que proposait de consacrer, en la régularisant, le projet de 1881 [2].

737. Ce système soulève une question, qui se présente dans bien des cas. A quoi reconnaître les actes d'administration de ceux qui excèdent les limites de l'administration ? Il s'est formé à cet égard toute une jurisprudence, comprise dans ce qu'on appelle la jurisprudence de la Chambre du

1. Trib. de la Seine 11 août 1894, *Le Droit* du 27 octobre, — Douai 22 janvier 1894, D. P. 1894. II. 296, Sir. 1894. II. 311. — *Contrà*, Dijon 31 décembre 1891, D. P. 1892. II. 233 (note de M. de Loynes), Sir. 1894. II. 158.

2. *Suprà*, p. 378.

Source BIU Cujas

conseil, parce que, en ces matières, les tribunaux statuent sans publicité, en Chambre du conseil [1].

D'une manière générale, sont actes d'administration tous ceux par lesquels on exploite, on fait fructifier les biens, par lesquels on gère une fortune ; excèdent les limites de l'administration tous les actes par lesquels on dispose des biens, on les aliène ou les grève de droits au profit de tiers.

Voici les applications consacrées par la jurisprudence. Elles se réfèrent à trois points.

1° Le père administrateur légal ne peut ni aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'enfant, à moins d'être autorisé par justice, sous peine de nullité des actes [2]. Pourrait-il acheter des immeubles ? Il est difficile de le contester, car l'achat d'immeubles est un mode d'emploi des capitaux. La Cour de cassation décide qu'un pareil acte est valable, à moins qu'il ne soit établi que les intérêts de l'enfant ont été sacrifiés [3].

2° Le père n'a besoin d'aucune autorisation, toujours sauf responsabilité en cas de faute grave, conformément au droit commun, pour donner à bail les biens de l'enfant et pour régler librement les conditions du bail, pour exercer les actions relatives aux biens de l'enfant, pour transiger sur les droits purement mobiliers, pour recevoir les capitaux et en faire emploi, etc. [4].

3° Restent les aliénations de meubles. Le père, pour les faire, a-t-il besoin de se faire autoriser par justice ?

Pour les meubles incorporels, ou valeurs mobilières (rentes, actions, obligations, créances), il peut les aliéner librement, convertir et acquérir les titres qui les représentent. Le tuteur le pouvait dans le système du Code civil ; la loi du 27 février 1880 a limité ses pouvoirs à cet égard ; mais elle a été déclarée non applicable au père administrateur légal. Donc il a gardé plein pouvoir. Peut-être est-ce excessif et dangereux pour l'enfant, vu l'importance qu'a prise de nos jours cette partie de la fortune publique. La loi l'a voulu ainsi [5].

1. Bertin, *Chambre du conseil*, 3e édition, I, nos 615 et suiv.
2. Trib. de Villefranche 12 mars 1887, *Le Droit* du 16 mai.
3. Cass. 2 mai 1865, D. P. 1865, 1. 365, Sir. 1865. I. 206.
4. Amiens 1er mars 1883, D. P. 1884. II. 150, Sir. 1884. II. 41, — Paris 22 mars 1894, D. P. 1896. II. 105.
5. Trib. de la Seine 27 avril 1882, D. P. 1883. III. 111, Sir. 1882. II. 207, — Amiens 11 juin 1890, D. P. 1891. II. 335, Sir. 1892. II. 15.

Source BIU Cujas

Que décider maintenant quant aux meubles corporels ? Sur ce point, une anarchie complète règne dans la pratique.

Il y a des aliénations de meubles qui rentrent certainement dans les actes d'administration : vendre les récoltes faites, vendre les meubles qui dépérissent et les remplacer par d'autres, c'est administrer. Pour ces actes-là, il est certain que le père administrateur légal peut les conclure seul ; ce sont des actes d'administration, qui rentrent dans les nécessités de l'administration.

Il y a d'autres aliénations de meubles qui sortent des limites de l'administration. Il n'y a pas de raison pour que le père n'ait pas besoin de se faire autoriser à les consentir, comme s'il s'agissait d'immeubles [1]. C'est cependant une idée répandue que l'aliénation des meubles rentre dans les pouvoirs de l'administrateur. D'ailleurs, si on autorise le père à disposer à son gré des meubles incorporels, pourquoi en serait-il autrement des meubles corporels ? De là l'usage établi. Les usages, en matière d'administration légale, se sont ainsi formés par imitation, par analogie, par déduction. La loi n'a rien prescrit, jusqu'ici du moins.

738. Terminons ce sujet par une question de détail. Elle est de savoir si un testateur ou un donateur, faisant un legs ou une donation à un mineur, peut le faire sous la condition que le père n'aura pas l'administration des biens légués ou donnés. Les avis sont partagés.

Le doute vient de ce que les prérogatives inhérentes à l'autorité paternelle se rattachent à l'état des personnes ; or les règles relatives à l'état des personnes sont d'ordre public et ne peuvent être modifiées par la volonté des particuliers (article 6). On peut se demander si la clause prévue n'est pas attentatoire à l'autorité paternelle, si elle n'enlève pas au père une prérogative se rattachant à la direction de l'enfant. Il est certain qu'une clause qui enlèverait au père la surveillance et l'éducation de l'enfant serait nulle. D'autre part, si l'administration des biens donnés ou légués est enlevée au père, qui l'aura ? Ce ne peut être l'enfant, puisqu'il est incapable. Ce sera donc un tiers. L'autorité paternelle n'est-elle pas mise par là en échec, en suspicion ?

Cependant, la jurisprudence admet la validité de la clause

1. Voy. la note de M. de Loynes sous l'arrêt de Dijon du 31 décembre 1891, D. P. 1892. II. 233.

Source BIU Cujas

dont il s'agit [1]. Elle regarde l'administration des biens comme n'étant pas un élément essentiel de l'autorité paternelle ; celle-ci subsiste intacte, même sans l'administration. La vraie puissance paternelle ne comprend que les droits d'éducation et de correction ; quant à l'administration des biens, elle n'est qu'un attribut d'importance secondaire. Alors le testateur ou donateur, qui pourrait ne pas donner, peut, en donnant, enlever l'administration légale. Sans cela, peut-être ne donnerait-il pas, ce dont l'enfant souffrirait [2].

SECTION IV. — **Le droit de jouissance légale.**

739. L'article 384 est ainsi conçu : « Le père, durant le « mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant « des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs « enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis,ou jusqu'à « l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-« huit ans. »

La jouissance, au sens juridique du mot, est la faculté de percevoir et de s'approprier les revenus, si bien que le droit de jouissance légale est, dans d'autres textes, qualifié d'usufruit légal (article 601).

740. Pas plus que l'administration légale, à l'inverse des droits d'éducation et de correction, le droit de jouissance légale n'est un attribut essentiel de la puissance paternelle ; celle-ci peut exister sans lui.

La jouissance légale survit, il est vrai, à l'ouverture de la tutelle ; elle continue au profit des père et mère quand il y a concours de la puissance paternelle et de la tutelle. En effet, l'article 384 attribue ce droit au père durant le mariage et au survivant des père et mère après la dissolution du mariage par le prédécès de l'autre conjoint ; or, dans cette dernière hypothèse, il y a concours de la puissance paternelle et de la tutelle.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 389, n° 13, — Trib. de Châteauroux 6 mars 1894, D. P. 1895.II.75, — Orléans 21 avril 1894, Sir. 1894.II.303, — 12 juillet 1895, Sir. 1895.II.211. — *Secus*, Laurent, *Principes*, IV, n° 298.

2. Quelques auteurs proposent de distinguer. La clause serait valable si elle s'expliquait par des considérations se rattachant à l'intérêt de l'enfant ; elle serait nulle si le testateur ou le donateur n'avait agi que par haine, vengeance ou suspicion à l'égard du père. Les juges apprécieraient. Voy. Aubry et Rau, I, p. 502, texte et note 15.

Source BIU Cujas

Il n'est pas inutile de remarquer en passant que la rédaction de l'article 384 n'est pas satisfaisante. Elle est doublement inexacte.

1° Le texte attribue le droit de jouissance légale au père durant le mariage et au survivant des père et mère après la dissolution du mariage. Faut-il en conclure, prenant le texte à la lettre, que le droit de jouissance légale n'appartient à personne alors que le mariage est dissous du vivant des deux époux, c'est-à-dire au cas de divorce? Evidemment non. L'article 386 le démontre : « Cette jouissance n'aura pas lieu « au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce « aura été prononcé »; autrement dit, elle subsiste au profit du père si c'est aux torts de la mère que le divorce a été prononcé [1]. Si l'article 384 est mal rédigé, cela tient à ce que le législateur a envisagé seulement l'hypothèse normale d'un mariage qui ne se dissout pas avant la mort de l'un des époux [2]; l'idée de la dissolution du mariage et celle de la survivance d'un des époux sont présentées ensemble par le texte, preuve manifeste que le législateur a laissé la dissolution par divorce en dehors de ses prévisions. Il aurait fallu dire que la jouissance légale appartient au père quand les deux auteurs sont vivants et mariés ou divorcés, sauf application de l'article 386, puis à la mère survivante après la mort du père.

2° En outre, depuis la loi du 24 juillet 1889 *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, le droit de jouissance légale peut appartenir à la mère, même du vivant du père, si celui-ci a encouru la déchéance de la puissance paternelle. Donc le texte doit être rectifié ainsi : « Les « père et mère, dans l'ordre où ils ont l'autorité paternelle, « ont la jouissance... etc. »

Sous ce rapport, le droit de jouissance légale se rattache bien à l'autorité paternelle. Mais, quand on l'envisage sous un autre rapport, on s'aperçoit sans peine qu'il ne s'y rattache pas essentiellement. En effet, il peut ne pas exister alors même qu'il y a puissance paternelle.

D'abord, en aucun cas la jouissance légale ne dure jusqu'à la majorité. A l'inverse de ce qui a lieu pour les trois autres

1. *Suprà*, n° 425.
2. Cpr. ce qui a été dit à propos de l'article 389, *suprà*, n° 730.

Source BIU Cujas

attributs de l'autorité paternelle, elle cesse toujours à dix-huit ans (article 384). Pendant trois ans, de dix-huit à vingt-un ans, il y a puissance paternelle ne comportant pas droit de jouissance légale. Règle prévoyante, dont la raison d'être sera indiquée plus tard.

D'autre part, même au-dessous de dix-huit ans, il y a des cas où le droit de jouissance légale n'existe pas. Il ne porte pas sur tous les biens : « Elle ne s'étendra pas, dit l'arti- « cle 387, aux biens que les enfants pourront acquérir par un « travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront « donnés ou légués sous la condition expresse que les père « et mère n'en jouiront pas. » En outre, l'article 386 s'exprime ainsi : « Cette jouissance n'aura pas lieu au profit « de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait « été prononcé ; et elle cessera à l'égard de la mère dans le « cas d'un second mariage. »

Enfin, la jouissance légale n'appartient jamais aux pères et mères naturels, quoiqu'ils aient la puissance paternelle. En effet, l'article 384 indique sous quelles distinctions les père et mère ont le droit de jouissance légale, soit pendant le mariage, soit après la dissolution du mariage ; c'est bien supposer qu'il s'agit de parents mariés ou l'ayant été, autrement dit de parents légitimes [1]. Par suite, les pères et mères naturels ne possèdent que les deux premiers des quatre attributs de la puissance paternelle ; ils possèdent ceux qui sont relatifs à la personne de l'enfant, non ceux qui sont relatifs à ses biens.

En résumé, si le droit de jouissance légale est un attribut de l'autorité paternelle, celle-ci peut exister et existe souvent sans lui. Ce n'est donc pas un attribut essentiel. Il n'y a de vraiment essentiels que les droits d'éducation et de correction, c'est-à-dire les droits sur la personne de l'enfant. Les deux droits relatifs aux biens, l'administration légale et la jouissance légale, ne sont que des annexes.

741. Tel qu'il est, ce quatrième attribut de la puissance paternelle est différent des précédents quant à son caractère et quant à son origine.

Les trois premiers attributs ont ce caractère commun qu'ils

1. Les travaux préparatoires confirment cette manière de voir. Voy. *suprà*, p. 366, note 1.

Source BIU Cujas

représentent tous trois des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement des devoirs de paternité ; l'autorité paternelle doit prendre soin de la personne et des intérêts de l'enfant mineur. Il n'en est plus de même ici. L'intérêt de l'enfant n'est plus engagé ; la jouissance légale est un profit pécuniaire pour les père et mère, un avantage qui leur est fait.

Alors d'où vient ce droit ? A quel besoin répond-il ? Comment s'explique-t-il ? Ses origines historiques sont confuses, sa légitimité est contestable.

742. Il se rattache, à n'en pas douter, à la tradition romaine de la *patria potestas*. Pendant longtemps, à Rome, les biens acquis par les fils ou filles de famille furent acquis de droit au père de famille, *qui in domo dominium habet* [1]. Peu à peu, on entreprit de soustraire l'enfant à cette absorption, de lui constituer une individualité. On excepta d'abord certains biens formant le *peculium castrense*, qui restèrent au fils en pleine propriété. Plus tard, dans le dernier état du droit, d'autres biens restèrent également propres au fils de famille et formèrent pour lui le *peculium adventicium*, lequel comprenait les biens que le fils acquérait par succession, donation ou testament ; mais de ceux-là le *paterfamilias* conservait l'usufruit [2]. Le père de famille seul avait cet usufruit, puisque, dans le système romain, seul il avait la *patria potestas* ; il avait l'usufruit sa vie durant, puisque la *patria potestas* était perpétuelle [3].

Ces règles restèrent appliquées dans les pays de droit écrit ; l'ascendant avait l'usufruit des biens adventices.

En donnant le droit de jouissance légale à la mère comme au père, en le leur donnant temporairement, jusqu'à dix-huit ans, l'article 384 ajuste l'ancien usufruit sur les biens adventices au système actuel de l'autorité paternelle ; c'est la tradition romaine arrangée à la moderne. Mais alors l'institution n'est plus qu'une anomalie dans le système actuel, depuis qu'a disparu, en 1792, la puissance paternelle des pays de droit écrit.

Le droit de jouissance légale se rattache également à ce

1. Institutes, livre II, titre IX, § 1.
2. *Ibid.*
3. Sur cette évolution des pouvoirs du *paterfamilias*, au terme de laquelle le fils acquiert le droit de disposer de certains biens, voy. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 131 et suiv.

Source BIU Cujas

que plusieurs coutumes, notamment celle de Paris, admettaient sous le nom de *droit de garde* : garde noble ou garde bourgeoise. Cependant, entre les deux idées le rapport est très incomplet.

La garde, noble ou bourgeoise, était le droit, reconnu au survivant des père et mère, de jouir temporairement des biens acquis par l'enfant dans la succession du prémourant. L'un des deux époux venant à mourir, on laissait momentanément au survivant l'usufruit des biens du prédécédé, devenus biens des enfants (Coutume de Paris, articles 265 à 268) [1]. La garde noble, sous la coutume de Paris, durait quant aux fils jusqu'à vingt ans, quant aux filles jusqu'à quinze ; la garde bourgeoise durait quant aux fils jusqu'à quatorze ans, quant aux filles jusqu'à douze.

Le droit de garde ne prenait ainsi naissance qu'à la dissolution du mariage ; il n'appartenait qu'au survivant des époux ; il ne portait que sur les biens recueillis dans la succession du prémourant. En donnant la jouissance légale pendant le mariage au père et à la mère, au père d'abord, à la mère quand c'est elle qui a la puissance paternelle, en la leur donnant sur tous les biens de l'enfant quelle qu'en soit la provenance, l'article 384 n'a pas du tout reproduit l'ancien droit de garde.

De sorte que l'origine historique de la jouissance légale actuelle est confuse. L'institution est une combinaison des traditions romaines et coutumières.

743. Telle qu'elle est, elle ne répond à aucun besoin appréciable ; elle ne cadre pas avec les idées modernes en matière d'autorité paternelle ; elle ne s'explique pas, comme les trois autres attributs de cette autorité, par la considération de l'intérêt et du droit de l'enfant. Aussi la loi du 28 août 1792, citée précédemment, qui a définitivement écarté la puissance paternelle des pays de droit écrit et consacré l'autorité paternelle des pays de coutume, ne l'admettait pas ; elle a été rétablie par le Code civil. Dans le droit actuel, il est difficile d'en rendre compte.

On dit souvent que la jouissance des biens de l'enfant est accordée aux parents jusqu'à l'âge de dix-huit ans comme une sorte de dédommagement des charges qu'entraîne l'exer-

1. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 536 et suiv.

Source BIU Cujas

cice de l'autorité paternelle. L'explication n'est pas bonne, en tout cas pas suffisante. En effet, pourquoi alors ne donnerait-on pas la jouissance légale au tuteur, à titre de dédommagement des charges qu'entraîne l'administration de la tutelle? Ce serait d'autant plus logique que souvent le tuteur est un étranger, auquel la charge incombe moins naturellement. Cependant son administration est absolument gratuite ; la portion des revenus non employés pour l'enfant est capitalisée afin de lui être remise à sa majorité.

La seule justification du droit de jouissance légale est celle que propose Valette ; mais l'idée est vague. Le droit de jouissance légale, dit-il en substance, se rattache au principe que le père ou la mère a le gouvernement de la fortune de l'enfant, comme de sa personne. Les revenus sont naturellement destinés à subvenir à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (article 385) ; seulement les père et mère, au lieu d'avoir à rendre compte du surplus des revenus, en disposent à leur gré. C'est une facilité d'administration, une latitude qu'on a cru légitime de leur donner[1]. L'explication est loin d'être décisive.

744. Restent les détails du sujet. Ils se rapportent aux trois questions suivantes.

I. *Quelle est la nature juridique du droit de jouissance légale ?*

745. Il consiste dans la faculté pour le père ou pour la mère de s'approprier les revenus de l'enfant, au moins la portion des revenus non absorbée par les dépenses d'entretien et d'éducation. C'est donc un droit d'usufruit. L'article 578 dit en effet : « L'usufruit est le droit de jouir des choses « dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-« même, mais à la charge d'en conserver la substance. » L'article 579 ajoute : « L'usufruit est établi par la loi ou « par la volonté de l'homme. » Le cas le plus connu d'usufruit légal est précisément l'usufruit établi par l'article 384.

746. Toutefois, c'est un usufruit d'un genre spécial, et ainsi s'explique qu'on l'appelle plutôt jouissance légale qu'usufruit. Il est toujours qualifié de la sorte au titre de la puis-

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 495.

Source BIU Cujas

sance paternelle ; les articles 384 à 387 ne le désignent pas autrement et il y a évidemment là une intention. Ailleurs, il est vrai, dans d'autres titres, le même droit est appelé usufruit légal (articles 389, 601, 730). Donc on peut l'appeler indifféremment droit de jouissance légale ou usufruit légal. Cependant l'expression de jouissance légale est préférable. Voici pourquoi. L'usufruit, dans le sens habituel du mot, est un droit simplement et exclusivement pécuniaire, un bien. Or le droit dont il s'agit ici est d'un tout autre genre ; il est un attribut de l'autorité paternelle. De là résultent des différences pratiques assez notables entre ce droit de jouissance légale et l'usufruit ordinaire. On peut en signaler quatre.

1° L'usufruit ordinaire est un droit temporaire, habituellement viager ; il dure autant que la personne de l'usufruitier et s'éteint avec elle (article 617). Le droit de jouissance, qui est un attribut de l'autorité paternelle, est temporaire comme l'autorité paternelle elle-même ; il ne dure même pas jusqu'à la majorité de l'enfant, qui est le terme habituel de l'autorité paternelle, mais cesse à dix-huit ans (article 384). De sorte que, de dix-huit à vingt-un ans, le père ou la mère, quoique administrant les biens, n'a plus le droit de s'approprier les revenus. Cela ne veut pas dire que l'enfant entre en jouissance, mais seulement que le père ou la mère devient comptable des revenus. Il en est ainsi pour deux raisons.

a) Si le droit durait jusqu'à la majorité, le père ou la mère gardant les revenus jusque-là, l'enfant prendrait l'administration de sa fortune sans avoir aucune avance ; il lui faudrait commencer son administration par un emprunt. Pour éviter cet inconvénient, on capitalise les revenus des trois dernières années de la minorité ; on les remet à l'enfant lors de sa majorité, et il se trouve, de cette manière, avoir les avances nécessaires pour son administration ; cela lui constitue un fonds de roulement.

b) A dix-huit ans, le mariage devient possible, en droit pour les hommes, en fait pour les femmes. Or l'article 476 dit que les mineurs sont émancipés par le mariage. D'autre part, l'émancipation éteint l'usufruit légal. Alors on pourrait craindre que le père laissât échapper ou écartât une bonne occasion d'établir l'enfant, afin de ne pas perdre la jouissance de la fortune. Ce calcul est peu vraisemblable ; toutefois il est prudent de ne jamais mettre le devoir aux prises avec

Source BIU Cujas

l'intérêt. On enlève au père jusqu'à la possibilité d'un pareil calcul en lui retirant *de plano* l'usufruit.

2° L'usufruitier ordinaire doit donner caution (article 601), car il détient la chose d'autrui et doit plus tard la restituer. Or l'article 601 dispense de la caution le père ou la mère ayant la jouissance légale. L'explication est simple. Le père ou la mère, en dehors de son droit de jouissance, a l'administration légale ou la tutelle. S'il a l'administration légale, nous savons quelles considérations ont fait exempter le père de donner des garanties. S'il a la tutelle, les intérêts de l'enfant sont sauvegardés par les garanties qui existent dans toute tutelle, notamment par l'hypothèque légale, sans qu'il soit besoin d'y ajouter une caution.

3° L'usufruit ordinaire, qui est un droit pécuniaire, un bien, un démembrement de la propriété, est cessible (article 595), saisissable (article 2204) et susceptible d'hypothèque (article 2118). Il en est autrement de la jouissance légale, qui est incessible, insaisissable, non susceptible d'hypothèque. Elle n'est pas un bien, un démembrement de la propriété, mais un attribut de l'autorité paternelle ; par suite, il serait inadmissible que les père et mère pussent l'abdiquer. Le père ou la mère peut bien disposer des fruits, car ils lui appartiennent, ou mieux de l'excédent des revenus sur les dépenses d'entretien de l'enfant, mais non du droit même, qui est inhérent à la qualité de père ou mère [1].

4° Le droit de jouissance légale a des charges propres, distinctes de celles qui incombent à l'usufruitier ordinaire. « Les « charges de cette jouissance, dit l'article 385, seront : 1° celles « auxquelles sont tenus les usufruitiers, — 2° la nourriture, « l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune, « — 3° le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux, « — 4° les frais funéraires et ceux de dernière maladie. »

a) Les charges « auxquelles sont tenus les usufruitiers » sont celles qui, dans l'usage, sont la charge des fruits, qu'on a l'habitude de payer non sur le capital, mais sur les revenus avant d'en fixer le chiffre net : entretien des biens, impôts, intérêts des dettes, etc. Nous y reviendrons sous les

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 384, nos 14 et suiv. — Cpr. Nîmes 10 mai 1855, D. P. 1855. II. 182, — Lyon 9 août 1877, Sir. 1878. II. 174, — Trib. de la Seine 27 juin 1892, *Pandectes françaises*, 1893. II. 189.

Source BIU Cujas

articles 605 et suivants. A cet égard, le droit de jouissance légale est assimilé à l'usufruit ordinaire.

b) L'article 385 ajoute : « 2° La nourriture, l'entretien et « l'éducation des enfants, selon leur fortune. » Ici apparaît le caractère particulier du droit de jouissance légale. Les revenus sont naturellement destinés à subvenir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, en général aux soins de la personne. Aussi le père et la mère, tenus de subvenir à ces dépenses, n'y sont pas tenus eu égard à leur fortune personnelle, comme quand il s'agit des autres enfants (article 203), mais eu égard à la fortune de l'enfant lui-même ; ils n'y sont tenus personnellement qu'en cas d'insuffisance des revenus de l'enfant, car cette dépense est mise à la charge de l'usufruit[1]. Il s'agit donc d'un droit de jouissance qui a une affectation propre. S'il est attribué aux père et mère, c'est en ce sens que cela les dispense de rendre compte de l'emploi et les autorise à garder le surplus ; à cela se réduit leur droit.

c) Le texte continue : « 3° le paiement des arrérages ou « intérêts des capitaux. » Il vise les arrérages et intérêts dus au moment où commence la jouissance légale, c'est-à-dire les prestations arriérées. Par exemple, les biens qu'a l'enfant lui ont été légués ; le testateur était, au moment de sa mort, débiteur d'arrérages de rentes ou d'intérêts échus et non encore payés ; on les prendra sur les revenus, car c'est sur eux que le défunt les aurait payés. Quant aux arrérages et intérêts qui courent pendant la durée de la jouissance, ils sont charge de la jouissance en vertu du 1° de l'article 385 ; ce sont des charges d'usufruit (article 612). Le 3° de l'article 385 n'a d'utilité (et il doit en avoir une) qu'à la condition d'être appliqué à des charges qui ne rentrent pas dans les numéros précédents.

d) Enfin l'article 385 se termine ainsi : « 4° Les frais funé- « raires et ceux de dernière maladie. » Même observation qu'en ce qui concerne le 3° de l'article. Il s'agit là des frais funéraires et de dernière maladie non pas de l'enfant propriétaire des biens sur lesquels porte la jouissance légale, mais de celui dont l'enfant a reçu les biens qui forment sa fortune personnelle. Quant aux frais funéraires ou de dernière maladie de l'enfant, s'il venait à mourir avant les père et mère, ils

1. *Suprà*, n° 710.

Source BIU Cujas

seraient dus en vertu du 2° de l'article 385, qui met à la charge des père et mère les frais relatifs aux soins de la personne. Comme le 3° de l'article, le 4° n'a d'utilité qu'à la condition d'être appliqué à des charges ne rentrant pas dans les numéros précédents.

Telles sont les charges du droit de jouissance légale ; le droit ne s'exerce que sur l'excédent des revenus eu égard à ces charges.

747. En résumé, le droit de jouissance légale est soustrait sous plusieurs rapports aux règles du droit commun en matière d'usufruit. Aussi, quoique ce soit un droit d'usufruit, il vaut mieux lui maintenir sa dénomination spécifique de droit de jouissance.

II. *Sur quels biens porte le droit de jouissance légale ?*

748. En principe, il porte sur tous les biens qui appartiennent en propre à l'enfant. L'article 384 emploie, pour en spécifier l'étendue, les expressions les plus générales ; il dit que les père et mère « auront la jouissance des biens de « leurs enfants » ; ce sont donc tous les biens qui appartiennent à l'enfant. La règle cependant comporte plusieurs exceptions.

Deux sont indiquées par l'article 387.

a) Les père et mère n'ont pas la jouissance des biens que l'enfant gagne par son travail personnel ou par l'exercice d'une industrie C'est l'ancienne idée du pécule, qui n'a plus d'application qu'à ce point de vue. Le législateur a voulu encourager ainsi l'esprit de travail et d'épargne.

b) La jouissance légale ne porte pas non plus sur les biens qui sont donnés ou légués à l'enfant « sous la condition ex- « presse que les père et mère n'en jouiront pas » (article 387). La volonté du donateur ou du testateur doit être respectée. C'est une question précédemment signalée de savoir si des biens peuvent être donnés ou légués à l'enfant sous la condition que les père et mère n'en auront pas l'administration légale[1] ; mais il est certain que des biens peuvent être donnés ou légués à l'enfant sous la condition que les parents n'en auront pas la jouissance légale[2].

1. *Suprà*, n° 738.
2. La seule question qui reste ouverte à cet égard est de savoir si la condition

Source BIU Cujas

Une troisième exception est indiquée par les articles 729 et 730. Le droit de jouissance ne porte pas sur les biens qui sont parvenus à l'enfant par suite d'une succession dont le père ou la mère a été exclu comme indigne. On ne veut pas que l'auteur, écarté de la succession comme indigne, en recueille indirectement et temporairement le bénéfice en qualité d'usufruitier.

Enfin le droit de jouissance ne porte pas davantage sur les biens faisant partie d'un majorat (avis du Conseil d'Etat du 30 janvier 1811). En cas de dévolution d'un majorat à un mineur par suite de la mort du titulaire, les revenus sont capitalisés au profit de l'enfant[1].

III. *Quelles circonstances mettent fin au droit de jouissance légale?*

749. Elles sont assez nombreuses.

1° Le droit de jouissance s'éteint par la renonciation de celui qui en est investi.

2° Il s'éteint quand l'enfant arrive à l'âge de dix-huit ans accomplis et quand il est émancipé (article 384). Au premier cas, les revenus sont désormais capitalisés, déduction faite des frais d'éducation, pour être remis à l'enfant quand le compte de sa fortune lui sera rendu. Au second cas, l'enfant,

« que les père et mère n'en jouiront pas » peut s'étendre aux biens qui adviennent à l'enfant à titre de réserve. Par exemple, un époux meurt, laissant tous ses biens à l'enfant né du mariage. L'enfant reçoit la moitié de ces biens à titre de réserve (article 913). Le conjoint prémourant a-t-il le droit d'enlever au survivant la jouissance pour la totalité, ou seulement pour la moitié ? Il semble évident que la jouissance peut être enlevée pour la totalité. En effet, aux termes de l'article 921, la réduction des dispositions entre vifs ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi établit la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause ; or l'enfant a tout intérêt à ce que la clause qui enlève la jouissance soit valable, car elle est conforme à son intérêt et fera sa part d'autant plus grande ; donc il se gardera d'en demander l'annulation. Quant à l'auteur survivant investi du droit de jouissance légale, il ne pourrait demander l'annulation de la clause que s'il était ayant cause de l'enfant au profit duquel la réserve a été établie. Or il n'a pas cette qualité ; en effet, le droit de jouissance légale dont il se prévaut ne lui a pas été attribué par l'enfant, mais par la loi elle-même, puisqu'il s'agit d'une jouissance *légale*. — *Sic*, Demante, *Cours analytique*, II, p. 206. — *Secus*, Aubry et Rau, VI, p. 86, texte et note 12, — Laurent, *Principes*, IV, n° 327.

1. Voici le texte de l'avis : « Le conseil d'Etat est d'avis qu'il doit être pourvu « à l'administration et à l'emploi du revenu des majorats pendant la minorité de « leurs titulaires, conformément aux règles prescrites par le Code civil à l'égard « des biens désignés dans l'article 387 dudit Code. »

Source BIU Cujas

prenant de suite l'administration de ses biens, perçoit désormais et garde ses revenus.

La question est discutée de savoir si le droit de jouissance, éteint par l'émancipation, renaît dans le cas où l'émancipation est révoquée. La plupart des auteurs estiment que le fait de conférer l'émancipation implique, de la part du père ou de la mère, renonciation définitive au droit de jouissance légale [1]. L'extinction du droit de jouissance légale par l'effet de l'émancipation constitue un droit pour le mineur, et ce droit, comme tous autres lui appartenant, survit intact au retrait de l'émancipation. En effet, le retrait de l'émancipation n'est pas une peine, entraînant déchéance des droits acquis au mineur ; c'est une mesure de précaution, provoquée par les dépenses exagérées ou par l'inconduite du mineur, et qui modifie seulement sa capacité, tout comme la nomination d'un conseil judiciaire au prodigue majeur.

3° Le droit s'éteint par le décès du survivant des père et mère et aussi par le décès de l'enfant. Dans les deux cas, il n'y a plus d'autorité paternelle. Il s'éteint, pour la même raison, en cas de déchéance de l'autorité paternelle.

4° Il cesse d'exister, en cas de divorce, au profit de celui des époux contre lequel le divorce a été prononcé (article 386) [2].

5° Il prend fin par la déchéance qui peut être prononcée contre l'usufruitier pour abus de jouissance (article 618). Une autre cause de déchéance est indiquée par l'article 1442 ; mais elle ne pourra être étudiée que plus tard.

6° Enfin le droit de jouissance légale s'éteint, en ce qui concerne la mère, par son second mariage (article 386). La seule raison est celle-ci : il serait singulier que la mère survivante portât dans un autre ménage les revenus des enfants du premier mariage et enrichît le second époux à leur détriment. Cette raison a sa valeur ; mais elle existerait avec la même force s'il s'agissait du père venant à se remarier ; or l'article 386 ne parle que de la mère survivante. C'est un souvenir du droit applicable, d'après certaines coutumes, en cas de garde [3]. Les origines un peu confuses du droit de jouissance expliquent cette anomalie.

1. Demante, *Cours analytique*, II, n° 129 *bis*, VIII. — *Secus*, Aubry et Rau, VI, p. 91, texte et note 29.

2. *Suprà*, n°s 425 et 740.

3. A titre d'exemple, l'article 180 de la coutume d'Orléans est ainsi conçu :

Source BIU Cujas

CHAPITRE II

COMMENT L'AUTORITÉ PATERNELLE PREND FIN.

750. Nous arrivons à la seconde des questions posées sur l'autorité paternelle ; sachant quels pouvoirs ou attributs elle confère, il faut voir comment elle prend fin. Là encore vont se développer les conséquences du point de vue où s'est placé le droit moderne.

L'autorité paternelle prend fin de quatre manières.

751. I. **Normalement, elle prend fin par la majorité de l'enfant.** Etablie dans l'intérêt de l'enfant, à raison de la faiblesse de l'âge, elle cesse quand l'enfant arrive à l'âge d'homme (articles 372, 388 et 488). C'est, nous l'avons indiqué dès le début, ce qu'a décidé la loi du 28 août 1792; elle a rompu par là avec la puissance paternelle du droit romain et des pays de droit écrit, qui était perpétuelle.

La règle, toutefois, quoique générale, n'est pas également applicable à tous les attributs de l'autorité paternelle. Elle ne s'applique exactement qu'à deux des quatre attributs : au droit d'éducation et à l'administration légale (articles 372 et 389). Le droit de jouissance légale s'éteint plus tôt, à dix-huit ans, pour des raisons qui ont été déduites précédemment[1]. Quant au droit de correction, il subsiste bien jusqu'à la majorité, de même que le droit d'éducation, dont il est la sanction ; mais, quant aux conditions de forme et d'exercice, il se transforme à l'âge de seize ans : à partir de cet âge, il ne s'exerce plus que par voie de réquisition (articles 376 et 377)[2]. Donc cette idée simple que l'autorité paternelle dure jusqu'à la majorité est seulement approximative.

Il faut ajouter qu'il est quelques prérogatives rentrant

« Entre non nobles, la femme veuve, si elle se remarie, perd la garde de ses « enfants, et non le père, lequel, combien qu'il convole en autres nopces, ne « perd la garde des susdits enfants. » — Voy. Pothier, *Coutume d'Orléans*, édit. Buguet, I, p. 212.

1. *Suprà*, p. 392.

2. *Ibid.*, nos 728 et 729.

Source BIU Cujas

dans l'autorité paternelle, au sens large du mot, en dérivant à tout le moins, qui survivent à la majorité[1]. Nous avons maintes fois signalé que les descendants, quoique majeurs, dépendent encore de leurs père et mère, même quelquefois des autres ascendants, qui, sous ce rapport, participent au pouvoir familial. Ils en dépendent quant au mariage, par suite de la nécessité d'obtenir le consentement ou au moins de demander le conseil (articles 148 et suivants)[2]; ils en dépendent quant à l'adoption (article 346).

Quoi qu'il en soit, sauf quelques distinctions, l'idée générale reste exacte : l'autorité paternelle cesse par la majorité.

752. II. **Exceptionnellement, elle prend fin par l'émancipation**, qui produit, à cet égard, les mêmes effets que la majorité. Elle met fin au droit d'éducation (article 372), au droit de correction, à l'administration légale, à la jouissance légale (article 384). Il n'y a plus d'autorité paternelle; l'autorité domestique prend une forme autre : la curatelle. Subsistent seules les quelques prérogatives de l'autorité paternelle qui survivent à la majorité : celles qui sont relatives au mariage et à l'adoption.

753. III. **L'autorité paternelle prend fin par la mort du survivant des père et mère**[3]. Dans le droit moderne (article 372), l'autorité paternelle appartient conjointement au père et à la mère. Le père seul, ajoute l'article 373, l'exerce durant le mariage, plus exactement tant qu'il existe. Le survivant l'exerce à son tour, sauf qu'alors elle se combine avec la tutelle. Par suite, à la mort du survivant, elle cesse complètement; il n'y a plus que la tutelle.

754. La situation du père est donc très nette. Tant que la mère vit, c'est-à-dire pendant le mariage ou après sa dissolution par divorce, il a l'autorité paternelle complète avec tous ses attributs, sauf, en cas de séparation de corps ou de divorce, les mesures spéciales autorisées[4]. Après la mort de la femme, il conserve l'autorité paternelle ; mais un des attributs lui échappe : l'administration légale. En effet, il n'y a lieu à l'administration légale que pendant le mariage (article 389), ou

1. Cpr. *suprà*, n° 683.

2. Cpr. l'article 7 du décret déjà signalé du 18 février 1809, *relatif aux congrégations ou maisons hospitalières de femmes* (*suprà*, p. 368, note 3).

3. L'absence déclarée produit, à cet égard, le même effet que la mort. Voy. *suprà*, p. 331, note 1, et p. 333, note 1.

4. *Suprà*, p. 84 et 105.

Source BIU Cujas

mieux, en prévoyant le cas de divorce, que du vivant des père et mère, en d'autres termes quand il y a puissance paternelle seule [1]. Après, le père conserve, en cette qualité, les droits d'éducation, de correction et de jouissance légale ; mais il n'administre plus les biens que comme tuteur, conformément aux règles de la tutelle.

755. La situation de la mère est plus complexe. Quant à elle, trois situations sont possibles.

1° Du vivant du mari, en principe, elle partage avec lui l'autorité paternelle ; mais elle n'en a pas l'exercice (article 373). Son rôle se borne à une sorte de collaboration officieuse ; elle a, en outre, un droit de contrôle, en vertu duquel elle peut provoquer l'intervention de justice, soit pour contraindre le père à l'accomplissement des devoirs de paternité, soit, au cas de désaccord entre elle et lui quant à la direction à donner à l'éducation de l'enfant et à l'administration des biens, pour qu'il soit statué judiciairement.

2° Après la mort du mari, la mère acquiert l'exercice de l'autorité paternelle. Elle a, par suite, le droit complet d'éducation, le droit de correction dans les conditions que l'article 381 prescrit quant à elle, enfin le droit de jouissance légale ; aucun doute n'est possible sur ce dernier point, car la jouissance légale ne cesse à l'égard de la mère, dit l'article 386, que dans le cas de second mariage. Quant à la gestion des biens, la mère survivante en est également chargée ; seulement elle ne gère pas les biens comme administratrice légale, mais comme tutrice et conformément aux règles de la tutelle.

3° Même du vivant du mari, c'est-à-dire pendant le mariage et alors que la tutelle n'est pas encore ouverte, il se peut que la mère ait l'exercice de l'autorité paternelle. Elle l'a alors complète, même l'administration légale, puisqu'il n'y a pas tutelle. Il en est ainsi quand le mari a encouru la déchéance de l'autorité paternelle, ou quand il est, en fait, dans l'impossibilité d'exercer cette autorité.

Dans le premier cas, tout indique qu'il faut donner à la mère l'autorité paternelle complète, avec tous ses attributs, même l'administration légale ; en effet il n'y a pas tutelle (article 390), et l'administration légale est la forme d'administration des biens des mineurs quand les père et mère existent

1. *Suprà*, n° 730.

Source BIU Cujas

et sont ou ont été mariés[1]. C'est ce qu'a admis la loi du 24 juillet 1889, sauf que le tribunal peut alors enlever l'autorité paternelle à la mère, dans la crainte que, soumise à son mari qui est déchu comme père, elle ne soit impuissante à bien exercer cette autorité. Nous avons déjà[2] rencontré cette combinaison, que consacre l'article 9 alinéas 1 et 3 de la loi de 1889.

Dans le second cas, quand le mari, quoique existant, est dans l'impossibilité de fait et temporaire d'exercer l'autorité paternelle, la situation de la mère est mal déterminée. L'impossibilité peut être matérielle ; le père a disparu, il est absent, du moins en état de présomption d'absence, car après la déclaration d'absence il y a tutelle, ou bien il est détenu par suite d'une condamnation. L'impossibilité peut être morale ; le père est malade, infirme, aliéné par exemple. Enfin elle peut être légale ; le père est en état d'interdiction soit judiciaire, soit légale. Dans tous ces cas, l'exercice de l'autorité paternelle passe à la mère. L'article 141 le dit pour le cas de disparition : « Si le père a disparu laissant des enfants « mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la « surveillance et exercera tous les droits du mari quant à « leur éducation et à l'administration de leurs biens. »

Seulement la mère exerce-t-elle l'autorité paternelle comme un droit personnel, ou bien au nom et pour le compte du mari ? Il est important de le savoir pour le droit de jouissance légale. Les revenus de la fortune de l'enfant profitent-ils à la femme ou au mari ? L'article 384 paraît admettre que la jouissance légale n'appartient jamais qu'au père pendant le mariage. Mais l'argument n'est pas décisif ; l'article 384 prévoit le cas ordinaire, non le cas exceptionnel où, même pendant le mariage, la mère a l'exercice de l'autorité paternelle. La solution est fort incertaine ; la loi ne tranche pas la question et ne la prévoit même pas. Il paraît légitime de décider que la situation faite à la mère après la dissolution lui est applicable même pendant le mariage, quand accidentellement l'autorité paternelle passe entre ses mains.

En résumé, la mère, même du vivant du mari, exerce l'autorité paternelle quand le mari en est déchu, ou se trouve, en fait, dans l'impossibilité de l'exercer.

1. *Suprà*, p. 375 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 336.

Source BIU Cujas

Dans ces cas, qu'aucun texte n'assimile au cas de décès du mari, rien n'est changé quant à la forme du pouvoir domestique ; seulement l'exercice en passe à la mère.

Peut-être n'est-ce pas rationnel ; on peut, se plaçant au point de vue législatif, soutenir qu'il devrait alors y avoir lieu à tutelle. En effet, pourquoi, quand le père et la mère existent tous deux, s'abstient-on des garanties qui sont prises en cas de tutelle, en cas de mort d'un des auteurs ? A cause de la confiance qu'inspirent la situation des père et mère, leur sollicitude commune pour l'enfant, le contrôle qu'ils exercent l'un sur l'autre. Or, dès que l'un des deux est dans l'impossibilité de s'occuper de l'enfant, la situation n'est-elle pas la même, à cet égard, que s'il était prédécédé ?

Toutefois, la loi paraît formelle. L'article 390 ouvre la tutelle à la mort de l'un des auteurs ; donc, tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il n'y a pas tutelle, mais seulement puissance paternelle. Si les intérêts de l'enfant se trouvent exposés, la ressource est dans l'intervention éventuelle de l'autorité judiciaire. Nous avons vu qu'elle possède un pouvoir de haut contrôle sur la puissance paternelle ; elle le possède quand la situation est normale, c'est-à-dire quand les deux auteurs sont en état de l'exercer ; à plus forte raison l'a-t-elle quand l'un des deux est, en fait, hors d'état de le faire. Elle peut ordonner les mesures que la situation nécessite dans l'intérêt de l'enfant. On a considéré sans doute qu'il n'y a rien alors de définitif, que le trouble qui se produit peut être seulement momentané ; on surseoit. En cas de mort, au contraire, la situation se fixe ; elle est définitive ; la tutelle s'ouvre.

756. IV. **Exceptionnellement encore, l'autorité paternelle prend fin par la déchéance encourue.** Nous retrouvons la loi du 24 juillet 1889, dont c'est l'objet direct et principal. Tout le titre I (articles 1 à 16), de beaucoup le plus important, est consacré à l'énumération des causes de déchéance et au règlement des suites des déchéances encourues.

757. Le Code civil, nous l'avons déjà dit, ne contenait à cet égard aucune disposition. Etant donné le point de vue général adopté, c'était manifestement une lacune. Dès que l'autorité paternelle est établie et combinée dans l'intérêt de l'enfant, ce qui est le point de vue du Code civil, elle n'a plus de raison d'être quand elle ne remplit pas son but, en cas d'insuffisance ou d'abus ; dès lors, elle doit disparaître et être remplacée.

Source BIU Cujas

Depuis le Code civil, deux causes de déchéance furent prévues successivement.

La première le fut en 1810, par l'article 335 alinéa 2 du Code pénal ; il prononce la déchéance contre les père et mère qui auraient excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de leur enfant mineur. C'est une déchéance pour cause d'indignité ; quelle éducation peut-on attendre de parents reconnus coupables de pareils faits ?

La disposition, dans la mesure où elle est formulée, ne tarda pas à être jugée insuffisante. Il s'agit là d'une disposition pénale, qui doit être interprétée restrictivement. Or, d'une part, elle ne vise qu'un cas isolé d'indignité, tellement grave qu'il doit être rare. D'autre part, les père et mère, dans le cas de l'article 335 du Code pénal, ne sont déchus de la puissance paternelle qu'au regard de l'enfant victime du fait reproché ; en effet, le texte est ainsi conçu : « Si le délit a été « commis par le père ou la mère, le coupable sera de plus « privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne « et les biens de l'enfant par le Code civil, livre I, titre IX, « *De la puissance paternelle* » ; de sorte qu'ils conservent l'autorité paternelle sur leurs autres enfants, ce qui est singulièrement choquant. Enfin, du texte il faut conclure que les père et mère, dans le cas de l'article 335, ne sont déchus que de trois attributs de la puissance paternelle : le droit d'éducation, le droit de correction, la jouissance légale ; ils ne le sont pas de l'administration légale. L'article 335, en effet, ne les déclare déchus que des droits qui leur sont accordés par le titre IX ; or l'administration légale est visée au titre X et ne constitue pas un droit, mais un devoir.

Tel fut le premier cas de déchéance formellement reconnu.

Une autre cause de déchéance fut introduite par la loi du 7 décembre 1874, relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes. L'article 2 établit une déchéance facultative, qui peut être prononcée ou non selon la gravité des cas. « Les pères, mères, tuteurs ou patrons qui « auront livré, soit gratuitement, soit à prix d'argent, leurs « enfants, pupilles ou apprentis âgés de moins de seize ans, « aux individus exerçant les professions ci-dessus spécifiées, « ou qui les auront placés sous la conduite de vagabonds, « de gens sans aveu ou faisant profession de mendicité,

Source BIU Cujas

« seront punis des peines portées en l'article 1..... La con-
« damnation entraînera de plein droit pour les tuteurs la
« destitution de la tutelle ; les pères et mères pourront être
« privés des droits de la puissance paternelle. »

Hors de là, jusqu'en 1889, aucun texte ne prévoyait que les père et mère pussent être déchus de l'autorité paternelle. Le seul remède, en cas d'insuffisance ou d'abus, était dans le droit discrétionnaire de contrôle que la jurisprudence reconnaissait aux tribunaux ; sans enlever l'autorité paternelle, ils en réglaient les conditions d'exercice au mieux de l'intérêt des enfants [1].

758. La loi de 1889 a modifié ce régime.

Nous avons vu qu'elle s'est proposé un triple but : 1° généraliser les déchéances, afin de protéger les enfants, dans les cas les plus graves, contre les mauvais traitements, les mauvais exemples ou l'abandon, sans qu'il soit besoin de recourir, dans chaque cas particulier, au contrôle judiciaire, — 2° mettre fin à ce qu'il y avait d'inégal et d'arbitraire dans la pratique antérieure, — 3° faciliter l'œuvre des sociétés privées et des administrations hospitalières, sans cesse entravées jusque-là dans leurs efforts par les parents venant se prévaloir de leur autorité paternelle et réclamer les enfants recueillis dès que ceux-ci étaient en âge de gagner un salaire. La loi de 1889 a été par là le point de départ de l'œuvre si vigoureusement poursuivie depuis : celle du sauvetage de l'enfance.

Si on l'envisage non plus dans son but général, mais dans ses dispositions, celles-ci se rapportent à un double objet. Les unes enlèvent la puissance paternelle aux parents indignes de l'exercer ; les autres règlent les suites des déchéances encourues, spécialement confèrent tout ou partie de l'autorité paternelle aux associations de bienfaisance ou aux particuliers qui se chargent de l'éducation de l'enfant. De là les divisions du titre I de la loi : le chapitre I traite *De la déchéance de la puissance paternelle*, le chapitre II *De l'organisation de la tutelle en cas de déchéance de la puissance paternelle*, enfin le chapitre III *De la restitution de la puissance paternelle*.

En dehors de l'idée générale qui l'explique et la domine,

1. *Suprà*, p. 344 et suiv.

Source BIU Cujas

qui lui assigne sa place dans le système du Code civil, la loi de 1889 ne contient que des dispositions réglementaires. Il suffit de lire les textes et de noter les points suivants.

759. Le chapitre I du titre I, où sont énoncées les causes de déchéance, prévoit deux sortes de déchéances.

760. Les unes se produisent de plein droit, en ce sens qu'elles sont la suite légale et forcée de certaines condamnations encourues (article 1). Dès lors, il n'est pas besoin qu'elles soient demandées ni prononcées[1]; il n'y a place, quant à elles, pour aucune appréciation de la part du juge; la déchéance est un effet que la loi attache à la condamnation, regardée à elle seule comme la justifiant suffisamment.

Ces déchéances sont encourues en général pour des faits impliquant par eux-mêmes et directement la méconnaissance des devoirs élémentaires de paternité. Elles résultent de condamnations pour faits qui attestent l'indignité des pères et mères comme tels, pour crimes ou délits graves commis contre l'enfance.

Quels sont ces crimes ou délits?

La déchéance est encourue de plein droit par les pères et mères, dit le 1° de l'article 1, « s'ils sont condamnés par « application du paragraphe 2 de l'article 334 du Code pé- « nal ». C'est la reproduction de l'article 335 alinéa 2 du Code pénal, mais avec deux innovations. D'abord la déchéance est absolue, en ce sens qu'elle se produit à l'égard de tous les enfants. D'autre part elle est complète, en ce sens qu'elle atteint la puissance paternelle et tous ses attributs : « Les « père et mère, dit le début de l'article, ...sont déchus... de « la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y « rattachent... »

L'article continue : la déchéance est encourue de plein droit par les père et mère « 2° s'ils sont condamnés soit comme « auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime commis sur la « personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, soit comme « co-auteurs ou complices d'un crime commis par un ou plu- « sieurs de leurs enfants, — 3° s'ils sont condamnés deux « fois comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un délit « commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants,

1. Cass. 8 mars 1890, *La Loi* du 23 avril, — 21 septembre 1893, *Le Droit* du 26 octobre.

Source BIU Cujas

« — 4° s'ils sont condamnés deux fois pour excitation habi-
« tuelle de mineurs à la débauche. »

Voilà la première classe de déchéances : déchéances de plein droit pour crimes ou délits commis contre l'enfance. La condamnation atteste suffisamment l'incapacité à remplir les droits de paternité, l'indignité.

761. D'autres déchéances sont facultatives, en ce sens que la loi les autorise et que, dans les cas prévus, la déchéance peut être prononcée, si elle est demandée, d'après l'appréciation du juge : « *Peuvent* être déchus des mêmes droits.. », dit l'article 2.

Les causes qui autorisent la déchéance facultative sont de trois sortes.

1° Ce sont d'abord certaines condamnations pour faits de droit commun, qui, sans établir l'indignité des père et mère comme tels, donnent lieu de craindre que les enfants ne soient pas élevés ou le soient mal.

Peuvent être déclarés déchus, dit le 1° de l'article 2, « les « père et mère condamnés aux travaux forcés à perpétuité « ou à temps, ou à la réclusion, comme auteurs, co-auteurs « ou complices d'un crime autre que ceux prévus par les « articles 86 à 101 du Code pénal ». Les crimes ainsi écartés sont les crimes d'ordre politique ; il reste donc les crimes de droit commun. Il ne s'agit pas là de crimes contre l'enfance, mais de crimes quelconques ; or il y a des criminels qui peuvent être de bons pères de famille ; donc la déchéance doit être facultative, non de droit.

L'article continue : peuvent être déclarés déchus « 2° les « père et mère condamnés deux fois pour un des faits sui-« vants : séquestration, suppression, exposition ou abandon « d'enfants ou pour vagabondage, — 3° les père et mère con-« damnés par application de l'article 2 paragraphe 2 de la loi « du 23 janvier 1873, ou des articles 1, 2 et 3 de la loi du « 7 décembre 1874 ». La loi du 23 janvier 1873 est la loi sur l'ivresse publique ; l'article 2 § 2 suppose une condamnation par récidive. Quant à la loi du 7 décembre 1874, elle est relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes [1].

Enfin l'article dit : « 4° les père et mère condamnés une

1. *Suprà*, p. 403.

Source BIU Cujas

« première fois pour excitation habituelle de mineurs à la « débauche. » S'il y a eu deux condamnations, la déchéance est encourue de plein droit (article 1, 4°) ; la première condamnation permet seulement de prononcer la déchéance.

2° Il est une seconde catégorie de causes autorisant la déchéance facultative. La déchéance, en dehors de toute condamnation, peut être prononcée dans deux cas.

Le premier est prévu par le 5° de l'article 2 : peuvent être déclarés déchus « les père et mère dont les enfants ont été « conduits dans une maison de correction, par application « de l'article 66 du Code pénal ». Il s'agit des mineurs poursuivis pour crimes ou délits et acquittés comme ayant agi sans discernement. D'après l'article 66 du Code pénal, ils peuvent être remis à leurs parents, si ceux-ci les réclament ; sinon, ils sont conduits dans une maison de correction pour y être élevés jusqu'à leur majorité. Les pères et mères qui laissent ainsi conduire de malheureux enfants dans une maison de correction ne témoignent pas pour eux d'une grande sollicitude, au moins ordinairement. Aussi la déchéance peut être prononcée.

Le second cas est prévu par le 6° de l'article 2 : peuvent être déclarés déchus, « en dehors de toute condamnation, les « père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur in- « conduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traite- « ments, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit « la moralité de leurs enfants ». Cette cause de déchéance est très générale, un peu élastique ; elle pourrait, il faut le reconnaître, prêter à l'abus par arbitraire ; mais, si on la suppose appliquée avec discernement et impartialité, elle n'est que trop légitime [1].

3° Il faut signaler enfin un troisième groupe de déchéances facultatives. La déchéance peut être encourue sans qu'il y ait, à l'encontre des père et mère, ni condamnation, ni indignité établie en fait, à raison de certaines occurrences où cela paraît utile pour l'enfant. Il en est ainsi dans deux hypothèses.

D'abord, dans celle de l'article 9, dont il suffit ici de rapporter le texte, car la raison d'être de la disposition qu'il con-

1. Grenoble 13 juillet 1892, D. P. 1893. II. 267, Sir. 1893, II. 92, — Riom 9 mai 1893, D. P. 1894. II. 144, Sir. 1894. II. 167, — Paris 8 août 1893, D. P. 1894. II. 101, Sir. 1893. II. 252.

Source BIU Cujas

tient a été indiquée précédemment [1] : « Dans le cas de dé-
« chéance de plein droit encourue par le père, le ministère
« public ou les parents désignés à l'article 3 saisissent sans
« délai la juridiction compétente, qui décide si, dans l'inté-
« rêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance
« paternelle tels qu'ils sont définis par le Code civil..... Dans
« le cas de déchéance facultative, le tribunal qui la prononce
« statue par le même jugement sur les droits de la mère à
« l'égard des enfants..... »

Il en est de même dans l'hypothèse prévue par le 4e alinéa de l'article 24. Un enfant a été placé chez un particulier ou dans un établissement hospitalier, dans les conditions prévues par l'article 17 ou par l'article 19 ; puis il est réclamé par ses père, mère ou tuteur ; le texte dit : « Si le tribunal
« juge qu'il n'y a pas lieu de rendre l'enfant aux père, mère
« ou tuteur, il peut, sur la réquisition du ministère public,
« prononcer la déchéance de la puissance paternelle ou
« maintenir à l'établissement ou au particulier gardien les
« droits qui lui ont été conférés..... »

762. Tels sont les cas de déchéance facultative. A propos d'eux, les articles 3 à 7 règlent deux choses.

Ils règlent d'abord par qui la déchéance peut être provoquée : « L'action en déchéance, dit l'article 3, est intentée...
« par un ou plusieurs parents du mineur au degré de cousin
« germain ou à un degré plus rapproché, ou par le ministère
« public. » Des inquiétudes ont été parfois manifestées sur l'intervention possible du ministère public ; mais elle ne présente guère de dangers et apparaît indispensable quand il s'agit d'enfants sans famille.

En second lieu, les articles 3 à 7 réglementent la procédure des actions en déchéance. Sans entrer dans les détails, il importe cependant de noter quelques points. La procédure est introduite et suivie en chambre du conseil ; le jugement seul est prononcé en audience publique (articles 3 et 4). Le tribunal compétent est celui du domicile ou de la résidence du père ou de la mère (article 3). Quant aux voies de recours, il faut consulter les articles 6 et 7. « Les jugements par défaut
« prononçant la déchéance de la puissance paternelle, dit
« l'article 6, peuvent être attaqués par la voie de l'opposition

1. *Suprà*, p. 330, 336 et 400.

Source BIU Cujas

« dans le délai de huit jours à partir de la notification à la « personne et dans le délai d'un an à partir de la notification « à domicile. Si, sur l'opposition, il intervient un second « jugement par défaut, ce jugement ne peut être attaqué « que par la voie de l'appel. » — « L'appel des jugements, « dit l'article 7, appartient aux parties et au ministère pu- « blic. Il doit être interjeté dans le délai de dix jours, à comp- « ter du jugement s'il est contradictoire, et, s'il est rendu « par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable. » Enfin il faut signaler la disposition de l'article 5 : « Pendant « l'instance en déchéance, la chambre du conseil peut or- « donner, relativement à la garde et à l'éducation des en- « fants, telles mesures provisoires qu'elle juge utiles. »

763. Terminons par deux indications communes aux déchéances de plein droit et aux déchéances facultatives.

764. D'abord, il ne s'agit, en tout cela, que de déchéances. Donc, pour être atteint par elles, il faut être père, mère ou ascendant. Les personnes célibataires ou mariées sans enfants qui encourraient une des condamnations prévues ne seraient pas, de ce chef, privées de la puissance paternelle sur les enfants qu'elles viendraient à avoir par la suite. Il n'y a pas, en matière de puissance paternelle, d'incapacité frappant la personne d'une manière générale, mais seulement des déchéances ; or le mot même de déchéance prouve qu'il s'agit de la perte de droits actuels, acquis, et non de droits qu'on n'a pas encore.

Il faut même conclure que la déchéance ne serait encourue ou ne pourrait être prononcée que pour faits postérieurs à la naissance de l'enfant. Cela n'est pas déraisonnable. Celui qui, ayant des enfants, est condamné pour des faits prévus par la loi de 1889, se montre indigne de les élever ; au contraire, on peut admettre qu'un homme, si chargé que soit son passé, s'amende sous l'influence des enfants qui lui surviennent.

765. En second lieu, les articles 1, 2, 8 et 9 indiquent quels sont les effets de la déchéance, soit facultative, soit encourue de plein droit.

L'article 1 énumère les droits dont le père ou la mère est privé par l'effet de la déchéance encourue de plein droit : il est déchu « de la puissance paternelle, ensemble de tous les « droits qui s'y rattachent, notamment ceux énoncés aux « articles 108, 141, 148, 150, 151, 346, 361, 372 à 387, 389,

Source BIU Cujas

« 390, 391, 397, 477 et 935 du Code civil, à l'article 3 du « décret du 22 février 1851 et à l'article 46 de la loi du « 27 juillet 1872 ». La déchéance facultative, aux termes de l'article 2, entraîne la perte des mêmes droits.

Facultative ou encourue de plein droit, la déchéance est absolue et complète.

Elle est absolue en ce sens qu'elle se produit à l'égard de tous les enfants et non pas seulement à l'égard de ceux qui ont été les victimes des abus de la puissance paternelle. L'article 1 le dit expressément en ce qui concerne la déchéance encourue de plein droit, et la première phrase de l'article 2 assimile la déchéance facultative à celle qui est encourue de plein droit relativement aux effets [1]. La déchéance se produit à l'égard de tous les enfants, même à l'égard des enfants à naître.

Elle est complète en ce sens qu'elle entraîne perte « de la « puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y « rattachent ». Ainsi s'exprime l'article 1 à propos de la déchéance encourue de plein droit, et les effets de la déchéance facultative sont les mêmes, aux termes de l'article 2 (première phrase). Les juges qui prononcent la déchéance ne peuvent donc pas en limiter les effets à certaines prérogatives de l'autorité paternelle ; toutes disparaissent nécessairement et en bloc [2]. D'ailleurs les tribunaux, en dehors de la déchéance proprement dite, peuvent intervenir en vertu du droit supérieur de contrôle qui leur appartient sur l'exercice de l'autorité paternelle et modifier, selon les cas, les conditions d'exercice de cette autorité pour le mieux des intérêts de l'enfant ; l'indivisibilité des effets de la déchéance rend indispensable cette intervention éventuelle des tribunaux, et nous avons dit que le droit d'intervenir doit leur être reconnu depuis la loi de 1889 comme il l'était avant cette loi [3].

La déchéance est donc complète. Mais il est clair que les effets en sont limités aux droits qui dérivent de l'autorité paternelle ; elle laisse, par conséquent, subsister les droits qui dérivent de la simple parenté. Les rédacteurs de la loi

1. Douai 8 mai 1893, D. P. 1893. II. 401 (note de M. de Loynes), Sir. 1893. II. 120.

2. Poitiers 21 juillet 1890, D. P. 1891. II. 73 (note de M. de Loynes). — Cpr. l'arrêt de Douai précité du 8 mai 1893 et la note de M. de Loynes.

3. *Suprà*, p. 346 et suiv.

Source BIU Cujas

de 1889 ont fait application de cette idée générale dans la dernière phrase de l'article 1 : « Cette déchéance laisse sub-« sister entre les ascendants déchus et l'enfant les obliga-« tions énoncées aux articles 205, 206 et 207 du Code civil. » Règle évidente et qu'on aurait pu se dispenser de formuler. En effet, les articles visés ont trait à la dette alimentaire dont les ascendants et descendants sont tenus les uns envers les autres[1]. Or cette dette n'est pas un effet de l'autorité paternelle ; elle a sa source dans la parenté ; le fait même qu'elle est réciproque le démontre. Elle ne pouvait donc être éteinte par la déchéance de l'autorité paternelle, car la parenté survit à cette déchéance avec tous les effets qui y sont attachés par la loi : droits successoraux, empêchements au mariage, etc.

766. Notons pour terminer que la loi de 1889 attache à la déchéance un effet spécial, sans rapports avec la perte de l'autorité paternelle. Aux termes de l'article 8, « tout individu « déchu de la puissance paternelle est incapable d'être tuteur, « subrogé tuteur, curateur ou membre du conseil de fa-« mille ». Il ne s'agit plus là d'une déchéance s'appliquant à des fonctions actuelles, mais d'une incapacité, comme le dit fort bien le texte. La personne déchue est considérée très justement comme ne présentant plus de garanties suffisantes pour l'exercice des fonctions de tutelle ; d'où l'incapacité prononcée par le texte.

767. En résumé, la déchéance entraîne, pour celui qui la subit, perte des droits se rattachant à l'autorité paternelle. C'est l'effet direct de la déchéance. Par voie de conséquence, elle entraîne des modifications quant à l'organisation du pouvoir domestique à l'égard du mineur. Si le père et la mère sont atteints ensemble par la déchéance, la tutelle s'ouvre. Si c'est le survivant des père et mère qui est atteint, la tutelle cesse de concourir avec l'autorité paternelle et fonctionne désormais seule. Enfin, si la déchéance atteint l'un seulement des deux auteurs encore vivants, une distinction doit être faite. Ou bien la mère est frappée ; alors le père conserve seul l'autorité paternelle, dont il était déjà seul à avoir l'exercice. Ou bien la déchéance s'applique au père ; alors la juridiction compétente décide « si, dans l'intérêt de l'enfant, la

1. *Suprà*, tome I, p. 504.

Source BIU Cujas

« mère exercera les droits de la puissance paternelle tels « qu'ils sont définis par le Code civil » ; ainsi s'exprime le premier alinéa de l'article 9, dont la raison d'être a été précédemment indiquée [1].

Dans tous les cas, le pouvoir domestique reçoit une organisation nouvelle, et cette organisation peut rendre nécessaire l'intervention de l'autorité judiciaire. S'il y a déchéance de plein droit, le ministère public ou certains parents du mineur doivent saisir sans délai la juridiction compétente, pour que la situation soit réglée ; les parents autorisés à agir sont ceux-là mêmes qui peuvent, aux termes de l'article 3, intenter l'action en déchéance dans les cas où la déchéance est facultative, savoir les parents du mineur au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché. S'il y a déchéance facultative, le tribunal qui prononce la déchéance règle d'office la situation.

768. Telles sont les dispositions saillantes de la loi de 1889. Les autres ne sont que réglementaires.

769. Ainsi le chapitre II du titre I s'occupe des suites de la déchéance quant à l'organisation de la tutelle.

Si la tutelle était ouverte avant la déchéance et concourait avec l'autorité paternelle, les pouvoirs du tuteur se complètent ; sinon, il faut organiser la tutelle. Relativement à cette dernière hypothèse, quatre règles doivent être notées. D'abord, le tuteur choisi n'est pas tenu d'accepter (article 10 alinéa 1, *in fine*). En second lieu, le tuteur n'est pas soumis de droit à l'hypothèque légale (article 10 alinéa 2) [2]. A défaut d'un tuteur, il y aura lieu à la tutelle hospitalière (article 11). Enfin, dans l'hypothèse d'une déchéance facultative, l'article 13 introduit une application nouvelle de la tutelle officieuse. « Pendant l'instance en déchéance, toute personne peut « s'adresser au tribunal par voie de requête, afin d'obtenir « que l'enfant lui soit confié. Elle doit déclarer qu'elle se « soumet aux obligations prévues par le paragraphe 2 de « l'article 364 du Code civil, au titre de la tutelle officieuse. « Si le tribunal, après avoir recueilli tous les renseignements « et pris, s'il y a lieu, l'avis du conseil de famille, accueille « la demande, les dispositions des articles 365 et 370 du

1. *Suprà*, p. 330, 336, 400 et 408.
2. *Suprà*, p. 332.

Source BIU Cujas

« même Code sont applicables. En cas de décès du tuteur « officieux avant la majorité du pupille, le tribunal est appelé « à statuer de nouveau, conformément aux articles 11 et 12 « de la présente loi. Lorsque l'enfant aura été placé par les « administrations hospitalières ou par le directeur de l'as- « sistance publique de Paris chez un particulier, ce dernier « peut, après trois ans, s'adresser au tribunal et demander « que l'enfant lui demeure confié dans les conditions pré- « vues aux dispositions qui précèdent[1]. »

770. Le chapitre III du titre I (articles 15 et 16) a trait à la restitution de la puissance paternelle. Les déchéances organisées par la loi sont des mesures exceptionnelles, qui ne s'expliquent que par la considération supérieure du droit de l'enfant ; le jour où elles ne sont plus justifiées, il est naturel qu'elles disparaissent. Les conditions et formes de la restitution sont indiquées par les articles 15 et 16.

Le dernier alinéa de l'article 16 contient une disposition qui paraît bien sévère et que l'on peut juger excessive ; il porte : « La demande qui aura été rejetée ne pourra plus être « réintroduite, si ce n'est par la mère, après la dissolution « du mariage. » On a considéré que de semblables procès causent à l'enfant un trouble moral très grand, qu'ils jettent sur son avenir une incertitude fâcheuse, et qu'il faut en éviter la réitération.

771. Le titre II est d'ordre purement administratif. Il s'occupe de la protection des enfants mineurs dont l'assistance publique, les associations charitables ou des particuliers ont accepté la charge, avec le consentement du père ou sans l'intervention de celui-ci. Le but des dispositions de ce titre est double.

1° Il tend à garantir les établissements, les associations ou les particuliers contre les entreprises des parents qui viendraient réclamer les enfants recueillis quand ceux-ci auraient atteint l'âge de gagner un salaire[2]. Pour éviter que de pareilles réclamations ne viennent troubler l'œuvre des établissements, associations ou particuliers, le titre II règle

1. Voy. sur l'innovation introduite par ce texte en ce qui concerne la tutelle officieuse la notice de M. Léon Lallemand, dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 9e année (1890), p. 273.
2. *Suprà*, p. 404.

Source BIU Cujas

comment et dans quelles conditions la puissance paternelle peut leur être déléguée par l'autorité judiciaire (articles 17 et suivants). Le projet primitif, soumis par le Gouvernement aux délibérations du Conseil d'Etat, autorisait les parents à conclure avec les établissements, associations ou particuliers des contrats de dessaisissement de la puissance paternelle ; ces contrats devaient être passés avec l'approbation du juge de paix du domicile des père et mère, sous réserve du droit d'appel pour ces derniers en cas de refus d'autorisation de la part du juge de paix. L'institution de ces contrats fut critiquée par le Conseil d'Etat pour un double motif. On fit observer d'abord combien il est contraire aux principes généraux de permettre que la puissance paternelle puisse être l'objet de conventions entre les particuliers ; les règles qui concernent l'exercice de cette puissance sont, en effet, d'ordre public (article 6 C. civ.). D'autre part, on fit observer que la pratique de ces contrats serait dangereuse et susceptible d'abus ; il est inadmissible que les père et mère puissent abdiquer leurs droits de puissance paternelle entre les mains du premier venu sous le seul contrôle d'un juge de paix. Pour ces diverses raisons, l'idée des contrats de dessaisissement fut abandonnée. La loi n'admet que la délégation de la puissance paternelle sous le contrôle de l'autorité judiciaire [1]. Le dessaisissement des attributs de la puissance paternelle s'opère par décision de justice ; mais il ne peut avoir lieu qu'avec l'agrément des père et mère, ce que l'article 17 exprime en disant que les tribunaux ne peuvent prononcer la délégation qu' « à la requête des parties intéressées agissant conjointe-« ment » [2].

2° Le titre II se propose, en outre, d'assurer à l'enfant, tant que cela est utile pour lui, la continuation des soins qui lui sont donnés (article 21), et de protéger les enfants recueillis contre les abus possibles de ceux à qui ils sont confiés (articles 22 et suivants). Un contrôle administratif est organisé à cet effet.

1. Sur ces divers points et sur l'étendue des délégations ainsi faites, voy. la notice de M. Léon Lallemand, *loc. cit.*, p. 274 ; — Cpr. Roger Lagrange, *Des enfants assistés en France* (Thèse de doctorat soutenue à la Faculté de droit de Paris en 1891), p. 326 et suiv.

2. Lagrange, *op. laud.*, p. 328 ; — Cpr. le passage des travaux préparatoires rapporté dans D. P. 1890. IV. 19, colonne 2.

Source BIU Cujas

Ces dispositions diverses forment la partie administrative de la loi. Nous ne pouvons ici que renvoyer à la lecture des textes [1].

1. Cpr. la notice précitée de M. Lallemand, — la circulaire ministérielle du 21 septembre 1889 sur l'application de la loi (*Journal officiel* du 17 octobre 1889), — et la thèse de doctorat de M. Lagrange.

Source BIU Cujas

TITRE X

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION

772. Nous passons à la deuxième forme de l'autorité sur les mineurs, la tutelle, qui fait l'objet du titre X (articles 388 à 487).

De même que l'autorité paternelle, d'une façon plus certaine encore et plus marquée, la tutelle est un simple pouvoir de protection. Dans une mesure, l'autorité ou puissance paternelle est un droit ; la tutelle n'est certainement qu'une charge.

773. Le titre X est long, car il ne contient pas moins de cent articles. Mais la plupart d'entre eux ne renferment que des prescriptions d'ordre pratique. Aussi ne présenterons-nous qu'un tableau d'ensemble du sujet, dans le but d'en relier les parties ; pour les détails, il suffit de renvoyer aux textes. Voici l'ordre qui sera suivi dans cette analyse.

Nous dirons quelques mots, dans un premier chapitre, de l'ouverture de la tutelle, c'est-à-dire des circonstances qui donnent ouverture à la tutelle. Dans un second chapitre, nous parlerons de l'organisation de la tutelle, c'est-à-dire des fonctions diverses de la tutelle, des personnes qui remplissent ces fonctions et de leur désignation. Dans un chapitre III, nous traiterons de l'administration de la tutelle. Ce chapitre est la partie la plus importante du sujet ; nous y verrons les divers agents de la tutelle concourir aux soins qu'exigent la personne de l'enfant et l'administration de sa fortune. Enfin, dans un chapitre IV, nous traiterons de la fin de la tutelle et des suites qui en résultent, c'est-à-dire des comptes de tutelle.

Source BIU Cujas

CHAPITRE I

DE L'OUVERTURE DE LA TUTELLE.

774. Deux questions se posent à ce propos : celles de savoir quand la tutelle s'ouvre et où elle s'ouvre.

SECTION I. — Quand la tutelle s'ouvre-t-elle ?

775. **Pour les enfants légitimes**, trois faits donnent ouverture à la tutelle : 1° la mort de l'un des auteurs, soit du père, soit de la mère, — 2° la déclaration d'absence de l'un d'eux, — 3° la déchéance de la puissance paternelle encourue par tous deux.

