10,180

COURS
DE CODE CIVIL.



BIU Cujas

A PARIS,

DE L'IMPRIMERIE DE LEBÉGUE,

RUE DES RATS, N°. 14, PRÈS LA PLACE MAUBERT.

BIU Cujas

COURS

DE CODE CIVIL,

10,180
1

PAR M. DELVINCOURT,

Avocat à la Cour royale, Professeur et Doyen de la Faculté de Droit de Paris;

Ouvrage divisé en deux Parties, dont l'une contient la quatrième Édition des INSTITUTES DE DROIT CIVIL FRANÇAIS, du même Auteur, revue et corrigée par lui; et l'autre, la seconde Édition, également revue, corrigée et considérablement augmentée, des Notes et Explications sur lesdites Institutes.

Nota. L'on trouvera, à la fin du troisième Volume, deux nouvelles Tables qui n'existent pas dans les précédentes Éditions; l'une des articles des différens Codes, par ordre de numéros, avec l'indication des pages du texte où ils sont rapportés; et l'autre des questions traitées dans les Notes, et rangées par ordre alphabétique.

TOME PREMIER.

Bibliothèque de l'École de Droit

A PARIS,

CHEZ L'AUTEUR, À L'ÉCOLE DE DROIT,
ET CHEZ FOURNIER, JEUNE, LIBRAIRE, RUE SERPENTE, N°. 14.

1819.

BIU Cujas

L'Auteur n'avoue que les exemplaires revêtus de sa signature ainsi qu'il suit :



BIU Cujas

AVERTISSEMENT.

L'OUVRAGE que je donne ici au public, est divisé en deux Parties : la première se compose de la quatrième édition de mes *Institutes de Droit civil français*. J'y ai fait les additions et corrections que les lois et réglemens postérieurs ont dû nécessiter.

La deuxième Partie contient la seconde édition des Notes et Explications nécessaires pour l'intelligence du texte des Institutes, et la solution de plusieurs questions qui peuvent s'élever sur le sens des diverses dispositions du Code.

Quelques personnes auroient désiré que ces Notes accompagnassent la première édition de mes Institutes; mais je dois faire observer que c'est après avoir terminé mon premier Cours triennal, que j'ai fait paroître cette édition. J'avois alors, à la vérité, expliqué en entier le Code civil; mais, ne l'ayant encore vu qu'une fois, je n'étois pas assez sûr d'en avoir saisi l'ensemble; et même actuellement, lorsque je considère l'étendue morale, si j'ose m'exprimer ainsi, du présent ouvrage, j'ai encore lieu de craindre qu'il ne me soit échappé plusieurs incohérences ou contradictions, soit dans les décisions elles-mêmes, soit dans les principes sur lesquels elles sont fondées.

Je dis *l'étendue morale*. Je prie, en effet, mes Lecteurs de ne point faire attention seulement au nombre de volumes dont cet ouvrage est composé. Il contient un Cours *entier* de Code Civil. Ce Code est un corps de droit civil, à-peu-près complet. Il est nécessaire, dans plusieurs circonstances, d'en faire le rapprochement avec divers articles du Code de Procédure, du Code de Commerce, et même des Codes d'Instruction crimi-

BIU Cujas

nelle et Pénal. L'on doit sentir, d'après cela, qu'il ne m'eût pas été difficile de doubler, de tripler le nombre des volumes. Mais, indépendamment de ce que je n'ai pas naturellement l'habitude d'étendre ou de délayer mes idées, je voulois, en outre, faire un ouvrage qui fût à la portée de tout le monde, et surtout des Étudians, auxquels j'ai consacré spécialement mes travaux. D'ailleurs je regarde, en général, comme dangereux, d'offrir aux jeunes gens un travail trop facile; cela finit presque toujours par rendre leur esprit paresseux. Aussi verra-t-on qu'il m'arrive souvent de résoudre une question par oui ou par non, en ajoutant seulement le numéro de l'article du Code ou de la Loi Romaine, qui contient, non pas précisément la solution, mais le principe sur lequel elle peut être fondée : souvent, aussi, je ne fais qu'indiquer la raison de décider, laissant ainsi à l'Étudiant à exercer sa pénétration. C'est en mettant des cailloux dans sa bouche, que Démosthènes parvint à s'exprimer aisément; de même, c'est en cherchant à découvrir le rapport, quelquefois éloigné, qui existe entre tel article ou tel principe, et la question présentée, que le raisonnement s'exerce, et que l'Étudiant acquiert cette sagacité si nécessaire au Juge et à l'Avocat consultant, et qui, sur l'énoncé d'une question, lui fait trouver, avec la plus grande facilité, le principe qui doit servir à la résoudre. Mais il n'en n'est pas moins certain que les détails d'un pareil ouvrage sont immenses; et si l'on considère en même temps les dérangemens multipliés qu'occasionnent les fonctions de Professeur et celles de Doyen d'une école fréquentée par plus de deux mille Étudians, l'on pensera aisément qu'il est à-peu-près impossible, ainsi que je l'ai dit, qu'il ne s'y rencontre plusieurs inexactitudes, pour lesquelles je sollicite d'avance l'indulgence des Lecteurs, et dont je recevrai l'indication avec reconnoissance.

BIU Cujas

Voici, au surplus, la méthode que j'ai constamment suivie dans le cours de cet ouvrage.

D'abord j'ai tâché, autant qu'il m'a été possible, de me pénétrer de l'esprit du Législateur. J'ai consulté à cet effet les procès-verbaux du Conseil-d'État et du Tribunat, les discours des Orateurs du Gouvernement, etc. Les lumières que j'y ai puisées, m'ont suffi pour résoudre un certain nombre de difficultés. Pour les autres questions d'interprétation, je me suis attaché principalement aux deux règles générales suivantes :

La première, c'est que l'on ne peut supposer au Législateur l'intention d'avoir voulu induire les justiciables en erreur, mais bien plutôt celle de leur donner une loi simple autant que possible, facile à comprendre, et surtout mise à la portée de tout le monde. D'après cela, toutes les fois qu'une disposition m'a paru susceptible de deux sens, dont l'un se présentoit d'abord à l'esprit, sans aucune peine, sans aucune réflexion, et dont l'autre ne pouvoit être trouvé qu'à force de méditation, je n'ai pas balancé à préférer le premier, persuadé, comme je viens de le dire, que c'étoit le seul que le Législateur avoit pu avoir en vue.

La deuxième règle que j'ai suivie, est que, si, de deux sens que présente une disposition, l'un produit des résultats contraires à l'équité ou à la morale, il doit être rejeté sans hésitation. J'ai toujours pensé que c'étoit entrer parfaitement dans l'esprit du Législateur, que de chercher à former des honnêtes gens, autant que des profonds Jurisconsultes; que l'étude de la morale devoit être la base fondamentale de notre enseignement; et que le Professeur ne devoit jamais perdre de vue cette définition du droit : *Jus est ars æqui et boni.* En conséquence, l'on trouvera sans doute dans cet ouvrage plusieurs opinions que le Jurisconsulte pourra attaquer; mais je

BIU Cujas

crois pouvoir me rendre le témoignage qu'on n'en rencontrera aucune que l'honnête homme puisse désavouer.

Indépendamment de ces principes généraux, j'ai cru ne pouvoir suivre de meilleur guide, dans l'interprétation des lois, que DOMAT, appelé, à si juste titre, le Jurisconsulte des Législateurs. Voici comme s'exprime cet auteur :

« C'est par l'esprit et l'intention des lois qu'il faut les enten-
« dre et en faire l'application ; et l'on ne peut juger de cet
« esprit, et du sens que l'on doit attribuer aux lois, que par
« la teneur entière de toutes leurs parties, sans en rien tron-
« quer. De là il suit :

« 1°. Que, s'il arrive que quelques expressions paroissent
« avoir un sens différent de celui qui est d'ailleurs évidem-
« ment marqué par la teneur de la loi entière, il faut s'arrêter
« à ce vrai sens, et rejeter l'autre, qui paroît dans les termes,
« et qui se trouve contraire à l'intention ;

« 2°. Que, si l'expression se trouve défectueuse, il faut y sup-
« pléer pour en remplir le sens, selon l'esprit du Législateur ;

« 3°. Que c'est à l'esprit, et non à la lettre, qu'il faut s'atta-
« cher ; et que l'on doit, en conséquence, regarder comme
« contraires à la loi, non-seulement tout ce qui en blesse l'esprit
« et la lettre, mais encore *ce qui en blesse seulement l'esprit,*
« *paroissant en garder la lettre.* »

Telles sont les règles dont j'ai tâché de ne point m'écarter dans le cours de cet ouvrage, en observant que le Code civil devant être considéré, dans son ensemble, comme ne formant qu'une seule loi, chaque article doit être entendu dans ses rapports, non-seulement avec les autres articles du même titre, mais encore avec les articles des titres antérieurs ou subséquens.

C'est d'après ces principes que je me suis élevé fréquemment et avec force contre ces applications judaïques, dont l'usage paroît s'introduire, et qui, laissant entièrement de

BIU Cujas

côté l'intention bien manifeste du Législateur, pour ne s'attacher qu'à la lettre de la loi, détruisent cet esprit d'ensemble qui en unit toutes les parties, et sans lequel un corps de lois ne seroit plus qu'une masse informe et indigeste, remplie de contradictions et d'absurdités.

On ne trouvera pas dans cet ouvrage un très-grand nombre de citations. Je connois l'habitude qu'ont la plupart des jeunes gens, de consulter tout-à-la-fois tous les auteurs qu'ils trouvent indiqués: il en résulte une confusion qui finit par embrouiller leurs idées, bien loin de les éclaicir. J'ai donc cru devoir me contenter d'indiquer les meilleurs ouvrages qui ont été faits sur chaque matière. Je n'ai rappelé, en général, le Droit Romain et l'ancien Droit Français, qu'autant que cela étoit nécessaire pour l'intelligence du nouveau Droit. Il m'eût été impossible de me livrer à de plus grands développemens à cet égard, sans augmenter considérablement le nombre des volumes. C'est par la même raison que je n'ai point traité ces questions que l'on nomme *transitoires*, c'est-à-dire, qui naissent du passage d'une législation à une autre. Je n'ai pas cru devoir fatiguer l'esprit des jeunes gens, de questions dont le nombre diminue tous les jours, et qui auront disparu presqu'entièrement, à l'époque où ils entreront dans la carrière de la magistrature ou du barreau.

Il m'est arrivé plusieurs fois de combattre des opinions soutenues par des autorités imposantes. Mais c'est précisément la force de ces autorités qui m'a donné plus de courage pour les attaquer. J'ai pensé que, plus la réputation d'un auteur étoit grande, plus les opinions hasardées qui pouvoient se rencontrer dans ses écrits, étoient dangereuses, et plus il importoit de les détruire.

Quant aux arrêts, je ne suis pas de l'avis de ceux qui pensent qu'il est inutile de s'en occuper, et qu'un arrêt n'est bon, en

BIU Cujas

général, que pour celui qui l'obtient. Cela n'est absolument vrai qu'à l'égard des arrêts qui sont uniquement fondés sur les circonstances du fait. Mais je ne pense pas, non plus, qu'il suffise, comme cela a lieu dans quelques ouvrages, de donner la date d'un arrêt pour toute réponse à une question. Je regarde un arrêt rendu sur un point de droit, comme une autorité très-respectable; et je suis très-satisfait, quand, après avoir établi un principe, ou donné une solution, je puis l'appuyer du suffrage de quelque Cour, et surtout de la Cour de Cassation. Mais comme il est une autorité à laquelle tout doit céder, celle de la loi et de la raison, je ne balance pas à combattre les décisions qui me paroissent contraires aux dispositions de la loi, bien entendues et bien interprétées.

Je ne parlerai point du style. Je le répète, je n'ai travaillé que pour les jeunes gens; et, dans cette vue, je devois sacrifier l'élégance à la clarté et à la précision. Dans un ouvrage de cette nature, l'obscurité est un des plus grands défauts : j'ai cherché à l'éviter, autant qu'il m'a été possible. Je ne me flatte pas d'y être entièrement parvenu. Tel raisonnement paroît très-clair à celui qui possède la matière, et qui est bien loin de l'être autant pour celui qui connoît à peine les premiers élémens de la science; c'est même ce qui rend, en général, les fonctions de l'enseignement si difficiles à remplir.

Je dois faire observer, en finissant, que presque toutes les opinions que l'on trouvera dans les Notes, sont, à très-peu de chose près, les mêmes que j'ai professées dans le premier Cours que j'ai ouvert, il y a bientôt quatorze ans, à l'École de Droit de Paris. J'ai retrouvé les mêmes opinions dans plusieurs ouvrages qui ont été imprimés depuis. Je ne puis que me féliciter de m'être rencontré avec leurs auteurs;

BIU Cujas

mais j'ai cru devoir faire cette observation, pour me disculper d'avance de l'accusation de plagiat; et je me réfère à cet égard au témoignage du très-grand nombre d'Étudians qui ont suivi mes Cours, et qui peuvent comparer les Notes ci-jointes, avec celles qu'ils ont pu prendre à mes leçons. Je suis persuadé qu'ils y trouveront, quant au fond, très-peu de différence.

Quant à cette nouvelle Édition, il est aisé de voir qu'elle a subi des augmentations considérables. Ces augmentations se composent, soit de questions nouvelles, soit de développemens ajoutés aux questions traitées dans l'Édition précédente.

J'y ai fait également deux additions qui m'ont été fréquemment demandées. La première est celle d'une Table des questions traitées dans les notes; je l'ai rédigée moi-même avec soin, et j'espère qu'elle remplira le but que je me suis proposé : la seconde est celle des articles du Code Civil et des autres Codes, qui sont rapportés dans l'Ouvrage, avec l'indication des pages du texte où ils sont cités.

ERRATA.

Tome premier.

Pag. 56, ligne 24, ces, *lisez :* ses.
Pag. 568, ligne 28, quest, *lisez :* qui est.
Pag. *ibid.* ligne avant dernière, *après ces mots*, sur le fonds commun, *lisez :* au profit d'un tiers,
Pag. 577, ligne 5, *au lieu de* voisins, *lisez* : vues.

Tome II.

Pag. 82, ligne 24, *au lieu de* doté, *lisez :* daté.
Pag. 102, ligne 20, *rayez ces mots*, en présence du tuteur à la substitution.
Pag. 134, ligne 20, en marge, *au lieu de* 1297, *lisez :* 1197.
Pag. 311, ligne 2, *au lieu de* la représtation, *lisez :* à la prestation.

Tome III.

Pag. 37, ligne 6, *après ces mots*, de ce dernier, *ajoutez :* c'est par suite de ce principe, que si le mari a garanti la vente que la femme a faite d'un de ses immeubles, il a, s'il est inquiété, un recours contre elle,
452. soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels.
Pag. 87, ligne 6, en marge, *au lieu de* 2026, *lisez* : 2206.
Pag. 190, ligne 26, *au lieu de* des, *lisez* : de.
Pag. 205, ligne 12, *après ces mots*, ou au-dessous, *au lieu de ces mots* : tandis que dans le dépôt nécessaire,

BIU Cujas

cette preuve peut être reçue; *lisez :* au-dessus de cette somme, si le dépôt n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire, en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, 1924. soit pour les choses qui en faisoient l'objet, soit pour le fait de sa restitution.

Dans le dépôt nécessaire, au contraire, la preuve testimoniale peut être admise, etc.

Pag. 340, ligne 27, *au lieu de* payement, *lisez :* montant.

Pag. 352, ligne 30, *au lieu de* 1586, *lisez :* 1585.

Pag. 490, ligne 30, *au lieu de* exclusivement, *lisez* : successivement.

OBSERVATION IMPORTANTE.

Abrogation de la disposition de l'art. 726, *rapportée page* 25 *du second volume, et de celle de l'art.* 912, *rapportée page* 59 *dudit.*

Une loi de juillet 1819, qui n'a été rendue qu'après que l'impression de la présente Édition a été terminée, a abrogé les articles 726 et 912 du Code. En conséquence cette loi confère aux Étrangers le droit de succéder, disposer, et recevoir, en France, de la même manière que les Français.

Mais, pour que les étrangers ne puissent pas profiter en même temps, et du bénéfice de la loi française, relativement aux successions légitimes, et des avantages spéciaux que les lois de leur pays pourroient leur assurer, l'art. 2 de ladite loi porte que, dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étrangers, dont ils seroient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales.

Ainsi soit une succession de 100,000 francs, dont 40,000 francs en biens situés dans l'Étranger, et 60,000 francs de biens situés en France. Il y a deux héritiers, l'un Français et l'autre Étranger, qui, d'après les lois Françaises, doivent succéder par portions égales. Mais l'Étranger, d'après les lois du pays où les 60,000 francs de biens sont situés, a droit à un préciput, (*putà* un droit d'aînesse ou une portion de biens nobles) lequel, dans l'espèce, est évalué à 20,000 francs. L'héritier français prélèvera donc, sur les biens de France, une portion de biens, égale à 20,000 francs, et prendra 30,000 francs sur le restant. Il restera encore 10,000 francs, qui avec les 40,000 francs situés dans l'Étranger, formeront la part de l'héritier non Français.

Mais il est clair que cette disposition ne peut avoir d'effet, qu'autant que les biens de France seront au moins égaux aux biens situés dans l'Étranger. Si en effet l'on suppose, dans l'espèce, que les biens situés dans l'Étranger sont d'une valeur de 60,000 francs, et ceux de France de 40,000 francs, il est évident que l'Étranger prendra les premiers en totalité, savoir : 20,000 francs pour son préciput, et 40,000 fr. pour sa moitié dans le surplus de la succession, et qu'il ne restera au Français que les 40,000 francs de biens situés en France.

BIU Cujas

COURS
DE CODE CIVIL.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

Du Droit, et des Lois en général (1).

Le Droit est le résultat des dispositions de la Loi. On peut aussi le définir (2) : l'art de la justice et de l'équité, ou le recueil des principes servant à distinguer le juste de l'injuste, l'équitable de ce qui ne l'est point (3).

La *Loi*, en général, est une règle établie (4) par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir (5).

Les Lois peuvent se considérer sous le rapport de leur origine ou de leur objet.

CHAPITRE PREMIER.

Des Lois considérées sous le rapport de leur origine.

Sous le rapport de leur origine, les lois se divisent en naturelles et positives.

SECTION PREMIÈRE.

Des Lois naturelles, et de leurs Effets.

Les Lois naturelles sont celles que la raison éternelle, c'est-à-dire Dieu, a gravées dans tous les cœurs. Le recueil, la collection de ces Lois, forme ce qu'on appelle le *Droit Naturel*.

Il résulte de cette définition que les Lois naturelles doivent

BIU Cujas

être telles que l'homme puisse les connoître par le seul secours de la raison. Pour en donner une idée exacte, il est nécessaire d'établir quelques principes généraux, d'où découleront toutes les dispositions particulières.

On peut considérer l'homme sous trois rapports différens, qui, dans leur ensemble, embrassent tous les états particuliers dans lesquels il peut se trouver : 1°. état de l'homme par rapport à Dieu; 2°. état de l'homme par rapport à lui-même; 3°. état de l'homme par rapport aux autres hommes.

L'état naturel de l'homme, par rapport à Dieu, est évidemment un état de soumission et de reconnoissance; de-là il résulte que l'homme doit avoir un souverain respect pour Dieu, l'aimer, et lui obéir en toutes choses. C'est l'assemblage de tous ces sentimens qui se nomme *Religion*.

Par rapport à lui-même, l'homme devant tendre nécessairement à tout ce qui peut le rendre heureux, doit conséquemment faire tout ce qui convient à sa conservation et à son véritable bonheur.

Enfin, par rapport aux autres hommes, l'état naturel de l'homme étant un état de société, et aucune société ne pouvant subsister sans des sentimens mutuels de bienveillance entre les associés, il est nécessaire que les hommes aient ces sentimens les uns pour les autres.

Ainsi, trois principes généraux des Lois naturelles : la religion, l'amour raisonnable et éclairé de soi-même (1) et la bienveillance pour les autres hommes. Ces principes constituent ce qu'on peut appeler le droit naturel primitif, c'est-à-dire, celui qui découle immédiatement de la constitution primitive et originaire de l'homme, et indépendamment d'aucun fait humain (2).

Mais l'homme pouvant, en conséquence de sa liberté naturelle, apporter différentes modifications à son état primitif, et entrer dans plusieurs états éventuels et secondaires, il faut nécessairement que ces trois principes puissent encore lui servir de règle; et c'est leur application aux différens états dans lesquels l'homme peut se trouver, qui constitue ce qui est

BIU Cujas

appelé par quelques auteurs, *Droit Naturel secondaire*, et par les Romains, *Droit des Gens secondaire.*

C'est de ce dernier droit que dérivent la propriété, les contrats, le droit des gens proprement dit, c'est-à-dire celui qui règle les rapports des nations les unes envers les autres, les droits et devoirs respectifs des parens et des enfans, ceux des époux, etc. (PUFFENDORF, 1, 238.)

Mais si la loi naturelle impose à l'homme des obligations, elle lui donne en même temps la jouissance de différens droits.

Le premier et le principal est celui de la liberté naturelle, qui peut être définie : *le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la Loi* (1).

Nous disons *tout ce qui n'est pas défendu par la Loi*, parce que l'homme a bien, par la nature, le droit de disposer de sa personne, de ses actions et de ses biens, de la manière qu'il juge la plus convenable à son bonheur, mais sous la condition de ne blesser en rien ses devoirs par rapport à Dieu, à lui-même, et aux autres hommes (2).

Le second droit naturel est la défense de soi-même. En effet, puisque, d'après le second principe ci-dessus, la Loi naturelle nous impose l'obligation de veiller à notre conservation, elle nous donne, par cela même, le droit de faire un usage convenable de nos forces pour nous défendre contre tout agresseur, même quand il résulteroit de cette défense un préjudice notable pour ce dernier (3).

Mais, pour concilier ce droit avec les devoirs que nous avons à remplir envers les autres hommes, il faut que la défense soit juste, c'est-à-dire, qu'elle réunisse les conditions exigées par la Loi, et qui sont :

1°. Que l'agression soit injuste. Si une personne attaque un voleur pour défendre son bien, l'agression est juste ; et si le voleur la tue, même en voulant se défendre, il est puni, avec raison, comme meurtrier.

2°. Qu'on ne puisse éviter le péril d'une manière sûre, qu'en nuisant à son adversaire : ce qui auroit bien plus d'étendue dans l'état de nature que dans l'état civil, parce que, dans ce dernier

BIU Cujas

état, le Gouvernement étant chargé du soin de défendre les particuliers contre toute injuste agression, on est tenu de recourir à sa protection ou à son autorité, toutes les fois que les circonstances le permettent (1).

3°. Que la défense soit proportionnée à l'attaque, c'est-à-dire, qu'elle ne soit pas poussée au-delà de ce qu'exigent la défense de nous-mêmes et l'intérêt de notre conservation (2). C'est cette proportion que les Jurisconsultes Romains appellent *moderamen inculpatæ tutelæ.* (L. 1. Cod. *Undè vi.*)

Le troisième droit naturel est la propriété, c'est-à-dire, le droit de se servir d'une chose et d'en disposer comme on le juge convenable, et à l'exclusion de tout autre. Il est évident que ce droit ne tient pas à la constitution primitive et originaire de l'homme, mais qu'il suppose toujours un fait humain, par l'effet duquel la chose, qui auparavant n'était à personne, est devenue propre à quelqu'un en particulier. Or ce fait humain, qui produit la propriété, ne peut être autre chose que la prise de possession.

Mais comme la propriété une fois acquise à quelqu'un en particulier, devient un droit naturel dans sa personne, et ne peut, en conséquence, lui être enlevée sans son consentement, il s'ensuit que la prise de possession ne suffit pour acquérir la propriété, qu'autant que la chose qui en est l'objet, n'appartenoit à personne auparavant.

L'on peut donc, d'après cela, distinguer deux modes principaux d'acquisition : l'un relatif aux choses qui n'appartiennent à personne, et qui sont acquises par la seule prise de possession (c'est ce mode que l'on nomme *occupation*); et l'autre, relatif aux choses qui appartiennent à quelqu'un, et qui ne peuvent être acquises par la prise de possession, qu'autant qu'elle est accompagnée du consentement valable du propriétaire. C'est ce mode qui, dans le droit Romain, est nommé *tradition* (3).

Ce consentement est le plus souvent exprès et formel; et alors il a pour effet de transférer de suite la propriété. Quelquefois aussi ce consentement n'est que présumé, c'est-à-dire, qu'il résulte du silence et de l'abandon du propriétaire pendant

BIU Cujas

un intervalle de temps assez long pour que l'on puisse présumer qu'il a renoncé à sa propriété. C'est ce mode d'acquérir que l'on nomme en droit, *prescription* (1).

Il est encore un mode particulier d'acquisition, qui est également fondé sur la Loi naturelle; c'est celui qui est nommé par les Jurisconsultes *Droit d'accession*, parce qu'il est relatif aux accessoires de la chose, c'est-à-dire, à ses fruits et produits, ainsi qu'aux accroissemens et bonifications qu'elle peut éprouver. Il est dans l'ordre naturel que ces objets appartiennent au propriétaire de la chose principale, à la charge par lui de rembourser les dépenses qu'ils ont pu occasioner à des tiers.

Enfin, le quatrième droit naturel est celui que nous avons d'exiger des autres hommes, qu'ils ne nous troublent pas dans le juste exercice de nos droits. C'est ce droit qu'on peut appeler droit d'*égalité*, et qui consiste en ce que, quelqu'avantage qu'un homme ait, par le fait, au-dessus d'un autre, il n'a pas pour cela le droit de violer les Lois à son égard, plus que celui-ci n'en a de les violer par rapport à lui.

C'est sur le principe de l'égalité, ainsi entendu, que sont établis les axiomes suivans :

Qu'il ne faut pas faire à autrui ce que nous ne voudrions pas que l'on nous fît à nous-mêmes :

Que nous devons être toujours disposés à faire en faveur des autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous en pareille circonstance :

Enfin, un troisième axiome, qui n'est que la conséquence des deux premiers, c'est qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui.

De ces axiomes découlent plusieurs conséquences qui sont la base de toutes les obligations de l'homme considéré dans l'état de société.

Première conséquence : Obligation de réparer le dommage que l'on a causé. Mais pour que cette obligation existe, il faut :

1°. Que l'acte qui a occasioné le dommage, soit défendu par quelque Loi (2) ;

2°. Que cet acte puisse nous être imputé directement ou in-

BIU Cujas

directement; ce qui exclut les cas purement fortuits (1) et de force majeure. (*Cod. Civil*, art. 1148 et 1384.)

3°. Enfin, que celui qui souffre le dommage, n'y ait pas consenti (2).

Deuxième conséquence : Obligation de réparer le dommage que les autres ont éprouvé, même à notre insu, et sans aucun fait qui nous soit imputable, lorsqu'il en est résulté pour nous quelqu'avantage. Mais cette obligation étant fondée sur le principe, que l'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui, il est évident que nous ne devons, dans ce cas (3), la réparation du dommage, que jusqu'à concurrence seulement de l'utilité que nous avons tirée du fait qui l'a causé (4). Cette obligation existe même à l'égard de celui qui possède de mauvaise foi une chose qui nous appartient. (*Cod. Civil*, art. 548.)

Troisième conséquence : Obligation pour chacun de contribuer, autant qu'il le peut, sans se nuire à lui-même, à l'avantage et au bonheur d'autrui; d'où il résulte:

1°. Que l'on est tenu de faire le bien d'autrui, toutes les fois qu'on le peut sans en éprouver soi-même de préjudice (5). (*Cod. de Com.* 154; *Cod. Civil*, 614 et 1768.)

2°. Que l'on est tenu de le faire également, même quand il en résulteroit un préjudice pour soi-même, si ce préjudice est infiniment modique, en comparaison de l'avantage qui doit en résulter pour autrui (6). (*Cod. Civil*, 682.)

Quatrième conséquence : Obligation de tenir fidèlement les engagemens valables que l'on a contractés. Mais pour que l'engagement soit valable, il faut:

1°. Que les parties aient l'usage de la raison;

2°. Que leur consentement soit libre, exempt de dol et d'erreur;

3°. Qu'il soit réciproque;

4°. Enfin, que l'objet de ce consentement soit licite.

Tels sont les effets du droit naturel, effets qui se trouvent développés dans les Lois civiles dont nous entreprenons l'explication.

BIU Cujas

SECTION II.

Des Lois Positives.

Les Lois *positives* sont celles qui ne doivent qu'à l'homme leur existence et leur autorité.

Elles diffèrent des Lois naturelles, en ce que 1°. celles-ci sont fondées sur la raison et l'équité, qui sont immuables, et qui ne dépendent ni des temps ni des lieux. Elles ne peuvent donc varier, et règlent également toutes les actions des hommes. Les Lois positives, au contraire, devant toujours être faites en considération des mœurs, du caractère, et même des vices (1) du peuple qu'elles doivent régir, varient nécessairement en raison des circonstances; et comme une action n'est injuste en droit, qu'autant qu'elle est contraire aux dispositions d'une Loi existante, il en résulte que la Loi positive ne peut étendre son autorité sur les actes antérieurs à son existence. C'est donc un principe consacré par toutes les législations, et notamment par l'article 2 du Code, que la Loi (positive) ne dispose que pour l'avenir, et ne peut avoir d'effet rétroactif (2). 2.

2°. Les Lois naturelles étant essentiellement équitables et l'objet naturel de la raison, on ne peut pas dire qu'on les ignore, parce que ce seroit dire que l'on manque des lumières de la raison qui nous les enseigne. Elles ont donc leur effet, et sont obligatoires, sans avoir besoin d'aucune promulgation. Les Lois positives, au contraire, n'étant pas naturellement connues des hommes, sont comme des faits que l'on peut ignorer, et ne sont en conséquence obligatoires qu'après avoir été légalement publiées. 1.

3°. Enfin, les Lois positives étant, pour la plupart, des modifications que l'état de société a obligé d'apporter aux dispositions des Lois naturelles, il en résulte que les premières sont les principales dans l'état de civilisation. Lors donc que leurs dispositions sont formelles, les tribunaux doivent nécessairement y conformer leurs décisions, quand même elles paroîtroient contraires à l'équité (3). C'est sur ce principe qu'est fondée la distinction dont nous avons parlé plus haut, entre le juste et l'équitable.

BIU Cujas

Une chose est *juste* en droit, quand elle n'est pas contraire aux dispositions de la Loi positive;

Elle est *équitable*, quand elle est conforme aux Lois de la morale et de la conscience (1).

Mais si les Lois positives sont muettes, obscures ou insuffisantes, le juge doit y suppléer, soit par des inductions tirées des dispositions des mêmes Lois sur d'autres objets (2), soit même par l'équité naturelle (3). Il ne peut, dans aucun cas, se dispenser de prononcer, sans s'exposer à être poursuivi comme
4. coupable de déni de justice (4); comme aussi, il ne doit jamais appliquer sa décision qu'à l'espèce qui lui est soumise, sans pouvoir en faire une règle générale pour les questions, même
5. parfaitement semblables, qu'il auroit à juger par la suite (5).

CHAPITRE II.

Des Lois considérées sous le rapport de leur objet.

Les Lois, considérées sous le rapport de leur objet, se divisent en Lois *du Droit des Gens*, *du Droit public*, et *du Droit civil*.

Les Lois *du Droit des gens*, sont celles qui fixent et déterminent les rapports des diverses nations entr'elles (6).

Celles *du Droit public*, sont celles qui établissent les rapports des membres de chaque nation avec son Gouvernement (7).

Enfin, celles *du Droit civil*, sont celles qui règlent les relations particulières et respectives des individus d'une même nation (8).

Ces dernières seules sont l'objet du présent Cours. Nous ne parlerons des deux autres sortes de Lois que dans un très-petit nombre de cas, où il sera nécessaire d'en rappeler quelques dispositions pour l'explication des Lois civiles.

CHAPITRE III.

Des Lois Civiles Françaises, de leur Promulgation, et de leurs Effets.

Nous avons dit, en général, que la Loi étoit une règle établie par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir.

En France, il existe différentes espèces de dispositions, toutes

BIU Cujas

obligatoires pour les particuliers, mais qui prennent différens noms, suivant l'autorité dont elles émanent, ou les formes dans lesquelles elles sont rendues (1).

Ce qui y est appelé proprement Loi, est un acte du Pouvoir législatif, rendu dans les formes prescrites par la Charte constitutionnelle.

Trois formalités sont nécessaires pour la confection de la Loi:

1°. Le projet est, au nom du Roi, proposé à la Chambre des Pairs ou à celle des Députés; cependant les Lois relatives aux impôts doivent être adressées d'abord à la Chambre des Députés. (Art. 16 et 17 de la Charte.)

2°. Le projet est ensuite discuté et voté librement par la majorité de chacune des deux Chambres. (*Ibid.* art. 18.)

3°. S'il est admis et sanctionné par le Roi, il devient alors Loi de l'Etat. (*Ibid.* art. 22.)

La Loi est promulguée (2) par le Roi. (Même article.) Cette promulgation résulte de l'insertion de la Loi au Bulletin officiel. (Ordonnance du 27 novembre 1816, art. 1^er^, *Bulletin*, n°. 1347.)

L'effet de la promulgation est de rendre la Loi exécutoire pour chaque partie du Royaume, du moment où cette promulgation y peut être connue. Mais comme la question de savoir si une Loi nouvellement promulguée pouvoit être connue à telle époque dans tel département, n'eût pas manqué d'occasioner une infinité de procès, le Législateur a établi, à cet égard, une présomption légale (3), qui s'estime à raison des distances.

Ainsi, dans le département de la résidence du Roi, la promulgation est réputée connue un jour après (4) que le Bulletin des Lois a été reçu de l'imprimerie royale par le Ministre de la Justice, lequel constate, sur un registre, la date de cette réception (même Ordon., art. 2.); et dans les autres départemens (5), après le même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres (environ vingt lieues) entre la ville où la promulgation a été faite, et le chef-lieu de chaque département (6).

Néanmoins dans les cas et les lieux où le Roi jugerait convenable de hâter l'exécution, les Préfets prendront, aussitôt qu'ils

BIU Cujas

auront reçu la Loi dont il s'agit, un arrêté par lequel ils en ordonneront l'impression et l'affiche (*Ordon. du* 18 *janvier* 1817; art. 1er, *Bulletin*, nº 1622); et alors elle devra être exécutée à compter de ladite publication. (*Ibid.* art. 2.)

Les mêmes dispositions s'appliquent à la promulgation et à l'exécution des Ordonnances (1). (Art. 1, 2, 3 et 4 de l'Ordonnance du 17 novembre 1816, et 1 et 2 de l'Ordonnance du 18 janvier 1817.)

Il faut observer, au surplus, que, malgré que la réunion en un seul corps de Lois, de toutes celles qui composent le Code Civil, et l'ordre dans lequel elles doivent être placées dans ce Code, aient été déterminés par une Loi du 30 ventose an 12, promulguée le 10 germinal suivant, chacune de ces Lois n'en a pas moins été exécutoire du jour de sa promulgation particulière. (*Art.* VI *de ladite Loi.*)

Les Lois civiles, quant à leurs effets, peuvent être considérées sous deux rapports : le but qu'elles se proposent, et les objets qu'elles concernent.

Sous le premier rapport, la Loi ordonne, défend ou permet. De-là, la division des Lois, en impératives (2), prohibitives (3), et facultatives (4).

Il y a obligation de se conformer aux Lois impératives et prohibitives; et l'on ne peut y déroger par des conventions particulières, parce qu'elles sont toujours présumées intéresser l'ordre public ou les bonnes mœurs.

6.

Quant aux facultatives, il est de principe, en général, que chacun peut renoncer au droit introduit en sa faveur. Si cependant l'ordre public ou les bonnes mœurs étoient intéressés à ce que le droit fût exercé, et qu'il le fût par la personne à qui il est accordé, elle ne pourroit y renoncer pour l'avenir, quoiqu'elle pût, pour le présent, en user, ou n'en pas user, à sa volonté : cette observation peut s'appliquer principalement à la puissance paternelle, à la puissance maritale, etc.

Les Lois civiles, relativement aux objets qu'elles concernent, sont distinguées en Lois réelles et personnelles.

Il est une troisième espèce de Lois, appelées *Lois de police* ou

BIU Cujas

de sûreté : ce sont celles qui maintiennent l'ordre, la tranquillité, et la sûreté dans l'Etat. Ces Lois faisant partie de celles qu'on appelle du Droit Public, il n'en est question dans le Code Civil, que pour dire qu'elles obligent tous ceux qui habitent le territoire français (1).

Les Lois *réelles* sont celles qui traitent immédiatement des choses, abstraction faite de ceux qui les possèdent, soit pour l'ordre de transmission, comme la plupart des Lois sur les successions (2), etc., soit à raison de la nature des biens, comme les Lois sur la distinction des biens et la propriété ; soit enfin, à raison des charges qui peuvent être imposées sur les biens, comme les Lois concernant les servitudes, les hypothèques, etc.

Les Lois *personnelles* sont celles qui fixent l'état, la condition et la capacité des personnes : telles sont les Lois relatives au mariage, à la paternité et à la filiation, à la majorité, etc.

Ces deux espèces de Lois ont des effets très-différens.

Les Lois réelles obligent tous ceux qui possèdent en France des biens immeubles, même les étrangers qui n'y résident pas, mais seulement pour les causes relatives à ces mêmes biens (3).

Les Lois personnelles n'obligent que les Français ; mais elles les obligent, même en pays étranger (4). 3.

Nous voyons, d'après ces détails, que les Lois civiles ont deux principaux objets, les Personnes et les Choses. Les actions sont ordinairement regardées comme un troisième objet du droit, en tant qu'elles sont le moyen dont chacun doit se servir pour se faire rendre ce qui lui appartient ; mais sous ce rapport, elles sont l'objet d'un Code particulier, appelé Code de Procédure Civile.

Le présent Cours sera divisé en quatre Livres, dont le premier traitera des Personnes ; et les trois autres, des Choses, dans l'ordre suivant :

Le deuxième Livre traitera de la distinction des Biens, de la Propriété et de ses Modifications ;

Le troisième, des manières d'acquérir la Propriété ;

Et le quatrième, des différentes espèces de Contrats, et d'Engagemens qui se forment sans convention.

BIU Cujas

LIVRE PREMIER.

Des Personnes.

TITRE PREMIER.

De la Jouissance des Droits Civils (1).

Il résulte de la définition que nous avons donnée des Lois civiles (2), qu'elles sont propres et particulières à chaque nation. Les devoirs qu'elles imposent, et par suite les droits qui en résultent, et que l'on nomme, à cause de cela, *Droits Civils*, appartiennent donc éminemment (3) aux membres de la nation pour qui ces Lois sont faites. Il faut donc connoître ces membres ; de là une division des personnes en Français et étrangers.

On est Français par droit de naissance, ou par le bienfait de la Loi (4).

Sont Français par droit de naissance, ceux qui sont nés en France, ou dans l'étranger, d'un Français qui n'a pas perdu
10. cette qualité.

On perd la qualité de Français de cinq manières :

17. 1°. Par la naturalisation acquise en pays étranger, sauf la distinction que nous verrons plus bas, entre la naturalisation autorisée, et la naturalisation non autorisée ;

2°. Par l'acceptation, sans autorisation du Roi, de fonctions
17 et 21. publiques ou de service militaire chez l'étranger ;

3°. Par l'affiliation, également non autorisée, à une corpo-
21. ration militaire étrangère ;

19. 4°. A l'égard des femmes, par leur mariage avec un étranger (5) ;

5°. Enfin, par tout établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour (6). L'établissement de commerce n'est jamais
17. censé exclure l'esprit de retour.

On est Français par le bienfait de la Loi, quand on a rempli les formalités prescrites pour acquérir ou recouvrer cette qualité.

Les formalités pour l'acquérir sont déterminées ainsi qu'il suit :

BIU Cujas

Il faut, 1°. avoir déclaré l'intention de se fixer en France. Cette déclaration ne peut se faire qu'à l'âge de vingt-un ans accomplis;

2°. Avoir obtenu l'autorisation de résider en France, et y avoir résidé pendant dix années consécutives, à compter de la précédente déclaration. (*Acte du 21 nivose an 8*, art. 3);

3°. La demande en naturalisation, et les pièces à l'appui, sont transmises par le Maire du domicile du pétitionnaire, au Préfet qui les adresse, avec son avis, au Ministre de la Justice, sur le rapport duquel le Roi statue. (*Décret du 17 mars 1809*, *Bulletin*, n°. 4195.)

Quand on a rempli ces formalités, on est non-seulement Français, mais encore citoyen Français (1). La première qualité est indépendante de la seconde; c'est-à-dire, qu'on ne peut être citoyen Français sans être Français, mais qu'on peut être 7.
Français sans être citoyen: par exemple, les femmes, les mineurs, les domestiques, les interdits, les faillis, etc. (*Voyez* les art. 4 et 5 de l'*Acte du 21 nivose an 8.*)

Telles sont les règles générales: on y a fait plusieurs exceptions.

Une première a été introduite par les Senatus-Consultes des 26 vendémiaire an 11 (*Bulletin*, n°. 2044), et 19 février 1808 (*Bulletin*, n°. 3064), qui autorisent le Gouvernement à conférer la qualité et les droits de citoyen français aux étrangers qui auront rendu des services importans à l'État, qui auront apporté dans son sein des talens, des inventions, ou une industrie utile, ou qui y auront formé de grands établissemens. Ces individus sont seulement assujettis à un an de domicile.

Le Code établit trois autres manières d'acquérir la qualité de Français (2).

1°. L'enfant né en France d'un étranger (3) suit, à la vérité, la condition de son père; mais il peut réclamer la qualité de Français en remplissant les formalités suivantes:

Il faut qu'il réclame dans l'année de sa majorité (4);

S'il réside en France, qu'il déclare (5) que son intention est d'y fixer son domicile;

S'il n'y réside pas, qu'il se soumette à y fixer son domicile,

BIU Cujas

et qu'il l'y établisse en effet dans l'année à compter du jour de
9. sa soumission (1).

2°. L'enfant né (2), même dans l'étranger (3), d'un Français qui a perdu cette qualité, peut également la réclamer en tout
10. temps (4), en remplissant les mêmes formalités.

3°. L'étrangère qui épouse un Français, devient Française
12. par le fait seul de son mariage.

Les formalités pour recouvrer la qualité de Français, sont: de rentrer en France avec l'autorisation du Roi, et de déclarer que l'on veut s'y fixer; ce qui peut avoir lieu à quelqu'époque
18 et 19. que ce soit, la Loi n'ayant fixé aucun délai pour cette déclaration.

Cette disposition ne s'applique pas aux Français qui ont perdu cette qualité par l'acceptation non autorisée, de service militaire chez l'étranger, ou par l'affiliation, également non autorisée, à une corporation militaire étrangère. Non-seulement ils sont obligés d'obtenir l'autorisation du Roi pour rentrer en France; mais encore ils ne peuvent recouvrer la qualité de Français, qu'en remplissant toutes les conditions imposées
21. à l'étranger pour devenir citoyens.

En général, l'individu qui recouvre la qualité de Français, n'en jouit qu'après avoir rempli les conditions prescrites par la Loi, et ne peut, en conséquence, exercer que les droits ouverts à son profit depuis cette époque.

Cette disposition s'applique, à plus forte raison, à l'enfant
20. né d'un Français qui a perdu cette qualité (5).

Cette division des Personnes bien établie, il ne reste que quelques principes généraux à indiquer, relativement à la
8. jouissance des droits civils.

Le premier et le principal, c'est que tout Français (6) qui n'a pas perdu cette qualité, jouit des droits civils (7).

Quant aux étrangers, ils ne jouissent de la plénitude de ces droits, que dans le cas où ils ont été admis par le Roi à établir
13. leur domicile en France, et qu'ils continuent d'y résider (8): autrement, ils ne peuvent réclamer que les mêmes droits accordés dans leur pays aux Français, par les traités (9) faits
11. avec la nation à laquelle ils appartiennent.

BIU Cujas

Outre cette différence quant à la jouissance des droits civils, les étrangers sont encore, dans certains cas, assujettis à des règles particulières. Ainsi, lorsqu'il y a procès (1), l'étranger demandeur (2) principal ou intervenant (3), est tenu, si le défendeur le requiert avant toute exception (4), de donner caution (5), pour répondre du paiement des frais et dommages-intérêts résultans du procès (6), auxquels il pourroit être condamné. Dans ce cas, le tribunal fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle la caution doit être fournie. *Pr.* 166. *Pr.* 167.

Cette caution ne peut être exigée en matière de commerce. Il en est de même en toute autre matière, lorsque l'étranger consigne la somme fixée, ou lorsqu'il justifie de propriétés immobilières, situées en France, et suffisantes pour en répondre (7); Ou enfin, lorqu'il existe dans les traités faits avec la nation dont cet étranger est membre, quelque disposition qui l'en exempte. *Pr.* 423. 16. *Pr.* 167.

Secondement, l'étranger qui a contracté avec un Français, soit en France, soit dans l'étranger, devient, quand même il ne résideroit pas en France, justiciable des tribunaux français (8), pour l'exécution des obligations résultant de ces contrats; et réciproquement, il peut citer devant les tribunaux de France le Français qui a contracté des engagemens envers lui, même en pays étranger (9). 14. 15.

En troisième lieu, tout jugement de condamnation qui intervient au profit d'un Français contre un étranger non domicilié en France (10), emporte la contrainte par corps; et même, avant la condamnation, mais toutefois après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, le Président du Tribunal de Première Instance, dans l'arrondissement duquel se trouve l'étranger non domicilié, peut, sur la requête du créancier français (11), et s'il y a des motifs suffisans, ordonner son arrestation provisoire (12).

Néanmoins, cette dernière disposition n'a pas lieu, ou doit cesser, si l'étranger justifie qu'il possède en France un établissement de commerce (13), ou des immeubles, le tout suffisant pour assurer le paiement de la dette; ou s'il fournit une caution valable domiciliée en France. (*Loi du* 10 *septembre* 1807, *Bulletin*, n°. 2788.)

BIU Cujas

Dans aucun cas, l'étranger contraignable par corps n'est
Pr. 905. admis au bénéfice de cession (1).

Quatrièmement, les jugemens rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers publics étrangers, ne sont susceptibles d'exécution en France, qu'autant qu'ils ont été
2123. } déclarés exécutoires par un tribunal français (2), sauf toutefois
Pr. 546. } les dispositions contraires des Lois politiques et des traités (3).

Enfin, les jugemens rendus au profit des étrangers qui auroient obtenu des adjudications, dans les matières pour lesquelles il y a, d'après le décret du 22 juillet 1806, recours au Conseil d'Etat, ne peuvent être exécutés pendant le délai accordé pour ce recours, qu'autant que l'étranger aura préalablement fourni en France une caution bonne et solvable. (*Décret du 7 février* 1809, *Bulletin*, n°. 4122.)

Un décret postérieur, du 26 août 1811 (*Bulletin*, n°. 7186), ayant apporté quelques modifications à ce qui vient d'être dit relativement à la naturalisation, et à l'acceptation de service chez l'étranger, nous allons en faire connoître les dispositions dans deux chapitres, dont le premier traitera de la Naturalisation, et le second de l'acceptation de service chez une Puissance étrangère.

(Nota. *Les articles en marge des deux chapitres suivans sont ceux du décret précité.*)

CHAPITRE PREMIER.

De la Naturalisation des Français en pays étranger.

Aucun Français ne doit se faire naturaliser en pays étranger,
I. sans l'autorisation du Roi (4). Mais cependant, comme il peut arriver de fait que la naturalisation ait lieu sans cette autorisation, nous diviserons ce chapitre en deux sections, dont la première traitera de la naturalisation autorisée; et la seconde, de la naturalisation non autorisée. On observera toutefois que le Français naturalisé, avec ou sans autorisation, ne peut porter les armes contre la France, sous peine d'être traduit devant les
V. } tribunaux français et condamné à la peine de mort, confor-
XIII. } mément à l'article 75 du Code Pénal.

BIU Cujas

SECTION PREMIÈRE.

De la Naturalisation autorisée.

L'autorisation à l'effet de se faire naturaliser en pays étranger, est accordée par une Ordonnance du Roi, visée par le Ministre de la Justice (1), insérée au Bulletin des Lois, et enregistrée en la Cour Royale du dernier domicile de celui qu'elle concerne. II.

L'effet de la naturalisation ainsi autorisée, est de conserver au Français le droit de posséder et de transmettre des propriétés, ainsi que celui de succéder, quand même les sujets du pays où il est naturalisé, ne jouiraient pas de ces droits en France. III.

Cet effet est personnel à l'individu naturalisé, et ne s'étend point à ses enfans conçus en pays étranger postérieurement à la naturalisation. Ils sont considérés comme étrangers, sauf les deux exceptions suivantes :

1°. Ils peuvent réclamer la qualité de Français, en remplissant les formalités prescrites par les articles 9 et 10 du Code civil.

2°. Ils recueillent les successions, et exercent tous les droits qui s'ouvrent à leur profit pendant leur minorité, et pendant les dix ans qui suivent leur majorité accomplie (2). IV.

SECTION II.

De la Naturalisation non autorisée.

L'effet de la naturalisation non autorisée est de faire perdre les droits civils (3) en France. Cette perte est constatée pardevant la Cour du dernier domicile de l'individu, à la diligence du Procureur-Général, ou sur la requête de toute partie intéressée. VII.

En conséquence de ce jugement, la succession du Français ainsi naturalisé est ouverte au profit de ses héritiers légitimes; VI.
et les droits de sa femme sont réglés comme en cas de viduité (4). IX.

Il perd le droit de succéder (5); toutes les successions qu'il auroit pu recueillir, passent à l'héritier régnicole qui y est appelé après lui. VI.

BIU Cujas

Il est déchu de tout titre institué par les Lois et Ordonnances du royaume, soit qu'il l'ait eu primitivement, ou par trans-
VIII. mission. Ce titre, et les biens y attachés, sont dévolus à la per-
IX. sonne restée Française, qui y est appelée selon les Lois.

S'il avait reçu l'un des Ordres français, il est biffé des registres
X. et états; et défense lui est faite d'en porter la décoration.

S'il est trouvé sur le territoire français, il est, pour la première fois, arrêté et reconduit au-delà des frontières: en cas de récidive, il est traduit devant les tribunaux français, et con-
XI. damné à être détenu pendant un an au moins, et dix ans au plus.

Néanmoins, le Français qui a encouru les peines et déchéances dont on vient de parler, peut en être relevé par des lettres de relief, accordées par le Roi, dans la même forme que
XII. les lettres de grâce.

Quant aux individus qui se trouvoient naturalisés en pays étranger, sans autorisation, au moment du présent décret, ils ont pu obtenir l'autorisation dans le délai d'un an (1), s'ils étoient sur le continent européen; de trois ans, s'ils étoient hors de ce continent; et de cinq ans, s'ils étoient au-delà du
XIV. Cap de Bonne-Espérance ou aux Indes Orientales. Ce délai passé, ils sont devenus passibles des dispositions dont on vient
XV. de parler relativement aux individus naturalisés sans autorisation, et ne pourront être relevés du retard que par des lettres de relief de déchéance, accordées par le Roi, et délivrées par
XV. le Ministre de la Justice.

CHAPITRE II.

Du Français qui a pris du service chez une Puissance étrangère.

Nul Français ne peut entrer au service d'une Puissance
XVII. étrangère (2) sans l'autorisation spéciale du Roi, sous peine
XXV. d'être traité comme Français naturalisé sans autorisation (3).

L'autorisation est accordée par Ordonnance délivrée dans
XIX. les formes prescrites par la naturalisation (4).

L'autorisation est toujours présumée accordée sous la condi-

BIU Cujas

tion de revenir en France en cas de rappel, soit que ce rappel soit l'effet d'une disposition générale, ou d'un ordre direct. XVII.

Le Français, même autorisé, ne peut prêter serment à la Puissance chez laquelle il a pris du service, que sous la réserve de ne jamais porter les armes contre la France, et de quitter le service, même sans être rappelé, si cette Puissance venoit à être en guerre avec la France, et ce, sous les peines portées par le décret du 6 avril 1809. (*Bulletin*, n°. 4296.) XVIII.

Il ne peut entrer en France qu'avec la permission spéciale du Roi (1); et, même avec cette permission, il ne peut se montrer dans les lieux soumis à l'obéissance du Roi, avec la cocarde ou l'uniforme étrangers (2): mais il peut y porter les couleurs nationales, ainsi que les décorations des Ordres étrangers, quand il les aura reçus avec l'autorisation du Roi. XXI. XII. XXIII.

Il ne peut jamais être accrédité auprès du Roi, comme Ambassadeur, Ministre ou Envoyé; ni reçu comme chargé de mission d'apparat, qui le mettroit dans le cas de paroître avec un costume étranger. XXIV.

Il ne peut servir, comme Ministre plénipotentiaire, dans aucun traité où les intérêts de la France pourroient être débattus. XX.

La disposition relative au délai accordé au Français qui se trouvoit naturalisé au moment du présent décret, pour obtenir l'autorisation du Roi, est commune à l'individu qui se trouvoit à la même époque et sans autorisation au service d'une Puissance étrangère. (*Voir la Loi du* 14 *octobre* 1814 (Bulletin, *n°.* 355), *relative à la naturalisation des habitans des départemens réunis à la France depuis* 1791, *et qui en ont été séparés par les derniers traités.*) XXVI.

BIU Cujas

TITRE II.

De la Privation des Droits Civils, par suite de condamnations judiciaires.

La privation des droits civils résulte, dans plusieurs cas, d'une condamnation judiciaire.

Quelquefois elle est prononcée comme peine principale : le plus souvent, elle est la suite nécessaire de la condamnation à une autre peine.

Dans le premier cas, elle est ordinairement temporaire et partielle (1). Dans le second, elle est quelquefois totale et toujours perpétuelle, sauf le cas de réhabilitation (2) quand elle peut avoir lieu.

Nous en traiterons dans deux chapitres différens.

CHAPITRE PREMIER.

De la Privation des Droits Civils, prononcée comme peine principale.

Les tribunaux, jugeant correctionnellement, peuvent, dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils, et de famille, suivans; savoir :

1°. Ceux de vote et d'élection;

2°. D'éligibilité;

3°. D'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois;

4°. De port d'armes;

5°. De vote et de suffrage dans les délibérations de famille;

6°. D'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfans, et encore seulement sur l'avis de la famille;

7°. D'être expert, ou employé comme témoin dans les actes;

8°. De témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations. (*Code Pénal*, art. 42.)

BIU Cujas

Au surplus, les tribunaux ne peuvent prononcer cette interdiction, que lorsqu'elle a été ordonnée ou autorisée par une disposition particulière de la Loi. (Art. 43 dudit.)

CHAPITRE II.

De la Privation des Droits Civils, comme suite de la condamnation à certaines peines.

Nous avons dit que la privation des droits civils, qui a lieu par suite de la condamnation à une autre peine, était quelquefois totale: dans ce cas, elle se nomme *Mort Civile*. Nous en traiterons dans une première section.

Il est des peines qui n'emportent que la privation, perpétuelle à la vérité, mais de certains droits seulement. Nous les ferons connoître dans une seconde section.

SECTION PREMIÈRE.

De la Mort Civile (1).

La mort civile, considérée en elle-même, est l'état (2) d'un individu qui a subi, en vertu de jugement, une peine ayant pour effet de retrancher celui qui en est frappé, du nombre des membres de la société. En effet, la jouissance d'un droit suppose toujours un devoir à remplir. Ceux donc qui, au lieu d'exécuter les engagemens qu'ils ont contractés envers le corps social, en troublent, au contraire, par leurs crimes, l'ordre et l'harmonie, méritent d'être privés des droits que l'ordre social leur assure.

Lorsque cette privation est totale, elle est appelée *Mort Civile*, parce que la société regarde celui qui en est frappé comme n'étant plus, en quelque sorte, par rapport à elle, un être vivant: elle n'attend plus de lui aucun secours, et réciproquement, elle lui refuse non-seulement tous les droits civils, mais encore plusieurs autres résultans du droit naturel (3), ainsi que nous le verrons dans la présente section: et c'est même ce qui distingue le mort civilement, de l'étranger, qui n'est privé que des droits purement civils (4).

BIU Cujas

Pour traiter avec ordre la matière de la mort civile, nous examinerons :

1°. Comment cette mort est encourue ;

2°. Quels sont ses effets.

§. Ier.

Comment la Mort Civile est-elle encourue ?

Quoique la mort civile soit le résultat de la violation des devoirs imposés par l'acte social, elle n'est cependant pas regardée en droit comme une peine, mais, ainsi que nous l'avons dit, comme un état qui est la suite d'une peine à la-
22. quelle la Loi a attaché la mort civile.

(La mort civile est cependant prononcée comme peine principale, par les articles 22, 26, 28 et 29 du décret du 6 avril 1809. (*Bulletin*, n°. 4296.) (1).

Le principe général, à cet égard, est qu'une peine quelconque ne peut emporter la mort civile, qu'autant qu'elle est
24. afflictive et perpétuelle.

Dans le droit actuel, il y a trois sortes de peines (2) auxquelles la Loi a attaché la mort civile; celle de mort (3), celle de la déportation, et celle des travaux forcés à perpétuité. Cependant le Gouvernement peut accorder au déporté, mais dans le lieu de la déportation seulement, l'exercice de tous, ou de quelques-uns des droits civils (4). (*Code Pénal*, art. 18.)

Puisque la mort civile n'est pas une peine, mais seulement la suite et conséquence d'une peine, il en résulte qu'elle n'a pas besoin d'être prononcée par jugement (5), mais qu'elle est encourue par cela seul que l'individu est condamné à une peine à laquelle la Loi a attaché cet effet.

Le jugement de condamnation ne l'opère cependant pas encore de plein droit; il faut qu'il soit exécuté (6) : et en conséquence, la mort civile, quoiqu'étant une suite nécessaire de ce jugement, n'a lieu que du moment de l'exécution, soit réelle, soit par effigie (7), et encore, dans le cas où le condamné a
26. été jugé contradictoirement (8). S'il n'a été condamné que par

BIU Cujas

contumace (1), la mort civile n'est encourue qu'à l'expiration des cinq années (2) qui ont suivi l'exécution par effigie. 27.

Le condamné est seulement privé, pendant ce temps, de l'exercice (3) de ses droits; ils sont exercés, et ses biens séquestrés et régis, comme ceux *des absens*, par l'Administration des Domaines, qui doit rendre le compte du séquestre (4) à qui il appartiendra, lorsque la condamnation est devenue irrévocable par l'expiration du délai donné pour purger la contumace, c'est-à-dire après vingt ans, à compter du jour du jugement (5). 28.
(*Cod. d'Inst. Crimin.*, art. 471, 476 et 635.)

§. II.

Des Effets de la Mort Civile.

La mort civile, considérée dans ses effets, est la privation de tous les droits qui ne sont pas rigoureusement nécessaires au soutien de la vie naturelle de l'individu qui en est frappé. En effet, comme la fiction ne peut jamais prévaloir sur la vérité, et que le mort civilement peut conserver la vie naturelle, il faut bien lui laisser les moyens de la soutenir. En conséquence, quoiqu'il soit mort aux yeux de la Loi, néanmoins comme cette mort n'est que fictive, elle doit être distinguée, quant à ses effets, de la mort effective et naturelle.

Ainsi, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédoit au moment où il a été frappé de la mort civile (6): sa succession est ouverte du même instant; et son conjoint, ainsi que ses héritiers, peuvent dès-lors exercer respectivement tous les droits et actions auxquels sa mort naturelle et *ab intestat* (7) donneroit ouverture (8). Il est déclaré, en général, incapable de recevoir et de disposer (9), soit entre-vifs, soit par testament; mais l'incapacité de recevoir ne s'étend point à ce qui pourroit lui être donné à titre d'alimens (10).

Par suite du même principe, la Loi lui interdit la faculté de procéder en justice; mais, cependant, puisqu'il peut acquérir, il est exposé à des procès; elle permet alors aux tribunaux de désigner un curateur spécial chargé de le représenter (11).

BIU Cujas

En un mot, tout ce qui tend seulement à lui procurer les moyens de subsister, lui est accordé. La Loi ne lui refuse pas même la protection dont il peut avoir besoin pour défendre son existence; elle punit les attentats dirigés contre sa personne, comme elle le puniroit également, s'il commettoit un nouveau crime. Mais aussi elle le prive rigoureusement, ainsi que nous l'avons dit, de tous les droits qui ne sont pas strictement nécessaires au soutien de sa vie naturelle.

Il ne peut plus être nommé tuteur, ni concourir à aucune des opérations relatives à la tutelle.

Il ne peut être témoin, ni dans les actes, ni en justice.

Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil (1): celui même qu'il auroit précédemment contracté,
25. est dissous, quant à ses effets civils (2).

Il ne peut recueillir aucune succession. Les biens qu'il auroit acquis depuis qu'il a été frappé de la mort civile, appartiennent à l'Etat par droit de déshérence (3), sauf le droit réservé au Roi de faire, dans ce cas, au profit de la veuve, des enfans, ou autres parens du condamné, les dispositions que l'humanité
33. peut lui suggérer.

L'application de ces effets au condamné n'est susceptible d'aucune difficulté, lorsque l'exécution, soit réelle, soit par effigie, a été faite en vertu d'une condamnation contradictoire, parce qu'alors le jugement est définitif et irrévocable (4).

Mais lorsque le jugement de condamnation a été rendu par contumace, il n'est pas aussi aisé d'appliquer les règles qui viennent d'être établies, à cause des différentes circonstances dans lesquelles peut se trouver le condamné, et qui peuvent se réduire à quatre:

Ou le condamné meurt dans les cinq ans à compter de l'exécution, sans avoir comparu en justice;

Ou il comparoît dans les cinq ans;

Ou il ne comparoît qu'après les cinq ans, mais avant vingt ans à compter de la date du jugement;

Ou il laisse passer vingt ans, sans comparoître.

Dans le premier cas, il est réputé mort dans l'intégrité de ses

BIU Cujas

droits (1) : le jugement est anéanti de plein droit (2), même pour les condamnations civiles (3), sauf au plaignant à se pourvoir de nouveau contre les héritiers du prévenu, mais par la voie civile seulement (4). 31.

S'il comparoît dans les cinq ans, soit volontairement, soit par suite d'une arrestation, le jugement est également anéanti de plein droit, ainsi que les procédures faites contre lui depuis l'ordonnance de prise de corps, ou de se représenter. (*Code d'Instruct. Crimin.*, art. 476.) L'accusé (5) est remis en possession de ses biens; il est jugé de nouveau; et s'il est condamné à une peine emportant mort civile, elle n'a lieu qu'à compter du jour de l'exécution du second jugement (6). 29.

Il n'en est pas de même s'il ne se représente, ou n'est arrêté qu'après les cinq ans. En effet, le premier jugement est bien anéanti quant à la condamnation (7), et la procédure annulée comme dans le cas précédent : l'accusé doit être jugé de nouveau; mais la question d'état reste indécise jusqu'à l'événement du procès. S'il est condamné à une peine emportant mort civile, sa comparution est censée n'avoir apporté aucun changement dans son état, et il est réputé mort civilement dès l'expiration des cinq années.

S'il est absous, ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, il rentre, à la vérité, dans la plénitude de ses droits, mais seulement à compter du jour où il s'est représenté, et sans préjudice des effets produits par le premier jugement, depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de sa comparution (8). 30.

Enfin, si le condamné laisse passer vingt ans sans comparoître, à compter de la date du jugement, alors, aux termes du Code d'Instruction Criminelle (art. 635), il a prescrit la peine, et ne peut être pris ni jugé (9); mais cette prescription n'empêche pas la mort civile de subsister (10), et ne lui rend pas ses droits, même pour l'avenir. Il n'est pas même admis à se présenter pour purger la contumace (11). (*Ibid.*, art. 641.) 32.

BIU Cujas

SECTION II.

De la Privation à perpétuité de certains Droits Civils, comme suite de la condamnation à certaines peines.

Celui qui a été condamné à la peine des travaux forcés à temps, du bannissement, de la réclusion, ou du carcan, ne peut jamais être juré, expert, employé comme témoin dans les actes, ni déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignemens.

Il est incapable de tutelle et de curatelle, si ce n'est de ses enfans, et sur l'avis seulement de sa famille (1).

Il est déchu du droit de port d'armes, et du droit de servir dans les armées françaises. (*Code Pénal*, art. 28.)

La peine de la dégradation civique emporte la privation des mêmes droits, et de plus l'exclusion et la destitution de toutes fonctions ou emplois publics. (*Ibid.*, art. 34.)

Enfin, dans le cas de condamnation aux travaux forcés à temps, ou à la réclusion, outre la privation des droits ci-dessus, le condamné est, pendant la durée de la peine, dans un état d'interdiction légale. (*Ibid.*, art. 29.) Nous verrons les effets de cette disposition, au titre de l'*Interdiction*.

Tous ces effets cessent lorsque le condamné a été réhabilité. (*Cod. d'Instruct. Crimin.*, art. 633.)

La réhabilitation ne peut avoir lieu qu'après que le condamné a subi sa peine. Elle n'est jamais accordée au condamné pour récidive. (*Ibid.*, 634.)

Quant aux formes requises pour demander et obtenir la réhabilitation, voyez le même Code, art. 619 à 632.

BIU Cujas

TITRE III.

Des Actes de l'État Civil (1).

On entend par *État Civil*, ce qui détermine le rang que les personnes doivent occuper dans la cité ou dans la famille. Ainsi, considéré sous le rapport de l'état civil, un individu est célibataire, veuf ou marié, père ou enfant, majeur ou mineur, enfant légitime ou naturel, parent, à tel ou tel degré, de telle autre personne, etc.; et comme, pour déterminer ces diverses qualités, il est presque toujours nécessaire d'établir le fait et l'époque de la naissance, du mariage, ou du décès de certaines personnes, le Législateur a dû s'occuper particulièrement du soin de fixer la forme des actes dont la preuve de ces faits doit résulter, et que l'on appelle pour cela *actes de l'état civil.*

Les formalités de ces actes sont de deux espèces: les unes sont générales, et les autres sont particulières à chaque nature d'actes: elles feront l'objet des deux premiers chapitres ci-après.

Nous ferons connoître dans un troisième, les règles spéciales relatives aux actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire français.

CHAPITRE PREMIER.

Formalités générales.

La première et la principale de ces formalités est, que les actes soient inscrits sur des registres (2). L'officier de l'état civil qui 40.
se permettroit d'en inscrire un seul sur une feuille volante, s'exposeroit à un emprisonnement d'un mois au moins, de trois mois au plus, et à une amende de 16 à 200 francs (*Code Pénal*, art. 192), sans préjudice des dommages-intérêts des parties. 52.

Quant aux autres formalités, elles servent, ou à constater l'authenticité et à assurer l'invariabilité des registres en eux-mêmes, ou à déterminer la manière dont les actes doivent y être inscrits.

BIU Cujas

SECTION PREMIÈRE.

Des Formalités générales relatives à la tenue des Registres.

Les formalités relatives aux registres en eux-mêmes, sont:

40. 1°. Qu'ils soient tenus doubles, dans chaque commune (1), par la personne chargée de cette fonction, et qui est, en conséquence, appelée *Officier de l'état civil;*

2°. Qu'ils soient cotés par première et dernière, et paraphés sur chaque feuille par le président du Tribunal de l'arrondis-

41. sement, ou par le juge qui le remplace;

3°. Qu'ils soient clos et arrêtés par l'officier de l'état civil à la fin de chaque année, et déposés, dans le premier mois de l'année suivante, savoir: un des doubles aux archives de la commune,

43. et l'autre au greffe du Tribunal d'arrondissement (2). A ce dernier double doivent être jointes les procurations et autres pièces

44. qui auroient été annexées aux actes;

4°. Qu'ils soient ouverts à tout le monde, de manière que chacun puisse en prendre communication, et en demander des extraits (3), qui, lorsqu'ils sont délivrés conformes aux registres (4) par l'autorité compétente, et dûment légalisés (5), font

45. foi jusqu'à inscription de faux (6).

Ces formalités sont requises pour tous les registres dits *de l'état civil*, c'est-à-dire, qui contiennent les actes de naissance, mariage ou décès; mais il est en outre un registre particulier, tenu également par l'officier de l'état civil; c'est celui des publications de mariage.

Ce registre ne peut, à proprement parler, être regardé comme registre de l'état civil, puisqu'il n'a pas pour but direct de prouver la célébration du mariage, mais seulement l'observation d'une des formalités requises pour ce contrat (7). En conséquence, on n'exige pas qu'il soit tenu double; mais cependant, comme rien de ce qui peut intéresser, même indirectement, l'état des citoyens, ne doit être laissé à l'arbitraire, on a dû donner à ce registre le même caractère d'authenticité qu'à ceux de l'état civil. Il doit donc être également coté, paraphé, et dé-

63. posé, à la fin de chaque année, au greffe du Tribunal.

BIU Cujas

SECTION II.

Des Formalités générales relatives à la rédaction des Actes de l'État Civil.

Ces formalités sont : 1°. qu'ils soient inscrits de suite, sans aucun blanc; que les ratures et renvois soient approuvés, et signés de la même manière que le corps de l'acte (1); qu'il n'y soit rien écrit en interligne, par abréviation, ou surcharge, et qu'aucune date ne soit mise en chiffre; 42.

2°. Qu'ils contiennent l'indication de l'année, du jour, et de l'heure où ils sont reçus (2), ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles de tous ceux qui y sont dénommés; 34.

3°. Que, dans les cas où les parties intéressées ne sont point obligées de comparoître en personne (3), elles ne soient représentées que par un fondé de procuration spéciale et authentique, laquelle doit demeurer annexée à l'acte, après avoir été 36. paraphée par l'officier de l'état civil et par la personne qui l'aura produite (4); 44.

4°. Que les témoins (5) produits auxdits actes soient mâles, majeurs, et choisis par les personnes intéressées, parmi leurs parens ou autres (6); 37.

5°. Qu'il ne soit inséré aux actes, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui est (7), et doit être (8) déclaré par les comparans; 35.

6°. Qu'il soit, par l'officier de l'état civil, donné lecture des actes aux parties ou à leurs fondés de procuration, et aux témoins; et qu'il soit fait mention de l'accomplissement de cette formalité; 38.

7°. Que ces actes soient signés par l'officier de l'état civil; 39.

8°. Qu'ils soient également signés par les comparans et les témoins, ou que mention soit faite de la cause qui les empêche de signer; *Ibid.*

9°. Enfin, que, dans le cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil, soit jugement de rectification, soit acte de recon- 101. noissance d'un enfant, doit avoir lieu en marge d'un autre acte 62. déjà inscrit, cette mention soit faite à la requête des parties inté-

BIU Cujas

ressées (1), savoir : par l'officier de l'état civil sur les deux registres, si l'acte en marge duquel la mention doit être faite, est de l'année ; sinon, par le même officier, sur le double déposé aux archives de la commune, et par le greffier du Tribunal, sur le double déposé au greffe, à l'effet de quoi, dans ce dernier cas, l'officier de l'état civil doit donner, dans les trois jours, avis de la mention, au Procureur du Roi près le Tribunal, qui veillera à ce qu'elle soit faite d'une manière uniforme sur les deux
49. doubles.

Quoique toutes les formalités mentionnées dans ce chapitre et dans le suivant soient de la plus grande importance, en raison de la solennité des actes auxquels elles s'appliquent, on n'a pas dû cependant attacher la peine de nullité à leur inobservation ; c'eût été faire dépendre l'état des citoyens de la négligence, ou peut-être même de la malveillance d'un officier de l'état civil. Mais comme il falloit néanmoins pourvoir d'une manière efficace à ce que les formes prescrites fussent observées, on s'est contenté d'établir une responsabilité qui pèse sur les personnes chargées de la tenue (2), de la garde (3) et de la surveillance (4) des registres.

Cette responsabilité a pour objet,

1°. Les simples contraventions aux règles établies ci-dessus, quand même elles ne résulteroient que de l'erreur ou de la négligence ; elles sont poursuivies devant le Tribunal civil, et punies
50. d'une amende qui ne peut excéder cent francs, sauf ce qui a été dit relativement à l'inscription des actes sur une feuille volante, et sans préjudice des dommages-intérêts des parties, s'il y a
1383. lieu (5) ;

2°. Les altérations ou faux (6) commis dans les actes : mais, à cet égard, il faut distinguer : si le dépositaire des registres est auteur ou complice des faux ou altérations, il est soumis aux peines portées par le Code Pénal, et de plus, aux dommages-intérêts envers les parties. Les mêmes peines ont lieu à l'égard de tout
52. individu coupable de pareil délit.

Si le dépositaire des registres n'est auteur ni complice, il demeure seulement responsable civilement (7) des altérations,

BIU Cujas

envers les parties intéressées, sauf son recours contre les auteurs du délit. 51.

La responsabilité dont il s'agit peut-être invoquée, non-seulement par les parties intéressées, mais encore d'office par le ministère public. Le Procureur du Roi est tenu de vérifier l'état des registres, lors du dépôt qui en est fait au greffe; de dresser procès-verbal sommaire de la vérification; et s'il aperçoit des contraventions ou délits, il doit les dénoncer, et requérir même d'office, s'il y a lieu, contre les officiers de l'état civil, la condamnation à l'amende (1). 53.

La connoissance de ces faits appartient, savoir: pour les délits, aux Cours Royales; et pour les simples contraventions, aux Tribunaux de première instance jugeant civilement, et non en police correctionnelle, et sauf l'appel, qui est, par la même raison, porté devant la chambre civile de la Cour Royale. (Art. 54, et *Avis du Conseil d'État, approuvé le 4 pluviose an* 12.) (2).

La Loi, en donnant aux Procureurs du Roi le droit de constater et de dénoncer les délits ou contraventions, et aux Tribunaux celui d'en prononcer la punition, ne leur donne pas, pour cela, la faculté de requérir ou d'ordonner d'office la rectification des registres, lorsqu'ils en sont susceptibles. Le droit de demander cette rectification appartient aux seules parties intéressées (3), qui doivent, dans ce cas, présenter requête au Pré- 99.
sident du Tribunal (4). Il y est statué sur rapport, et sur les conclusions du ministère public. Le Tribunal peut, s'il l'estime *Pr.* 855.
convenable, ordonner, avant faire droit, la mise en cause de ceux qui pourroient avoir intérêt à contester la rectification. Dans ce cas, la demande est formée par exploit, sans préliminaire de conciliation (5). Le Tribunal peut également ordonner, s'il y a lieu, la convocation d'un conseil de famille (6). *Pr.* 856.

Si la rectification est ordonnée, elle n'est point faite sur l'acte (7); mais expédition du jugement est remise à l'officier de l'état civil, dépositaire du registre contenant l'acte dont il s'agit, lequel est tenu d'inscrire de suite ledit jugement sur ses registres courans, et d'en faire mention en marge de l'acte réformé (8); et il ne 101.
peut plus, à compter de ce moment, et à peine de tous dom-

BIU Cujas

mages-intérêts, délivrer expédition de l'acte qu'avec les recti-
Pr. 857. fications ordonnées (1).

Tout jugement rendu sur une demande en rectification peut être attaqué par la voie de l'appel, par ceux qui y ont été parties. S'il n'y a point d'autre partie que le demandeur en rectification, et qu'il croie avoir à se plaindre du jugement, il peut, dans les trois mois de sa date, se pourvoir à la Cour Royale, par requête présentée au Président, lequel indiquera le jour auquel il sera statué.

L'arrêt est prononcé à l'audience, et sur les conclusions du
Pr. 858. ministère public.

Dans aucun cas, le jugement ou l'arrêt ne peut être opposé aux parties intéressées qui ne l'auroient point requis, ou qui
100. n'y auroient pas été appelées (2).

Les dispositions mentionnées jusqu'ici ne peuvent s'appliquer qu'aux actes passés sur le territoire français. Cependant, comme des Français peuvent naître, se marier, ou mourir en pays étranger, il a fallu pourvoir aux moyens d'assurer leur état. Des Étrangers peuvent être également tenus de justifier en France de leur état civil, et l'on a dû leur en procurer les moyens. En conséquence, tous actes de l'état civil des Français faits en pays étranger font foi, s'ils ont été rédigés d'après les formes usitées dans
47. ce pays (3), ou s'ils ont été reçus, conformément aux lois fran-
48. çaises, par les agens diplomatiques ou par les consuls français.

Quant aux actes de l'état civil des Etrangers, à plus forte raison font-ils foi, s'ils sont rédigés suivant les formes usitées
47. dans le pays où ils ont été passés.

Pour compléter le système général relatif à l'état civil, il ne reste plus à prévoir que le cas où il n'existe pas de registres, soit parce qu'il n'en a pas été tenu, soit parce qu'ils sont perdus. Alors la preuve de la non-existence des registres, ainsi que de la cause de cette non-existence, peut se faire, tant par titres que par témoins; et les parties ont également la faculté de prouver les naissances, mariages et décès, tant par titres, c'est-à-dire, principalement (4) par les registres et papiers
46. émanés des pères et mères décédés (5), que par témoins (6).

BIU Cujas

CHAPITRE II.

Des formalités particulières à chaque espèce d'Actes.

On peut distinguer quatre espèces d'actes de l'état civil:
Ceux de naissance,
d'adoption,
de mariage,
et de décès.

On ne trouve dans le Code aucune disposition particulière relative aux actes d'adoption, qui doivent cependant être inscrits sur les registres de l'état civil, comme ceux de naissance, etc. 359.

Probablement le motif de cette omission a été que, l'adoption devant être préalablement admise par un jugement, l'on a pensé que les dispositions générales concernant les actes de l'état civil devoient suffire, et qu'il étoit inutile de déterminer des formes particulières pour ces sortes d'actes, à l'égard desquels la marche de l'officier de l'état civil se trouve naturellement tracée par le jugement.

Quant aux actes de mariage, les formalités qui y sont relatives paroissent devoir être plus convenablement placées sous le titre de ce nom; nous n'aurons donc à parler ici que de celles qui concernent les actes de naissance et ceux de décès.

SECTION PREMIÈRE.

Des Actes de Naissance.

La première formalité à remplir lors de la naissance d'un enfant, c'est d'en faire la déclaration à l'officier de l'état civil du lieu. 55.

Cette déclaration doit être faite, dans les trois jours de l'accouchement, par le père; à son défaut, par les officiers de santé (1), sages-femmes, ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement; et si la mère est accouchée hors de son domicile, par

BIU Cujas

56. la personne chez qui elle est accouchée; et ce, sous peine d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de seize à trois cents francs. (*Code Pénal*, art. 346.)

L'enfant doit être en même temps présenté à l'officier de l'état
55. civil (1), qui rédige de suite l'acte de naissance en présence de
56. deux témoins.

Cet acte énonce : 1°. le jour, l'heure et le lieu de la naissance ;

2°. Le sexe de l'enfant, et les prénoms (2) qui lui sont donnés;

3°. Les prénoms, noms, professions, et domiciles de ses père
57. et mère (3), et des témoins.

Cependant l'énonciation du père ne doit avoir lieu qu'autant qu'il est présent (4), ou légalement certain (5) : autrement l'officier de l'état civil, ainsi qu'il résulte des principes établis ci-dessus, chap. I, sect. II, ne pourroit pas même recevoir, ni conséquemment insérer dans l'acte, la déclaration des comparans, relativement à la paternité (6). Si le père de l'enfant veut par la suite le reconnoître, il peut le faire, soit par un acte au-
334. thentique quelconque, soit par un acte passé devant l'officier de l'état civil, inscrit à sa date sur les registres, et dont il est
62. fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un (7).

Telles sont les formalités requises pour les cas ordinaires; mais il peut se présenter deux circonstances qui exigent des dispositions particulières.

La première est celle de l'exposition d'un enfant. Toute personne qui trouve un enfant nouveau-né, doit, sous peine d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de seize à trois cents francs (*Code Pénal*, n° 347), remettre ledit enfant à l'officier de l'état civil, avec les vêtemens et autres effets trouvés sur lui, et déclarer toutes les circonstances du temps
58. et du lieu où il a été trouvé. Cependant l'obligation de remettre l'enfant n'est point applicable à celui qui a consenti à se charger de l'enfant, et qui en a fait la déclaration devant la municipalité du lieu où l'enfant a été trouvé. (*Code Pénal*, art. *précité*, 347.)

L'officier de l'état civil dresse du tout un procès-verbal détaillé, qu'il inscrit sur ses registres, et qui énonce en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui sont don-

BIU Cujas

nés, et l'autorité civile à laquelle il est remis (1), si la personne qui l'a trouvé, ne consent point à s'en charger. 58.

Le deuxième cas est celui d'un accouchement sur mer. Il y a à cet égard deux espèces de formalités: les unes doivent être observées au moment de la naissance;

Elles consistent: 1°. à dresser l'acte de naissance dans les vingt-quatre heures, en présence du père, s'il est sur le bâtiment, et de deux témoins pris parmi les officiers dudit bâtiment, ou à défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte est rédigé, sur les bâtimens du Roi, par l'officier d'administration, et sur ceux du commerce, par le capitaine, maître, ou patron (2).

Et 2°. à inscrire cet acte à la suite du rôle d'équipage (3). 59.

Les autres formalités ne peuvent avoir lieu qu'à terre. En conséquence, à l'arrivée du bâtiment, dans le port de désarmement, comme le rôle d'équipage doit, aux termes des réglemens maritimes, être déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime, cet agent est tenu d'envoyer une expédition de l'acte de naissance de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère si le père est inconnu. L'officier inscrit de suite cette expédition sur ses registres. 61.

Mais comme, avant d'arriver au port de désarmement, le bâtiment peut venir à relâcher dans un autre port, soit français, soit étranger, et qu'il importe de soustraire, le plus tôt possible, l'acte de naissance aux dangers de la mer, il est enjoint:

1°. Aux officiers d'administration, capitaines, maîtres ou patrons, à leur arrivée au premier port, de déposer au bureau du préposé à l'inscription maritime, si c'est en France, ou entre les mains du Consul français, si c'est dans l'étranger, deux expéditions authentiques (4) des actes de naissance qu'ils ont reçus dans la traversée;

2°. Au préposé ou au Consul, de déposer une de ces expéditions à son bureau ou à sa chancellerie (5), et d'envoyer l'autre au Ministre de la marine, qui transmet copie de chacun de ces actes, par lui certifiée, à l'officier de l'état civil du domicile du père, ou de la mère si le père est inconnu; laquelle copie est de suite inscrite par cet officier sur ses registres. 60.

BIU Cujas

SECTION II.

Des Actes de Décès.

Aussitôt qu'une personne est décédée, il en doit être fait déclaration à l'officier de l'état civil, qui est tenu de s'assurer du décès, soit en se transportant auprès du cadavre, soit par le
77. rapport d'un officier de santé commis par lui.

Si le décès est constant, et qu'il n'y ait aucun indice de mort violente, il délivre, sur papier libre et sans frais, l'autorisation d'inhumer : l'inhumation ne peut avoir lieu que sur cette autorisation (1), et vingt-quatre heures seulement après le décès,
Ibid. sauf les cas prévus par les réglemens de police. Ceux qui auroient fait inhumer, sans autorisation préalable, un individu décédé, ou qui contreviendroient, de quelque manière que ce fût, à la Loi et aux réglemens relatifs aux inhumations précipitées, sont punis d'un emprisonnement de six jours à deux mois et d'une amende de seize à cinquante francs. (*Code Pénal*, art. 358.)

En délivrant la permission d'inhumer, l'officier de l'état civil dresse l'acte de décès, sur la déclaration de deux témoins qui sont, s'il est possible, les deux plus proches parens, ou voisins du défunt. Si l'individu est décédé hors de son domicile, la personne chez qui il est mort, doit être un des témoins, si
78. elle réunit d'ailleurs les qualités requises.

L'acte du décès contient 1°. les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée, ainsi que des déclarans ; et, s'ils sont parens, leur degré de parenté ;

2°. Les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée, étoit mariée, veuve, ou divorcée (2) ;

3°. Autant qu'on pourra le savoir, le lieu de la naissance du décédé, ainsi que les prénoms, noms, profession et domicile
79. de ses père et mère.

Telles sont les seules formalités requises pour les cas ordinaires (3).

Les cas extraordinaires sont au nombre de six.

1°. Lorsqu'il y a des indices de mort violente, ou d'autres

BIU Cujas

circonstances qui donnent lieu de la soupçonner ; alors l'autorisation d'inhumer ne peut être délivrée qu'après qu'il a été dressé, par un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, procès-verbal de l'état du cadavre, et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignemens qui auront pu être recueillis sur les prénoms, nom, âge, profession, domicile et lieu de naissance de la personne décédée. 81.

L'officier de police transmet de suite à l'officier de l'état civil du lieu où le cadavre a été trouvé, tous ceux des renseignemens énoncés dans son procès-verbal, qui sont seulement relatifs à l'état civil du décédé (1). 82.

D'après ces renseignemens, l'acte de décès est rédigé dans la forme ordinaire, et sans aucune mention du genre de mort (2). 85.

Expédition de cet acte est envoyée par l'officier de l'état civil qui l'a rédigé, à celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu, lequel est tenu de l'inscrire sur ses registres. 82.

Le deuxième cas est celui d'exécution à mort par suite d'un jugement criminel. Le greffier doit, dans les vingt-quatre heures de l'exécution, envoyer à l'officier de l'état civil du lieu où elle s'est faite, les renseignemens nécessaires pour la rédaction de l'acte de décès. 83.

Ces renseignemens doivent être, comme dans le premier cas, uniquement relatifs à l'état civil du condamné : tout autre détail est absolument inutile à l'officier de l'état civil, qui ne peut que rédiger l'acte dans les formes ordinaires, et sans aucune mention du genre de mort. 85.

Troisième cas : Décès dans les hôpitaux militaires (3) ou civils, ou autres maisons publiques (4). Les directeurs de ces maisons sont tenus d'en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil de l'arrondissement, qui remplit les formalités requises pour s'assurer du décès, et en dresse l'acte à l'ordinaire (5), d'après les déclarations qui lui sont faites et les renseignemens qu'il peut se procurer : il en envoie une expédition à l'officier de l'état civil du domicile actuel, ou du dernier domicile du décédé, s'il est connu, lequel l'inscrit sur ses registres : les mêmes déclarations et renseignemens sont en outre consignés

BIU Cujas

sur des registres particuliers, tenus dans lesdits hôpitaux et
80. maisons.

Quatrième cas : Décès dans les prisons, maisons de réclusion ou de détention. Il en doit être donné sur-le-champ avis par les concierges ou gardiens, à l'officier de l'état civil de l'arrondissement, qui est tenu de se conformer aux dispositions prescrites pour le cas précédent, tant pour constater le décès, que pour
84. en rédiger l'acte, dans lequel il ne doit pas être fait mention du
85. lieu du décès.

Cinquième cas : Décès sur mer. Les formalités sont absolument les mêmes que pour les actes de naissance, tant pour la
86. } rédaction de l'acte, que pour son dépôt au premier port de re-
87. } lâche, ou à celui de désarmement (1).

Enfin, le sixième cas est lorsqu'on présente à l'officier de l'état civil le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée. Ce cas n'avoit pas été prévu par le Code ; il y a été pourvu par un décret du 4 juillet 1806 (*Bulletin*, n°. 1744), portant que l'acte dressé en cette occasion doit être inscrit à sa date sur les registres de décès ;

Que l'officier de l'état civil ne doit pas y exprimer qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie ;

Qu'il doit de plus y inscrire la déclaration des témoins, touchant les noms, prénoms, qualités et demeures des père et mère, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère, sans qu'il puisse néanmoins résulter des diverses énonciations qui pourront être faites, aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non.

CHAPITRE III.

Des Règles particulières relatives aux Actes de l'État Civil concernant les militaires hors du territoire français.

Tant que les armées sont sur le territoire français, il n'y a point de raison d'exempter les militaires qui les composent, de

BIU Cujas

l'exécution des règles prescrites pour constater l'état civil de tous les citoyens en général (1).

Mais ces mêmes règles ne peuvent plus leur être appliquées, quand les armées sont sur le territoire étranger. A la vérité, nous avons vu que les actes de l'état civil des Français, faits en pays étranger, sont valables quand ils ont été rédigés suivant les formes usitées dans le pays où ils ont été reçus : mais l'on a observé avec raison, que le militaire sous le drapeau (2) n'est jamais présumé être dans l'étranger, parce que, *où est le drapeau, là est la France.*

En conséquence, on a dû, en assujettissant d'ailleurs les militaires aux règles générales, apporter à ces mêmes règles les modifications commandées par les circonstances. 88.

Ces modifications sont relatives : 1°. *aux personnes qui doivent remplir, dans ce cas, les fonctions d'officier de l'état civil.* C'est, pour les militaires attachés à un corps, le major (3), si le corps est au moins d'un bataillon ou escadron ; dans les autres corps, le capitaine commandant ; et pour les officiers sans troupe et les employés de l'armée, l'intendant militaire. 89.

En cas de décès dans les hôpitaux militaires, ambulans ou sédentaires, l'acte est rédigé par le directeur de l'hôpital, et envoyé par lui au major, ou à l'intendant, suivant la qualité du décédé. 97.

2°. *A la tenue des registres.* Il en est tenu un (4) dans chaque corps pour les individus de ce corps, et un à l'état-major de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupe et les employés. Ils sont cotés et paraphés, savoir : ceux de 90. chaque corps, par l'officier qui le commande (5) ; et celui de l'état-major, par le chef de l'état-major général. Ils sont con- 91. servés de la même manière que les autres registres des corps et états-majors ; et à la rentrée sur le territoire français, ils sont déposés aux archives de la guerre. 90.

3°. *Aux formalités particulières à chaque nature d'acte.* Ainsi, les naissances doivent être déclarées dans les dix jours de l'accouchement. 92.

Les publications de mariage doivent être faites, suivant la

BIU Cujas

règle générale, au lieu du dernier domicile (1) des parties; et elles sont en outre mises, vingt-cinq jours avant la célébration, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps; et pour les autres, à celui de l'armée ou du corps
94. d'armée.
96. Enfin, trois témoins sont exigés pour les actes de décès.

4°. *A la manière de faire connoître aux familles les changemens arrivés dans l'état des membres qui les composent.* A cet effet, l'officier chargé de la tenue du registre doit en adresser extrait, savoir :

Pour les naissances, dans les dix jours de l'inscription, à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père, ou de la mère,
93. si le père est inconnu.

Pour les mariages, immédiatement après l'inscription de l'acte de célébration (2), à l'officier de l'état civil du dernier
95. domicile de chacun des époux.

Et pour les décès, dans les dix jours de l'inscription de
96. } l'acte (3), à l'officier de l'état civil du dernier domicile du dé-
97. } cédé (4).

Dans ces différens cas, tout officier de l'état civil qui reçoit de l'armée l'expédition d'un acte, est tenu de l'inscrire de suite
98. sur ses registres (5).

Il faut, au surplus, bien observer que les dispositions du présent chapitre ne sont applicables qu'aux militaires et autres
88. personnes employées à la suite des armées (6).

BIU Cujas

TITRE IV.

Du Domicile (1).

Le domicile civil (2) du Français (3) est, en général, au lieu où il a son principal établissement. 102.

Le premier domicile est celui d'origine. Il se forme de plein droit au moment de la naissance : il est le même que celui du père, ou de la mère si le père est inconnu (4) ; et il se conserve ainsi jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'individu (5).

Mais une fois majeur ou émancipé, il est libre d'en changer ; et comme la résidence et le domicile peuvent être distincts l'un de l'autre (6), la difficulté consiste à déterminer les indices servant à faire connoître le lieu du véritable domicile.

L'article 103 décide en principe général, que le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement (7).

Le fait du changement d'habitation est ordinairement facile à constater ; il n'est pas aussi aisé d'établir l'intention.

En effet l'article 104 statue bien que la preuve de l'intention résulte d'une déclaration expresse faite, tant à la municipalité du lieu que l'on quitte, qu'à celle du nouveau domicile. Mais comme cette déclaration n'est pas facultative, et qu'on ne pouvoit la rendre impérative, parce qu'il eût fallu attacher une peine à son omission, ce qui eût été difficile, on a dû se contenter de décider qu'à défaut de déclaration, la preuve de l'intention dépendroit des circonstances. 105.

Quelles sont maintenant les circonstances qui peuvent faire présumer l'intention de changer de domicile ? Cette question se compose de détails si variés et si multipliés (8), qu'il est impossible de rien prononcer de positif à cet égard. La solution en est donc laissée entièrement à l'arbitrage du juge ; et il n'a été prévu que deux cas dans lesquels la présomption légale (9) de changement de domicile doit avoir lieu.

BIU Cujas

Le premier, est celui d'un majeur ou d'un mineur émancipé, demeurant dans la même maison que la personne chez laquelle il sert ou travaille habituellement; s'il est capable d'avoir un domicile particulier (1), il est présumé
109. avoir le même que celui de cette personne (2);

Le deuxième cas est celui de l'acceptation, par un individu, de fonctions publiques qu'il ne peut exercer sans quitter le lieu de sa résidence ordinaire. Mais alors même il faut distinguer: Si les fonctions sont à vie et non révocables (3), l'acceptation seule (4) emporte translation immédiate du domicile dans le lieu
107. où les fonctions doivent être exercées, parce que l'on doit supposer au fonctionnaire l'intention de remplir ses devoirs dans toute leur étendue, et d'y consacrer sa vie entière.

C'est par une suite de ce principe, que la femme, par le fait seul de son mariage, change de domicile, et prend de plein droit
108. celui de son mari (5).

Si, au contraire, les fonctions sont temporaires ou révocables, la présomption cesse d'avoir lieu, et le fonctionnaire n'est censé avoir changé de domicile, qu'autant qu'il en a manifesté
106. d'ailleurs l'intention.

Il résulte de ce que nous venons de dire: 1°. Que, pour acquérir domicile, il faut l'intention jointe au fait de l'habitation
103. réelle (6); mais que l'intention seule suffit pour le conserver, quand il est une fois acquis (7);

2°. Que, conséquemment, ceux dans lesquels la Loi ne reconnoît point de volonté, ne peuvent se choisir un domicile. C'est pour cette raison que le mineur non émancipé ne peut en
108. } avoir d'autre que celui de ses père et mère, ou tuteur; et le
505. } majeur interdit, celui de son tuteur (8);

3°. Enfin, que le domicile étant le lieu du principal établisse-
110. ment, ce doit être aussi le lieu de l'ouverture de la succession (9).

Il arrive souvent, lors de la passation d'un acte (10), que les parties, ou l'une d'elles, se choisissent, pour l'exécution de cet acte, un autre domicile que celui qu'elles ont réellement. Ce domicile se nomme domicile élu, conventionnel, ou d'élection.

BIU Cujas

Cette stipulation n'ayant rien de contraire à l'ordre public, est admise; et son effet est de valider les significations, demandes, et poursuites faites au domicile élu (1), et en outre de déterminer la compétence du juge de ce domicile: mais cet effet doit être restreint aux affaires relatives à l'exécution de l'acte dans lequel l'élection de domicile a eu lieu (2). III.

BIU Cujas

TITRE V.

Des Absens.

On entend par *absent*, dans le langage ordinaire, celui qui est hors du lieu de sa résidence, soit que l'on ait, ou non, de ses nouvelles (1); mais dans le style des Lois, et notamment dans le présent Titre, l'*absent* est celui qui a été déclaré tel par sentence du juge. Cette déclaration ne peut avoir lieu qu'autant qu'on ignore l'existence ou le décès de l'individu, et qu'il s'est écoulé en outre le temps déterminé par la Loi, sans qu'il ait été reçu de ses nouvelles.

Ce temps est de cinq ans, au moins, si la personne n'a point
115. 119. laissé de procuration, et de onze ans, si elle en a laissé une, quand même cette procuration viendroit à cesser (2) avant
121. 122. l'expiration du délai (3).

Pendant cet intervalle, l'individu est seulement *présumé absent;* et alors, s'il n'y a pas de procuration, ou si elle vient à cesser, et qu'il y ait nécessité (4) de pourvoir, en tout ou en partie (5), à l'administration de ses biens, il y est statué par le Tribunal du domicile de l'absent (6), sur la demande des parties
112. intéressées (7), et de la manière qui est jugée la plus convenable, suivant les circonstances (8). Les juges ont à cet égard la plus grande latitude; mais ils ne doivent user de ce droit qu'avec une extrême circonspection (9), et les mesures doivent se borner à celles qui sont strictement nécessaires pour le moment. La loi a seulement prévu le cas où l'absent présumé seroit intéressé dans une succession ouverte avant sa disparition (10); et alors le Tribunal doit, à la requête de la partie la plus diligente, commettre un notaire, chargé de représenter (11) l'absent présumé dans toutes les opérations relatives à ladite
113. succession.

Le ministère public est, en outre, spécialement chargé de veiller aux intérêts des absens présumés. Il peut donc prendre, même par voie d'action, toutes les mesures qu'il juge conve-

BIU Cujas

nables dans leur intérêt ; et il doit être entendu sur toutes les demandes qui les concernent. 114.

L'attention du Législateur a dû se porter également sur les enfans de l'absent présumé, s'il en existe. Cependant, si c'est la mère qui a disparu, et que le père soit vivant, comme les enfans restent alors sous la protection de celui auquel la nature et la loi ont confié leur défense, toute disposition ultérieure est inutile. Il n'y a donc à prévoir que le cas de disparition du père ; et il est naturel alors de réunir ses droits à ceux de la mère, et d'abandonner en conséquence à celle-ci la surveillance de l'éducation et l'administration des biens de ses enfans (1). 141.

Si la mère est décédée avant la disparition du père, ou si elle vient à décéder depuis (2), l'administration de la personne et des biens des enfans est déférée par le conseil de famille à l'ascendant le plus proche (3), ou à défaut d'ascendans, à un tuteur provisoire. Mais comme cette mesure peut avoir pour effet de procurer à des étrangers les moyens de s'immiscer dans les affaires de l'absent, ce que la Loi n'autorise que très-difficilement avant la déclaration d'absence, on a décidé que cette tutelle ne seroit déférée, même aux ascendans, que six mois après la disparition du père (4). 142.

Si les enfans sont d'un premier lit de l'époux absent, l'existence du second époux devient une circonstance indifférente, et il y a lieu d'appliquer les règles qui viennent d'être établies en dernier lieu. 143.

Telles sont les mesures prescrites pour la première période, celle de la présomption d'absence (5). Mais lorsqu'il s'est écoulé un certain temps sans que l'on ait reçu des nouvelles de l'absent, quoique sa mort soit encore incertaine, néanmoins il n'est plus possible de laisser les biens dans un état de suspension nuisible ; mais aussi, comme l'administration de ces biens va être confiée à des mains étrangères, qui auront droit, en outre, de s'approprier une portion des fruits, il doit être pris des mesures particulières, dont le but est, d'abord, de constater que le délai fixé par la Loi est écoulé, sans qu'il ait été reçu de nouvelles de l'absent ; et en second lieu de lui garantir, en cas de retour, la restitution de ses biens.

BIU Cujas

Pour faire connoître ces mesures, ainsi que les effets de l'absence, nous diviserons en trois chapitres ce qui nous reste à dire sur cette matière.

Nous traiterons, dans le premier, de la déclaration d'absence, et de l'envoi en possession qui en est la suite.

Ce premier envoi n'étant que provisoire, doit lui-même avoir un terme. Nous ferons connoître, dans un second chapitre, comment et à quelle époque il peut devenir définitif, et quels sont alors ses effets.

Enfin, un troisième chapitre exposera les effets de l'absence, relativement au mariage de l'absent et aux droits qui peuvent lui échoir.

CHAPITRE PREMIER.

De la Déclaration d'absence, et de l'Envoi en possession provisoire.

Quatre ans après la disparition ou les dernières nouvelles (1), ou au bout de dix ans, à compter de la même époque, si l'absent a laissé une procuration, *les parties intéressées* (2) peuvent se pourvoir devant le Tribunal du domicile de l'absent pour faire
115. 121. déclarer l'absence.

Sur leur requête, à laquelle doivent être joints les pièces et
117. documens, s'il en existe, le Tribunal ordonne, s'il y a lieu (3), qu'une enquête soit faite contradictoirement avec le Procureur du Roi (4), dans l'arrondissement du domicile de l'absent, et
116. dans celui de sa résidence (5), s'ils sont distincts l'un de l'autre.

Ce jugement est adressé, aussitôt qu'il est rendu, par le Pro-
118. cureur du Roi, au Ministre de la Justice, qui le rend public (6).

Le jugement de déclaration d'absence ne peut être rendu
119. qu'un an après le jugement qui a ordonné l'enquête (7); il est adressé au Ministre de la Justice, et rendu public comme le
118. premier (8).

En vertu de ce dernier jugement, les ayant-droit peuvent, en donnant caution pour la sûreté de leur administration (9), se faire envoyer (10) en possession provisoire des biens qui appar-

BIU Cujas

tenoient à l'absent au jour de sa disparition, ou de ses dernières nouvelles (1).

Mais pour déterminer quelles sont les personnes qui ont droit de demander et d'obtenir cet envoi, il est nécessaire d'établir ici un principe général, qui servira d'ailleurs à résoudre plusieurs difficultés qui peuvent se rencontrer dans la matière de *l'absence*.

Ce principe est, que l'absent qui ne reparoît point et qui ne donne point de ses nouvelles, est, excepté pour ce qui concerne son mariage et les droits de son conjoint (2), réputé mort du jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (3). De-là il résulte : 1°. Que l'envoi en possession doit être accordé, non pas à ceux qui se trouvent ses héritiers au moment de la déclaration d'absence, mais à ceux qui l'étoient au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (4), leurs successeurs (5) ou ayant-cause (6) ; à la charge, toutefois, s'il venoit à être prouvé que l'absent est décédé postérieurement, de rendre sa succession à ceux qui étoient ses héritiers au moment du décès effectif (7) ;

2°. Que, si l'absent a laissé un testament, il doit être ouvert (8) à la réquisition, soit des parties intéressées (9), soit du Procureur du Roi (10) ;

3°. Enfin, que par suite de la présomption de mort de l'absent, ses légataires, ses donataires (11), et généralement tous ceux qui ont, sur ses biens, des droits subordonnés à la condition de son décès, peuvent les exercer provisoirement, à la charge de donner caution (12).

Ces effets de la déclaration d'absence sont néanmoins suspendus dans un cas (13) ; c'est celui où, l'absent étant marié et commun en biens (14), l'époux présent demande la continuation de la communauté : ce dernier est alors autorisé à prendre ou à conserver (15) de préférence l'administration des biens de l'absent (16) ; et il empêche par-là l'envoi en possession, ainsi que l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès.

Si, au contraire, l'époux présent demande la dissolution provisoire de la communauté, il se borne à exercer tous les droits légaux (17) ou conventionnels (18), auxquels la mort de l'absent

BIU Cujas

auroit donné ouverture, à la charge de donner caution pour
124. les choses susceptibles de restitution (1); et l'envoi en possession a lieu, comme à l'ordinaire, au profit des ayant-droit (2).

Il est, au surplus, à remarquer que la faculté accordée à l'époux présent, d'opter, au moment de la déclaration d'absence, pour la continuation de la communauté, peut être exercée par la femme, sans préjudicier au droit qu'elle a de
Ibid. renoncer ensuite à cette même communauté (3).

Après l'envoi en possession, ou l'option pour la continuation de la communauté, les envoyés, ou l'époux, étant les représentans légaux de l'absent, c'est contr'eux que doivent être poursuivis tous les droits que les tiers auroient à exercer contre lui (4).
134.

La possession provisoire accordée aux envoyés ou à l'époux commun en biens (5), n'est toujours qu'un dépôt (6) qui leur donne seulement l'administration des biens de l'absent, et qui les rend comptables, envers qui de droit (7), de cette même
125. administration: de là plusieurs formalités requises pour constater la quotité des biens et en garantir la restitution.

La première, est l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent (8). Il y est procédé à la requête des envoyés en possession, ou de l'administrateur légal (9), et en présence du Procureur du Roi, ou d'un juge de paix requis par lui.

La deuxième: Vente de tout ou partie du mobilier (10), suivant que le Tribunal le juge convenable (11).

126. La troisième: Emploi du prix, ainsi que des fruits échus (12).

La quatrième: Les immeubles (13) de l'absent ne peuvent,
128. tant que dure l'envoi provisoire, être aliénés ni hypothéqués, si ce n'est pour les causes et dans les formes établies par la Loi (14),
2126. ou en vertu de jugement (15): ceux qui en jouissent, doivent les administrer en bons pères de famille, et les rendre, s'il y a lieu, dans l'état où ils les ont reçus, sauf les détériorations survenues par cas fortuit ou par vétusté; ils peuvent, d'ailleurs, pour leur propre sûreté, requérir, lors de leur entrée en jouissance, que l'état desdits immeubles soit constaté par un expert que le Tribunal désigne, et dont le rapport doit être homologué (16) en
126. présence du Procureur du Roi, le tout aux frais de l'absent.

BIU Cujas

A défaut de cette formalité, ils sont censés avoir reçu les immeubles en bon état, et sont tenus de les rendre de même (1).

Telles sont les précautions prises pour assurer les droits de l'absent. Mais si, d'un côté, les obligations imposées aux envoyés en possession doivent être rigoureuses, de l'autre il eût été injuste que leur administration fût purement gratuite, tellement qu'en cas de restitution ils fussent obligés de rendre la totalité des bénéfices provenant de cette même administration: on a donc dû leur présenter quelques avantages, sans imposer cependant à l'absent des sacrifices trop considérables.

Tel est le motif de la disposition qui accorde à tous ceux qui ont joui provisoirement des biens de l'absent (2), les quatre cinquièmes des revenus (3) de ces biens, si l'absent reparoît (4) dans les quinze ans à compter du jour de sa disparition (5); les neuf dixièmes après les quinze ans, et la totalité après trente ans d'absence. 127.

Dans tous les cas, les effets de la déclaration d'absence cessent du moment que l'absent reparoît ou que son existence est prouvée (6); sauf à prendre, dans ce dernier cas, s'il y a lieu, les mesures conservatoires prescrites pour le temps qui a précédé cette déclaration. 131.

CHAPITRE II.

De l'Envoi en possession définitif, et de ses Effets.

Si l'absent ne reparoît pas, comme l'envoi provisoire et l'administration légale ne sont que des états précaires qui ne peuvent se prolonger indéfiniment, il a dû être fixé un terme après lequel ils doivent cesser: ce terme est de trente ans, à compter de l'envoi provisoire ou de l'administration légale; ou de cent ans, à compter du jour de la naissance de l'absent, si la centième année vient à se compléter avant l'expiration des trente ans (7). 129.

Après ce délai, les cautions sont déchargées; si la communauté a été continuée, elle est dissoute: tous les ayant-droit peuvent demander le partage des biens de l'absent (8), et faire

BIU Cujas

129. prononcer par le Tribunal (1) l'envoi en possession définitif, dont l'effet est de leur transmettre la propriété, et par conséquent la libre disposition des biens de l'absent.

Mais cette propriété, quoique très-réelle, puisqu'elle leur
132. donne le droit d'aliéner irrévocablement (2), n'est cependant pas incommutable dans leur personne; elle est résoluble dans deux cas:

Ibid. 1°. Si l'absent reparoît, ou si l'on a de ses nouvelles;

2°. S'il se présente des enfans ou autres descendans de lui (3)
133. qui ne fussent pas connus lors de l'envoi définitif. Mais il y a cette différence entr'eux et l'absent, que ce dernier peut exercer son droit de répétition dans tous les temps sans pouvoir être écarté par aucune prescription, au lieu que ses enfans ou descendans ne sont admis, qu'autant qu'ils se présentent dans les
Ibid. trente ans (4), à compter de l'envoi définitif (5).

Dans tous les cas, l'absent ou ses descendans ne peuvent se faire restituer que les biens existans encore entre les mains des envoyés en possession, et dans l'état où ils se trouvent alors (6), le prix de ceux qui ont été aliénés (7), ou ceux qui proviennent
132. du remploi, mais non ceux qui ont été acquis par des tiers.

CHAPITRE III.

Des Effets de l'Absence, relativement au mariage de l'absent, et aux droits qui peuvent lui écheoir pendant sa disparition.

SECTION PREMIÈRE.

Des Effets de l'Absence, relativement aux droits échus à l'absent pendant sa disparition.

Nous avons dit précédemment que le principe général en matière d'absence, était, que l'absent qui ne reparaissoit pas, étoit présumé mort du jour de sa disparition; c'est donc à celui qui veut exercer un droit subordonné à la condition de son existence, à prouver qu'il existoit (8) à l'époque à laquelle le droit
135. s'est ouvert.

BIU Cujas

En appliquant ce principe aux objets dont il s'agit dans la présente section, les dispositions qui y sont relatives vont en découler naturellement.

En effet, s'ouvre-t-il une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue (1), comme on ne peut succéder à quelqu'un, qu'autant qu'on lui a survécu, il est 725.
clair que cette succession ne peut être réclamée du chef de l'individu dont il s'agit, qu'autant qu'il sera prouvé qu'il existoit quand elle a été ouverte, et qu'à défaut de cette preuve, elle 135.
est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels l'absent auroit eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auroient recueillie à 136.
son défaut (2); sauf à lui, ses représentans ou ayant-cause, à réclamer (3), dans le délai de la prescription (4), les fonds et les 137.
capitaux (5), mais non les fruits qui appartiennent en toute propriété à ceux qui ont recueilli la succession, s'ils les ont perçus de bonne foi (6). 138.

Ce principe s'applique, sans exception, à tous les droits qui peuvent s'ouvrir depuis la disparition de l'absent, et auxquels il eût participé, s'il eût été présent. 135.

SECTION II.

Des Effets de l'Absence relativement au mariage de l'absent.

En établissant précédemment le principe qui répute l'absent mort du jour de sa disparition, nous avons fait observer qu'il ne s'appliquoit pas au mariage de l'absent ni aux droits de son époux. L'on sent, en effet, combien il seroit dangereux de déclarer un mariage dissous, et de permettre à un époux de convoler en secondes noces, sur la foi d'une simple présomption. En conséquence, quelque longue qu'ait été l'absence, l'époux présent ne peut se remarier tant qu'il n'apporte pas la preuve légale du décès de son premier époux.

Cependant, si, d'un côté la présomption de mort ne peut jamais suffire pour autoriser un nouveau mariage, de l'autre, l'incertitude de la vie ne permet pas que l'on trouble inconsidérément le second mariage une fois contracté.

BIU Cujas

Si donc, nonobstant la prohibition il a été contracté de fait un second mariage, soit en trompant l'officier de l'état civil, soit de concert avec lui, l'acte est, à la vérité, illicite, puisqu'il a été fait contre la disposition de la Loi; mais comme la nullité réelle et effective de ce second mariage est subordonnée à la preuve de l'existence du premier époux, il a été décidé, avec raison, que cet époux seul seroit recevable (1) à l'attaquer, soit par lui-même, soit par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son exis-
139. tence (2).

BIU Cujas

TITRE VI.

Du Mariage (1).

Le mariage peut être défini l'union légitime de l'homme et de la femme.

Nous aurons donc à examiner :

1°. Quelles sont les conditions nécessaires pour que cette union soit légitime ;

2°. Comment peut et doit se faire la preuve que le mariage a été légitimement contracté ;

3°. Les conditions requises pour le mariage n'ayant pas toutes une égale influence sur sa validité, nous ferons connoître quelles sont celles dont le défaut peut entraîner la nullité du mariage, et par quelles personnes les moyens de nullité peuvent être proposés ;

4°. Nous déterminerons les effets du mariage légitimement contracté ;

5°. Enfin, nous exposerons comment cette union peut se dissoudre.

Le présent Titre sera, en conséquence, divisé en cinq chapitres.

Le premier traitera des conditions requises pour la légitimité du mariage ;

Le deuxième de la preuve du mariage ;

Le troisième des nullités du mariage ;

Le quatrième, de ses effets ;

Et le cinquième, de sa dissolution.

Observons, avant tout, qu'il est défendu à tout ministre d'un culte quelconque, de procéder aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil, sous peine pour la première fois, d'une amende de seize à cent francs ;

BIU Cujas

D'un emprisonnement de deux à cinq ans, pour la première récidive;

Et de la déportation, pour la seconde. (*Code Pénal*, art. 199 et 200.)

CHAPITRE PREMIER.

Des Conditions requises pour la légitimité du mariage.

Cinq conditions sont requises pour que le mariage soit légitime:

1°. L'âge compétent des parties contractantes;

2°. Leur consentement;

3°. Le consentement de ceux à l'autorité desquels ils sont soumis;

4°. Qu'il n'y ait point d'empêchement;

5°. L'observation de toutes les formalités prescrites par la Loi.

Nous allons exposer séparément les règles relatives à ces cinq conditions (1).

SECTION PREMIÈRE.

De l'Age compétent pour le mariage.

L'âge requis pour le mariage est de dix-huit ans révolus pour
144. les hommes, et de quinze ans aussi révolus pour les femmes (2), sauf le cas des dispenses, qui peuvent être accordées par le Roi
145. pour des motifs graves.

Les formalités relatives à ces dispenses sont déterminées par l'arrêté du 20 prairial an 11 (*Bulletin*, n°. 2792), ainsi qu'il suit:

1°. La pétition doit être remise au Procureur du Roi près le Tribunal du domicile du pétitionnaire;

2°. Ce magistrat met son avis au pied de la pétition, qui est ensuite adressée au Ministre de la Justice;

3°. Le ministre en fait le rapport au Roi, qui statue;

4°. Si la dispense est accordée, l'Ordonnance est, à la diligence du Procureur du Roi, et en vertu d'Ordonnance du Président, enregistrée au greffe du Tribunal de l'arrondissement dans lequel le mariage sera célébré;

BIU Cujas

5°. Enfin, expédition, dans laquelle il est fait mention de l'enregistrement, demeure annexée à l'acte de célébration du mariage.

SECTION II.

Du Consentement des contractans.

Le mariage étant, comme nous l'avons dit, l'union de deux personnes, et toute union supposant nécessairement le consentement des personnes qui s'unissent, il est clair qu'il n'y a pas de mariage, quand ce consentement n'existe pas (1). Mais comme d'un autre côté le consentement n'est point valable quand il a été donné par erreur ou extorqué par violence, il en résulte que le mariage peut être annulé, quand il a été contracté par suite d'une crainte grave (2), ou d'une erreur quant à la personne. Nous verrons, au troisième chapitre, par qui, et dans quel délai la nullité peut être demandée. 146. 1109. 180.

SECTION III.

Du Consentement de ceux auxquels les contractans sont soumis.

Le mariage étant un contrat par lequel chacun des époux dispose de sa personne, et souvent même de ses biens, il ne peut avoir lieu, si les contractans sont mineurs, qu'avec le consentement de ceux auxquels ils sont soumis.

Lorsqu'il existe des acendans, la minorité pour le mariage (3) dure jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les hommes, et de vingt-un ans, aussi accomplis, pour les femmes.

Tant que les contractans n'ont pas atteint cet âge, ils sont obligés d'obtenir le consentement de leurs ascendans, dans l'ordre qui suit:

Premièrement, celui de leurs père et mère: en cas de dissentiment, l'avis du père doit l'emporter (4); si le père est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté (5), le consentement de la mère suffit (6). 148. 149.

Secondement, à défaut du père et de la mère (7), l'on exige

BIU Cujas

le consentement des aïeuls ou aïeules, et ainsi de suite (1). En cas de dissentiment dans la même ligne (2), l'avis de l'ascendant mâle est préféré. S'il y a dissentiment entre les deux lignes (3),
150. ce partage emporte consentement (4).

Lorque tous les ascendans sont morts (5), ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, la majorité pour le mariage est fixée, comme pour les autres actes civils, à vingt-un ans accomplis pour les hommes et les femmes indistinctement. (*Pour la manière de justifier du décès des ascendans, quand il est impossible de s'en procurer l'acte, voyez ci-après l'avis du Conseil d'État, approuvé le 4 thermidor an* 13, Bulletin, n°. 858.) Jusqu'à cet âge, ils doivent obtenir le consentement du conseil
160. de famille (6). Pour assurer l'exécution de ces dispositions, outre la nullité du mariage, qui peut avoir lieu, ainsi que nous le verrons ci-après, il est encore prononcé une peine contre tout officier de l'état civil qui auroit célébré un mariage, sans énoncer dans l'acte le consentement des personnes désignées ci-dessus dans les cas où il est requis (7); cette peine est une amende de seize à trois cents francs, et un emprisonnement de
156. six mois au moins, et d'un an au plus. (*Code Pénal*, art. 193.)

Mais quoique la Loi n'exige pas absolument le consentement des ascendans pour le mariage des hommes majeurs de vingt-cinq ans, et des femmes majeures de vingt-un, cependant, comme
371. l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ces ascendans, elle lui impose l'obligation de demander leur conseil (8), même
151. quand il a atteint la majorité requise pour le mariage.

Ce conseil doit être demandé aux ascendans dont le consentement seroit exigé si les enfans n'étoient pas majeurs (9), par un acte respectueux notifié par deux notaires (10) ou par un notaire et deux témoins (11). Il en est dressé procès-verbal, qui fait mention de la réponse (12) de la personne à qui l'acte
154. est notifié.

Jusqu'à l'âge de trente ans pour les hommes, et de vingt-cinq pour les femmes, cet acte doit être renouvellé deux fois, de mois en mois (13); et si l'ascendant ou les ascendans persistent dans leur refus, le mariage ne peut être célébré qu'un mois après le

BIU Cujas

troisième acte. Passé cet âge une seule notification suffit (1), et le mariage peut être célébré un mois après. 152. 153.

En cas d'absence présumée ou déclarée de l'ascendant ou des ascendans auxquels l'acte respectueux eût dû être notifié, il y est suppléé par la représentation du jugement de déclaration d'absence; ou, à défaut de ce jugement, de celui qui a ordonné l'enquête; ou enfin, s'il n'y a pas encore eu de jugement, par un acte de notoriété constatant la non-présence sans nouvelles. Cet acte est délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu, sur la déclaration de quatre témoins appelés d'office par lui. Mais comme il étoit souvent difficile, sur-tout à la classe pauvre, de se procurer cet acte, à cause de l'ignorance du dernier domicile de l'ascendant, l'avis précité du Conseil d'État, inséré au *Bulletin*, n°. 858, a pourvu à cet inconvénient, ainsi qu'à celui qui résulte de l'impossibilité dans laquelle sont quelquefois les contractans, de produire les actes de décès de leurs père et mère. Cet avis porte: 155.

1°. Qu'à défaut d'actes de décès des père et mère des futurs mariés, il suffit que le décès soit attesté par les aïeuls et aïeules, et qu'il soit fait mention de cette attestation dans l'acte de mariage;

2°. Qu'à défaut d'actes de décès des père, mère, aïeuls et aïeules, et si leur non-présence sans nouvelles ne peut être prouvée dans la forme prescrite par l'article 155 du Code, il peut être procédé à la célébration du mariage des majeurs (2), sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendans leur sont inconnus; laquelle déclaration doit être certifiée par les quatre témoins du mariage, qui affirmeront aussi par serment qu'ils sont dans la même ignorance. Il doit être fait mention, dans l'acte de mariage, desdites déclarations.

Toutes les dispositions dont nous venons de parler, relativement à la nécessité du consentement des père et mère (3), si les époux sont mineurs pour le mariage, ainsi qu'aux actes respectueux, s'ils sont majeurs, s'appliquent aux enfans naturels légalement reconnus. Quant à ceux qui n'ont pas été reconnus, ou qui, après l'avoir été, ont perdu leurs père et mère, ils ne peu- 158.

BIU Cujas

vent se marier avant l'âge de vingt-un ans révolus, qu'avec le
159. consentement d'un tuteur nommé (1) *ad hoc* (2).

Le consentement des parens, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, n'étant pas absolument nécessaire pour le mariage de leurs enfans majeurs, on n'a pas dû attacher la peine de nullité à l'inobservation d'une formalité tendant à obtenir ce consentement : en conséquence, le mariage qui n'a pas été précédé d'actes respectueux dans les cas où ils sont requis, est valide; mais comme il falloit néanmoins assurer par quelque moyen l'exécution de la Loi, on a cru devoir faire porter la peine de l'infraction sur l'officier public qui, par négligence ou par connivence, s'est permis de célébrer le mariage : cette peine consiste dans une amende de seize à trois cents francs, et un
157. emprisonnement d'un mois au moins (3).

Du droit qu'ont les ascendans de donner leur consentement ou leur conseil sur le mariage de leurs descendans, résulte nécessairement celui de former opposition au futur mariage, s'ils le jugent convenable. Ce droit peut être exercé par eux, dans l'ordre qui a été désigné ci-dessus relativement au consente-
173. ment à donner au mariage (4).

Le conseil de famille étant appelé, à défaut d'ascendans, et dans le cas de minorité des futurs époux, à donner son consentement au mariage, ceux qui le composent doivent être également reçus à y former opposition, lorsque ce consentement n'a pas eté obtenu. Ce droit n'est cependant pas accordé à tous les collatéraux indistinctement, mais seulement au frère de l'époux mineur, à la sœur, à l'oncle, à la tante, au cousin ou à la cousine germaine, majeurs (5).

Les mêmes individus ont encore le droit de s'opposer au mariage, lorsqu'ils allèguent que le futur époux, quoique majeur, est en état de démence (6); mais, dans ce cas l'opposition n'est reçue, qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer, dans le délai fixé par le tribunal, qui peut même, s'il y a lieu, prononcer la main-levée pure et
174. simple de l'opposition (7).

Le tuteur ou curateur peut également, dans les deux cas

BIU Cujas

précédens (celui de minorité et celui de démence) former opposition au mariage, après y avoir été autorisé par un conseil de famille dont il peut requérir la convocation (1). 175.

Tout acte d'opposition doit contenir :

1°. La qualité qui donne à l'opposant le droit de la former (2) ;

2°. Election de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré (3) ;

3°. Les motifs de l'opposition, quand elle n'est pas faite à la requête d'un ascendant (4) ;

Le tout à peine de nullité de l'acte (5), et en outre à peine de l'interdiction de l'officier ministériel qui l'auroit signé. 176.

4°. La signature, sur l'original et sur la copie, de l'opposant, ou de son fondé de procuration spéciale et authentique. 66.

L'acte d'opposition doit être signifié, avec la copie de la procuration, s'il y en a une, à la personne ou au domicile des parties (6), et à l'officier de l'état civil (7), qui met son *visa* sur *Ibid.* l'original, et en fait de suite mention sommaire sur le registre des publications. 67.

Lorsqu'il y a opposition à un mariage, l'officier de l'état civil ne peut le célébrer, qu'il ne lui en ait été remis main-levée (8) ; et ce, à peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-intérêts. 68.

La demande en main-levée est portée devant le Tribunal de première instance (9), qui doit prononcer dans les dix jours. 177.
S'il y a appel, il y est également statué dans les dix jours de la citation (10). 178.

Si l'opposition est déclarée mal fondée, les opposans, autres néanmoins que les ascendans (11), peuvent être condamnés à des dommages et intérêts ; et il est fait, par l'officier de l'état civil, 179.
mention du jugement, en marge de l'inscription de l'opposition : la même mention doit avoir lieu pour tout acte de main-levée (12) dont expédition lui est remise. 67.

Outre les consentemens ci-dessus énoncés, les militaires en activité de service sont tenus de rapporter, savoir : les officiers, la permission, par écrit, du Ministre de la Guerre ; et les sous-officiers et soldats, celle du conseil d'administration de leur

BIU Cujas

corps; sous peine, pour les officiers, d'être destitués et de perdre tout droit, tant pour eux que pour leurs veuves et leurs enfans, à toute pension ou récompense militaire.

Tout officier de l'état civil, qui aura sciemment célébré le mariage d'une des personnes indiquées ci-dessus, sans s'être fait remettre la permission exigée, ou même qui aura négligé de la joindre à l'acte de célébration, sera destitué (1). (*Décret du 16 juin* 1808, Bulletin, n°. 3463.)

Ces dispositions ont été appliquées,

1°. Aux intendans et sous-intendans militaires, leurs adjoints, et aux élèves en cette partie;

2°. Aux officiers de santé militaires de toutes classes et de tous grades;

3°. Aux officiers, sous-officiers et soldats en activité de service dans les bataillons d'équipage (*Décret du* 28 *août* 1808, Bulletin, n°. 3681);

4°. Aux officiers réformés, et jouissant d'un traitement de réforme (*Avis du Conseil d'État, approuvé le* 21 *décembre* 1808, Bulletin, n°. 4032);

5°. Aux officiers et aspirans de la marine royale, aux officiers des troupes d'artillerie de la marine, aux officiers du génie maritime, aux administrateurs de la marine, et enfin à tout officier militaire ou civil du département de la marine, nommé par le Roi. En conséquence, nul desdits officiers, etc., ne peut se marier, sans en avoir la permission, par écrit, du Ministre de la marine.

Sont néanmoins autorisés les capitaines généraux des colonies, et les chefs coloniaux, à consentir au mariage des officiers qui leur sont respectivement subordonnés, si toutefois les circonstances ne permettent pas d'attendre la permission du Ministre, et à la charge par eux de lui en rendre compte par la plus prochaine occasion.

6°. Aux sous-officiers et soldats des troupes appartenant au même département, qui ne peuvent également se marier, qu'après en avoir obtenu la permission du conseil d'administration de leur corps (*Décret du* 3 *août* 1808, Bulletin, n°. 3604).

BIU Cujas

SECTION IV.

Des Empêchemens du Mariage.

Nous entendons ici par *empêchement du mariage*, une qualité de la personne, qui la rend incapable, soit de contracter un mariage quelconque, soit d'en contracter un avec telle ou telle personne.

Nous disons *une qualité de la personne*, parce qu'il y a d'autres empêchemens, qui naissent du défaut de quelqu'une des conditions requises pour la validité du mariage. Mais comme ils ont été, ou qu'ils seront traités en parlant de ces conditions, il ne sera question ici que des empêchemens résultans de la qualité des personnes.

Qui la rend incapable, soit de contracter, etc. De là résulte une division des empêchemens, en absolus et relatifs (1).

§. I^er^.

Des Empêchemens absolus.

L'empêchement absolu est celui qui empêche de contracter mariage avec qui que ce soit. Il en existe deux dans le droit actuel : le lien d'un premier mariage, et la mort civile (2).

On ne peut en général contracter un second mariage avant la dissolution du premier (3) ; il faut donc que cette dissolution soit légalement prouvée (4). Cependant cette dernière disposition n'est rigoureusement observée que si le second mariage n'est pas encore contracté ; car s'il l'étoit par le fait, l'époux remarié ne pourroit être astreint à administrer la preuve de la dissolution de son premier mariage (5). Nous avons déjà fait l'application de ce principe au titre *de l'Absence.* 147. 139.

L'empêchement résultant du lien d'un premier mariage s'étend même au-delà de l'époque de la dissolution de ce premier mariage, à l'égard de la femme, qui ne peut se remarier au plus tôt que dix mois après cette dissolution (6), et ce, sous peine 228. 296.

BIU Cujas

d'une amende de seize à trois cents francs contre l'officier de l'état civil qui auroit célébré le mariage d'une veuve avant l'expiration de ce délai (*Cod. Pén.*, art. 194.).

Par suite du principe qu'il vaut mieux prévenir le crime, que le punir quand il est commis, on a dû donner à la personne qui se prétend engagée par mariage (1) avec l'un des futurs époux, le droit de former opposition à l'union que ce dernier voudroit
172. contracter avec une autre personne. Cette opposition est formée et jugée comme celle de la famille (2).

Quant à l'empêchement résultant de la mort civile, nous avons vu qu'un des effets de cette mort étoit de dissoudre même le mariage existant, et à plus forte raison, de rendre incapable
25. d'en contracter un nouveau.

§. II.

Des Empêchemens relatifs.

Les empêchemens relatifs sont ceux qui n'empêchent point de contracter mariage en général, mais seulement avec certaines personnes. Il en existe trois : la parenté, l'alliance et le crime (3).

La parenté est un lien produit par la nature seule, ou par la Loi seule, ou par la nature et la Loi tout ensemble; d'où l'on distingue trois sortes de parentés : la naturelle, la civile et la mixte.

La parenté naturelle résulte de la nature seule : elle a lieu entre les enfans naturels, leur père et mère, et les parens de ceux-ci (4).

La parenté civile résulte de la Loi seule : elle a lieu entre l'adoptant (5), l'adopté et les descendans de celui-ci, ainsi qu'entre l'adopté et les enfans naturels (6) ou adoptifs de l'adoptant.

La parenté mixte résulte de la nature et de la Loi tout ensemble : elle a lieu entre les enfans légitimes, leurs père et mère, et tous les parens de ceux-ci.

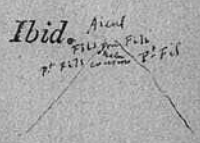
BIU Cujas

Il y a deux choses à distinguer dans la parenté : la ligne et le degré.

La ligne est l'ordre ou la série des parens : elle est directe ou collatérale (1).

La ligne directe est la série de ceux qui descendent l'un de l'autre : les parens qui la composent, sont désignés sous le nom générique d'ascendans et de descendans (2). 736.

La ligne collatérale est la série de ceux qui, sans descendre l'un de l'autre, ont cependant une souche commune (3). *Ibid.*



Le degré est la distance d'un parent à un autre. Les degrés se comptent par générations, en sorte que chaque personne engendrée fait un degré. 735.

Ce calcul est aisé en ligne directe (4); il ne l'est pas également 737.
en collatérale, où les parens ne descendent pas les uns des autres. Dans cette ligne, les degrés entre deux parens se comptent en remontant de l'un d'eux à la souche commune, puis en descendant de cette souche jusqu'à l'autre parent; et autant, d'après ce calcul, il se trouve, dans les deux lignes, de personnes engendrées, autant il y a de degrés de parenté (5). 738.

L'alliance ou affinité, est le lien qui unit l'un des époux (6) aux parens (7) de l'autre époux. L'alliance n'a point, à proprement parler, de lignes ni de degrés, puisqu'il n'y a, entre alliés, ni générations ni souche commune; mais elle les emprunte de la parenté, c'est-à-dire qu'une personne est alliée du mari, dans la même ligne et au même degré qu'elle est parente de la femme, *et vice versâ.*

Cela posé, il sera facile de comprendre les dispositions suivantes :

A raison de la parenté, quelle qu'elle soit, le mariage est toujours prohibé en ligne directe à l'infini (8). 161. 348.

Mais en collatérale, la prohibition varie suivant la nature de la parenté.

Dans le cas de parenté naturelle ou civile, la prohibition n'a lieu que jusqu'au deuxième degré (9) inclusivement. 162. 348.

A raison de la parenté mixte, le mariage peut avoir lieu au quatrième degré. Cependant, si une personne est éloignée d'un 163.

BIU Cujas

degré seulement de la souche commune, la prohibition a lieu à l'infini entr'elle et tous les autres descendans de cette même souche commune (1), sauf le droit réservé au Roi d'accorder, pour des causes graves, dispense pour le troisième degré et les
164. subséquens (2) (*Art.* 164, *et Décision du* 7 *mai* 1808, Bulletin, n°. 3308). Les formalités, pour obtenir ces dispenses, sont les mêmes que pour les dispenses d'âge, sauf que le droit de donner son avis sur la pétition, est attribué, dans ce cas, au Procureur du Roi près le Tribunal dans l'arrondissement duquel les pétitionnaires se proposent de célébrer le mariage (*Arrêté du* 20 *prairial an* 11, Bulletin, n°. 2792).

A raison de l'alliance, si elle provient d'une parenté naturelle
161. ou mixte avec l'un des époux, le mariage est prohibé, en ligne
162. directe à l'infini (3); et en collatérale, au deuxième degré (4): il n'est prohibé qu'en directe, et au premier degré seulement,
348. si l'alliance provient d'une parenté civile (5).

Enfin le mariage est prohibé, à raison du crime, entre l'époux contre lequel le divorce (6) a été obtenu pour cause
298. d'adultère, et son complice.

SECTION V.

Des Formalités du Mariage.

Il y a deux sortes de formalités requises pour le mariage: les unes le précèdent, et les autres l'accompagnent.

§. Ier.

Des Formalités qui précèdent le Mariage.

Ces formalités sont: 1°. Les publications;
2°. La remise des pièces exigées par la Loi.

Des Publications de Mariage.

Les publications sont l'annonce publique du mariage qui doit être contracté.

Elles doivent être faites le dimanche, par l'officier de l'état

BIU Cujas

civil, à la municipalité du domicile de chacun des contractans, et devant la porte de la maison commune. {63. 166.

Il faut observer que, pour tout ce qui concerne le mariage, le domicile s'établit uniquement par six mois d'habitation continue (1) dans la même commune. 74.

Néanmoins, lorsque le domicile n'est établi que par une résidence de six mois, les publications doivent être faites, en outre, à la municipalité du dernier domicile (2). 167.

Si même les contractans, ou l'un d'eux, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications doivent être faites, non-seulement à leurs municipalités respectives, mais encore à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent (3). 168.

Il doit être fait deux publications du mariage, à huit jours d'intervalle, sauf le cas de dispense. {63. 169.

Cette dispense, qui ne peut avoir lieu que pour des causes graves, et seulement pour la deuxième publication, est accordée, au nom du Roi, par son Procureur près le tribunal dans l'arrondissement duquel les pétitionnaires se proposent de célébrer leur mariage. Ce magistrat est tenu de rendre compte au Ministre de la Justice des causes qui ont donné lieu à la dispense.

Elle est déposée au secrétariat de la commune où le mariage doit être célébré; le secrétaire en délivre une expédition, dans laquelle il est fait mention du dépôt, et qui demeure annexée à l'acte de célébration. (*Arrêté déjà cité du 20 prairial an* 11, Bulletin, n°. 2792.)

Les publications doivent énoncer (4):

1°. Les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux;

2°. Leur qualité de majeurs ou de mineurs;

3°. Les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères.

Il en est dressé acte, qui est inscrit sur le registre particulier des publications, dont nous avons parlé au titre *des Actes de l'État Civil;* cet acte énonce en outre les jours, lieux et heures

BIU Cujas

63. où les publications ont été faites : extrait en est affiché à la porte de la maison commune, et y reste pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication.

Le mariage ne peut être célébré au plus tôt que deux jours
64. francs après la seconde publication, et au plus tard dans l'année, à compter de l'expiration dudit délai (1), passé lequel temps, les publications sont regardées comme non avenues, et
65. doivent être renouvelées.

Quelqu'importante que soit la formalité des publications, cependant leur défaut n'entraîneroit point la nullité du mariage (2). Mais si les publications requises n'ont pas eu lieu, ou si l'on n'a pas observé l'intervalle prescrit, soit de l'une à l'autre publication, soit entre la dernière publication et la célébration, l'officier de l'état civil est passible d'une amende qui peut aller jusqu'à trois cents francs; et les parties contractantes, ou ceux sous l'autorité desquels elles ont agi, sont également passibles d'une amende proportionnée à leur fortune.

Les condamnations, dans ce cas, sont provoquées par le
192. ministère public.

Des Pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil avant la célébration du Mariage.

Ces pièces sont : 1°. l'acte de naissance de chacun des futurs époux; lequel acte peut être suppléé, ainsi que nous le verrons
70. ci-après ;

2°. L'acte de consentement de tous ceux dont il est requis (3): cet acte doit être authentique, et contenir les prénoms, noms, professions et domiciles de l'époux auquel ce consentement est nécessaire, ainsi que de tous ceux qui ont concouru à l'acte,
73. et leur degré de parenté;

76. 3°. Les procès-verbaux d'actes respectueux, s'il en a été fait;

4°. Les certificats constatant les publications faites dans les divers domiciles ;

Ibid. 5°. La main-levée des oppositions, si aucunes ont été faites, ou les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des

BIU Cujas

communes où il a été fait des publications, attestant qu'il n'existe point d'opposition (1); 69.

6°. La preuve légale de la dissolution du précédent mariage, si les époux, ou l'un d'eux, ont déjà été mariés;

7°. Enfin, expédition authentique des dispenses qui ont pu être accordées.

En cas d'impossibilité de se procurer l'acte de naissance de l'un des époux (2), il peut y être suppléé par un acte de notoriété, délivré par le juge de paix du lieu de la naissance ou du domicile de celui des époux qui a besoin d'en justifier. 70.

Cet acte contient, 1°. la déclaration faite par sept témoins de l'un ou de l'autre sexe, parens ou non parens, des prénoms, nom, profession, domicile, lieu de naissance du requérant, de l'époque de ladite naissance, autant approximative qu'il sera possible (3), ainsi que des prénoms, noms, professions et domiciles de ses père et mère (4), s'ils sont connus;

2°. Les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance;

3°. La signature du juge de paix, et celle des témoins; s'il en est parmi ces derniers qui ne peuvent ou ne savent signer, il en est fait mention. 71.

Cet acte est présenté au tribunal du lieu où doit être célébré le mariage, lequel, après avoir entendu le Procureur du Roi, donne ou refuse son homologation (5). 72.

§. II.

Des Formalités qui accompagnent le Mariage.

Les formalités qui accompagnent le mariage sont déterminées ainsi qu'il suit:

1°. Il doit être célébré dans la commune où l'un des époux a son domicile (6), et devant l'officier civil de ce domicile (7). 74. 165.

2°. Il doit être célébré publiquement, dans la maison commune (8), en présence de quatre témoins, parens ou non parens, mais ayant les qualités requises pour les témoins des actes de l'état civil. 165. 75.

BIU Cujas

3°. L'officier de l'état civil fait lecture aux parties, des pièces dont la remise a dû lui être faite, et du chapitre VI du titre *du Mariage*, sur les droits et devoirs respectifs des époux (1).

4°. Il reçoit de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme.

5°. Il prononce, au nom de la Loi, qu'elles sont unies par
75. mariage; et il en dresse acte sur-le-champ.

Cet acte contient les mêmes énonciations que celui des publications; et il énonce en outre: 1°. les âges et lieux de naissance des époux;

2°. Le consentement de ceux dont il est requis;

3°. Les pièces dont la remise a dû précéder le mariage: s'il n'y a pas d'opposition, il en est fait mention;

4°. Les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des témoins (2), et leur déclaration si, de quel côté, et à quel degré,
76. ils sont parens des parties.

Les dispositions du présent paragraphe ne peuvent s'appliquer aux mariages contractés par des Français en pays étranger (3). En conséquence, d'après la règle, *locus regit actum*, règle appliquée aux actes de l'état civil par les articles 47 et 48 du Code, tout mariage de ce genre, contracté, soit avec un Français, soit avec un étranger, est valable, s'il a été célébré suivant les formes usitées dans le pays; pourvu toutefois (4)
170. qu'il ait été précédé des publications prescrites par le précédent paragraphe. (5) Seulement, l'acte constatant cette célébration doit, dans les trois mois après le retour du Français dans le royaume, être transcrit sur le registre de l'état civil du lieu
171. de son domicile (6).

Mais, comme d'après les principes établis dans le titre préliminaire, les Lois personnelles (7) suivent le Français par-tout, il s'ensuit que, même en pays étranger, il est tenu (8) de se conformer aux dispositions des Lois françaises, relativement à l'âge des contractans, à leur consentement et à celui de leur famille,
170. et aux empêchemens (9).

BIU Cujas

CHAPITRE II.

De la Preuve du Mariage.

Pour déterminer comment le mariage peut être prouvé, il faut distinguer les personnes auxquelles cette preuve est demandée.

Si c'est aux époux, ou à l'un d'eux, il n'y a que le cas de non-existence des registres, prévu par l'article 46, qui puisse les dispenser de représenter l'acte de célébration de leur mariage (1). La possession d'état (2) n'est jamais une preuve suffisante, même à l'égard des époux entr'eux (3). 194. 195.

Mais aussi, cette même possession, jointe à la représentation de l'acte de célébration devant l'officier de l'état civil, forme une fin de non-recevoir insurmontable contre celui des deux époux qui voudroit demander la nullité dudit acte (4). 196.

Il peut arriver cependant que des malveillans aient cherché à supprimer la preuve du mariage, en supprimant l'acte de célébration, par exemple, en le falsifiant, en déchirant la feuille du registre, etc. Cette suppression est un crime qui peut être poursuivi par la voie criminelle; et si, par le résultat de la procédure, la preuve de la célébration se trouve acquise, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour où, d'après la preuve faite, ladite célébration a eu lieu, tous les effets civils (5), tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfans issus de ce mariage. 198.

L'action criminelle ne peut être intentée, dans ce cas, que par les époux seuls, tant qu'ils sont vivans tous deux; mais après leur décès, ou même celui de l'un d'eux (6), elle appartient à tous ceux qui ont intérêt de prouver le mariage, ainsi qu'au ministère public. 199.

Si le délit n'est découvert qu'après la mort du coupable (7), il ne peut plus y avoir lieu aux poursuites criminelles; mais comme il ne seroit pas juste que cet événement privât les parties intéressées du droit de faire réparer le préjudice qui leur a été causé, elles ont la faculté de dénoncer (8) le fait au Procureur

BIU Cujas

du Roi, qui est tenu de poursuivre, en leur présence, mais par
200. la voie civile seulement, les héritiers du coupable (1).

Lorsque les époux sont décédés tous deux (2), l'obligation de représenter l'acte de célébration n'a pas dû être aussi rigoureusement imposée aux enfans, qui peuvent ignorer ce qui s'est passé avant leur naissance (3).

Si donc les père et mère ont vécu publiquement comme mari et femme (4), et si les enfans ont en leur faveur une possession d'état, qui ne soit pas contredite par leur acte de naissance (5), ils n'ont pas besoin, pour prouver leur légitimité, de représenter l'acte de célébration du mariage de leurs père et
197. mère (6).

On entend par possession d'état, en général, la notoriété résultante d'une suite non interrompue de faits tendant à prouver l'état dont une personne a joui dans la société et dans la famille.

Ainsi, deux personnes qui ont toujours vécu publiquement comme mari et femme, et qui ont passé pour tels, sans contradiction, ont pour elles la possession de l'état de mari et femme.

Si un enfant a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir; si celui-ci l'a traité et élevé comme son enfant légitime; s'il a été reconnu constamment pour tel dans la société et
321. dans la famille, il est en possession de l'état d'enfant légitime (7).

Nous venons de voir, et nous verrons encore par la suite, de quelle importance peut être la preuve résultante de la possession d'état.

CHAPITRE III.

Des Nullités du Mariage (8).

On distingue deux espèces de nullités du mariage : les nullités absolues, et les nullités relatives.

Les nullités absolues sont celles qui sont fondées sur des motifs d'ordre public, et qui, en conséquence, peuvent être invoquées, non-seulement par tous ceux qui ont intérêt, mais même par les époux, et par le ministère public (9).

Les nullités relatives sont celles qui sont fondées sur des mo-

BIU Cujas

tifs d'intérêt privé. Elles ne peuvent, en conséquence, être invoquées que par les personnes dans l'intérêt desquelles elles sont établies, et dont le silence, pendant un intervalle donné, suffit pour qu'on ne puisse plus attaquer le mariage sous ce rapport (1).

Nous allons traiter séparément de chacune de ces espèces de nullités; mais nous observerons préalablement qu'un mariage, quoique nul, et déclaré tel, pour quelque motif que ce soit, produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfans, quand il a été contracté de bonne foi (2). 201.

On entend par bonne foi, l'ignorance dans laquelle étoient les parties, de la cause qui les empêchoit de contracter mariage ensemble (3).

Si la bonne foi n'a existé que de la part de l'un des époux (4), le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfans issus du mariage (5). 202.

SECTION PREMIÈRE.

Des Nullités absolues.

Les nullités absolues sont, 1°. toutes celles qui résultent des empêchemens dirimans, sauf, pour ce qui concerne le lien d'un premier mariage, ce que nous avons dit relativement au cas d'absence du premier époux; 147. 184.

2°. Le défaut d'âge. Cette nullité, quoiqu'absolue, puisqu'elle peut être invoquée, soit par les époux eux-mêmes (6), soit par tous ceux qui ont intérêt, soit même par le ministère public, se couvre (7) néanmoins dans deux cas: premièrement, lorqu'il s'est écoulé six mois sans réclamation, depuis que les époux, ou celui qui n'avoit pas l'âge compétent, l'ont atteint; secondement, la nullité ne peut plus être demandée, quand même les six mois ne seroient pas encore écoulés, si c'étoit la femme qui n'avoit pas l'âge (8), et qu'elle ait conçu avant l'échéance de ces six mois (9). Elle ne peut être également invoquée dans aucun cas par les parens qui ont consenti (10) sciemment au mariage; 139. 184. 185. 186.

3°. Le défaut de publicité, lors de la célébration; 191.

BIU Cujas

191. 4°. L'incompétence de l'officier public devant lequel le mariage a été célébré.

Outre la nullité du mariage que ces deux dernières causes peuvent entraîner, elles donnent encore lieu à des peines pécuniaires, qui sont les mêmes que pour le défaut de publications, c'est-à-dire, une amende de trois cents francs au plus contre l'officier public qui a célébré, et contre les parties contractantes ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune.

Ces peines peuvent être encourues par les délinquans, lors
193. même que la nullité du mariage n'auroit pas lieu (1).

Nous avons dit que ces diverses nullités pouvoient être invoquées par tous ceux qui ont intérêt : il faut entendre par-là un intérêt né et actuel ; ce qui suppose que les collatéraux, et même les enfans d'un autre mariage, ne peuvent intenter l'action du
187. vivant des deux époux, puisqu'il est possible, en effet, qu'ils n'aient jamais d'intérêt à faire prononcer la nullité du mariage (2).

Cette restriction n'est point applicable à l'époux au préjudice duquel il a été contracté un second mariage, parce qu'il a effectivement toujours intérêt. Il peut donc attaquer le second
188. mariage du vivant de l'époux, qu'il prétend engagé avec lui ; mais si ce dernier soutient au contraire, que c'est le premier mariage qui est nul, alors, comme la nullité du second est subordonnée à la validité du premier, il est clair qu'il faut, avant
189. tout, prononcer sur cette validité (3).

Quant au ministère public, son intervention n'est obligée que dans les cas où l'ordre de la nature ou celui de la société sont violés ; tels sont ceux du défaut d'âge, de la parenté au degré prohibé, ou d'un premier mariage existant. Dans ces trois circonstances donc, il doit (4), sauf encore les cas d'exception dont nous avons parlé (5), demander la nullité du mariage, si les époux
190. sont vivans tous deux (6), et les faire condamner à se séparer.

Dans tous les autres cas où il a droit d'attaquer le mariage, c'est une faculté qu'il exerce (7), et non une obligation qui lui est imposée. Il ne doit donc le faire qu'avec discrétion, et seu-
191. lement lorsqu'il existe scandale public.

BIU Cujas

SECTION II.

Des Nullités relatives.

Les nullités relatives sont, comme nous l'avons dit, celles qui ne peuvent être invoquées que par certaines personnes.

Il y a trois causes de nullité relative :

La première est le défaut de liberté. Elle ne peut être proposée que par les époux, s'ils ont été forcés tous deux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre (1). 180.

Observez que, dans le droit actuel, il peut y avoir rapt de deux manières :

1°. Par fraude ou violence. Si la fille enlevée de cette manière a moins de seize ans accomplis, la peine est, pour le ravisseur, celle des travaux forcés à temps. (*Code Pénal* art. 355.) Si elle a plus de seize ans, et moins de vingt-un, la peine est celle de la réclusion. (*Ibid.*) (2).

2°. Si la fille au-dessous de seize ans a consenti à son enlèvement, ou suivi volontairement son ravisseur, il est puni des travaux forcés à temps, si au moment de l'enlèvement il étoit majeur de vingt-un ans ; et d'un emprisonnement de deux à cinq ans, s'il n'avoit pas encore cet âge. (*Ibid.*, art. 356.)

Si cependant le ravisseur a épousé la fille enlevée, il ne peut, dans aucun cas, être poursuivi que sur la plainte des personnes qui ont droit de demander la nullité du mariage; et il ne peut être condamné, qu'après que cette nullité a été prononcée. (*Ibid.*, art. 357.)

La seconde cause de nullité relative, est l'erreur quant à la personne (3). Le mariage ne peut être également attaqué, dans ce cas, que par celui des époux qui a été induit en erreur (4). 180.

Ces deux nullités se couvrent, d'ailleurs, par une co-habitation continuée pendant six mois (5), depuis que la liberté a été recouvrée, ou l'erreur reconnue. 181.

La troisième cause est le défaut de consentement des parens (6), dans les cas où il est requis. Cette cause ne peut être invoquée

BIU Cujas

que par ceux dont le consentement étoit nécessaire (1), ou par
182. celui des deux époux qui avoit besoin de ce consentement (2). Les premiers sont non-recevables, lorsqu'ils ont approuvé expressément ou tacitement le mariage.

L'approbation tacite résulte : 1°. du silence gardé par eux pendant une année, depuis qu'ils ont eu connoissance du mariage (3); 2°. de faits émanés d'eux, et qui peuvent faire supposer l'approbation (4).

L'époux est également non-recevable ; d'abord, lorsque son mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement étoit nécessaire (5); et ensuite, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir seul et par lui-même
183. au mariage (6).

CHAPITRE IV.

Des Effets du Mariage.

Les effets du mariage sont relatifs, 1°. aux droits et devoirs respectifs des époux ;

2°. A l'état des enfans ;

3°. Aux droits et obligations respectifs des parens et des enfans.

SECTION PREMIÈRE.

Des Effets du Mariage relatifs aux droits et devoirs respectifs des époux.

Ces effets pouvant éprouver des modifications assez importantes dans le cas de séparation de corps, nous diviserons cette section en deux paragraphes, dont le premier fera connoître les droits et les devoirs respectifs des époux, dans l'état ordinaire des choses; et le deuxième traitera de la séparation de corps et de ses effets.

BIU Cujas

§. Ier.

Des Droits et Devoirs des époux.

Premièrement, les époux se doivent mutuellement fidélité (1), secours (2), assistance (3). 212.

Secondement, le mari doit protection à sa femme, et la femme obéissance à son mari. 213.

Il résulte de cette dernière disposition, en premier lieu: que la femme est obligée d'habiter avec le mari (4) et de l'accompagner par-tout où il juge à propos de résider (5); et que, réciproquement, le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir le nécessaire suivant son état et sa fortune (6). 214.

2°. Et que la femme doit être autorisée par lui pour les actes qu'elle peut avoir à passer entre-vifs.

Nous disons *entre-vifs*, parce que cette disposition ne s'étend point au droit de tester, que la femme peut exercer sans autorisation, le testament devant être l'expression pure et certaine de la volonté du testateur seul (7). 226.

Mais la femme ne peut, en général, ester en jugement (8), donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit (9) ou onéreux, sans l'autorisation de son mari, laquelle peut résulter, soit de son concours dans l'acte (10), soit de son consentement par écrit (11). 215. 217.

Ce principe est néanmoins susceptible de plusieurs exceptions: 1°. Lorsque la femme est poursuivie (12) en matière criminelle ou de police (13). 216.

2°. Si elle est autorisée par justice (14). Cette autorisation a lieu en cas de refus, d'absence (15), d'interdiction ou de minorité (16) du mari, ou lorsqu'il est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante (17), encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace; et ce, pendant toute la durée de la peine (18). 218. 222. 224.

Lorsqu'il y a refus du mari, il faut distinguer: s'il s'agit d'autoriser la femme à ester en jugement (19), le juge (20) peut accorder purement et simplement l'autorisation. Mais s'il faut 221. 218.

BIU Cujas

l'autoriser à passer un acte (1), alors la femme doit, après sommation à lui faite, et sur son refus, présenter requête au Président du Tribunal de première instance du domicile commun, qui permet de citer le mari, à jour indiqué, à la chambre du
Pr. 861. conseil, pour déduire les causes de son refus.

Le mari entendu ou défaillant, il est rendu, sur les conclusions du ministère public, jugement qui statue sur la demande de la
Ib. 862. femme.

En cas d'absence du mari, la femme présente également une requête au Président, qui commet un juge sur le rapport duquel
Ib. 863. le Tribunal statue, le ministère public entendu.

La même forme est suivie en cas d'interdiction du mari. Seulement, alors, il faut joindre à la requête le jugement d'inter-
Ib. 864. diction. Il en doit être de même, dans le cas de minorité ou de condamnation du mari à une peine afflictive ou infamante; et il suffit de représenter, dans le premier cas, l'acte de naissance du mari, et dans le second, le jugement de condamnation.

Observez qu'en général, aux termes de l'art. 83 du même Code, toutes les affaires qui intéressent des femmes non autorisées par leurs maris, doivent être communiquées au ministère public.

3°. Si la femme est marchande publique, c'est-à-dire, si elle fait un commerce séparé de celui de son mari (2); ce qui ne peut
Com. 4. avoir lieu sans le consentement de ce dernier (3). Elle peut alors s'obliger seule (4) pour tout ce qui concerne son négoce, et elle
220. oblige même son mari, s'il y a communauté entr'eux (5) : elle peut également, et sans être autorisée, engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles personnels (6), à moins qu'elle ne soit mariée sous le régime dotal, auquel cas l'immeuble faisant partie de la dot ne peut être hypothéqué ni aliéné (7), que dans les cas et avec les formes déterminés par les articles 1555 et
Com. 7. suivans du Code civil.

4°. Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par justice. Mais même alors, son droit se borne à l'aliéna-
1449. } tion de ses meubles, et aux actes d'administration et de jouissance
1536. } de ses immeubles. Il en est de même à l'égard des biens paraphernaux (8), lorsque les époux se sont mariés sous le régime

BIU Cujas

dotal : la femme en a bien également l'administration et la jouissance; mais elle ne peut aliéner les immeubles qui en font partie, sans être autorisée par son mari ou par justice. 1576.

Observez, au surplus, que la femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, et même marchande publique, ne peut, dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, ester en jugement, même à l'égard de ses biens meubles, personnels ou paraphernaux, sans être autorisée. 215.

La puissance maritale étant, en quelque sorte, de l'essence du mariage, tout ce qui tend à la détruire est réprouvé par la loi; en conséquence, quelque favorable que soit le contrat de mariage, et quoiqu'il soit susceptible de toute espèce de clauses, même de celles qui seraient interdites dans tout autre acte, il est défendu cependant d'y insérer, expressément ou tacitement, aucune dérogation générale aux dispositions de la Loi relatives à cette puissance. 1388.

Ainsi, toute autorisation, quelque générale qu'elle soit, donnée à la femme, même par contrat de mariage, est nulle pour ce qui concerne l'aliénation de ses immeubles (1) et le droit d'ester en jugement; cette autorisation n'auroit donc d'autre effet que de rendre la femme capable de percevoir ses revenus, d'aliéner ses meubles, et d'administrer ses immeubles personnels. 1538. 223.

Nous verrons, au titre *des Contrats*, etc., quel est l'effet de la nullité résultant du défaut d'autorisation.

§. II.

De la Séparation de corps et de ses effets.

La séparation de corps peut être définie : la faculté accordée par le juge, à l'un des époux (2), d'habiter séparément de l'autre, sans pouvoir être forcé de le recevoir.

Pour traiter avec ordre ce qui concerne cette matière, nous verrons :

1°. Pour quelles causes la séparation peut être demandée;

2°. Comment la demande doit être formée, instruite et jugée;

BIU Cujas

3°. Quelles sont les mesures provisoires auxquelles cette demande peut donner lieu;

4°. Enfin, quels sont les effets de la séparation obtenue.

Des Causes de séparation de corps.

La séparation de corps ne peut avoir lieu par consentement mutuel (1), mais seulement pour les causes suivantes :

229. 1°. Pour adultère, soit de la femme, soit du mari. Cependant l'adultère du mari n'est une cause de séparation, qu'autant qu'il
230. a tenu (2) sa concubine dans la maison commune (3); et, dans ce cas, il est lui-même non-recevable à demander la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme. (*Code pénal, article* 336.)

2°. Pour excès (4), sévices (5), ou injures graves (6) de l'un des époux envers l'autre.

231. 232. 306. 3°. Pour condamnation de l'un des époux à une peine infamante.

Comment la Demande en séparation de corps doit être formée, instruite et jugée ?

Lorsque la séparation de corps est demandée pour condamnation de l'un des époux à une peine infamante (7), la seule formalité à observer, consiste à présenter au Tribunal civil du domicile commun une expédition en forme du jugement de condamnation, avec un certificat de la Cour criminelle, portant que ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale (8). Sur la présentation de ces pièces, le Tribu-
261. nal prononce la séparation.

Pour toute autre cause, la demande s'introduit par une requête que l'époux demandeur présente au Président du tribunal civil (9) du domicile commun, laquelle contient sommairement les faits,
Pr. 875. et à laquelle sont jointes les pièces à l'appui, s'il y en a.

Si quelques-uns des faits allégués sont de nature à donner lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, la

BIU Cujas

demande en séparation reste suspendue jusqu'après le jugement criminel, sans néanmoins qu'à raison de ce jugement, quel qu'il soit, il puisse être opposé aucune exception préjudicielle au demandeur, lors de la reprise de l'action (1). 235.

S'il n'y a pas lieu à l'action criminelle, le Président ordonne que les parties comparoîtront devant lui à jour indiqué; auquel *Pr.* 876. jour, il fait aux deux époux (2), qui sont tenus de comparoître en personne, sans avoués, ni conseils, les représentations pro- *Pr.* 877. pres à opérer un rapprochement (3); s'il ne peut y parvenir, il le constate par une seconde ordonnance, qui renvoie les parties à se pourvoir, sans citation préalable au bureau de conciliation, et autorise (4) la femme à procéder sur la demande, à se retirer provisoirement dans la maison convenue entre les parties, ou indiquée d'office, et à se faire remettre les effets à son usage journalier. S'il y a une demande en provision, elle est renvoyée à l'audience. *Pr.* 878.

L'affaire est, du reste, poursuivie comme à l'ordinaire (5), et jugée sur les conclusions du ministère public, en observant que, *Pr.* 879. s'il y a une enquête, les domestiques (6) des parties, et leurs parens, autres toutefois que leurs descendans (7), ne peuvent être reprochés (8) pour cause de parenté ou de domesticité (9), sauf au Tribunal à avoir tel égard que de raison à leurs dépositions. 251.

Si le défendeur prétend qu'il y a eu réconciliation depuis les faits qui donnent lieu à la demande, il est admis à la preuve, qui se fait, tant par titres que par témoins, dans la forme ordinaire, 274. sauf ce qui vient d'être dit, relativement aux parens et aux 272. domestiques. Si la réconciliation est prouvée, le demandeur est déclaré non-recevable (10) : mais, s'il survient, par la suite, une nouvelle cause de séparation, il peut, non-seulement intenter une nouvelle demande, mais encore faire usage des anciennes causes pour l'appuyer (11).

Pour éviter l'effet de la connivence qui pourroit avoir lieu 273. entre les époux, l'aveu seul du défendeur n'est pas regardé comme une preuve suffisante des faits allégués. *Pr.* 870.

BIU Cujas

Des Mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en séparation de corps.

Ces mesures sont relatives aux enfans provenans du mariage, ou aux époux eux-mêmes.

Quant aux enfans, comme leur situation, en pareille circonstance, mérite le plus grand intérêt, le Législateur n'a pas voulu mettre de bornes, pour ce qui les concerne, à l'autorité du Tribunal, qui peut, en conséquence, ordonner, sur la demande (1), soit de la mère (2), soit de la famille, soit même du ministère public, tout ce qu'il croira être plus avantageux auxdits enfans.

Si aucune mesure particulière n'est provoquée à cet égard, il est dans la nature des choses que l'administration provisoire des
267. enfans reste au mari, demandeur ou défendeur.

Quant aux époux, la foiblesse de la femme a dû être prise en considération, même quand la séparation est demandée contre elle : elle peut donc, pendant la poursuite, quitter le domicile de son mari (3); mais alors il lui est indiqué, par le Tribunal, une maison pour y résider : et comme il n'est pas possible de dépouiller le mari de ses droits avant le jugement, qu'il peut arriver cependant que la femme n'ait pas de quoi pourvoir aux frais du procès, ni même à sa subsistance (4); le Tribunal détermine, s'il y a lieu, une provision alimentaire que le mari est obligé de
268. lui payer (5).

La permission de quitter le domicile commun n'étant, comme nous l'avons dit, accordée à la femme qu'à cause de sa foiblesse, et pour lui éviter le désagrément d'habiter avec celui contre lequel elle plaide en séparation, et nullement pour lui procurer les moyens de mener une vie désordonnée, elle est rigoureusement tenue de résider dans la maison indiquée, et doit même justifier de cette résidence, toutes les fois qu'elle en est requise (6); à défaut de quoi, non-seulement le payement de la provision peut lui être refusé, mais encore, si elle est demande-
269. resse en séparation, elle peut être déclarée non-recevable (7).

La communauté, lorsqu'elle est stipulée, ou qu'elle a lieu de droit, n'est dissoute que du jour de la prononciation du juge-

BIU Cujas

ment définitif; cependant, comme il serait à craindre, lorsque la séparation est demandée, que le mari, auquel la Loi donne l'administration des biens communs, ne profitât de la circonstance pour les dilapider ou pour se les approprier frauduleusement, il est permis à la femme, demanderesse ou défenderesse, de requérir (1) l'apposition des scellés sur les effets mobiliers qui dépendent de la communauté (2). Cet acte étant purement conservatoire, peut avoir lieu en tout état de cause, mais seulement à partir de la première ordonnance de comparution des deux parties (3), dont il est question dans l'art. 876 du Code de procédure.

Les scellés ne peuvent être levés qu'avec inventaire et prisée, et en outre, à la charge par le mari de représenter les effets inventoriés, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire (4). 270.

Quant aux immeubles qui dépendent de la même communauté, on ne peut, par la même raison, laisser au mari le droit d'en disposer indéfiniment. En conséquence, l'art. 271 prononce la nullité de toute aliénation desdits immeubles, faite par lui en fraude des droits de sa femme (5), à partir de l'ordonnance sus-mentionnée.

La même nullité a lieu à l'égard des obligations contractées frauduleusement (6) par lui, depuis la même époque, à la charge de la communauté (7). 271.

Des Effets de la séparation de corps.

Ces effets sont relatifs aux époux eux-mêmes ou aux enfans issus du mariage.

Des Effets de la séparation de corps, relativement aux époux.

Ces effets sont :

1°. Comme nous l'avons dit, de donner à l'époux qui l'a obtenue, le droit d'avoir une habitation séparée, sans pouvoir être forcé de recevoir l'autre époux, ni d'habiter avec lui.

2°. Que le défendeur perd tous les avantages (8) que lui a faits

BIU Cujas

299. l'autre époux, soit avant, soit depuis le mariage (1); celui-ci conserve au contraire tous ceux qui lui ont été faits par l'époux
300. défendeur (2), quand même ils auraient été stipulés réciproques; en observant néanmoins qu'il ne peut exercer les gains de survie qu'à l'époque où ils auraient pu être exercés, s'il n'y avait pas eu de séparation, c'est-à-dire, lors de la mort naturelle ou civile de
1452. l'autre conjoint (3).

311. 3°. D'emporter toujours séparation de biens; en conséquence le jugement qui la prononce, est soumis aux mêmes formalités
Pr. 880. que celui qui prononce simplement la séparation de biens. Nous verrons au titre *Des Contrats de Mariage*, avec quelles formalités et sous quelles conditions peut être rétablie la communauté,
1451. en cas de réconciliation des époux.

4°. Que si l'époux demandeur (4) ne reste pas avec un revenu suffisant pour sa subsistance (5), il peut se faire adjuger, sur les biens de l'autre époux, une pension proportionnée à ses besoins
301. et à la fortune de l'autre époux.

5°. Enfin que, si la séparation est prononcée contre la femme pour cause d'adultère (6), elle doit être, à la réquisition du ministère public (7), condamnée par le même jugement (8) à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps qui ne peut
308. être moindre de trois mois, ni excéder deux années (9); mais le mari peut toujours arrêter l'effet de la condamnation, en
309. consentant à la reprendre (10).

Des Effets de la séparation de corps, relativement aux enfans issus du mariage.

Ces effets sont:

1°. Que ces enfans conservent tous les avantages qui leur ont été assurés par la loi ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère : mais ils ne peuvent les exercer que de la même manière, et à la même époque que s'il n'y avait pas eu de
304. séparation.

2°. Qu'ils doivent être confiés à l'époux demandeur. Cependant, comme le Tribunal doit, ainsi que nous l'avons dit, rechercher toujours ce qui peut leur être plus avantageux, il peut,

BIU Cujas

sur la demande, soit de la famille, soit du ministère public, ordonner que tous, ou quelques-uns d'entr'eux, soient confiés aux soins de l'autre époux, ou même d'une tierce personne (1); 302.
sans préjudice du droit qu'ont, dans tous les cas, les père et mère de surveiller leur entretien et éducation, avec l'obligation d'y contribuer en proportion de leurs facultés. 303.

SECTION II.

Des Effets du Mariage, relatifs à l'état des enfans.

Le mariage a deux effets relativement à l'état des enfans :

Le premier, c'est de donner l'état et les droits d'enfans légitimes à ceux qui en sont issus;

Et le deuxième, c'est de légitimer également, dans certains cas, les enfans provenant du commerce que les époux ont eu ensemble antérieurement au mariage. C'est ce qu'on appelle *légitimation par mariage subséquent.*

§. I^er^.

De la Légitimité des enfans issus du mariage.

Le principe général, relativement à cette légitimité, est, que tout enfant conçu pendant le mariage est censé avoir pour père le mari, et conséquemment être légitime. 312.

Est présumé conçu (2) pendant le mariage, l'enfant né au plus tôt le 180^e^. jour du mariage, et au plus tard le 300^e^. après sa dissolution. 314. 315.

La présomption de légitimité cesse donc d'avoir lieu à l'égard de l'enfant né avant ou après ce terme.

Il y a cependant une distinction à faire entre les deux cas; c'est que l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, est, de droit, illégitime (3), tellement que le vice de sa naissance ne peut être couvert en aucune manière; au lieu que l'enfant né avant le 180^e^. jour du mariage, pouvant être présumé provenir du commerce que les époux auroient eu ensemble aupa-

BIU Cujas

avant (1), est réputé légitime, tant qu'il n'est pas désavoué par le mari (2).

Ce désaveu n'est pas même admis, lorsqu'il existe une des trois circonstances suivantes:

1°. Si le mari a eu connoissance de la grossesse avant le mariage (3);

2°. S'il a assisté à l'acte de naissance, et s'il l'a signé, ou si cet acte contient sa déclaration qu'il ne sait ou ne peut signer (4);

314. 3°. Si l'enfant n'est pas né viable (5).

L'enfant, même conçu pendant le mariage, peut être désavoué par le mari dans les cas suivans:

1°. Si, pendant le temps qui s'est écoulé depuis le 300e jusqu'au 180e. jour avant la naissance de l'enfant, le mari étoit, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelqu'accident, autre cependant que l'impuissance naturelle (6), dans l'impos-

312. sibilité physique de cohabiter avec sa femme;

2°. En cas d'adultère, si toutefois la naissance lui a été ca-

313. chée (7).

Dans ces deux cas cependant, le fait de la conception pendant le mariage établit toujours en faveur de l'enfant une présomption quelconque, dont l'effet est, dans le premier cas, de

312. rejeter sur le mari la preuve de l'impossibilité de la cohabitation; et dans le second, de le faire admettre seulement à proposer

313. tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père (8).

Dans tous les cas où le mari est autorisé à désavouer l'enfant, il doit le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux au moment de la naissance; et dans les deux mois (9) après son retour (10), si à la même époque il était absent (11).

Si la naissance lui a été cachée, il a deux mois (12) pour dés-

316. vouer, à compter du jour où il en a eu connoissance.

S'il meurt sans avoir réclamé, mais avant l'expiration des délais, ses héritiers (13) ont deux mois pour contester la légitimité, à compter de la prise de possession par l'enfant des biens du mari (14), ou de l'époque à laquelle ils seroient troublés eux-

317. mêmes par lui dans cette possession (15).

Le désaveu, soit du mari, soit de ses héritiers, peut se faire

BIU Cujas

par un acte extra-judiciaire (1) ; mais cet acte (2) est comme non-avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice (3) dirigée contre un tuteur *ad hoc* (4) donné à l'enfant, et en présence de sa mère (5). 318.

Des Preuves de la Légitimité.

Il résulte de ce qui a été dit précédemment, que, pour prouver sa légitimité, l'enfant doit commencer par prouver sa filiation.

Cette preuve ne peut se faire le plus généralement que par l'acte de naissance (6), ou, à défaut d'acte (7), par la possession 319.
constante de l'état d'enfant légitime. Nous avons vu ci-dessus ce 320.
qu'on doit entendre par possession d'état.

Si l'enfant réunit à-la-fois titre et possession, son état ne peut lui être contesté (8) ; et de son côté, il ne peut réclamer un état contraire. 322.

Si l'enfant n'a ni titre, ni possession constante, ou s'il a été inscrit sous de faux noms (9), ou comme né de père et mère inconnus, alors la preuve de la filiation peut se faire par témoins, pourvu qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, ou une réunion de faits constans, assez graves (10) pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale. 323.

On entend par *commencement de preuve par écrit*, un indice résultant des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère (11), ou des actes publics, et même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui, si elle étoit vivante, y auroit un intérêt opposé à celui du réclamant. 324.

Dans tous les cas, la partie adverse doit être admise à la preuve contraire (12), qui pourra se faire par tous les moyens (13) propres à établir, ou que l'enfant n'est pas né de la mère qu'il prétend avoir ; ou, en supposant la maternité constante, qu'il se trouve dans un des cas d'exception à la règle qui veut que l'enfant de la femme soit censé l'enfant du mari (14). 325.

La preuve testimoniale étant de l'essence de la procédure criminelle, et n'ayant pas besoin, dans ce cas, d'être appuyée d'un

BIU Cujas

commencement de preuve par écrit, il étoit à craindre que, pour éluder les sages dispositions de la Loi, on ne commençât par prendre la voie criminelle (1).

L'on a pris deux précautions pour prévenir cet inconvénient : d'abord, les tribunaux civils sont déclarés seuls compétens pour
326. statuer sur les réclamations d'état relatives à la filiation (2) ; et en second lieu, même en cas de délit (3), l'action criminelle ne peut avoir lieu (4) qu'après le jugement définitif des tribunaux
327. civils sur la question d'état (5).

L'action en réclamation d'état est imprescriptible dans la
328. personne de l'enfant (6).

Quant à ses héritiers (7), il faut distinguer : ou l'enfant a réclamé de son vivant, et alors les héritiers peuvent suivre l'action commencée, à moins qu'il ne s'en soit désisté formellement, ou qu'il n'ait laissé passer trois années sans poursuites, à compter
330. du dernier acte de la procédure (8).

Si l'enfant n'a pas réclamé, ses héritiers ne peuvent intenter l'action, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq ans
329. de sa majorité (9).

§. II.

De la Légitimation des enfans par mariage subséquent (10).

Nous avons dit que le deuxième effet du mariage, relatif à l'état des enfans, étoit de rendre légitimes ceux qui sont pro-
331. venus du commerce que les deux époux ont eu ensemble avant le mariage, et de leur donner les mêmes droits que s'ils étoient
333. nés de ce mariage même (11) : mais il faut pour cela, 1°. que les enfans ne soient point provenus d'un commerce incestueux ou adultérin (12) ;

Et 2°. qu'ils aient été reconnus par leurs père et mère, soit
331. avant le mariage, soit au plus tard dans l'acte de célébration (13).

La légitimation par mariage subséquent profite non-seulement aux enfans existans, mais encore aux enfans de ceux qui
332. sont prédécédés (14).

BIU Cujas

SECTION III.

Des Effets du Mariage, relatifs aux droits et aux obligations respectifs des parens et des enfans.

C'est la loi naturelle même qui a déterminé les droits et les obligations des parens et des enfans. C'est elle qui proclame ces vérités : que l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère, et que ceux-ci sont obligés de nourrir (1) et élever (2) leurs enfans (3); mais la loi civile a dû s'occuper aussi du soin de régler ces droits et ces obligations d'une manière précise: de là les dispositions relatives à la puissance paternelle, qui seront l'objet d'un Titre particulier, et celles qui concernent les alimens que les parens et les enfans se doivent mutuellement: c'est de ce dernier objet qu'il va être traité dans la présente Section. 371. 203.

Nous avons dit que les père et mère étoient obligés de nourrir et élever leurs enfans; mais là se borne le droit de ceux-ci quant à l'action civile. Ils ne peuvent, comme autrefois chez les Romains, forcer leurs parens de leur procurer un établissement par mariage ou autrement (4). 204.

Réciproquement, les enfans doivent des alimens à leurs père et mère, et autres ascendans (5), en cas de nécessité (6). Cette obligation est même étendue aux gendres et belles-filles envers leurs beau-père et belle-mère (7), excepté dans deux cas : 205.

Le premier, si la belle-mère s'est remariée (8);

Et le second, lorsque l'époux qui produisoit l'affinité, est mort, ainsi que les enfans issus de son union (9). 206.

Cette obligation est également réciproque, c'est-à-dire, que les alimens peuvent être exigés par les gendres et belles-filles, excepté dans les cas (10) où ils seroient eux-mêmes dispensés de les fournir (11). 207.

Les alimens sont ordinairement fournis en argent, dans la proportion du besoin (12) et de la fortune respectifs des parties; d'où il suit que, si les besoins de l'une ou les moyens de l'autre 210. 208.

BIU Cujas

viennent à cesser ou à diminuer, il y a lieu à ordonner la cessa-
209. tion ou la réduction de la pension (1).

Les père et mère peuvent même, en connoissance de cause (2), être dispensés de payer la pension en argent, en offrant de recevoir, nourrir, et entretenir dans leur demeure l'enfant à qui elle est due. La même faculté peut être accordée, aussi en connois-
211. sance de cause, à toutes les autres personnes qui doivent des alimens; mais à la charge par elles de justifier qu'elles ne peu-
210. vent payer en argent (3).

CHAPITRE V.

De la Dissolution du Mariage.

Le mariage ne peut actuellement être dissous que par la mort
227. naturelle ou civile de l'un des époux (4).

BIU Cujas

TITRE VII.

Des Enfans Naturels.

Les enfans naturels sont, en général, ceux qui ont été conçus hors mariage (1).

Ils se divisent en trois classes : les adultérins, les incestueux, et les enfans naturels proprement dits.

Les enfans adultérins sont ceux dont le père et la mère, ou l'un d'eux, étaient, à l'époque de la conception, engagés dans les liens du mariage avec une autre personne (2).

Les incestueux sont ceux dont le père et la mère sont parens ou alliés au degré prohibé (3).

Les enfans naturels proprement dits sont ceux qui ne peuvent être rangés dans aucune des classes ci-dessus (4).

La présomption de paternité résultant du mariage ne pouvant avoir lieu à l'égard des enfans naturels, il s'ensuit que leur père est incertain aux yeux de la Loi, tant qu'il ne les a pas expressément reconnus (5).

Cette reconnoissance doit être volontaire. Tout acte qui tendroit à la forcer, est rigoureusement interdit (6), excepté dans un seul cas, celui d'enlèvement (7), et lorsque l'époque de cet enlèvement se rapporte à celle de la conception (8); alors seulement la recherche de la paternité est permise, et le ravisseur peut (9), sur la demande des parties intéressées, être déclaré père de l'enfant, pourvu, toutefois, qu'il n'y ait ni inceste, ni adultère; car alors, le cas même d'enlèvement ne pourroit pas donner lieu à la recherche de la paternité. 340. *Ibid.* {335. {342.

La même prohibition n'existe pas quant à la recherche de la maternité. La grossesse et l'accouchement étant des faits positifs, qui peuvent être facilement constatés, l'enfant peut être admis à prouver qu'il est identiquement le même que celui dont telle personne est accouchée. 341.

Cette preuve peut se faire par témoins, pourvu qu'il y ait un

BIU Cujas

341. commencement de preuve par écrit (1). Mais la recherche, soit de la maternité, soit de la paternité dans le cas unique où elle est admise, ne peut avoir lieu qu'en faveur des enfans qui peuvent être reconnus; et tel est le caractère de réprobation attaché au commerce adultérin ou incestueux, que les enfans qui en proviennent ne peuvent jamais être reconnus, au moins directement (2).

335. 342.

La reconnoissance, lorsqu'elle a lieu, ne peut être faite que par le père ou la mère (3), dans l'acte de naissance, ou dans un 334. autre acte authentique (4). Celle du père peut avoir lieu sans l'indication de la mère; et elle n'a d'ailleurs aucun effet con- 336. tr'elle sans son aveu (5).

La reconnoissance d'un enfant naturel ne lui procure pas les mêmes avantages que s'il étoit légitime. Néanmoins, elle a des effets assez importans: d'abord, elle lui donne le droit de porter le nom de celui qui l'a reconnu; et en second lieu, elle lui assure 338. une portion quelconque dans les biens de sa succession (6); et comme il auroit été à craindre en conséquence que des reconnoissances frauduleuses ou tardives ne vinssent porter préjudice aux droits des tiers, et sur-tout à ceux qui résulteroient d'un mariage légitime, on a remédié à cet inconvénient par les deux dispositions suivantes:

La première est celle qui accorde à toute personne ayant intérêt (7), le droit de contester la reconnoissance, soit quant au fond (8), soit quant à la forme (9). La même faculté est accordée, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'une simple ré- 339. clamation de la part de l'enfant (10).

La seconde est relative au cas où un individu reconnoît, pendant son mariage, un enfant naturel provenant du commerce qu'il auroit eu, avant son mariage, avec un autre que son époux (11). On a pensé que, même abstraction faite de tout soupçon de fraude, la considération du mariage devoit l'emporter: en conséquence, cette reconnoissance ne peut nuire à l'époux innocent, ni aux enfans issus du mariage, et ne produit d'effet que 337. dans le cas où le mariage vient à se dissoudre sans postérité (12).

BIU Cujas

TITRE VIII.

De la Puissance Paternelle.

La puissance paternelle peut être définie : un droit accordé aux pères et mères, par la nature et par la loi, sur la personne et sur les biens de leurs enfans.

Aux pères et mères : parce que, dans notre droit, la puissance paternelle étant uniquement fondée sur les rapports naturels qui unissent les parens et les enfans, appartient à la mère aussi bien qu'au père (1); mais comme, durant le mariage, la femme est elle-même soumise à la puissance maritale, l'exercice de la puissance paternelle a dû être accordé au père seul pendant le même temps (2). 373.

Par la nature et par la loi : parce que c'est la nature elle-même, comme nous l'avons dit au Titre *du Mariage*, qui a posé les fondemens des devoirs respectifs des parens et des enfans; mais le principe établi, c'étoit à la loi civile à en régler l'application.

Sur la personne : l'enfant est soumis par la loi à l'autorité de ses père et mère, jusqu'à sa majorité ou son émancipation (3). 372.
Il résulte de cette disposition :

1°. Qu'il ne peut jusque-là quitter la maison paternelle sans leur permission : cependant la nécessité du recrutement a fait admettre que cette prohibition cesseroit à l'égard du fils enrôlé, même volontairement, mais seulement après dix-huit ans révolus. 374.

Nota : Les filles qui veulent s'engager dans les Congrégations hospitalières avant l'âge de vingt-un an, sont obligées de se conformer aux articles 148, 149, 150, 159 et 160 du Code (4). (*Décret du* 18 *février* 1809, Bulletin, n°. 4127, art. 7.)

2°. Que la loi a dû mettre dans la main des père et mère les moyens de corriger l'enfant qui leur donneroit des sujets graves de mécontentement. 375.

BIU Cujas

Ces moyens varient en raison de l'âge et de la position de l'enfant.

S'il n'a pas encore quinze ans accomplis, le père peut, par sa seule volonté, le faire détenir pendant un mois au plus ; et, à cet effet, l'ordre d'arrestation est délivré sur sa simple demande
376. non motivée, par le Président du tribunal de son domicile (1).

Depuis l'âge de quinze ans accomplis jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père ne peut plus agir que par voie de réquisition. En conséquence, il est tenu d'adresser sa demande motivée au Président du même tribunal, qui, après en avoir conféré avec le Procureur du Roi, peut délivrer ou refuser l'ordre d'arrestation ; ou même, en l'accordant, abréger le temps de détention fixé par le père, lequel ne peut, dans aucun cas, ex-
377. céder six mois.

Les mêmes formalités doivent être observées, même à l'égard de l'enfant qui n'a pas quinze ans accomplis, dans les quatre cas suivans :

380. 1°. Si le père est remarié (2) ;

2°. Si l'enfant a des biens personnels ;

3°. S'il exerce un état.

Dans ces deux derniers cas, l'enfant détenu (3) peut même adresser un mémoire au Procureur général près la Cour royale, qui, après s'être fait rendre compte, par le Procureur du Roi, des motifs de l'arrestation, en fait son rapport au Président de la Cour. Ce dernier en donne avis au père (4) ; et, après avoir pris les renseignemens convenables, il peut révoquer ou modi-
382. fier le premier ordre.

4°. Enfin, si la puissance paternelle est exercée par la mère, la détention de l'enfant ne peut être que requise par elle, et encore autant qu'elle n'est pas remariée, et qu'elle agit avec le
381. concours (5) des deux plus proches parens paternels (6).

Au reste, ceux qui ont ordonné ou requis la détention (7), ont toujours le droit de l'abréger ; comme aussi ils peuvent en ordonner ou requérir une nouvelle, si l'enfant, après sa sortie,
379. retombe dans de nouveaux écarts ; mais, dans tous les cas, à la

BIU Cujas

charge de payer tous les frais, et de fournir les alimens convenables. 378.

Il ne doit y avoir, d'ailleurs, aucune autre espèce de formalités, que l'ordre d'arrestation, qui ne doit pas même énoncer les motifs, quand il a dû en être donné. *Ibid.*

Et sur les biens : Le droit des père et mère sur les biens de leurs enfans, consiste dans la jouissance desdits biens (1), aux conditions suivantes : 384.

D'être tenu des charges usufructuaires (2) ;

De nourrir, élever et entretenir les enfans selon leur fortune ;

De payer les arrérages ou intérêts des capitaux (3) ;

De payer les frais funéraires et ceux de dernière maladie (4). 385.

Ne sont pas compris dans cette jouissance :

1°. Les biens que l'enfant acquiert par un travail ou une industrie séparés (5) ;

2°. Ceux qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas (6) ; 387.

3°. Ceux qui proviennent d'une succession dont le père ou la mère ont été déclarés indignes ; 730.

4°. Les biens composant les majorats. (*Avis du Conseil d'Etat, approuvé le 30 janvier* 1811, Bulletin, n° 6505.)

La jouissance appartient au père (7) tant que dure le mariage ; mais, après sa dissolution, il faut distinguer : si c'est le père qui survit, la jouissance lui appartient, soit qu'il se remarie ou non : elle n'appartient à la mère survivante, que pendant sa viduité (8). Dans aucun cas, le survivant ne peut la réclamer, qu'autant qu'il a fait procéder à l'inventaire des biens du décédé. 384. 386. 1442.

S'il y a eu séparation de corps, la jouissance n'a pas lieu au profit de celui contre lequel la séparation a été prononcée (9). 386.

Quelle que soit la personne au profit de laquelle la jouissance a lieu, elle cesse de plein droit, lorsque les enfans ont atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, ou lorsqu'ils sont émancipés avant cet âge (10). 384.

De leurs enfans, légitimes seulement. Cependant, comme les droits sur la personne (11) sont établis dans l'intérêt des mœurs, et plutôt en faveur des enfans eux-mêmes que des

BIU Cujas

parens, ils peuvent être exercés également sur les enfans na-
383. turels reconnus.

Dans tous les cas, les pères ou mères qui ont attenté aux mœurs de leurs enfans, en excitant, favorisant, ou facilitant leur débauche ou leur corruption, sont privés de tous les droits et avantages résultans de la puissance paternelle. Ils sont punis, en outre, d'un emprisonnement de deux à cinq ans, et d'une amende de trois cents à mille francs; privés de toute tutelle et curatelle, et de toute participation aux conseils de famille, pendant un intervalle de dix à vingt ans; et pourront être mis, pendant le même temps, sous la surveillance de la haute police.

Les mêmes peines sont appliquées aux tuteurs, ou autres personnes chargées de la surveillance des enfans. (*Code Pénal*, art. 334 et 335.)

BIU Cujas

TITRE IX.

De l'Adoption.

CHAPITRE PREMIER.

De l'Adoption et de ses Effets.

L'ADOPTION est, en général, un acte civil qui établit entre deux personnes, des rapports de paternité et de filiation qui n'existoient pas naturellement (1).

Un acte civil : L'adoption étant une institution purement civile, ceux-là seuls peuvent adopter ou être adoptés, auxquels la Loi le permet expressément. 343.

Quatre conditions sont nécessaires pour pouvoir adopter.

Il faut : 1°. Avoir au moins cinquante ans (2), et quinze ans de plus que l'adopté; *Ibid.*

2°. Avoir donné à l'individu que l'on veut adopter, durant sa minorité (3), et pendant six ans au moins (4), des soins et des secours non interrompus; 345.

3°. N'avoir, à l'époque de l'adoption, ni enfans, ni descendans légitimes (5); 343.

4°. Enfin, avoir le consentement de son conjoint, si l'on est marié (6); cependant le consentement du conjoint n'est pas nécessaire lorsque l'adoption a lieu par testament, conformément à l'article 366. 344.

Les deux premières conditions ne sont point exigées dans le cas où l'adopté aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots (7). Il suffit alors que l'adoptant soit majeur et plus âgé que l'adopté (8). 345.

Les conditions requises pour pouvoir être adopté, sont au nombre de trois (9) :

1°. La majorité;

2°. Le consentement des père et mère (10) de l'adopté, ou

BIU Cujas

du survivant d'eux (1), s'il n'a pas encore vingt-cinq ans accomplis (2). S'il a atteint cet âge, il suffit qu'il requière leur
346. conseil (3);

3°. Enfin, il faut qu'il n'ait pas déjà été adopté par une autre
344. personne, si ce n'est pas le conjoint de l'adoptant.

Des rapports de paternité et de filiation : C'est-à-dire, quelques-unes des relations qui existent entre le père et ses enfans légitimes.

Ainsi, 1°. l'adopté a le droit de joindre à son nom celui de
347. l'adoptant (4);

2°. Il a, sur la succession (5) de l'adoptant, les mêmes droits que s'il était issu de lui en mariage (6), quand même il y en auroit de cette dernière qualité, nés depuis l'adoption (7). Mais ce droit est borné à la succession de l'adoptant, et ne s'étend
350. en aucune manière à celle des parens de ce dernier (8);

3°. L'adoptant et l'adopté sont soumis tous deux à l'obligation
349. de se fournir mutuellement des alimens en cas de besoin;

4°. Enfin, l'adoption produit entre l'adopté, l'adoptant, et quelques-uns de leurs parens et alliés, l'empêchement dont nous
348. avons parlé au Titre *du Mariage.*

Mais comme tous ces rapports ne sont que l'effet d'une fiction de la loi, et que la fiction ne peut prévaloir sur la vérité, il s'ensuit que l'adoption ne peut préjudicier aux rapports naturels
Ibid. qui existent entre l'adopté et sa propre famille. Il y conserve donc tous ses droits : il est soumis aux mêmes obligations que s'il n'eût pas été adopté (9), et notamment à celle de la prestation des alimens envers ses ascendans naturels (10), qui restent également assujettis, à son égard, à la même obligation, s'il y
349. a lieu. Sa succession est dévolue à ses parens dans l'ordre établi par la loi, sauf cependant l'exception suivante.

Si l'adopté n'a point de descendans légitimes, et qu'au nombre des biens qu'il laisse à son décès, il s'en trouve en nature (11) quelques-uns qui lui aient été donnés par l'adoptant, celui-ci, en cas de survie, a le droit de les reprendre, à la charge de contribuer aux dettes (12), et sans préjudice des droits acquis à des tiers (13) sur ces mêmes biens.