I. *La mort de l'un des auteurs* (article 390). — Tant que les père et mère existent tous deux, il y a puissance paternelle et rien que puissance paternelle. Il en est ainsi soit pendant le mariage, soit après si les époux sont divorcés, sauf diverses mesures spéciales que les tribunaux peuvent ordonner. Dans ce cas, la sollicitude commune du père et de la mère est considérée comme une garantie suffisante ; l'autorité paternelle, avec ses formes simples, intervient seule.

Le jour où l'un des deux auteurs meurt, les intérêts de l'enfant peuvent être exposés ; à tout le moins, ils ne sont plus garantis au même degré. La tutelle s'ouvre alors, avec son cortège de garanties plus grandes. Tant que le survivant des deux auteurs existe, la tutelle concourt avec la puissance paternelle ; elle existe seule à la mort du survivant. Nous l'avons vu précédemment et il n'y a rien à ajouter.

II. *La déclaration d'absence d'un des auteurs.* — C'est l'application de la règle précédemment posée au titre *De l'absence*. Lors de la déclaration d'absence, on fait provisoirement tout ce qu'on ferait définitivement si l'absent était

Source BIU Cujas

mort[1]. Donc il y a lieu d'ouvrir provisoirement la tutelle.

Quant à la présomption d'absence soit du père, soit de la mère, elle ne modifie pas pour le moment la forme du pouvoir domestique ; elle n'est qu'une situation provisoire, et le *statu quo* est maintenu. Tel est le principe général dont les articles 141 à 143 ne sont que l'application. Ces articles n'envisagent pas, d'ailleurs, toutes les hypothèses possibles, et les solutions qu'ils contiennent doivent être généralisées[2].

1° Si le père disparaît, la mère étant présente, la mère prend l'exercice de l'autorité paternelle, vu l'impossibilité où est le père de la garder, et elle en a tous les attributs. L'article 141, prévoyant cette hypothèse, dit que la mère « aura la surveillance » des enfants mineurs et « exercera « tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'admi- « nistration de leurs biens ». Le texte emploie à dessein le mot *surveillance*, pour bien marquer qu'il ne s'agit pas là de tutelle[3].

2° Si la mère disparaît, le père étant présent, le père conserve l'autorité paternelle, avec tous les droits qui en résultent. En effet, il exerce seul cette autorité pendant le mariage (article 373); or le mariage subsiste, et, si la disparition du père ne donne pas ouverture à la tutelle (article 141), à plus forte raison doit-il en être ainsi de celle de la mère.

3° Si l'un des auteurs disparaît après le prédécès de l'autre, la tutelle, qui était déjà ouverte, continue ; ce n'est pas alors la présomption d'absence qui donne ouverture à cette tutelle.

α) L'auteur survivant qui disparaît avait-il été exclu de la tutelle, celle-ci continue sans modifications. Toutefois, il y a lieu de pourvoir au vide laissé par l'auteur disparu en ce qui concerne la *surveillance* de l'enfant, surveillance qui n'appartenait pas au tuteur, mais à l'auteur, bien que celui-ci fût exclu de la tutelle[4]. La surveillance, dit l'article 142, « sera déférée par le conseil de famille aux ascendants les « plus proches et, à leur défaut, à un tuteur provisoire ». Ce que le conseil de famille reçoit ainsi le pouvoir de déférer, c'est bien la surveillance et non pas la tutelle. D'abord l'emploi du mot *surveillance* l'indique assez, étant donné

1. *Suprà*, tome I, p. 278 et suiv., nos 188 à 191.
2. *Ibid.*, p. 275.
3. *Suprà*, p. 400 et 401.
4. *Ibid.*, p. 334.

Source BIU Cujas

surtout que ce mot est employé par l'article 141 dans une hypothèse où manifestement il ne peut pas s'agir de tutelle. D'autre part, si l'article 142 voulait parler de déférer la tutelle, il ne dirait pas, d'une façon générale, qu'il y a lieu de la déférer toutes les fois que le survivant des auteurs vient à disparaître ; car pourquoi parler de déférer la tutelle quand celle-ci est exercée déjà par un autre que l'auteur qui disparaît, celui-ci en ayant été exclu ? Ce qu'il s'agit de déférer, c'est l'exercice de l'autorité paternelle, exercée jusque-là par l'auteur qui vient de disparaître. Il peut être déféré au tuteur déjà en fonctions ou à « un tuteur provisoire », dit l'article 142. Expression mal choisie, car ce soi-disant tuteur n'en est pas un ; il est un suppléant de l'auteur disparu dans l'exercice de l'autorité paternelle, laquelle concourt avec la tutelle ; c'est précisément pour cela qu'on lui donne l'épithète de *provisoire* : on veut ainsi l'opposer au tuteur proprement dit, qui reste en fonctions même si l'auteur disparu vient à reparaître.

L'article 142 ajoute que la surveillance, confiée jusque-là au père, ne peut être déférée à une autre personne que six mois après la disparition du père. Il ne faut pas, en effet, qu'on intervienne trop vite dans les affaires du disparu et qu'on dispose de ses droits, fût-ce à titre tout provisoire, avant qu'un certain temps se soit écoulé depuis sa disparition.

β) L'auteur survivant exerçait-il la tutelle, il doit être remplacé dans l'exercice de cette tutelle et dans l'exercice de l'autorité paternelle, laquelle concourait avec la tutelle. En tant que tuteur, l'auteur disparu sera remplacé conformément aux règles du droit commun, mais ne le sera que provisoirement, sous réserve du cas où il viendrait à reparaître, car il n'est encore que présumé absent. En tant qu'investi de l'autorité paternelle, que l'article 142 appelle la *surveillance*, un remplaçant lui sera donné par le conseil de famille conformément à l'article 142 : six mois après la disparition, la surveillance sera confiée à une personne qui pourra être le tuteur, mais qui pourra aussi être différente et s'appellera alors *tuteur provisoire*.

4° Si la mère vient à mourir pendant que le père est en état de présomption d'absence, la situation, réglée jusque-là par l'article 141, le sera désormais par l'article 142. On

Source BIU Cujas

procédera comme en cas de disparition du père après le prédécès de la mère.

5° Si le père vient à mourir pendant que la mère est en état de présomption d'absence, la situation sera réglée comme en cas de disparition de la mère après le prédécès du père.

6° Enfin l'article 143 suppose qu'une personne, ayant des enfants d'un premier mariage, se remarie et vient à disparaître. Le second mariage ne change rien à la situation ; il s'agit toujours de la disparition d'un des auteurs de l'enfant après le prédécès de l'autre auteur, et l'on doit procéder comme il a été dit précédemment.

Tels sont les effets que produit la présomption d'absence en ce qui concerne le mode d'exercice de l'autorité domestique.

Vienne maintenant la déclaration d'absence, la situation change du tout au tout ; nous avons dit déjà qu'il y a lieu de faire provisoirement tout ce qu'on ferait définitivement si l'absent était mort. Si donc un des auteurs est déclaré absent alors que l'autre est encore vivant, la tutelle s'ouvre et concourt avec l'autorité paternelle; si, au contraire, la déclaration d'absence intervient après le décès de l'autre auteur, la tutelle, qui jusque-là concourait avec l'autorité paternelle, existera seule désormais. Les articles 141 à 143 sont étrangers à cette situation, qui se règle conformément au droit commun, de la même manière que si la personne déclarée absente était morte.

III. *La déchéance de la puissance paternelle encourue par les deux auteurs.* — Si la déchéance est encourue par l'un d'eux seulement, l'autre conserve ou prend l'autorité paternelle ; il la conserve si c'est le père, et la prend si c'est la mère ; la tutelle ne s'ouvre pas. Si, au contraire, la déchéance est encourue par les deux auteurs, il y a manifestement place pour la tutelle (articles 9 et 10 de la loi du 24 juillet 1889).

Tels sont les faits qui donnent ouverture à la tutelle quand il s'agit d'enfants légitimes.

776. Pour les enfants naturels, les règles à suivre sont différentes.

Il a été dit précédemment que l'autorité paternelle n'existe jamais seule en ce qui les concerne. S'ils n'ont pas été recon-

Source BIU Cujas

nus, ou si les père et mère sont morts après les avoir reconnus, pas de doute : il y a tutelle, et tutelle seule. S'ils ont été reconnus et que les auteurs existent, tous deux ou l'un d'eux, il y a bien puissance paternelle, sauf qu'elle est restreinte quant à ses attributs et notamment ne comporte pas la jouissance légale (article 383) ; mais il y a en même temps tutelle. Donc les enfants naturels sont toujours en tutelle, dès leur naissance ; leurs biens ne sont jamais soumis au régime de l'administration légale. Cela n'est dit nulle part, au moins formellement ; mais la jurisprudence l'admet d'une manière à peu près incontestée, et s'appuie pour le faire sur les articles 389 et 390[1].

D'abord sur l'article 389. C'est seulement « durant le ma- « riage », donc s'il y a mariage, qu'il y a lieu à l'administration légale. Dès lors, les biens des enfants naturels, s'ils en ont, sont administrés d'après les règles de la tutelle.

Ensuite sur l'article 390. La dissolution du mariage, arrivée par la mort d'un des auteurs, met les enfants légitimes en tutelle ; l'absence de mariage a pour conséquence que les enfants naturels y sont toujours.

La solution est d'ailleurs conforme à l'esprit général de la loi. Dès qu'il n'y a pas mariage, dès qu'on ne peut pas compter sur les garanties que donne la situation régulière des père et mère, il y a lieu aux garanties spéciales à la tutelle ; par conséquent il y a concours des deux pouvoirs : autorité paternelle et tutelle.

SECTION II. — **Du siège de la tutelle.**

777. Le lieu d'ouverture de la tutelle a une grande importance pratique. Il est le siège de la tutelle pour toute sa durée. Or le siège de la tutelle détermine impérativement le choix de tout le personnel de la tutelle, la composition et le lieu de réunion du conseil de famille, la compétence du tribunal dans les cas où il a à intervenir.

Cette règle est fondamentale et voici d'où elle vient. La tutelle est l'intervention de la famille dans l'intérêt de l'en-

1. Voy. Aubry et Rau, I, p. 366, — VI, p. 213, texte et note 12. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 390, n° 4.

Source BIU Cujas

fant que la mort de ses auteurs ou de l'un d'eux laisse abandonné. Le plus souvent, cette intervention est désintéressée et bienfaisante ; mais il se peut que le mineur ne trouve qu'un dévouement tiède ; quelquefois, il rencontre des oppositions d'intérêts, peut-être des hostilités. Comment éviter les abus, en présence de circonstances de fait très variables, qu'il serait difficile, sinon impossible d'apprécier ? Il n'y a qu'un moyen : c'est que l'organisation de la tutelle dépende exclusivement de la situation de fait, telle que les événements la produisent. Non pas qu'on soit assuré par là d'avoir la meilleure organisation possible ; mais on évite au moins que l'entourage du mineur, ce qui pourrait devenir périlleux, n'arrange et ne combine à son détriment les conditions de la tutelle. A défaut d'une situation assurément bonne, on prend celle que les circonstances amènent naturellement. Si cette manière de procéder n'est pas parfaite, elle vaut encore mieux que si on abandonnait l'organisation de la tutelle aux combinaisons arbitraires des intéressés.

Aussi, dès que la tutelle est ouverte, son siège est irrévocablement fixé. C'est là qu'elle est organisée et qu'elle fonctionnera jusqu'à ce qu'elle prenne fin ; le tribunal qui aura à intervenir, s'il y a lieu, est désigné.

Ce siège est ce qu'on appelle quelquefois le domicile de la tutelle. Il est déterminé par le domicile de l'enfant au moment où se produit le fait qui amène l'ouverture de la tutelle ; ce domicile lui-même est déterminé par le domicile qu'avaient les parents au moment du décès ou de la déclaration d'absence s'il s'agit d'enfants légitimes, et, s'il s'agit d'enfants naturels, par le domicile qu'avaient les parents au moment de la naissance de l'enfant.

D'où il suit que le siège légal ou domicile de la tutelle ne doit pas être confondu avec le domicile du tuteur. Le siège de la tutelle est au domicile du mineur, en d'autres termes au domicile qu'avaient les parents lorsque la tutelle s'est ouverte. C'est là que le conseil de famille est constitué ; c'est là qu'il devra toujours être réuni, quand même le domicile du mineur, attaché désormais à celui du tuteur, serait transporté ailleurs. Il est de jurisprudence que le siège de la tutelle, tel qu'il est fixé au début, ne change jamais, que le siège primitif subsiste jusqu'à la fin de la tutelle, quel que

Source BIU Cujas

soit le tuteur, et quels que soient les motifs qui portent le tuteur à changer de domicile [1].

Cela amène parfois, en fait, d'assez grandes gênes pratiques. Une tutelle s'ouvre à Marseille ; le conseil de famille y est formé et un tuteur est nommé. Les circonstances conduisent ce tuteur à s'établir à Lille ; il y transporte son domicile, et celui du mineur s'y trouve transporté par là même (article 108). S'il devient nécessaire, pour un acte de la tutelle, de réunir le conseil de famille, il s'assemblera à Marseille quand même toute la famille et tous les intérêts du mineur seraient maintenant ailleurs et loin de là.

778. Aucun texte ne consacre expressément cette stabilité du siège primitif de la tutelle ; quelques-uns toutefois la supposent.

Ainsi l'article 407 : « Le conseil de famille sera composé... « de six parents ou alliés pris tant dans la commune où la « tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamè« tres.» Or nulle part il n'est dit qu'il puisse y avoir à nommer un conseil de famille ailleurs que dans la commune où la tutelle s'est ouverte. N'en résulte-t-il pas que le siège primitif reste celui de la tutelle jusqu'à la fin ?

Ainsi encore l'article 406, aux termes duquel le conseil de famille peut être convoqué « à la poursuite du juge de paix « du domicile du mineur ». C'est toujours le siège de la tutelle ; aucun changement possible n'est prévu.

Ainsi encore les articles 409 et 410. Ces articles supposent que la tutelle est organisée là où elle s'ouvre. Aucun ne fait allusion à un changement ultérieur possible. Donc le siège de la tutelle est acquis irrévocablement.

Il y aurait eu d'ailleurs de sérieux inconvénients à ce qu'il en fût autrement. En effet, si le siège de la tutelle devait suivre le domicile du tuteur, ne serait-il pas trop facile à ce tuteur de modifier à son gré la composition du conseil de famille, dont il dépend pour un grand nombre d'actes ? Un tuteur a des démêlés avec le conseil de famille, tel qu'il est composé là où la tutelle s'est ouverte ; s'il lui suffisait de changer de domicile pour amener la constitution d'un conseil nouveau, il y aurait place pour des combinaisons fâcheu-

1. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Minorité*, n°s 148 et suiv., — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 406, n°s 2 et 3.

Source BIU Cujas

ses. C'est pour parer à de telles éventualités que la jurisprudence, se fondant sur les articles 406, 407, 409 et 410, a consacré le principe de l'unité de tutelle et de la permanence du siège primitif de la tutelle. De la sorte, rien n'est laissé à l'arbitraire des combinaisons ; tout doit être et rester le résultat de la situation créée par les circonstances de fait. Le mineur est soustrait aux périls auxquels sans cela il ne manquerait pas d'être exposé.

Tel est le droit.

779. Toutefois, ce n'est pas toujours le fait ; il n'y a pas complète unité dans la pratique à cet égard. Des arrêts ont apporté une sorte de tempérament au principe en admettant que la convocation du conseil de famille peut se faire au nouveau domicile du tuteur lorsqu'il s'agit non plus des actes constitutifs ou importants de la tutelle, tels que la nomination ou la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur, l'émancipation ou le mariage de l'enfant, la vente d'un immeuble, mais de simples actes d'administration courante, nécessitant cependant l'intervention du conseil. Alors, au nouveau domicile, on forme un nouveau conseil, « pourvu, « dit la jurisprudence, que les intérêts du mineur n'en puis- « sent éprouver aucun préjudice[1] ». Cela revient à donner aux tribunaux le droit d'apprécier dans quelle mesure, d'après les circonstances, il convient d'autoriser la réunion du conseil de famille au domicile actuel du tuteur. C'est un sacrifice aux nécessités pratiques, quand il n'y a de danger pour personne. Toutefois la règle subsiste.

1. Cass. 4 mai 1846, D. P. 1846.I.129, Sir. 1846.I.465. — Cpr. le *Supplément au Répertoire* de Dalloz et le *Code civil annoté* de Fuzier-Herman, *loc. cit.*

Source BIU Cujas

CHAPITRE II

DE L'ORGANISATION DE LA TUTELLE.

780. Il faut entendre par là la constitution des diverses fonctions de tutelle et le mode de choix ou de désignation des personnes qui les remplissent. Le chapitre II du titre y est consacré, moins les sections VIII et IX.

Nous ne parlons pas du chapitre I, qui est très court et insignifiant ; il se compose du seul article 388 : « Le mineur « est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point en- « core l'âge de vingt-un ans accomplis. » Il est singulier que, dans le titre suivant, celui *De l'interdiction*, la même définition se retrouve et forme encore à elle toute seule un chapitre (article 488).

Le chapitre II, au moins les sept premières sections, s'occupe de l'organisation de la tutelle ; la section VIII traite de l'administration de la tutelle, la section IX de la fin de la tutelle et de ses suites.

781. Au point de vue de l'organisation, la tutelle se présente, dans le droit actuel, sous deux formes. Il y a d'abord la tutelle de droit commun, celle que prévoit et organise le Code civil, la tutelle civile. A côté de celle-ci, il y en a une autre plus spéciale, qui a le même but, mais non la même forme ni le même nom : la tutelle dite hospitalière ou administrative, au profit des enfants abandonnés. Elle est réglementée par des lois spéciales. Nous l'avons rencontrée déjà dans l'article 11 de la loi du 24 juillet 1889 : si la tutelle, après déchéance encourue par le père et la mère, n'a pas été constituée conformément au droit commun, c'est-à-dire au Code civil, « elle est exercée par l'assistance publique con- « formément aux lois des 15 pluviôse an XII et 10 jan- « vier 1849, ainsi qu'à l'article 24 de la présente loi... ». Le titre II de la loi de 1889 contient diverses prescriptions qui complètent ces lois spéciales.

Source BIU Cujas

782. Pour le moment, nous laisserons de côté cette tutelle administrative ou hospitalière, sauf à signaler plus tard les particularités qu'elle présente. Occupons-nous seulement de la tutelle de droit commun ou tutelle civile.

Quels sont les agents qui concourent à l'administration d'une semblable tutelle ? Comment sont-ils choisis ou désignés ?

Dans toute tutelle, il doit y avoir : 1° un tuteur, — 2° un subrogé tuteur, — 3° un conseil de famille. C'est le personnel normal, ordinaire, celui qu'on trouve dans toute tutelle.

La loi prévoit en outre l'existence possible de six agents spéciaux, qu'on rencontre dans certains cas particuliers, par suite de complications exceptionnelles d'intérêts auxquels il faut veiller et donner satisfaction : 1° le conseil à la mère survivante, — 2° un curateur à qui la tradition donne le nom de curateur au ventre, — 3° un cotuteur, — 4° un protuteur, — 5° un ou plusieurs tuteurs ou subrogés tuteurs *ad hoc*, c'est-à-dire chargés d'une mission spéciale, — 6° un ou plusieurs administrateurs salariés. C'est le personnel accidentel, extraordinaire, exceptionnel.

SECTION I. — **Le tuteur.**

783. Le tuteur est le pouvoir exécutif de la tutelle, l'agent d'exécution.

Ses attributions varient suivant qu'il y a tutelle seule ou tutelle combinée avec l'autorité paternelle. Rappelons qu'il y a tutelle seule quand les père et mère sont tous deux morts ou en état d'absence déclarée ; la tutelle, au contraire, se combine avec l'autorité paternelle quand il s'agit d'enfants naturels, et, lorsqu'il s'agit d'enfants légitimes, dans l'hypothèse où l'un des auteurs est prédécédé ou en état d'absence déclarée.

Quand il y a tutelle seule, les attributions du tuteur sont au nombre de trois (article 450) : 1° il prend soin de la personne du mineur, a la garde et l'éducation de l'enfant, — 2° il le représente en qualité de mandataire légal, et c'est lui, sauf quelques exceptions, qui passe, au nom du mineur, les actes de la vie civile, — 3° il administre les biens du mineur.

Source BIU Cujas

Lorsque la tutelle concourt avec l'autorité paternelle, le survivant des père et mère conserve, comme exerçant l'autorité paternelle, la garde et l'éducation de l'enfant ; la tutelle se borne à la représentation dans les actes de la vie civile et à l'administration des biens, sauf à respecter, s'il y a lieu, les droits qui résultent de la jouissance légale. Si le tuteur est une personne autre que l'auteur survivant, les attributions sont remplies séparément et exercées d'après des règles différentes ; si au contraire (ce qui arrive le plus souvent) le tuteur est le survivant des père et mère, les deux fonctions sont exercées par la même personne, mais celle-ci agit d'après les règles de l'autorité paternelle pour les attributions qu'elle a quant à la personne, d'après les règles de la tutelle pour les attributions qu'elle a quant aux biens.

Dans un cas comme dans l'autre, la fonction du tuteur est lourde. Elle lui impose une responsabilité morale et aussi une responsabilité pécuniaire, car il est comptable, et ses biens sont, à titre de garantie, grevés d'hypothèque au profit du mineur, sauf dans le cas spécial prévu par l'article 10 de la loi du 24 juillet 1889 [1]. Enfin, il se peut que la tutelle dure longtemps, jusqu'à la majorité ou l'émancipation.

Dès lors, il importe que des règles précises arrêtent comment la fonction de tuteur est dévolue. Ces règles sont doublement nécessaires. D'une part, la fonction de tuteur doit être attribuée d'après des règles fixes, invariables, afin d'éviter les arrangements et combinaisons de famille dont l'enfant pourrait être victime. D'autre part, on la décline en fait plus qu'on ne la recherche, à moins d'y être incité par l'intérêt qu'on porte au mineur ; cependant elle est obligatoire pour celui à qui elle incombe. Tout doit être et est de rigueur en pareille matière.

Les articles 390 et suivants règlent la dévolution de la tutelle. Elle est dévolue différemment suivant qu'il s'agit d'enfants légitimes ou d'enfants naturels.

§ 1. — Règles de dévolution de la tutelle quand il s'agit d'enfants légitimes.

784. Un usage ancien est de classer les tutelles, au point de vue de la dévolution des fonctions de tuteur, en deux caté-

1. *Suprà*, p. 332 et 412.

Source BIU Cujas

gories. Il peut y avoir, selon les cas, tutelle légale ou légitime et tutelle dative.

La tutelle est légale ou légitime quand la désignation du tuteur est faite par la loi elle-même directement. Le système de désignation légale a un défaut certain : celui d'appeler une personne à la tutelle sans que son aptitude ait été vérifiée, soit en elle-même, soit eu égard aux exigences particulières d'une situation déterminée ; il a un avantage certain : celui d'éviter tout tiraillement et toute combinaison plus ou moins favorables à l'enfant. La loi n'appelle comme tuteurs légitimes que les très proches parents. Elle défère de plein droit la tutelle : 1° au survivant des père et mère (article 390), sous quelques distinctions selon qu'il s'agit du père ou de la mère (articles 391 et 394 à 396), — 2° aux autres ascendants, dans l'ordre indiqué par les articles 402 à 404.

La tutelle est dative quand la désignation du tuteur est faite non par la loi, mais par une personne ou une autorité à laquelle la loi confère le pouvoir de la faire. Ce système a l'avantage incontestable de n'appeler une personne à la tutelle que *cognita causa* ; il a l'inconvénient d'amener souvent des tiraillements et quelquefois des combinaisons qui ne sont pas toujours à l'avantage de l'enfant. Sont datives : 1° la tutelle déférée par le survivant des père et mère (article 397), qui écarte la tutelle des ascendants (article 402), — 2° la tutelle déférée par le conseil de famille (article 405).

785. Donc il y a quatre tutelles, échelonnées hiérarchiquement dans l'ordre suivant : 1° la tutelle du survivant des père et mère, — 2° la tutelle déférée par le survivant des père et mère, — 3° la tutelle légale des ascendants, — 4° la tutelle déférée par le conseil de famille.

Cependant, quoiqu'il y ait quatre tutelles, la même personne ne peut jamais passer que par trois tutelles successives. Il y en a deux, en effet, qui ne concourent jamais, mais qui alternent : la seconde et la troisième. Nous verrons bientôt que, s'il y a tutelle déférée par le survivant des père et mère, lorsque celui-ci a usé du droit qu'il a d'élire le tuteur, il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants ; on passe de suite à la tutelle dative, déférée par le conseil de famille. On y passe dans trois cas : 1° à défaut d'un tuteur légitime, ou désigné par le survivant des père et mère, — 2° quoiqu'il y ait un ascendant,

Source BIU Cujas

si le survivant des père et mère a usé du droit de désigner le tuteur, — 3° toutes les fois qu'un tuteur s'est excusé, ou bien a été exclu ou destitué, qu'il s'agisse du survivant des père et mère, d'un ascendant, ou d'un tuteur désigné par le conseil de famille.

Reprenons ces quatre tutelles.

I. *Tutelle légale du survivant des père et mère.*

786. Le survivant des père et mère est naturellement désigné pour occuper la fonction de tuteur ; elle est pour lui un droit et même une charge (article 390) ; c'est une tutelle légitime. D'une part, la dévolution s'opère de plein droit, sans qu'il y ait besoin d'une nomination ni d'une formalité quelconque. D'autre part, le prémourant des père et mère ne peut enlever au survivant une fonction dont la loi l'investit. Enfin, il importe peu que, du vivant du conjoint, le survivant ait été privé de la garde de l'enfant, sans d'ailleurs qu'il y ait eu déchéance, ce qui peut être arrivé en cas de séparation de corps ou de divorce, puisque la justice a dû régler alors lequel des auteurs garde les enfants. Mais les mesures prises n'ont été que provisoires ; on rentre dans le droit commun dès que le mariage est dissous. La dissolution du mariage survenant, le survivant, fût-il l'époux auquel la garde des enfants a été retirée, devient tuteur légitime ; la tutelle ne peut lui être retirée que par l'accomplissement des formalités voulues en pareil cas par la loi, à moins qu'il ne soit dans un cas d'exclusion ou de destitution [1]. Telles sont les conséquences de l'idée qu'il s'agit ici d'une tutelle légitime, dont la dévolution s'opère *ex lege*.

Aucune différence à cet égard, quant à la dévolution même de la fonction, entre le père et la mère.

787. Toutefois, la situation faite à la mère tutrice légitime en cas de survie diffère sous quelques rapports de celle faite au père dans le même cas. Il y a entre eux trois différences à relever.

a) Le père est tenu de prendre la tutelle, à moins qu'il ne puisse alléguer une des causes d'excuse légale ouverte à son profit. La mère, au contraire, peut décliner la tutelle, sans

1. Cass. 13 août 1884, D. P. 1885.I. 40, Sir. 1885.I.80.

Source BIU Cujas

avoir besoin d'alléguer une excuse proprement dite, en alléguant sa seule condition de femme : « La mère, dit l'arti-« cle 394, n'est point tenue d'accepter la tutelle ; néanmoins « et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les de-« voirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur. » Il se peut que ce soit une charge trop lourde, qu'elle n'ait pas ou ne se sente pas l'expérience nécessaire ; mais c'est à elle seule d'en juger. Aucun délai ne lui est imparti pour le faire; après avoir commencé par accepter la tutelle, elle peut encore s'en démettre.

Ce droit reconnu à la mère est sans danger. Il est clair, en effet, que l'affection maternelle conduira la mère à rester tutrice à moins d'impossibilité.

Si elle refuse, elle doit faire nommer un tuteur, et la tutelle est alors dévolue par le conseil de famille (article 405). On veut que la volonté de la mère reste libre et ne soit pas influencée par la perspective de voir arriver tel ou tel, qui aurait le droit de prendre la tutelle à son défaut. Puis il y a là un fait exceptionnel, qui déroute les prévisions, et ne permettait pas d'organiser une dévolution légale de la tutelle.

b) Le père survivant a nécessairement tous les pouvoirs et toute la responsabilité de la tutelle ; il ne peut pas les voir diminuer par la volonté de la mère prémourante. La mère survivante, au contraire, peut se voir adjoindre un conseil (articles 391 et 392).Le conseil de la mère survivante est une personne dont elle doit prendre l'avis, et non un conseil collectif comme le conseil de famille. C'est un agent du personnel extraordinaire de la tutelle ; les règles qui le concernent seront indiquées ultérieurement.

c) Le père survivant conserve la tutelle même au cas où il se remarie ; en cas de second mariage, il la conserve sans modifications. La mère, si elle se remarie, ne conserve pas la tutelle de plein droit; elle doit s'y faire maintenir (articles 395 et 396). Ce n'est pas le seul cas où le second mariage de la mère emporte pour elle certains changements de condition ; il lui fait perdre le droit de correction (article 381), le droit de jouissance légale (article 386), enfin produit une troisième conséquence, qui est énoncée par le premier alinéa de l'article 395 : « Si la mère tutrice veut se remarier, elle « devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de « famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. »

Source BIU Cujas

Cette consultation du conseil de famille est exigée par crainte de l'influence que le second mari pourrait exercer dans un sens défavorable aux enfants du premier lit.

L'exigence de la loi étant telle, trois situations sont à prévoir.

1° La mère convoque le conseil de famille et est maintenue. Cela arrivera habituellement si le mariage qu'elle contracte est conforme aux convenances. L'hypothèse est prévue par l'article 396 : « Lorsque le conseil de famille, dûment convo-« qué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessai-« rement pour cotuteur le second mari, qui deviendra solidai-« rement responsable avec sa femme de la gestion postérieure « au mariage. » Le mari est donc associé à la tutelle en qualité de cotuteur légitime. Il est cotuteur, c'est-à-dire tuteur avec toutes les suites que ce titre comporte ; il est responsable de la gestion solidairement avec la femme, cas remarquable de solidarité légale. Il est, en outre, cotuteur légitime ; la cotutelle est une charge qui lui incombe de plein droit comme mari de la mère, en vertu de la vieille maxime *Qui épouse la femme épouse la tutelle* ; la femme morte, le mari perd la tutelle. Nous retrouverons cette cotutelle à propos du personnel extraordinaire de la tutelle.

2° La mère convoque le conseil de famille et n'est pas maintenue dans la tutelle. En même temps qu'il écarte la mère, le conseil nomme un autre tuteur à l'enfant. La jurisprudence considère qu'il y a là une véritable destitution de la mère, et en conclut que le conseil de famille n'est point autorisé par la loi à prononcer en dernier ressort ; la mère non maintenue peut donc, par application de l'article 448, déférer au tribunal la délibération du conseil de famille [1].

3° La femme, volontairement ou par négligence, ne convoque pas le conseil de famille : « A défaut de cette convocation, « dit l'article 395 alinéa 2, elle perdra la tutelle de plein

1. Trib. de la Seine 6 août 1880, *Le Droit* du 7 août, — Montpellier 14 mai 1883, *Le Droit* du 30 janvier 1884, Sir. 1885.II.50. — L'action de la mère, dans ce cas, doit être dirigée non pas contre le subrogé tuteur, comme le dit l'article 448 *in fine*, mais contre tous les membres du conseil de famille qui ont pris part à la délibération, conformément à l'article 883 du Code de procédure civile. A cet égard, en effet, l'article 883 doit prévaloir, à raison de la date de rédaction du Code de procédure, contre l'article 448. Paris 11 août 1881, Sir. 1882. II.62.

Source BIU Cujas

« droit et son nouveau mari sera solidairement responsable « de toutes les suites de la tutelle. »

La mère est donc déchue de plein droit. De là résultent trois conséquences. D'abord le conseil de famille peut et doit nommer *de plano* un nouveau tuteur. En second lieu, la mère, étant déchue de plein droit, ne doit pas être considérée comme destituée de la tutelle, et n'encourt par conséquent aucune incapacité d'être tutrice (article 445) ; rien ne s'opposerait à ce qu'elle fût nommée tutrice par le conseil de famille ; mais elle ne serait plus alors tutrice légale : la tutelle serait dative. Enfin la mère, n'étant pas destituée mais déchue de plein droit, serait non recevable à attaquer devant le tribunal la nomination du nouveau tuteur ; destituée par le conseil de famille, elle peut attaquer cette destitution et faire tomber par contre-coup la nomination du tuteur désigné à sa place, mais elle ne peut pas, quand elle est déchue de plein droit et non destituée, attaquer directement la nomination du tuteur[1].

Quant au mari, il est associé solidairement à la femme « pour toutes les suites de la tutelle qu'elle a indûment « conservée ». C'est une seconde application de la règle *Qui épouse la femme épouse la tutelle*. La mère, en ne convoquant pas le conseil de famille, a un tort qui engage sa responsabilité ; le mari a participé à ce tort en ne veillant pas à ce que la femme remplisse l'obligation dont elle était tenue de convoquer le conseil ; il devient responsable en vertu de l'article 1382. Sa responsabilité porte sur « toutes les suites « de la tutelle » ; en d'autres termes, il est responsable non seulement des actes de tutelle accomplis postérieurement à son mariage avec la mère, mais encore des actes antérieurs à ce mariage. Le mari cotuteur de la mère qui a conservé la tutelle n'est responsable que de la gestion postérieure au mariage (article 396) ; le mari de la mère déchue de plein droit est responsable de toutes les suites de la tutelle[2].

1. Trib. de la Seine 28 décembre 1883, *Le Droit* du 10 janvier 1884.

2. Aubry et Rau, I, p. 407, texte et note 26, — Valette, *Cours de Code civil*, p. 516 et suiv. — La question a été posée de savoir si les biens du mari, dans l'hypothèse de l'article 395 alinéa 2, sont grevés de l'hypothèque légale. L'affirmative semble certaine. En effet, les biens du mari cotuteur, dans l'hypothèse de l'article 396, sont grevés sans aucun doute ; or il serait singulier que la responsabilité du second mari fût moins strictement engagée quand les choses se sont passées irrégulièrement (article 395 alinéa 2) que quand elles se sont passées régulièrement (article 396). *Sic* : Aubry et Rau, III, p. 210, note 4 ; — *secus* : Valette, *Cours de Code civil*, p. 516.

Source BIU Cujas

II. *Tutelle déférée par le survivant des père et mère.*

788. Nul mieux que le survivant des père et mère ne sait, après expérience faite, ce que demande l'intérêt bien compris du mineur. Il y a, dans toute tutelle, de la part du tuteur, des conditions d'aptitude générale dont la loi peut se faire juge. Il y a, en outre, des conditions d'aptitude spéciale, eu égard au caractère de l'enfant, à la nature de sa fortune, aux circonstances ; nul mieux que le survivant des père et mère n'est à même de bien les connaître. Dès lors, il est naturel que la loi, se confiant à sa sollicitude éclairée, accepte la désignation faite par lui d'une personne appelée à le remplacer (article 397).

L'article 398 indique dans quelle forme la désignation doit être faite ; elle doit l'être dans les formes prescrites par l'article 392 pour la nomination d'un conseil à la mère survivante, autrement dit par acte de dernière volonté, ou par déclaration soit devant le juge de paix assisté de son greffier, soit devant notaires. Par conséquent, c'est tout à fait à tort que l'on qualifie parfois cette tutelle de tutelle testamentaire. Les textes n'emploient pas cette désignation ; on ne devrait pas l'employer, car, si la nomination peut être faite par testament, elle peut l'être autrement. Le vrai nom de cette tutelle est celui qu'emploie la rubrique de la section II : tutelle déférée par le père ou la mère, plus exactement par le survivant des père et mère.

Le droit de déférer ainsi la tutelle n'appartient ni au père ni à la mère nommément, mais seulement à celui des deux qui survit. Le prédécédé n'a pas pu enlever au survivant la tutelle que l'article 390 lui attribue de droit ; ce dernier seulement peut la transmettre à une personne de son choix. C'est en ce sens que l'article 397 dit : « Le droit individuel de choisir « un tuteur..... n'appartient qu'au dernier mourant des père « et mère. » Le droit est dit *individuel* précisément parce qu'il n'appartient qu'à l'un des auteurs, au survivant.

789. Encore le survivant n'a-t-il pas toujours ce droit. Il ne l'a que s'il a gardé lui-même la tutelle jusqu'à sa mort, de manière à pouvoir la transmettre. S'il ne l'a pas gardée, ou bien parce qu'il s'est fait excuser, ou bien, à plus forte raison, parce qu'il a été exclu ou destitué, il n'y a plus place pour la tutelle déférée par le survivant.

Source BIU Cujas

Il en est ainsi pour deux motifs. D'abord, si le survivant n'a pas conservé la tutelle, à sa mort un autre tuteur est en fonctions ; rien ne justifierait qu'on lui retirât la tutelle ; d'ailleurs tout changement est préjudiciable. D'autre part, le survivant qui n'a pas conservé la tutelle ne mérite plus la même confiance. S'il l'a perdue parce qu'il a été exclu ou destitué, il n'aurait plus le droit de concourir à la nomination d'un tuteur (article 445); à plus forte raison n'a-t-il pas le droit de faire lui-même la nomination. S'il s'est fait excuser, on peut mettre en doute son zèle ou son aptitude.

Par application de ces idées, l'article 399 dit : « La mère « remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de « son premier mariage ne peut leur choisir un tuteur. » Tant est constante la crainte de l'influence possible du second mari. L'article 400 porte : « Lorsque la mère « remariée et maintenue dans la tutelle aura fait choix « d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix « ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le con- « seil de famille. » Quoique soumis à ce contrôle, le droit de la mère est loin d'être illusoire. D'abord, en fait, il faut de bien graves motifs pour que le conseil de famille ne confirme pas le tuteur choisi par la mère. De plus, ce droit, à supposer même que le conseil de famille ne confirme pas la désignation, assure à la mère une faculté qui a son importance, celle d'écarter la tutelle des ascendants. En effet, la tutelle légitime des ascendants ne s'ouvre, dit l'article 402, que « lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le « dernier mourant de ses père et mère ». L'article 405 reproduit la même règle : il est pourvu à la nomination d'un tuteur par le conseil de famille lorsqu'un enfant mineur et non émancipé reste « sans père ni mère, ni tuteur élu par « ses père ou mère, ni ascendants mâles ». Donc on ne passe à la tutelle des ascendants qu'autant que le survivant des père et mère n'a pas déféré la tutelle.

Dans le cas de l'article 400, la règle est rationnelle. Si la mère a voulu déférer elle-même la tutelle, c'est qu'elle a entendu écarter l'ascendant auquel sans cela la tutelle aurait passé. Même quand on ne confirme pas son choix, il convient de tenir compte de ses intentions. Donc, en cas de désignation, même non ratifiée par le conseil de famille, on passe de suite à la tutelle déférée par le conseil de famille.

Source BIU Cujas

III. *Tutelle légitime des ascendants.*

790. Il s'agit ici de la tutelle des ascendants autres que le père et la mère, ou plutôt autres que le survivant des père et mère. Cette tutelle est légitime, car les ascendants y sont appelés de plein droit, sans qu'il y ait besoin d'une nomination ou d'une formalité quelconque. Elle leur est déférée sous deux conditions.

1° Il faut que le survivant des père et mère, appelé d'abord à la tutelle, ne l'ait pas déférée lui-même. Dès qu'il y a eu tutelle déférée par le survivant, quand même le choix fait n'aurait pas d'effet, quand même le tuteur choisi mourrait avant la majorité de l'enfant, se ferait décharger ou serait destitué de la tutelle, il n'y a plus lieu à la tutelle légitime des ascendants ; on passe de suite à la quatrième tutelle, à la tutelle déférée par le conseil de famille. L'article 402 est formel : « Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur « par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit... »

La règle s'explique ; elle est le résultat d'une interprétation d'intention. En désignant lui-même un tuteur alors que la loi appelle légalement les ascendants, le survivant des père et mère a suffisamment manifesté l'intention d'écarter l'ascendant. Donc, si le tuteur choisi ne conduit pas l'enfant jusqu'à la majorité, on ne revient pas à la tutelle des ascendants. On n'y revient pas au moins à titre de tutelle légitime. Il se peut que le conseil de famille désigne l'ascendant le plus proche, car il n'y a pas d'incapacité frappant les ascendants, bien que leur tutelle légitime ait été écartée par le survivant des père et mère ; l'ascendant désigné par le conseil de famille ne vient pas alors comme tuteur légitime, mais comme tuteur élu par le conseil de famille. La tutelle légitime a des inconvénients, car elle n'est pas dévolue en connaissance de cause. Au moindre indice que la dévolution légale est désapprouvée, on a recours au conseil de famille.

De là résulte — ce que nous avons fait observer plusieurs fois déjà — que la tutelle déférée par le survivant ne concourt jamais, pour la même personne, avec la tutelle des ascendants ; quoiqu'il y ait quatre tutelles possibles, la même personne ne peut se trouver placée successive-

Source BIU Cujas

ment que sous trois tutelles. Dès qu'il y a lieu à la tutelle déférée par le survivant, la tutelle légale des ascendants est impossible ; celle-ci n'est possible que si l'autre n'est pas intervenue ; elles ne concourent jamais, elles alternent.

2° Il faut que le survivant des père et mère ait conservé la tutelle jusqu'à sa mort. S'il s'est fait excuser, s'il a été exclu ou destitué, on passe encore par dessus la tutelle des ascendants ; on va de suite à la tutelle déférée par le conseil de famille. L'article 394 le dit au cas où la mère survivante s'excuse de la tutelle. L'article 405 généralise l'idée : « Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera « sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père ou mère, « ni ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de « l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouvera ou dans « le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, ou vala- « blement excusé, il sera pourvu par le conseil de famille à « la nomination d'un tuteur. » Cela revient à dire que toute interruption dans l'ordre normal de dévolution amène de suite la dernière tutelle, celle déférée par le conseil de famille.

Ici encore la règle est rationnelle. Si la loi appelle directement et légalement les ascendants, c'est qu'elle suppose, avec beaucoup de vraisemblance, que tel est le vœu de la famille et du survivant des père et mère. Ce vœu résulte de ce que le survivant ne défère pas la tutelle à un autre. Mais, quand il y a une interruption dans l'ordre normal de dévolution, on ne sait plus si la volonté des père et mère confirme la dévolution légale ; il vaut mieux passer tout de suite à la tutelle déférée par le conseil de famille *cognita causa*. Au moindre indice que la dévolution légale est désapprouvée, on a recours au conseil de famille.

791. Sous ces deux conditions, savoir que le survivant des père et mère ait conservé la tutelle jusqu'à sa mort et n'ait pas usé du droit que la loi lui reconnaît de déférer la tutelle, il y a lieu à la tutelle des ascendants. Elle est déférée de droit.

Elle l'est aux ascendants ; elle ne l'est pas aux ascendantes. Celles-ci peuvent bien être tutrices (article 442-3°), mais seulement dans deux cas : si la tutelle leur est déférée par le survivant des père et mère, si elle leur est déférée par le conseil de famille. En un mot, elles peuvent avoir la tutelle

Source BIU Cujas

dative ; elles n'ont pas la tutelle légitime. La mère seule est appelée de droit à la tutelle.

792. Reste à régler dans quel ordre les ascendants sont appelés, s'il y en a plusieurs. Ils le sont par application de trois règles, que contiennent les articles 402 à 404.

1° Il faut s'attacher d'abord à la priorité de degré. Entre plusieurs ascendants, le plus proche est préféré.

2° A égalité de degré, on préfère l'ascendant dont l'enfant porte le nom ; la préférence est attribuée à la génération par les mâles.

3° En cas d'insuffisance de ces deux règles pour désigner le tuteur, par exemple s'il y a deux bisaïeuls dans la ligne paternelle, le conseil de famille choisit celui des ascendants qui prendra la tutelle. C'est un cas de tutelle mixte, à la fois légale et dative.

Tel est l'ordre de dévolution.

793. Quand un ascendant a été investi de la tutelle, s'il la conserve jusqu'à sa mort, elle passe à l'ascendant qui vient après lui ; s'il la perd auparavant, soit qu'il obtienne d'être déchargé, soit qu'il encoure une destitution, on passe de suite à la tutelle déférée par le conseil de famille : nouvelle application de cette idée qu'en cas d'interruption dans l'ordre régulier de dévolution, on passe de suite à la dernière tutelle.

IV. *Tutelle déférée par le conseil de famille.*

794. De ce qui vient d'être dit il résulte qu'il y a lieu à cette tutelle dans trois cas (article 405) : 1° à défaut d'un tuteur légitime, que ce soit le survivant des père et mère ou un autre ascendant, et à défaut d'un tuteur choisi par le survivant, — 2° quoiqu'il y ait un ascendant vivant, dès que le survivant des père et mère a usé du droit que lui confère l'article 397 de désigner un tuteur, — 3° dès qu'un tuteur désigné, ou le survivant, ou le tuteur par lui choisi, ou un ascendant, s'est excusé, a été exclu ou destitué, en d'autres termes quand une tutelle est interrompue autrement que par la mort ; il y a là un fait imprévu, exceptionnel, qui peut troubler la situation de la famille, qui déroute les prévisions de la loi ; au conseil alors d'apprécier ce que comporte ou exige la situation ; toute interruption dans

Source BIU Cujas

l'ordre régulier de dévolution amène l'application de l'article 405.

Le choix du conseil de famille est libre. Il n'est limité que par les articles 442 à 444, qui établissent des incapacités et énumèrent les causes d'exclusion, puis par les articles 432 à 436, qui relèvent les causes d'excuses.

Les articles 394 et 406 indiquent à la requête de qui le conseil doit être convoqué pour nommer le tuteur. Certaines personnes sont tenues d'en requérir la convocation, sous leur responsabilité pécuniaire : la mère survivante qui décline la tutelle (article 394) et le subrogé tuteur (article 424). D'autres peuvent requérir la convocation : parents et créanciers du mineur, autres parties intéressés, etc. (article 406). Enfin le juge de paix doit, en vertu des devoirs de sa charge, convoquer d'office le conseil (article 406).

Dans tous les cas, l'article 882 du Code de procédure civile prescrit comment la nomination du tuteur doit être faite et notifiée au tuteur nommé. Elle doit être notifiée dans les trois jours, afin que les intérêts du mineur ne restent pas en souffrance.

Ce sont là détails dans l'étude desquels il est superflu de s'attarder plus longtemps.

§ 2. — Règles de dévolution de la tutelle quand il s'agit d'enfants naturels.

795. Les enfants naturels, on l'a vu déjà, sont en tutelle dès leur naissance. Sous la tutelle de qui ? Aucun texte ne le dit, car le titre *De la tutelle* tout entier est rédigé en vue des enfants légitimes. De là des questions délicates. Les règles précédentes sur la dévolution de la tutelle sont-elles applicables ? Si elles le sont, dans quelle mesure le sont-elles ?

796. Deux points sont certains.

D'abord, il ne peut pas y avoir lieu, quant aux enfants naturels, à la tutelle des ascendants, ce qui exclut l'application des articles 402 à 404. Il y a de cela une raison décisive. La filiation naturelle, quand elle est constatée, rattache l'enfant à ses père et mère, non aux parents de ceux-ci ; donc, légalement parlant, l'enfant naturel n'a pas d'ascendants qui puissent être appelés à la tutelle légitime.

D'autre part, il peut, au contraire, y avoir lieu à la tu-

Source BIU Cujas

telle déférée par le conseil de famille. Donc l'article 405 est applicable. S'il s'agit d'enfants naturels non reconnus, cette tutelle est la seule dont il puisse être question. Quand il s'agit d'enfants naturels reconnus, elle peut, à n'en pas douter, intervenir.

797. L'incertitude porte sur les trois points suivants. 1° A qui appartient la tutelle quand le père et la mère existent tous deux? En d'autres termes, les père et mère naturels ont-ils la tutelle légale de leurs enfants? — 2° Y a-t-il lieu à la tutelle du survivant des père et mère? — 3° Y a-t-il lieu à la tutelle déférée par le survivant?

Rien de plus incertain. La loi est muette, la doctrine mal fixée et la pratique variable [1].

Les uns pensent, précisément parce que la loi est muette, qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions du Code, à moins que la différence des situations n'y mette absolument obstacle. En conséquence, ils admettent que les père et mère sont appelés à la tutelle légitime comme à la puissance paternelle, le père d'abord, le survivant des père et mère ensuite, et qu'il y a lieu plus tard à la tutelle déférée par le survivant. En d'autres termes, ils n'écartent que la tutelle des ascendants, parce que la situation ne la comporte pas, l'enfant naturel n'ayant pas d'ascendants.

A l'appui de cette thèse, on remarque d'abord qu'il n'y a pas de raison déterminante, dans le silence des textes, pour ne pas étendre par analogie le système général. On observe ensuite que l'article 405 semble confirmer cette interprétation, car il n'appelle le conseil de famille à nommer le tuteur, sans faire de distinction, qu'à défaut des père et mère ; donc, tant que le père ou la mère existe, qu'il s'agisse d'enfants naturels ou légitimes, il n'y a pas lieu de recourir au conseil de famille.

Toutefois, cette considération n'est pas décisive. Il est incontestable d'abord que la situation irrégulière des parents n'inspire pas, dans ce cas, une confiance égale, qu'il y a lieu de douter des sentiments de la famille quand il s'agit des enfants naturels ; en conséquence, on comprendrait bien qu'il n'y eût pas lieu ici à la tutelle légitime, mais seulement à la tutelle déférée par le conseil de famille en connaissance de

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 390, n° 3.

Source BIU Cujas

cause. D'autre part, les règles relatives à l'organisation de la tutelle légitime du survivant et de la tutelle déférée par le survivant paraissent avoir été conçues toutes dans l'hypothèse du mariage des père et mère ; ainsi l'article 390 n'appelle le survivant des père et mère qu'après la dissolution du mariage, et les articles 399 et 400 visent également le mariage. Lorsque la loi veut étendre aux pères et mères naturels les prérogatives reconnues aux pères et mères légitimes, elle prend soin de le dire ; ainsi fait-elle dans l'article 158 à propos des autorisations de mariage et dans l'article 383 à propos de l'autorité paternelle. Or rien d'analogue ici. La conséquence est qu'il n'y a jamais lieu, en ce qui concerne les enfants naturels, à la tutelle déférée de droit, mais seulement à la tutelle déférée par le conseil de famille *cognita causa*.

Telle est en effet l'opinion dominante dans la doctrine[1]. Elle se résume de la façon suivante. Pour qu'il y ait lieu à la tutelle légitime, il faut qu'un texte de loi la défère ; or il n'y en a aucun qui la donne aux pères et mères naturels ; donc il n'y a lieu pour les enfants naturels qu'à la tutelle déférée par le conseil de famille. Si le conseil le juge opportun, il donnera la tutelle soit au père, soit à la mère, soit au survivant ; c'est ce qui arrive le plus souvent ; mais personne ici n'a la tutelle de droit.

798. Cette difficulté n'est pas la seule que présente la tutelle des enfants naturels. A côté des incertitudes qui existent en droit, il y a de sérieux embarras de fait.

Relativement aux enfants légitimes, il est rare qu'il n'y ait pas quelque parent qui se charge de provoquer la constitution d'une tutelle ; à défaut de parents, le juge de paix intervient d'office ; le plus souvent il est prévenu, parce qu'il y a des intérêts à régler. Quant aux enfants naturels, qui n'ont ni parents, ni biens le plus souvent, dont quelquefois les actes de l'état civil ne sont pas même dressés, nul ne s'occupe d'eux ; ils deviennent ce qu'ils peuvent et beau-

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 520, — Demolombe, *Traité de la minorité*, 3e édition, nos 385 et suiv. — Il y a des décisions judiciaires dans les deux sens. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, Vo *Minorité*, no 638, — et Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 390, no 3. Mais la jurisprudence la plus récente est dans le sens indiqué au texte : Nîmes 15 février 1887, Sir. 1887.II.172, — Paris 28 juillet 1892, D. P. 1892.II.544.

Source BIU Cujas

coup n'ont pas le bénéfice d'une tutelle, car personne n'intervient pour le leur assurer.

Peut-être y a-t-il là une lacune dans la loi et faudrait-il qu'une surveillance administrative fût instituée. Nous verrons plus loin comment est organisée la tutelle hospitalière, qui intervient alors. Dans les villes importantes, des sociétés privées rendent de sérieux services en provoquant l'organisation de la tutelle au profit d'enfants qui, sans cela, n'en auraient pas.

SECTION II. — **Le subrogé tuteur.**

799. « Dans toute tutelle il y aura un subrogé tuteur... », dit l'article 420. Son rôle dans le fonctionnement de la tutelle est moins net que celui du tuteur. Ses attributions sont complexes et ne sauraient être ramenées à une formule unique comme celles du tuteur ; elles sont de quatre espèces.

I. La première, d'où vient au subrogé tuteur le nom qui lui est donné, est indiquée par l'article 420 alinéa 2 : « Ses « fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur « lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur. » Le « subrogé tuteur n'est pas, en général, le suppléant du tuteur empêché ; mais, dans un cas, il est éventuellement appelé à le remplacer et à exercer ses fonctions : quand il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille, par exemple au cas de partage d'une succession entre eux, de procès ou de contrat entre eux. C'est là sa fonction la plus apparente ; il est substitué éventuellement au tuteur ; il lui est subrogé ; de là son titre de subrogé tuteur.

II. Le subrogé tuteur exerce une surveillance générale sur le fonctionnement de la tutelle. Ainsi : 1° il doit, si la tutelle devient vacante par la mort du tuteur, provoquer le remplacement du tuteur (article 424), — 2° il peut, s'il y a lieu, provoquer la destitution du tuteur (article 446), — 3° il peut se pourvoir, s'il les désapprouve, contre les délibérations du conseil de famille, sous quelques distinctions qui seront faites ultérieurement (article 883 C. proc. civ.), — 4° il reçoit les états annuels de gestion, quand le conseil de famille décide qu'il en sera présenté par le tuteur (article 470). Toutes ces

Source BIU Cujas

attributions correspondent à un pouvoir général de surveillance et de contrôle.

III. Le subrogé tuteur est spécialement chargé de veiller sur certains actes. Ainsi la loi du 28 février 1880 interdit que le tuteur conserve sous la forme de titres au porteur des valeurs appartenant au mineur ; l'article 7 charge spécialement le subrogé tuteur de veiller à ce que ces valeurs soient mises sous la forme nominative. Ainsi encore, aux termes des articles 2137 et 2194, il doit faire inscrire l'hypothèque légale qu'a le mineur sur les biens du tuteur.

IV. Enfin divers textes lui font un devoir d'assister à certaines opérations de la tutelle : inventaire des biens du mineur au début de la gestion du tuteur (article 451), vente de certains meubles après la clôture de l'inventaire (article 452), vente d'immeubles appartenant au mineur (article 459), etc.

Telles sont les attributions du subrogé tuteur.

800. Comment est-il nommé ?

C'est toujours le conseil de famille qui le désigne (article 420 alinéa 1). En d'autres termes, il n'y a pas de subrogée tutelle légitime, sauf pourtant dans le cas prévu par l'article 393 : « Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, « il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de fa« mille. A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra « tutrice et le curateur en sera de plein droit le subrogé tu« teur. » Toutefois, indirectement, ce subrogé tuteur est encore nommé par le conseil de famille, puisque c'est le conseil qui a nommé le curateur au ventre. Hors ce cas, qui est unique, la subrogée tutelle est toujours dative.

S'il y a tutelle légitime, ou déférée par le survivant des père et mère, en un mot si le tuteur est investi légalement de sa fonction, c'est à lui de provoquer la nomination du subrogé tuteur, de prendre à cet effet l'initiative (article 421 alinéa 1). Tant que cette nomination n'est pas faite, le tuteur ne doit pas entrer en fonctions. S'il y entre, il est suspect, car il est supposé avoir voulu éviter le contrôle. Aussi le second alinéa de l'article 421 dispose-t-il ainsi : «... Le « conseil de famille, convoqué soit sur la réquisition des pa« rents, créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office « par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tu« teur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités « dues au mineur. »

Source BIU Cujas

S'il y a tutelle dative, c'est alors au conseil de famille, après avoir procédé à la nomination du tuteur, de procéder à celle du subrogé tuteur ; le tuteur n'a plus d'initiative à prendre (article 422).

Dans les deux cas, le tuteur ne doit pas voter pour la nomination du subrogé tuteur (article 423) ; il ne doit pas non plus provoquer sa destitution, ni voter sur elle si elle est demandée (article 426 alinéa 2). Règle logique ; celui qui subit le contrôle ne doit pas participer à la désignation de celui qui l'exerce.

Le même article 423 veut en outre que le subrogé tuteur ne soit pas pris dans la ligne de parents à laquelle le tuteur appartient. C'est le moyen de faire aux deux familles une part dans le fonctionnement de la tutelle, et d'éviter les ententes qui pourraient devenir préjudiciables au mineur. Si le tuteur est un étranger, le subrogé tuteur peut être pris dans n'importe quelle ligne. Si le tuteur est un parent, le subrogé tuteur peut être un étranger ; mais si le conseil de famille veut prendre un parent comme subrogé tuteur, il doit le prendre dans l'autre ligne. La loi excepte toutefois « le cas de frères ger- « mains », c'est-à-dire appartenant à la fois aux deux lignes. Deux frères germains peuvent être l'un tuteur, l'autre subrogé tuteur de leur frère mineur. D'abord, il y a entre eux et le mineur des liens assez étroits pour écarter tout soupçon. D'autre part, l'application de la règle conduirait à des résultats fâcheux. Elle rendrait impossible de choisir un subrogé tuteur dans la famille lorsque le tuteur est un frère germain; si le subrogé tuteur est un frère germain, elle rendrait impossible le choix d'un tuteur dans la famille.

SECTION III. — **Le conseil de famille.**

801. Considéré dans son rôle général, le conseil de famille est le corps délibérant de la tutelle ; c'est une sorte de tribunal domestique, où sont portées les affaires les plus importantes de la tutelle.

Considéré dans son organisation, il est une assemblée de parents ou d'alliés, à défaut de parents et d'alliés une assemblée composée d'amis, présidée par le juge de paix, chargée de représenter la famille dans la tutelle et d'intervenir en son nom dans l'intérêt du mineur.

Source BIU Cujas

Il faut envisager le conseil de famille sous ces deux aspects : attributions et constitution.

§ 1. — Attributions du conseil de famille.

802. Elles sont multiples et peuvent être classées en trois groupes.

1er groupe. — Le conseil de famille a la haute main sur la constitution de la tutelle.

1° Il nomme le tuteur, à défaut de tuteur légitime ou désigné par le survivant des père et mère (article 405).

2° Il choisit le tuteur parmi les ascendants, si la priorité de degré et la préférence des parents paternels sont insuffisantes à le désigner (article 404).

3° Il décide si la mère survivante qui se remarie conservera la tutelle (article 395).

4° Il décide si le tuteur choisi par la mère survivante remariée et maintenue dans la tutelle doit être confirmé (article 400).

5° Il nomme le subrogé tuteur (article 420).

6° Il nomme, quand il y a lieu, les agents du personnel exceptionnel : cotuteur (article 396), protuteur (article 417), tuteurs et subrogés tuteurs *ad hoc*, curateur au ventre (article 393), etc. ; exception est faite seulement pour l'administrateur salarié, qui est désigné par le tuteur (article 454 alinéa 2).

7° Enfin il statue sur les excuses, exclusions et destitutions (articles 438 et suivants, article 447).

2e groupe. — La loi confère au conseil de famille, comme attributions propres, à défaut des père et mère, c'est-à-dire quand il y a tutelle sans puissance paternelle, quelques-uns des attributs de l'autorité paternelle. C'est le tuteur qui a les droits de garde et d'éducation (article 450) ; mais le conseil de famille participe à la direction de l'enfant.

1° Il décide s'il y a lieu de recourir à l'emprisonnement par voie de correction (article 468). C'est lui, dès lors, qui a le droit de correction.

2° Il statue sur le point de savoir s'il y a lieu de prononcer l'émancipation (articles 478 et 479).

3° A défaut d'ascendants, il autorise le mariage du mineur

Source BIU Cujas

(article 160), à moins que l'enfant ne soit un enfant naturel, auquel cas l'autorisation est donnée par un tuteur *ad hoc* (article 159).

4° Il autorise l'engagement militaire avant vingt ans (loi du 15 juillet 1889, article 59).

En résumé, à défaut des père et mère, les droits et attributs qui, du vivant de ceux-ci, leur appartiennent en vertu de la puissance paternelle, quant à la personne de l'enfant, se répartissent entre le tuteur, qui a le droit et la charge de l'éducation, et le conseil de famille qui a tous les autres droits.

3e groupe. — Le conseil de famille a une part considérable à la gestion des intérêts du mineur.

Au début de la tutelle, il règle, s'il y a lieu, le budget de la tutelle (article 454 alinéa 1). Il décide si le tuteur sera tenu de rendre des comptes annuels de gestion (article 470) et si le tuteur sera autorisé à se faire aider par un ou plusieurs administrateurs salariés (article 454 alinéa 2).

Au cours de la tutelle, il donne, relativement à certains actes, l'autorisation sans laquelle ces actes ne sont pas possibles : aliénation de certains biens (article 457 et loi du 27 février 1880, relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs), acceptation ou répudiation de successions (articles 461 et 462) et de donations entre vifs (article 463), procès à intenter ou à soutenir (article 464), etc. De plus et toujours au cours de la tutelle, il donne parfois des avis sur des questions soumises à l'autorité judiciaire (articles 2143 C. civ., 494, 892 et 893 C. proc. civ.). Nous retrouverons plus tard tous ces détails.

Les attributions du conseil de famille sont donc multiples.

803. Dans tous les cas, il intervient en prenant des délibérations. Quelle en est l'autorité ? Y a-t-il des recours possibles contre elles ? Peuvent-elles être réformées ? Questions mal réglées et qui, dans la pratique, donnent lieu à d'innombrables procès.

A priori, il apparaît comme certain que les délibérations du conseil de famille peuvent être déférées au pouvoir judiciaire et révisées par lui s'il y a lieu. En effet, en traitant de la puissance paternelle, nous avons vu que l'autorité judiciaire a un pouvoir de contrôle supérieur, qui lui permet d'intervenir au mieux des intérêts de l'enfant pour régler l'exercice

Source BIU Cujas

de l'autorité paternelle toutes les fois qu'il y a abus ou insuffisance. A plus forte raison doit-il en être de même quand, au lieu de l'autorité paternelle, il s'agit de la tutelle, forme du pouvoir domestique qui n'a, quoique nécessaire, ni la légitimité ni la force de l'autre.

D'abord il est clair que les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées pour vices de formes, autrement dit si elles n'ont pas été prises dans les formes prescrites par la loi. Cela est vrai pour toutes sans exception. L'action en nullité de ce chef peut être intentée par quiconque y a intérêt, notamment au nom du pupille par ses représentants; elle est intentée contre le conseil dans la personne de ses membres. En cas de nullité prononcée, il doit être pris une nouvelle délibération, en procédant cette fois régulièrement.

D'autre part et en dehors de tout vice de forme, plusieurs textes prévoient le contrôle de l'autorité judiciaire et son intervention à propos des délibérations du conseil de famille.

1° Il y a des délibérations qui n'ont autorité qu'autant qu'elles sont homologuées par le tribunal et en vertu de cette homologation; le tribunal doit nécessairement intervenir pour contrôler et confirmer s'il y a lieu. Il n'en est ainsi que dans les cas prévus et déterminés par la loi : ceux que relèvent les articles 457, 458 et 467. Les formes à remplir sont indiquées dans les articles 885 et suivants du Code de procédure civile.

2° Certaines délibérations, non soumises à l'homologation préalable des tribunaux, peuvent être l'objet d'un recours à l'effet de les faire réformer. Le demandeur n'allègue plus alors que la délibération est entachée d'une irrégularité,d'un vice de forme, mais que le conseil de famille a mal jugé au fond. Si la prétention est admise, la délibération n'est pas annulée ; le tribunal saisi, se substituant au conseil de famille, statue à sa place et définitivement. C'est alors le recours proprement dit aux tribunaux pour mal jugé au fond. Pareil recours est autorisé par l'article 440 contre les délibérations qui rejettent une excuse de tutelle, par l'article 448 contre les délibérations prononçant l'exclusion ou la destitution d'un tuteur. Il en est de même au cas de l'article 395 ; la mère tutrice qui se remarie et à laquelle le conseil de

Source BIU Cujas

famille ne maintient pas la tutelle peut recourir au tribunal pour se la faire maintenir[1]. Il est admis également qu'un tuteur, nommé quand il y a des parents qui devraient l'être avant lui, peut se pourvoir contre la délibération qui le nomme. D'une manière générale, il y a recours possible toutes les fois que la délibération fait grief à un tiers, blesse les droits d'un tiers; le tiers qui se pourvoit contre la délibération met en cause le conseil de famille en la personne de ses membres.

Faut-il aller plus loin et autoriser le recours dans tous les autres cas, c'est-à-dire même si la délibération n'a pas à être homologuée et quand même les droits d'aucun tiers ne sont engagés, au nom du seul intérêt de l'enfant? La question restait douteuse sous le Code de 1804; elle a été résolue, partiellement au moins, en 1807, par le Code de procédure civile. L'article 883 de ce Code donne le droit de se pourvoir contre les délibérations au tuteur et au subrogé tuteur agissant au nom du pupille[2]. Le même droit est reconnu par cet article aux membres du conseil de famille, ce qui ne peut s'entendre, bien évidemment, que de ceux ayant voté contre la délibération[3], lorsque celle-ci n'a pas été prise à l'unanimité; ils mettront en cause les membres du conseil dont ils n'ont pas partagé l'avis. Enfin l'article 889 ajoute : « Les « jugements rendus sur délibération du conseil de famille « seront sujets à l'appel. »

Donc le recours est possible. Mais dans quel cas? L'article 883 ne faisant aucune distinction, il semble que le recours soit possible dans tous les cas et contre toute délibération, quel qu'en soit l'objet. Cependant, malgré la généralité du texte, il subsiste à cet égard des divergences dans l'interprétation.

Les uns[4] soutiennent qu'il n'y a pas de recours possible

1. *Suprà*, p. 431.

2. On s'est demandé si le pupille lui-même ne pourrait pas se pourvoir. Il est manifeste que non, car il n'a pas, on le verra bientôt, l'exercice de ses actions.

3. Il sera toujours facile de savoir quels sont les membres du conseil de famille qui ont voté contre la délibération. En effet, l'article 883 alinéa 1 C. proc. civ. prescrit : « Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne « seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera « mentionné dans le procès-verbal. »

4. Aubry et Rau, I, p. 390, note 10.

Source BIU Cujas

contre les délibérations relatives à l'éducation et à la direction de la personne de l'enfant, par exemple contre la délibération qui accorde ou refuse l'autorisation de contracter mariage (article 160), contre celle qui autorise l'emploi du droit de correction, contre celle par laquelle le conseil accorde ou refuse l'émancipation (article 478). Ces délibérations ne pourraient pas être attaquées pour mal jugé, mais seulement pour vice de forme. Pour mal jugé, il n'y aurait recours que lorsqu'il s'agit de délibérations concernant les intérêts pécuniaires. Nulle part, observe-t-on, il n'est dit que le tribunal puisse se substituer au conseil de famille et prononcer sur ces questions. Cela est vrai ; mais il n'était pas nécessaire que les textes spécifiassent telle ou telle délibération, puisqu'il y a toujours le pouvoir de haut contrôle des tribunaux ; d'ailleurs l'article 883 est général.

Allant plus loin, on soutient qu'il n'y a pas recours non plus contre les délibérations portant nomination aux fonctions de la tutelle, en dehors bien entendu d'un vice de forme ou d'incapacité [1].

D'autres auteurs [2], qu'il s'agisse de délibérations concernant les intérêts pécuniaires du mineur ou de délibérations relatives à la direction de sa personne, soutiennent que le recours est possible seulement si la délibération a été prise à la simple majorité, s'il n'y a pas eu unanimité. On se fonde, pour le soutenir, sur l'article 883 du Code de procédure civile, dont le premier alinéa suppose une délibération prise à la simple majorité, dont par conséquent le second alinéa, dit-on, ne donne le droit de recourir que contre les délibérations prises dans ces conditions.

Mais l'article 883 n'a nullement cette portée. Le premier alinéa n'a pas pour but de déterminer l'hypothèse dans laquelle peut être exercé le recours accordé à certaines personnes par le second alinéa ; il ne contient qu'une prescription relative à la rédaction du procès-verbal. D'ailleurs, quand une délibération a été prise à l'unanimité, il y a probabilité sans doute qu'elle a été bien prise, mais il n'y a pas certitude, et la réserve d'un recours possible n'est pas par cela même inutile.

1. Aubry et Rau, I, p. 390, note 11.

2. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Minorité*, n° 171 ; — Cpr. Aubry et Rau, I, p. 390, note 8.

Source BIU Cujas

Il faut donc conclure, la loi prévoyant le recours, le prévoyant en termes généraux et sans restriction, qu'il est possible dans tous les cas, soit de la part des tiers dont le droit aurait été méconnu, soit de la part du tuteur, du subrogé tuteur ou des membres du conseil de famille, au nom et dans l'intérêt du mineur. Il n'y a vraiment pas danger à cela. Dans bien des cas, l'éventualité du recours est un frein utile contre les abus possibles. En tout cas, pourquoi l'autorité judiciaire aurait-elle moins de droits en cas de tutelle qu'en cas de puissance paternelle ? Ce serait illogique.

§ 2. — Organisation du conseil de famille.

804. Cette organisation fait l'objet des articles 406 à 416. Ils contiennent des dispositions réglementaires, qu'il est inutile de commenter longuement. Ils déterminent : 1° le nombre et le mode de désignation des membres du conseil de famille, — 2° le mode de convocation et de réunion, — 3° la forme des délibérations.

805. Les articles 407 à 410 sont relatifs à la composition du conseil.

Il comprend d'abord tous les frères germains du mineur et les maris de ses sœurs germaines, puis tous ses ascendants [1] et ses ascendantes veuves [2], quel qu'en soit le nombre.

Si ce nombre est égal ou supérieur à six, les frères germains, maris de sœurs germaines, ascendants et ascendantes veuves composent à eux seuls le conseil de famille, avec le juge de paix du domicile du mineur.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si les personnes indiquées ne sont pas au nombre de six, le juge de paix a mission de désigner d'autres membres, et doit en désigner un nombre tel que le nombre total des membres du conseil soit égal à six, non compris le juge de paix.

Le juge de paix n'a pas, d'ailleurs, une liberté complète dans le choix des membres du conseil.

1. Voy. sur ce point Valette, *Cours de Code civil*, p. 526.

2. L'article 408 parle de *veuves d'ascendants*, mais il est hors de doute qu'il faut entendre par là les *ascendantes veuves*. Cela résulte de l'article 442-3°. Voy. Valette, *loc. cit.*, p. 525 et 526.

Source BIU Cujas

D'abord, le vœu de la loi est que les membres du conseil appartiennent pour moitié au côté paternel, pour moitié au côté maternel, de manière à ce que l'influence respective des deux familles soit ménagée d'une manière égale. La loi n'a point à s'occuper de cette égalité entre les deux lignes quand il s'agit de frères germains ou de maris de sœurs germaines, qui représentent les deux lignes ; elle ne s'en occupe pas en ce qui concerne les ascendants, qui sont tous appelés sans considération de la ligne à laquelle ils appartiennent. Mais le juge de paix, lorsqu'il désigne des membres du conseil, doit faire en sorte que les deux lignes y soient représentées par un nombre égal de membres. Il peut arriver que ce soit impossible, par exemple s'il existe quatre ascendants dans l'une des deux lignes ; alors le juge de paix se contente de rétablir autant que possible l'équilibre en choisissant dans l'autre ligne les deux membres dont le choix lui appartient.

Le choix du juge de paix est encore limité d'une autre manière. La loi lui impose de faire son choix suivant certaines règles, qui peuvent être ramenées aux quatre suivantes.

1° Il doit choisir les membres du conseil dans la commune où la tutelle s'est ouverte ou dans un rayon de deux myriamètres. Les frais de la réunion seront de la sorte moins considérables.

2° Il doit choisir de préférence les parents ou alliés du mineur. Dans chaque ligne, le parent ou l'allié le plus proche doit être choisi ; à égalité de degré, le parent passe avant l'allié ; entre deux parents de même degré ou deux alliés de même degré, le plus âgé passe avant l'autre.

3° L'article 409 ajoute : « Lorsque des parents ou alliés de « l'une ou l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant « sur les lieux ou dans la distance indiquée par l'article 407, « le juge de paix appellera soit des parents ou alliés domici- « liés à de plus grandes distances, soit, dans la commune « même, des citoyens connus pour avoir eu des relations ha- « bituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. » Il est bon d'observer que le conseil ne peut comprendre que des amis du père et de la mère lorsqu'il s'agit d'enfants naturels reconnus, car ceux-ci n'ont pas d'autres parents que leurs père et mère. S'agit-il d'enfants naturels non reconnus, on a dit parfois qu'il ne peut pas même être question d'appeler au conseil des amis du père ou de la mère, puisque ceux-ci

Source BIU Cujas

ne sont pas légalement connus, d'où il résulterait que les membres du conseil ne pourraient être nommés que par le tribunal, les règles du Code civil devenant inapplicables [1]. Mais c'est interpréter l'article 409 d'une façon trop littérale ; entendu largement, le texte signifie qu'il faut appeler des citoyens amis des père et mère ou réputés tels. Aussi bien, aucun texte ne prévoit que les tribunaux puissent être appelés à désigner les membres d'un conseil de famille.