BIU Cujas

Le même droit de reprise dans la succession de l'adopté appartient, avec les mêmes charges, aux descendans de l'adoptant, en cas de prédécès de ce dernier, non-seulement sur les biens donnés par lui, mais encore sur ceux qui proviennent de sa succession, et qui se trouvent encore en nature. 351.

Il y a cependant cette différence entre l'adoptant et ses descendans, que le premier a toujours le droit de reprendre les biens qu'il a donnés, soit qu'ils se trouvent dans la succession de l'adopté, ou dans celle de ses descendans morts eux-mêmes sans postérité (1); au lieu que les descendans de l'adoptant ne peuvent exercer le droit de reprise, qu'autant que l'adopté est mort sans descendans légitimes : car, une fois que les biens provenans de l'adoptant ont été recueillis dans la succession de l'adopté par les descendans de ce dernier, le droit de reprise, même en cas de décès de ces mêmes descendans sans postérité, est personnel à l'adoptant, s'il leur survit, et ne passe à aucun autre, s'il est prédécédé. 352.

CHAPITRE II.

Des Formes de l'Adoption.

Pour déterminer d'une manière précise les formes de l'adoption, il serait nécessaire d'en distinguer préalablement deux espèces : l'adoption entre-vifs, et l'adoption dite testamentaire. Mais cette dernière ne pouvant avoir lieu que de la part du tuteur officieux, en faveur de son pupille, nous nous réservons d'en parler, lorsque nous ferons connoître les règles et les effets de la tutelle officieuse; et nous nous bornerons ici à ce qui concerne l'adoption entre-vifs.

Les formes en sont déterminées ainsi qu'il suit :

La personne qui veut adopter, se présente devant le juge de paix de son domicile, avec celui ou celle qu'elle veut adopter (2); et là, il est passé acte de leurs consentemens respectifs (3). 353.

Expédition de cet acte est remise, dans les dix jours suivans (4), par la partie la plus diligente, au Procureur du Roi près

BIU Cujas

le Tribunal du domicile de l'adoptant, pour être soumis à l'ho-
354. mologation.

Le Tribunal, réuni en la chambre du conseil, et après avoir pris les renseignemens convenables, vérifie : 1°. si toutes les conditions prescrites par la loi sont remplies ; et 2°. si l'adoptant
355. jouit d'une bonne réputation.

Cette vérification faite, le Procureur du Roi entendu, et sans aucune autre procédure, le Tribunal prononce (1), sans énoncer
356. de motifs (2) : *Il y a*, ou, *il n'y a pas lieu à l'adoption.*

Le jugement (3) est soumis, dans le mois de sa date (4), et aussi sur les poursuites de la partie la plus diligente, à la Cour Royale, qui suit les mêmes formes, et prononce également sans exprimer de motifs : *Le jugement est confirmé*, ou, *le jugement est réformé : en conséquence, il y a lieu*, ou, *il n'y a pas*
357. *lieu à l'adoption.*

Si la Cour Royale admet l'adoption, l'arrêt est prononcé à l'audience (5), et affiché en tels lieux, et en tel nombre d'exem-
358. plaires que la Cour juge convenable. Il en est remis une expédition, par l'une ou l'autre des parties, à l'officier de l'état civil du domicile de l'adoptant, qui l'inscrit sur ses registres. Cette inscription doit, à peine de nullité de l'adoption, avoir lieu
359. dans les trois mois de la date de l'arrêt.

Le décès de l'adoptant, survenu depuis l'acte de consentement passé devant le juge de paix, et avant la prononciation du jugement définitif (6), n'empêche point la continuation de l'instruction, et par suite l'admission de l'adoption, s'il y a lieu. Mais, dans ce cas, les héritiers de l'adoptant peuvent transmettre au Ministère public tous les moyens qu'ils croient pro-
360. pres à faire déclarer l'adoption inadmissible (7).

BIU Cujas

TITRE X.

De la Minorité, de la Tutelle, et de l'Émancipation.

Les personnes, considérées par rapport à l'âge, se divisent en majeurs et mineurs.

Le majeur est celui qui a atteint l'âge de vingt-un ans accomplis; il est capable de tous les actes de la vie civile, sauf les restrictions portées aux Titres *du Mariage et de l'Adoption* (1). 488.

Le mineur est celui qui n'a pas encore atteint l'âge de vingt-un ans; il est soumis à la puissance paternelle ou à l'autorité d'un tuteur; ou, enfin, il a besoin, dans certains cas, de l'assistance d'un curateur, s'il est émancipé. 388.

Nous avons traité de la puissance paternelle dans un des Titres précédens; il nous reste à parler, dans celui-ci, de la tutelle et de l'émancipation.

La tutelle officieuse étant soumise à des règles particulières, quant au mode de l'établir, de l'administrer, et quant à ses résultats, nous commencerons par en exposer les principes. Elle se trouvera d'ailleurs, par là, placée à la suite du Titre *de l'adoption*, avec laquelle elle a une très-grande affinité.

Un second chapitre exposera les règles de la tutelle ordinaire.

Nous traiterons, dans un troisième, de l'émancipation et de la curatelle;

Et enfin, dans un quatrième, d'une espèce particulière de tutelle légitime.

CHAPITRE PREMIER.

De la Tutelle Officieuse (2).

La tutelle officieuse peut être définie : l'obligation contractée volontairement d'élever un mineur, et d'administrer sa personne et ses biens.

Volontairement : à la différence de la tutelle ordinaire, qu'on peut, dans certains cas, être forcé d'accepter.

BIU Cujas

D'élever : ce mot est pris ici dans sa signification la plus étendue, et comprend non-seulement l'obligation de nourrir le pupille et de lui donner l'éducation convenable, mais encore celle
364. de le mettre en état de gagner sa vie ; le tout aux frais du tuteur, et sans qu'il puisse imputer sur les biens du pupille aucune
365. des dépenses relatives à ces différens objets (1).

D'administrer sa personne et ses biens : parce que l'administration de la personne et des biens du pupille passe au tuteur officieux, quand même le pupille seroit déjà soumis à une autre
Ibid. tutelle (2). Il doit, comme le tuteur ordinaire, rendre compte
370. de cette administration.

Les conditions particulières à la tutelle officieuse sont, pour ce qui concerne le tuteur :

361. 1°. Qu'il ait plus de cinquante ans (3) ;

2°. Qu'il n'ait, au moment de la tutelle, ni enfans, ni des-
Ibid. cendans légitimes ;

362. 3°. Qu'il ait le consentement de son conjoint, s'il est marié.

Les conditions relatives au pupille sont :

364. 1°. Qu'il soit mineur de quinze ans (4) ;

2°. Qu'il ait le consentement de ses père et mère, ou du survivant d'eux ; à leur défaut, d'un conseil de famille (5) ; ou enfin, s'il n'a point de parens connus, celui des administrateurs de l'hospice où il a été recueilli, ou de la municipalité du lieu
361. de sa résidence.

La seule formalité requise est la rédaction, par le juge de paix du domicile de l'enfant (6), du procès-verbal des demande et
363. consentement.

Les effets de la tutelle officieuse, indépendamment des obligations dont nous avons déjà parlé, sont :

1°. Que le tuteur peut adopter son pupille à sa majorité, si ce dernier y consent (7) : dans ce cas, il est procédé à l'adoption suivant les formes prescrites dans le Titre précédent, et elle
368. a les même effets ;

2°. Que le pupille devenu majeur peut requérir l'adoption. Si cette réquisition (8) n'a pas d'effet (9) dans les trois mois qui suivent la majorité, et que le pupille ne soit pas en état de

BIU Cujas

gagner sa vie, le tuteur peut (1) être condamné à lui fournir les secours propres à lui procurer un métier (2), sans préjudice toutefois des stipulations qui auroient pu être faites dans la prévoyance de ce cas (3), si elles se trouvent plus avantageuses au pupille;

3°. Que le tuteur peut adopter le pupille par testament, même avant sa majorité; mais, pour que cette adoption soit valable, il faut que le tuteur ne laisse ni enfans, ni descendans légitimes (4), et qu'il se soit écoulé cinq ans depuis le commencement de la tutelle (5). Cette adoption donne au pupille, sur la succession du tuteur, les mêmes droits que si elle eût eu lieu entre-vifs (6); 366.

4°. Enfin, que, si le tuteur vient à mourir avant les cinq ans, ou même après ce temps, mais sans avoir adopté son pupille, ses représentans sont tenus de fournir à ce dernier, jusqu'à sa majorité, des moyens de subsister (7), dont la quotité et l'espèce sont fixées, soit à l'amiable, soit en justice; le tout, sans préjudice des stipulations particulières qui, dans tous les cas, doivent être exécutées. 367.

CHAPITRE II.

De la Tutelle ordinaire.

Tant que dure le mariage, le père est administrateur (8) des biens personnels de ses enfans mineurs. Cette administration le rend comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, de ceux dont il a l'usufruit.

Le mariage une fois dissous, les enfans non encore majeurs sont soumis à la tutelle, ou à la curatelle s'ils sont émancipés. 389.

La tutelle ordinaire est la charge imposée à une personne, par la loi, ou par la volonté de l'homme, d'administrer gratuitement (9) la personne et les biens d'un mineur.

La charge imposée : Ces mots emportent avec eux une idée de contrainte, parce qu'en effet la tutelle est une charge que l'on est forcé d'accepter, à moins qu'on ne se trouve dans le cas d'une excuse légitime.

BIU Cujas

Par la loi : Cette expression indique la tutelle légitime.

Ou par la volonté de l'homme : Ce qui comprend la tutelle testamentaire, et la dative, qui sont déférées par les père ou mère, ou le conseil de famille. Nous allons traiter séparément de chacune, et nous exposerons ensuite les règles communes à toutes les tutelles. En conséquence, le présent chapitre sera divisé en huit sections, dont la première traitera de la tutelle légitime ;

La deuxième, de la tutelle testamentaire ;

La troisième, de la tutelle dative ;

La quatrième, du subrogé-tuteur et de ses fonctions ;

La cinquième, des causes qui dispensent de la tutelle ;

La sixième, des incapacité, exclusion, et destitution de la tutelle ;

La septième des fonctions du tuteur ;

Et la huitième, du compte de la tutelle.

SECTION PREMIÈRE.

De la Tutelle légitime.

La tutelle légitime est celle qui est déférée directement et de plein droit par l'autorité de la loi.

De plein droit : c'est-à-dire, sans aucune espèce de formalités, tellement que le tuteur légitime devient responsable, du moment qu'il a dû avoir connoissance de l'événement qui donne lieu à ce que la tutelle lui soit déférée.

La tutelle légitime est de trois espèces : celle des père et mère, celle des ascendans, et celle des hospices. Toutes les règles relatives à cette dernière espèce de tutelle seront réunies dans un chapitre particulier.

§. I^er^.

De la Tutelle des Père et Mère.

La tutelle légitime des père et mère est celle qui, après la mort naturelle ou civile de l'un des époux, est déférée au sur-
390. vivant.

BIU Cujas

Après la mort etc. : Parce que, dans le cas de séparation de corps, ou d'absence de l'un des époux, l'administration de la personne et des biens des enfans, est réglée conformément aux dispositions rapportées aux Titres *de l'Absence* et *du Mariage* (1).

Au survivant : Le droit des deux époux n'est cependant pas le même à cet égard. Il y a plusieurs distinctions à faire entre le père et la mère :

1°. Le père ne peut refuser la tutelle, à moins qu'il n'ait une cause légitime : la mère, au contraire, peut la refuser sans donner de motifs ; mais alors elle est tenue de faire nommer un autre tuteur, et jusques-là, de gérer la tutelle.

394.

2°. La tutelle du père survivant ne peut être modifiée par la mère (2) ; au lieu que, s'il décède le premier, il peut désigner un conseil spécial, dont la mère doit prendre l'avis sur tous les actes de la tutelle (3), si le père n'a pas fait d'exception ; ou, dans le cas contraire, sur ceux qu'il a expressément spécifiés (4). La nomination de ce conseil peut être faite, soit par acte de dernière volonté (5), soit par déclaration devant notaires, ou devant le juge de paix assisté de son greffier.

391.

392.

3°. Le second mariage du père ne change rien à la tutelle (6), tandis que, dans le même cas, la tutelle n'est conservée à la mère, qu'autant que cela est ainsi décidé par le conseil de famille (7), qu'elle est tenue de convoquer avant son mariage, à peine d'être déchue de plein droit de la tutelle (8) et de rendre son second mari responsable, solidairement (9) avec elle, de toutes les suites (10). Si le conseil de famille, convoqué par elle, lui conserve la tutelle, son second mari est alors nécessairement nommé co-tuteur (11), et devient solidairement responsable de la gestion postérieure au mariage (12).

395.

396.

4°. Enfin, si la mère est enceinte (13) lors de la mort du père, la tutelle est suspendue jusqu'après l'accouchement ; et il est nommé pour cet intervalle, par le conseil de famille, un curateur au ventre (14), qui, lors de la naissance, est, de plein droit, le subrogé-tuteur de l'enfant, dont la mère devient alors tutrice légitime (15).

393.

BIU Cujas

§. II.

De la Tutelle des Ascendans (1).

La tutelle légitime des ascendans est celle qui, à défaut des père et mère, et de tuteur désigné par eux (2), est déférée, de plein droit, aux ascendans mâles du pupille, au degré le plus
402. proche, de manière cependant à préférer toujours, à degré égal,
403. la ligne paternelle et masculine.

Nous disons, *à défaut de tuteur désigné par eux* : Parce que la tutelle des ascendans n'a lieu qu'à défaut de la testamentaire,
402. dont il sera question dans la section suivante :

Aux ascendans mâles : Parce que la mère est la seule femme
402. } qui soit tutrice légitime. Les autres ascendantes ne sont capa-
442. } bles que de la tutelle dative ou testamentaire (3).

De manière à préférer toujours la ligne paternelle : Parce qu'à
402. égalité de degré, l'ascendant paternel est toujours préféré (4).

Et masculine : Parce qu'il peut arriver qu'à défaut d'ascendans du deuxième degré, il y ait concurrence entre deux ascendans au troisième degré, tous deux de la ligne paternelle, mais non tous deux de la ligne masculine; et alors la tutelle appartient de préférence à l'ascendant par mâles. *Exemp.* : Un individu veuf, n'ayant ni père ni mère, mais ayant encore son aïeul paternel et son aïeul maternel, meurt, laissant un enfant mineur, qui n'a aucun ascendant maternel; cet enfant se trouve donc avoir deux bisaïeuls, tous deux de la ligne paternelle; dans ce cas, on doit préférer la ligne masculine, c'est-à-dire, celui qui ne tient au pupille que par des mâles, ou, en d'autres termes, l'aïeul pater-
403. nel de son père.

Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls maternels, c'est au conseil de famille à choisir auquel des deux la tutelle
404. doit être confiée (5).

BIU Cujas

SECTION II.

De la Tutelle Testamentaire.

La tutelle testamentaire est celle qui est déférée par le dernier mourant des père et mère (1). Elle est appelée *testamentaire*, parce qu'à l'exemple des dispositions de dernière volonté, elle n'a d'effet qu'après la mort de celui qui l'a déférée. Elle peut, au surplus, être déférée, non-seulement par testament, mais encore par acte passé devant notaires, ou devant le juge de paix assisté de son greffier. 397. 392. 398.

Nous disons, *par le dernier mourant des père et mère :* 1°. Parce que, si la mère survit, le père ne peut déférer la tutelle à son préjudice; il peut seulement, comme nous l'avons dit, lui adjoindre un conseil;

2°. Parce que le droit de désigner un tuteur est commun au père et à la mère, avec cette différence cependant, que la mère remariée et non maintenue dans la tutelle, est privée de ce droit à l'égard des enfans de son premier mariage (2); et que le tuteur désigné par la mère remariée, même maintenue, a besoin d'être confirmé par le conseil de famille (3). 399. 400.

Au surplus, le tuteur désigné par le père ou la mère peut refuser la tutelle dans tous les cas où il eût pu le faire, s'il eût été nommé par le conseil de famille. (*Voyez* ci-après, Sect. V.) 401.

SECTION III.

De la Tutelle Dative.

La tutelle dative est celle qui, à défaut de la légitime et de la testamentaire, est déférée par le conseil de famille; et comme d'ailleurs l'intervention de ce conseil est nécessaire en toute tutelle, et qu'il importe conséquemment de déterminer, d'une manière générale, le mode de sa composition, la forme de ses délibérations, et la nature ainsi que l'étendue de ses fonctions, nous traiterons de ces différens objets dans les quatre paragraphes suivans. 405.

I.

BIU Cujas

§. Ier.

De la Formation du Conseil de Famille.

Le conseil de famille est une assemblée des parens ou alliés
407. 416. du mineur, présidée par le juge de paix. Il est convoqué sur la réquisition et à la diligence des parens du mineur, de ses créanciers, ou de toute autre partie intéressée (1). Il peut même être convoqué d'office par le juge de paix du lieu où la tutelle est ouverte (2), auquel, en conséquence, toute personne peut dé-
406. noncer (3) le fait qui donne lieu à la convocation.

Ce conseil est ordinairement composé, outre le juge de paix, de six parens ou alliés (4), dont moitié du côté paternel, et moitié du côté maternel, en suivant l'ordre de proximité dans
407. chaque ligne.

Nous disons *ordinairement* : Parce que les ascendans, même ceux qui sont valablement excusés de la tutelle, les ascendantes veuves (5), les frères germains, et les maris des sœurs germaines (6), font nécessairement partie du conseil de famille, quel que soit leur nombre, et quand même il excéderoit celui
408. qui est désigné ci-dessus.

En suivant l'ordre de proximité : Sauf toutefois les exceptions et modifications suivantes :

Premièrement : le parent doit toujours être préféré à l'allié du même degré ; et à égalité de degrés, soit entre parens, soit
407. entre alliés, le plus âgé est préféré.

Secondement : si un ou plusieurs des parens les plus proches demeurent à plus de deux myriamètres (environ quatre lieues) de distance de la commune où la tutelle est ouverte, ils peuvent
Ibid. être remplacés (7) par des parens d'un degré plus éloigné (8).

Troisièmement : en cas d'insuffisance du nombre des parens et alliés de l'une ou de l'autre ligne (9), demeurant dans la distance ci-dessus, le juge de paix (10) peut appeler, soit ceux qui sont domiciliés à de plus grandes distances, soit des personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié
409. avec le père ou la mère du mineur. Il a également la faculté, lors

BIU Cujas

même que le nombre de parens ou alliés étant sur les lieux, est suffisant, d'appeler, s'il le croit utile au mineur, les parens plus proches, ou égaux (1) en degrés, qui se trouveroient hors de la distance ci-dessus, en retranchant toutefois un nombre égal des premiers, de manière à ne pas excéder le nombre précédemment fixé. 410.

Il est certaines personnes que la loi déclare incapables d'être membres d'un conseil de famille, et qui, en conséquence, n'y doivent pas être appelées; ce sont:

Les mineurs, excepté le père et la mère;

Les interdits;

Les femmes, excepté les ascendantes;

Ceux qui ont, ou dont les père ou mère (2) ont, avec le mineur, un procès dans lequel l'état, la fortune, ou une partie notable des biens de ce dernier, sont compromis; 442.

Enfin, ceux qui ont été exclus ou destitués d'une tutelle (3). 445.

La citation pour comparoître est donnée à jour fixe, qui est indiqué par le juge de paix. Le délai, quand toutes les parties demeurent dans l'arrondissement de deux myriamètres, ne peut être moindre de trois jours (4); quand quelques-uns des individus cités demeurent au-delà de cette distance, le délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres. 411.

Les personnes convoquées sont tenues, à moins qu'elles n'aient une excuse légitime, de comparoître en personne, ou de commettre un mandataire spécial, qui ne peut représenter plus d'un membre de la même assemblée (5). 412.

La peine du défaut de comparution sans excuse légitime, est une amende qui ne peut excéder cinquante francs, et qui est prononcée sans appel, par le juge de paix. 413.

S'il y a excuse suffisante, le juge de paix examine s'il convient d'attendre ou de remplacer le membre absent; auquel cas, il peut ajourner ou proroger (6) l'assemblée; comme aussi, le conseil peut délibérer de suite, si les trois quarts (7) des membres convoqués (8) sont présens. Le juge de paix a d'ailleurs également le droit d'ajourner ou de proroger l'assemblée, dans tous les cas où il croit que l'intérêt du mineur peut l'exiger. 414. 415. 414.

BIU Cujas

§. II.

De la Forme des Délibérations du Conseil de famille, et de leur Homologation.

Le conseil de famille se tient chez le juge de paix, à moins
415. que ce magistrat ne désigne un autre local.

La présence des trois quarts des membres convoqués suffit,
Ibid. comme nous l'avons dit, pour que le conseil puisse délibérer.

Les délibérations sont prises à la pluralité absolue (1). En cas
416. de partage, la voix du juge de paix est prépondérante (2).

Toutes les fois que la délibération n'est pas unanime, l'avis de chacun des membres doit être consigné au procès-verbal; et, dans ce cas (3), la délibération peut être attaquée, soit par le tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, s'ils n'ont pas été d'avis de la délibération, soit même par les membres dissidens: ils forment leur demande contre ceux qui composent la majo-
Pr. 883. rité (4), sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation. La
Pr. 884 et 885. cause est jugée sommairement, et sauf l'appel.

Dans tous les cas où la délibération est sujette à homologation, elle est poursuivie par le tuteur, ou par tout autre que le conseil de famille en a spécialement chargé (5), dans le délai fixé par la
Pr. 887. délibération, ou, à défaut de fixation, dans le délai de quinzaine.

Pour parvenir à l'homologation, on présente au Président du tribunal une expédition de la délibération, à la suite de laquelle est une requête à fin d'homologation. (*Tarif des Frais*, art. 78.)

Le Président rend, au bas de ladite requête, une ordonnance, par laquelle il commet un juge pour en faire le rapport à jour
Pr. 885. indiqué, et ordonne la communication au Ministère public.

Le Procureur du Roi donne ses conclusions au bas de l'ordonnance du Président, et la minute du jugement est mise à la
Pr. 886. suite des conclusions (6).

Si les délais ci-dessus fixés sont écoulés, sans que l'homologation ait été demandée, elle peut l'être par tout membre de l'assemblée, contre celui qui auroit dû la poursuivre dans le
Pr. 887. principe, et aux frais de ce dernier, sans répétition (7).

BIU Cujas

Si la délibération n'a pas été unanime, il est libre aux membres composant la minorité, de s'opposer à l'homologation, en le déclarant, par acte extra-judiciaire (1), à celui qui est chargé de la poursuivre : ils doivent alors être appelés au jugement ; à défaut de quoi, ils peuvent y former opposition (2). *Pr.* 888.

Au surplus, tous les jugemens rendus sur délibération du conseil de famille, peuvent être attaqués par la voie de l'appel (3). *Pr.* 889.

§. III.

Des Fonctions du Conseil de Famille.

Les fonctions du conseil de famille peuvent être considérées sous deux rapports *le personnel* et *le matériel* de la tutelle.

Sous le premier rapport sont comprises les fonctions qui concernent directement la personne, soit du tuteur, soit du pupille. Nous en avons déjà énoncé quelques-unes ; nous allons les réunir ici sommairement (4).

Elles consistent à nommer un tuteur, lorsqu'il n'en existe pas de légitime ni de testamentaire ; 405.

A nommer un curateur au ventre, lorsque la femme reste enceinte au décès du mari ; 393.

A décider si la mère, convolant en secondes noces, doit conserver la tutelle ; 395.

A confirmer, s'il y a lieu, le tuteur désigné par la mère remariée et maintenue dans la tutelle ; 400.

A déterminer, en cas de concurrence, le choix entre deux ascendans de la ligne maternelle ; 404.

A nommer un subrogé-tuteur. Cette nomination a lieu en toute tutelle ; 420.

A prononcer sur les excuses proposées par les tuteurs et subrogés-tuteurs, ainsi que sur leur exclusion ou destitution ; 438.

A autoriser l'emploi des moyens de correction que la mauvaise conduite du mineur peut nécessiter ; 447.

A autoriser l'émancipation du mineur resté sans père ni mère, et à lui nommer un curateur, s'il y a lieu. 468. 478. 480.

BIU Cujas

A statuer sur la révocation de cette émancipation, dans le cas
485. où elle peut avoir lieu ;

Enfin, à consentir au mariage du mineur resté sans père ni
160. mère, ni autres ascendans; et par suite, à approuver, dans ce
1398. cas, ses conventions matrimoniales.

Quant au matériel, c'est-à-dire à l'administration des biens du mineur, et à la surveillance que le conseil de famille doit exercer à cet égard, ses fonctions se trouveront fixées ci-après, Section VII, en même temps que nous déterminerons les actes que le tuteur ne peut faire sans son autorisation.

§. IV.

De la Nomination du Tuteur.

Quand il n'existe point de tuteur légitime ni testamentaire, il en est nommé un (1) par le conseil de famille convoqué, formé
405. et délibérant comme il a été dit ci-dessus. La tutelle est alors appelée *dative*.

En général, il ne peut être nommé qu'un tuteur, quelles que soient l'étendue et les distances respectives des biens du pupille. Le conseil de famille peut seulement, s'il y a lieu, autoriser le tuteur à se faire aider par un ou plusieurs administrateurs sala-
454. riés, de la gestion desquels il est responsable (2).

Si cependant le mineur, domicilié en France, a des biens dans les colonies, ou *vice versâ*, l'administration spéciale des biens (3) situés hors du lieu de son domicile, est donnée à un protuteur (4), dont la gestion est absolument indépendante de celle
417. du tuteur, et sans aucune responsabilité respective (5).

Si le tuteur n'est pas présent lors de sa nomination, elle lui est notifiée à la diligence d'un membre de l'assemblée, désigné par elle, et ce, dans les trois jours de la délibération, plus, un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est
Pr. 882. tenue l'assemblée, et le domicile du tuteur.

BIU Cujas

SECTION IV.

Du Subrogé-Tuteur et de ses Fonctions.

Nous avons dit qu'en toute tutelle (1) il y avoit lieu à la nomination (2) d'un subrogé-tuteur. 420.

Lorsque la tutelle est dative, cette nomination a lieu immédiatement après celle du tuteur. Lorsque la tutelle est légitime ou testamentaire, le tuteur, avant d'entrer en fonctions, est tenu, à peine de dommages-intérêts, et même de destitution (3) en cas de dol, de faire convoquer un conseil de famille pour procéder à la nomination du subrogé-tuteur, qui doit toujours être pris dans la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas (4), sauf le cas où le tuteur appartiendroit aux deux lignes; par exemple, si c'est un frère germain. 422. 421. 423.

Le tuteur ne peut, dans aucun cas, concourir à la nomination, du subrogé-tuteur (5), ni à sa destitution, qu'il ne peut pas même provoquer (6). *Ibid.* 426.

Les fonctions de subrogé-tuteur sont, en général :

Premièrement, d'être contradicteur légitime et nécessaire dans tous les actes qui tendent à constater la quotité, la nature et la valeur des biens du mineur; par exemple, lors de l'inventaire d'une succession échue à ce dernier, inventaire auquel il est tenu de faire procéder à peine de tous dommages-intérêts; lors de la vente de ses meubles ou de ses immeubles, etc.; 451. 1442. 452. 459.

Secondement, d'agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur (7); 420.

Troisièmement, de se faire remettre, aux époques déterminées par le conseil de famille, les états de situation de la gestion du tuteur, si toutefois cette remise a dû être, et a été (8) effectivement ordonnée; 470.

Quatrièmement, de provoquer, s'il y a lieu, la destitution du tuteur (9); 446.

Cinquièmement, en cas de vacance ou d'abandon de la tutelle, de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (10); et ce, à peine de tous dommages-intérêts; 424.

BIU Cujas

Sixièmement enfin, tout jugement rendu contre le mineur doit être signifié au subrogé-tuteur, quand même il n'auroit pas été en cause; et le délai de l'appel ne court que du jour de la
Pr. 444. signification faite, tant à lui qu'au tuteur (1).

Les fonctions du subrogé-tuteur cessent à la même époque
425. que la tutelle (2); et l'on doit également lui appliquer ce que nous allons dire des excuses, incapacité, exclusion, et destitu-
426. tion de la tutelle.

SECTION V.

Des Causes qui dispensent de la Tutelle.

Il est de l'intérêt public que les mineurs ne restent pas sans défense; mais, d'un autre côté, les fonctions de tuteur étant onéreuses et gratuites, il seroit souvent difficile de trouver des personnes honnêtes qui consentissent volontairement à s'en charger; de là, l'obligation d'accepter, imposée par la Loi à toute personne désignée pour être tuteur, et qui ne peut allé-
1370. guer d'excuse (3) légitime.

Les motifs d'excuse sont en assez grand nombre. Nous allons les parcourir succinctement.

Ces motifs sont : 1°. le sexe. Ce n'est une excuse que pour
394. 442. les ascendantes : pour les autres, c'est incapacité (4);

2°. La qualité de prince du sang, de grand amiral, de maréchal de France, d'inspecteur et colonel-général, et celle de grand officier de la couronne;

3°. La pairie;

4°. Les fonctions de conseiller d'état, et de membre de la chambre des députés;

5°. Celle de membre de la cour de cassation et de la cour des comptes (5);

6°. Celle de préfet;

7°. Toute fonction publique dans un département, autre que
427. celui où la tutelle s'établit. Par *avis du Conseil d'État*, approuvé le 20 novembre 1806, les ministres du culte, obligés à résidence

BIU Cujas

par les lois de l'État, sont compris dans cette disposition. (*Bulletin*, n°. 2047.)

8°. L'activité de service militaire;

9°. Toute mission du Gouvernement hors du territoire (1) français, sauf, dans le cas où la mission seroit secrète et contestée, à ne prononcer la dispense qu'après explication donnée par le Ministre, dans le département duquel se place la mission articulée comme excuse (2); 428. 429.

10°. Toute infirmité (3) grave, et dûment justifiée. 434.

Toutes ces causes (4), non-seulement dispensent d'accepter la tutelle, mais encore donnent la faculté de s'en faire décharger, si elles sont survenues après l'acceptation (5), et à la charge de faire convoquer, dans le mois, un conseil de famille pour procéder au remplacement. 430. 431. 434. 431.

Dans ce cas, si les fonctions, services ou missions, viennent à expirer avant la fin de la tutelle, l'ancien tuteur peut la redemander; comme aussi, en cas de silence de sa part, le nouveau peut également réclamer sa décharge, sauf au conseil de famille à prononcer sur le tout. *Ibid.*

11°. L'âge de soixante-cinq ans accomplis. Si le tuteur n'avoit pas cet âge (6) au moment où la tutelle lui a été déférée, il peut s'en faire décharger, mais à l'âge de soixante-dix ans (7) seulement; 433.

12°. La charge de deux tutelles existantes, et même d'une seule, si celui qui en est chargé, est en même temps époux ou père (8); 435.

13°. L'existence (9), au moment de la tutelle, de cinq enfans légitimes (10). Les enfans survenus depuis la tutelle ne comptent point. Il en est de même de ceux qui sont décédés auparavant, à moins qu'ils n'aient laissé des enfans existans, ou qu'ils ne soient morts en activité de service dans les armées françaises (11). 436. 437. 436.

Nota. Les douzième et treizième causes d'excuse ne sont point admises, lorsqu'il s'agit de la tutelle des enfans de celui qui les propose. 435. 436.

14°. Si le tuteur nommé n'est ni parent ni allié du mineur; mais cette cause n'est admise, qu'autant qu'il existe, dans la distance de quatre myriamètres, des parens ou alliés en état de gérer la tutelle (12). 432.

BIU Cujas

Les motifs d'excuse existans au moment de la nomination du tuteur, doivent être proposés par lui, sur-le-champ, s'il est pré-
438. sent (1). En cas d'absence, il doit, dans les trois jours, à partir de celui où sa nomination lui a été notifiée (2), faire convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet. Si le lieu de son domicile n'est pas le même que celui de l'ouverture de la tutelle, le délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance.
438. } Ces dispositions sont toutes de rigueur; et, faute par le tuteur
439. } de s'y être conformé, il doit être déclaré non-recevable (3).

Si les excuses sont admises, le conseil de famille procède sur-le-champ à la nomination d'un autre tuteur; si elles sont rejetées, le tuteur peut se pourvoir devant les tribunaux (4) pour les faire admettre; mais il est tenu d'administrer provisoirement
440. pendant le litige.

Si, en définitif, elles sont jugées valables, ceux qui les ont rejetées (5), peuvent (6) être condamnés aux dépens; dans le cas
441. contraire, le tuteur y est condamné lui-même.

SECTION VI.

Des Incapacité, Exclusion, et Destitution de la Tutelle.

Les motifs d'incapacité pour la tutelle sont les mêmes que
442. pour le conseil de famille (7).

L'exclusion diffère de la destitution, en ce qu'on exclut le tuteur qui n'est pas encore entré en fonctions, et qu'on destitue celui qui a commencé à administrer (8). En conséquence, l'exclusion ne peut s'appliquer qu'au tuteur légitime ou testamentaire (9).

Les motifs d'exclusion sont:

444. 1°. L'inconduite notoire (10);

443. 2°. La condamnation à une peine afflictive ou infamante. Dans ce cas, l'exclusion a lieu de plein droit. Cependant le condamné peut, après avoir subi sa peine (11), être nommé, par le conseil de famille, tuteur de ses enfans. (*Code Pénal*, art. 28.)

3°. L'interdiction des droits de famille prononcée par les tri-

BIU Cujas

bunaux, dans les cas et pendant le temps désignés par le Code Pénal, art. 34, 335, 374, 401, 405, 406, 407 et 410.

La destitution a lieu pour les mêmes motifs, et, en outre, toutes les fois que la gestion du tuteur atteste son incapacité ou son infidélité (1). 443.

Les motifs d'exclusion ou de destitution sont soumis à un conseil de famille convoqué à la diligence du subrogé-tuteur, ou d'office par le juge de paix, qui ne peut même se dispenser de faire cette convocation, quand il en est requis par un parent ou allié du mineur, au degré de cousin germain, ou à un degré plus proche (2). Si les griefs allégués contre le tuteur sont jugés par le conseil susceptibles d'être pris en considération, il doit faire appeler le tuteur (3); et s'il comparoît, il doit l'entendre dans ses défenses (4). Si l'exclusion ou la destitution sont prononcées, la délibération du conseil est motivée, et il est procédé de suite à la nomination d'un nouveau tuteur. 444. 446. 447.

Si l'ancien tuteur adhère à la délibération, il en est fait mention, et le nouveau tuteur (5) entre aussitôt en fonctions. Si l'ancien tuteur réclame (6), l'homologation de la délibération est poursuivie (7) devant le Tribunal de première instance, qui prononce, sauf l'appel; et même, en cas d'inaction de la personne chargée de poursuivre l'homologation, le tuteur exclu ou destitué peut la faire assigner, conjointement avec le subrogé-tuteur, pour voir dire qu'il sera maintenu dans la tutelle (8). 448.

Si la convocation du conseil de famille a été requise par d'autres que par le subrogé-tuteur, les requérans peuvent intervenir dans l'instance, qui est d'ailleurs instruite et jugée comme affaire urgente. 449.

SECTION VII.

Des Fonctions du Tuteur.

Les fonctions du tuteur consistent dans l'administration de la personne et des biens du mineur. 450.

Cette administration commence du jour de la nomination, si le tuteur est présent; sinon, du jour que cette nomination lui a

BIU Cujas

418. été notifiée, si la tutelle est dative ou testamentaire. Si elle est légitime, sa responsabilité commence du jour où il a eu connoissance de l'événement qui donne lieu à la tutelle (1).

L'administration du tuteur, quant à la personne du mineur, consiste, 1°. à lui procurer l'éducation physique et morale (2), proportionnément aux facultés dudit mineur (3);

2°. A le mettre, autant que possible, en état de gagner sa
450. vie par son travail, s'il est dans une situation qui l'exige;

3°. A veiller sur sa conduite, et même à requérir, s'il est nécessaire, toutefois avec l'autorisation du conseil de famille (4), les moyens de correction que la loi met à sa disposition, et qui sont les mêmes que ceux qui ont été rapportés au Titre *de la*
468. *Puissance Paternelle.*

Quant aux biens, les fonctions du tuteur sont de les administrer en bon père de famille, et de représenter le mineur
450. dans tous les actes civils (5); de-là plusieurs obligations imposées au tuteur, dont les unes ont lieu au moment de l'établissement de la tutelle, et les autres pendant toute sa durée.

§. Ier.

Des Obligations du Tuteur, au moment de l'établissement de la Tutelle (6).

La première et la principale de ces obligations, est de constater la nature et la quotité des biens appartenans au mineur.

Le tuteur doit donc d'abord, et au plus tard dans les dix jours après celui où il a eu connoissance que la tutelle lui est déférée, provoquer la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et faire procéder en même temps à l'inventaire (7); le tout, en
451. présence du subrogé-tuteur.

Le tuteur qui ne fait point procéder à cet inventaire, et le subrogé-tuteur qui ne le provoque point, sont tenus solidairement de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées, à raison de ce, au profit du mineur; et si le tuteur étoit le père ou la mère, il seroit en outre, comme nous l'avons dit,

BIU Cujas

privé de la jouissance légale : le tout, sans préjudice des poursuites des parties intéressées (1), relativement à la consistance et à la valeur des biens et effets dont la preuve pourra être faite, tant par titres que par témoins, ou même par commune renommée (2).

1442.

Dans le mois de la clôture de l'inventaire, le tuteur doit faire vendre (3) les meubles, en présence du subrogé-tuteur, (4) aux enchères reçues par un officier public (5), et après affiches ou publications, dont le procès-verbal de vente fait mention. 452.
(*Voyez*, pour les formalités de cette vente, les articles 945 à 951 et 617 à 625 du Code de Procédure.)

Si cependant le conseil de famille, pour le plus grand avantage du mineur, a autorisé la conservation en nature de tout ou partie des meubles, le tuteur doit se conformer à cette dis- *Ibid.*
position. Cette autorisation n'est pas même nécessaire, quand il y a lieu à la jouissance légale. Dans ce cas, celui du père ou de la mère qui a cette jouissance, peut, s'il le préfère, et sans être autorisé, garder les meubles pour les remettre en nature ; mais alors il est tenu :

1°. D'en faire faire, à ses frais, l'estimation à juste valeur, par un expert que nomme le subrogé-tuteur (6), et qui prête serment devant le juge de paix ;

Et 2°. de rendre la valeur, sur le pied de l'estimation, de ceux desdits meubles qu'il ne peut représenter en nature à la fin de sa jouissance (7).

453.

Le produit de la vente des meubles sert à payer les dettes, s'il en existe, et il est fait emploi du surplus, ainsi que nous le verrons dans le paragraphe suivant.

§. II.

Des Obligations du Tuteur pendant la durée de la Tutelle.

Nous avons dit que le tuteur devoit administrer en bon père de famille, c'est-à-dire, avoir, pour les affaires du pupille, le même soin et la même vigilance qu'un père de famille exact et économe a pour ses propres affaires.

BIU Cujas

450. Il doit, en conséquence, à peine de tous dommages-intérêts, entretenir les biens en bon état; les louer, ou affermer, s'il y a lieu, aux meilleures conditions; payer, autant que possible, les dettes exigibles ou onéreuses; poursuivre les débiteurs; faire tous actes conservatoires; interrompre les prescriptions (1); couvrir les péremptions (2); prendre les inscriptions hypothécaires; intenter, soit de sa seule autorité, soit avec l'autorisation du conseil de famille, quand elle est requise, toutes les actions appartenantes au mineur; défendre à toutes celles qui sont intentées contre lui; faire emploi (3) des deniers du mineur, soit de ceux qui ont été trouvés dans la succession à laquelle est appelé le mineur, soit de ceux qui sont restés de la vente des meubles après le paiement des dettes, etc.

Il doit également faire emploi, dans le cours de la tutelle, des deniers provenans, soit de l'excédent des revenus sur la dépense, soit des capitaux remboursés; et, pour prévenir toutes les difficultés qui pourroient s'élever, tant sur la quotité de la somme à laquelle ces deniers doivent monter pour être employés, que sur le délai dans lequel l'emploi doit être fait, le tuteur, autre que le père ou la mère (4), doit se conformer aux dispositions suivantes :

Il doit premièrement, lors de l'établissement de la tutelle, faire régler (5) par le conseil de famille, et par aperçu, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mi-
454. neur, ainsi que celle d'administration de ses biens.

Cette base une fois arrêtée, le conseil détermine la somme précise (6) à laquelle doit commencer, pour le tuteur, l'obligation de faire emploi; et, si cet emploi n'est pas fait dans le délai de six mois, à compter du jour où la somme fixée a été complétée, le tuteur doit les intérêts, à partir de l'expiration
455. des six mois (7).

Faute par le tuteur d'avoir fait déterminer la somme à laquelle doit commencer l'obligation de faire emploi, il doit les intérêts de toutes les sommes non employées, quelque modiques qu'elles soient, à compter de l'expiration de six mois après qu'il
456. les a reçues.

BIU Cujas

Telles sont, en général, les obligations du tuteur. Il reste maintenant à faire connoître en particulier les actes qui lui sont entièrement interdits, et ceux pour lesquels il a seulement besoin de l'autorisation du conseil de famille.

Le tuteur ne peut, à peine de nullité, acheter les biens de son pupille, même en adjudication publique (1). 450. 1596.

Il ne peut accepter la cession d'aucun droit ni d'aucune créance contre lui (2); et s'il se trouve en avoir, de son chef, au moment de sa nomination, il est tenu, à peine de déchéance, d'en faire la déclaration dans l'inventaire (3), sur la réquisition qui doit lui en être faite par l'officier public (4), et qui est mentionnée au procès-verbal. 450.

Il ne peut donner à bail les biens de son pupille pour un temps excédant neuf années (5); et, s'il l'a fait, le bail, au moment où le tuteur cesse ses fonctions, n'est obligatoire, à l'égard du pupille, que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si elle n'est pas encore terminée, soit de la seconde, si elle est commencée, et ainsi de suite (6). Quant aux baux, même de neuf années seulement, ils sont entièrement nuls (7), s'ils sont passés plus de trois ans avant l'expiration des baux courans, pour les biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, pour les maisons. Si cependant l'exécution des baux, quoique renouvelés prématurément, était commencée avant la cessation des fonctions du tuteur, la nullité ne pourroit en être demandée. 451. † 1429. 1430. 1718.

Nous allons maintenant indiquer les actes pour lesquels le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille. Le tuteur ne peut donc sans cette autorisation,

1°. Prendre à ferme les biens de son pupille; si l'autorisation a lieu, le bail lui en est passé par le subrogé-tuteur (8); 450.

2°. Transférer les inscriptions, ou promesses d'inscriptions, sur le grand livre de la dette publique, appartenantes au mineur, et excédant cinquante francs de rente. Quant à celles de cinquante francs et au-dessous, il peut les vendre sans autorisation. Dans tous les cas, et quelle que soit la valeur de l'inscription, il n'est pas besoin d'affiche ni de publication;

BIU Cujas

mais il faut que le cours de la place, au jour de la vente, soit légalement constaté (1); et le tuteur doit compter du produit de la vente, comme de celui des meubles. (*Loi du 24 mars* 1806, Bulletin, n°. 1440.) Par décret du 25 septembre 1813 (*Bulletin* n°. 9737), les dispositions de cette loi ont été appliquées au cas où le mineur seroit propriétaire d'actions de la banque; s'il n'en a qu'une, ou s'il a dans plusieurs un droit n'excédant pas en totalité une action entière, la vente peut avoir lieu sans autorisation.

3°. Accepter ou répudier une succession échue au mineur; et même avec autorisation, il ne peut l'accepter que sous
461. bénéfice d'inventaire (2);

4°. Accepter une donation faite au mineur (3): dans ce cas, l'acceptation autorisée a le même effet, à l'égard du mineur,
463. que s'il était majeur (4);

5°. Introduire en justice une action (5) relative aux droits immobiliers (6) du mineur, ou acquiescer à une demande
464. relative à ces mêmes droits;

6°. Intenter une demande en partage; mais il peut y défendre
465. sans autorisation (7). Nous verrons, au Titre *des Successions*, quelles formalités doivent être remplies pour que les partages dans lesquels les mineurs sont intéressés, puissent être regardés comme définitifs.

7°. Transiger au nom du mineur (8); et encore la transaction, même autorisée, doit, pour être valable, être faite conformément à l'avis de trois jurisconsultes désignés par le Procureur
467. du Roi, et soumise ensuite à l'homologation du Tribunal.

457. 458. 8°. Emprunter pour son mineur (9) ou hypothéquer ses immeubles. Le conseil de famille ne doit, dans ces deux cas, accorder son autorisation que pour cause d'avantage évident, ou de nécessité absolue; et dans ce dernier cas, après qu'il lui a été démontré, par un compte sommaire que le tuteur est tenu de lui présenter, que les deniers et revenus du mineur
457. sont insuffisans; la délibération qui autorise doit être homolo-
458. guée par le Tribunal.

9°. Enfin aliéner les immeubles du mineur. Cependant il faut

BIU Cujas

distinguer : l'autorisation du conseil de famille n'est point nécessaire dans les cas suivans : 1°. si l'aliénation est provoquée par un créancier du mineur sur expropriation forcée, sauf l'obligation imposée au créancier de discuter (1) préalablement le mobilier du mineur. Cette discussion n'est pas même exigée, si l'immeuble est possédé indivisément par le mineur et un majeur, et que la dette leur soit commune (2), ou si les poursuites ont été commencées contre un majeur auquel le mineur a succédé (3). Du reste la vente se poursuit (4), dans ce cas, suivant les formalités prescrites par le Code de Procédure. (Art. 673 et suivans.) 2°. L'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire, si la vente est provoquée par un co-propriétaire par indivis (5), majeur (6). Mais il faut alors, qu'il soit constaté par experts que la division de l'immeuble ne peut se faire commodément; que, sur leur rapport, la licitation (7) soit ordonnée par un jugement; et, en outre, que l'on observe pour la vente toutes les formalités dont il va être question, relativement à l'aliénation proposée par le tuteur. 2206. 2207. 827. 460.

Mais si c'est le tuteur qui propose l'aliénation, le conseil ne doit autoriser que s'il y a avantage évident, ou nécessité absolue, démontrée comme il a été dit pour l'hypothèque. Dans tous les cas, le conseil indique les conditions qu'il juge utiles; et si le choix de l'immeuble à aliéner n'est pas déterminé par les circonstances (8), il désigne celui ou ceux qui doivent être vendus de préférence. 457.

Sa délibération doit être également homologuée; et le jugement d'homologation doit contenir, en outre, la nomination d'un ou de trois experts (9), suivant l'importance des objets, pour procéder à l'estimation des biens dont la vente est proposée. *Pr.* 955.

D'après cette estimation, mais cependant sur une mise à prix inférieure, les enchères sont publiquement ouvertes devant un membre du Tribunal, ou devant un notaire à ce commis par le même jugement. *Ibid.*

Le cahier des charges est déposé au greffe ou chez le notaire (10) : il est lu six semaines au moins avant l'adjudication préparatoire, dont le jour est annoncé lors de la lecture. *Pr.* 958 et 959.

BIU Cujas

Cette adjudication est, en outre, indiquée par des affiches
Pr. 960. ou placards apposés par trois dimanches consécutifs, aux lieux désignés par l'art. 961 du code de Procédure (1). Ces placards sont visés et certifiés, sans frais, par les Maires des communes où ils ont été apposés, et copie en est insérée dans le journal où se poursuit la saisie, ou à défaut, dans celui du département. Cette insertion est constatée par la feuille qui la contient, revêtue de la signature de l'imprimeur, légalisée par le Maire.
Pr. 683. Elle doit avoir lieu huit jours au moins avant l'adjudication
Pr. 962. préparatoire.

L'apposition des placards et l'insertion aux journaux sont
Pr. 963. réitérées huit jours au moins avant l'adjudication définitive.

Si, au jour indiqué pour cette dernière adjudication, les enchères ne s'élèvent pas au prix de l'estimation, le Tribunal peut, sur un nouvel avis du conseil de famille, ordonner que l'immeuble sera adjugé au plus offrant, au-dessous de ladite estimation; à l'effet de quoi, l'adjudication est remise à un délai, qui ne peut être moindre de quinzaine, et indiquée par de nouveaux placards, apposés, visés, certifiés et insérés,
Pr. 964. comme dessus, huit jours au moins avant l'adjudication.

Dans tous les cas, l'adjudication ne peut avoir lieu qu'en pré-
459. sence du subrogé-tuteur.

Lorque toutes ces formalités ont été remplies, ainsi que celles qui sont prescrites par l'art. 965 du Code de Procédure, relativement à la réception des enchères, à la forme de l'adjudication, etc., le mineur est, à l'égard de ces aliénations, regardé
1314. comme majeur, et n'est pas reçu à se faire restituer, même
1684. pour cause de lésion des sept douzièmes (2).

Avant de terminer cette section, il convient d'observer :

1°. Que le tuteur qui a compromis les intérêts de son pupille par une contestation évidemment mal fondée (3), peut être condamné aux dépens en son propre et privé nom, sans répétition,
Pr. 132. et même aux dommages-intérêts, s'il y a lieu ;

2°. Que les demandes qui intéressent les mineurs (4), ne sont
Pr. 49. point sujettes au préliminaire de conciliation, et qu'elles doivent
Pr. 83. être communiquées au Ministère public ;

BIU Cujas

3°. Qu'outre les ouvertures de requêtes civiles, communes à toutes sortes de personnes, les mineurs sont en outre reçus à se pourvoir par la même voie (1), lorsqu'ils n'ont pas été défendus, ou qu'ils ne l'ont pas été valablement; et que, dans tous les cas, le délai de la requête civile ne court à leur égard, que du jour de la signification du jugement, faite, depuis leur majorité, à personne ou à domicile. [*Pr.* 481 et 484.]

SECTION VIII.

Du Compte de Tutelle.

Nous avons parlé, section IV, du droit qu'a le subrogé-tuteur, de se faire remettre, lorsque cela a été ainsi déterminé par le conseil de famille, et aux époques fixées par ce conseil, des comptes sommaires, ou états de situation, de la gestion du tuteur.

Les père et mère tuteurs ne peuvent être assujettis à la remise de ces états, qui doivent être, au surplus, sur papier libre, et remis sans frais ni formalités. Il ne peut en être exigé plus d'un chaque année. 470?

Mais comme, indépendamment de ces états, tout tuteur doit un compte exact et régulier de sa gestion, lorsqu'elle est terminée, il est nécessaire d'exposer en peu de mots comment finit la tutelle (2). 469?

Elle finit de la part du mineur,

1°. Par sa mort naturelle ou civile. Le compte est dû à ses représentans.

2°. Par sa majorité. Le compte lui est rendu à lui-même (3).

3°. Par son émancipation. Le compe lui est également rendu, mais avec l'assistance d'un curateur (4), nommé par le conseil de famille.

480?

La tutelle finit de la part du tuteur,

1°. Par sa mort naturelle ou civile. En effet, la tutelle est une charge personnelle qui ne passe pas aux héritiers du tuteur: mais ils sont tenus, en cette qualité, de rendre compte de son

BIU Cujas

administration; et même, s'ils sont majeurs, de continuer la
419. gestion (1) jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur (2);

2°. Par la démission du tuteur dûment acceptée;

3°. Par sa destitution.

Dans ces trois cas, le compte est rendu au nouveau tuteur, en présence du subrogé-tuteur (3).

Quelle que soit, au surplus, la cause qui donne lieu à la reddition du compte, ceux qui sont chargés de le rendre, sont tenus d'en avancer les frais, sauf à les répéter, s'il y a lieu (4),
471. contre le mineur.

L'on doit allouer au rendant compte toutes les dépenses
Ibid. utiles (5) et suffisamment justifiées (6); s'il y a contestation, elle
Pr. 527. est portée devant le juge du lieu où la tutelle a été déférée ou
473. ouverte, et jugée comme toute autre contestation civile. (Pour la manière dont doit être rendu le compte en justice, *voyez les articles* 528 *et suivans du Code de Procédure.*)

Quant au reliquat, il faut distinguer: si c'est le tuteur qui est débiteur, il doit les intérêts, à partir de la clôture du
474. compte (7), et sans qu'il soit besoin de demande en justice (8).
Pr. 126 } Il peut (9) même être contraint par corps au paiement de ce
et 905. } reliquat (10), sans pouvoir alors invoquer le bénéfice de cession (11); et le mineur a, en outre, sur ses immeubles, une hypo-
2135. thèque générale et tacite qui remonte au jour de la tutelle.

Si c'est, au contraire, le tuteur qui est créancier, les intérêts ne lui sont dus qu'à compter du jour de la sommation de
474. payer (12), faite après la clôture du compte (13).

L'obligation de rendre compte est tellement de rigueur, de la part du tuteur, que tout traité passé entre lui et le mineur, même devenu majeur, sur les faits de la tutelle, est nul, s'il n'a été précédé, de dix jours au moins, d'un compte détaillé, accompagné des pièces justificatives, le tout constaté par un
472. récépissé de l'oyant-compte (14). De plus, si le tuteur n'est pas un ascendant, il ne peut rien recevoir, entre-vifs ou par testament, du mineur, même devenu majeur, tant que le compte
907. n'est pas apuré. Au surplus, toute action du mineur contre son

BIU Cujas

tuteur, relativement aux faits de la tutelle (1), se prescrit par dix ans à compter de la majorité (2). 475.

CHAPITRE III.

De l'Émancipation.

Nous avons dit que la tutelle finissoit par l'émancipation du mineur.

L'émancipation est l'acte par lequel le mineur acquiert le droit de se gouverner lui-même (3), et d'administrer lui-même ses biens.

Il y a deux sortes d'émancipations : l'émancipation légale ou tacite, et l'émancipation expresse.

L'émancipation légale est celle qui a lieu de plein droit, par le fait du mariage du mineur. Comme elle est une suite nécessaire du mariage, elle n'est assujettie à aucune formalité. 476.

L'émancipation expresse est celle qui résulte de la déclaration faite par les personnes auxquelles la Loi donne le droit de la conférer ; et, à cet égard, il faut distinguer :

Si le mineur a encore père et mère, ou l'un deux seulement, il peut être émancipé à l'âge de quinze ans révolus, par la seule déclaration du père, ou à son défaut (4), de la mère ; ladite déclaration reçue par le juge de paix assisté de son greffier. 477.

S'il n'a ni père ni mère, il ne peut être émancipé qu'à l'âge de dix-huit ans accomplis (5), et seulement en vertu d'une délibération du conseil de famille, convoqué à la réquisition du tuteur (6). 478.

Si le tuteur (7) ne fait aucunes diligences à ce sujet, l'émancipation peut être provoquée par un ou plusieurs parens ou alliés du mineur (8), au degré de cousin-germain, ou à des degrés plus proches. Ils doivent, dans ce cas, requérir la convocation d'un conseil de famille pour délibérer à ce sujet, et le juge de paix est tenu de déférer à leur réquisition. 479.

Les effets de l'émancipation sont : 1°. de faire cesser la puissance paternelle, soit quant à la personne, soit quant aux biens ; 372. 384.

BIU Cujas

480. 2°. De donner au mineur le droit d'exiger le compte de tutelle, de toucher ses revenus, de passer les baux dont la durée n'excède pas neuf ans (1), et de faire, en un mot, pour ce qui concerne ses immeubles, tous les actes de pure administration, sans pouvoir être restitué, excepté dans les cas où le majeur le seroit
481. lui-même (2);

3°. De lui donner également le droit de disposer de ses meubles. Cependant il ne peut recevoir ses capitaux mobiliers qu'avec l'assistance de son curateur (3), qui doit même en surveiller le
482. remploi (4). Il peut aussi transférer, avec la seule assistance de son curateur, et sans autre autorisation, les inscriptions de cinq pour cent consolidés, de cinquante francs de rente et au-dessous. *Loi du* 24 *mars* 1806, Bulletin, n°. 1440, dont les dispositions ont été, comme nous l'avons dit précédemment, appliquées aux actions de la banque appartenant à des mineurs. (*Décret du* 25 *septembre* 1813, Bulletin, n°. 9737.)

4°. De l'autoriser à ester en jugement: cependant, s'il s'agit d'une action immobilière, il doit, soit pour l'intenter, soit pour
Ibid. y défendre, être assisté de son curateur (5).

Pour tous les autres actes, tels qu'emprunts (6), aliénations d'immeubles, acceptation de succession, etc., en un mot, pour tout ce qui excède les bornes d'une simple administration, il est
483. } assujetti aux mêmes formalités que le mineur non émancipé;
484. } et s'il vient même à contracter, par voie d'achats, ou autrement, des obligations excessives, les Tribunaux peuvent, d'après les
484. circonstances (7), en ordonner la réduction; et alors (8) l'émancipation peut (9) lui être retirée, en suivant les mêmes formes
485. que celles qui ont lieu pour la conférer (10). Dans ce cas, il
486. est remis en tutelle, et il y reste jusqu'à sa majorité (11).

Ces dispositions ne sont pas applicables au mineur émancipé, commerçant, banquier ou artisan, qui est réputé majeur pour tous les faits relatifs à son commerce, à son négoce ou à sa pro-
487. } fession; mais, pour jouir du bénéfice de cette disposition, il
1308. } faut: 1°. qu'il ait dix-huit ans révolus (12);

2°. Qu'il ait été autorisé (13) à faire le commerce, par son père, ou, à défaut (14), par sa mère; et à défaut du père et

BIU Cujas

de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le Tribunal civil;

3°. Que l'acte d'autorisation ait été enregistré et affiché (1) au tribunal de commerce du lieu où il veut établir son domicile. *Com.* 2.

Lorsque toutes ces formalités ont été remplies, le mineur est, comme nous l'avons dit, réputé majeur (2) pour tous les faits de son commerce (3). Il est, en conséquence, justiciable des tribunaux de commerce, et soumis à la contrainte par corps; il peut même engager et hypothéquer ses immeubles (4); mais il ne peut les aliéner qu'avec les formalités requises pour le mineur non émancipé. *Ibid.* 6.

Les mêmes dispositions s'appliquent aux mineurs, même non-commerçans, pour tous les faits déclarés faits de commerce par les articles 632 et 633 du Code de Commerce (5). *Ibid.* 3.

CHAPITRE IV.

De la Tutelle des Enfans admis dans les hospices.

La loi du 15 pluviose an 13 (*Bulletin*, n°. 526) ayant soumis les enfans reçus dans les hospices à des règles particulières, quant à leur tutelle et à leur émancipation, nous avons cru devoir réunir dans un chapitre spécial toutes les dispositions relatives à cet objet.

La tutelle de ces enfans appartient de droit (6) à la commission administrative de l'hospice où ils résident; et elle est exercée par celui des membres de ladite commission qu'elle désigne. Les autres forment le conseil de tutelle, qui remplace le conseil de famille. I.

En cas de changement de résidence de l'enfant, pour raison d'apprentissage ou autre, la commission peut, par un simple acte administratif (7), visé du préfet ou du sous-préfet, déférer la tutelle à la commission administrative de l'hospice le plus voisin de la nouvelle résidence de l'enfant. II.

Si l'enfant a des biens, ils sont administrés par le receveur de l'hospice, sous la garantie de son cautionnement, et sans

BIU Cujas

qu'il puisse résulter de cette administration aucune hypothèque
V. sur les biens de l'administrateur-tuteur.

Cette tutelle finit, comme les autres, par la mort, la ma-
III. jorité, ou l'émancipation de l'enfant.

L'émancipation peut avoir lieu, comme dans les cas ordinaires, soit de plein droit par le mariage, soit par une déclaration
Ibid. expresse. Dans ce dernier cas, la commission jouit des droits attribués aux père et mère par le Code Civil; et la déclaration d'émancipation est faite, d'après son avis, par celui des membres qui a été désigné tuteur, et qui est seul tenu de comparoître à cet effet devant le juge de paix; l'acte d'émancipation est délivré sans autres frais que ceux du timbre et d'enregistre-
IV. ment.

Le receveur de l'hospice remplit, à l'égard de l'enfant éman-
V. cipé, les fonctions de curateur.

Jusqu'à ce que l'enfant sorte de l'hospice, les revenus qu'il peut avoir sont perçus au compte de la maison, à titre d'in-
VII. demnité des frais de nourriture et entretien. Les capitaux de cent cinquante francs et au-dessus sont placés dans les Monts-de-Piété, ou à la Caisse d'Amortissement dans les communes où il n'y a pas de Mont-de-Piété. La commission dispose, suivant qu'elle juge convenable, des capitaux au-dessous de cent
VI. cinquante francs.

Ces dispositions ont été confirmées par l'article 15 du décret du 19 janvier 1811, *Bulletin*, n°. 6478.

BIU Cujas

TITRE XI.

De l'Interdiction et du Conseil Judiciaire.

Nous avons dit qu'en général le majeur étoit capable de tous les actes de la vie civile. Mais il peut arriver qu'un état habituel d'infirmité morale lui ôte le jugement nécessaire pour l'administration de sa fortune, et même de sa personne. Il est également possible que, sans éprouver un dérangement marqué dans ses facultés intellectuelles, un individu ait cependant un goût tellement excessif pour les dépenses inutiles, qu'il soit exposé à être en peu de temps plongé, lui et sa famille, dans une profonde misère. Dans ces deux cas, la Loi doit veiller au bien-être de celui qui manque du pouvoir ou de la volonté d'y veiller lui-même. De là, l'interdiction et le conseil judiciaire. 488.

L'interdiction est la déclaration faite par le juge, qu'une personne est, à raison du dérangement ou de l'affoiblissement de ses facultés morales, incapable de procéder par elle-même à aucun acte de la vie civile.

L'on voit par cette définition, que l'interdiction ne peut avoir lieu qu'à l'égard des individus (1) qui sont dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur (2). 489.

Nous disons *habituel*, 1°. Parce qu'un seul acte de démence ou de fureur ne suffiroit pas pour donner lieu à l'interdiction;

Et 2°. Parce qu'il n'est pas nécessaire que l'état de démence ou de fureur (3) soit perpétuel : l'interdiction peut être prononcée, quand même l'individu auroit des intervalles lucides. *Ibid.*

La prodigalité n'est plus mise actuellement au nombre des causes d'interdiction. Cependant, quand elle est excessive, elle peut, comme nous l'avons dit, nécessiter une mesure particulière, qui consiste dans la nomination (4), par le Tribunal, d'un conseil, sans l'assistance duquel le prodigue ne peut plaider (5), transiger, emprunter, recevoir des capitaux, aliéner, ni hypothéquer ses biens (6). 513.

BIU Cujas

L'établissement de ce conseil, appelé en droit *Conseil Judiciaire*, étant, quant au mode de provocation (1), instruction, et révocation, assujetti aux mêmes règles et formalités que
514. l'interdiction, il suffit de faire connoître celles qui sont relatives à cette dernière disposition.

L'interdiction peut être provoquée, soit par l'autre époux (2),
490. si l'individu est marié, soit par un parent quelconque (3), soit par le Procureur du Roi, quand il n'existe ni époux, ni parens connus (4) : ce magistrat doit (5) même la provoquer, dans le
491. cas de fureur, si l'époux ou les parens restent dans l'inaction.

La demande s'introduit (6) par une requête présentée au Pré-
492. sident du Tribunal de première instance du domicile de la personne que l'on veut faire interdire, et contenant les faits d'imbécillité, de démence, ou de fureur, ainsi que les noms
493. des témoins qu'on veut produire. A cette requête sont jointes
Pr. 890. les pièces justificatives, s'il en existe.

Le Président ordonne la communication du tout au Ministère public, et commet un juge pour en faire rapport à jour
Ib. 891. indiqué.

Audit jour, sur le rapport du juge et les conclusions du Procureur du Roi, le Tribunal ordonne (7) la convocation d'un
Ib. 892. conseil de famille, formé comme il a été dit au Titre *de la Minorité* (8), et dont ceux qui ont provoqué l'interdiction, ne peuvent faire partie. Cependant, si elle a été provoquée par l'époux, l'épouse, ou les enfans, ils peuvent assister au conseil,
495. mais sans y avoir voix délibérative (9).

494. Le conseil donne son avis sur l'état de la personne. Cet avis,
Pr. 893. ainsi que la requête, sont signifiés au défendeur, qui est ensuite interrogé par le Tribunal (10) en la chambre du conseil, s'il peut y être transporté; sinon, l'interrogatoire a lieu dans sa demeure, par un juge à ce commis, assisté du greffier, et, dans tous les
496. cas, en présence du Procureur du Roi.

S'il résulte de l'interrogatoire qu'il soit urgent de pourvoir au soin de la personne et des biens du défendeur, le Tribunal peut, en attendant le jugement définitif, commettre un administra-
497. teur provisoire (11).

BIU Cujas

Si le Tribunal juge que les faits sont pertinens, mais qu'ils ne sont pas suffisamment prouvés par l'interrogatoire et les pièces, il ordonne une enquête, qui se fait dans la forme ordinaire, sauf qu'elle peut avoir lieu, si les circonstances l'exigent, hors de la présence du défendeur (1), qui peut alors être représenté par un conseil. *Pr.*89.

Lorsque le Tribunal se croit suffisamment instruit, il statue définitivement sur la demande, en audience publique, les parties entendues ou dûment appelées (2), et sur les conclusions 498.
du Ministère public. Cette dernière formalité est, au surplus, de rigueur, pour tous les jugemens rendus en matière d'interdiction, ou de nomination de conseil, soit en première instance, soit en appel. 515.

Si le Tribunal reconnoît que le défendeur, sans être dans les cas déterminés pour l'interdiction, est néanmoins, à raison de la foiblesse de son esprit, hors d'état de conduire seul ses propres affaires, il peut, en rejetant la demande (3), se contenter de lui nommer un conseil, sans l'assistance duquel il ne pourra faire aucun des actes dont nous avons parlé plus haut, relativement au prodigue. 499.

Le jugement, quel qu'il soit (4), peut être attaqué par la voie de l'appel. L'appel peut être interjeté par le défendeur, et alors il est dirigé contre le provoquant; comme aussi il peut être interjeté par le provoquant, ou par un des membres du conseil de famille qui ont voté pour l'interdiction ou la nomination d'un conseil, et dans ce cas, il est dirigé contre le défendeur. *Pr.* 894.

Sur l'appel, la Cour peut, si elle le juge nécessaire, interroger de nouveau le défendeur, ou le faire interroger par un commissaire (5).

S'il n'y a pas d'appel du jugement qui a prononcé l'interdiction (6), ou s'il est confirmé sur l'appel, il est nommé (7) à l'interdit, un tuteur et un subrogé-tuteur. On suit, pour ces nominations, les règles prescrites au Titre *de la Minorité et de la Tutelle*. L'administrateur provisoire, s'il y en a eu un de nommé, cesse ses fonctions, et rend compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-même. 500. 505.

BIU Cujas

506. Le mari est, de droit, tuteur de sa femme interdite (1); quant à la femme, elle n'est tutrice de son mari, qu'autant qu'elle est nommée (2) à cette fonction par le conseil de famille, qui règle, dans ce cas, la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours de la femme devant les Tribunaux (3), si elle
507. se croit lésée par la délibération prise à ce sujet.

Dans tous les cas, les revenus de l'interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort, et à accélérer sa guérison, si elle est possible. Le conseil de famille peut d'ailleurs, d'après les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, arrêter qu'il sera traité dans son domicile, ou qu'il sera placé
510. dans une maison de santé, ou même dans un hospice.

La tutelle de l'interdit est régie par les mêmes lois que celle des mineurs, auxquels il est entièrement assimilé pour sa per-
509. sonne et pour ses biens. Il y a cependant cette différence, que, si le tuteur de l'interdit n'est ni son époux, ni un de ses ascendans ou descendans (4), il peut demander, et doit obtenir son
508. remplacement au bout de dix ans (5).

L'effet de l'interdiction ou de la nomination d'un conseil a lieu du jour du jugement (6). En conséquence, tous actes passés postérieurement (7) par l'interdit, ou sans l'assistance du con-
502. seil, sont nuls de droit (8); et même, dans le cas d'interdiction (9), les actes antérieurs au jugement peuvent être annullés, si l'interdit est encore vivant, et si la cause de l'interdiction
503. existoit notoirement (10) à l'époque où ils ont été faits.

Nous disons, *si l'interdit est encore vivant*; parce que, s'il est décédé, les actes faits par lui ne peuvent être attaqués, qu'autant que l'interdiction a été provoquée avant le décès, ou
504. que la preuve de la démence résulte de l'acte même attaqué (11).

S'il est question de marier l'enfant d'un interdit (12), la dot, ou avancement d'hoirie (13), et les autres conventions matrimoniales, sont réglées par un avis du conseil de famille (14), homo-
511. logué par le Tribunal, sur les conclusions du Ministère public.

La Loi, en protégeant l'interdit ou l'homme foible, contre les surprises qui pourroient lui être faites, a dû prendre, d'un autre côté, les précautions convenables pour faire connoître

BIU Cujas

leur incapacité à ceux qui, trompés par de fausses apparences, pourroient contracter avec eux. Il est, en conséquence, ordonné que tout jugement (1), portant interdiction ou nomination d'un conseil, soit, à la diligence du provoquant, levé, signifié à partie, et inscrit (2), dans les dix jours de sa date, sur des tableaux affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement (3).

501.

L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée; mais il faut que la main-levée soit prononcée par un jugement, pour lequel on doit observer les mêmes formalités (4) que celles qui sont prescrites pour parvenir à l'interdiction.

512.

Nota. Le Code Pénal a établi, en outre, une interdiction légale à l'égard de celui qui a été condamné aux travaux forcés à temps, ou à la réclusion, et ce, pendant la durée de sa peine. Il lui est, en conséquence, nommé un curateur pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour la nomination des tuteurs donnés aux interdits par jugement (art. 29); et pendant le même temps, il ne peut lui être remis aucune somme, aucune provision, ni aucune partie de ses revenus (art. 31).

Lorsque le condamné a subi sa peine, ses biens lui sont remis, et le curateur lui rend compte de son administration. (*Art.* 30).

FIN DU LIVRE PREMIER.

BIU Cujas

LIVRE SECOND.

De la Distinction des Biens, de la Propriété, et de ses Modifications.

TITRE PREMIER.

De la Distinction des Biens (1).

Sous le nom de *biens*, on comprend toutes les choses qui peuvent être l'objet d'une propriété publique ou particulière.

Les biens peuvent être considérés, soit en eux-mêmes, soit dans leur rapport avec ceux qui les possèdent.

CHAPITRE PREMIER.

Des Biens considérés en eux-mêmes.

Les biens, considérés en eux-mêmes, sont corporels ou incorporels (2).

SECTION PREMIÈRE.

Des Biens corporels.

Les biens corporels sont ceux qui ont une existence réelle et effective, et qui tombent sous les sens, comme *un cheval, une maison.*

516. Les biens corporels sont meubles ou immeubles (3).

Les meubles sont, en général, les objets qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit par eux-mêmes, comme les êtres animés (4), soit par l'effet d'une force étrangère, comme
528. les choses inanimées.

Nous disons *en général ;* parce qu'en droit, on met au nombre des immeubles, divers objets qui, par leur nature, appartiennent à la classe des meubles. C'est même pour cette raison,

BIU Cujas

que nous allons nous occuper en premier lieu des immeubles, et en faire connoître les différentes espèces (1).

Les immeubles sont tels par leur nature ou par leur destination (2). 517.

Les biens immeubles par leur nature sont ceux qui ne peuvent être transportés d'un lieu à un autre, tels que les fonds de terre, et les objets qui leur sont adhérens, comme les bâtimens (3), les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers ou pilotis, et faisant partie du bâtiment (4). Les mines sont également immeubles, ainsi que les bâtimens, machines, puits, galeries, et autres travaux établis à demeure pour l'exploitation. (*Art.* 8 *de la loi du* 21 *avril* 1810, Bulletin, n°. 5401.) 518. 519.

Les récoltes sont pareillement immeubles, tant qu'elles sont pendantes par les racines; il en est de même des fruits des arbres, tant qu'ils ne sont pas cueillis (5) : mais à mesure que les grains sont coupés, ou les fruits détachés, ils deviennent meubles, quand même ils ne seroient pas encore enlevés (6). 520.

Les bois, même mis en coupe réglée, soit futaies, soit taillis, sont également immeubles, tant qu'ils ne sont pas abattus (7). 521

Les biens immeubles par destination sont ceux qui étant naturellement meubles, sont cependant regardés, en droit, comme faisant partie des immeubles, et comme devant en conséquence participer à leur nature (8).

Telles sont : 1°. Les choses qui sont de nature à n'être pas possédées par elles-mêmes, et qui ne nous appartiennent que comme l'accessoire du fonds où elle se trouvent, comme les poissons des étangs, les lapins des garennes, les pigeons des colombiers. Il n'en est pas de même des lapins de clapier, des pigeons de volière, ou des poissons mis dans un vivier ou réservoir (9); 524.

2°. Les objets que le propriétaire (10) d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce même fonds, et avec l'intention présumée qu'ils y restent à perpétuelle demeure (11); par exemple :

Les animaux attachés par lui à la culture (12), soit qu'il exploite lui-même, soit qu'il ait affermé son fonds. Dans ce dernier 524.

BIU Cujas

cas, ils conservent la qualité d'immeubles, quand même ils auroient été livrés au fermier sur estimation (1). Mais aussi ils ne la conservent, qu'autant qu'ils demeurent attachés au fonds par
522. l'effet de la convention (2);

Ceux qui ont été donnés à cheptel (3) par le propriétaire de
Ibid. la ferme (4) au fermier ou au métayer;
523. Les tuyaux servant à la conduite des eaux;

Les ustensiles aratoires;

Les pailles et engrais destinés à l'amélioration du fonds (5);

Les semences données aux fermiers ou colons partiaires (6);

Les ruches à miel (7);

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes (8);

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papete-
524. ries et autres usines;

Les agrès, outils, et ustensiles servant à l'exploitation des mines, ainsi que les chevaux exclusivement attachés aux travaux intérieurs desdites mines. (*Art.* 8 *de la loi du* 21 *avril* 1810, Bulletin, n°. 5401.) Mais sont meubles, les matières extraites, les approvisionnemens, et autres objets mobiliers. (*Art.* 9 *de ladite loi.*)

Enfin, tous les objets scellés, ou qui ne peuvent être détachés sans fracturer ou détériorer, soit les objets eux-mêmes, soit la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.

Il est même des objets qui, sans être inhérens au fonds en aucune manière, sont cependant regardés comme immeubles, quand le fonds est tellement disposé pour les recevoir, que, s'ils n'y étoient pas, il sembleroit y manquer quelque chose (9): tels sont les glaces, tableaux et autres ornemens, lorsqu'ils font corps avec la boiserie. Il en est de même des statues, lorsqu'elles
525. sont placées dans des niches pratiquées exprès pour les recevoir (10).

Il faut observer, au surplus, que les objets meubles, destinés par le propriétaire au service du fonds, n'acquièrent la qualité d'immeubles qu'à raison de l'emploi qui en est fait par le propriétaire, et qu'ils ne la conservent qu'autant que cet emploi n'est pas changé par le propriétaire lui-même : ainsi, des ma-

BIU Cujas

tériaux provenant de la démolition d'un édifice sont meubles, ainsi que ceux qui sont assemblés pour en construire un nouveau, jusqu'à ce que les uns et les autres soient employés dans une construction (1). 532.

Après avoir fait connoître les objets qui sont immeubles, soit naturellement, soit par destination, il suffira, pour donner une idée de ceux qui doivent être regardés comme meubles, de dire en général que ce sont les biens qui sont tels par leur nature, et qui ne sont pas compris dans les exceptions ci-dessus, quels que soient d'ailleurs leur volume ou leur valeur.

Ainsi, les diamans et pierres précieuses, les pièces d'argenterie, les bateaux, bacs, moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers, et ne faisant point partie de la maison, sont meubles. Il en est de même des navires et bâtimens de mer, quels que soient leur nature et leur port en tonneaux; le tout sans préjudice des dispositions des 531
articles 620 et 621 du Code de Procédure, et 197 et suivans du Code de Commerce, relativement aux formes particulières à suivre pour la saisie et la vente de ces objets (2).

Les meubles se divisent en choses fongibles et non-fongibles (3).

Les choses fongibles sont en général (4) celles dont on ne peut se servir sans les consommer, ou au moins sans en changer la nature (5), comme le vin, le blé, etc. L'argent monnoyé est aussi une chose fongible; car bien que la pièce de monnoie reste toujours la même, elle périt cependant pour celui qui l'emploie, *utenti perit.*

Les choses non-fongibles sont celles qui s'altèrent à la vérité, mais qui ne se consomment pas entièrement, ou dont la nature n'est pas changée, par le premier usage : tels sont les vêtemens, les meubles meublans, etc.

SECTION II.

Des Biens Incorporels.

Les biens incorporels sont ceux qui ne consistent que dans un droit, et qui n'existent, pour ainsi dire, que civile-

BIU Cujas

ment (1); telles sont les créances, les actions, les servitudes actives.

Ces biens n'ayant donc pas d'existence réelle et effective, il résulte qu'ils ne peuvent avoir d'autre nature que celle de l'objet auquel ils se rapportent (2). Ils seront donc meubles ou immeubles, suivant que cet objet le sera lui-même. Ainsi, toute créance pécuniaire ou d'effets mobiliers, est meuble, soit qu'elle ait pour objet une somme ou une chose exigible, ou une rente perpétuelle (3) ou viagère, constituée sur l'Etat ou sur parti-
529. culiers (4).

Les actions ou intérêts (5) dans les compagnies de finance, commerce ou industrie, sont également meubles (6), quand même ces compagnies seroient propriétaires d'immeubles (7); sans que cette disposition puisse cependant rien changer à la nature des droits qui pourroient appartenir, soit à des tiers, pendant la durée de la société (8), soit aux associés eux-mêmes
Ibid. après sa dissolution.

Par suite du même principe, toute action tendant à revendiquer un immeuble, est regardée elle-même comme immeuble : telle est l'action en réméré, l'action en rescision, lorsqu'elles s'appliquent à des immeubles. Un droit de servitude est également un immeuble, parce que la servitude ne peut être établie que sur un fonds, et qu'elle est un démembrement de la propriété de ce même fonds, comme nous le verrons au
526. Titre suivant. Il en est de même de l'usufruit des immeubles (9).

Les rentes foncières étoient aussi regardées anciennement comme des immeubles, parce qu'elles étoient, de leur nature, non rachetables, et qu'elles représentoient la chose baillée à rente, tellement que, de droit commun, le possesseur du fonds, même celui auquel l'héritage avoit été concédé personnellement, avoit la faculté de se libérer de la prestation de la rente, en déguerpissant. Ces dispositions n'existent plus dans l'ordre actuel. Maintenant, toute rente, quoiqu'établie à perpétuité pour le prix de la vente, ou comme condition de la cession, à quelque titre que ce soit, d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable (10), nonobstant toute clause contraire, sauf

BIU Cujas

à convenir des termes et conditions du rachat, comme nous le verrons au Titre *du Prêt*, chapitre des *Rentes constituées*. Le créancier pourroit à la vérité, à défaut de paiement, rentrer en possession de l'héritage; c'est un droit commun accordé à tout vendeur d'immeubles, par l'article 1654. Mais le débiteur *personnel* (1) ne pourroit plus se libérer de la prestation de la rente, en déguerpissant. Cette rente a donc perdu ce qui lui donnoit le caractère d'immeuble, et elle est meuble comme les autres rentes constituées. 530. 1911.

Nous observerons, en terminant ce chapitre, que nous avons pris jusqu'à présent les mots, *biens meubles*, dans leur signification la plus étendue. Mais il arrive souvent que, dans l'usage, on emploie indistinctement les expressions suivantes, *meubles*, *biens meubles*, *meubles meublans*, *mobilier*, et *effets mobiliers*, expressions qui sont loin d'être synonymes en droit. Il est donc essentiel d'établir d'une manière précise la signification légale de chacune d'elles.

Les mots *biens meubles*, *mobilier*, *effets mobiliers*, signifient généralement tout ce qui est réputé meuble d'après les règles ci-dessus établies. 535.

Les mots *meubles meublans*, ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartemens, comme tapisseries, lits, siéges, glaces (2), pendules, tables, et autres objets de cette nature. Les statues, tableaux (3), et porcelaines, y sont également compris, mais seulement lorsqu'ils font partie de la décoration de l'appartement. Il en seroit autrement, s'ils formoient une collection. Il suit de là que la vente ou le don d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublans (4), tandis que la vente ou le don d'une maison avec tout ce qui s'y trouve, comprend tous les objets mobiliers quelconques, à l'exception de l'argent comptant (5), et des dettes actives dont les titres peuvent s'y trouver déposés (6). 534. 535. 536.

Quant au mot *meubles*, employé seul, il a différentes significations, suivant le sens de la disposition dont il fait partie (7). Quand il n'y a aucune désignation qui puisse le déterminer à un sens plutôt qu'à un autre (8), il ne comprend pas l'argent

BIU Cujas

comptant, les dettes actives, les pierreries, livres, médailles, instrumens des sciences, arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres
533. denrées, ni ce qui fait l'objet d'un commerce.

CHAPITRE II.

Des Biens considérés dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent.

Les biens, considérés dans leur rapport avec ceux qui les possèdent, sont nationaux, communaux, ou patrimoniaux (1).

Les biens nationaux sont ceux qui appartiennent à l'État. Ils sont de deux espèces : la première comprend les biens qui dépendent tellement du domaine public, qu'ils ne peuvent, sans changer de nature (2), cesser d'en faire partie, tels sont les chemins, routes et rues, entretenus par le Trésor public (3), les fleuves et rivières (4), navigables ou flottables, les rivages (5), lais et relais de la mer (6), les ports, havres (7) et rades (8), ainsi que les portes, murs, fossés et remparts des
538. 540. places de guerre et forteresses.

Les biens nationaux de la deuxième espèce sont ceux qui appartiennent à l'Etat, mais qui peuvent cependant, sans changer de nature, devenir propriété privée, soit par aliénation
541. valable, soit par prescription. Tels sont tous les biens nationaux qui ne sont pas compris dans l'énumération ci-dessus, les biens
713. vacans et sans maître (9), ceux qui sont adjugés à l'Etat par
539. droit de déshérence, les îles, îlots, et attérissemens qui se
560. forment dans les fleuves ou rivières navigables ou flottables, et enfin les terrains, fortifications et remparts des communes
541. qui ont cessé d'être places de guerre.

Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitans d'une ou plusieurs communes ont un
542. droit acquis (10).

L'administration et l'aliénation des biens nationaux et com-
537. munaux sont soumises à des règles particulières.

BIU Cujas

Les biens patrimoniaux sont ceux qui appartiennent à des particuliers. C'est de cette sorte de biens qu'il sera principalement question dans le présent Cours.

On peut avoir, relativement à ces biens, deux espèces de droits : le droit dans la chose, dit *jus in re*, ou droit réel ; et le droit à la chose, dit *jus ad rem*.

Le droit dans la chose est celui qui donne la faculté de poursuivre la chose contre celui qui la possède, quel qu'il soit. De ce droit, naît l'action nommée *réelle* (1).

Le droit à la chose est celui que nous avons de poursuivre seulement la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous donner la chose dont il s'agit. De ce droit, résulte l'action dite *personnelle*.

Ces deux actions diffèrent principalement (2), en ce que l'action réelle a lieu contre toute personne qui détient la chose sur laquelle le demandeur a le *jus in re*.

On la nomme *réelle*, parce qu'elle n'est pas donnée déterminément contre telle ou telle personne, mais, en général, contre celui qui se trouve posséder la chose au moment où l'action est intentée : *cum re ambulat*.

L'action personnelle, au contraire, résultant uniquement d'une obligation, ne peut avoir lieu, comme il est évident, que contre celui qui a contracté cette obligation, ou contre ceux qui le représentent (3).

Les causes qui produisent le *jus in re*, peuvent, en général, être réduites à deux : propriété, et droit de gage ou d'hypothèque. Les autres droits réels doivent être réputés, et sont effectivement des démembremens du droit de propriété, comme nous le verrons dans le Titre suivant.

BIU Cujas

TITRE II.

De la Propriété (1).

La propriété est parfaite ou imparfaite.

La propriété est parfaite, quand l'exercice du droit du propriétaire ne peut être gêné par l'effet d'aucun droit appartenant à un autre particulier.

Elle peut être définie : le droit (2) de jouir d'une chose et d'en disposer à sa volonté (3), pourvu qu'on n'en fasse pas un usage
544. prohibé par la loi ou par les réglemens.

Jouir : c'est-à-dire, retirer de la chose tous les fruits, tout l'avantage qu'elle est susceptible de procurer.

Disposer : c'est-à-dire, dénaturer la chose, la détériorer, l'aliéner, la perdre même, si cela plaît au propriétaire (4).

A sa volonté : parce que nul ne peut être contraint de céder la chose dont il est propriétaire, si ce n'est pour cause d'utilité
545. publique (5), et moyennant une juste indemnité (6). Dans ce cas, l'expropriation s'opère par l'autorité judiciaire, et les Tribunaux ne peuvent la prononcer, qu'autant que l'utilité ou la nécessité a été constatée dans les formes établies par la loi, et qui consistent,

1°. Dans l'ordonnance du Roi, qui seul peut ordonner des travaux publics, ou achats de terrains, ou édifices destinés à des objets d'utilité publique;

2°. Dans l'acte du préfet, qui désigne les localités ou territoires sur lesquels les travaux devront avoir lieu, lorsque cette désignation ne résulte pas de l'ordonnance même, et dans l'arrêté ultérieur par lequel le préfet détermine les propriétés particulières auxquelles l'expropriation est applicable. (*Loi du 8 mars* 1810 (7), Bulletin, n°. 5255, art. 1, 2, 3.)

Au surplus, cette application ne peut être faite à aucune propriété particulière, qu'après que les parties intéressées ont été mises en état d'y fournir leurs contredits selon les règles établies

BIU Cujas

par les articles 5 et suivans de la même loi; le tout, sans préjudice des arrangemens volontaires et amiables qui peuvent avoir lieu entre l'administration et les parties intéressées. (*Ibid.*, art. 12.)

Tout propriétaire dépossédé doit être indemnisé. Le paiement de l'indemnité doit, en général, être fait comptant. Si cependant des circonstances particulières empêchent le paiement actuel de tout ou partie de ladite indemnité, les intérêts sont dus à compter du jour de la dépossession, et payés de six en six mois, sans néanmoins que le paiement du capital puisse être retardé au-delà de trois ans, sans le consentement des propriétaires. (*Ibid.*, art. 20.)

Pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé : parce que l'homme jouissant des avantages de la société, doit, de son côté, accomplir les obligations qu'elle lui impose, au nombre desquelles est celle de ne point faire de sa chose un usage contraire aux dispositions établies par les lois (1) ou les réglemens (2), dans l'intérêt, soit du public (3), soit des particuliers.

La propriété est imparfaite, lorsque l'exercice du droit du propriétaire peut être gêné par l'effet d'un droit appartenant à un autre particulier.

Ainsi, celui qui a la propriété parfaite, a, comme nous avons vu, le droit de perdre entièrement sa chose, et, à plus forte raison, celui de lui donner une autre forme, meilleure ou pire que celle qu'elle avait auparavant. Il peut également l'aliéner, et transférer par-là à un autre la propriété irrévocable, comme il l'a lui-même. Mais si le droit du propriétaire n'est pas lui-même irrévocable, s'il peut se résoudre au bout d'un certain temps, ou par l'événement d'une certaine condition, comme dans les biens grevés de restitution (4), les biens acquis à faculté de rachat (5), il est clair que le propriétaire ne peut transférer à d'autres personnes un droit irrévocable qu'il n'a pas lui-même; qu'il ne peut dégrader la chose, au préjudice de celui ou de ceux qui peuvent avoir droit d'en réclamer la restitution; qu'il ne peut en changer la forme, etc. : sa propriété est donc, dans ce cas, une propriété imparfaite (6).

BIU Cujas

En outre, celui qui a la propriété parfaite d'un héritage, a le droit d'empêcher toute autre personne d'en user, et celui d'en interdire à qui que ce soit l'entrée, et même la vue jusqu'à un certain point. Mais si le propriétaire voisin a le droit d'y passer, d'y puiser de l'eau, même d'y avoir des vues immédiates (1), on sent aisément que le propriétaire n'a encore, dans ce cas, qu'une propriété imparfaite.

Enfin, celui qui a la propriété parfaite, a le droit d'user de la chose et d'en jouir, c'est-à-dire, de s'en servir comme il le juge convenable, et d'en percevoir tous les fruits. Mais si ce droit d'user ou de jouir appartient, en tout ou en partie, à une autre personne, il est évident que le propriétaire n'a, pendant tout le temps que dure cette jouissance, qu'une propriété très-imparfaite.

Il résulte de ces détails, qu'il peut exister une infinité de droits réels détachés de la propriété, et qui en sont comme autant de démembremens. Pour plus grande facilité, nous les réduirons à deux espèces principales, qui comprendront toutes les autres;

543. *droit de jouissance*, et *droit de servitude*.

Le droit réel (2) de jouissance peut embrasser tout ou partie des produits de la chose. Dans le premier cas, il se nomme *usufruit ;* dans le second, il prend le nom *d'usage*, s'il s'applique à un fonds ; et *d'habitation*, s'il s'agit d'une maison. Nous traiterons de ces trois espèces de droits, dans le Titre suivant; et du droit de servitude, dans le Titre quatrième et dernier du présent Livre (3).

BIU Cujas

TITRE III.

De l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation.

CHAPITRE PREMIER.

De l'Usufruit (1).

L'USUFRUIT est le droit de jouir en totalité de la chose d'autrui, à la charge d'en conserver la substance et la forme (2); ou, si la chose est fongible, d'en rendre pareille quantité, qualité et valeur, ou l'estimation, à la fin de l'usufruit. 578. 587.

L'usufruit est établi par la loi, ou par la volonté de l'homme. 579.

Par la loi : En faveur des père et mère dans deux cas : 1°. par suite de la puissance paternelle, sur les biens de leurs enfans vivans, jusqu'à l'époque fixée par la loi ; et 2°. sur une portion des biens de leurs enfans décédés sans autres ascendans ayant droit de succéder, ni frères et sœurs, ni descendans de ces derniers (3). 384. 754.

Par la volonté de l'homme : Par convention, donation entre-vifs ou testamentaire (4).

L'usufruit peut être établi, ou purement (5), ou à certain jour (6), ou sous condition (7), sur toute espèce de biens, meubles ou immeubles, fongibles ou non fongibles. 580. 581.

L'usufruitier d'un objet quelconque a le droit d'en jouir en totalité, c'est-à-dire, de retirer de la chose tous les fruits qu'elle peut légitimement procurer; mais s'il a le droit de jouir, il ne peut disposer, ni par conséquent abuser, de la chose non fongible (8), c'est-à-dire, la détériorer, ni même l'appliquer à un autre usage que celui auquel elle est naturellement destinée. 582.

C'est de la combinaison de ces deux principes, que naissent tous ceux qui sont relatifs aux droits et aux obligations de l'usufruitier, qui font l'objet des deux Sections suivantes. Nous verrons dans une troisième, comment s'éteint l'usufruit.

BIU Cujas

SECTION PREMIÈRE.

Des Droits de l'Usufruitier.

Comme l'usufruit consiste dans le droit de jouir de la chose, et par conséquent d'en percevoir les fruits, il convient, avant tout, de faire connoître ce qu'on doit entendre par *fruits*.

Les fruits sont les produits nés du corps même de la chose, ou perçus à son occasion. De là, une première division en fruits naturels et fruits civils.

Les fruits naturels sont ceux qui naissent du corps même de la chose, comme les moissons : ils sont purement naturels, quand ils viennent d'eux-mêmes et sans le secours habituel (1) de l'industrie humaine, comme les bois, le croît des ani-
583. maux, etc.; sinon, on les nomme industriels.

Les fruits civils sont ceux qui ne naissent pas du corps même de la chose, mais qui sont perçus à son occasion, tels que le loyer des maisons, le prix des baux à ferme (2), l'intérêt de
584. l'argent.

Ces distinctions établies, nous dirons que les droits de l'usufruitier varient, suivant la nature de la chose soumise à l'usufruit.

Si elle est meuble, il faut distinguer si elle fongible ou non fongible.

L'usufruitier de meubles non fongibles ne peut s'en servir que pour l'usage auquel ils sont destinés; mais aussi, il n'est tenu de les rendre à la fin de l'usufruit, que dans l'état où ils se trouvent alors, sans être responsable d'autres pertes (3) ou détériorations, que de celles qui seroient survenues par son
589. dol ou par sa faute (4).

Si l'usufruit est d'une rente viagère, l'usufruitier a le droit d'en percevoir les arrérages échus pendant sa jouissance, sans
588. être tenu à restitution (5).

Si l'usufruit comprend des choses fongibles, alors, comme on ne peut en faire usage sans les consommer, l'usufruit donne sur ces choses le même droit que la pleine propriété. Elles sont

BIU Cujas

donc entièrement aux risques de l'usufruitrier, qui en devient propriétaire, et peut en disposer librement, à la charge d'en rendre pareille quantité et qualité, ou l'estimation (1), à la fin de l'usufruit. 587.

Enfin, s'il s'agit d'immeubles, l'usufruitier recueille à son profit tous les fruits de la chose (2), même ceux qui sont pendans par racines à l'ouverture de l'usufruit (3); et réciproquement, ceux qui sont dans le même état, à la cessation de l'usufruit, appartiennent au propriétaire, sans récompense, de part ni d'autre, pour les labours et semences, et sauf les droits du colon partiaire, s'il en existe un au commencement ou à la fin de l'usufruit (4). 585.

Quant aux fruits civils, comme ils sont réputés s'acquérir jour par jour, ils appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit; et ce, quand même il s'agiroit du prix de baux à ferme (5). 586.

Mais le droit de l'usufruitier se borne à la perception des fruits que la chose produit dans son état accoutumé: il ne peut, en conséquence, changer la forme ni la nature de l'objet. En un mot, il a le droit de jouir comme jouissoit le propriétaire, mais non pas comme le propriétaire pouvoit jouir; car ce dernier pouvoit changer le mode de jouissance (6), au lieu que l'usufruitier ne le peut pas.