4° Enfin l'article 410 est ainsi conçu : « Le juge de paix « pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre « suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quel- « que distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés « plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents « ou alliés présents, de manière toutefois que cela s'opère « en retranchant quelques-uns de ces derniers et sans excé- « der le nombre réglé par les précédents articles. »

806. Ainsi composé, le conseil de famille est convoqué par le juge de paix, soit d'office, soit sur réquisition, soit sur dénonciation (articles 406, 421, 424 et 446). Le jour de la réunion est fixé par le juge de paix et doit être fixé de manière à ce qu'il y ait un certain délai entre la convocation et la réunion (article 411). Les personnes régulièrement convoquées sont tenues de se rendre à la réunion (articles 412 et 413).

807. Enfin les articles 414 à 416 règlent la forme des délibérations du conseil. Le lieu et l'heure de la réunion sont fixés par le juge de paix, qui préside. Le conseil ne peut délibérer que si les trois quarts au moins des membres convoqués sont présents. Si le *quorum* n'est pas atteint, le juge de paix a un pouvoir discrétionnaire pour décider, suivant les circonstances, le parti qu'il convient de prendre. Si le *quorum* est atteint, la délibération a lieu. Dans les votes, la voix du juge de paix est prépondérante en cas de partage ; au cas où il ne se formerait pas de majorité, l'article 117 du Code de procédure civile serait applicable par analogie.

808. Toutes ces règles sont simples. Sans entrer dans les détails, pour lesquels la lecture des textes fournit des indications suffisantes, il faut se contenter de signaler deux points.

1er point. — A l'inverse des fonctions du tuteur et du su-

1. Acollas, *Manuel de droit civil*, I, p. 489.

Source BIU Cujas

brogé tuteur, celles du conseil de famille ne sont pas permanentes.

Une fois nommés, le tuteur et le subrogé tuteur exercent leurs fonctions d'une façon continue, jusqu'à ce que la tutelle prenne fin, à moins qu'ils ne soient déchargés ou destitués ; l'administration, qui est le lot du tuteur, et le contrôle, qui est le lot du subrogé tuteur, sont de tous les instants et ne comportent pas d'intermittence. C'est pourquoi ces fonctions de tuteur et de subrogé tuteur sont permanentes [1].

Le conseil de famille, au contraire, n'est pas permanent, ce qui veut dire deux choses.

a) Il n'est pas permanent en ce sens qu'il ne siège pas d'une façon continue, qu'il ne se réunit même pas à époques régulières et fixes. On le convoque au début de la tutelle pour la constitution de la tutelle, pour nommer le tuteur s'il en est besoin, c'est-à-dire s'il n'y a lieu ni à tutelle légitime ni à tutelle déférée par le survivant des père et mère, en tout cas pour nommer le subrogé tuteur, et, le plus souvent au moins, pour régler divers détails de la gestion qui commence, notamment ceux que prévoient les articles 454 et suivants. Dans la suite, on ne le convoque plus que s'il se présente quelque circonstance rendant son intervention nécessaire. Dans bien des tutelles, on ne le convoque jamais plus.

b) Il n'est pas permanent en ce sens qu'il n'existe même pas dans l'intervalle de ses réunions. Il se dissout après chaque réunion, de telle sorte que les membres ne sont pas nommés une fois pour toutes au début et pour toute la durée de la tutelle, comme le sont le tuteur et le subrogé tuteur ; il faut le composer de nouveau chaque fois qu'on le convoque. Souvent, si on le réunit plusieurs fois, les mêmes personnes le composeront lors des convocations successives, car les règles qui en déterminent la composition sont impératives. Mais il peut en être autrement et il suffit pour cela qu'il se soit produit quelque changement dans la composition de la famille ou dans la situation de ses membres : changement par naissance, décès, changement de domicile, arrivée à majorité de parents qui étaient mineurs lors de la réunion précédente ;

1. Sur cette permanence, voy. Laurent, *Principes*, IV, nos 438 et suiv.

Source BIU Cujas

par exemple, le mineur a des frères, qui étaient eux-mêmes mineurs lors de la convocation du début et qui sont majeurs lors de la seconde convocation. En d'autres termes, c'est lors de chaque convocation que les règles relatives à la composition doivent être observées ; d'où il résulte que le personnel n'est pas plus permanent que le conseil lui-même.

Le seul élément permanent du conseil est son président, qui reste toujours le même : c'est le juge de paix ès-qualité (article 416). Ce juge de paix est celui du canton où la tutelle s'est ouverte, puisqu'en principe, nous l'avons vu, le siège de la tutelle est fixé par le lieu d'ouverture de cette tutelle et, une fois fixé, ne change plus.

Voilà le sens et la portée de la règle, non inscrite dans les textes mais adoptée néanmoins, d'après laquelle le conseil de famille, à l'inverse des autres organes de la tutelle, n'est pas permanent.

2e point. — Quelle est la sanction des règles relatives à la formation et au mode de délibérer du conseil ?

Les dispositions de la loi, à cet égard, sont impératives ; cela n'est pas douteux et c'est le seul moyen d'éviter les arrangements, les combinaisons mal intentionnées dont le mineur pourrait être victime. En fait, les prescriptions légales ne sont pas toujours observées. De là la question de savoir si elles sont édictées à peine de nullité des actes du conseil de famille, ou si elles ne sont que comminatoires.

Qu'elles soient toutes édictées à peine de nullité, il est difficile et même impossible de l'admettre. Certaines, en effet, sont d'importance tout à fait secondaire. Par exemple, la première phrase de l'article 415 dit que le conseil se réunit « de plein droit chez le juge de paix, à moins qu'il ne « désigne lui-même un autre local ». L'article 411 indique quel intervalle de temps doit être ménagé entre la convocation adressée aux membres du conseil par le juge de paix et le jour pour lequel cette convocation est lancée. A supposer que les délais n'aient pas été observés, il n'est pas possible que la délibération se trouve viciée.

D'autre part, il n'est pas moins impossible d'admettre qu'aucune prescription légale ne soit édictée à peine de nullité. Si elles sont édictées, c'est qu'elles sont considérées comme protectrices des droits et intérêts du mineur ; il y en a qui sont vraiment importantes, et il n'est pas admissible

Source BIU Cujas

qu'elles puissent être méconnues impunément. Par exemple, le conseil a été composé arbitrairement : on n'y a pas appelé ceux qui doivent le composer ; ou bien il a délibéré sans le *quorum* nécessaire (article 416) ; ou bien il a délibéré en dehors de la présence du juge de paix. Le vice de forme est trop grave pour qu'il n'ait pas de conséquences.

La difficulté doctrinale apparaît alors : où est la démarcation entre les irrégularités excusables et celles qui sont dirimantes ?

En l'absence de règles précises, la jurisprudence a fini par admettre (elle est constante à cet égard [1]) que l'inobservation des prescriptions légales ouvre une nullité facultative pour le juge. Lorsqu'une irrégularité est relevée, il faut rechercher s'il y a eu préméditation, dol, connivence, ou simplement inadvertance, puis si les intérêts du mineur sont exposés à en souffrir, ou si l'irrégularité a été sans conséquence. Dans un cas, il y aura nullité ; dans l'autre, on ne tiendra pas compte des irrégularités.

De sorte que la question est une simple question de fait. Tout vice de forme autorise une demande en nullité ; une fois saisi, le pouvoir judiciaire exerce, comme souvent en cette matière, un pouvoir discrétionnaire. Tant que le conseil n'a accompli aucun acte de sa compétence, il n'y a pas d'action ouverte à l'effet de critiquer sa composition ou sa manière d'agir, car jusque-là l'intérêt du mineur ne peut être compromis [2] ; lorsqu'il a fait un acte, cet acte peut être attaqué pour vice de forme, et la nullité sera ou non prononcée selon qu'il apparaîtra, en fait, que l'irrégularité a pu ou non être préjudiciable au mineur. La question de la nullité est dominée par celle de l'importance que présente le vice allégué au point de vue de l'intérêt du mineur.

En cas de nullité prononcée, il y a lieu de recommencer en procédant cette fois régulièrement.

Théoriquement, ce système de la jurisprudence n'est pas satisfaisant ; au point de vue pratique, aucune autre solution n'est peut-être possible.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 407, nos 13 et suiv., — Limoges 17 juin 1889, D. P. 1890.II.336, — Cass. 7 février 1893, *Le Droit* du 4 mars.
2. Bordeaux 13 juin 1877, D. P. 1878.II.43, Sir. 1877.II.295.

Source BIU Cujas

SECTION IV. — Le personnel exceptionnel de la tutelle.

809. Indépendamment du tuteur, du subrogé tuteur et du conseil de famille, qui forment le personnel ordinaire de toute tutelle, il est, avons-nous dit, d'autres agents qu'on rencontre parfois et qui forment le personnel exceptionnel, qui interviennent par suite de certaines circonstances particulières. Ce sont : 1° le cotuteur, — 2° le protuteur, — 3° l'administrateur salarié, — 4° le tuteur ou subrogé tuteur *ad hoc*, — 5° le conseil à la mère survivante, — 6° le curateur au ventre. Quelques mots sur chacun de ces agents.

§ 1. — Le cotuteur.

810. Nous l'avons déjà rencontré sous l'article 396[1] ; il se rattache à la tutelle de la mère survivante. Lorsque la mère survivante, tutrice légale, se remarie et est maintenue dans la tutelle, le second mari est associé à la tutelle sous le nom de cotuteur ; il l'est « nécessairement », dit l'article 396. C'est lui qui gérera de fait la tutelle, puisqu'il va avoir l'autorité maritale sur la tutrice ; il est donc naturel qu'il soit responsable de la tutelle gérée en commun, « de la gestion postérieure au mariage », dit l'article 396. Le texte ajoute qu'il en est responsable solidairement.

La cotutelle est une véritable tutelle, entraînant, avec l'obligation de rendre compte, l'hypothèque légale sur les biens du mari (article 2121).

Les deux fonctions sont indivisibles. La mère ne peut être tutrice qu'autant que son mari est cotuteur ; donc, si le mari perd la cotutelle, par exemple en cas d'incapacité ou d'exclusion, la femme cesse d'être tutrice. Réciproquement, le second mari n'est cotuteur que parce que sa femme est tutrice ; si la mère meurt ou perd la tutelle, la cotutelle du mari prend fin.

811. L'article 396 ne prévoit la cotutelle qu'à propos de la mère. La question se pose de savoir s'il ne faut pas l'étendre aux ascendantes autres que la mère quand elles sont tutrices.

1. *Suprà*, p. 431.

Source BIU Cujas

Il est difficile d'en douter. L'idée de la loi est qu'une femme ne peut être tutrice, si elle est mariée, qu'autant que son mari est cotuteur. Si donc la tutelle a été déférée à une ascendante, soit par le survivant des père et mère, soit par le conseil de famille, et que la tutrice se marie, son mari sera cotuteur. L'article 396 ne prévoit que le second mariage de la mère parce qu'il est rare que l'ascendante plus éloignée soit encore d'âge à se remarier quand elle a la tutelle de ses petits-enfants.

§ 2. — Le protuteur.

812. L'article 417 indique clairement quand le protuteur intervient. Le texte suppose que le mineur, domicilié en France, possède des biens dans les colonies ; outre le tuteur qui lui est donné à son domicile et qui prendra soin de sa personne et des biens situés en France, il lui est donné par le conseil de famille un protuteur, qui aura l'administration des biens situés aux colonies. Réciproquement, quand le mineur, domicilié dans les colonies, possédera des biens en France, il aura un tuteur à son domicile et un protuteur pour les biens situés en France.

Le protuteur est un véritable tuteur, sauf qu'il n'a d'attributions que relativement aux biens et non quant à la personne. Ses biens sont soumis à l'hypothèque légale et il a un subrogé tuteur spécial. A vrai dire, il y a alors deux tutelles indépendantes, que réunit un conseil de famille unique. Le tuteur du domicile centralise les économies, que le protuteur réalise dans l'administration des biens à lui confiés ; le protuteur doit lui remettre ces économies pour être employées aux besoins du mineur ou capitalisées. La protutelle est une administration spéciale, dit l'article 417, et pas autre chose.

§ 3. — L'administrateur salarié.

813. Il en est question dans l'article 454 alinéa 2.

En général, sauf les cas de cotutelle (article 396) et de protutelle (article 417), le droit moderne ne divise pas les fonctions de tuteur ; quelque compliquée que soit l'administration, il n'y a qu'un tuteur, qui prend soin de la personne et des biens (article 450). Tous les textes supposent l'unité de tutelle.

Source BIU Cujas

Cependant l'article 454 autorise l'adjonction au tuteur d'un ou plusieurs administrateurs salariés, gérant d'ailleurs sous la responsabilité du tuteur. Ils sont nommés soit parce que l'administration des biens serait une charge trop lourde, soit parce que certains biens (une usine par exemple) exigent une aptitude spéciale, soit pour alléger le tuteur et lui enlever ainsi la tentation de se faire dispenser ou décharger.

Les administrateurs salariés ne sont pas des tuteurs, mais de simples auxiliaires, responsables comme tout mandataire. Donc leurs biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale.

La question de savoir s'il convient de nommer un administrateur a une importance pécuniaire, puisque l'administrateur est salarié ; aussi appartient-il au conseil de famille de la trancher.

Quelquefois on fait plus. Comme aucun texte ne décide formellement qu'il n'y aura qu'un tuteur, bien qu'ils le supposent tous, on peut dire que le législateur a simplement prévu le cas ordinaire. Ainsi un arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1863[1] a reconnu légale la nomination de deux tuteurs, l'un chargé de l'administration des biens, l'autre de la direction de la personne. Cela peut être quelquefois, dit l'arrêt, le seul moyen de sauvegarder tous les intérêts du mineur. Rien là d'absolument contraire à la loi ; mais c'est cependant en dehors des prévisions de la loi.

§ 4. — Les tuteurs et subrogés tuteurs *ad hoc*.

814. Nulle part la loi n'indique d'une manière générale quand il y a lieu de nommer soit un tuteur, soit un subrogé tuteur *ad hoc* ; *ad hoc*, c'est-à-dire n'ayant d'attributions que relativement à un acte spécial et déterminé. Quelques textes seulement offrent l'exemple de pareilles nominations. Tels sont les articles 159, 318 et 838. Ce dernier suppose qu'il existe plusieurs mineurs ayant le même tuteur et des intérêts opposés dans le même partage ; il prescrit de leur donner « à chacun un tuteur spécial et particulier », nommé par le conseil de famille de la manière indiquée par l'article 968 du Code de procédure civile.

Ces cas sont les seuls formellement prévus. Mais sont-ils

1. D. P. 1864.I.63, Sir. 1864.I.21.

Source BIU Cujas

les seuls où il y ait lieu de nommer soit un tuteur, soit un subrogé tuteur *ad hoc* ? La pratique est variable à cet égard.

On admet en général qu'il y a lieu de nommer un tuteur *ad hoc* toutes les fois que l'intérêt du mineur paraît l'exiger, toutes les fois que cet intérêt n'est pas suffisamment garanti par l'intervention du subrogé tuteur. Voici deux exemples.

1° On nomme un tuteur *ad hoc*, par analogie de l'article 838, quand il s'agit de faire cesser l'indivision entre le tuteur et son pupille. A la rigueur, on pourrait dire que l'action en partage sera intentée par le subrogé tuteur ou qu'il aura mission d'y défendre ; l'article 420 alinéa 2 dit, en effet, que les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. Mais on décide souvent qu'il y a lieu de nommer un tuteur *ad hoc* [1].

2° On admet aussi qu'il y a lieu de nommer un tuteur *ad hoc* en cas de procès entre le tuteur et le pupille. Ce n'est pas alors le subrogé tuteur qui remplace le tuteur, par application de l'article 420 alinéa 2, mais un tuteur *ad hoc*, dont le subrogé tuteur doit provoquer la nomination [2].

Quant à la nomination d'un subrogé tuteur *ad hoc*, aucun texte n'en fournit d'exemple. Cependant, dans la pratique, on y recourt toutes les fois qu'il existe une opposition d'intérêts entre le mineur et le subrogé tuteur dans un acte où celui-ci doit intervenir, comme par exemple la vente d'immeubles appartenant au mineur (article 962 C. proc. civ.). On remplace alors le subrogé tuteur ordinaire par un subrogé tuteur *ad hoc* [3].

Ce sont là des créations de l'usage, non interdites il est vrai, mais non prévues par la loi.

§ 5. — Le conseil à la mère survivante.

815. Il constitue une des particularités que présente la tutelle de la mère survivante. Le père prémourant peut adjoindre à la mère « un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne « pourra faire aucun acte relatif à la tutelle » ; ainsi s'ex-

1. Bertin, *Chambre du Conseil*, 3e édition, I, n° 500.
2. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Minorité*, n°s 653 et suiv.
3. Cass. 23 février 1892, D. P. 1892.I.507, Sir. 1892.I.188. La question de savoir s'il y a vraiment opposition d'intérêts doit être jugée en fait.

Source BIU Cujas

prime le premier alinéa de l'article 391. Le second est ainsi conçu : « Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil « sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans « son assistance. »

L'article 392 règle le mode de nomination de ce conseil. La nomination, dit-il, ne peut être faite que de l'une des manières suivantes : « 1° par acte de dernière volonté, 2° par une « déclaration faite ou devant le juge de paix, assisté de son « greffier, ou devant notaires. »

Tantôt le conseil est donné à la mère pour tous les actes de la tutelle, tantôt pour quelques-uns seulement. Il se peut que la mère soit mineure, ce qui ne la rend point incapable de la tutelle ; il se peut, fût-elle majeure, qu'elle n'ait pas l'expérience nécessaire ; le conseil spécial lui est donné pour la guider à la fois dans l'intérêt de l'enfant et dans le sien. La présence du conseil la rassure et lui ôte la pensée de se démettre de la tutelle.

Le conseil n'est point un tuteur, mais seulement un conseil ; dès lors ses biens ne sont pas soumis à l'hypothèque légale. C'est un mandataire, responsable, comme tout mandataire, des fautes commises (article 1992).

816. Quelles sont au juste ses attributions ?

La mère ne peut agir sans consulter son conseil quand il s'agit d'actes pour lesquels l'avis de ce conseil est exigé ; cela résulte du texte même. Est-elle de plus obligée de se conformer à son avis ? Le doute est possible ; cependant on l'admet généralement. En effet, l'article 391 n'exige pas seulement que la mère prenne l'avis du conseil, mais que celui-ci l'assiste dans l'exercice de ses attributions ; l'assistance suppose l'assentiment, le concours de la mère et du conseil. C'est en ce sens que le mot *assistance* est pris par l'article 483 : le mineur émancipé « ne pourra intenter une action immobilière... « sans l'assistance de son curateur... » ; il est pris dans le même sens par l'article 513 : « Il peut être défendu aux pro« digues de plaider... sans l'assistance d'un conseil... » Par conséquent, la mère ne peut rien faire sans être d'accord avec son conseil. Si elle n'a pas pris l'avis du conseil ou si elle ne le suit pas, l'acte fait est annulable, dans l'intérêt du mineur, et la faute commise par la mère l'expose à une responsabilité considérable. S'il y a dissentiment entre la mère tutrice et son conseil, le conseil de famille tranche le différend, sauf

Source BIU Cujas

le droit soit pour la mère, soit pour le conseil, de se pourvoir contre la décision du conseil de famille, conformément aux règles qui ont été relevées précédemment [1].

La mère ne peut donc accomplir aucun acte sans l'assentiment de son conseil. Mais le conseil peut-il, prenant l'initiative, contraindre la mère à faire un acte déterminé? La solution négative s'impose. En effet, l'article 391 charge le conseil de donner son avis, de prêter son assistance, toutes expressions qui supposent que l'initiative vient de la mère et ne peut venir que d'elle.

§ 6. — Le curateur au ventre.

817. C'est encore ici une particularité relative à la tutelle de la mère survivante. L'article 393 y est consacré. Il suppose que la mère survit à son mari et qu'elle est enceinte ou se déclare enceinte lors du décès du mari. La loi veut alors que le conseil de famille désigne un surveillant de la grossesse et de l'accouchement. Le droit romain, auquel a été empruntée cette institution assez bizarre, nommait ce surveillant *curator ad ventrem* [2]; le droit moderne, usant du droit de traduction littérale, l'appelle curateur au ventre.

818. Ce curateur a deux fonctions.

I. Il veille à ce qu'il n'y ait ni supposition de part, ni suppression de part.

a) Supposition de part. — Le curateur intervient alors dans l'intérêt des héritiers du mari. Il y aurait supposition de part si la femme, feignant une grossesse, simulait un accouchement et présentait comme sien l'enfant d'une autre [3].

La femme peut avoir intérêt à commettre une supposition de part, afin que l'enfant supposé devienne héritier du mari. Si le mari meurt sans enfants, sa fortune va à sa famille; elle échappe à la femme, sous la seule réserve du droit d'usufruit qu'elle a comme conjoint survivant (article 767, rédaction de 1891). Si le mari a un enfant, sa fortune passe à cet enfant, et la mère y trouve un double avantage. D'abord elle va avoir la jouissance légale de la fortune du mari, de-

1. *Suprà*, n° 803, p. 445 et suiv.

2. Un titre spécial du Digeste est consacré à ce *curator* : le titre IV du livre XXV, *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*.

3. On assimile à la supposition ordinaire la substitution d'un enfant né viable à un enfant mort-né.

Source BIU Cujas

venue celle de l'enfant, jusqu'à ce que celui-ci ait dix-huit ans (article 384). D'autre part, elle est éventuellement appelée à la succession de l'enfant s'il est né viable (article 725) ; l'enfant venant à mourir, elle prendra, comme mère, la moitié de la succession de l'enfant [1].

Les héritiers du mari ont donc intérêt à ce que celui-ci meure sans enfant ; la femme a un intérêt contraire. Les héritiers peuvent craindre une supposition de part. De là l'institution du curateur au ventre. Les héritiers du mari en provoquent la nomination ; il est chargé, en leur nom, de prendre ou de provoquer les mesures propres à empêcher la fraude. Spécialement il a le droit d'assister à l'accouchement et de le surveiller, autant que les circonstances et les mœurs le lui permettent.

b) Suppression de part. — Le curateur intervient alors dans l'intérêt de l'enfant. Il se peut que la femme ait intérêt à faire disparaître l'enfant du mari, à dissimuler la grossesse et l'accouchement. Cet intérêt apparaît dans deux cas : 1° pour recueillir un émolument plus fort dans la succession de son mari (article 767, modifié par la loi du 9 mars 1891), — 2° pour conserver la donation ou le legs que le mari lui aurait fait. Ce dernier point se rattache à la théorie de la quotité disponible et de la réduction. L'article 1094 règle ce que l'un des époux peut donner à l'autre. Supposons que le mari ait institué sa femme légataire universelle ; s'il y a un enfant, elle ne pourra prendre que le quart en propriété et le quart en usufruit.

Ainsi la femme peut avoir intérêt, selon les cas, tantôt à simuler, tantôt à dissimuler une grossesse, tantôt à une supposition, tantôt à une suppression de part. C'est dans l'intérêt des héritiers du mari et de l'enfant lui-même que doit être nommé le curateur au ventre. Il surveille et empêche la fraude.

II. Le curateur au ventre a une seconde attribution. Il administre provisoirement la succession du mari pendant la

1. Avant la loi du 9 mars 1891, la femme trouvait un autre avantage à ce que l'enfant devînt héritier du mari : elle était mise par là en position d'obtenir de cet enfant une pension alimentaire (article 205). Depuis la loi de 1891, la succession de l'époux prédécédé doit des aliments à l'époux survivant (article 205 alinéa 2, rédaction de 1891) ; il n'est donc pas besoin que la succession du mari passe à un enfant issu du mariage pour que la femme reçoive des aliments.

Source BIU Cujas

grossesse annoncée, jusqu'à ce que l'événement fixe les droits en suspens.

Jusque-là, les droits restent indécis. Si l'enfant vient au monde et naît viable, il a hérité de son père (article 725) ; la mère est tutrice en vertu de l'article 390, et le curateur au ventre devient subrogé tuteur (article 393)[1] ; tout rentre dans l'ordre. Si l'accouchement n'a pas lieu, ou si l'enfant ne naît pas viable, les héritiers du mari font valoir leurs droits ; le curateur disparaît.

En attendant que l'événement vienne ainsi fixer les droits, le curateur administre la fortune du mari. Son administration est provisoire ; donc il doit se borner aux actes d'une nécessité urgente, ce que la nature de ses fonctions rend déjà nécessaire. Il n'est pas tuteur ; par conséquent ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale.

Voilà ce qu'est le curateur au ventre. Pour comprendre son rôle et sa mission, il ne faut pas séparer sa double fonction : il est nommé dans l'intérêt de l'enfant à naître, dans l'intérêt des tiers et notamment dans l'intérêt des héritiers du mari[2].

819. Une question reste indécise, que l'article 393 ne résout ni même ne prévoit. Le curateur doit-il être nommé toutes les fois que la femme est ou se déclare enceinte ? S'il n'y a pas d'enfants déjà nés du mariage, pas de difficulté. Mais que décider dans le cas où il y a déjà des enfants issus du mariage et vivants au moment de la mort du mari ?

Le danger qu'on redoute et qui explique la nomination du curateur au ventre disparaît à peu près. Pas tout à fait cependant. Ainsi il y a un enfant de quinze ans issu du mariage. Trois ans après finira l'usufruit légal de la mère. S'il survient un nouvel enfant, celui-ci aura la moitié de la fortune du père, et la mère aura l'usufruit de cette moitié pendant dix-huit

1. C'est le seul cas où la subrogée tutelle soit déférée légalement (*suprà*, p. 442). De ce que le curateur au ventre est éventuellement appelé à devenir de plein droit subrogé tuteur il résulte que ce curateur ne doit pas appartenir à la ligne maternelle de l'*infans conceptus* ; il doit être choisi parmi les parents ou les amis du père prédécédé. En effet, aux termes de l'article 423, le subrogé tuteur doit appartenir à la ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur.

2. Dans le projet de Code, on l'avait nommé *curateur de l'enfant à naître*. Cette expression aurait pu faire croire qu'il n'est désigné que dans l'intérêt de l'enfant, ce qui serait une erreur. On est revenu à l'expression ancienne de *curator ad ventrem*. Voy. Locré, VII, p. 100.

Source BIU Cujas

ans. La présence du nouvel enfant, d'ailleurs, peut diminuer la quotité disponible. Faut-il alors nommer un curateur au ventre ?

Les avis sont partagés [1].

Les uns estiment qu'il n'y a jamais lieu à la nomination du curateur quand la femme a déjà des enfants issus du mariage au moment de la mort du mari. Si ces enfants sont mineurs et non émancipés, une tutelle est organisée pour eux ; la mère, qui est le plus souvent tutrice, est surveillée par le subrogé tuteur. S'ils sont majeurs ou émancipés, ils sont en état de la surveiller eux-mêmes [2].

Les autres sont d'avis qu'il n'y a pas lieu de nommer un curateur quand les autres enfants sont mineurs et non émancipés ; dans ce cas, la surveillance du subrogé tuteur est suffisante. Au contraire, il y a lieu de nommer un curateur quand les enfants sont majeurs ou émancipés, car leur situation même ne leur permet pas d'exercer sur leur mère une surveillance efficace [3].

D'autres enfin se réclament du texte de l'article 393 et observent qu'il ne fait aucune distinction ; d'où ils concluent fort justement qu'il faut dans tous les cas nommer un curateur. Ils ajoutent que le subrogé tuteur, dans le cas où les enfants qui existent sont mineurs et non émancipés, peut alors remplir les fonctions de curateur [4].

820. Telle qu'elle est, l'institution du curateur au ventre a plusieurs inconvénients. Elle a, d'abord, celui d'une dénomination mal plaisante. Ensuite, elle est blessante pour la femme, et la mission conférée au curateur doit être assez désagréable à remplir.

L'institution est-elle bien utile ? On peut en douter. Supposons, en effet, que l'article 393 n'existe pas ; qu'arriverait-il ? La femme, se déclarant enceinte, serait tutrice légitime, et il y aurait un subrogé tuteur, qui serait forcément pris dans la ligne paternelle, par application de l'article 423. La surveillance normale du subrogé tuteur ne serait-elle pas ici suffisante ? La surveillance des intéressés, qui

1. Voy. sur cette controverse Acollas, *Manuel de droit civil*, I, p. 422.
2. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, I, n° 592.
3. Valette, *Explication sommaire*, p. 228, — *Cours de Code civil*, p. 513 et suiv.; — Demolombe, *Traité de la minorité*, 3e édition, p. 37 et suiv.
4. Aubry et Rau, I, p. 560, texte et note 5.

Source BIU Cujas

peut s'exercer sans l'intervention d'un curateur au ventre, ne serait-elle pas aussi suffisante ? C'est le système qui était adopté par le projet de Cambacérès [1] ; il est regrettable que le législateur de 1804 ait cru devoir y renoncer.

SECTION V. — Caractères généraux et communs des fonctions de tutelle, tant normales qu'exceptionnelles.

821. Ces fonctions constituent des charges publiques, obligatoires et gratuites. Reprenons ces trois caractères.

I. *Les fonctions de tutelle sont des charges publiques.*

822. Une tradition qui remonte au droit romain voit en elles des *munera publica*, en ce sens qu'elles représentent une sorte d'intervention de la société dans l'intérêt et pour la protection des mineurs. Ceux qui les exercent sont regardés comme remplissant une fonction publique, comme exerçant une sorte de droit politique, au moins un droit considéré comme une dépendance de la capacité politique [2].

La tradition tend aujourd'hui à s'effacer, du moins à se modifier. C'est avec raison, car, en définitive, gérer les biens d'un mineur, prendre soin de sa personne est une mission d'intérêt tout privé, qui n'a absolument rien de politique.

Toutefois, cette tradition subsiste encore en partie. On a même remarqué que plusieurs textes emploient le mot de *citoyen* pour qualifier les personnes qui sont aptes à remplir les fonctions de tutelle ; ainsi font les articles 409, 430 et 432. Il n'est pas prouvé que le mot soit pris ici dans son sens technique ; il pourrait bien l'être dans son sens vulgaire, comme signifiant *individu* [3]. Toujours est-il que la tradition, quoique affaiblie, subsiste encore en partie.

C'est pourquoi les femmes sont exclues des fonctions de tutelle ; elles sont légalement incapables de les remplir. Cela résulte de l'article 442. Il indique certaines catégories de personnes comme ne pouvant « être tuteurs, ni membres « des conseils de famille ». Il faut ajouter que ces personnes

1. Voy. Acollas, *loc. cit.*, p. 422. — Sur le projet de Cambacérès, voy. *Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 67.

2. Voy. *suprà*, tome I, p. 83.

3. Sur la qualité de *citoyen français*, distincte de la qualité de *national français*, voy. *suprà*, tome I, p. 83 et suiv.

Source BIU Cujas

ne peuvent pas davantage remplir les fonctions de subrogé tuteur, car l'article 426 dit : « Les dispositions contenues « dans les sections VI et VII du présent chapitre s'appli- « queront aux subrogés tuteurs » ; or l'article 442 fait partie de la section VII. D'une manière générale, il faut dire que les personnes indiquées par l'article 442 ne peuvent occuper les personnes indiquées par l'article 442 ne peuvent remplir aucune fonction de tutelle. Ce sont : « 1° les mineurs, « excepté le père ou la mère, — 2° les interdits, — 3° les fem- « mes, autres que la mère et les ascendantes, — 4° tous ceux « qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un « procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou « une partie notable de ses biens sont compromis. » Quel- ques-unes de ces incapacités s'expliquent aisément ; ceux qu'elles atteignent n'offrent manifestement pas les garanties qu'exige la mission confiée. Quant à l'incapacité des femmes, elle se rattache à l'idée traditionnelle que l'aptitude à rem- plir les fonctions de tutelle est une dépendance de la capa- cité politique ; en conséquence, les femmes sont exclues. Jadis elles l'étaient toutes en général, tandis que l'arti- cle 442 excepte les ascendantes ; l'incapacité n'a donc été conservée qu'en partie.

C'est pourquoi encore l'article 34-4° du Code pénal ajoute à l'énumération de l'article 442 du Code civil les personnes qui ont encouru la dégradation civique. Seulement l'arti- cle 34 réserve à la personne frappée de dégradation civique la capacité d'exercer les fonctions de tutelle en ce qui con- cerne ses propres enfants ; restriction qui est peut-être ca- ractéristique et importante pour la solution d'une question que nous rencontrerons tout à l'heure.

C'est pourquoi encore l'article 42-6° du Code pénal place sur la même ligne les condamnés privés du droit d'exercer les fonctions de tutelle par suite de l'interdiction de certains droits civiques, civils et de famille. Ici encore le texte ajoute : si ce n'est de leurs enfants.

Enfin c'est par là encore que s'expliquent les difficultés que soulève la question de savoir si les étrangers peuvent exercer en France les fonctions de tutelle. Jadis les étrangers étaient, sans aucun doute, incapables des fonctions de tutelle. En effet, disait-on, ils ne sont pas admis aux fonctions pu- bliques ; or les fonctions de tutelle sont des *munera publica*.

Source BIU Cujas

Si on hésite de nos jours, c'est que la tradition est ébranlée, quoiqu'elle conserve encore une partie de son autorité. La majorité des auteurs continuent d'appliquer l'ancienne idée et excluent absolument les étrangers des fonctions de tutelle [1] ; mais des décisions judiciaires récentes se sont écartées de cette tradition, disant qu'il s'agit là d'un droit naturel, indépendant dès lors de toute question de nationalité. En 1875 notamment, le 16 février, la Chambre civile de la Cour de cassation, rompant avec un usage séculaire, a admis qu'un étranger peut être tuteur en France de ses enfants français [2]. Depuis lors, cette solution est acquise en jurisprudence [3].

Faut-il, généralisant l'idée, dire que les étrangers peuvent, comme les français, exercer les fonctions de tutelle? Les arrêts rendus n'ont pas encore été jusque-là. Ils ont admis les étrangers à être tuteurs de leurs enfants français, mais d'eux seulement. Ils autorisent alors une distinction qui serait la suivante. Pour les parents, les fonctions de tutelle sont un droit et un devoir de famille, accessibles dès lors à l'étranger ; pour ceux qui ne sont pas parents, elles restent des fonctions publiques, qui ne peuvent dès lors être exercées que par des français.

De fait, plusieurs textes regardent bien toujours les fonctions de tutelle comme étant l'exercice d'une sorte de droit politique, à moins qu'elles ne soient exercées par des parents. S'il n'en était ainsi, pourquoi les femmes autres que la mère et les ascendantes seraient-elles exclues ? Pourquoi la dégradation civique entraînerait-elle pour le condamné l'incapacité de les exercer, si ce n'est pour ses propres enfants ?

Ce n'est là qu'une opinion de transition. Il est bien probable, la tradition ébranlée disparaissant tout à fait, qu'on arrivera à ne plus voir dans les fonctions de tutelle qu'une mission civile ; alors il n'y aura plus de raison pour que les étrangers n'en soient pas investis. L'idée est exacte, mais la pratique ne l'a pas encore adoptée [4].

1. Aubry et Rau, I, p. 285 et les autorités citées. Cpr. Paris 21 mars 1861, D. P. 1861.II.73.

2-3. Voy. *suprà*, tome I, p. 139, texte et notes.

4. Voy. Chavegrin, *De la tutelle des mineurs en droit international privé*, dans la *Revue critique de droit*, 1883, p. 518 et suiv.

Source BIU Cujas

II. *Les fonctions de tutelle sont des charges obligatoires.*

823. Elles le sont à la fois pour le mineur, qui subit la tutelle et en profite, et pour les personnes à qui elles sont déférées. C'est une dette dont chaque génération est tenue à l'égard de celle qui la suit. Il importe que celui à qui la protection est due soit assuré de la trouver toujours.

824. Les textes font l'application de ces idées générales aux trois grandes fonctions de la tutelle : celles de membre d'un conseil de famille, de tuteur ou de subrogé tuteur.

a) L'article 412, parlant des personnes convoquées pour une réunion d'un conseil de famille, dit qu'elles sont « tenues « de se rendre en personne, ou de se faire représenter par « un mandataire spécial ». L'article 413 ajoute : toute personne convoquée « qui, sans excuse légitime, ne compa- « raîtra point, encourra une amende qui ne pourra excéder « cinquante francs et sera prononcée sans appel par le juge « de paix ».

b) En ce qui concerne la fonction de tuteur, la règle est qu'elle est obligatoire quand elle incombe légalement aux ascendants : survivant des père et mère ou autres plus éloignés. L'article 394 affirme suffisamment cette règle en y apportant une exception : la mère survivante, dit-il, n'est pas tenue d'accepter la tutelle. Les autres tutelles (tutelle déférée par le survivant des père et mère et tutelle dative) sont aussi des charges obligatoires, mais sous une réserve que l'article 432 fait connaître. Il s'occupe de la tutelle déférée par le conseil de famille et s'exprime ainsi : « Tout citoyen non « parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle que « dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre « myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tu- « telle. » Ainsi la fonction de tuteur est d'abord une charge de famille ; à défaut de famille, elle est une charge sociale[1]. L'article 401 reproduit la même distinction relativement à la tutelle déférée par le survivant des père et mère : « Le tuteur « élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tu- « telle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à

1. La disposition de l'article 432 fait apparaître de façon très nette l'importance que présente l'exacte fixation du lieu d'ouverture de la tutelle, du siège de la tutelle.

Source BIU Cujas

« défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût « pu en charger. »

c) Reste enfin la fonction de subrogé tuteur. Aux termes de l'article 426, « les dispositions contenues dans les sec- « tions VI et VII du présent chapitre s'appliqueront aux su- « brogés tuteurs ». Parmi ces dispositions figure celle de l'article 432, relative au caractère obligatoire des fonctions de tuteur au cas de tutelle dative. La fonction de subrogé tuteur est donc obligatoire dans les mêmes conditions.

En résumé, les trois fonctions ordinaires et normales de la tutelle sont des charges obligatoires.

825. Faut-il en dire autant des fonctions du personnel extraordinaire et exceptionnel ?

La fonction de cotuteur est certainement obligatoire (article 396). Il en est de même de celle du protuteur, qui est un véritable tuteur (article 417), et du tuteur *ad hoc*. Enfin le même caractère obligatoire s'attache à la fonction du curateur au ventre, car cette curatelle n'est autre chose qu'une subrogée tutelle en puissance (article 393 alinéa 2) et doit suivre les règles de la subrogée tutelle.

Quant aux fonctions d'administrateur salarié et de conseil à la mère survivante (articles 391 et 454 alinéa 2), elles ne constituent pas des fonctions de tutelle proprement dites et sont facultatives. L'administrateur et le conseil sont des mandataires, le premier du tuteur et le second du père prédécédé; comme tous les mandataires, ils peuvent décliner le mandat qui leur est confié (article 1984).

826. Donc, sauf quelques distinctions ou réserves, la charge des fonctions de tutelle est obligatoire. Toutefois, la loi admet des causes légitimes d'excuse, au moins pour les fonctions actives de la tutelle : celles de tuteur (article 427) et de subrogé tuteur (article 426). Il ne semble pas qu'on puisse s'excuser d'être membre d'un conseil de famille ; la fonction d'ailleurs n'est pas bien lourde.

Ces excuses ne supposent pas l'inaptitude à exercer les fonctions ; elles supposent, au contraire, la capacité et autorisent seulement à décliner la fonction déférée. Elles existent, dès lors, non dans l'intérêt du mineur, mais dans l'intérêt du tuteur ou du subrogé tuteur ; elles constituent une prérogative pour eux, un bénéfice personnel. De là deux conséquences : 1° les personnes au profit desquelles les ex-

Source BIU Cujas

cuses existent peuvent y renoncer, ne pas s'en prévaloir, — 2° elles sont considérées comme renonçant à s'en prévaloir quand elles ne les invoquent pas.

Les articles 438 et 439 fixent les délais dans lesquels les excuses doivent être invoquées sous peine de déchéance. Tantôt l'excuse doit être invoquée sur le champ (article 438) ; tantôt le délai est de trois jours et peut être augmenté à raison des distances (article 439) ; d'autres fois enfin le délai s'allonge et dure un mois (article 431).

Les causes légitimes d'excuse sont énumérées dans les articles 427 à 441, à la lecture desquels il suffit de renvoyer : l'âge, les infirmités, le nombre des tutelles, le nombre des enfants, certaines fonctions publiques réputées absorbantes sont autant de causes légitimes.

Ces causes sont de deux sortes. Les unes, sous le nom de *dispenses*, autorisent à décliner la fonction au moment où elle est dévolue ; ce sont les excuses *a suscipienda tutela* du droit romain. Les autres, sous le nom de *décharges*, autorisent à se démettre de la fonction après l'avoir exercée ; ce sont les excuses *a suscepta tutela* du droit romain. Les mêmes faits, habituellement, sont en même temps causes de dispense et causes de décharge, mais dans des conditions quelquefois différentes ; la loi admet plus difficilement les décharges que les dispenses et cela pour une raison simple : un changement de tuteur est souvent préjudiciable au mineur et peut entraîner la survenance d'idées nouvelles dans l'administration de la fortune ou dans la direction morale de l'enfant. Ainsi en est-il pour l'âge ; aux termes de l'article 443, l'individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur, tandis que l'individu nommé avant cet âge ne peut se faire décharger à raison de son âge qu'à soixante-dix ans.

Causes de dispense et causes de décharge sont les unes absolues, en ce sens qu'elles s'appliquent à toute tutelle (articles 427 alinéas 1, 2 et 3, 428, 433, 434, 435 alinéa 1), les autres relatives à certaines tutelles seulement (articles 427 *in fine*, 432, 435 alinéa 2, 436).

Le conseil de famille statue sur les excuses proposées, sauf recours devant le tribunal de première instance ; le recours est possible même si la délibération du conseil a été prise à l'unanimité (articles 438, 439 et 440). Si l'excuse alléguée est

Source BIU Cujas

de celles qu'admet la loi, c'est un droit pour le tuteur ou le subrogé tuteur d'être dispensé ou déchargé ; en cas de violation de ce droit, il y aurait ouverture à cassation. Si l'excuse n'est pas de celles que la loi admet, le conseil peut sans doute l'admettre et le tribunal aussi ; mais c'est alors une faveur, qu'ils ont le droit de refuser si l'intérêt du mineur paraît le conseiller.

827. Ainsi envisagées, les excuses de tutelle diffèrent manifestement des incapacités et des causes d'exclusion ou de destitution, auxquelles sont consacrés les articles 442 à 449. Ces causes d'incapacité ou de destitution impliquent inaptitude à exercer les fonctions de tutelle ; donc, à l'inverse des causes d'excuse, elles sont toutes écrites dans l'intérêt du mineur, par conséquent obligatoires.

Entre les causes d'incapacité et celles de destitution, la distinction reçue est la suivante.

L'incapacité (article 442) rend la personne qu'elle atteint inhabile à exercer les fonctions de tutelle, sans d'ailleurs qu'il y ait faute de sa part, sans que son honneur ou sa réputation soit en cause. La fonction dès lors ne doit pas lui être conférée ; elle doit lui être retirée si la cause d'incapacité survient après investiture. Si, en fait, un tuteur, un subrogé tuteur ou un membre d'un conseil de famille était nommé ou restait en fonctions malgré son incapacité, qu'en résulterait-il ? Comme toujours en ces matières, une nullité facultative s'il y a eu dol, connivence, ou si l'intérêt du mineur en a souffert.

De même que les incapacités, les causes d'exclusion ou de destitution supposent l'inaptitude à exercer les fonctions de tutelle, mais avec un caractère spécial : elles impliquent l'idée d'une déchéance et résultent de faits répréhensibles. Les incapacités sont établies dans l'intérêt du mineur en tutelle, les excuses dans l'intérêt du tuteur ou du subrogé tuteur ; les exclusions et destitutions sont édictées contre ceux auxquels viendraient à être dévolues des fonctions de tutelle, parce qu'ils sont indignes de les exercer. Aussi sont-elles communes à toutes les fonctions de tutelle (articles 443, 445, 426) et emportent déchéance sans qu'il appartienne à personne d'en faire rémission.

Les articles 443 et 444 les énumèrent. Elles sont de deux sortes. La cause de déchéance existe-t-elle au moment où la

Source BIU Cujas

fonction est déférée, il y a lieu à *exclusion* ; se produit-elle ou ne se manifeste-t-elle qu'après l'entrée en fonctions, il y a lieu à *destitution*. Les articles 443 et 444 établissent nettement cette antithèse.

Il faut ajouter l'article 34-4° du Code pénal, aux termes duquel le condamné ayant encouru la dégradation civique doit être exclu ou destitué des fonctions de tutelle. Il faut ajouter en outre l'article 2 de la loi du 7 décembre 1874, sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes ; la loi prononce des peines en cas d'abus, et l'article 2 dit : « La condamnation entraînera de plein droit pour « le tuteur la destitution de la tutelle [1]. » Enfin il faut mentionner la loi du 24 juillet 1889, dont l'article 8 exclut des fonctions de tuteur, subrogé tuteur, curateur ou membre d'un conseil de famille toute personne déchue de la puissance paternelle [2].

C'est encore le conseil de famille qui statue sur les exclusions ou destitutions (article 446). Il est convoqué soit à la requête du subrogé tuteur (article 420 alinéa 2), soit d'office par le juge de paix, soit à la requête des parents ou alliés de l'enfant (article 449), sauf à celui que la décision atteint à se pourvoir devant les tribunaux (articles 448 et 449).

III. *Les fonctions de tutelle sont des charges gratuites.*

828. Remplir ces fonctions est, avons-nous dit, un service que chaque génération rend à celle qui suit. Ce service doit être rendu gratuitement. Il n'y a qu'une seule fonction qui soit rétribuée : celle de l'administrateur salarié (article 454 alinéa 2).

1. Le même texte, dans le même cas, si le coupable est le père ou la mère, autorise la déchéance de la puissance paternelle. *Suprà*, p. 406.

2. L'article 8 de la loi de 1889 et l'article 34-4° du Code pénal parlent d'*incapacité*, mais c'est une impropriété de langage. Etant donné l'opposition établie entre les incapacités et les exclusions ou destitutions, les deux textes indiqués établissent des exclusions, non des incapacités. En effet, ces textes reposent sur une idée de réprobation. Tout au plus peut-on dire que la loi de 1889 établit une incapacité dans l'hypothèse où une femme a encouru la déchéance facultative de la puissance paternelle après déchéance prononcée contre son mari (article 9 alinéa 1) ; la déchéance de la puissance paternelle n'implique alors aucune idée de réprobation, et c'est une incapacité qu'elle entraîne en matière de tutelle, non une déchéance. D'ailleurs il ne s'agit là que d'une question de mots ; l'opposition entre les incapacités et les exclusions ou destitutions est purement doctrinale et ne correspond à aucune différence pratique entre les incapacités et les exclusions.

Source BIU Cujas

Sauf cette exception, les fonctions de tutelle sont gratuites (articles 1986 et 471). Toutefois, la loi n'interdit pas les témoignages de reconnaissance de la famille ou du mineur lui-même quand la tutelle a pris fin. D'autre part, la jurisprudence applique avec une singulière largeur le principe d'après lequel la fonction de tuteur est une charge gratuite. Bien que l'article 471 permette seulement d'allouer au tuteur « toutes dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet sera « utile », certains arrêts reconnaissent au conseil de famille le droit d'allouer au tuteur une indemnité annuelle pour frais de gestion [1].

1. Cass. 18 avril 1854, D. P. 1854.I.387, Sir. 1855.I.514, — Douai 5 avril 1865, Sir. 1866.II.301. — Cpr. Paris 16 mars 1888, *Le Droit* du 7 avril.

Source BIU Cujas

CHAPITRE III

DE L'ADMINISTRATION DE LA TUTELLE.

829. Elle est réglementée, au titre X, par les articles 450 et suivants, qui forment la section VIII du chapitre I.

Puisque le tuteur est le pouvoir exécutif de la tutelle, l'agent d'exécution, c'est à lui, en principe, qu'en appartient l'administration. Les règles de cette administration sont celles qui déterminent les obligations et les pouvoirs du tuteur. Droits et obligations varient selon les cas; ils sont complets ou limités, selon le caractère des divers actes, leur importance et leur gravité.

Reprenons donc les trois attributions déjà relevées du tuteur, pour en étudier le fonctionnement d'une manière plus détaillée. L'article 450 nous les a indiquées : 1° le tuteur prend soin de la personne du mineur, — 2° il le représente dans les actes de la vie civile, — 3° il administre ses biens. Ce sont pour lui à la fois des droits et des devoirs.

SECTION I. — Le tuteur prend soin de la personne du mineur.

830. L'article 450 le dit dans sa première phrase. C'est au tuteur qu'il appartient d'élever le mineur, de pourvoir à son entretien, de diriger son éducation ; il a la garde de sa personne et fixe son domicile (articles 108 et 1384). Ce sont les obligations et les pouvoirs qui, dans le système de la puissance paternelle, constituent le devoir et le droit d'éducation ; l'article 450, en cas de tutelle, met ce devoir à la charge du tuteur et lui confère ce droit.

831. Sous deux réserves cependant. La formule de l'article 450, en effet, n'est pas tout à fait exacte ; elle est trop générale sous deux rapports.

Source BIU Cujas

a) D'abord (observation faite bien des fois déjà), quoiqu'il y ait tutelle, le tuteur n'a pas toujours le devoir et le droit d'éducation. Il ne l'a qu'à défaut de puissance paternelle, c'est-à-dire quand il y a tutelle seulement. Donc, tant qu'un des auteurs existe, soit le père soit la mère, le survivant, à moins de déchéance encourue, conserve le devoir et le droit d'éducation, conformément aux règles du titre *De la puissance paternelle* (articles 372 et suivants) ; il conserve le droit d'éducation avec ses dérivés : droit de consentir au mariage, droit d'émancipation, droit d'autoriser l'engagement militaire. La tutelle, jointe à la puissance paternelle, ne comprend alors que la représentation dans les actes de la vie civile et l'administration de biens [1] ; le tuteur fournit au survivant des père et mère, qui a la garde de l'enfant et le soin de l'éducation, les sommes nécessaires à l'entretien [2]. Est-ce le survivant des père et mère qui est tuteur, il cumule alors deux qualités ; c'est conformément aux règles de la puissance paternelle qu'il prend soin de la personne, conformément aux règles de la tutelle qu'il représente le mineur et administre ses biens ; les prescriptions légales sont appliquées comme si la tutelle et l'autorité paternelle étaient exercées par des personnes différentes.

Il faut donc que les deux auteurs soient morts ou déchus de la puissance paternelle [3] pour que l'article 450 soit plei-

1. Il se peut même, dans ce cas, que le tuteur n'ait pas la gestion du patrimoine. Il en est ainsi quand le survivant des père et mère a la jouissance légale des biens du mineur et les administre comme usufruitier. La tutelle alors se borne, en réalité, à la représentation dans les actes civils.

2. Trib. de Saint-Etienne 19 janvier 1891, *Le Droit* du 22 février. — Les sommes nécessaires à l'entretien de l'enfant ne sont pas, cela va sans dire, fournies par le tuteur sur sa fortune personnelle. Elles sont prélevées sur le patrimoine de l'enfant, si celui-ci en a un. Dans le cas contraire, les dépenses relatives à l'entretien de l'enfant sont supportées par l'auteur survivant qui est investi de l'autorité paternelle, conformément à l'article 203. Eventuellement, les sommes nécessaires peuvent être fournies, à titre de pension alimentaire, par les personnes qui sont tenues de la dette alimentaire soit à l'égard du mineur, soit à l'égard de ses père et mère.

3. Sans parler d'une déchéance proprement dite de la puissance paternelle, encourue par application de la loi du 24 juillet 1889, les tribunaux peuvent, usant du droit de haut contrôle qui leur appartient sur l'exercice de la puissance paternelle et qui leur appartient depuis la loi de 1889 comme avant cette loi (*suprà*, nos 699 et suiv.), enlever le droit de garde au père ou à la mère pour le confier au tuteur. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par arrêt du 27 janvier 1879 (D. P. 1879. I. 223, Sir. 1879. I. 464) : « La mère survivante, destituée « de la tutelle pour cause d'inconduite notoire, peut en outre être privée par « jugement de la garde et de la direction de son fils mineur. » Cpr. Douai

Source BIU Cujas

nement applicable et pour que le tuteur ait vraiment, en cette qualité, la direction de la personne et la garde, conformément aux règles de la tutelle [1]. Encore admet-on que le tribunal peut, si l'intérêt du mineur semble le conseiller, confier à un tiers autre que le tuteur les soins à donner à la personne ; c'est une conséquence du droit de haut contrôle que l'autorité judiciaire possède en cas de tutelle comme en cas de puissance paternelle. Si le tribunal use de ce droit, le rôle du tuteur, quoiqu'il y ait tutelle seulement, est limité à l'administration des biens [2].

b) L'article 450 est encore trop général sous un second rapport. Le tuteur, même quand il a la garde et la direction de la personne, c'est-à-dire quand il y a seulement tutelle, n'a pas, à ce titre, plein et complet pouvoir. La direction de l'enfant est partagée entre le conseil de famille et le tuteur.

D'abord il y a des droits qui sont des dérivés du droit général d'éducation et que le tuteur n'a pas, qu'il n'a dans aucune mesure ni jamais, auxquels il ne participe pas. Ainsi ce n'est pas le tuteur qui a qualité pour autoriser le mariage du mineur ; à défaut du père et de la mère, ce droit appartient aux ascendants s'il en existe (articles 149 et 150), sinon au conseil de famille (article 160), ou à un tuteur *ad hoc* (article 159). Ce n'est pas non plus le tuteur qui a qualité pour autoriser la constitution d'une tutelle officieuse (article 361) [3].

27 février 1888 et Trib. de Rouen 6 mars 1888, dans *Le Droit* du 7 avril ; *secus* Poitiers 21 juillet 1890, D. P. 1891. II. 73.

1. On peut dire qu'alors le tuteur a le droit d'éducation et qu'il est tenu du devoir d'éducation ; mais ce devoir n'est pas aussi étendu pour le tuteur que pour les père et mère. Les père et mère sont tenus de supporter les frais nécessaires à l'éducation de l'enfant, à moins que celui-ci n'ait une fortune personnelle ; au contraire, les frais de l'éducation ne sont ni ne doivent rester à la charge du tuteur. Ils sont supportés par l'enfant lui-même, s'il possède un patrimoine. Dans le cas contraire, ils le sont par les personnes tenues envers le mineur de la dette alimentaire (*suprà*, tome I, p. 504), notamment par les père et mère, s'ils sont déchus de l'autorité paternelle ; la déchéance, en effet, si elle met fin aux devoirs et aux droits de paternité, n'atteint pas les devoirs et les droits de parenté, notamment l'obligation alimentaire dont les père et mère et les enfants sont tenus les uns à l'égard des autres (articles 205 et 207). Voy. *suprà*, p. 410 et 411.

2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 450, n° 6.

3. Il ne peut être question d'autoriser l'adoption, puisqu'elle ne peut avoir lieu avant la majorité (article 346) ; à moins cependant qu'il ne s'agisse d'une adoption testamentaire, laquelle donne lieu à une acceptation dans la même forme qu'un legs. Voy. *suprà*, p. 311, et Demante, *Cours analytique*, II, n° 105 *bis* III.

Source BIU Cujas

Enfin ce n'est pas lui non plus qui confère l'émancipation, mais le conseil de famille (article 478) ; le tuteur ne peut que la provoquer (article 479).

En second lieu, même parmi les droits réservés au tuteur, il en est qu'il ne peut exercer qu'autorisé par le conseil de famille. Tel est le droit de correction (article 468) ; la mesure est tellement grave et exceptionnelle que ce n'est pas trop de faire intervenir la famille, représentée par le conseil. Il en est de même du droit d'autoriser le mineur à contracter un engagement ; c'est le tuteur qui donne l'autorisation, mais il ne peut la donner qu'avec l'assentiment du conseil de famille (loi du 15 juillet 1889, article 59).

Par conséquent, l'article 450 est trop général.

832. Maintenant, pour les actes de direction et d'éducation qui restent dans les attributions du tuteur, pour lesquels il n'a pas à se faire préalablement autoriser par le conseil de famille, quels sont exactement ses pouvoirs ? Le tuteur est-il complètement indépendant, ou le conseil de famille a-t-il un droit d'intervention ? La question est fort discutée.

D'une part, l'article 450 charge le tuteur de prendre soin de la personne du mineur, ce qui paraît exclure, à ce point de vue, toute autre intervention que la sienne. D'autre part, l'article 454 confie au conseil de famille le soin de fixer « la « somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du « mineur » ; le droit du conseil est donc réservé, puisqu'il tient les cordons de la bourse. Du reste, l'intervention du conseil de famille se justifie en raison. Par exemple un tuteur, d'autorité, fait abandonner au mineur les idées, les habitudes sociales, les croyances, les traditions de sa famille et lui impose les siennes, brise avec les membres de la famille, refuse de leur laisser voir l'enfant ; l'intervention du conseil de famille est une sauvegarde. Aussi beaucoup d'auteurs soutiennent et quelques arrêts ont admis que le conseil de famille peut régler le mode d'éducation, la direction de l'esprit, le choix de la carrière, et prendre à cet égard des délibérations [1].

La solution est contestable. D'abord, au point de vue des textes, l'article 450 fournit une objection. Il charge le tuteur

1. Aubry et Rau, I, p. 434, texte et note 1, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 450, nos 5 et 6.

Source BIU Cujas

de prendre soin de la personne du mineur; or, si d'autres textes réservent le droit du conseil de famille quant à certains points qui se rapportent à l'éducation, par exemple la correction (article 468), aucun ne réserve ce droit relativement à l'éducation elle-même ; donc elle est confiée sans réserve au tuteur. En outre, au point de vue rationnel, les considérations les plus fortes appuient cette solution. Là où est la responsabilité doit être la liberté d'action. En matière d'éducation, on suit ses idées, non celles des autres ; on comprendrait mal un tuteur responsable de l'éducation et exposé cependant à être contraint de ne pas la diriger d'après son propre sentiment.

Il y a là une source de conflits fréquents. En fait, voici comment les choses se passent. En cas de conflit caractérisé, de dissentiment persistant entre les divers agents de la tutelle, l'autorité judiciaire les départage, puisqu'elle a un pouvoir de haut contrôle. Elle a ce pouvoir sur l'autorité paternelle ; à plus forte raison l'a-t-elle sur la tutelle. Elle pourra dès lors, tout en maintenant au tuteur son droit, en régler l'exercice, arrêter les rapports de l'enfant avec les parents, confier la garde de l'enfant à un tiers, décider qu'il sera placé dans un établissement déterminé, nommer au besoin un tuteur spécial pour veiller à l'éducation. Subsidiairement, si le tuteur résiste, les tribunaux peuvent aller jusqu'à le destituer pour incapacité (article 444). A tout le moins, le tuteur peut donner sa démission et le conseil l'accepter. Ainsi se résolvent les conflits. Les décisions de jurisprudence abondent à cet égard [1].

Toujours est-il que, sous la réserve d'une intervention éventuelle du pouvoir judiciaire, le tuteur, quant à l'éducation, jouit de toute autorité, parce qu'il a toute responsabilité. Il n'a ni autorisation à demander au conseil de famille, ni avis ou instruction à en recevoir. Hors de là, il n'y a que des difficultés de fait, que règlent pour le mieux les tribunaux.

1. Trib. de la Seine 26 juin 1883, *Le Droit* et *La Loi* du 28 juin, — 16 février 1887, *La Loi* du 26, — Paris 23 juin 1887, *Le Droit* du 27 août, — Bruxelles 20 janvier 1891, *La Loi* du 27 août. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 450, nos 7 et suiv.

Source BIU Cujas

SECTION II. — Le tuteur représente le mineur dans les actes de la vie civile.

833. Cette seconde attribution du tuteur est indiquée par l'article 450, dans la dernière partie du premier alinéa : le tuteur représentera le mineur « dans tous les actes civils ». En d'autres termes, il est son mandataire légal ; il agit, contracte, plaide en son nom ; les actes faits par lui ont le même effet que s'ils l'eussent été par le mineur lui-même.

834. En cela, la tutelle du droit français diffère notablement de la tutelle romaine. A Rome, le pupille sorti de l'*infantia*, dès qu'il avait *aliquem intellectum*, administrait lui-même ses affaires ; il figurait lui-même dans les actes *cum auctoritate tutoris* ; le tuteur se bornait à le guider et à l'assister, à lui dicter les paroles, à lui faire remplir les formes consacrées [1]. Chez nous, le mineur n'intervient pas dans les actes qui le concernent ; il reste à l'écart ; le tuteur le remplace et agit en son nom.

Des deux systèmes lequel est préférable ? Pendant les années où le mineur est encore enfant ou près de l'enfance, le droit moderne a l'avantage d'être plus en harmonie avec la réalité des choses ; à quoi bon faire intervenir le mineur en personne tant qu'il est incapable de comprendre la portée de ce qu'il fait ? Mais, aux approches de la majorité, le système romain était préférable ; il avait l'avantage d'habituer peu à peu le mineur au soin de ses affaires. En les traitant d'abord *cum auctoritate tutoris*, il apprenait à les traiter ensuite tout seul ; tandis que chez nous, où le tuteur représente le mineur dans les actes de la vie civile, le mineur, arrivant à majorité, prend brusquement la gestion de ses intérêts sans s'y être jamais essayé ; la transition n'est pas ménagée, à moins que le mineur ne soit émancipé (article 481), ce qui est exceptionnel.

Quoi qu'il en soit, tel est le système du droit moderne. L'usage corrige ici la loi. En fait, le tuteur ne se contente pas d'être l'homme d'affaires du mineur ; il l'initie peu à peu au maniement de ses intérêts.

1. Voy. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 202 et suiv.

Source BIU Cujas

835. Cette attribution est donnée au tuteur dans des termes très généraux. L'article 450 porte que le tuteur représente le mineur « dans tous les actes civils ». Mais la formule est trop générale. Il y a des actes que le mineur en tutelle fait lui-même, où il intervient de sa personne, qu'il fait valablement soit moyennant certaines autorisations, soit seul, à propos desquels, en un mot, le tuteur ne le représente pas.

Nous ne parlons pas, bien entendu, des actes de la vie de tous les jours, qui ne tirent pas à conséquence. Le mineur n'a pas besoin d'être représenté pour acheter un livre, à plus forte raison un objet de moindre importance. Ce sont cependant des actes de la vie civile, des ventes ; mais *de minimis non curat prætor*. Nous ne parlons que des actes assez importants pour mériter d'être appelés proprement des actes de la vie civile. Le mineur fait lui-même certains de ces actes.

1° Ce sont d'abord les actes par lesquels le pupille engage spécialement sa personne.

En premier lieu son mariage. Le mariage est un contrat où il faut figurer en personne (articles 36 et 75) ; c'est le mineur qui comparaît devant l'officier de l'état civil, répond aux questions posées et signe l'acte de mariage [1]. Seulement il doit justifier de certaines autorisations spéciales, dont il a été parlé au titre *Du mariage* [2].

En second lieu, son engagement dans les armées de terre ou de mer. Au delà de vingt ans, il n'a besoin pour contracter un engagement d'aucune assistance ou autorisation ; au-dessous de vingt ans, il lui faut le consentement du tuteur, qui doit être autorisé à le donner par le conseil de famille (loi du 15 juillet 1889, article 59).

Il en est autrement quant au contrat d'apprentissage. L'article 3 de la loi du 22 février 1851 dit que le contrat d'apprentissage doit être signé par le représentant de l'apprenti. C'est que ce contrat, ainsi que l'observe Valette, se rattache à l'éducation et rentre alors dans les pouvoirs du tuteur [3].

2° Le mineur fait lui-même certains actes relatifs aux biens.

a) Le mineur parvenu à l'âge de seize ans accomplis peut

1. Trib. d'Auxerre 2 octobre 1891, *La Loi* du 17 novembre.
2. *Suprà*, tome I, p. 309 et suiv.
3. Valette, *Cours de Code civil*, p. 548.

Source BIU Cujas

disposer par testament de la moitié de ce dont il pourrait disposer s'il était majeur (article 904). Or le testament est un acte essentiellement personnel, que le mineur fait valablement seul, sans avoir besoin d'aucune autorisation ou assistance.

b) La loi du 9 avril 1881, portant création d'une caisse d'épargne postale, s'exprime ainsi dans l'article 6 alinéa 4 : « Les mineurs seront admis à se faire ouvrir des livrets sans « l'intervention de leur représentant légal. Ils pourront reti- « rer, sans cette intervention, mais seulement après l'âge de « seize ans révolus, les sommes figurant sur les livrets ainsi « ouverts, sauf opposition de la part de leur représentant « légal. »

c) L'article 1398 montre le mineur faisant lui-même ses conventions matrimoniales avec l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour le mariage. Le contrat de mariage et le mariage sont intimement liés ; le contrat accessoire doit être passé de la même manière que le principal ; les mêmes personnes doivent figurer dans l'un et dans l'autre.

3° Enfin le mineur fait lui-même les actes qui sont l'accomplissement d'un devoir plutôt que des actes relatifs aux biens ; telle une reconnaissance d'enfant naturel, qui sera valable pourvu qu'il y ait eu discernement de la part de celui qui l'a faite.

Donc l'article 450, quand il dit que le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, est trop général. Il en est quelques-uns que le mineur passe lui-même, tantôt avec certaines autorisations, tantôt seul. Toutefois ces actes sont exceptionnels ; la règle subsiste pour tous les autres.

SECTION III. — **Le tuteur administre les biens du mineur.**

836. Cette troisième attribution du tuteur est indiquée par le second alinéa de l'article 450 : le tuteur administrera les biens du mineur « en bon père de famille et répondra des « dommages qui pourraient résulter d'une mauvaise ges- « tion ».

C'est, à vrai dire, un corollaire de la charge qui lui in-

Source BIU Cujas

combe de représenter le mineur. Le premier alinéa de l'article 450 pose le principe : le tuteur représentera le mineur dans les actes civils ; l'alinéa 2 déduit la conséquence : il administrera ses biens.

Quels sont à cet égard d'abord ses obligations, ensuite ses pouvoirs ?

837. Les dispositions de la loi sur ces deux points sont applicables, en général au moins, aussi bien quand le tuteur est le survivant des père et mère que quand c'est un autre, parent ou étranger. Nous avons maintes fois observé qu'il n'y a lieu à l'administration légale que du vivant des deux époux ; le père ou la mère survivant, tuteur comme tel, n'administre plus que comme exerçant la tutelle, par suite conformément aux règles de la tutelle.

Cette règle ne comporte qu'une restriction. Elle résulte de ce que le survivant des père et mère peut avoir, en cette qualité, la jouissance légale des biens du mineur (article 384). Si le survivant est tuteur, les règles de l'administration tutélaire ne lui sont applicables que sous réserve des prérogatives qui découlent du droit de jouissance, attribut de la puissance paternelle. Ainsi s'expliquent les articles 453 et 454. Si le survivant des père et mère n'exerce pas la tutelle, par suite d'excuse, de décharge, d'exclusion ou de destitution, de sorte qu'un tiers soit tuteur, celui-ci n'a les attributions de la tutelle que sous la réserve des droits inhérents à la jouissance légale, conservée par le survivant. Il se peut alors que le tuteur n'ait pas la gestion du patrimoine, puisque le survivant des père et mère, quoique n'ayant pas la tutelle, administre les biens comme usufruitier. La tutelle se borne alors à la représentation dans les actes de la vie civile.

Sauf cette réserve, les règles relatives à l'administration du tuteur sont applicables à toute tutelle.

838. Reprenons, quant à l'administration des biens, d'abord les obligations, puis les pouvoirs du tuteur. La loi renferme à cet égard une série de dispositions pratiques, qui ont toutes leur importance et doivent être étudiées avec soin. Elles sont d'ailleurs de pur droit positif et réglementaire [1].

1. Les obligations, les pouvoirs et la responsabilité du tuteur commencent dès que sa nomination est « dûment connue de lui » ; ce sont les termes de l'article 451. S'agit-il de la tutelle déférée par le conseil de famille, de deux choses l'une : ou le tuteur assistait à la séance dans laquelle on l'a nommé et

Source BIU Cujas

§ 1. — Obligations du tuteur en tant qu'administrateur des biens.

839. Elles se rapportent à diverses formalités que le tuteur doit remplir, à diverses mesures qu'il doit prendre soit au début, soit au cours de la tutelle. Ces obligations lui sont imposées comme garantie des intérêts du mineur. Elles sont au nombre de cinq.

Première obligation.

840. Elle est indiquée par le premier alinéa de l'article 451 : « Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, « dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scel- « lés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement « à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé « tuteur. »

Cette prescription s'explique par ce fait que l'ouverture de la tutelle coïncide le plus souvent avec l'ouverture d'une succession à laquelle le mineur est appelé : celle du père ou de la mère prédécédé. Or, quand une succession s'ouvre au profit de mineurs, diverses mesures conservatoires sont prescrites, parmi lesquelles l'apposition des scellés ; les scellés sont une garantie contre les détournements, une mesure de précaution (articles 819 C. civ. et 907 C. proc. civ.).

L'article 451 prend les choses en cet état, et il charge le tuteur, dans les dix jours de son entrée en fonctions : 1° de faire lever les scellés, 2° de faire faire un inventaire en présence du subrogé tuteur. Ce sera la base du compte à rendre à la fin de la tutelle. Les articles 943 et suivants du Code de procédure civile indiquent ce qu'est l'inventaire : la description estimative des objets mobiliers ; ils indiquent en outre comment il doit être fait : question de procédure, pour laquelle il suffit de renvoyer aux textes.

alors il entre de suite en fonctions, ou il n'y assistait pas et alors l'entrée en fonctions date de la notification qui doit lui être faite de sa nomination ; les deux cas sont prévus par l'article 418. S'agit-il de la tutelle légitime ou de la tutelle déférée par le survivant des père et mère, le tuteur entre en fonctions à un moment qui ne peut être déterminé qu'en fait, celui où il apprend qu'il est appelé à la tutelle. Aucune notification n'est alors prescrite ; il suffit que le tuteur ait appris l'ouverture de la tutelle, ou qu'il soit dans la possibilité de gérer. Dès ce moment, sa mission commence.

Source BIU Cujas

Si le premier alinéa de l'article 451 s'explique par la coïncidence de l'ouverture d'une succession avec l'ouverture de la tutelle, il faut conclure que l'obligation de la levée des scellés et de l'inventaire n'incombe pas toujours au tuteur ; elle ne lui incombe pas quand l'ouverture de la tutelle ne coïncide pas avec l'ouverture d'une succession. Ainsi, si une tutelle commence par suite de la mort, de l'excuse ou de la destitution du tuteur précédent, il n'y a ni scellés à faire lever, ni inventaire à dresser. L'inventaire est remplacé par le compte que le tuteur entrant reçoit du tuteur sortant ou de son représentant ; le compte, qui tient lieu d'inventaire, est alors rendu en présence du subrogé tuteur, pour obéir à l'article 451.

Seconde obligation.

841. Le tuteur doit, dans l'inventaire, déclarer les créances qu'il peut avoir contre le mineur ; il le doit lors de l'inventaire et sur l'interpellation qui doit lui être faite par l'officier public qui dresse l'inventaire, c'est-à-dire par le notaire (article 451 alinéa 2). A défaut de cette déclaration, pourvu toutefois qu'il ait été requis de la faire [1] et que la réquisition ait été mentionnée au procès-verbal de l'inventaire, le tuteur est déchu de son droit de créance : « à peine de dé- « chéance », dit en effet le texte ; à moins, bien entendu, qu'il n'ait une juste cause d'ignorer la créance.

La disposition est rigoureuse ; elle est admise comme une précaution contre une fraude possible. Le tuteur va prendre l'administration ; il va avoir la disposition des livres de comptes et des papiers ; il se pourrait, ayant déjà reçu paiement de ce que le mineur lui devait, qu'il fît disparaître les quittances données précédemment et réclamât ce qui lui aurait été payé déjà comme lui étant toujours dû. En exigeant de lui qu'il déclare les créances, la loi compte qu'il n'osera pas déclarer comme existant encore des créances éteintes, de peur qu'on ne trouve dans les papiers, à l'inventaire, la preuve d'une libération. La loi, en tout cela, ne suppose pas précisément la bonne foi des gens.

1. Le silence du tuteur ne lui est pas opposable s'il n'a pas été interpellé par le notaire. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 451, n° 17.

Source BIU Cujas

Troisième obligation.

842. Le tuteur doit faire régler par le conseil de famille le budget de la tutelle et les conditions du maniement des deniers. Les articles 454 à 456 prescrivent à cet effet diverses mesures, les unes obligatoires dans toute tutelle, les autres seulement dans les tutelles autres que celle des père et mère.

Le conseil de famille — et il le fait habituellement lors de sa première réunion — doit :

1° Fixer la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle de l'administration des biens. Toutefois, cela n'est prescrit que dans les tutelles autres que celles des père et mère. Si le survivant des père et mère a la jouissance légale des biens du mineur, les dépenses du mineur sont une charge de la jouissance ; il n'y a rien à régler (article 385). S'il ne l'a pas, on s'en remet à sa sollicitude pour le mineur (article 454 alinéa 1).

2° Spécifier si le tuteur est autorisé à s'aider d'un ou de plusieurs administrateurs salariés. Même observation : cela n'est prescrit, pour les mêmes raisons, que dans les tutelles autres que celles des père et mère (article 454 alinéa 2).

3° Déterminer le chiffre auquel commencera, pour le tuteur, l'obligation de faire emploi des sommes disponibles, autrement dit de les placer (article 455). La règle est générale ; elle s'applique à toutes les tutelles, même à celle des père et mère quant aux revenus qui restent propres au mineur [1].

Cette prescription légale est utile et prudente. Utile, car, une fois qu'il a été satisfait aux dépenses nécessitées par l'administration ou par les soins à donner au mineur, il importe que les sommes disponibles ne restent pas improductives. Prudente, car il n'est pas sans danger que ces sommes restent aux mains du tuteur, soit momentanément, soit, à plus forte raison, indéfiniment. Une opération de bourse est vite tentée ; les sommes qu'on y engage sont vite perdues. On a beau dire que le tuteur est comptable à la fin de sa gestion, cela ne mène pas à grand'chose s'il a dissipé les capitaux du mineur. Donc il faut qu'il les place, qu'il en fasse emploi.

1. Voy. cependant en sens contraire : Aubry et Rau, I, p. 444 ; — Cpr. Trib. de la Seine 19 juillet 1864, D. P. 1864.III.108.

Source BIU Cujas

Toutefois, on ne saurait exiger du tuteur qu'il fasse immédiatement emploi de la moindre somme qu'il possède. De là plusieurs prescriptions. Elles sont établies d'abord par l'article 455, puis par l'article 6 de la loi du 27 février 1880 sur la fortune mobilière des mineurs.

L'article 455 est applicable aux économies, c'est-à-dire aux sommes provenant « de l'excédent des revenus sur les « dépenses », dit le texte. Le conseil doit, quant à elles, déterminer le chiffre auquel commence l'obligation de faire emploi ; dans les six mois qui suivent le jour où ce chiffre est atteint, le tuteur doit réaliser l'emploi ; passé ce délai, il doit les intérêts.

L'article 6 de la loi du 27 février 1880 est applicable non plus aux économies faites, réalisées, mais aux capitaux, c'est-à-dire aux sommes appartenant au mineur au début de la tutelle, ou bien qui lui adviennent par succession ou autrement, ainsi par un remboursement qu'un débiteur effectue au cours de la tutelle, ou par une vente. La loi fixe elle-même le délai d'emploi : les trois mois qui suivent l'ouverture de la tutelle ou la remise du capital. Toutefois le conseil de famille peut fixer un délai plus long, auquel cas il peut ordonner le dépôt, par exemple à la caisse des dépôts et consignations. On suppose que le moment peut n'être pas favorable à un emploi ; on réserve le moyen, sans péril pour le mineur, de surseoir et d'attendre des temps meilleurs. Par cette disposition, la loi de 1880 a comblé une lacune grave, car l'article 455, en ne parlant que des économies, laissait libre l'emploi des capitaux [1]. L'expérience avait montré que cette lacune exposait gravement les mineurs.

Le tuteur est ainsi lié quant au délai dans lequel il doit faire emploi soit de l'excédent des recettes (article 455), soit des capitaux (article 6 de la loi de 1880). Mais il ne l'est pas quant au mode et aux conditions de l'emploi. Il peut dès lors, sous sa responsabilité s'il y a faute de sa part, faire cet emploi de la manière qui lui paraît la plus avantageuse pour le mineur. Il le fera en acquisitions d'immeubles, de rentes

1. C'est au moins ce qu'admettait la jurisprudence. Voy. Gustave Bressolles, *Explication de la loi des 27-28 février* 1880, p. 55. Cette étude a paru dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* (année 1880) ; je cite d'après le tirage à part. — La loi de 1880 n'a fait que rétablir la tradition juridique oubliée par le Code civil. Voy. G. Bressolles, *op. laud.*, p. 56.

Source BIU Cujas

sur l'Etat, de bonnes valeurs pourvu qu'elles soient nominatives, car il ne peut pas, nous allons le voir, conserver de titres au porteur ; c'est une autre innovation de la loi de 1880 [1].

Le conseil pourrait-il, après avoir fixé le délai d'emploi, prescrire en outre le mode et les conditions de l'emploi, c'est-à-dire les valeurs à acquérir ? Non. Les divers agents de la tutelle ont chacun leurs attributions ; or, opérer un remploi c'est administrer, et l'article 450 alinéa 2 charge le tuteur d'administrer ; à moins d'une disposition restrictive, il administre librement. Si le tuteur et le conseil sont d'accord, pas de difficulté ; en cas de dissentiment, le tuteur peut exciper de son droit et réclamer que chacun reste dans ses attributions [2].

Ces prescriptions diverses, relatives au maniement des deniers, sont édictées sous une double sanction.

1° Faute d'avoir provoqué le règlement que doit faire le conseil de famille s'il s'agit d'économies, ou d'avoir observé les prescriptions émanant soit du conseil, soit de la loi, s'il s'agit de capitaux, le tuteur doit, de plein droit, les intérêts des sommes disponibles. Cela résulte des articles 455 et 456 pour les économies, de l'article 6 alinéa 2 de la loi de 1880 pour les autres sommes. Le tuteur doit même les intérêts des intérêts [3].

2° Le subrogé tuteur est spécialement chargé de veiller à

1. Sur diverses difficultés qui s'élèvent à cet égard, voy. G. Bressolles, *op. laud.*, p. 60. — *Quid* des titres nominatifs avec coupons au porteur ? Voy. la circulaire du Ministre de la justice en date du 20 mai 1880, D. P.1881.III.70.

2. La solution donnée au texte ne s'applique qu'à l'hypothèse prévue par l'article 455 : celle de l'emploi des sommes disponibles dépassant le chiffre fixé par le conseil de famille. Il est des cas, au contraire, où le conseil a certainement qualité pour fixer le mode d'un emploi que le tuteur est chargé de faire. Ainsi l'article 457 dit que le tuteur ne peut aliéner les immeubles de son pupille sans l'autorisation du conseil de famille homologuée par justice (*infrà*, p. 505) ; le texte ajoute (alinéa 4 *in fine*) que « le conseil de famille indiquera, dans tous « les cas, ... toutes les conditions qu'il jugera utiles », ce qui comprend sans aucun doute le mode d'emploi. De même, l'article 1 de la loi du 27 février 1880 subordonne à une autorisation préalable du conseil de famille toute aliénation par le tuteur de meubles incorporels appartenant au pupille ; l'autorisation doit même, dans certains cas, être homologuée par justice (*infrà*, p. 494 et 506). La fin de l'article est ainsi conçue : « Le conseil de famille, en autorisant l'a- « liénation prescrira les mesures qu'il jugera utiles. » Il pourra notamment fixer le mode d'emploi des deniers à provenir de l'aliénation.

3. G. Bressolles, *op. laud.*, p. 61.

Source BIU Cujas

l'exécution de ces dispositions. S'il n'y veille pas, il encourt une responsabilité, consacrée par l'article 7 de la loi de 1880. C'est une charge nouvelle et très importante pour le subrogé tuteur.

Il faut noter en terminant que les dispositions de l'article 6 ne sont applicables qu'au cas de tutelle proprement dite et non au cas d'administration légale. Une disposition du projet de loi, signalée déjà sous l'article 389 [1], avait pour but de l'étendre à l'administration légale ; cette disposition n'a point été maintenue. Mais l'article 6 est applicable à tous les tuteurs, même à celui qui a l'usufruit légal [2].

Quatrième obligation.

843. Le tuteur doit vendre les meubles, autrement dit réaliser la fortune mobilière : « Dans le mois qui suivra la clô-« ture de l'inventaire, dit l'article 452, le tuteur fera vendre, « en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par « un officier public et après des affiches ou publications dont « le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles « autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé « à conserver en nature. »

Les meubles, en général, sont exposés à se perdre ou à se détériorer ; il y a ordinairement, surtout si le mineur est très jeune, inutilité et péril à garder un mobilier improductif. La règle, c'est la vente ; la conservation en nature est l'exception : elle doit être autorisée par le conseil de famille.

La règle s'applique aux meubles appartenant au mineur au commencement de la tutelle, en outre à ceux qui lui adviennent au cours de la tutelle. Le tuteur doit les vendre dans le mois, et la vente doit être faite, à peine de nullité, dans les formes prescrites par l'article 945 du Code de procédure civile pour les ventes judiciaires de meubles [3].

844. De l'aveu de tous, si l'intention qui a dicté cette règle est bonne, la règle elle-même est beaucoup trop absolue. Aussi on en prend à son aise avec elle.

D'abord on admet qu'elle n'est pas applicable aux meubles

1. *Suprà*, p. 378.
2. Douai 24 juin 1880, sous Cass. 7 mars 1881, D. P. 1881. I. 348, Sir. 1883, I. 197.
3. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 452, n° 6.

Source BIU Cujas

dits incorporels, c'est-à-dire aux droits mobiliers tels que titres de rente, actions ou obligations, créances à recouvrer, etc. Ce sont bien des meubles, mais ce sont aussi des placements, ce qu'on a coutume d'appeler des valeurs mobilières, non des meubles dans le sens de l'article 452. Or, puisqu'en cas de vente le tuteur devrait faire emploi du prix, il est plus simple de conserver les valeurs existantes. Pour elles, l'aliénation n'intervient que si le conseil de famille le décide. C'était admis dès avant 1880 [1] ; l'article 5 de la loi de 1880 est venu confirmer cette manière de voir : il impose, en effet, de convertir les valeurs au porteur en valeurs nominatives, ce qui implique qu'on conserve les valeurs nominatives et qu'on transforme seulement les autres, sans souci de l'article 452.

De plus, la pratique admet que la règle n'est pas tellement impérative que la vente ne puisse être ajournée si l'intérêt du mineur l'exige. Le délai n'est pas de rigueur. Il a été souvent jugé que la responsabilité du tuteur n'est engagée qu'en cas de faute préjudiciable au mineur [2].

845. Notons pour terminer que la règle de l'article 452 n'est pas applicable à toutes les tutelles. Le premier alinéa de l'article 453 en dispense le survivant des père et mère, tant qu'il a la jouissance légale des biens du mineur. C'est une exception que justifie suffisamment le droit de jouissance des parents. Le second alinéa de l'article ajoute seulement : « Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une estima- « tion à juste valeur, par un expert qui sera nommé par le « subrogé tuteur et prêtera serment devant le juge de paix. « Ils rendront la valeur estimative de ceux des meubles « qu'ils ne pourraient représenter en nature. »

Cinquième obligation.

846. C'est une seconde innovation de la loi du 27 février 1880 [3].

Le tuteur doit, dans les trois mois qui suivent l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nominatifs les titres au porteur [4] appartenant au mineur (loi de 1880, article 5 alinéa 1,

1. Aubry et Rau, I, p. 439, note 23, — Laurent, *Principes*, V, n° 16.
2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 452, n° 4.
3. Cpr. *suprà*, p. 485.
4. *Quid* des titres nominatifs munis de coupons au porteur ? Voy. la circulaire ministérielle citée *suprà*, p. 486, note 1.

Source BIU Cujas

1re phrase). Quant aux titres de cette nature qui adviennent au mineur au cours de la tutelle, il doit également les convertir en titres nominatifs « et ce, dans le même délai de trois « mois à partir de l'attribution définitive ou de la mise en « possession de ces valeurs (*ibid.*, 2e phrase) ».

Ces délais ne sont d'ailleurs prescrits que sous la réserve pour le conseil de famille d'en autoriser de plus longs (article 5 alinéa 2).

Si les valeurs ne sont pas de nature à être converties en titres nominatifs [1], le tuteur doit, dans le délai de conversion, « obtenir du conseil de famille l'autorisation soit de les alié- « ner avec emploi, soit de les conserver ; dans ce dernier cas, « .... le conseil pourra prescrire le dépôt des titres au por- « teur, au nom du mineur...., soit à la caisse des dépôts et « consignations, soit entre les mains d'une personne ou « d'une société spécialement désignée (article 5 alinéa 3) ».

847. Ces dispositions sont caractéristiques des motifs et du but de la loi de 1880.

Les titres au porteur sont une variété de ce qu'on appelle communément les valeurs mobilières ou meubles incorporels. Ces meubles dits incorporels sont des biens, figurant dans la catégorie des meubles, et qui n'ont pas d'existence matérielle ; de là la qualification usitée de meubles incorporels. Nous les retrouverons naturellement au titre *De la distinction des biens* (livre II, titre I C. civ.) ; ils forment, dans la nomenclature du Code, la seconde classe de meubles : la première comprend les meubles par nature ou meubles corporels, la seconde les meubles par détermination de la loi (articles 527 et 529). Ces meubles par détermination de la loi sont précisément ceux que la loi de 1880 appelle les meubles incorporels [2]. On les désigne souvent aussi sous la dénomination de valeurs mobilières. Ils constituent la fortune de portefeuille.

Rentrent dans cette catégorie : les créances sous leurs formes multiples, — les actions et parts d'intérêts dans les sociétés, les obligations émises soit par l'Etat, soit par les villes, soit par les compagnies, — les rentes tant sur l'Etat que sur les particuliers, — les offices ministériels, ou charges d'a-

1. Sur le point de savoir quand il en est ainsi, voy. G. Bressolles, *op. laud.*, p. 50.

2. Voy. l'article 1 de la loi (*infrà*, n° 857).

Source BIU Cujas

voués,de notaires,d'agents de change, etc. — les brevets d'invention, la propriété artistique, littéraire et industrielle, etc. Les détails trouveront leur place sous l'article 529.

848. Le Code de 1804 ne contenait aucune disposition spéciale quant aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs ; aucune précaution n'était prise pour en assurer la conservation. Cela tenait à ce que, en 1804, cette partie de la richesse existait à peine. Elle a pris au contraire, depuis un demi-siècle, un développement énorme. Les rentes sur l'Etat, depuis que s'est ouverte l'ère des grands emprunts, sont devenues une partie notable de la fortune privée ; les actions et obligations aussi, par suite du développement moderne du commerce et de l'industrie ; les charges d'agents de change valent plusieurs millions.

A mesure que cette partie de la richesse s'est développée davantage, on a compris la nécessité de la protéger aux mains des mineurs. C'est à quoi visent plusieurs dispositions de la loi du 27 février 1880, notamment l'article 5, relatif à la conversion des titres au porteur en titres nominatifs.

Quand les titres sont au porteur, leur aliénation n'est soumise à aucune formalité ; elle s'opère par remise de la main à la main ; ils circulent comme de la monnaie et sont à qui les possède ; de là leur nom. Les laisser sous cette forme aux mains du tuteur, c'eût été les abandonner à sa libre disposition ; c'eût été aussi dangereux que d'y laisser des deniers, économies ou capitaux. L'expérience avait montré combien le silence du Code sur ce point avait causé de ruines[1] ; pour une situation économique nouvelle, il fallait des règles nouvelles. De là l'article 5 de la loi de 1880. Il impose l'obligation formelle de convertir les titres au porteur en titres nominatifs, qui ne peuvent plus être aliénés qu'avec des formalités assurant les droits du titulaire ; nous retrouverons ces formalités en traitant des pouvoirs du tuteur. De plus, l'article 5 prend des précautions en cas d'inconvertibilité, mot barbare qui pénètre dans l'usage.

849. Rappelons que l'article 5 n'est applicable qu'au cas de tutelle, non au cas d'administration légale du père. Une disposition du projet de loi, signalée sous l'article 389, avait

1. Sur les faits précis qui ont amené la préparation et l'adoption de la loi nouvelle, voy. G. Bressolles, *op. laud.*, p. 14.

Source BIU Cujas

pour but de l'étendre à l'administration légale ; cette partie du texte n'a point été votée.

Notons enfin qu'ici encore le subrogé tuteur est chargé de veiller à l'exécution de la loi (article 7) [1].

§ 2. — Pouvoirs du tuteur en tant qu'administrateur des biens.

850. Aux termes de l'article 450 alinéa 2, le tuteur doit « administrer en bon père de famille » ; locution banale, mais traditionnelle [2], qui signifie deux choses.

Elle signifie d'abord que le tuteur doit apporter à la gestion des affaires dont il est chargé au moins cette diligence moyenne et courante dont use le commun des propriétaires ordinaires. A cette diligence moyenne nul ne peut manquer sans faute, par suite sans responsabilité.

Elle signifie en outre que le tuteur doit, pour chaque acte de sa gestion, se conformer aux prescriptions légales concernant l'accomplissement de cet acte.

851. Quelles sont ces prescriptions ? Toutes ont un but commun, identique à celui qui explique les obligations du tuteur : protéger la fortune du mineur. Toutes répondent à une préoccupation toujours la même, dont on trouve la trace à chaque pas dans l'organisation de la tutelle : la crainte que le tuteur ne compromette les intérêts qui lui sont confiés, par négligence, impéritie ou fraude. En un mot, ce sont des mesures de précaution, sinon de défiance. Les formalités et conditions exigées pour chaque acte sont proportionnées à son importance, aux dangers qu'il présente, à la circonspection qu'il exige. De là une réglementation toute de détails, de pur droit positif, qui ne s'explique que par des considérations de prévoyance et de prudence pratique.

852. Relativement à un certain nombre d'actes, la loi arrête d'une manière formelle comment, en quelle forme et sous quelles conditions chacun peut être passé ; c'est à quoi sont consacrés les articles 457 à 467.

Mais que décider pour les autres actes, ceux qui ne sont ni prévus, ni, par suite, soumis à un régime particulier ? Le

1. Trib. de la Seine 2 avril 1881, *Le Droit* du 20 août.
2. Cpr. *Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 130, note 3.

Source BIU Cujas

silence des textes, quant à eux, ne signifie-t-il pas que le tuteur peut les faire librement ? Il semble que cela résulte du principe qui sert de point de départ à la réglementation des pouvoirs du tuteur quant aux biens. Il y a malheureusement quelques doutes à cet égard.

Deux systèmes ont cours, différents par leur point de départ et leurs conséquences.

Certains interprètes observent que le second alinéa de l'article 450 ne confère formellement au tuteur que le pouvoir d'administrer : « il administrera », dit le texte. Or le mot *administrer* a un sens précis en droit. L'administration comprend les actes par lesquels on conserve les biens, on les entretient, on les exploite et les fait fructifier. Telle est la portée habituelle du mot ; il est pris en ce sens par les articles 125, 389, 1428 et 1988. Par conséquent, le tuteur a le pouvoir de gérer les biens, de faire les actes de gestion, de toucher et d'employer les revenus ; mais là s'arrêtent ses pouvoirs généraux, parce que là s'arrête l'administration. Lorsque la loi entend lui donner un pouvoir plus grand, c'est-à-dire le droit de faire certains actes qui dépassent l'administration, elle le dit et règle à quelles conditions. En dehors des pouvoirs expressément conférés, le mandat ordinaire du tuteur se borne à l'administration des biens, aux actes qui sont permis aux administrateurs de la fortune d'autrui ; à moins d'une attribution formelle, le tuteur ne peut faire seul aucun acte dépassant les limites de l'administration, notamment aucun acte de disposition, quel qu'il soit [1].

Cette manière de voir n'a pas prévalu. On admet communément — c'est l'interprétation qui domine dans la pratique [2] — que les pouvoirs du tuteur ne sont pas définis par le second alinéa de l'article 450, mais par le premier alinéa de cet article. Or le premier alinéa confère au tuteur le pouvoir de représenter le mineur dans *tous* les actes de la vie civile. La règle est générale ; d'où résulte que le tuteur, en l'absence de dispositions restreignant son pouvoir général, a le droit de faire, sans formalités spéciales, tous les actes relatifs au patrimoine.

1. Laurent, *Principes*, V, nos 40 et suiv.

2. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, Vo *Minorité*, no 344, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 450, no 19. — Cpr. Poitiers 5 décembre 1879, *Le Droit* du 13, Sir. 1880. II. 217.

Source BIU Cujas

Quant au second alinéa de l'article, il ne règle pas une question de pouvoirs, mais de responsabilité. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'article 450 dans son ensemble. Le texte donne au tuteur le droit général de représenter le mineur dans tous les actes de la vie civile ; puis il ajoute : « Il « administrera ses biens en bon père de famille et répondra « des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mau- « vaise gestion. » Donc, à moins de restriction formelle, le tuteur a pouvoir de faire tous les actes relatifs au patrimoine.

Cette manière de voir a pour elle l'appui de considérations très graves.

La première est tirée de la contexture générale des articles 450 et suivants, relatifs à l'administration du tuteur. Les rédacteurs du Code qu'ils s'en soient ou non bien rendu compte, ont d'abord regardé le tuteur comme étant le représentant général du mineur, et ils l'ont dit. C'est seulement ensuite qu'ils ont subordonné la validité de certains actes à des formalités spéciales, non applicables dès lors aux actes non formellement prévus.

D'autre part, si l'on admettait le système contraire, à quelles conditions le tuteur pourrait-il faire les actes non spécialement prévus et qui dépassent les limites de l'administration ? Il serait tout à fait arbitraire, dans le silence des textes, d'exiger quant à ces actes telle formalité plutôt que telle autre. Exigerait-on l'intervention du conseil de famille ? Pourquoi pas l'homologation de justice ? En suivant l'idée, on arriverait à dire que ces actes sont impossibles, car, refusant au tuteur le droit de les faire seul, on ne saurait comment déterminer sous quelles conditions il pourrait être habilité à les faire.

Donc, en vertu de l'article 450, le tuteur peut faire seul, librement et sous sa responsabilité, tous les actes dont la validité n'est subordonnée à aucune formalité particulière.

853. Or les actes soumis à un régime spécial sont de quatre sortes. Les articles 457 à 467 sont consacrés à les classer, relativement aux conditions auxquelles leur validité est subordonnée.

1° Il est des actes que le tuteur, vu leur importance, ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

2° Il est d'autres actes, plus graves, que le tuteur ne peut

Source BIU Cujas

faire qu'avec la même autorisation, mais homologuée par le tribunal.

3° Il est un acte, plus grave encore, que le tuteur ne peut faire, outre l'autorisation du conseil de famille, qu'avec l'avis de trois jurisconsultes officiellement désignés.

4° Il est quelques actes qui restent absolument interdits au tuteur.

A ces quatre espèces d'actes, qui font l'objet de règles spéciales, s'oppose la série des actes qui ne figurent pas dans l'énumération précédente et ne sont soumis à aucune règle particulière.

De sorte qu'il existe, en définitive, cinq catégories d'actes à distinguer relativement aux pouvoirs du tuteur en tant qu'administrateur des biens. Ses pouvoirs sont limités quant aux actes des quatre premières classes ; il peut, au contraire, faire seul et librement les actes de la cinquième classe.

I. *Actes pour lesquels le tuteur doit avoir l'autorisation préalable du conseil de famille, cette autorisation étant d'ailleurs suffisante à leur validité.*

854. Ils sont au nombre de cinq.

855. I. — L'autorisation du conseil de famille est nécessaire pour l'aliénation des meubles incorporels. C'est la troisième disposition de la loi du 27 février 1880 (articles 1 et 2). La loi de 1880 prescrit, nous l'avons vu, l'emploi des capitaux dans certaines conditions (article 6). Elle prescrit en outre, nous l'avons vu également, la conversion des titres au porteur en titres nominatifs (article 5). Enfin elle interdit l'aliénation des meubles incorporels sans l'autorisation du conseil de famille. Cette troisième disposition est peut-être la plus importante ; elle est, en tout cas, la plus caractéristique ; aussi la loi est intitulée, quoiqu'elle s'occupe d'autre chose, *Loi sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur.*

856. Le législateur de 1804, on l'a vu par avance[1], ne s'est pas préoccupé d'assurer la conservation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs. Le Code ne contient aucune règle limitant les pouvoirs du tuteur quant à l'aliénation de

1. *Suprà*, n° 848.

Source BIU Cujas

ces valeurs. Mais leur développement fut bientôt si considérable qu'il fallut songer à protéger plus efficacement cette partie de la fortune des mineurs.

A cette tendance se rapportent deux actes législatifs qui ont préparé la loi de 1880 et sont aujourd'hui abrogés.

1° La loi du 24 mars 1806, relative au transfert d'inscriptions de rentes 5 0/0 sur l'Etat appartenant à des mineurs. Cette loi permettait au tuteur de vendre sans autorisation les titres de rente de cinquante francs de revenu et au-dessous (article 1) ; au-dessus, elle exigeait l'autorisation du conseil de famille (article 3).

2° Le décret du 25 septembre 1813, relatif aux actions de la Banque de France. Il autorise la vente par le tuteur quand le mineur n'a qu'une action ; pour plusieurs, il exige l'intervention du conseil de famille.

Que fallait-il décider quant à l'aliénation des autres meubles incorporels ? La question est restée controversée jusqu'en 1880. La jurisprudence, appliquant ici l'idée générale indiquée précédemment, avait fini par admettre que le tuteur peut y procéder seul et librement [1]. La solution était la conséquence nécessaire du principe admis ; mais elle était dangereuse pour le mineur, étant donné l'importance actuelle de ces valeurs. De là la loi du 27 février 1880. Elle abroge (article 12) la loi de 1806 et le décret de 1813 ; elle établit un régime commun à tous les meubles incorporels (articles 1, 2, 3 et 10).

857. L'article 1 porte : « Le tuteur ne pourra aliéner, sans « y être autorisé préalablement par le conseil de famille, les « rentes, les actions, parts d'intérêts, obligations et autres « meubles incorporels quelconques appartenant au mineur « ou à l'interdit. Le conseil de famille, en autorisant l'alié- « nation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles. »

L'autorisation du conseil de famille, toujours nécessaire, n'est pas toujours suffisante ; elle cesse de l'être quand la valeur des meubles incorporels à aliéner dépasse quinze cents francs en capital. Dans ce cas, l'article 2 exige que la délibération du conseil de famille soit « soumise à l'homolo- « gation du tribunal, qui statuera en la chambre du conseil, « le ministère public entendu ». Le texte ajoute : « le tout

1. Cass. 4 août 1873, D. P. 1874. I. 264, Sir. 1873. I. 441.

Source BIU Cujas

« sans dérogation à l'article 883 du Code de procédure ci-« vile » ; cela veut dire que les intéressés conservent le droit de se pourvoir devant les tribunaux contre la délibération du conseil de famille, conformément au droit commun [1]. Enfin le texte dit : « Dans tous les cas, le jugement rendu sera en « dernier ressort. » Quant à la question de savoir si la valeur des meubles incorporels à aliéner dépasse ou non quinze cents francs, elle ne peut prêter à aucun doute lorsqu'il s'agit de valeurs cotées en bourse ; dans le cas contraire, le conseil de famille apprécie, sauf recours au tribunal [2].

L'article 3 est ainsi conçu : « L'aliénation sera opérée par « le ministère d'un agent de change, toutes les fois que les « valeurs seront négociables à la bourse, au cours moyen du « jour. »Il faut en rapprocher l'article 72 d'un décret du 7 octobre 1890, *portant règlement d'administration publique pour l'exécution de l'article* 90 *du Code de commerce et de la loi du* 28 *mars* 1885 *sur les marchés à terme* : « Avant de procé-« der à la négociation de valeurs appartenant à des mineurs « ou à des interdits, l'agent de change doit s'assurer que la « négociation a été autorisée dans les conditions détermi-« nées par la loi du 27 février 1880. »

Enfin l'article 10 assimile à l'aliénation et soumet dès lors aux mêmes formalités la conversion des titres nominatifs en titres au porteur.Assimilation rationnelle ; une fois les titres mis au porteur, le tuteur pourrait les aliéner comme il voudrait.

858. II. — L'autorisation du conseil de famille est nécessaire pour accepter ou répudier une succession qui échoit au mineur : « Le tuteur, dit l'article 461, ne pourra accepter ni répudier « une succession échue au mineur sans une autorisation « préalable du conseil de famille... »

Par succession on entend ici toutes les transmissions par décès emportant charge de payer les dettes du défunt (articles 870, 871, 1003, 1010, 1092). Ce sont : 1° les successions proprement dites ou successions *ab intestat*, — 2° les legs universels ou à titre universel [3], — 3° les donations de biens à venir.

1. Voy. *suprà*, n° 803, p. 445 et suiv.

2. Sur certaines difficultés que peut présenter cette appréciation, voy. la Circulaire ministérielle déjà citée du 20 mai 1880, D. P. 1881. III. 70. — Cpr. Trib. de la Seine 13 novembre 1885, *Le Droit* du 19.

3. Dijon 10 juillet 1879, D. P. 1880.II.129, Sir. 1880.II.41.

Source BIU Cujas

D'un côté, ce sont des actes graves, à cause de la responsabilité qu'ils entraînent. D'autre part, il peut y avoir à peser, soit pour renoncer, soit pour accepter, des raisons ou considérations supérieures, étrangères à la seule question d'intérêt. On a jugé que la famille doit intervenir ; l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante.

859. L'article 461 contient en outre une disposition additionnelle : en cas d'acceptation, l'acceptation ne peut être faite que sous bénéfice d'inventaire. Le conseil de famille décide s'il y a lieu d'accepter ou de renoncer ; s'il se décide pour l'acceptation, celle-ci ne peut être faite que sous bénéfice d'inventaire, ce qui a pour effet de limiter la responsabilité de l'héritier ou du légataire[1] à l'actif de la succession (article 802).

Le mérite de cette disposition est contestable. Les rédacteurs du Code sont partis de l'idée que l'acceptation bénéficiaire ne peut être qu'avantageuse, parce qu'elle laisse subsister tous les droits et limite seulement la responsabilité. C'est une erreur certaine. Nous verrons plus tard, au titre *Des successions*, que la nécessité légale d'accepter bénéficiairement, si l'on accepte, a quelquefois des conséquences fâcheuses pour le mineur, et qu'il est des cas où il vaudrait infiniment mieux pour lui que l'acceptation pût être pure et simple. Il serait prématuré d'insister ; indiquons seulement d'un mot que l'acceptation bénéficiaire entraîne des longueurs et des frais, puis qu'elle a des inconvénients au point de vue du droit de transcription que doit payer l'héritier ; étant donnée la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce dernier point[2], la disposition de l'article 461 *in fine* se trouve être préjudiciable aux mineurs[3].

860. L'article 462, toujours à propos du parti à prendre sur une succession échue à un mineur, prévoit un cas spécial : « Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur « n'aurait pas été acceptée par un autre, elle pourra être re-

1. Sur le point de savoir si l'impossibilité d'accepter purement et simplement s'applique aux legs universels et à titre universel, voy. l'arrêt précité de la Cour de Dijon du 10 juillet 1879, et Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 461, n° 2.

2. Cass. 12 janvier 1876, D. P. 1876.I.152, Sir.1876.I.81.

3. Voy. la dissertation de Valette, publiée dans la *Revue pratique de droit français* de 1875, p. 321 et suiv., puis reproduite dans les *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation* de Valette, I, p. 491 et suiv.

Source BIU Cujas

« prise soit par le tuteur, autorisé à cet effet par une nou-
« velle délibération du conseil de famille, soit par le mineur
« devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouvera lors
« de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres
« actes qui auraient été légalement faits durant la vacance. »

La disposition de ce texte est généralisée, au titre *Des successions*, par l'article 790, qui s'applique à tout héritier même majeur : « Tant que la prescription du droit d'accepter n'est
« pas acquise contre les héritiers qui ont renoncé, ils ont la
« faculté d'accepter encore la succession, si elle n'a pas été
« déjà acceptée par d'autres héritiers ; sans préjudice néan-
« moins des droits qui peuvent être acquis à des tiers sur les
« biens de la succession, soit par prescription, soit par actes
« valablement faits avec le curateur à la succession va-
« cante. »

Est-ce à dire que l'article 790 reproduise purement et simplement, en la généralisant, la disposition de l'article 462, de sorte que la situation des mineurs, à cet égard, serait identique à celle des majeurs ? Manifestement non. Aux termes de l'article 790, la faculté d'accepter encore la succession n'appartient aux héritiers ayant renoncé que jusqu'au moment où la prescription du droit d'accepter est acquise contre eux, et cette prescription, d'après l'article 789, s'acquiert par trente ans. Or la prescription ne court pas contre les mineurs, dit l'article 2252. Si donc une succession échue à un mineur a été répudiée en son nom par le tuteur, et si ce mineur, devenu majeur, vient accepter cette succession, le temps écoulé pendant la minorité ne compte pas pour la prescription dont parle l'article 789 [1].

861. III. — Le tuteur ne peut pas accepter sans autorisation du conseil de famille les donations faites au mineur (article 463). Cela tient à ce qu'il peut y avoir deux raisons d'hésiter à les accepter. D'abord les donations peuvent être grevées de charges (articles 953 et 954) ; donc il y a lieu d'apprécier si l'avantage vaut la charge qui en est l'accessoire. Ensuite diverses raisons de convenance, tirées de la situation respective du donateur et du mineur, peuvent imposer de ne pas les accepter ; il y a péril à être l'obligé de certaines per-

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 567. — Toujours à propos de prescription, l'article 462 soulève une controverse, qui est discutée par Valette, *loc. cit.*, p. 567 et 568.

Source BIU Cujas

sonnes. Pour ces deux motifs, on comprend que l'avis de la famille soit nécessaire [1].

Si l'acceptation a été faite en vertu d'une autorisation du conseil de famille, la donation est définitive : « La donation « faite au mineur, dit l'article 463, ne pourra être acceptée « par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. « Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard « du majeur. »

862. C'est une question de savoir si l'article 463, qui n'a trait, par ses termes, qu'aux donations, est applicable aux legs. Pas de question s'il s'agit d'un legs universel ou à titre universel, car nous avons vu que l'article 461, qui exige l'autorisation du conseil de famille pour l'acceptation des successions échues au mineur, prend le mot *succession* dans son sens large ; il entend par là toutes les transmissions entraînant charge de dettes. Mais que décider s'il s'agit d'un legs à titre particulier ?

Il est certain qu'on s'expliquerait difficilement une différence à cet égard entre la donation et le legs à titre particulier, car ce sont deux dispositions du même genre : ni l'une ni l'autre n'entraînent charge de dettes (articles 874 et 1024). D'autre part, il peut y avoir à accepter un legs à titre particulier mêmes inconvénients qu'à accepter une donation. Cependant, l'opinion générale est que l'article 463 doit être pris à la lettre, et que, par conséquent, l'intervention du conseil de famille n'est pas nécessaire pour l'acceptation des legs à titre particulier ; du moins ne l'est-elle que pour l'acceptation des legs particuliers qui sont faits avec charge [2].

863. De l'article 462 il faut rapprocher un article qui fait partie du titre *Des donations* : l'article 935. Aux termes du premier alinéa, « la donation faite à un mineur non éman- « cipé... devra être acceptée par son tuteur, conformément « à l'article 463... » ; l'alinéa 3 continue : « Néanmoins les « père et mère du mineur..... ou les autres ascendants, « même du vivant des père et mère », quoiqu'ils ne soient pas tuteurs du mineur, « pourront accepter pour lui ».

Le texte suppose qu'il s'agit d'une donation entre vifs ; il fait partie du chapitre *Des donations entre vifs*, et nulle part

1. Il faudrait même l'homologation du tribunal si la donation entraînait, à titre de condition ou de charge, l'aliénation ou l'hypothèque d'un immeuble.
2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 463, nos 8 et 9.

Source BIU Cujas

rien de pareil n'est dit à propos des legs. S'il s'agit d'une donation entre vifs, il donne aux père et mère et autres ascendants, même du vivant des père et mère, le droit individuel d'accepter la donation sans l'intervention du conseil de famille. Disposition singulière, admise par la pratique ancienne et consacrée par l'article 7 de l'ordonnance de 1731 sur les donations. A l'heure actuelle, cette disposition peut avoir une utilité. Elle peut devenir un moyen d'assurer la donation ; devant être acceptée du vivant du donateur (article 932), elle risquerait d'être perdue si ce dernier venait à mourir avant la délibération du conseil de famille. Aussi la même disposition ne se rencontre-t-elle pas dans la matière des legs, qui sont, au contraire, rendus définitifs par la mort du testateur.

Il résulte de l'article 935 que l'article 463 n'est pas complètement applicable à tous les tuteurs ; il ne reçoit qu'une application partielle en ce qui concerne : 1° les père et mère investis d'une tutelle légale ou dative, — 2° les autres ascendants investis d'une tutelle légale, déférée par le survivant des père et mère, ou dative. Ces divers tuteurs ont besoin d'être autorisés par le conseil de famille, conformément à l'article 463, pour accepter les legs à titre particulier qui sont faits au mineur avec charges ; mais l'autorisation exigée par l'article 463 ne leur est pas nécessaire pour accepter une donation entre vifs, par application de l'article 935.

864. Notons pour terminer que l'article 463 est inapplicable aux donations par contrat de mariage ; elles doivent être acceptées par le mineur lui-même et non par le tuteur au nom du mineur (article 1388).

865. IV. — Le tuteur ne peut pas provoquer un partage sans autorisation du conseil de famille. C'est ce que dit l'article 465 ; mais il ajoute que le tuteur peut, « sans cette autorisation, « répondre à une demande en partage dirigée contre le mi- « neur ».

Le partage est le moyen de sortir de l'indivision, c'est-à-dire de l'état résultant de ce qu'un bien appartient à plusieurs personnes en commun ; les cohéritiers, les colégataires sont dans l'indivision jusqu'à ce qu'ils partagent. Que l'indivision procède d'une succession, d'une communauté entre époux ou d'une société, qu'elle ait pour objet des meubles ou des immeubles, le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille pour provoquer le partage. En effet, l'opportunité a

Source BIU Cujas

ici une grande importance ; la loi estime que ce n'est pas trop du conseil de famille pour apprécier ce que commandent les circonstances. A l'inverse, aucune autorisation n'est nécessaire au tuteur pour défendre à l'action en partage dirigée contre le mineur par ceux qui sont copropriétaires avec lui. L'article 815 énonce en effet la règle suivante : « Nul ne peut « être contraint à demeurer dans l'indivision, et le partage « peut toujours être provoqué, nonobstant prohibitions et « conventions contraires... » Actionné en partage, le tuteur n'a donc pas le choix entre plusieurs partis à prendre ; l'intervention du conseil de famille ne se comprendrait pas.

866. L'article 466 ajoute que le partage, provoqué ou non par le tuteur, doit « être fait en justice » pour obtenir tout l'effet qu'il aurait à l'égard d'un majeur. Nous verrons avec détails, au titre *Des successions*, qu'il y a deux sortes de partages : le partage amiable et le partage judiciaire. Lorsque toutes les parties intéressées sont présentes et majeures, dit l'article 819 alinéa 1, « le partage peut être fait dans la forme « et par tel acte que les parties intéressées jugent convena- « ble » ; c'est le partage amiable. Au contraire, dès que l'un des intéressés est non présent ou mineur, le partage doit être fait dans la forme judiciaire (articles 189 alinéa 2 et 838). Ce n'est pas ici le lieu de faire connaître quelles sont les formes du partage judiciaire ; elles sont indiquées par les articles 819 et suivants du Code civil, puis par les articles 966 et suivants du Code de procédure civile. Ces formes ont été considérées comme de nature à mieux protéger les intérêts des mineurs [1].

Tout partage fait par le tuteur autrement que dans la forme judiciaire, dit l'article 466 alinéa 3, « ne sera considéré que « comme provisionnel », c'est-à-dire qu'il ne vaudra que

1. L'article 466 a été modifié depuis son entrée en vigueur, soit par des articles du Code civil promulgués à une date ultérieure, soit par le Code de procédure civile. D'abord l'estimation par experts, que prescrit l'article 466, n'est plus obligatoire ; l'article 466 a été modifié sous ce rapport par l'article 970-2° du Code de procédure civile, modifié lui-même par la loi du 2 juin 1841. D'autre part, l'article 466 charge les experts de procéder à la formation des lots. Or l'article 828 dit qu'il y est procédé devant un notaire choisi par les parties ou nommé d'office par le juge-commissaire. Comment concilier ces deux articles ? Les articles 975 et 976 du Code de procédure civile, également modifiés par la loi du 2 juin 1841, l'indiquent : les experts procèdent à la formation des lots si le partage n'a pour objet que des immeubles sur lesquels les droits des intéressés sont déjà liquides, et c'est le notaire qui y procède si le partage porte sur des meubles ou sur des droits non encore liquides.

Source BIU Cujas

comme attribution de jouissance intérimaire et provisoire. Partage définitif et partage provisionnel : l'opposition est reproduite par l'article 840. Le mineur devenu majeur ou ses héritiers peuvent ratifier le partage ; alors il vaut comme partage définitif. S'ils ne le ratifient pas, ils peuvent, sans avoir besoin de le faire annuler, demander un partage définitif, en respectant les attributions de jouissance intérimaire, c'est-à-dire sans remettre dans la masse les fruits acquis.

Le partage provisionnel, qui ne touche pas au fond du droit, est un acte d'administration ; le tuteur peut y procéder seul, dans telle forme qu'il juge bon. Le partage définitif, qui touche au fond du droit puisqu'il règle la question de propriété, est un acte qui excède les limites de l'administration ; le tuteur ne peut y procéder qu'avec autorisation et, de plus, dans la forme judiciaire. S'il n'a pas agi régulièrement, le partage, quoiqu'on ait voulu le faire définitif, ne vaut que comme provisionnel.

867. C'est encore là une règle que l'expérience a condamnée, comme celle qui impose de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire les successions échues aux mineurs non émancipés ; les précautions prises dans l'intérêt du mineur ont tourné contre lui. Il est incontestable que le partage judiciaire, par les formes qu'il suppose, par l'intervention de justice qu'il implique, est une garantie que le mineur ne sera pas victime de collusions et lésé dans l'opération ; la formation des lots par un notaire commis, le tirage au sort des lots sont autant de garanties d'impartialité et d'égalité. Mais, si le partage judiciaire offre des avantages indéniables, il présente des inconvénients non moins certains, notamment les suivants.

D'abord il entraîne des frais et des lenteurs. De plus, il exige un tirage au sort (article 834 alinéa 2) ; or rien n'est plus aveugle que le sort, qui va peut-être attribuer une usine à une jeune fille et une ferme à son frère ingénieur. Aussi que fait-on pour éviter ces méprises ou ces caprices du sort ? On vend tout, afin de ne plus partager que l'argent provenant de la vente. Mais alors on tombe dans un autre inconvénient. En effet, l'article 460 alinéa 2, prévoyant les ventes de biens de mineurs, dit que « les étrangers y seront néces- « sairement admis ». C'est une précaution prise afin que les enchères montent aussi haut que possible. Seulement il peut

Source BIU Cujas

se faire qu'il y ait intérêt pour un des copartageants à conserver tel ou tel bien de la succession, et la concurrence des étrangers admis à la vente pourra rendre cette conservation impossible.

Pour ces raisons diverses, il serait préférable d'autoriser le partage par voie d'attribution, tel qu'on le fait utilement entre majeurs.

868. En attendant que cette réforme essentielle soit opérée, la pratique se montre ingénieuse à éluder les prescriptions gênantes de l'article 466. Trois moyens ont été imaginés pour atteindre ce but.

Le premier est le seul vraiment efficace, surtout si la majorité n'est pas très éloignée. Il consiste à faire un sursis d'indivision ; on convient de suspendre le partage pendant un certain temps, qui ne peut pas excéder cinq ans, mais avec possibilité de renouveler la convention (article 815 alinéa 2). Tantôt le sursis d'indivision intervient seul ; tantôt il est complété par un partage provisionnel.

Le second moyen est plus compliqué. On procède sciemment à un partage amiable, au mépris de la loi ; le partage ainsi fait n'est que provisionnel, et le mineur, devenu majeur, pourra demander qu'il soit fait un partage définitif. Seulement on fait intervenir des tiers, lesquels se portent fort au nom du mineur qu'il ne se prévaudra pas plus tard de l'irrégularité commise. Ce procédé ne donne d'ailleurs qu'une sécurité trompeuse aux copartageants, car l'intervention des porte-fort engage leur responsabilité, mais laisse subsister intacts les droits du mineur.

Enfin il existe un troisième moyen, qui consiste à faire un partage amiable qu'on dissimule sous la forme d'une transaction, en observant les formalités de l'article 467. C'est un détour, dont la jurisprudence admet la régularité [1].

Mieux vaudrait, à coup sûr, autoriser purement et simplement le partage par voie d'attribution.

869. V. — L'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur pour « introduire en justice une action relative aux « droits immobiliers du mineur », et pour « acquiescer à une « demande relative aux mêmes droits » (article 464).

Les droits immobiliers, en général, sont importants ; les

1. Angers 29 août 1884, Sir. 1885.II.61, — Cass. 5 décembre 1887, D. P. 1888.I.241 (note de M. Poncet).

Source BIU Cujas

actions qui y sont relatives ne doivent être portées en justice qu'après examen des moyens et titres et en parfaite connaissance de cause. Il en est de même pour l'acquiescement. Mais la règle ne s'applique point au cas où il s'agit de défendre à une action relative aux droits immobiliers du mineur; l'article 464 fournit en ce sens un argument *a contrario*, que la comparaison de l'article 464 avec l'article 482 rend très fort.

Quant aux actions relatives aux meubles, fussent-ils des meubles incorporels, le tuteur peut les intenter sans autorisation du conseil de famille. C'est une anomalie depuis la loi du 27 février 1880. Elle protège les meubles incorporels appartenant aux mineurs en tutelle à l'égal des immeubles au point de vue de l'aliénation; on n'aperçoit pas pourquoi le tuteur peut exercer librement les actions relatives aux meubles, alors qu'il n'exerce les actions immobilières qu'avec l'autorisation du conseil.

870. Pour tous les actes qui viennent d'être énumérés, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur, mais suffit à l'habiliter.

II. *Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille ne suffit que si elle est homologuée judiciairement.*

871. Ce sont les actes plus graves, qui engagent davantage l'avenir et doivent être l'objet d'une vigilance spéciale. Le tribunal, sur la demande en homologation, examine l'affaire en chambre du conseil, car il fait acte de juridiction non contentieuse, mais gracieuse; le ministère public donne ses conclusions; enfin l'appel est toujours possible contre le jugement (articles 458 C. civ., 885, 886 et 889 C. proc. civ.).

872. D'après les articles 457 et 458, ces actes sont au nombre de trois.

1. — **L'emprunt.** Il est l'écueil et le fléau de l'inexpérience, bien souvent le premier germe de ruine quand il est fait mal à propos. Aucun emprunt ne peut être fait sans autorisation homologuée, quel qu'en soit d'ailleurs le chiffre, modique ou considérable.

Ici encore, il se pourrait que la loi se fût montrée prévoyante à l'excès. Tel emprunt rentre dans la limite des actes

Source BIU Cujas

d'administration ; de même qu'on permet au tuteur de disposer dans cette limite, de même il serait bon peut-être de l'autoriser aussi à emprunter dans cette limite. Cependant le texte est absolu et exclusif de toute distinction.

II. — **L'aliénation d'immeubles,** que l'aliénation porte sur la propriété même de l'immeuble, par voie de vente, d'échange, etc. [1], ou bien qu'elle consiste dans la constitution d'un usufruit, d'un droit d'usage ou d'habitation, d'une servitude grevant l'immeuble [2].

En ce qui concerne la vente, l'article 457 comporte quelques exceptions. L'autorisation du conseil de famille et l'homologation ne sont point exigées quand il s'agit de ventes forcées (article 460). Il en est ainsi dans trois cas.

a) La licitation est demandée contre le mineur (articles 815 et 827). Mais la vente doit être faite publiquement, dans les formes prescrites par l'article 459.

b) La vente est requise par les créanciers du mineur. Les formes de cette vente sont indiquées par les articles 673 et suivants du Code de procédure civile. L'article 2206 du Code civil ne donne au mineur qu'un seul avantage en pareil cas : la discussion préalable de son mobilier ; encore l'article 2207 écarte-t-il cette discussion dans certaines hypothèses.

c) L'aliénation se produit sur expropriation pour cause d'utilité publique. Aux termes de la loi du 3 mai 1841, le tuteur peut accepter les offres faites par l'administration et consentir l'aliénation à l'amiable sans l'avis du conseil de famille, avec l'autorisation du tribunal (articles 13 et 25).

Sauf dans ces trois cas, la vente d'immeubles appartenant au mineur ne peut être faite par le tuteur que moyennant autorisation du conseil de famille homologuée par justice.

La vente, s'il y a lieu, se fait aux enchères, en présence du subrogé tuteur, par le ministère d'un officier public : notaire commis ou juge du tribunal (article 459) [3]. Les étrangers y sont nécessairement admis (articles 460 alinéa 2 et

1. L'action en licitation de biens indivis entre un mineur et des tiers est assimilée à une aliénation ; elle n'est donc valablement exercée par le tuteur que si la délibération du conseil de famille autorisant le tuteur à agir a été homologuée par justice. Cass. 20 janvier 1880, D. P. 1880. I. 161, Sir. 1880. I. 209.

2. Aubry et Rau, I, p. 452.

3. Lyon 6 juillet 1876, *Le Droit* du 21 octobre, — Cass. 20 janvier 1880, D. P. 1880. I. 161, Sir. 1880. I. 209, — Paris 27 juillet 1887, D. P. 1888. V. 532.

Source BIU Cujas

839), de manière à assurer la plus grande élévation possible du prix et à rendre impossibles les collusions [1].

III. — **La constitution d'hypothèque.** C'est un acte qui se rapproche de l'aliénation, qui altère la libre disposition des biens et surtout le crédit.

873. Qu'il s'agisse d'emprunter, d'aliéner ou de constituer hypothèque, l'autorisation ne doit être accordée au tuteur, dit l'alinéa 2 de l'article 457, « que pour cause d'une nécessité « absolue ou d'un avantage évident ». Un acheteur, un échangiste peuvent offrir des conditions qu'il est avantageux d'accepter. L'emprunt, la vente, la constitution d'hypothèque peuvent s'imposer comme une nécessité pour payer des dettes ou pour effectuer des réparations. Dans ce cas, dit l'alinéa 3 de l'article, « le conseil de famille n'accordera son autorisa- « tion qu'après qu'il aura été constaté, par un compte som- « maire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobi- « liers et revenus du mineur sont insuffisants ». L'alinéa 4 ajoute : « Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, « les immeubles qui devront être vendus de préférence et « toutes les conditions qu'il jugera utiles [2]. »

874. Tels sont les trois seuls actes pour lesquels l'article 457 exige une autorisation du conseil de famille homologuée par justice.

Il y faut joindre l'aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur et dont la valeur dépasse quinze cents francs (loi du 27 février 1880, article 2) [3].

Il y faut joindre aussi, nous le verrons [4], les baux d'immeubles appartenant au mineur qui seraient consentis pour plus de neuf ans. Le tuteur peut passer seul des baux de neuf années (article 1718) ; pour une durée plus longue, il lui faut la même autorisation que s'il s'agissait d'aliéner l'immeuble.

1. En ce qui concerne la forme de ces ventes, voy. pour le détail les articles 953 à 965 du Code de procédure civile. Ces articles, tels qu'ils sont rédigés depuis la loi du 2 juin 1841, ont modifié quelques-unes des règles énoncées par l'article 459 du Code civil. Au lieu des trois affiches apposées trois dimanches consécutifs, une seule apposition doit être faite, dans un délai de quinze jours au moins et de trente au plus avant l'adjudication, sauf à donner à la vente une plus grande publicité si la nature et l'importance des biens le commandent.

2. *Suprà*, p. 486, note 2.

3. *Ibid.*, n° 857.

4. *Infrà*, p. 512.

Source BIU Cujas

III. *Acte pour lequel il faut, indépendamment de l'autorisation du conseil de famille homologuée par justice, l'avis préalable de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République.*

875. Cet acte, seul de son espèce, est la transaction (articles 467 et 2045).

Les jurisconsultes dont parle l'article 467 sont des avocats ayant dix ans d'exercice (article 495 C. proc. civ.). Ils doivent peser les chances d'un procès et se décider en conséquence.

L'article 2044 définit la transaction « un contrat par lequel « les parties terminent une contestation née ou préviennent « une contestation à naître ». Souvent la transaction est chose excellente, car la sagesse de tous les temps dit que le moins bon accommodement vaut mieux que le meilleur procès. Mais quelquefois elle est dangereuse ; si le droit allégué est bien fondé, il vaut mieux courir les chances d'un débat judiciaire. De là la précaution spéciale imposée par l'article 457 quand il s'agit d'une transaction intéressant un mineur.

IV. *Actes qui sont interdits au tuteur d'une manière absolue.*

876. Ils sont de deux sortes. Les uns sont interdits au tuteur à raison de sa qualité et de la réserve qu'elle impose, les autres à raison du caractère même de ces actes et des inconvénients qu'ils pourraient avoir pour le mineur.

I. — Actes qui sont interdits au tuteur à raison de sa qualité. Il y en a trois.

a) Le tuteur ne peut acheter les biens meubles ou immeubles du mineur, soit à l'amiable, soit aux enchères publiques (articles 450 alinéa 3 et 1596). Chargé de représenter le mineur, le tuteur se trouverait jouer deux rôles inconciliables, où le devoir et l'intérêt seraient en opposition.

La défense s'applique aux ventes amiables ; dictant les clauses du contrat, il serait à craindre que le tuteur ne les fît trop bonnes pour lui. Elle s'applique aux ventes aux enchères. Le danger y est moindre, mais existe encore ; le tuteur, désirant acheter, pourrait léser les intérêts du mineur en

Source BIU Cujas

choisissant pour faire vendre un moment où les cours fléchissent.

Comme beaucoup de ces règles, celle-ci est parfois gênante à l'excès et peu équitable. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis quelques atténuations. Il a été jugé que les articles 450 alinéa 3 et 1596 cessent d'être applicables quand le tuteur a un intérêt légitime à faire monter les enchères. Il peut alors se porter adjudicataire. Il en est ainsi : 1° en cas de licitation d'un bien appartenant par indivis au tuteur et au mineur, son droit de copropriété donnant au tuteur un titre indéniable [1], — 2° quand le tuteur est créancier hypothécaire du mineur et qu'on vend l'immeuble [2]. Dans ces cas, le tuteur agira sagement en faisant nommer un tuteur *ad hoc* pour représenter le mineur.

b) Toujours à raison de sa qualité et de la réserve qu'elle lui impose, l'article 450 alinéa 3 interdit au tuteur de prendre à bail, soit à loyer, soit à ferme, les biens du mineur. Toutefois la défense n'est point absolue ; il se peut que l'intérêt du mineur le demande, et le conseil de famille peut autoriser le subrogé tuteur à passer bail au tuteur.

c) Le tuteur ne peut accepter aucune cession de droits ou créances contre son pupille (article 450 alinéa 3 *in fine*) : créances, droits litigieux, prétentions sur une succession échue au mineur. Le tuteur est chargé de défendre le mineur contre les prétentions qui pourraient être soulevées contre lui ; il y aurait danger à ce qu'il pût faire siennes ces prétentions.

Si, au mépris de la prohibition, le tuteur a acquis un droit contre son pupille, la cession peut être déclarée nulle, soit à la demande du mineur devenu majeur, soit à celle d'un tuteur *ad hoc*. Le mineur a le choix entre deux créanciers ; il choisira celui qu'il lui sera plus commode ou plus utile d'avoir, par exemple au point de vue de la compensation ou de la prescription.

La prohibition dont il s'agit doit être entendue avec réserve. La loi n'interdit pas au tuteur d'être ou de se mettre dans une situation d'où naîtraient entre lui et le pupille des rapports de droit ; elle prohibe seulement les opérations dont le but

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 450, n° 85.
2. *Ibid.*, n° 88.

Source BIU Cujas

principal et direct serait l'acquisition d'un droit à faire valoir contre le mineur.

Encore faut-il qu'il s'agisse d'une acquisition à titre onéreux. Cela résulte du mot *cession*, employé par l'article 450 alinéa 3 *in fine*, mot qui signifie acquisition directe et à titre onéreux ; c'est le sens dans lequel le mot est pris par l'article 1699, par les articles 841, 1597, 1692, 1841.

Trois conséquences en découlent.

1° Le tuteur peut devenir titulaire, par succession, donation ou legs, d'un droit opposable au mineur.

2° Rien ne s'oppose à ce que le tuteur devienne créancier de son pupille, par exemple s'il est usufruitier d'un bien dont le mineur est propriétaire, ou s'ils sont propriétaires voisins.

3° Le tuteur peut devenir créancier du pupille en payant ses dettes de ses deniers, auquel cas il acquiert contre lui une action de gestion d'affaires (article 1375). C'est ce que suppose l'article 474 alinéa 2, qui parle d'avances faites par le tuteur au mineur. Le tuteur pourrait même, en pareil cas, se faire subroger, et il sera quelquefois subrogé de plein droit (articles 1250 et 1252).

Il n'y a rien dans tout cela qui ressemble à l'acquisition par cession directe et à titre onéreux, seule prohibée par l'article 450. Les inconvénients ne sont pas les mêmes. Au surplus, les prohibitions sont toujours de droit étroit [1].

II. — Actes qui sont interdits au tuteur à raison de leur caractère, de leur nature qui pourrait les rendre préjudiciables au mineur.

a) Le tuteur ne peut pas faire un compromis, c est-à-dire convenir avec l'adversaire de soumettre un procès à des arbitres (articles 1003 et 1004 C. proc. civ.). En droit, c'est certain ; on ne peut compromettre « sur des contestations qui « seraient sujettes à communication au ministère public », dit l'article 1004 ; or « les causes des mineurs » appartiennent à cette catégorie (article 83-6° C. proc. civ.). En raison, le jugement par arbitres est quelquefois bon, mais il présente moins de garanties qu'un jugement rendu par les tribunaux ; le pouvoir judiciaire est fait pour qu'on lui soumette les contestations qui s'élèvent entre particuliers.

1. Voy. sur tous ces points Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 450, nos 94 et suiv.

Source BIU Cujas

b) Le tuteur ne peut pas disposer des biens du mineur à titre gratuit, par voie de donation entre vifs ou de legs. La loi ne le dit pas expressément, mais diverses raisons commandent de l'admettre.

D'abord la loi, qui permet au tuteur d'aliéner à titre onéreux les biens du mineur, subordonne la validité de l'aliénation à l'accomplissement de certaines formalités. Or l'aliénation à titre gratuit présente plus de dangers que l'aliénation à titre onéreux. Le législateur, s'il avait voulu permettre au tuteur d'y procéder comme représentant légal du pupille, ne lui aurait pas permis de le faire seul et sans aucune formalité. Le fait qu'aucune formalité n'est prévue ni prescrite prouve que la loi a entendu exclure à cet égard la représentation du pupille par le tuteur.

Les articles 893, 903, 904 et 1398 militent dans le même sens. Ils déterminent dans quelle mesure les biens d'un mineur peuvent être donnés ou légués,et supposent toujours que la donation ou le legs est fait par le mineur lui-même, donnant ainsi à entendre que ces actes ne peuvent pas être faits par le tuteur représentant le mineur.

Aussi bien cette règle est-elle conforme aux principes généraux en matière d'aliénations à titre gratuit. Toute aliénation de ce genre suppose l'*animus donandi*, la volonté de se dépouiller pour enrichir le bénéficiaire de la disposition. L'intervention personnelle du propriétaire des choses données ou léguées est manifestement indispensable pour que cet *animus* existe ; on ne concevrait pas qu'il pût y être suppléé par la volonté du tuteur, par un avis du conseil de famille ou une autorisation de justice[1].

V. *Actes que le tuteur a qualité pour faire seul et librement.*

877. Nous venons de parcourir les actes qui sont soumis à un régime particulier, que le tuteur, dès lors, ne peut faire valablement qu'à de certaines conditions ; ils forment autant d'exceptions. Restent, en dehors, tous les autres actes ; ils forment, relativement aux pouvoirs du tuteur, une cinquième classe, comprenant les actes que le tuteur a qualité pour faire seul et librement.

1. Laurent, *Principes,* V, n° 98 ; — Dalloz, *Supplément au Répertoire,* V° *Minorité,* n° 566.

Source BIU Cujas

Que comprend cette cinquième classe ? Tous les actes qui ne rentrent pas dans les précédentes. C'est le droit commun. Si la classification est inévitablement arbitraire dans ses détails, elle devient ainsi très rigoureuse dans les idées qui la dominent.

878. Les actes de la cinquième classe sont de deux sortes.

I. — **D'abord les actes d'administration.** Quant à eux, il n'y a ni contestation ni doute. Ainsi le tuteur peut faire les actes suivants, sans sortir de la limite de ses pouvoirs.

1° Il peut faire tous les contrats relatifs aux travaux d'entretien des immeubles, à la culture et à la vente des récoltes.

2° Il peut régler le mode d'exploitation des immeubles, c'est-à-dire décider s'il les exploitera lui-même ou les donnera à bail.

3° S'il les donne à bail, il peut consentir toutes les locations, soit à loyer en ce qui concerne les maisons, soit à ferme en ce qui concerne les biens ruraux. Seulement le pouvoir du tuteur, relativement à ces baux, n'est pas illimité ; l'article 1718 dit en effet : « Les articles du titre *Du contrat de « mariage et des droits respectifs des époux*, relatifs aux baux « des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux « des biens des mineurs. » Les articles auxquels l'article 1718 renvoie ainsi portent les numéros 1429 et 1430 ; la règle qui en résulte est triple. D'abord le tuteur ne peut consentir, relativement aux immeubles du mineur, des baux d'une durée supérieure à neuf ans. D'autre part, il ne peut les passer ou les renouveler que trois ans au plus avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux, et deux ans au plus s'il s'agit de maisons. Enfin, si le tuteur a passé ou renouvelé les baux trop longtemps d'avance, la nullité peut en être demandée par le mineur devenu majeur ou par ses héritiers, à moins que l'exécution n'en ait commencé avant la fin de la tutelle. Si le tuteur a passé des baux supérieurs à neuf ans, la réduction peut en être demandée soit par le mineur lui-même, devenu majeur, soit par ses héritiers : ces baux ne sont obligatoires, dit l'article 1429, « que pour le temps qui reste à « courir soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de « suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se « trouve ».

Source BIU Cujas

C'est une question de savoir à quelles conditions le tuteur peut passer, avec sécurité pour les preneurs, des baux d'une durée plus longue. Quelquefois, les circonstances conseillent de le faire, par exemple s'il s'agit de locaux industriels, de fermes où il y a des travaux à exécuter ; il est utile alors de pouvoir passer de longs baux. Ces longs baux sont-ils interdits ? Ce serait fâcheux. A quelles conditions pourront-ils être passés ? Nulle part la loi ne le dit ; mais on peut aisément tirer une solution de l'ensemble du système. Puisqu'il résulte de l'article 1718 que les baux de neuf ans rentrent seuls dans la limite de l'administration, c'est que les baux d'une durée plus longue dépassent cette limite et doivent être assimilés aux actes de disposition ; par conséquent le tuteur ne peut les faire qu'en remplissant les conditions exigées pour l'aliénation, savoir l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal [1]. Peut-être est-ce exiger beaucoup ; les données générales du système ne permettent pas d'autre solution [2].

4° Le tuteur peut faire seul tous les actes conservatoires, par exemple requérir des transcriptions ou inscriptions hypothécaires, interrompre des prescriptions, etc.

II. — Le tuteur peut faire seul tous les actes, même excédant ou pouvant être considérés comme excédant les limites de l'administration, si aucun texte ne les soumet à quelque condition ou formalité particulière. Toutefois il y a controverse quant à ces actes ; c'est à propos d'eux qu'apparaît l'intérêt de la question générale posée précédemment.

Quels sont ces actes ?

1° Ce sont d'abord les aliénations de meubles corporels. En effet, aucun texte ne les soumet à aucune formalité ; l'article 457 ne s'occupe que des aliénations d'immeubles, et la loi du 27 février 1880, qui soumet à des formalités les aliénations de meubles incorporels, ne prescrit rien en ce qui concerne les meubles corporels.

Parfois les aliénations de meubles rentrent dans les nécessités de l'administration ; alors elles rentrent incontestablement dans les pouvoirs du tuteur. Ainsi il peut vendre les récoltes, vendre ou échanger les objets mobiliers qui dépérissent pour les remplacer par d'autres, etc.

1. *Suprà*, p. 505.
2. Dalloz, *Répertoire*, V° *Minorité*, n° 545, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 450, n^os^ 36 et suiv. — Cpr. *suprà*, p. 506.

Source BIU Cujas

D'autres fois, les aliénations de meubles excèdent les nécessités de l'administration. Alors la question se pose. Pour les meubles qui appartiennent au mineur au début de la tutelle, l'article 452 impose au tuteur de les vendre, à l'exception de ceux que le conseil de famille l'a autorisé à conserver en nature, et il lui impose, pour les vendre, de suivre les formes judiciaires. Mais que décider pour les aliénations ultérieures ? Le tuteur peut-il les faire librement ? Question importante au point de vue pratique. Il y a des meubles d'un grand prix, par exemple des objets d'art, des tableaux, qui atteignent des valeurs considérables ; on comprendrait que la loi les protégeât comme les immeubles. Mais elle ne l'a pas fait ; elle n'exige, pour les ventes de meubles, ni l'autorisation du conseil de famille ni le recours aux formalités de la vente judiciaire ; le tuteur a donc liberté pleine et entière.

Il résulte parfois de là de véritables anomalies. Aussi, en fait, quand les meubles ont une certaine importance, le tuteur prend l'autorisation du conseil de famille, quoique ce ne soit pas légalement indispensable ; puis, afin d'éviter toute responsabilité, il évite les ventes amiables et procède judiciairement : *quod abundat non vitiat*[1].

2° Le tuteur peut procéder seul aux acquisitions de meubles ou d'immeubles. Les textes, en effet, sont muets. Pour les immeubles, on n'en doute guère. Pour les meubles, il y a une cause sérieuse d'hésitation. L'article 452 veut que le tuteur vende ceux qui existent, à moins que le conseil de famille ne l'autorise à les garder ; comment alors admettre qu'il puisse en acheter d'autres librement ? L'objection tombe si on considère que le tuteur doit, d'autre part, faire emploi des sommes disponibles (article 455) ; il faut pour cela qu'il puisse acheter aussi bien des meubles que des immeubles. Peut-on songer, d'ailleurs, à lui refuser, quant aux acquisitions de meubles, le large pouvoir qu'on lui reconnaît quant aux acquisitions d'immeubles ?

3° Il peut conclure seul les traités relatifs aux travaux de grosses réparations ou d'améliorations.

4° Il a l'exercice des actions mobilières. L'article 464 lui dénie l'exercice des actions immobilières, pour lequel l'autorisation du conseil de famille est indispensable ; mais il

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 575.

Source BIU Cujas

n'existe aucun texte analogue pour les actions mobilières. Aussi bien l'exercice de ces actions, dans le système du Code, rentre dans l'administration [1].

5° Il a qualité pour recevoir, sans l'autorisation du conseil de famille, les capitaux revenant au mineur. Il peut recevoir seul les revenus, car c'est un acte d'administration [2]. Il a le même pouvoir en ce qui concerne la réception des capitaux, sauf à en faire emploi conformément à l'article 6 de la loi du 27 février 1880 [3].

6° Il peut effectuer seul le placement des capitaux. Ici toutefois le débat subsiste, notamment sur le point de savoir si un tuteur peut souscrire lors de l'émission de valeurs (actions et obligations) soit par l'Etat, soit par des compagnies. Cependant, quand on admet un principe, il faut en admettre les conséquences. Pour les valeurs d'Etat, on ne conteste pas le pouvoir du tuteur de souscrire aux émissions; mais plusieurs arrêts décident qu'il n'en est pas de même pour les valeurs industrielles [4]. Il est impossible de saisir en droit la raison de la différence. La souscription à des émissions de valeurs industrielles est dangereuse, dit-on ; mais il est dangereux d'acheter un immeuble qui va dépérir, et excellent au contraire de souscrire à des émissions de bonnes valeurs. Il y a là des distinctions de fait, non de droit.

879. Tels sont les actes que le tuteur peut faire seul : d'abord et sans aucun doute les actes d'administration, puis tous les actes, même dépassant les limites de l'administration, qu'aucun texte ne soumet à des formalités particulières.

L'énumération des actes rentrant dans les quatre premières classes est limitative ; celle des actes de la cinquième ne saurait l'être, car elle comprend tous les autres. Il est donc inutile de la poursuivre. D'ailleurs, les données qui dominent la classification suffisent à résoudre toutes les questions, et ces données sont celles-ci. En principe, le tuteur peut, comme représentant du mineur, faire tous les actes de la vie civile ; il est quelques actes qui, exceptionnellement, sont

1. Pau 26 mai 1879, D. P. 1880.II.131.
2. *Suprà*, p. 511.
3. Trib. de Lorient 23 mars 1881, *Le Droit* du 2 septembre, — Trib. de Saint-Dié 22 juin 1882, Sir. 1882.II.230.
4. Paris 21 mai 1884, D. P. 1885.II.177, Sir. 1885.II.97 (note de M. Lyon-Caen), — 13 janvier 1885, Sir. 1885.II.101.

Source BIU Cujas

soumis à un régime spécial par des textes formels; quant aux autres, le tuteur a pouvoir de les faire seul et sans autorisation.

§ 3. — Sanction des règles relatives aux obligations et pouvoirs du tuteur.

880. Une dernière question reste à résoudre après avoir déterminé quels sont les obligations et les pouvoirs du tuteur. Que résulte-t-il de l'inobservation des prescriptions de la loi à cet égard ?

Ce n'est pas au titre *De la tutelle*, où il suppose ces prescriptions obéies, mais au titre *Des obligations* que le Code répond à cette question. Il est toutefois nécessaire de signaler au moins ici les textes qui s'y rapportent.

881. La sanction des règles relatives aux obligations et pouvoirs du tuteur est double.

1° D'abord la responsabilité du tuteur est engagée, même celle du subrogé tuteur et des membres du conseil de famille, s'il y a faute de leur part et s'il est résulté de l'inobservation des prescriptions légales un préjudice pour le mineur. C'est le droit commun. En effet, les divers agents de la tutelle, ceux du personnel exceptionnel comme ceux du personnel ordinaire, sont investis d'un mandat légal. Or l'article 1991 est ainsi conçu : « Le mandataire est tenu d'accomplir le « mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dom- « mages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécu- « tion..... » — « Le mandataire, ajoute l'article 1992, ré- « pond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il « commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité re- « lative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à « celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un « salaire. » En vertu de ces textes, chacun des agents de la tutelle est responsable dans la sphère de ses attributions et des devoirs dont il est tenu.

2° Une sanction plus directe consiste dans la nullité éventuelle des actes irrégulièrement faits. L'acte n'est pas nul de droit, par cela seul qu'il a été passé en dehors des conditions imposées ; il est seulement susceptible d'être attaqué, en d'autres termes annulable. Ce n'est que très exceptionnellement, en quelque matière que ce soit, que la loi déclare nuls

Source BIU Cujas

de droit les actes faits contrairement à ses prescriptions ; elle se contente habituellement d'autoriser les intéressés à en demander la nullité. Le droit commun s'applique ici ; l'irrégularité ouvre seulement une action en nullité.

882. Sur cette nullité, trois règles sont hors de doute.

a) Elle est relative, au sens habituel du mot, c'est-à-dire qu'elle peut être invoquée seulement par le mineur lui-même, ou en son nom par ses représentants ; elle ne peut pas l'être par les tiers avec lesquels l'acte a été passé. C'est la règle applicable à tous les incapables (article 1125). Règle rationnelle, car l'incapacité répond à une idée de protection, et il est logique que l'incapable seul puisse se réclamer de la protection organisée à son profit.

b) La nullité peut être demandée au cours de la tutelle par le tuteur, comme représentant du mineur, qu'il s'agisse d'actes faits par lui irrégulièrement ou d'actes indûment faits par le mineur lui-même. Elle peut l'être en outre, après la tutelle, par le mineur émancipé ou devenu majeur, c'est-à-dire ayant recouvré l'exercice de ses actions, soit encore qu'il s'agisse d'actes indûment faits par lui-même, ou d'actes irrégulièrement faits par le tuteur.

c) Enfin l'article 1304 donne, pour l'exercice de cette action, un délai de dix ans à partir de la majorité. Comme les actes ne sont pas nuls de droit, mais seulement annulables, ils sont validés s'ils ne sont pas attaqués en temps utile, et ont alors le même effet que s'ils avaient été régulièrement accomplis. Il y a lieu de présumer qu'ils ont été profitables, quoiqu'irrégulièrement faits ; le silence des intéressés pendant dix ans établit suffisamment qu'ils n'ont pas l'intention de les attaquer ; l'action est prescrite.