Si donc l'usufruit, par exemple, comprend des bois, il faut distinguer: si ces bois sont de nature à être mis en coupe réglée, tels que des taillis, l'usufruitier a le droit de les exploiter à son profit, en se conformant, pour l'ordre et la quotité des coupes, à l'aménagement, ou à l'usage constant des propriétaires (7). 590.

Il en est de même à l'égard des futaies (8) qui ont été mises antérieurement (9) en coupes réglées par le propriétaire, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine. Mais, dans aucun cas, il n'est dû d'indemnité à l'usufruitier ou à ses héritiers, pour les coupes, soit de taillis, soit 591.

BIU Cujas

de baliveaux (1), soit de futaies, qu'il auroit pu faire, et qu'il
590. n'a pas faites pendant sa jouissance (2).

Si les futaies ne sont pas en coupe réglée, alors, par suite du principe établi ci-dessus, l'usufruitier ne peut les exploiter de cette manière (3); il peut seulement employer aux réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident (4). Il peut même en faire abattre pour cet objet; mais alors il est
592. obligé d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire.

S'il y a des arbres fruitiers, il a le droit d'en recueillir les fruits, sans toucher au corps de l'arbre; mais ceux qui meurent, ou qui sont arrachés ou brisés par accident, lui appartiennent (5),
594. à la charge de remplacement. Il peut également tirer des arbres d'une pépinière, pourvu qu'il ne la dégrade pas, et qu'il se con-
590. forme à l'usage des lieux pour le remplacement. Enfin, il peut prendre dans les bois des échalas pour les vignes, ainsi que les autres produits annuels ou périodiques (6) dont ils sont susceptibles, mais toujours suivant l'usage du pays, ou la coutume des
593. propriétaires.

S'il y a des mines ou carrières en exploitation, il en jouit comme le propriétaire, sauf l'exécution des réglemens relatifs aux mines (7). Mais il n'a aucun droit sur celles qui n'étoient pas ouvertes, ni sur les tourbières qui n'étoient pas en exploitation
598. au commencement de l'usufruit (8).

Les droits de l'usufruitier se bornant, comme nous l'avons dit, à recueillir les produits ordinaires et naturels de la chose, il s'ensuit qu'il n'a rien à prétendre sur le trésor trouvé dans le fonds, parce que ce trésor ne peut être regardé comme un pro-
Ibid. duit, ni comme une partie du fonds (9). Mais aussi, il profite, quant à la jouissance seulement, de l'augmentation que la chose
596. peut éprouver par alluvion (10).

Quant aux améliorations provenant de son fait (11), il ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer, à raison de ce, aucune indemnité, quand même la valeur de la chose en seroit augmentée (12); il peut seulement enlever les glaces, tableaux, et autres ornemens qu'il a fait placer (13), en rétablissant toutefois les
599. lieux dans leur premier état; et ses héritiers ont le même droit.

BIU Cujas

L'usufruitier étant, pour tout ce qui concerne la jouissance ordinaire de la chose, aux droits du propriétaire, peut user comme lui de toutes les servitudes et autres droits acquis à l'héritage dont il a l'usufruit (1). 597.

Enfin, il peut, s'il ne veut pas jouir par lui-même, céder son droit (2) à un autre, à titre gratuit ou onéreux. Il peut, à plus forte raison, donner à bail la chose sujette à l'usufruit; mais les baux faits par lui sont assujettis aux mêmes règles que ceux des biens de mineurs (3). 595.

De son côté, le propriétaire, tant que dure l'usufruit, ne peut rien faire qui nuise aux droits de l'usufruitier (4). En conséquence, quoiqu'il puisse disposer de la chose en faveur d'un tiers, il ne peut transmettre plus de droit qu'il n'en a lui-même; et l'usufruit continue, à moins que l'usufruitier n'y ait formellement (5) renoncé. 599. 621.

SECTION II.

Des Obligations de l'Usufruitier.

L'usufruitier doit, premièrement, prendre les choses dans l'état où elles sont (6); et il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, le propriétaire présent ou dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit (7). 600.

Il doit jouir en bon père de famille: il est même tenu d'en donner caution (8), s'il n'en est dispensé, soit par le titre constitutif de l'usufruit (9), soit par la disposition de la loi. Sont compris dans cette dernière classe, 1°. les père et mère, relativement à l'usufruit légal sur les biens de leurs enfans (10); et 2°. le vendeur et le donateur qui se sont réservés l'usufruit de l'objet vendu ou donné. 601.

S'il ne peut trouver de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre; les sommes de deniers, comprises dans l'usufruit, sont placées; les denrées et autres choses fongibles sont vendues, et le prix placé; et l'usufruitier perçoit les intérêts du tout, ainsi que le prix des loyers et fermages. 602.

BIU Cujas

Quant aux choses mobilières non fongibles, le propriétaire peut, à défaut de caution, demander que les mêmes dispositions leur soient appliquées, sauf au Tribunal à ordonner, suivant les circonstances, et si l'usufruitier le demande, que les meubles nécessaires pour son usage lui soient délaissés sous sa simple caution juratoire (1), et à la charge de les représenter (2)
603. à l'extinction de l'usufruit.

Régulièrement, la caution doit être donnée avant l'entrée en jouissance; néanmoins, si l'usufruitier a joui avant de la fournir, il n'est tenu à aucune restitution; et s'il n'a pas joui, les fruits
604. lui sont dus à compter de l'ouverture de l'usufruit.

L'usufruitier percevant à son profit tous les fruits de la chose, est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges de l'héritage, qui sont censées charges des fruits, telles que les
608. contributions et autres semblables (3).

A l'égard de celles qui peuvent être imposées sur la propriété (4) pendant la durée de l'usufruit, elles sont supportées par le propriétaire, qui a seulement droit de réclamer de l'usufruitier les intérêts (5) de la somme qu'il a déboursée; en cas de refus ou de retard du propriétaire, l'usufruitier peut (6) avancer la somme nécessaire; et il a le droit d'en réclamer le
609. remboursement, mais sans intérêts, à la fin de l'usufruit.

C'est par suite du même principe que l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien qui sont censées charges des fruits (7), mais non de celles qui sont dites *grosses réparations*, lesquelles demeurent à la charge du propriétaire (8), à moins qu'elles n'aient été occasionées par le défaut de réparation d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit, auquel cas, l'usufruitier
605. en est également tenu.

On entend par *grosses réparations*, celles des gros murs et des voûtes (9), le rétablissement des poutres et des couvertures entières, ainsi que celui des digues et des murs de soutenement et de clôture, aussi en entier. Toutes les autres réparations sont censées *d'entretien*, et à la charge de l'usu-
606. fruitier.

Quant aux choses entièrement tombées de vétusté ou dé-

BIU Cujas

truites par cas fortuit, ni le propriétaire (1), ni l'usufruitier ne sont tenus de les rétablir. 607.

Si l'usufruit est établi sur un troupeau, l'usufruitier est tenu de remplacer, mais jusqu'à concurrence du croît seulement, les têtes des animaux qui périssent. 616.

Nous verrons, au titre *des Donations*, dans quel cas et dans quelle proportion le légataire en usufruit doit contribuer aux dettes.

S'il survient un procès relatif à l'objet sur lequel repose l'usufruit, l'usufruitier n'est tenu des frais qu'autant que la jouissance est l'objet direct de la contestation (2). 613.

L'obligation de jouir en bon père de famille rend encore l'usufruitier responsable, non seulement des abus provenant de son fait, mais encore de tous ceux qui proviennent du fait d'autrui, et auxquels il a pu donner lieu par sa négligence: si donc il a laissé prescrire quelque servitude (3); s'il n'a pas dénoncé au propriétaire les usurpations commises sur le fonds (4), il est garant de tout le dommage qui peut en résulter. 614.

Enfin, l'usufruitier n'ayant que le droit de jouir comme jouissoit le propriétaire, ne peut, comme nous l'avons dit, changer la forme de l'objet, ni l'appliquer à un autre usage que celui auquel il est destiné, quand même cette nouvelle forme ou ce nouvel usage seroient plus utiles pour le propriétaire (5).

SECTION III.

De l'Extinction de l'Usufruit.

L'usufruit s'éteint de neuf manières (6):

1°. Par la résolution du droit de celui qui l'a constitué (7), sauf ce qui a été dit au titre *des Absens*, et sauf les autres cas où la loi, en annullant le titre de l'ancien propriétaire, laisse néanmoins subsister les aliénations faites par lui. (Art. 747, 860, 930, et 958.)

2°. Par l'événement du jour ou de la condition, s'il a été ainsi établi; en observant cependant que l'usufruit accordé jusqu'à 617.

BIU Cujas

ce qu'un tiers ait atteint tel âge, dure jusqu'à l'époque à laquelle ce tiers auroit eu l'âge fixé, quand même il seroit mort auparavant (1);

620.

617. 3°. Par la mort naturelle ou civile (2) de l'usufruitier;

4°. Par une jouissance de trente ans, s'il a été constitué au profit d'un corps, d'une communauté, ou de tout autre établissement;

619.

617. 5°. Par la consolidation, c'est-à-dire, par la réunion de la propriété à l'usufruit, dans la personne de l'usufruitier (3);

Ibid. 6°. Par la non-jouissance pendant trente ans (4);

7°. Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est

Ibid. établi; mais si une partie seulement est détruite, l'usufruit se

623. conserve sur ce qui reste: de là il résulte que, si, par exemple, l'usufruit ne repose que sur une maison qui vienne à être détruite par accident, ou à écrouler de vétusté, il est éteint, même à l'égard du sol et des matériaux (5); au lieu que l'usufruitier conserve la jouissance du tout, si le bâtiment détruit faisoit seulement partie des choses soumises à l'usufruit. C'est par

624. la même raison que l'usufruit établi sur un animal est éteint, si

615. l'animal vient à périr; tandis que s'il étoit établi sur un troupeau, l'extinction n'auroit lieu, qu'autant que le troupeau périroit entièrement (6) par accident ou par maladie; sauf, comme nous l'avons dit, l'obligation imposée à l'usufruitier de remplacer les pertes individuelles jusqu'à concurrence du croît. Dans les cas où l'usufruit s'éteint, s'il n'y a point de faute de la part de l'usufruitier (7), il n'est tenu de rendre compte au propriétaire que

616. des cuirs ou de leur valeur;

8°. Par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien. Mais il faut, dans ce cas, que l'extinction de l'usufruit soit prononcée par le juge, qui peut, suivant la gravité des circonstances, ordonner cette extinction, ou purement et simplement, ou à la charge par le propriétaire de payer annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayant-cause, une somme déterminée, jusqu'au moment où l'usufruit auroit dû cesser. Le juge peut également accorder la jouissance aux créanciers de

BIU Cujas

de l'usufruitier, s'ils la demandent avant que l'extinction soit prononcée (1), et s'ils offrent en même temps la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir. 618.

9°. Enfin, par la renonciation de l'usufruitier, pourvu qu'elle ne soit pas faite au préjudice (2) de ses créanciers, qui pourroient, dans ce cas, la faire annuller. 622.

CHAPITRE II.

De l'Usage et de l'Habitation (3).

Nous avons dit que le droit de jouissance, considéré, même comme droit réel, pouvoit embrasser seulement partie des produits de la chose, et qu'alors il prenoit le nom d'*usage* ou d'*habitation*, suivant qu'il se rapportoit à un fonds de terre ou à une maison. Ces droits s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit, et ils exigent les mêmes formalités et 625.
garanties (4). Leur étendue est ordinairement déterminée par 626.
le titre qui les constitue (5) : si le titre est muet à cet égard, ils 628.
sont réglés de la manière suivante : 629.

L'usage d'un fonds se borne au droit d'exiger la quantité de fruits nécessaire pour les besoins de l'usager et ceux de sa famille (6) ; et le droit d'habitation dans une maison, à ce qui est 630.
également nécessaire pour le logement des mêmes individus. 633.

La famille se compose, non seulement des enfans existans au moment de la concession, mais encore de tous ceux qui sont survenus depuis, quand même l'individu n'auroit pas été marié à l'époque de l'établissement du droit (7). 630. 632.

Ceux qui ont un droit d'usage ou d'habitation, sont assujettis aux mêmes charges que l'usufruitier, dans la proportion de l'émolument qu'ils retirent du fonds ou de la maison ; et ils 635.
doivent, comme l'usufruitier, user en bons pères de famille. 627.
Mais il y a cette différence entr'eux et l'usufruitier, qu'ils ne peuvent louer, céder, ni vendre leur droit à des tiers (8). 631. 634.

L'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières (9). 636.

BIU Cujas

TITRE IV.

Des Servitudes ou Services fonciers.

Le second droit réel, considéré comme démembrement de la propriété, est le droit de servitude.

La servitude est une charge imposée sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre pro-
637. priétaire.

On dit *une charge :* Parce qu'en effet on ne peut concevoir de servitude, comme le mot même l'indique, sans que le fait qui en est l'objet, ne soit onéreux à l'héritage servant.

Sur un héritage : Parce que les servitudes ne peuvent être
686. établies que sur les fonds (1), jamais sur les personnes, et sans qu'on puisse même faire résulter de l'établissement de services fonciers quelconques, aucune idée de prééminence d'un héri-
638. tage sur l'autre.

Pour l'usage et l'utilité : L'intérêt étant le principe de toutes les actions, on ne peut stipuler de servitude, qu'autant qu'elle est susceptible de procurer un avantage, au moins éventuel (2), au fonds en faveur duquel elle est stipulée (3).

D'un héritage : Parce que les servitudes dont il s'agit dans ce Titre, ne peuvent être établies qu'en faveur d'un fonds, et
686. non en faveur d'une personne (4).

Appartenant à un autre propriétaire : Je peux, à la vérité, imposer sur un de mes propres héritages une charge en faveur d'un autre fonds qui m'appartient également; mais c'est alors par droit de propriété, et non à titre de servitude : *jure dominii, non servitutis : res propria nemini servit* (5). Si cependant la servitude est continue et apparente (6), et que j'aliène l'un des deux héritages, sans que le contrat renferme aucune disposition relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement sur le fonds, ou en faveur du fonds aliéné. C'est
694. dans ce sens que l'on dit que la destination du père de famille
692. vaut titre.

BIU Cujas

On distingue trois sortes de servitudes, suivant qu'elles dérivent de la nature des lieux, de la loi, ou du fait de l'homme (1). 639.

CHAPITRE PREMIER.

Des Servitudes Naturelles.

La servitude naturelle est celle qui dérive de la situation naturelle des lieux. Ainsi, le fonds inférieur est assujetti à recevoir (2) les eaux qui découlent naturellement (3) du fonds supérieur. 640.

On dit *naturellement:* c'est-à-dire, sans que la main de l'homme y ait contribué; de là il suit: 1°. que, si l'on veut diriger l'égout de ses toîts sur le fonds du voisin, ou y faire passer son ruisseau, il faut une concession particulière (4); et 2°. que les propriétaires 681.
des deux fonds, supérieur et inférieur, ne peuvent rien faire qui puisse empêcher ou aggraver la servitude (5). 640.

C'est encore par une espèce de servitude naturelle, que celui dont l'héritage est traversé (6) par une eau courante, quoique pouvant en user dans l'intervalle qu'elle parcourt sur son fonds (7), si toutefois elle ne fait point partie du domaine public (8), est cependant tenu, à la sortie, de la rendre à son cours ordinaire. Si l'eau ne fait que border l'héritage, le propriétaire peut seulement s'en servir au passage, pour l'irrigation de ses propriétés (9). 644.

Quant à celui qui a la source dans son fonds (10), son droit est plus étendu, parce qu'il en est réellement propriétaire (11): en conséquence, il peut non-seulement en user à sa volonté sur son fonds, mais encore en diriger le cours à la sortie, comme il le juge convenable (12), excepté dans les deux cas suivans: 641.

Le premier, lorsque le propriétaire du fonds inférieur a acquis, par titre ou par prescription, un droit quelconque sur cette eau. *Ibid.*
La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue de trente ans, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur (13) a fait et terminé (14) des ouvrages (15) apparens (16), destinés à faciliter la chute (17) et le cours de l'eau dans sa propriété. 642.

BIU Cujas

Le second cas dans lequel le propriétaire de la source ne peut en changer le cours (1), c'est quand elle fournit l'eau nécessaire aux habitans d'une commune, village ou hameau, sauf à lui à réclamer une indemnité, à dire d'experts, si toutefois les habi-
643. tans n'en ont pas acquis l'usage par titre ou par prescription (2).

Il est, au surplus, deux observations applicables à tous les cas ci-dessus, et que les Tribunaux ne doivent point perdre de vue : c'est d'abord, que le Législateur n'a pas entendu déroger aux réglemens particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux ; et en second lieu, que, dans toutes les contestations qui peuvent s'élever à ce sujet, les juges (3) doivent concilier, autant que possible, l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la
645. propriété (4).

CHAPITRE II.

Des Servitudes Légales.

La servitude légale est celle qui est établie par la loi seule, et indépendamment de toute convention. Il y en a de deux es-
651. pèces : les unes ont pour objet l'utilité publique ou communale;
649. et les autres, celles des particuliers.

Celles de la première espèce sont, par ex. : le marche-pied ou chemin de halage (5) le long des rivières navigables ou flottables; la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux (6), etc. Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou réglemens
650. particuliers (7). Quant à celles de la seconde espèce, plusieurs d'entr'elles sont réglées par la police rurale. Celles dont il est question dans le Code Civil, sont au nombre de six : droit d'indivision, de bornage, de passage, de clôture, de mitoyenneté, et de
652. vue. Ce ne sont pas, à proprement parler, des servitudes; ce sont plutôt des effets du quasi-contrat (8) de communauté, ou de celui de voisinage. Mais comme il en résulte néanmoins des assujet-
651. tissemens respectifs des propriétaires les uns à l'égard des autres, on peut, sans inconvénient, ranger le tout dans la classe des servitudes (9).

BIU Cujas

SECTION PREMIERE.

Du Droit d'Indivision.

La servitude légale que nous appelons *droit d'indivision*, est celle qui a lieu, lorsque les différens étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, et que le mode de réparation et reconstruction n'est pas déterminé par titres. L'on doit alors se conformer aux règles suivantes:

Les reconstruction, réparations et entretien de la toiture et des gros murs (1), sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage (2) qui lui appartient (3).

Le plancher de chaque étage doit être fait et réparé par le propriétaire de cet étage.

Quant aux escaliers, celui qui mène au premier étage au-dessus du rez-de-chaussée, doit être fait et réparé par le propriétaire de cet étage; celui du second, par le propriétaire du second; et ainsi de suite (4). 664.

SECTION II.

Du Droit de Bornage (5).

Ce droit est celui par l'effet duquel tout propriétaire (6) peut, en tout temps (7), obliger son voisin de fixer, à frais communs (8), les limites de leurs propriétés respectives et contiguës. 646.

SECTION III.

Du Droit de Clôture, et de celui de Passage.

On n'entend pas ici par droit de clôture, celui qu'a tout propriétaire de clore son héritage: c'est un droit commun et une dépendance du droit de propriété (9); et si l'article 647 renferme, à cet égard, une disposition expresse, c'est qu'il y avoit quelques 647.

BIU Cujas

endroits dans lesquels il existoit sur ce point des usages prohibitifs (1), auxquels il a été, avec raison, dérogé, mais toutefois avec la restriction que le propriétaire qui fait clore son héritage, perd le droit qu'il peut avoir au parcours et vaine
648. pâture (2), en proportion du terrain qu'il y soustrait (3).

Le droit qu'a tout propriétaire de se clore, souffre néanmoins encore aujourd'hui une exception, dans le cas où celui qui veut se clore, se trouve placé entre la voie publique, et un héritage qui est enclavé de manière à n'avoir aucune issue (4) sur cette voie. Le propriétaire de ce dernier fonds peut alors réclamer le passage dont il a besoin pour son exploitation (5), à la charge
682. d'une indemnité proportionnée au dommage qui doit en résulter (6). C'est ce qui constitue la servitude légale, dite *droit de passage*.

Si les parties ne conviennent pas à l'amiable, soit du montant de l'indemnité, soit du mode d'exercice de la servitude, le tout est réglé à dire d'experts, en observant que le passage doit, en général (7), être pris du côté où le trajet est le plus
683. court du fonds enclavé à la voie publique (8), mais en même temps dans l'endroit le moins dommageable au fonds sur lequel
684. il est accordé (9).

Cette servitude a cela de particulier (10), qu'elle peut s'acquérir gratuitement par la prescription, dans le sens que, si le propriétaire du fonds enclavé en a joui pendant trente ans sans réclamation, le passage doit être continué, quoique l'action en
685. indemnité soit prescrite.

Le droit *de clôture* dont il s'agit dans la présente Section, et considéré comme servitude légale, est celui en vertu duquel tout propriétaire de maisons, cours et jardins (11), dans les villes et faubourgs (12), peut obliger son voisin de contribuer à la construction et à la réparation de la clôture (13) faisant
663. séparation de leurs propriétés respectives.

La hauteur de cette clôture est déterminée par les réglemens ou usages locaux. A défaut d'usages et de réglemens, elle est fixée, pour les murs qui seront construits ou rétablis à l'avenir (14), à trente-deux décimètres (dix pieds) au moins de

BIU Cujas

hauteur (1), dans les villes de cinquante mille ames et au-dessus, et à vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres; le tout y compris le chaperon. Les murs ainsi bâtis à frais communs, sont appelés *murs mitoyens.* 663.

SECTION IV.

De la Mitoyenneté.

La mitoyenneté est une servitude légale, par laquelle deux propriétaires voisins, ayant clôture commune, sont tenus l'un envers l'autre, à des obligations respectives (2). Cette matière étant très-usuelle, doit être traitée avec quelques détails: nous diviserons, en conséquence, cette Section en deux paragraphes, dont le premier traitera de l'acquisition du droit de mitoyenneté; et le second, des effets résultans du droit acquis.

§. Ier.

De l'Acquisition du Droit de Mitoyenneté.

On peut se clore avec un mur, un fossé, ou une haie. Nous ne parlerons pas ici du cas où il y a preuve que le mur, le fossé, ou la haie, ont été établis à frais communs, et par accord entre les propriétaires: il est évident que, dans ce cas, le droit de mitoyenneté est acquis incontestablement à chacun d'eux. Mais comme la clôture peut exister, sans qu'il reste de trace de la manière dont elle a été établie, et qu'il importe cependant de prévenir les contestations déjà si fréquentes entre voisins, il a bien fallu recourir, dans ce cas, à une présomption légale (3).

En conséquence, le principe général, à cet égard, est que tout mur de séparation (4) entre bâtimens jusqu'à l'héberge (5), ou entre cours et jardins (6), et même entre enclos (7) dans les champs (8), est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire (9). 653.

Il y a marque de non-mitoyenneté (10), lorsque la sommité du mur est droite et aplomb de son parement d'un côté, et pré-

BIU Cujas

sente de l'autre un plan incliné (1), ou lorsqu'il n'y a de chaperon que d'un côté; ou enfin, lorsqu'il n'y a également que d'un côté des filets (2) et corbeaux (3) de pierre qui y ont été mis en bâtissant le mur (4). Dans ce cas, le mur est censé (5) appartenir en entier à celui du côté duquel sont le plan incliné,
654. le chaperon, les corbeaux ou les filets (6). Mais néanmoins, dans tous les cas, et quand même la non-mitoyenneté du mur seroit constatée par titre, le propriétaire voisin (7) a toujours le droit (8) de le rendre mitoyen, en tout ou en partie, même sans le consentement de celui à qui il appartient, en lui remboursant la moitié de la valeur du terrain sur lequel le mur est bâti (9), ainsi que la moitié de la valeur actuelle (10) de la portion
661. de mur qu'il veut rendre mitoyenne.

La présomption de mitoyenneté a également lieu pour les haies et fossés qui séparent deux héritages, s'il n'y a titre ou
666. 670. marque du contraire.

Il y a marque de non-mitoyenneté pour le fossé, quand le
667. rejet de la terre se trouve d'un côté seulement (11): le fossé est alors censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le
668. rejet se trouve.

Quant à la haie, la présomption de mitoyenneté cesse dans deux cas:

1°. S'il y a possession (12) suffisante au contraire;

670. 2°. S'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture (13).

§. II.

De l'Effet du Droit de Mitoyenneté.

Nous allons faire connoître séparément les effets du droit de mitoyenneté, relativement aux murs, aux fossés, et aux haies.

Ces effets, quant aux murs, sont:

1°. Que les réparations, entretien et reconstruction (14) desdits murs, sont à la charge de tous ceux qui y ont droit (15), et
655. proportionnément au droit de chacun. Néanmoins, tout copropriétaire peut se dispenser de cette charge (16), en abandon-

BIU Cujas

nant son droit de mitoyenneté (1), pourvu toutefois que le mur ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne. 656.

2°. Que tout co-propriétaire peut bâtir contre le mur mitoyen, et y faire placer des poutres et solives dans toute son épaisseur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, et sauf au voisin, s'il veut lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée (2), à faire réduire la poutre déjà assise, jusqu'à moitié du mur, à l'ébauchoir, c'est-à-dire, 657. sans la changer de place; en observant néanmoins que celui des propriétaires qui veut pratiquer quelqu'enfoncement dans le corps du mur, y appliquer ou appuyer quelqu'ouvrage (3), doit préalablement obtenir le consentement de l'autre propriétaire, ou, à son refus (4), faire régler par experts (5) les moyens nécessaires, pour que le nouvel ouvrage ne nuise pas au droit de ce dernier. Il est même certaines constructions qui ne peu- 662. vent être faites qu'à la distance prescrite (6), et avec les précautions exigées, par les usages et réglemens locaux (7), soit que le mur, auprès duquel se font ces constructions, soit mitoyen ou non (8); ce sont les puits (9), fosses d'aisance (10), cheminées, âtres, forges, fours, fourneaux, et étables. La même disposition s'applique aux magasins de sel, et à tout amas de matière corrosives (11);

3°. Que tout co-propriétaire a également le droit de faire exhausser le mur (12), en payant à lui seul la dépense de l'exhaussement, l'indemnité de la charge (13) à raison dudit exhaussement, et en se chargeant, aussi en totalité, des réparations et de l'entretien de la partie exhaussée (14); et si la partie mitoyenne, 658. quoique suffisamment bonne pour clôture, n'est pas en état de supporter l'exhaussement, par défaut d'épaisseur ou de solidité, il est tenu de la faire reconstruire à ses frais (15), et de prendre, de son côté, l'excédant d'épaisseur (16). Dans tous ces cas, la 659. partie exhaussée appartient à celui qui en a fait les frais; mais le voisin peut, dans tous les temps, en acquérir la mitoyenneté (17), en payant la moitié de la dépense totale (18), et la valeur de la moitié du terrain fourni pour l'excédant d'épaisseur; 660.

4°. Qu'aucun des co-propriétaires ne peut, sans le consente-

BIU Cujas

ment (1) du voisin, faire de percement dans le mur mitoyen, ni y pratiquer des fenêtres ou ouvertures, de quelque manière
675. que ce soit.

Le seul effet de la mitoyenneté du fossé, est qu'il doit être
669. entretenu à frais communs (2).

Quant à la haie (3), les arbres qui se trouvent dans celle qui est mitoyenne, sont également mitoyens (4); et chacun des deux
673. propriétaires peut requérir qu'ils soient abattus (5). Le cas de la haie mitoyenne excepté, il n'est permis à personne de planter des arbres, même sur son terrain, sinon à une distance suffisante pour que les branches et les racines ne puissent nuire au fonds voisin. Cette distance est ordinairement fixée par les usages ou réglemens locaux (6). A défaut de réglemens et d'usages, elle doit être de deux mètres (environ six pieds), pour les arbres de haute tige, et d'un demi-mètre (un pied et demi), pour les
671. autres arbres et les haies vives. Le voisin peut, en conséquence, demander que toute plantation faite à une moindre distance, soit arrachée (7) : il peut également exiger l'ébranchement de celles qui sont faites, même à la distance requise, mais dont les branches avancent sur sa propriété (8). Si ce sont les racines, il
672. peut les couper lui-même (9).

SECTION V.

Du Droit de Vue.

La servitude légale (10), dite *droit de vue*, est celle en vertu de laquelle celui qui est seul propriétaire (11) d'un mur, même joignant immédiatement l'héritage d'autrui (12), peut y pratiquer des jours ou fenêtres (13), sous les conditions suivantes :

1°. Que ces fenêtres soient garnies d'un treillis de fer, dont les mailles aient un décimètre (environ trois pouces huit lignes) au
676. plus d'ouverture, et d'un châssis à verre dormant (14);

2°. Que ces jours soient établis à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher de la chambre qu'on veut éclai-

BIU Cujas

rer (1), si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds), pour les étages supérieurs (2). 677.

On peut rapporter à cette espèce de servitude le droit qu'a tout propriétaire d'empêcher son voisin d'avoir des vues droites (3) ou obliques (4) sur son héritage, clos ou non clos (5), si ce n'est à la distance prescrite par la loi (6). 678.

Cette distance est, pour les vues droites, de dix-neuf décimètres (six pieds), à partir du parement extérieur du mur où la vue est pratiquée, jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés (7). S'il y a balcons ou autres semblables saillies, la distance se compte de leur ligne extérieure, jusqu'à celle de séparation. *Ibid.* 680.

La distance pour les vues obliques est de six décimètres (deux pieds), mesurés de la même manière (8). 679.

CHAPITRE III.

Des Servitudes établies par le fait de l'homme.

Il est permis, en général, d'établir sur sa propriété (9), ou en faveur de sa propriété (10), telles servitudes que l'on juge convenables (11), pourvu qu'elles ne rappellent point l'ancienne féodalité (12), et qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public. 686.

Cela posé, nous verrons, 1°. comment se divisent les servitudes établies par le fait de l'homme; 2°. comment elles s'établissent; 3°. quels sont les droits et obligations résultans de l'établissement de ces servitudes; 4°. comment elles s'éteignent.

SECTION PREMIÈRE.

Des diverses Espèces de Servitudes qui peuvent être établies par le fait de l'homme.

Les servitudes établies par le fait de l'homme, sont affirmatives ou négatives, continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes (13).

BIU Cujas

La servitude affirmative est celle qui impose seulement au propriétaire du fonds servant, l'obligation de laisser faire; comme la servitude de vue, celle de passage, etc.

La servitude négative est celle en vertu de laquelle le propriétaire du fonds servant peut être empêché de faire sur son fonds, ce qu'il auroit naturellement droit d'y faire, s'il n'y avoit pas de servitude : telle est la prohibition de bâtir, ou de bâtir au-delà de telle hauteur.

La servitude continue (1) est celle dont l'usage est, ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel (2) de l'homme : telles sont les conduites d'eau, les droits d'égout, de vue, etc., et toutes les servitudes négatives.

La servitude discontinue est celle qui a besoin du fait actuel de l'homme pour être exercée; tels sont les droits de passage,
688. puisage, pacage et autres semblables.

La servitude apparente est celle qui s'annonce par un ouvrage extérieur, comme celle de passage par une porte, celle de vue par une fenêtre, celle de conduite d'eau par un aqueduc.

La servitude non apparente est celle qui n'a pas de signe extérieur d'existence : toutes les servitudes négatives sont en
689. même temps non apparentes.

SECTION II.

Comment s'établissent les Servitudes.

Il faut distinguer : les servitudes discontinues, quelles qu'elles soient (3), et les servitudes continues, qui ne sont pas apparentes (4), ne peuvent s'établir que par titres (5). La possession, même immémoriale, ne suffit pas pour les établir (6). Mais comme la loi ne peut avoir d'effet rétroactif, cette disposition ne préjudicie en rien aux servitudes de cette nature, qui se trouvoient acquises (7) par la prescription, au moment de la promulgation de la présente loi, dans les pays où elles pouvoient
691. s'acquérir de cette manière. (*Le Titre des servitudes a été promulgué le* 20 *pluviose an* 12.)

BIU Cujas

Les servitudes continues et apparentes (1) peuvent s'acquérir par titre, ou par la possession de trente ans (2). 690.

Le titre constitutif de la servitude peut être suppléé de différentes manières, suivant la nature de la servitude : ainsi, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par prescription, c'est-à-dire, des discontinues, et des continues non apparentes, il ne peut être suppléé que par un titre recognitif (3), émané du propriétaire du fonds asservi : à l'égard des autres, nous avons 695.
vu au commencement de ce Titre, que la destination du père de famille valoit titre, mais avec le concours des circonstances 692.
suivantes :

Il faut que les fonds actuellement divisés aient appartenu au même propriétaire ;

Que ce soit lui (4) qui ait mis ou laissé (5) les choses dans l'état d'où résulte la servitude ; 693.

Enfin, que l'acte d'aliénation (6) ne renferme rien de contraire au droit prétendu. 694.

Dans ce cas, la servitude continue d'exister, activement ou passivement, en faveur du fonds, ou sur le fonds aliéné (7).

SECTION III.

Des Droits et Obligations résultans de l'établissement des Servitudes.

L'effet des servitudes qui dépendent du fait de l'homme, est d'établir entre le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant, des rapports particuliers qui augmentent ou modifient ceux qui résultent du simple voisinage, et qui produisent des droits en faveur de l'un, et des obligations correspondantes de la part de l'autre.

L'étendue de ces droits et de ces obligations est ordinairement réglée par le titre qui constitue la servitude. Il nous suffira donc de faire connoître les dispositions générales qui, dans le silence du titre, doivent être observées, et qui sont subordonnées, dans tous les cas, aux conventions particulières. 6

BIU Cujas

Comme le droit de l'un des propriétaires constitue l'obligation de l'autre, *et vice versâ*, nous ne traiterons ici que de ce qui concerne les droits et les obligations du propriétaire du fonds dominant.

Ses droits sont : 1°. Qu'il peut réclamer l'usage de tous les moyens nécessaires pour user de la servitude établie, quand même le titre constitutif n'en contiendroit pas la stipulation expresse (1). Ainsi, celui qui a le droit de puisage à une fontaine qui est sur le fonds voisin, a, par cela seul, le droit de
696. passage pour y aller (2);

2°. Qu'il peut également faire (3) tous les ouvrages nécessaires
697. pour user de la servitude et pour la conserver. Ces ouvrages
698. sont à ses frais (4), à moins que le titre (5) ne dise le contraire. Mais même dans le cas où le propriétaire du fonds servant est tenu de faire ces sortes d'ouvrages, il a toujours le droit de s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds (6) au pro-
699. priétaire du fonds dominant;

3°. Que, si le fonds dominant vient à être divisé, la servitude reste due au propriétaire de chaque portion, de manière cependant que la condition du fonds servant n'en soit point aggravée : si, par exemple, il s'agit d'un droit de passage, tous les co-pro-
700. priétaires seront tenus de l'exercer par le même endroit (7);

4°. Que le propriétaire du fonds assujetti ne peut rien faire qui tende à changer, diminuer, ou rendre plus incommode l'usage de la servitude. Si cependant, par la suite des temps, ou par l'effet des circonstances, le mode primitif de la servitude lui étoit devenu plus onéreux, et qu'il fût constant que les changemens proposés ne préjudicient en rien au propriétaire du
701. fonds dominant, celui-ci ne pourroit s'y refuser (8).

Tels sont, en général, les droits du propriétaire du fonds dominant. Quant à ses obligations, elles se réduisent à user de la servitude suivant son titre (9), sans pouvoir rien faire, dans aucun des deux fonds, qui aggrave la condition de celui qui
702. doit la servitude.

BIU Cujas

SECTION IV.

De l'Extinction des Servitudes.

La servitude s'éteint de six manières :

1°. Par la résolution du droit de celui qui l'a constituée (1) ;

2°. Par l'événement du jour ou de la condition, si elle a été ainsi établie ;

3°. Par la confusion, c'est-à-dire, par la réunion parfaite et irrévocable (2) des deux fonds dans la main du même propriétaire ;

4°. Par la remise faite par le propriétaire du fonds dominant (3) ; 705.

5°. Par le non usage pendant trente ans (4). Mais cependant, 706.
à cet égard, il faut distinguer : s'il s'agit de servitudes discontinues (5), la simple non-jouissance donne lieu à la prescription, qui court alors du jour où le droit a cessé d'être exercé. Mais s'il s'agit d'une servitude continue, il faut qu'il y ait eu, en outre, un acte contraire à la servitude ; et ce n'est que du jour de cet acte que le délai de la prescription commence à courir (6). 707.

Il faut observer d'ailleurs, relativement à cette manière d'éteindre les servitudes, que le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude elle-même (7) ; que si le fonds dominant appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un 708.
empêche la prescription à l'égard des autres ; enfin que, dans 709.
le même cas, la prescription est également suspendue, quand personne n'auroit joui, s'il se trouve un des propriétaires contre lequel la prescription n'ait pu courir (8). 710.

6°. Enfin, les servitudes cessent (9) pareillement, lorsque les choses se trouvent en tel état, qu'on ne peut plus user de la servitude (10) ; mais elles revivent, si les choses sont rétablies 703.
avant l'expiration du temps suffisant pour la prescription (11). 704.
De là il suit que, si la maison ou le mur qui devoient (12), ou auxquels étoit due (13) la servitude, viennent à être détruits, l'usage de la servitude se trouve suspendu ; et le droit même est éteint,

BIU Cujas

si les choses restent dans le même état pendant le temps nécessaire pour la prescription : mais si la reconstruction a lieu avant l'expiration de ce temps, les servitudes revivent, tant activement que passivement, à l'égard du nouveau mur ou de la
665. nouvelle maison.

FIN DU LIVRE SECOND.

BIU Cujas

COURS
DE CODE CIVIL,

PAR M. DELVINCOURT,

Avocat à la Cour royale, Professeur et Doyen de la Faculté de Droit de Paris.

NOTES ET EXPLICATIONS

DU PREMIER TOME.

PARIS.

1819.

BIU Cujas

COURS

DE CODE CIVIL.

PAR M. DELVINCOURT,

Membre de l'Académie de Législation, Professeur et Doyen de la Faculté de Droit de Paris.

NOTES ET EXPLICATIONS.

DU PREMIER TOME.

PARIS.

1819.

BIU Cujas

NOTES

ET EXPLICATIONS.

Page 1.

(1) *Du Droit et des Lois en général.* Cette matière est traitée ici fort en abrégé, et comme elle nous a paru devoir l'être dans un ouvrage de cette nature : ceux qui voudront l'approfondir davantage, peuvent lire l'excellent *Traité des Lois*, que Domat a placé à la tête de son ouvrage, intitulé : *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel.*

(2) *On peut aussi le définir.* Observez en effet que le mot *Droit* peut avoir quatre acceptions. Dans la première, il est, comme on le dit ici, le résultat des dispositions de la Loi : *le Droit actuel du Code sur la translation de la propriété est qu'elle est transférée par l'effet de l'obligation de livrer, et avant toute tradition.* Il signifie aussi, comme nous le disons également, *l'art de la justice et de l'équité*, etc.; 3°. il se prend pour le pouvoir, la faculté accordée par les lois à chaque individu : *J'ai le droit de bâtir sur mon terrain* : 4°. enfin, il signifie la réunion des lois d'un certain ordre; comme *le Droit naturel, le Droit des gens, le Droit civil*, ou d'un certain peuple ; *le Droit romain, le Droit français.*

(3) *L'équitable, de ce qui ne l'est pas.* L'on verra plus bas la différence qui existe entre le juste et l'équitable, *justum et æquum.*

(4) *Une règle établie.* Dans des éditions précédentes, j'avais mis *prescrite ;* mais j'ai pensé qu'alors la définition ne conviendrait pas aux lois facultatives, qui ne prescrivent rien, et qui se contentent de permettre.

(5) *On est tenu d'obéir.* On a reproché à cette définition, qu'elle convenoit aussi aux jugemens. Cela est vrai, et cela doit être; nous considérons ici comme loi, tout acte qui donne un droit, ou qui exige obéissance : et, sous ce rapport, les jugemens sont lois pour les parties entre lesquelles ils ont été rendus. (Art. 1351.)

Page 2.

(1) *L'amour raisonnable et éclairé de soi-même :* parce qu'il existe un amour de soi-même; mais amour désordonné et aveugle, qui nous porte à satisfaire nos passions, et qui, par une suite nécessaire, au lieu de nous mener au bonheur, finit par nous rendre entièrement malheureux.

BIU Cujas

(2) *Indépendamment d'aucun fait humain.* Que l'on prenne garde cependant que je n'ai pas entendu décider la question, s'il a jamais existé un état de pure nature; j'ai seulement voulu dire que, pour déterminer les droits et les devoirs primitifs de l'homme, ceux qui tiennent à son essence, il falloit, pour un moment, faire abstraction de tout fait humain, de toute institution humaine: comme, en géométrie, l'on considère le point, abstraction faite de toute longueur, largeur et profondeur; et la ligne, indépendamment de toute largeur et profondeur; ce qui n'est cependant pas possible physiquement.

PAGE 3.

(1) *Par la Loi,* soit naturelle, soit civile. Cela est évident pour la loi naturelle. Toute transgression de cette loi étant un fait criminel, l'on sent aisément que la liberté de l'homme ne peut aller jusqu'à violer les préceptes du droit naturel. Quant aux restrictions mises par les lois civiles à la liberté naturelle, il faut observer que, du moment que l'homme est réuni en société, il est censé faire le sacrifice d'une partie de sa liberté, pour prix des avantages qu'il retire de son admission dans cette même société. Il contracte donc, dès ce moment, l'obligation de se conformer aux lois établies par la société; et cette espèce de contrainte, à laquelle il se soumet, lui devient, dit BLACKSTONE, beaucoup plus utile que la liberté sauvage dont il jouissoit. En effet, pour peu qu'il réfléchisse, il sentira que, s'il conservoit le pouvoir absolu de faire toute sa volonté à l'égard des autres hommes, ceux-ci auroient le même privilége; d'où il s'ensuivrait que toutes ces volontés venant à se combattre mutuellement, la liberté n'existeroit réellement que pour le plus fort. L'état de l'homme, en société, n'est donc autre chose que la liberté naturelle, restreinte et modifiée par la loi civile, pour l'avantage de la société entière et de chacun de ses membres.

(2) *Et aux autres hommes.* C'est sur ce principe qu'est fondé l'axiome: *quidquid lege prohibetur, viro probo impossibile videtur.* Voyez l'art. 1172, qui met sur la même ligne la condition physiquement impossible, et celle qui est contraire aux lois et aux bonnes mœurs. Il y a cependant, entre ces deux espèces de conditions, une différence dont nous parlerons sur ledit article.

(3) *Un préjudice notable pour ce dernier.* « Il n'y a ni crime ni délit, « lorsque l'homicide, les blessures et les coups étoient commandés par la « nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui. » (*Code Pénal*, art. 328.)

PAGE 4.

(1) *Toutes les fois que les circonstances le permettent.* C'est sur ce principe qu'est fondée la distinction qui se trouve établie dans les articles 322 et 329 du

BIU Cujas

Code Pénal. Dans ce dernier article, il n'y a ni crime ni délit, lorsqu'un homicide a été commis en repoussant, pendant la nuit, l'escalade ou l'effraction des clôtures. Mais s'il a été commis en repoussant la même attaque pendant le jour, il est seulement excusable (art. 322); c'est-à-dire, qu'il y a lieu à une moindre peine que pour l'homicide ordinaire (art. 326). La raison de différence est que, dans le premier cas, l'on peut croire qu'il a été impossible d'obtenir du secours du dehors. Par la même raison, je pense que, si l'habitation attaquée étoit isolée, et placée dans un endroit tellement écarté qu'il fût impossible d'être entendu, l'on appliqueroit la disposition de l'article 329 à l'homicide commis même pendant le jour.

(2) *Et l'intérêt de notre conservation.* Si donc vous avez assez de supériorité de forces sur celui qui vous attaque, pour le mettre hors d'état de vous nuire sans le tuer, vous commettez, en le tuant, un meurtre défendu par la loi naturelle, et qui, d'après les lois humaines, seroit tout au plus excusable.

(3) *Est nommé tradition.* Le Code ayant décidé, article 1138, que le seul consentement suffit en général pour transférer la propriété, la tradition n'est plus mise au nombre des manières d'acquérir. (Art. 711 et 712.) Cependant ce principe est encore sujet à plusieurs exceptions, comme nous le verrons sur le dit article 1138.

Page 5.

(1) *Que l'on nomme en droit prescription.* L'on voit, d'après cela, que je regarde la prescription comme étant du droit naturel. Et, en effet, j'ai toujours pensé que la prescription, surtout à l'effet d'acquérir, étoit fondée sur ce que l'on présume que le propriétaire qui a laissé passer un long intervalle de temps sans réclamer sa chose, étoit censé l'avoir abandonnée, *eam pro derelictâ habuisse.* Or, le mode d'acquisition, d'après lequel on devient propriétaire d'une chose abandonnée, est bien certainement une espèce d'occupation, et rentre par conséquent dans le premier mode dont nous venons de parler. Cette distinction est importante pour déterminer l'effet de la prescription, notamment à l'égard des étrangers, de ceux qui sont privés des droits civils, etc.

(2) *Soit défendu par quelque loi.* Si je n'ai fait qu'user de mon droit, quand même il en seroit résulté du dommage pour un tiers, je ne suis pas tenu de le réparer. Cependant ce principe, qui est vrai en général, peut, dans l'usage, admettre quelques modifications, d'après la règle: *malitiis non est indulgendum.* (Voyez l'art. 645.)

Page 6.

(1) *Ce qui exclut les cas purement fortuits.* Lorsqu'il y a cas fortuit, le principe général est, que la perte est pour le propriétaire de la chose. Si

BIU Cujas

cependant le cas fortuit avoit été précédé d'une faute de la part d'un tiers, qui y eût donné lieu, ce tiers pourroit en être tenu. Ainsi, le dépositaire n'est certainement pas tenu du préjudice causé par cas fortuit à la chose déposée. Si cependant il y a, de sa part, une négligence inexcusable, *lata culpa ;* si, par exemple, il s'agit d'un bijou qu'il a laissé sur une cheminée, sur une table, et qui ait été volé, il est tenu d'en rembourser la valeur. Le déposant peut dire que le vol n'eût pas été fait, si le bijou eût été renfermé : c'est pour cela que nous disons les cas *purement* fortuits ; c'est-à-dire, qui ne peuvent être attribués qu'au hazard.

(2) *N'y ait pas consenti.* S'il y a consenti, c'est parce qu'il a reçu d'avance l'indemnité, ou parce qu'il a voulu gratifier l'autre partie. Dans les deux cas, il est non-recevable à se plaindre : de là l'axiome, *volenti non fit injuria.*

(3) *Dans ce cas*, c'est-à-dire, lorsqu'il n'y a aucun fait de notre part ; car si le dommage a été éprouvé en exécutant un ordre que nous avions donné, il est clair que nous en devons réparation, quand même il n'en seroit résulté pour nous aucune utilité.

(4) *De l'utilité que nous avons tirée du fait qui l'a causé.* C'est sur ce principe qu'est fondée l'obligation de celui dont les affaires ont été gérées à son insu. Il est tenu de rembourser toutes les dépenses qui ont été faites par le gérant, si elles ont été faites utilement, c'est-à-dire, si elles lui ont procuré un avantage, et jusqn'à concurrence seulement de l'avantage qu'elles lui ont procuré. Si donc les dépenses égalent cent, et que l'avantage soit égal à cinquante, il sera tenu seulement de rembourser cinquante.

(5) *Sans en éprouver soi-même de préjudice.* C'est pour cette raison que le Code de Commerce, art. 154, oblige le dernier endosseur d'une lettre-de-change qui se trouve égarée, de prêter son nom et ses soins au propriétaire de la lettre, pour agir contre l'endosseur précédent, et ainsi en remontant, d'endosseur en endosseur, jusqu'au tireur de la lettre, afin d'obtenir de ce dernier qu'il en délivre un second exemplaire ; mais à la charge par le propriétaire de la lettre, de supporter tous les frais.

De même, l'article 1768 du Code Civil oblige le fermier d'un bien rural, sous peine de tous dépens, dommages et intérêts, d'avertir le propriétaire, des usurpations qui peuvent être commises sur le fonds. La même obligation est imposée à l'usufruitier par l'article 614.

(6) *Qui doit en résulter pour autrui.* Ainsi l'article 682 donne au propriétaire d'un terrain enclavé de manière à n'avoir aucune issue sur la voie publique, le droit de contraindre le voisin de lui fournir un passage, moyennant une juste et préalable indemnité. Certainement il peut résulter de cette mesure une gêne, un préjudice pour le voisin, préjudice qui n'est pas toujours compensé par l'indemnité qui lui est accordée ; mais ce préjudice est très-modique, en

BIU Cujas

comparaison de celui qu'éprouveroit le propriétaire du terrain enclavé, qui, autrement, se trouveroit entièrement privé de la jouissance de son fonds.

C'est encore d'après ce principe que l'article 249 du Code de Commerce ordonne, qu'en cas de disette de vivres sur un bâtiment en mer, celui qui a des vivres pour son usage particulier, soit tenu de les mettre en commun, en lui en payant la valeur. On n'a pas voulu qu'un passager fût dans l'abondance tandis que les autres seroient exposés à mourir de faim.

PAGE 7.

(1) *Et même des vices.* C'est un principe très-vrai en politique, que les lois, même civiles, doivent être faites en considération des vices du peuple qu'elles doivent régir. Sans doute elles doivent tendre, non à favoriser, mais à corriger les vices : mais cependant, une loi qui seroit faite dans la supposition que ceux qu'elle doit régir, sont tous vertueux, ne feroit qu'augmenter leur corruption, quand ils sont déjà corrompus. Supposons, par exemple, qu'un Législateur, dans le siècle actuel, regardant comme impossible qu'un homme rende sciemment un faux témoignage en justice, permette de prouver par témoins toute espèce d'obligations, quels abus n'en résulteront-ils pas ? Et une pareille disposition n'aura-t-elle pas pour effet nécessaire d'encourager le faux témoignage, au lieu de le détruire ? Dans ce cas donc, un Législateur prudent, qui voudra ôter un appât au crime, et qui sentira, d'un autre côté, qu'il est impossible, dans le commerce habituel de la vie, de passer des actes pour une infinité de contrats du plus mince intérêt, admettra bien la preuve testimoniale ; mais seulement lorsque l'objet sera tellement modique, qu'il soit impossible de supposer que le bénéfice qui en résultera, soit suffisant pour payer les faux témoins que l'on pourroit employer. Tel est le motif de l'article 1341 du Code Civil, qui admet la preuve testimoniale pour les objets qui n'excèdent pas cent cinquante francs. En effet, comme, d'un côté, il faut au moins deux témoins pour faire une preuve ; que, de l'autre, il faut supposer que le demandeur retirera également sa part du bénéfice, certainement une somme de cent cinquante francs, partagée entre trois personnes, n'est pas suffisante pour les déterminer à encourir la peine de la réclusion, et même celle des travaux forcés, infligée au faux témoin qui a reçu de l'argent de la partie en faveur de laquelle il a déposé.

(2) *D'effet rétroactif.* On excepte ordinairement de cette disposition les lois interprétatives, c'est-à-dire, celles qui font connoître dans quel sens on doit entendre une loi précédente. Il est vrai que l'effet de ces lois remonte ordinairement à la date de celles qu'elles interprètent ; mais comme elles sont censées ne faire qu'un avec cette même loi, on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'elles aient un effet rétroactif. Elles l'ont même si peu, qu'elles ne préjudicient en rien aux droits acquis irrévocablement à des tiers avant leur

BIU Cujas

émission, quand même ces droits seroient contraires à l'interprétation qu'elles donnent de la loi primitive. On peut voir un exemple de ces principes, dans les articles 2 et 3 de la loi du 4 septembre 1807, interprétative de l'article 2148 du Code. (*Bulletin*, n°. 2742.)

Nous ferons observer à cette occasion que l'on distingue, en droit, deux espèces d'interprétations: celle dont il s'agit ici, qui est faite par le Législateur lui-même, et qui se nomme *interprétation par voie de réglement;* et celle qui est faite par le juge ou par le jurisconsulte, et que l'on nomme *interprétation par voie de doctrine.* Elles diffèrent, en ce que la première détermine le sens de la loi d'une manière générale, et pour tous les cas semblables; au lieu que celle du juge ne s'applique, de droit, qu'à l'affaire qui a donné lieu à l'interprétation. Cependant l'interprétation, même par voie de doctrine, lorsqu'elle est admise dans le même sens par les tribunaux, forme ce qu'on appelle *la jurisprudence*, et devient un moyen très-important en faveur de celui qui peut l'invoquer.

On a beaucoup écrit, fait beaucoup de raisonnemens, même métaphysiques, sur l'application du principe, que la loi n'a pas d'effet rétroactif. Obligé de parler à des étudians, et par conséquent de n'exprimer que des idées simples et à la portée de tout le monde, je vais tâcher de faire connoître, en très-peu de mots, comment ce principe me paroît devoir être appliqué. Je le considérerai sous cinq rapports principaux; relativement aux délits, aux conventions, à la capacité des personnes, à la disponibilité, c'est-à-dire, à la faculté de disposer de telle ou telle quotité de ses biens, et à la forme des actes.

Relativement aux délits. C'est un principe incontestable, et qui n'a jamais été révoqué en doute, qu'il ne peut jamais y avoir lieu à d'autre peine qu'à celle qui étoit établie par la loi en vigueur à l'époque à laquelle le délit a été commis.

Relativement aux conventions. Toutes les contestations relatives à la preuve ou à l'effet d'une convention, doivent être jugées d'après la loi qui étoit en vigueur à l'époque où la convention a été passée. Mais il faut qu'il s'agisse de l'effet direct de la convention. S'il s'agit seulement d'un fait relatif, à la vérité, à la convention, mais qui lui est postérieur, toutes les questions relatives à la preuve ou à l'effet de ce fait, doivent être jugées d'après la loi sous l'empire de laquelle le fait a eu lieu. Exemple :

Supposons qu'une loi élève en ce moment l'intérêt légal, en matière civile, à six pour cent. Il est formé, depuis, une demande en paiement d'une somme d'argent, due en vertu d'une obligation passée antérieurement à cette loi. Le paiement n'a pas lieu. Intervient jugement qui condamne le débiteur à payer le principal, et les intérêts à compter du jour de la demande. Ces intérêts seront-ils dus sur le pied de cinq pour cent, taux légal de l'intérêt à l'époque du contrat, ou sur le pied de six pour cent, taux de la loi actuelle? Ils seront dus sur le pied de six pour cent; parce qu'il ne sagit point ici de l'effet direct de

BIU Cujas

l'obligation; mais d'un fait qui lui est postérieur, c'est-à-dire, du non-paiement. Or, ce fait est arrivé sous l'empire de la nouvelle loi.

Par la même raison, le débiteur d'une rente, qui a, depuis le Code, laissé écouler deux ans sans payer les arrérages, peut être contraint au remboursement. (Depuis que j'ai écrit ceci, la question s'est présentée à la Cour de Cassation, et a été jugée conformément à cette opinion, le 6 juillet 1812. *Jurisprudence du Code Civil*, Tom. 19, pag. 233.)

Il est évident, en effet, que ces différentes dispositions, quoique résultant des lois civiles, sont dans le fait des dispositions pénales, et que, par conséquent, elles doivent être appliquées, ainsi que nous l'avons déterminé relativement aux délits, toutes les fois que le fait qui y donne lieu, s'est passé depuis qu'elles sont établies. Par la même raison, je pense que l'on peut établir en principe général, que l'on peut user d'une prescription établie par une loi nouvelle, même à l'égard d'une obligation déclarée jusques-là imprescriptible, en commençant à compter le délai du jour de la promulgation de la loi nouvelle; et que la même disposition doit être appliquée au cas d'une prescription plus courte, introduite par une loi en remplacement d'une plus longue. Cette doctrine est également consacrée par une disposition qui se trouve dans les lettres-patentes, portant promulgation du Code Prussien. Il y est dit, art. 17, que, si, pour l'accomplissement d'une prescription déjà commencée au moment de la mise en activité dudit Code, il est fixé par la nouvelle loi un terme plus court, que par l'ancienne, celui qui voudra s'autoriser d'une prescription ainsi raccourcie, le pourra; mais à la charge de commencer à en compter le temps, du jour de la mise en activité de la nouvelle loi seulement. Donc, *à pari*, s'il est établi par une loi nouvelle, une prescription qui n'existoit pas auparavant, on pourra en profiter; mais en ne faisant commencer le terme, que du jour de la mise en activité de ladite nouvelle loi.

Quant à la preuve, l'on doit admettre celle qui étoit admise par la loi en vigueur à l'époque à laquelle la convention a été formée. Si l'on suppose donc, qu'une loi réduise en ce moment à 100 fr., la somme pour laquelle la preuve par témoins peut être admise, l'on pourra néanmoins encore (conformément à l'art. 1341, du Code Civil) prouver de cette manière toutes les obligations passées sous l'ancienne loi, et qui n'excéderoient pas 150 francs. *Sic* jugé en cassation le 18 novembre 1806. (Sirey, 1813, 1re. partie, pag. 411.)

Relativement à la capacité des personnes. Les lois sur la capacité saisissent les personnes au moment où elles sont promulguées. En conséquence, chaque individu qui se trouve compris dans la disposition de la loi, de capable qu'il étoit, devient incapable, ou d'incapable devient capable, suivant la disposition de la nouvelle loi, et à compter de sa promulgation: bien entendu, sans préjudice pour la validité des actes qui ont pu être passés auparavant, et qui étoient valides d'après l'ancienne loi.

BIU Cujas

Relativement à la disponibilité. Il faut distinguer : lorsque l'acte de disposition a eu son effet du moment de sa confection, tellement qu'il ne fût plus au pouvoir du donateur d'en annuller l'effet, la disponibilité doit être réglée d'après la loi qui étoit en vigueur au moment de l'acte même. Ce principe s'applique aux donations de biens présens, et même aux institutions contractuelles, quoique ces institutions n'ôtent pas au donateur le droit d'aliéner ses biens à titre onéreux. En effet ces sortes d'institutions n'étant autre chose que la donation de la succession, il suffit que le donateur ne puisse, par aucun acte postérieur, priver le donataire du droit d'appréhender la succession de lui donateur, pour que cela imprime à l'acte un caractère d'irrévocabilité, et par conséquent, pour que les effets en soient déterminés d'après la loi qui étoit en vigueur au moment où il a été fait.

Mais si l'acte de disposition est tel qu'il n'en résulte pour le donataire aucun droit quelconque indépendant de la volonté du donateur, tellement que celui-ci puisse l'anéantir tout à fait par un simple acte de sa volonté, alors la disponibilité doit se régler par la loi qui se trouve en vigueur au moment du décès. Tels sont les testamens. C'est en effet au moment même du décès, que le testateur est sensé saisir son légataire, et lui transmettre la propriété de l'objet légué ; c'est donc ce moment seul qu'il faut considérer, pour déterminer la quotité dont le testateur a pu disposer.

Relativement à la forme des actes. L'acte est valable pour tout le temps qu'il peut avoir effet, quand il a été fait suivant les formes requises par les lois en vigueur à l'époque de sa confection. En effet, il étoit dès-lors parfait : ce seroit donner à la loi nouvelle un effet rétroactif, que de prétendre qu'elle peut ôter à cet acte le caractère de perfection qu'il avoit acquis.

Tel est le petit nombre de principes, à l'aide desquels je pense qu'on doit résoudre la plupart des questions qui peuvent s'élever relativement à la non-rétroactivité des lois.

(3) *Contraires à l'équité.* C'est encore un de ces principes qu'il est nécessaire de justifier. Il peut paroître singulier que le juge soit tenu de préferer la loi civile à l'équité. Cependant cela est absolument nécessaire ; d'abord, pour prévenir l'arbitraire qui s'introduiroit bientôt dans les jugemens. En effet, quoique l'équité soit une, il n'en est pas moins vrai que la décision de la question de savoir si telle chose est équitable ou non, dépend de la conscience du juge, qui peut être erronée ou corrompue. En second lieu l'on doit supposer que la loi civile, en prescrivant des dispositions contraires, en apparence, à l'équité, a eu pour motif d'éviter des inconvéniens plus graves. Si donc il étoit permis aux juges de la violer pour revenir à l'équité, le but du Législateur seroit manqué totalement. Prenons pour exemple la loi de la prescription. Il n'est pas douteux que, dans quelques cas, la prescription ne puisse favoriser la mauvaise foi et la friponnerie ; mais c'est un abus inséparable de la chose, et qui

BIU Cujas

n'est rien en comparaison des avantages considérables résultant de l'institution même. Si donc il étoit permis aux Tribunaux, quand une fois la prescription est acquise, d'examiner encore le fonds du droit, et de condamner le débiteur à payer, ou le possesseur à restituer, sous prétexte que c'est un homme de mauvaise foi qui n'a pas réellement payé, ou qui n'est pas propriétaire, et qui abuse des dispositions de la loi pour dépouiller le créancier ou le véritable propriétaire, l'on sent que la prescription deviendroit entièrement inutile, puisque le seul avantage qu'elle procure, et qui est immense, c'est d'épargner à celui qui peut l'invoquer, l'embarras de justifier d'une quittance, lorsque la prescription est à l'effet de se libérer; ou d'un titre de propriété, lorsqu'elle est à l'effet d'acquérir. Un jugement donc qui, nonobstant la prescription acquise, condamneroit le débiteur à payer, ou le possesseur à restituer, devroit être nécessairement réformé, s'il étoit de première instance, ou cassé, s'il étoit en dernier ressort.

Page 8.

(1) *Et de la conscience.* Prenons encore pour exemple une obligation prescrite. Si le débiteur, quoique certain de n'avoir pas payé, se retranche uniquement sur le moyen tiré de la prescription, les juges, comme nous venons de le dire, seront tenus de le renvoyer de la demande. Mais, dans le for intérieur, sera-t-il réellement acquitté ? Non, sans doute. La sentence est juste, parce-qu'elle est conforme aux dispositions de la loi; mais la conduite du débiteur est inique, parce qu'elle est contraire aux règles de la morale.

(2) *Sur d'autres objets.* Cela fait partie de l'interprétation par voie de doctrine, dont nous avons parlé plus haut; et c'est de là qu'est dérivé ce principe d'interprétation qui est général, et qui n'admet que peu ou point d'exceptions; c'est que, dans tous les cas où la loi est muette, et où il existe la même raison de décider que dans un autre cas sur lequel le Législateur s'est exprimé d'une manière formelle, la décision doit être la même que dans la disposition expresse. Ainsi, l'article 1726 porte que le fermier, troublé dans sa jouissance, ne peut exiger du propriétaire une diminution dans le prix de ferme, qu'autant qu'il lui a dénoncé le trouble. Un fermier n'a pas dénoncé; et cependant il demande une diminution, sous le prétexte que sa dénonciation eût été absolument inutile, attendu que, quand même elle eût été faite, le propriétaire n'auroit pas eu de bonnes raisons pour faire cesser le trouble. Le juge devra-t-il admettre ce moyen, l'article n'en disant rien? Oui: d'abord, parce qu'il est fondé sur l'équité; 2°. parce qu'il est dans l'intention du Législateur, qui n'a exigé la dénonciation, qu'afin de mettre le propriétaire à portée de faire cesser le trouble. Si donc il n'avoit aucun moyen pour le faire cesser, le motif de la loi n'existe plus; 3°. enfin, et c'est ici le jugement par analogie, parce que cette exception se trouve expressé-

BIU Cujas

ment prévue, pour le cas de vente, par l'article 1640. Or, il y a d'abord une grande ressemblance entre le contrat de vente et celui de louage ; il y en a encore une plus grande entre l'espèce proposée et celle de l'article 1560 : ce dernier article pourra donc servir de base au jugement. 1640

Il est encore une règle d'interprétation dont il est bon de ne pas s'écarter, c'est que, *favores ampliandi, odia restringenda.*

Favores ampliandi : C'est-à-dire, qu'une loi favorable peut être facilement étendue. Une loi est regardée comme favorable quand elle se rapproche du droit commun, quand elle favorise la liberté naturelle, ainsi que l'équité et la morale.

Odia restringenda : Les lois qui dérogent à la liberté naturelle, ou au droit commun, ou qui défendent une chose qui n'est pas mauvaise en soi, doivent être restreintes au cas pour lequel elles ont été faites.

Au surplus, cette obligation du juge, de suppléer au silence de la loi, n'a pas lieu en matière criminelle, où tout est de rigueur, et où l'on doit se conformer strictement à la lettre de la loi. D'ailleurs, ou la loi est muette, ou il y a doute sur la manière dont elle doit être appliquée. Si elle est muette, le prévenu doit être absous, parce que les Tribunaux ne peuvent prononcer d'autres peines que celles qui sont expressément établies par la loi. S'il y a doute, le prévenu doit être encore absous, ou condamné à la peine la plus douce, parce que tout doute doit être interprété en sa faveur.

(3) *Par l'équité naturelle.* Ainsi l'article 1426 porte que les actes faits par la femme, sans le consentement du mari, n'engagent pas la communauté. Cependant, si celui qui a contracté avec la femme non autorisée, peut prouver que la communauté a profité du contrat, que l'argent emprunté, par exemple, a été versé dans le coffre de la commuauté, certainement, quoique ce cas n'ait pas été prévu, le juge déclarera la communauté passible de l'obligation, et condamnera en conséquence le mari à l'acquitter ; et il fondera ce jugement sur le principe que, *nemo debet locupletior fieri cum alterius detrimento ;* et sur ce que, d'ailleurs, il y a fraude de la part du mari, qui, d'un côté, a converti à son profit le contrat passé par sa femme, et qui, de l'autre, se refuse à l'exécuter, sous prétexte qu'il ne l'a pas autorisée.

(4) *De déni de justice.* Pour la forme à suivre, à l'effet de constater et de poursuivre le déni de justice, voyez les articles 506 et suivans du Code de Procédure : la peine est une amende de deux cents à cinq cents francs, et l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques, depuis cinq ans jusqu'à vingt. (*Code Pénal*, art. 185.)

(5) *A juger par la suite.* Autrement, ce seroit empiéter sur les droits du Législateur.

Les Cours souveraines avoient anciennement le droit de rendre ce qu'elles appeloient des *arrêts de réglement*, par lesquels elles déclaroient, *sous le*

BIU Cujas

bon plaisir du Roi, que jusqu'à ce qu'il en eût été autrement ordonné par lui, elles jugeroient tel point de droit de telle manière, ou encore par lesquels elles interprétoient les articles des coutumes qui présentoient quelque difficulté.

(*Nota :* Lorsqu'il se présentoit à une audience particulière quelqu'affaire susceptible d'une décision générale, le jugement était renvoyé à une audience solennelle. Voilà pourquoi l'on trouve souvent, dans les auteurs anciens, ces expressions : *Par arrêt rendu en robes rouges.*)

Il existe un grand nombre d'arrêts de réglement, ou d'interprétation générale, rendus par divers parlemens, et notamment par celui de Normandie. Ces arrêts, tant qu'ils n'étoient pas cassés par le roi, avoient en général force de loi dans le ressort du parlement qui les avoit rendus. Cet usage n'étoit peut-être pas sujet à de grands inconvéniens, à une époque où les coutumes étoient si multipliées; il avoit même l'avantage que ces arrêts, servant de régulateurs aux juridictions inférieures, épargnoient souvent aux parties les frais de l'appel. Cela tendoit d'ailleurs à rendre la jurisprudence uniforme, au moins dans le ressort de chaque parlement. Mais actuellement que la loi est unique pour tout le Royaume, on sent que ce seroit aller directement contre le but du Législateur, que de permettre à un Tribunal, quel qu'il soit, de rendre des arrêts de réglement.

(6) *Des diverses nations entr'elles.* Telles sont les lois relatives au droit de la guerre et de la paix, aux négociations, aux ambassades, au commerce entre les diverses nations, etc.

(7) *Avec son gouvernement.* Telles sont celles qui règlent la manière dont le Prince est appelé au gouvernement, les attributions des différentes charges publiques, l'administration de la justice. Les lois criminelles sont aussi regardées comme faisant partie du droit public.

(8) *D'une même nation.* Telles sont les lois relatives aux contrats, aux successions, aux tutelles, etc.

PAGE 9.

(1) *Dans lesquelles elles sont rendues.* En effet, outre ce qui est appelé Loi, il existe encore en France d'autres dispositions générales pour le droit civil. Les principales sont : 1°. les décrets et ordonnances rendus pour l'exécution des lois; et 2°. les décisions rendues, sur l'avis du Conseil-d'Etat, en interprétation des dispositions des lois qui présentent quelqu'incertitude. Plusieurs de ces décrets et avis sont cités dans le cours de cet ouvrage.

(2) *Promulguée.* La forme de la promulgation est réglée ainsi qu'il suit :

« Louis, par la grâce de Dieu, roi de France et de Navarre, à tous ceux « qui ces présentes lettres verront, salut.

BIU Cujas

« Nous avons proposé, les deux chambres ont adopté, nous avons ordonné « et ordonnons ce qui suit : »

Suit le texte de la loi.

Après est écrit : « La présente loi discutée, délibérée et adoptée par la « chambre des pairs et par celle des députés, et sanctionnée par nous aujour- « d'hui, sera exécutée comme loi de l'état : voulons, en conséquence, qu'elle « soit gardée et observée dans tout notre royaume, terres et pays de notre « obéissance.

« Si donnons en mandement à nos cours et tribunaux, préfets, corps ad- « ministratifs, et tous autres, que les présentes ils gardent et maintiennent, « fassent garder et maintenir; et, pour les rendre plus certaines à tous nos « sujets, ils les fassent publier et enregistrer partout où besoin sera. Car tel est « notre plaisir; et, afin que ce soit chose ferme et stable à toujours, nous y « avons fait mettre notre scel. Donné à.... le.... et de notre règne, le.... »

Signé LOUIS.

Ensuite est le visa du chancelier ou ministre de la justice, et la signature du ministre dans les attributions duquel se trouve l'objet dont il est question dans la loi.

La loi, dit l'art. 1^er^. n'est obligatoire que du moment où la promulgation en est censée connue; c'est-à-dire que, de ce moment, on est tenu de s'y conformer. Mais pourroit-on agir volontairement, en vertu d'une loi nouvelle, avant l'expiration du délai fixé par ledit article. Ainsi une loi nouvelle donne plus d'étendue à la disponibilité : une personne qui en est instruite, dispose en conformité de cette loi, et meurt avant l'expiration du délai. Ses dispositions seront-elles réglées par l'ancienne loi ou par la nouvelle ? Je pense que ce doit être d'après la nouvelle. La promulgation n'est qu'un moyen de faire connoître officiellement la loi. Si elle peut être connue indépendamment de ce moyen, pourquoi ne pourroit-on pas s'y conformer ? Il est évident que le délai de l'art. 1^er^. a été accordé pour que les justiciables puissent avoir connoissance de la loi. Par conséquent, tant qu'il n'est pas expiré, l'on n'est pas tenu de se conformer à la loi nouvelle, dans le sens que les actes qui n'y seroient pas conformes, ne pourroient être annullés. Mais conclure de-là qu'on ne pourroit pas même s'y conformer, certainement la conséquence ne seroit pas juste. Mais je pense qu'il faudroit qu'il fût prouvé que la disposition n'a été faite que d'après la connoissance personnelle que le disposant avoit de la nouvelle loi. Jugé dans ce sens à Lyon le 14 pluviose an 11. (SIREY, 2^e^. partie, p. 343.) Voir cependant un arrêt de la Cour de Cassation du 7 mars 1816, (*ibid.* 1816, 1^re^. partie, p. 418).

(3) *Une présomption légale.* Il y a présomption légale, quand la loi décide que, par cela seul que telle circonstance existe, tel fait est suffisamment prouvé.

BIU Cujas

Ainsi, quand l'enfant est conçu pendant le mariage, il y a présomption légale qu'il a pour père le mari de la mère : quand un mur sépare deux héritages, il y a présomption légale qu'il est mitoyen, etc. Ici, par cela seul qu'il s'est écoulé tel intervalle de temps, depuis qu'une loi a été publiée à Paris, la loi présume qu'elle doit être connue de tous ceux qui habitent tel département. Cette présomption est du nombre de celles que l'on nomme *juris et de jure*, qui n'admettent pas la preuve contraire. Nous verrons, au Titre *des Obligations*, dans quels cas la preuve contraire peut être admise contre la présomption légale.

(4) *Un jour après.* Or, d'après la maxime, *dies termini non computatur in termino*, il faut que le jour qui suit celui de la réception de la loi par le ministre de la justice, soit tout-à-fait écoulé, pour que la loi soit obligatoire. Ainsi, par exemple, une loi reçue le 13 septembre, ne commencera à être obligatoire dans tout le département de la Seine qu'à minuit, du 14 au 15.

(5) *Dans les autres départemens*, du continent. Les colonies doivent être l'objet d'un réglement particulier.

(6) *De chaque département.* Ainsi Privas, chef-lieu du département de l'Ardèche, étant à soixante myriamètres de Paris, la loi promulguée à Paris le 13 septembre, obligatoire dans le département de la Seine le 14 à minuit, le sera à la même heure, du 20 au 21, dans le département de l'Ardèche.

Nota : Les distances de Paris aux chefs-lieux des départemens ont été fixées par arrêté du 25 thermidor an 11. (*Bulletin des lois*, n°. 3149.)

Un Sénatus-consulte du 15 brumaire an 13 (*Bulletin*, n°. 375,) a décidé implicitement que les fractions de dix à vingt, vingt à trente myriamètres, ne devoient pas être comptées; de manière que le délai pour une distance de trente-six myriamètres, est le même que pour une distance de trente.

PAGE 10.

(1) *Des ordonnances.* Cela est bon pour les ordonnances insérées au Bulletin. *Quid* à l'égard de celles qui n'y sont pas insérées? Je pense qu'il faut se référer aux dispositions d'un avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 25 prairial an 13, et inséré au Bulletin sous le n°. 312, portant que les ordonnances non insérées au Bulletin, ou qui n'y sont indiquées que par leur Titre, sont obligatoires du jour qu'il en a été donné connoissance aux personnes qu'elles concernent, par publication, affiche, notification, signification, ou envoi fait ou ordonné par les personnes chargées de l'exécution.

(2) *Impératives.* Exemple : Celle qui ordonne d'accepter la tutelle, qui prescrit telle ou telle formalité pour le mariage, etc.

(3) *Prohibitives.* Ex. : Celle qui défend d'admettre dans certains cas la preuve testimoniale, qui prohibe certaines stipulations, etc.

(4) *Facultatives.* Ex. : Celle qui autorise la prescription, etc.

BIU Cujas

On sera peut-être étonné qu'il ne soit pas question des lois qui punissent, *L.* 7, ff. *de Legibus ;* mais j'observe, 1°. qu'il ne s'agit pas ici des lois criminelles ; et 2°. qu'il n'y a pas, à proprement parler, de loi qui n'ait d'autre objet que celui de punir. Toute loi de ce genre est impérative ou prohibitive, et elle punit ceux qui ne font pas ce qu'elle ordonne, ou qui font ce qu'elle défend.

On pourra encore objecter contre cette division, qu'il ne devroit pas y avoir une classe séparée des lois facultatives, c'est-à-dire, qui permettent ; et ce, d'après cet axoime si connu : *tout ce que la loi ne défend pas, est permis.* Il est donc inutile, dira-t-on, que la loi permette; il suffit qu'elle ne défende pas. Donc les lois doivent être seulement impératives ou prohibitives.

Ceci a besoin de quelques développemens.

D'abord il est constant qu'en droit naturel, toutes les lois sont impératives ou prohibitives. A l'égard de ces lois, on peut donc dire réellement que tout ce qu'elles ne défendent pas, est permis. Mais cet axiome ne peut s'appliquer aux lois positives qu'avec quelques distinctions. Nous avons déjà observé que ces lois étoient, pour la plupart, des modifications apportées aux dispositions des lois naturelles. Et, en effet, dans le nombre infini d'actes qui ne sont point défendus, et qui sont conséquemment permis par ces dernières lois, il en est plusieurs que la loi positive a dû défendre, soit à cause des inconvéniens qui pourroient en résulter dans l'état de société, soit même parce qu'une permission indéfinie, à cet égard, nuiroit à l'exécution d'autres lois naturelles aussi importantes. Ainsi le droit naturel veut que chacun soit le maître de disposer, comme bon lui semble, de ce qui lui appartient. Mais n'est-il pas évident que ce droit, pris à la rigueur, pourroit être infiniment préjudiciable dans l'état de société? Peut-on permettre à un homme, par exemple, de faire chez lui, et sans aucune précaution, des préparations susceptibles de brûler, non-seulement sa maison, mais encore une ville entière ; d'établir chez lui des fours, des fourneaux, qui incommoderoient tous les habitans d'alentour? Ne seroit-il pas dangereux de permettre à un père de dépouiller, dans un moment d'humeur, une postérité innocente, pour enrichir des étrangers, et par-là de violer les préceptes de cette autre loi naturelle qui lui enjoint de pourvoir à la subsistance de ses enfans? Dans ces cas et autres semblables, la loi positive a donc dû restreindre le droit de disposer ; mais il est évident que, pour tous les cas dans lesquels la prohibition n'existe pas, la permission donnée par la loi naturelle reprend toute sa force et toute son étendue. Donc, pour appliquer l'axiome ci-dessus aux lois positives, il faut dire que *toutes les choses permises par la loi naturelle, et qui ne sont pas défendues par la loi positive, sont permises par cette dernière loi.*

Quant à l'origine des lois facultatives, il faut considérer que la loi positive ne peut, à la vérité, ordonner ce que la loi naturelle défend ; mais que, ce-

BIU Cujas

pendant, pour éviter de plus grands maux, elle peut le permettre. Ainsi, il est contraire au droit naturel qu'un débiteur puisse se dispenser de payer, uniquement parce que le créancier a laissé passer trente ans sans lui demander son paiement. Néanmoins, comme il doit y avoir un terme à tout, et qu'on ne peut forcer le débiteur qui a vraiment payé, de conserver à perpétuité la preuve du paiement, on a établi généralement qu'au bout de trente ans écoulés sans poursuites, le créancier seroit non-recevable à demander l'exécution de l'obligation. Mais il est évident que le droit d'opposer la prescription est de pure faculté pour le débiteur, et qu'il peut toujours payer, si sa conscience l'exige. Voilà donc une loi facultative introduite dans le système de la législation. Cet exemple suffit pour démontrer comment l'existence de ces lois peut se concilier avec le principe que *tout ce que la loi ne défend pas, est permis*, puisqu'en effet ce principe ne s'applique qu'aux choses qui, étant permises par le droit naturel, ne sont point défendues par la loi positive; tandis que les lois facultatives, au contraire, s'appliquent aux choses qui, étant défendues par la loi naturelle, sont cependant, pour des motifs importans, permises par les lois positives.

Il est encore d'autres espèces de lois facultatives; ce sont celles qui contiennent des exceptions à une loi prohibitive. Ainsi, par exemple, les substitutions sont, en général, prohibées; cependant les articles 1048 et 1049 les permettent à l'égard de certaines personnes. Ces deux articles sont donc des lois facultatives, etc.

La distinction des lois civiles en impératives, prohibitives et facultatives est également nécessaire, même pour le for intérieur. Il est de principe en effet que l'on est tenu en conscience d'obéir aux lois civiles, tant qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions du droit naturel. L'équité naturelle exige en effet que l'homme qui retire tous les avantages de l'ordre social, se conforme aux obligations que ce même ordre lui impose: mais il est évident que cette obligation ne peut exister qu'à l'égard des lois impératives ou prohibitives. Quant aux facultatives, lorsqu'elles ont pour effet de permettre ce qui est défendu par le droit naturel, il est certain que, bien loin qu'il y ait, dans le for intérieur, obligation de s'y conformer, on se rend criminel au contraire en profitant de la faculté qu'elles accordent. C'est ainsi que le débiteur, qui sait n'avoir pas payé, ne peut, dans le for de la conscience, et à l'exception de quelques cas très-rares, user de la prescription à l'effet de se libérer. Quant aux lois facultatives qui contiennent des exceptions à une loi civile prohibitive, il faut distinguer: si la prohibition de la loi civile est fondée sur la loi naturelle, il faut appliquer ce que nous venons de dire relativement aux lois facultatives qui contiennent des dérogations aux prohibitions du droit naturel. Dans les autres cas, l'on peut, en sûreté de conscience, profiter de la faculté accordée par la loi.

BIU Cujas

PAGE 11.

(1) *Tous ceux qui habitent le territoire français. Quid* à l'égard des crimes commis par des Français en pays étranger ? Il faut distinguer : s'il s'agit d'un crime attentatoire à la sûreté de la France, de contre-façon du sceau de France, de monnoies nationales ayant cours, de papiers nationaux, ou de billets de banque autorisés par la loi, le prévenu peut être poursuivi, jugé et puni en France, et conformément aux lois françaises. (*Code d'inst. crim. art.* 5.) La même disposition peut être étendue aux étrangers qui, auteurs ou complices des mêmes crimes, seroient arrêtés en France, ou dont le Gouvernement obtiendroit l'extradition. (*Ibid.* art. 6.)

S'il s'agit d'un crime privé commis contre un Français, le prévenu peut être poursuivi et jugé en France, s'il ne l'a pas été en pays étranger. Mais il y a cette différence avec le cas précédent, que, dans le cas de l'art. 5, la poursuite peut avoir lieu d'office à la requête du Ministère public, au lieu que, s'il s'agit d'un crime privé, le Ministère public ne peut poursuivre, qu'autant qu'il y a plainte reudue par le Français offensé. (*Ibid.* art. 7.)

Enfin, s'il s'agit d'nn crime commis par un Français, hors de France, envers un étranger, la poursuite ne peut avoir lieu en France, même quand le prévenu s'y serait réfugié. Mais, dans ce cas, s'il a été formé une demande en extradition, c'est-à-dire, en remise du coupable à la Puissance dans le territoire de laquelle le crime a été commis, la demande est adressée au ministre des relations extérieures, qui la transmet, avec son avis, au ministre de la justice, lequel la soumet au Roi, qui statue. (Décret du 23 octobre 1811. *Bulletin* n°. 7409.)

(2) *La plupart des lois sur les successions.* Car celles qui déterminent la capacité de succéder, et les causes d'indignité, sont des lois personnelles. Mais celles qui concernent la division en lignes, par tête ou par souche, la représentation, les rapports, le partage, le paiement des dettes, la garantie des lots, sont des lois réelles.

(3) *A ces mêmes biens.* Ainsi, quel que soit le propriétaire d'un immeuble situé en France, il ne pourra l'hypothéquer que d'après les formes voulues par la loi française, ni y imposer d'autres servitudes que celles qui sont permises par la même loi.

(4) *Même en pays étranger.* Ainsi, quelque part que réside un Français, il sera majeur à vingt-un ans, et il ne pourra se marier, sans le consentement de ses ascendans, qu'à vingt-cinq.

Les questions de réalité ou de personnalité des lois étoient beaucoup plus fréquentes sous l'ancien droit. Le nombre des coutumes qui régissoient la France étoit si considérable, qu'il arrivoit très-fréquemment que les Tribunaux avoient à décider si telle disposition, qui avoit l'apparence de la personnalité,

BIU Cujas

n'étoit cependant pas réelle, et ne devoit pas en conséquence être bornée au territoire de la coutume. Aujourd'hui que la France est régie par une loi unique, la question ne peut s'élever, le plus souvent, que dans le cas de biens possédés en France par un étranger, ou dans l'étranger par un Français. Nous n'insisterons pas, en conséquence, sur cette matière, qui a beaucoup occupé les jurisconsultes, et qui est d'ailleurs extrêmement abstraite; et nous nous contenterons de rappeler ici le principe posé par M. d'Aguesseau, à la suite de son cinquante-quatrième Plaidoyer, et qui paroît susceptible de résoudre le plus grand nombre des difficultés de la matière.

D'abord, il y a des dispositions sur la réalité ou la personnalité desquelles il ne peut s'élever de question. Les seules à l'égard desquelles il puisse y avoir doute, sont celles qui établissent des incapacités de disposer ou de succéder: et, pour savoir si une disposition de ce genre est réelle ou personnelle, il faut, dit M. d'Aguesseau, consulter l'intention du Législateur. Na-t-il eu d'autre motif, en établissant la prohibition, que de conserver le bien dans la famille, sans avoir eu pour cela l'intention d'attacher aucune défaveur à la personne contre laquelle il a établi la prohibition; la loi est réelle. La prohibition est-elle au contraire fondée sur une qualité inhérente à la personne, tellement que, par cela seul que cette qualité existe, et toutes les fois qu'elle existe, la prohibition doive avoir lieu; la loi est personnelle. D'après cette distinction, nous dirons que la prohibition de disposer au préjudice de la réserve, est une loi réelle, puisqu'elle n'a d'autre motif que celui de conserver les biens aux enfans ou ascendans. Nous dirons la même chose de la prohibition faite aux conjoints de s'avantager dans certains cas. Ce n'est point la défaveur attachée au conjoint, mais le désir de conserver les biens à tel ou tel héritier, qui a fait introduire la prohibition, puisqu'à défaut de ces héritiers, le conjoint peut disposer de tous ses biens, même en faveur de son époux. De même, la loi qui défend au mari et à la femme, mariés sous le régime dotal, d'aliéner l'immeuble dotal, est une loi réelle. Au contraire, l'incapacité du mort civilement est l'effet d'une loi personnelle, puisque celui même qui n'auroit aucuns parens, ne pourroit disposer en sa faveur. Cette distinction paroît consacrée par un arrêt de la Cour de Cassation du 3 mai 1815 (Sirey, 1815, première partie, page 352), qui a jugé que la défense de donner les biens présens et à venir, autrement que par contrat de mariage, étoit un statut réel.

Il y a quelques dispositions qui me paroissent tenir tout-à-la-fois de la réalité et de la personnalité. Telle est la prohibition faite à l'enfant naturel de recueillir au-delà de certaine quotité de la succession. On peut dire que cette disposition est personnelle, puisqu'elle est bien certainement fondée sur la défaveur attachée à l'état d'enfant naturel. Mais, en même temps, on peut la regarder comme réelle, puisqu'on a eu également en vue l'avantage des héritiers; ce qui se prouve, parce que, s'il n'y a pas d'héritiers légitimes,

BIU Cujas

l'enfant naturel prend toute la succession, et que d'ailleurs sa part augmente en raison du degré d'éloignement des parens. Dans cet état de doute, d'après la maxime, *odia sunt restringenda*, je pense qu'une pareille disposition devroit être regardée plutôt comme réelle que comme personnelle.

La question de la réalité ou de la personnalité des statuts peut encore s'élever relativement aux actes, et l'on peut, à cet égard, poser les règles générales suivantes :

S'il s'agit de la forme de l'acte, l'on doit suivre la loi du pays où il a été passé.

S'il s'agit de la capacité des parties, il faut suivre pour chacune d'elles, la loi de son domicile, si l'acte contient une convention synallagmatique, ou simplement la loi du domicile de la partie obligée, si la convention est unilatérale.

Enfin, s'il s'agit de l'exécution, il faut suivre la loi du pays où cette exécution doit avoir lieu.

Page 12.

(1) *De la jouissance des droits civils.* On peut consulter sur cette matière le *Traité du droit d'Aubaine*, par Bacquet.

(2) *Des lois civiles*, ou du droit civil.

(3) *Appartiennent donc éminemment.* Je dis *éminemment :* Nous allons voir tout-à-l'heure qu'ils peuvent en effet appartenir à d'autres, mais d'une manière en quelque sorte précaire, et subordonnée à telle ou telle circonstance.

(4) *Ou par le bienfait de la loi.* On peut aussi devenir Français par la réunion à la France, du pays que l'on habite. Dans ce cas, la condition des habitans est ordinairement réglée par l'acte de réunion.

(5) *Par leur mariage avec un étranger. Quid* à l'égard de la femme française qui a épousé un Français, mais dont le mari devient étranger, par exemple, par l'effet de la naturalisation non autorisée ?

Il résulte de la discussion qui a eu lieu sur l'article 214, que l'obligation imposée à la femme par cet article, d'habiter avec son mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider, s'étend même au cas où le mari quitte le territoire français. Si donc la loi française fait un devoir à la femme de suivre son mari partout, elle ne peut la punir d'avoir satisfait à cette obligation. Or, ce serait la punir que de la priver de la qualité de Française. Je pense donc qu'elle la conserve. Il ne peut y avoir, d'ailleurs, de comparaison entre ce cas et celui d'une Française qui épouse un étranger. Celle-ci doit connoître la condition de celui qu'elle épouse. *Omnis gnarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.* Elle sait qu'en l'épousant, elle va suivre cette condition ; c'est une chance qu'elle court en pleine connoissance de

BIU Cujas

cause. L'autre, au contraire, a épousé un Français. Elle n'est pas présumée savoir ni deviner qu'il deviendroit étranger. Elle est obligée de le suivre. Encore une fois, on ne peut la punir d'avoir rempli fidèlement ses devoirs.

Telle étoit mon opinion d'après le Code seul. J'y ai été confirmé singulièrement par le décret du 26 août 1811 (*Bulletin*, n°. 7186), dont l'article 3 décide formellement, que le Français naturalisé en pays étranger, avec l'autorisation du Roi, conserve tous ses droits civils en France. Or, nul acte plus volontaire de la part du Français, que la naturalisation; et si, néanmoins, une simple autorisation du Roi suffit, pour que le Français, devenu volontairement étranger par la naturalisation, conserve les droits civils en France, à combien plus forte raison la femme, qui n'est censée quitter la France que malgré elle, et en vertu de l'obligation que lui impose la loi française elle-même, doit-elle les conserver? *Nec obstat.* Un arrêt rendu à Paris, le 15 juillet 1816 (Sirey, 1817; 2°. partie, p. 151), lequel a décidé seulement une question de compétence.

(6) *Sans esprit de retour.* Observez que ce n'est pas au Français à prouver qu'il a conservé l'esprit de retour. Sa qualité de Français forme présomption en sa faveur. Il est Français, jusqu'à ce qu'il soit prouvé qu'il a cessé de l'être. C'est donc à celui qui prétend qu'il ne l'est plus, à prouver qu'il a perdu l'esprit de retour, et par suite la qualité de Français.

Page 13.

(1) *Mais encore citoyen Français.* Observez 1°. qu'aux termes de l'ordonnance du Roi, du 4 juin 1814 (*Bulletin*, n°. 134), les étrangers même naturalisés ne peuvent siéger dans la chambre des pairs, ni dans celle des députés, avant que les lettres de naturalisation, à eux accordées, n'aient été vérifiées par les deux chambres; 2°. qu'aux termes de l'article 2 de l'acte du 21 nivose an 8, le Français qui n'a pas perdu cette qualité, qui n'est pas citoyen, et qui veut le devenir, est tenu seulement de se faire inscrire sur le registre civique de son arrondissement communal, et de justifier qu'il a demeuré, depuis cette inscription, et pendant un an, sur le territoire français. (*Voyez* la note (7) de la page suivante.)

(2) *D'acquérir la qualité de Français.* Il y en a encore une quatrième. (*Voyez* la note (4) de la page précédente.)

(3) *Né en France d'un étranger,* qui n'a pas les droits civils. Autrement, l'enfant seroit Français par droit de naissance, et sans aucune formalité.

(4) *Dans l'année de sa majorité.* De quelle majorité l'article entend-il parler? est-ce de celle qui est fixée par les lois du pays de l'étranger, ou de celle de vingt-un ans, déterminée par les lois françaises? Dans la rigueur du droit, cet individu, étant étranger, est sujet aux lois de son pays, tant qu'il n'est pas devenu Français. Or, nous avons vu que la loi sur la majorité est

BIU Cujas

une loi personnelle qui suit l'individu partout. Si donc il n'existoit aucun motif particulier de décision contraire, je n'hésiterois pas à prononcer qu'il s'agit ici de la majorité, telle qu'elle est déterminée par les lois du pays du réclamant. Mais, d'un autre côté, quand je remarque que l'acte de l'an 8 n'exige que l'âge de vingt-un ans, de l'étranger qui veut devenir Français, et que le Législateur a eu certainement l'intention de traiter plus favorablement le fils de l'étranger, qui est né en France, je ne puis m'imaginer qu'il ait eu en vue une autre majorité que celle qui est fixée par la loi française, c'est-à-dire celle de vingt-un ans.

Observez que le fils de l'étranger, né en France, qui n'a pas réclamé la qualité de Français dans l'année de sa majorité, est, s'il veut devenir Français par la suite, astreint à toutes les obligations imposées à l'étranger qui veut devenir citoyen Français, par l'article 3 de l'acte du 21 nivose an 8.

(5) *Qu'il déclare.* Où doit être faite cette déclaration? Je pense qu'elle doit être faite à la municipalité du lieu où il veut établir son domicile. (Argument tiré de l'article 104.)

PAGE 14.

(1) *Du jour de sa soumission.* Bien entendu après avoir obtenu l'autorisation du Gouvernement, laquelle doit précéder toute espèce de déclaration.

(2) *L'enfant né* : c'est-à-dire, conçu. Si donc l'époque de la conception peut se reporter à un temps antérieur à celui où le père a perdu la qualité de Français, le fils est Français de plein droit, d'après la maxime que, *infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur.* Mais comment déterminer l'époque de la conception, époque toujours couverte d'un voile impénétrable? La loi nous donne sur ce point une règle sûre. L'article 315 dit que la légitimité de tout enfant, né trois cents jours après la dissolution du mariage, peut être contestée. La loi regarde donc l'espace de trois cents jours comme le terme le plus long de la gestation. Si donc l'enfant est né trois cents jours ou davantage après que son père a perdu la qualité de Français, il est étranger, sauf la faculté de devenir Français, en remplissant les formalités prescrites par l'article 9. Mais si, au moment de sa naissance, il s'est écoulé moins de deux cents quatre-vingt dix-neuf jours, depuis que le père a perdu cette qualité, il est Français en naissant, et sans avoir besoin de remplir aucune formalité. (*Voyez* ci-après la note (3) de la page 83.)