Ces trois règles ne sont que l'application du droit commun en matière de nullité pour incapacité.

883. Cependant il y a, quant à l'action en nullité des actes de la tutelle, plusieurs distinctions à faire. Elles ne pourront être utilement faites, au moins d'une façon complète, que sous l'article 1125, qui consacre le caractère relatif de l'action, et surtout sous l'article 1304, qui établit la prescription de dix ans. Voici, par anticipation, les points essentiels.

Dans l'ancien droit, on était très large à restituer le mineur contre toute espèce d'actes passés en minorité, c'est-à-

Source BIU Cujas

dire avant vingt-cinq ans, que les actes eussent été faits régulièrement ou non. C'était l'application de la théorie romaine de la *restitutio in integrum* au profit des *minores viginti quinque annis*, théorie que l'ancien droit accueillit et conserva.

Plus tard, on s'avisa que ce système, protecteur en apparence des intérêts du mineur, avait de graves inconvénients, que le risque auquel il exposait les tiers pouvait devenir fatal au mineur, en les éloignant de traiter avec lui. Il n'y a pas de crédit là où il n'y a pas de sécurité, là où manque la confiance en l'efficacité des droits. Comment les tiers contracteront-ils avec le mineur ou avec son représentant s'ils ne peuvent pas compter sur la stabilité du contrat, s'ils ont à redouter une nullité, qui, en effaçant l'opération, viendrait dérouter leurs prévisions ? Ne risque-t-on pas de tuer le crédit du mineur par une protection trop grande ? Nous avons déjà constaté que plusieurs des règles admises dans l'intérêt du mineur tournent en pratique contre lui[1].

Aussi, de nos jours, a-t-on considérablement limité l'ancienne *restitutio in integrum*.

Lorsqu'un acte a été fait pour le compte d'un mineur d'une manière régulière, on le regarde comme inattaquable au même titre que s'il eût été fait par un majeur. C'est le point de vue du droit actuel. Il résulte de plusieurs textes. Ainsi l'article 463 décide que la donation faite au mineur ne peut être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et il ajoute : « Elle aura à l'égard du mineur, le « même effet qu'à l'égard du majeur. » L'article 466 est conçu d'une manière analogue : « Pour obtenir à l'égard du « mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage « devra être fait en justice... » Enfin l'article 1314 : « Lors- « que les formalités requises à l'égard des mineurs..., soit « pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de suc- « cession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, « considérés comme s'ils les avaient faits en majorité... » Ce ne sont là que des applications ; des applications on peut remonter à l'idée générale : les actes faits régulièrement sont inattaquables. La règle peut être regardée comme certaine.

Quant aux actes qui ont été irrégulièrement faits, la règle est différente : ils continuent à être annulables et le droit

1. *Suprà*, p. 497 et 502.

Source BIU Cujas

moderne maintient, quant à eux, l'ancienne idée de la *restitutio in integrum*. Ils sont irréguliers dans deux cas : quand ils sont passés par le mineur lui-même au lieu de l'être par son tuteur, qui est son représentant légal, ou bien quand, passés par le tuteur, ils le sont sans qu'on ait observé les conditions ou formalités prescrites.

Mais à quelles conditions en obtiendra-t-on l'annulation ? C'est ici qu'il y a des distinctions à faire. L'acte peut être attaqué, selon les cas, tantôt par une action en nullité, tantôt par une action en rescision.

Le système admis par une jurisprudence à peu près constante se résume dans les deux règles suivantes [1].

1° Les actes que la loi soumet à certaines conditions de forme sont annulables par cela seul que ces conditions n'ont point été observées. Peu importe qu'ils aient été faits par le tuteur ou par le mineur. Tels sont les actes prévus par les articles 457, 459, 466, 467, enfin par les articles 1 et 2 de la loi du 27 février 1880. La forme est ici considérée comme protectrice ; si elle n'a pas été observée, le mineur n'a pas été protégé comme il a le droit de l'être ; il y a ouverture à une action en nullité (articles 1125 et 1304).

2° Les actes qui ne sont soumis à aucune condition spéciale de forme, tous ceux qui rentrent dans la cinquième classe de la classification faite précédemment, sont inattaquables s'ils ont été passés par le tuteur, car ils ont alors été régulièrement faits. S'ils ont été passés par le mineur lui-même, ils sont rescindables, c'est-à-dire que le mineur ou ses représentants en obtiendront l'annulation, à charge de prouver qu'il en résulte un préjudice, une lésion ; il y a ouverture à une action en rescision pour lésion : « La simple lésion, dit « l'article 1305, donne lieu à la rescision en faveur du mineur « non émancipé contre toutes sortes de conventions... » Il faut entendre ces derniers mots en ce sens : contre toutes les conventions autres que celles qui ont été passées régulièrement, c'est-à-dire contre celles qui l'ont été par le mineur au lieu de l'être par le tuteur.

De ces deux actions (l'action en nullité pour violation des formes exigées, et l'action en rescision pour lésion quand l'acte n'est soumis à aucune règle spéciale de forme), la pre-

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 1305, nos 3 et suiv.

Source BIU Cujas

mière est évidemment préférable à la seconde. Pour réussir dans la première, il suffit de prouver l'irrégularité, tandis qu'il faut quelque chose de plus pour réussir dans la seconde : outre l'irrégularité résultant de ce que le mineur a passé l'acte lui-même, il faut faire la preuve de la lésion subie.

Ainsi, complète validité des actes régulièrement faits ; annulation possible, pour vice de forme, des actes soumis à des formalités, si ces formalités ont été omises ; enfin rescision possible, ce qui suppose preuve acquise de la lésion, des actes non soumis à des formalités, si, au lieu d'être passés par le tuteur, ils l'ont été par le mineur lui-même. Cette distinction, aujourd'hui constante en jurisprudence, n'est formellement écrite nulle part ; mais elle ressort nettement de l'article 1311 : le mineur « n'est plus recevable à reve-« nir contre l'engagement qu'il avait souscrit en mino-« rité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet enga-« gement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet « à restitution ». *Nul en sa forme*, il peut être attaqué par l'action en nullité ; *sujet à restitution*, il peut l'être par l'action en rescision. C'est à propos de ce texte que nous aurons plus tard à pénétrer davantage dans les détails de ce sujet.

Source BIU Cujas

CHAPITRE IV

DE LA FIN DE LA TUTELLE ET DES SUITES QU'ELLE ENTRAINE.

884. Le but même de la tutelle implique suffisamment qu'elle doit être temporaire ; protection due à raison de l'âge, elle cesse quand vient l'âge de la responsabilité. D'autres causes, d'ailleurs, peuvent y mettre fin.

Quant aux suites que la fin de la tutelle entraîne, ce sont surtout les comptes de tutelle. Il faut ajouter, mais seulement pour mémoire, que la fin de la tutelle amène, s'il y a lieu, le règlement des responsabilités encourues par les divers agents de la tutelle [1].

SECTION I. — **Des causes qui mettent fin à la tutelle.**

885. La tutelle prend fin par diverses causes, au nombre de cinq.

I. — **Par la majorité.** La majorité met fin à la puissance paternelle, sous quelques réserves (article 372) [2] ; elle met également fin à la tutelle et d'une manière absolue.

L'article 388 définit la minorité la période de la vie pendant laquelle l'homme n'a pas ou est réputé ne pas avoir la capacité nécessaire aux actes civils. L'article 488, qui ne fait que répéter la même idée [3], fixe l'âge de la majorité, où l'homme devient maître de lui-même et par suite responsable, à vingt et un ans accomplis, c'est-à-dire au moment où commence la vingt-deuxième année. L'article ajoute : « A

1. *Suprà*, p. 515.
2. *Ibid.*, p. 398.
3. *Infrà*, p. 563.

Source BIU Cujas

« cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf « la restriction portée au titre *Du mariage*. »

Dans l'ancien droit, la minorité ne finissait généralement qu'à vingt et un ans. Il en est encore ainsi dans la plupart des législations modernes. C'est la loi du 30 septembre 1792, complétée à cet égard par le décret du 31 janvier 1793, qui, dans une pensée de liberté individuelle, d'émancipation de l'individu, a abaissé l'âge à vingt et un ans [1].

Il est communément admis, quoiqu'aucun texte ne le dise formellement, que la supputation du temps, pour le calcul de la majorité, se fait *de momento ad momentum*, et non pas, comme c'est l'usage habituel dans le calcul des délais, *de die ad diem*. Aux termes de l'article 57, l'acte de naissance constate l'heure de la naissance ; vingt et un ans après, jour pour jour et heure pour heure, la majorité est acquise. C'était le mode de calcul adopté autrefois ; rien n'indique que le Code civil ait entendu modifier l'ancien usage ; c'est un point qui peut être regardé comme ne faisant pas doute [2].

II. — **La tutelle prend fin par l'émancipation du pupille.** L'émancipation met fin, avant le terme habituel, à la puissance paternelle ; les articles 372, 377 et 384 le disent. Elle met aussi fin à la tutelle ; l'article 471 le suppose. Elle place le mineur à la tête de ses affaires, sans cependant qu'il puisse encore faire seul les actes les plus importants de la vie civile. Elle crée une situation intermédiaire ; ce n'est plus la minorité proprement dite, ce n'est pas encore la majorité complète avec tous les avantages de la liberté, mais aussi tous les risques de la responsabilité. Nous reprendrons ultérieurement ce sujet, pour l'étudier d'une façon isolée [3] ; il suffit pour le moment d'indiquer l'émancipation parmi les causes qui mettent fin à la tutelle.

III. — **La tutelle prend fin par la mort du mineur**, qui la rend désormais inutile.

1. En 1851, une proposition a été soumise à l'Assemblée législative, modifiant les articles 388 et 488 et reportant la majorité à vingt-cinq ans ; elle a été prise en considération et renvoyée à une commission. Voy. le *Moniteur* des 26 février et 14 août 1851. Cpr. Louis Amiable, *Essai historique et critique sur l'âge de la majorité* dans la *Revue historique de droit français et étranger*, 1861, p. 205 et suiv.

2. *Suprà*, p. 154.

3. *Infrà*, p. 533 et suiv.

Source BIU Cujas

Dans ces trois premiers cas, la tutelle prend fin d'une manière absolue et complète ; il n'y a plus place pour une tutelle.

IV. — **La tutelle prend fin par la mort du tuteur.** Seulement, dans ce cas, la tutelle ne finit pas au regard du mineur ; il y a lieu à la désignation d'un nouveau tuteur. Elle ne finit qu'au regard du tuteur ; il y a changement de tutelle.

V. — **La tutelle prend fin par la décharge obtenue par le tuteur ou la destitution prononcée contre lui** (articles 431 et suivants, article 444). Ici encore, il y a plutôt changement de tutelle que fin de la tutelle ; un tuteur nouveau, ou tuteur entrant, prend la place du tuteur ancien, ou tuteur sortant.

SECTION II. — Des comptes de tutelle.

886. De quelque manière que la tutelle ait pris fin, soit absolument, soit au regard du tuteur seulement, il y a lieu à la reddition des comptes. Tout administrateur de la fortune d'autrui est comptable ; l'article 469 fait application de cette règle à la tutelle : « Tout tuteur est comptable de sa gestion « lorsqu'elle finit. »

Tout tuteur, dit le texte. La règle s'applique même aux père et mère ; c'est d'autant moins douteux que le père est comptable quand il a l'administration légale (article 389 alinéa 2), à plus forte raison quand il a seulement la tutelle. Elle s'applique même au tuteur qui n'aurait géré que provisoirement la tutelle, dans les cas prévus aux articles 394, 419 et 440. Enfin elle s'applique même au tuteur qui aurait exercé indûment les fonctions de tutelle, par exemple dans le cas de l'article 395. Dans tous ces cas, il y a tutelle, donc obligation de rendre compte [1].

Les articles 470 à 475 sont relatifs aux comptes de tutelle.

887. Avant d'en aborder l'étude, il faut noter qu'il y a ou peut y avoir deux espèces de comptes en matière de tutelle.

a) Il peut y avoir d'abord les comptes que l'article 470 appelle les *états de situation*, qu'on nomme quelquefois les comptes provisoires ou annuels. La première expression est seule légale, seule exacte d'ailleurs ; l'état de situation est

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 469, nos 1 et suiv.

Source BIU Cujas

un état ou écrit contenant le tableau de la situation actuelle en deniers, dépenses, etc.

Ces états de situation ne sont pas obligatoires ; ils ne sont dus que si le conseil de famille l'exige (article 470 alinéa 1). Ils ne peuvent pas être exigés des père et mère, pour la raison générale qui leur fait une situation à part en tant que tuteurs (même texte). Enfin ils sont rendus sans formalité aucune (article 470 alinéa 2). Ils sont un moyen de faciliter au subrogé tuteur le contrôle qu'il a à exercer sur la direction de la tutelle ; c'est en effet au subrogé tuteur qu'ils doivent être remis.

b) L'autre compte qui intervient en matière de tutelle est celui que l'article 471 appelle le compte définitif. C'est celui que le tuteur rend à la fin de sa gestion. Il intervient le plus souvent quand la tutelle a pris fin par la majorité, la mort du pupille ou l'émancipation ; parfois il intervient au cours de la tutelle, en cas de changement de tuteur. Dans les deux cas, il est définitif en ce qui concerne le tuteur ; dans le premier, il est définitif même quant au pupille.

C'est le seul vrai compte de tutelle ; il consiste dans un état ou écrit contenant la supputation de tout ce qui a été, pendant la tutelle, reçu, dépensé, avancé ou fourni.

888. Le compte ainsi entendu, le compte définitif, comprend d'abord la période de la tutelle proprement dite, jusqu'à la date où elle prend fin, celle de la majorité par exemple ; il comprend, en outre, la période écoulée entre la majorité et la reddition ou plutôt l'apurement du compte, c'est-à-dire son règlement définitif. En effet, c'est seulement l'apurement du compte, son règlement définitif, qui met fin à l'administration du tuteur, qui le dessaisit ; donc le compte va jusque-là.

Cette observation n'est pas sans importance pratique. Il en résulte que le tuteur, qui continue de gérer les biens du pupille après la majorité de celui-ci, agit toujours comme tuteur tant qu'il n'a pas rendu ses comptes ; il est toujours tenu des obligations qui lui incombent comme tel ; il continue d'encourir la responsabilité de son titre [1]. Or cette situation, si d'ordinaire elle ne dure que peu de temps, peut quelquefois se prolonger beaucoup ; le tuteur, s'il n'y prend pas

1. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Minorité*, n° 570.

Source BIU Cujas

garde, est exposé, le jour où il rendra son compte, à des responsabilités très imprévues.

En 1877, la Cour de Paris a eu à statuer sur un cas exceptionnel, qui met vivement en relief l'importance de cette idée. Un tuteur avait été nommé, en 1835, à un enfant qui avait alors treize ans. Sept ans plus tard, le pupille, qui avait alors vingt ans, s'embarqua pour le Brésil ; depuis on n'avait plus eu de ses nouvelles. Le tuteur aurait pu, par application de règles qui ont été exposées ailleurs, provoquer la déclaration d'absence ; mais il ne le fit pas. Il aurait pu provoquer la nomination d'un administrateur aux biens ; mais il ne le fit pas davantage. Il continua de gérer la fortune, attendant les événements. Il mourut ; son fils administra comme lui la fortune. En 1874 seulement, un administrateur de la succession de l'ex-mineur disparu fut nommé ; son premier acte fut de réclamer les comptes de tutelle. Or l'article 455 impose au tuteur, sous quelques distinctions, de faire emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses, et, à défaut d'emploi, rend le tuteur débiteur des intérêts des sommes non placées. La question se posa de savoir si le tuteur et son fils, qui pendant trente-cinq ans avaient eu l'obligeance d'administrer la fortune de l'ancien pupille, seraient, pour toute cette période, responsables dans les termes de l'article 455, conformément aux règles de la tutelle.

Le tribunal de la Seine se prononça en ce sens le 18 mars 1876, par un jugement que la Cour de Paris confirma le 13 décembre 1877 [1]. C'est l'application, bien rigoureuse il est vrai, de cette idée que le tuteur qui continue de gérer les biens du mineur après la majorité agit toujours comme tuteur, que les comptes de tutelle comprennent non seulement la période de minorité, mais le temps écoulé depuis la majorité jusqu'au règlement définitif.

Toutefois, la Cour de Paris limita cette lourde responsabilité au tuteur lui-même, sans l'étendre à ses héritiers, et il y a d'autres arrêts en ce sens. Au cours des trente-cinq années, le tuteur était mort, alors que l'ex-pupille, en admettant qu'il fût vivant, était majeur depuis longtemps ; le fils du tuteur avait continué la gestion des biens, et c'était à lui que les comptes étaient demandés. Or, aux termes de l'arti-

1. D. P. 1878. II. 71, Sir. 1878. II. 11 et les renvois.

Source BIU Cujas

cle 419, « la tutelle est une charge personnelle qui ne passe « pas aux héritiers du tuteur ». La responsabilité en qualité de tuteur n'incombait donc qu'au tuteur lui-même, jusqu'à sa mort. Quant au fils, il n'avait pas à faire nommer un tuteur, puisqu'il y avait longtemps que la minorité avait pris fin ; il n'avait été qu'un gérant d'affaires ordinaire, et sa gestion devait être régie non par les règles spéciales de la tutelle, mais par le droit commun en matière de gestion d'affaires ; or l'article 455 n'est pas applicable à la gestion d'affaires [1].

889. Ces diverses règles étant dégagées, il faut arriver aux quatre questions qui sont résolues, relativement aux comptes de tutelle, par les articles 470 à 475.

I. *Qui rend et qui reçoit les comptes de tutelle ?*

890. C'est d'ordinaire le tuteur qui rend les comptes de tutelle ; ce sont quelquefois ses héritiers, qui succèdent à ses obligations, soit que la tutelle ait pris fin par la mort du tuteur, soit que le tuteur vienne à mourir sans avoir encore rendu ses comptes.

891. Quant au point de savoir qui reçoit les comptes de tutelle, cela dépend des circonstances et de la cause qui a mis fin à la gestion.

Quand la tutelle prend fin par la majorité du pupille, le compte de tutelle est rendu au pupille devenu majeur : c'est lui qui est l'*oyant-compte*, comme s'exprime l'article 472 ; vieille locution encore usitée, servant à désigner celui qui a qualité pour recevoir, pour ouïr les comptes (*audire rationes tutelae*). Au besoin, le compte est rendu aux héritiers du pupille, en cas de décès survenu avant la reddition des comptes.

La tutelle a-t-elle pris fin par l'émancipation du pupille, le compte est rendu au mineur émancipé, qui désormais n'a plus de représentant et exerce lui-même ses droits. Seulement le mineur émancipé doit être assisté d'un curateur, qui lui est nommé par le conseil de famille (article 480).

Si la tutelle prend fin par la mort du pupille, les comptes sont rendus à ses héritiers, qui succèdent à ses droits. Si elle

1. Il en serait de même si c'était le conjoint du tuteur qui avait continué la gestion. Cass. 28 mai 1879, D. P. 1880.I.463, Sir. 1879.I.415.

Source BIU Cujas

finit par la mort, la décharge ou la destitution du tuteur, c'est le nouveau tuteur, ou tuteur entrant qui reçoit les comptes.

II. *Dans quelle forme sont rendus les comptes de tutelle ?*

892. L'article 472 soumet le compte de tutelle à quelques formalités dans un cas : celui où l'oyant-compte est le pupille devenu majeur.

Habituellement, le pupille, arrivé à sa majorité, a hâte de se débarrasser de tout ce qui le rattache à l'âge de l'incapacité, de la dépendance ; on peut donc craindre la précipitation qui le pousserait à accepter, sans justifications suffisantes, peut-être sans renseignements, le règlement proposé. Il pourrait d'ailleurs être incité par un sentiment de confiance et de respect pour son tuteur, sentiment qui le pousserait à ne rien examiner, par la crainte de paraître témoigner de la méfiance au protecteur auquel il doit reconnaissance.

Pour éviter les surprises possibles, la loi prend diverses précautions.

1° Elle veut que le tuteur remette au mineur un compte détaillé, accompagné des pièces justificatives. Ce compte détaillé est un tableau comparatif des recettes opérées et des dépenses justifiées (article 471 alinéa 2). La loi d'ailleurs n'indique pas de quelle manière elles doivent être justifiées ; il n'est donc pas nécessaire qu'elles le soient par écrit, et c'est aux tribunaux d'apprécier si les justifications fournies par le tuteur sont ou non suffisantes [1]. Le compte renferme en outre le relevé des sommes à recouvrer et à payer. Il met l'oyant-compte à même de juger toutes les suites de la gestion et d'apprécier la situation actuelle.

2° La loi veut que la remise du compte de tutelle soit constatée par un récépissé de l'oyant-compte. On y relève habituellement le détail des pièces fournies, afin d'être assuré qu'il n'a pas été donné avant la remise du compte. La date du récépissé est importante, pour une raison qui apparaîtra bientôt. Afin d'éviter le danger d'antidate, la loi aurait pu exiger l'enregistrement du récépissé ; mais elle ne l'a pas fait.

1. Aubry et Rau, I, p. 489.

Source BIU Cujas

3° La loi veut que l'acte de règlement de la tutelle, traité, quitus, décharge totale ou partielle, n'intervienne que dix jours après la date du récépissé, afin que ce sursis forcé laisse à l'ex-pupille toute latitude pour examiner les pièces. Intervenu avant l'expiration de ce délai de dix jours, le traité serait nul. De droit commun, cependant, le mineur, dès qu'il est devenu majeur, peut passer tels actes que bon lui semble, soit avec son tuteur, soit avec les tiers (article 488); mais cette règle comporte deux exceptions. La première, consacrée par l'article 472, concerne le compte de tutelle, qui ne peut intervenir que dix jours après la date du récépissé; la seconde résulte de l'article 907 alinéa 2 : « Le mi-« neur, devenu majeur, ne pourra disposer, soit par donation « entre vifs soit par testament, au profit de celui qui aura « été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a pas « été préalablement rendu et apuré. »

Telles sont les trois prescriptions de l'article 472. Elles s'expliquent par un soupçon à l'égard du tuteur ; on craint qu'il n'agisse indûment sur l'esprit de l'oyant-compte, qu'il ne spécule sur le respect que celui-ci a pour lui, sur le désir qu'il a d'être débarrassé au plus vite de tout ce qui lui rappelle les jours de dépendance.

893. Ce sont là des prescriptions restrictives du droit commun ; par conséquent, elles ne sont impératives que dans la mesure où elles sont imposées. De là deux conséquences, qui ne sont pas sans importance.

a) D'abord le traité que l'article 472 interdit, si ce n'est dix jours après la remise du compte détaillé, est le traité relatif à la tutelle, seulement celui-là et non tout traité quelconque.

Cela résulte de ce que l'article 472 est dans la section qui a pour titre : *Des comptes de la tutelle.* L'article 472 ne déclare pas, d'une manière générale, que le tuteur et le mineur devenu majeur ne peuvent pas contracter jusqu'à ce que le compte ait été régulièrement rendu ; le législateur n'a voulu atteindre que les traités relatifs à la tutelle, ayant pour objet de décharger le tuteur, de le soustraire aux responsabilités qui lui incombent à ce titre. Les mots *tout traité* doivent être entendus seulement des traités relatifs aux comptes, car c'est seulement des comptes qu'il est question dans la section IX. Hors de là, l'article 488 reste applicable ; le mineur devenu majeur est capable de tous les actes de la vie civile.

Source BIU Cujas

Cela résulte encore de l'article 2045 qui est plus précis : le tuteur, dit-il, « ne peut transiger avec le mineur devenu « majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'ar- « ticle 472 ». Ce texte ne soumet pas toutes les transactions aux conditions de l'article 472 ; il n'y soumet que la transaction sur le compte de tutelle.

Cela résulte enfin de l'article 907 alinéa 2, déjà cité. Il défend les donations faites par le pupille devenu majeur au tuteur, ce qui serait inutile si l'article 472 défendait déjà tous les contrats en général.

Donc les conventions entre le tuteur et le mineur devenu majeur sont permises en principe, même avant l'expiration des dix jours qui suivent la date du récépissé. Il faut excepter seulement les donations entre vifs (article 907 alinéa 2) et toutes les conventions par lesquelles le pupille tiendrait le tuteur quitte de tout ou partie de ses obligations à l'égard de sa gestion : règlements de comptes proprement dits (quitus, décharge, traité de tutelle) et transactions sur le compte de tutelle (article 2045)[1]. La jurisprudence étend la prohibition à la mainlevée de l'hypothèque légale, le mineur ne pouvant pas plus remettre la garantie que la créance[2].

b) Une autre conséquence découle de ce fait que les dispositions de l'article 472 dérogent au droit commun et doivent recevoir une interprétation restrictive. Il en résulte que ces dispositions ne sont applicables qu'aux traités intervenant entre le mineur devenu majeur et le tuteur. C'est, en effet, la seule hypothèse prévue par le texte ; l'article est inapplicable dans toutes les autres.

Il est inapplicable : 1° quand le compte intervient entre le mineur devenu majeur et les héritiers du tuteur, ou le conjoint du tuteur agissant au nom de ce dernier[3], — 2° quand le compte intervient, au cas de changement de tutelle, entre le tuteur entrant et le tuteur sortant ou ses héritiers[4], — 3° quand le compte est rendu aux héritiers du mineur[5].

1. Cass. 4 février 1879, D. P. 1879. I. 86, Sir. 1880. I. 161, — 21 janvier 1889, D. P. 1889. I. 421, Sir. 1891. I. 76.

2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 472, nos 22 et suiv.

3. Cass. 19 mai 1863, D. P. 1863. I. 345, Sir. 1863. I. 305, — 28 mai 1879, D. P. 1880. I. 463, Sir 1879. I. 415.

4. La solution est admise implicitement par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 28 mai 1879.

5. Cass. 9 juillet 1866, D. P. 1866. I. 385, Sir. 1866. I. 381, — Paris 28 mars 1874, sous Cass. 12 janvier 1875, D. P. 1876. I. 217. Sir. 1875. I. 117.

Source BIU Cujas

L'article 472 ne prévoit pas ces cas ; or il est exceptionnel ; donc il ne s'applique qu'à un cas particulier : celui du compte intervenant entre le tuteur et le mineur devenu majeur. C'est, du reste, très rationnel. Quel est, en effet, le péril que l'article 472 a pour but de conjurer ? Celui qui peut résulter pour l'ex-pupille de la déférence qu'il a naturellement pour son ex-tuteur et dont on craint que celui-ci n'abuse. Or ce péril n'existe ni quand le compte est rendu à un autre qu'au mineur devenu majeur, ni quand il est rendu par un autre que par le tuteur, ni, à plus forte raison, quand il est rendu à un autre qu'au mineur par un autre que le tuteur. Les parties en présence ont alors toute la liberté nécessaire pour débattre leurs intérêts ; la raison d'être de l'article 472 disparaît [1].

Le compte est alors rendu librement, sauf, si des contestations s'élèvent, à les faire trancher par l'autorité judiciaire (article 473).

III. *Aux frais de qui les comptes de tutelle sont-ils rendus ?*

894. En principe, les frais sont supportés par le pupille, car c'est dans son intérêt que la tutelle a été gérée ; mais, comme il n'est pas encore, quoique majeur, en possession de sa fortune, le tuteur doit avancer les frais (article 471 alinéa 1, *in fine*). Le tuteur doit en faire l'avance même quand il n'a pas, sur les fonds disponibles du mineur, de quoi y subvenir. Il faut ajouter que les frais pourraient certainement être mis à la charge du tuteur s'ils étaient nécessités par sa faute, par exemple en cas de destitution ; mais il ne faudrait pas en dire autant du cas d'excuse.

1. La question reste ouverte de savoir si les prescriptions de l'article 472 sont applicables dans l'hypothèse où le compte de tutelle est rendu par l'ex-tuteur au mineur émancipé. L'article 480 exige que le mineur émancipé soit assisté, pour recevoir le compte, « d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de « famille » ; il est permis de penser que c'est là une garantie suffisante (Rennes 14 janvier 1876, sous Cass. 4 février 1879, Sir. 1879. I. 161). D'un autre côté, l'article 471 vise deux cas : celui où le compte est rendu à un mineur devenu majeur, et celui où il est rendu à un mineur émancipé ; l'article 472, au contraire, ne parle plus que du compte intervenant entre le tuteur et le mineur devenu majeur, d'où l'on peut conclure que les règles de cet article ne sont pas applicables au cas d'émancipation. Dans le doute et pour éviter tout risque, le mieux est de se conformer aux prescriptions de l'article 472. — Voy Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 480, n° 20.

Source BIU Cujas

IV. *Quelles sont les suites du compte de tutelle ?*

895. La reddition du compte peut amener deux situations. Ou bien les recettes détaillées au compte sont supérieures aux dépenses. Le compte, alors, relève un reliquat qui est dû au mineur. Une faveur spéciale est accordée à celui-ci par le premier alinéa de l'article 474 : « La somme à laquelle « s'élèvera le reliquat dû par le tuteur portera intérêt, sans « demande, à compter de la clôture du compte. » C'est une exception à la règle que formule l'article 1153 alinéa 3, d'après lequel les intérêts moratoires, dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent, « ne « sont dus que du jour de la demande » ; le texte ajoute : « excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit » ; l'article 474 relève précisément un de ces cas. On a considéré qu'il y aurait inconvénient à ce que l'ex-mineur eût un avantage à poursuivre le tuteur, car pareille poursuite est une extrémité qu'il faut éviter ; cependant, il ne faut pas que le mineur soit victime de la réserve que la situation lui commande ; de là l'article 474 alinéa 1.

Ou bien les dépenses excèdent les recettes, comme il arrive quand des avances ont été faites par le tuteur. Le compte relève encore un reliquat, seulement un reliquat dû au tuteur. Le second alinéa de l'article 474 n'admet pas pour l'ex-tuteur créancier d'un reliquat la faveur que l'alinéa précédent accorde à l'ex-pupille ; toutefois, l'alinéa 2 n'exige pas non plus que le tuteur fasse une demande en justice pour faire courir les intérêts ; une simple sommation suffit, contrairement au droit commun de l'article 1153, qui exige une demande en justice. Les motifs de cette distinction ne sont pas bien appréciables.

896. La fixation du reliquat est le résultat direct du compte. Mais le tuteur n'est pas définitivement libéré, quoique le compte ait été rendu et le reliquat soldé, s'il est à sa charge. L'article 475 réserve à l'ex-pupille un délai de dix ans pour agir contre son ex-tuteur : « Toute action du mineur contre « son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit « par dix ans à compter de la majorité. »

Il y a là une dérogation au droit commun, d'après lequel la durée des actions est de trente ans (article 2262). On a

Source BIU Cujas

considéré que le tuteur supporte gratuitement les charges lourdes de la tutelle ; on a jugé utile et équitable qu'il fût libéré des suites de sa gestion plus vite qu'un débiteur ordinaire. Il importe à sa tranquillité qu'il ne puisse être recherché trop longtemps. Aussi l'article 475 établit à son profit la courte prescription de dix ans.

Les dix ans courent, dit le texte, « à compter de la majo-« rité ». C'est un corollaire de l'article 2252, d'après lequel la prescription ne court pas contre les mineurs. Il en est ainsi même dans l'hypothèse où le mineur a été émancipé, car c'est seulement à sa majorité qu'il a pleine liberté pour agir.

La règle, toutefois, comporte deux exceptions. La première a lieu lorsque la tutelle a pris fin par la mort du mineur; c'est alors à ses héritiers qu'il appartient d'agir contre le tuteur, et le délai de dix ans qui leur est imparti pour le faire commence à courir, pourvu qu'ils soient majeurs[1], à compter de la mort du mineur[2]. La seconde exception se rapporte à l'hypothèse où le tuteur a, en fait, continué de gérer la tutelle après la majorité du pupille et n'a pas rendu ses comptes; dans ce cas, c'est toujours en qualité de tuteur qu'il continue sa gestion, et le délai de dix ans ne peut pas courir à son profit tant que cette gestion n'a pas pris fin[3]. Sauf ces restrictions, le délai de la prescription est de dix années, qui commencent à courir du jour de la majorité du pupille.

Cependant, comme la prescription de l'article 475 n'est pas celle du droit commun, il ne faut appliquer le texte qu'aux cas en vue desquels il est formellement écrit. Or il ne limite la durée de la responsabilité du tuteur que « relati-« vement aux faits de la tutelle », c'est-à-dire si le tuteur est recherché à raison des faits de sa gestion. Par conséquent, la règle s'applique : 1° à l'action en reddition de comptes proprement dite, — 2° à l'action en redressement d'un compte déjà rendu, si le redressement implique appréciation d'actes de la gestion, par exemple si le demandeur allègue une omission de recettes ou une exagération de dépenses,

1. S'ils sont mineurs, la prescription est suspendue à leur profit par application de l'article 2252.
2. Bourges 1er février 1827, dans Dalloz, *Répertoire*, V° *Minorité*, n° 679.
3. Cass. 15 février 1882, D. P. 1883.I.111.

Source BIU Cujas

— 3° à l'action en responsabilité pour prétendues fautes commises. Mais la règle est inapplicable : 1° à l'action en paiement du reliquat établi par le compte, — 2° à l'action en restitution des biens du mineur, — 3° à l'action en redressement d'erreurs matérielles du compte, ne mettant pas en cause des faits de la tutelle. Ces actions-là ne se prescrivent que par trente ans[1]. Il faut ajouter que la prescription décennale de l'article 475 est spéciale aux actions de l'ex-pupille contre l'ex-tuteur ; elle est étrangère aux actions que l'ex-tuteur dirige contre l'ex-pupille[2] ; enfin elle est spéciale à la tutelle et non applicable, par conséquent, au cas d'administration légale[3].

1. Aubry et Rau, I, p. 497.
2. Nîmes 18 novembre 1892, D. P. 1893.I.150.
3. Demante, *Cours analytique*, II, n° 137 *bis* III.

Source BIU Cujas

CHAPITRE V

DE L'ÉMANCIPATION ET DE LA CURATELLE.

897. La curatelle est la troisième forme que peut prendre l'autorité sur les mineurs ; après l'autorité paternelle et la tutelle, la curatelle. Elle correspond à l'état qui résulte pour le mineur de l'émancipation. Parmi les faits qui mettent fin à la puissance paternelle comme à la tutelle et qui ont été énumérés, l'émancipation doit être reprise séparément, car elle est l'objet de règles qui méritent attention. Un chapitre spécial du titre *De la tutelle* y est consacré : le chapitre III, renfermant les articles 476 à 487.

898. Qu'est-ce que l'émancipation ? Le mot est romain ; l'institution n'a plus actuellement aucun des caractères qu'elle a eus jadis.

L'émancipation romaine se rattachait à la constitution si particulière de la famille romaine, à la théorie de la *patria potestas*. De même que, par l'adoption, la personne adoptée entrait dans la famille et y acquérait tous les droits de famille, de même, par l'émancipation, le *filius familias* sortait de la famille civile et perdait tous les droits qu'il y possédait. L'émancipation était donc un mode d'extinction, de dissolution de la *patria potestas* ; elle brisait les rapports d'agnation, c'est-à-dire de parenté civile ; l'émancipé, étranger désormais à sa famille primitive, devenait *sui juris*, chef d'une famille nouvelle. Telle fut au moins la théorie classique. Elle a été successivement modifiée, à mesure que s'altéra le caractère primitif de la famille romaine et que la notion de la famille naturelle fut mieux comprise [1].

De nos jours, l'émancipation est tout autre chose. Elle ne brise plus, elle n'altère même en rien les rapports de famille

1. Sur l'extinction de la *patria potestas* par l'émancipation, voy. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 181 et suiv.

Source BIU Cujas

ni les droits qui en résultent ; elle est un simple bénéfice, qui anticipe, dans une certaine mesure, l'époque de la majorité, qui met fin, avant le terme habituel, à l'autorité paternelle (article 372) et à la tutelle (article 471), à toutes les deux quelquefois, quand le mineur y est soumis à la fois. Si on l'envisage dans ses effets, elle place le mineur à la tête de ses affaires et le dispense d'avoir un représentant légal, sans d'ailleurs lui donner encore le droit de faire seul les actes les plus importants. La condition qui est faite à l'émancipé n'est plus la minorité, avec l'incapacité générale qui en résulte ; ce n'est pas encore la majorité, avec la pleine capacité qu'elle donne ; c'est un état intermédiaire.

L'émancipation moderne n'a donc rien de commun avec l'émancipation romaine, si ce n'est le nom.

899. Ainsi comprise, si l'usage en était général ou au moins habituel, l'émancipation constituerait une sorte de stage, de noviciat. Il faudrait pour cela qu'elle fût de droit à un certain âge pour tous les mineurs.

Tel était le système de plusieurs anciennes coutumes ; elles admettaient que le mineur était émancipé de droit à un certain âge, fixé par quelques-unes à dix-huit ans. La majorité n'était ensuite atteinte qu'à vingt-cinq ans. Ainsi se trouvait ménagée une période de transition, qui pouvait être très utile ; le mineur, avant d'être livré à lui-même à tous égards, faisait un apprentissage d'expérience [1].

Tel fut également le système du projet de Code civil ; mais le point de vue a été abandonné au cours de la discussion, et on peut dire qu'il l'a été sans motifs pertinents [2].

Dans le système du Code, le passage de l'incapacité à la capacité, en d'autres termes de la minorité à la majorité, est, en général, brusque et sans transition. Une heure avant vingt et un ans, le mineur est incapable et représenté dans les actes civils ici par son père, là par son tuteur, selon qu'il y a puissance paternelle ou tutelle ; une heure après, il est pleinement capable et agit lui-même sous sa complète responsabilité en toutes choses. Cela n'est pas satisfaisant, car la nature ne procède pas aussi brusquement ; il existe une grada-

1. Voy. Koenigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*, p. 229.

2. Voy. Locré, VII, p. 145, — Fenet, p. 564, 565 et 594. — Cpr. Demolombe, *Traité de la minorité*, 3e édition, II, n° 189.

Source BIU Cujas

tion de l'enfance à l'âge viril,et il serait conforme à la nature des choses de faire passer le mineur par un état intermédiaire le préparant à la possession de lui-même ; il y aurait avantage à revenir à ce qui a été pratiqué dans l'ancien droit français [1].

Finalement, dans le système actuel, l'émancipation n'est plus une mesure générale. Il en résulte qu'elle est loin d'avoir aujourd'hui l'importance qu'elle avait autrefois.

900. En fait, elle est relativement assez rare.

1° Elle résulte de plein droit du mariage (article 476). C'est son application de beaucoup la plus usuelle.On ne concevrait pas, dans l'état de nos mœurs, que le mari, qui devient chef de famille, qui va avoir l'autorité maritale sur la femme et l'autorité paternelle sur les enfants, restât lui-même soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle ; on ne concevrait pas davantage que la femme, qui va diriger le ménage et élever ses enfants, fût placée sous une autorité autre que celle de son mari. Tous deux d'ailleurs ont une mission à remplir dans la famille et notamment à l'égard des enfants, mission impliquant une indépendance que n'a pas le mineur non émancipé. De là l'article 476 : « Le mineur est émancipé de « plein droit par le mariage. » L'émancipation est la conséquence du fait seul de la célébration du mariage ; elle a lieu de plein droit.

2° Il y a un cas où elle s'impose comme une nécessité légale : quand le mineur veut être commerçant. Cela résulte des articles 2 du Code de commerce et 487 du Code civil. Le motif est très apparent : c'est une nécessité de crédit pour le mineur, ou, ce qui revient au même, de sécurité pour les tiers. L'incapacité, telle qu'elle résulte de la minorité, serait mortelle au crédit, sans lequel les opérations commerciales ne sont pas possibles ; l'éventualité des actions en nullité ou en rescision rendrait impossible de passer aucun acte. Les deux idées se tiennent ; les articles 2 du Code de commerce et 487 du Code civil supposent que le mineur doit être

1. En 1851, une proposition a été présentée par M. Benoît Champy, tendant à modifier en ce sens le système du Code civil. La majorité eût été rejetée à vingt-cinq ans,et la minorité divisée en deux périodes : l'une finissant à vingt et un ans, l'autre commençant à cet âge et pendant laquelle on eût appliqué à peu près le système de l'émancipation. Les circonstances politiques ont empêché la discussion de cette proposition, qui n'a pas été reprise depuis lors. Voy. le *Moniteur* des 16 février et 14 août 1851. Cpr. *suprà*, p. 521.

Source BIU Cujas

émancipé pour faire le commerce, et l'article 1308 ajoute : « Le mineur commerçant... n'est point restituable contre les « engagements qu'il a pris à raison de son commerce... »

3° Il y a quelques cas où l'émancipation s'offre comme une mesure utile, pouvant simplifier certaines difficultés de situation. Par exemple, en cas de conflit entre le conseil de famille ou le subrogé tuteur et le tuteur, le meilleur est souvent d'émanciper le mineur. De même, quand le tuteur vient à mourir ou se fait excuser aux approches de la majorité, on émancipe le mineur afin d'éviter de nommer un nouveau tuteur, de commencer une nouvelle administration.

4° Parfois aussi, mais plus rarement, l'émancipation intervient comme un privilège ou un honneur au profit de quelques natures précoces, pour lesquelles la raison devance les années.

En résumé, l'émancipation est quelquefois légale, parfois nécessaire, d'autres fois utile en fait ; mais elle reste toujours une mesure exceptionnelle. Régulièrement, la majorité seule met fin à la puissance paternelle et à la tutelle.

901. Cela dit, il est temps de passer aux détails du sujet et de faire connaître : 1° d'où résulte l'émancipation, — 2° quelle condition elle fait au mineur, — 3° jusqu'à quand cette condition persiste.

SECTION I. — **D'où résulte l'émancipation.**

902. A cet égard, l'émancipation se présente sous deux formes : l'émancipation tacite et l'émancipation expresse. Elles ne doivent pas, d'ailleurs, être opposées seulement sous ce rapport ; nous verrons ailleurs qu'elles n'ont pas complètement les mêmes effets [1].

903. Commençons par l'émancipation dite tacite. Le mineur, nous venons de le dire, est émancipé de plein droit par le mariage (article 476).

Puisque l'émancipation est un effet légal du mariage et résulte du seul fait de la célébration, elle se produit sans autre condition, et sans qu'il soit permis, par une convention contraire, de l'empêcher, de modifier les effets que produit le mariage à cet égard. Pour le même motif, l'émancipation ta-

1. *Infrà*, p. 549, 555 et 557.

Source BIU Cujas

cite est possible dès que le mariage l'est lui-même, c'est-à-dire à quinze ans pour les femmes et à dix-huit pour les hommes, plus tôt même si des dispenses d'âge ont été accordées (articles 144 et 145). Enfin, une fois que l'émancipation s'est produite comme un effet légal du mariage, elle subsiste même si le mariage est dissous avant la majorité ; c'est un bénéfice acquis. Mais il en est autrement si le mariage est annulé [1], à moins que le mariage ne soit putatif [2].

904. L'émancipation dite expresse, c'est-à-dire celle qui est conférée par une volonté exprimée au moyen d'un acte formel, est possible dans des conditions qui varient selon les cas. Le droit de la conférer est un attribut de la puissance paternelle ; il résulte du droit de direction et d'éducation. Dès lors, il appartient aux père et mère légitimes ou naturels, dans l'ordre où ils sont appelés à exercer cette autorité. Tant qu'ils existent, eux seuls ont le droit d'émanciper l'enfant ; ils l'ont exclusivement, quand même une décision judiciaire leur aurait enlevé la garde de l'enfant ; ils ne le perdent que dans les cas où ils encourent la déchéance de l'autorité paternelle.

Non seulement le droit des père et mère est exclusif de tout autre ; il est en outre absolu : l'usage qu'ils croient devoir faire de leur pouvoir échappe à tout contrôle [3].

Quand l'émancipation est ainsi conférée par le père ou la mère, elle est possible dès que l'enfant a quinze ans révolus (article 477 alinéa 1). Il n'y a pas d'inconvénient à la permettre dès cet âge puisqu'elle reste toujours facultative ; l'enfant d'ailleurs continuera naturellement d'avoir l'appui et les conseils de ses parents.

Elle s'opère par la seule déclaration du père ou de la mère,

1. Sur la différence entre la dissolution et l'annulation du mariage, voy. *suprà*, tome I, p. 404, p. 433 et suiv.

2. Sur le mariage putatif et les effets que produit le caractère putatif du mariage, voy. *suprà*, tome I, p. 407 et suiv., spécialement p. 410.

3. *Secus* Caen 9 juillet 1850, D. P. 1852.V.231. — Toutefois, dans le cas où une décision judiciaire a enlevé aux père et mère la garde de l'enfant, la jurisprudence reconnaît que les tribunaux peuvent intervenir, non pas pour statuer sur l'émancipation, mais afin de veiller à ce que l'émancipation ne porte pas atteinte aux mesures ordonnées par justice et n'aille pas à l'encontre de l'intérêt bien compris du mineur (Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 477, nos 11 et suiv.). Laurent conteste énergiquement la légitimité de cette immixtion des tribunaux dans l'exercice de l'autorité paternelle ; il ne l'admet que dans le cas de divorce ou de séparation de corps (*Principes*, V, n° 199).

Source BIU Cujas

reçue par le juge de paix du domicile du mineur (article 477 alinéa 2).

Lorsque les père et mère sont morts tous deux, ont perdu l'autorité paternelle ou se trouvent hors d'état de l'exercer, le pouvoir d'émanciper est dévolu au conseil de famille (article 478 alinéa 1)[1]. L'émancipation n'est plus possible, dans ce cas, qu'à l'âge de dix-huit ans accomplis (*ibid.*) ; plus tôt, le mineur, resté sans père et mère et n'ayant plus de tuteur puisqu'il serait émancipé, risquerait d'être trop abandonné à lui-même.

L'article 479 reconnaît au tuteur, ainsi qu'aux parents et alliés du mineur jusqu'au quatrième degré, la faculté de « requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille « pour délibérer à ce sujet » ; il ajoute que « le juge de paix « devra déférer à cette réquisition ». Il ne paraît pas, d'après l'article 479, que le mineur soit autorisé à provoquer lui-même son émancipation, ni que le juge de paix ait qualité pour convoquer d'office le conseil de famille à cet effet[2].

Si le conseil de famille regarde l'émancipation comme opportune, elle résultera, dit l'article 478 alinéa 2, « de la dé- « libération qui l'aura autorisée et de la déclaration que le « juge de paix, comme président du conseil de famille, aura « faite dans le même acte que le mineur est émancipé ».

Soit qu'elle admette, soit qu'elle refuse l'émancipation, la délibération du conseil de famille peut être déférée aux tribunaux, conformément au droit commun, par ceux des membres du conseil dont l'opinion n'a pas prévalu[3].

Qu'elle soit conférée par les père et mère ou le conseil de famille, l'émancipation n'est soumise à aucune publicité.

1. *Suprà*, p. 476.

2. Il y a, sur cette question, une grande divergence d'avis parmi les auteurs. Voy. Aubry et Rau, I, p. 542. Laurent observe avec raison que, s'il n'y a pas de parents au degré déterminé par la loi, le juge de paix ne manquera pas, s'il le croit opportun, de convoquer le conseil : « Le fait, dit-il, l'emporterait sur « le droit » (*Principes*, V, n° 206). Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 479, n°s 1 et suiv.

3. *Suprà*, n° 803. Cpr. Toulouse 22 février 1854, D. P. 1854. II. 239, Sir. 1854. II. 197. — La plupart des interprètes admettent cependant qu'il est fait exception dans ce cas à l'article 883 du Code de procédure civile et que la délibération du conseil de famille est ici souveraine et inattaquable (Aubry et Rau, I, p. 543). Mais, dit fort bien Laurent, « il n'y a d'exceptions que celles que le « législateur consacre ; vainement invoque-t-on les meilleures raisons pour « justifier une dérogation à la règle ; ces raisons s'adressent au législateur ; l'in- « terprète n'en peut tenir aucun compte » (*Principes*, IV, n° 470).

Source BIU Cujas

Cela est regrettable, car elle intéresse les tiers, puisqu'elle modifie la capacité du mineur.

SECTION II. — **Quelle condition l'émancipation fait au mineur.**

905. Puisque l'émancipation met fin à l'autorité paternelle, il n'y a plus, après elle, ni administration légale ni jouissance légale. Puisqu'elle met fin à la tutelle, il n'y a plus administration tutélaire. Donc l'émancipé n'a plus de représentant légal. Il gouverne lui-même sa personne et ses biens ; il a l'administration et la jouissance de sa fortune, contracte, plaide et fait tous les actes civils. Sans doute il n'est pas encore pleinement capable, car il reste mineur. Il est mis en curatelle ; tel est, avons-nous dit, le nom et la forme que prend alors le pouvoir domestique.

906. La curatelle, cela mérite d'être remarqué, n'a trait qu'aux biens, aux intérêts pécuniaires. Par là encore, la condition du mineur émancipé se sépare nettement de celle du mineur en puissance paternelle ou en tutelle. Pour ce qui concerne sa personne, le mineur émancipé est assimilé au majeur. Il a et peut se choisir un domicile propre (article 108) ; il peut, même au-dessous de vingt ans, contracter seul un engagement militaire (loi du 15 juillet 1889, article 59) ; il a le droit exclusif et sans contrôle de se gouverner lui-même, de diriger sa vie, de disposer de son temps ; il n'y a plus place ni pour le droit d'éducation ni pour le droit de correction.

Donc il est maître de sa personne. La règle, toutefois, n'est pas absolue. L'émancipé, comme du reste le majeur, ne peut se marier qu'avec le consentement de ses père et mère, à leur défaut de ses ascendants, et, à défaut d'ascendants, du conseil de famille (articles 148, 149, 160) [1]. Il faut ajouter que le mineur émancipé ne peut pas être adopté (article 346).

Sous ces réserves, la condition du mineur émancipé, quant à sa personne, est celle du majeur. Il semble devoir résulter de là que le mineur émancipé a qualité pour intenter les actions qui concernent son état et sa capacité, ainsi que pour y défendre : actions en désaveu, en nullité de mariage, en divorce ou en séparation de corps, en interdiction. Il faut mettre

1. Cpr. l'article 7 du décret du 18 février 1809, relatif aux congrégations ou maisons hospitalières de femmes (*suprà*, p. 368, note 3).

Source BIU Cujas

sur la même ligne l'action en séparation de biens, qui concerne, il est vrai, les intérêts pécuniaires, mais où le point de vue moral a une importance considérable. Cependant, beaucoup d'auteurs admettent, à cause de l'importance de ces actions et malgré le silence de la loi, qu'il faut l'assistance du curateur ; la pratique, pour plus de sécurité, l'admet aussi [1]. Il a été jugé cependant que le mineur émancipé n'a pas besoin d'être assisté de son curateur pour défendre à une demande en interdiction, à raison des garanties spéciales alors établies au profit du défendeur [2].

907. Quant aux biens, le mineur émancipé est soumis à un régime qui lui est particulier : celui de la curatelle.

Il faut indiquer quelle est l'organisation de la curatelle et dans quelle mesure elle limite la capacité du mineur.

§ 1. — Organisation de la curatelle.

908. Le Code n'en parle que d'une manière incidente. C'est par induction seulement qu'on devine quel est le personnel d'une curatelle.

Les articles 480 et 482 indiquent certains actes que le mineur émancipé ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur ; donc il a un curateur. Les articles 480, 483 et 484 exigent, dans certains cas, l'intervention du conseil de famille ; donc le mineur émancipé a un conseil de famille. Il en a un même quand ses père et mère existent tous deux ; la loi ne fait pas de distinction. Leur sollicitude commune paraît suffisante pour garantir les intérêts du mineur avant l'émancipation, quand ils ont le droit d'éducation ; elle n'est plus considérée comme telle quand l'enfant a été émancipé. Pourquoi ? Il est difficile d'en donner une raison satisfaisante.

Finalement l'organisation de la curatelle comporte un conseil de famille et un curateur. Voilà le personnel, plus simple, par conséquent, que celui de la tutelle.

909. Le conseil de famille est nommé conformément aux articles 407 et suivants, qui sont applicables ici par analogie. Ses fonctions sont à peu près les mêmes qu'au cas de tutelle [3] ; il a la haute direction des intérêts du mineur éman-

1. Aubry et Rau, I, p. 554, — Laurent, *Principes*, V, n° 227.
2. Bourges 22 décembre 1862, D. P. 1863. V. 218, Sir. 1863. II. 132.
3. Les développements déjà présentés suffisent à faire apercevoir que les fonc-

Source BIU Cujas

cipé, délibère sur certains actes et autorise le mineur à les passer.

910. Quant au curateur, il diffère du tuteur sous deux rapports.

D'abord il n'a pas les mêmes fonctions. A la différence du père ou du tuteur, il ne représente pas le mineur ; il conseille et n'agit pas ; sa fonction se borne (l'expression est consacrée et légale) à *assister* le mineur, lequel figure lui-même dans les actes civils (articles 480 et 482)[1]. Aussi le curateur, à la différence du tuteur, n'est pas comptable, parce qu'il n'a pas une gestion ; ses biens ne sont pas, comme ceux du tuteur, grevés d'hypothèque légale. Chargé d'une mission déterminée, il est seulement responsable dans les termes du droit commun s'il ne la remplit pas ou s'en acquitte mal, c'est-à-dire quand il n'y apporte pas les soins d'un bon père de famille (article 1992).

Le curateur diffère, en outre, du tuteur en ce qu'il n'est pas désigné de la même manière. Comment l'est-il ? L'article 480, le seul qui fasse allusion au mode de désignation du curateur, le suppose nommé par le conseil de famille. N'est-il pas vraisemblable que tel est le mode ordinaire et normal de désignation ? C'est l'opinion qui domine ; on admet communément qu'il n'y a pas de curatelle légitime. La solution, ajoute-t-on, s'explique. Il s'agit d'une fonction d'un genre tout spécial, difficile à remplir, plus difficile que la tutelle,

tions du conseil de famille ne sont pas tout à fait les mêmes au cas de curatelle qu'au cas de tutelle. Nous avons dit, en effet, que le mineur émancipé est assimilé au majeur pour tout ce qui concerne la direction de sa personne (*suprà*, n° 905). Même par rapport aux intérêts pécuniaires, nous verrons bientôt que les attributions du conseil de famille sont moins étendues au cas de curatelle qu'au cas de tutelle ; en effet, le mineur émancipé fait valablement avec la seule assistance du curateur des actes que le tuteur n'a pouvoir de faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille (*infrà*, n° 916).

1. La fonction générale du curateur étant telle, il faut décider qu'il ne peut pas contraindre le mineur émancipé à faire un acte. L'inaction du mineur peut avoir des inconvénients graves, mais il n'importe ; le curateur n'a pas le droit d'agir comme représentant du mineur, et la loi ne met à sa disposition aucun moyen de forcer le mineur à agir lui-même. La mission officielle du curateur est de surveiller l'accomplissement des actes juridiques qui dépassent les limites de la capacité du mineur, et d'empêcher au besoin ces actes par le refus d'assistance ; sa mission officieuse est de conseiller le mineur. En d'autres termes, il joue près de lui le même rôle que joue près de la mère tutrice le conseil à la mère survivante (*suprà*, p. 460). *Sic* Aubry et Rau, I, p. 547, — Laurent, *Principes*, V, n° 228, — Dalloz, *Répertoire*, V° *Minorité*, n°s 831 et 832.

Source BIU Cujas

qui ne doit être confiée qu'à bon escient. Il est infiniment plus facile de représenter une personne et d'agir en son nom que de l'assister, de la guider et de lui faire accepter les conseils qu'on lui donne. D'où l'on conclut que le curateur doit, en principe, n'être nommé que *cognita causa* par le conseil de famille. Le père lui-même, si c'est lui qui a conféré l'émancipation, n'a pas de plein droit la curatelle, puisqu'aucun texte ne la lui attribue ; il ne l'a que si le conseil de famille la lui confère [1].

Il y a cependant un cas où la jurisprudence et la doctrine presqu'unanime admettent une curatelle légitime : le mari majeur est de droit curateur de sa femme mineure émancipée par le mariage, de même qu'il serait de droit tuteur de sa femme interdite (article 506)[2]. Dans ce cas, dit-on, l'assistance du curateur se confond naturellement avec l'autorisation maritale ; l'autorisation, bien qu'elle diffère de l'assistance, vaut l'assistance et la remplace; le mari assiste suffisamment quand il autorise.

Mais l'assistance peut se concevoir comme distincte de l'autorisation maritale, s'il s'agit d'actes que la femme peut faire sans autorisation en tant que femme mariée, et qu'elle ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur en tant que mineure émancipée ; par exemple, étant séparée de biens, elle reçoit un compte de tutelle ou un capital mobilier (articles 480, 482, 1449). Le mari est alors sans qualité pour autoriser la femme en tant que mari ; la jurisprudence lui reconnaît qualité pour l'assister à titre de curateur.

Dans ce cas, la décision adoptée par la jurisprudence est fort contestable. Dès que la femme n'a besoin d'être assistée, en tant que mineure émancipée, que dans des cas particuliers, elle n'a pas besoin d'un curateur général ; il suffit de lui nommer un curateur *ad hoc* pour chacun des actes à propos desquels elle a besoin d'être assistée [3]. C'est ce que paraît supposer l'article 2208 dans un cas particulier. Un immeuble, appartenant en propre à une femme mariée mineure, fait l'objet d'une expropriation forcée ; le mari est lui-même

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 480, nos 4 et 5, — Besançon 8 avril 1884, D. P. 1885.II.246, Sir. 1884.II.93.

2. Fuzier-Herman, *op. laud.*, article 480, n° 1.

3. Voy. en ce sens Demante, *Cours analytique*, II, p. 315 et suiv., — Laurent, *Principes* V, n° 209.

Source BIU Cujas

mineur ou refuse de procéder avec la femme comme défendeur. Le tribunal autorise la défenderesse en qualité de femme mariée, conformément aux articles 218 et 224 ; en même temps, il la fait assister par un curateur *ad hoc* en tant que mineure émancipée [1].

Hors ce cas, la curatelle est dative, c'est-à-dire que le curateur doit être nommé par le conseil de famille [2].

911. Indépendamment du curateur ordinaire, chargé une fois pour toutes d'assister le mineur émancipé jusqu'à la majorité, il peut y avoir lieu, dans quelques cas, de nommer un curateur *ad hoc*, de même que, pendant la tutelle, on nomme des tuteurs et subrogés tuteurs *ad hoc*. Il en est ainsi : 1° dans le cas où plusieurs mineurs émancipés, munis d'un même curateur, ont des intérêts opposés à propos desquels ils doivent être assistés (articles 838 C. civ. et 968 C. proc. civ.), — 2° dans le cas prévu par l'article 2208, et, en général, toutes les fois que le curateur ordinaire refuse d'assister le mineur, — 3° en cas d'opposition d'intérêts entre le curateur et le mineur émancipé. Par exemple, c'est un curateur *ad hoc* qui assiste le mineur émancipé recevant le compte de tutelle, quand le conseil de famille a chargé de la curatelle le père émancipateur ou le tuteur. Ni le père ni le tuteur, qui ont à rendre compte l'un de l'administration légale, l'autre de la tutelle, ne peuvent assister le mineur qui reçoit le compte ; il faut donc, sous peine de les exclure de la curatelle générale, les remplacer momentanément par un curateur *ad hoc*.

912. De même que la tutelle, la curatelle est une charge obligatoire et gratuite. Les règles de la tutelle sur les incapacités, les excuses, les exclusions et destitutions sont applicables par analogie à la curatelle.

§ 2. — Dans quelle mesure la curatelle limite la capacité du mineur émancipé.

913. La curatelle n'a d'effet, nous l'avons constaté déjà, que quant aux biens. La validité des actes relatifs au patrimoine est subordonnée à des conditions qui varient selon leur

1. Le texte dit improprement : « Il est nommé par le tribunal un tuteur à « la femme, contre lequel la poursuite est exercée. » C'est un curateur qui est nommé, pour assister la femme comme demanderesse.

2. Voy. cependant un autre cas de curatelle légitime, *infrà*, n° 933.

Source BIU Cujas

importance et les dangers auxquels ils exposent. Mêmes idées générales déjà rencontrées en cas de tutelle et classifications analogues ; elles ne correspondent pas exactement, mais elles s'expliquent au moins par des considérations de même nature.

Les actes, quant aux conditions dans lesquelles ils peuvent ou doivent être faits, sont de trois sortes. Il en est que le mineur émancipé peut faire seul, qui sont valables sans formalités spéciales ni assistance de qui que ce soit. Il en est pour lesquels il lui faut l'assistance de son curateur, cette assistance étant suffisante. Il en est enfin pour lesquels il reste soumis aux formalités exigées en cas de tutelle, sauf que c'est lui qui les passe, puisqu'il n'a plus de représentant. Les articles 481 à 484 arrêtent cette classification. Il faut en présenter rapidement l'analyse.

I. *Actes que le mineur émancipé peut faire seul.*

914. L'article 481 les caractérise ainsi : tous ceux « qui ne « sont que de pure administration ». Le signe qui les distingue n'est pas absolument précis ; donc les limites de cette classe d'actes restent un peu vagues.

915. Cédant à la tentation de faire des rapprochements, on dit souvent que les actes que le mineur émancipé peut faire seul sont ceux que le tuteur, pendant la tutelle, a le pouvoir de faire sans demander l'autorisation du conseil de famille. La proposition est inexacte ; il n'y a pas de corrélation préétablie entre les deux situations, et il faut se garder, dans une matière qui est de pure pratique, des formules trop générales. Les droits du mineur émancipé sont moins étendus à certains égards, plus étendus à d'autres que les pouvoirs du tuteur.

Ainsi, pendant la tutelle, le tuteur peut faire seul tous les actes d'administration (article 450) ; le mineur émancipé ne peut faire seul que les actes de *pure* administration (article 481), expression restrictive indiquant assez que certains actes d'administration excèdent la capacité du mineur émancipé. Notamment il ne peut seul ni recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, ni en faire emploi, ce que le tuteur a pouvoir de faire (article 482).

A l'inverse, le mineur émancipé règle à son gré ses dépenses et dispose librement de ses revenus, ce que le tuteur n'a

Source BIU Cujas

pas le pouvoir de faire (articles 454 et 455). Donc cette première classe d'actes ne correspond pas à celle des actes que le tuteur a pouvoir de faire seul.

916. L'idée générale paraît être celle-ci : le mineur émancipé dispose librement de ses revenus, mais il y aurait danger à lui permettre de disposer de ses capitaux et de faire seul les actes qui les engagent. Il n'a capacité que pour les actes de pure administration.

Ainsi il peut seul : 1° faire tous les actes conservatoires, prendre des inscriptions, former opposition, interrompre des prescriptions etc., — 2° passer les baux dont la durée n'excède pas neuf ans (articles 481 et 1718), — 3° prendre des immeubles à bail ou à ferme, — 4° toucher ses revenus, en donner décharge et en faire emploi (article 481), — 5° aliéner les meubles corporels dans la limite que comportent les nécessités de l'administration, notamment vendre ses récoltes et échanger les produits de son travail, mais pas au delà, — 6° intenter toutes actions mobilières ou y défendre, sauf, s'il s'agit d'un capital, à ne le toucher du débiteur condamné qu'avec l'assistance de son curateur (articles 481 et 482), — en un mot, faire tous les actes nécessaires pour conserver, entretenir et exploiter les biens, subvenir à l'entretien de la personne et de la maison, exercer un travail ou une industrie, et généralement s'obliger dans la limite des besoins stricts de l'administration.

II. *Actes pour lesquels le mineur émancipé doit être assisté de son curateur.*

917. Cette catégorie comprend : d'abord les actes d'administration qui ne rentrent pas dans les actes de pure administration, — en outre, plusieurs des actes que le tuteur, pendant la tutelle, fait avec l'autorisation du conseil de famille et que le mineur émancipé peut faire avec la seule assistance de son curateur. C'est une énumération à faire et à connaître.

1° Le mineur émancipé peut, avec l'assistance de son curateur, recevoir son compte de tutelle (article 480) ou d'administration légale.

2° Il peut recevoir un capital mobilier, en donner décharge et en faire emploi ; le curateur, dans ce cas, doit surveiller l'emploi (article 482)[1].

1. Demolombe (*Traité de la minorité*, 3e édition, II, n° 298) n'exige l'assis-

Source BIU Cujas

3° Il peut intenter une action immobilière ou y défendre (article 482) [1].

4° Il peut provoquer un partage et défendre à la demande (articles 840, 1476, 1872). Le partage doit être fait en justice ; l'article 840 est formel en ce sens.

5° Il peut accepter une donation ou un legs à titre particulier (article 935 alinéa 2).

Jusque-là les textes sont formels. Il faut ajouter que le mineur émancipé peut, avec l'assistance de son curateur, aliéner les meubles corporels lorsque l'aliénation ne rentre pas dans les besoins de l'administration. Pareille aliénation n'est plus un acte de pure administration ; donc elle ne rentre pas dans la catégorie des actes que le mineur émancipé peut faire seul. D'autre part, elle ne rentre pas dans la catégorie des actes pour lesquels le mineur émancipé reste soumis aux règles applicables pendant la tutelle, puisqu'aucune formalité n'est imposée au titre *De la tutelle* pour l'aliénation des meubles corporels appartenant au mineur non émancipé [2]. Donc le mineur émancipé peut aliéner ses meubles corporels avec l'assistance de son curateur [3].

Il faut ajouter enfin que le mineur émancipé peut, avec la même assistance, aliéner ses meubles incorporels dans un cas particulier : quand l'émancipation est tacite et résulte du mariage, ou, si elle est expresse, quand elle est intervenue au profit d'un mineur soumis à la puissance paternelle et non à la tutelle (loi du 27 février 1880, article 4) [4].

Il résulte de là que le mineur émancipé peut valablement

tance du curateur qu'autant qu'il s'agit d'une somme « ayant une certaine im- « portance relativement à la fortune du mineur ». N'est-ce pas une distinction arbitraire, en présence du texte de l'article 482 ?

1. L'assistance du curateur étant nécessaire au mineur émancipé pour intenter une action immobilière ou y défendre, la plupart des auteurs regardent cette assistance comme nécessaire *a fortiori* pour intenter une action relative à l'état ou y défendre : action en désaveu, en nullité de mariage, en divorce, en séparation de corps ou de biens. Voy. Aubry et Rau, I, p. 554. Toutefois, l'assistance du curateur ne doit pas être exigée quand il s'agit pour le mineur émancipé de défendre à une demande en interdiction dirigée contre lui ; en effet, des garanties spéciales sont organisées par la loi au profit des défendeurs aux demandes en interdiction, et l'assistance du curateur est superflue. Cass. 15 mars 1858, D. P. 1858. I. 121, Sir. 1858. I. 653, — Bourges 22 décembre 1862, D. P. 1863. V. 218, Sir. 1863. II. 132. Cpr. Aubry et Rau, I, p. 555, note 18.

2. *Suprà*, p. 512.

3. Cass. 7 juillet 1879, D. P. 1880. I. 61, Sir. 1880. I. 206.

4. *Infrà*, n° 922.

Source BIU Cujas

faire, avec la seule assistance de son curateur, divers actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; il n'a besoin d'aucune autorisation du conseil de famille ni pour accepter une donation, ni pour intenter une action immobilière, ni pour provoquer un partage (articles 463, 464 et 465, comparés avec les articles 482, 840 et 935 alinéa 2).

918. Reste à savoir ce qui arrivera si le curateur refuse son assistance dans les cas où le mineur ne peut pas s'en passer. La loi n'a pas prévu cette éventualité. La mission d'assister implique le droit de refuser l'assistance, sauf au curateur à répondre de son refus, s'il est non fondé et préjudiciable au mineur. Il semble alors que le mineur ne peut pas faire l'acte pour la validité duquel l'assistance est requise. Cependant on admet généralement — parce qu'en présence d'une difficulté de fait il faut bien avoir toujours le moyen d'en sortir — que le mineur peut se pourvoir devant le conseil de famille, lequel au besoin nomme un curateur *ad hoc* [1]. C'est le procédé que l'article 2208 alinéa 3 applique dans un cas spécial : celui d'expropriation, c'est-à-dire de saisie d'un bien commun à deux époux [2].

III. *Actes pour lesquels le mineur, quoique émancipé, reste soumis aux règles applicables pendant la tutelle.*

919. Il y reste soumis, sauf qu'il figure personnellement aux actes dont il s'agit, au lieu d'être, comme le mineur non émancipé, représenté par son père ou son tuteur. Il ne reste donc soumis aux règles de la tutelle qu'en ce sens qu'il doit observer, faisant ces actes, les formes prescrites au tuteur du mineur non émancipé.

920. L'article 484 caractérise ces actes de la manière suivante : « Il ne pourra vendre ni aliéner ses immeubles, ni « faire aucun acte autre que ceux de pure administration, « sans observer les formes prescrites au mineur non éman- « cipé. » Dès lors, à l'exception des actes qui figurent dans la seconde catégorie et que le mineur émancipé peut faire avec la seule assistance du curateur, pour tous autres, en

1. Demolombe, *Traité de la minorité*, 3e édition, II, n° 314, — Aubry et Rau, I, p. 555.
2. *Suprà*, p. 542.

Source BIU Cujas

règle générale, le mineur émancipé doit observer les formalités prescrites au tuteur du mineur non émancipé.

Ainsi, il ne peut pas, sans autorisation du conseil de famille, accepter ou répudier une succession ; s'il accepte, l'acceptation ne peut être faite que sous bénéfice d'inventaire, et le partage doit être fait en justice (articles 461 et 466). C'est là un acte qui dépasse les limites de la pure administration ; aucun texte ne le range parmi ceux pour lesquels l'assistance du curateur suffit ; donc il rentre dans la troisième catégorie.

Ainsi encore, le mineur émancipé ne peut emprunter, aliéner ou hypothéquer ses immeubles que sous les conditions imposées au tuteur du mineur non émancipé, c'est-à-dire sans y être autorisé par le conseil de famille et avoir obtenu l'homologation du tribunal (articles 483 et 484). L'article 483 lui défend d'emprunter sous aucun prétexte, c'est-à-dire même pour les besoins de son administration, pas même jusqu'à concurrence de ses revenus.

Ainsi encore, le mineur émancipé ne peut transiger qu'en se conformant aux prescriptions de l'article 467, à moins qu'il ne s'agisse de transiger sur un acte d'administration ou sur des droits mobiliers, c'est-à-dire à propos d'actes qu'il peut faire seul ou de droits dont il peut librement disposer [1].

Enfin les actes interdits au mineur en tutelle sont interdits au mineur émancipé. Il ne peut : 1° compromettre (articles 83- 6° et 1004 C. proc. civ.), à moins toujours qu'il ne s'agisse de droits mobiliers dont il a la libre disposition, ou d'actes d'administration [2], — 2° disposer par testament, si ce n'est à partir de seize ans et jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (article 904), — 3° donner entre vifs, si ce n'est par contrat de mariage (articles 903, 904, 1398).

921. Dans tous les cas où le mineur émancipé, pour faire un acte, doit obtenir l'autorisation du conseil de famille et quelquefois l'homologation de justice, l'assistance du curateur n'est plus nécessaire. L'intervention du conseil de famille, à plus forte raison celle du tribunal, est une garantie

1. Aubry et Rau, I, p. 549. — En sens contraire, Laurent, *Principes*, V, n° 235.

2. En sens contraire, Laurent, *Principes*, V, n° 237.

Source BIU Cujas

supérieure, qui rend inutile l'assistance du curateur [1]. Cependant la pratique paraît l'exiger [2].

922. Restent les droits relatifs aux meubles incorporels. Pour les meubles corporels, pas d'hésitation ; l'aliénation, dans la mesure où elle rentre dans les nécessités courantes de l'administration, peut être faite par le mineur émancipé seul ; hors de là, l'assistance du curateur suffit. Mais que décider en ce qui concerne les meubles incorporels ? Nous retrouvons ici la loi du 27 février 1880, sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à des mineurs. Est-elle applicable en cas d'émancipation ?

Il y a des distinctions à faire. L'article 4 alinéa 1 porte : « Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté « de son curateur, devra observer, pour l'aliénation de ses « meubles incorporels, les formes ci-dessus prescrites à l'é- « gard du mineur non émancipé. » L'article 10 ajoute : « La « conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur « est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'alié- « nation de ces titres. » Donc, tant qu'il s'agit de meubles incorporels ayant une valeur de quinze cents francs et au-dessous, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffit ; quand la valeur dépasse quinze cents francs, il faut que l'autorisation soit homologuée par le tribunal. En d'autres termes, la loi de 1880 reste applicable.

Seulement, deux remarques doivent être présentées, qui limitent la portée de la règle.

1° L'alinéa 2 de l'article 4 est ainsi conçu : « Cette dis- « position ne s'applique pas au mineur émancipé par le « mariage. » Donc la disposition du premier alinéa n'est applicable qu'en cas d'émancipation expresse. C'est la différence la plus notable qui sépare les deux émancipations : la tacite et l'expresse [3]. On a considéré que le mineur émancipé par mariage mérite plus de confiance, que la responsabilité qui pèse sur lui, comme chef de famille ou comme époux, écarte la crainte d'abus, sans préjudice des règles concernant l'autorisation maritale et de l'observation des conventions matrimoniales ; aussi la loi de 1880 n'est-elle pas applicable. Donc le mineur émancipé par mariage peut aliéner ses

1. Aubry et Rau, I, p. 557, note 13, — Laurent, *Principes*, V, n° 230.
2. Demante, *Cours analytique*, II, n° 253 *bis* VI, — Bertin, *Chambre du Conseil*, 3e édition, I, nos 595 et suiv.
3. *Suprà*, p. 536, — *Infrà*, p. 555 et 557.

Source BIU Cujas

valeurs mobilières et convertir ses titres nominatifs en titres au porteur sans autorisation du conseil de famille ; mais il ne peut le faire qu'avec l'assistance de son curateur, car ce ne sont pas là des actes de pure administration.

2° L'intervention du conseil de famille pour l'aliénation des meubles incorporels, même en cas d'émancipation expresse, n'est pas toujours obligatoire. Elle l'est quand le mineur était en tutelle au moment de l'émancipation, non quand il était soumis à la puissance paternelle. Le premier alinéa de l'article 4 est formel en ce sens : « Le mineur, « émancipé *au cours de la tutelle...* » ; donc il en est autrement si le mineur est émancipé au cours de la puissance paternelle. Il faut certes lire les textes avec attention pour y découvrir ces nuances.

Pourquoi cette distinction ? On a considéré que l'émancipation, lorsqu'elle est conférée par les père et mère, est conférée après mûre réflexion. Quand il y a tutelle, l'émancipation est souvent conférée dans le seul but de mettre un terme aux difficultés de la gestion tutélaire, aux conflits qui s'élèvent ; alors il ne faut pas que le mineur soit exposé à en être victime. Ici, la situation est autre. Quand l'émancipation est conférée, c'est que le mineur est réellement capable en fait ; alors pourquoi limiter sa capacité en droit ? Ces raisons sont plus ou moins plausibles ; ce qui est certain, c'est qu'elles ont décidé les auteurs de la loi de 1880[1].

Il faut observer du reste que le législateur ne s'est pas exprimé d'une façon claire et correcte en parlant du mineur émancipé « au cours de la tutelle ». Ce que la loi veut désigner, c'est le mineur émancipé autrement que par ses père et mère. Or l'émancipation peut être faite par le père ou la mère bien qu'elle intervienne « au cours de la tutelle » ; il en est ainsi quand la mort d'un des auteurs a donné ouverture à une tutelle qui se combine avec l'autorité paternelle de l'auteur survivant. Il aurait fallu dire : le mineur qui a bénéficié d'une émancipation non conférée par ses père et mère. La portée du texte n'est pas douteuse, étant donné les mobiles qui ont dirigé le législateur.

Donc le mineur émancipé par mariage et celui qui a bénéficié d'une émancipation expresse accordée par ses père et

1. Voy. G. Bressolles, *Explication de la loi des* 27-28 *février* 1880, p. 27.

Source BIU Cujas

mère peuvent aliéner leurs meubles incorporels et convertir leurs titres nominatifs en titres au porteur sans avoir besoin d'une autorisation du conseil de famille, homologuée dans certains cas par justice ; ils n'ont besoin, pour aliéner ou convertir, que de l'assistance du curateur (article 482) ; cette assistance est nécessaire, car il s'agit d'actes qui excèdent les limites de la pure administration.

Reste alors et seulement le cas d'émancipation expresse octroyée après la mort du père et de la mère, dans les conditions prévues par l'article 478. Les meubles incorporels du mineur émancipé de la sorte ne peuvent être aliénés que sous les conditions imposées au mineur non émancipé ; en d'autres termes, la loi de 1880 est applicable[1]. C'est, du reste, la seule particularité de la loi de 1880 qui soit applicable au mineur émancipé ; ni les dispositions relatives à la conversion des titres au porteur en titres nominatifs (article 5), ni les délais et conditions d'emploi des économies ou capitaux (article 6) ne sont applicables.

Toutes ces distinctions sont compliquées et plus ou moins arbitraires ; elles pourraient certainement être simplifiées avec avantage. Il faut les prendre telles qu'elles sont.

IV. *Quelle est la sanction de ces prescriptions diverses ?*

923. C'est la question que nous avons rencontrée déjà à propos du mineur en tutelle. Le système général est le même quant au mineur émancipé qu'en ce qui concerne le mineur non émancipé, sauf quelques différences inhérentes aux deux situations, sauf en outre et surtout une particularité importante relative à une catégorie d'actes.

Ce système général se résume dans les trois propositions suivantes.

1. G. Bressolles, *op. laud.*, p. 41. — Une question délicate se pose à propos de l'article 4 de la loi de 1880. Le mineur émancipé expressément au cours de la tutelle est soumis aux formalités de la loi en ce qui concerne l'aliénation de ses meubles incorporels et la conversion de ses titres nominatifs en titres au porteur ; le mineur émancipé par mariage n'y est pas soumis. Cela étant, soit un mineur émancipé expressément au cours de la tutelle, puis qui se marie avant sa majorité. Sera-t-il soumis aux formalités de la loi ? Rigoureusement, il faudrait répondre par l'affirmative, car le mineur dont il s'agit n'a pas été émancipé par son mariage, puisqu'il l'était déjà auparavant. Toutefois, l'opinion contraire semble préférable ; le mineur, en effet, se trouve être émancipé et marié, d'où toutes les raisons existent qui ont décidé le législateur de 1880 à dispenser des formalités de la loi les mineurs émancipés par mariage.

Source BIU Cujas

1° Les actes régulièrement faits par le mineur émancipé, dans la limite de sa capacité ou conformément aux prescriptions de la loi, ont, en général, la même valeur et produisent les mêmes effets que s'ils eussent été faits par un majeur (article 1314).

2° Les actes que la loi soumet à des formalités spéciales et à l'égard desquels ces formalités n'ont pas été observées sont annulables pour vice de forme, indépendamment de toute lésion (articles 1125 et 1311).

3° Les actes faits par le mineur sans l'assistance de son curateur, dans les cas où cette assistance est exigée, sont rescindables comme excédant les bornes de sa capacité (article 1305).

Cette distinction entre les actes annulables et ceux qui sont seulement rescindables est indiquée, comme pour le mineur non émancipé, par l'article 1311. Sur tout cela, nous ne pouvons ici que constater le résultat, renvoyant aux articles 1305 et suivants pour les détails et les points controversés.

924. La seule différence appréciable et grave consiste en ceci. Quand il s'agit du mineur non émancipé, les actions en nullité et en rescision peuvent être intentées par le tuteur représentant le mineur, puis par le mineur lui-même devenu majeur. Ici, ces actions ne peuvent plus être intentées que par le mineur émancipé lui-même (article 1125), car il n'a pas de représentant légal. Elles doivent, sous peine de déchéance, être intentées dans le délai de dix ans à partir de la majorité (article 1304) ; le mineur émancipé n'est plus recevable à attaquer les actes faits par lui en minorité lorsqu'il les a ratifiés en majorité (articles 1311 et 1338). La règle est originale, et la protection singulièrement illusoire qui consiste ainsi dans une limitation de capacité que l'incapable seul peut invoquer. Mais il n'y a pas moyen d'éviter ce résultat, puisqu'il n'y a plus de représentant légal.

925. La particularité consiste en ce que, à côté de la nullité et de la rescision, selon les cas, il peut ici y avoir lieu à une action qui est inconnue en cas de tutelle : l'action en réduction.

L'article 484 alinéa 2 donne au mineur émancipé le droit assez exorbitant de faire réduire, en cas d'excès, « les obli-« gations qu'il aurait contractées par voie d'achat ou autre-

Source BIU Cujas

« ment » ; il recommande toutefois aux tribunaux de prendre en considération, à ce sujet, « la fortune du mineur, la « bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté « avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses ». C'est une protection éventuelle contre des abus possibles.

Jusqu'où peut aller la réduction? Le mot semble l'indiquer ; réduire signifie diminuer, c'est-à-dire ramener à un chiffre exact. Cependant la Cour de cassation a jugé que les tribunaux peuvent prononcer la réduction totale, de sorte que la réduction équivaut à l'annulation de l'acte au regard du mineur [1]. Solution vraiment excessive, adoptée sans doute en présence de circonstances de fait particulièrement défavorables.

Quels actes sont ainsi réductibles? D'une manière générale, ce sont ceux qui constituent le mineur émancipé en dépense, qui excèdent ce que comporte sa situation sociale. Les rédacteurs de l'article 484 ont eu principalement en vue les fournisseurs qui abuseraient des entraînements du mineur et les exploiteraient ; le texte autorise la réduction des obligations contractées par voie d'achats ou autrement, par exemple à titre de louage d'objets ou de services, etc. Encore faut-il qu'il s'agisse d'actes que le mineur a faits et avait droit de faire seul : sont réductibles, à raison de l'excès où le mineur a été entraîné, « les dépenses qui, restreintes à de justes limites, eus- « sent été régulières comme actes de pure administration [2] ». Quant à tous les autres actes, ils sont inattaquables s'ils ont été faits conformément aux prescriptions de la loi, c'est-à-dire pour les uns avec l'assistance du curateur, pour les autres avec les formalités prescrites ; dans le cas contraire, le mineur est suffisamment protégé par le droit qui lui est donné de les faire annuler ou rescinder selon les cas, sans qu'il soit besoin de la réduction [3].

Cette action en réduction a ceci d'original que le mineur émancipé, n'ayant pas de représentant légal, ayant seul l'ad-

1. Cass. 10 février 1890, D. P. 1891.I.292, Sir. 1893.I. 463.

2. Valette, *Cours de Code civil*, p. 591.

3. Il a cependant été jugé que le mineur peut faire réduire, par application de l'article 484, toutes les obligations par lui contractées, même celles qui excèdent les bornes de sa capacité et qu'il pourrait par conséquent faire annuler ou rescinder (Cass. 29 juin 1857, D. P. 1858.I.33, Sir. 1857.I 729). Laurent (*Principes*, V, n° 222) n'applique l'article 481 qu'aux dépenses faites par le mineur traitant à crédit.

Source BIU Cujas

ministration de ses biens, ce qui comprend l'exercice de ses actions, peut seul intenter l'action en réduction ; ni le curateur, ni les père et mère, ni le conseil de famille n'ont qualité pour agir. Vainement on objecterait qu'il n'a pas pu entrer dans la pensée des rédacteurs du Code de donner au mineur seul une action qui a pour but de réprimer les écarts commis par lui. N'en est-il pas de même des actions en nullité ou en rescision des actes qu'il aurait faits sans se conformer aux prescriptions de la loi [1] ? N'en est-il pas de même des actions en nullité des actes qu'un prodigue aurait passés sans l'assistance de son conseil [2] ?

926. Avant de quitter ce sujet, il importe de rappeler que, dans un cas, l'émancipation a des effets bien plus complets : quand le mineur émancipé est commerçant. Aux termes de l'article 487, il est alors « réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce ». Donc, il peut librement emprunter, engager et hypothéquer ses immeubles (article 6 C. co.) et aussi vendre ses meubles incorporels, car l'article 4 de la loi de 1880 ne lui est pas applicable [3] ; il peut transiger et compromettre ; enfin il ne peut se faire restituer contre les opérations relatives à son commerce que dans les cas et sous les conditions où le majeur le pourrait lui-même (article 1308). Les lenteurs qu'entraîne forcément l'intervention du curateur, à plus forte raison celle du conseil de famille et des tribunaux, sont incompatibles avec la rapidité qu'exigent les affaires commerciales. Pour tous les actes autres que ceux de commerce, le mineur émancipé commerçant reste dans la classe des mineurs émancipés ordinaires [4].

SECTION III. — **Jusqu'à quand dure la curatelle.**

927. Elle ne prend fin qu'avec l'émancipation. Celle-ci dure, en principe, jusqu'à la majorité. Elle peut cependant prendre fin plus tôt, quand elle est révoquée, c'est-à-dire retirée au mineur.

1. *Suprà*, n° 924.
2. Voy. *infrà*, p. 614 et 615.
3. G. Bressolles, *op. laud.*, p. 28.
4. Sur la capacité du mineur émancipé commerçant, voy. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, p. 83 et suiv.

Source BIU Cujas

928. L'émancipation tacite est irrévocable, nouvelle différence avec l'émancipation expresse[1]. Cela résulte de l'article 485. Il indique les cas dans lesquels l'émancipation peut être retirée et décide qu'elle le sera « en suivant les mêmes « formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer ». La règle, énoncée en ces termes, ne peut manifestement s'appliquer qu'à l'émancipation expresse, d'où l'on conclut que l'émancipation tacite ne peut pas être révoquée.

Elle ne peut l'être ni pendant le mariage, ni quand le mariage s'est dissous avant la majorité de l'époux, alors même qu'il n'existerait pas d'enfants issus du mariage[2].

D'une manière plus générale, l'émancipation ne peut pas être retirée au mineur marié, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il a été émancipé par son mariage, ou s'est marié postérieurement à l'émancipation[3]. Celui qui est ou a été marié ne peut pas être replacé sous la puissance paternelle ou remis en tutelle, réserve faite, bien entendu, des cas où le mariage est annulé, à moins qu'il ne soit putatif[4].

929. Il en est autrement de l'émancipation expresse ; elle peut être retirée au mineur non marié. Elle peut l'être certainement dans un cas ; la question est discutée de savoir si elle peut l'être dans d'autres.

Le cas certain est celui que prévoit l'article 485 : « Tout « mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits « en vertu de l'article précédent pourra être privé du bénéfice « de l'émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les « mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui « conférer. »

On a prétendu quelquefois que l'émancipation peut également être retirée dans le cas où le tribunal, saisi par le mineur d'une demande en réduction, aurait, en raison de la bonne foi des tiers, refusé de réduire des engagements dont il aurait d'ailleurs reconnu et constaté l'excès[5]. D'autres fois, allant plus loin, on a prétendu que la révocation est possible alors même que la réduction des engagements n'aurait pas été

1. *Suprà*, p. 536 et 549, — *infrà*, p. 557.
2. Trib. de la Seine 25 mai 1886, *Le Droit* du 23 novembre.
3. Cass. 21 février 1821, Sir. 1821.I.188. — Cpr. Demolombe, *Traité de la minorité*, 3e édition, II, n° 186.
4. *Suprà*, n° 903.
5. Valette, *Cours de Code civil*, p. 591, — Aubry et Rau, I, p. 557. — *Secus*, Laurent, *Principes*, V, n° 240.

Source BIU Cujas

demandée, dès et par cela seul que l'excès est constant [1]. Le texte de l'article 485 ne comporte pas ces interprétations extensives, quelque sérieuses que puissent être les considérations invoquées ; il n'autorise le retrait de l'émancipation que dans le cas où les engagements « auraient été réduits », c'est-à-dire effectivement réduits. Cela, du reste, s'explique. Le retrait de l'émancipation est une mesure très grave pour la réputation du mineur, pour son avenir ; la loi ne l'admet qu'autant que l'excès des engagements est tel que le mineur n'a pas reculé à demander la réduction, ni le tribunal à la prononcer.

Voilà le cas certain ; voici le cas douteux. L'émancipation peut-elle être retirée pour d'autres causes, notamment si le mineur commet de graves écarts de conduite ? Ce serait assez en harmonie avec la nature de l'émancipation, qui n'est qu'un apprentissage de la capacité, un essai qu'on devrait pouvoir arrêter quand il tourne mal. Cependant aucun texte ne prévoit un pareil retrait ; or on ne saurait ici suppléer au silence de la loi [2]. L'émancipation ne doit être conférée qu'avec prudence ; dès qu'elle l'a été, il n'y a plus place, en cas d'inconduite ou même de dérèglements, qu'aux mesures autorisées contre les majeurs : la nomination d'un conseil judiciaire, et, au besoin, l'interdiction [3].

930. La faculté de révoquer l'émancipation, dans le cas où elle peut l'être, appartient aux personnes qui ont le pouvoir de la conférer. La révocation peut émaner des père et mère ou du conseil de famille. Les formes à suivre pour la révoquer sont les mêmes que pour la conférer (article 485).

931. Le mineur dont l'émancipation a été révoquée est remis dans la situation où il serait si l'émancipation n'avait pas été conférée. Ses père et mère existent-ils tous deux, la puissance paternelle renaît avec tous ses attributs [4]. L'un d'eux est-il décédé depuis l'émancipation, la tutelle s'ouvre et doit être déférée selon les règles ordinaires. Le mineur était-il déjà en tutelle lors de l'émancipation, il rentre en

1. Demante, *Cours analytique*, II, n° 256 *bis* II.
2. Trib. de Toulouse 15 novembre 1882, Sir. 1883.II.96.
3. Voy. cependant Demolombe, *Traité de la minorité*, 3e édition, II, n° 357.
4. D'après Demante (*Cours analytique*, II, n° 257 *bis*), le retrait de l'émancipation ne fait pas revivre le droit de jouissance légale. Aucun motif juridique ne peut être donné de cette opinion.

Source BIU Cujas

tutelle ; c'est le cas que vise spécialement l'article 486. Est-ce l'ancienne tutelle qui est rétablie, ou bien y a-t-il lieu d'en organiser une nouvelle ? La question est douteuse ; l'opinion la plus générale est qu'il y a lieu d'organiser une tutelle nouvelle, au domicile actuel du mineur [1].

Le mineur auquel l'émancipation a été retirée ne peut plus être émancipé de nouveau, si ce n'est par l'effet d'un mariage (articles 376 et 486) ; il suffit de cet essai qui n'a pas réussi. C'est encore une troisième différence [2] entre l'émancipation expresse et l'émancipation tacite ; cette dernière est possible après le retrait de l'émancipation.

1. Demolombe, *Traité de la minorité*, 3e édition, II, nos 364 et suiv., — Laurent, *Principes*, V, no 243. — Voy. cependant Valette, *Explication sommaire*, p. 592.
2. *Suprà*, p. 536, 549 et 555.

Source BIU Cujas

APPENDICE

DE LA TUTELLE HOSPITALIÈRE.

932. Comme appendice au titre *De la tutelle*, il reste à signaler une sorte spéciale de tutelle, que nous avons nommée tutelle hospitalière. Ce sujet rentre dans le droit administratif ; cependant il touche au droit civil ; il est nécessaire de connaître au moins les lois qui y sont relatives.

Ces lois, pour ne parler que de celles aujourd'hui en vigueur, sont au nombre de trois ; leur développement marque la suite des progrès accomplis dans l'intervention sociale pour la protection des abandonnés.

933. La première, déjà ancienne mais toujours en vigueur, a organisé la tutelle des enfants orphelins ou abandonnés recueillis dans les hospices. C'est la loi du 15 pluviôse an XIII (4 février 1805), *relative à la tutelle des enfants admis dans les hospices*.

Ces enfants sont sous la tutelle de la commission administrative de l'hospice où ils ont été recueillis ; la commission désigne, s'il y a lieu, un de ses membres pour remplir les fonctions de tuteur ; les autres membres forment le conseil de famille (article 1). Les biens de l'enfant, s'il en a, ce qui n'est pas fréquent, sont administrés par le receveur de l'hospice ; son cautionnement sert de garantie (article 5). Les revenus de ces biens sont attribués à l'hospice jusqu'à la sortie, à titre d'indemnité des frais d'entretien (article 7). C'est une sorte d'application dérivée du droit de jouissance légale.

La tutelle ainsi organisée dure, comme la tutelle ordinaire, jusqu'à la majorité ou l'émancipation (article 3). L'émancipation, s'il y a lieu, est conférée par la commission administrative ; le tuteur fait la déclaration exigée par le Code civil devant le juge de paix. Le receveur de l'hospice devient curateur ; c'est un cas de curatelle légitime [1].

1. Cpr. *suprà*, n° 910 *in fine*.

Source BIU Cujas

Il faut joindre à la loi du 15 pluviôse an XIII le décret du 19 janvier 1811, *concernant les enfants trouvés ou abandonnés et les orphelins pauvres* ; il contient diverses prescriptions protectrices, notamment dans son titre VI, intitulé : *De la tutelle et de la seconde éducation des enfants trouvés et des enfants abandonnés.*

934. Plus tard, une loi spéciale à la ville de Paris, où tous les services hospitaliers sont centralisés dans une administration unique, la loi du 10 janvier 1849, a transféré au directeur de l'Assistance publique la tutelle des enfants trouvés, abandonnés et orphelins, et aussi celle des aliénés (article 3 *in fine*). C'est la plus vaste des tutelles.

935. Enfin la loi du 24 juillet 1889, celle où déjà nous avons trouvé les cas de déchéance de la puissance paternelle, a organisé la tutelle des enfants moralement abandonnés.

Ces enfants ne sont plus les enfants orphelins ou abandonnés de la loi de l'an XIII, laquelle suppose l'abandon réel, matériel ; ce sont ceux dont les parents existent, sont connus, mais les délaissent, ou sont indignes de les élever. C'est en ce sens qu'ils sont dits *moralement* abandonnés, sans l'être réellement.

936. Le chapitre II du titre I (articles 10 et suivants) est intitulé : *De l'organisation de la tutelle en cas de déchéance de la puissance paternelle.* Il se peut que la tutelle reste à la famille ou qu'elle lui soit enlevée ; c'est au tribunal qui prononce la déchéance à le décider. Si la tutelle reste à la famille, le droit commun s'applique sauf quelques particularités, qui ont été signalées précédemment [1]. Dans le cas contraire, l'article 11 la délègue aux administrations hospitalières, conformément aux lois de l'an XIII et de 1849. C'est l'extension aux enfants moralement abandonnés de ce qui existait déjà pour les enfants vraiment abandonnés. L'article 11 *in fine* ajoute : « L'Assistance publique peut, tout en gardant « la tutelle, remettre les mineurs à d'autres établissements « et même à des particuliers. »

L'article 12 règle les obligations de la famille quant à la pension à payer : « Le tribunal, en prononçant sur la tutelle,

1. *Suprà*, p. 412.

Source BIU Cujas

« fixe le montant de la pension qui devra être payée par les « père et mère et ascendants auxquels des aliments peuvent « être réclamés, ou déclare qu'à raison de l'indigence des « parents il ne peut être exigé aucune pension. »

L'article 13 introduit, au profit des enfants moralement abandonnés, une application nouvelle de la tutelle officieuse, sorte de tutelle usitée jusque-là seulement en vue de l'adoption et qui reçoit une destination nouvelle. Le texte porte : « Pendant l'instance en déchéance, toute personne peut « s'adresser au tribunal par voie de requête, afin d'obtenir « que l'enfant lui soit confié. — Elle doit déclarer qu'elle se « soumet aux obligations prévues par le paragraphe 2 de « l'article 364 du Code civil, au titre de la tutelle officieuse. « Si le tribunal, après avoir recueilli tous les renseignements « et pris, s'il y a lieu, l'avis du conseil de famille, accueille « la demande, les dispositions des articles 365 et 370 du « même Code sont applicables... » Cela constitue au tuteur officieux un véritable droit, qui lui donne l'indépendance au regard de la famille, et lui permet d'accomplir la bonne œuvre entreprise.

937. Le titre II (articles 17 à 26) est intitulé : *De la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention des parents.* Il règle la condition des enfants moralement abandonnés dont les administrations hospitalières, les associations charitables ou les particuliers ont accepté la charge. Ce qu'a cherché la loi, quant à eux, c'est assurer à ceux qui ont recueilli l'enfant une indépendance suffisante, puis écarter, dans l'intérêt de l'enfant, les obstacles qu'apporteraient les parents à l'œuvre entreprise. La loi prend pour cela deux mesures.

1° Elle confère au tribunal la faculté de déléguer la puissance paternelle à l'administration hospitalière, à l'association ou au particulier qui a recueilli l'enfant. La délégation n'est pas la déchéance de la puissance paternelle, mais un simple transfert provisoire d'exercice, à raison des circonstances. Cette innovation est une des plus considérables de la loi, celle qui aura certainement le plus d'efficacité pour le sauvetage de l'enfance.

2° La loi organise une surveillance administrative constante sur les enfants recueillis et dans leur intérêt.

Les articles 17 et 18 visent le cas où l'enfant a été placé par ses père et mère ou tuteur.

Source BIU Cujas

Le premier alinéa de l'article 17 est ainsi conçu : « .... Le « tribunal du domicile de ses père, mère ou tuteur peut, à « la requête des parties intéressées agissant conjointement, « décider qu'il y a lieu, dans l'intérêt de l'enfant, de déléguer « à l'Assistance publique les droits de puissance paternelle « abandonnés par les parents, et de remettre l'exercice de ces « droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'en- « fant. »

L'alinéa 2 ajoute : « Si des parents ayant conservé le droit « de consentement au mariage de leurs enfants refusent de « consentir au mariage en vertu de l'article 148 du Code ci- « vil, l'Assistance publique peut les faire citer devant le tri- « bunal, qui donne ou refuse le consentement, les parents « entendus ou dûment appelés, dans la Chambre du con- « seil. »

Les articles 19 et 20 visent le cas où l'enfant a été recueilli sans l'intervention des père et mère ou tuteur. L'administration, l'association ou le particulier qui a recueilli l'enfant doit en faire la déclaration (article 19). Si, dans les trois mois, les père et mère ou le tuteur n'ont pas réclamé l'enfant, ceux qui l'ont recueilli peuvent demander, pour leur sécurité, que la puissance paternelle leur soit déléguée, car l'attitude des parents implique un véritable abandon (article 20).

Dans les deux cas, que l'enfant ait été placé avec ou sans l'intervention des parents, l'article 21 prévoit que les père et mère ou le tuteur réclament l'enfant. Ils ont le droit de le faire, car la délégation n'est qu'une mesure provisoire, un expédient. Seulement, comme cette délégation a été réglée par jugement, les père et mère ou le tuteur qui réclament l'enfant doivent s'adresser au tribunal. Le pouvoir judiciaire est ainsi constitué le protecteur des enfants moralement abandonnés, l'arbitre entre les parents et ceux qui ont recueilli l'enfant. C'est conforme d'ailleurs au système du Code civil sur la puissance paternelle et sur la tutelle.

Si la demande est accueillie, l'enfant est replacé dans le droit commun. Sinon, le tribunal peut, sur la réquisition du ministère public et afin d'assurer à l'enfant que les soins dont il est l'objet lui seront continués sans trouble, prononcer la déchéance définitive de la puissance paternelle. Il y a là un

Source BIU Cujas

cas de déchéance facultative à ajouter à ceux qu'énumère l'article 2 de la loi de 1889[1].

Les articles 22 à 25 ont trait à la surveillance administrative des enfants recueillis ; notamment, le préfet et l'Assistance publique peuvent toujours demander que le gardien soit dessaisi (article 23). L'article 22 annonce un règlement d'administration publique relatif au fonctionnement de cette surveillance ; mais ce règlement n'est pas encore fait.

938. Toutes ces dispositions sont importantes. Elles ont donné l'élan ; de tous côtés, les œuvres se multiplient, et l'application des règles de la loi ne peut manquer d'avoir des résultats utiles.

1. *Suprà*, p. 406 et suiv.

Source BIU Cujas

TITRE XI

DE

LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.

939. La rubrique du titre XI indique que trois sujets distincts sont traités dans ce titre ; de là les trois chapitres dont il se compose.

940. Le chapitre I, sous la rubrique *De la majorité*, ne contient que le seul article 488. Sur ce sujet, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit précédemment [1]. Nous avons caractérisé la majorité en parlant de la minorité, qui est son contraire ; l'article 488 fait double emploi avec l'article 388, qui, lui aussi, forme à lui seul tout un chapitre, celui *De la minorité*, le premier du titre *De la tutelle*. Nous avons indiqué ailleurs comment se fait la supputation de l'âge de majorité ; il se calcule *de momento ad momentum* [2].

L'effet général de la majorité est indiqué en ces termes par l'article 488 : « A cet âge, on est capable de tous les actes de « la vie civile... » La formule est défectueuse sous deux rapports.

a) Quant aux actes civils, ce n'est là que le droit commun ; il comporte des exceptions, des restrictions.

Le texte même de l'article 488 en énonce une, qui est relative au mariage : « A cet âge, on est capable de tous les

1. *Suprà*, p. 328-329 et 398-399.
2. *Ibid.*, p. 154 et 521.

Source BIU Cujas

« actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre du « mariage. » Cette restriction fait l'objet des articles 148 à 150. Elle n'est pas la seule ; il aurait mieux valu dire : « Sauf « les restrictions apportées par la loi. » Voici quelles sont les principales.

D'abord, l'article 346 étend à l'adoption une partie des règles édictées quant au mariage par les articles 148 à 150 : «.... Si l'adopté, ayant encore ses père et mère ou l'un des « deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera « tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par « ses père et mère, ou par le survivant, et, s'il est majeur de « vingt-cinq ans, de requérir leur conseil. » Il faut rapprocher de ce texte le décret du 28 février 1810, dont l'article 4 est ainsi conçu : « Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq « ans ne peut être admis dans les ordres qu'en rapportant le « consentement de ses père et mère. »

En second lieu, nous avons rencontré déjà certains faits accidentels qui modifient la condition normale des personnes quant aux droits civils : les condamnations judiciaires, qui entraînent certaines privations de droits (articles 22 et suivants), puis l'absence, qui modifie les conditions d'exercice des droits.

Enfin, deux autres restrictions résultent de l'interdiction et de la nomination d'un conseil judiciaire. Même, c'est là le lien qui rattache les deux derniers chapitres du titre IX au premier ; ils contiennent des restrictions à la règle énoncée dans l'article 488.

Bref, l'article 488 n'énonce pas une règle absolue quand il dit que les majeurs sont capables de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre *Du mariage*. La règle comporte d'autres exceptions. Toutefois, l'article 488 forme le droit commun ; en dehors des textes qui y dérogent, il reçoit son application.

b) L'article 488 a tort de limiter l'effet de la majorité aux actes de la vie civile, en d'autres termes aux droits civils. Cet effet s'étend également aux droits politiques. En principe, la majorité politique se confond avec la majorité civile, ce qui confirme l'idée précédemment énoncée [1], d'après laquelle la qualité de citoyen n'existe plus distincte de la qualité de français.

1. *Suprà*, tome I, p. 83 et suiv.

Source BIU Cujas

Ici encore, la règle comporte des exceptions. Il est plusieurs droits politiques dont la jouissance est subordonnée à un âge autre que celui de la majorité ; ainsi, on ne peut être substitut qu'à vingt-deux ans, juge à un tribunal ou conseiller d'une cour qu'à vingt-cinq ans, juré à trente, député à vingt-cinq, sénateur à quarante. Mais, de même que tout à l'heure, ce sont là des exceptions ; en dehors d'un texte formel, le majeur a l'exercice des droits politiques.

941. Telles sont les brèves observations qu'appelle le premier chapitre du titre XI.

942. Les deux chapitres suivants traitent *De l'interdiction* (chapitre II, articles 489 à 512) et *Du conseil judiciaire* (chapitre III, articles 513 à 515). Il faut y joindre une loi qui a complété et modifié en quelques points le Code civil, loi fortement attaquée depuis bien des années et qu'il est aujourd'hui plus que jamais question de modifier, sans qu'on arrive à s'entendre sur les modifications à y apporter : la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. On interdit les fous, on soumet à un conseil judiciaire les faibles d'esprit et les prodigues, on interne les aliénés. Ce sont là des nuances qui seront expliquées plus tard.

943. Dans leur ensemble, le titre XI et la loi de 1838 règlent les effets que produit, les mesures qu'autorise ou nécessite l'insuffisance ou l'altération des facultés mentales. Le lien entre ce sujet et celui du titre précédent est fort apparent.

L'homme arrivé à l'âge de responsabilité, le majeur, a le droit strict de ne dépendre que de lui-même. C'est la portée vraie de l'article 488, quand il ajoute, ayant dit que la majorité est fixée à vingt et un ans accomplis : « A cet âge on est « capable de tous les actes de la vie civile. » Liberté et responsabilité, telle est et doit être la loi des majeurs.

Mais ce principe de droit commun cesse et doit cesser d'être applicable, plus ou moins complètement selon les cas, quand l'homme, quoique majeur, n'est pas sain d'esprit. Le fou est un incapable, inhabile à se conduire, à se protéger lui-même, et souvent dangereux pour les autres ; il ne saurait avoir ce qui constitue par excellence le droit de l'homme, la faculté de ne dépendre que de lui-même. De là vient précisément la qualification générique d'aliénés ; l'aliéné est celui dont la

Source BIU Cujas

raison a disparu plus ou moins complètement, qui ne se possède plus, qui est réduit, par suite, à dépendre des autres : *alienus*, aliéné ; l'aliénation mentale est l'état de l'aliéné. Sa faiblesse lui vaut le droit que possède l'enfant : celui d'être protégé ; d'autre part, son état exige que l'on protège les autres contre lui. De là les mesures exceptionnelles que la loi prescrit ou permet de prendre.

944. Ces mesures sont de deux sortes, ou du moins s'inspirent d'une double idée.

Les unes sont prises dans l'intérêt de celui qu'elles atteignent ; elles s'inspirent d'une pensée de protection individuelle ; la loi protège l'aliéné, puisqu'il est inhabile à se protéger lui-même. C'est le principe dominant de l'interdiction, qui peut être définie l'état d'une personne mise en tutelle à raison de l'altération de ses facultés mentales : « L'in- « terdit est assimilé au mineur, dit l'article 509, pour sa « personne et pour ses biens ; les lois sur la tutelle des mi- « neurs s'appliqueront à la tutelle des interdits. » La nomination d'un conseil judiciaire tend au même but ; on nomme un conseil aux faibles d'esprit et aux prodigues afin qu'ils ne soient pas dupes des embûches qui leur seraient tendues (articles 499 et 513).

Les autres sont des mesures d'intérêt public, prises non plus au profit de l'aliéné, mais contre lui, dans l'intérêt général. Elles s'inspirent d'une pensée de protection sociale ; la loi protège le public contre l'aliéné, parce que celui-ci est parfois dangereux pour les autres. C'est le principe de l'internement des aliénés d'après la loi de 1838.

Telles sont, dans leur ensemble, les mesures que l'altération des facultés mentales autorise ou nécessite, et dont nous avons à nous occuper.

945. Commençons par résoudre une question préalable. Ces mesures sont rendues possibles ou nécessaires par l'aliénation mentale. Que faut-il entendre par là ? Cette question ne comporte malheureusement pas de solution en droit ; elle n'est susceptible que de solution d'espèces.

L'aliénation mentale consiste dans l'absence ou l'altération du discernement, d'où résulte que l'homme, au lieu de se gouverner, est le jouet de lui-même et est exposé à devenir celui des autres. Cet état peut se produire avec des symptômes et des caractères qui varient à l'infini. L'article 489

Source BIU Cujas

ramène à trois les divers genres d'aliénation mentale : « Le « majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de dé- « mence ou de fureur doit être interdit, même lorsque cet « état présente des intervalles lucides. »

L'imbécillité est la faiblesse de l'esprit, avec ses nombreux degrés, l'absence d'idées, dont le dernier degré est l'idiotisme. Le plus souvent, elle est originelle et résulte d'un défaut de conformation des organes ; quelquefois, elle est la suite d'excès, de commotions violentes, ou de l'âge, qui parfois amène la décrépitude à lui seul.

La démence est le désordre des idées. L'imbécile n'a pas d'idées ou en a peu ; le dément en a, il en a même parfois d'éclatantes, si bien que certains auteurs ont avancé qu'entre le génie et la démence il y a seulement une nuance ; ils ont été jusqu'à dire que le génie est une névrose ; au moins faut-il convenir que c'est une névrose *sui generis* [1]. Seulement, si le dément a des idées, il ne les gouverne pas ; il en est le jouet et elles l'égarent.

Enfin la fureur est l'imbécillité ou la démence avec un caractère particulier : l'imbécillité ou la démence exaltée, qui se porte à des excès dangereux pour celui qui les commet, dangereux aussi pour les tiers.

Telles sont les trois variétés légales de l'aliénation mentale, les trois caractères qu'elle peut prendre. L'imbécillité simple et la démence simple exposent principalement celui qu'elles atteignent ; c'est dans son intérêt que des mesures doivent être prises, afin qu'il ne devienne pas le jouet de ses semblables. La fureur expose à la fois celui qu'elle atteint et la société ; c'est dans un double intérêt, privé et public, que des mesures doivent être prises.

946. Sous ce rapport, la classification de l'article 489, en tant du moins qu'elle oppose l'imbécillité et la démence d'une part à la fureur d'autre part, a une certaine portée pratique. Toutefois, on reconnaît communément qu'elle n'a aucune valeur scientifique, et qu'elle a, au point de vue légal, le double défaut d'être incomplète et inutile.

Elle est incomplète. En effet, si l'imbécillité, la démence et la fureur sont des variétés de l'aliénation mentale, elles sont bien loin d'être les seules. Les médecins aliénistes dis-

1. Voy. sur ce sujet G. Valbert, *M. Lombroso et sa théorie de l'homme de génie*, dans la *Revue des Deux-Mondes* du 1er juin 1897, p. 685 et suiv.

Source BIU Cujas

tinguent en outre la monomanie, la frénésie, la mélancolie, etc. [1]. Dès lors, en ne visant que l'imbécillité, la démence et la fureur, l'article 489 n'a pu avoir pour but d'écarter les autres variétés ; l'énumération ne peut être qu'énonciative, et toutes les variétés rentrent dans le sens général des mots employés.

Elle est inutile. En effet, l'autorité, chargée d'ordonner ou de prendre les mesures que la situation exige ou permet, n'a nullement à se préoccuper des classifications médicales. Les seules considérations dont il faille se préoccuper sont les suivantes. La personne à propos de laquelle une mesure est provoquée a-t-elle le discernement nécessaire pour se conduire ? La folie dont elle est atteinte est-elle une folie dangereuse ou inoffensive ? Il peut être bon à la science médicale d'isoler et de distinguer les divers types d'aliénation mentale, car il est possible que chacun doive être traité différemment. En droit, l'aliénation mentale n'est considérée qu'à un seul point de vue : au point de vue de l'impossibilité où elle met celui qu'elle atteint de gouverner sa personne ou ses affaires, de faire respecter ses droits et de respecter ceux d'autrui. Alors, peu importent les classifications ; tout se réduit à une question de fait et d'espèces, que les tribunaux résolvent comme un véritable jury [2] ; toutes les influences qui peuvent altérer ou faire disparaître le discernement rentrent dans le sens général des mots imbécillité, démence et fureur de l'article 489. La loi, qui prévoit les trois états d'imbécillité, de démence et de fureur, n'en a pas défini le caractère ; c'est au juge du fait de décider si l'état allégué est suffisamment établi, s'il est dangereux soit pour la personne, soit pour les tiers ; la décision du juge sur l'un et l'autre point échappe au contrôle de la Cour de cassation [3].

Cela étant, on pressent la difficulté qu'il peut y avoir à constater cet état d'aliénation mentale ; ce n'est pas une question de droit, mais une question de fait et rien que de fait. Il y a des cas où l'absence de discernement est manifeste, où

1. Voy. Tardieu, *Etude médico-légale sur la folie*, Paris, 1872, p. 105 et suiv. — Cpr. Pinel, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, 2e édition, Paris, 1809, p. 128 et suiv., — et Orfila, *Traité de médecine légale*, 3e édition, Paris, 1836, I, p. 424 et suiv.

2. Demolombe, *Traité de la minorité*, 3e édition, n° 426, p. 292.

3. Voy. sur ce point Caen 1er mai 1879, D. P. 1880. II. 247, Sir. 1879. II. 336, — Cass. 5 juin 1882, D. P. 1883. I. 172, Sir. 1884. I. 112.

Source BIU Cujas

l'homme n'est plus responsable de ce qu'il fait. Il y en a d'autres où la plénitude du discernement est non moins certaine, où l'homme doit être regardé comme responsable de ses actes. Dans l'intervalle, il y a des cas douteux ; sur des questions de ce genre, l'hésitation reste toujours possible, comme dans toute question de limites, et plus ici que partout ailleurs.

947. Voilà l'état mal défini, avec ses degrés variables, auquel il faut remédier. Toute altération de l'intelligence mettant une personne hors d'état de faire respecter ses droits et l'exposant à méconnaître ceux d'autrui, telle est, en droit, l'aliénation mentale. Qu'on l'appelle imbécillité, démence, fureur ou autrement, il n'importe pas en droit ; c'est toujours l'aliénation mentale, l'insanité d'esprit.

948. Supposons la établie et voyons quels effets légaux elle entraîne.

Ces effets sont de deux sortes.

Il en est que l'aliénation mentale (imbécillité, démence ou fureur, peu importe) produit par elle-même et directement, par cela seul qu'elle existe en fait. Aussi les appelle-t-on quelquefois les effets de la démence de fait.

Il en est d'autres que l'aliénation mentale ne produit qu'indirectement, comme conséquence non plus précisément de la démence elle-même, mais des divers états juridiques qu'elle peut amener. En effet, selon ses caractères, ses degrés, sa continuité plus ou moins persistante, l'aliénation mentale conduit soit à l'interdiction, soit à la nomination d'un conseil judiciaire, soit à l'internement dans un asile. Les trois mesures produisent des effets particuliers sur la condition des personnes ; ces effets résultent moins de l'aliénation mentale considérée en elle-même que de la situation juridique amenée par l'aliénation ; ils ne sont, en tout cas, que des effets indirects de la démence.

Donc il faut distinguer : 1° les effets que la démence de fait produit par cela seul qu'elle existe, qui en sont les effets directs, — 2° les effets des situations juridiques que la démence peut amener, ou effets indirects de l'aliénation mentale.

Source BIU Cujas

CHAPITRE I

DES EFFETS DE LA DÉMENCE CONSIDÉRÉE EN ELLE-MÊME.

949. Par elle-même, par cela seul qu'elle existe et est établie, qu'elle soit d'ailleurs permanente, simplement habituelle ou seulement accidentelle, l'aliénation mentale a trois effets. Du moins elle peut avoir trois effets ; cela dépend de son intensité, qui doit être appréciée en fait.

950. I. — Elle vaut à celui qui en est atteint l'irresponsabilité pénale. Il n'y a ni crime ni délit, dit l'article 64 du Code pénal, lorsque l'auteur du fait a été en état de démence au temps de l'action. Peu importe que l'auteur de l'infraction soit ou non interdit, interné, ou pourvu d'un conseil judiciaire ; l'irresponsabilité pénale est un effet de la démence elle-même, un effet direct. L'agent inconscient de ce qu'il fait n'est pas responsable, pas plus que la tuile qui se détache d'un toit et tue un passant. Pas de responsabilité là où il n'y a pas de culpabilité ; pas de culpabilité là où il n'y a pas conscience de l'acte commis.

Quand la démence a-t-elle cet effet ? Question de fait : lorsque son intensité est telle qu'elle exclut la conscience de l'acte, le libre arbitre. La question de responsabilité se confond avec celle de culpabilité et se juge comme elle.

Selon les cas, l'irresponsabilité est totale ou partielle. L'article 64 du Code pénal ne prévoit que l'irresponsabilité complète ; on admet cependant que la démence, selon qu'elle est plus ou moins complète, efface ou atténue seulement la responsabilité. Toutefois c'est une question très discutée à l'heure présente parmi ceux qui s'occupent de psychologie physiologique de savoir s'il faut admettre l'idée d'une responsabilité atténuée, s'il ne faut pas conclure à l'irresponsabilité totale dès qu'il n'y a plus responsabilité complète. Nous n'avons pas à examiner cette question, qui rentre dans l'étude

Source BIU Cujas

du droit pénal. Toujours est-il que la démence de fait, lorsqu'elle est suffisamment caractérisée pour être considérée comme anéantissant la conscience de l'agent, vaut à celui qui en est atteint l'irresponsabilité pénale[1].

Toutefois si l'auteur du fait n'est pas responsable, il peut y avoir une responsabilité pénale qui atteint indirectement d'autres personnes (articles 475 n° 7 et 479 n° 2 C. pén.). Le défaut de surveillance est une contravention engageant la responsabilité pénale des familles, qui ont l'obligation de surveiller les aliénés.

951. II. — L'aliénation mentale entraîne l'irresponsabilité civile, s'il s'agit d'actes dommageables ; l'article 1382 n'est pas applicable. En effet, il n'y a pas faute dès que l'agent n'a pas conscience de ce qu'il fait, dès que la folie a anéanti la volonté consciente. L'acte d'un fou est comme un cas fortuit. Seulement, ici encore, la responsabilité, qui n'atteint pas le dément, atteint parfois d'autres personnes : celles qui avaient charge de surveiller le dément. Cela résulte de l'article 1384, auquel nous ne pouvons pour le moment que renvoyer et dont la règle est essentielle dans l'intérêt des tiers[2].

952. III. — L'aliénation mentale rend nuls, en enlevant toute valeur au consentement donné, les actes civils faits par les personnes en état de folie.

Nous supposons d'ailleurs qu'il n'y a ni interdiction, ni conseil judiciaire, ni même placement dans un établissement d'aliénés ; autrement, la validité ou la nullité des actes serait régie par les règles spéciales à chacune de ces situations. Nous supposons qu'il y a seulement démence de fait.

Ainsi un individu est en proie à des hallucinations accidentelles. Il ne peut pas être interdit, car l'interdiction n'est autorisée par l'article 489 qu'à l'égard des personnes se trouvant dans un état *habituel* d'imbécillité, de démence ou de fureur. Cet individu passe un acte, une vente, un achat, un

1. Voy. sur ces points Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, I, nos 209 et suiv. — Cpr. Courcelle Seneuil, *Préparation a l'étude du droit*, p. 255 et suiv.

2. Voy. sur ces divers points Labbé, *De la démence au point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile*, dans la *Revue critique de droit*, tome XXXVII (1870), p. 109 et suiv. — Cpr. Nancy 23 août 1885, *Le Droit* du 26, — et Caen 9 novembre 1880, D. P. 1881. II. 23, Sir. 1882. II. 118.

Source BIU Cujas

louage, un acte quelconque, dans un moment où la raison lui manque, où la volonté est éteinte. Que vaut cet acte ?

Autre exemple. Un individu est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Il pourrait être interdit, mais il ne l'est pas ; il n'est ni interdit, ni pourvu d'un conseil judiciaire, ni interné dans les conditions prévues par la loi de 1838. Dans cet état, il passe un acte. Cet acte peut-il être attaqué ?

Dernier exemple. Un individu, dont l'intelligence n'est pas d'ailleurs malade, passe un acte dans un moment de fièvre chaude, dans un moment où il est abruti par l'ivresse, laquelle n'est pas autre chose qu'une démence momentanée, volontairement cherchée. Peut-il attaquer l'acte ?

L'affirmative est certaine. Tout acte de la vie civile suppose, de la part de celui de qui il émane, une adhésion de la volonté, un consentement ; l'acte n'est valable, dès lors, que si la volonté est consciente d'elle-même, autrement dit saine. Dès qu'il y a démence en fait, que la démence soit permanente, habituelle ou accidentelle, qu'elle résulte d'un état pathologique persistant ou d'une cause passagère, il n'importe ; dès qu'elle enlève au consentement sa réalité, à la volonté sa conscience, elle entache de nullité l'acte intervenu. L'article 1108 exige quatre conditions pour la validité d'une convention : le consentement, la capacité, un objet certain et une cause licite. La démence est exclusive du consentement ; la première des conditions exigées par l'article 1108 fait défaut ; l'acte passé par l'aliéné est nul faute de consentement. Les articles 146 et 901 reproduisent la même idée.

La démence soulève, en matière civile, des questions de volonté ou de consentement, comme elle soulève, en matière pénale, des questions de culpabilité et de responsabilité. Nous verrons plus loin que l'interdiction soulève une question de capacité, ce qui est très différent. Les nuances ici prennent une grande importance pratique.

953. Sur les effets de la démence de fait quant à la validité des actes, trois observations doivent être présentées.

1° Le demandeur, s'il veut faire tomber un acte pour cause de démence de fait, doit établir la réalité de la démence, la prouver, car elle ne se présume évidemment pas. Le fardeau de la preuve incombe au demandeur, en cette matière comme

Source BIU Cujas

en toute autre. Non seulement il doit prouver la démence, mais en prouver l'existence au moment même où l'acte a été passé, car elle n'a d'effet que si elle enlève toute réalité au consentement ; or le consentement s'apprécie au moment même où l'acte est fait. Si la démence est continue et permanente, pas de difficulté. Mais elle peut n'être pas un état habituel, n'être que passagère, accidentelle, auquel cas les difficultés apparaissent ; l'acte passé une heure avant la crise, ou une heure après, peut être excellent.

2° Si le demandeur réussit à établir la démence au moment de l'acte, l'acte fait en état de démence est nul d'une nullité absolue, car il lui manque un élément essentiel : le consentement. L'apparence du consentement existe ; l'élément intentionnel qui le constitue fait défaut. L'acte, dès lors, est inexistant ; il n'existe qu'en apparence. De là résulte que la nullité peut être invoquée à quelque époque que ce soit ; elle est absolue et perpétuelle. En outre, elle peut être invoquée par tous les intéressés : par l'auteur de l'acte revenu à la raison, par ses représentants ou ayant-cause, enfin par les tiers avec lesquels il a traité, qui se seraient trompés sur son état, et qu'on ne peut forcer à profiter d'un acte passé dans ces conditions [1]. Nous ne pouvons ici que donner à cet égard des indications générales, et renvoyer pour le surplus au titre *Des obligations*, spécialement à l'étude de l'article 1108 ; c'est seulement sous cet article que pourra être précisée la distinction des conventions nulles et annulables [2].

3° La nullité pour démence de fait ne peut être invoquée que du vivant de celui dont la démence est alléguée. Il y a là une dérogation au droit commun. D'ordinaire, quand un droit s'est ouvert, il n'appartient pas seulement à celui en la personne de qui il est né ; à la mort de celui-ci, il passe à ses héritiers (article 1122). La règle est différente quand il

1. Certains auteurs et beaucoup d'arrêts contestent ce point, invoquant l'article 1125 alinéa 2, aux termes duquel « les personnes capables de s'engager « ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit, ou de la femme « mariée avec qui elles ont contracté ». Voy. Aubry et Rau, I, p. 523. C'est oublier qu'il ne s'agit pas ici d'une question de capacité, mais de consentement ; la démence de fait ne soulève pas, nous l'avons déjà dit, des questions de capacité, mais de consentement.

2. Cpr. les développements qui ont été présentés à cet égard à propos des nullités de mariage : *suprà*, tome I, p. 384 et suiv., spécialement p. 396 et suiv., p. 401 et suiv.

Source BIU Cujas

s'agit du droit d'attaquer et de faire tomber un acte pour défaut de consentement. Un acte ne peut plus être attaqué pour cause de démence de fait dès que celui qui l'a passé et qu'on prétend non sain d'esprit est décédé. L'article 504 le dit formellement : « Après la mort d'un individu, les actes par lui « faits ne pourront être attaqués pour cause de démence... » Ce texte est bien relatif à la démence de fait, quoique placé dans le chapitre *De l'interdiction* ; en effet, il ne parle pas d'attaquer les actes pour cause d'interdiction, mais pour cause de démence.

Les héritiers du dément ou prétendu dément ne peuvent donc pas attaquer les actes de leur auteur en alléguant sa folie, et nul ne peut les attaquer contre eux. Le décès de l'auteur couvre la nullité, donne aux actes une validité complète.

La règle est de grande importance pratique. On en a donné deux motifs.

Si la mort de l'auteur de l'acte couvre la nullité, cela tient d'abord à la difficulté que présenterait la preuve de la démence après le décès de la personne. On ne doit toucher qu'avec ménagement aux actes d'une personne qui n'est plus là pour les expliquer ; combien variables sont les motifs qui peuvent les avoir amenés ! Puis, apprécier l'état mental d'une personne est souvent chose difficile, même quand cette personne existe et qu'on peut l'observer directement et avec suite. Il y a des fous qui ne paraissent pas l'être ; il y a des gens qui semblent fous et ne le sont pas. Apprécier cet état quand la personne est décédée serait une difficulté trop grande ; en essayant de le faire, on serait exposé à trop de chances d'erreur. De là l'article 504 : la démence de fait ne peut être invoquée comme cause de nullité que du vivant de l'auteur de l'acte.

A cette considération s'en ajoute une autre, qui complète la première. Tant pis, après tout, pour les héritiers ou les représentants de l'auteur de l'acte. L'acte ne pouvant plus être attaqué, ils vont subir les conséquences de l'article 504 ; mais c'est leur faute ; que n'ont-ils provoqué l'interdiction de leur auteur du vivant de celui-ci ? Dans le système de la loi, l'interdiction est une protection due au malade ; l'article 490 charge les parents de la provoquer. Sont-ils dignes d'intérêt lorsque, ayant négligé de faire organiser du vivant de leur auteur la protection à laquelle son état lui donnait droit,

Source BIU Cujas

ils viennent maintenant, parce que leur intérêt se trouve engagé, alléguer un état de folie désormais presque impossible à constater [1] ?

De là l'article 504, qui s'explique ainsi par une double cause. La mort met obstacle à ce que la démence soit alléguée pour faire tomber les actes d'une personne décédée.

La règle est d'ordre public [2].

Toutefois, cette règle comporte trois exceptions. Les deux premières sont formelles ; l'article 504 les énonce aussitôt après la règle. La troisième s'induit d'un autre texte.

a) La première exception se produit quand l'acte porte en lui-même la preuve de la démence, par l'incohérence ou la bizarrerie des dispositions qu'il contient. Il n'y a plus alors à se préoccuper de la difficulté de preuve, puisque la preuve est fournie par l'acte même. L'évidence acquise écarte l'hésitation ; la règle ne s'applique pas.

b) La seconde exception a lieu quand, postérieurement à l'acte attaqué et avant le décès, l'interdiction a été prononcée ou au moins demandée. Il y a, dans ce cas, quoique l'acte soit antérieur à la demande d'interdiction, un indice au moins qui rend vraisemblable l'allégation actuelle. Il y a des constatations faites, d'où il est possible de tirer des inductions ; par suite, le fait de la démence n'est plus, comme précédemment, dénué de preuves. D'autre part, les héritiers ont fait ce qu'ils devaient ; donc il est juste de ne plus leur dénier le droit d'attaquer un acte qui leur serait préjudiciable. Ni l'une ni l'autre des deux raisons qui expliquent l'article 504 ne se rencontre plus dans l'espèce ; l'action en nullité est rendue aux intéressés.

Si l'interdiction a été non seulement demandée, mais prononcée, l'article 503 introduit une règle toute spéciale. L'acte n'est pas nul de droit, comme s'il avait été passé postérieurement à l'interdiction ; mais le demandeur n'a pas besoin, pour obtenir l'annulation, de prouver que la démence existait au moment même de l'acte ; il suffit d'établir qu'à la date de l'acte la démence était notoire, existait notoirement. Nous

1. Cette considération ne suffirait pas à elle seule pour expliquer l'article 504, car l'impossibilité d'attaquer les actes d'un individu après sa mort, pour cause de démence, est applicable même à des personnes qui n'auraient pas pu provoquer l'interdiction, par exemple aux légataires.

2. Caen 27 janvier 1846, D. P. 1853. V. 271, Sir. 1846. I. 737.

Source BIU Cujas

retrouverons cette règle plus loin, car elle est un effet de l'interdiction, un effet que l'interdiction produit non pas dans l'avenir, mais dans le passé [1].

c) Passons à la troisième exception. Elle s'induit de l'article 901.

On admet que l'article 504, en tant qu'il écarte l'action en nullité après la mort de l'auteur de l'acte, ne s'applique pas aux donations testamentaires et entre vifs qu'aurait faites le dément, d'une manière générale aux actes à titre gratuit. La jurisprudence admet l'annulation des libéralités pour insanité même après la mort du donateur ou du testateur [2].

Voici comment se justifie cette nouvelle exception à la règle. D'abord on conçoit qu'on admette plus largement la nullité pour une libéralité que pour un acte à titre onéreux ; le bénéficiaire de l'acte, donataire ou légataire, qui réalise un bénéfice purement gratuit, est moins favorable que la personne qui paie le bénéfice réalisé dans un acte onéreux. D'ailleurs, relativement aux testaments, il faut inévitablement qu'il en soit ainsi, car le testament n'a d'effet qu'à la mort de celui de qui il émane (article 875) ; dès lors, ne pas admettre l'action en nullité pour insanité d'esprit après la mort, ce serait l'écarter radicalement, ce qui est inadmissible.

De là l'article 901, commun à la donation et au testament : « Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut « être sain d'esprit. » Cette condition est suffisante, mais indispensable ; donc il y a lieu à nullité dès et par cela seul qu'il y a eu démence de fait, ce qui écarte l'application de l'article 504. Nous retrouverons ces solutions sous l'article 901 ; elles ne font pas doute en pratique [3].

Sous réserve de ces trois restrictions, la nullité pour démence de fait disparaît par la mort de l'auteur de l'acte.

1. *Infrà*, p. 603. La nullité prévue par l'article 503, étant un effet de l'interdiction, est une simple nullité relative, à la différence de la nullité ordinaire pour cause de démence, qui est absolue. Relative, elle ne peut pas être invoquée par la personne qui a traité avec le dément ; cette personne ne peut obtenir l'annulation de l'acte qu'en apportant la preuve précise de la démence au moment de l'acte.

2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, articles 503, n° 41, et 504, n° 3.

3. Voy. dès à présent la jurisprudence et les autorités citées par Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 504, n° 3 ; — Cpr. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Interdiction*, n° 181.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II

DES SITUATIONS DIVERSES AUXQUELLES LA DÉMENCE PEUT CONDUIRE.

954. Ces situations, selon que la démence est plus ou moins complète, continue et persistante, sont celles qui résultent : 1° de l'interdiction, — 2° de la nomination d'un conseil judiciaire, — 3° de l'internement dans un asile d'aliénés.

Reprenons-les pour les comparer : 1° quant aux causes qui peuvent en motiver l'avènement, — 2° quant aux formalités qu'elles nécessitent, — 3° quant aux effets qu'elles produisent.

SECTION I. — **L'interdiction.**

955. Il s'agit ici de l'interdiction dite judiciaire, ainsi qualifiée parce qu'elle ne peut résulter que d'une décision judiciaire, jugement ou arrêt ; tous les textes du titre le supposent (articles 498 et 502). On l'appelle interdiction judiciaire par opposition à l'interdiction légale, peine accessoire encourue de plein droit par les condamnés à des peines criminelles, et dont nous avons précédemment parlé sous les articles 25 et suivants [1].

Les articles 489 et 509 fournissent les éléments d'une définition simple de l'interdiction judiciaire. Le premier dit : « Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de « démence ou de fureur doit être interdit.... » — « L'inter« dit, ajoute l'article 509, est assimilé au mineur pour sa « personne et pour ses biens ; les lois sur la tutelle des mi« neurs s'appliqueront à la tutelle des interdits. » Donc l'interdiction est une extension de la tutelle ; c'est la situation d'une personne qui est mise en tutelle parce qu'elle est dans

1. *Suprà*, tome I, p. 108 et suiv.

Source BIU Cujas

un état habituel de démence. Il y a bien, malgré ce que dit l'article 509, quelques différences entre l'interdit et le mineur ; elles n'ont qu'une importance secondaire et nous les trouverons chemin faisant. D'une manière générale, les deux situations peuvent être assimilées. L'interdit reçoit un tuteur et un subrogé tuteur ; il lui est nommé un conseil de famille.

956. Il faut rechercher : 1° dans quels cas il y a lieu à interdiction, — 2° par qui elle peut être provoquée, — 3° ce que la procédure a de particulier en cette matière, — 4° quelle est la condition qui résulte de l'interdiction pour celui qui en est frappé, — 5° comment cette condition cesse.

Sur tous ces points, les dispositions de la loi s'inspirent invariablement de la crainte des abus possibles ; elles sont autant de précautions prises pour les conjurer.

§ 1. — Dans quels cas il y a lieu à interdiction.

957. On interdit ceux que leur état mental met hors d'état de gouverner leur personne ou leurs intérêts. Voilà l'idée générale.

Aux termes de l'article 489, l'aliénation mentale ne motive l'interdiction que si elle est habituelle. Le terme est significatif et essentiel. Habituelle, c'est-à-dire si elle se manifeste le plus ordinairement. Hors de là, il peut y avoir démence de fait, avec les effets qui y sont attachés, mais non interdiction.

Il n'est donc pas nécessaire que la démence soit absolument permanente et continue ; il se peut que l'interdit se possède par moments, qu'il ait, comme on dit, des intervalles lucides. Mais il ne suffirait pas qu'elle fût accidentelle, passagère, c'est-à-dire qu'elle se manifestât seulement de temps à autre, irrégulièrement. Il suffit, mais il faut qu'elle soit habituelle, en d'autres termes qu'elle se manifeste le plus ordinairement, de manière qu'elle constitue l'état de la personne.

Il résulte de là qu'une personne peut être en état de démence à un moment donné sans être interdite, même sans pouvoir l'être, si la démence est accidentelle. A l'inverse, il se peut qu'une personne soit interdite sans être, à un moment donné, en état de démence, puisqu'il faut que la démence soit habituelle, sans qu'il faille qu'elle soit continue. C'est ce que relève l'article 489 : « Le majeur qui est dans un état habi-

Source BIU Cujas

« tuel d'imbécillité, de démence ou de fureur doit être inter-
« dit, même lorsque cet état présente des intervalles luci-
« des. »

Le juge saisi de la demande en interdiction apprécie souverainement la réalité de l'aliénation mentale et aussi son caractère habituel[1]. Il recherche si elle altère le discernement et la volonté d'une manière assez grave et suivie pour que l'aliéné soit vraiment hors d'état de gouverner sa personne et ses affaires. Dans ce cas seulement, il y a lieu à une mesure générale, prise une fois pour toutes, donnant à l'aliéné une situation permanente ; cette mesure est l'interdiction.

Encore faut-il qu'il y ait vraiment aliénation mentale, c'est-à-dire imbécillité, démence ou fureur. Les inclinations contraires aux convenances sociales ne suffisent pas pour impliquer la perte de la raison, par suite pour nécessiter l'interdiction. Les travers de caractère, les manies ou les bizarreries, les mauvais instincts et les vices, tant qu'ils sont conscients, ne sont pas des causes d'interdiction. L'interdiction, dit fort bien la Cour de Paris[2], est faite « pour protéger
« les personnes que l'âge ou la maladie a rendues incapables
« d'agir par elles-mêmes ou d'apprécier la portée de leurs
« actes » ; elle ne « saurait être appliquée à ceux qui, renon-
« çant à lutter contre leurs mauvais instincts, commettent
« des écarts conscients ». Le vice ne conduit à l'interdiction que quand il a éteint la volonté, non par lui-même.

958. Non seulement celui qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur peut être interdit ; il doit l'être. L'article 489 est formel : « Le majeur qui est dans
« un état habituel... doit être interdit... » L'interdiction est un droit pour celui qui est dans l'état qui la motive ; c'est une protection qui lui est due, qui lui est assurée.

959. Il ne faut, à cet égard, distinguer ni le sexe ni l'âge : l'homme comme la femme, le mineur comme le majeur peuvent être interdits. Aucun doute pour le majeur ; l'article 489 est formel. Au contraire, l'hésitation est possible pour le mineur.

Elle vient, d'une part, de ce que l'article 489, qui indi-

1. Cass. 5 juin 1882, D. P. 1883. I. 172, Sir. 1884. I. 112 ; — Cpr. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Interdiction*, n° 15.

2. Paris 13 juillet 1887, *La Loi* du 1er septembre. — Cpr. Poitiers 24 décembre 1890, *Le Droit* du 4 mars 1891.

Source BIU Cujas

que les cas et les causes d'interdiction, ne parle que du majeur. D'autre part, cette limitation de l'interdiction au majeur s'expliquerait à la rigueur ; les mineurs sont en puissance paternelle ou en tutelle, et l'incapacité qui les atteint à ce titre pourrait paraître suffire aux nécessités de la situation. L'article 509, qui relève l'effet général de l'interdiction, semble bien le prouver : « L'interdit est assi-« milé au mineur pour sa personne et ses biens. » A quoi bon provoquer contre un mineur un jugement qui n'amènerait pour lui que la situation qu'il a déjà ? Tout au plus, semble-t-il, l'interdiction se comprendrait pour les mineurs émancipés, qui ont une capacité plus grande ; mais, à leur égard, il existe une protection suffisante dans les actions en nullité, en rescision, en réduction pour les actes qui rentrent dans leur capacité, sans parler même du retrait de l'émancipation. Donc, d'une manière générale, on pourrait croire que l'interdiction n'est ni nécessaire ni utile pour les mineurs.

Cependant, il est généralement admis, et la pratique en offre des exemples, que les mineurs, émancipés ou non, peuvent être interdits comme les majeurs. Le projet de Code contenait un article qui admettait formellement l'interdiction pour les mineurs émancipés, non pour les autres. Cette restriction a été critiquée par le Tribunal de cassation, et l'article a fini par disparaître [1].

Du reste, les articles 174 et 175 prouvent d'une manière expresse que les mineurs peuvent être interdits. Aux termes de ces deux articles, le tuteur ne peut faire opposition au mariage de son pupille par cause de démence de celui-ci qu'à la charge de provoquer son interdiction ; or nous avons établi que le tuteur dont il est ici question ne peut pas être le tuteur d'un interdit, mais seulement celui d'un mineur [2] ; donc le mineur en tutelle, le mineur non émancipé peut être interdit, et il faut en dire autant *a fortiori* du mineur émancipé.

La règle est rationnelle, car, malgré les apparences, l'interdiction d'un mineur non émancipé peut être extrêmement utile, nonobstant l'article 509.

1. Valette, *Explication sommaire*, p. 345.
2. *Suprà*, tome I, p. 377 et suiv.

Source BIU Cujas

1° L'incapacité résultant de l'interdiction est plus complète que celle qui résulte de la minorité. La différence apparaît sous deux rapports.

a) Il est des actes que le mineur peut faire et que l'interdit ne peut pas faire. Ainsi, nous avons vu que le mineur peut tester (article 904) [1] ; au contraire, l'article 502 dit que tous les actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction sont nuls de droit, et la jurisprudence, contestable d'ailleurs à cet égard, regarde cette règle comme absolue, comme applicable même au testament [2]. De même, la loi du 9 avril 1881, portant création d'une caisse d'épargne postale, autorise les mineurs à se faire ouvrir des livrets sans l'intervention du tuteur et à « retirer, sans cette intervention, mais « seulement après l'âge de seize ans révolus, les sommes « figurant sur les livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la « part de leur représentant légal [3] » ; c'est encore un droit qui fait défaut aux interdits.

b) La nullité ne procède pas de même dans les deux cas. En ce qui concerne le mineur, les actes que la loi soumet à des conditions de forme sont annulables par cela seul que les conditions légales n'ont point été observées ; quant aux actes que la loi ne soumet à aucune condition de forme, ils sont inattaquables s'ils ont été passés par le tuteur, rescindables s'ils l'ont été par le mineur lui-même, rescindables pour cause de lésion, c'est-à-dire à charge de justifier qu'une lésion a été subie par le mineur [4]. Au contraire, pour obtenir la nullité d'un acte passé par un interdit, il suffit d'établir que l'acte est postérieur à l'interdiction (article 502), sans avoir besoin de démontrer une lésion.

2° S'il était impossible d'agir en interdiction contre un mineur atteint de démence, s'il fallait attendre la majorité pour agir, il y aurait un vrai péril. En effet, la demande n'étant formée qu'après la majorité, un délai plus ou moins long s'écoulerait fatalement entre la demande et le prononcé de l'interdiction, délai pendant lequel la situation de l'aliéné pourrait être compromise ; il ne serait plus protégé par les règles applicables aux mineurs, et ne le serait pas encore par

1. *Suprà*, p. 479 et 480.
2. *Infrà*, n° 978, p. 604 et suiv.
3. *Suprà*, p. 480.
4. *Ibid.*, p. 515 à 519.

Source BIU Cujas

celles de l'interdiction. Le danger sera conjuré si la demande en interdiction peut être formée avant la majorité de l'aliéné ; l'interdiction prononcée en minorité pourra le saisir immédiatement à sa sortie de la minorité, sans que la protection nécessaire subisse aucune interruption.

3° Si on prend l'article 489 à la lettre, si on le considère comme excluant la possibilité d'interdire les mineurs, il faudra regarder l'interdiction comme impossible même à l'égard des mineurs émancipés, ce qui est inadmissible. Les incidents qui se sont produits au cours des travaux préparatoires ne permettent pas de l'admettre. Nous avons dit qu'un article du projet autorisait l'interdiction des mineurs émancipés. La modification du texte a été demandée afin que l'interdiction des mineurs même non émancipés fût également autorisée. Comment admettre que tout cela ait abouti à exclure la possibilité de l'interdiction des mineurs émancipés, interdiction que le texte du projet déclarait formellement possible ?

En résumé, l'interdiction des mineurs peut être utile à certains égards. Si l'article 489 ne prévoit que l'interdiction des majeurs, c'est que la rédaction de ce texte a été dominée, pour ainsi dire, par celle de l'article 488. Aux termes de l'article 488, le majeur « est capable de tous les actes de la « vie civile, sauf la restriction portée au titre *Du mariage* » ; l'article 489, se plaçant dans le même ordre d'idées, ajoute : toutefois, « le majeur qui est dans un état habituel d'imbé- « cillité, de démence ou de fureur doit être interdit... » On ne songe plus à l'interdiction des mineurs, qui reste cependant possible [1].

§ 2. — Par qui l'interdiction peut être provoquée.

960. Les articles 490 et 491 désignent les personnes autorisées à demander l'interdiction. L'indication est limitative, de sorte que la demande formée par tout autre que ces personnes devrait être écartée sans examen par une fin de non-recevoir.

Aux termes de l'article 490, l'interdiction peut être provoquée par les parents de l'aliéné et par son conjoint s'il est marié. Aux termes de l'article 491, l'interdiction peut en

1. Il y a de nombreuses décisions judiciaires en ce sens. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 489, n° 1.

Source BIU Cujas

outre, sous quelques distinctions, être provoquée par le procureur de la République, agissant d'office au nom de l'intérêt public.

961. Pourquoi ces textes restreignent-ils limitativement le droit d'agir à certaines personnes ?

Au premier abord, on est porté à s'en étonner. En effet, l'interdiction est une protection pour l'aliéné ; elle lui est due. Puisqu'il s'agit d'une mesure nécessaire dès qu'elle est possible, il semble que l'action pour la provoquer devrait appartenir à tout le monde.

Il n'y a cependant pas là contradiction, mais seulement combinaison de points de vue opposés, dont il doit être également tenu compte. S'il est vrai que l'aliéné doit être interdit, il faut prendre garde cependant, d'autre part, qu'il y aurait les plus graves inconvénients à ce que la demande fût formée mal à propos ou sans utilité, à ce qu'elle pût l'être témérairement, surtout à tort et méchamment. L'interdiction est avant tout une affaire de famille ; il peut y avoir des motifs sérieux et respectables de ne pas divulguer l'infirmité d'un des membres de la famille, au moins d'en ajourner la divulgation. De là les articles 490 et 491.

962. Ils donnent qualité pour agir d'abord aux parents de l'aliéné : « Tout parent, dit l'article 490, est recevable « à provoquer l'interdiction de son parent... »

Les parents peuvent agir par eux-mêmes, ou par l'intermédiaire de leurs représentants s'ils sont incapables.

Ils ont à agir un intérêt moral : la protection de l'aliéné. Ils ont de plus un intérêt pécuniaire ; en effet, ils possèdent un droit éventuel de succession, et l'interdiction est souvent le seul moyen de sauver le patrimoine de l'aliéné.

« Tout parent », dit le texte. Rien de plus général. La formule comprend, sans distinction, les parents légitimes, naturels et adoptifs [1]. Il n'y a pas à rechercher si le parent qui forme la demande est l'héritier présomptif le plus proche de l'aliéné. En effet, la loi reconnaît le droit d'agir à tous les parents indistinctement, aux plus éloignés comme aux plus proches ; si le parent le plus proche n'agit pas, un parent plus éloigné peut le faire. Il est utile qu'il en soit ainsi, car

1. Trib. de Versailles 5 avril 1878, *Le Droit* du 24 avril ; — Cpr. *suprà*, p. 319.

Source BIU Cujas

les plus proches peuvent être arrêtés par des considérations qui n'arrêteront pas des parents plus éloignés ; aucun abus n'est à redouter du moment que le droit d'agir ne sort pas de la famille.

Le droit de demander l'interdiction appartient donc aux parents de la manière la plus large. Toutefois, il ne saurait être question de reconnaître ce droit à tous les parents sans limitation de degrés. Les seuls parents pouvant agir sont ceux qui se rattachent à l'aliéné par une parenté produisant des effets civils, soit au point de vue successoral, soit au point de vue des empêchements de mariage, soit au point de vue de l'obligation alimentaire [1].

963. Le droit de provoquer l'interdiction n'appartient pas seulement aux parents de l'aliéné, mais encore à son conjoint (article 490 *in fine*). L'intérêt du conjoint n'est pas moins évident que celui des parents, soit qu'on l'envisage au point de vue moral, soit qu'on l'envisage au point de vue pécuniaire. D'une part, il possède un droit éventuel de succession (article 767) ; d'autre part, il y a toujours, dans une mesure variable, communauté d'intérêts entre les époux.