Quid, si l'enfant est né d'une Française et d'un père inconnu? Il est Français. L'enfant illégitime suit la condition de sa mère. (Instit., *de Ingenuis.*)

Quid, si le père est étranger, et qu'il le reconnoisse? La reconnoissance ayant un effet rétroactif au moment de la naissance, l'on doit tenir que l'en-

BIU Cujas

fant n'a jamais été Français, et n'a jamais joui des droits attachés à cette qualité. Si, néanmoins, l'enfant prétend que cette reconnoissance est frauduleuse, que l'individu qui l'a reconnu n'est pas son père, et que la reconnoissance a pour motif, par exemple, de le priver des droits qu'il pourroit prétendre dans la succession de sa mère, il pourra la constester. (Art. 339.)

Quid, si l'enfant est né d'une mère étrangère, et d'un père Français, non mariés ?

Par la même raison, il faut tenir que, si l'enfant est reconnu, il est Français ; sinon, il suivra la condition de sa mère, et sera étranger comme elle.

Si les lois du pays où se trouve le père Français, permettoient de reconnoître un enfant naturel par acte sous seing privé, une reconnoissance pareille auroit-elle effet en France, nonobstant l'article 334 qui exige un acte authentique ?

Je ne le pense pas. *Nec obstat* la règle *locus regit actum.* Cette règle ne s'applique qu'à la forme des actes. Ainsi, en vertu de cette règle, pour savoir si un acte est authentique, il faut consulter la loi du pays où il est passé. Si donc cette loi n'exige que la présence d'un seul notaire, l'acte sera regardé comme authentique en France, quoique la loi française exige de plus la présence d'un deuxième notaire, ou de deux témoins. Mais l'effet de cette règle ne peut pas aller jusqu'à changer la nature de l'acte exigé. L'acte sous seing privé est partout un acte sous seing privé; et, par conséquent, dès que la loi française ne regarde pas un pareil acte comme suffisant pour la reconnoissance d'un enfant naturel, il ne le sera pas davantage pour avoir été signé en pays étranger. D'ailleurs, la disposition de la loi française a pour but de prévenir les surprises, d'empêcher les manœuvres qui pourroient être pratiquées pour faire signer de prétendues reconnoissances ; surprises et manœuvres qui sont bien plus difficiles, lorsque l'acte est passé devant un officier public. On peut donc regarder cette disposition comme une espèce de loi personnelle, puisqu'elle détermine, en quelque sorte, la capacité de l'individu, et, par conséquent, comme devant suivre le Français, même en pays étranger.

(3) *Même dans l'étranger.* Je crois que c'est ainsi que doit être entendu l'art. 10. Je pense qu'il est applicable à tout enfant d'un Français qui a perdu cette qualité, soit que la naissance ait eu lieu en France ou en pays étranger.

(4) *En tout temps.* Ainsi, il ne sera pas obligé de réclamer, dans l'année de sa majorité, comme le fils de l'étranger né en France. On a pu vouloir favoriser le fils du Français, en faveur du sang qui coule dans ses veines. L'on pourra donc réclamer pour lui la qualité de Français avant sa majorité, comme il pourra la réclamer lui-même long-temps après.

BIU Cujas

(5) *Qui a perdu cette qualité.* Quelques personnes ayant remarqué que l'article 9 ne se trouvoit pas rappelé dans l'article 20, en ont conclu que ce dernier article ne s'appliquoit pas aux enfans de l'étranger, nés en France; et ils en ont tiré la conséquence ultérieure, que ces enfans pouvoient user du bénéfice de rétroactivité, que l'article 20 refuse aux individus mentionnés dans les articles 10, 18 et 19; en sorte que, dans ce système, tous les droits qui pourroient échoir aux enfans de l'étranger, nés en France, depuis le moment de leur naissance jusqu'à l'accomplissement de l'année d'après leur majorité, devroient rester *in suspenso*. Cette opinion me paroît trop contraire à l'esprit général du Code, pour pouvoir être adoptée. Nous voyons partout que le Législateur prend tous les moyens possibles pour ne pas entraver la circulation des biens, pour que les acquéreurs puissent compter sur leurs propriétés, et se livrer en conséquence à toutes les améliorations que leur fortune et les circonstances peuvent leur permettre. Ce n'est que dans des cas très-rares, et pour des motifs, j'oserois dire, sacrés, qu'il se permet de déroger à ce principe; par exemple, pour le complément de la légitime; et l'on pourroit croire que, pour favoriser des enfans, auxquels le hasard a procuré le bonheur de naître en France, mais qui n'en sont pas moins les enfans de l'étranger, la loi laisseroit des propriétés dans une incertitude toujours nuisible au bien public, pendant un espace de vingt-deux, ou même peut-être de vingt-six ans. D'un autre côté, nous voyons que l'enfant du Français qui a perdu cette qualité, est nommément compris dans l'article 20; que le bénéfice de rétroactivité lui est donc rigoureusement interdit. Cependant il est certain que le Législateur a regardé cet enfant d'un œil plus favorable que l'enfant de l'étranger, né en France, puisqu'il lui permet de réclamer en tout temps, et à tout âge, la qualité de Français, tandis qu'il n'accorde cette faculté au fils de l'étranger que pendant l'année qui suit sa majorité; et l'on voudroit cependant qu'il eût accordé au dernier, et refusé au premier, un bénéfice entièrement contraire au système général de la Législation!

Je ne puis donc, encore une fois, adopter cette opinion. Quant à la raison pour laquelle l'article 9 ne se trouve pas rappelé dans l'article 20, j'en trouve une fort simple. Qu'a voulu le Législateur dans l'article 20? Abroger seulement la jurisprudence ancienne, d'après laquelle le Français qui avoit perdu cette qualité, et qui la recouvroit au moyen de Lettres du Roi, que l'on nommoit Lettres de Déclaration, étoit censé ne l'avoir jamais perdue, et pouvoit en conséquence réclamer tous les droits qui lui étoient échus dans l'intervalle. Cette jurisprudence est attestée par M. d'Aguesseau, dans son trente-deuxième Plaidoyer. Mais l'on sent que la question ne pouvoit jamais s'élever à l'égard de celui qui n'avoit jamais été Français, et qui le devenoit pour la première fois. A quel titre, en effet, et sous quel rapport cet indi-

BIU Cujas

vidu auroit-il pu invoquer la rétroactivité ? D'après cette explication, qui est toute naturelle, l'on voit pourquoi l'article 20 ne rappelle que les articles 10, 18 et 19 : c'est que, dans ces trois articles, il est question de personnes qui recouvrent la qualité de Français, après l'avoir perdue, et qui, se trouvant absolument dans la classe de ceux qui obtenoient anciennement des Lettres de Déclaration, auroient pu encore prétendre au même bénéfice. On le leur a refusé, parce qu'on n'a pas voulu laisser d'incertitude dans les propriétés. D'abord, cela est évident pour les articles 18 et 19 : cela n'est pas aussi clair pour l'article 10. L'on pourroit en effet prétendre avec raison que l'enfant né, en pays étranger, d'un Français qui a perdu cette qualité, n'a jamais été Français. Mais néanmoins, comme dans ce même article le Législateur s'est servi du mot *recouvrer*, l'on doit présumer qu'il a entendu ranger cet enfant dans la classe de ceux dont il est question dans les articles 18 et 19. Mais quant à l'article 9, il ne pouvoit y avoir de difficulté. On veut bien accorder quelque privilége au fils de l'étranger, qui est né en France ; mais il n'en est pas moins étranger. On ne dit pas de lui qu'il *recouvre*, mais *qu'il réclame* la qualité de Français. La question de rétroactivité ne pouvoit donc s'élever à son égard, pas plus qu'à l'égard de tout autre étranger qui devient Français. Il étoit donc inutile d'en faire mention dans l'article 20.

(6) *Tout Français*, et non pas tout citoyen Français. Il n'est pas nécessaire d'être citoyen pour jouir des droits civils ; il suffit d'être Français.

(7) *Jouit des droits civils*, et non pas des droits politiques ou de cité ; pour en jouir, il ne suffit pas d'être Français, il faut encore être citoyen.

« Tout homme né et résidant en France, qui, âgé de vingt-un ans « accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son arrondissement « communal, qui a demeuré depuis, pendant un an, sur le territoire de « la France, est citoyen Français. » (Acte du 21 nivose an 8, tit. I^er., art. 2.)

Ainsi, le Français ne peut être citoyen qu'à vingt-un ans, et encore après avoir rempli les formalités prescrites par la loi. Mais, à tout âge, il jouit des droits civils.

Remarquez que par ces mots *tout homme*, de l'article 2 précité, il faut entendre *tout Français*. Il est évident que cette disposition ne s'appliqueroit pas à l'étranger, quoique né et résidant en France, puisqu'en outre l'article 9 du Code Civil exige une déclaration faite dans l'année de la majorité.

(8) *Et qu'ils continuent d'y résider*. Cette disposition a eu principalement pour but d'accorder les droits civils aux étrangers qui veulent devenir Français, pendant les dix ans de stage exigés par l'acte de l'an 8. Mais l'on voit que, pour que l'étranger, admis par le Roi à établir son domicile en France, y conserve les droits civils, il faut qu'il continue d'y résider. La

BIU Cujas

cessation de résidence emportera donc la perte des droits civils : mais il faut qu'il y ait cessation totale. Je pense bien qu'une absence momentanée ne suffiroit pas pour le priver de ses droits; mais de là résulte toujours une différence essentielle entre le Français, et l'étranger jouissant même des droits civils; c'est que celui-ci peut perdre ses droits en cessant de résider en France. Le Français ne peut les perdre que par l'une des manières indiquées dans le texte au commencement du présent Titre. Par la même raison, le Gouvernement pourroit expulser l'étranger admis à résider, et par-là le priver des droits civils. *Secùs* à l'égard du Français, à moins qu'il n'ait encouru la déportation.

A quelles lois personnelles est soumis l'étranger qui jouit des droits civils en France ? Jugé à Paris le 13 juin 1814, qu'il est toujours soumis aux lois personnelles de son pays. (SIREY, 1815; 2e. partie, pag. 67.) Et en effet, un étranger n'est pas Français; il jouit seulement en France des droits civils, c'est-à-dire, qu'au droit qu'il avoit de faire certains actes comme étranger, le Gouvernement ajoute celui de faire tous les autres. Mais le Gouvernement ne lui donne pas la qualité de Français, et ne change conséquemment rien à sa capacité personnelle. Il est donc, quant à ce, soumis aux dispositions des lois personnelles de son pays.

Quel est l'état des enfans de l'étranger admis à établir son domicile en France ? Je pense qu'ils sont Français du moment de leur naissance. En effet, tout individu né en France est Français, sauf l'enfant de l'étranger proprement dit, et du Français qui a perdu cette qualité. Or, ici, on ne peut dire que le père soit tout à fait étranger, puisqu'il jouit de tous les droits du Français; ni qu'il ait perdu la qualité de Français, puisqu'il ne l'a jamais été.

Au surplus, je ne vois dans le Code aucune trace de cet état mitoyen, imaginé par un auteur (M. PROUDHON), qui accorde une partie des droits civils seulement, à l'étranger qui jouit en France de ce qu'il appelle l'*incelat*, c'est-à-dire, qui réside en France sans l'autorisation du Roi. Sauf le cas prévu par l'article 11, un étranger jouit en France de tous les droits civils, ou ne jouit d'aucun *.

Cet auteur prétend que l'étranger qui a ce droit d'*incolat*, jouit de tous les droits civils purement personnels, c'est-à-dire, relatifs à sa qualité et à

---

* Ce n'est pas que l'on ne puisse soutenir, avec quelque fondement, que l'autorisation tacite de résider pourroit suffire pour donner les droits civils; *putà*, si l'individu a été porté longtemps sur la liste civique, s'il a rempli les charges qui ne sont imposées qu'aux citoyens, telles que celles qui sont relatives à la garde nationale, à la conscription, etc. Mais alors, si cette espèce d'autorisation suffit, l'individu jouit de tous les droits civils; si elle ne suffit pas, il ne jouit d'aucun.

BIU Cujas

son état, et à la jouissance ou non-jouissance desquels personne n'a intérêt; mais qu'il n'a pas l'exercice des droits civils relatifs à la successibilité, au droit d'aubaine, ni, en général, des droits qui intéressent le fisc ou les tiers.

Si, par là, l'auteur a entendu que cet étranger jouiroit des droits civils, tant que personne n'auroit intérêt à les lui contester, il a dit une vérité triviale; car tout le monde sait que, pour agir, pour contester, il faut avoir un intérêt. Il me semble donc que le dilemme suivant répond à tous les raisonnemens de l'auteur sur cette question: ou les droits qu'il attribue à cet étranger, préjudicieront à quelqu'un, ou non:

Dans le premier cas, il avoue lui-même que la jouissance peut en être contestée par tous ceux qui ont intérêt;

Dans le second cas, on ne contestera pas, à la vérité, cette jouissance, non qu'elle ne soit également contestable, mais parce que l'intérêt étant le principe de toutes les actions, et personne n'ayant, dans l'hypothèse, d'intérêt à la contester, tous ceux qui s'aviseroient de le faire, seroient déclarés non-recevables.

(9) *Par les traités.* Il ne suffiroit pas que ces droits fussent accordés aux Français par les lois particulières du pays de l'étranger. On n'a pas voulu qu'une nation, en accordant, de sa seule autorité, un droit aux Français, pût forcer la France d'accorder le même droit aux étrangers de cette nation.

Nota. La Cour de Cassation a jugé le 10 janvier 1810, (Sirey, 1814; 2e. partie, pag. 223.) que l'abolition du droit d'aubaine entre deux Puissances, portée dans un traité, n'étoit pas anéantie par la guerre survenue entr'elles. Il me semble que j'aurois de la peine à être de l'avis de cet arrêt. L'état de guerre annulle tous les traités, et remet les deux nations belligérantes dans l'état de nature l'une envers l'autre. Et dès que l'on suppose qu'il faut un traité pour anéantir le droit d'aubaine, je serois porté à croire que ce droit revit, du moment que les traités qui en avoient stipulé l'abolition, sont anéantis. Tout au plus pourroit-on appliquer la doctrine de l'arrêt précité au cas où un nouveau traité, en rappelant les anciens, en auroit ordonné l'exécution en tout ce qui ne serait pas contraire aux dispositions du nouveau.

Mais quels sont les droits dont seroit privé l'étranger, s'il n'existoit aucun traité à ce sujet avec sa nation? Ce sont ceux d'occuper aucune fonction publique, de recevoir entre-vifs ou par testament (art. 912), de succéder, *ab intestat*, à ses parens Français ou étrangers (art. 726), d'être admis au bénéfice de cession (*Procéd.* 905,) etc.

Quid à l'égard de sa propre succession? seroit-elle dévolue au fisc dans tous les cas indistinctement, même quand il existeroit des parens régnicoles au degré successible?

L'on pensoit anciennement que les parens (Bacquet prétend que ce sont

BIU Cujas

seulement les enfans, Chap. 33, nos. 1 et 3) Français ou naturalisés, pouvoient recueillir la succession de leurs parens étrangers; mais que, ce cas excepté, la succession appartenoit au fisc par droit d'aubaine. Je crois que cette jurisprudence seroit encore suivie aujourd'hui. L'article 726 exclut bien le parent étranger du droit de succéder à son parent Français; mais je ne vois nulle part que le Français soit exclu du droit de succéder à son parent étranger. L'on oppose à cette opinion, que le droit de transmettre sa succession est un droit civil, dont l'étranger n'est pas capable. Je réponds que cela est vrai pour la transmission testamentaire, et faux pour la succession *ab intestat*. Le mort civilement est bien certainement privé des droits civils au moment où sa succession s'ouvre, puisque le testament qu'il auroit pu faire auparavant, est annullé; et cependant ses parens ne recueillent-ils pas sa succession? On dira peut-être qu'ils ne recueillent pas celle des biens qu'il acquiert depuis la mort civile encourue. Cela est vrai; mais c'est par une autre raison que nous ferons connoître ci-après, note (3) de la page 24. Qu'il nous suffise maintenant d'avoir prouvé que les parens Français peuvent hériter d'un homme qui n'a pas les droits civils en France, et qu'il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer ce principe à l'étranger, bien plus favorisé dans nos lois que le mort civilement. Et puis, je conçois que l'on empêche l'étranger de succéder au préjudice de parens Français; qu'on lui préfère même le fisc. Il est important pour l'Etat de ne pas laisser emporter hors du territoire le produit d'une succession opulente. Mais cette raison ne s'applique pas à l'héritier Français.

Concluons donc que la capacité de transmettre sa succession doit s'entendre uniquement de la succession testamentaire; que dans la succession *ab intestat*, ce n'est pas le défunt qui transmet sa succession, c'est la loi qui la transmet pour lui. Ce n'est donc point la capacité du défunt, mais seulement celle de l'héritier qu'il faut considérer. Mais si l'étranger ne peut disposer par testament, pourroit-il le faire par acte entre-vifs, en faveur d'un Français? Nous examinerons cette question au Titre *des Donations*, où nous la décidons pour l'affirmative.

Observez 1°. Que le droit en vertu duquel le fisc succède à l'étranger, qui ne jouit pas des droits civils, s'appeloit, et s'appelle encore droit d'aubaine, du mot *Aubain*, qui vient lui-même des deux mots latins *alibi natus*;

2°. Que le mobilier des marchands étrangers fréquentant les foires, mais non résidant en France, n'étoit pas, et ne seroit probablement pas encore actuellement sujet à ce droit. (De la Combe, *Verbo* Aubaine, sect. 1, n° 9.) C'est une exception introduite en faveur du commerce;

3°. Que les Ambassadeurs mêmes sont sujets à ce droit; mais seulement pour les immeubles qu'ils posséderoient en France;

BIU Cujas

4°. Qu'à plus forte raison en est-il de même, pour les étrangers résidant hors de France, pour les immeubles par eux acquis en France.

PAGE 15.

(1) *Lorsqu'il y a procès*, soit au civil, soit en police correctionelle, soit même en matière criminelle, à l'égard de l'étranger qui se rend partie civile. *Sic* jugé en cassation, le 3 février 1814. (*Bulletin*, n°. 12.)

(2) *Demandeur.* Il faut donc qu'il y ait demande. Si l'étranger est porteur d'un titre paré, dont il poursuit seulement l'exécution, la caution ne peut être exigée.

Peut-on exiger la caution de l'étranger qui appelle d'un jugement ? Si l'étranger a été demandeur en première instance, on a dû exiger la caution, et l'on ne peut pas en exiger une seconde. Si on ne l'a pas demandée en première instance, l'on n'est plus à temps pour la demander sur l'appel, puisqu'elle doit être requise avant toute exception.

S'il étoit défendeur en première instance, il n'étoit pas sujet à la caution ; et il ne la doit pas davantage sur l'appel, qui n'est qu'un moyen de défense.

(3) *Ou intervenant.* L'article 166 du Code de Procédure oblige l'étranger intervenant de donner caution ; mais seulement lorsqu'il est intervenant demandeur. Il faut remarquer, en effet, que tout individu qui intervient dans un procès, est demandeur en intervention, puisqu'il demande à être reçu partie intervenante ; mais qu'il n'est pas pour cela demandeur intervenant. Pour comprendre cette distinction, il faut entrer dans quelques détails.

On peut intervenir sous trois rapports : pour le demandeur, pour le défendeur, ou pour soi-même.

Pour le demandeur. Exemple : J'ai vendu dix arpens de terre à Pierre. Au moment où il va en prendre possession, il en trouve quatre occupés par Jacques, qui s'en prétend propriétaire. Il forme contre Jacques une demande en délaissement de ces quatre arpens. J'ai intérêt d'intervenir dans l'instance, parce que, si Pierre perdoit son procès, il auroit contre moi un recours en garantie. Dans ce cas, j'interviens pour le demandeur.

Pour le défendeur. Exemple : J'ai vendu dix arpens de terre à Pierre, et je l'ai mis en possession de la totalité. Bientôt après, Jacques l'assigne pour voir dire qu'il sera tenu de lui délaisser quatre des dix arpens, dont lui Jacques se prétend propriétaire. J'ai le même intérêt que dans l'espèce ci-dessus pour intervenir. Mais ici j'interviens pour le défendeur.

Enfin, l'on peut intervenir *pour soi-même.* Pierre et Paul se disputent la propriété de dix arpens de terre. De ces dix arpens, je prétends que quatre m'appartiennent. J'interviens dans l'instance pour obtenir le délaissement de ces quatre arpens. J'interviens pour moi-même, et dans mon seul intérêt.

En me supposant étranger, dans quel cas devrois-je être regardé comme

BIU Cujas

demandeur intervenant, et par conséquent tenu de donner caution ? Il est évident que ce ne peut pas être quand j'interviens pour le défendeur, puisqu'alors je me constitue moi-même défendeur. Par la même raison, quand j'interviens pour le demandeur, je me constitue demandeur ; je suis donc tenu de donner caution. Il en est de même, à plus forte raison, quand j'interviens pour moi-même, puisqu'il est certain qu'alors c'est une véritable demande que je forme.

La caution peut-elle être exigée du mort civilement ? Non. Il n'est pas plus étrauger que Français ; et, d'ailleurs, qui voudroit lui servir de caution? Aussi l'article 25 se contente-t-il d'exiger qu'il agisse ou se défende par le ministère d'un curateur, sans parler, en aucune manière, de caution.

Quid à l'égard de celui qui a fait cession de biens ? On l'exigeoit anciennement. La loi actuelle ne contenant aucune disposition à ce sujet, il faut tenir que la caution ne peut être exigée. C'est une disposition exorbitante du droit commun, et qui ne peut être étendue : *Odia restringenda.*

(4) *Avant toute exception.* L'article 169 du Code de Procédure dit également, que le déclinatoire, pour cause d'incompétence, doit être proposé avant toute exception. Si les deux exceptions concourent, laquelle devra être proposée la première ? Comme, aux termes de l'article 167, c'est au Tribunal à fixer la somme jusqu'à concurrence de laquelle la caution doit être fournie, il faut qu'il entre, au moins légèrement, en connoissance de cause. La caution ne doit donc être raisonnablement demandée que devant le Tribunal qui doit rester saisi de l'affaire. Le déclinatoire doit donc être proposé, avant que la caution puisse être demandée.

(5) *De donner caution.* Pour les formalités relatives à la réception des cautions, voyez le Code de Procédure, art. 517 et suiv.

(6) *Résultant du procès.* Si donc le jugement prononçoit contre l'étranger une condamnation en dommages-intérêts, mais résultant d'une autre cause que celle qui a donné lieu à la demande, la caution n'en seroit pas tenue. *Ex.:* Un étranger a vendu une maison. Pour se dispenser de la livrer, il forme une demande en rescision de la vente, pour vilité de prix. La caution est demandée et fournie. La demande en rescision est rejetée, et le vendeur condamné à livrer, et en outre à des dommages-intérêts, résultant, 1°. du retard que la demande a apporté à la livraison ; et 2°. des dégradations qu'il a commises, depuis la vente, sur la chose vendue. La caution sera tenue des premiers, parce qu'ils sont la suite nécessaire du procès ; et elle ne sera pas tenue des seconds, parce qu'ils sont le résultat d'un fait totalement étranger au procès.

De même, comme cette caution n'est exigée que dans l'intérêt du défendeur, je pense qu'elle ne seroit point tenue des condamnations qui pourroient être prononcées au profit du fisc ; *putà ;* de l'amende prononcée en cas de fol appel. (Bacquet, du Droit d'aubaine, chap. 17, n^os^. 9 et 10.)

BIU Cujas

(7) *Pour en répondre.* La justification de propriété ne suffiroit pas, il faut de plus, qu'il soit passé un acte, ou rendu un jugement, en vertu duquel le défendeur puisse prendre une inscription hypothécaire.

On a critiqué cette opinion, et l'on a prétendu que la loi n'exigeant point que l'étranger donne une hypothèque, on n'avoit pas le droit de la demander. Mais qui veut la chose, veut les moyens. Quel est le but de la loi? C'est de fournir au défendeur une sûreté pour le paiement des frais et des dommages-intérêts auxquels l'étranger pourra être condamné. Or, la simple justification de propriété seroit-elle suffisante pour cela? Non, sans doute, puisque l'étranger pourroit vendre tous ses immeubles avant la fin du procès, et par là priver le défendeur de la sûreté que la loi a voulu lui donner. Et d'ailleurs, qui ne voit que l'hypothèque aura lieu par la force même des choses? Un étranger assigne. Le défendeur demande la caution. L'étranger oppose qu'il a en France des propriétés immobilières suffisantes, et il en justifie. Il faut bien un jugement qui constate qu'il a justifié de ces propriétés, qu'elles sont affectées, jusqu'à concurrence de telle somme, au paiement des frais et dommages-intérêts, et qui, en conséquence, le dispense de donner caution. Ce jugement ne produira-t-il pas une hypothèque sur les biens affectés, en vertu de l'art. 2123? et par conséquent ne donnera-t-il pas au défendeur le droit de prendre inscription? Si tout cela n'a pas été dit lors de la rédaction de l'art. 16, c'est que l'on ignoroit alors quel seroit le système hypothécaire qui seroit adopté en définitif.

(8) *Des Tribunaux Français.* Mais il n'est utile de l'assigner en France, qu'autant qu'il y a des propriétés; autrement le jugement du tribunal français deviendroit inutile, à moins cependant qu'il n'existe, dans les traités, des dispositions, d'après lesquelles les jugemens des tribunaux d'un pays soient exécutoires dans l'autre, comme il est dit dans le traité avec la Suisse, art. 15.

Mais d'après quelle loi les tribunaux français devront-ils juger? Il faut distinguer:

Si l'affaire est relative à un immeuble, on suivra la loi du pays où l'immeuble est situé.

Si l'action est mobilière, il faut encore distinguer: si l'action est relative à l'interprétation d'une convention, l'on suivra la loi du pays où le contrat a été passé; si c'est au mode d'exécution, ce sera la loi du pays où le paiement devoit être fait, ou l'obligation exécutée.

Si l'affaire est relative à la capacité de la personne, il faudra se conformer à la loi du pays de la personne dont la capacité est contestée.

Enfin, s'il s'agit de la forme d'un acte, il faudra consulter la loi du pays où l'acte a été passé.

Quid si les deux parties sont des étrangers non autorisés par le Gouvernement à établir leur domicile en France? D'abord il n'est pas douteux qu'ils

BIU Cujas

ne soient justiciables des tribunaux civils français, pour les actions concernant les immeubles situés en France. Ils le sont également des tribunaux criminels, correctionnels et de police, puisqu'ils sont soumis aux lois de police et de sûreté.

Quant aux actions civiles personnelles et mobilières, je pense qu'il faut distinguer : s'il s'agit d'affaires commerciales ou maritimes, les tribunaux français peuvent en connoître. C'étoit l'ancienne jurisprudence, qui se trouve même rappelée dans la discussion du Conseil-d'État, comme devant être maintenue. S'il s'agit de toute autre cause, je pense qu'il faut encore distinguer; s'il s'agit de l'exécution de conventions passées en France, les tribunaux français peuvent en connoître, surtout si le défendeur a réellement son domicile en France, quoique sans autorisation. En effet, l'art. 13 ne dit pas qu'un étranger doit être autorisé pour établir son domicile en France, mais seulement qu'il n'y jouit des droits civils, qu'autant qu'il a obtenu cette autorisation. Pour toute autre cause, je pense que non-seulement le défendeur peut décliner la juridiction des tribunaux français, mais encore que ces tribunaux pourroient et devroient renvoyer les parties d'office. (*Voir* un arrêt de Cassation, du 22 janvier 1806. (SIREY, 1811; deuxième partie, pag. 77.) Plus deux autres arrêts, l'un de Colmar, du 30 décembre 1815. (*Ibid.* 1817, deuxième partie, page 62); et l'autre de Rouen, du 11 janvier 1817. (*Ibid.*, page 89.)

Mais, lorsque les deux parties sont des étrangers, et que l'affaire est de nature à être portée devant les tribunaux français, le défendeur peut-il exiger la caution? D'abord, s'il s'agit d'obligations contractées en foire, il n'y a pas lieu à la caution. Si la matière est réelle, je pense que, puisqu'on oblige l'étranger défendeur de plaider devant les tribunaux français, et qu'il doit même être jugé conformément aux lois françaises, l'on ne peut lui refuser les avantages résultant de ces mêmes lois. D'ailleurs, l'article 16 ne fait aucune distinction, et paroît ne considérer que la qualité du demandeur, sans s'embarrasser de celle du défendeur. Il paroît que telle étoit aussi l'ancienne jurisprudence. (*Voir* un arrêt du 23 août 1571, cité par BACQUET, chap. 17, n°. 2.)

Observez 1°. que l'étranger cité devant les tribunaux français, et qui n'a pas de domicile en France, doit être assigné au domicile du Procureur du Roi près le tribunal où la demande est portée, lequel vise l'original, et renvoie la copie au Ministre des affaires étrangères. (*Code de Procédure*, art. 69, §. 9.) Mais quel est le tribunal où la demande est portée? Si c'est en matière commerciale, c'est le tribunal du lieu où la marchandise devoit être fournie, ou du lieu où le paiement devoit être fait, au choix du demandeur. Si c'est en matière réelle, c'est le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux. Si c'est en matière personnelle civile, c'est au tribunal du demandeur.

2°. Que les agens diplomatiques accrédités auprès du Roi, ne sont jus-

BIU Cujas

ticiables d'aucuns Tribunaux français, soit civils, soit criminels. *Sic* jugé à Paris, et avec raison, le 5 avril 1813 (SIREY, 1814, 2e. partie, pag. 306); sauf cependant pour les causes civiles relatives aux immeubles situés en France, et dont ils seroient propriétaires, comme nous l'avons dit ci-dessus.

3°. Que le Français n'a droit d'assigner en France l'étranger, avec lequel il a contracté en pays étranger, qu'autant que lui Français n'étoit pas, à l'époque du contrat, domicilié dans le pays de l'étranger. Cela a également été jugé à Paris, le 28 février 1815. (SIREY, 1815, 2e. partie, pag. 362.) Et, en effet, dans ce cas, l'étranger a pu et dû croire que le Français étoit fixé là où il avoit son domicile, et il n'a pas dû s'attendre à se voir poursuivi en France, comme s'il s'agissoit d'un contrat passé avec un Français voyageur.

(9) *En pays étranger.* L'étranger a intérêt de citer le Français devant les tribunaux de France. Autrement, les jugemens que l'étranger obtiendroit dans son propre pays contre le Français, ne pouvant être exécutés sur les biens de France, qu'après avoir été revus et déclarés exécutoires par un tribunal français (*Voyez* la note (2) de la page suivante), il en résulteroit qu'il auroit deux procès à soutenir, au lieu d'un. Il est donc plus simple, si le Français a des biens en France, que l'étranger l'assigne d'abord devant les tribunaux de France.

(10) *Non domicilié en France.* Ainsi, il suffit que l'étranger soit domicilié en France, pour que cette disposition ne soit pas applicable. *Secùs* à l'égard de la caution, qui peut être exigée de l'étranger demandeur, domicilié ou non.

(11) *Du créancier français.* Il faut que le créancier soit Français. Le créancier étranger n'auroit pas le même droit. La disposition de la loi est expresse à cet égard. La contrainte par corps est un moyen bien plus violent que la simple caution exigée par l'article 16; et, d'ailleurs, elle peut avoir lieu, même avant la condamnation. Il n'est donc pas étonnant qu'un droit aussi exorbitant ne soit accordé qu'au Français.

(12) *Ordonner son arrestation provisoire*, laquelle doit avoir lieu suivant les formes prescrites par le Code de Procédure civile (art. 780 et suivans), et peut être suivie de recommandations, comme tout autre emprisonnement. *Sic* jugé à Nancy le 22 juin 1813. (SIREY, 1816; 2e. part., pag. 95.) L'emprisonnement doit-il cesser après cinq ans, aux termes de l'art. 18 du tit. 3 de la loi du 15 germinal an 6? L'affirmative a été jugée à Paris, le 4 juillet 1816. (*Ibid.* 1817, pag. 70.) Mais comme le contraire a été jugé à la même cour, les 1er. décembre 1813, et 24 octobre 1816, l'on peut regarder la question comme étant encore entière. Quant à moi je pense que l'étranger ne peut invoquer cette disposition de la loi de germinal : je me fonde sur ce qu'il existe des dispositions particulières relatives aux étrangers, toutes fondées sur la facilité qu'ils peuvent avoir de se dérober aux poursuites;

BIU Cujas

telles sont entr'autres celles dont il s'agit ici, et qui autorise l'arrestation provisoire, celle de l'article 905 du Code de Procédure, qui leur refuse le bénéfice de cession. A plus forte raison l'élargissement après cinq ans doit-il leur être refusé?

(13) *Un établissement de commerce.* Quand même il n'y seroit pas domicilié; ce qui peut arriver. L'on a vu, en effet, des négocians avoir des maisons de commerce dans plusieurs places, à Amsterdam, Hambourg, Altona, etc., et cependant ils n'avoient qu'un seul domicile.

Page 16.

(1) *Au bénéfice de cession.* C'est à cause de la facilité qu'auroit l'étranger de se dérober à l'exécution de toutes les condamnations qui n'emportent pas la contrainte par corps. Observez qu'ici la loi ne fait plus de distinction, relativement au domicile ou aux propriétés de l'étranger. Dès qu'il demande à être admis au bénéfice de cession, c'est qu'il est probablement insolvable.

(2) *Par un Tribunal Français.* Cette déclaration est-elle une simple formalité, comme celle qui a lieu pour les jugemens arbitraux, d'après l'article 1020 du Code de Procédure; ou doit-elle être précédée de la revision de l'affaire par le Tribunal Français? L'article 121 de l'Ordonnance de 1629, portoit formellement qu'il y avoit lieu à révision; et la Cour de Cassation l'a décidé ainsi par son arrêt du 18 pluviose an 12. Cette opinion doit être également suivie sous le Code. Ce qui le prouve, c'est la différence de rédaction qui se trouve entre l'article 1020 du Code de Procédure, d'une part, et les articles 546 du même Code, et 2123 du Code Civil. Dans l'article 1020, où il s'agit uniquement de donner au jugement arbitral un caractère, d'après lequel les agens de la force publique puissent être requis de l'exécuter, on se contente de l'ordonnance du Président. Mais dans les articles 546 et 2123, où il s'agit d'un jugement rendu dans l'étranger, on exige qu'il soit déclaré exécutoire par un *Tribunal Français.* Or, pourquoi exigeroit-on l'intervention du Tribunal entier, si l'affaire ne devoit pas être révisée? La demande à fin d'exécution doit donc être formée comme demande principale, et par exploit à personne, ou domicile. En seroit-il de même s'il s'agissoit d'un jugement rendu contre un étranger, et dont l'exécution seroit poursuivie en France? ne suffiroit-il pas alors d'une Ordonnance d'*exequatur* rendue par le Président du Tribunal? Un plaidoyer de M. le Procureur-Général, en cassation, rapporté par Sirey, 1816, 1re partie, pag. 199, paroît favoriser cette dernière opinion; mais le contraire a été jugé par la Cour de Paris, le 27 août 1816. (*Ibid.* 2e part., pag. 369.) Je pense que, sous l'empire de l'ordonnance de 1629, la question ne pouvoit être douteuse. Le texte de la loi étoit formel: *nonobstant les jugemens*, étoit-il

BIU Cujas

dit, art. 121, *nos sujets contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers, et par devant nos officiers.* Ces mots, *nos sujets*, prouvoient évidemment que c'étoit une faculté accordée aux seuls Français. Mais il s'en faut de beaucoup que la loi actuelle soit aussi précise; ou plutôt elle paroît l'être dans un autre sens: *Les jugemens rendus par les Tribunaux étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France, que de la manière et dans les cas prévus par l'art.* 2123 *du Code Civil.* (Code de procéd., art. 546.) Or, l'article 2123, relatif à l'hypothèque judiciaire, dit expressément que l'*hypothèque ne peut résulter des jugemens rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un Tribunal Français.* Et comme d'un autre côté, ainsi que nous l'avons dit sur la question précédente, il seroit fort inutile d'exiger l'intervention du Tribunal, s'il n'y avoit pas lieu à révision, il me semble que l'on doit décider dans le sens de l'arrêt précité, qu'il y a lieu à révision, même quand ce jugement est rendu contre un étranger. En un mot, il paroît que le Législateur a voulu simplement dire que, par cela seul que le jugement émane d'un Tribunal étranger, il ne doit pas avoir force d'exécution en France, quel que soit celui contre qui, et en faveur de qui il ait été rendu.

Mais remarquez qu'un acte d'exécution, fait en pays étranger, en vertu d'un jugement rendu par un Tribunal Français, ou d'un titre passé en France, peut produire des effets en France. C'est ainsi qu'on a jugé en Cassation, le 14 février 1810, qu'une saisie-arrêt faite dans l'étranger, en vertu d'un jugement français, avoit pu empêcher en France la compensation. *Quid*, à l'égard d'une décision arbitrale rendue en pays étranger, en vertu d'un compromis volontairement signé entre les parties? Je pense qu'elle est valable, sauf qu'elle ne peut être exécutée qu'en vertu d'une Ordonnance rendue par un Magistrat français. La raison de différence avec le jugement, est, 1°. que le compromis est une véritable convention. Or, les conventions passées en pays étranger, obligent les parties, au moins comme simples promesses; 2°. que les parties sont maîtresses de signer ou de ne pas signer un compromis, tandis que celui qui est assigné, est forcé de recevoir et l'assignation, et le jugement, s'il vient à être condamné. Voir à cet égard un arrêt de Paris du 27 juillet 1807, et un arrêt de Cassation du 31 juilet 1815, rapportés tous deux dans SIREY; 1815, 1re. partie, pag. 369.

(3) *Et des Traités.* Voyez un exemple de cette exception dans le traité fait avec la Suisse, le 4 vendémiaire an 12, art. 15. (*Bulletin*, n°. 324.) On exige seulement que les jugemens soient légalisés.

(4) *Sans l'autorisation du Roi.* Cette prohibition étoit nécessaire pour justifier les dispositions pénales établies par les articles 6, 7, 8 et 10 du décret. En effet, en ne consultant que le Code Civil, on voit qu'il se con-

BIU Cujas

tente de dire que la qualité de Français, et par suite les droits civils, se perdent par la naturalisation acquise en pays étranger. Le Code Civil paroît donc mettre le Français ainsi naturalisé sur la même ligne que l'étranger; et comme l'étranger, quoique privé des droits civils, jouit en France des droits naturels, tels que ceux de propriété et autres semblables, il n'y auroit pas eu de raison de priver des mêmes droits le Français naturalisé. Mais comme l'article 1^er^. du décret contient une prohibition, et que la désobéissance à cette prohibition constitue un délit, l'on a pu établir, pour le réprimer, des peines particulières, telles que le dessaisissement des biens, etc.

Observez, 1°. que le Français qui accepte un titre héréditaire d'une Puissance étrangère, est censé, par cela seul, naturalisé dans le pays de cette Puissance; en conséquence, si l'acceptation a eu lieu sans la permission du Roi, il est traité comme le Français naturalisé sans autorisation. (*Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le* 21 *janvier* 1812, *Bulletin*, n°. 7602.)

2°. Que les dispositions des décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811 ne sont point applicables aux descendans des religionnaires fugitifs, qui n'ont point usé du droit qui leur étoit accordé par l'article 22 de la loi du 15 décembre 1790 (*ibid.*), ni aux femmes. (*Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le* 22 *mai* 1812, *Bulletin*, n°. 7994.)

PAGE 17.

(1) *Par le Ministre de la Justice*, qui doit y apposer le sceau de l'Etat, après délibération du Conseil du Sceau (Décret du 4 mars 1812, *Bulletin*, n°. 7715), et à la charge, par l'impétrant, de payer pour droit de sceau une somme de 500 francs, et 50 francs pour droit des référendaires. (Ordonn. du Roi, du 8 octobre 1814, *Bulletin*, n°. 339.)

Observez que l'autorisation, à l'effet de se faire naturaliser, n'est accordée que sur la demande personnelle et individuelle de celui qui veut être naturalisé. Il ne suffiroit pas que le Prince étranger adressât l'état général des Français qu'il voudrait garder à son service. (*Avis précité du Conseil-d'Etat, du* 21 *janvier* 1812.)

(2) *Leur majorité accomplie.* Il se présente ici une question. Le droit de recueillir toutes les successions échues pendant la minorité et pendant les dix années suivantes, appartient-il, dans tous les cas, aux enfans du Français naturalisé avec autorisation? ou ne leur est-il accordé que sous la condition qu'ils recouvreront la qualité de Français, conformément aux dispositions de l'article 10 du Code Civil?

J'avoue qu'au premier coup-d'œil la rédaction de l'article paroîtroit favoriser cette dernière interprétation. Mais quand l'on réfléchit qu'il en résulteroit l'inconvénient notable de laisser des successions en suspens pen-

BIU Cujas

dant trente-un ans, ce qui est entièrement opposé à tout le système du Code, on ne peut admettre une semblable opinion. Et d'ailleurs, puisque la loi conserve au père qui, par sa naturalisation, quoique autorisée, n'en est pas moins devenu volontairement étranger, puisqu'elle lui conserve, dis-je, le droit de succéder, pendant toute sa vie, pourquoi ne le conserveroit-elle pas également aux enfans, quoiqu'étrangers, pendant trente-un ans seulement? Tant que la loi peut supposer à ces enfans l'intention de redevenir Français, elle ne veut pas leur ôter le principal droit attaché à cette qualité. Quand ils ont laissé passer dix ans depuis cette majorité, sans réclamer cette qualité, la loi présume qu'ils veulent rester étrangers, et elle les prive dès-lors du droit de succéder. Mais pourquoi donner à cette privation un effet rétroactif qui contrarieroit si ouvertement les principes établis par le Code, et qui ne pourroit qu'introduire dans le système des propriétés une incertitude d'autant plus nuisible au bien public, qu'elle seroit prolongée davantage? Je pense donc que le droit de succéder, pendant ces trente-un ans, est indépendant de la réclamation que ces enfans peuvent faire, ou ne pas faire, par la suite, de la qualité de Français. Mais remarquez que cette question ne peut s'élever qu'à l'égard des enfans conçus postérieurement à la naturalisation. Quant à ceux qui étoient conçus auparavant, ils ont eu, en naissant, la qualité de Français, à laquelle la naturalisation acquise par leur père n'a pu préjudicier.

(3) *Les droits civils.* Remarquez cependant qu'il n'est pas dans la même catégorie que l'étranger qui n'est privé que des droits purement civils. Le Français naturalisé sans autorisation peut être comparé au mort civilement. Il étoit même traité dans le principe moins favorablement que ce dernier, puisque ses biens étoient confisqués, et qu'il n'avoit pas la consolation de les voir passer à ses parens, ni même à ses enfans, s'il en avoit. Je pense donc que tous les effets de la mort civile, énumérés dans l'article 25 du Code Civil, lui doivent être appliqués.

(4) *Comme en cas de viduité.* Sa femme est donc considérée comme veuve. Nouvelle preuve que la loi le regarde comme mort civilement.

(5) *Le droit de succéder.* Quand même il existeroit des traités en vertu desquels les étrangers du pays où il s'est fait naturaliser, pourroient recueillir des successions en France. C'est une suite du délit qu'il a commis en se faisant naturaliser sans autorisation.

Ainsi l'on peut distinguer actuellement en France, outre les morts civilement proprement dits, quatre classes de personnes ayant perdu la qualité de Français.

1°. Les Français naturalisés avec autorisation. Ils conservent les droits civils pendant toute leur vie, et notamment ceux de succéder et de transmettre leurs successions, quand même les sujets du pays où ils sont naturalisés, ne jouiroient pas de ces droits en France.

BIU Cujas

2°. Les enfans de ces Français. Ils conservent les mêmes droits que leur père, mais jusqu'à leur trente-deuxième année exclusivement.

3°. Les étrangers proprement dits. Leurs droits sont réglés par les dispositions du Code Civil.

4°. Enfin, les Français naturalisés sans autorisation, lesquels sont rangés sur la même ligne que les morts civilement.

PAGE 18.

(1) *Dans le délai d'un an.* Ce délai a été prorogé jusqu'au 1^er^. janvier 1814, par décret du 13 août 1813. (*Bulletin*, n°. 9513.)

(2) *D'une Puissance étrangère.* On entend par-là tout service militaire ou civil, soit près de la personne, soit près d'un des membres de la famille d'un prince étranger, soit même une fonction dans une administration publique étrangère. (*Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le* 21 *janvier* 1812, *Bulletin*, n°. 7602.)

Ces dispositions s'appliquent même aux habitans réunis à la France, qui auroient pris du service chez une Puissance étrangère avant la réunion, à moins qu'ils n'aient été naturalisés chez cette Puissance avant ladite réunion. (*Ibid*). Cette exception prouve qu'il ne s'agit point, dans cet article, du service pris chez la Puissance à laquelle étoit soumis le pays réuni: car dès-lors il ne pouvoit être question de naturalisation.

(3) *Naturalisé sans autorisation.* Cette disposition s'applique au Français qui a pris du service dans l'étranger, même avec la permission du Gouvernement, avant la publication du présent décret. Il est, en conséquence, obligé d'obtenir une nouvelle autorisation, conformément aux dispositions qui vont être rapportées. (*Ibid.*)

(4) *Pour la naturalisation;* et elles sont sujettes au même droit. Voyez ci-dessus la note (1) de la page 17.

PAGE 19.

(1) *Qu'avec la permission spéciale du Roi*, même quand il auroit quitté le service étranger. Dans tous les cas, la demande de cette permission doit être adressée au Ministre de la Justice. (*Ibid.*)

(2) *Ou l'uniforme étranger*, quand même le prince au service personnel duquel il est attaché, se trouveroit en France. Si cependant le corps militaire dans lequel il sert, est appelé par le Roi à traverser la France, ou à y stationner, il peut porter la cocarde et l'uniforme de ce corps, tant qu'il y est présent. (*Ibid.*)

PAGE 20.

(1) *Temporaire et partielle.* Sauf une seule exception que nous ferons connoître ci-après, note (1) de la page 22.

BIU Cujas

(2) *Sauf le cas de réhabilitation.* Mais comme, aux termes de l'art. 619 du Code d'Instruction criminelle, la demande en réhabilitation ne peut être formée qu'après que le condamné a subi sa peine, il s'ensuit qu'elle ne peut jamais l'être par celui qui a été condamné à la peine de mort, ou à une peine qui ne doit finir qu'avec sa vie, tels que la déportation et les travaux forcés à perpétuité.

PAGE 21.

(1) *De la mort civile.* Voyez *le Traité de la mort civile*, par RICHER, en ayant soin d'omettre tout ce qui a rapport à la mort civile encourue par suite de la profession religieuse, et qui n'a plus lieu dans nos mœurs.

(2) *Est l'état.* Il importoit d'établir que la mort civile est un état, et non simplement une peine, parce que, dans le premier cas, elle suit l'individu partout; dans le second, elle n'auroit d'effet que dans le pays où elle a été encourue. Or, la mort civile me paroît avoir tous les caractères d'un état. Ce sera, si l'on veut, un état négatif; mais ce n'en sera pas moins un. Et, en effet, qu'est-ce que l'état appliqué aux personnes? c'est la condition de chacune d'elles; c'est, dit M. d'AGUESSEAU (tom. V, pag. 426), une qualité qui rend ceux qui en sont revêtus, capables ou incapables de certains, ou de tous engagemens; capables ou incapables de recueillir certaines, ou même toutes successions; capables ou incapables de remplir certaines, ou même toutes places ou fonctions. Or, tous ces caractères ne sont-ils pas entièrement applicables à la mort civile? aussi n'ai-je jamais hésité à la regarder comme un état, et j'ai toujours prétendu en conséquence qu'elle suit l'individu partout, même en pays étranger. En vain diroit-on qu'elle est le résultat d'une condamnation prononcée par les Tribunaux Français, dont les jugemens n'ont pas force d'exécution en pays étranger. Mais les lois qui déterminent la majorité, celles concernant le mariage, la paternité ou la filiation, sont-elles exécutoires en pays étranger? Et qui doute cependant que les dispositions de ces lois ne soient personnelles, et ne suivent conséquemment le Français, même dans l'étranger? Le Français majeur de vingt-un ans, n'est-il pas également majeur dans un pays où la majorité est fixée à vingt-cinq? L'étranger majeur de vingt-un ans, mais mineur de vingt-cinq, ne seroit-il pas regardé en France comme mineur, si les lois de son pays ne fixoient la majorité qu'à vingt-cinq ans? Et, d'ailleurs, ce n'est pas, à proprement parler, le jugement qui fait encourir la mort civile; c'est la loi qui a dit que, lorsqu'un individu seroit condamné à telle peine, il seroit réputé mort civilement, à compter de l'exécution. Or, si la loi qui a dit que le Français seroit majeur à vingt-un ans, s'exécute a son égard en pays étranger, pourquoi la loi qui a dit que, dans tel cas, la mort civile seroit encourue, ne s'y exécuteroit-elle pas également?

Mais *quid*, si un Français a été condamné a mort et exécuté dans l'étran-

BIU Cujas

ger? L'on pensoit anciennement qu'il devoit être considéré comme s'il étoit mort naturellement, et avant l'exécution. (Rousseaud de la Combe, *verbo* accusation, n°. 12.) Et en effet, cet individu ne pourroit être regardé comme mort civilement, qu'autant qu'on le regarderoit comme ayant été valablement jugé. Or, les jugemens des Tribunaux civils étrangers, rendus contre des Français, ne sont exécutoires en France, qu'autant qu'ils ont été déclarés tels par un Tribunal Français, et après révision de l'affaire. Donc, à plus forte raison, doit-il en être de même des jugemens criminels; mais, d'un autre côté, dans l'espèce, il ne peut y avoir révision, puisque nous supposons l'accusé mort, et que, d'après nos lois, la mort éteint le crime, et empêche conséquemment toutes poursuites. *Nec obstat* ce qui est dit dans l'alinéa précédent; car il s'agit, dans cet alinéa, d'un individu condamné par les tribunaux et d'après les lois de la nation à laquelle il appartient, tandis qu'ici il s'agit d'un Français condamné par des tribunaux étrangers. Dans le premier cas, la force du jugement ne peut être contestée: *secùs* dans le second.

Cependant la Cour de Colmar a jugé, le 6 août 1814, qu'un jugement de condamnation pour vol, rendu en pays étranger, suffisoit pour justifier le reproche d'un témoin. (Sirey, 1815; 2e. partie, p. 20.) Mais c'est qu'en général les reproches sont pour la plupart basés sur la moralité des témoins. Or, une condamnation pour vol, même en pays étranger, suffit bien certainement pour entacher la réputation du condamné. Au contraire, la moralité de l'individu n'est prise nullement en considération pour déterminer s'il est mort civilement, puisque l'homme convaincu des plus grands crimes, et même condamné, conserve la plénitude de ses droits, s'il vient à mourir avant l'exécution.

(3) *Du Droit naturel*, tels que ceux de propriété, de mariage, etc.

(4) *Purement civils*. Cependant nous avons vu que l'étranger ne peut recevoir entre-vifs, quoique cela tienne plutôt au droit naturel qu'au civil. Mais c'est une disposision particulière, qui n'a d'autre but que d'empêcher l'étranger d'acquérir gratuitement des biens dont il emporteroit, hors de France, le produit, et même, dans certains cas, le capital; et ce qui prouve que c'est-là l'unique but de la loi, c'est que l'étranger qui ne peut recevoir, peut lui-même donner entre-vifs.

Page 22.

(1) *Bulletin*, n°. 4296. L'article 22 prononce la peine de la mort civile, comme peine principale, contre les Français qui occuperoient des emplois ou exerceroient des fonctions politiques, administratives ou judiciaires, dans l'étranger, à l'époque des hostilités survenues entre la France et la Puissance chez laquelle ils occuperoient ces emplois, et qui n'auroient pas justifié de

BIU Cujas

leur retour en France dans le délai de trois mois, à compter desdites premières hostilités. Il en seroit de même quand il n'y auroit pas eu d'hostilités, s'ils n'ont pas obéi au décret de rappel. (Art. 28.)

L'article 26 prononce la même peine contre le Français qui, étant au service militaire d'une Puissance étrangère, n'a pas obéi au décret de rappel, si toutefois la guerre n'a pas éclaté. Si la guerre a éclaté, la peine est celle de mort.

Enfin, la mort civile est également prononcée contre le Français qui n'a pas de service militaire chez l'étranger, ou qui n'y exerce aucune fonction, s'il n'a pas obéi au décret de rappel, pourvu toutefois qu'il y ait été nominativement compris. (Art. 29.) Mais alors il a cinq ans pour purger la contumace. (Art. 30.)

Le même délai est accordé à celui qui exerce des fonctions dans l'étranger, et qui n'a pas obéi au décret général de rappel, si toutefois il n'y a pas eu d'hostilités.

(2) *Il y a trois sortes de peines.* Observez que la mort civile n'est point encourue à raison de condamnations pour délits militaires, quelles qu'elles soient; L. 11 ff. *de Test. militis*, laquelle est suivie chez nous.

(3) *Celle de mort.* Qu'a-t-on besoin de dire que la condamnation à la mort naturelle emporte la mort civile, puisque la mort civile n'est encourue que par l'exécution, et que l'exécution produit la mort naturelle, dont les effets sont encore plus étendus que ceux de la mort civile? Je réponds que cela était essentiel, afin d'ôter au condamné le droit de disposer de ses biens par testament.

(4) *De tous ou de quelques-uns des droits civils.* Ainsi, il jouira de tous ceux de ces droits qui pourront être exercés dans le lieu de sa déportation, et il sera mort civilement partout ailleurs; s'il lui a été permis de se marier, son mariage aura les effets civils dans le même lieu; il sera nul partout ailleurs. Les enfans issus de ce mariage jouiront du droit d'enfans légitimes, pour tous les droits qui s'ouvriront dans ledit lieu; pour tous les autres, ils seront considérés comme les enfans d'un mort civilement; et ce, quand même ils seroient nés de la femme que le condamné avoit avant sa déportation. Il y a plus, c'est que, dans ce cas, pour donner à ses enfans le caractère d'enfans légitimes, au moins dans le lieu de sa déportation, il sera obligé de se remarier civilement avec son ancienne femme, son premier mariage ayant été dissous par la mort civile.

(5) *Par jugement.* Et effectivement, le jugement ne prononce pas la peine de mort civile, excepté dans les cas mentionnés dans la note (1) ci-dessus.

(6) *Qu'il soit exécuté.* En général, les jugemens ne peuvent avoir d'effet qu'après qu'ils ont été signifiés. Le jugement en vertu duquel la mort civile est encourue, retranche un individu du nombre des membres de la société. Il

BIU Cujas

faut que ce retranchement ait été signifié à la société même; et cette signification a lieu par l'exécution. D'ailleurs la mort civile n'étant que la suite de la peine, il faut que la peine ait eu lieu pour que la mort civile soit encourue. L'effet ne peut exister avant sa cause. Ce raisonnement, que je crois incontestable, me paroît suffisant pour démontrer combien est peu fondée l'opinion de ceux qui prétendent donner à la mort civile un effet rétroactif. M. Proudhon est de cet avis. Suivant cet auteur, le condamné qui est exécuté à quatre heures, par exemple, est mort civilement depuis minuit du même jour. Cette question peut avoir quelqu'importance, dans le cas, par exemple, où une succession s'ouvriroit au profit du condamné, dans l'intervalle de minuit à quatre heures; mais j'avoue que je ne sais sur quoi peut être appuyée une opinion aussi singulière que celle de M. Proudhon. En général, la rétroactivité est un effet exorbitant, qui ne peut donc avoir lieu, qu'autant qu'il est formellement exprimé dans la loi. M. Proudhon prétend que cela résulte de ce qu'il est dit dans l'art. 26, que la mort civile a lieu du jour de l'exécution; d'où il conclut qu'elle commence avec ce même jour. Mais c'est précisément la conséquence contraire qu'il auroit fallu tirer. En général, quand la loi se sert de cette expression, *à compter de tel jour*, il est de règle que l'on ne compte jamais le *dies à quo*. C'est sur ce principe qu'est fondé l'article 1033 du Code de Procédure. Ici, à la vérité, on ne peut pas négliger tout-à-fait le *dies à quo;* mais au moins faut-il dire que la mort civile ne peut être encourue que par l'exécution, et du moment de l'exécution. Donc jusques-là le condamné a joui des droits civils, et tous lesdits actes faits par lui sans fraude, doivent être exécutés.

(7) *Soit par effigie.* L'exécution par effigie a lieu quand le condamné n'est pas présent au moment de l'exécution; ce qui peut arriver, même quand la condamnation a été contradictoire, si le condamné a trouvé le moyen de s'évader depuis la condamnation.

Pour l'exécution par effigie, extrait du jugement de condamnation est, dans les trois jours de la prononciation, à la diligence du Procureur général ou de son substitut, affiché par l'exécuteur des jugemens criminels, à un poteau planté au milieu de l'une des places publiques de la ville, chef-lieu de l'arrondissement où le crime a été commis. (*Code d'Instruct. Crim.*, art. 472.)

De quand est censée avoir lieu l'exécution, dans le cas de condamnation à la déportation? Le Code Pénal ne fournit aucune base précise d'où l'on puisse partir pour décider cette question. Je penserois que, dans le silence de la loi, ce devroit être du jour de l'affiche, porté par l'article 36 dudit Code; ou peut-être pourroit-on dire, par argument de l'article 35, que c'est du jour que l'arrêt est devenu irrévocable. Mais la première opinion me paroît préférable, puisque du moins il y a une espèce de publicité. La seule diffi-

BIU Cujas

culté qu'elle présente, c'est qu'il ne paroît pas qu'il soit fait de procès-verbal d'affiche.

(8) *Contradictoirement.* Le jugement contradictoire est celui qui est prononcé, après que toute l'instruction a été faite avec le coupable présent.

PAGE 23.

(1) *Par contumace.* Le jugement par contumace est, en matière criminelle, ce qu'est le jugement par défaut en matière civile. Il a lieu, quand il a été rendu contre l'accusé absent, et dûment interpellé de comparoître.

(2) *Qu'à l'expiration des cinq années.* Ceci est un changement notable à l'ancienne jurisprudence. Dans l'ancien droit, le condamné par contumace avoit également un délai de cinq ans pour comparoître, ou, comme l'on disoit, *pour purger la contumace ;* mais si, après avoir reparu, il étoit condamné à la même peine, ou à une autre emportant également mort civile, elle étoit censée encourue du moment de l'exécution du premier jugement. Il en étoit de même quand il ne reparoissoit pas. Si, au contraire, en reparoissant, il étoit absous ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, il étoit censé ne l'avoir jamais encourue. Il en étoit de même, s'il mouroit dans les cinq ans. Ce système étoit peut-être plus conforme à la rigueur des principes. Il est certain qu'un jugement par défaut doit avoir son plein et entier effet du jour qu'il a été rendu, tant qu'il n'a pas été infirmé. Mais de là résultoient de grands embarras dans la pratique, notamment pour ce qui concernoit les successions et autres droits échus au condamné pendant les cinq ans. Tous ces droits étoient *In suspenso.* Reparoissoit-il dans le délai, et étoit-il absous ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, il étoit censé avoir recueilli ces droits du moment de leur ouverture : s'il mouroit dans le même délai, il étoit censé les avoir recueillis également, et les avoir transmis à ses propres héritiers. Si, au contraire, il ne reparoissoit pas, ou si, après avoir reparu, il étoit condamné à la même peine, ou à une autre emportant également mort civile, il étoit censé n'avoir jamais recueilli ces mêmes droits, qui étoient alors réputés avoir appartenu, dès le moment de leur ouverture, à ceux qui avoient droit de les recueillir à son défaut. C'est pour faire cesser cet état d'embarras et d'incertitude, que le Législateur a préféré, avec raison, faire fléchir le principe, en décidant que, lors de la condamnation par contumace, la mort civile ne seroit encourue qu'à l'expiration des cinq années.

(3) *De l'exercice*, mais non du droit en lui-même. Il y a cette différence entre un droit et l'exercice de ce même droit, qu'un droit peut exister dans une personne sans aucun fait de sa part, et même à son insu, au lieu que l'exercice suppose toujours un fait de la part de la personne à laquelle le droit appartient. L'on voit d'après cela qu'on peut fort bien être privé de

BIU Cujas

l'exercice d'un droit, sans être privé du droit lui-même. Ainsi un impubère peut être propriétaire, et ne peut faire aucun acte de propriété : et sans sortir de la matière qui nous occupe, une succession échoit au condamné ; il n'est pas privé du droit de succéder : cette succession lui est donc déférée ; mais il ne peut exercer ce droit ; en conséquence, il ne peut accepter ni répudier cette succession. Mais ses droits devant, aux termes de l'article, être exercés comme ceux des absens, ceux à qui l'administration provisoire de ses biens a été accordée, pourront accepter ou répudier cette succession de son chef.

(4) *Qui doit rendre le compte du séquestre*, etc. *Quid*, à l'égard des fruits ? Ceux qui ont été perçus depuis l'envoi en possession obtenu par les héritiers, doivent leur être restitués. (Décision des Ministres de la justice et des finances, en date du 20 avril 1810, rapportée par SIREY, 1812, 2e. partie, pag. 160.)

(5) *Du jour du jugement.* Durant le séquestre, il peut être accordé des secours à la femme, aux enfans, au père et à la mère de l'accusé, s'ils sont dans le besoin. Ces secours sont réglés par l'autorité administrative. (*Cod. d'Inst. Crim.*, art. 475.) Quant aux créanciers, ils peuvent poursuivre devant les Tribunaux leurs droits contre la régie, comme représentant leur débiteur ; et les jugemens rendus avec elle ont force de chose jugée contre lui. *Voir* un décret qui se trouve rapporté dans SIREY, 1812, 2e. partie, page 64, et qui a annullé un arrêté du préfet du département du Var, lequel avoit revendiqué, au nom de l'autorité administrative, une cause relative aux biens d'un condamné par contumace ; d'où il faut conclure que ces sortes d'affaires doivent être nécessairement portées devant les Tribunaux.

(6) *De la mort civile.* Je pense néanmoins, ainsi que nous le verrons plus bas (note (8) de la page 25), que, dans le cas où la mort civile résulte d'un jugement rendu par contumace, la transmission des biens aux héritiers reste *in suspenso*, jusqu'au moment où la condamnation est devenue irrévocable.

(7) *Et ab intestat.* Ainsi il est toujours censé mort *ab intestat*, quand même il existeroit un testament fait avant la mort civile, parce que le testament n'ayant d'effet qu'autant que le testateur a persévéré jusqu'à sa mort dans la même volonté, c'est le moment de cette mort qu'il faut considérer, pour juger s'il a pu disposer ou non. Or ici, le condamné étoit, au moment de sa mort, incapable de toute disposition et de toute volonté, puisqu'un des effets de la mort civile est d'ôter le droit de disposer entre-vifs ou par testament.

Quid, s'il avoit fait antérieurement une institution contractuelle, ou une donation des biens qu'il laissera au jour de son décès, et ce, dans la forme dans laquelle ces sortes d'actes sont valables, c'est-à-dire, par contrat de mariage ? La disposition doit être exécutée. En effet cette institution ou

BIU Cujas

donation est réellement un don, et un don irrévocable de la succession du disposant. Le droit est donc acquis au donataire du moment de la donation. Il suffit donc que le donateur ait été capable à cette époque. Si cependant l'acte avoit été fait depuis l'arrestation du condamné, il pourroit être regardé comme ayant été fait en fraude de la loi, qui défend au mort civilement de disposer par testament, et, comme tel, annullé. L. 15. ff. *de donat.*: Legrand sur Troyes, art. 125, gl. 2. n°. 15. Il en seroit de même à l'égard des donations entre-vifs faites à la même époque.

(8) *Donneroit ouverture.* Je pense cependant que, dans le cas où la mort civile ne seroit pas la suite d'une condamnation à la mort naturelle, le condamné pourroit réclamer, sur ses propres biens, le strict nécessaire pour sa subsistance. (Argument tiré de la disposition qui lui permet de recevoir des donations alimentaires.)

(9) *De recevoir et de disposer. Quid,* à l'égard des donations manuelles? Je pense qu'il en doit être de même, si elles peuvent être légalement prouvées.

(10) *A titre d'alimens.* On a même jugé à Paris le 18 août 1808 (Sirey, 1812, 2e. partie, pag. 208) que le mort civilement pouvoit demander des alimens à ceux qui, d'après la loi, étoient obligés de lui en fournir.

(11) *De le représenter.* Ce curateur est nommé par le Tribunal où la demande doit être portée. La Cour de Cassation a jugé, le 23 novembre 1808, que la nullité des procédures faites par un mort civilement, étoit d'ordre public, et pouvoit être proposée en tout état de cause, même sur l'appel. Cet arrêt est fondé en principe. On ne peut dire que la prohibition faite au mort civilement, de procéder devant les Tribunaux, soit établie dans l'intérêt de qui que ce soit, mais seulement parce qu'il répugne à la majesté de la Justice de voir paroître dans son sanctuaire l'individu que son glaive a frappé. Il est donc certain que cette prohibition, et par conséquent la nullité qui en résulte, sont d'ordre public. Le créancier du mort civilement, antérieur à la mort civile, peut-il attaquer les biens acquis depuis la mort civile encourue? D'abord il est certain qu'il a pu se pourvoir contre la succession, et même sur les biens personnels de l'héritier, si elle a été acceptée purement et simplement. Or, il paroît répugner que le même individu soit mort et vivant à l'égard de la même personne. Il est mort, puisque sa succession est ouverte, et que les héritiers sont tenus de ses dettes, même *ultrà vires*, s'ils n'ont pas pris le bénéfice d'inventaire. D'un autre côté, il seroit vivant, si le même créancier pouvoit l'attaquer pour une obligation contractée antérieurement. Je pense donc que, dans la rigueur des principes, il doit être réputé mort pour tous les faits antérieurs à la mort civile. C'étoit au surplus la doctrine des Lois Romaines. L. 3, Cod. *de sentent. passis et restit. Est alius homo*, dit la loi 17, §. 5, *ad Senat. Trebell.*

BIU Cujas

PAGE 24.

(1) *Aucun effet civil*, sauf cependant le cas où l'individu qui a contracté mariage avec le mort civilement, auroit ignoré l'état de mort civile dans lequel il se trouvoit. Le mariage auroit, dans ce cas, les effets civils à l'égard de l'époux de bonne foi, et des enfans issus du mariage. (Art. 201.)

Mais, d'un autre côté, quand un jugement de condamnation a reçu toute la publicité possible par l'exécution, l'affiche, etc., peut-il y avoir encore bonne foi de la part de l'autre conjoint? RICHER paroît en douter, sur le fondement que les lois n'ont pas plus de publicité, et que cependant elles sont censées connues de tout le monde. Cependant il convient que cela est possible dans certains cas : si, par exemple, le condamné avoit changé de nom, et qu'il eût été demeurer dans un lieu fort éloigné de celui de l'exécution.

Quant à moi, je pense qu'en principe général il peut y avoir bonne foi. L'exécution est un fait qui peut être ignoré, comme tous les autres faits, surtout de ceux qui ne demeurent pas dans des lieux très-voisins. Quant à la comparaison que fait RICHER, entre l'exécution des jugemens criminels et la promulgation des lois, elle est très-inexacte. Les lois se promulguoient anciennement dans chaque Tribunal en particulier; ce n'étoit que du moment de cette promulgation particulière, qu'elles étoient obligatoires. Aujourd'hui on les connoît dans toute la France par les journaux, et même par le Bulletin, ordinairement bien avant l'expiration du délai fixé par l'article premier du Code. L'exécution des jugemens criminels n'étoit, et n'est encore publique, que dans le lieu même. L'affiche n'a lieu que dans cinq endroits. Hors de là, la condamnation peut fort bien être ignorée, et par conséquent le conjoint peut être présumé de bonne foi, sauf la preuve contraire.

L'on demande en second lieu, si les enfans issus du mariage contracté de bonne foi avec un mort civilement, pourroient lui succéder.

Ce qui avoit donné lieu anciennement à cette question, c'est que, d'après l'article 6 de la déclaration de 1639, les enfans procréés par ceux qui se marioient après avoir été condamnés à mort, étoient déclarés *incapables de toutes successions, aussi bien que leur postérité.*

Cependant l'on jugeoit qu'il falloit excepter le cas du mariage contracté de bonne foi, et que les enfans qui en étoient issus, pouvoient succéder au conjoint de bonne foi : qu'ils ne pouvoient, à la vérité, recueillir la succession du mort civilement, parce qu'il étoit incapable de transmettre; mais qu'ils pouvoient recueillir toutes les autres successions, même celles du côté et ligne du conjoint mort civilement, pourvu toutefois qu'ils n'y vinssent pas par droit de représentation. Quel seroit le droit, aujourd'hui que la déclaration de 1639 est abrogée?

Je pense que les tribunaux anciens se contredisoient, en accordant les effets

BIU Cujas

civils au mariage contracté de bonne foi avec un mort civilement, et en refusant aux enfans qui en étoient issus, le droit de recueillir sa succession; car, bien certainement, un des effets civils du mariage est de donner aux enfans qui en sont issus, le droit de succéder à leurs père et mère; et puisque l'on convenoit que la disposition de la déclaration de 1639 devoit souffrir exception dans le cas de bonne foi, il n'y avoit pas de raison d'introduire une exception dans l'exception même. C'étoit, disoit-on, parce que le mort civilement étoit incapable de transmettre sa succession. Mais nous avons démontré que, dans les successions *ab intestat*, ce n'est point le défunt, c'est la loi qui transmet. Et cela doit être regardé comme constant aujourd'hui que la succession ouverte par la mort civile, est dévolue aux héritiers du condamné, comme celle de tout autre individu. Je pense donc que le principe de la bonne foi doit être appliqué dans son entier, et que les enfans issus du mariage dont il s'agit, doivent jouir des mêmes droits, relativement à toutes successions, que si le mariage eût été légitime, puisque ces droits font partie des droits civils que la loi assure au mariage dont ils sont issus.

Quant à l'objection qui pourroit être tirée de ce que l'art. 33 adjuge à l'Etat les biens acquis depuis la mort civile encourue, elle ne me paroît nullement fondée; d'abord, parce que ces biens sont adjugés à l'Etat à titre de déshérence, c'est-à-dire, comme étant les biens d'un homme qui n'a point d'héritiers. Or, c'est précisément la question de savoir si, dans le cas proposé, les enfans du mort civilement sont, ou non, ses héritiers. Si donc l'on commence par supposer qu'il est mort en état de déshérence, c'est évidemment supposer ce qui est en question.

En second lieu, la loi n'adjuge-t-elle pas à l'Etat, par droit de déshérence, les biens de ceux qui n'ont pas d'héritiers connus? Or, si l'on suppose qu'un de ces individus a contracté un mariage nul avec une femme de bonne foi, et qu'il en est issu des enfans, pourra-t-on prétendre que le fisc a droit de les exclure de la succession de leur père?

Enfin, un arrêt de la Cour de Douai, du 22 février 1812, qui avoit jugé dans un sens contraire à cette opinion, a été cassé le 15 janvier 1816. (*Bulletin* n°. 5).

(2) *Quant à ses effets civils.* Il résulte de ces expressions une différence essentielle, quant aux effets, entre cette dissolution, et celle qui a lieu par la mort naturelle. Celle-ci rompt tous les liens, tant religieux que civils: *Mors omnia jura corrumpit.* L'époux survivant peut donc, en sûreté de conscience, former d'autres nœuds. La mort civile au contraire ne dissout, et ne peut dissoudre que le lien civil; le lien religieux subsiste toujours, tellement que, si l'époux innocent venoit à se remarier civilement, avant la mort naturelle de son premier époux, ce ne seroit point un mariage qu'il contracteroit, dans le for intérieur, mais un adultère caractérisé qu'il commettroit. *Voyez* au surplus ci-après la note (3) de la page 80.

BIU Cujas

Comment doivent être considérés les enfans conçus depuis la mort civile, mais d'un mariage contracté auparavant? Pour tout ce qui est de droit civil, la circonstance qu'ils sont nés de la femme de leur père, est indifférente, puisque le mariage est dissous civilement. Ils doivent donc être regardés comme enfans nés hors mariage. Mais ils doivent, relativement à leur mère, jouir des droits d'enfans naturels.

Espérons cependant qu'une législation plus saine et plus conforme à la morale, cessera de considérer le mariage comme un contrat purement civil, et que les enfans de l'époux, que le sentiment de ses devoirs aura obligé de suivre, dans le malheur, son époux frappé de mort civile, ne seront pas mis sur la même ligne que les enfans du crime; et que, s'ils ne peuvent succéder à leur père, qui ne peut avoir d'héritiers, ils seront considérés dans la famille comme de véritables enfans légitimes, et succéderont en conséquence à leur mère, à ses parens, ainsi qu'à ceux des parens de leur père, à l'égard desquels ils pourront se passer du bénéfice de la représentation.

Quand les enfans sont-ils présumés conçus depuis la mort civile? Quand ils sont nés 300 jours après que cette mort a été encourue. *Voyez* ci-après au Titre du Mariage, chap. 4, sect. 2.

(3) *Par droit de déshérence. Déshérence*, pour *dêhérence*. L'*s* a été ajoutée pour adoucir la prononciation : ce mot vient des deux mots latins, *de* privatif, et *heres*. Ce droit de déshérence est donc, en général, le droit de succéder à celui qui n'a point d'héritier, soit qu'il n'en ait pas réellement, comme celui qui décède veuf ou célibataire, sans enfans ni parens connus; soit qu'il ne puisse en avoir, comme le mort civilement.

Il se présente ici une question, que nous avons prévue dans la note (9) de la page 14, et dont nous avons renvoyé ici la solution. Pourquoi le mort civilement, qui transmet à ses héritiers légitimes les biens qu'il possède au moment où la mort civile est encourue, ne leur transmet-il pas les biens acquis par lui depuis qu'il a encouru cette mort? Nous avons démontré que ce n'est pas parce qu'il est incapable de transmettre, puisqu'il transmet au moment où il est frappé de la mort civile, et que, d'ailleurs, comme nous l'avons fait observer, dans la succession *ab intestat* ce n'est pas le défunt qui transmet, c'est la loi qui transmet pour lui; c'est elle qui saisit ses héritiers, de suite et de plein droit, de tous les biens de la succession, sous la condition d'en acquitter toutes les charges. (Art. 724.) Pourquoi donc ici les parens du mort civilement ne succèdent-ils pas aux biens acquis depuis la mort civile encourue? C'est que, par la mort civile, tous les liens civils de famille ont été rompus. Le condamné est mort aux yeux de la loi. C'est, en un mot, un autre homme, qui n'a, ni ne peut avoir parens ni famille. C'est pour cela que l'article 33 dit, que les biens passent à l'Etat *par droit de déshérence*, c'est-à-dire, comme provenant d'une personne qui n'a pas d'héritiers. Cette doctrine étoit,

BIU Cujas

au surplus, celle du droit romain. Dans la loi déjà citée 17, §. 5, ff., *ad Senat. Trebell.*, Ulpien propose la question suivante :

« Une femme, en instituant héritier son fils, l'avoit chargé, dans le cas où « il mourroit sans enfans, de rendre la succession au frère d'elle testatrice. Le « fils institué est déporté ; ce qui, chez les Romains, emportoit la mort ci- « vile. Il n'avoit pas d'enfans au moment de sa déportation ; mais il lui en « étoit né depuis. (La mort civile ne dissolvoit pas le mariage chez les Ro- « mains.) On demande si la condition du fidéi-commis est arrivée, c'est-à-dire, « si la succession doit être restituée au frère de la testatrice. Ulpien décide « que les enfans conçus depuis la déportation ne peuvent empêcher la restitu- « tion du fidéi-commis, *quasi ab alio suscepti*, parce que, dit-il, ils ne sont « pas censés nés du fils de la testatrice, maisd'une autre personne. »

D'après cette explication, qui est très-simple, l'on voit combien l'on seroit peu fondé à argumenter de l'article 33, pour prétendre que la faculté de transmettre est un droit civil, dont l'étranger, qui ne jouit pas des droits civils, doit conséquemment être privé, puisque le mort civilement transmet les biens qu'il possède au moment où il est frappé de la mort civile, et que, quant à ceux qu'il acquerroit depuis, ils ne sont dévolus à l'Etat, que parce qu'il n'a, ni ne peut avoir d'héritiers.

L'on voit, au surplus, par cet article 33, que le mort civilement peut acquérir des biens. Et en effet, il est, comme nous l'avons dit, capable de tous les actes qui peuvent être nécessaires pour le soutien de sa vie naturelle. *Deportatus*, dit la loi 15, ff. *de Interdict. et Releg.*, etc., *speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur. Emit enim et vendit, locat, conducit, permutat, fœnus exercet, et cœtera similia; et posteà quæsita pignori dare potest.*

(4) *Et irrévocable :* Sauf les cas de révisions qui sont très-rares. (*Voyez* les articles 443 à 447, du Code d'Instruction Criminelle.)

PAGE 25.

(1) *Dans l'intégrité de ses droits.* Tant qu'il reste un moment jusqu'à l'expiration des cinq ans, la loi suppose que le condamné auroit pu se représenter. Or, nous allons voir que la représentation du condamné, dans les cinq ans, anéantit le jugement.

(2) *De plein droit.* En conséquence, il n'est pas nécessaire d'en faire prononcer la nullité. *Quid*, à l'égard des actes faits par le condamné, depuis le premier jugement ? Ils sont valables. En effet, l'on ne pourroit en demander la nullité, qu'en exhibant le jugement. Or, il est anéanti ; *et quod nullum est, nullum producit effectum.* Ce principe s'appliqueroit également au testament que le prévenu pourroit avoir fait, soit avant, soit depuis la condamnation.

BIU Cujas

(3) *Les condamnations civiles.* On appelle *condamnations civiles* les dommages-intérêts, ou autres réparations auxquelles l'accusé a pu être condamné envers la patrie plaignante. Il est clair que le jugement qui constatoit le crime, étant anéanti, il ne peut y avoir de dommages-intérêts pour réparations d'un crime, qui n'existe pas aux yeux de la loi tant qu'il n'est pas prouvé.

Il en seroit autrement, si le coupable avoit été condamné contradictoirement, et étoit mort avant l'exécution. A la vérité, il est mort dans l'intégrité de ses droits, puisqu'il n'a pas encouru la mort civile; mais cependant les condamnations civiles subsistent. Ainsi décidé par avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 26 fructidor an 13 (*Bulletin*, n°. 1052), et avec raison. Dans le premier cas, l'accusé n'a pas été entendu, et il est encore dans le délai pour se représenter et se justifier; dans le second, il a épuisé tous ses moyens de défense, puisque nous supposons qu'il a été jugé contradictoirement.

(4) *Par la voie civile seulement.* Il est de principe que la mort du coupable éteint le crime, et par conséquent les poursuites criminelles. Pendant sa vie, l'action civile peut être poursuivie en même temps, et devant les mêmes juges, que l'action criminelle. Elle peut aussi être poursuivie séparément; mais alors la poursuite a lieu devant les tribunaux civils; et si l'action publique a été intentée auparavant, ou si elle est intentée pendant la poursuite de l'action civile, l'exercice de cette dernière action est suspendu, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé définitivement sur l'action publique. (*Code d'Instruction Criminelle*, art. 3.)

Si l'action civile n'est formée qu'après le jugement sur l'action publique, elle ne peut être portée que devant les tribunaux civils. (*Ibid.*, art. 359.)

(5) *L'accusé.* Il n'est plus qu'accusé; le jugement qui le condamnoit, est anéanti.

(6) *Du second jugement.* Par conséquent, sa succession sera dévolue à ceux qui se trouveront ses héritiers à l'époque de l'exécution du second jugement, et non pas à ceux qui pouvoient l'être à l'époque du premier. C'est toujours une suite de la dérogation aux anciens principes, dont nous avons déjà parlé; car, puisque le premier jugement a été confirmé, c'est une preuve que l'accusé avoit d'abord été bien jugé. Mais cela tient, comme nous l'avons déjà fait observer, à l'intention que l'on a eue, de ne point tenir les propriétés en suspens pendant les cinq années.

(7) *Quant à la condamnation.* Il en est de même des procédures faites depuis l'ordonnance de prise de corps, ou de se représenter. Elles sont également anéanties. (*Code d'Inst. Crimin.*, art. 476.)

(8) *Jusqu'au jour de sa comparution.* Si donc il s'est ouvert, depuis l'expiration des cinq ans, des successions auxquelles le condamné auroit eu droit s'il n'avoit pas été mort civilement, mais qui aient été recueillies par d'autres

BIU Cujas

personnes à son défaut, il ne pourra rien réclamer à cet égard. Mais cela s'étendra-t-il à ses propres biens, de manière que, malgré que son innocence ait été reconnue et proclamée, il soit réduit à la mendicité, pendant que ses héritiers jouiront tranquillement de toute sa fortune? J'avoue que, même avant la promulgation du Code Criminel, je ne pouvois me faire à cette idée, tant elle me paroissoit contraire aux principes de la morale et de l'équité. Je sais bien que l'on peut reprocher au contumax de s'être méfié de la justice de ses concitoyens. Mais n'est-il pas assez puni par le séquestre de ses biens, par la privation de l'exercice de tous ses droits, par la déchéance de toutes les successions qui ont pu s'ouvrir en sa faveur? Et d'ailleurs, ne peut-il pas se rencontrer un concours de circonstances telles qu'il ait pu craindre avec fondement l'effet de la prévention; que, par prudence même, il se soit cru obligé de disparoître pendant un certain nombre d'années, jusqu'à ce qu'un heureux hasard fasse éclater son innocence? La loi pourroit-elle, dans ce cas, favoriser des parens avides, au préjudice du véritable propriétaire? Telles etoient les raisons qui, même sous le Code Civil, me portoient à penser que, le cas arrivant, les biens propres du condamné seroient exceptés de la règle générale qui paroît établie par l'article 30. Mais j'ai été bien confirmé dans cette opinion par les dispositions du Code d'Instruction Criminelle.

En effet, nous voyons dans l'art 465, que si, après un arrêt de mise en accusation, l'accusé n'a pas pu être saisi, il est rendu par le Président du Tribunal une ordonnance portant que, faute par lui de se représenter dans un nouveau délai de dix jours, ses biens seront séquestrés: aux termes de l'article 466, c'est la Régie des Domaines qui est chargée de l'administration de ce séquestre.

L'art. 471 ajoute que, si l'accusé ne comparoît pas, et que la condamnation ait lieu par contumace, ses biens sont, à partir de l'exécution de l'arrêt, considérés et régis comme biens d'absens, toujours par la même administration, et que le compte du séquestre est rendu à qui il appartiendra, après que la condamnation est devenue irrévocable par l'expiration du delai accordé pour purger la contumace. Ce délai est de vingt ans, à compter de la date du jugement, d'après l'art. 635.

Enfin, l'art. 641 porte que, dans aucun cas, les condamnés par contumace, dont la peine est prescrite, ne peuvent être admis à se présenter pour purger la contumace.

L'on voit, par ces divers articles, que, dans le cas de non représentation du condamné, l'Administration des Domaines ne doit se dessaisir des biens, que vingt ans après la prononciation de l'arrêt, et que cet intervalle de vingt années est précisément celui qui est accordé au contumax pour se représenter et se faire juger de nouveau. Or, pourquoi retarderoit-on pendant vingt ans la restitution du séquestre, si, à compter de l'expiration des cinq premières

BIU Cujas

années, les héritiers avoient un droit irrévocable à la succession, un droit entièrement indépendant de la comparution postérieure du condamné ? N'est-il pas évident qu'en accordant, d'un côté, au condamné, vingt ans pour comparoître et se justifier, et en prescrivant, de l'autre, à la Régie des Domaines, de tenir les biens en séquestre pendant les mêmes vingt années, on a prévu qu'il étoit possible que l'accusé se représentât, justifiât de son innocence, et pût, dans ce cas, réclamer le compte du séquestre apposé sur ses propres biens.

D'ailleurs, il n'y a qu'une seule raison qui eût pu déterminer le Législateur à ôter au condamné qui s'est représenté après les cinq ans, et qui a été absous, ou condamné à une peine n'emportant par mort civile, le droit de réclamer ses biens. C'est la même dont nous avons déjà parlé, c'est-à-dire, le désir de ne point laisser les propriétés incertaines, de ne point déranger les calculs, les arrangemens de famille qui auroient pu être le résultat d'une succession opulente, dont on ne devoit pas s'attendre à être privé un jour. Mais l'on voit que, d'après les dispositions du Code d'Instruction Criminelle, cet inconvénient n'est plus à craindre, puisque les héritiers n'ont rien à réclamer, et ne jouissent de rien avant l'expiration des vingt années : il n'y a donc aucun motif d'intérêt public qui puisse justifier le dépouillement de l'accusé avant l'expiration des vingt ans qui lui sont accordés pour purger la contumace.

L'on ne manquera pas d'opposer à cette décision le premier alinéa de l'article 476 du même Code, ainsi conçu :

« Si cependant la condamnation par contumace étoit de nature à emporter « la mort civile, et si l'accusé n'a été arrêté, ou ne s'est représenté qu'après « les cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement de contumace, ce juge- « ment, conformément à l'article 30 du Code Civil, conservera, pour le « passé, les effets que la mort civile auroit produits dans l'intervalle écoulé « depuis l'expiration des cinq ans, jusqu'au jour de la comparution de « l'accusé en justice. »

Et l'on conclura de cet article, qu'en supposant que l'opinion, que nous venons d'émettre, soit vraie dans les autres cas, elle n'est pas applicable à celui où la mort civile a été encourue.

Mais, d'abord, je ferai observer qu'il y a, dans cet argument, une pétition de principe ; car il est dit dans l'article, que le jugement conservera ses effets. Or, précisément la question sur laquelle on est divisé, est celle de savoir si, lorsque le jugement est par contumace, l'on doit mettre au nombre de ses effets l'envoi des héritiers légitimes en possession de la succession du condamné.

En second lieu, l'article 476 peut s'entendre dans le sens que le jugement conserve ses effets, quant aux droits qui ont pu s'ouvrir au profit du con-

BIU Cujas

damné, depuis l'expiration des cinq ans, et qui, même dans mon opinion, sont bien irrévocablement acquis à ceux qui les ont recueillis à défaut du condamné. Enfin, il peut s'appliquer aussi à la succession même du condamné, dans le sens que, pour juger à quelles personnes le compte du séquestre doit être rendu, si le condamné ne s'est pas représenté dans les vingt ans, il faut considérer uniquement l'époque de l'expiration des cinq années, et adjuger la succession du condamné à ceux qui se trouvoient ses héritiers à ce moment, leurs représentans ou ayant-cause.

Il me semble que cette interprétation concilie l'équité avec les dispositions déjà bien assez rigoureuses de la loi.

Enfin, je dois faire observer en finissant:

1°. Que cette doctrine est absolument conforme à ce qui avoit lieu dans l'ancien droit. Aux termes de l'art. 28 du Tit. 17 de l'Ordonnance de 1670, le condamné par contumace, à une peine emportant mort civile, ne pouvoit, après les cinq ans, purger la contumace, qu'il n'eût obtenu en la grande chancellerie des lettres pour ester à droit, *stare in judicio*. Ces lettres obtenues, s'il étoit alors absous, ou condamné à une peine qui n'emportât pas confiscation, les biens confisqués lui étoient rendus; et il en étoit de même dans le cas où ses biens avoient été dévolus à ses héritiers, dans les pays où la confiscation n'avoit pas lieu, tels que Bretagne, Anjou, Maine, etc. (Richer, *de la mort civile*, liv. 3, chap. 1, sect. 2.) Or, actuellement que la formalité des lettres est abolie, et que le condamné peut, même après les cinq ans, se représenter *de pleno*, il doit, quand il se représente, être placé dans la même catégorie que celui qui, dans l'ancien droit, avoit obtenu des lettres. Or, le bien de celui-ci lui étoit rendu, quand il étoit absous par le deuxième jugement. Donc, etc.

2°. Qu'y eût-il même encore du doute, l'opinion que j'établis ici, devroit encore être préférée, comme beaucoup plus conforme à l'équité et à la maxime, *favores ampliandi*. Il ne peut y avoir à balancer entre l'intérêt du propriétaire et celui de ses héritiers; et il me paroît tellement contraire à toutes les idées, à tous les principes du droit naturel, de voir des individus jouir de la succession d'un homme qui a d'ailleurs la vie naturelle et la vie civile, que, pour me forcer à embrasser cette opinion, il faudroit me montrer une disposition formelle, et si clairement rédigée, qu'elle fût entièrement exclusive de l'opinion contraire. Or, je crois avoir démontré que les dispositions qu'on peut m'opposer, sont loin d'avoir ce caractère. Donc, etc.

Nota. Le Tribunal de première instance de Paris a rendu le 22 août 1818, un jugement portant que la disposition de l'art. 471 du Code d'Instruction Criminelle ne doit plus avoir d'application, maintenant que la confiscation est abolie par la Charte. Pour que cette décision pût être fondée, il faudroit supposer que cet art. 471 n'étoit applicable qu'aux cas où il y avoit confis-

BIU Cujas

cation, ce qui est bien loin d'être exact. Car il résulte de la simple lecture du Code d'Instruction Criminelle que toutes les dispositions du chap. 2, du Tit 4, et qui comprend les art. 465 à 478, s'appliquent à tous les cas où il a été rendu un arrêt de mise en accusation contre un contumax. Or, le Tribunal de Paris doit savoir qu'il y a lieu à mise en accusation pour tous les faits déclarés crimes par le Code Pénal ; qu'un très-petit nombre de ces faits sont punis par la peine de mort ; que, parmi ces derniers, il n'y avoit que trois cas dans lesquels la confiscation avoit lieu, savoir : les crimes contre la sûreté de l'Etat, ou la personne du Souverain ; celui de fausse monnoie, et celui de contrefaçon du sceau de l'Etat ou des billets de banque; que, d'un autre côté, jamais la confiscation n'étoit prononcée pour un crime n'emportant pas peine de mort ; en sorte qu'il est vrai de dire que, parmi les cas auxquels l'art. 471 étoit applicable, il y en avoit plus des dix-neuf vingtièmes qui n'emportoient pas confiscation. Comment donc les juges de Paris ont-ils pu dire que l'exécution de ces articles étoit incompatible avec la suppression de la confiscation ? Qu'il soit plus naturel de faire administrer les biens du contumax par ses héritiers naturels, et qu'en conséquence l'art. 471 doive être réformé, cela peut être. Mais jusqu'à présent l'on avoit pensé que cette réforme ne pouvoit être faite que par l'autorité législative, et que, tant qu'elle n'avoit pas eu lieu, les Tribunaux devoient se conformer à la loi existante, et n'avoient pas le droit de créer de prétendues contradictions pour se dispenser de l'exécuter.

Je pense, au surplus, que toutes ces dispositions doivent être appliquées au cas où le condamné, après la mort civile encourue, obtiendroit sa grâce, ou même une commutation de peine, si toutefois la seconde peine n'est pas également de nature à emporter la mort civile.

Quid, si le condamné se représente après les cinq ans, et qu'il meure pendant l'instruction, et avant le jugement ?

D'après la lettre de l'art. 30 du Code Civil, l'on devroit décider que le condamné est mort en état de mort civile ; car, d'après cet article, il ne rentre dans ses droits civils qu'autant qu'il est absous ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile ; ce qui suppose qu'il y a eu jugement. Mais je pense qu'il a été dérogé à cette disposition par l'art. 476 du Code d'Instruction Criminelle, ainsi conçu :

« Si l'accusé se constitue prisonnier, ou s'il est arrêté avant que la peine « soit éteinte par la prescription, le jugement rendu par contumace, et » les procédures faites contre lui depuis l'ordonnance de prise de corps, ou « de se représenter, seront anéanties de plein droit, et il sera procédé à son « égard dans la forme ordinaire, etc. »

Il résulte bien évidemment de cet article, que la seule représentation de l'accusé, avant l'expiration de vingt ans, suffit pour anéantir le jugement, et

BIU Cujas

pour lui ôter tous ses effets, mais seulement pour l'avenir. Si l'accusé meurt pendant l'instruction, il meurt donc *integri statûs*, sans préjudice néanmoins de tous les effets que la mort civile a pu produire pendant le temps qui s'est écoulé depuis l'expiration des cinq ans, jusqu'au jour de la comparution, conformément au deuxième aliéna du même article. En conséquence, tous les actes de disposition que le condamné a pu faire, pendant ce temps, sur ses propres biens, sont nuls. En seroit-il de même de son testament, s'il mouroit après sa comparution, ou même après le jugement d'absolution ? La raison de douter se tire de ce que le testament n'a d'effet, et n'est censé connu que du jour du décès. Or, nous supposons qu'à cette époque, le jugement qui le rendoit incapable, étoit anéanti. Il faut cependant décider que le testament, fait depuis la condamnation, est nul. En effet, il est de principe constant, que, pour déterminer la capacité de disposer dans la personne du testateur, il faut considérer deux époques : celle de la confection du testament, et celle de la mort. *Sic* jugé en Cassation le 20 mai 1812. (SIREY, 1812; 1ere. partie, pag. 357.) Si, à ces deux époques, le testateur étoit capable de disposer, son testament est valable, quoiqu'il ait été incapable dans l'intervalle, *quia media tempora non nocent.* (*L.* 1, §. 8, ff. *de Bon. Possess. sec. tab.*) Mais s'il étoit incapable à l'une de ces deux époques, le testament est nul. (*L.* 8, § 1, et *L.* 19. ff. *Qui testam. fac. poss.*) Cela posé, l'on voit que, si le testament a été fait depuis la comparution de l'accusé, il est valable, puisque le jugement qui privoit le testateur de ses droits civils, étoit alors anéanti. Il en est de même, si le testament avoit été fait avant la condamnation, puisqu'à cette époque le testateur étoit capable de disposer. Mais si le testament n'a été fait que depuis la condamnation, et avant la comparution, il est nul.

Mais *quid*, si le testateur, après que la mort civile a cessé, a confirmé le testament fait en état de mort civile ; cette confirmation valide-t-elle ce testament ? L'affirmation paroît avoir été jugée par un arrêt de la cour de Paris du 15 juin 1813. (SIREY, 1814; 2e. partie, p. 308.) Cependant je crois la négative plus conforme aux principes. Le testament fait en état de mort civile, est nul, de nullité absolue ; or, *quod nullum est, confirmari non potest.* Il en seroit de ce cas, comme de celui où un majeur confirmeroit un testament qu'il auroit fait avant l'âge de 16 ans.