964. Enfin le droit de provoquer l'interdiction appartient au procureur de la République (article 491).

L'intervention du procureur de la République est obligatoire au cas de fureur, quand l'aliéné est dangereux. « Dans « le cas de fureur, dit la première phrase de l'article 491, si « l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les pa« rents, elle doit l'être par le procureur de la République. » Il agit alors dans l'intérêt de la sécurité publique. En fait, il n'agit presque jamais de la sorte depuis la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. Antérieurement à 1838, l'interdiction était le moyen d'arriver à la séquestration (article 510). Depuis la loi de 1838, le préfet de police à Paris, les préfets dans les départements peuvent opérer des placements d'office, des internements par voie d'autorité au cas où cela est nécessaire ; le ministère public n'a plus besoin, dès lors, de passer par l'interdiction pour arriver à l'internement.

L'intervention du procureur de la République est facultative dans le cas prévu par la seconde phrase de l'article 491 : « Dans le cas d'imbécillité ou de démence », le procureur de

1. Voy. les articles 161 et 162, 348, 755. — Cpr. *suprà*, tome I, p. 329 et suiv., 504 et suiv.

Source BIU Cujas

la République « peut aussi la provoquer (l'interdiction) con-« tre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents « connus ». Ce droit est reconnu au ministère public dans l'intérêt de l'aliéné, qui est ainsi assuré de n'être pas abandonné sans protection. Mais le droit d'agir ne lui est reconnu qu'à défaut de parents ou de conjoint ; son droit n'est donc que subsidiaire [1].

965. Là s'arrête la liste des personnes autorisées à provoquer l'interdiction. Ni les alliés, ni les amis, ni les créanciers, quelque intérêt qu'ils aient pour conserver leur gage, n'ont qualité pour la provoquer.

Signalons seulement une question qui se rapporte à cet ordre d'idées : celle de savoir si l'aliéné peut provoquer lui-même sa propre interdiction. Ce n'est qu'une curiosité juridique sans intérêt pratique, car il est rare qu'un aliéné ait ainsi conscience de son état et se juge aussi bien lui-même ; toutefois, ce n'est pas impossible.

Il est certain qu'une personne ne peut pas se mettre elle-même, de sa propre autorité, en état d'interdiction (article 6). Mais pourquoi ne pourrait-elle pas provoquer un jugement par lequel elle y serait placée ? Pourquoi l'aliéné ne pourrait-il pas profiter d'un intervalle lucide pour requérir sa propre interdiction, si ses parents, éloignés peut-être, ne s'occupent pas de lui, et pour se garantir de la sorte contre les conséquences des actes qu'il viendrait à commettre au cours d'accès ultérieurs ?

L'opinion générale est en sens contraire [2].

Elle s'appuie d'abord sur l'article 490. Ce texte, dit-on, ne mentionne pas l'aliéné parmi les personnes qui peuvent provoquer l'interdiction ; or l'énumération présentée par l'article est limitative. L'argument n'a pas de valeur. D'une part, on peut répondre que les principes généraux suffisent à faire reconnaître le droit d'agir au principal intéressé ; le texte n'avait pas besoin de lui conférer ce droit. D'autre part, la jurisprudence n'hésite pas à décider que l'interdit peut agir en mainlevée de l'interdiction [3]. Or l'article 512 s'exprime ainsi : « ... La mainlevée ne sera prononcée qu'en observant

1. Sur le droit d'intervention du ministère public, voy. Cass. 15 mai 1878, D. P. 1878. I. 270, Sir. 1878. I. 341.
2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 490, n° 21.
3. Aix 31 juillet 1884, Sir. 1886. II. 42.

Source BIU Cujas

« les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction. » En d'autres termes, les personnes qui peuvent requérir la mainlevée sont les mêmes qui peuvent provoquer l'interdiction. N'est-il pas contradictoire alors de refuser à l'aliéné le droit de provoquer sa propre interdiction, puisqu'on lui reconnaît le droit d'en requérir la mainlevée ?

L'opinion générale fait valoir un autre argument qui n'a pas plus de force. L'interdiction, dit-on, suppose un procès, où deux parties sont en présence ; l'article 496 parle, en effet, du défendeur. Comment concevoir une instance où la même personne jouerait le rôle de demandeur et de défendeur ? Il faut répondre que la loi vise seulement le cas ordinaire où la demande est formée contre l'aliéné par un tiers ; il y aurait excès à conclure de là que l'aliéné lui-même ne peut pas agir.

En résumé, il n'existe aucune raison pour contester l'admissibilité de la demande en interdiction formée par le principal intéressé, lorsque celui-ci, redevenu momentanément maître de ses facultés, réclame le bénéfice de la protection légale.

§ 3. — Des particularités que présente la procédure de l'interdiction.

966. A ce côté du sujet se réfèrent les articles 492 à 501 du Code civil et les articles 890 à 897 du Code de procédure.

Les dispositions de ces textes s'inspirent d'une double préoccupation. Dans l'intérêt du défendeur, on entoure l'interdiction de précautions multiples, afin d'éviter la précipitation, les surprises et les abus. D'autre part, dans l'intérêt des tiers, on exige la publicité du jugement qui prononce l'interdiction, ou de l'arrêt en cas d'appel ; exigence utile, car l'interdit devient incapable, peut opposer son incapacité aux tiers et faire annuler les actes qu'il aurait passés, de sorte que les tiers ont intérêt à connaître la sentence d'où résulte l'interdiction.

967. Sans entrer dans les détails de cette procédure, pour lesquels il suffit de renvoyer aux textes, voici les points principaux à relever dans les prescriptions de la loi.

I. Le tribunal compétent est le tribunal de première instance du domicile de l'aliéné, qui est défendeur à l'action

Source BIU Cujas

(article 492). On admet toutefois que le procureur de la République, quand il poursuit l'interdiction pour cause de fureur, peut saisir le tribunal du lieu de la résidence. Il agit, en effet, au nom de la sécurité publique ; or la précaution doit être prise là où réside l'aliéné, puisque c'est là que le trouble se produit.

II. La demande est introduite par une requête au président du tribunal (article 890 C. proc. civ.). L'article 493 indique ce que la requête doit contenir : « Les faits d'imbécillité, « de démence ou de fureur seront articulés par écrit.... » Le président communique la requête au procureur de la République et commet un juge pour faire un rapport.

III. Au jour indiqué, le rapport est lu et le procureur de la République entendu. Le tribunal doit alors accomplir deux formalités essentielles, sans lesquelles la procédure serait nulle.

1° Il doit prendre l'avis de la famille. Il peut rejeter *de plano* la demande, mais il ne peut pas prononcer l'interdiction sans l'avis de la famille. « Le tribunal, dit l'article 494, ordonnera « que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé « à la section IV du chapitre II du titre *De la minorité, de la « tutelle et de l'émancipation*, donne son avis sur l'état de la « personne dont l'interdiction est demandée. » L'article 495 contient, quant à la composition du conseil de famille, quelques particularités : « Ceux qui auront provoqué l'interdic- « tion ne pourront faire partie du conseil de famille ; cepen- « dant l'époux, ou l'épouse, et les enfants de la personne « dont l'interdiction sera provoquée, pourront y être admis « sans avoir voix délibérative. »

2° Le tribunal doit interroger la personne dont l'interdiction est poursuivie (article 496). La règle est essentielle. Le tribunal ne peut interdire les gens sans les avoir vus ; les interroger est, d'ailleurs, le meilleur moyen de s'éclairer sur leur état mental. L'interrogatoire a lieu devant le tribunal entier, mais en Chambre du conseil et sans publicité.

Il résulte de là que la présence de l'aliéné est indispensable et substantielle ; la demande ne peut être formée que contre lui, et on ne peut procéder en son absence. Cependant son refus de se présenter ne peut pas empêcher la procédure ; seulement le refus doit être constaté et il faut que le tribunal ait fait ce qu'il a pu pour que l'interrogatoire eût lieu.

Source BIU Cujas

La personne dont l'interdiction est poursuivie est-elle internée dans un asile, la question a été posée de savoir si elle peut être représentée dans l'instance par un mandataire spécial. Il en est ainsi dans les procès ordinaires, aux termes de l'article 33 de la loi du 30 juin 1838. Mais cet article n'est pas applicable aux procès en interdiction ; la procédure d'interdiction met en cause l'aliéné personnellement et exclut toute représentation [1].

A propos de l'interrogatoire, il importe de signaler la disposition de l'article 500 : « En cas d'appel du jugement rendu « en première instance, la Cour pourra, si elle le juge né- « cessaire, interroger de nouveau, ou faire interroger par « un commissaire la personne dont l'interdiction est de- « mandée. » Il résulte de ce texte que l'interrogatoire, obligatoire en première instance, est au contraire facultatif en appel ; il suffit que la Cour déclare la cause suffisamment instruite pour qu'on s'abstienne de procéder à un nouvel examen [2].

Signalons enfin la disposition des alinéas 2 et 3 de l'article 893 du Code de procédure civile : « Si l'interrogatoire et « les pièces produites sont insuffisantes, et si les faits peu- « vent être justifiés par témoins, le tribunal ordonnera, s'il « y a lieu, l'enquête, qui se fera en la forme ordinaire. — « Il pourra ordonner, si les circonstances l'exigent, que l'en- « quête sera faite hors de la présence du défendeur ; mais, « dans ce cas, son conseil pourra le représenter. »

IV. Après le premier interrogatoire du défendeur, le tribunal nomme, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, « pour prendre soin de la personne et des biens du défen- « deur » (article 497). C'est une mesure de prévoyance. L'instance, en effet, peut se prolonger, notamment s'il y a des enquêtes à faire et à discuter ; cependant il peut y avoir péril en la demeure ; en attendant, un administrateur provisoire veillera, s'il y a lieu, sur la personne et les intérêts de l'aliéné. Il fera les actes conservatoires et d'urgence, à moins que le tribunal ne lui donne de plus amples pouvoirs.

1. Paris 13 avril 1875, D.P.1875.II. 233, Sir. 1875. II. 297.

2. Cass. 5 février 1895, D. P. 1895, I. 96, Sir. 1895. I. 116. — Sur le point de savoir si l'interrogatoire du défendeur peut être ordonné pour la première fois en appel, lorsque le tribunal a omis d'y procéder, voy. Cass. 29 avril 1885, D. P. 1885. I. 375, Sir. 1886. 1. 157.

Source BIU Cujas

V. Le jugement ou l'arrêt qui prononce l'interdiction est soumis à publicité.

Cette publicité résulte d'abord de ce que la sentence d'interdiction est rendue en audience publique. Les premières audiences, celle où est lu le rapport du juge commis, celle où le défendeur est interrogé, ont lieu en Chambre du conseil ; après l'interrogatoire, l'affaire est portée à l'audience ordinaire pour être plaidée et jugée[1] : « Le jugement sur une « demande en interdiction, dit l'article 498, ne pourra être « rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou « appelées. »

Le jugement ou l'arrêt, rendu de la sorte en audience publique, doit en outre être porté à la connaissance des tiers.

Il est utile qu'elle y soit portée, nous l'avons dit déjà. En effet, l'interdit devient incapable ; il peut opposer son incapacité aux tiers et faire annuler les actes qu'il aurait passés. Dès lors, il est indispensable que les tiers soient mis à même de connaître la sentence prononçant l'interdiction.

L'article 501 prescrit des mesures de publicité. Voici quel est le texte primitif, tel qu'il a été rédigé en 1804 : « Tout « arrêt ou jugement portant interdiction, et nomination d'un « conseil, sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié « à partie, et inscrit, dans les dix jours, sur les tableaux qui « doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans « les études des notaires de l'arrondissement. »

La publicité ainsi organisée est insuffisante à plusieurs égards.

D'abord, elle est limitée à l'étendue de l'arrondissement où siège la juridiction qui a prononcé l'interdiction. De sorte que l'interdit, pour échapper aux effets de la publicité, dispose d'un moyen très simple : changer de domicile ou de résidence sans faire connaître son ancien domicile ou son ancienne résidence aux personnes parmi lesquelles il va désormais vivre.

1. S'il y a appel, la jurisprudence décide que l'affaire doit être jugée en audience solennelle : Cass. 17 janvier 1876, D. P. 1876. I. 151, Sir. 1876.I. 302. La Cour de cassation soumet à la même règle les demandes en dation ou mainlevée de conseil judiciaire : Cass. 2 janvier 1895, D. P. 1895. I. 307, Sir. 1895.I. 88. Voy. la critique de cette jurisprudence, *suprà*, tome I, p. 164 et 165.

Source BIU Cujas

D'autre part, la publicité prescrite par l'article 501 est illusoire. Le public proprement dit ne consulte pas les tableaux dont parle le texte ; à peine en est-il pris connaissance par les hommes d'affaires.

Enfin les prescriptions de l'article 501 sont inefficaces pour une raison plus grave que toutes les autres : le législateur n'a pas attaché de sanction sérieuse au défaut de publicité. Pour s'en convaincre, il suffit de rapprocher les deux articles 501 et 502. L'article 501 impose aux demandeurs de procéder aux formalités de publicité dans les dix jours. Or les effets de l'interdiction, aux termes de l'article 502, se produisent du jour du jugement : « ... Tous actes passés postérieurement par l'interdit... seront nuls de droit. » Donc l'incapacité de l'interdit est acquise avant la publicité de la sentence. Aussi l'on admet que l'absence ou l'insuffisance de publicité n'empêche pas la sentence de produire ses effets. Cette absence, cette insuffisance n'ont qu'un seul effet ; elles engagent la responsabilité civile de ceux qui n'auraient pas fait les diligences prescrites par l'article 501 : le demandeur en interdiction, les notaires et les greffiers sont passibles de dommages-intérêts envers les tiers qui auraient été victimes du défaut de publicité en temps utile.

Si insuffisante qu'elle fût, la publicité organisée par l'article 501 ne fut pas réorganisée par le Code de procédure civile en 1806 ; les articles 896 et 897 ne font que renvoyer à l'article 501. En 1807, un décret du 16 février, dans son article 92, prescrivit une mesure complémentaire de publicité : « l'insertion par extrait de la décision dans un journal » ; prescription vaine, car la publicité du journal est trop éphémère pour être efficace.

C'est seulement en 1893 que le législateur a essayé d'améliorer l'état de choses établi en 1804. La loi du 16 mars 1893 est relative à cet objet. Elle est intitulée : *loi relative à la publicité à donner à la décision qui pourvoit un individu d'un conseil judiciaire*. Mais cet intitulé est inexact ; il convenait à la proposition d'où la loi est sortie, mais ne convient plus à la loi elle-même, qui prescrit les mesures nouvelles de publicité pour les sentences d'interdiction comme pour celles qui interviennent en matière de conseil judiciaire [1].

1. Voy. sur ce point, et généralement sur la loi du 16 mars 1893, l'article de

Source BIU Cujas

En la forme, la loi de 1893 ajoute à l'article 501 du Code civil une disposition nouvelle, contenue dans l'article 1 de la loi. L'article 2 modifie en conséquence les articles 896 et 897 du Code de procédure civile, signalés déjà comme contenant un renvoi à l'article 501. L'article 3 renferme une disposition transitoire. Enfin l'article 4 annonce que la loi sera complétée par un règlement d'administration publique ; il a paru dans le *Journal officiel* du 11 mai 1893.

Au fond, la loi de 1893 ne supprime pas le système de publicité organisé en 1804 ; elle se contente de prescrire des mesures complémentaires de publicité. En d'autres termes, la disposition citée de l'article 501 reste en vigueur ; mais elle ne forme plus à elle seule tout l'article 501 ; elle en est seulement la première partie. La seconde est ainsi conçue : « Un extrait sommaire du jugement ou arrêt sera en outre « transmis, par l'avoué qui l'aura obtenu, au greffe du tri- « bunal du lieu de naissance du défendeur, dans le mois du « jour où la décision aura acquis l'autorité de la chose jugée. « Cet extrait sera mentionné par le greffier, dans un délai de « quinze jours, sur un registre spécial dont toute personne « pourra prendre communication et se faire délivrer copie. « Le greffier, dans un nouveau délai de quinze jours, adres- « sera à l'avoué un certificat constatant l'accomplissement « de la formalité. — A l'égard des individus nés à l'étranger, « les décisions seront mentionnées, dans les mêmes formes « et délais, sur un registre tenu au greffe du tribunal de la « Seine ; ce registre mentionnera également les décisions « relatives aux individus nés dans les colonies françaises, « indépendamment du registre qui sera tenu au greffe de « leur lieu d'origine. — Toute contravention aux disposi- « tions ci-dessus, commise par les greffiers ou avoués, sera « punie d'une amende de cinquante francs, sans préjudice « de tous dommages-intérêts. »

Aux termes de ce texte, un registre spécial doit être ouvert au greffe de tous les tribunaux de première instance, pour recevoir un extrait sommaire des jugements ou arrêts qui prononcent une interdiction ou une nomination de conseil judiciaire. Chaque fois qu'une pareille sentence est rendue, elle reçoit d'abord la publicité prescrite par la première partie

M. Charmont, *Un nouveau mode de publication des incapacités*, dans la *Revue critique de droit*, année 1893, p. 468 et suiv.

Source BIU Cujas

de l'article 501 ; elle est inscrite sur les tableaux affichés « dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires « de l'arrondissement » où siège la juridiction qui a rendu la sentence. De plus, un extrait de la sentence est consigné sur le registre spécial tenu au greffe du tribunal civil de l'arrondissement où est née la personne frappée d'interdiction ou pourvue d'un conseil judiciaire. Telle est au moins la règle en ce qui concerne les personnes nées sur le territoire de la France continentale. S'agit-il de personnes nées dans les colonies ou à l'étranger, l'extrait de la sentence est consigné sur le registre du tribunal de la Seine, sans préjudice des mentions qui peuvent être faites sur les registres tenus dans les greffes des colonies.

L'application de ces règles garantit les tiers contre les surprises et les supercheries. Toute personne prévoyante qui veut traiter avec une autre peut exiger de celle-ci la présentation de son acte de naissance ; en s'adressant au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le lieu de la naissance, il sera facile de s'assurer que la personne avec laquelle on veut traiter n'est ni interdite ni pourvue d'un conseil judiciaire.

Mais la loi nouvelle assure-t-elle aux tiers une sécurité complète ? Il est facile de se convaincre que non.

D'abord le législateur de 1889 n'a pas cru pouvoir ordonner la mention sur les nouveaux registres des sentences rendues antérieurement à l'entrée en vigueur de la réglementation nouvelle . Dès lors, les tiers qui consultent les registres spéciaux ne sont informés que des sentences rendues depuis la date où la loi a commencé d'être appliquée. Quant aux sentences antérieures, les tiers n'en auront connaissance que si les interdits ou le hasard se chargent d'en révéler l'existence.

D'autre part, la loi nouvelle prescrit des mesures de publicité très efficaces ; mais elle n'attache pas de sanction suffisamment sérieuse à l'inobservation des règles concernant ces mesures. Les avoués et greffiers ont-ils omis, volontairement ou non, d'accomplir les formalités dont l'accomplissement leur est imposé, la sentence n'en est pas moins opposable aux tiers. La seule conséquence du défaut de pu-

1. Voy. sur ce point Charmont, *loc. cit.*, p. 475.

Source BIU Cujas

blicité est indiquée par la dernière phrase du nouveau texte : les greffiers et avoués sont passibles d'une amende et d'une condamnation à des dommages-intérêts au profit des tiers qui auraient souffert un préjudice par suite du défaut de publicité.

En dépit de ces lacunes, la loi nouvelle constitue un progrès législatif notable et garantit les tiers dans une large mesure contre les dangers auxquels l'ancien article 501 les laissait exposés [1].

§ 4. — Des effets de l'interdiction.

968. L'interdiction n'implique pas nécessairement, pendant toute sa durée, l'état de démence. Nous retrouvons partout cette notion, qui est essentielle. Il suffit en effet, pour que l'interdiction soit prononcée, que la personne soit dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, y eût-il des intervalles lucides.

Par conséquent, il se peut qu'un interdit, à certains moments, soit, en fait, sain d'esprit. C'est possible dès le début; ce sera possible, à plus forte raison, si l'aliéné marche à sa guérison, car l'interdiction prononcée judiciairement subsistera jusqu'à ce qu'elle soit judiciairement levée, et les intervalles lucides pourront être devenus plus fréquents, plus longs.

Donc, en fait, l'état d'interdiction n'implique pas forcément l'état de démence.

969. Il résulte de là que l'interdiction par elle-même, puisqu'elle peut exister sans qu'il y ait démence de fait, ne vaut à l'interdit ni l'irresponsabilité pénale, ni l'irresponsabilité civile; ce sont là des effets de la démence, non de l'interdiction, et la démence ne doit pas être confondue avec l'interdiction.

L'article 64 du Code pénal, cité précédemment, n'écarte la responsabilité pénale qu'au cas de démence : « Il n'y a ni « crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence

1. La loi du 16 mars 1893 se rattache à l'ensemble des tentatives faites depuis un certain nombre d'années pour introduire dans la pratique française l'institution fort importante du casier civil. Voy. *suprà*, tome I, p. 167 et 177 note 1. — Cpr. Charmont, *loc. cit.*, p. 469 et 470, et la *Note complémentaire*, *infrà* p. 637 et suiv.

Source BIU Cujas

« au temps de l'action... » ; il se garde bien de dire : en état d'interdiction. Donc ce texte peut être appliqué sans qu'il y ait interdiction, et il peut ne pas l'être quoiqu'il y ait interdiction.

Quant à l'article 1382 du Code civil, cité aussi précédemment, il subordonne la responsabilité civile à une faute. Or il peut y avoir faute dès qu'il y a discernement ; comme on peut être interdit sans être dans un état permanent de démence, l'interdit peut commettre une faute engageant sa responsabilité civile.

Par conséquent, la question de démence peut être soulevée même quand il y a interdiction. La démence produit alors, si elle existe, les effets qui lui sont inhérents et que nous avons exposés.

970. Seulement l'interdiction ajoute quelque chose à la démence. Elle produit deux effets.

1° Elle met l'interdit en tutelle. Il a été interdit comme étant hors d'état de gouverner sa personne et ses affaires.

2° Elle le frappe d'incapacité, afin qu'il ne soit pas victime des actes qu'il passerait ensuite.

Reprenons ces deux effets.

I. *L'interdiction met l'interdit en tutelle.*

971. L'article 505 signale cet effet comme le plus immédiat que produise la sentence d'interdiction : « S'il n'y a pas d'appel « du jugement d'interdiction rendu en première instance, ou « s'il est confirmé sur appel, il sera pourvu à la nomination « d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit, suivant les « règles prescrites au titre *De la minorité, de la tutelle et de « l'émancipation.* L'administrateur provisoire cessera ses « fonctions et rendra compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-« même. » Ainsi, en ce qui concerne la nomination d'un tuteur, on n'exécute pas le jugement de première instance par provision ; on attend l'arrêt à intervenir sur l'appel. Il n'y a vraiment pas urgence, puisque le tribunal, après le premier interrogatoire, a pu nommer un administrateur provisoire ; on peut rester quelque temps en cet état.

La règle de l'article 505 est complétée par l'article 509 : « L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour « ses biens ; les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront

Source BIU Cujas

« à la tutelle des interdits. » Donc, en principe, la tutelle des interdits est constituée et administrée comme celle des mineurs. Elle présente cependant plusieurs particularités, qu'il importe de signaler ; les unes se rapportent à la constitution, les autres à l'administration de la tutelle.

A. — Particularités relatives à la constitution de la tutelle.

972. Rien de spécial ni quant à la composition, au mode de convocation, aux attributions du conseil de famille, ni quant à la nomination ou aux attributions du subrogé tuteur. Il n'y a de particularités qu'en ce qui concerne le tuteur.

a) D'abord il n'est pas nommé comme le tuteur des mineurs. En principe, il est désigné par le conseil de famille ; c'est un tuteur datif. L'article 505 le suppose : « Il sera pourvu « à la nomination d'un tuteur. » La même expression se retrouve dans l'article 895 du Code de procédure. Donc il n'y a lieu ni à la tutelle légitime, ni à la tutelle déférée par le survivant des père et mère. Toute tutelle légitime est écartée, même celle des père et mère, même si l'interdit est mineur et par conséquent déjà en tutelle au moment où l'interdiction vient le frapper. La seule exception que cette règle comporte est introduite par l'article 506 : « Le mari est de droit le tuteur « de sa femme interdite. » Inutile d'insister sur les motifs de convenance qui exigent qu'il en soit ainsi. L'exception, d'ailleurs, doit être entendue d'une manière étroite ; le mari n'a pas la tutelle légale de sa femme interdite au cas de séparation de corps [1]. Quant à la femme d'un interdit, elle n'est pas tutrice légale de son mari ; l'article 507 le dit formellement : « La femme pourra être nommée tutrice de son mari. En ce « cas, le conseil de famille réglera la forme et les conditions « de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux « de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de « la famille. »

Pourquoi cette différence entre la tutelle des mineurs et des interdits ? Elle s'explique aisément. La direction d'un interdit peut être plus difficile, en tout cas elle est d'autre nature que celle d'un mineur ; elle exige une aptitude spéciale. Le plus souvent, d'ailleurs, la demande en interdic-

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 619, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 506, n° 1.

Source BIU Cujas

tion aura suscité dans la famille des froissements, peut-être des animosités. Il vaut mieux, à tous égards, que le conseil de famille choisisse librement le tuteur ; son intervention forcée assure un choix plus éclairé. Aussi, à l'inverse de la tutelle des mineurs, celle des interdits est toujours déférée par le conseil de famille.

b) Il y a pour le tuteur de l'interdit, dans certains cas au moins, une cause de décharge qui n'est pas admise dans la tutelle des mineurs : « Nul, dit l'article 508, à l'exception « des époux, des ascendants et descendants, ne sera tenu de « conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix ans. A l'ex- « piration de ce délai, le tuteur pourra demander et devra ob- « tenir son remplacement. » Cela s'explique encore aisément. La tutelle des mineurs a un terme naturel, prévu et inévitable : la majorité. Celle de l'interdit peut être infiniment plus longue ; en tout cas, elle n'a pas un terme naturel. La charge pourrait, en se prolongeant indéfiniment, devenir excessive, sans la disposition prévoyante de l'article 508.

B. — Particularités relatives à l'administration de la tutelle.

973. Les fonctions du tuteur sont les mêmes dans les deux tutelles. De même que le tuteur du mineur, celui de l'interdit prend soin de la personne de l'interdit, le représente dans les actes civils et administre ses biens. L'article 509, en effet, renvoie à l'article 450.

Le tuteur prend soin de la personne de l'interdit. — Il fixe son domicile, détermine sa résidence et règle tout ce qui concerne la vie habituelle de l'interdit. Seulement l'article 510 réserve exclusivement au conseil de famille le droit de décider où l'interdit sera traité, s'il apparaît que son état nécessite des soins spéciaux. C'est une garantie contre les internements non justifiés, qui pourraient dégénérer en séquestrations.

Le tuteur représente l'interdit dans les actes civils. — Rien de spécial à cet égard. L'interdit, comme le mineur en tutelle, a un mandataire légal et général. Le nom de l'interdiction vient de là ; elle est, à proprement parler, la défense faite à l'aliéné d'exercer lui-même ses droits ; c'est par un détour de langage que le mot sert à qualifier l'état résultant de cette défense.

Source BIU Cujas

Pour les actes relatifs au patrimoine, qui comportent la représentation, aucune difficulté. Peut-être y a-t-il une restriction à apporter au mandat général relativement à certains actes qui ne comportent pas la représentation par autrui. S'ils restent possibles, ils ne peuvent être accomplis que par l'interdit lui-même. Nous avons rencontré cette question à propos de la tutelle des mineurs [1] ; nous la retrouvons à propos de la tutelle des interdits [2]. Comme elle se rattache à la capacité de l'interdit, nous la reprendrons plus loin.

Le tuteur administre les biens. — L'administration de la tutelle des interdits est soumise aux mêmes règles que l'administration de la tutelle des mineurs. Les obligations et les pouvoirs du tuteur sont les mêmes dans les deux cas. Mêmes obligations, soit au début de la tutelle, soit au cours de la gestion, soit quand la gestion prend fin. Mêmes pouvoirs : donc il y a lieu de distinguer, ici encore, les actes que le tuteur peut faire seul, ceux pour lesquels il lui faut une autorisation du conseil de famille, ceux pour lesquels cette autorisation ne suffit que si elle est homologuée par le tribunal.

Il faut noter que la loi du 27 février 1880 sur les valeurs mobilières est ici applicable. Aussi cette loi est intitulée : *Loi relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits.* Elle est applicable dans toutes ses dispositions : celles relatives à l'aliénation des meubles incorporels (articles 1, 2 et 3), celles relatives à la conversion des titres au porteur en titres nominatifs (article 5) et réciproquement (article 6), celles enfin qui concernent l'emploi des capitaux (article 6).

En résumé, quant à l'administration de la tutelle, il suffit de renvoyer aux développements présentés précédemment.

974. Trois particularités cependant doivent être signalées.

a) Souvent le tuteur de l'interdit aura à recevoir les comptes de l'administrateur provisoire, dont la fonction est inconnue dans la tutelle des mineurs. Cet administrateur est celui que le tribunal commet, s'il y a lieu, après le premier interrogatoire de l'aliéné (article 497) [3]. L'article 505 *in fine* dit que l'administrateur provisoire cesse ses fonctions après la nomination du tuteur et rend ses comptes à ce dernier.

1. *Suprà*, p. 479 et 480.
2. *Infrà*, p. 604 et suiv.
3. *Suprà*, p. 588.

Source BIU Cujas

L'article 895 alinéa 2 du Code de procédure reproduit la même disposition.

b) L'article 510 marque, entre les deux tutelles, une différence caractéristique quant au point de vue général qui doit être celui du tuteur dans son administration.

Quand il s'agit du mineur, il peut être utile de faire sur ses revenus des épargnes, qu'il trouvera lors de sa majorité. Dès qu'il a été satisfait aux charges d'éducation et d'administration, le surplus des revenus doit être capitalisé et placé (articles 454 et 455).

Pour l'interdit, au contraire, la préoccupation doit être différente : « Les revenus d'un interdit, dit l'article 510, doi- « vent être essentiellement employés à adoucir son sort et « à accélérer sa guérison. » Ce n'est pas une simple recommandation, mais un ordre précis, d'où résulte un devoir strict pour le tuteur et pour le conseil de famille..

La règle se justifie d'elle-même. Est-elle, en fait, bien observée ? Il paraît que non ; les plaintes les plus vives sont formulées à cet égard par les membres du corps médical. L'un d'eux termine un mémoire spécial sur ce sujet en disant : « L'interdiction devrait être bannie du code de la « civilisation[1]. » C'est aller bien vite et bien loin ; de ce que la protection organisée n'est pas suffisante, il est téméraire de conclure qu'il faille la supprimer complètement. Il suffirait d'aviser, par quelque mesure directe, à ce que la règle de l'article 510 fût suivie plus ponctuellement.

Il y a, en effet, entre les mineurs et les interdits une différence de situation dont la loi n'a pas tenu suffisamment compte.

Pour le mineur, les affections qui l'entourent veillent, jusqu'à un certain point, sur ses intérêts. De plus, quand il est arrivé à l'âge de discernement, il peut formuler ses griefs, les faire connaître aux personnes qui s'intéressent à lui, obtenir ainsi le redressement de pratiques mauvaises. Enfin la tutelle a un terme fixe ; le tuteur sait qu'à une époque déterminée, relativement peu éloignée, il aura des comptes à rendre.

Très différente est la situation de l'interdit. Les affections

1. De Castelnau, *De l'interdiction des aliénés*, Paris, 1860. — Cpr. Bertrand, *Lois sur les aliénés en Angleterre, en France et dans les autres pays*, Paris, 1872, notamment p. 144 et suiv.

Source BIU Cujas

n'existent souvent plus pour lui, surtout s'il est relégué dans un asile, où bientôt on l'oublie. Son état même le met dans l'impossibilité de se plaindre ; s'il se plaint, ceux auxquels il s'adresse ne voient souvent dans ses griefs que les divagations d'un insensé, enclin à se croire persécuté. Enfin, la tutelle ne finit le plus souvent qu'à la mort ; le tuteur, qui généralement est l'héritier présomptif le plus proche, peut, sans grande invraisemblance, croire qu'il n'aura de comptes à rendre qu'à lui-même. Les abus sont donc ici tout particulièrement à redouter ; en fait, ils paraissent être fréquents et nombreux. Un aliéniste d'une haute expérience, parlant de la situation des interdits, s'exprime ainsi : « De « riches aliénés sont placés dans des conditions de pension « indignes d'eux, et l'on détourne de leur destination des « revenus que ces malades ont souvent gagnés au prix de « mille fatigues et de la perte de leur intelligence. Les « moins malhonnêtes les thésaurisent dans des proportions « ridicules ; d'autres n'hésitent pas à se les partager, comme « si l'aliéné n'était plus de ce monde [1]. »

Sous ce rapport, la loi des 27-28 février 1880, relative aux valeurs mobilières et à l'emploi des capitaux, a été un bienfait ; elle était peut-être plus nécessaire pour les interdits que pour les mineurs. Toutefois,si elle empêche la dilapidation de la fortune, elle n'assure pas l'emploi régulier des revenus, c'est-à-dire l'exécution de l'article 510. Il y a sur ce point quelque chose à faire. On ne saurait compter sur la famille, comme on peut y compter pour les mineurs ; il faudrait qu'un contrôle public intervînt et pût empêcher les abus.

c) Reste enfin une dernière particularité relative à l'administration de la tutelle des interdits. Il y a, en cas d'interdiction, quelques hypothèses à prévoir et à régler qui ne se présentent pas en cas de minorité.

L'une est visée par l'article 511. Un enfant de l'interdit contracte mariage. L'interdit ne peut pas lui constituer une dot. Cependant, comme il importe que la situation des enfants de l'interdit puisse être assurée, l'article 511 édicte la règle suivante : « Lorsqu'il sera question du ma- « riage de l'enfant d'un interdit, la dot ou l'avancement « d'hoirie et les autres conventions matrimoniales seront

1. Brière de Boismont, *De l'interdiction des aliénés*, p. 69.

Source BIU Cujas

« réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le « tribunal, sur les conclusions du procureur du Roi (*de la « République*). » Le texte, d'ailleurs, est mal rédigé. En effet, le conseil de famille de l'interdit peut bien être appelé à régler « la dot ou l'avancement d'hoirie », mais non « les au- « tres conventions matrimoniales » ; celles-ci sont passées par les futurs époux eux-mêmes, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'ils sont majeurs ou mineurs (article 1398) ; le conseil de famille du père interdit de l'un des futurs époux ne peut avoir à intervenir.

Une autre hypothèse à prévoir est celle où l'interdit est marié. Il faut alors se préoccuper de la situation et des droits du conjoint. Le plus souvent, ce conjoint sera tuteur de l'interdit ; en effet, le mari est de droit tuteur de sa femme interdite (article 506), et la femme d'un interdit peut être nommée tutrice de son mari (article 507).

Au premier cas, le mari tuteur conserve l'autorité maritale et l'autorité paternelle s'il y a des enfants.

Au second cas, la situation de la femme est complexe. En ce qui concerne les droits du mari, elle les exerce en qualité de tutrice ; alors le conseil de famille a des attributions plus larges que dans la tutelle ordinaire (article 507, seconde phrase) [1]. En ce qui concerne ses droits à elle, elle les exerce en qualité de femme mariée ; seulement, son mari ne pouvant plus l'autoriser utilement, elle doit demander l'autorisation de justice (article 222). Si c'est un tiers autre que la femme qui a la tutelle, il a tous les droits et toutes les obligations du tuteur ; la femme, en ce qui concerne ses propres actes, reste soumise à l'article 222.

II. *L'interdiction rend l'aliéné incapable* [2].

975. L'article 1124, au titre *Des obligations*, range l'interdit parmi les incapables de contracter. Il en résulte qu'à l'inverse de la démence de fait, qui soulève des questions de respon-

1. Aubry et Rau, I, p. 520, — Valette, *Cours de Code civil*, p. 619 et 620.

2. Nous ne parlons ici que de l'incapacité civile des interdits, ou incapacité de figurer dans les actes juridiques, autrement dit dans les actes volontaires. Cette incapacité est la seule dont le Code civil s'occupe au titre X du livre I ; mais ce n'est pas la seule, il faut l'observer, dont les interdits soient frappés. Aux termes de l'article 442 du Code civil, les interdits ne peuvent être ni tuteurs, ni membres d'un conseil de famille ; c'est bien une incapacité d'ordre civil,

Source BIU Cujas

sabilité et de consentement, l'interdiction ne soulève qu'une question de capacité, ce qui est tout autre chose. De là l'article 502, l'un des plus importants du titre : « ... Tous actes « passés... par l'interdit... seront nuls de droit. » Faits par le tuteur pour l'interdit et régulièrement faits, les actes sont pleinement valables ; faits par l'interdit lui-même, ils sont nuls pour incapacité. Dès lors, la nullité qui les entache — il en est ainsi de toutes les nullités pour incapacité — est une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par l'interdit lui-même, ou en son nom : « Les personnes capables « de s'engager, dit l'article 1125 alinéa 2, ne peuvent opposer « l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée « avec qui elles ont contracté. » La raison d'être de cette règle a déjà été indiquée. L'interdiction est une mesure de protection ; celui-là seul doit être admis à s'en prévaloir dans l'intérêt de qui elle a été prise.

Les actes de l'interdit ne sont donc pas nuls, à proprement parler, quoi que dise l'article 502, mais seulement annulables, c'est-à-dire susceptibles d'être attaqués et annulés. Au cours de l'interdiction, la nullité sera demandée par le tuteur, qui a l'exercice des actions de l'interdit ; après la mainlevée de l'interdiction, elle le sera par l'ex-interdit lui-même, ou ses héritiers. L'article 1304 lui donne dix ans pour agir en nullité, de même qu'il donne dix ans à l'ex-mineur à partir de sa majorité ; le système est le même. Si l'acte n'a pas été attaqué pendant le délai de dix ans, il ne peut plus l'être utilement ; il est considéré comme confirmé tacitement; il aurait pu l'être d'ailleurs explicitement et plus tôt (article 1338). A cet égard encore, le système est le même que dans le cas de minorité.

976. On ne voit pas alors, au premier abord, pourquoi et en quel sens l'article 502 déclare les actes de l'interdit « nuls « de droit », puisqu'ils sont simplement annulables et peuvent devenir valables par le seul effet du temps. Les mots « nuls de droit » méritent d'être notés avec soin ; ils sont

mais qui n'a rien à voir avec l'incapacité civile proprement dite. Citons d'autres exemples en matière de droit public. Aux termes de l'article 15-16° du décret du 2 février 1852, les interdits ne peuvent être inscrits sur les listes électorales, d'où l'on conclut qu'ils sont inéligibles dans toutes les élections législatives, départementales, d'arrondissement ou communales (Hauriou, *Précis de droit administratif*, 2e édition, p. 123). Enfin la loi du 21 novembre 1872 (article 2-12°) déclare les interdits incapables de faire partie d'un jury criminel.

Source BIU Cujas

importants ; par eux les rédacteurs de l'article 502 ont entendu marquer deux choses.

1° Les actes passés par l'interdit sont « nuls de droit » en ce sens que, s'il y a interdiction, il n'est plus nécessaire de prouver ni même d'alléguer la démence de fait au moment de l'acte ; ils sont nuls vu l'incapacité, sans qu'il soit besoin — ce qui serait nécessaire s'il n'y avait pas interdiction — de prouver la démence. On n'a plus à examiner l'état mental de la personne à propos de chaque acte ; la seule question qui se pose est une question de date : celle de savoir si l'acte dont il s'agit est postérieur au jugement d'interdiction. En d'autres termes, de l'interdiction résulte une présomption générale et permanente de folie, donc une incapacité qui affecte tous les actes.

2° Les actes passés par l'interdit sont encore « nuls de droit » en ce sens qu'il n'est pas nécessaire de prouver ni même d'alléguer un préjudice, une lésion. En cela, la condition de l'interdit diffère de celle du mineur. Celui-ci, en effet, à moins qu'il ne s'agisse d'actes soumis à des formalités déterminées, et qui sont annulables pour défaut de forme, ne peut attaquer ses actes que par l'action en rescision, autrement dit en prouvant une lésion (article 1305). Pour l'interdit, la nullité, dès qu'elle est demandée, est de droit, indépendamment de toute lésion. Cette différence entre le mineur et l'interdit s'explique aisément ; elle a été intentionnelle. Le mineur est naturellement destiné à prendre la direction de ses affaires lors de sa majorité ; s'il s'y essaie plus tôt, étant encore mineur, et qu'il y réussisse, cela ne présente que des avantages ; donc l'acte n'est pas annulable si le mineur n'est pas lésé. Tout autre est la situation de l'interdit. Son état actuel sera presque toujours un état définitif ; il n'a plus d'essai à faire ; donc l'action en nullité est ouverte de droit à son profit, que la nullité soit demandée par son tuteur ou par lui, sans qu'il y ait jamais à justifier d'une lésion.

En résumé, les actes passés par l'interdit sont entachés d'une nullité relative, mais qui est de droit dès qu'elle est demandée. Tel est le sens de l'article 502.

977. Sous ce rapport, la nullité pour cause d'interdiction opère moins énergiquement que la nullité pour cause de démence. Celle-ci est une nullité absolue, résultant de l'ab-

Source BIU Cujas

sence du consentement ; celle-là est une simple nullité relative, résultant d'une incapacité.

Sous deux autres rapports, au contraire, la nullité pour incapacité opère plus énergiquement, au moins d'une façon plus large.

1° D'abord, ce qui est d'importance capitale, elle peut être demandée même après la mort de l'interdit par ses héritiers, tandis que la nullité pour démence, sauf exceptions, s'éteint par la mort (article 504). Ce qui a fait reculer, nous l'avons dit[1], à admettre la nullité pour démence après le décès, c'est la difficulté de prouver un fait non constaté en temps utile. Or, si l'interdiction a été demandée ou prononcée, la cause de la nullité est devenue vraisemblable ou est acquise. Alors, même après le décès, la nullité est possible.

2° La nullité pour incapacité atteint non seulement les actes postérieurs à l'interdiction, mais, dans une certaine mesure, les actes antérieurs : « Les actes antérieurs à l'in-« terdiction, dit l'article 503, pourront être annulés si la cause « de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces « actes ont été faits. » Jamais la démence, qui ne soulève que des questions de consentement, n'agit sur les actes antérieurs au moment où elle est positivement établie.

L'article 503 dit que les actes antérieurs à l'interdiction peuvent être annulés si la cause de l'interdiction, autrement dit la démence, « existait notoirement à l'époque où ces ac-« tes ont été faits ». Donc l'interdiction ajoute quelque chose à la démence. Invoquant la seule démence, il aurait fallu en prouver l'existence au moment même de l'acte ; il suffira, l'interdiction ayant été prononcée, de prouver que la cause en existait notoirement à l'époque où l'acte a été fait, ce qui est fort différent. Les actes postérieurs à l'interdiction sont nuls de droit dès que la nullité est demandée ; pour les actes antérieurs, la nullité est subordonnée à un élément de fait, de sorte qu'elle est facultative ; l'article 503 établit ainsi une situation intermédiaire.

Il résulte de là que l'interdiction protège pour l'avenir avec une efficacité certaine (article 502) et entraîne rétroactivement une protection utile (article 503). Ses effets sont

1. *Suprà*, p. 574.

Source BIU Cujas

donc, sous ce rapport, plus étendus que ceux de la démence de fait[1].

978. Toutes ces distinctions sont de la plus haute importance pratique ; elles sont, en définitive, assez simples. Mais il reste, quant à l'incapacité de l'interdit, une difficulté embarrassante. Elle consiste à savoir si la nullité atteint vraiment tous les actes sans exception, ou s'il ne faut pas faire quelques réserves.

Si on ne tient compte que de l'article 502, l'incapacité paraît être absolument générale : « ... Tous actes passés... par « l'interdit... seront nuls de droit. »

Seulement l'article 502, quand il s'exprime de la sorte, ne sous-entend-il pas une distinction? L'expression générale se comprend aisément pour les actes relatifs au patrimoine, à propos desquels la représentation par autrui est possible, que le tuteur dès lors peut faire en vertu du pouvoir qu'il a de représenter l'interdit. Mais que décider relativement aux actes qui ne comportent pas la représentation?

Nous retrouvons ici, à propos de l'interdit, la distinction précédemment faite à propos du mineur[2]. Le mineur, lui aussi, est incapable ; lui aussi est représenté par son père ou son tuteur dans les actes de la vie civile ; cependant il est des actes qui, quant à lui, restent en dehors du système, précisément parce qu'ils ne comportent pas la représentation par autrui. En ce qui concerne le mineur, nous avons vu quels sont ces actes : le mariage, les conventions matrimoniales (article 1398), le testament (article 904), la donation quand elle est permise, la reconnaissance d'enfants naturels. Ces actes sont possibles en minorité ; ils ne peuvent pas être accomplis par le tuteur ; donc, nonobstant l'article 450, le mineur peut les faire lui-même.

Faut-il appliquer cette distinction en cas d'interdiction? Oui, très certainement, si on ne consulte que l'article 509, car il assimile l'interdit au mineur : « L'interdit est assimilé « au mineur pour sa personne et pour ses biens ; les lois sur « la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des inter- « dits. » Non, si on s'en tient aux termes de l'article 502 : « Tous actes passés... par l'interdit... seront nuls de droit. »

1. Sur l'article 503 et la nullité qu'il organise, voy. *suprà*, p. 575-576.
2. *Suprà*, p. 479-480 et 597.

Source BIU Cujas

La question a une grande importance. Si on n'admet pas l'interdit à faire lui-même les actes dont il s'agit, pourvu d'ailleurs qu'il soit dans un intervalle lucide — car, s'il y a démence de fait, il ne peut pas donner un consentement efficace, — ces actes seront impossibles ; en effet, ils ne peuvent être passés pour le compte de l'interdit par le tuteur.

Sur la question ainsi posée, les avis sont divisés.

Les uns pensent que l'interdiction, relativement à ces actes, n'a pas d'effet à elle seule, qu'ils sont dès lors possibles s'il n'y a pas démence de fait, en d'autres termes quand l'interdit se trouve dans un intervalle lucide ; ils peuvent être nuls pour défaut de consentement, pour démence, mais non pour incapacité, à raison de l'interdiction. Ainsi l'article 901 dit : « Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il « faut être sain d'esprit. » Cela est nécessaire, mais cela suffit ; donc l'interdit, s'il est sain d'esprit, peut faire ces actes, ce qui revient à dire que l'article 502 ne leur est pas applicable. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour tous les actes similaires, pour tous ceux qui ne peuvent être faits par le tuteur au nom de l'interdit.

Le fondement juridique de la thèse serait le suivant. L'interdiction n'est qu'une privation d'exercice des droits, en d'autres termes une incapacité. Etendre ses effets aux actes qui ne comportent pas la représentation par le tuteur, ce serait la transformer, quant à ces actes, en une privation de jouissance. Donc elle ne s'y applique pas. L'incapacité résulte de ce que l'interdit a un représentant légal ; elle est corrélative aux pouvoirs du tuteur et n'existe que quant aux actes que le tuteur peut faire.

C'est là une thèse très juridique ; elle est admise par la plupart des auteurs [1] ; mais elle n'a pas pénétré dans la pratique.

On tient, dans la pratique, que l'incapacité de l'interdit est générale, qu'elle résulte de l'interdiction même, non des pouvoirs du tuteur ; alors on applique l'article 502, ce qui est grave, car toute une série d'actes deviennent par là même impossibles [2].

La jurisprudence admet cependant que l'article 502 est

1. Voy. les autorités citées dans Aubry et Rau, I, p. 523.— Cpr. Villey, *Des actes de l'interdit postérieurs au jugement d'interdiction*, p. 125 et suiv.

2. Cass. 27 février 1883, D. P. 1883. I. 113, Sir. 1884. I. 65 (note de M. Villey).

Source BIU Cujas

inapplicable au mariage de l'interdit. Est-il désirable, au point de vue social, qu'un interdit soit admis à se marier, alors qu'il est atteint d'une maladie terrible, probablement héréditaire ? Question de législation, non de droit. En droit, nulle part il n'est dit que l'interdiction soit un empêchement dirimant, ni même prohibitif. Donc le mariage de l'interdit est possible, à moins toutefois que l'interdit ne le contracte en état de démence de fait ; il est possible dans un intervalle lucide [1].

Mais alors il n'y a aucune raison de s'arrêter en route. La même solution ne s'impose-t-elle pas pour tous les actes similaires, par exemple pour la reconnaissance d'un enfant naturel, pour les donations et testaments (article 901), généralement pour tous les actes qui ne comportent pas la représentation par autrui [2]. Légalement et en fait, la situation est identique pour tous ces actes ; on ne voit pas d'où viendrait un motif de distinguer entre eux. Ce sera notre conclusion ; en théorie, elle paraît certaine.

§ 5. — Quand et comment l'interdiction prend fin.

979. Elle prend fin de deux manières.

1° Par la mort de l'interdit. Le compte de tutelle est alors rendu aux héritiers. La mort est le point de départ du délai de dix ans pendant lequel l'action en nullité des actes faits par l'interdit peut être intentée.

2° Par la mainlevée de l'interdiction. Le mot *mainlevée* est une vieille expression, désignant l'acte qui fait disparaître l'interdiction. La mainlevée ne peut résulter que d'un jugement : « L'interdiction, dit l'article 512, cesse avec les cau-« ses qui l'ont déterminée ; néanmoins la mainlevée ne « sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites « pour parvenir à l'interdiction, et l'interdit ne pourra re-« prendre l'exercice de ses droits qu'après le jugement de « mainlevée. »

980. Relativement à cette mainlevée, plusieurs questions, fort simples d'ailleurs, doivent être résolues.

I. Par qui peut-elle être demandée ? — Elle peut l'être d'abord par les personnes qui ont qualité pour provoquer

1. *Suprà*, tome I, p. 344 et 345.

Source BIU Cujas

l'interdiction : les parents, le conjoint, à leur défaut le ministère public. L'article 512, en disant que la mainlevée ne « sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites « pour parvenir à l'interdiction », renvoie aux articles 490 et suivants, par suite aux dispositions qui confèrent le droit de provoquer l'interdiction [1].

La mainlevée peut être demandée, en second lieu, par le tuteur. Aucun doute n'existe à cet égard.

Elle peut l'être enfin par l'interdit lui-même. On a objecté qu'aucun texte ne donne ce droit au tuteur, et qu'il est même contraire au système de l'interdiction de le lui reconnaître ; en effet, l'interdit a un représentant légal, chargé d'exercer ses actions. Mais les exigences de la pratique, conformes aux données du bon sens, ont fait écarter ces scrupules théoriques. Comment l'intéressé le plus direct serait-il condamné à ne pouvoir intervenir [2] ?

II. Contre qui la mainlevée peut-elle être demandée ? — Si la demande est formée par l'interdit lui-même, elle sera naturellement dirigée contre le tuteur. Rien ne s'oppose à ce que la demande soit formée par requête, car on ne voit pas en quoi il serait nécessaire que le demandeur eût ici un contradicteur [3]. Le tuteur, si c'est lui qui agit, suivra évidemment cette voie de la simple requête ; comment admettre qu'il puisse poursuivre l'interdit, puisqu'il agit en son nom ?

III. Quel est le tribunal compétent pour connaître de la demande en mainlevée ? — Celui qui a prononcé l'interdiction, celui du domicile qu'avait l'interdit lors de l'interdiction. C'est là d'ailleurs que la tutelle s'est ouverte, et qu'est resté le siège de la tutelle. S'il y a appel, l'appel est jugé en audience solennelle [4].

IV. Quels sont les effets de la mainlevée ? — Le jugement met fin à l'interdiction. Donc l'ex-interdit reprend l'exercice de ses droits. Il reçoit le compte de tutelle. Le jugement est le point de départ du délai de dix ans pendant lequel l'article 1304 permet d'attaquer les actes passés par l'interdit.

1. Aubry et Rau, I, p. 522, — Demante, *Cours analytique*, II, n° 284 *bis* I.
2. Aix 31 juillet 1884, Sir. 1886. II. 42. — Cpr. *suprà*, p. 585-586.
3. Valette, *Cours de Code civil*, p. 623.
4. Voy. *suprà*, p. 589, note 1.

Source BIU Cujas

SECTION II. — **Le conseil judiciaire.**

981. Nous arrivons à la deuxième situation juridique que peut amener l'altération des facultés mentales : celle qui résulte de la nomination d'un conseil judiciaire. Les articles 513 à 515, formant le chapitre III du titre X, y sont relatifs.

L'expression *conseil judiciaire* est consacrée. Le mot *conseil* n'est pas pris ici dans le sens employé souvent, comme désignant une assemblée telle que le conseil de famille. Le conseil judiciaire est tout autre chose. C'est une personne, un conseiller, imposé à qui en a besoin. On l'appelle judiciaire, parce qu'il est donné et ne peut être donné que par décision judiciaire, jugement ou arrêt. Il n'y a pas de conseil légitime. Le conseil sera un parent, un ami, le plus souvent un homme d'affaires, toujours choisi par justice. Le mari lui-même, qui est de droit tuteur de sa femme au cas d'interdiction (article 506), n'est pas de droit conseil de sa femme s'il lui est donné un conseil judiciaire [1].

A l'inverse du tuteur, ce conseil judiciaire ou conseiller ne représente pas celui à qui il est donné. Il n'a pas à s'occuper de la direction de la personne ; il assiste seulement celui à qui il est imposé, l'éclaire dans les actes relatifs aux biens, et encore dans quelques-uns seulement ; il est un guide dans les actes à intervenir, un frein contre les écarts.

982. Sur le conseil judiciaire, les questions à résoudre sont les suivantes. 1° Dans quels cas y a-t-il lieu à la nomination d'un conseil ? — 2° Par qui la nomination peut-elle être provoquée ? — 3° Quelle est la procédure à suivre ? — 4° Quelle condition résulte de la nomination d'un conseil pour celui à qui ce conseil est nommé ? — 5° Comment la mesure prise peut-elle être levée ?

Sur la deuxième, la troisième et la cinquième question, rien absolument à ajouter ; les règles sont les mêmes qu'en matière d'interdiction (articles 514 et 515) [2]. Restent alors deux questions seulement : 1° Pour quelles causes un conseil

1. Poitiers 18 mai 1881, D. P. 1882. II. 247, Sir. 1883. II. 8.

2. V. *suprà*, p. 589, note 1, et les développements relatifs à la publicité qui doit être donnée aux sentences prononçant une interdiction ou nommant un conseil judiciaire, *suprà*, p. 589 et suiv.

Source BIU Cujas

judiciaire peut-il être donné ? — 2° Quelle est la condition de celui auquel il est nommé un conseil ?

§ 1. — Causes qui donnent lieu à la nomination d'un conseil judiciaire.

983. Deux causes donnent lieu à la nomination d'un conseil judiciaire : la prodigalité et la faiblesse d'esprit.

a) La prodigalité. — C'est la cause que prévoit spécialement l'article 513 : « Il peut être défendu aux prodigues de plaider, « de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier « et d'en donner décharge, d'aliéner ni de grever leurs biens « d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est « nommé par le tribunal. »

La prodigalité est un état mal défini. Est prodigue celui qui par des dépenses excessives, inconsidérées ou folles, dissipe son patrimoine, sans fruit pour lui ni pour les autres, depuis le dissipateur vulgaire, qui gaspille sa fortune en dépenses désordonnées ou frivoles, jusqu'à l'homme à idées, qui la consomme en projets chimériques. La définition est vague assurément. Pour le dissipateur, où finit le luxe des plaisirs permis et où commence le désordre ? Pour l'homme à idées, où finit l'esprit d'entreprise et où commence l'esprit de chimère ? Ce sont là questions d'espèces ; la loi ne peut que s'en rapporter à la sagesse et à la prudence des juges. On ne peut, en principe, dire que ceci. Il y a prodigalité quand la fortune est menacée par le dérèglement des mœurs ou de l'esprit, et il y a dérèglement dans tout ce qui dépasse la mesure ; l'excès du bien comme l'excès du mal peuvent constituer la prodigalité. Dès lors, les variétés d'espèces sont infinies.

Quelquefois l'appréciation est simple, parce que le dérèglement des mœurs ou de l'esprit apparaît manifeste. Il y a tant et de si utiles moyens d'employer sa fortune que celui qui la gaspille en sottises peut, à bon droit, être regardé comme un fou.

D'autres fois, au contraire, l'appréciation est délicate. En 1856, la Cour de Paris a refusé de nommer un conseil judiciaire à une femme qui avait contracté des obligations onéreuses pour aider son mari à payer ses dettes. L'arrêt décide qu'il faut envisager l'objet des actes et non leur résultat

Source BIU Cujas

pour savoir s'il y a excès ; or, dans l'espèce, la femme avait obéi à un sentiment louable ; on ne pouvait pas dire qu'il y eût excès, mais au contraire zèle des plus honorables[1]. En 1884, la Cour de Chambéry a donné un conseil judiciaire à une femme dans des circonstances analogues. Son père, pourvu lui-même d'un conseil pour cause de prodigalité, avait fait des emprunts à des usuriers ; les engagements ainsi contractés étaient annulables comme excédant sa capacité ; sa fille, devenue son héritière, y fit cependant honneur et se vit donner pour ce motif un conseil judiciaire. Le sentiment auquel elle avait obéi ressemblait beaucoup à celui qui avait dirigé la femme dont la Cour de Paris s'était occupée en 1856 ; mais la Cour de Chambéry se montra plus rigoureuse, estimant qu'il y avait là un scrupule exagéré, dépassant la mesure, un excès[2].

Dans cette voie, combien les nuances sont délicates ! Tout ce qu'on peut dire, en principe, c'est, répétons-le, ceci : il y a prodigalité quand la fortune est menacée par le dérèglement des mœurs ou de l'esprit, par des excès, ou en mal, ce qui va sans dire, ou même en bien, car le bien lui-même peut être excessif.

b) La faiblesse d'esprit. — On appelle ainsi la débilité des facultés intellectuelles, insuffisante pour motiver l'interdiction parce qu'elle ne va pas jusqu'à l'imbécillité, la démence ou la fureur, assez caractérisée cependant pour nécessiter une certaine protection. Est faible d'esprit celui qui, sans être précisément aliéné, est borné plus qu'il n'est permis, à un degré tel qu'il y a péril pour ses intérêts.

La nomination d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit peut se produire de deux manières.

Quelquefois, la nomination intervient à la suite d'une demande en interdiction. Le tribunal saisi, au lieu de prononcer l'interdiction ou de rejeter purement et simplement la demande, peut prendre un moyen terme que l'article 499 indique : « .....ordonner que le défendeur ne pourra désor- « mais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital « mobilier ni en donner décharge, aliéner ni grever ses biens

1. Paris 7 janvier 1856, D. P. 1856.II.138.

2. Chambéry 2 juillet 1884, *La Loi* du 20 août, et *Gazette du Palais*, 1884, 2e semestre, p. 465. — Cpr. les nombreux arrêts cités dans le *Répertoire* des *Pandectes françaises*, V° *Conseil judiciaire*, n° 37, — et Paris 31 janvier 1894, D. P. 1894.II.233 (note de M. Planiol), Sir. 1895.II.84.

Source BIU Cujas

« d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera « nommé par le même jugement. » La rédaction du texte est identique à celle de l'article 513.

D'autres fois, la nomination intervient sur une demande formée directement à cette fin. La mesure qui peut être prise comme moyen terme quand le tribunal a été saisi d'une demande en interdiction peut évidemment être provoquée d'une manière directe par une demande en nomination d'un conseil judiciaire.

984. Telles sont les deux causes qui peuvent amener la nomination d'un conseil judiciaire. La loi a-t-elle bien fait de mettre ainsi sur la même ligne le faible d'esprit et le prodigue ? N'y a-t-il pas là deux états d'esprit différents, appelant des prescriptions diverses ? Il est certain que l'assimilation des prodigues et des faibles d'esprit amène certains résultats dont il est difficile de rendre compte, ainsi qu'on le verra plus tard.

§ 2. — Effets que produit la nomination d'un conseil judiciaire.

985. Sous un rapport, la condition faite à la personne qui reçoit un conseil judiciaire est analogue à la situation résultant de l'interdiction. Celui qui reçoit un conseil judiciaire devient incapable comme l'interdit, à un degré moindre, il est vrai, mais enfin à un certain degré, si bien que la nomination d'un conseil judiciaire est appelée parfois, dans la pratique, une demi-interdiction. Toutefois les deux mesures diffèrent tellement que l'assimilation n'est pas possible, et cette dénomination, quoique communément employée, n'est pas bonne ; en tout cas, elle est extralégale.

986. La nomination d'un conseil judiciaire est une mesure infiment moins grave et d'une tout autre nature que l'interdiction. Elle en diffère sous trois rapports.

a) L'interdiction donne ouverture à la tutelle. Or il en est autrement de la nomination d'un conseil judiciaire. Il n'y a ni tuteur, ni subrogé tuteur, ni conseil de famille, mais seulement un conseil qui assiste. Celui qui reçoit le conseil conserve la pleine liberté de sa personne et le choix de son domicile. De plus — et cette différence est essentielle — il continue à figurer lui-même dans les actes qui le concernent;

Source BIU Cujas

il n'a pas de représentant légal et garde l'exercice de ses droits. Seulement il est certains actes, ceux dont on craint qu'il n'abuse ou ne fasse un usage dangereux, qu'il ne peut faire valablement qu'avec l'assistance du conseil.

Jamais la loi n'exige du conseil autre chose que cette assistance. C'est pourquoi il faut bien se garder d'assimiler celui qui a un conseil judiciaire au mineur émancipé, quoiqu'il y ait quelque analogie entre eux. Le mineur émancipé a besoin également d'être assisté ; il doit l'être par son curateur ; mais, pour un certain nombre d'actes, il doit observer en outre les formes prescrites au mineur non émancipé (article 484), c'est-à-dire obtenir quelquefois l'autorisation du conseil de famille, d'autres fois l'homologation du tribunal. Jamais rien de pareil en ce qui concerne la personne pourvue d'un conseil judiciaire ; elle n'a pas de conseil de famille, et la loi n'exige jamais que l'assistance du conseil judiciaire. Aussi la loi du 27 février 1880 sur les meubles incorporels appartenant à des mineurs ou à des interdits, n'est applicable dans aucune de ses parties. Quelques-unes des dispositions de cette loi, celles qui ont trait à l'aliénation des meubles incorporels ou à la conversion des titres nominatifs en titres au porteur sont applicables au mineur émancipé (article 4) ; mais elles ne le sont pas à la personne pourvue d'un conseil judiciaire. On n'exige jamais d'elle que la simple assistance du conseil, ainsi que cela résulte nettement des articles 499 et 513.

b) La liberté individuelle de la personne pourvue d'un conseil judiciaire n'est pas compromise ni exposée, comme celle de l'interdit (article 510).

c) Enfin il existe une troisième différence, essentielle et caractéristique, entre les effets produits par l'interdiction et ceux que produit la nomination d'un conseil judiciaire. L'incapacité [1] qui atteint la personne pourvue d'un conseil judiciaire est infiniment moins étendue que celle qui résulte

1. Nous ne parlons ici que de l'incapacité civile des personnes pourvues d'un conseil judiciaire (cpr. *suprà*, p. 600, note 2). Cette incapacité est la seule dont le Code civil s'occupe, en ce qui concerne ces personnes, au titre X du livre I ; mais ce n'est pas la seule dont elles soient frappées. Par exemple, la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut pas être élue membre d'un conseil général (loi du 10 août 1871, article 7), ni d'un conseil municipal (loi du 5 avril 1884, article 32) ; elle ne peut pas davantage faire partie d'un jury criminel (loi du 21 novembre 1872, article 2-12°).

Source BIU Cujas

de l'interdiction. La nomination d'un conseil judiciaire n'est qu'une demi-mesure comparée à l'interdiction ; les effets en sont limités à deux points de vue.

1° L'incapacité encourue, au lieu d'être générale, de s'étendre à tous les actes, comme le dit l'article 502 pour l'interdit, est partielle ; elle ne s'étend qu'à certains actes spécialement et limitativement prévus. L'énumération est donnée deux fois : par l'article 499 à propos de la nomination d'un conseil judiciaire intervenant sur une demande en interdiction, et par l'article 513 à propos de la même nomination intervenant sur une demande principale formée à cet effet.

Ce sont, en général, les actes par lesquels on expose, entame ou diminue son patrimoine ; la nomination d'un conseil vise à protéger le patrimoine. Celui qui a un conseil a besoin de l'assistance de ce conseil pour « plaider, transi- « ger, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner « décharge, aliéner, grever ses biens d'hypothèques [1] ».

Ici, l'assimilation du prodigue au faible d'esprit, auquel on donne également un conseil judiciaire, amène des résultats assez peu rationnels. Ainsi le prodigue ne peut pas plaider sans l'assistance de son conseil, soit en demandant, soit en défendant, même s'il s'agit du paiement de ses revenus. Pourquoi ? Il est rare que la prodigalité ait à se donner carrière en pareille occasion, tandis que l'on conçoit sans peine que le faible d'esprit ait été regardé comme tout à fait incapable de procéder en justice. La même remarque peut être faite à propos de la transaction. On comprend, au contraire, que ni le prodigue ni le faible d'esprit ne puissent recevoir un capital mobilier et en donner décharge, car ce sont bien des actes dont l'un et l'autre peuvent abuser.

Quoi qu'il en soit, tels sont les seuls actes pour lesquels l'assistance du conseil est exigée. Pour tous autres, la personne pourvue d'un conseil conserve la capacité de droit commun et les fait valablement seule. Il en est ainsi notamment pour tous les actes d'administration. Celui qui a un conseil administre ses biens, touche ses revenus et en dis-

1. La question est discutée de savoir si la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut être commerçante ou passer seule des baux d'une durée supérieure à neuf ans. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 513, nos 50 à 51 et 21.

Source BIU Cujas

pose librement. Il n'a besoin d'être assisté que pour les actes désignés par les articles 499 et 513, et pour ceux-là seulement.

La sanction de l'incapacité ou de la nécessité d'être assisté, dans la mesure où elle existe, est la même qu'en matière d'interdiction ; elle consiste dans la nullité des actes indûment faits. L'article 502 est commun à l'interdiction et au conseil judiciaire ; il porte : « L'interdiction ou la nomina-« tion d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous « actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assis-« tance du conseil, seront nuls de droit. »

Cependant, quoique le système soit le même à cet égard, il y a, relativement à l'action en nullité en cas de conseil judiciaire, une difficulté qui ne se présente pas en cas d'interdiction. La nullité de l'article 502 est une nullité relative, qui ne peut être demandée que par l'incapable ou en son nom (article 1125 alinéa 2) et se prescrit par dix ans (article 1304) [1]. Mais par qui peut-elle être demandée ? En cas d'interdiction, la réponse est simple. Au cours de l'interdiction, la nullité peut être demandée par le tuteur, qui représente l'interdit et agit en son nom ; après la mainlevée de l'interdiction, l'action en nullité appartient à l'ex-interdit lui-même. Que décider ici ?

La personne pourvue d'un conseil judiciaire peut évidemment demander l'annulation des actes qu'elle aurait faits sans l'assistance de son conseil et qui seraient viciés de ce chef, sauf à être assistée du conseil pour agir en nullité (article 513). Mais si le principal intéressé n'agit pas, l'action en nullité peut-elle être intentée par un autre que lui ? Pour les prodigues spécialement, la question présente un grand intérêt. Il n'est pas dans l'usage des dissipateurs d'être regardants ; ils ont généralement, à défaut de jugement sain, un point d'honneur qui les porte à exécuter les obligations prises. Alors le conseil judiciaire peut-il agir en nullité ?

Strictement, rien ne l'y autorise, car sa fonction est d'assister, non de représenter celui à qui il est donné ; en matière de procès, il a le pouvoir d'assister le prodigue qui plaide, non de plaider pour lui. Si on admet cette manière de voir, la protection résultant de la nomination d'un conseil judiciaire

1. Cass. 27 juin 1884, D. P. 1885.I.135, — 8 avril 1891, D. P. 1891.I.454, Sir. 1891.I.149.

Source BIU Cujas

va se trouver singulièrement illusoire ; la personne même dont la capacité est limitée va, en effet, pouvoir, à son gré, se prévaloir ou non de la nullité. Aussi la jurisprudence, en dépit des principes, n'hésite pas à reconnaître au conseil le droit d'agir en nullité. « La loi, dit un arrêt, en restreignant, par « la nomination d'un conseil judiciaire, la capacité du pro- « digue, a entendu le protéger contre sa propre faiblesse et « le préserver de la ruine ; ce but ne serait pas atteint si, en « présence de l'inaction ou du refus du prodigue, le conseil « judiciaire ne pouvait attaquer les actes faits par celui-ci « à une époque et dans des conditions qui les rendent annu- « lables [1]. »

Cette considération est juste en fait ; mais la solution proposée est contestable en droit. En effet, pour aboutir à ce résultat, il faut donner au conseil judiciaire un rôle qu'aucun texte ne lui donne, lui permettre d'agir au nom de la personne, quand il n'est légalement appelé qu'à l'assister. D'ailleurs, il serait étrange sans doute de refuser le droit d'agir à tout autre qu'à la personne pourvue du conseil ; mais il est d'autres cas où pareille singularité se produit. Le mineur émancipé, par exemple, est seul à pouvoir demander la nullité et la réduction des actes par lui faits sans l'assistance de son curateur ; le curateur ne peut agir ni en nullité ni en réduction [2]. D'une façon plus générale, les actions en rescision ne peuvent être intentées que par la personne lésée lorsque cette personne n'a pas de représentant légal. Pourquoi la situation ne serait-elle pas la même quand il s'agit d'une personne pourvue d'un conseil judiciaire ?

Quoi qu'il en soit de cette difficulté, l'incapacité qui résulte de la nomination d'un conseil judiciaire est seulement partielle. C'est un premier rapport sous lequel cette incapacité est plus limitée que celle qui résulte de l'interdiction.

2° Il en est de même sous un second rapport. L'incapacité encourue s'étend bien aux actes postérieurs au jugement ; mais, à l'inverse de celle qui résulte de l'interdiction, elle ne s'étend jamais aux actes antérieurs. Cela ressort manifes-

1. Cass. 29 juin 1881, D. P. 1882.I.33, Sir. 1882.I.125. — Cpr. Lyon 9 mai 1882, D. P.1883.II.21, — Trib. de la Seine 22 juin 1882, *Le Droit* du 25, — 13 décembre 1884, *Le Droit* du 7 janvier 1885, — Trib. de Béziers 24 janvier 1885, *La Loi* du 19 février.

2. *Suprà*, p. 552 et 554.

Source BIU Cujas

tement du rapprochement des articles 502 et 503. L'article 502, qui est applicable aux actes postérieurs, vise cumulativement l'interdiction et le conseil judiciaire ; l'article 503, qui est applicable aux actes antérieurs, vise seulement l'interdiction.

La règle, d'ailleurs, est très raisonnable. La nullité rétroactive serait ici trop dangereuse pour les tiers. En matière d'interdiction, ils sont prévenus, dans une certaine mesure au moins, par la situation même, car la nullité n'atteint les actes antérieurs que si la cause de l'interdiction était notoire, d'où résulte que les tiers l'ont connue ou ont pu la connaître. Ici, rien de pareil n'est possible ; le prodigue ne porte pas sa faiblesse dans son attitude et sur son visage.

Donc la nomination d'un conseil judiciaire n'a jamais d'effet qu'à dater du jugement et non dans le passé [1].

Rien de mieux établi en droit. Cependant, tout en admettant le principe, qui n'est pas contesté, quelques arrêts l'ont un peu tourné dans l'application, et cela dans l'intérêt des personnes pourvues d'un conseil, afin que la mesure fût vraiment efficace. Voici dans quelle hypothèse : c'est quand il s'agit d'actes, en particulier d'emprunts, passés précipitamment, avec la connivence des tiers, au moment où le jugement nommant un conseil judiciaire va être rendu. En pareil cas, la jurisprudence décide que les obligations contractées peuvent être annulées, quoique antérieures au jugement, si le créancier a voulu par avance éluder les conséquences de ce jugement et éviter l'application de la mesure qui était sur le point d'intervenir [2]. La solution n'est pas très juridique ; mais il faut avouer qu'elle est presque nécessaire en pratique.

987. La comparaison qui précède fait suffisamment apparaître quel est le régime résultant de la nomination d'un conseil judiciaire. Trois observations achèveront de préciser les traits de ce régime.

988. **La première** est de beaucoup la plus importante. Les articles 499 et 513 énumèrent les actes que la personne pourvue d'un conseil ne peut faire sans l'assistance de ce conseil.

1. Paris 9 août 1875, *Le Droit* du 30 août.

2. La jurisprudence est constante. Voy. en dernier lieu Paris 26 mai 1894, D.P. 1894.II.590, Sir. 1895.II.46, — 7 mars 1895, D.P. 1895.II.425 (note de M. Glasson).

Source BIU Cujas

La conséquence est que, pour tous autres, cette personne conserve la capacité de droit commun. En soi, la règle est simple ; mais son application soulève un assez grand nombre de difficultés de détail. Voici les principales.

I. Celui qui a un conseil judiciaire, porte l'article 513, ne peut ni plaider, ni transiger, ni emprunter, ni recevoir un capital mobilier et en donner décharge, ni aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques sans l'assistance du conseil. Le texte ne vise pas les obligations. Peut-il donc s'obliger ? Que valent les obligations qu'il contracte, les engagements qu'il signe ?

En droit, la réponse est certaine. Les obligations résultant d'actes pour lesquels il lui faut être assisté sont nulles s'il n'a pas été assisté ; mais celles résultant d'actes pour lesquels il reste capable sont valables. Ainsi celui qui a un conseil conserve l'administration de ses biens et peut faire tous actes ou contrats relatifs à l'administration ; il conserve la direction de sa personne et peut faire tous actes ou contrats relatifs aux besoins journaliers de la vie. Donc les obligations contractées, les billets signés pour tout ce qui rentre dans les actes d'administration sont valables. Il se peut qu'il abuse de ses droits à cet égard, que l'incapacité dont il est atteint ne le protège pas avec une efficacité suffisante. Alors qu'on le fasse interdire. Jusque-là, il n'est incapable que dans la mesure légale.

Journellement les tribunaux sont saisis de questions de ce genre, par exemple dans les deux cas suivants.

α) Celui qui a un conseil donne à bail un immeuble lui appartenant pour un prix dérisoire ; ou bien il prend à bail un appartement pour un prix supérieur à ses ressources. Le bail peut-il être attaqué ?

β) Il fait pour son entretien des dépenses exagérées. Les dettes contractées sont-elles annulables ?

Il ne faut pas hésiter à répondre que non. La loi aurait pu régler autrement le régime du conseil judiciaire ; mais elle l'a réglé ainsi.

Cependant la jurisprudence semble hésitante sur ce point.

Certains arrêts, rendus dans les hypothèses signalées, ont prononcé la nullité des actes [1]. La considération invoquée à

1. Cass. 2 décembre 1885, D.P.1886.I.128, Sir.1886.I.120.

Source BIU Cujas

l'appui de cette solution est la suivante. Les actes pour lesquels l'article 513 exige l'assistance du curateur sont ceux qui entament le patrimoine, qui diminuent le capital ; or la personne pourvue d'un conseil judiciaire entame son patrimoine, diminue son capital quand elle donne à bail un immeuble pour un prix dérisoire, quand elle prend à bail un appartement dont le loyer dépasse ses ressources ; donc ces actes sont annulables quand ils ont été faits sans l'assistance du curateur. Le raisonnement n'a pas de valeur. En effet, sans doute les actes dont il s'agit sont de ceux qui diminuent le capital, au même titre que les actes prévus par l'article 513 ; mais ce texte édicte une incapacité, et doit, en conséquence, recevoir une interprétation restrictive ; les actes énumérés par l'article 513 peuvent seuls être annulés pour défaut d'assistance du curateur et la règle ne saurait être étendue à aucun autre acte, fût-il de nature à compromettre plus gravement la fortune.

D'autres arrêts, se ralliant à cette manière de voir, ont décidé qu'il y a du moins lieu d'appliquer, dans les cas signalés, l'article 484 ; les obligations contractées sans l'assistance du curateur seraient « réductibles en cas d'excès » [1]. Système insoutenable ; en effet, l'article 484 est fait pour le mineur émancipé, non pour les personnes pourvues d'un conseil judiciaire.

II. Les articles 499 et 513 disent que celui qui a un conseil judiciaire ne peut pas aliéner sans l'assistance de son conseil. Ils ne font, à cet égard, aucune distinction [2]. Le texte s'applique certainement aux aliénations d'immeubles. S'applique-t-il à toutes les aliénations de meubles ?

Quelques auteurs ont soutenu qu'il ne s'agit là que des aliénations d'immeubles. Cette interprétation écarterait la question ; mais elle n'est vraiment pas admissible [3].

Alors faut-il aller jusqu'à dire que celui qui a un conseil judiciaire ne pourra pas vendre ses récoltes, s'il exploite lui-même ses biens, ou les meubles corporels qui dépérissent et qu'il faut remplacer ?

1. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Interdiction*, n° 280, — Lyon 10 mai 1861, D.P.1861.II.165. — Cpr. Valette, *Cours de Code civil*, p. 605 et 634.

2. Demolombe, *Traité de la minorité*, 3e édition, II, p. 471 et suiv., — Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4e édition, II, p. 313.

3. Demante, *Cours analytique*, II, n° 285 *bis* III.

Source BIU Cujas

Le droit commun donne la réponse. Il peut faire seul les aliénations qui rentrent dans les actes d'administration, mais il lui faut être assisté pour les aliénations qui sont vraiment des actes de disposition. Maintes fois nous avons rencontré cette idée.

III. Celui qui a un conseil judiciaire conserve-t-il la puissance maritale s'il est marié, l'autorité paternelle s'il a des enfants ? L'affirmative est incontestable, et on s'étonne des doutes soulevés à cet égard.

Seulement, si la personne pourvue d'un conseil est appelée, comme père ou tuteur, à faire un acte qu'elle ne pourrait faire pour elle-même qu'avec l'assistance du conseil, il lui faudra se faire assister.

Que décider si celui qui a un conseil judiciaire est appelé, comme mari, à autoriser sa femme ? En cas d'interdiction, l'article 222 dit qu'alors la femme doit se faire autoriser par justice. Un grand nombre de jugements ont décidé qu'il doit en être de même au cas où le mari est pourvu d'un conseil judiciaire, du moins quand il s'agit d'actes qui sont défendus à l'incapable pour lui-même [1]. La solution est soutenable.

IV. La personne qui est pourvue d'un conseil judiciaire peut certainement contracter mariage ; le fait d'avoir un conseil ne modifie en rien la condition qui résulte de son âge ou de sa situation de famille. Peut-elle faire son contrat de mariage, ou bien, pour régler ses conventions matrimoniales, lui faut-il l'assistance de son conseil ? La difficulté vient de ce que les régimes matrimoniaux entraînent presque tous des aliénations plus ou moins considérables par mise en commun. Nous ne pouvons ici que signaler la question, dont l'étude a sa place au titre *Du contrat de mariage* [2].

989. La seconde observation est simple. Qu'arrivera-t-il si le conseil nommé refuse son assistance dans les cas où elle est nécessaire ? Même réponse que celle faite sous l'article 482, à propos du mineur émancipé qui a besoin de l'assistance de son curateur [3]. La mission d'assister implique le droit de

1. Trib. de la Seine 23 février 1882, *Le Droit* du 17 avril, — 22 juin 1882, *Le Droit* du 25.

2. Voy. dès à présent Cass. 21 juin 1892, D. P. 1892.1.369, Sir. 1894.1.449 (note de M. Bufnoir).

3. *Suprà*, p. 547. — Cpr. également ce qui a été dit à propos du conseil à la mère survivante, *suprà*, p. 459-460.

Source BIU Cujas

refuser l'assistance quand on désapprouve l'acte projeté. Or, sans l'assistance, l'acte serait entaché de nullité au profit du faible d'esprit ou du prodigue. Dépend-il donc du conseil de mettre indéfiniment obstacle à l'accomplissement de tel ou tel acte nécessaire ? Ce serait contraire à l'idée qu'il ne fait qu'assister. Aussi le contrôle de justice est toujours réservé. Dans la pratique de Paris, on admet que le tribunal, en Chambre du conseil, nomme un conseil judiciaire *ad hoc*, avec l'assistance duquel le faible d'esprit ou le prodigue intente une action contre le conseil qui refuse son assistance. La justice apprécie alors qui a raison [1]. Il faut bien un expédient pour sortir des difficultés de fait.

990. Reste enfin une **troisième observation**. Dans quelle mesure le conseil judiciaire est-il responsable ? Ce n'est point un tuteur, pas même un administrateur ; donc il n'est pas comptable ; par conséquent, ses immeubles ne sont pas grevés d'hypothèque légale (article 2121). Mais il est chargé d'une mission et il en répond s'il ne la remplit pas ou s'il la remplit mal, conformément au droit commun de l'article 1992. Par exemple, il est responsable s'il a assisté le prodigue ou le faible d'esprit sans examen, mal à propos, ou s'il refuse d'assister sans raison et que son refus ait été préjudiciable. C'est pour cela qu'il se laisse contraindre par justice, s'il a des doutes, afin de dégager sa responsabilité.

SECTION III. — **Le placement dans un asile d'aliénés.**

991. Pour en finir avec les effets de l'aliénation mentale, il reste à envisager la troisième situation qu'elle peut amener : l'internement dans une maison d'aliénés. Le texte fondamental à cet égard est la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, à laquelle il faut joindre l'ordonnance du 18 décembre 1839, relative à la mise en vigueur et à l'application de cette loi.

Nous ne réunirons sur ce sujet que des indications très sommaires, et cela pour deux raisons.

D'une part, le plus grand nombre des dispositions contenues dans la loi de 1838 et l'ordonnance de 1839 sont d'ordre

1. Paris 31 janvier 1888, Sir. 1888.II.191. — Cpr. Trib. de Lille 17 novembre 1882, *Le Droit* du 4 février 1883, — Liège 12 juillet 1882, Sir. 1882.IV.47.

Source BIU Cujas

administratif ; elles sont relatives au régime intérieur des maisons d'aliénés, à la surveillance dont ces maisons sont l'objet afin d'éviter les séquestrations arbitraires. Or nous n'avons à relever que celles qui sont d'ordre civil, c'est-à-dire qui sont relatives à la condition civile des internés

D'autre part, la loi de 1838 ne paraît pas destinée à vivre longtemps ; elle est depuis plus de trente ans toujours sur le point d'être réformée. A l'heure présente plusieurs projets ou propositions sont en délibération devant les Chambres ; la réforme est peut-être prochaine. Ce n'est plus le moment d'entrer dans des détails qui seront sans doute modifiés d'ici peu [1].

Réduisons donc ce sujet à ses données les plus générales.

992. Dans les prévisions du Code de 1804, les aliénés ne devaient être internés que sous la condition d'avoir été préalablement interdits. La liberté individuelle était alors entourée de garanties sérieuses. D'une part les articles 492 et suivants supposent que l'interdiction, préliminaire indispensable de l'internement, ne peut être prononcée que par l'autorité

1. Voy. *suprà*, p. 565. — Cpr. Pierre Sarraute, *Examen critique de la loi du 30 juin* 1838, dans la *Revue critique de droit*, année 1894, p. 453 et suiv., p. 499 et suiv., — et de Mouy, *Le régime des aliénés devant le Parlement*, dans la *Revue politique et parlementaire* de septembre-octobre 1894. — Le projet de modifier la loi de 1838 remonte au second Empire. Le gouvernement impérial fit procéder à une enquête, puis institua une commission chargée d'en examiner les résultats et de proposer des réformes ; mais la guerre de 1870 interrompit les travaux de cette commission. Le 25 juillet 1872, MM. Roussel, Jozon et Desjardins déposèrent sur le bureau de l'Assemblée nationale une proposition modifiant profondément le régime des aliénés (*Annales de l'Assemblée nationale*, juillet-août 1872, annexe n° 1348) ; les préoccupations politiques détournèrent l'Assemblée de s'en occuper. Le 23 novembre 1882, un projet de loi sur le même objet fut déposé par le ministre de l'intérieur (*Annales du Sénat*, documents parlementaires, novembre-décembre 1882, annexe n° 37, p. 254) ; il ne vint en discussion qu'au cours de l'année 1886 et parut bientôt abandonné par le Gouvernement. Aussi M. Joseph Reinach prit-il l'initiative d'une proposition, déposée sur le bureau de la Chambre des députés le 3 décembre 1890 et renouvelée le 21 novembre 1893 (*Annales de la Chambre des députés*, documents parlementaires, octobre-décembre 1890, annexe n° 1059, p. 462). Cette proposition a fait l'objet de deux rapports à la Chambre des députés. Le premier, rédigé par M. Ernest Lafont, a été déposé dans la séance du 19 février 1894 (*Annales de la Chambre des députés*, documents parlementaires, janvier-mars 1894, annexe n° 401, p. 233) ; le second, rédigé par M. Dubief, a été déposé dans la séance du 27 novembre 1896 (*Ibid.*, octobre-décembre 1896, annexe n° 2140, p. 188). Ces deux rapports ont trait à la proposition de M. Joseph Reinach et à une proposition de M. Georges Berry, tendant à permettre aux départements de placer dans les familles les déments séniles et les idiots.

Source BIU Cujas

judiciaire ; d'autre part, aux termes de l'article 510, l'internement n'est possible que s'il est prescrit par le conseil de famille (article 510).

Pour plusieurs raisons, on ne tarda pas à considérer que ce système était insuffisant.

1° L'interdiction n'est applicable qu'à ceux qui sont dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Or certaines mesures peuvent être utiles et même nécessaires pour ceux dont la démence est seulement passagère ou accidentelle. De là l'utilité d'un internement distinct de l'interdiction et possible sans elle.

2° L'interdiction, même quand elle est possible, est une mesure à laquelle on ne recourt que dans les familles ayant un patrimoine ; de sorte que, dans le système du Code, nombre de personnes auxquelles une certaine protection était due restaient abandonnées.

3° Même dans les cas où l'interdiction est possible en fait et en droit, la procédure de l'interdiction comporte des formalités qu'il pourrait être inopportun d'accomplir. Souvent, par exemple, l'interrogatoire par le tribunal serait funeste à l'aliéné ; on risquerait, en y procédant, de l'irriter et d'aggraver son état.

Il y avait donc nécessité de s'occuper des aliénés en dehors de l'interdiction. C'est la raison d'être de la loi du 30 juin 1838.

993. Jusqu'en 1838, on ne s'était guère occupé des aliénés non interdits que pour les mettre hors d'état de nuire. Les lois de police obligeaient leurs familles à veiller sur eux, à les empêcher de troubler la sécurité publique. A cet ordre d'idées se rattachent les articles 475-7° et 477-2° du Code pénal, qui érigent en contravention pénale le défaut de surveillance. Ils sont complétés par l'article 1384 du Code civil : « On est « responsable non seulement du dommage que l'on cause « par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par « les personnes dont on doit répondre... » Si la famille n'avait pas les ressources suffisantes pour les garder ou les faire garder, les malheureux étaient enfermés, par mesure de police, dans les hôpitaux ou dans des lieux plus ou moins appropriés pour les recevoir. Outre que la mesure était illégale, l'hospice était pour les aliénés, sauf le nom, une prison ; quelquefois même, ils étaient confondus, dans les

Source BIU Cujas

prisons proprement dites, avec les criminels ; atteinte grave et sans contrôle à la liberté individuelle. Voilà pour leurs personnes.

Quant à leurs intérêts pécuniaires, on avisait selon les circonstances ; aucune règle fixe n'était posée. En dehors de l'interdiction, il n'existait pas de système applicable ; la famille était encore supposée veiller.

En définitive, les aliénés se trouvaient dans un état d'abandon à peu près complet.

994. L'avènement d'un état de choses plus régulier et meilleur ne date que de la loi de 1838. Elle a été, même aux yeux de ceux qui la critiquent le plus vivement à l'heure actuelle, un grand bienfait.

Trois idées la dominent et en expliquent les dispositions.

1° La science médicale avait démontré que la douceur, les bons soins et un régime particulier peuvent quelquefois guérir et améliorent toujours l'état des aliénés. Dans les dernières années du XVIII^e^ siècle et au commencement du XIX^e^, un aliéniste éminent, Pinel, inspira le mouvement d'opinion, que d'autres, après lui, devaient faire aboutir. De là la nécessité reconnue de créer des établissements spéciaux, appropriés au traitement des aliénés, soumis à une surveillance régulière, où tout serait subordonné aux nécessités médicales.

2° L'attention publique s'était convertie à la nécessité de garantir la liberté individuelle contre les internements arbitraires consommés sous prétexte d'aliénation mentale. De là la nécessité de régulariser les placements dans les maisons d'aliénés, et d'organiser une surveillance efficace sur ces établissements.

3° Les tribunaux consultés avaient démontré, en invoquant les faits, la nécessité d'établir des règles pour protéger les intérêts pécuniaires des aliénés non interdits, de prendre des mesures analogues, dans leur nature, à celles de l'interdiction.

C'est pour satisfaire à ces trois préoccupations que la loi de 1838 a été portée. De là les trois objets de cette loi, que nous allons analyser rapidement.

995. I. D'abord elle défend d'interner les aliénés dans les prisons, dans les hospices ordinaires. Elle prescrit la création d'établissements publics, d'asiles, où les aliénés puissent recevoir les soins dus à leur état. Elle impose la création de

Source BIU Cujas

ces asiles aux départements ; ce sont les asiles publics. En même temps, elle réglemente le régime des établissements privés (articles 1 à 7).

996. II. La loi de 1838 crée, en dehors des conditions, des lenteurs et de l'éclat de la procédure en interdiction, une situation distincte qui permet de soigner les aliénés, de mettre le public à l'abri de leurs atteintes, sans cependant les abandonner à l'arbitraire. Dans ce dessein, elle réglemente les placements dans les maisons établies à cet effet.

La loi distingue et réglemente : 1° les placements volontaires, — 2° les placements d'office.

1° Les placements volontaires sont ceux qui sont effectués par les particuliers. Toute personne qui est en relations avec un aliéné a le droit de le faire interner dans un établissement public ou privé. La loi ne détermine pas d'une manière restrictive, comme pour les demandes en interdiction, de quelle nature doivent être les relations entre l'aliéné et celui qui forme la demande d'admission. Les articles 8 et suivants indiquent à quelles conditions la demande peut être formée.

2° Les placements d'office ont lieu pour les aliénés dont la folie est dangereuse, compromet l'ordre public ou la sécurité des personnes, et aussi pour ceux qui sont abandonnés. Ces placements sont ordonnés par l'autorité administrative : tantôt par les préfets dans les départements et par le préfet de police à Paris (article 18), tantôt par les maires et par les commissaires de police à Paris (article 19).

C'est le côté dès longtemps attaqué de la loi de 1838. S'il est essentiel que la société intervienne, dans l'intérêt de tous, au cas d'aliénation mentale vraiment justifiée, il ne l'est pas moins qu'elle intervienne seulement à bon escient et quand il y a nécessité. Or, du placement dans un asile d'aliénés à la séquestration arbitraire il n'y a qu'un pas. Aussi un courant d'opinion énergique s'est produit, depuis longtemps déjà, dans le sens d'une revision de la loi de 1838, en vue d'établir des garanties plus sérieuses.

Non pas que le législateur de 1838 ait oublié ou négligé le point de vue des garanties nécessaires, en cette matière de la liberté individuelle. Seulement, dans le système de la loi de 1838, ce n'est pas dans les conditions et les formalités de l'internement que sont les garanties organisées. On se tromperait en les y cherchant. On se trompe quand on fait obser-

Source BIU Cujas

ver, attaquant la loi, combien il est facile de faire enfermer quelqu'un. Il est vrai ; mais la loi a voulu précisément rendre les placements faciles et prompts, parce que la promptitude est souvent nécessaire, aussi bien dans l'intérêt des aliénés que dans celui de la sécurité publique ; quoi qu'on fasse, on n'échappera pas à cette nécessité. Les garanties sont ailleurs. Elles sont dans la surveillance organisée sur les établissements publics et privés, organisée de telle sorte, on l'a cru du moins, que les abus ne peuvent manquer d'être découverts et bientôt réprimés.

Cette surveillance est triple.

Elle est d'abord administrative. La surveillance administrative est exercée par les préfets et par les maires (articles 4, 8, 11, 12 et 20). La sanction de cette surveillance est indiquée par l'article 16 : « Le préfet pourra toujours ordonner la « sortie immédiate des personnes placées volontairement « dans les établissements d'aliénés. »

La surveillance est en outre judiciaire. Elle est exercée par le président du tribunal de première instance, le procureur de la République et le juge de paix (articles 4, 10 et 22). La sanction de cette surveillance est indiquée par l'article 29 : l'autorité judiciaire peut toujours ordonner la sortie.

Enfin la surveillance administrative et judiciaire est complétée par la surveillance de tout le monde (article 14).

Avec un tel déploiement de surveillance et de contrôle, les abus doivent être rares ; cependant on ne saurait affirmer qu'il ne s'en produit pas. Certains auteurs affirment même qu'il s'en produit de nombreux [1].

Fera-t-on mieux ? On s'y est essayé bien des fois ; on s'y essaie encore. Il est douteux qu'on arrive jamais à un système absolument satisfaisant et à l'abri de toute critique, car, en cette matière, il y a, dans l'intérêt bien compris des aliénés comme dans celui de la sûreté publique, une certaine latitude d'arbitraire qui est inévitable et indispensable. Ceux qui espèrent exclure cet arbitraire se font illusion ; il y a fatalement à faire des applications d'espèces sur lesquelles on ne saurait espérer une certitude d'accord.

Toutefois, il y a une lacune certaine dans la loi de 1838 ; c'est par là surtout qu'elle prête à la critique. Voici quelle elle

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 637.

Source BIU Cujas

est. A côté des établissements publics d'aliénés, ou asiles d'aliénés, qui sont des établissements départementaux, il y a les établissements privés, connus vulgairement sous le nom de maisons de santé, créés et dirigés par des particuliers. Ils sont placés sous la surveillance de l'autorité publique, comme les établissements publics, de sorte qu'ils semblent offrir exactement les mêmes garanties. Seulement, l'ensemble des précautions organisées ne s'applique qu'aux établissements déclarés comme devant recevoir des aliénés (ordonnance de 1839, articles 17 et suivants). S'ils sont déclarés comme devant recevoir d'autres malades, le système de la loi de 1838, qui ne s'applique qu'aux aliénés, risque d'être éludé.

C'est surtout dans les établissements mixtes que les abus sont à redouter. S'il y a connivence entre la famille de l'aliéné et le chef de l'établissement, il est à craindre qu'on ne traite comme simple malade celui qu'on détient en réalité comme aliéné. Tout le système de la loi est alors déjoué. Il n'y a pas d'autre sanction que les peines portées contre les auteurs de séquestrations arbitraires (article 341 C. pén.).

997. III. La loi de 1838 a un troisième objet. Elle organise, pour les aliénés internés, un mode d'administration de leurs biens ; elle fixe leur condition civile, c'est-à-dire l'influence de l'internement sur la capacité. Tel est l'objet des articles 31, 32 et 39. C'est par ce côté spécialement que la loi de 1838 se rattache au droit civil.

Si l'aliéné, interné par suite d'un placement volontaire ou d'office, est en état d'interdiction, l'internement ne modifie en rien son état ni sa capacité ; les dispositions du Code restent exclusivement applicables. La loi de 1838 n'a innové qu'à propos des aliénés internés non interdits ; cela résulte des articles 31, 32, 38 et 39, qui font nettement cette distinction.

Pour les internés non interdits, la loi de 1838 a créé une situation nouvelle, moins complète que celle qui résulte de l'interdiction, mais suffisante dans bien des cas. Il n'y a plus, comme au cas d'interdiction, une tutelle, mais un ensemble de mesures qui remplacent la tutelle et en tiennent lieu ; c'est un cas particulier, une forme spéciale de tutelle hospitalière. Ces mesures se rapportent à deux objets : 1° l'ad-

Source BIU Cujas

ministration des biens de l'interné, — 2° sa capacité et le sort des actes qu'il fait étant interné.

I. *Administration des biens de l'interné non interdit.*

998. L'administration des biens, si l'interné en a, est confiée dans les établissements publics, aux commissions administratives, qui nomment parmi leurs membres un administrateur provisoire (article 31). Le même article énumère les attributions de l'administrateur provisoire ainsi désigné : « L'administrateur, ainsi désigné, procèdera au recouvre- « ment des sommes dues à la personne placée dans l'établis- « sement, et à l'acquittement de ses dettes, passera des baux « qui ne pourront excéder trois ans, et pourra même, en « vertu d'une autorisation du tribunal, faire vendre le mobi- « lier. Les sommes provenant soit de la vente, soit des autres « recouvrements, seront versées directement dans la caisse « de l'établissement, et seront employées, s'il y a lieu, au « profit de la personne placée dans l'établissement. Le cau- « tionnement du receveur sera affecté à la garantie des dits « deniers, par privilège aux créances de toute autre nature. » Il faut ajouter que la loi du 27 février 1880, sur les valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, est applicable ici (article 8 de cette loi).

999. Le plus souvent, l'application de ces règles suffit à assurer l'administration des biens, car, en général, les aliénés internés et non interdits n'ont pas un avoir considérable. Toutefois, ce mode d'administration n'est que facultatif ; la loi réserve d'autres dispositions, dont diverses personnes ont la faculté de demander l'application : « Néanmoins, dit l'arti- « cle 31 *in fine*, les parents, l'époux ou l'épouse des person- « nes placées dans des établissements d'aliénés dirigés ou « surveillés par des commissions administratives, ces com- « missions elles-mêmes, ainsi que le procureur du Roi, pour- « ront toujours recourir aux dispositions des articles sui- « vants. »

a) Les personnes énumérées dans ce texte peuvent d'abord provoquer la nomination d'un autre administrateur provisoire, qui sera désigné par le tribunal civil du lieu du domicile, en Chambre du conseil, après délibération du conseil

Source BIU Cujas

de famille, sur les conclusions du ministère public, et sans appel (article 32). Aux termes de l'article 34 alinéa 1, « les « dispositions du Code civil sur les causes qui dispensent de « la tutelle, sur les incapacités, les exclusions ou les desti- « tutions des tuteurs, sont applicables aux administrateurs « provisoires nommés par le tribunal ». Enfin l'article 37 alinéa 2 est ainsi conçu : « Les pouvoirs conférés par le tri- « bunal en vertu de l'article 32 cesseront de plein droit à « l'expiration d'un délai de trois ans ; ils pourront être « renouvelés. »

Tant qu'il est en fonctions, l'administrateur provisoire a les mêmes pouvoirs que l'administrateur désigné par la commission de surveillance de l'établissement. L'administrateur désigné par le tribunal est nommé pour tenir la place de l'administrateur désigné par la commission de surveillance, soit parce que la gestion des biens de l'interné constitue une lourde charge, soit parce que cette gestion exige des aptitudes spéciales à raison de la nature des biens à gérer ; mais les pouvoirs de l'administrateur sont les mêmes dans les deux cas. Ce sont des pouvoirs de simple administration (article 31).

Les immeubles de l'administrateur désigné par le tribunal ne sont pas grevés d'hypothèque légale, comme le sont les biens des tuteurs par application de l'article 2121 ; le législateur a craint, sans doute, que la menace d'une hypothèque légale ne rendît malaisé de trouver, en cas de besoin, des personnes disposées à accepter les fonctions d'administrateur. A défaut d'une hypothèque légale, les immeubles de l'administrateur peuvent être affectés à la garantie de sa gestion dans les conditions prévues par l'article 34 alinéa 2 : « Sur la « demande des parties intéressées, ou sur celle du procureur « du Roi, le jugement qui nommera l'administrateur provi- « soire pourra en même temps constituer sur ses biens une « hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une « somme déterminée par ledit jugement. » Disposition notable ; c'est un des deux seuls cas où une hypothèque, dans notre droit, peut être établie par autorité de justice[1].

b) L'article 38 autorise la nomination d'un curateur à la personne de l'interné : « Sur la demande de l'intéressé, de « l'un de ses parents, de l'époux ou de l'épouse, d'un ami,

1. L'autre cas est indiqué *suprà*, p. 332 et 412.

Source BIU Cujas

« ou sur la provocation d'office du procureur du Roi, le tri-
« bunal pourra nommer en Chambre du conseil, par juge-
« ment non susceptible d'appel, en outre de l'administra-
« teur provisoire, un curateur à la personne de tout individu
« non interdit placé dans un établissement d'aliénés, lequel
« devra veiller : 1° à ce que ses revenus soient employés à
« adoucir son sort et à accélérer sa guérison, 2° à ce que le
« dit individu soit rendu au libre exercice de ses droits aus-
« sitôt que sa situation le permettra. Ce curateur ne pourra
« pas être choisi parmi les héritiers présomptifs de la per-
« sonne placée dans un établissement d'aliénés. »

c) Enfin l'article 33 est ainsi conçu : « Le tribunal, sur la
« demande de l'administrateur provisoire, ou à la diligence
« du procureur du Roi, désignera un mandataire spécial à
« l'effet de représenter en justice tout individu non interdit
« et placé ou retenu dans un établissement d'aliénés qui se-
« rait engagé dans une contestation judiciaire au moment
« du placement, ou contre lequel une action serait intentée
« postérieurement. Le tribunal pourra aussi, dans le cas
« d'urgence, désigner un mandataire spécial à l'effet d'inten-
« ter, au nom des mêmes individus, une action mobilière ou
« immobilière. L'administrateur provisoire pourra, dans les
« deux cas, être désigné pour mandataire spécial. »

Des doutes se sont élevés sur le point de savoir quels sont les procès dans lesquels un mandataire *ad litem*, nommé de la sorte, peut représenter l'interné non interdit. Le mandataire peut, sans aucun doute, représenter l'interné dans les procès relatifs aux intérêts pécuniaires ; mais il est contestable qu'il puisse le représenter dans les procès relatifs aux droits de famille. La question se présente en particulier pour les instances en interdiction dirigées contre l'interné pendant son internement[1]. La demande en interdiction est essentiellement personnelle ; elle doit, comme on l'a très bien dit[2], saisir la personne et la placer en face du juge. Dès lors aucun mandataire ne peut être nommé pour représenter l'interné

1. Voy. Paris 13 avril 1875, D. P. 1875. II. 233, Sir. 1875. II. 197, et les conclusions de M. l'avocat général Hémar. — Cpr. la question de savoir si un mandataire *ad litem* peut représenter l'époux interné pour conduire à fin l'instance en séparation de corps par lui engagée ou engagée contre lui avant son internement. Cass. 20 mars 1878, D. P. 1878. I. 180.

2. M. Hémar, dans ses conclusions.

Source BIU Cujas

dans la procédure. Mais le tribunal a la faculté de nommer un mandataire spécial, ayant pour mission d'assister l'interné dans l'instance ; il serait peu rationnel, en effet, que l'interné fût considéré comme capable de défendre lui-même à l'instance, étant donné que ses facultés mentales sont assez altérées pour justifier son internement et pour engager ses proches à requérir son interdiction [1].

1000. Telles sont les règles de la loi de 1838 relativement à l'administration des biens de l'interné non interdit. Il est rare que ces règles ne suffisent pas à garantir les intérêts de l'interné. Il peut arriver néanmoins qu'il en soit autrement, car les dispositions de la loi n'ont trait qu'aux actes d'administration. S'il y avait lieu de disposer des biens de l'aliéné, il faudrait recourir à l'interdiction, afin que l'aliéné eût un représentant légal ayant pouvoir de passer l'acte.

1001. Notons pour terminer que le régime établi par la loi de 1838 en ce qui concerne l'administration des biens n'est pas applicable à Paris. La loi du 10 janvier 1849, sur l'organisation de l'assistance publique à Paris, décide que le directeur de l'Assistance publique à Paris a la tutelle des aliénés (article 3 alinéa 4) ; il joue le rôle dévolu ailleurs aux commissions administratives [2].

II. *Capacité de l'interné non interdit.*

1002. Le législateur de 1838, nous venons de le voir, s'est inspiré du régime de l'interdiction pour réglementer l'administration des biens de l'interné non interdit. C'est encore le régime de l'interdiction qu'il imite en ce qui concerne la capacité de l'interné, le sort des actes qu'il viendrait à passer. L'imitation, d'ailleurs, était naturelle, car l'internement implique aliénation mentale. L'interné, incapable de fait, devient incapable de droit [3], comme l'interdit.

1. Voy. sur ce point les conclusions de M. Hémar et la note sous l'arrêt de Paris du 13 avril 1875, dans D. P. 1875. II. 233. — Cpr. Caen 26 avril 1882, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Interdiction*, n° 39, Sir. 1882. II. 223.

2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, loi du 30 juin 1838, n° 3, tome I, p. 635.

3. L'incapacité civile de l'interné, ou incapacité de figurer dans les actes juridiques, est la seule dont nous parlons ici (cpr. *suprà*, p. 600, note 2, et p. 612, note 1) ; mais ce n'est pas la seule dont l'interné soit atteint. Ainsi, les personnes placées dans un établissement public d'aliénés en vertu de la loi de 1838 ne peuvent faire partie d'un jury criminel (cpr. *suprà*, *loc. cit.*).

Source BIU Cujas

Mais les règles de l'interdiction ne sont pas reproduites d'une manière pure et simple ; elles sont modifiées à quatre points de vue.

I. La nullité des actes faits par l'aliéné, telle que la prononce la loi de 1838, n'est jamais applicable aux actes passés antérieurement à l'internement ; elle n'affecte que les actes postérieurs. L'article 39, en effet, désigne ainsi les actes dont l'annulation peut être demandée : « les actes faits par une « personne placée dans un établissement d'aliénés pendant « le temps qu'elle y aura été retenue ». Or il en est autrement au cas d'interdiction ; l'article 503 permet d'annuler les actes antérieurs à l'interdiction « si la cause de l'inter- « diction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été « faits [1] ». Cet article n'est pas applicable quand il s'agit d'internés non interdits. La situation offre alors moins de garanties ; aussi la loi n'autorise jamais à revenir sur le passé ; les actes antérieurs à l'internement ne peuvent être annulés que pour démence prouvée en fait.

II. La seconde différence se rapporte à l'article 504. Aux termes de ce texte, l'acte passé en état de démence par une personne non interdite peut être attaqué pour cause de démence même après la mort de son auteur, pourvu que l'interdiction de cet auteur ait été provoquée ou prononcée après la passation de l'acte et avant le décès [2]. L'article 39 de la loi de 1838 énonce une règle un peu différente. Il permet d'attaquer les actes faits par l'interné non interdit pendant l'internement, sans distinguer suivant que la demande en nullité est formée avant ou après la mort de l'interné ; en d'autres termes, il assimile sous ce rapport l'internement à l'interdiction. Mais supposons un acte fait par une personne atteinte d'aliénation mentale et qui n'est ni interdite ni internée. Si elle est ensuite internée sans être interdite, l'internement ne suffira pas à rendre l'action des héritiers recevable. En effet, l'article 504 ne déclare l'action recevable que si l'interdiction a été demandée ou provoquée ; il n'en est pas de même si l'internement a eu lieu. Quant à l'article 39 de la loi de 1838, il ne permet d'annuler, conformément à l'article 1304, que les actes passés pendant l'internement.

III. La nullité des actes faits pendant l'internement n'a

1. *Suprà*, p. 603 et 604.

2. Voy. *suprà*, p. 575. Il en est de même si la preuve de la démence « résulte « de l'acte même qui est attaqué » (article 504, *in fine*).

Source BIU Cujas

pas lieu de plein droit quand elle est demandée, par cela seul qu'elle est invoquée. Les actes postérieurs à l'interdiction sont nuls de droit dès que la preuve est faite qu'ils ont été passés depuis l'interdiction (article 502) ; c'est une question de date. Quant aux actes de l'interné non interdit, la nullité en est toujours facultative pour le juge : « Les actes faits par « une personne placée dans un établissement d'aliénés... « pourront être attaqués...», dit l'article 39 de la loi de 1838.

Quels sont les cas dans lesquels la nullité sera prononcée? L'article 39 porte que les actes de l'interné non interdit « pourront être attaqués pour cause de démence conformément à l'article 1304 ». *Pour cause de démence.* Est-ce à dire qu'il faille, pour obtenir l'annulation, fournir la preuve que l'auteur de l'acte était en état de démence au moment de l'acte ? S'il en était ainsi, l'interné non interdit ne serait pas un incapable ; ses actes ne seraient pas annulables pour incapacité, mais seulement pour défaut de consentement[1].

Cette manière de voir a été soutenue[2]. Mais elle est contredite par l'article 39 de la loi de 1838. Le texte dit que les actes de l'interné non interdit peuvent être attaqués « *conformément à l'article 1304* ». Or la nullité dont s'occupe l'article 1304 n'est pas la nullité absolue pour défaut de consentement, mais la nullité relative pour incapacité. Dès que l'article 1304 est applicable, il faut en conclure que l'interné non interdit est un incapable.

Que signifie alors l'article 39 quand il dit que les actes de l'interné non interdit peuvent être annulés « *pour cause de démence* » ? Il signifie que ces actes ne sont pas nuls de droit par cela seul qu'ils ont été passés pendant l'internement. Le juge peut tenir compte des circonstances, de la bonne foi des tiers, de la lucidité de l'interné non pas *au* moment mais *vers* le moment où il a passé l'acte. La nullité sera prononcée si l'aliéné était dans un état habituel et notoire d'aliénation à l'époque de l'acte. Ce n'est pas la nullité

1. *Suprà*, p. 571 et suiv.

2. Aubry et Rau, I, p. 536. Cpr. Couturier, *De la prescription des actions en nullité ou en rescision*, thèse de doctorat soutenue à la Faculté de droit de Paris en 1889, p. 164-166. On invoque à l'appui de cette opinion certains passages des travaux préparatoires de la loi de 1838, d'où il paraît résulter que les actes de l'interné non interdit sont valables, sauf à admettre la preuve de leur inexistence pour cause de démence de leur auteur, par application de l'article 1108 (Couturier, *loc. cit.*, p. 165).

Source BIU Cujas

de droit commun en matière d'interdiction ; ce n'est pas davantage la nullité pour absence de consentement, car cette nullité ne peut être obtenue que moyennant preuve précise de la démence au moment de l'acte [1].

IV. Le point de départ des dix ans pendant lesquels l'aliéné ou ses héritiers peuvent agir en nullité n'est pas fixé comme en matière d'interdiction. S'il y a interdiction, le délai commence à courir pour l'interdit à partir de la mainlevée de l'interdiction, pour les héritiers de l'interdit à partir de la mort de celui-ci (article 1304). Le système n'a pas été étendu par la loi de 1838 à l'action en nullité des actes de l'interné non interdit. La pratique en effet avait révélé que ce système présente des inconvénients graves. Voici quels ils sont.

a) Supposons que l'interdiction prend fin par la mort de l'interdit. Les héritiers ont dix ans pour agir. Mais il peut arriver qu'ils ignorent que tel acte a été passé par l'interdit ; la personne au profit de laquelle l'acte a été passé se gardera d'en révéler l'existence ; elle attendra pour cela que dix ans se soient écoulés depuis la mort de l'interdit, de sorte que l'acte sera devenu en fait inattaquable. Si l'acte dont il s'agit n'a pas été exécuté, les héritiers trouveront un secours dans la règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, à supposer que cette règle soit applicable en droit français, ce qui est contesté ; mais le danger est sans remède possible si l'acte a reçu son exécution avant la mort de l'interdit.

b) Supposons que l'interdiction prend fin par la mainlevée. C'est la preuve que l'ex-interdit a recouvré sa lucidité ; mais rien ne garantit qu'il ait recouvré la mémoire des faits passés. Peut-être a-t-il perdu le souvenir d'un acte qu'il a fait pendant son interdiction ; peut-être ne recouvrera-t-il le souvenir de cet acte qu'après l'expiration des dix ans durant lesquels l'action en nullité est recevable.

Tels sont les inconvénients que présente le système suivi en matière d'interdiction relativement au point de départ des délais pendant lesquels l'interdit ou ses héritiers peuvent

1. Le régime applicable aux actes de l'interné non interdit est analogue à celui que l'article 503 organise pour les actes antérieurs à l'interdiction. Ces actes, on le sait (*suprà*, p. 575-576 et 603), peuvent être annulés si la cause de l'interdiction « existait notoirement » à l'époque où ils ont été faits.

Source BIU Cujas

agir en nullité. Pour éviter ces inconvénients, le législateur de 1838 a introduit un système différent, dont les règles sont consignées dans les alinéas 2 et 3 de l'article 39 : « Les dix « ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne « retenue qui aura souscrit les actes, à dater de la significa- « tion qui lui en aura été faite, ou de la connaissance qu'elle « en aura eue après sa sortie définitive de la maison d'alié- « nés ; — et, à l'égard de ses héritiers, à dater de la signi- « fication qui leur en aura été faite, ou de la connaissance « qu'ils en auront eue depuis la mort de leur auteur. Lors- « que les dix ans auront commencé de courir contre celui- « ci, ils continueront de courir contre les héritiers. » De la sorte, il n'y a pas à craindre qu'ils aient, les uns ou les autres, laissé passer sans le savoir le délai qui leur est donné pour agir. L'innovation est prévoyante et certainement heureuse.

Le système nouveau est tellement supérieur à l'ancien qu'on a été tenté d'en étendre l'application. Sans aucun doute, l'article 1304 demeure seul applicable quand il s'agit de l'action en nullité des actes faits par un interdit non interné. Mais n'est-il pas du moins possible d'appliquer l'article 39 de la loi de 1838 à l'action en nullité des actes passés par un interdit interné? L'article 39 ne permet pas de l'admettre : « Les actes faits par une personne placée dans un « établissement d'aliénés..., sans que son interdiction ait été « prononcée ou provoquée, pourront être attaqués... » La simple lecture du texte révèle assez qu'il vise exclusivement l'hypothèse d'un interné non interdit. Sans doute il résulte de là cette conséquence bizarre : l'interné non interdit est mieux protégé que l'interné interdit. Mais l'article 39 de la loi de 1838 est formel ; il n'a été écrit qu'en vue d'un cas particulier et ne peut être considéré comme ayant abrogé la règle générale que consacre l'article 1304 du Code civil.

1003. Telle est la condition juridique des personnes placées dans un établissement d'aliénés.

1004. Cet état de choses se prolonge jusqu'à ce que l'aliéné sorte de l'asile. La sortie est de droit après la guérison (article 13 de la loi de 1838). Elle peut avoir lieu par ordre de l'autorité administrative (articles 16, 20 et 23), à la demande de certains particuliers (articles 14 et 15), enfin par ordre de l'autorité

Source BIU Cujas

judiciaire (article 29). Le fait de retenir l'aliéné dans l'asile après que l'ordre a été donné de l'en faire sortir constitue un délit ; l'auteur de ce délit est passible des peines portées par l'article 120 du Code pénal : un emprisonnement de six mois à deux ans et une amende de seize à deux cents francs (article 30).

1005. Il reste à signaler deux lacunes que présente le régime établi pour les aliénés par la loi de 1838.

a) Ce régime n'a trait qu'aux aliénés internés dans les établissements publics. Aucune mesure n'est prescrite ni prévue pour l'administration des biens ou la surveillance de la personne en ce qui concerne les aliénés placés dans des établissements privés[1]. Les placements dans les asiles privés ne sont jamais que volontaires ; c'est aux intéressés, aux familles, qu'il appartient de veiller.

Tout le monde est d'accord que c'est là une lacune regrettable dans notre législation ; tous les projets de réforme se proposent de la combler. Les asiles privés sont ceux où se commettent les plus graves abus au point de vue de la liberté individuelle ; ce sont aussi ceux où les abus les plus graves se commettent au point de vue des biens. Les familles des internés s'emparent de leurs revenus, même de leurs capitaux, au lieu d'employer revenus et capitaux au soulagement des aliénés. Quant aux actes passés par les internés, ils sont régis purement et simplement, en ce qui concerne leur validité, par les règles applicables au cas de démence de fait[2].

b) La loi de 1838 ne contient pas non plus de règles concernant les aliénés qui ne sont point placés dans un asile, mais sont traités seuls, soit chez eux, soit chez un médecin, soit chez toute autre personne. Le traitement à domicile n'est pas surveillé. L'aliéné peut être victime de l'indifférence des siens ; il n'est garanti contre les abus que par la conscience de ceux qui l'entourent, ou par la crainte que leur inspirent les peines portées contre les auteurs de séquestrations arbitraires (articles 341 et suivants C. pén.).

1006. En résumé, la loi de 1838 est insuffisante. Aussi le même courant d'opinion qui s'est produit sous l'empire du

1. Cpr. l'article 2-12° de la loi du 21 novembre 1872 sur le jury. Ce texte ne déclare incapables de faire partie d'un jury criminel que les individus placés dans un établissement public d'aliénés (*suprà*, p. 630, note 2).

2. *Suprà*, p. 571 et suiv.

Source BIU Cujas

Code civil de 1804 et a donné naissance à la loi de 1838 se produit de nos jours contre cette loi même, dont la réforme est réclamée de toute part.

Telle qu'elle est et en attendant qu'elle soit complétée, il n'est ni douteux ni contesté que son apparition ait été un grand bienfait. Elle a assuré à la généralité des aliénés des asiles bien tenus, des soins intelligents, la protection nécessaire. Il est possible qu'on puisse citer des exemples de séquestrations arbitraires, ou prolongées inutilement après la guérison ; il est possible qu'on puisse citer des erreurs ayant fait prendre pour la folie des crises accidentelles dues à d'autres causes ; il est possible même qu'on puisse citer des cas dans lesquels la passion, la haine, la cupidité se sont servies du prétexte de l'aliénation mentale pour faire séquestrer des personnes qui n'étaient pas folles. Il faut répondre d'abord qu'il importe de ne pas accepter comme démontrées bien des allégations qui se produisent dans cet ordre d'idées. Si des abus sont possibles, il faut en empêcher le retour par l'introduction de règles meilleures, sans méconnaître les progrès considérables qu'a réalisés la loi de 1838.

Source BIU Cujas

NOTE COMPLÉMENTAIRE

Plusieurs articles du Code civil, analysés dans ce volume et dans le précédent, viennent d'être modifiés par la loi du 17 août 1897, dont le texte est conçu dans les termes suivants.

Loi modifiant divers articles du Code civil.

Article 1. — L'article 49 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devra avoir lieu en marge d'un acte déjà inscrit, elle sera faite d'office.

« L'officier de l'état civil qui aura dressé ou transcrit l'acte donnant lieu à mention effectuera cette mention dans les trois jours sur les registres qu'il détient.

« Dans le même délai, il adressera un avis au procureur de la République de son arrondissement, et celui-ci veillera à ce que la mention soit faite, d'une façon uniforme, sur les registres existant dans les archives des communes ou des greffes, ou dans tous autres dépôts publics. »

Article 2. — L'article 76 du Code civil est complété comme suit :

« Il sera fait mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux. »

Article 3. — L'article 331 du Code civil est complété comme suit :

« Il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé. »

Article 4. — L'article 45 du Code civil est ainsi complété :

« Ils porteront en toutes lettres la date de leur délivrance. »

Article 5. — Le paragraphe 1 de l'article 70 du Code civil est modifié comme suit :

« L'officier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Cet acte ne devra pas avoir été délivré depuis plus de trois mois, s'il a été délivré en France, et depuis plus de six mois, s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat. »

I

Avant d'étudier ces dispositions assez simples, il importe de relever deux particularités relatives à la loi nouvelle.

La première a trait aux conditions dans lesquelles la promulgation de la loi a été faite. Aux termes de l'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, « le Président de

Source BIU Cujas

« la République promulgue les lois dans le mois qui suit la « transmission au Gouvernement de la loi définitivement « adoptée [1] ». La loi du 17 août 1897 a été adoptée définitivement par la Chambre des députés le 10 juillet 1897 et transmise, paraît-il, au Ministère de la justice le 15 juillet. Or le décret de promulgation porte la date du 17 août, et la loi a été insérée au *Journal officiel* du 22 août. En d'autres termes, la loi nouvelle n'a pas été promulguée conformément aux règles prescrites par la Constitution ; elle est inconstitutionnelle [2]. Ajoutons aussitôt que ce fait ne peut avoir aucune influence sur la validité du nouveau texte, aucune autorité n'ayant pouvoir en France, à l'heure actuelle, pour constater et prononcer l'inconstitutionnalité des lois [3].

Une autre anomalie s'est produite en ce qui concerne la promulgation de la loi du 17 août 1897. Elle a été votée par les Chambres sous la rubrique suivante : *Loi qui modifie l'article 49 du Code civil et qui prescrit que la célébration du mariage sera mentionnée en marge de l'acte de naissance des époux* [4]. Or la rubrique qui figure au *Journal officiel* est différente : *Loi modifiant divers articles du Code civil.* La modification est irrégulière, mais heureuse en définitive, car la loi nouvelle n'a pas seulement trait aux deux objets visés dans la rubrique adoptée par les Chambres. L'analyse rapide des dispositions de la loi le fera suffisamment apparaître.

II

La loi du 17 août 1897 contient un ensemble de dispositions tendant à assurer d'une manière efficace la publicité de certains faits qui intéressent l'état et la capacité des personnes. Plus spécialement, elle prescrit que certains faits intéressant l'état et la capacité d'une personne soient mentionnés en marge de son acte de naissance, de sorte qu'il suffise de con-

1. Voy. *Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 85 et 108.

2. La loi du 17 août 1897 n'est pas la seule qui ait été promulguée de la sorte en dehors des délais réguliers. Pareille irrégularité s'est produite pour la loi du 8 février 1897 sur le bail à domaine congéable. Voy. D.P. 1897. IV. 14.

3. *Introduction, Explication.....* etc., p. 48.

4. Voy. la séance du Sénat du 28 juin 1897 et celle de la Chambre des députés du 10 juillet.

Source BIU Cujas

sulter l'acte de naissance pour y trouver réunies diverses indications intéressant l'état et la capacité de la personne. C'est l'idée maîtresse de réformes législatives qui sont à l'étude depuis plusieurs années, et qui tendent à introduire en France l'institution du casier civil. Nous avons indiqué par avance l'idée fondamentale dont s'inspirent les projets et propositions déposés en ce sens sur le bureau des Chambres [1]. Nous avons signalé que la loi du 16 mars 1893, sur la publicité des jugements prononçant une interdiction ou nommant un conseil judiciaire, constitue un premier pas dans la voie des réformes dont il s'agit [2]. Il faut en dire autant de la loi du 17 août 1897, qui s'inspire des mêmes idées. Il est permis de regretter que le législateur procède ainsi par réformes partielles, souvent timides et incomplètes, au lieu de s'élever jusqu'à la conception d'un principe général auquel se rattacheraient les applications particulières.

Quoi qu'il en soit, les dispositions nouvelles introduites par la loi du 17 août 1897 sont au nombre de trois [3].

A

La première résulte de l'article 3 de la loi. Cet article ajoute à l'article 331 du Code civil un second alinéa, prescrivant de mentionner la légitimation des enfants naturels en marge de leur acte de naissance.

La légitimation est la source de droits importants pour celui qui en a obtenu le bénéfice. Il est donc utile de pouvoir aisément s'en procurer la preuve. Avant la loi nouvelle, cette preuve était compliquée et pouvait être difficile à fournir. L'enfant qui se prétendait légitimé devait établir sa filiation, puis le mariage de ses père et mère, enfin la reconnaissance intervenue à son profit au plus tard dans l'acte de mariage. Désormais, l'acte de naissance fournit à lui seul les éléments de la preuve.

1. *Suprà*, tome I, p. 167 et 177, note 1.
2. *Suprà*, p. 593, note 1.
3. Pour l'interprétation de la loi nouvelle, il faut consulter le rapport déposé par M. Michelin sur le bureau de la Chambre des députés le 6 novembre 1894, et le rapport supplémentaire de M. Guérin au Sénat, déposé à la date du 14 juin 1897. Toutes les parties importantes de ces deux rapports sont reproduites dans D. P. 1897. IV. 76 et 77.

Source BIU Cujas

B

La seconde innovation de la loi nouvelle est introduite par l'article 1, qui modifie profondément l'article 49 du Code civil. Il s'agit des cas « où la mention d'un acte relatif à l'état « civil devra avoir lieu en marge d'un autre acte déjà ins- « crit ».

Quels sont ces cas? Aux termes de l'article 62, l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel doit être mentionné en marge de l'acte de naissance[1]. Aux termes de l'article 251, la sentence prononçant un divorce, une fois transcrite sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, doit être mentionnée en marge de l'acte de mariage[2]. Rappelons enfin que l'article 331 alinéa 2 (rédaction de 1897) prescrit de mentionner la légitimation des enfants naturels en marge de leur acte de naissance, et indiquons par avance que l'alinéa final de l'article 76 (rédaction de 1897) est ainsi conçu : « Il sera fait mention de la célébration du mariage en « marge de l'acte de naissance des époux. »

Dans ces divers cas, l'article 49 primitif (rédaction de 1804) disait : la mention « sera faite à la requête des parties « intéressées, par l'officier de l'état civil sur les registres « courants ou sur ceux qui auront été déposés aux archives « de la commune, et par le greffier du tribunal de première « instance sur les registres déposés au greffe, à l'effet de « quoi l'officier de l'état civil en donnera avis, dans les trois « jours, au procureur du Roi (*de la République*) près ledit « tribunal, qui veillera à ce que la mention soit faite d'une « manière uniforme sur les deux registres[3] ».

Sous l'empire de ce texte, l'officier de l'état civil, ayant reçu l'acte dont mention doit être faite en marge d'un autre acte, ne pouvait pas opérer ou faire opérer d'office la mention prescrite ; celle-ci ne pouvait être effectuée qu'à la requête des parties intéressées. Or il arrivait souvent que les intéressés omettaient, par négligence, de présenter requête à cet effet, ou bien ils s'abstenaient volontairement de le faire pour éviter des frais, la requête devant être rédigée sur papier timbré et accompagnée d'une expédition, sur timbre et enregistrée, de

1. *Suprà*, p. 204.
2. *Ibid.*, p. 57 et suiv.
3. *Suprà*, tome I, p. 183.

Source BIU Cujas

l'acte à mentionner [1]. Il en résultait que beaucoup de mentions prescrites par la loi n'étaient pas opérées, au grand préjudice de ceux dont elles auraient dû garantir les droits.

Pour remédier à cet état de choses, le nouvel article 49 décide que les mentions en marge des actes de l'état civil, dans les cas où elles sont prescrites par la loi, seront faites d'office.

La disposition paraît simple. Par malheur, la rédaction du texte n'est pas heureuse, et la lecture des travaux préparatoires, loin d'éclairer le sens des prescriptions légales, ne fait que les obscurcir. Pour éviter toute équivoque et donner une idée complète du nouvel article 49, il est indispensable de présenter trois observations complémentaires.

1re Observation. — Pour que la mention doive être faite d'office, il faut qu'il s'agisse de mentionner un acte relatif à l'état civil en marge d'un acte déjà inscrit. Il en est ainsi dans les quatre cas signalés précédemment : reconnaissance d'enfant naturel, divorce, légitimation et mariage. Il en est autrement dans les deux cas suivants.

1° Aux termes de l'article 311 (rédaction de 1893), la réconciliation de deux époux séparés de corps ne modifie la capacité de la femme que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte notarié et mentionnée en marge de l'acte de mariage [2]. Il s'agit bien là d'une mention à faire en marge d'un acte de l'état civil déjà reçu ; mais la séparation de corps et la reprise de la vie commune ne sont pas des faits modifiant l'état civil [3], encore moins des *actes relatifs à l'état civil*. Le nouvel article 49 est sans application.

2° L'article 359 prescrit que l'adoption soit « inscrite, à la « réquisition de l'une ou de l'autre des parties, sur le regis« tre de l'état civil du lieu où l'adoptant sera domicilié [4] ». Il ne s'agit pas là d'une mention en marge d'un acte de l'état civil déjà inscrit, de sorte que l'article 49 ne saurait être applicable. M. Guérin a dit le contraire dans son rapport supplémentaire au Sénat ; mais la déclaration qu'il a faite est

1. L'article 4 de la loi du 10 décembre 1850 permettait d'obtenir l'exonération de ces divers frais ; mais il fallait, pour l'obtenir, faire des démarches longues et ennuyeuses, devant lesquelles les intéressés reculaient.
2. *Suprà*, p. 128.
3. *Suprà*, tome I, p. 164.
4. *Suprà*, p. 311.

Source BIU Cujas

manifestement erronée ; elle ne saurait prévaloir contre les termes formels du nouvel article 49 [1].

2e Observation. — La mention d'office, prescrite par le nouvel article 49, doit être faite, dit le texte, à la diligence « de l'officier de l'état civil qui aura dressé ou transcrit l'acte « donnant lieu à mention ».

De là résultent des conséquences inévitables, qui vont probablement dérouter les prévisions du législateur. En modifiant l'article 49, le législateur de 1897 s'est proposé surtout d'assurer la publicité des mariages, puis des reconnaissances et légitimations d'enfants naturels. Les travaux préparatoires le montrent avec évidence. Or le nouveau texte a été formulé de telle sorte qu'il est très loin d'être toujours applicable aux reconnaissances et légitimations.

En ce qui concerne la reconnaissance, d'abord, l'article 62 prescrit de la mentionner en marge de l'acte de naissance ; mais cette prescription n'est applicable que dans l'hypothèse où la reconnaissance a été faite devant un officier de l'état civil [2]. A-t-elle été faite devant un notaire ou autre officier public ayant qualité pour la recevoir, aucune mention n'est prescrite ; il n'y a pas d'acte donnant lieu à mention, et il ne peut être question d'une mention d'office.

Quant à la légitimation, elle se produit, aux termes de l'article 331, par le mariage subséquent des père et mère, à condition que l'enfant ait été reconnu avant le mariage ou le

1. M. Guérin, dans son rapport supplémentaire, commet une autre erreur en disant que le nouvel article 49 doit s'appliquer en matière de désaveu et de jugements portant rectification d'actes de l'état civil. Quant au désaveu, aucun texte ne prescrit une mention spéciale en marge d'un acte de l'état civil déjà inscrit ; on ne comprend donc pas comment l'article 49 pourrait être appliqué. Le désaveu, admis en justice, peut seulement donner lieu à une rectification de l'acte de naissance, si le demandeur a déposé des conclusions à fin de rectification, ou si la rectification est demandée par le ministère public (*suprà*, tome I, p. 209 et suiv.) ; la rectification s'opère alors, suivant le droit commun, par la transcription du jugement de rectification sur les registres, à sa date, et par la mention en marge de l'acte rectifié (*suprà*, tome I, p. 213). C'est sans doute à cela qu'a songé M. Guérin, puisqu'il dit, d'autre part, que l'article 49 est applicable à la mention du jugement de rectification d'un acte de l'état civil en marge de l'acte réformé. Mais est-il besoin de l'article 49 pour que la mention du jugement de rectification soit faite d'office ? En aucune manière. La loi du 8 juin 1893, à laquelle le rapporteur du Sénat n'a pas songé sans doute, a modifié l'article 101 du Code civil, afin précisément d'ordonner que la mention soit faite d'office à la diligence du procureur de la République (*suprà*, tome I, p. 213).

2. *Suprà*, p. 204, note 3.

Source BIU Cujas

soit au plus tard dans l'acte de mariage [1]. Si la reconnaissance intervient dans l'acte de mariage, cet acte constitue véritablement un acte de légitimation et peut faire l'objet d'une mention, par application de l'article 331 alinéa 2 (rédaction de 1897); la mention sera faite d'office, conformément au nouvel article 49. Mais si la reconnaissance est antérieure au mariage, la situation est autre. La légitimation résulte alors de deux faits distincts : la reconnaissance et le mariage subséquent; l'officier de l'état civil qui dresse l'acte de mariage peut ne pas la connaître, car elle se produit *ex lege*, sans qu'une déclaration spéciale soit nécessaire [2]; en tout cas, il n'y a pas d'acte de légitimation. En conséquence, il ne saurait être question d'une mention d'office.

3e Observation. — L'officier de l'état civil qui doit faire d'office la mention est celui qui aura « dressé ou transcrit « l'acte donnant lieu à mention ». Quels sont les actes que l'officier de l'état civil doit mentionner d'office après les avoir *transcrits*? Ce sont d'abord les sentences prononçant un divorce [3]. Ce sont, en second lieu, les actes de l'état civil reçus dans certaines conditions exceptionnelles : actes dressés au cours d'un voyage en mer, actes rédigés dans les colonies françaises, actes rédigés en pays étrangers, soit par un agent diplomatique ou consulaire français, soit dans les formes du pays. Ces divers actes, dressés en dehors des conditions normales, sont ensuite transcrits et concentrés en France, suivant des règles qui ont été indiquées ailleurs [4]. Les dépositaires des registres sur lesquels les actes dont il s'agit ont été transcrits doivent, le cas échéant, les faire mentionner d'office en marge d'autres actes. Les travaux préparatoires contiennent à cet égard les explications les plus confuses [5]. Le Garde des Sceaux et le rapporteur du Sénat ont émis cette proposition étrange que la mention par des fonctionnaires autres que les officiers de l'état civil et le procureur de la République ne peut être rendue obligatoire par un texte inséré au Code civil. Ils avaient oublié sans doute les dispositions multiples introduites au Code civil par la loi du 8 juin 1893,

1. *Suprà*, p. 285.
2. *Ibid.*, p. 291.
3. *Ibid.*, p. 58 et 640.
4. *Suprà*, tome I, p. 199 et suiv,
5. D. P. 1897. IV. 76. col. 3, en note.

Source BIU Cujas

et qui contiennent des prescriptions à l'adresse des Ministres de la Marine, des Colonies et des Affaires étrangères. L'observation faite paraît d'ailleurs être sans conséquence. L'article 49 décide que la mention d'office sera faite à la diligence de l'officier de l'état civil qui aura transcrit l'acte donnant lieu à mention. Le texte, dans sa généralité, comprend tous les dépositaires de registres sur lesquels sont transcrits des actes de l'état civil. La pratique hésitera sans doute, embarrassée par les affirmations contenues dans les travaux préparatoires ; mais ces affirmations ont trop peu de valeur et de clarté pour que l'interprétation littérale ne finisse pas par prévaloir.

C

La troisième et dernière innovation de la loi nouvelle consiste dans une précaution qui est prise pour éviter, disent les travaux préparatoires, la bigamie et le dol dans les contrats. C'est l'objet des articles 2, 4 et 5 de la loi nouvelle.

a) Le législateur a voulu rendre plus rares les cas de bigamie. Antérieurement à la loi du 17 août 1897, quand une personne, engagée dans les liens d'un mariage non dissous, voulait contracter une nouvelle union, il lui était assez facile de dissimuler son mariage et de se présenter comme célibataire. Sans doute l'existence d'un mariage antérieur non dissous est un empêchement dirimant ; elle constitue un juste motif d'opposition au second mariage projeté, et une cause suffisante d'annulation du second mariage contracté[1]. Mais ceux qui connaissent l'existence du premier mariage connaissent-ils toujours le projet du second, et réciproquement? Ceux qui connaissent l'existence du premier mariage savent-ils que le second a été contracté, et réciproquement? Le contraire arrive souvent, de sorte que des cas de bigamie pouvaient se produire sous l'empire du Code avant 1897.

Ils deviendront plus rares, grâce à la loi nouvelle.

L'article 2 ajoute un alinéa final à l'article 76 du Code civil. Cet alinéa porte que la célébration de tout mariage sera mentionnée en marge de l'acte de naissance des époux. Nous

1. *Suprà*, tome I, p. 328 et 329.

Source BIU Cujas

avons vu que la mention doit être faite d'office par application du nouvel article 49 (rédaction de 1897).

L'utilité de cette mention apparaît quand on se rappelle la première phrase de l'article 70 (rédaction de 1804) : « L'of-« ficier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de « chacun des futurs époux. » Si l'un d'eux a contracté mariage, mention de ce mariage aura été faite en marge de son acte de naissance ; l'officier de l'état civil refusera de célébrer un nouveau mariage tant que la dissolution du premier n'aura pas été établie.

Pour que l'officier de l'état civil soit utilement renseigné par la lecture de l'acte de naissance, la loi exige que l'expédition qui doit lui être présentée soit récente. Cette exigence résulte d'une seconde phrase ajoutée à l'article 70 par la loi du 17 août 1897 : l'expédition ne devra pas être délivrée après plus de trois mois si elle a été délivrée en France, depuis plus de six mois si elle l'a été dans une colonie ou dans un consulat. La preuve que cette condition est remplie résultera de l'expédition elle-même. En effet, l'article 4 de la loi du 17 août 1897 ajoute une dernière phrase à l'article 45 du Code civil : les extraits des registres de l'état civil « porte-« ront en toutes lettres la date de leur délivrance ».

Est-ce à dire que la bigamie soit désormais impossible ? Evidemment non.

D'abord il peut arriver que la mention de l'acte de mariage en marge de l'acte de naissance n'ait pas été faite, en dépit du nouvel article 76. Cette irrégularité n'a pas d'autre sanction que la responsabilité de droit commun des officiers de l'état civil (article 50).

D'autre part, les prescriptions de la loi nouvelle ne mettent pas les officiers de l'état civil à l'abri de toute surprise. S'il faut, en effet, que l'expédition de l'acte de naissance ne remonte pas à plus de trois ou six mois, cette condition est suffisante. Or il peut arriver que la personne dont l'acte de naissance est présenté ait contracté mariage depuis la délivrance de l'expédition, ou bien qu'elle ait été mariée avant cette délivrance, pendant les délais impartis par la loi pour effectuer la mention, et avant qu'elle ait été faite. La garantie est donc incomplète. A ceux qui l'ont fait observer au cours des travaux préparatoires, M. Michelin a répondu dans son rapport : « Il n'est pas à supposer que la même personne voudra con-

Source BIU Cujas

« tracter mariage deux fois dans ce délai. » Réponse sans valeur, car la loi vise précisément à déjouer les manœuvres de gens sans aveu, de la part desquels on peut s'attendre à tous les calculs comme à toutes les fantaisies.

b) Le législateur a voulu conjurer, en second lieu, le dol dans les contrats.

Les exemples abondent.

Un homme, voulant emprunter sur hypothèque, se déclare célibataire. Un prêt lui est consenti. Le bailleur de fonds, quand il excipe de son hypothèque, découvre que l'emprunteur était marié ; il se trouve primé par l'hypothèque légale de la femme, hypothèque qui vaut sans inscription et prime même les hypothèques inscrites.

Ou bien c'est une femme qui contracte avec un tiers et se déclare non mariée. Quand vient le moment d'exécuter ses engagements, elle se retranche derrière son incapacité de femme mariée, ou bien invoque l'inaliénabilité dotale.

Ces diverses fraudes deviendront moins faciles à commettre grâce aux prescriptions de la loi du 17 août 1897. Toute personne voulant contracter avec une autre peut exiger que celle-ci présente une expédition de son acte de naissance. S'il y a eu mariage, mention de la célébration sera faite en marge de l'acte de naissance.

La fraude est moins facile ; mais il faut observer qu'elle reste possible. La mention prescrite par l'article 76 a pu ne pas être effectuée. A supposer même que l'expédition produite soit de date récente, il peut arriver que le mariage ait été contracté depuis la délivrance de l'expédition. Enfin le mariage a pu être contracté avant cette délivrance, pendant les délais impartis par la loi pour effectuer la mention, et avant qu'elle ait été faite.

En résumé, la loi nouvelle ne met obstacle d'une manière absolue ni à la bigamie ni au dol dans les contrats. Nous n'avons pas à rechercher s'il existait un système meilleur, dont l'adoption aurait produit des résultats plus satisfaisants.

Source BIU Cujas

TABLE DES MATIÈRES

Pages

TITRE VI. — **Du divorce et de la séparation de corps** . . . 1

CHAPITRE I. — **Du divorce** 30

SECTION I. — *Des causes du divorce* 30
SECTION II. — *De la procédure du divorce* 45
SECTION III. — *Des effets du divorce* 75

CHAPITRE II. — **De la séparation de corps** 87

SECTION I. — *Des causes de la séparation de corps* 89
SECTION II. — *De la procédure de la séparation de corps* . . . 94
SECTION III. — *Des effets de la séparation de corps* 97
SECTION IV. — *Comment cesse la séparation de corps* 125

TITRE VII. — **De la paternité et de la filiation** 130

CHAPITRE I. — **Des preuves de la filiation** 133

SECTION I. — *De la filiation légitime* 142

§ 1. — De la légitimité 143
§ 2. — Des preuves de la filiation légitime 156
§ 3. — Du désaveu de paternité 169

SECTION II. — *De la filiation naturelle* 201

§ 1. — De la reconnaissance volontaire 203
§ 2. — De la reconnaissance judiciaire 232

SECTION III. — *De la filiation adultérine et incestueuse* 250

§ 1. — Etude de l'article 335 253
§ 2. — Etude de l'article 342 260

CHAPITRE II. — **Des actions auxquelles peuvent donner lieu les questions de filiation** 263

APPENDICE. — **De la légitimation des enfants naturels** . . 283

TITRE VIII. — **De l'adoption et de la tutelle officieuse** . . . 294

CHAPITRE I. — **Conditions exigées pour l'adoption** 302

Source BIU Cujas

SECTION I. — *Conditions exigées pour l'adoption ordinaire ou de droit commun* 302
SECTION II. — *Conditions exigées pour l'adoption rémunératoire ou privilégiée* 305
SECTION III. — *Conditions exigées pour l'adoption testamentaire.* 307

CHAPITRE II. — **Formes de l'adoption** 308
SECTION I. — *Formes de l'adoption ordinaire et de l'adoption rémunératoire* 308
SECTION II. — *Formes de l'adoption testamentaire* 311

CHAPITRE III. — **Effets de l'adoption** 313

CHAPITRE IV. — **Voies de nullité contre l'adoption** . . . 322

TITRE IX. — **De la puissance paternelle** 328

CHAPITRE I. — **Les attributs de l'autorité paternelle** . . 354
SECTION I. — *Le droit d'éducation* 355
SECTION II. — *Le droit de correction* 369
SECTION III. — *L'administration légale* 375
SECTION IV. — *Le droit de jouissance légale* 386

CHAPITRE II. — **Comment l'autorité paternelle prend fin.** 398

TITRE X. — **De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation** 416

CHAPITRE I. — **De l'ouverture de la tutelle** 417
SECTION I. — *Quand la tutelle s'ouvre-t-elle ?* 417
SECTION II. — *Du siège de la tutelle* 421

CHAPITRE II. — **De l'organisation de la tutelle** 425
SECTION I. — *Le tuteur* 426
§ 1. — Règles de dévolution de la tutelle quand il s'agit d'enfants légitimes 427
§ 2. — Règles de dévolution de la tutelle quand il s'agit d'enfants naturels 438
SECTION II. — *Le subrogé tuteur* 441
SECTION III. — *Le conseil de famille* 443
§ 1. — Attributions du conseil de famille 444
§ 2. — Organisation du conseil de famille 449
SECTION IV. — *Le personnel exceptionnel de la tutelle* 455
§ 1. — Le cotuteur 455
§ 2. — Le protuteur 456
§ 3. — L'administrateur salarié 456

Source BIU Cujas

§ 4. — Les tuteurs et subrogés tuteurs *ad hoc*. 457
§ 5. — Le conseil à la mère survivante 458
§ 6. — Le curateur au ventre. 460

SECTION V. — *Caractères généraux et communs des fonctions de tutelle, tant normales qu'exceptionnelles* 464

CHAPITRE III. — **De l'administration de la tutelle**. 473

SECTION I. — *Le tuteur prend soin de la personne du mineur*. 473
SECTION II. — *Le tuteur représente le mineur dans les actes de la vie civile*. 478
SECTION III. — *Le tuteur administre les biens du mineur*. . . 480

§ 1. — Obligations du tuteur en tant qu'administrateur des biens. 482
§ 2. — Pouvoirs du tuteur en tant qu'administrateur des biens . 491
§ 3. — Sanction des règles relatives aux obligations et pouvoirs du tuteur 515

CHAPITRE IV. — **De la fin de la tutelle et des suites qu'elle entraîne** 520

SECTION I. — *Des causes qui mettent fin à la tutelle*. 520
SECTION II. — *Des comptes de tutelle*. 522

CHAPITRE V. — **De l'émancipation et de la curatelle**. . . 533

SECTION I. — *D'où résulte l'émancipation* 536
SECTION II. — *Quelle condition l'émancipation fait au mineur*. 539

§ 1. — Organisation de la curatelle. 540
§ 2. — Dans quelle mesure la curatelle limite la capacité du mineur émancipé 543

SECTION III. — *Jusqu'à quand dure la curatelle*. 554

APPENDICE. — **De la tutelle hospitalière**. 558

TITRE XI. — **De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire** 562

CHAPITRE I. — **Des effets de la démence considérée en elle-même** 570

CHAPITRE II. — **Des situations diverses auxquelles la démence peut conduire** 577

SECTION I. — *L'interdiction* 577

§ 1. — Dans quels cas il y a lieu à interdiction 578
§ 2. — Par qui l'interdiction peut être provoquée. 582
§ 3. — Des particularités que présente la procédure de l'interdiction. 586
§ 4. — Des effets de l'interdiction. 593
§ 5. — Quant et comment l'interdiction prend fin 606

SECTION II. — *Le conseil judiciaire* 608

Source BIU Cujas

§ 1. — Causes qui donnent lieu à la nomination d'un conseil judiciaire. 609
§ 2. — Effets que produit la nomination d'un conseil judiciaire. 611

SECTION III. — *Le placement dans un asile d'aliénés* 620

NOTE COMPLÉMENTAIRE 637

BIBLIOTHÈQUE de DROIT & SCIENCES ÉCONOMIQUES CUJAS

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot. — J. Thevenot, successeur, Saint-Dizier (Hte-Marne).

Source BIU Cujas