Quid, à l'égard du mariage de l'accusé qui se représente après les cinq ans, et qui est absous ? Il a été dissous par la mort civile. Une dissolution de mariage ne peut être provisoire. S'il veut donc vivre légitimement avec la même femme, il faudra qu'il l'épouse de nouveau après son absolution.

Quid, à l'égard des enfans nés, dans l'intervalle de la mort civile encourue au moment de la comparution, de la femme qu'il avoit avant sa condamnation ? Comme son mariage a été dissous par la mort civile, ces enfans doivent être, *jure civili*, regardés comme des enfans naturels. Tout au plus peut-on pré-

BIU Cujas

tendre que, s'il a épousé de nouveau la même femme, ils seront légitimés par mariage subséquent.

(Mais *voyez* ci-dessus la note (2) de la page 24, *in fine*).

Quid, si le condamné meurt après les cinq ans, mais sans s'être représenté? Il a encouru la mort civile à l'expiration des cinq années, et cet état n'a point cessé jusqu'à sa mort.

(9) *Pris ni jugé :* Il est donc libre. Cependant il lui est défendu de résider dans le département où demeureroient, soit celui sur lequel, ou contre la propriété duquel le crime a été commis, soit ses héritiers directs. Le Gouvernement peut, au surplus, lui assigner le lieu de son domicile. (*Cod. d'Inst. Crim.*, art. 635.)

(10) *De subsister.* On ne peut pas dire qu'il a prescrit la mort civile, puisqu'elle n'a pas cessé de le frapper depuis l'expiration des cinq années. On se libère, par la prescription, d'une action qui n'a pas été exercée dans le délai déterminé par la loi. Ce délai s'est écoulé, sans que la peine corporelle ait été appliquée; elle est prescrite; mais la mort civile a continuellement frappé sur sa tête; il n'a pu la prescrire.

(11) *Pour purger la contumace.* Lorsqu'il n'y a pas eu de jugement, l'action publique et l'action civile, lorsque le crime est de nature à entraîner la peine de mort, ou des peines afflictives perpétuelles, ou toute peine afflictive ou infamante, se prescrivent par dix ans révolus, à compter du jour où le crime a été commis, si, dans l'intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de procédure : sinon, les dix ans ne courent qu'à compter du dernier acte, et ce, même à l'égard des personnes qui ne seroient pas impliquées dans cet acte. (*Code d'Inst. Crim.*, art. 637.)

Si le délit est de nature à être puni correctionnellement, les actions se prescrivent par trois ans, à compter des mêmes époques, et suivant les mêmes distinctions que ci-dessus. (*Ibid.* art. 638.) S'il y a eu condamnation, la peine se prescrit par cinq ans, à compter du jugement, s'il est en dernier ressort, ou à compter de l'expiration du délai d'appel, si le jugement est de première instance. (*Ibid.*, art. 636.)

A l'égard des contraventions de police, il faut distinguer :

Les actions publique et civile sont prescrites par un an, à compter du jour de la contravention, soit qu'il y ait eu, ou non, des poursuites, si toutefois il n'y a pas eu de condamnation.

S'il y a eu condamnation en première instance, et qu'il y ait eu appel, les deux actions se prescrivent par un an, à compter de la notification de l'appel. (*Ibid.*, art. 640.)

S'il n'y a pas eu d'appel, la peine est prescrite par deux ans, à compter de l'expiration du délai d'appel.

BIU Cujas

Enfin, s'il y a eu jugement en dernier ressort, la peine est prescrite par deux ans, à compter du jour du jugement. (*Ibid.*, art. 639.)

Mais, dans ces deux derniers cas, la prescription ne frappe que sur la peine, et non sur les condamnations civiles, qui ne se prescrivent que par trente ans. Il en est de même, en général, de toutes les condamnations civiles, portées par des arrêts, ou par des jugemens rendus en matière criminelle ou correctionnelle. (*Ibid.*, art. 642.)

En aucun cas, les condamnés par défaut, ou par contumace, dont la peine est prescrite, ne peuvent être admis à se présenter pour purger le défaut ou la contumace. (*Ibid.*)

PAGE 26.

(1) *Et sur l'avis seulement de sa famille*, et alors, la tutelle n'est point légitime, mais dative.

PAGE 27.

(1) *Des actes de l'état civil.* Voyez le Titre XX de l'Ordonnance de 1667, art. 7 et suivans, ainsi que les Questions de RODIER, et le Commentaire de JOUSSE sur ces articles.

(2) *Sur des registres*, et non sur des feuilles volantes qui peuvent être égarées, supposées ou fabriquées après coup. (*Voyez* ci-après, note (2) de la page 30.)

PAGE 28.

(1) *Dans chaque commune.* Aux termes de l'article 40, il peut en être tenu un ou plusieurs, suivant la population, c'est-à-dire, qu'il peut être tenu trois registres séparés; un pour les naissances, un pour les mariages, et un pour les décès: ou bien, tous les actes peuvent être inscrits sur le même registre; mais, dans tous les cas, chaque registre doit être tenu double.

(2) *Au greffe du Tribunal d'Arrondissement.* Cette disposition est faite dans la prévoyance d'un incendie, ou autre accident qui pourroit détruire un des dépôts.

(3) *Des extraits.* Voir un avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 2 juillet 1807, qui valide les extraits délivrés jusqu'alors par les secrétaires des mairies, et leur fait défense d'en délivrer à l'avenir. (*Bulletin*, n°. 2554.) Ces extraits ne peuvent être délivrés que par les dépositaires des registres, c'est-à-dire, par l'officier de l'état civil, ou par le greffier pour les doubles déposés au greffe. (Pour les droits à percevoir par les officiers de l'état civil, pour la délivrance des extraits, *voyez* le décret du 12 juillet 1807. (*Bulletin*, n°. 2567.)

(4) *Conformes aux registres.* Par conséquent, si cette conformité est contestée, la représentation du registre peut être exigée.

BIU Cujas

Quid, si les registres n'existent plus ? Alors les extraits délivrés dans la forme légale, font pleine foi, jusqu'à inscription de faux, conformément à l'art. 1335, sauf 1°. qu'il n'y a aucune différence à cet égard entre les premières, secondes et troisièmes copies ; et 2°. que ces extraits font la même foi, quoiqu'ils aient été délivrés sans l'autorité du magistrat, ni le consentement des parties.

(5) *Dûment légalisés.* La légalisation est un certificat délivré par l'autorité compétente, et constatant que celui qui a reçu ou délivré l'acte dont il s'agit, est réellement revêtu de la fonction qui lui donne le droit de le recevoir ou de le délivrer. Les actes des notaires, et ceux de l'état civil, doivent être légalisés par le président du tribunal de première instance, ou celui qui le remplace. Le préfet légalise les actes administratifs délivrés par les sous-préfets, et même ceux qui sont délivrés par les maires, quand ils doivent être employés hors du département; sinon, le certificat du sous-préfet suffit pour les actes délivrés par les maires.

(6) *Jusqu'à inscription de faux ;* c'est-à-dire, que celui qui les présente n'a pas besoin d'en prouver la vérité. C'est à celui qui les prétend faux à le prouver ; et il est même tenu, pour cela, de prendre une voie particulière, que l'on appelle inscription de faux, soit principal, soit incident. (*Voyez* au 3e. Livre, Tit. 5, Chap. 6, Sect. 1re., §. 1er.

Mais de quoi font-ils foi? Il faut distinguer, à cet égard, les faits déclarés par l'officier de l'état civil, et ceux qui lui sont déclarés par des tiers. Ainsi, dans un acte de naissance, l'officier de l'état civil déclare que telle et telle personne lui ont présenté un enfant de tel sexe. Il n'est pas douteux qu'il n'ait caractère pour attester et le fait de la présentation, et le sexe de l'enfant. Par conséquent, l'acte qu'il en dresse, fait foi, jusqu'à inscription de faux. Il en est de même du fait que telle et telle personne se sont présentées devant lui pour être unies, et ont été réellement unies par lui en mariage. Mais il constate dans un acte de naissance, par exemple, que les personnes qui ont présenté l'enfant, lui ont déclaré qu'il étoit l'enfant d'un tel et d'une telle ; dans un acte de décès, que telle et telle personne lui ont déclaré la mort de tel individu, il a bien caractère pour attester le fait de la déclaration, c'est-à-dire, pour attester que telle déclaration lui a été faite ; mais, l'a-t-il pour attester la vérité du fait déclaré ? Non, sans doute. Il sembleroit donc au premier coup-d'œil, qu'il remplit alors les fonctions d'un juge qui reçoit des dépositions, et qu'en conséquence cette partie de l'acte devroit être regardée comme une simple preuve testimoniale. Cependant la nécessité de constater l'état des personnes par un genre de preuves qui ne soient pas susceptibles d'être facilement détruites, doit faire admettre une distinction. Lorsque ces distinctions ont été faites par des personnes du nombre de celles que la loi charge spécialement de les faire, alors cette mis-

BIU Cujas

sion de la loi leur donne, en quelque sorte, le caractère d'officiers publics pour cet objet seulement, et imprime en conséquence à leurs déclarations la même authenticité qu'à celles de l'officier public lui-même, au moins pour ce qui concerne les enfans légitimes. Nous verrons qu'il n'en est pas de même à l'égard des enfans naturels qui ont besoin en outre d'être reconnus formellement par leurs père et mère.

Quant aux déclarations qui seroient faites par toutes autres personnes que celles qui sont désignées par la loi, ce sont de simples déclarations de témoins qui ne feroient ni preuve, ni commencement de preuve par écrit.

(7) *Pour ce contrat.* (Voyez cependant l'article 170 et la note (4) de la page 68.)

Page 29.

(1) *Que le corps de l'acte.* Il ne suffiroit pas qu'ils fussent paraphés. La loi du 25 ventose an 11, relative à l'organisation du notariat, n'exige cependant l'approbation que pour les renvois qui se trouvent à la fin de l'acte, et avant la signature des parties. Quant à ceux qui sont en marge, elle n'exige que la signature ou le paraphe. La raison de différence est que, lorsqu'une partie a paraphé un renvoi qui est en marge, elle ne peut dire qu'elle en a ignoré l'existence; car, pourquoi auroit-elle apposé son paraphe dans cet endroit? Mais quant aux renvois qui se trouvent à la fin de l'acte, ou pourroit penser que l'on a profité d'un blanc qui a pu se trouver entre les dernières lignes de l'acte et les signatures des parties, pour y placer le renvoi. On exige donc qu'ils soient spécialement approuvés. Ici la loi paroît ne pas distinguer, et exiger indistinctement l'approbation pour toute espèce de renvoi. Je ne crois pas cependant qu'on ait voulu attacher plus de rigueur à la rédaction des actes de l'état civil, qu'à celle des actes notariés; et je pense, d'après cela, que la signature ou le paraphe suffiroit pour les renvois en marge. D'ailleurs, comme nous le verrons par la suite, la nullité n'est expressément prononcée dans aucun cas.

(2) *Où ils sont reçus.* Ces renseignemens sont nécessaires en cas d'inscription de faux; si, par exemple, il étoit prouvé qu'au moment où l'acte a été passé, une des personnes indiquées comme présentes, étoit dans un lieu éloigné.

(3) *En personne.* Dans le cas de mariage, les époux sont tenus de comparoître en personne. (Art. 75.)

(4) *Qui l'aura produite.* On exige ce paraphe, afin que, s'il s'élevoit quelque doute sur la vérité de la pièce, la personne qui l'a présentée, ne puisse pas dire que la pièce contestée n'est pas celle qu'elle a produite.

(5) *Que les témoins.* Remarquez qu'il ne s'agit ici que des témoins, qu'il faut bien distinguer des comparans ou déclarans, auxquels l'art. 37 n'est pas

BIU Cujas

applicable, et dont les qualités sont déterminées d'après la nature de l'acte dans lequel ils interviennent. Ainsi, une femme peut être déclarante; par exemple, dans les actes de naissance, la sage-femme, ou la femme chez laquelle l'accouchement auroit eu lieu. Mais les témoins doivent toujours être mâles, etc. Néanmoins, dans les actes de décès, les déclarans sont toujours témoins. (Art. 78.) L'on ne peut donc y prendre pour déclarans que des personnes qui réunissent les qualités exigées pour les témoins par l'art. 37.

(6) *Parens ou autres.* Est-il nécessaire qu'ils jouissent des droits civils en France? Il faut distinguer: le droit d'être témoin dans les actes, étant mis expressément au nombre de ceux dont le mort civilement est privé, il est certain qu'il ne pourroit l'être davantage dans les actes de l'état civil. Il en est de même de celui qui a encouru la privation temporaire, portée par l'article 42 du Code Pénal. Mais je ne crois pas que cela doive s'appliquer indistinctement à l'étranger, quand il ne jouiroit d'aucun droit civil en France. Un enfant français peut avoir des étrangers pour parens, même les plus proches. Peut-on leur interdire le droit d'être témoins dans l'acte de naissance de cet enfant? Je pense que c'est là le motif pour lequel la loi n'exige pas la jouissance des droits civils dans la personne des témoins des actes de l'état civil, comme elle l'exige à l'égard des témoins appelés aux testamens. (Art. 980.) Le testament n'est pas d'une nécessité aussi absolue que l'acte de l'état civil. Une personne peut, à la rigueur, mourir *ab intestat.* Mais quand un individu naît, se marie, ou meurt, il faut bien le constater; et peut-on alors éloigner ceux qui, à raison de leur qualité de proches parens, peuvent en quelque sorte être regardés comme témoins nécessaires? N'est-il pas convenable, d'ailleurs, que les proches parens soient témoins dans les actes de l'état civil de leurs parens? Cela peut même devenir très-utile par la suite, ne fût-ce que pour élever une fin de non-recevoir contre ceux d'entre eux qui voudroient contester la vérité des faits contenus dans ces actes. Or, il n'est pas également convenable que les parens soient appelés au testament de leurs parens. Il est même plutôt convenable qu'ils ne le soient pas.

(7) *Que ce qui est déclaré.* Ainsi l'officier de l'état civil doit se borner à recevoir les déclarations des comparans sur les faits qui doivent être énoncés dans les actes; il ne doit ni les juger, ni les apprécier. Ce sera à la justice, s'il y a contestation, à déterminer le sens qu'on doit attacher à ces déclarations, et le degré de foi qu'elles peuvent mériter.

(8) *Et doit être déclaré.* Ainsi, ce qui est déclaré, mais qui ne devoit pas l'être, ne doit pas être inséré. En conséquence, si un enfant naturel est présenté, comme, aux termes de l'article 340, la recherche de la paternité est interdite, dans ce cas, toute déclaration relative à cette paternité, autre que celle faite par le père lui-même, ou par son fondé de procuration spéciale et authentique, doit être rejetée; sinon, la rectification des registres pourroit

BIU Cujas

être demandée par toute personne ayant intérêt, et l'officier public condamné aux dépens et aux dommages-intérêts.

Remarquez qu'une pareille déclaration ne doit point être insérée, même par énonciation. Ainsi, quand même l'acte n'auroit pas pour but principal de constater qu'un enfant est fils naturel de tel; si, par exemple, il étoit dit, lors d'un mariage, qu'une des parties est fils naturel de telle personne, cette circonstance ne devroit être insérée, qu'autant qu'il seroit représenté à l'officier de l'état civil une expédition de l'acte de reconnoissance, ou du jugement qui a fixé l'état de l'enfant, dans les cas où la reconnoissance forcée est admise. (Instruction du Ministre de la guerre relatée à la fin des notes sur le présent Titre).

PAGE 30.

(1) *A la requête des parties intéressées.* Jamais ces sortes de mentions ne doivent être faites d'office, ainsi que nous le verrons plus bas.

(2) *De la tenue.* Ce sont les officiers de l'état civil. Nous avons déjà vu, au commencement de ce chapitre, à quelles peines s'expose l'officier qui inscrit un acte sur une feuille volante. Et remarquez que la peine est encourue par le fait seul de l'inscription, quand il n'y auroit ni malveillance ni collusion de la part de l'officier, et quand il n'en seroit résulté de préjudice pour qui que ce soit. L'officier public est en faute, et doit être puni, par cela seul qu'il ne s'est pas conformé aux dispositions de la loi.

(3) *De la garde.* Ce sont les officiers de l'état civil, et les greffiers.

(4) *Et de la surveillance.* Ce sont les Procureurs du Roi; par exemple pour contravention à l'article 49.

(5) *S'il y a lieu;* c'est-à-dire, s'il est résulté de la contravention un dommage quelconque pour une personne; *putà*, sielle a été obligée d'obtenir un jugement de rectification, de soutenir un procès relativement à son état, elle a droit de s'en faire indemniser par l'officier de l'état civil, en vertu de l'article 1383, qui porte que chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

(6) *Les altérations ou faux.* Il y a cette différence entre le faux et l'altération, que le faux se commet au moment de la rédaction de l'acte, soit de la part de l'officier de l'état civil, lorsqu'il insère dans l'acte autre chose que ce qui a été déclaré, soit de la part des parties elles-mêmes, lorsqu'elles font de fausses déclarations, ou lorsqu'elles s'y donnent des noms et des qualités qu'elles n'ont pas.

L'altération, au contraire, se commet après coup, lorsque l'acte a été fait valablement dans le principe, et que l'on se permet d'y faire des changemens non autorisés.

En principe général, la peine est la même pour le faux et pour l'altération. (*Code Pénal*, art. 145, 147 et 150.)

BIU Cujas

Mais quelles seroient les énonciations fausses, ou les altérations qui pourroient donner lieu à l'accusation de faux ?

Pour répondre à cette question, il faut poser en principe qu'il n'y a lieu à l'accusation de faux, que quand la fausse énonciation, ou l'altération, tendent à dénaturer la qualité substantielle de l'acte, à changer le but que les parties ou la loi se sont proposé en le souscrivant, ou en en ordonnant la rédaction. Ainsi, le but principal et substantiel de l'acte de naissance, est de prouver la filiation de l'enfant, c'est-à-dire, quels sont ses père et mère. En conséquence, toute énonciation fausse, toute altération qui tendroit à donner à l'enfant un autre père ou une autre mère que ceux qu'il a réellement, sera un faux caractérisé, susceptible des peines portées par les articles 145, 146 et 147 du Code Pénal.

Mais si la fausse énonciation, ou l'altération, n'ont pas pour but de changer la filiation, ce sera une simple déclaration mensongère, qui pourra bien donner lieu à des dommages-intérêts contre celui qui se l'est permise; mais qui ne l'assujettit pas à la peine du faux. C'est sur ces principes que sont fondés deux arrêts de la Cour de Cassation. Dans l'un, en date du 10 messidor an 12, cette Cour a décidé que le père qui avoit présenté un enfant, comme né de lui, et de Marie, sa femme, tandis qu'il étoit né de Sophie, sa concubine, avoit commis un faux caractérisé; l'autre, en date du 18 brumaire de la même année, a jugé que celui qui avoit présenté un enfant comme né de lui et de Marie, *sa femme*, tandis que Marie n'étoit que sa concubine, n'étoit coupable que de mensonge, et nullement passible des peines du faux. Ces deux arrêts sont fondés sur ce que l'acte de naissance a pour but direct de prouver la filiation, et non la légitimité. *La filiation des enfans légitimes*, dit l'article 319, *se prouve par des actes de naissance, inscrits sur les registres de l'état civil. La filiation des enfans légitimes*, dit l'article; mais non *la légitimité*, parce qu'en effet, pour être jugé légitime, il ne suffit pas de prouver qu'on est né de tel ou telle, quand même l'acte de naissance énonceroit que le père et la mère sont mariés; il faut encore prouver qu'ils étoient effectivement mariés; ce qui ne peut se faire qu'en rapportant l'acte de célébration.

A la vérité, l'article 197 dispense les enfans de rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère, lorsqu'ils réunissent en leur faveur le concours des quatre circonstances suivantes :

1°. Si le père et la mère ont vécu publiquement comme mari et femme;

2°. S'ils sont tous deux décédés;

3°. Si les enfans sont en possession de l'état d'enfans légitimes;

4°. Si cette possession n'est point contredite par l'acte de naissance.

L'on pourroit conclure de cette dernière disposition, que l'acte de naissance pouvant, dans ce cas, contribuer à prouver le mariage, la fausse énonciation qui y seroit faite, du mariage des père et mère de l'enfant, tend à altérer une

BIU Cujas

des qualités substantielles de l'acte, et doit en conséquence être considérée comme un faux caractérisé.

Mais il faut remarquer que, d'après l'article, il n'est pas nécessaire que l'acte de naissance soit conforme à la possession d'état; il suffit qu'il ne la contredise pas; ce qui est bien différent. En effet, pour que l'acte de naissance fût conforme à la possession d'état, il faudroit qu'il établît la légitimité de l'enfant, et par conséqnent le mariage de ses père et mère. Mais, pour qu'il ne contredise pas cette possession, il suffit qu'il ne donne pas à l'enfant la qualité d'enfant naturel. Si donc, dans l'acte dont il s'agit, le père se fût contenté de dire que l'enfant étoit de lui et de Marie, sans ajouter ces mots, *sa femme*, l'acte de naissance n'auroit toujours pas, le cas échéant, contredit la légitimité de l'enfant, puisqu'il ne lui auroit pas plus donné la qualité d'enfant naturel que celle d'enfant légitime. Donc la qualité de femme, donnée à Marie, n'a pas ajouté à la substance de l'acte, et ne doit pas en conséquence être regardée comme un faux.

Au surplus, il faut bien prendre garde que, si la plainte en faux doit avoir pour effet de changer la filiation d'un individu, elle ne peut être formée qu'après que la question d'état a été jugée définitivement par les tribunaux civils. Cela a été décidé formellement, et avec raison, par l'arrêt précité de Cassation, du 10 messidor an 12. Nous verrons les motifs de cette disposition, au Titre *de la Paternité et de la Filiation*.

(7) *Responsable civilement;* c'est-à-dire, qu'il ne sera pas sujet à l'action criminelle, mais qu'il pourra être poursuivi en dommages-intérêts; et ce, comme dit le texte, *quoiqu'il ne soit ni auteur ni complice*. Il devoit veiller à la sûreté et à la conservation des registres, de manière à empêcher qui que ce fût, d'y porter frauduleusement la main. Aussi doit-on remarquer qu'il n'est responsable que des altérations, c'est-à-dire, des falsifications commises depuis la rédaction de l'acte. Quant aux faux proprement dits, ou ils ont été commis à sa connoissance, et alors il est complice et sujet à l'action criminelle; ou ils ont eu lieu sans sa participation, et alors il n'en est pas responsable.

PAGE 31.

(1) *La condamnation à l'amende*. Il ne peut requérir que la condamnation à l'amende. S'il pense qu'il y a lieu à appliquer une peine plus grave, il doit renvoyer devant le juge d'instruction.

(2) *Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 4 pluviose an* 12. A cette époque, les avis du Conseil-d'Etat n'étoient pas insérés au Bulletin.

Ce même avis a décidé que les officiers de l'état civil ne devoient pas être regardés, à raison de ladite fonction, comme agens du Gouvernement, et qu'en conséquence ils pouvoient être poursuivis *de plano*, et sans autorisation préalable du Gouvernement.

BIU Cujas

(3) *Aux seules parties intéressées.* A l'appui de ce principe, nous avons cité l'article 99, qui paroît, au premier coup-d'œil, ne dire rien de semblable; mais il faut observer qu'il y est dit que le Tribunal doit statuer *sur les conclusions du Ministère public.*

Or, il faut savoir que, dans toute affaire où le Ministère public intervient, il ne peut que requérir ou conclure. Quand il requiert, il n'est pas nécessaire qu'il y ait déjà procès existant, partie en cause; il suffit que l'ordre public, les bonnes mœurs soient intéressés à ce qu'une disposition soit ordonnée, pour que le Ministère public ait le droit de la requérir. C'est ainsi que, dans toutes les affaires criminelles, le Ministère public agit par voie de réquisition; il a le même droit, au civil, lorsqu'il s'agit de personnes dont les intérêts lui sont spécialement confiés par la loi, tels que les présumés absens (art. 114); ou lorsque les parties font usage d'actes infectés d'une nullité d'ordre public, et dont la nullité n'est point demandée.

Le Ministère public ne fait, au contraire, que conclure, dans les contestations déjà existantes, lorsque l'affaire est de nature à lui être communiquée, à raison de la connexité qu'elle peut avoir avec des choses d'ordre public, ou à raison de la qualité des parties. (*Proc.*, art. 83.)

Lors donc que la loi dit qu'il est statué sur une demande quelconque, sur les conclusions du Ministère public, elle suppose que la demande a dû être déjà formée, puisque le Ministère public ne peut conclure que lorsqu'il existe procès à juger par le Tribunal. Ainsi, l'article 99, en disant que l'affaire est jugée sur les conclusions du Ministère public, décide par là implicitement qu'il n'a pas droit de requérir la rectification, et que, par conséquent, elle ne peut être demandée que par les parties intéressées.

Il peut arriver, au surplus, que le Ministère public requière et conclue tout-à-la-fois dans la même affaire. Supposons, en effet, un procès sujet à communication, et dans lequel il soit question d'un acte prohibé par la loi, d'une séparation volontaire, par exemple, d'un pacte sur une succession future, et que cependant les parties n'en aient pas demandé la nullité : le Ministère public pourra, en prenant ses conclusions, requérir, dans l'intérêt des mœurs, l'annullation de l'acte.

(4) *Au Président du Tribunal.* De quel Tribunal? On pensoit anciennement que c'étoit celui au greffe duquel le double du registre étoit, ou devoit être déposé. (Rodier, *sur l'art.* 10 *du Titre XX de l'Ordonnance de* 1667.) Il n'y a pas de raison pour ne pas admettre cette opinion dans le droit actuel.

Au surplus, un avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 30 mars 1808 (*Bull.*, n°. 3254), a dispensé les personnes qui veulent se marier, de la nécessité de recourir au jugement de rectification dans plusieurs cas :

1°. Si le nom d'un des futurs n'est pas orthographié dans son acte de naissance comme le nom de son père;

BIU Cujas

2°. Si l'on a omis dans ledit acte de naissance quelqu'un des prénoms des parens.

Dans ces deux cas, l'identité de l'individu est suffisamment constatée par le témoignage des pères, mères, ou aïeux, assistant au mariage, ou, en cas d'absence de leur part, par leur attestation insérée dans l'acte de consentement, qui, aux termes de l'art. 73, doit être authentique.

En cas de décès des pères, mères, ou aïeux, l'identité est valablement attestée, savoir : pour les mineurs, par le conseil de famille, ou par le tuteur *ad hoc*; et pour les majeurs, par les quatre témoins de l'acte de mariage.

3°. Si une lettre ou un prénom se trouve omis dans l'acte de décès des pères, mères, ou aïeux, il suffit, dans ce cas, pour les mineurs, de la déclaration à serment, des personnes dont le consentement est nécessaire pour le mariage; et, pour les majeurs, de celle des parties et des témoins.

Dans tous les cas, aucune des déclarations mentionnées ci-dessus ne peut nuire aux parties qui ne les ont point requises, ou qui n'y ont point concouru.

Ces diverses attestations ou déclarations ne sont exigées que pour la célébration du mariage, et non pour les publications, qui doivent toujours être faites, conformément aux notes remises par les parties aux officiers de l'état civil.

(5) *Sans préliminaire de conciliation.* Le préliminaire est inutile, puisque la conciliation n'auroit aucun effet, la rectification ne pouvant avoir lieu qu'en vertu d'un jugement.

(6) *D'un conseil de famille.* Pour le mode de formation, et la forme des délibérations des conseils de famille, voyez ci-après, au Titre *de la Minorité, de la Tutelle*, etc.

(7) *Elle n'est point faite sur l'acte*; et ce, pour deux raisons : d'abord, pour éviter la confusion; en second lieu, parce que le jugement de rectification étant comme non avenu à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties, il faut bien que l'acte reste tel qu'il étoit, afin qu'en cas de contestation, les juges puissent prononcer en connoissance de cause.

(8) *En marge de l'acte réformé.* Si l'acte reformé est inscrit sur un registre dont le double soit déposé au greffe, nous avons vu que l'officier de l'état civil étoit tenu d'en donner avis au Procureur du Roi, qui doit veiller à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres.

PAGE 32.

(1) *Qu'avec les rectifications ordonnées*; c'est-à-dire, que l'acte devra être délivré tel qu'il étoit, mais avec mention des rectifications ordonnées. Autrement, ce seroit tromper les parties, qui, si elles ne voyoient que l'acte rectifié, ignoreroient qu'il y a eu un jugement de rectification. (*Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 4 mars* 1808, Bulletin, n°. 3173.)

BIU Cujas

D'ailleurs, les expéditions des actes de l'état civil doivent être délivrées conformes aux registres. Or, les registres contiennent l'acte, tel qu'il a été rédigé primitivement, avec mention, en marge, des rectifications; donc, les extraits et expéditions doivent les présenter dans la même forme.

(2) *Qui n'y auroient pas été appelées.* Par conséquent, elles ne sont point même obligées d'y former tierce opposition. Le jugement est, à leur égard, comme non avenu.

(3) *Usitées dans ce pays;* suivant la règle, *locus regit actum*, c'est-à-dire, que, toutes les fois qu'il s'agit d'un acte public, il est regardé comme authentique, et comme valable, quant à la forme, quand il est revêtu de celles qui sont prescrites pour ces sortes d'actes par les lois du pays où il a été passé.

(4) *Principalement.* J'ai ajouté ce mot, parce que j'ai pensé qu'à défaut de registres et papiers émanés des pères et mères, on pourroit admettre d'autres titres, tels que des contrats ou des publications de mariage, des dispenses de mariage, des inventaires, des partages, des délibérations de conseils de famille, etc.

(5) *Des pères et mères décédés.* Parce que, s'ils sont vivans, on peut croire que les papiers, s'ils n'ont pas, d'ailleurs, de date certaine, ont été faits pour la cause.

(6) *Que par témoins.* La possession d'état peut aussi, dans certains cas, être une preuve suffisante. (Art. 320.) Mais il se présente ici une question. L'article dit: *tant par les registres*, etc., *que par témoins.* Faut-il entendre que la preuve testimoniale ne sera admise qu'autant qu'il existera des registres et papiers domestiques; ou bien, qu'à défaut des registres et papiers, la preuve testimoniale seule suffira? Les Motifs disent expressément que l'article doit être entendu dans le premier sens. Mais l'on peut dire aussi qu'il s'agit dans cet article de prouver,

1°. La non existence des registres. La preuve peut être faite, ou par titres seulement, ou par témoins seulement, ou par titres et témoins tout-à-la-fois. (Voir au Bulletin des lois, n°. 631, une ordonnance du Roi du 9 janvier 1815, sur la recomposition des registres de l'état civil de l'arrondissement et de la ville de Soissons, perdus ou détruits par suite des événemens de la guerre.)

2°. Le fait, ou l'époque de la naissance, du mariage ou du décès. Or, en général, un fait peut se prouver par témoins, à moins que la loi ne prohibe ce genre de preuve par une disposition particulière. Si donc, par exemple, dans le cas de perte des registres, une personne demande à faire preuve de sa naissance, et que de cette preuve doive résulter celle de sa filiation, alors la preuve testimoniale ne doit être admise qu'autant qu'elle est accompagnée d'un commencement de preuve par écrit, ou de faits dès-lors constans, qui

BIU Cujas

rendent vraisemblable l'allégation du demandeur. (Art. 323.) Mais si l'on suppose que la filiation est constante, et qu'il y a seulement contestation sur l'époque de la naissance, afin de déterminer, par exemple, la majorité, alors la preuve testimoniale seule suffira.

La même preuve suffira pour constater le fait et l'époque du décès.

Je pense que la preuve testimoniale pourra également suffire pour le mariage. L'article 198 suppose que la preuve de la célébration peut s'acquérir par une procédure criminelle : or, la preuve testimoniale est de l'essence de cette espèce de procédure. *Sic* jugé à Paris, le 12 mars 1812, et en Cassation le 21 juin 1814. (Sirey, 1814; 1ere. partie, pag. 291.)

Ainsi, en résumé, la non existence des registres peut se prouver de quelque manière que ce soit. Les naissances, mariages et décès peuvent se prouver par le genre de preuves que la loi permet d'administrer, suivant la nature du fait que l'on demande à prouver.

Telle est la manière dont l'article 46 me paroît devoir être interprété.

Quid, s'il existe des registres, mais que l'on allègue qu'ils sont incomplets, qu'il y a eu des feuilles arrachées? A l'égard de ceux qui prétendent que les actes qui les intéressent, étoient inscrits sur ses feuilles, c'est comme s'ils prétendoient qu'il n'a pas existé de registres, ou qu'ils sont perdus. L'on doit donc leur appliquer l'article.

Je crois qu'il en doit être de même, lorsque les registres ont été mal tenus, qu'ils présentent des omissions, etc.

Quid, si l'on ne peut retrouver les cadavres, comme dans les cas d'inondation, de tremblement de terre, d'incendie? Appliquer les règles de l'absence. Cependant l'art. 19 du décret du 3 janvier 1813 (*Bulletin*, n°. 8531), contenant des dispositions de police, relatives à l'exploitation des mines, porte que « S'il y a impossibilité de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les « corps des ouvriers qui auront péri dans les travaux, les exploitans, directeurs, « et autres ayant-cause, seront tenus de faire constater cette circonstance par « le maire ou autre officier public, qui en dressera procès-verbal, et le « transmettra au Procureur du Roi, à la diligence duquel, et sur l'autori- « sation du Tribunal, cet acte sera annexé au registre de l'état civil » : ce qui paroît supposer qu'il pourra, en cas de besoin, remplacer l'acte de décès.

PAGE 33.

(1) *Par les officiers de santé.* Ce mot est générique, et comprend non-seulement les officiers de santé, proprement dits, mais encore les docteurs en médecine ou en chirurgie, accoucheurs, etc.

PAGE 34.

(1) *A l'officier de l'état civil.* Soit à la maison commune, soit même dans

BIU Cujas

le lieu de l'accouchement, si l'enfant, par exemple, est hors d'état d'être transporté, etc.

(2) *Et les prénoms.* Il existe une loi du 11 germinal an 11 (*Bulletin*, n°. 2614), laquelle est divisée en deux Titres, relatifs, le premier aux prénoms et changemens de prénoms; et le second, aux changemens de noms de famille.

L'article 1^er^. du Titre I^er^. défend de donner aux enfans d'autres prénoms que les noms en usage dans les différens calendriers, ou ceux des personnages connus de l'histoire ancienne.

L'article 2 permet à ceux qui portent d'autres prénoms, de les changer contre un ou plusieurs de ceux qui sont désignés dans l'article précédent.

L'article 3 prescrit la forme à suivre pour ce changement. Il a lieu d'après un jugement du Tribunal d'arrondissement, rendu sur une simple requête, présentée, soit par celui qui demande le changement, s'il est majeur ou émancipé, soit par ses père, mère ou tuteur, s'il est mineur; et, dans tous les cas, sur les conclusions du Procureur du Roi.

Le Titre II prescrit les formalités à remplir pour obtenir la permission de changer de nom de famille.

1°. La demande motivée, est adressée au Roi, qui statue dans la forme prescrite pour les réglemens d'administration publique, c'est-à-dire par une ordonnance, le Conseil-d'Etat entendu;

2°. Si la demande est admise, l'ordonnance est insérée au Bulletin des Lois, et elle ne peut avoir son exécution qu'après un an, à compter de cette insertion;

3°. Pendant le cours de ladite année, toute personne est admise à présenter requête au Roi, pour obtenir la révocation de l'ordonnance, laquelle sera prononcée, si la réclamation est jugée fondée;

4°. S'il n'y a pas eu de réclamation, ou si celles qui ont été faites, n'ont pas été admises, l'ordonnance a son plein et entier effet à l'expiration de l'année;

5°. Enfin, il est bien entendu que ces dispositions ne dérogent en rien aux dispositions des lois existantes et relatives aux changemens de nom, par suite de questions d'état, qui continueront à se poursuivre devant les Tribunaux, dans les formes ordinaires.

(3) *De ses père et mère.* (*Voyez* la note (5) de la page 30.)

L'on a déjà vu, et l'on verra par ce qui va suivre, que, si l'enfant est présenté comme né hors mariage, l'officier de l'état civil n'a pas le droit d'exiger le nom du père, et que, lors même qu'on le lui déclareroit, il ne doit pas en faire mention, sans son consentement. Mais a-t-il droit d'exiger le nom de la mère? Il n'y a pas, à la vérité, la même raison qu'à l'égard du père, puisque la recherche de la maternité n'est pas interdite, comme celle de la paternité. Mais il y auroit un autre inconvénient bien plus sensible;

BIU Cujas

c'est qu'il seroit à craindre qu'une mère, pour ne pas être forcée de dévoiler sa honte, ne fît pas constater la naissance de son enfant, ou, ce qui seroit bien pis encore, ne le détruisît avant sa naissance. Cette considération importante, jointe à ce qu'il n'existe aucun texte formel qui ordonne d'exiger cette déclaration, me porte à penser qu'elle ne pourroit, en effet, être exigée.

(4) *Qu'il est présent*, ou représenté par un fondé de procuration spéciale et authentique; et encore, dans ce cas, s'il étoit marié à une autre femme, sa déclaration ne devroit-elle pas être admise, puisqu'on ne peut être admis à reconnoître un enfant adultérin. (*Instruction du Ministre de la guerre, du 24 brumaire an 12. Voyez* ci-après la note (6) de la page 40, *in fine.*)

(5) *Ou légalement certain.* Par exemple, si la mère est mariée, la paternité est légalement certaine (art. 312), sauf au mari à désavouer dans les cas prévus. (*Ibid.*, et art. 313 et 314.)

(6) *Relativement à la paternité.* Et si cette insertion avoit eu lieu, nonobstant la prohibition de la loi, celui qui auroit été indiqué pour père, pourroit demander la rectification du registre, et faire condamner, s'il y avoit lieu, l'officier de l'état civil en ses dommages-intérêts. (*Voyez* la note (8) de la page 29.)

(7) *S'il en existe un.* Quelques personnes avoient conclu, de la manière dont est rédigé l'art. 62, que tout acte de reconnoissance d'un enfant devoit, pour être valable, être inséré aux registres de l'état civil. Mais c'est une erreur. L'art. 334 dit formellement que cette reconnoissance peut avoir lieu par un acte authentique quelconque; et l'on sent qu'il y a mille circonstances qui peuvent empêcher l'insertion de cet acte aux registres. L'art. 62 a donc simplement pour but,

1°. De décider qu'on peut reconnoître un enfant par un acte inscrit sur le registre de l'état civil, même postérieurement à sa naissance, parce qu'effectivement un pareil acte est authentique, d'après la définition donnée dans l'art. 1317;

Et 2°. de régler la manière dont doit être faite une pareille reconnoissance. L'acte qui la contient, doit être inscrit à sa date sur les registres courans, et mention doit en être faite en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un. Il est bien entendu qu'à compter de cette époque, l'officier de l'état civil ne peut plus, aux termes de l'article 857 du Code de Procédure, délivrer expédition dudit acte de naissance, qu'avec la mention de l'acte de reconnoissance.

Remarquez que l'art. 62 dit simplement, *l'acte de reconnoissance d'un enfant*, sans s'expliquer sur la qualité de l'enfant, s'il est naturel ou légitime, parce qu'en effet un enfant légitime peut avoir besoin d'être reconnu; si, par exemple, la mère étant accouchée dans un lieu où elle étoit inconnue, et se trouvant hors d'état de parler, l'enfant a été inscrit comme né de

BIU Cujas

père inconnu, le père pourra par la suite le reconnoître pour assurer son état; et il pourra le faire, ou conformément aux dispositions de l'art. 62, ou par un autre acte qnelconque.

PAGE 35.

(1) *A laquelle il est remis.* Quant à ceux qui ont exposé ou délaissé un enfant au-dessous de sept ans accomplis, il faut distinguer si c'est dans un lieu solitaire, ou non.

Dans le premier cas, ils sont condamnés à un emprisonnement de six mois à deux ans, et à une amende de seize à deux cents francs. (*Code Pénal*, art. 349.) Si le coupable est tuteur ou tutrice, instituteur ou institutrice, la peine est un emprisonnement de deux ans à cinq, et l'amende de cinquante à quatre cents francs. (*Ibid.*, art. 350.)

Si, par suite de l'exposition et du délaissement, l'enfant est demeuré mutilé ou estropié, l'action est considérée comme blessure volontaire; et si la mort s'en est ensuivie, l'action est considérée comme meurtre, et punie, dans les deux cas, en conséquence. (*Ibid.*, art. 351.)

Les mêmes peines sont appliquées à ceux qui ont donné l'ordre d'exposer et de délaisser, si l'ordre a été exécuté. (*Ibid.*, art. 349.)

Si l'exposition et le délaissement ont été effectués dans un lieu non solitaire, la peine est un emprisonnement de trois mois à un an, et une amende de seize à cent francs. (*Ibid.*, art. 352.) L'emprisonnement est de six mois à deux ans, et l'amende est de vingt-cinq à deux cents francs, si le délit a été commis par le tuteur ou la tutrice, l'instituteur ou l'institutrice de l'enfant. (*Ibid.*, art. 353.)

Il a été rendu, le 19 janvier 1811 (*Bulletin*, n°. 6478), un décret concernant les enfans trouvés ou abandonnés, et les orphelins pauvres. Les principales dispositions sont:

1°. Dans chaque hospice destiné à recevoir des enfans trouvés, il y aura un tour où ils devront être déposés. (Art. 3.)

2°. Des registres constateront, jour par jour, leur arrivée, leur sexe, leur âge apparent, et décriront les marques naturelles et les langes qui peuvent servir à les faire reconnoître. (Art. 4.)

3°. Lesdits enfans, élevés à la charge de l'Etat, sont entièrement à sa disposition; et, quand le Ministre de la marine en dispose, la tutelle des commissions administratives cesse. (Art. 16.)

(Pour cette tutelle, *Voyez* ci-après, Titre *des Tutelles*, chapit. IV.)

4°. Il n'est rien changé aux règles relatives à la reconnoissance et à la réclamation desdits enfans; mais, avant d'exercer aucun droit, les parens devront, s'ils en ont les moyens, rembourser toutes les dépenses faites par l'administration publique ou par les hospices; et, dans aucun cas, un enfant dont l'Etat auroit

BIU Cujas

disposé, ne pourra être soustrait aux obligations qui lui ont été imposées. (Art. 21.)

(2) *Capitaine, Maître ou Patron.* Lorsque le bâtiment est destiné à un voyage de long cours, le commandant a le titre *de Capitaine;* sinon il se nomme *Maître* dans l'Océan, et *Patron* dans la Méditerranée.

Remarquez que l'article 59 doit être appliqué, quand même il s'agiroit d'enfans de militaires faisant partie de troupes embarquées pour une expédition, auxquels alors on n'appliqueroit pas les dispositions du chapitre 5, ci-après. (*Voir* à la fin des notes de ce Titre, l'Instruction du Ministre de la guerre du 24 brumaire an 12.)

(3) *Du rôle d'équipage.* Le rôle d'équipage est l'état dressé, avant le départ du bâtiment, de toutes les personnes embarquées.

(4) *Deux expéditions authentiques.* Qu'entend-on ici par expéditions authentiques? J'avois d'abord pensé que c'étoit des doubles signés par les mêmes personnes qui avoient signé l'acte; mais alors ce ne seroit plus des expéditions, mais des originaux. Je crois donc qu'il faut entendre ici, par *expéditions authentiques*, des copies délivrées conformes à l'original par l'officier qui a reçu l'acte, et qui est vraiment, dans ce cas, et pour cet objet, officier public ayant droit d'instrumenter.

(5) *A son bureau ou à sa chancellerie. Bureau*, si c'est le préposé à l'inscription; *Chancellerie*, si c'est le consul.

PAGE 36.

(1) *Sur cette autorisation.* Voir le décret du 4 thermidor an 13, qui a appliqué cette disposition aux Ministres des divers cultes. (*Bulletin*, n°. 865.)

Voir aussi le réglement sur les sépultures du 23 prairial an 12 (*Bulletin*, n°. 25), dont les principales dispositions sont:

1°. Qu'aucune inhumation ne peut avoir lieu dans les églises, temples, synagogues, hôpitaux, chapelles publiques, et généralement dans aucun des édifices clos et fermés, où les citoyens se réunissent pour la célébration de leur culte, ni dans l'enceinte des villes et bourgs. (Art. 1.)

2°. Que les terrains spécialement consacrés aux inhumations, doivent être à la distance de trente-cinq à quarante mètres au moins de l'enceinte des villes et bourgs. (Art. 2.)

3°. Que dans les communes où l'on professe plusieurs cultes, chaque culte doit avoir un lieu particulier d'inhumation; et que dans le cas où il n'y auroit qu'un seul cimetière, on le partage, par des murs, haies, ou fossés, en autant de parties qu'il y a de cultes différens. (Art. 15.)

Et 4°. que toute personne peut être enterrée sur sa propriété, pourvu que ce soit à la distance ci-dessus des villes et bourgs. (Art. 14.)

(2) *Veuve ou divorcée.* Je ne crois cependant pas qu'on puisse exiger rigou-

BIU Cujas

reusement cette mention. Il est très-possible que l'on connoisse une personne comme veuve, et que l'on ignore les nom et prénoms de son époux.

(3) *Pour les cas ordinaires.* Le Code n'exige pas la mention du jour et de l'heure du décès. L'ordonnance de 1667 et la déclaration de 1736 exigeoient la mention du jour. Celle de l'heure peut être également très-importante, principalement dans le cas où deux personnes, dont l'une peut hériter de l'autre, sont mortes le même jour. Ainsi, Pierre, héritier de Paul, est mort le même jour que lui; s'il lui a survécu, ne fût-ce que d'une heure, il a recueilli sa succession, et l'a transmise, en conséquence, à ses propres héritiers; si, au contraire, c'est Paul qui a survécu, sa succession n'a jamais appartenu à Pierre, qui n'a pu, en conséquence, la transmettre à personne. Il peut donc être important de connoître l'heure du décès.

Il est bien vrai que l'article 77 défend de faire l'inhumation avant les vingt-quatre heures. Mais cela ne peut donner aucun renseignement certain sur l'heure du décès, d'abord parce que rien ne constate l'heure de l'inhumation; et en deuxième lieu, parce qu'elle peut se faire après les vingt-quatre heures, et même auparavant, dans quelques circonstances. Enfin, l'énonciation, dans l'acte, du jour et de l'heure du décès, pourroit servir quelquefois à faire connoître si la règle des vingt-quatre heures a été observée.

Mais d'un autre côté, peut-être n'a-t-on pas voulu ordonner que l'heure du décès fût énoncée dans l'article, précisément parce que cette énonciation pourroit être de la plus haute importance, et qu'une fois qu'elle auroit été insérée dans un acte de décès sur la déclaration de ceux qui sont désignés par la loi pour la faire, l'on eût prétendu qu'elle ne pouvoit être détruite que par l'inscription de faux, tandis qu'actuellement, en supposant que cette énonciation fût exacte, comme elle n'est pas du nombre de celles qui sont exigées par la loi, elle devroit être regardée seulement comme le résultat d'une preuve testimoniale, susceptible d'être détruite par une autre preuve quelconque.

PAGE 37.

(1) *Du décédé.* Les autres détails étant relatifs au délit présumé commis, et pouvant servir de base à des poursuites criminelles, doivent rester secrets pendant l'instruction du procès. D'ailleurs, le genre de mort ne devant pas être mentionné dans l'acte, l'officier de l'état civil n'a pas besoin de les connoître.

(2) *Du genre de mort.* Disposition sage, qui a pour but d'épargner des désagrémens aux familles. Pour la rendre plus complète, il eût peut-être été à désirer que, dans ce cas, comme dans celui d'exécution à mort, quand le décédé a un domicile connu, les renseignemens eussent été adressés directement à l'officier de l'état civil de ce domicile, qui alors eût été chargé de rédiger l'acte de décès.

BIU Cujas

Observez, au surplus, que quiconque a recélé ou caché le cadavre d'une personne homicidée, ou morte des suites de coups ou de blessures, est puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante à quatre cents francs, sans préjudice de peines plus graves, s'il a participé au crime. (*Code Pénal*, art. 359.)

(3) *Décès dans les hôpitaux militaires*, en France. Pour le cas de décès dans les hôpitaux militaires dans l'étranger, voyez l'article 97.

(4) *Maisons publiques.* Excepté toutefois les prisons, maisons de réclusion, etc., dont il sera question ci-après.

(5) *A l'ordinaire.* Il n'est pas défendu ici de faire mention du lieu du décès, parce qu'il ne présente rien de déshonorant.

PAGE 38.

(1) *On a celui de désarmement.* Cette disposition est applicable même aux militaires embarqués. (*Voir* à la fin des notes de ce Titre, l'Instruction du Ministre de la guerre.)

PAGE 39.

(1) *De tous les citoyens en général.* Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 4 complémentaire an 13. (*Bulletin*, n°. 1071.) Cependant ces dispositions sont applicables aux corps qui, dans un cas d'invasion ou de révolte, se trouveroient, quoique sur le territoire français, dans l'impossibilité de recourir aux officiers publics ordinaires. (Instruction précitée du Ministre de la guerre. Art. 1^er^. des Instruct. générales.)

(2) *Sous le drapeau.* Donc, s'ils ne sont plus sous le drapeau, les dispositions du présent chapitre ne leur sont plus applicables; *putà*, s'ils sont prisonniers de guerre. Appliquez alors les art. 47 et 48 du Code. (*Ibid.* art. 2.)

(3) *Le major.* L'article dit *le quartier-maître;* mais depuis l'institution des majors, un arrêté du 1^er^. vendémiaire an 12, rapporté par M. LOCRÉ, a transporté la tenue des registres à ces derniers.

(4) *Il en est tenu un.* Il paroît, d'après l'Instruction du Ministre de la guerre, qui sera ci-après rapportée, qu'il n'est pas nécessaire que ce registre soit tenu double.

(5) *Qui le commande.* Il faut remarquer que, dans les détachemens composés de moins d'un bataillon ou escadron, le registre est tenu par le commandant du corps. Il ne paraîtroit donc pas convenable qu'il fût coté et paraphé par lui.

PAGE 40.

(1) *Du dernier domicile.* On verra, au Titre *du Mariage*, que le domicile, pour le mariage, s'établit par six mois de résidence continue dans la même commune. (Art. 74.)

BIU Cujas

(2) *De l'acte de célébration.* Pourquoi l'envoi de l'acte de mariage doit-il être fait immédiatement après la célébration, tandis qu'il est accordé un délai de dix jours pour l'envoi des actes de naissance et de décès? Je pense que c'est parce que les actes de naissance et de décès, étant commandés par les circonstances, peuvent être faits dans tels instans où l'envoi ne pourroit s'en faire commodément. Cela ne peut s'appliquer aux mariages : on ne choisit pas ordinairement de pareils momens pour se marier.

(3) *De l'inscription de l'acte*, ou de l'envoi de l'acte par le directeur de l'hôpital, si le décès y a eu lieu. (Art. 97.)

(4) *Du dernier domicile du décédé.* Observez, qu'à défaut de tout autre domicile, il faut entendre le lieu de la naissance de l'individu. (*Voyez* ci-après l'Instruction déjà citée).

(5) *De l'inscrire de suite sur ses registres.* Observez que c'est du jour de cette inscription que court le délai de trois mois, dans lequel, aux termes de l'art. 67 de la loi du 22 frimaire an 7, doit être enregistré le testament fait par le militaire décédé hors du territoire français. (Décision du Ministre des finances du 29 janvier 1811, rapportée dans SIREY, 1812; 2e. part. 147.)

(6) *Employées à la suite des armées.* Que doit-on entendre par ces expressions? L'article 31 de l'Ordonnance de 1735 accordoit la permission de tester militairement, *même à ceux qui, n'étant ni officiers, ni engagés dans les troupes, se trouvoient à la suite de l'armée, ou chez l'ennemi, soit à cause de leur emploi ou fonctions, soit pour le service qu'ils rendoient aux officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions.* Il paroît assez naturel d'adopter cette interprétation.

Nota. Il existe, comme nous l'avons dit, une Instruction du Ministre de la guerre, en date du 24 brumaire an 12, ayant pour but de faire connoître aux militaires les formes qu'ils doivent suivre dans tous les cas, pour donner aux actes de l'état civil, qu'ils auront à passer ou à rédiger, la régularité qui doit en assurer la validité.

Nous allons en faire connoître les dispositions, en nous contentant d'indiquer les articles du Code et des Lois, rappelés dans le texte.

Code civil, art. 34.

Loi du 11 germinal an 11, Bulletin, n°. 2614.

Code civil, art. 35, 36, 37, 38 et 39.

Le Titre premier concerne les militaires dans l'intérieur de la France.

OBSERVATIONS. Sur le territoire français, les droits des militaires sont réglés par la loi commune; ainsi on se bornera à en rapporter le texte littéral, et l'on ne donnera que les développemens convenables, pour que ses dispositions soient partout exécutées d'une manière uniforme.

Le Titre II de la présente Instruction traitera des actes de l'état civil concernant les

BIU Cujas

militaires hors du territoire français, et énoncera les différentes exceptions que la nature des circonstances a fait juger nécessaires.

SECTION PREMIERE.

De la Naissance des Enfans des Militaires sur le territoire Français.

Code Civil, art. 55 et 56.

OBSERVATION. Il est à observer que, si la mère est mariée, nul autre que son mari ne peut être déclaré père de l'enfant; et que, si elle n'est pas mariée, la déclaration de paternité ne doit être reçue que du père même; et s'il étoit marié à une autre femme, sa déclaration ne seroit pas admissible, nul ne pouvant se reconnoître publiquement adultère.

Code Civil, art. 57.

OBSERVATION. Les conseils d'administration veilleront à ce que les dispositions des précédens articles soient toujours ponctuellement exécutées. Il importe qu'ils aient connoissance de quelques articles du Titre du Code Civil, sur la paternité et la filiation, non pour prononcer en pareille matière, mais pour indiquer à leurs subordonnés la marche qu'ils doivent suivre pour obtenir des Tribunaux la justice qu'ils peuvent être en droit de réclamer. (*Voir en conséquence le Code Civil*, art. 312, 313, 314, 315, 316, 317 et 318.)

SECTION II.

Du Mariage des Militaires sur le territoire Français.

OBSERVATIONS. L'article 74 du Code Civil fixe à six mois le temps de domicile nécessaire pour faire dans une commune la publication légale d'un projet de mariage; mais comme un militaire, obligé de suivre ses drapeaux, peut se trouver pendant long-temps dans la nécessité de ne pas résider six mois de suite dans le même lieu, il suffira qu'il justifie qu'il est au corps depuis plus de six mois; et l'officier public en fera mention, ainsi que du temps depuis lequel le corps est en garnison dans la commune : s'il s'agit d'un officier sans troupe, il suffira qu'il justifie de la date de l'ordre qui l'a appelé, pour le service, dans la commune où il est.

Dans tous les cas, la publication devra aussi être faite dans la commune où étoit la dernière résidence, ainsi que dans celle où est le domicile des parens sous l'autorisation desquels on se marie.

Code Civil, articles 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75 et 76.

SECTION III.

Du Décès des Militaires sur le territoire Français.

Code Civil, art. 77.

MODE D'EXÉCUTION. En conséquence de ces dispositions, aussitôt qu'un militaire sera décédé à la caserne ou dehors, quel que soit le genre de sa mort, la déclaration en

BIU Cujas

sera faite de suite à l'officier de l'état civil du lieu, pour qu'il puisse opérer conformément à la loi.

Code Civil, art. 78 et 79.

MODE D'EXÉCUTION. L'officier, quel que soit son grade, qui commandera la compagnie dont un militaire décédé faisoit partie, sera tenu d'en faire faire aussitôt la déclaration à l'officier de l'état civil, et de veiller à ce que deux officiers ou sous-officiers, ou au moins un officier ou sous-officier et un soldat, se tiennent à portée de servir de témoins de l'acte à dresser par l'officier de l'état civil.

Code Civil, art. 80.

MODE D'EXÉCUTION. A l'égard des hôpitaux militaires, l'art. 485 de l'arrêté du 24 thermidor an 8, porte : « Les directeurs des hôpitaux remettront, tous les mois, un « extrait dudit registre, au commissaire des guerres, qui l'adressera au Ministre de la « guerre, avec une double expédition de l'acte de mort. » Le numéro que chaque militaire décédé avoit sur le registre-matricule de son corps, sera soigneusement relaté sur lesdits extraits, ainsi que le prescrit la décision du Ministre, en date du 11 brumaire an 11.

Quant aux militaires décédés dans les autres hôpitaux et maisons, l'officier de l'état civil devra envoyer *deux doubles de l'acte de décès* au Ministre de la guerre, par l'intermédiaire du commissaire des guerres. Il aura soin d'y relater également le numéro du registre-matricule qu'il aura trouvé sur le billet d'entrée ou sur les autres papiers du militaire.

Civil Civil, art. 81 et 82.

MODE D'EXÉCUTION. Un double de cet acte sera remis au corps, dont faisoit partie le militaire décédé, s'il se trouve sur les lieux. Le conseil d'administration dudit corps en fera mention sur ses registres-matricules, ainsi que sur les états de mutation qu'il doit adresser chaque mois au Ministre de la guerre.

Si le corps avoit changé de garnison, l'officier de l'état civil enverroit directement cette expédition au Ministre de la guerre.

La mort violente comprend le duel et le suicide : l'intention du Gouvernement est qu'il n'en soit fait aucune mention dans les actes de décès.

Code Civil, art. 83.

Le commissaire du Gouvernement près un Tribunal militaire, qui aura requis l'exécution à mort en vertu d'un jugement, sera tenu d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution, le procès-verbal qu'il en aura dressé, au quartier-maître du corps auquel appartenoit le condamné ; et le quartier-maître le relatera, tant sur les registres-matricules, que sur les états de mutation, sans faire mention du genre de mort.

Ce commissaire enverra aussi, dans les vingt-quatre heures de l'exécution du jugement portant peine de mort, à l'officier de l'état civil du lieu où le condamné aura été exécuté, tous les renseignemens énoncés en l'article 79, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé.

Code Civil, art. 84.

MODE D'EXÉCUTION. Une expédition de cet acte de décès sera adressée au lieu de

BIU Cujas

dernier domicile du décédé, et une autre au Ministre de la guerre, comme il est dit plus haut pour tous les actes de mort en général.

Code Civil, art. 85.

OBSERVATION. Les conseils d'administration des corps dans l'intérieur, veilleront à ce que les dispositions des différens articles qui composent le Titre premier de la présente instruction, soient strictement exécutées, en ce qui concerne leurs subordonnés. Elles intéressent trop particulièrement l'ordre social, pour que la moindre négligence, à cet égard, ne compromette pas essentiellement leur responsabilité. Ils auront soin de relater, sur leurs registres-matricules et sur les états de mutation, la date et le lieu de la mort des militaires.

TITRE II.

Des Militaires hors du territoire Français.

Code Civil, art. 88 et 89.

OBSERVATIONS. En conséquence de ces dispositions, les quartiers-maîtres, capitaines et inspecteurs aux revues, devant remplir les fonctions d'officier de l'état civil, se pénétreront bien des formalités exigées dans l'intérieur, et dont vient de traiter le Titre précédent. Ils n'y dérogeront que dans les cas prévus par la loi, et pour lesquels elle a admis des exceptions: ils deviennent dès-lors personnellement responsables de leur entière exécution, et la moindre infraction de leur part les exposera aux peines prononcées à l'égard des officiers publics qu'ils représentent. S'il venoit à être apporté quelque changement à la nature des fonctions des quartiers-maîtres, les obligations relatives aux actes de l'état civil, qui leur sont imposées par la loi et par la présente instruction, devroient être remplies par les officiers, quel que fût leur grade, qui seroient chargés, dans les corps, de la tenue et du dépôt des registres-matricules et contrôles nominatifs. Cette observation s'applique à tous les articles de cette instruction, où il est question des quartiers-maîtres.

Code Civil, art. 90.

MODE D'EXÉCUTION, En conséquence, aussitôt qu'un ou plusieurs corps, ou des détachemens sortiront du territoire de la France, ils établiront un registre destiné à recevoir les actes de l'état civil: ces différens actes y seront inscrits de suite, sans aucun blanc; les ratures et les renvois seront approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte; il ne sera rien écrit par abréviation, et aucune date ne sera mise en chiffres.

Ces registres seront fournis par les corps et états-majors; et aussitôt la rentrée sur le territoire français, ils seront envoyés au Ministre de la guerre, sauf à en établir de nouveaux, dans le cas où ces mêmes corps ou détachemens quitteroient encore le territoire de la France. Les quartiers-maîtres et capitaines commandans seront surveillés, dans les fonctions d'officiers de l'état civil, par le conseil d'administration et les inspecteurs aux revues.

BIU Cujas

L'inspecteur aux revues chargé, à l'état-major, de la tenue desdits registres, en enverra, tous les mois, au Ministre de la guerre, un extrait collationné.

Code Civil, art. 91.

SECTION PREMIÈRE.

De la Naissances des Enfans des Militaires et Employés de l'armée, hors du territoire Français.

Code Civil, art. 92.

OBSERVATION. Cet article fait exception à l'art. 55 du Titre Ier., qui accorde *trois jours* pour les déclarations. Il devra donc lui être entièrement substitué hors du territoire français : les mêmes formalités devront, d'ailleurs, être observées pour les déclarations à faire et les témoins qui doivent y assister.

Code Civil, art. 93.

OBSERVATION. Afin d'éviter les erreurs que pourroient commettre des bataillons ou escadrons qui, étant détachés du corps, se trouveroient dépourvus des registres-matricules, le quartier-maître enverra l'extrait mentionné en l'article précédent, au dépôt du corps, où il sera confronté avec le signalement du père de l'enfant, s'il est connu, et transmis par le conseil d'administration au lieu de son dernier domicile, ou à celui de la mère, dans le cas où le père est inconnu.

MODE D'EXÉCUTION. Un double de cet acte sera envoyé au Ministre de la guerre, et le numéro du registre-matricule sous lequel le père aura été signalé, sera relaté avec soin dans ledit acte de naissance.

Dans les cas où des corps entiers se trouveroient hors du territoire français, ils transmettroient directement lesdits actes, ainsi qu'il est prescrit ci-dessus.

SECTION II.

Du Mariage des Militaires et Employés de l'armée hors du territoire Français.

Code Civil, art. 94.

OBSERVATION. Cet article fait exception aux art. 63 et 64 énoncés au Titre Ier.; il devra, en conséquence, être seul suivi hors du territoire français, en observant cependant que les enfans de troupe n'ayant jamais eu d'autre domicile que les drapeaux, les publications faites dans l'endroit où se trouve le corps, sont les seules exigibles à leur égard; quant aux autres militaires, ils devront déclarer quel a été leur dernier domicile, qui, à défaut de tout autre, sera censé être le lieu de leur naissance.

Code Civil, art. 95.

MODE D'EXÉCUTION. Pour prévenir l'inexactitude des renseignemens, les quartiers-maîtres opéreront, à cet égard, ainsi qu'il est dit pour les actes de naissance; ils transmettront cet extrait au conseil d'administration, qui, après l'avoir comparé à ses registres-matricules, l'enverra à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux.

BIU Cujas

Quelques articles, extraits du Titre *du Mariage*, contiennent des dispositions particulières qu'il importe aux officiers de l'état civil de connoître ; on croit, en conséquence, devoir les comprendre dans la présente Instruction. (*Voir le Code Civil*, art. 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 227 et 228.)

OBSERVATION. Les quartiers-maîtres, capitaines et inspecteurs aux revues, faisant les fonctions d'officier de l'état civil, observeront exactement si les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage, sont, dans les futurs époux, conformes, en tout point, au vœu de la loi. Ils se rappelleront surtout que la reconnoissance des enfans naturels (excepté le cas où elle seroit faite par un individu non marié au moment de la présentation de l'enfant, pour constater sa naissance, et celui où deux personnes libres, en se mariant, reconnoîtroient les enfans qu'elles auroient eus précédemment ; déclaration de reconnoissance que celui qui fait les fonctions d'officier public, pour l'acte de mariage, peut aussi recevoir et inscrire, *art.* 331), et que le désaveu fait par le père, de l'enfant présenté sous son nom, sont des cas dont il ne leur est pas permis de connoître. Les parties devront se mettre en instance devant les tribunaux compétens ; et ce n'est conséquemment que lors de leur rentrée sur le territoire français qu'elles pourront faire les diligences convenables, quels que soient, d'ailleurs, les droits qu'elles peuvent avoir, et dont elles auront toujours pu faire des actes conservatoires.

SECTION III.

Du Décès des Militaires et Employés de l'armée, hors du territoire Français.

Code Civil, art. 96.

MODE D'EXÉCUTION. Ledit extrait de mort sera envoyé à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé, et au Ministre de la guerre, par l'intermédiaire du conseil d'administration, après qu'il aura été relaté sur les registres - matricules du corps. Il devra en être fait aussi mention dans les états de mutation qu'il doit adresser chaque mois.

A l'égard des militaires tués sur le champ de bataille, le quartier-maître fera rendre compte, à la suite de chaque action, par les sergens-majors des compagnies, du nom des militaires manquans. Il s'informera ensuite aux trois témoins voulus par la loi, des causes de l'absence ; il constatera par ce moyen la mort, ou la prise par l'ennemi, des individus absens, et établira les actes de décès, qu'il enverra conformément aux dispositions ci-dessus énoncées.

Code Civil, art. 97.

OBSERVATIONS. L'extrait du registre que doivent tenir les directeurs desdits hôpitaux, sera en outre remis, chaque mois, en double expédition, au commissaire des guerres, qui fera de suite passer au Ministre ces deux actes mortuaires, avec un bordereau nominatif pour chaque hôpital.

Les quartiers-maîtres auront soin de réclamer des directeurs des hôpitaux, et particulièrement des hôpitaux ambulans, les actes de décès des militaires qu'ils sauroient y avoir été transportés.

Ils ne relateront le genre de mort, dans tous les actes de décès en général, qu'à l'égard des militaires morts sur le champ de bataille, ou des suites de blessures reçues en com-

BIU Cujas

battant l'ennemi, ou des maladies provenant des fatigues de la guerre, ou enfin morts de maladie ordinaire, et dont le genre sera spécifié par les officiers de santé.

DES MILITAIRES EMBARQUÉS.

Les actes de naissance et de mort, relatifs aux militaires ou à leurs enfans embarqués avec eux, soit sur les vaisseaux de l'Etat, soit sur des bâtimens de transport, seront rédigés par l'officier d'administration de la marine, ou celui qui le supplée, dans les vingt-quatre heures, et en présence de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage.

Les officiers d'aucun grade, des troupes de terre, ne sont donc pas chargés de remplir, à la mer, les fonctions d'officiers de l'état civil; mais le commandant de chaque détachement devant toujours avoir un contrôle nominatif de la troupe qui est sous ses ordres, il aura soin d'y noter les mutations de toute nature, afin qu'on puisse les rapporter ensuite sur les registres-matricules du corps.

INSTRUCTIONS GÉNÉRALES.

Art. Ier. Les dispositions relatives aux militaires hors du territoire français, sont applicables, non-seulement à ceux qui sont réunis en corps d'armée au-delà des frontières du Royaume, ou qui y sont employés dans des corps détachés, mais aussi aux corps qui, dans un cas d'invasion ou de révolte, se trouveroient dans l'impossibilité de recourir aux officiers publics ordinaires, pour constater le décès des militaires qui seroient morts sur le champ de bataille, ou pour faire divers actes relatifs à l'état civil. Dans tous les autres cas, les militaires sont assujettis aux mêmes lois que le reste des citoyens. A l'égard de l'envoi qui doit être fait, au dernier domicile, des actes de naissance, mariage et décès, des militaires hors du Royaume, ce dernier domicile doit être celui où est né l'individu; à moins d'une déclaration contraire.

Art. II. Quant aux militaires qui mourroient prisonniers de guerre, les actes en seront rédigés dans les formes usitées dans le pays où ils viendroient à décéder. Comme ils se trouvent alors éloignés de leurs drapeaux, l'art. 47 du Code Civil leur est applicable sous tous les rapports; il porte: « Tout acte de l'état civil, des Français et des étrangers, « fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit « pays. »

Art. III. Tout dépositaire des registres sera civilement responsable des altérations qui y surviendront, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altérations.

Art. IV. Toute altération, tout faux dans les actes de l'état civil, toute inscription de ces actes faite sur une feuille volante, et autrement que sur les registres à ce destinés, donneront lieu aux dommages-intérêts des parties, sans préjudice des peines portées au Code Pénal.

Art. V. Les différens actes faits jusqu'à ce jour par les quartiers-maîtres, capitaines et inspecteurs aux revues, remplissant les fonctions d'officiers de l'état civil, devront être de suite inscrits sur les registres prescrits par la loi; et, indépendamment de cette

BIU Cujas

inscription, les minutes qu'ils auront faites sur ces feuilles volantes, seront et demeureront annexées auxdits registres, sans en rien inférer, pour l'avenir, de contraire aux dispositions du Code Civil.

Art. VI. Dans les cas où un militaire, hors du territoire français, laisseroit, en mourant, dans le corps dont il fait partie, un ou plusieurs enfans, sans que leur mère fût présente, le conseil d'administration nommera de suite, parmi les officiers dudit corps, un tuteur temporaire, dont les fonctions se borneront seulement à régler les intérêts du mineur avec le corps. Cet officier se hâtera de prévenir la famille, du décès du père de l'enfant, afin que, conformément aux lois, il puisse lui être nommé un tuteur dans le plus court délai. Aussitôt la nomination de ce dernier, les fonctions du tuteur temporaire seront terminées de droit, après cependant qu'il aura rendu les comptes que pourroit nécessiter sa gestion.

Lorsqu'un militaire appartenant à un corps, viendra à décéder sur le territoire français, le juge de paix de l'arrondissement en sera aussitôt prévenu; il mettra le scellé sur les effets du décédé; le scellé sera levé sous le plus bref délai, en présence d'un officier, chargé par le conseil d'administration d'y assister et de signer le procès-verbal de désignation des effets; la vente en sera faite avec les formalités requises, et le produit remis au conseil d'administration, qui le déposera dans la caisse du corps, et restera responsable, envers les héritiers, du montant de la succession.

Si un militaire meurt hors du territoire français, le chef du corps, ou l'officier le plus élevé en grade, présent sur les lieux, commettra un officier pour apposer les scellés, qui seront ensuite levés, et la désignation des effets et leur vente faite comme il est dit ci-dessus.

Page 41.

(1) *Du domicile.* Voir les *Questions de* Rodier, sur l'article III du Titre II de l'Ordonnance de 1667.

(2) *Civil*, c'est-à-dire, celui où l'on exerce ses droits civils. Pour ce qui concerne le domicile politique, c'est-à-dire celui qui est requis pour l'exercice des droits de cité, *voyez* l'article 6 de l'acte du 21 nivose an 8, et le Titre Ier. du Décret du 17 janvier 1806, art. 4. (*Bulletin*, nº. 1255.)

On voit par là que le domicile politique et le domicile civil peuvent être distincts; mais néanmoins le domicile politique pourroit, en cas de contestation, servir d'indice, pour faire reconnoître le domicile civil : car ce pourroit être un des caractères de l'établissement principal, comme on l'a observé au Conseil-d'Etat.

(3) *Du Français.* Les mêmes dispositions s'appliqueroient à l'étranger autorisé par le Roi à résider en France.

(4) *Si le père est inconnu. Quid*, si l'on ne connoît ni le père ni la mère? L'enfant a pour domicile celui de son tuteur, s'il lui en a été donné un : sinon, il n'a d'autre domicile que le lieu où il réside.

(5) *De l'individu*, sauf le cas où il perdroit ses père et mère avant l'émancipation. Son domicile changeroit alors, et il prendroit celui de son tuteur.

BIU Cujas

(6) *L'un de l'autre.* On conçoit, en effet, qu'un négociant, par exemple, peut avoir le siége de son commerce à Paris, et résider cependant habituellement dans une autre commune. Il n'en sera pas moins réputé domicilié à Paris. Mais tous les cas ne sont pas aussi aisés à décider que celui-là.

Au surplus, les questions de domicile sont bien loin de présenter actuellement le même intérêt qu'avant la promulgation du Code. En effet, comme la France étoit régie par différentes coutumes, on tenoit en principe que la succession des immeubles, par exemple, étoit régie par la coutume du lieu de leur situation; mais que les meubles n'ayant pas d'assiette fixe, il falloit suivre, pour les successions mobilières, la coutume du domicile du défunt. Or, comme l'ordre de succéder n'étoit pas le même dans toutes les coutumes, on sent qu'il devenoit important de déterminer le domicile du défunt, afin de connoître ceux auxquels devoit appartenir la succession mobilière. Cette difficulté ne peut plus avoir lieu, actuellement que la France entière est régie par les mêmes lois. Les questions de domicile n'ont donc presque point d'autre motif, dans le droit du Code, que d'établir la validité de l'assignation, la compétence du juge, etc. Le Titre *du Domicile* est donc, sous ce rapport, plutôt un titre de procédure que de droit.

(7) *Son principal établissement.* Ainsi, dès que l'intention et le fait du changement d'établissement sont certains, le changement de domicile est opéré, sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'expiration d'aucun délai. *Sic* jugé, et avec raison, à Limoges, le 1^er^. septembre 1813. (Sirey, 1813; 2^e^. part., pag. 353.)

(8) *Si variés et si multipliés.* Voir quelques-uns de ces détails dans les lois 27, §. 1, ff. *ad Municipalem*, et 7, Cod. *de Incolis:* ajoutez, dans notre droit, le service de la garde nationale, les rôles de patente, de contribution, etc. Voir un arrêt de la Cour de Cassation, du 19 mars 1812. (Sirey, 1813; 1^re^. part.; pag. 22.)

Nota. Un Arrêt du Parlement de Paris, rapporté au journal du Palais, en date du 6 septembre 1670, a jugé que la même personne pouvoit avoir deux domiciles. Et, en effet, s'il y avoit réellement doute sur le véritable domicile d'un individu, je ne vois pas sur quel fondement l'on pourroit annuller l'assignation donnée à l'un de ces domiciles. C'est au surplus à lui à s'imputer de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour lever toute difficulté à cet égard; et il ne doit pas pouvoir se faire un titre d'une négligence, peut-être commise à dessein, pour demander la nullité d'une procédure.

Ce cas est prévu dans le Code Prussien, *Introd.* art. 31; et il y est dit qu'il faut alors prononcer dans le sens favorable à la validité de l'acte dont il s'agit.

BIU Cujas

(9) *La présomption légale.* Nous avons vu, au *Titre préliminaire*, ce qu'on doit entendre par ces mots. (*Voyez* la note (2) de la page 9.)

PAGE 42.

(1) *D'avoir un domicile particulier.* Car, si c'étoit, par exemple, un interdit ou une femme mariée, ils auroient toujours, savoir: l'interdit, le domicile de son tuteur; et la femme, celui de son mari.

(2) *De cette personne.* Il y a ici le fait et l'intention. Le *fait*, puisqu'il y a habitation réelle dans la maison de la personne. La preuve légale de *l'intention* résulte du service ou travail habituel chez cette même personne.

(3) *Et non révocables.* J'ai ajouté ces mots, parce qu'il est des fonctions qui, quoiqu'étant à vie, n'emporteroient cependant pas translation immédiate du domicile, parce qu'elles sont révocables. Telles sont celles de percepteur à vie des communes. *Sic* jugé, avec raison, en cassation, le 11 mars 1812. (SIREY, 1813; 1re. partie, pag. 418.)

(4) *L'acceptation seule.* Mais de quand l'individu nommé est-il présumé avoir accepté? C'est ordinairement du jour qu'il a prêté serment.

(5) *Celui de son mari*, qu'elle conserve jusqu'à la dissolution du mariage, quand même elle serait séparée de biens. Il en seroit autrement, si elle étoit séparée de corps: cette séparation ayant pour effet de la décharger de l'obligation de résider avec son mari, elle acquiert par-là le droit de choisir un domicile.

Si la femme mariée fait un commerce séparé de celui de son mari, et avec son consentement, au moins tacite, non-seulement elle pourra avoir un domicile pour les faits de ce commerce, mais encore on pourra, à raison de ces faits, assigner le mari devant le juge de ce domicile. (*Procéd.* 420.)

(6) *De l'habitation réelle.* Il est cependant un cas dans lequel le domicile pourroit être changé, sans qu'il y eût changement d'habitation. Exemple:

Une femme domiciliée à Rouen, épouse un homme domicilié à Paris. Quand même elle resteroit à Rouen, elle n'en seroit pas moins présumée avoir acquis par son mariage un nouveau domicile à Paris, et cela par l'effet de la loi, qui veut que la femme mariée, et non séparée de corps, ne puisse avoir d'autre domicile que celui de son mari. Si cependant le mariage n'étoit point connu, *putà*, s'il a été tenu secret, si la femme a conservé son ancien nom, elle pourra être valablement assignée au lieu de son ancien domicile, et devant le Juge de ce domicile.

(7) *Quand il est une fois acquis.* Puisque l'on peut changer d'habitation sans changer de domicile, il est clair que, dans ce cas, le domicile ne se conserve que par l'intention.

(8) *Celui de son tuteur.* L'article dit *curateur*, parce qu'à l'époque à laquelle a été rédigée la loi sur *le domicile*, la loi sur *l'interdiction* n'étoit pas

BIU Cujas

faite, et que, dans l'ancien droit, ce n'étoit pas un tuteur, mais un curateur que l'on donnoit à l'interdit.

(9) *De l'ouverture de la succession.* Cette question peut avoir quelqu'importance, parce que c'est le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession qui doit connoître de toutes les opérations du partage, et de toutes les contestations qui peuvent s'élever à cette occasion. (Art. 822.)

(10) *Lors de la passation d'un acte.* Est-il nécessaire que l'élection de domicile soit faite dans l'acte même? Les motifs paroissent décider l'affirmative. Je pense que cela doit s'entendre dans le sens que l'une des parties ne pourroit seule, dans un acte séparé, élire domicile pour l'exécution d'un acte antérieur. Mais si tous les contractans sont d'accord, je ne vois pas pourquoi l'élection de domicile ne pourroit pas avoir lieu par un acte postérieur et séparé.

PAGE 43.

(1) *Au domicile élu.* Remarquez que le droit de faire les significations au domicile élu, est purement facultatif dans la personne du demandeur (l'article 111 dit, *pourront être faits*), et que celles qui seroient faites au domicile réel du défendeur, n'en seroient pas moins valables, à moins qu'il ne résulte des circonstances, que l'élection a été faite aussi dans l'intérêt du défendeur; si, par exemple, ce dernier étoit sur le point de s'absenter de son domicile, et qu'il en ait élu un chez un de ses amis, ou chez son fondé de pouvoir.

(2) *A eu lieu.* Ainsi, je suis domicilié à Paris; je fais un traité avec Pierre, domicilié à Rennes; je crains qu'il ne s'élève des difficultés, et je ne veux pas être obligé d'aller plaider à Rennes. En conséquence, il consent à élire un domicile à Paris; et, s'il y a effectivement contestation, je pourrai l'assigner à ce domicile, et devant le juge de Paris; mais je ne pourrai l'assigner à Paris et devant le juge de Paris, que pour les causes relatives à l'exécution de l'acte dont il s'agit. Pour toute autre cause, je serai obligé de me conformer aux lois ordinaires de la procédure.

On a jugé en cassation, le 5 février 1811 (SIREY, 1811; 1re. partie, pag. 98), que, dans le cas où il étoit nécessaire de procéder à une saisie immobilière pour l'exécution d'un acte contenant élection de domicile, le commandement qui doit précéder la saisie, pouvoit être fait au domicile élu. Cela est très-vrai. Mais il paroît résulter des motifs de ce même arrêt, que, dans le même cas, la dénonciation du procès-verbal de saisie devroit être faite au domicile réel. Cette opinion ne me paroît pas fondée. Il est certain que la saisie immobilière fait partie des poursuites relatives à l'exécution de l'acte; et, sous ce rapport, comment peut-on ne pas lui appliquer la disposition de l'article 111, toutefois avec une modification, pour l'intelligence de laquelle il est nécessaire d'entrer dans quelques détails?

Je pense donc qu'il faut tenir, en principe général, que l'intention des parties,

BIU Cujas

en stipulant et consentant l'élection de domicile, a été que le domicile élu remplaçât, en tout point, pour l'exécution de l'acte, le domicile réel; il est donc réellement ce domicile, pour tout ce qui a rapport à cette exécution, et par conséquent, on peut faire à ce domicile toutes les significations qui, aux termes de la loi, doivent être faites au domicile réel; l'on peut assigner devant le juge de ce domicile, dans tous les cas où l'on devroit assigner devant le juge du domicile réel. Mais pour tous les objets qui ne seroient pas de nature à être portés devant le juge du domicile, mais bien, par exemple, devant le juge de la situation de l'objet, l'élection de domicile ne peut avoir aucun effet. D'après cela, comme aux termes de l'article 681 du Code de Procédure, la saisie immobilière doit être dénoncée au domicile du saisi, mais que, aux termes de l'article 2210 du Code Civil, elle doit être portée devant le juge de la situation des objets saisis, je pense que la dénonciation peut être faite valablement au domicile élu; mais qu'il n'en peut résulter aucun changement relativement au Tribunal devant lequel la saisie doit être portée. L'on voit d'après cela que je n'adopterois pas la doctrine consacrée par deux arrêts, l'un de la Cour d'Agen, en date du 6 février 1810, rapporté par SIREY, 1814, 2e. partie, pag. 193, et l'autre de la Cour de Cassation, en date du 29 août 1815, (*ibid.*, 1815; 1re. partie, pag. 430), qui ont jugé que toutes les significations relatives à l'exécution du jugement obtenu en vertu de l'acte contenant élection de domicile, devoient être faites au domicile réel.

Nota. On a agité devant la cour de Turin la question de savoir: si le jugement ou l'appel pouvoit être signifié au domicile élu pour le paiement d'une lettre de change. L'affirmative a été jugée, quant à l'appel, à la 1re. chambre de cette Cour, le 8 janvier 1810; et la négative, quant à la signification du jugement, à la seconde chambre, le 29 novembre 1809. (SIREY, 1814; 2e. partie, pag. 392.) D'après les principes que je viens d'établir ici, il est évident que je n'adopterois pas la décision de ce dernier arrêt.

Quid, si la partie qui a élu domicile, vient à décéder? On pensoit généralement que l'élection n'en demeuroit pas moins irrévocable, et que l'on pouvoit assigner les héritiers, chacun pour leur part, au domicile élu. (BACQUET, *des Droits de justice*, chap. VIII, no. 16; ROUSSEAU-DE-LACOMBE, 2o, Domicile, no. 14.) Je pense qu'il en seroit de même encore aujourd'hui. (Argument tiré de l'art. 2156.) On peut regarder l'élection de domicile comme une condition du contrat, sans laquelle il n'auroit pas eu lieu. Or, les héritiers profitant de la stipulation, doivent en accomplir toutes les charges.

Quid, en cas de décès de la personne chez laquelle le domicile est élu? BACQUET, *ibid.*, pense également que cela ne doit rien changer à l'effet de la convention, *attendu*, dit-il, *que le domicile, dans ce cas, est plutôt réel et personnel*: c'est-à-dire, est plutôt attaché au lieu qu'à la personne.

BIU Cujas

Rodier, sur l'art. 3 du Titre II de l'Ordonnance de 1667, partage cette opinion, sauf, ajoute-t-il, le droit accordé à la partie d'élire un autre domicile dans le même lieu. Cette opinion me paroît fondée. (Argument tiré du même article 2156.) L'élection de domicile est censée, comme nous venons de le dire, faire partie des conventions respectives des contractans; et très-souvent, celui en faveur de qui l'élection a été faite, n'eût pas autrement consenti à contracter. Quant à la modification apportée par Rodier, elle ne peut faire aucun tort à l'autre partie; elle seroit donc non-recevable à la contester. (Argument tiré de l'art. 2162, et d'un arrêt de Cassation du 19 janvier 1814. (*Bulletin*, 1814, n°. 8.)

Lorsque l'assignation est donnée au domicile élu, faut-il augmenter le délai en raison de la distance du domicile élu au domicile réel de l'assigné? Je ne le pense pas; et ce d'après ce qui a été établi ci-dessus, que le domicile élu est censé, en tout point, le domicile réel de celui qui l'a élu; et il a été ainsi jugé à Paris le 2 juin 1812. (Sirey, 1813; 2e. partie, pag. 345.) On oppose à cette décision, l'art. 2185 du Code Civil, qui, en matière de sur-enchère, augmente le délai de deux jours par cinq myriamètres de distance du domicile élu par les créanciers dans leur inscription, à leur domicile réel. Mais on peut répondre que c'est précisément parce que la loi a cru devoir le dire formellement dans ce cas, qu'on doit en conclure que cette disposition ne doit pas avoir lieu, dans tous les autres cas où elle ne s'en est pas exprimée: que cette raison est d'autant meilleure dans l'espèce, qu'il y a un motif particulier à donner pour justifier la disposition de l'art. 2145; c'est que d'abord il s'agit d'une élection de domicile que le créancier est obligé de faire, dans un lieu où il arrivera le plus souvent qu'il ne connoît personne, et où par conséqnent il n'a pas choisi un individu en qui il pût mettre sa confiance, et à qui il pût donner d'avance les instructions nécessaires. En second lieu, dans le cas de sur-enchère, il est en général difficile de déterminer d'avance la marche à tenir, puisque cela dépend du prix de la vente, comparé au prix réel de l'immeuble, du nombre et du montant des inscriptions. Il faut donc que le créancier puisse être instruit de tous ces détails, pour qu'il puisse se décider à faire, ou non, une sur-enchère. Or, il ne les connoît que par la notification; il faut donc que l'on ait le temps de la lui faire parvenir: mais ces raisons ne s'appliquent nullement au cas où l'élection de domicile a été purement volontaire, et où conséquemment la partie a pu choisir son mandataire, et lui donner d'avance les instructions convenables.

On a jugé en Cassation le 24 juin 1806 (Sirey, 1814; 1re. part., p. 39), que par cela seul que la procuration donnée à une personne, contenoit pouvoir d'élire domicile pour le mandant, les assignations données au mandant avoient pu être valablement données au domicile du mandataire, quoiqu'il n'y eût eu d'ailleurs aucun autre acte contenant élection de domicile. Je ne

BIU Cujas

puis adopter cette doctrine. Jamais on n'a pu dire que le pouvoir d'élire domicile emportoit élection. C'est comme si l'on disoit que le pouvoir de vendre emporte vente; que le pouvoir de prêter emporte prêt, etc. On opposera peut-être à cette opinion, celle que nous émettrons ci-après, Titre *des Enfans naturels*, que le pouvoir de reconnoître un enfant naturel vaut reconnoissance. Mais je pense qu'il faut bien distinguer les reconnoissances de tous les autres actes. La reconnoissance ne constitue pas l'obligation. Elle la suppose, au contraire, déjà existante, et elle en fournit la preuve. Il suffit donc d'une manifestation quelconque de la volonté de celui qui reconnoît. Or, que cette manifestation ait lieu par tel ou tel acte, cela est absolument indifférent, pourvu que la volonté soit constante, et que les formes exigées par la loi aient d'ailleurs été observées. Il n'en est pas de même de l'acte qui constitue l'obligation conventionnelle. Cet acte exigeant le concours exprès ou tacite de la volonté des deux parties, il est évident que tant qu'une d'elles seulement s'est expliquée, il n'y a qu'un simple projet qui peut être révoqué *ad libitum;* et si ce projet, au lieu de contenir un consentement direct à l'obligation, ne contient que le pouvoir donné à une personne de la contracter au nom du mandant, il est encore évident que, tant que cette personne ne s'est pas expliquée, il n'y a pas d'obligation. Autrement il faudroit dire que si Pierre, par exemple, a donné pouvoir à Jacques de vendre sa maison à Paul, à telles et telles conditions, Paul peut acquérir la propriété de la maison par un simple acte de sa volonté, et sans aucun concours de la part de Jacques; ce qui est absurde. Donc, etc.

On a jugé également en cassation que le domicile *ad litem* pouvoit être distinct du domicile réel, et résulter d'une série d'actes judiciaires non contestés, et supposant ce domicile. (Arrêt du 28 décembre 1815, rapporté par Sirey, 1816, 1re. partie, pag. 109.)

Page 44.

(1) *De ses nouvelles.* En droit, celui qui est absent seulement du lieu où se traite l'affaire dont il s'agit, est dit *non présent.* (Article 840.)

(2) *Viendroit à cesser.* Par la mort du fondé de pouvoir, ou de toute autre manière.

(3) *Avant l'expiration du délai.* On présume que l'individu, en laissant une procuration, a prévu le cas où son absence pourroit se prolonger, et a voulu pourvoir lui-même, pendant ce temps, à l'administration de ses affaires, et empêcher les effets de la déclaration d'absence, ainsi que l'envoi en possession, qui, comme nous le verrons tout-à-l'heure, donne aux envoyés le droit de percevoir à leur profit la majeure partie de ses revenus : or, la ces-

BIU Cujas

sation de la procuration est un événement qui lui est entièrement étranger, qu'il a pu ne pas prévoir, et qui ne peut, en conséquence, lui préjudicier.

Mais toute procuration quelconque auroit-elle cet effet? Je ne le pense pas. Je crois que l'art. 121 ne doit être appliqué qu'en cas où l'absent a laissé une procuration générale. Car ce n'est qu'alors qu'on peut présumer raisonnablement qu'il a prévu le cas d'une absence prolongée. Si donc la procuration est spéciale, je pense qu'elle ne doit point empêcher la poursuite au bout de quatre ans.

(4) *Et qu'il y ait nécessité.* Donc, hors le cas de nécessité, personne n'a le droit de s'immiscer dans les affaires du présumé absent; mais, si une prescription est sur le point de s'accomplir, et qu'il faille l'interrompre, si des terres sont sans culture, si des enfans restent sans secours ou sans surveillance, dans ces différens cas et autres semblables, il y a nécessité, et les Tribunaux sont autorisés à prendre les mesures que leur sagesse leur suggérera.

(5) *En tout ou en partie.* Si donc il n'y a nécessité que pour un objet, le Tribunal ne devra prendre qu'une mesure partielle relative à cet objet, et ne pas s'immiscer dans le reste.

(6) *Par le Tribunal du domicile de l'absent*, sauf l'appel, s'il y a lieu, qui pourra être interjeté, soit par les tiers dans leur intérêt, soit par la personne du Roi, dans l'intérêt de l'absent.

Mais si le bien qui exige une mesure provisoire est éloignée, pourra-t-il être statué par le juge du domicile? Je pense que ce juge est le seul qui puisse raisonnablement décider si la présomption d'absence est telle qu'il soit nécessaire de s'immiscer dans les affaires de l'absent; mais que, si, après avoir reconnu qu'il y a lieu à appliquer l'art. 212, il ne peut, à raison de l'éloignement, déterminer la nature de la mesure qui devra être prise, il pourra renvoyer, pour l'exécution, au tribunal de la situation. (Argumens tirés des art. 121 et 266 du Code de Procéd.)

(7) *Parties intéressées.* Il faut entendre par ces mots, tous ceux qui ont un intérêt pécuniaire quelconque, tels que l'époux, les enfans, les créanciers, le propriétaire ou principal locataire de la maison où demeure l'absent; mais il faut que ce soit un intérêt légal et actuel: un intérêt éventuel, comme celui des héritiers; ou d'affection, comme celui des parens, des amis, ne suffiroit pas. Le Procureur du Roi pourroit également provoquer des mesures provisoires, soit dans l'intérêt de l'absent, soit dans l'intérêt public; si, par exemple, il s'agissoit de prévenir la ruine d'un bâtiment, ou un autre événement qui pourroit nuire à la sûreté publique, etc.

(8) *Suivant les circonstances.* Il est présenté requête, à cet effet, au Président. On y joint les pièces et documens. Le président commet un juge, sur le rapport duquel il est statué, le Procureur du Roi entendu. (*Procéd.* 859.)

BIU Cujas

(9) *Qu'avec une extrême circonspection.* L'usage de nommer un curateur aux absens avoit été abrogé par l'article 8 du Titre II de l'Ordonnance de 1667. Cette abrogation n'est pas maintenue par le Code, et il résulte de la discussion, que l'on a eu l'intention de ne point la maintenir; mais néanmoins les juges ne doivent adopter cette mesure qu'avec une extrême précaution. Les jugemens rendus avec le curateur, étant réputés contradictoires, et pouvant passer en force de chose jugée, l'on sent aisément que l'absent pourroit être ruiné par un curateur négligent ou infidèle. *Voir* un arrêt de cassation du 25 août 1313. (SIREY, 1815; 1re. partie, pag. 131.)

(10) *Avant sa disparition.* Nous verrons à la fin du Titre, quelles sont les dispositions de la loi, relatives aux successions ouvertes depuis la disparition.

(11) *Chargé de représenter.* Il est donc partie dans cette opération; il ne pourra donc pas faire, comme notaire, les actes qui y sont relatifs.

De plus, comme il est censé, ici, revêtu des pouvoirs de l'absent, il ne pourra faire que les actes permis à un mandataire ordinaire, mais non aucun de ceux qui ont trait à l'aliénation, comme une transaction. Quant aux partage, comme c'est là un des objets de son mandat, il n'est pas douteux qu'il ne puisse y être partie, sauf l'homologation du Tribunal, ordonnée par l'art. 981 du Code de Procédure; mais s'il y a contestation, il faudra recourir à l'autorité du Tribunal, qui prendra les mesures convenables, soit en nommant un curateur, soit de toute autre manière.

Il ne faut pas confondre ce notaire avec celui qui pourroit être appelé, conformément à l'article 931, n° 3, du Code de Procéd., pour représenter dans un inventaire, des intéressés à une succession, domiciliés hors de la distance de cinq myriamètres. Ce dernier n'a d'autre mission que d'assister à la levée du scellé et à l'inventaire.

Le notaire, chargé de représenter l'absent dans tous les actes énoncés en l'article 113, pourroit-il les provoquer? La négative a été jugée par la Cour de Bruxelles, le 8 avril 1813. (Jurisprud. du Code Civil, tome 21, page 20.) Peut-être y avoit-il, dans l'espèce, quelque motif particulier qui a influé sur cette décision. Mais je ne crois pas que l'on puisse l'adopter en principe général. Ce notaire est chargé de représenter l'absent. Il peut donc faire tout ce que pourroit faire l'absent. Or, l'absent auroit droit de provoquer le partage. Donc, etc.

PAGE 45.

(1) *Des biens de ses enfans.* Sera-t-elle tutrice, et devra-t-on, en conséquence, nommer un subrogé-tuteur? Je ne le pense pas: elle exerce les droits du père et les siens; par la même raison, je pense qu'elle a droit, de ce même moment, d'exercer la puissance paternelle, sauf peut-être l'observation de l'article 381. En effet, cette puissance appartient, pendant le

BIU Cujas

mariage, au père et à la mère, quoiqu'elle ne puisse être exercée que par le père : or, ici, la mère réunit les droits de son mari aux siens propres. Je pense également qu'elle pourra, en vertu du mandat légal qui lui est donné par l'article 141, exercer, sans autorisation, toutes les fonctions de tutrice, sans qu'il soit nécessaire, comme le pense un auteur, qu'elle se fasse autoriser pour chaque acte, ni même qu'elle se fasse donner par le juge une autorisation générale, qui ne pourroit avoir plus de force que celle qui lui est donnée par la loi elle-même. Quand la femme est nommée tutrice de son mari interdit, elle n'a pas besoin de se faire autoriser pour administrer la tutelle : donc, *à pari*, etc.

Quid, après la déclaration d'absence? Je pense, d'après les articles 123, 126 et 451, qu'il y a lieu à nommer un subrogé-tuteur.

Mais aura-t-elle la jouissance légale des biens de ses enfans, conformément à l'article 384? et de quand l'aura-t-elle?

L'absent, étant, comme nous l'avons dit, présumé mort du jour de sa disparition, la jouissance a dû avoir lieu au profit de la mère, à compter de cette époque. (Art. 384.)

Nec obstat l'article 126, portant, que les fruits échus jusqu'à l'envoi en possession, doivent être capitalisés; car, d'abord, il s'agit, dans cet article, des fruits des biens mêmes de l'absent. En second lieu, il faut prendre garde que l'abandon d'une partie des fruits a lieu au profit des envoyés en possession, pour les indemniser de la charge qu'ils ont d'administrer les biens de l'absent; charge qui ne commence qu'à compter de l'envoi en possession. La jouissance légale, au contraire, est un accessoire, une dépendance de la puissance paternelle, que la femme exerce du moment de la disparition, puisque c'est de ce moment qu'elle réunit les droits de son mari aux siens propres : elle doit donc avoir la jouissance légale, à compter de la même époque.

(2) *Ou si elle vient à décéder depuis.* L'article ajoute, *mais avant la déclaration d'absence.* Il est difficile de trouver une bonne raison pour justifier cette addition. Il me semble que le droit doit être le même, quelle que soit l'époque du décès de la mère.

(3) *A l'ascendant le plus proche.* Pourquoi fait-on intervenir ici le conseil de famille, tandis que, dans le cas le plus ordinaire, celui du décès du père et de la mère, le plus proche ascendant est tuteur de droit? (Art. 402.) Je crois que la véritable raison, c'est qu'à l'époque à laquelle le Titre *des Absens* a été rédigé, on ignoroit encore s'il y auroit une tutelle légitime des ascendans; cette tutelle n'existoit pas avant le Code.

(4) *Six mois après la disparition du père.* Qui aura soin des enfans pendant ces six mois? L'on présume que les parens, les amis du père ou de la mère, pourront y pourvoir. A défaut de qui que ce soit, le Procureur du Roi pourroit interve nir (Art. 114.) Quant aux ressources pécuniaires, c'est bien là

BIU Cujas

un des cas de nécessité prévus par l'article 112, et qui donnent au Tribunal le droit de prendre des mesures provisoires, relativement aux biens de l'absent.

Quid, s'il est question d'établir l'un des enfans de l'absent, comment sera réglée la dot ou l'avancement d'hoirie? Je pense qu'il faut appliquer les dispositions de l'art. 511. Il y a absolument parité de raison; mais bien entendu pourvu que la non-présence sans nouvelles du père soit suffisamment constatée.

(5) *Celle de la présomption d'absence.* On a jugé à Bruxelles, le 24 mai 1809, que les dispositions du Code, relatives aux mesures à prendre pendant la présomption d'absence, n'étoient point applicables aux militaires en activité de service, et que l'on devoit se conformer, à leur égard, aux dispositions des lois des 11 ventose, 16 fructidor an 2, et 6 brumaire an 5. Ce qui me porteroit à adopter cette opinion, c'est qu'un décret du 16 mars 1807 (*Bulletin*, n°. 2266), postérieur conséquemment à la promulgation du Code, a ordonné la publication de ces trois lois dans les départemens situés au-delà des Alpes. On n'a donc pas pensé qu'elles fussent abrogées par le Code. Mais, dans tous les cas, cela ne doit rien changer aux dispositions relatives à la déclaration d'absence, sauf la précaution particulière à prendre relativement aux militaires, ainsi qu'il est ordonné par l'instruction du Grand-Juge, dont il sera ci-après parlé, note (8) de la page suivante. Je ne pense pas non plus que cela doive rien changer aux dispositions des articles 135 et 136, relativement aux successions échues aux militaires absens, surtout s'il y a eu un jugement de déclaration d'absence.

Nota. Le délai fixé par la loi du 6 brumaire an 5, et qui devoit expirer six mois après la paix générale, a été, par une loi du 21 décembre 1814 (*Bull.*, n°. 553), prorogé jusqu'au premier avril 1815, en faveur des militaires et autres citoyens attachés aux armées, non rentrés en France à ladite époque du 21 décembre; et il est permis, en outre, aux Cours et Tribunaux d'accorder de nouveaux délais à ceux qui, n'étant pas rentrés audit jour premier avril, justifieroient en avoir été empêchés par maladie, ou toute autre cause légitime, sauf aux créanciers à faire, pendant ces délais, tous actes conservatoires. (*Voyez* ci-après la note (2) de la page 52, *in fine.*)

PAGE 46.

(1) *Ou les dernières nouvelles.* Faut-il compter le délai, à compter de la date des dernières nouvelles, ou du jour qu'on les a reçues? Il peut y avoir une distance plus ou moins considérable entre les deux époques à raison de l'éloignement du lieu d'où sont datées les dernières nouvelles. Je pense que le délai doit courir du jour où les nouvelles ont été reçues; et voici pourquoi:

L'individu absent est censé savoir qu'il lui suffit de donner de ses nouvelles

BIU Cujas

à peu près tous les cinq ans, pour empêcher la déclaration d'absence et l'envoi en possession. Il a écrit une dernière lettre en date du 7 janvier 1808; il en écrit une seconde au mois de novembre 1812. Il n'y a pas entre les deux lettres un intervalle de cinq ans. Cependant la lettre du 7 janvier 1808 n'a été reçue qu'au mois de décembre suivant; et par conséquent, celle de novembre 1812, n'arrivera qu'en octobre 1813. Si l'on comptoit les quatre ou cinq ans, du jour de la date de la première lettre, il s'ensuivroit que la première demande pourroit être formée le 8 janvier 1812, et que la déclaration d'absence et l'envoi en possession pourroient être prononcés en janvier 1813, c'est-à-dire, neuf mois environ avant l'époque à laquelle sera reçue la seconde lettre, quoique cependant l'absent n'ait pas laissé passer cinq ans sans donner de ses nouvelles.

Est-il nécessaire que ce soit l'absent lui-même qui ait donné de ses nouvelles? Non : il suffit qu'on en ait eu, même indirectement. L'article dit : *et que, depuis quatre ans, on n'en aura point eu de nouvelles.*

(2) *Les parties intéressées.* Il ne faut pas prendre ici ces expressions dans un sens aussi étendu que dans l'article 112. Les créanciers n'ont plus d'intérêt; ils ont pu poursuivre leurs droits contre l'absent. Les parties intéressées sont donc ici seulement celles qui ont notoirement un droit subordonné à la condition du décès de l'absent, tels que son époux ou ses héritiers. Je pense, par la même raison, qu'on doit mettre de ce nombre le donataire de biens à venir, le propriétaire de la chose dont l'absent a l'usufruit, etc. En un mot, l'absent, qui ne reparoît pas, étant présumé mort du jour de la disparition, tous ceux qui ont des droits connus, subordonnés à la condition de son décès, peuvent, dans mon opinion, poursuivre la déclaration d'absence, et l'envoi en possession, chacun en ce qui les concerne. Autrement, si l'on soutenoit que tous ces droits ne peuvent être exercés qu'après la déclaration d'absence, et que cette déclaration ne peut être provoquée que par les héritiers présomptifs, il faudroit dire que le simple refus de ceux-ci pourroit empêcher l'exercice de tous les droits de tiers, autres que les créanciers; ce qui n'est pas admissible. (*Voyez* ci-après la note (11) de la page suivante.)

(3) *S'il y a lieu.* Il ne faut pas entendre par là, que le Tribunal puisse déclarer l'absence sans faire une enquête : ce qui seroit contraire à la loi; mais bien que si, d'après les pièces et documens, il juge qu'il a pu exister des raisons qui aient empêché l'absent de donner de ses nouvelles, il peut suspendre l'enquête jusqu'à nouvel ordre; le tout, sauf l'appel, qui pourroit, suivant les circonstances, être interjeté, soit par les parties intéressées, si elles prétendent que le Tribunal a mal à propos suspendu l'enquête, soit par le Procureur du Roi, s'il juge au contraire que ce n'étoit pas le cas de l'ordonner.

(4) *Avec le Procureur du Roi*, qui pourra faire appeler tous les témoins

BIU Cujas

qu'il jugera convenable d'appeler, même les parens et les successibles de l'absent, lesquels pourront être également entendus à la requête des parties intéressées, sauf au Tribunal à avoir tel égard que de raison à leurs dépositions.

Devra-t-on suivre pour cette enquête, toutes les règles prescrites par les articles 252 et suivans du Code de Procédure? Je pense que c'est ici une procédure toute particulière. La déclaration d'absence a bien certainement lieu dans l'intérêt des héritiers, puisqu'elle a pour effet de leur donner une part considérable des fruits. Mais elle est aussi dans l'intérêt de l'absent, auquel il importe que ses biens soient administrés par des personnes responsables. L'enquête à faire pour parvenir à cette déclaration, ne peut donc être comparée aux enquêtes ordinaires, qui n'ont lieu que dans l'intérêt de l'une des parties. En second lieu, l'absent est ici représenté par le Procureur du Roi. D'après cela, je penserois 1°. qu'il n'est pas nécessaire d'assigner l'absent, conformément à l'art. 261 du Code de Procédure; 2°. que, si les règles prescrites par ce Code n'ont pas été observées, le Procureur du Roi peut demander la nullité de l'enquête; mais que, s'il ne la demande pas, elle ne peut être demandée par l'absent de retour; 3°. que même, lorsque la nullité a été demandée par le Procureur du Roi, l'enquête peut être recommencée, nonobstant la disposition de l'art. 293 du même Code : autrement il s'ensuivroit qu'il n'y auroit plus possibilité de faire déclarer l'absence; ce qui seroit contraire au vœu de la loi, et même à l'intérêt de l'absent.

(5) *De sa résidence*, et même dans toutes ses résidences, s'il en a plusieurs. (*Décision du Conseil-d'Etat sur l'article* 116.)

(6) *Qui le rend public*, ordinairement par la voie du Moniteur. Le but de cette mesure est d'avertir l'absent, s'il est dans quelque ville étrangère, que son absence va être déclarée, et qu'il ait à donner de ses nouvelles.

(7) *Un an après*, etc. C'est pour cela que nous avons dit, en commençant ce Titre, que l'absence ne pouvoit être déclarée qu'après cinq ou onze ans. La publicité du premier jugement est un appel fait à l'absent. Il faut bien lui donner le temps de reparoître ou de donner de ses nouvelles.

(8) *Comme le premier*. Et, si l'absence a pour cause le service militaire, soit de terre, soit de mer, le Procureur du Roi doit demander préalablement, et par écrit, aux Ministres de la guerre ou de la marine, des renseignemens sur le présumé absent; et il doit en être fait mention dans les jugemens, soit préparatoires, soit définitifs. (*Circulaire du Grand-Juge, du* 16 *décembre* 1806.) Et en effet, le lieu de la résidence d'un militaire est au corps dont il fait partie. Il faut donc s'assurer avant tout, s'il a disparu de ce corps; si les causes de sa disparition sont connues, *etc.*

(9) *En donnant caution*, etc. Cette caution pourra être discutée par le Procureur du Roi (art. 114.); et elle pourra d'ailleurs être remplacée par une

BIU Cujas

hypothèque suffisante. (Argument tiré de l'art. 2041, et de l'art. 9 de la loi du 13 janvier 1817, relative aux militaires absens. (*Bulletin*, n°. 1530.)

Mais quel doit-être le montant du cautionnement ? Il sera arbitré par les juges, d'après la valeur du mobilier de l'absent, les dégradations dont les immeubles sont susceptibles, *etc.*

Quid, si les envoyés en possession ne peuvent présenter ni caution ni hypothèque ? Je pense qu'il faudra alors appliquer les dispositions de l'art. 602.

(10) *Se faire envoyer*, par un nouveau jugement. Les formes à suivre à cet égard sont les mêmes que celles qui sont rapportées précédemment, relativement aux mesures conservatoires qui peuvent être prises pendant la présomption d'absence. (*Procéd.* 860.) Il faut d'ailleurs un jugement d'envoi, parce qu'il faut bien déterminer les personnes auxquelles cet envoi doit être accordé. S'il y a contestation sur l'époque de la disparition, ou des dernières nouvelles, ce qui peut être important pour déterminer quelles sont les personnes qui ont droit de demander l'envoi, les juges ne sont astreints à aucunes formalités particulières, telles qu'enquête, communication au ministère public, *etc.* Mais ils peuvent se décider par tous les moyens qu'ils jugent convenables. Il ne sagit point ici de l'intérêt de l'absent, puisque l'envoi en possession doit avoir lieu dans tous les cas, et qu'il est question seulement de déterminer ceux à qui il doit être accordé.

Quid, si l'on vient à découvrir qu'il y a fraude ; par exemple, que les poursuivant la déclaration d'absence ou l'envoi en possession, connoissoient l'existence de l'absent ? Je pense que, d'après la maxime, *nemo ex improbitate suâ debet consequi emolumentum*, ils ne pourront réclamer le bénéfice de la disposition qui leur adjuge une portion des fruits. Mais l'on sent que cette décision ne peut recevoir d'application, qu'autant que l'absent revient, ou que son décès est prouvé avoir eu lieu à une époque où les envoyés en possession se trouvoient ne plus être ses héritiers présomptifs.

PAGE 47.

(1) *Ou de ses dernières nouvelles.* Or, les successions ouvertes depuis la disparition ou les dernières nouvelles, n'appartenoient pas à l'absent à cette époque. C'est ce qui prouve que l'article 113 doit être entendu des successions ouvertes auparavant.

(2) *Et les droits de son conjoint.* Comme il est toujours incertain si l'absent ne reparoîtra pas, ou ne donnera pas de ses nouvelles, on sent bien que la présomption de mort ne peut jamais autoriser des mesures qui seroient tout-à-fait irréparables en définitif. Voilà pourquoi, comme nous le verrons, l'époux de l'absent ne peut se remarier, quelque prolongée que soit l'absence.

(3) *Ou de ses dernières nouvelles.* Le principe qui répute l'absent mort

BIU Cujas

du jour de sa disparition, avoit à la vérité trouvé quelques contradicteurs anciennement ; mais il avoit fini par prévaloir généralement. (*Voir* deux arrêts, l'un du 2 janvier 1634, et l'autre de mars 1688, rapportés au Journal des Audiences, un autre arrêt du 9 juin 1731, rapporté par De la Combe, *Verbo* Absent, n°. 4, et Le Brun, *des Successions*, liv. 1, chap. 1, sect. 1, n°. 3); et M. de Lamoignon l'avoit consacré dans ses arrêtés, Titre *des Absens*, article 1).

Ce principe est général, et s'applique sans exception à tous les cas dans lesquels l'intérêt des tiers peut être pris en considération ; mais il admet deux exceptions à l'égard de l'époux présent ; la 1re. est relative au droit de passer à de secondes noces. Dans ce cas, la présomption de vie est admise à perpétuité ; tellement que l'époux présent ne peut se remarier, tant qu'il n'apporte pas la preuve légale du décès de son premier époux. La 2e. est relative au droit que l'art. 125 donne à l'époux présent, marié sous le régime de la communauté, de demander la continuation de cette même communauté : ce droit est évidemment fondé sur la présomption de vie de l'absent ; car on ne peut être en communauté, ou, ce qui est la même chose, en société, avec le néant. Mais il faut bien remarquer que ces deux exceptions n'ont lieu que dans l'intérêt de l'époux, et qu'aussitôt que cet intérêt vient à cesser, et que l'intérêt des tiers commence à naître, la présomption de mort à compter du jour de la disparition, ou des dernières nouvelles, reprend toute sa force. *Voir* ci-après la note (13).

(4) *Mais à ceux qui l'étoient au moment de sa disparition, ou de ses dernières nouvelles.* Un exemple va faire sentir la nécessité de cette distinction.

Un homme disparoît : ses plus proches parens, à cette époque, sont deux cousins germains, dont l'un meurt deux ans après la disparition, laissant des enfans. Trois ans après cette mort, conséquemment cinq ans après la disparition, l'absence est déclarée. Si l'envoi en possession devoit être accordé à ceux qui se trouvent héritiers au moment de la déclaration d'absence, le cousin germain survivant pourroit seul le demander, et les enfans de l'autre seroient exclus, parce qu'à ce degré il n'y a pas lieu au bénéfice de la représentation. (Art. 742.) Mais comme l'absent est présumé mort du jour de sa disparition, et qu'en conséquence l'envoi doit être accordé à ceux qui étoient ses héritiers à cette époque, le cousin germain décédé est censé avoir recueilli, avant sa mort, la succession de l'absent, et l'avoir transmise à ses enfans, qui en prendront moitié ; et l'autre moitié appartiendra au cousin survivant.

(5) *Leurs successeurs ;* par exemple, dans l'espèce précédente, les enfans du cousin prédécédé.

(6) *Ou ayant-cause.* Pour établir ce qu'on doit entendre ici par *ayant-cause*, il faut, en continuant l'hypothèse précédente, en changer quelques circonstances. En supposant, par exemple, que le cousin germain décédé n'a point

BIU Cujas

laissé d'enfant, et qu'il a institué un légataire universel, toujours d'après le même principe que l'absent est présumé mort du jour de sa disparition, le cousin décédé est censé avoir recueilli sa succession, et l'avoir transmise avec la sienne propre, à son légataire, qui partagera, en conséquence, par moitié, avec le cousin vivant, la succession de l'absent. Ce légataire est donc ici l'*ayant-cause* de l'héritier.

Il est bien entendu que, si l'absent n'a pas de parens au degré successible, c'est-à-dire, au douzième degré au moins, l'envoi doit être accordé à ceux que la loi appelle à défaut de parens, c'est-à-dire, aux enfans naturels, s'il y en a; à leur défaut, au conjoint non divorcé, et à défaut d'enfans naturels et de conjoint, au domaine. (Art. 758, 767 et 768.)

(7) *Au moment du décès effectif.* Ici, comme l'époque de la mort est certaine, la présomption doit céder à la réalité. Donc, en reprenant l'hypothèse de la note (4) ci-dessus, si l'on vient à découvrir que l'absent est réellement décédé trois ans aprés sa disparition, et par conséquent un an après la mort de son cousin germain, il est certain que ce dernier n'a jamais été son héritier, et que la succession appartient en entier à l'autre cousin.

Il en seroit de même, si, sans avoir de certitude sur l'époque du décès de l'absent, l'on avoit des nouvelles certaines qu'il existoit encore trois ans après sa disparition. Car, dans ce cas, comme dans le précédent, il seroit constant que son cousin germain est mort un an avant lui, et n'a jamais conséquemment recueilli sa succession.

(8) *Il doit être ouvert.* Ces mots sont synonimes de *publié*, *mis au jour*: cela vient de ce que chez les Romains l'on ne connoissoit point en général d'autres testamens que le mystique, dont une des formalités essentielles étoit d'être scellé; et comme on ne pouvoit ouvrir ce testament que lorsqu'il étoit question de l'exécuter, jusques-là que celui qui se seroit permis d'ouvrir le testament d'une personne vivante, étoit tenu des peines portées arla loi *Cornelia*, L. 1, §. 5, ff. *de lege Corneliâ de falsis*, et qui étoient la déportation ou la condamnation aux mines (L. 38, §. 7, *de Pœnis*), il en est résulté que l'on a conservé cette expression, *ouvrir un testament*, pour en donner lecture, le publier, à l'effet d'en poursuivre l'exécution.

(9) *Soit des parties intéresées.* Que doit-on entendre par-là? D'abord, les légataires, s'ils sont connus; ensuite les héritiers eux-mêmes qui ont intérêt de connoître les dispositions du testament, soit parce que, s'ils sont plusieurs, il peut y en avoir parmi eux qui soient avantagés; soit parce que, indépendamment de ce cas, ils ont intérêt de connoître leur situation, et les charges imposées sur les biens de l'absent.

(10) *Soit du Procureur du Roi.* Les dispositions d'un testament étant ordinairement secrètes, elles sont ignorées le plus souvent de ceux en faveur de qui elles sont faites, et qui, par conséquent, ne peuvent requérir l'ouverture

BIU Cujas

du testament. C'est pour cela que la loi permet au Procureur du Roi de la demander.

(11) *Ses donataires*, de biens à venir, ou de biens présens, avec réserve d'usufruit. Les donataires de biens présens, sans réserve d'usufruit, ont dû être saisis de suite, au moment de la donation.

Il paroîtroit résulter de la rédaction de l'article 123, que les légataires, donataires, et autres personnes qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, ne peuvent les exercer qu'après que les héritiers présomptifs ont obtenu l'envoi provisoire. Cependant il ne faut pas croire que l'article doive être entendu d'une manière aussi restrictive. En général, la loi statue pour les cas les plus ordinaires, *lex statuit de eo quod plerumque fit.* Les autres cas doivent se décider, soit d'après l'équité, soit d'après les dispositions analogues de la loi. Il arrivera le plus souvent que les héritiers demanderont l'envoi provisoire, parce qu'ils auront, ou qu'ils croiront avoir intérêt à le faire. Mais s'ils se refusoient à le demander, et même à provoquer la déclaration d'absence, s'ensuivroit-il que les biens devroient rester indéfiniment sans être administrés? Cela n'a pas dû entrer dans l'esprit du Législateur. L'intérêt public s'opposeroit même à ce qu'on adoptât une pareille disposition: et d'ailleurs, il ne doit pas être au pouvoir des héritiers de priver les tiers des droits que la loi leur accorde. D'un autre côté, si les articles 120 et 123 devoient être entendus à la lettre, il en résulteroit que, si l'absent n'avoit point d'autre successeur qu'un enfant naturel, ou le fisc, l'absence ne pourroit jamais être déclarée, l'envoi en possession ne pourroit avoir lieu, et les légataires ne pourroient jamais exercer leur droit. Car le fisc n'est pas héritier; et la loi refuse expressément cette qualité à l'enfant naturel. Enfin nous voyons que, dans le cas où le décès de l'absent vient à être prouvé, l'article 130 adjuge sa succession *à ses héritiers* les plus proches à cette époque. S'ensuit-il de là que, si ces héritiers n'étoient pas légitimaires, et qu'il y eût un légataire universel, les premiers auroient quelque droit à exercer à l'exclusion du second, et ce, nonobstant la disposition de l'article 1006? De même, l'article 724 décide que les héritiers légitimes sont saisis de plein droit de la succession; et cependant, s'il y a un légataire universel, et que les héritiers ne soient pas légitimaires, le légataire est saisi, au préjudice des héritiers. (Même art. 1006.) Concluons donc que, dans tous ces articles, comme dans l'article 123, la loi s'est exprimée d'une manière énonciative seulement, et pour le cas le plus ordinaire: et que, dans cet article 123, l'intention du Législateur a été uniquement de déterminer à quelle époque de l'absence pourroient être ouvert le testament de l'absent, et exercés les droits subordonnés à la condition de son décès; et il a décidé que ce ne seroit qu'après celle à laquelle, d'après la loi, peut être, dans les cas ordinaires, demandé l'envoi provisoire par les héritiers présomptifs. Mais il n'a eu nullement l'intention de

BIU Cujas

subordonner cet exercice à la demande des héritiers; et, en conséquence, si ceux-ci, connoissant, par exemple, l'existence d'un testament qui les dépouille, refusoient de provoquer la déclaration d'absence, et de demander l'envoi provisoire, le légataire universel, qui connoîtroit la disposition faite en sa faveur, pourroit, sans doute, s'adresser au Tribunal, l'héritier présomptif dûment appelé, pour faire déclarer l'absence et obtenir l'envoi en possession de son legs; et il en seroit de même, dans le même cas, du donataire des biens à venir, et en général de tous ceux qui auroient des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent.

M. Proudhon fait à ce sujet une distinction. Il est de la même opinion que moi, relativement au légataire universel, et encore quand il n'y a pas de légitimaire; mais il prétend que le droit de tous les autres légataires, et celui du légataire universel lui-même, quand il y a un légitimaire, est subordonné à l'envoi en possession de l'héritier légitime; et il en donne pour raison qu'ils sont tenus de lui demander la délivrance, et que, d'ailleurs, il n'y a pas lieu de craindre un refus de sa part, parce qu'on ne peut le soupçonner d'être l'ennemi de ses intérêts: et cependant il leur donne à tous le droit de provoquer la déclaration d'absence. Mais d'abord la dernière raison donnée par cet auteur, est nulle. Il n'est pas question d'examiner ici l'intérêt de l'héritier, mais le droit des légataires. S'il plaît à l'un de négliger ses intérêts, faut-il que les autres en soient les victimes? D'ailleurs, ne peut-il pas arriver que la succession entière soit épuisée en legs particuliers; que l'héritier légitimaire, s'il y en a un, ait reçu de l'absent, avant sa disparition, de quoi compléter sa réserve; et dans ce cas, quel sera son intérêt? Enfin, dans les successions ordinaires, les légataires qui sont obligés de demander la délivrance, ne peuvent-ils pas, après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, forcer l'héritier de prendre qualité, ou, à défaut, le faire condamner à leur délivrer les legs? Et pourquoi n'exerceroient-ils pas le même droit en cas d'absence? Concluons donc, encore une fois, qu'il n'y a aucune distinction à faire à ce sujet entre les légataires, quels qu'ils soient, et qu'ils pourront tous provoquer la déclaration d'absence, et ensuite exercer les mêmes droits et actions qu'ils auroient pu exercer, si la succession avoit été ouverte par décès; sauf que, les héritiers n'étant pas obligés de se prononcer sur l'envoi en possession, comme ils sont obligés de le faire sur l'acceptation ou la répudiation de la succession, on devra se contenter de conclure contre eux à ce qu'ils soient tenus, dans tel délai qui sera fixé, de demander l'envoi en possession et de consentir la délivrance, sinon que le jugement à intervenir vaudra délivrance, etc.

(12) *A la charge de donner caution.* Le propriétaire de la chose dont l'absent avoit l'usufruit, seroit-il tenu de donner cette caution? Il n'y a pas de raison de l'en dispenser, puisqu'il seroit obligé, en cas de retour de l'ab-

BIU Cujas

sent, de lui rendre la possession de la chose soumise à l'usufruit, et même une portion des fruits. Je regarde, au surplus, ce propriétaire comme étant dans une catégorie particulière; et je pense qu'il peut, au moment de l'envoi provisoire, réclamer non-seulement la restitution de la chose, mais encore celle des fruits échus depuis la disparition. A quel titre, en effet, les héritiers pourroient-ils les retenir? Ils tirent eux-mêmes leur droit uniquement de la supposition que l'absent est mort du jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Or, cette supposition doit être générale; elle ne peut exister pour eux seuls. Si donc l'absent est censé mort à compter de cette époque, l'usufruit qui reposoit sur sa tête, doit être présumé éteint à compter du même moment, et les fruits échus depuis peuvent en conséquence être réclamés, par l'action appelée en droit *condictio sine causâ*. Ils sont réellement sans cause dans la main des héritiers. Il en seroit autrement dans le cas où l'époux, commun en biens, auroit opté pour la continuation de la communauté; puisqu'alors il empêche l'exercice de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent.

(13) *Dans un cas.* C'est une exception au principe qui répute l'absent mort du jour de sa disparition, et cette exception est fondée sur ce qu'on n'a pas voulu, pour de très-bonnes raisons, déclarer le mariage dissous par l'absence. C'eût été mettre dans la main des époux un moyen trop facile d'opérer la dissolution. Or, puisque l'on répute l'absent vivant, relativement à son époux, pour l'empêcher de se remarier, on ne pouvoit, d'un autre côté, faire valoir contre lui la présomption de mort, pour le priver des droits qui peuvent résulter pour lui de la continuation de la communauté. Mais remarquez que, comme nous l'avons dit ci-dessus, *note* (3), cette disposition est établie uniquement dans l'intérêt de l'époux, et que, du moment que cet intérêt cesse, le principe, que l'absent est réputé mort du jour de sa disparition, reprend toute sa force. En conséquence, si la communauté vient à se dissoudre, soit par l'expiration de trente ans, à compter de l'option, soit par la mort de l'époux présent, soit par sa renonciation si c'est la femme, la succession de l'absent est toujours dévolue à ceux qui étoient ses héritiers présomptifs au moment de la disparition ou des dernières nouvelles, leurs successeurs ou ayant-cause.

(14) *Et commun en biens.* Je pense qu'il en devroit être de même, quand les époux seroient mariés sous le régime dotal, s'il y avoit entr'eux une société d'acquêts. Cette société étant, d'après l'article 1581, régie par les mêmes règles que la communauté réduite aux acquêts, qui n'est elle-même qu'une communauté modifiée, il y a même raison de lui appliquer la disposition dont il s'agit.

(15) *A prendre ou à conserver. Il prend*, si c'est la femme; *il conserve*, si c'est le mari.

BIU Cujas

(16) *Des biens de l'absent.* Quel droit l'époux qui opte pour la continuation de la communauté, aura-t-il sur les biens de cette même communauté? Il faut distinguer : si c'est le mari qui est présent, comme, en sa qualité de mari et de chef de la communauté, il avoit le droit de disposer à titre onéreux, et même dans certains cas, à titre gratuit, des biens qui la composent (Art. 1421 et 1422), il est tout simple que, par cela seul que la communauté continue, il conserve le même droit; il faudroit une disposition expresse de la loi pour l'en priver. En vain dira-t-on que si, en définitif, la femme ne revient pas, elle doit être présumée morte du jour de sa disparition, et que le droit de ses héritiers sur la communauté, étant censé s'être ouvert du même moment, il se trouvera par le fait en définitif, que le mari aura disposé de biens qui ne lui appartenoient pas. Je réponds qu'il y a ici exception à la règle générale; et, ce qui le prouve, c'est que, malgré la présomption de mort, la communauté n'en dure pas moins jusqu'à l'envoi définitif. Or, quand la loi dit purement et simplement que la communauté continue, l'on doit entendre, qu'elle continue avec tous ses effets, puisqu'aucun n'est excepté : or, un de ces effets est de donner au mari la libre disposition de tous les objets qui la composent.

Par la même raison, si c'est la femme qui est présente, comme, en vertu des principes qui seront établis ci-après, au Titre *du Contrat de Mariage*, les biens de la communauté doivent, tant que dure le mariage, être regardés comme appartenant au mari, la femme ne doit pas avoir plus de droit, à cet égard, que sur les biens personnels du mari.

Mais l'époux présent, qui opte pour la continuation de la communauté, est-il tenu de donner caution? Je ne le pense pas; je me fonde sur ce que le même article a prévu les deux cas de continuation et de dissolution de la communauté, et qu'il n'astreint l'époux à donner caution que dans ce dernier cas. D'ailleurs, il pourroit souvent arriver que la difficulté de trouver une caution, privât l'époux présent de l'avantage que la loi a voulu lui procurer. Au surplus, la question ne peut s'élever qu'à l'égard de la femme; car, pour ce qui concerne le mari, il est évident que, lorsqu'il opte pour la continuation de la communauté, il ne peut être astreint à donner caution, puisque cette option ne lui donne pas plus de droit qu'auparavant.

La femme doit-elle être autorisée, soit pour opter, soit pour administrer? Rappelons-nous d'abord que le mariage n'est pas dissous, et que par conséquent la puissance maritale subsiste toujours. La femme ne peut donc encore s'obliger sans autorisation. D'après cela, je pense qu'elle doit être autorisée pour opter, soit qu'elle demande la continuation ou la dissolution de la communauté. Elle s'oblige, en effet, dans les deux cas. Elle s'oblige, si elle demande la dissolution, puisqu'elle est tenue de donner caution pour les choses susceptibles de restitution. Si elle opte pour la continuation, elle s'oblige

BIU Cujas

encore, puisqu'elle est responsable de sa mauvaise administration, soit envers son mari, s'il revient (Art. 125), soit envers ses héritiers.

Quant à l'administration, l'autorisation d'opter pour la continuation emporte autorisation d'administrer. D'ailleurs, les actes d'administration sont si fugitifs et si multipliés, qu'il seroit presqu'impossible d'exiger pour chaque acte une autorisation particulière. *Secùs* pour les actes judiciaires, ainsi que pour ceux d'aliénation, à l'égard desquels il faut néanmoins distinguer : s'il s'agit des immeubles personnels de la femme, la simple autorisation de justice suffit, conformément à l'article 222; mais il s'agit des biens personnels du mari, ou de ceux de la communauté, qui sont censés biens du mari tant que dure la communauté, comme la femme n'a pas plus de droit, à l'égard de ces biens, que les autres envoyés en possession, il faut lui appliquer ce que nous dirons de ces derniers.

Si, pendant que l'administration des biens est confiée à l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté, l'on vient à apprendre le décès de l'absent, il est certain que la communauté est dissoute. Mais le sera-t-elle du jour du décès prouvé, ou du jour que l'époux en aura eu connoissance? Je pense qu'elle ne le sera que de cette dernière époque. En effet, il est certain d'abord que, lorsque l'absent ne revient pas, la loi le suppose mort du jour de la disparition. Or, cela n'empêche pas que la communauté ne dure valablement pendant trente ans, à compter de la déclaration d'absence. Donc, la loi a voulu que cette communauté continuât, tant que l'on est dans l'ignorance sur le sort de l'absent. D'ailleurs, il est de principe que *fictio tantùmdem operatur in casu ficto, quantùm veritas in casu vero.* Donc, si la présomption de mort n'empêche pas la continuation de la communauté, jusqu'au moment où la loi attache à la prolongation de l'absence tous les effets de la mort véritable, le décès lui-même ne doit pas l'empêcher davantage, jusqu'au moment où la nouvelle certaine en est parvenue.

2°. On voit, par la discussion, qu'il a été introduit un droit particulier en faveur de l'époux, pour le dédommager de ce que le défaut de preuve légale du décès de l'absent le met dans l'impossibilité de se remarier. Or, cette impossibilité existe, jusqu'à l'arrivée de cette preuve légale. Donc, jusque-là, la communauté doit continuer.

3°. Enfin, si l'opinion contraire étoit admise, il faudroit, d'après le même principe, décider que, si l'époux a opté, dans le principe, pour la dissolution de la communauté, et qu'elle ait été en conséquence partagée entre tous les ayant-droit, la preuve du décès survenue depuis doit la faire revivre jusqu'au moment dudit décès. Or, le plus souvent, cela seroit impossible.

Donc, il faut tenir que le Législateur a entendu établir un droit particulier à l'égard de l'époux, et que l'on ne peut, en général, argumenter, pour ou contre lui, des dispositions établies concernant les héritiers.

BIU Cujas

(17) *Les droits légaux.* Les droits légaux sont ceux qui résultent des dispositions de la loi seule. Tels sont ceux qui ont lieu principalement dans le cas où les époux n'ont point fait de contrat de mariage. (*Voyez* au Titre *du Contrat de Mariage*, Chap. Ier., Partie Ire.)

(18) *Ou conventionnels.* Les droits *conventionnels* sont ceux qui résultent du contrat de mariage, lorsqu'il en a été fait un.

PAGE 48.

(1) *Susceptibles de restitution.* Quelles sont ces choses? Remarquons que, si l'époux ne revient pas, il n'y a lieu à aucune restitution; la caution ne doit donc être exigée que dans la supposition du retour de l'époux: or, si l'époux revient, ou si l'on a de ses nouvelles, tous les effets de l'absence cessent, et la communauté est censée, à l'égard des époux, avoir toujours continué. D'après cela, je crois qu'il faut suivre la même distinction que dans la note (13) de la page précédente. Si c'est la femme qui est présente, et qu'elle accepte la communauté, comme elle sera tenue, en cas de retour de son mari, de lui remettre les objets tombés dans son lot, ainsi que les prélèvemens qu'elle aura reçus, elle doit donner caution pour sûreté de cette restitution; si elle renonce, elle doit également donner caution pour la restitution de ses reprises. Il en est de même, si le contrat de mariage contient une donation en sa faveur.

Quant au mari, il sera très-rarement tenu de donner caution. En effet, ce ne peut être à l'égard des biens provenant du partage de la communauté: en qualité de chef de cette même communauté, il avoit la libre disposition des biens qui la composoient; et son droit, à cet égard, est plutôt restreint qu'étendu par la dissolution de la communauté. Seroit-ce à l'égard des biens provenant d'une donation qui lui auroit été faite par sa femme? Si cette donation est prise sur la communauté, il faut appliquer ce que nous venons de dire relativement aux biens de la communauté; si elle consiste en biens personnels de la femme, le mari ne peut être tenu de donner caution pour la restitution des fruits, puisqu'ils font partie de la communauté. La caution ne pourroit donc avoir d'autre objet que les objets mobiliers faisant partie des propres de la femme, et les dégradations qui pourroient être commises sur ses immeubles.

(2) *Au profit des ayant-droit. Quid*, si l'époux absent reparoît? La communauté est rétablie de droit, ou, plutôt, elle est censée n'avoir jamais été dissoute. Par conséquent, elle comprend toutes les acquisitions que l'époux présent a pu faire depuis la dissolution provisoire, et qui sont de nature à tomber dans la communauté, le tout sans préjudice des droits acquis à des tiers; c'est-à-dire, que, si c'étoit la femme qui fût présente, tous les

BIU Cujas

actes qu'elle a pu faire avec des tiers, et qui n'excédoient pas les bornes de sa capacité, doivent être exécutés. (Argument tiré de l'art. 1451.)

(3) *A cette même communauté. Quid*, si la communauté est devenue désavantageuse par la faute de la femme ? Je pense qu'elle peut toujours y renoncer, sauf à tenir compte aux héritiers de l'absent des pertes qu'elle a pu leur occasionner. Sa renonciation aura toujours pour elle l'effet qu'elle ne sera pas tenue des pertes antérieures à son option, ni de celles qui sont arrivées, autrement que par sa faute. Mais alors, qui administrera les biens ? Il y aura lieu à l'envoi provisoire au profit de ceux qui étoient héritiers présomptifs de l'absent au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, de leurs successeurs ou ayant-cause.

Cette disposition ne contredit pas celle portée dans l'art. 1455. Dans ce dernier article, la communauté est dissoute, et la femme l'a acceptée, c'est-à-dire, qu'elle a déclaré vouloir y prendre sa part, dans l'état où elle se trouve. Elle n'est censée faire cette déclaration que d'après la connoissance qu'elle a prise, ou dû prendre, des forces de cette même communauté. Cette acceptation est un quasi contrat entr'elle, d'une part, et les héritiers de son mari et les créanciers de la communauté, d'autre part. Il est juste qu'elle ne puisse s'en désister.

Mais ici, la communauté n'est pas dissoute. La femme ne déclare pas qu'elle l'accepte : elle en demande seulement la continuation, sauf à l'accepter, ou à y renoncer, lors de la dissolution. Elle est, d'ailleurs, présumée n'en pas connoître les forces. L'inventaire, qui pourroit l'éclairer à cet égard, ne peut être fait qu'après qu'elle aura opté. (Art. 126.) Il est donc juste qu'elle puisse renoncer à cette communauté, si l'inventaire, par exemple, lui démontre qu'elle est désavantageuse ; si des opérations commencées avant la disparition, réussissent mal, etc. ; et, dans ce cas, elle exerce les mêmes droits que si elle avoit demandé d'abord la dissolution provisoire.

Ce raisonnement pouvant également s'appliquer aux envoyés en possession, je pense qu'ils peuvent, après l'inventaire, renoncer au droit résultant de l'envoi, et abandonner les biens aux créanciers.

(4) *A exercer contre lui.* Jusqu'à l'époque de la déclaration d'absence, les assignations aux présumés absens doivent être données à leur domicile, s'ils en ont un, dans la forme prescrite par l'art. 68 du Code de Procédure. S'ils n'ont pas de domicile connu, l'exploit doit être affiché à la principale porte de l'auditoire du Tribunal où la demande est portée, et une seconde copie est donnée au Procureur du Roi, lequel vise l'original. (*Ibid.*, art. 69. §. 8.)

Mais de quelle nature est l'action que les créanciers de l'absent peuvent exercer contre les envoyés en possession ? Comme ces envoyés sont *vice hæredum*, les créanciers peuvent exercer contr'eux les mêmes actions qu'ils

BIU Cujas

pourroient exercer contre de véritables héritiers ; mais comme ils ne sont en même temps que *bonorum possessores*, ils ne peuvent être tenus *ultrà vires*. En un mot, je pense que, relativement aux créanciers du défunt, ils peuvent être, sous presque tous les rapports, assimilés à des héritiers bénéficiaires.

Quid, à l'égard de la prescription, si l'absent étoit majeur, et que l'envoyé en possession soit mineur ? la prescription sera-t-elle suspendue pendant la minorité de ce dernier ?

Cette question doit être résolue par le même principe, la présomption de mort du jour de la disparition. En conséquence, la prescription est réputée avoir été suspendue, à compter de cette époque. Mais comme cela n'est fondé que sur une présomption, si l'absent revient, comme il est certain, alors, que le mineur n'avoit aucun droit au bien prescrit, la prescription est censée avoir couru pendant tout le temps, et n'avoir éprouvé aucune espèce de suspension.

Il en faut dire de même de l'action rescisoire qui pourroit se trouver dans les biens de l'absent. Les envoyés en possession peuvent l'exercer dans le même délai que si l'absent fût réellement mort le jour de sa disparition. Mais l'exercent-ils de leur chef, comme quasi héritiers de l'absent, ou du chef de l'absent, comme ses procureurs ? La question est importante, surtout s'ils sont eux-mêmes dans un cas privilégié, *putà*, s'ils sont mineurs ou interdits. Car alors, le délai ne courra pas contr'eux, si l'action leur appartient personnellement ; au lieu qu'il continuera de courir, s'ils l'exercent du chef de l'absent. D'après ce qui a été établi précédemment, qu'ils sont *vice hæredum*, je pense que l'action leur appartient de leur chef. *Sic* jugé au Parlement de Toulouse par arrêt du 27 avril 1669, rapporté par CATELAN, liv. 2, chap. 57.

(5) *Ou à l'époux commun en biens.* L'art. 125 dit, en général, que *la possession provisoire est un dépôt :* et il résulte des observations du Tribunal, qu'on a entendu appliquer cette disposition, soit aux envoyés en possession, soit à l'époux administrateur légal ; c'est même pour cette raison que l'on a supprimé ces mots, *l'envoi en possession provisoire*, qui se trouvoient dans le projet, et qui n'auroient convenu qu'aux envoyés en possession ; et que l'on a substitué ceux-ci, *la possession provisoire*, qui conviennent, soit aux envoyés, soit à l'époux : ce qui prouve, comme nous l'avons dit, que la femme s'oblige par son option, et que, par conséquent, elle doit être autorisée.

(6) *N'est toujours qu'un dépôt.* Par conséquent il n'y a pas lieu à payer le droit de mutation. *Sic* jugé en Cassation le 14 février 1811. (SIREY, 1813 ; 1re. partie, pag. 417.) On opposera peut-être à cette décision ce que nous disons plus bas au Titre *des Successions*, que la succession s'ouvre

BIU Cujas

par la mort présumée, c'est-à-dire, par la disparition. Mais il faut bien prendre garde que cela est vrai dans le sens que, si en définitif l'absent ne reparoît pas, sa succession appartient en dernière analyse à ceux qui étoient ses héritiers au moment de la disparition, et qui sont censés en avoir été propriétaires dès ce moment. Mais il n'en est pas moins vrai que, jusqu'à l'envoi définitif, ils ne sont que dépositaires, et que, tant que dure cet état, ils ne peuvent être tenus du droit de mutation, qui n'est dû que lorsqu'il y a translation de propriété.

Mais la même Cour a jugé le 25 juillet 1814 (SIREY, 1815; 1re. partie, pag. 250), que la mise en possession des biens d'un absent, sans que l'envoi ait été obtenu légalement, donnoit ouverture au droit de mutation, quand même l'acte de mise en possession constateroit le fait de l'absence, et l'obligation de rendre à l'absent. La Cour a pensé probablement que, dès qu'on s'étoit mis en possession, sans avoir fait ordonner l'envoi, ce ne pouvoit être qu'à titre d'héritier, et qu'alors le droit de mutation étoit dû.

(7) *Envers qui de droit.* En effet, les envoyés en possession sont comptables,

1°. Envers l'absent lui-même, s'il reparoît, ou s'il donne de ses nouvelles;

2°. Envers ses enfans, et autres descendans directs, s'il s'en présente qui ne fussent pas connus au moment de la déclaration d'absence.

3°. Envers les héritiers de l'absent, si l'époque de son décès vient à être connue, et qu'il se trouve que les envoyés en possession ne fussent pas ses parens les plus proches à cette époque.

Quant à l'époux commun en biens, s'il a opté pour la dissolution de la communauté, il n'est comptable, ainsi que nous l'avons dit, qu'envers son époux, s'il revient. Si cependant il étoit prouvé que l'époux est mort postérieurement à l'option, la communauté est censée avoir continué jusqu'à sa mort; et, en conséquence, l'époux peut être tenu, à raison des bénéfices qu'il a pu faire pendant ce temps, et qui étoient de nature à tomber dans la communauté.

Si l'époux a opté pour la continuation de la communauté, il est comptable, soit envers son époux, s'il reparoît; soit envers les héritiers de l'absent, s'il ne reparoît pas, mais lors de la dissolution de la communauté seulement.

(8) *Et des titres de l'absent.* Sur quels biens doit porter cet inventaire, quand l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté? doit-il comprendre les biens de la communauté, si c'est le mari qui est présent? Oui, sans doute, et même les biens personnels du mari; car les fruits de ces biens tombent dans la communauté, à laquelle ont droit l'absent ou ses héritiers; le tout, sans préjudice des droits du mari, comme maître de la communauté.

Les héritiers de l'absent doivent-ils, dans ce cas, être appelés à l'inventaire? Cela seroit, sans doute, plus régulier. Ils sont des contradicteurs, bien plus

BIU Cujas

intéressés que le Procureur du Roi, à ce que l'inventaire soit exact. Mais comme la loi n'exige pas cette présence, on ne pourroit arguer l'inventaire de nullité, par cela seul que ces héritiers n'auroient pas été appelés. Mais s'ils demandoient à y intervenir, il est certain qu'on ne pourroit les exclure. Ils ont bien certainement intérêt.

A la charge de qui doivent être les frais de cet inventaire? Je pense que la déclaration d'absence, et l'envoi en possession, étant établis, plus encore dans l'intérêt de l'absent, et pour que ces biens ne soient pas négligés, que dans l'intérêt des envoyés, tous les frais qui en résultent, doivent être pris sur les biens de l'absent. L'on peut tirer argument, en faveur de cette opinion, de l'art. 126, *in fine*. Car bien certainement le rapport d'experts dont il est question dans cet article, n'a lieu que dans l'intérêt des envoyés, puisqu'à défaut de ce rapport, ils seroient tenus de rendre les immeubles en bon état; et cependant la loi a mis les frais à la charge de l'absent. Donc, à plus forte raison, doit-il supporter les frais des actes faits dans son intérêt.

(9) *Ou de l'administrateur légal.* C'est le nom donné par le Code à l'époux commun en biens, qui a opté pour la continuation de la communauté.

(10) *Vente de tout ou partie du mobilier.* Quelles formalités doivent être observées pour cette vente? Les absens étant presque toujours assimilés aux mineurs, je pense qu'il faut observer les formes prescrites pour la vente du mobilier des mineurs.

(11) *Suivant que le Tribunal le juge convenable.* Ainsi, dans le cas où l'époux aura opté pour la continuation de la communauté, il arrivera le plus souvent que le Tribunal l'autorisera à garder tout ou partie du mobilier. Il en est de même, si, au nombre des biens de l'absent, il se trouve des objets rares, et dont la perte seroit difficile à réparer.

(12) *Ainsi que des fruits échus.* Ces mots prouvent que les fruits échus avant la déclaration d'absence, ne font point partie de ceux dont les envoyés en possession peuvent retenir une partie, en cas de retour de l'absent, ainsi que nous l'allons voir tout-à-l'heure.

De ce que les envoyés en possession sont tenus de faire emploi, l'on doit en conclure qu'ils doivent les intérêts des sommes dont ils étoient débiteurs envers l'absent, du moment que ces sommes sont devenues exigibles, et quand même la dette auroit été originairement stipulée sans intérêts.

Par la même raison, la prescription ne peut courir en leur faveur contre l'absent, du moment de l'envoi en possession. *Debuerunt à semetipsis exigere. L.* 6, §. 12, *L.* 8, ff. *De Negotiis Gestis.*

Comment devra être fait cet emploi? La loi n'ayant rien déterminé à cet égard, semble avoir voulu s'en rapporter aux envoyés en possession, qui ont intérêt de faire un emploi sûr, puisqu'ils sont responsables de leur négligence,

BIU Cujas

et que les intérêts de l'absent sont d'ailleurs garantis par la caution que les envoyés ont dû donner.

Dans quel délai l'emploi doit-il être fait? La loi ne s'est pas encore expliquée à cet égard. Il me semble que l'on pourroit dès-lors appliquer les articles 1065 et 1066, et décider qu'ils auront six mois pour les deniers provenant de la succession, ou provenant de la vente, et trois mois pour les capitaux remboursés pendant leur jouissance.

(13) *Les immeubles. Quid* à l'égard des meubles qui n'ont pas été vendus, *putà*, de ceux dont le Tribunal a ordonné la conservation en nature? Les envoyés n'ont pas le droit de les vendre. Mais cependant, s'ils en ont disposé, les acquéreurs ne peuvent être inquiétés, à cause de la maxime, *qu'en fait des meubles, la possession vaut titre.* (Art. 2299.) Mais remarquez que cela ne s'applique qu'aux meubles corporels. Quant aux créances, je ne pense pas qu'il en doive être de même. Ce n'est pas à ces sortes de meubles que s'applique l'art. 2279. Les envoyés n'ont donc pas le droit de les aliéner, quoiqu'ils aient celui d'en recevoir le remboursement. La qualité d'administrateur est suffisante pour cette dernière opération. (*Voyez* SIREY, 1816; 2e. partie, pag. 354.)

(14) *Etablies par la loi.* Ainsi, un créancier de l'absent pourroit, en vertu d'un titre exécutoire, faire saisir réellement ses immeubles. Quant à l'hypothèque, je pense que, s'il y avoit nécessité d'emprunter, le Tribunal pourroit, en connoissance de cause, autoriser l'hypothèque. (Argument tiré de l'article 457.)

(15) *Ou en vertu de jugement.* En conséquence, le créancier de l'absent peut, en obtenant un jugement de condamnation, acquérir une hypothèque judiciaire sur les immeubles de l'absent. (Art. 2123.)

(16) *Doit être homologué.* L'homologation est, en général, l'acte par lequel le Tribunal, en connoissance de cause, revêt de son autorité un acte emané de simples particuliers, lequel doit être alors considéré comme émané de l'autorité publique, et exécuté comme tel.

PAGE 49.

(1) *De le rendre de même.* De quelles réparations sont tenus les envoyés en possession? On distingue ordinairement en droit deux espèces de réparations: les grosses réparations, qui sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières, celui des digues et des murs de soutenement et de clôture, aussi en entier. Toutes les autres réparations sont d'entretien. (art. 606.)

Les réparations d'entretien étant charge des fruits (art. 605), elles doivent être supportées par ceux qui ont la possession des biens de l'absent, dans la même proportion qu'ils gagnent les fruits, c'est-à-dire, qu'ils en supportent

BIU Cujas

les quatre cinquièmes, ou les neuf dixièmes, suivant qu'ils ont droit de retenir les quatre cinquièmes, ou les neuf dixièmes des fruits.

Quant aux grosses réparations, comme elles sont charge de la propriété (Art. 605), elles doivent être supportées par l'absent, c'est-à-dire, que les envoyés en possession sont bien tenus de les faire, comme administrateurs des biens de l'absent, et ce, sous peine des dommages et intérêts qui pourroient en résulter. Mais si l'absent revient, ils peuvent en exiger le remboursement, soit par compensation avec la portion de fruits qu'ils sont obligés de lui restituer, soit même par voie de saisie-arrêt, et en général par toutes les voies d'exécution. Ils pourront même retenir les biens de l'absent, jusqu'au remboursement. (Argument tiré de l'article 867.)

Les envoyés en possession seroient même tenus, en leur nom, des grosses réparations, si elles avoient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien. (Art. 605.)

(2) *Des biens de l'absent.* Par conséquent, non-seulement aux héritiers envoyés en possession, mais encore aux légataires, aux donataires de biens à venir, au propriétaire de la chose dont l'absent avoit l'usufruit, etc. On a demandé si le cohéritier, qui n'auroit pas été envoyé en possession, pourroit demander sa part dans les jouissances, et l'on a décidé l'affirmative. Je ne suis pas de cet avis:

1°. Parce que ces jouissances sont le prix de l'administration des biens dont ce cohéritier n'a pas été chargé;

2°. Parce qu'il faudroit décider, par la même raison, que si l'héritier le plus proche n'a pas demandé l'envoi en possession, et qu'il ait été demandé par des héritiers d'un degré plus éloigné, le premier auroit le droit, même après quinze ans, de se faire rendre toutes les jouissances; ce qui seroit absolument injuste;

3°. Parce que, ou les cohéritiers envoyés en possession étoient de bonne foi, c'est-à-dire, ignoroient l'existence de l'autre, et alors ils doivent gagner les fruits (Argument tiré de l'art. 138): ou ils le connoissoient, et ils lui ont offert de partager l'envoi en possession, ce qu'il a refusé; et alors n'ayant pas voulu des charges, il ne doit point profiter des bénéfices.

L'avis précité ne pourroit donc avoir lieu que dans le cas où les envoyés auroient eu connoissance de l'existence de l'autre cohéritier, et auroient négligé, par dol ou autrement, de le prévenir de ce qui a été fait.

Cette jouissance d'une portion des revenus n'est susceptible d'aucune difficulté pour ce qui concerne les envoyés en possession, ou tous autres qui ont joui en vertu de l'envoi provisoire, tels que les donataires, les légataires, etc. Il n'en est pas de même à l'égard de l'époux commun qui a opté pour la continuation de la communauté. En effet, que l'on prenne garde qu'il s'agit ici d'époux communs en biens; que cette communauté se compose, en partie, des revenus de tous les biens des deux époux (art. 1401); enfin, qu'elle n'est point dissoute.

BIU Cujas

Si donc l'époux absent reparoît, la communauté qui a toujours existé, se continue avec lui dans l'état où elle se trouve, avec les augmentations provenant du versement des revenus de ses propres biens; car tous les bénéfices faits par les époux pendant le mariage, et provenant de leur industrie, faisant essentiellement partie de leur communauté, l'on voit clairement que, si, dans le cas de retour de l'absent, on donnoit à l'époux présent une partie des revenus de l'autre époux, ce seroit un bénéfice fait pendant la communauté, et qui devroit en conséquence appartenir à cette même communauté; il seroit donc obligé d'y remettre, d'une main, ce qu'il auroit pris de l'autre.

Si l'époux absent ne reparoît pas dans les trente ans de la déclaration d'absence, ou si son décès est prouvé dans l'intervalle, la communauté est dissoute de droit, et ceux qui étoient ses héritiers présomptifs au moment de sa disparition ou de son décès, peuvent en demander le partage. Dans ce cas, ne pourroit-on pas encore faire le même raisonnement? La communauté ayant continué jusqu'à cette époque, la perception des revenus de l'absent en a fait partie; de droit strict, ces revenus paroîtroient donc devoir entrer dans le partage à faire de cette même communauté. Cependant, comme l'article 127 suppose évidemment que l'administrateur légal peut avoir le droit de retenir tout ou partie des revenus, et qu'il faut bien donner un sens à cette partie de l'article, on pourroit prétendre, dans ce dernier cas, que ce droit ne s'ouvrant en faveur de l'époux présent qu'au moment de la dissolution de la communauté, le bénéfice qui en résulte ne peut faire partie d'une communauté qui n'existe plus, et que ce droit peut, en conséquence, être exercé sur la portion revenant aux héritiers de l'absent dans les bénéfices faits depuis la déclaration d'absence. Espèce:

D'après l'inventaire fait au moment de la déclaration d'absence, la masse partageable de la communauté étoit de cent mille francs: part de chacun, à cette époque, cinquante mille francs. Lors de la dissolution, un nouvel inventaire constate que la même masse s'élève à cent soixante mille francs: part de chacun, quatre-vingt mille francs. Le bénéfice fait depuis la déclaration d'absence est de trente mille francs, pour la part des héritiers de l'absent. On pourroit, dis-je, prétendre que l'époux présent exercera la retenue légale sur ces trente mille francs, dont il retiendra, en conséquence, les quatre cinquièmes, ou vingt-quatre mille francs, si le partage a lieu dans les quinze ans; les neuf dixièmes, ou vingt-sept mille francs, si c'est après les quinze ans; et, enfin, la totalité, si c'est après les trente ans depuis la déclaration d'absence. En un mot, l'époux présent devroit être traité, dans ce cas, comme les envoyés en possession le seroient eux-mêmes, s'ils étoient obligés, comme dans l'espèce de l'article 130, de rendre la succession à d'autres personnes.

(3) *Des revenus*, échus depuis la déclaration de l'absence. Nous avons

BIU Cujas

vu que ceux qui sont échus auparavant, augmentent la masse des biens, et qu'il doit en être fait emploi.

(4) *Si l'absent reparoît*, ou si son décès est prouvé, et que les envoyés en possession ne soient pas ses héritiers.

Quid, si l'on a de ses nouvelles, sans néanmoins qu'il reparoisse? Alors la jouissance doit cesser, et l'on commence une nouvelle période de présomption d'absence. (Art. 131.)

En cas de retour de l'absent, que deviennent les baux faits par les envoyés en possession? Je pense que ceux qui ont été faits sans fraude, doivent être maintenus, comme le sont les baux faits par l'usufruitier. (Art. 595.)

(5) *Du jour de sa disparition.* Les motifs disent *après quinze ans d'absence*, ce qui paroîtroit devoir s'entendre d'*absence déclarée.* J'avoue que je préférerois volontiers cette version, parce que cela partageroit les trente ans que dure l'envoi provisoire, en deux parties égales, et que, d'ailleurs, comme il peut se faire que l'envoi en possession n'ait lieu qu'après dix, douze et même quinze ans de disparition, il arriveroit, dans ce cas, en suivant la lettre de l'article, que la seconde époque déterminée pour la retenue des neuf dixièmes des revenus, commenceroit presqu'en même temps que l'envoi en possession; ce qui paroît contraire à l'intention du Législateur, consignée dans les motifs. Cependant il faut convenir, d'un autre côté, que l'article 127 dit formellement, *à compter de la disparition*, et que, dans le présent Titre, le mot *absence*, se prenant ordinairement pour l'*absence déclarée*, est loin d'être synonyme à celui de *disparition.*

(6) *Ou que son existence est prouvée.* Pourvu, toutefois, qu'il soit constant que les envoyés en possession n'ont pu l'ignorer. Autrement je pense qu'ils devroient être en tout, quoiqu'envoyés en possession, assimilés à des possesseurs de bonne foi, et que, comme tels, ils continueroient de gagner les fruits, dans les proportions déterminées par l'article 127.

Quid, si l'on n'a des nouvelles de l'absent qu'après l'envoi définitif? L'époque est indifférente. Dès qu'il est certain que l'absent existe, il n'y a, au plus, que simple présomption d'absence. On appliquera donc l'art. 112. On oppose les termes de l'article 131, où il est dit que si l'absent reparoît, etc., pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement de déclaration d'absence doivent cesser; d'où l'on pourroit conclure que cette disposition n'est pas applicable au cas où l'envoi définitif a eu lieu. Mais je réponds que l'article 131 paroît, à la vérité, fait seulement pour le cas où l'existence de l'absent est prouvée pendant l'envoi provisoire; mais que l'art. 132 a prévu le cas où cette même existence est prouvée après l'envoi définitif, et qu'en décidant qu'alors ses biens doivent lui être rendus, il décide par cela seul que les effets de la déclaration d'absence doivent également cesser.

(7) *Avant l'expiration des trente ans.* De là on doit conclure que, si la

BIU Cujas

centième année venoit à se compléter avant la declaration d'absence, l'on pourroit obtenir de suite l'envoi définitif, sans avoir besoin de passer par l'intermédiaire de la possession provisoire.

(8) *Des biens de l'absent.* Cette disposition est relative principalement au cas où l'envoi en possession provisoire n'a pas eu lieu, parce que l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté; autrement, il n'y a pas de doute que les héritiers présomptifs ont pu faire, dès le moment du premier envoi, un partage définitif pour ce qui les concernoit, mais toujours subordonné à la circonstance du retour de l'absent.

PAGE 50.

(1) *Par le Tribunal.* Il faudra donc encore un jugement qui ordonne l'envoi; lequel jugement ne pourra avoir lieu, qu'après une enquête constatant que l'on n'a pas eu de nouvelles de l'absent depuis la déclaration d'absence: et cette enquête devra être faite de la même manière et dans les mêmes lieux que la première.

(2) *Irrévocablement.* En effet, l'article 132 ne donne pas à l'absent, qui revient après l'envoi définitif, le droit de revendiquer les objets aliénés, mais seulement celui d'en répéter le prix contre les envoyés en possession: donc, il ne peut troubler les acquéreurs; donc les aliénations sont irrévocables.

(3) *Des enfans ou autres descendans de lui. Quid,* si ce sont des enfans naturels? Comme leur droit est assimilé en lui-même, sauf la quotité, et le mode de l'exercer, à celui des enfans légitimes, ils l'exerceront dans la proportion déterminée par la loi, et dans le délai accordé à ces derniers.

(4) *Dans les trente ans.* La minorité des enfans suspendroit-elle cette espèce de prescription? Je ne le pense pas; l'article ne dit pas que l'action des enfans sera prescrite par trente ans; ce qui supposeroit que l'on doit appliquer les règles de la prescription: mais il dit que les enfans ne pourront réclamer que dans les trente ans; ce qui n'admet point de distinction. D'ailleurs, il s'agit ici d'enfans qui, le plus souvent, seront nés depuis la dsiparition. S'il falloit donc ajouter aux trente ans écoulés depuis l'envoi définitif, le temps des minorités, qui peuvent même se succéder, il en résulteroit que le délai seroit indéfini; ce qui est contraire au sens et à la lettre de l'article.

Mais les collatéraux de l'absent, autres que les envoyés en possession, pourroient-ils réclamer sa succession postérieurement à l'envoi définitif, en justifiant de l'époque du décès, et du droit qu'ils avoient alors de lui succéder? Je pense qu'oui: c'est ici une action en pétition d'hérédité, qui ne se prescrit que par trente ans, à compter du décès. D'ailleurs, il est à remarquer que l'article 130, qui admet les héritiers les plus proches à l'époque du décès, à réclamer les biens de l'absent, se trouve précisément placé après l'article

BIU Cujas

129, qui détermine l'époque à laquelle l'envoi définitif peut avoir lieu. Il est donc probable que le Législateur a voulu que, le cas arrivant, l'article 130 fût appliqué, même après l'envoi définitif. L'on oppose l'article 133, qui paroît n'accorder ce droit qu'aux héritiers directs. Mais je réponds que cet article a établi un droit tout particulier en faveur de ces héritiers : car, d'abord, ils n'ont pas besoin de prouver le décès ni l'époque du décès, tandis que cette charge est imposée aux collatéraux. En second lieu, les descendans ont trente ans, à compter de l'envoi définitif. Les autres héritiers n'ont que trente ans, à compter du décès prouvé. L'on ne peut donc argumenter de l'article 133, pour prétendre que le Législateur a entendu exclure les collatéraux du droit de réclamer la succession, même après l'envoi définitif.

(5) *A compter de l'envoi définitif.* Donc, le délai ne court pas, s'il n'y a pas eu d'envoi définitif.

(6) *Où ils se trouvent alors :* par conséquent avec les hypothèques dont ils sont grevés, sauf leur recours contre les envoyés en possession. Quant aux fruits, ils sont acquis irrévocablement aux envoyés en possession, sans aucune distinction entre les revenus payés et ceux qui sont encore dus, mais qui étoient échus au moment du retour de l'absent. Cette distinction imaginée par un auteur, n'a aucun fondement dans la loi.

(7) *Le prix de ceux qui ont été aliénés.* Mais je pense qu'il faut ajouter la modification, *quatenùs possessores locupletiores facti sunt.* (*LL.* 20, §. 6 et 23, §. 11, ff. *de Hered. Petit.*) Par conséquent, si le prix étoit encore dû, l'envoyé en possession seroit seulement tenu de céder ses actions contre l'acheteur ; et si l'aliénation avoit été faite à titre gratuit et sans fraude, l'envoyé en possession ne seroit point tenu. (*L.* 25, §. 11, *eod.*)

Par la même raison, je ne pense pas qu'il soit tenu des dégradations ou détériorations survenues depuis l'envoi définitif, et dont il n'a pas profité. *Qui rem quasi suam neglexit, nulli culpæ subjectus est.* (*L.* 31, §. 3, *eod.*)

(8) *A prouver qu'il existoit.* Remarquez que le Législateur a fait un article pour établir que celui qui veut exercer un droit subordonné à la condition de l'existence d'un individu non présent, est tenu de prouver que cet individu existoit à l'époque à laquelle ce droit s'est ouvert ; mais qu'il n'existe aucune disposition portant que celui qui voudra exercer un droit subordonné à la condition du décès du même individu, sera obligé de prouver le décès. Or, d'où peut résulter cette différence, sinon de ce que la présomption du décès existe dans la loi et par la loi ? en conséquence, non-seulement elle dispense de toute preuve, mais encore elle oblige celui qui prétend que l'absent a survécu à sa disparition, à le prouver.

Cet observation est importante, et va trouver tout-à-l'heure son application.

BIU Cujas

PAGE 51.

(1) *Dont l'existence n'est pas reconnue.* Remarquez que, dans les articles 135 et 136, on a évité de se servir du mot *absent*, parce que ce mot se prenant ordinairement, dans ce Titre, pour celui dont l'absence est déclarée, l'on auroit pu en conclure que les dispositions de ces articles ne devoient s'appliquer qu'aux déclarés absens, tandis qu'elles s'appliquent à tous ceux dont l'existence est incertaine. Mais il faut prendre garde aussi de donner aux expressions de ces articles un sens trop étendu, et d'en conclure, avec quelques personnes, que l'on peut exclure provisoirement d'une succession, tous ceux des héritiers, de l'existence desquels on n'a pas la preuve légale au moment de l'ouverture de la succession ; en sorte que, suivant cette opinion, un individu parti pour les colonies, pourroit être exclu provisoirement d'une succession ouverte quinze jours après son départ, sous prétexte qu'il est incertain s'il existoit au moment de l'ouverture, sauf à lui à exercer par suite l'action en pétition d'hérédité. Ce système seroit d'autant plus dangereux, qu'il n'en seroit pas des biens de cette succession, comme de ceux de l'absent déclaré. Ceux-ci ne peuvent être aliénés, ni hypothéqués, qu'après l'envoi définitif. On exige des cautions de la part des envoyés en possession, etc. ; mais les biens d'une succession échue à un individu depuis sa disparition, appartiennent de suite, et sans caution, à ceux qui ont droit de la recueillir à son défaut : ils en ont la libre disposition, sauf l'action en pétition d'hérédité en faveur de l'absent ou de ses ayant-cause ; mais cette action ne donne à l'absent le droit de demander aucune portion des fruits (art. 138) ; elle n'a aucun effet contre ceux qui ont acquis de bonne foi du possesseur de l'hérédité (argument tiré des articles 790 et 1240) ; enfin elle est entièrement inutile, si le possesseur a aliéné les biens, et est devenu insolvable. Il est donc important de bien déterminer le sens de ces expressions de l'article 136, *un individu dont l'existence n'est pas reconnue.* Par qui, en effet, faut-il que cette existence soit reconnue ? sera ce par ceux qui ont droit de recueillir la succession à défaut de l'individu ? ils ont intérêt de dire qu'ils ne la reconnoissent pas. Sera-ce par ceux qui réclament la succession de son chef ? de leur côté, ils ont toujours intérêt de déclarer qu'ils la reconnoissent. Dans ce conflit, je pense que c'est au Tribunal seul qu'il appartient de décider, d'après les circonstances, si l'appelé à la succession est dans le cas de l'article 136, et si l'on doit dire que son existence n'est pas reconnue, sans néanmoins que la décision à intervenir sur ce point, puisse influer en rien sur la disposition des autres biens de l'absent, à l'égard desquels on suivra les mesures prescrites par les deux chapitres précédens.

(2) *Qui l'auroient recueillie à son défaut.* On a proposé sur cet article la question suivante : Un homme meurt, laissant un fils et des petits enfans d'un autre fils qui a disparu : qui recueillera sa succession ? Les personnes

BIU Cujas

accoutumées à juger conformément aux règles du bon sens et de la saine raison, qui sont certainement les meilleures qu'on puisse suivre pour l'interprétation des lois, seront sans doute étonnées de me voir proposer cette question; mais elles le seront sûrement encore davantage, quand elles sauront qu'un auteur grave (M. PROUDHON) a décidé que, dans l'espèce, la succession du père devoit appartenir en entier au fils présent, à l'exclusion des enfans de l'absent, et cela, d'après ce raisonnement : On ne peut recueillir une succession du chef d'une autre personne, que de deux manières, ou par droit de représentation, ou par droit de transmission; par droit de représentation, quand celui du chef duquel on vient, est mort avant celui de la succession duquel il s'agit; par droit de transmission, quand il est mort après. Or, voici l'argument que M. PROUDHON met dans la bouche de l'oncle: « Venez-vous, dit-il à ses neveux, par droit de représentation ? Comme on « ne représente pas une personne vivante, prouvez que votre père étoit mort « lors du décès de votre aïeul. Venez-vous par droit de transmission ? La « transmission suppose que celui qui a transmis, existoit au moment du « décès : prouvez donc que votre père existoit à cette époque. » Et comme les neveux sont dans l'impossibilité de prouver l'un et l'autre, M. PROUDHON en conclut qu'ils doivent être exclus de la succession de leur aïeul. Certainement il et difficile de trouver une décision plus contraire, je ne dirai pas seulement à la droite raison, mais même à l'humanité; et s'il étoit possible que la loi parût la favoriser, ce seroit bien plutôt le cas de chercher dans les règles générales d'interprétation, le moyen d'écarter une pareille doctrine. Mais rassurons-nous; non-seulement cette décision n'est pas dans la loi, mais encore elle en donne une toute contraire, ainsi que nous allons le démontrer tout-à-l'heure. Quant à l'argument qui vient d'être proposé, il prouve tout simplement qu'il n'est pas de vérité, soit de raison, soit de sentiment, qu'on ne puisse venir à bout de rendre problématique; et d'ailleurs ce qui démontre que cet argument, que quelques personnes ont trouvé insoluble, est un pur sophisme, c'est qu'il est possible de lui en opposer un encore plus péremptoire.

En effet, les neveux ne peuvent-ils pas répondre avec avantage : « Il ne « peut y avoir de milieu: notre père étoit vivant ou mort, à l'époque du décès « de notre aïeul. S'il étoit vivant, il a recueilli sa part dans la succession, et « il nous l'a transmise avec la sienne propre; nous pouvons donc la prendre « par droit de transmission. S'il étoit mort, nous pouvons le représenter, et « par conséquent prendre sa part, par droit de représentation. » Certainement cet argument est beaucoup plus fort que celui de l'oncle, et il a pour lui l'avantage de favoriser le parti de la justice et de l'humanité. Mais en supposant même pour un instant qu'ils soient d'égale force, il faudroit en conclure qu'ils se détruisent mutuellement, et que, dès-lors, il faut recourir

BIU Cujas

à d'autres raisonnemens. D'ailleurs, il n'est pas indifférent pour les enfans de l'absent, de venir à la succession de leur aïeul, par droit de transmission ou par droit de représentation. La transmission suppose, comme nous l'avons dit, que l'absent a recueilli la succession, et l'a transmise à ses enfans ; mais alors ceux-ci ne pourroient la recueillir qu'autant qu'ils auroient accepté la succession de leur père, et ils se trouveroient exposés par là à l'action de ses créanciers. Si au contraire ils viennent à la succession de leur aïeul par droit de représentation, comme on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé, ils abandonneront les biens de leur père à ses créanciers, et n'en recueilleront pas moins sa part dans la succession de l'aïeul : il est donc important pour eux de prouver qu'ils viennent à cette même succession par droit de représentation ; et voici à cet égard leur raisonnement :

« Votre argument, diront-ils à leur oncle, est une véritable pétition de « principes. En effet, vous nous constituez demandeurs, et, comme tels, « vous prétendez nous obliger de prouver ; mais nous ne pouvons être deman- « deurs, qu'autant qu'on vous supposera saisi de toute la succession. Or, « comme notre aïeul avoit deux enfans, vous ne pouvez être saisi de toute « sa succession, que dans l'hypothèse que votre frère est mort avant lui ; mais « si cela est, nous, ses représentans, sommes saisis de la moitié de la suc- « cession, et vous seulement de l'autre moitié : car notre père ne peut pas « être mort pour vous, qu'il ne le soit également pour nous, et vous ne pou- « vez le supposer mort pour prendre sa part dans la succession de notre « aïeul, et ensuite, quand nous venons pour le représenter dans cette même « succession, nous obliger de prouver son décès : n'est-il pas prouvé, à votre « égard, par votre prétention même? » Certes, ce raisonnement est plus que suffisant pour renverser les prétentions de l'oncle ; mais maintenant il faut répondre aux créanciers du père, et leur prouver que les enfans de l'absent ne viennent à la succession de l'aïeul que par représentation ; ce qui n'est pas difficile. En effet, il n'existe pas nous ne disons pas dans le Titre *de l'Absence*, mais dans tout le Code, une seule circonstance, le mariage, excepté (et il y a, à cet égard, une raison particulière), dans laquelle la disparition n'emporte pas présomption de mort. L'article 123 ne dit-il pas expressément, qu'à compter de la déclaration d'absence, tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès d'un absent, peuvent les exercer? Et le légataire qui seroit décédé au moment de la déclaration d'absence, mais qui auroit existé au moment de la disparition, ne seroit-il pas censé avoir recueilli le legs, et l'avoir transmis à ses propres héritiers? Or, sur quoi cette décision, qui est adoptée par M. Proudhon lui-même, peut-elle être fondée, si ce n'est sur ce que l'absent est présumé mort du jour de sa disparition? Eh bien! le droit qu'ont les enfans, de représenter leur père, est un droit subordonné à la condition de son décès : ce droit, ils l'ont acquis du moment de

BIU Cujas

la disparition, comme le légataire a acquis son legs au même moment; ils peuvent donc l'exercer, à quelqu'époque que s'ouvre ensuite la succession de l'aïeul.

L'article 136 ne dit-il pas que « s'il s'ouvre une succession à laquelle soit « appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue « exclusivement à ceux avec lesquels il auroit eu le droit de concourir, ou *à* « *ceux qui l'auroient recueillie à son défaut?* » Eh bien! les enfans n'ont-ils pas droit de recueillir, à défaut de leur père, toutes les successions qui peuvent lui échoir en ligne directe ou en collatérale dans le cas de la représentation?

J'avoue, encore une fois, que je ne vois aucune réponse solide à ces différentes raisons, si ce n'est un prétendu système d'incertitude de vie ou de mort, que quelques personnes ont voulu étendre à tous les cas. Sans doute, il est incertain si l'absent est mort ou vivant; et c'est cette incertitude qui a fait établir toutes les précautions prescrites par les lois pour la conservation de ses biens; mais il n'en est pas moins vrai que cette incertitude ne s'applique qu'aux biens que l'absent possédoit au moment de la disparition; mais que, pour tous les autres, et dans tous les cas où la loi est obligée de prendre un parti, et de présumer l'absent vivant ou mort, elle le suppose toujours mort du moment de la disparition.

S'agit-il, en effet, de déterminer quelles sont les personnes qui doivent recueillir sa succession? On examine uniquement quels étoient ses héritiers au moment de la disparition; et c'est à eux seuls que la succession est adjugée.

S'ouvre-t-il une succession à laquelle l'absent auroit eu droit, s'il eût été présent? On l'en exclut, et la succession est adjugée à ceux qui ont droit de la recueillir à son défaut. En un mot, dans toutes les circonstances où il faut absolument décider si l'absent est vivant ou mort, c'est toujours la présomption de mort qui l'emporte; et ce qu'il y a de plus singulier, c'est que ce système de présomption de mort est établi par M. Proudhon lui-même dans tout le cours de son Titre *des Absens*. Il répète à chaque instant que l'absent est présumé mort. Ce grand principe, *actoris est probare*, qu'il oppose aux enfans de l'absent, dans l'hypothèse ci-dessus, il le néglige dans tout le cours du Titre; il va même jusqu'à prétendre, et ce avec raison, et ainsi que nous l'avons toujours enseigné, que le propriétaire de la chose dont l'absent a l'usufruit, a droit d'en demander la restitution, au moins après la déclaration d'absence, et cela sans être obligé de prouver le décès; et il ne veut pas que, même après la déclaration d'absence, les enfans de l'absent soient admis à le représenter. C'est uniquement dans ce cas, le plus favorable de tous, qu'il écarte la présomption de mort, pour exclure des enfans, déjà assez malheureux d'ignorer ce qu'est devenu leur père, et que l'on voudroit encore priver d'une succession à laquelle ils ont droit dans

BIU Cujas

toutes les hypothèses quelconques. Certainement il est impossible de faire prévaloir un pareil système.

Il faut donc tenir pour principe certain, que, dans tous les cas, celui du mariage seul excepté, l'absent est présumé mort du jour de sa disparition; et que, par conséquent, si, à compter de cette époque, il s'ouvre une succession à son profit, soit en directe, soit en collatérale dans le cas de la représentation, ses enfans ont droit d'y venir de son chef, et par droit de représentation; que, par la même raison, s'il s'agit d'une succession en collatérale, hors du cas de la représentation, les enfans de l'absent ne peuvent y venir qu'autant qu'ils se trouvent, de leur chef, dans l'ordre des degrés appelés par la loi pour y succéder.

Jugé conformément à cette opinion, par la Cour royale de Paris, le 27 janvier 1812. (SIREY, 1812; 2e. partie, pag. 292.)

(3) *A réclamer*, par l'action appelée en droit, *pétition d'hérédité*. (*Voyez* au Digeste, le Titre *de Hereditatis Petitione*.)

(4) *Dans le délai de la prescription*, c'est-à-dire, celui de trente ans. Remarquez qu'ici l'article 137 dit formellement que l'action ne s'éteindra que par le laps de temps établi pour la prescription: d'où l'on peut conclure que l'on devra appliquer toutes les règles relatives à l'interruption et à la suspension de la prescription. Mais de quand courra le délai? du jour de l'ouverture de la succession (art. 789), c'est-à-dire du décès de celui de la succession duquel il s'agit.

(5) *Les fonds et les capitaux*. Toujours à la charge de prouver que l'absent existoit au moment de l'ouverture de la succession.

(6) *S'ils les ont perçus de bonne foi*, c'est-à-dire, si, au moment où ils les ont perçus, ils ignoroient le décès de l'absent. C'étoit l'opinion de POTHIER, contre la disposition du droit romain, d'après laquelle *fructus augebant hereditatem*, et devoient toujours, en conséquence, être restitués par le possesseur, avec cette différence cependant que le possesseur de bonne foi n'étoit tenu que de ceux qu'il avoit effectivement perçus, et encore *quatenùs locupletior factus fuerat*, tandis que le possesseur de mauvaise foi, étoit tenu indéfiniment, et même de ceux qu'il auroit pu percevoir, quoiqu'il ne les eût pas réellement perçus. (*L.* 40, §. 1, ff. *de Heredit. Petit.*) La disposition relative au possesseur de mauvaise foi a été conservée dans notre droit. Il y a en outre cette différence que le possesseur de bonne foi n'est tenu d'aucunes dégradations ou détériorations, même de celles arrivées par son fait, *quia rem quasi suam neglexit*. Le possesseur de mauvaise foi est tenu de toutes les pertes, excepté de celles qui sont arrivées par cas fortuit. (*L.* 31, §. 3, *eod.*)

En second lieu, le possesseur de bonne foi qui a vendu les choses mobilières héréditaires, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder les

BIU Cujas

actions qu'il a contre l'acheteur ; le possesseur de mauvaise foi est tenu de rendre la valeur réelle de la chose, avec dommages-intérêts. (*L.* 20, §. *ult. eod.*)

Observez que la bonne foi se présume toujours, et que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver. (Art. 2268.)

PAGE 52.

(1) *Seroit recevable.* Si donc le mariage étoit attaqué par une autre personne, on ne jugeroit point le fond, c'est-à-dire la question de la validité du mariage ; mais on déclareroit purement et simplement le demandeur non-recevable.

(2) *De la preuve de son existence.* Cette explication concilie la disposition de cet article 139, avec celles des articles 147 et 184.

Mais faut-il conclure de la manière dont est rédigé l'article 139, que, dans tous les cas, même celui du retour de l'absent, le second mariage ne pourra être attaqué que par lui ? Je ne le pense pas, et voici quels sont les motifs de mon opinion :

1°. Il est constant que le Législateur n'avoit pas voulu que l'absence, quelque longue qu'elle fût, quelque forte que fût la présomption de décès, pût être une cause même de divorce, et encore moins de dissolution de mariage. Il n'avoit pas voulu que les époux, par une absence volontaire, et peut-être même convenue entr'eux, pussent se créer à eux-mêmes une cause de divorce. On peut juger d'ailleurs, par les difficultés sans nombre dont il avoit entouré le divorce par consentement mutuel, combien il se défioit de ce même consentement, et avec quelle peine il s'étoit déterminé à laisser aux époux eux-mêmes, malgré leur accord bien prouvé, le droit de rompre leur propre union. D'après cela, peut-on croire qu'il eût voulu leur donner un moyen si facile de dissoudre leur mariage ? L'un des époux disparoîtroit ; l'autre prendroit un nouveau domicile où son premier mariage ne seroit pas connu ; il y en contracteroit un nouveau : le premier époux reviendroit ensuite ; et parce que, d'après les arrangemens convenus entr'eux, il n'attaqueroit pas le mariage, il faudroit que la société supportât un pareil scandale !

2°. L'on voit, par l'attention que le Législateur avait eue, d'admettre la séparation de corps, qu'il avoit voulu respecter l'opinion de ceux dont la croyance religieuse n'admettoit point le divorce. Or, si le second époux est de ce nombre, et s'il s'est marié de bonne foi, peut-on le forcer de vivre conjugalement avec celui ou celle dont le premier époux existe encore ?

3°. Enfin, supposons pour un instant que les deux époux, dont l'un s'est absenté, viennent à se réunir, et qu'il naisse des enfans de leur commerce : comment considérera-t-on ces enfans ? Certainement ils ne sont pas enfans naturels, puisqu'ils sont nés d'un mariage légitime et non dissous : d'un autre

BIU Cujas

côté, les enfans qui naîtroient du second mariage, pendant le même temps, seroient également légitimes, puisque le mariage n'est pas attaqué, et que, dans l'hypothèse, il ne peut l'être que par l'absent. Voilà donc un époux qui, au vu et au su de tout le monde, aura, dans le même temps, des enfans légitimes de deux époux différens. Dira-t-on qu'aux termes de l'article 340 du Code Pénal, il sera puni comme bigame ? Mais d'abord, cela ne fait rien quant à la légitimité des enfans ; et, en admettant qu'il soit poursuivi comme bigame, n'y auroit-il pas une nouvelle contradiction ? Il sera, d'un coté, puni comme bigame, pour avoir contracté un second mariage avant la dissolution du premier : il faudra donc prouver que ce premier mariage existoit à l'époque de la célébration du second : et cependant personne ne pourra demander la nullité de ce second mariage. D'ailleurs, la condamnation du bigame n'étant que temporaire, que deviendront ses deux mariages, quand il aura subi sa peine ? Pourra-t-il vivre avec ses deux époux ? Pourra-t-il avoir, de tous deux, des enfans légitimes ?

De toutes ces raisons, je conclus qu'il seroit contre tous les principes, et contre toutes les règles de la morale, d'entendre l'article dans le sens restrictif qu'il paroît avoir; que l'on a voulu seulement prévenir la conséquence que l'on auroit pu tirer de l'article 147, portant que l'*on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ;* que de cet article, et surtout de la manière dont il est conçu, *on ne peut contracter*, l'on auroit pu inférer qu'un deuxième mariage est nul, et peut être attaqué par tous ceux qui ont intérêt, conformément à l'article 184, par cela seul qu'au moment où il a été célébré, il n'étoit pas prouvé que le premier mariage fût dissous ; que l'on n'a pas voulu que des tiers pussent, sur ce seul fondement, venir attaquer une union tranquille et qui est peut-être légitime dans le fait et dans le droit ; puisque, si rien ne prouve que le premier mariage fût dissous à l'époque de la célébration du second, rien ne prouve davantage que ce mariage existât à la même époque. On a même prévu le cas où l'absent auroit laissé une procuration, et l'on n'a pas voulu même que le fondé de pouvoir pût attaquer le mariage, à moins qu'il ne justifiât de l'existence actuelle de l'absent : à plus forte raison, n'a-t-on pas voulu donner à l'époux présent le droit d'attaquer son propre mariage, et de venir pour cela exciper de son propre délit; mais je pense fermement que tout cela n'est que pour le cas où il y a réellement incertitude sur la vie et la mort de l'absent ; et que, du moment qu'il reparoît ou que son existence est certaine, les règles établies pour le cas d'absence doivent cesser d'avoir leur application, et que l'on doit, au contraire, appliquer l'article 184, qui permet, soit à l'époux, soit aux parties intéressées, soit même au Ministère public, d'attaquer tout mariage contracté avant la dissolution de la première union.

Nota. Il a été rendu le 13 janvier 1817, une loi rapportée au n°. 1530 du

BIU Cujas

Bulletin, et qui a pour objet de constater le sort des militaires ou marins qui, ayant servi activement dans les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792, jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815, ont cessé, avant cette dernière époque, de paroître à leurs corps, ou au lieu de leur domicile ou de leur résidence. Les dispositions de cette loi devant être temporaires, nous allons les faire connoître succinctement.

1°. A compter dudit jour, 13 janvier 1817, les parties intéressées peuvent faire déclarer l'absence ou constater le décès (Art. 1^er.); et ce, quand même il existeroit une procuration. (Art. 9.) Mais dans ce dernier cas, si l'absent reparoît, les envoyés en possession seront tenus de restituer tous les fruits perçus pendant les dix premières années d'absence. *(Ibid.)*

2°. Les parties intéressées sont les héritiers présomptifs et l'époux de l'absent à leur défaut : la poursuite appartiendra aux créanciers ou à toutes autres personnes ayant intérêt; mais seulement un mois après interpellation faite aux héritiers ou à l'époux. (Art. 11).

3°. La demande devra être rendue publique, conformément à l'article 118 du Code Civil (Art. 2); et le jugement définitif de déclaration d'absence ou de décès ne peut être rendu qu'un an après que cette annonce a eu lieu. (Art. 6.)

4°. S'il y a lieu de présumer l'existence de l'absent, l'instruction pourra être ajournée pendant un an au plus. (Art. 4.)

5°. L'absence peut être déclarée, s'il est prouvé que l'individu a disparu, et qu'on n'a pas eu de ses nouvelles, savoir : depuis deux ans, quand le corps, le détachement, ou l'équipage dont il faisoit partie, servoit en Europe, et depuis quatre ans, quand il servoit hors de l'Europe. (*Ibid.*)

6°. Les registres et actes de décès, tenus conformément aux articles 88 et suivans du Code Civil, feront foi, même à l'égard des militaires décédés sur le territoire français, si toutefois ils faisoient partie des corps ou détachemens d'une armée active, ou de la garnison d'une ville assiégée. (Art. 10.)

7°. La preuve testimoniale du décès peut être ordonnée, s'il est prouvé, soit par l'attestation du Ministre, soit par toute autre voie légale, ou qu'il n'y a pas eu des registres, ou qu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou partie, ou que leur tenue a éprouvé des interruptions. (Art. 5.)

8°. Il peut être appelé, soit par les parties, soit par le Procureur du Roi, des jugemens, soit interlocutoires, soit définitifs. L'appel du Procureur du Roi doit être signifié à la partie, au domicile de son avoué, dans le délai d'un mois de la date du jugement. (Art. 8.)

9°. Les dispositions de cette loi sont applicables, de droit, à toutes les personnes inscrites aux bureaux des classes de la marine, ou attachées par brevets ou commissions aux services sanitaires ou administratifs des armées de

BIU Cujas

terre ou de mer, ou portées sur les contrôles réguliers des administrations militaires.

Elles peuvent être appliquées par les Tribunaux, aux domestiques, vivandiers, et autres personnes à la suite des armées, s'il résulte des rôles d'équipage, des pièces produites, ou des registres déposés aux ministères de la guerre ou de la marine, ou dans les bureaux en dépendant, des preuves et des documens suffisans sur la profession desdites personnes et sur leur sort. (Art. 12.)

PAGE 53.

(1) *Du Mariage.* Voyez, sur ce Titre, les OEuvres de POTHIER, *Traité du Contrat de mariage*, et un petit traité de *la Puissance maritale*, qui est à la tête de son *Traité de la Communauté.*

PAGE 54.

(1) *A ces cinq conditions.* De plus, les Princes et Princesses du sang ne peuvent, quel que soit leur âge, contracter un mariage qui ait les effets civils, sans le consentement du Roi.

(2) *Pour les femmes.* Dans le droit romain, et dans l'ancien droit français, l'on n'exigeoit pour le mariage que la puberté dite *inchoata*, fixée, par les institutes de JUSTINIEN, à l'âge de douze ans pour les femmes, et de quatorze pour les hommes. Mais l'on n'avoit peut-être pas suffisamment considéré la capacité morale que doivent avoir les parties contractantes, pour consentir le contrat le plus important qui existe. Cette observation étoit même d'autant plus essentielle, qu'il n'est pas possible d'accorder la réstitution en entier en fait de mariage, quelle que soit la lésion qui en résulte pour le mineur. A la vérité, le consentement des parens est requis pour suppléer à la capacité des contractans; mais néanmoins, il est toujours très-convenable qu'ils puissent connoître et apprécier toute l'étendue de l'engagement qu'ils vont contracter, et qui ne doit finir qu'avec la vie de l'un ou de l'autre. C'est donc avec raison que le Code exige pour le mariage, la puberté pleine, dont il a fixé l'époque à quinze ans pour les femmes, et dix-huit pour les hommes.

PAGE 55.

(1) *Quand ce consentement n'existe pas.* Un interdit pourroit-il se marier? Cela pouvoit faire question anciennement, parce que l'interdiction pouvoit être prononcée en cas de prodigalité, et que la prodigalité n'ôte pas la faculté de consentir. Maintenant que l'interdiction ne peut être prononcée que pour fureur, démence ou imbécillité, toutes causes qui détruisent le consentement, je ne pense pas que le mariage d'un interdit puisse être valable. On voit, à la vérité, dans la discussion, que le Tribunat avoit proposé une disposition expresse à ce sujet, et qu'elle n'a pas été admise. Mais

BIU Cujas

il est possible, et même très-probable, que, si on l'a rejetée, ce n'est pas qu'on ait entendu déclarer valable le mariage d'un interdit; mais c'est qu'au contraire on a craint que, si on s'expliquoit précisément sur le mariage d'un interdit, on n'en tirât la conséquence que tout mariage contracté avant l'interdiction étoit valable, et ne pouvoit être attaqué, tandis qu'aux termes de l'article 503, tous actes antérieurs à l'interdiction peuvent être annullés, si la cause de l'interdiction existoit notoirement à l'époque où ils ont été faits. On a donc préféré décider d'une manière générale, qu'il n'y a pas de mariage quand il n'y a pas de consentement; et comme, tant que dure l'interdiction, l'interdit est censé incapable de consentir, il en résulte qu'il ne peut se marier, et que le mariage qu'il auroit contracté avant l'interdiction, pourroit même être annullé aux termes de l'article 503; et ce qui vient encore à l'appui de cette opinion, c'est d'abord que l'Orateur du Conseil-d'Etat, qui a présenté au Corps-Législatif la loi sur l'interdiction, a dit, en termes formels, que l'interdit diffère de celui auquel il a été donné un conseil judiciaire, en ce que celui-ci peut se marier; ce que ne peut faire l'interdit.

En second lieu, l'article 174 permet à tous parens, au degré de cousin germain au moins, de s'opposer au mariage de son parent, pour cause de démence, mais à la charge de provoquer l'interdiction. Cet article suppose donc que la démence de l'un des époux est un empêchement du mariage, quand même il ne seroit pas interdit; à plus forte raison, si l'interdiction a été prononcée.

(2) *D'une crainte grave. Talis metus qui possit cadere in constantem virum.* Cap. 28, X. (*De Sponsalibus et Matrim.*)

Vis atrox, præsens, et adversùs bonos mores. (*L.* 3, §. 1. *LL.* 6 *et* 9, ff. *Quod metûs causâ.*) Voyez Pothier, *du Contrat de Mariage*, n°. 315 et suivans.

Et d'ailleurs, pour déterminer d'une manière précise quels sont, dans notre droit, les caractères de la violence qui peut donner lieu à la dissolution du mariage, voyez ci-après la note (1) de la page 73.

Peut-on poursuivre l'exécution d'une promesse de mariage? voyez ci-après la note (1) de la page 62.

(3) *Pour le mariage.* Nous disons *pour le mariage*, parce que, pour tous les autres actes, sauf l'adoption (Art. 346), la majorité est fixée généralement, et pour les individus de tout sexe, à vingt-un ans accomplis. (Art. 488.)

(4) *L'avis du père doit l'emporter*, quand même il seroit séparé de corps: la prééminence est accordée ici au sexe et à la qualité de père, et non à celle d'époux.

Quid, si le père a consenti, mais qu'il vienne à mourir avant la célébration? Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'obtenir d'autre consentement. On

BIU Cujas

ne peut pas argumenter de ce qui a lieu pour la donation entre-vifs (Art. 932), qui est de rigueur, tandis que le mariage est favorable.

(5) *De manifester sa volonté.* S'il est absent, interdit, ou mort civilement, ou seulement privé de l'exercice de ses droits civils. (Art. 28, et *Code Pénal*, art. 29.)

(6) *Le consentement de la mère suffit. Quid*, si la mère est remariée ? Malgré la généralité de l'article, je pense que cela peut faire une très-grande question.

D'abord, si la mère n'a pas été maintenue dans la tutelle, je regarde comme contraire à tous les principes, que son avis puisse l'emporter sur celui de la famille. En effet, d'après l'article 1398, le mineur habile à contracter mariage, peut consentir valablement toutes donations dans son contrat de mariage, pourvu qu'il soit assisté, dans ce contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Donc, si le consentement seul de la mère suffisoit pour le mariage de son fils mineur, il s'ensuivroit que ce même consentement suffiroit pour autoriser l'époux à disposer de tout son bien par contrat de mariage. Or, puisque nous la supposons non-maintenue dans la tutelle, il en résulte qu'elle ne peut autoriser la disposition de l'objet le plus modique appartenant à ses enfans ; et l'on voudroit qu'elle pût seule les autoriser à disposer d'eux-mêmes, et par suite, de tous leurs biens ! Il y auroit là une contradiction manifeste. Ne peut-on pas dire, d'ailleurs, que la femme mariée étant soumise au pouvoir marital, peut être regardée comme étant dans l'impossibilité de manifester sa propre volonté, puisqu'elle peut être supposée n'en avoir d'autre que celle de son mari? Il est vrai que cette dernière raison s'appliqueroit également à la mère remariée et maintenue dans la tutelle. Aussi ne verrois-je aucune difficulté à regarder le consentement de la mère remariée comme pouvant être insuffisant, quoiqu'elle ait été maintenue dans la tutelle, et que par suite son mari ait été nommé co-tuteur. D'abord l'on sait, en général, avec quelle malheureuse légèreté se font les délibérations des conseils de famille. D'ailleurs, on a pu penser qu'il n'y avoit pas de danger à conserver la tutelle à la mère, au moyen de la responsabilité solidaire qui pèse sur elle et sur son second mari. Mais il n'y a aucune responsabilité à encourir pour un consentement donné mal-à-propos. D'ailleurs, le mari étant censé n'être pour rien dans ce consentement, il n'y auroit, dans aucun cas, de recours à exercer contre lui.

D'après tous ces motifs, je n'hésite pas à penser que, si le mariage étoit une fois célébré avec le consentement de la mère remariée, il seroit difficile de l'attaquer pour raison d'insuffisance de ce consentement ; mais que, s'il n'étoit pas encore célébré, et qu'il y eût opposition de la part de la famille, les juges pourroient y avoir tel égard que de raison ; et ce qui me confirme dans cette opinion, c'est qu'on avoit proposé au Conseil-d'Etat d'ajouter,

BIU Cujas

qu'en cas de mort du père ou de la mère, le consentement du survivant suffiroit, *quand même il auroit contracté un second mariage.* L'on a supprimé ces derniers mots, sans doute parce qu'on a pensé que la circonstance d'un second mariage pouvoit avoir, dans ce cas, quelqu'influence ; et effectivement l'on voit dans la discussion que l'on a été jusqu'à dire qu'il pourroit arriver que le juge eût à examiner jusqu'à quel point le consentement du père même, remarié, pourroit suffire au mariage. *A fortiori,* en doit-on dire autant de la mère remariée.

(7) *A défaut du père et de la mère.* Ces mots, *à défaut, etc.*, ne signifient pas, *si le père ou la mère ne veulent pas consentir ;* car alors aucun consentement ne peut suppléer le leur : mais, *s'ils sont morts, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.*

PAGE 56.

(1) *Et ainsi de suite.* C'est-à-dire, que, s'il n'y a ni aïeuls, ni aïeules, mais seulement des bisaïeuls, leur consentement est nécessaire, etc.

(2) *Dans la même ligne.* Et au même degré, c'est-à-dire, que, si, par exemple, l'aïeul paternel consent, le mariage peut avoir lieu, quoique l'aïeule paternelle ne consente pas. Mais s'il n'y a point d'aïeul paternel, le consentement de l'aïeule doit suffire, quand même le bisaïeul paternel ne consentiroit pas.

(3) *Entre les deux lignes.* Si l'aïeul paternel donne son consentement, et que l'aïeul maternel le refuse, ou *vice versâ.*

(4) *Ce partage emporte consentement.* Cette disposition a cela de singulier, que, si le futur époux a ses deux aïeuls paternels et ses deux aïeuls maternels, l'avis d'un seul l'emportera sur l'avis des trois autres. Il suffira, en effet, que l'aïeul maternel, par exemple, soit d'avis du mariage ; car son avis l'emportera sur celui de l'aïeule de la même ligne. On pourra donc dire que la ligne maternelle est d'avis du mariage. Il y aura donc dissentiment dans les deux lignes ; ce qui emportera consentement. Il en sera de même, s'il n'y a dans la ligne maternel qu'une aïeule, qui soit d'avis du mariage ; elle l'emportera, à elle seule, sur les deux aïeuls paternels. Cependant l'on sait, en général, avec quelle facilité les aïeules surtout, condescendent aux désirs de leurs petits-enfans, et combien il est à craindre que ces derniers n'abusent de la foiblesse de leurs aïeules, pour contracter des mariages mal assortis. Il me semble que j'aurois préféré décider, qu'en cas de partage, les voix des aïeuls mâles devroient l'emporter, et que, si les voix des aïeuls mâles, ou des aïeules à défaut d'aïeuls, étoient partagées, alors ce partage emporteroit consentement.

(5) *Lorsque tous les ascendans sont morts.* Nous verrons plus bas com-

BIU Cujas

ment l'on peut justifier de leur décès, quand il est impossible de s'en procurer l'acte.

(6) ***Le consentement du conseil de famille.*** S'il le refusoit, pourroit-il être forcé de donner ses motifs? Je ne le pense pas. Quelques personnes ont voulu établir sur ce point, entre les ascendans et le conseil de famille, une distinction qui ne me paroît nullement fondée. Et, d'ailleurs, le refus du conseil peut avoir pour cause, d'abord une infinité de raisons, minutieuses en apparence, mais qui, néanmoins, peuvent être de quelqu'importance, lorsqu'il s'agit d'une union qui doit durer toute la vie; et ensuite des motifs mêmes qui pourroient être injurieux à l'autre partie, et exposer peut-être les membres du conseil à une demande en réparation, ou en dommages-intérêts. Obliger donc le conseil de famille, de donner ses motifs, ce seroit souvent l'exposer à consentir à un mariage qu'il ne croiroit pas destiné à faire le bonheur de l'individu soumis à son autorité.

(7) ***Dans les cas où il est requis.*** Ainsi la peine doit avoir lieu par cela seul que le consentement n'est pas énoncé, et ce, quand même la nullité du mariage ne seroit pas demandée, et même quand les consentemens nécessaires auroient été donnés, soit postérieurement, soit au moment même du mariage. L'officier public est en faute, pour ne les avoir pas énoncés, et pour avoir exposé par là un mariage légitime à être attaqué, sous prétexte du défaut de consentement de la famille.

(8) ***L'obligation de demander leur conseil.*** Remarquez la différence de rédaction des articles 148 et 151. Dans le 148e. il est dit : ***Le fils*** ou ***la fille qui n'a pas atteint***, etc., ***ne peut contracter mariage sans le consentement***, etc., d'où il résulte, d'après le principe que nous établirons ci-après, que, s'ils l'ont contracté de fait sans ce consentement, la nullité du mariage peut être demandée, quoique l'article n'ait pas dit *à peine de nullité*. Dans le 151e., au contraire, il est dit : ***Les enfans de famille ayant atteint l'âge de majorité, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander le conseil, etc.*** Ici la loi est simplement impérative; et comme l'on n'a pas ajouté la peine de nullité, il s'ensuit que l'inobservation de cette condition ne porteroit pas atteinte à la validité du mariage, mais donneroit seulement lieu à des condamnations contre l'officier de l'état civil, ainsi que nous le verrons plus bas.

(9) ***Aux ascendans dont le consentement seroit exigé, etc.*** Et dans l'ordre déterminé ci-dessus, c'est-à-dire aux père et mère, s'ils sont vivans tous deux; sinon, au survivant d'eux; à leur défaut, aux aïeul et aïeule, etc. S'il y a père et mère, faut-il notifier l'acte respectueux à chacun? Je pense qu'oui. L'article 148 exige le consentement des père et mère; il ajoute, à la vérité, qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit; mais pour qu'il y ait dissentiment, il faut qu'ils soient consultés tous deux. Ainsi

BIU Cujas

jugé à Bruxelles, le 5 mai 1808 (SIREY., 1809; 2e. partie, pag. 840); à Caën, le 12 décembre 1812 (*ibid.*, 1813; 2e. partie, pag. 157); et enfin à Douai, le 25 janvier 1815 (*ibid.*, 1816; pag. 114).

(10) *Par deux notaires*, et non par un huissier, dont le ministère ne convient pas à la nature de l'acte et à la déférence que des enfans doivent à leurs parens.

(11) *Et de deux témoins.* L'enfant doit-il être présent? La question est controversée. Il y a des arrêts pour et contre. Il paroît qu'anciennement on exigeoit que l'enfant se transportât avec le notaire. Il me semble que cela seroit plus convenable. L'enfant demande conseil à son père; il faut bien qu'il soit là pour le recevoir.

(12) *Mention de la réponse*, ou du défaut de réponse. Ce défaut est lui-même une réponse; car il équivaut à un refus.

L'acte doit-il être notifié à la personne de l'ascendant? Je ne le pense pas: je crois qu'il suffit qu'il le soit à son domicile: autrement il dépendroit de l'ascendant d'éluder la disposition de la loi, en se dérobant aux recherches, ou en se transportant dans un lieu éloigné de son domicile.

(13) *De mois en mois.* Si le premier a été fait le 20 mai, le deuxième pourra-t-il être fait le 20 juin? On a jugé l'affirmative à Paris, le 19 octobre 1809. (SIREY, 1810; 2e. partie, pag. 271.) Je ne suis pas de l'avis de cet arrêt. Il paroît bien résulter de la rédaction des articles 152 et 153, et surtout du délai exigé entre la dernière signification et le mariage, que le Législateur a voulu qu'il y eût un mois d'intervalle entre chaque signification: or, comme, aux termes de l'article 1033 du Code de Procédure, le jour de la signification et celui de l'échéance ne doivent pas être comptés dans les actes signifiés à personne ou domicile, l'on doit en conclure que, lorsque la première signification a eu lieu le 20 mai, le mois n'expire que le 20 juin suivant; et que, conséquemment, la seconde signification ne peut être faite que le 21 juin.

Ajoutez, en outre, que les actes respectueux ne sont pas des actes favorables. L'on doit donc y observer rigoureusement toutes les formalités exigées par la loi.

PAGE 57.

(1) *Une seule notification suffit.* Il paroîtroit résulter de la lettre de l'article 153, que, jusqu'à l'âge de trente ans, les filles sont obligées de faire trois actes respectueux. Mais, en comparant cet article avec le 152e. et avec la discussion du Conseil-d'Etat, il est évident qu'il y a inexactitude dans la rédaction, et que l'article doit être entendu dans le sens que nous lui donnons ici.

BIU Cujas

(2) *Du mariage des majeurs.* Les mineurs ont toujours besoin du consentement du conseil de famille.

(3) *Du consentement des père et mère*, seulement, et non pas des aïeuls ou aïeules. L'enfant naturel ne peut être reconnu que par son père ou sa mère; et cette reconnoissance ne lui donne des droits de famille qu'à leur égard, et nullement à l'égard de leurs parens.

PAGE 58.

(1) *D'un tuteur nommé.* Par qui sera nommé ce tuteur? Ce ne peut être par la famille. L'enfant naturel, même reconnu, n'a pas civilement de famille. Je pense que, dans ce cas, s'il a été reconnu, l'on doit appliquer la disposition de l'article 409, et que le tuteur doit être nommé par un conseil de famille, composé de personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. Si l'enfant n'a pas été reconnu, le juge de paix composera le conseil comme il le jugera convenable.

(2) *Ad hoc*, c'est-à-dire, spécialement, à l'effet de consentir au mariage: en conséquence, si l'enfant avoit déjà un tuteur, il faudroit en nommer un autre, ou que celui qui existe, fût spécialement autorisé à consentir.

(3) *D'un mois au moins. Quid*, si les actes respectueux ont été faits, mais qu'il n'en ait pas été fait mention dans l'acte de célébration? L'officier public n'est passible d'aucune peine. La raison de différence avec le cas de l'article 156, relatif au défaut d'énonciation du consentement de la famille, est qu'il n'y a le plus souvent d'autre trace de ce consentement, que l'énonciation qui en est faite dans l'acte de célébration. Il pourroit donc arriver que le défaut de cette énonciation donnât lieu à la nullité du mariage: si, par exemple, l'ascendant qui a consenti, venoit à décéder, ou à prétendre qu'il n'a pas consenti. L'acte respectueux, au contraire, étant notarié, il en doit rester minute, et l'on est toujours conséquemment à même d'en prouver l'existence. D'ailleurs, en supposant même que cette minute ne se retrouve pas, le défaut d'actes respectueux ne donneroit pas lieu à la nullité du mariage: le défaut d'énonciation de ces actes n'auroit donc pas les mêmes conséquences que le défaut d'énonciation du consentement.

(4) *A donner au mariage*, c'est-à-dire, en premier lieu, au père; à son défaut, à la mère; à défaut des deux, aux aïeuls et aïeules. Remarquez qu'au Conseil-d'Etat l'on avoit décidé que l'article 173 seroit ainsi conçu: *A défaut des père et mère, les aïeuls; à défaut d'aïeules, les aïeules peuvent former opposition, etc.* Cependant l'article est resté tel qu'il est. Est-ce par inadvertance, comme l'ont pensé quelques personnes? et doit-on tenir que les aïeules n'ont droit de former opposition qu'à défaut d'*aïeuls?* Je ne le pense pas. A défaut des père et mère, les aïeules concourent avec

BIU Cujas

les aïeuls, dans les différentes lignes, pour le consentement à donner au mariage. Or, le droit de former opposition est fondé sur le droit de consentir.

(5) *Au cousin ou à la cousine germaine, majeurs.* Et non pas aux neveux et nièces, quoique plus proches en degré que les cousins et cousines : cela eût été, en quelque sorte, contraire à l'ordre de la nature, parce qu'à l'égard de leurs oncle et tante, *referunt speciem liberorum.*

Je ne vois pas pourquoi l'on a restreint à ces seuls parens le droit de former opposition. Il peut arriver souvent que l'un des futurs époux n'ait pas de parens au degré de cousin germain; et alors, pourquoi refuser aux autres parens le droit de s'opposer, puisqu'ils feroient partie du conseil de famille, et qu'en cette qualité ils auroient le droit de donner leur vœu pour la demande en nullité du mariage ? Ne vaut-il pas mieux leur donner celui de l'empêcher ? Il me semble qu'il eût été plus exact de dire que tout parent, qui, aux termes de l'article 407, auroit le droit de faire partie du conseil de famille, auroit également celui de former opposition au mariage. D'ailleurs, les deux motifs pour lesquels il est permis aux collatéraux de former opposition, sont assez importans, pour qu'il semble qu'on ne risqueroit rien d'en admettre de plus éloignés, à défaut de plus proches.

Je ne vois pas non plus pourquoi l'on n'a pas permis aux collatéraux de former opposition daus d'autres cas d'une plus grande conséquence, même pour l'ordre public, tels que ceux d'inceste ou de bigamie, etc. Ce ne peut être que parce que l'on a pensé que le futur mariage pouvoit être alors dénoncé au Ministère public, qui formeroit opposition, dans l'intérêt des mœurs : car, quoique ce droit ne lui soit pas expressément accordé, dès qu'on lui donne celui de demander la nullité du mariage dans certains cas, à plus forte raison doit-il avoir celui de l'empêcher dans les mêmes cas : néanmoins je pense qu'il eût été utile d'accorder alors à la famille, le droit de former opposition.

(6) *En état de démence.* Je pense qu'il en seroit de même, dans le cas de fureur ou d'imbécillité. Il y a même motif.

(7) *De l'opposition.* S'il est notoire que la démence n'existe pas, et que c'est un subterfuge employé uniquement pour retarder le mariage.

PAGE 59.

(1) *Dont il peut requérir la convocation.* L'article dit : *qu'il pourra convoquer ;* mais il résulte du Titre *de la Minorité*, que les particuliers ne peuvent que requérir la convocation, qui doit toujours être faite par le juge de paix. (Art. 406.)

N'est-il pas à craindre que, pendant l'intervalle de temps nécessaire pour la convocation, le mariage ne se trouve célébré ? En général on a dû favoriser les mariages autant que possible. Mais il me semble que la crainte des dom-

BIU Cujas

mages-intérêts étoit bien suffisante pour empêcher un tuteur de former une opposition mal fondée, sur-tout d'après le petit nombre de cas dans lesquels il peut la former.

Quid, à l'égard de l'enfant naturel non reconnu, ou de celui qui, ayant été reconnu, a perdu ses père et mère? Je ne vois nulle raison pour refuser au tuteur, même non autorisé, le droit de former opposition dans les cas prévus par l'article 174. A quoi bon convoquer un conseil de famille? Le mineur n'en a pas.

Nota. Nous ne parlons point ici de l'opposition qui peut être formée par un des époux, au second mariage de son conjoint. Il en sera question, quand nous traiterons des empêchemens du mariage.

(2) *Le droit de la former.* A-t-on entendu, par ces mots combinés avec la fin de l'article, donner à l'huissier le droit de juger la qualité de celui qui se présente pour former opposition? Je ne puis le penser. Mais je crois que cela doit être entendu dans le sens, que l'opposition doit énoncer la qualité d'après laquelle l'opposant *se prétend en droit de la former. Quid*, en effet, si c'est le mari d'une sœur encore vivante, et qui argumente de l'article 408? *Quid*, s'il est veuf, mais qu'il ait des enfans, et qu'il allègue en sa faveur l'article 206? L'huissier peut-il être compétent pour juger s'il a qualité? Ce sera aux tribunaux à statuer sur le mérite de l'opposition. Il suffit que les parties connoissent la qualité de l'opposant, quelle qu'elle soit.

(3) *Doit être célébré:* afin de ne point vexer les parties, en les obligeant d'assigner l'opposant à son domicile réel, qui peut être très-éloigné.

Mais si les deux futurs époux demeurent dans deux communes différentes, comme le mariage peut être célébré indifféremment dans l'une ou dans l'autre, l'opposant sera-t-il obligé d'élire domicile dans les deux communes? Je ne le pense pas. Je crois qu'il suffit que l'élection ait lieu dans la commune où demeure celui sur lequel l'opposition est formée. Comme ce sera à lui à assigner l'opposant, il n'y a que lui qui ait intérêt à ce que l'élection de domicile ait lieu, et qu'elle ait lieu dans la commune où il demeure, puisqu'alors il pourra porter l'affaire devant son propre juge.

(4) *D'un ascendant.* L'ascendant ayant un pouvoir illimité de former opposition, peut avoir telle raison qu'il ne voudroit pas énoncer en public. D'ailleurs, il est possible qu'il ne veuille que retarder le mariage, afin de donner à l'époux le temps de faire les réflexions convenables. Il n'en est pas de même du collatéral, qui ne peut former opposition, que pour les motifs, et dans les cas déterminés par la loi.

On a jugé à Bourges, le 30 mars 1813 (Sirey, 1813; 2e. partie, page 169), que l'opposition du père pouvoit être maintenue, quoiqu'elle ne fût fondée sur aucun empêchement dirimant, ni même prohibitif. Dans l'espèce,

BIU Cujas

il s'agissoit d'une fille qui vouloit épouser un domestique de son père, sorti des galères, non réhabilité, et qui avoit abusé de l'état de domesticité, pour la séduire. Cet arrêt a été cassé, par arrêt du 7 novembre 1814. (*Bulletin*, n°. 94.) Il est malheureux que l'on ne veuille pas se pénétrer du principe, néanmoins bien constant, qu'un arrêt ne peut et ne doit être cassé, que lorsqu'il contient une contravention formelle à la loi, et que ce principe est surtout applicable au cas où cet arrêt tend à maintenir les mœurs, et à venir au secours de l'autorité paternelle, si affoiblie de nos jours. Or dans l'espèce, non-seulement il étoit impossible de citer un seul article opposé formellement à l'arrêt de Bourges; mais encore l'on pouvoit soutenir qu'il étoit conforme à l'article 176, combiné avec l'article 174. Car, dès que ce dernier article détermine les cas dans lesquels l'opposition peut être formée par des collatéraux, et n'en détermine aucun pour les ascendans; et que l'article 176 au contraire décide formellement qu'ils ne sont même tenus d'insérer aucun motif dans l'acte d'opposition; on peut fort bien en induire que le Législateur a voulu leur donner une bien plus grande latitude. En effet, qui empêchoit de dire par exemple, que l'ascendant pouvoit former opposition pour toute cause qui, en la supposant connue, devoit empêcher le mariage? La loi ne s'est pas même exprimée ainsi; et ne peut-on pas prétendre que son silence est fondé sur ce que l'on a pensé que l'opposition de l'ascendant pouvoit avoir d'autres motifs qu'il étoit impossible de prévoir; et d'ailleurs, quand il seroit vrai que les deux articles pourroient également être entendus dans un autre sens, l'on ne peut nier qu'il n'y ait au moins doute; dès lors point de contravention formelle, point de cassation; et ce qui prouve dans l'espèce la vérité de ce raisonnement, c'est la foiblesse des motifs de l'arrêt de Cassation. Il y en a deux principaux:

Le premier est que la doctrine de l'arrêt de Bourges tend à prolonger l'autorité paternelle au de-là de l'époque fixée par la loi. Mais d'abord la loi n'a pas fixé de bornes à la durée de l'autorité paternelle; cette autorité dure pendant toute la vie des père et mère, seulement avec des effets différens suivant les différentes époques. Or, cette différence dans les effets se fait remarquer dans notre système: avant la majorité, le simple refus de l'ascendant, sans aucun motif, suffit pour empêcher le mariage; tandis qu'après la majorité, il est obligé de faire connoître ses motifs au Tribunal, qui prononce sur leur validité.

Le deuxième motif de l'arrêt, résultant de ce que ce seroit retomber dans l'arbitraire, est un motif vague. L'article 5 du Code, qui oblige les Tribunaux de juger dans le silence de la loi, introduit nécessairement l'arbitraire, et qui échappe même à la Cassation, puisque, dès que l'on suppose que la loi est muette, on ne peut dire que les Tribunaux y ont contrevenu.

Concluons donc de ces raisons, que l'arrêt de Bourges étoit conforme à la

BIU Cujas

saine morale, que cet arrêt ne contrevenoit à aucune disposition de la loi, et qu'en conséquence il ne devoit point être cassé.

Nota. La Cour Royale de Caen a rendu un arrêt semblable à celui de Bourges, le 9 juin 1813. (SIREY, 1813; 2e. partie, pag. 377.)

(5) *A peine de nullité de l'acte.* Mais dans le cas où une opposition est déclarée nulle pour défaut de forme, peut-elle être réitérée? La négative a été jugée à Bruxelles, le 26 décembre 1812 (SIREY, 1813; 2e. partie, page 379); et cependant, il s'agissoit d'une opposition formée par les père et mère. Je pense que les juges doivent, dans ce cas, avoir égard aux circonstances; mais qu'en point de droit, la nullité résultant d'un défaut de forme, ne doit pas empêcher la réitération de l'opposition, pas plus qu'elle n'empêcheroit la réitération de tout autre exploit.

(6) *Ou au domicile des parties*, au pluriel. Par conséquent, l'opposition formée au mariage d'un des futurs époux, doit être signifiée à son domicile et à celui de l'autre époux. Mais celui sur lequel l'opposition n'a pas été formée, pourroit-il en demander la main-levée? Je ne le pense pas. Si l'autre ne la demande pas, c'est qu'il renonce au mariage. Mais alors, pourquoi signifier l'opposition aux deux parties? C'est afin que celle sur qui elle n'est pas formée, en ait cependant connoissance, et sache à quoi s'en tenir sur son futur mariage, et même ne le contracte pas, s'il arrivoit que l'officier de l'état civil, ignorant ou prévaricateur, consentît à le célébrer.

(7) *Et à l'officier de l'état civil.* Il suffit qu'il soit signifié à l'officier de l'une des communes où le mariage a été ou doit être publié. (Argument tiré de l'article 69.) C'est sûrement par inadvertance qu'il est dit dans l'ouvrage de M. PROUDHON, qu'il suffit de notifier l'opposition à l'officier de l'état civil du domicile de l'opposant. Ce domicile est ici une chose fort indifférente, à moins qu'il ne soit le même que celui de l'un des époux.

(8) *Main-levée.* Observez cependant que le mariage célébré nonobstant l'opposition, ne seroit nul, qu'autant que le motif de l'opposition seroit suffisant par lui-même pour faire prononcer la nullité.

(9) *Devant le Tribunal de première instance.* Sans avoir besoin de recourir au préliminaire de conciliation. (*Procéd.* 49.)

(10) *Dans les dix jours de la citation. Quid*, s'il y a pourvoi en cassation? La loi n'a pas prévu ce cas. Il me semble que l'on auroit dû ordonner que le pourvoi seroit également jugé dans un délai fort court, et même qu'il seroit suspensif, si l'arrêt dont la cassation est demandée, avoit prononcé la main-levée de l'opposition; et ce, par analogie de l'art. 263.

Nota. On a jugé à Paris le 19 septembre 1815 que, dans ce cas, le pourvoi n'est pas suspensif. (SIREY, 1816; 2e. partie, pag. 343.)

(11) *Que les ascendans.* Les ascendans sont toujours supposés avoir un bon motif: les autres peuvent avoir été mus par un esprit de malveillance.

BIU Cujas

(12) *Pour tout acte de main-levée*, volontaire ; mais alors cet acte doit être passé devant notaire, *et avec minute*, aux termes de l'article 67, qui exige qu'il en soit remis une expédition à l'officier de l'état civil.

PAGE 60.

(1) *Sera destitué.* Mais le mariage est toujours valable, puisque le décret ne prononce pas la nullité, et n'est pas même conçu en termes prohibitifs.

PAGE 61.

(1) *En absolus et relatifs.* On distinguoit en outre anciennement deux sortes d'empêchemens du mariage : les empêchemens prohibitifs, et ceux dirimans.

Les empêchemens prohibitifs étoient ceux qui empêchoient bien de contracter le mariage, mais qui ne le faisoient pas annuller quand il étoit contracté : tel étoit, entre autres, celui qui résultoit des fiançailles avec une autre personne.

Les empêchemens dirimans étoient ceux qui, non-seulement empêchoient de contracter le mariage, mais encore qui pouvoient en faire prononcer la nullité.

Il existe encore, dans le droit actuel, des empêchemens prohibitifs parmi ceux qui naissent du défaut des conditions prescrites pour la légitimité du mariage ; tels sont ceux qui résultent du défaut d'actes respectueux ou de publications ; tel est aussi celui qui résulte de l'absence du 1^er^. époux, etc.

Mais il n'en est point de ce genre parmi ceux dont il s'agit dans cette section, et qui résultent de la qualité des personnes ; ils sont tous dirimans.

(2) *Et de la mort civile.* Il existoit bien un 3^e^. empêchement absolu, résultant du divorce prononcé en vertu du consentement mutuel. Mais comme cet empêchement n'étoit que temporaire, et ne duroit que pendant trois ans, à compter de la prononciation du divorce, et qu'il s'est écoulé à-peu-près ce temps depuis la promulgation de la loi qui a aboli le divorce, on n'a pas cru qu'il fût nécessaire d'en parler.

(3) *Du premier.* Remarquez que ce n'est pas ici une loi religieuse, mais une loi civile ; d'où il résulte qu'elle oblige, même les Français sectateurs d'une religion qui permettroit la polygamie.

Indépendamment de la nullité du second mariage, l'article 340 du *Code Pénal* prononce encore la peine des travaux forcés à temps, contre l'époux remarié, et contre l'officier public qui a prêté sciemment son ministère au mariage.

(4) *Légalement prouvée.* La loi qui ordonne de rapporter la preuve légale de la dissolution du premier mariage, avant d'en pouvoir contracter un second, n'admet aucune exception, même en faveur des femmes des militaires, et nonobstant toutes présomptions résultantes, soit de témoignages vocaux, soit

BIU Cujas

de l'absence prolongée. (Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 17 germinal an 13, *Bulletin*, n°. 666.)

(5) *De son premier mariage.* Ainsi l'on pourroit dire, à la rigueur, que le défaut de preuve du décès du premier époux est un empêchement simplement prohibitif, tant que l'existence du premier époux n'est pas certaine. Je ne pense donc pas que l'on doive admettre la distinction apportée par M. PROUDHON, entre le temps antérieur ou postérieur à la déclaration d'absence. A quelque époque que le second mariage ait été contracté, si l'on ne peut pas prouver que le premier existoit encore au moment de la célébration du second, il n'y a pas bigamie, et le second mariage ne peut être attaqué : cela est fondé sur le principe, que l'absent qui ne reparoît pas, est présumé mort du jour de sa disparition.

(6) *Après cette dissolution.* Outre le motif tiré de l'honnêteté publique, cette disposition a encore pour but principal d'empêcher la confusion de part, *confusionem partûs.* Une femme se marieroit un mois après la mort de son premier mari ; elle accoucheroit huit mois après : quel seroit le père de l'enfant ? C'est pour prévenir toute incertitude à cet égard, que l'article a été fait. Mais cet empêchement est-il dirimant, ou n'est-il que prohibitif? C'est un point controversé, parce que, dit-on, la loi n'a pas prononcé la nullité ; et que, d'ailleurs, cette prohibition n'est pas rangée parmi les causes de nullité du mariage, dont il est traité au Titre *du Mariage*, chap. IV. Tels sont les principaux motifs d'un arrêt de la Cour de Cassation, du 29 octobre 1811 (*Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. 18, pag. 1), lequel paroît avoir jugé que cet empêchement est purement prohibitif. Mais j'observe d'abord que, pour qu'un empêchement soit regardé comme dirimant, il n'est pas nécessaire qu'il entraîne toujours la nullité du mariage ; il suffit qu'il puisse l'entraîner, quoique des circonstances particulières puissent, dans certains cas, déterminer les juges à ne point statuer sur le fond, et à se décider, par exemple, par une fin de non-recevoir. Cela posé, voici les motifs qui m'ont déterminé à ranger cet empêchement au nombre des empêchemens dirimans. Le premier, c'est qu'il y a ici prohibition de la loi : *la femme ne peut*, dit l'article 228. Or, *ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solùm inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licèt Legislator fieri prohibuerit tantùm, nec specialiter dixerit inutile esse debere, quod factum est.* (*L.* 5, Cod. *de Legibus.*) Et, en effet, s'il suffit, pour que l'acte soit valable, que la loi n'ait pas prononcé la nullité, il s'ensuit que, pour peu qu'il se rencontre un officier public ignorant ou corrompu, ou même qu'on parvienne à le tromper, les époux divorcés pourront se réunir ; l'époux, divorcé pour cause d'adultère, pourra épouser son ou sa complice ; et enfin le mariage contracté par un mort civilement, sera valable, et ne pourra être attaqué, etc. Car, dans aucun de ces cas, la loi n'a prononcé expressément la nullité, et ils ne sont pas compris au nombre des

BIU Cujas

causes de nullité, énumérées dans le Chap. IV. Je ne crois pas que les partisans de l'opinion contraire osent aller jusque-là; et cependant la règle doit être générale. Je pense donc que, toutes les fois que la loi s'est exprimée d'une manière prohibitive, qu'elle a dit *qu'un individu ne peut faire tel ou tel acte*, elle a, par cela seul, attaché à sa personne l'incapacité légale de faire l'acte prohibé; et qu'elle a aussi, par cela seul, frappé de nullité l'acte fait contre sa prohibition; en un mot, que la prohibition de la loi doit établir, dans l'ordre légal, la même impossibilité que l'impossibilité physique dans l'ordre naturel. *Particula negativa*, dit DUMOULIN, *præposita verbo* potest, *tollit potentiam juris et facti, designans actum impossibilem.*

J'ajoute que, dans la plupart de ces cas, la loi n'ayant prononcé aucune peine particulière, ni contre les époux, ni contre les officiers de l'état civil, si l'on prétendoit encore qu'il ne peut y avoir lieu à la nullité du mariage, il en résulteroit que toutes ces dispositions, très-importantes d'ailleurs, n'auroient aucune sanction, et pourroient être violées impunément. Or, *la loi seroit trop imparfaite, qui n'annulleroit pas ce qui seroit fait contre ses défenses, et qui laisseroit impunie la contravention.* (DOMAT, liv. prélim., Tit. I^er., sect. I^re., art. 20.)

Nota. Cette raison n'a plus autant de force depuis que le Code Pénal a, par son article 194, prononcé, pour le cas de violation de l'article 228, la peine d'une amende de 16 à 300 francs contre l'officier de l'état civil. Mais d'abord, la disposition du Code Pénal étant postérieure de long temps au Code Civil, on n'en peut rien conclure, relativement à l'intention qu'a eue le Législateur, en rédigeant l'article 228. En effet, si le mariage, célébré en contravention audit article, étoit nul avant le Code Pénal, certainement la nullité n'a pas été abrogée par ce Code; et tout ce qu'on peut inférer de l'article 194, c'est que le Législateur a pensé que l'officier de l'état civil, devant connoître, mieux que les parties, les dispositions de la loi, étoit plus coupable qu'elles, quand il les laissoit enfreindre; et qu'en outre c'étoit un moyen plus sûr de prévenir ces mêmes infractions, en faisant porter la peine sur l'officier de l'état civil, qui n'ayant d'ailleurs, aucun intérêt particulier, prendroit plus de précaution pour prévenir une contravention dont il seroit également responsable.

Ces principes sont, au surplus, généralement applicables à tous les cas dans lesquels la loi s'est contentée d'établir une prohibition, sans prononcer expressément la nullité; mais, d'un autre côté, j'avouerai que, comme il n'y a point de matière dans laquelle les fins de non-recevoir doivent être admises plus favorablement que dans celle du mariage, il est très-possible que, dans le cas de l'article 228, les Tribunaux, sans juger le fond, se décident facilement par une fin de non-recevoir quelconque; *putà*, si le second mariage a duré long-temps, on pourra penser que *novo quasi consensu*

BIU Cujas

convaluit, surtout s'il n'est résulté aucun inconvénient de la contravention ; par exemple, s'il n'est pas né d'enfant du second mariage, ou si la naissance n'a eu lieu que quelques années après qu'il a été contracté. Mais si une femme se marioit huit jours après la mort de son mari, et venoit à mourir deux mois après, je ne vois pas comment les Tribunaux pourroient se dispenser de prononcer la nullité de mariage, si elle étoit demandée, par exemple, par les héritiers de la femme, et pour annuller les donations qui auroient pu être faites au mari par contrat de mariage. Car, comment pourroit-on valider, dans l'intérêt du mari, un acte qu'il n'a pu passer qu'en transgressant la loi, et lui faire tirer un avantage de cette même transgression ? Si nous supposons, d'ailleurs, que l'on a découvert par l'ouverture du cadavre, que la femme étoit grosse au moment de son décès, et qu'elle pouvoit l'être même à l'époque de la mort de son premier mari, voilà une union qui auroit eu pour effet nécessaire d'induire la confusion de part, et d'occasionner par là un inconvénient majeur, que la loi a voulu singulièrement éviter ; et cependant cette union sera inattaquable, et la loi accordera toute sa protection à un acte qui n'a eu d'autre but que de la violer dans une de ses dispositions les plus importantes ! Je le répète, dans tous ces différens cas, je regarde comme incontestable l'application des principes que je viens d'établir, et qui me paroissent aussi conformes à la raison qu'à la morale.

Mais si, nonobstant la prohibition de la loi, la femme contractoit de fait un second mariage un mois ou deux après la dissolution du premier, et qu'elle vînt à accoucher sept ou huit mois après, à laquelle des deux unions appartiendroit l'enfant ? L'embarras dans lequel jeteroit la décision de cette question, suffit seul pour démontrer combien la prohibition de l'article 228 est importante. Je pense, au surplus, que cela rentreroit entièrement dans le domaine du juge, qui devroit se décider d'après les circonstances, sauf à prendre, toutes choses égales d'ailleurs, le parti le plus utile à l'enfant. Les lois anglaises décident dans ce cas, que c'est à l'enfant à choisir, quand il est parvenu à l'âge de raison, celle des deux personnes qu'il lui convient le plus d'avoir pour père. (Blackstone, tome 2, chap. 8, n°. 2.)

Page 62.

(1) *Engagée par mariage.* Il n'y a que le mariage qui puisse donner droit de former opposition. Une simple promesse de mariage ne suffiroit pas comme autrefois ; mais donneroit-elle lieu au moins à des dommages-intérêts ? Je ne le pense pas, quand même ils seroient stipulés par la promesse même. *Sic* jugé, et avec raison, en Cassation, le 12 décembre 1814. (Sirey, 1815 ; 1re. partie, pag. 159.) La promesse de mariage n'est pas obligatoire, et il ne peut y avoir de dommages-intérêts pour défaut d'exécution d'une obligation nulle. Si, cependant, l'inexécution de la promesse avoit causé un

BIU Cujas

préjudice pécuniaire à l'autre partie, comme s'il avoit été fait des emplettes devenues inutiles, etc., le refusant seroit tenu de l'indemniser, en vertu des articles 1382 et 1383. *Voir* un arrêt de Colmar du 2 mars 1813 (SIREY, 1815; 2e. partie, pag. 2); un d'Amiens du 30 mai 1812 (*Ibid.*, pag. 19); un de Rouen du 20 mars 1813 (*Ibid.*, 1815; pag. 114); un de Nismes du 4 janvier 1814; et enfin un de Cassation du 17 août de la même année. (*Ibid.*, 1815; 1re. partie, pag. 18.)

La promesse de mariage, pour avoir quelqu'effet, dans le cas où elle peut en avoir, doit-elle être faite double conformément à l'article 1325? Je ne le pense pas. Le mariage lui-même est bien un contrat synallagmatique, mais il n'en est pas de même de la simple promesse. Je peux bien promettre à une personne de l'épouser, sans exiger pour cela, la même promesse de sa part.

(2) *Celle de la famille.* Le droit de former opposition appartient-il, dans ce cas, exclusivement à l'époux? D'abord, s'il existoit des ascendans, comme la loi n'a pas déterminé la nature des motifs sur lesquels ils peuvent fonder leur opposition, nul doute qu'ils ne puissent et ne doivent s'opposer, dans la circonstance dont il s'agit; mais, eux exceptés, je ne vois pas que le même droit puisse appartenir à d'autres. Il ne resteroit donc, à mon avis, d'autre moyen, ainsi qu'il est dit ci-dessus dans la note (5) de la page 56, que de dénoncer le fait au Ministère public, qui, sous le rapport des mœurs et de l'ordre public, pourroit former opposition.

(3) *Et le crime.* Il y est bien un quatrième empêchemeut relatif, résultant du divorce, et en vertu duquel les époux divorcés depuis la promulgation du Code Civil, ne peuvent plus se remarier. Mais cet empêchement doit cesser successivement d'avoir lieu, actuellement que le divorce est aboli. L'on doit même présumer que, dans l'intérêt des mœurs, le Législateur ne tardera pas à le supprimer tout-à-fait.

Nota. Par une circulaire du 8 nivose an 11, le Grand-Juge a prévenu les Préfets que l'intention du Gouvernement étoit qu'il ne fût reçu aucun acte de mariage, soit entre des blancs et des négresses, soit entre des nègres et des blanches. (*Supplém. des Codes*, par RONDONNEAU.)

Il résulte en outre d'une autre lettre du Ministre des cultes, au Préfet de la Loire-Inférieure, en date du 30 janvier 1807, que l'on ne doit pas tolérer le mariage des prêtres qui, depuis le concordat fait avec le précédent Gouvernement, s'étoient mis en communion avec leur évêque, et avoient continué ou repris les fonctions de leur ministère; qu'on abandonne à leur conscience ceux d'entre les prêtres qui auroient abdiqué leurs fonctions avant le concordat, et qui ne les ont plus reprises depuis, etc. (*Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. 13, pag. 330.)

(4) *Et les parens de ceux-ci.* Cela ne contrarie pas ce que nous avons dit plus haut, que les enfans naturels, même reconnus, n'ont point de famille.

BIU Cujas

En effet, l'on sent aisément que ce principe ne peut s'appliquer qu'aux rapports civils, et que, quant aux rapports naturels, tels que ceux qui résultent du lien du sang, ils sont les mêmes entre les enfans naturels et les parens de leurs père et mère, qu'entre les enfans légitimes et ces mêmes parens.

Au surplus, j'avoue que j'ai vu avec peine, dans un ouvrage, destiné principalement aux jeunes gens, donner pour seuls motifs des empêchemens de parenté, la nécessité de croiser les générations, de multiplier les affections sociales, et d'attacher l'homme à sa patrie par un plus grand nombre de liens. Le premier motif, celui tiré du croisement des races, ravale évidemment l'homme à la qualité des bêtes : il seroit parfaitement à sa place dans un code des haras, plutôt que dans un code civil. Quant aux deux autres, ils sont purement politiques ; et qui a jamais pu dire que les empêchemens de mariage, entre parens, fussent tous, sans distinction, fondés uniquement sur des considérations, politiques, qui, par leur nature, peuvent varier d'après les circonstances et au gré des Gouvernemens ? Que j'aime bien mieux ce que disoit le Gouvernement lui-même, par la bouche de son Orateur, en présentant au Corps-Législatif le Titre *du Mariage :*

« Les causes de prohibition en ligne directe sont si fortes et si naturelles, « qu'elles ont agi presque par toute la terre, indépendamment de toute com- « munication..... Ces prohibitions ne sauroient être susceptibles de dispense. « Il n'est pas au pouvoir des hommes de légitimer les contraventions aux « lois de la nature..... L'horreur de l'inceste du frère avec la sœur dérive du « principe de l'honnêteté publique, etc. »

Voilà de ces vérités de sentiment, bien préférables, sans doute, à tous les raisonnemens que l'on pourroit faire sur une pareille matière.

(5) *L'adoptant :* seul, et non ses ascendans ; la loi n'établit aucun lien entre l'adopté et les ascendans de l'adoptant. (Art. 348.)

(6) *Naturels.* Observez que ce mot a une différente signification en droit, suivant le mot auquel il est opposé. S'il est opposé au mot *légitime*, il signifie l'enfant né d'un commerce prohibé. Opposé au mot *adoptif*, il signifie, non-seulement l'enfant né d'un commerce prohibé, mais encore, et principalement, l'enfant légitime.

PAGE 63.

(1) *Ou collatérale : quasi à latere ;* Parce qu'en effet, la ligne collatérale est composée de deux lignes directes qui s'élèvent à côté l'une de l'autre, pour se réunir à une souche commune. Il n'y a point de premier degré en collatérale. Les collatéraux les plus proches sont les frères, qui sont au deuxième degré ; l'oncle et le neveu, au troisième ; les cousins germains, c'est-à-dire, les enfans des deux oncles, au quatrième ; au cinquième degré, sont *l'oncle à la mode de Bretagne*, c'est-à-dire, le cousin germain du père,

BIU Cujas

et le fils du cousin germain, dit cousin issu de germain; les deux cousins issus de germains sont au sixième : au-delà de ce degré, les parens collatéraux sont désignés sous le nom générique de *cousins*.

(2) *Descendans.* Le bisaïeul, l'aïeul, le père, sont des ascendans; le fils, le petit-fils, l'arrière-petit-fils, sont des descendans. De là il résulte que, dans la même ligne, le même individu, considéré sous différens rapports, peut être tout à-la-fois ascendant et descendant. Soient l'aïeul, le père et le fils, tous trois vivans; il est clair que le père, ascendant à l'égard du fils, est descendant à l'égard de l'aïeul.

(3) *Une souche commune.* L'oncle et le neveu sont parens en collatérale; leur souche commune est l'aïeul du neveu.

(4) *En ligne directe.* Du bisaïeul à son arrière-petit-fils, il y a trois degrés, parce qu'il y a trois générations. Le bisaïeul a engendré l'aïeul, première génération, un degré; l'aïeul a engendré le père, seconde génération, deux degrés; le père a engendré le fils, qui est l'arrière-petit-fils du bisaïeul, troisième génération, trois degrés.

(5) *Autant il y a de degrés de parenté.* Supposons que je veuille connoître à quel degré de parenté je suis avec ma cousine, issue de germain, c'est-à-dire, avec la petite-fille de mon oncle. Je suppute ainsi : La souche qui nous est commune est mon aïeul; de moi à mon père, première génération, un degré; de mon père à mon aïeul, deuxième génération, deux degrés; de mon aïeul à son fils, qui est mon oncle, troisième génération, trois degrés; de mon oncle à son fils, qui est mon cousin-germain, quatrième génération, quatre degrés; enfin, de mon cousin-germain à sa fille, qui est ma cousine issue de germain, cinquième génération, cinq degrés; je suis donc, à son égard, au cinquième degré de parenté.

La manière de compter les degrés, en droit canonique, est la même, pour ce qui concerne la ligne directe; mais, en collatérale, il y a des différences essentielles, qu'il n'est peut-être pas inutile de faire connoître. Dans ce droit donc, ou les parens dont il s'agit, sont à une égale distance de la souche commune, ou à une distance inégale. Dans le premier cas, ils sont entr'eux au même degré, que chacun d'eux l'est de la souche commune. Ainsi, deux cousins germains étant chacun à une égale distance de la souche commune, c'est-à-dire, chacun à deux degrés, sont entr'eux à deux degrés de parenté. Si les deux parens sont à une distance inégale de la souche commune, alors la règle est que, *remotior trahit ad se proximiorem*, c'est-à-dire, qu'ils sont entr'eux au même degré, que le plus éloigné de la souche commune, l'est de cette même souche commune. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus, où il s'agissoit de connoître à quel degré je suis avec ma cousine issue de germain, il faudroit supputer ainsi en droit canonique : Notre souche commune est mon aïeul; je suis à deux degrés de cet aïeul, ma cousine en est à trois; il y a

BIU Cujas

distance inégale : nous sommes donc ensemble au même degré de parenté que ma cousine l'est de la souche commune, c'est-à-dire, à trois degrés. L'église catholique a conservé cette manière de compter les degrés, relativement aux mariages entre parens; et ces mariages sont prohibés canoniquement; savoir :

En ligne directe, à l'infini;

En ligne collatérale, aussi à l'infini, *inter eos qui referunt speciem parentum et liberorum*, c'est-à-dire, entre les oncles et tantes, leurs neveux et nièces, et les descendans de ceux-ci.

Entre les autres parens, la prohibition va jusqu'au quatrième degré inclusivement, compté à la manière canonique.

La prohibition est la même, soit que la parenté soit mixte, ou simplement naturelle.

Elle est également la même à raison de l'alliance, lorsqu'elle résulte d'une union légitime. Elle ne passe pas le second degré en collatérale, lorsque l'alliance résulte d'une union illégitime (4e. Concile de Latran, can. 50; et Concile de Trente, sess. 24. *De Reformatione Matrimonii*, cap. 4); le tout, sauf dispense, en certains cas.

(6) *L'un des époux.* L'alliance peut-elle provenir d'une union illicite? c'est-à-dire, y a-t-il alliance, et par suite prohibition de mariage, entre celui qui a vécu en mauvais commerce avec une femme, et les enfans de celle-ci, soit légitimes, soit nés d'un commerce criminel, mais avec une autre personne? Je suis d'avis de l'affirmative; et il me semble que l'on peut appuyer cette opinion sur l'art. 161, qui prohibe le mariage entre tous les ascendans et descendans légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne. Or, comme nulle part la loi n'a défini l'alliance ou affinité d'une manière expresse, on ne peut dire qu'elle l'a restreinte au cas où elle provient d'une union légitime; et, au contraire, ayant commencé par étendre la prohibition aux ascendans et descendans naturels, et ayant ensuite ajouté, les alliés dans la même ligne, l'on doit présumer, d'après les règles de la logique, et dans l'intérêt des mœurs, qu'elle a entendu les alliés placés dans la même catégorie que les ascendans dont elle venoit de parler, c'est-à-dire, les alliés légitimes ou naturels. Or, on peut dire qu'il y a ici alliance naturelle. Par la même raison, et en interprétant de la même manière l'art. 162, je pense que l'on ne pourroit épouser le neveu de celle avec laquelle on auroit vécu en mauvais commerce. (*Voir* ci-après la note (9).)

La Cour de Nîmes paroît avoir adopté une doctrine contraire à notre opinion. Elle a, par son arrêt du 3 décembre 1811, rapporté dans SIREY, 1812; 2e. partie, pag. 441, décidé qu'il n'y avoit pas empêchement entre une fille et celui qui avoit vécu en commerce adultérin avec la mère. Mais je n'en persiste pas moins dans l'avis que je viens d'émettre, et qui, certaine-

BIU Cujas

ment, plus conforme à la morale, et plus propre à prévenir l'inceste, peut d'ailleurs aisément se concilier avec le texte de la loi.

(7) *Aux parens*, mais non aux alliés. Il n'y a aucun lien entre un des époux et les alliés de l'autre époux.

(8) *A l'infini.* Il faut cependant excepter le cas de la parenté civile, dans lequel il paroît, comme nous l'avons dit, que le mariage n'est pas prohibé, en ligne directe ascendante, au-delà du premier degré. Ainsi, le père pourroit épouser la fille adoptive de son fils. *Quid*, si la parenté naturelle n'est pas reconnue légalement, pourra-t-on être admis à la prouver, à l'effet d'empêcher le mariage, ou de le faire annuller, s'il a été contracté? Il faudroit décider la négative dans le système de ceux qui prétendent que, dans aucun cas, la paternité ne peut être recherchée. Mais voir ci-après, note (6) de la page 89, les raisons très-fortes qui peuvent être alléguées contre cette opinion, qui tend à consacrer l'inceste; par la même raison, je pense que le fils ne peut épouser la concubine de son père, *et vice versâ.*

(9) *Que jusqu'au deuxième degré.* Ainsi, je ne puis épouser la fille naturelle (la bâtarde), ni la fille adoptive de mon père, même adoptif: mais je puis épouser la fille de l'une ou de l'autre. Pourroit-on, d'après cela, adopter les deux époux? La raison de douter se tire de ce qu'aux termes de l'article 348, le mariage est prohibé entre les enfans adoptifs du même individu. Mais il faut remarquer que cette prohibition est fondée, ainsi que l'a dit l'Orateur du Gouvernement, sur ce que *les rapports physiques que la cohabitation fait naître entre les enfans adoptifs du même individu, prescrivoient de ne point offrir d'aliment à leurs passions par l'espoir du mariage.* Or, cette raison n'a pas lieu, quand les deux personnes sont déjà mariées.

Page 64.

(1) *De cette même souche commune.* Ainsi, je ne puis épouser une descendante de mon frère ou de ma sœur légitime, à quelque degré que ce soit, *quià referimus speciem parentum et liberorum.*

(2) *Et les subséquens.* Ainsi l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, peuvent se marier avec dispense.

(3) *En ligne directe, à l'infini.* Ainsi, je ne puis épouser la descendante ni l'ascendante de ma femme, à quelque degré que ce soit.

(4) *Au deuxième degré.* Ainsi, je ne puis pas épouser la sœur naturelle ou légitime de ma femme; mais je puis épouser la fille de cette sœur.

(5) *D'une parenté civile.* Ainsi, je ne puis pas épouser la fille adoptive de ma femme, ni la veuve de mon fils adoptif: mais je puis épouser la fille de l'un ou de l'autre.

(6) *Le divorce.* Quoique le divorce soit aboli par la loi du 8 mai 1816 (*Bull.*

BIU Cujas

n°. 645.) cependant j'ai cru devoir en laisser subsister ici la mention, parce que la prohibition dont il s'agit, devra être appliquée, tant qu'il existera des époux divorcés, ce qui aura lieu encore pendant long-temps.

Quid, s'il y avoit eu seulement séparation de corps ? Je pense qu'il en doit être de même, surtout actuellement que le divorce est aboli.

PAGE 65.

(1) *D'habitation continue.* Ainsi, il n'y a plus ici à discuter l'intention, comme dans les questions ordinaires de domicile. C'est le fait seul de l'habitation qu'il s'agit de constater. Et effectivement, c'est au lieu de la résidence, c'est-à-dire, au lieu où les parties sont le plus connues, que doivent se faire les publications. Ceux qui auroient intérêt de s'opposer au mariage, peuvent fort bien ignorer le domicile des futurs époux : ils ne sont pas présumés ignorer le lieu de leur résidence.

(2) *Du dernier domicile.* Jusqu'à quelle époque devra-t-on publier au dernier domicile ? Les Motifs disent qu'on n'a entendu rien changer à l'ancienne jurisprudence. Or, anciennement, quand on avoit changé de diocèse, il falloit avoir demeuré un an dans le nouveau diocèse, pour être dispensé de faire publier les bancs dans l'ancien. Je pense donc qu'il en doit être de même actuellement, pour le changement de commune. Par la même raison, je pense que si le futur époux n'a pas un an de résidence dans la commune où il demeure actuellement, les publications doivent être faites, non-seulement dans cette commune, mais encore dans toutes celles où il a demeuré depuis un an. C'étoit l'ancienne jurisprudence, en cas de changement de résidence.

(3) *Sous la puissance desquels ils se trouvent.* Lorsque le mineur n'a aucun ascendant, il est alors, pour le mariage, sous la puissance du conseil de famille (160). Ce conseil est composé de diverses personnes, pouvant avoir différens domiciles : où se feront, dans ce cas, les publications ? Je pense que ce conseil n'ayant d'existence que du moment qu'il est convoqué, on doit considérer comme son domicile le lieu où il a été tenu, et que c'est en conséquence, à la municipalité de ce lieu que doivent se faire les publications.

Mais que faut-il entendre par ces mots, *se trouver sous la puissance de quelqu'un, relativement au mariage.* ? Le fils majeur de vingt-cinq ans, et la fille de vingt-un, qui ont des ascendans, sont-ils sous leur puissance, relativement au mariage ? On peut dire pour l'affirmative qu'ils sont tellement sous leur puissance, qu'ils ne peuvent se marier sans leur consentement, ou sans avoir fait des actes qui le suppléent. Cependant, je ne pense pas que l'intention du Législateur ait été de les comprendre dans la disposition de l'art. 168. En effet, suivant une des règles d'interprétation que nous avons

BIU Cujas

posées dans l'avertissement, les expressions d'une loi, qui peuvent laisser quelque doute, doivent être toujours prises dans le sens qu'elles présentent naturellement, et au premier aperçu. Or, dans le langage ordinaire, qu'entend-on par être sous la puissance d'autrui, relativement à un acte? C'est être dans une position telle, que l'on ne puisse faire cet acte sans le consentement d'une autre personne. Or, cela ne s'applique qu'aux individus qui n'ont pas la majorité requise pour le mariage, puisque les autres peuvent, à la rigueur, se passer du consentement de leurs ascendans.

(*Voir* pour la publication du mariage des militaires étant sur le territoire français, l'Instruction du Ministre de la guerre, du 24 brumaire an 12, rapportée ci-dessus, note (4) de la page 40, Tit. 1^er^., sect. 2 de ladite Instruction; et pour les militaires étant hors du territoire, la même Instruction, Tit. 2, sect. 2.)

(4) *Doivent énoncer.* Remarquez qu'un avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 30 mars 1808 (*Bulletin*, n°. 3254), a décidé que l'officier de l'état civil ne pouvoit exiger aucune pièce pour les publications, qui doivent toujours être faites conformément aux notes remises par les parties. Il est néanmoins très-utile que la remise des pièces ait lieu pour les publications, parce que, si, d'après les pièces remises postérieurement, il se trouvoit des différences entre les noms ou prénoms portés aux pièces, et ceux qui auroient été énoncés dans les publications, l'officier de l'état civil pourroit se refuser à la célébration.

Page 66.

(1) *A compter de l'expiration dudit délai.* Je crois que c'est ainsi qu'il faut entendre ces mots, *du délai des publications*, qui se trouvent dans l'article 65. Ainsi, la seconde publication d'un mariage a été faite le dimanche 6 décembre 1807; il ne pouvoit donc être célébré au plus tôt que le mercredi 9. S'il n'est célébré au plus tard le 9 décembre 1808, il faudra procéder à de nouvelles publications.

(2) *La nullité du mariage.* Sauf peut-être le cas prévu par l'article 170. Il y est dit: *Le mariage sera valable, pourvu qu'il ait été précédé des publications, etc.* Donc, si les publications n'ont pas été faites, le mariage n'est pas valable. (*Voir*, ci-après, les notes (4), (5) et (6), de la page 68.)

(3) *De tous ceux dont il est requis*, dans le cas où il est nécessaire d'en rapporter acte; par exemple, s'il s'agit du consentement du conseil de famille ou d'un ascendant non présent; car si l'ascendant, dont le consentement est requis, est présent, il est inutile de rapporter un acte particulier de son consentement; il suffira de l'énoncer.

On a jugé avec raison, en Cassation, le 6 août 1807, que l'action de celui qui s'est dit faussement père de l'un des contractans, à l'effet de con-

BIU Cujas

sentir au mariage, étoit un faux caractérisé. (SIREY, 1809; 1re partie, pag. 86.)

L'acte de consentement doit-il nécessairement contenir l'indication de la personne que l'enfant doit épouser, ou suffiroit-il que l'ascendant approuvât d'avance le mariage que l'enfant contracteroit avec telle personne qu'il jugeroit convenable? Je ne pense pas qu'un semblable consentement soit suffisant. Il équivaudroit en effet à une remise de la nécessité du consentement, laquelle remise seroit nulle, comme étant contre les bonnes mœurs. L'autorité paternelle est établie plus encore dans l'intérêt des enfans et des mœurs, que dans l'intérêt des parens. (*Voyez* ce qui est dit ci-dessus, page 10 du texte, relativement aux lois facultatives.)

PAGE 67.

(1) *Qu'il n'existe point d'opposition.* Cette disposition prouve, ainsi que nous l'avons dit plus haut, qu'il suffit que l'opposition soit signifiée à l'officier de l'état civil de l'une des communes où le mariage a été, ou doit être publié. (*Voyez* ci-dessus, la note (7) de la page 59.)

(2) *De l'un des époux*, et même des deux, si le cas y échéoit; mais alors il faudroit un acte de notoriété particulier pour chacun.

Pour les rectifications à opérer dans les actes qui doivent être remis à l'officier de l'état civil, *voyez* l'avis du Conseil-d'Etat, rapporté ci-dessus, note (4) de la page 31.

(3) *Autant approximative qu'il sera possible.* L'article dit : *autant que possible, l'époque de la naissance.* Je n'ai pas cru qu'il fallût entendre par là que l'on pût ne faire aucune mention de la naissance; car le but principal de l'acte étant de constater l'âge de l'époux, il doit contenir une désignation, au moins approximative, de l'époque de sa naissance, ou, ce qui est la même chose, de son âge actuel.

(4) *De ses père et mère.* Remarquez bien que cet acte, ainsi que nous l'avons dit dans la note précédente, n'a d'autre but que de constater, autant que possible, l'âge de l'individu, et nullement de prouver sa filiation; en sorte qu'il ne pourroit se servir aucunement de cette pièce, dans une question d'état, pas même comme d'un commencement de preuve par écrit, puisque ce n'est, dans le fait, qu'une déclaration de témoins. Tout au plus pourroit-il servir à établir une fin de non-recevoir contre les personnes qui l'auroient signé, si elles venoient à contester l'état ou les qualités qui y auroient été donnés à l'époux.

(5) *Ou refuse son homologation*, suivant qu'il juge suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins, et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance.

(6) *Où l'un des époux a son domicile.* Or, comme le domicile, quant

BIU Cujas

au mariage, s'établit par six mois d'habitation continue dans la même commune, il s'ensuit que, pour que le mariage puisse être célébré, il faut que l'une des parties, au moins, réside depuis six mois dans la même commune. Ce principe a été formellement établi dans un avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 4 complémentaire an 13, concernant les mariages des militaires. (*Bulletin*, n° 1071.)

Observez qu'il semble avoir été convenu, dans la discussion sur l'art. 165, que celui qui auroit une résidence de six mois, et un domicile distinct de sa résidence, pourroit célébrer son mariage dans le lieu de son domicile. Cela me paroît impossible à concilier avec ledit article, dont la disposition est précise. D'ailleurs, il n'auroit pu y avoir de question, relativement aux militaires; car le militaire a toujours un domicile; c'est ordinairement celui qu'il avoit au moment où il est entré au service.

(7) *Et devant l'officier civil de ce domicile.* Il faut appliquer au défaut de présence de l'officier civil, ce qu'on disoit anciennement du défaut de présence du propre curé. La nullité étoit, et est encore telle, qu'elle peut être invoquée par les époux eux-mêmes. (Art. 191.)

(8) *Publiquement, dans la maison commune.* Quant au défaut de publicité, il est bien constant qu'il doit emporter la nullité du mariage. Cela est décidé formellement par l'article 191. On n'est pas aussi généralement d'accord sur l'effet du défaut de célébration dans la maison commune. On m'opposera sans doute le fameux arrêt de Thémines. (Cet arrêt a été rendu par la Cour d'Appel d'Agen, le 10 décembre 1806. *Jurisp. du Code Civ.*, tom. 8, pag. 5.) On s'est pourvu en cassation, et le pourvoi a eté rejeté par arrêt du 22 juillet 1807. (*Ibid.* tome 9, page 68.) Mais c'est précisément ce qui s'est passé dans cette affaire, qui me détermineroit à penser que, si le défaut de célébration dans la maison commune n'entraîne pas toujours nécessairement la nullité du mariage, il doit, en cas de contestation, former au moins un violent préjugé que le mariage n'a pas été contracté régulièrement. Il est très-présumable que, si le mariage de mademoiselle Phelippeaux eût eu lieu, comme cela devoit être, le jour, et dans la maison commune, ou il n'eût jamais été célébré, ou, s'il l'eût été, elle n'eût pas réclamé aussi fortement, et avec autant d'avantage, contre la violence qu'elle prétendoit avoir essuyée.

Remarquons d'ailleurs qu'il n'y a aucune peine prononcée contre les époux, ni contre l'officier de l'état civil, pour le défaut de célébration dans la maison commune. Donc, s'il ne peut jamais entraîner la nullité du mariage, il s'ensuivra que cette disposition de la loi, qui est de la plus haute importance, peut être violée impunément. Autant vaudroit-il dire que le Code de Procédure n'ayant pas prononcé formellement la nullité des jugemens rendus hors de l'auditoire, un tribunal peut se réunir dans une maison particulière pour y prononcer un jugement.

BIU Cujas

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que, de l'aveu de tous, la publicité est la formalité la plus importante pour la célébration du mariage. *La plus grave de toutes les nullités*, dit l'Orateur du Gouvernement, *est celle qui dérive de ce qu'un mariage n'a pas été contracté publiquement.* Or, qui garantira cette publicité, dans une maison particulière? On a été jusqu'à dire, dans les motifs de l'arrêt de Thémines (et c'est aussi l'avis de M. PROUDHON), que la publicité consistoit dans la présence de l'officier civil et des témoins: comme si les art. 75 et 165 n'exigeoient pas la présence de l'officier civil et des témoins, et en outre la publicité, et la célébration dans la maison commune; et comme si cette interprétation ne répugnoit pas à l'acception du mot *publiquement*, qui signifie, *en présence du public*, de quiconque veut assister et voir. D'ailleurs le but principal de la publicité est de prévenir les inconvéniens qui résultent d'un mariage clandestin, et surtout de garantir la pleine liberté des époux. Or, que deviendra cette garantie, si l'on fait consister la publicité dans la seule présence de l'officier et des témoins, surtout si l'un des époux prétend que la violence a été exercée précisément par l'officier et les témoins?

Enfin l'on oppose l'article 193, qui suppose qu'il peut arriver que le défaut de publicité ne soit pas suffisant pour faire prononcer la nullité du mariage. Mais d'abord, qui prouve trop, ne prouve rien. Or, l'article 193 s'applique également au défaut de présence de l'officier civil compétent: en doit-on conclure qu'un mariage contracté hors cette présence, seroit valable? *Il n'y a pas mariage*, dit l'Orateur du Gouvernement, *mais commerce illicite, entre des personnes qui n'ont point formé leur engagement en présence de l'officier civil compétent.* Qu'a donc voulu le Législateur dans l'art. 193? Deux choses:

Premièrement, il a voulu faire connoître que, quand même le mariage ne seroit pas attaqué, le Ministère public pouvoit toujours faire prononcer contre l'officier de l'état civil les peines portées par l'article 192; si, par exemple, lors de la vérification qu'il est tenu de faire aux termes de l'article 53, il s'aperçoit que l'article 165 a été violé.

Secondement, comme il n'est point de matière, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, dans laquelle les fins de non-recevoir soient admises plus facilement que dans les questions de validité de mariage, on a prévu le cas où un mariage célébré contre la disposition de l'article 165, ne seroit pas annullé, non par un jugement au fond, mais parce que la partie qui l'attaqueroit, seroit non-recevable; *putà*, si elle n'avoit pas d'intérêt; et néanmoins, comme la loi n'en a pas moins été enfreinte, on a voulu que l'officier civil fût toujours passible des peines portées par l'article 192.

En résumé, je pense donc qu'il doit y avoir cette différence entre le mariage contracté dans ou hors la maison commune; que, dans le premier cas, la présomption est pour la publicité, et pour la liberté des parties, et que c'est à

BIU Cujas

ceux qui soutiennent le contraire, à le prouver d'une manière évidente. Dans le second cas, le mariage doit, jusqu'à preuve contraire, être présumé clandestin ou forcé, et, comme tel, entaché de la nullité portée par l'article 180 ou 191. (*Voir* un arrêt de cassation du 21 juin 1814, rapporté dans SIREY, 1814; 1re. partie, pag. 291, et dont je suis loin d'adopter les motifs, puisqu'il en résulteroit qu'un mariage contracté dans une maison particulière et sans témoins, pourroit être déclaré valable.)

PAGE 68.

(1) *Sur les droits et devoirs respectifs des époux.* Cette lecture ne peut avoir d'autre but que de faire connoître aux époux leurs devoirs respectifs, à une époque où ils sont encore libres. On en conclut, avec assez de raison, que l'on ne peut se marier par procureur.

(2) *Et domiciles des témoins.* Cette disposition est déjà portée au Titre *des Actes de l'état civil.* (Art. 34.)

(3) *En pays étranger. Quid*, à l'égard des mariages contractés en France par des étrangers? Ils sont assujettis aux lois de leurs pays pour la capacité de contracter, et aux lois françaises pour les formalités à remplir.

(4) *Le mariage est valable, pourvu, etc.*, dit l'article 170. Il sembleroit résulter de cette rédaction, que, dans ce cas seulement, le défaut de publications pourroit entraîner la nullité du mariage: et, en effet, la publicité est essentiellement requise pour le mariage; et, ici, les publications sont le seul moyen de publicité pour la France. D'ailleurs, si le mariage contracté en France, n'est pas nul, pour n'avoir pas été précédé de publications, au moins la loi prononce-t-elle des peines contre l'officier de l'état civil qui se seroit permis de le célébrer. Or, il n'y auroit pas la même sanction à l'égard du mariage célébré en pays étranger.

(5) *Par le précédent paragraphe.* Où doivent se faire ces publications? Observez que, d'après la discussion, cette nécessité des publications paroît avoir été introduite, principalement pour les Français qui voudroient se soustraire aux dispositions des lois françaises sur la publicité des mariages, en allant célébrer le leur dans un pays étranger, où les publications ne seroient pas exigées. Dans ce cas, je pense que les publications doivent se faire au lieu de leur domicile en France. Quant aux Français réellement domiciliés depuis longtemps en pays étranger, il ne paroît pas que cet article puisse les concerner. En effet, *le Français*, dit l'article 170, *est astreint aux publications prescrites par l'article* 63. Aux termes de l'article 166, ces publications doivent se faire à la municipalité du domicile. Donc, si les Français dont il s'agit, n'ont en France ni domicile, ni résidence, ils ne sont pas obligés d'y faire de publications.

Nota. Il existe sur cette question un arrêt de la Cour de Trèves, rendu le 2

BIU Cujas

décembre 1811 (*Jurisp. du Code Civ.*, tom. 18, p. 297), qui a confirmé un mariage qui n'avoit pas été précédé des publications prescrites. Mais, d'abord cet arrêt n'est pas contraire à notre opinion, puisqu'il s'agissoit d'un homme qui, à ce qu'il paroissoit, n'avoit pas de domicile en France. Mais il faut remarquer que cet arrêt suppose que l'art. 170 a entendu parler de publications à faire en pays étranger; ce qui n'est pas exact. Il est évident qu'il s'agit, dans cet article, de publications à faire en France; cela a été dit clairement dans la discussion: et, d'ailleurs, comment la loi française pourroit-elle exiger en pays étranger l'observation d'une formalité qui ne pourroit être remplie que par les officiers du pays, qui ne sont pas obligés d'obéir à nos lois, et, peut-être même, chez une nation qui ne seroit pas dans l'usage de faire ces sortes de publications?

(6) *De son domicile. Quid*, si cette transcription n'avoit pas eu lieu? Quoique la loi n'ait pas attaché la peine de nullité à l'inobservation de cette formalité, je pense néanmoins que, dans ce cas, le mariage n'étant pas légalement connu en France, n'auroit aucun effet civil à l'égard des Français, ou des biens situés en France; qu'e. conséquence les enfans de ce mariage n'hériteroient pas desdits biens, au préjudice des autres parens français; qu'il ne pourroit servir de motif pour faire annuller un second mariage contracté en France avant sa dissolution, etc. D'après cela, voici la distinction que j'établirois: Si le mariage est transcrit dans le délai prescrit, il a le même effet, que s'il avoit été célébré en France. Sinon, il n'a d'effet que du jour de la transcription, et ne peut préjudicier aux actes faits, ni aux droits ouverts, auparavant.

(7) *Les lois personnelles*, c'est-à-dire, celles qui sont relatives à la capacité de la personne.

(8) *Il est tenu*, le Français, mais non l'étranger qui contracteroit avec lui. Si donc le mariage avoit lieu dans un pays où les filles peuvent se marier à douze ans, le Français pourroit épouser valablement une fille de ce pays, qui n'auroit que cet âge.

(9) *Et aux empêchemens.* Quoique l'article 170 paroisse n'assujettir le Français qui se marie en pays étranger, qu'aux règles rapportées dans le chapitre I^er^., ce qui sembleroit le dispenser de celles qui sont relatives à la mort civile (art. 25), à l'adultère (art. 298), à l'intervalle qui doit exister entre le premier et le second mariage de la femme (art. 228), néanmoins, comme ces dispositions établissent des incapacités personnelles, elles doivent suivre le Français partout.

Page 69.

(1) *L'acte de célébration de leur mariage.* Ainsi ils ne pourroient être admis à la preuve testimoniale, quand même ils prétendroient avoir un

BIU Cujas

commencement de preuve par écrit, et sauf le cas dont il va être question, où la preuve du mariage résulteroit d'une procédure criminelle.

(2) *La possession d'état.* (*Voyez*, à la fin du présent chapitre, ce qu'on doit entendre par *possession d'état.*)

(3) *A l'égard des époux entr'eux*, c'est-à-dire, que, si l'un des époux prétendus contestoit le mariage, l'autre ne pourroit lui opposer une fin de non-recevoir, tirée de ce qu'il l'a laissé jouir du titre et des droits d'époux légitime. A plus forte raison, ne pourroit-elle pas être opposée à des tiers; autrement, comme il dépend des époux seuls de se procurer cette possession, il dépendroit également d'eux seuls de se procurer une preuve de leur mariage.

(4) *La nullité dudit acte.* Ainsi, l'un des époux ne pourroit argumenter de ce que l'acte de mariage est sur une feuille volante, de ce que les témoins n'ont pas les qualités requises, etc. Mais remarquez que c'est seulement l'acte de mariage dont les époux ne peuvent demander la nullité. Quant au mariage en lui-même, ils peuvent l'attaquer dans tous les cas de nullité absolue; *putà*, pour inceste, bigamie, défaut de publicité, incompétence de l'officier public, etc.; en un mot, pour toutes les causes rapportées dans les articles 184 et 191.

(5) *Tous les effets civils.* C'est une exception au principe contenu dans les articles 326 et 327, portant que les tribunaux civils sont seuls compétens pour statuer sur les réclamations d'état, et que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne peut commencer qu'après le jugement définitif des tribunaux civils sur la question d'état qui en résulte. Il est évident, en effet, que la célébration d'un mariage est bien plus susceptible d'être prouvée par témoins, que l'état d'un enfant.

(6) *Ou même celui de l'un d'eux.* L'article 199 ajoute: *Sans avoir découvert la fraude.* Mais je pense que ces derniers mots ne sont dits que *enuntiativè*, et non dans l'intention d'exclure les tiers, dans le cas où les époux ayant découvert la fraude, auroient cependant négligé de la poursuivre. On sait jusqu'à quel point certaines personnes poussent l'insouciance: tranquilles pendant leur vie, s'inquiétant peu de ce qui arrivera après leur mort, elles n'ont pas voulu se donner les soins, les embarras d'un procès criminel. Ira-t-on, pour cela, priver leurs enfans du moyen que la loi a entendu leur donner, de prouver leur état? Je ne puis le penser; et c'est pour cela que j'ai rédigé le texte d'une manière tout-à-fait générale.

(7) *Qu'après la mort du coupable.* L'article 200 ne parle que de la mort *de l'officier public*, parce qu'il suppose que c'est lui qui a commis le crime; ce qui est effectivement le cas le plus ordinaire. Mais l'article 51 suppose aussi qu'il peut être commis par tout autre que par le dépositaire du registre, parce qu'effectivement une feuille, par exemple, peut être arrachée par un tiers,

BIU Cujas

sans la participation du dépositaire ; et il n'est pas douteux que, dans ce cas, ce sera la mort du coupable, et non celle du dépositaire, qui devra déterminer l'application de l'article 200.

(8) *De dénoncer.* Pourquoi ne peuvent-elles pas poursuivre elles-mêmes, puisqu'il ne s'agit plus que d'une action civile ? C'est pour éviter la connivence. On ne veut pas qu'elles puissent s'entendre avec les héritiers du coupable, à l'effet d'obtenir un jugement duquel résulteroit la preuve du mariage.

PAGE 70.

(1) *Les héritiers du coupable :* et le jugement du tribunal civil aura, dans ce cas, le même effet relativement à la preuve du mariage, que l'auroit eu le jugement criminel.

(2) *Sont décédés tous deux.* Il suffisoit anciennement qu'il y eût un seul époux décédé, pour que les enfans fussent dispensés de rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère. On pensoit qu'il ne falloit pas laisser à l'un des époux la faculté de priver l'enfant de son état par une réticence coupable. L'on exige aujourd'hui que les deux époux soient décédés (et il en seroit probablement de même, s'ils étoient dans l'impossibilité de manifester leur volonté, *putà*, en état de démence, fureur, imbécillité, etc.) ; et je pense qu'on a bien fait. Il est difficile de supposer qu'un père ou une mère haïsse ses enfans, au point de vouloir les priver de leur état, au risque de passer eux-mêmes pour concubins : et, si cela arrivoit, ce seroit un de ces malheurs résultant de l'imperfection qui caractérise en général les ouvrages des hommes. Mais cela n'est pas à comparer au danger qu'il y auroit, de procurer à des enfans, issus d'un commerce criminel, la facilité d'acquérir l'état d'enfans légitimes, par une possession d'état, toujours si aisée à acquérir, lorsque le père et la mère sont d'accord pour la favoriser.

Mais, dira-t-on, ce dernier inconvénient aura également lieu après la mort des deux époux. Je réponds que c'est ordinairement après la mort de l'époux premier décédé, que s'élève la question d'état, relativement à la succession de cet époux. Et par conséquent, si cette question est jugée une fois contre l'enfant, elle ne peut plus être renouvelée après la mort de l'époux survivant. Je sais bien que cela peut arriver autrement, si, par exemple, la succession de l'époux premier décédé, est plus onéreuse que profitable, et que, par conséquent, personne n'ait intérêt de contester l'état de l'enfant. Mais d'abord, c'est un cas particulier que la loi n'a pas dû considérer ; et il n'étoit pas possible, d'un autre côté, de priver les enfans d'un état qu'ils sont censés posséder, et cela pour défaut de représentation d'un acte qui a été passé avant leur naissance.

(3) *Avant leur naissance.* L'enfant peut dire qu'il ne sait pas où ses père

BIU Cujas

et mère se sont mariés. L'époux ne peut pas dire qu'il ignore où son mariage a été célébré.

(4) *Comme mari et femme.* Ainsi il ne suffit pas que l'enfant ait la possession d'état d'enfant légitime; il faut encore que les père et mère soient morts en possession de l'état d'époux légitimes. *Sic* jugé, et avec raison, à Paris le 11 mai 1816. (SIREY, 1817; 2e. part., pag. 44.)

(5) *Par leur acte de naissance.* Cela ne veut pas dire qu'ils sont obligés de représenter leur acte de naissance; car la possession d'état y supplée. (Art. 320.) D'ailleurs, l'article ne dit pas qu'il faut que la possession soit conforme à l'acte, mais qu'il faut qu'elle ne soit pas contredite par cet acte. Or, si l'acte n'est pas représenté, l'on ne peut dire qu'il y a contradiction. Mais, s'il est représenté, et que l'enfant, par exemple, y soit qualifié de *fils naturel*, il y a contradiction; et l'enfant est tenu alors de rapporter l'acte de célébration du mariage de ses père et mère.

Ainsi donc, lorsque l'acte de naissance est représenté, l'on peut supposer trois cas, relativement à l'enfant qui a en sa faveur la possession d'état d'enfant légitime, et dont les père et mère ont eu la possession de l'état de mari et femme, et sont tous deux décédés.

Ou l'acte de naissance porte qu'il est *fils légitime* de, etc.; et alors il est conforme à la possession d'état: nulle obligation de rapporter l'acte de célébration.

Ou il est porté comme *fils naturel* de, etc.; l'acte est alors contraire à la possession d'état: obligation indispensable de rapporter l'acte de célébration.

Ou il est porté simplement comme *fils* de tel et tel; et alors l'acte n'est ni conforme ni contraire à la possession. Mais comme il ne la contredit pas, l'enfant n'est pas tenu de rapporter l'acte de célébration. (*Voyez*, ci-dessus, la note (6) de la page 30.

(6) ***Du mariage de leurs père et mère***; c'est-à-dire, que la légitimité ne peut être contestée par défaut de représentation de l'acte de célébration. Mais si, indépendammnt de ce défaut, il existe d'autres motifs, la légitimité peut être contestée; si, par exemple, l'on offre des preuves qu'à l'époque présumée de la conception des enfans, le père ou la mère étoit engagé dans les liens d'un autre mariage, etc.

(7) ***De l'état d'enfant légitime.*** C'est ce que l'on appelle avoir *nomen, tractatus, fama.*

Nomen, s'il a porté le nom de tel individu.

Tractatus, si cette personne l'a traité comme son fils.

Fama, s'il a toujours passé pour tel dans l'opinion commune. *Talis plerisque videbatur* (dit la loi 3, ff. *de Senat. Maced.*) *sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur.* Ces caractères s'appliquent à tous les cas où il peut s'élever des questions sur des actes dans lesquels une partie a

BIU Cujas

figuré avec une qualité qu'elle n'avoit pas réellement, quoiqu'elle lui fût attribuée par l'opinion commune. On peut voir à ce sujet la fameuse loi *Barbarius Philippus*, 3. ff. *de Off. Præt.*, qui a déclaré valables des jugemens rendus par un esclave cru libre, et qui, d'après cette opinion, avoit été élevé à la dignité de Préteur. C'est dans ce sens que l'on dit que *error communis facit jus.* Mais il faut qu'il y ait vraiment erreur commune. Il ne suffiroit pas de dire que la personne avec laquelle on a traité, s'est présentée sous telle ou telle qualité. C'est à celui qui traite, à prendre des informations sur la condition réelle de la personne avec laquelle il contracte, et on lui oppposeroit alors cette maxime : *Omnis gnarus debet esse conditionis ejus cum quo contrahit.*

Remarquez qu'aux termes de l'article 321, la possession d'état s'établit par *une réunion suffisante de faits, dont les principaux sont, etc.* Ce qui laisse penser qu'il y a encore d'autres faits susceptibles de constituer la possession d'état, et qui sont laissés à l'arbitrage du juge.

(8) *Des nullités du Mariage.* Observez, 1°. que la nullité d'un mariage ne peut être prononcée que par les Tribunaux;

2°. Que ces sortes de demandes ne sont point en général susceptibles de transaction, ni par conséquent de préliminaire de conciliation;

3°. Que si la nullité est prononcée en première instance, il ne peut être procédé à un nouveau mariage, qu'après l'expiration du délai de l'appel (Argument tiré des art. 264 et 265), lequel peut être même interjeté par le Ministère public, comme nous le prouverons ci-après, note (4) de la pag. 72;

4°. Que si la nullité est prononcée par un arrêt, même contradictoire, il ne peut être également procédé à un nouveau mariage, qu'après l'expiration du délai pour se pourvoir en cassation, ou après qu'il a été statué sur le pourvoi. (Argument tiré des deux mêmes art. 264 et 265.)

(9) *Et par le Ministère public.* Telles sont, comme nous l'avons déjà dit, les nullités résultant de l'inceste, de la bigamie, du défaut de publicité, de l'incompétence de l'officier public, etc.

Page 71.

(1) *Sous ce rapport.* Telle est celle qui résulte du défaut de consentement des parens, dans les cas où il est requis. Il est évident que cette nullité n'a été établie que dans l'intérêt des parens, pour faire respecter leur autorité; et des enfans, pour les empêcher de contracter des unions mal assorties. Elle ne peut donc être invoquée que par eux; et lorsqu'il s'est écoulé un temps suffisant pour que l'on puisse présumer que les premiers approuvent le mariage, ou que les seconds n'ont point à se repentir de leur union, ce seroit favoriser le caprice et la légèreté, que de leur permettre encore d'atta-

BIU Cujas

quer le mariage. Au contraire, lorsque la nullité est fondée sur des infractions faites à l'ordre public ou à la morale, comme on ne prescrit pas contre l'abus, le recours doit être perpétuellement ouvert aux parties intéressées.

(2) *Quand il a été contracté de bonne foi.* C'est-à-dire, que les enfans jouiront des droits d'enfans légitimes, et que les époux pourront demander respectivement l'exécution de leurs conventions matrimoniales, comme s'il y avoit eu un véritable mariage.

Cette doctrine, qui étoit la même dans l'ancien droit, a été établie dans le principe par une décision du pape Innocent III, qui se trouve dans la *Collection des Décrétales de Grégoire IX*, cap. 14, *Qui filii sint legitimi.* (*Voir* aussi la loi 57, §. 1, ff. *de Ritu Nupt.*)

(3) *De contracter mariage ensemble.* Si, par exemple, la femme d'un militaire s'est remariée sur la foi d'un acte de décès de son mari, qu'on a cru mort, et qui ne l'étoit pas. Mais remarquez que, pour qu'il y ait bonne foi, à l'effet de donner les effets civils au mariage, il faut que l'erreur des époux soit une erreur de fait, telle que celle que nous venons d'énoncer, ou autre semblable. Car si c'étoit une erreur de droit, la nullité auroit tout son effet, et le mariage seroit privé des effets civils; *putà*, s'il manquoit une formalité ou une condition exigée par la loi à peine de nullité, les époux ne seroient pas recevables à dire qu'ils ignoroient qu'elle fût exigée : *nemo jus ignorare censetur.*

Il en seroit de même, dans le cas d'erreur de fait, si les époux n'avoient pas pris les mesures requises par la loi pour connoître les empêchemens qui pouvoient exister; *putà*, s'il n'y avoit pas eu de publications : il faut que l'opinion des époux, quoiqu'erronée, soit cependant celle que l'on appelle *justa et probabilis.*

(4) *Que de la part de l'un des époux.* Si, par exemple, un homme marié, et non veuf, ni divorcé, a contracté un second mariage, en se faisant passer pour garçon.

(5) *Et des enfans issus du mariage.* Ainsi, les enfans jouiront des droits d'enfans légitimes, à l'égard des deux époux. Mais l'exécution des conventions matrimoniales ne pourra être demandée que par l'époux qui n'a pas participé à la fraude : lui seul pourra réclamer les avantages stipulés par le contrat de mariage, mais qui n'auront toujours leur effet, que dans les cas où ils l'auroient eu, si le mariage eût été valable. Il succède seul aux enfans du mariage, lesquels succéderont, non-seulement à lui, mais encore à l'époux de mauvaise foi; mais celui-ci n'aura aucun droit à leur succession.

Quid à l'égard des enfans nés depuis que la bonne foi a cessé; c'est-à-dire, depuis que l'époux innocent a connu la cause de nullité? Je pense qu'il faut distinguer : si cette cause étoit telle, qu'elle fût susceptible d'être repoussée par une fin de non-recevoir, telle que seroit l'incompétence de l'officier de

BIU Cujas

l'état civil, le défaut d'âge, etc., je pense que les époux peuvent rester unis jusqu'à ce qu'un jugement les condamne à se séparer, et que les enfans provenant de leur union, sont légitimes. *Secùs*, s'il s'agissoit des nullités qui ne peuvent être couvertes, telles que celles qui résultent de l'inceste, de la bigamie. Dans ce cas, l'époux innocent doit se séparer; et si l'autre époux insiste sur la cohabitation, il doit demander la nullité du mariage. C'est, au moins, pour ce dernier cas, l'avis de Le Prestre, Cent. 1, chap. 1, n°. 16.

Observez, au surplus, que l'époux innocent est toujours censé être dans la bonne foi, tant que le contraire n'est pas prouvé. La mauvaise foi ne se présume jamais. (Art. 2268.)

Il s'est élevé sur cette disposition une question importante et assez singulière, c'est celle de savoir si un pareil mariage auroit pour effet de légitimer les enfans que les deux individus auroient eus de leur commerce auparavant, comme le feroit un mariage légitime. L'arrêt, dit de La Boissière, rendu par le Parlement de Paris, le 15 mars 1674, paroît avoir jugé la négative; et l'on pourroit inférer la même chose de ces mots de l'article 202 : *enfans issus du mariage.*

Peut-être conviendroit-il de distinguer si la cause de nullité du mariage existoit à l'époque de la conception des enfans. Ainsi, un homme et une femme, tous deux célibataires, vivent en mauvais commerce, et il en naît des enfans. Le père voyage, et se marie en pays étranger. Il revient, et sans parler de son mariage, qu'il cache au contraire avec soin, il épouse la mère de ses enfans naturels, qui est supposée de bonne foi. Il est certain que ce second mariage est nul, mais que la cause de nullité n'existoit pas au moment de la conception des enfans, comme si le père eût déjà été marié à la même époque. Or, dans les deux cas, celui où le père auroit été marié au moment de la conception des enfans, et celui où il ne l'auroit pas été, le mariage aura-t-il pour effet de légitimer les enfans?

Ou les légitimera-t-il dans un cas, et non dans l'autre?

Ou, enfin, ne les légitimera-t-il dans aucun cas?

Je serois assez porté à penser que les enfans doivent être regardés comme légitimes, toutes les fois que la cause de nullité n'existoit pas à l'époque de leur conception; mais que, dans le cas contraire, le mariage putatif n'a aucun effet relativement à la légitimité.

La première partie de cette opinion est fondée sur ce que le principe général résultant des articles 201 et 202, est que le mariage nul, mais contracté de bonne foi par l'une des parties, produit les effets civils à l'égard des enfans. Or, bien certainement, la légitimation des enfans est un des effets civils du mariage. L'article 202 ajoute, à la vérité, *issus du mariage;* mais, d'un autre côté, l'article 333 dit que les enfans légitimés sont censés nés du mariage qui les a légitimés : d'ailleurs, il est de principe que, *fictio tantùm operatur in casu ficto, quantùm veritas in casu vero.* Or, certainement, dans l'es-

BIU Cujas

pèce, si le mariage étoit valable, les enfans seroient légitimés : donc ils doivent l'être, quoiqu'il soit nul, puisque la loi le regarde comme valable à leur égard.

Maintenant, pourquoi le mariage putatif n'a-t-il pas le même effet, lorsque la cause de nullité existoit à l'époque de la conception des enfans? C'est que, dans tous les cas, même de mariage valable, les enfans ne peuvent être légitimés, qu'autant qu'ils sont aptes à recevoir le bénéfice de la légitimation. Or, nous avons vu que ceux-là seuls peuvent être légitimés, dont le père et la mère pouvoient contracter mariage ensemble à l'époque de la conception; et il résulte de l'exposé ci-dessus, que, dans l'un des deux cas, le père, au moment de la conception des enfans, étoit déjà marié à une autre personne. A la vérité, la mère l'ignoroit; mais cette ignorance de sa part doit-elle avoir le même effet, que si elle eût existé au moment du mariage seulement? C'est ce que nous allons examiner en décidant la question suivante, que POTHIER traite, ainsi que la précédente, dans son *Traité du Contrat de Mariage*, part. V, chap. II.

Un homme marié, mais cru célibataire, vit en mauvais commerce avec une femme libre : il devient veuf, et épouse cette femme. Ce mariage, qui est valable, légitimera-t-il les enfans nés précédemment, quoique bâtards adultérins? La raison de douter se tire de ce que la femme étoit de bonne foi lors de la conception. Or, si la bonne foi de l'un des époux suffit pour donner aux enfans les droits d'enfans légitimes, quoiqu'issus d'un mariage vicieux et déclaré nul, il semble que, dans l'espèce proposée, la bonne foi de la femme doit également suffire pour ôter aux enfans la tache de l'adultère, et par conséquent pour les rendre aptes à recevoir le bienfait de la légitimation. Cependant il faut tenir avec POTHIER, que ces enfans ne seront point légitimés; et cela a été ainsi jugé au Parlement de Paris, le 4 juin 1697, sur les conclusions de M. D'AGUESSEAU, dans l'affaire de Tiberio-Fiorelli, dit Scaramouche. (47^e^. Plaid.) Le motif de cette décision a été, que le mariage étant une chose permise et même louable en soi, l'ignorance de l'époux qui le contracte de bonne foi, est une ignorance innocente, qui doit conséquemment être excusée. Au contraire, l'ignorance de la femme qui vit en mauvais commerce avec un homme marié qu'elle croit célibataire, n'est point une ignorance innocente, puisque *dat operam rei illicitæ*. Cette ignorance n'est donc pas excusable; car celui qui se rend coupable d'une action prohibée, est responsable de toutes les suites de cette action, même de celles qu'il n'a pu prévoir. C'est ainsi que l'homme ivre est responsable de tous les actes qu'il se permet dans l'ivresse, quoiqu'il les ait commis sans connoissance, et sans qu'il eût même l'usage de sa raison. C'est ce qu'exprime très-bien le cardinal de Palerme, dans ce passage cité par POTHIER, dans le traité sus-mentionné :

« *Contrahens matrimonium dat operam rei licitæ; ideò ignorantiâ suâ*

BIU Cujas

« *excusatur ; sed admittens virum sine matrimonio, dat operam rei illi-*
« *citæ ; ideò ignorantia sua non est probabilis : non debet indè consequi*
« *præmium ; et danti operam rei illicitæ, imputantur omnia quæ sequun-*
« *tur præter voluntatem ejus.* »

Et nous avons adopté ce principe dans presque tous les articles de nos lois criminelles, qui concernent les complices de crimes ou délits. Nous voyons, en effet, par les articles 381, 382 et suiv., du Code Pénal, que l'auteur d'un vol est puni d'une peine plus ou moins grave, suivant les circonstances qui ont accompagné le vol. Mais lorsqu'il s'agit des complices, il résulte de la combinaison des articles 62 et 63, qu'à l'exception de certains cas, les complices doivent être punis de la même peine que l'auteur du vol, quand même ils auroient ignoré les circonstances aggravantes. Or, sur quoi cela peut-il être fondé, sinon sur ce que *danti operam rei illicitæ, imputantur omnia quæ eveniunt, etiam præter voluntatem ejus ?*

Nous voyons actuellement pourquoi le mariage nul, quoique contracté de bonne foi, ne légitime pas les enfans, lorsque la cause de nullité existoit, quoiqu'ignorée, à l'époque de la conception. Car, si le mariage, même valable, ne légitime pas dans ce cas, ainsi que nous venons de le démontrer, à plus forte raison le mariage nul ne doit-il pas avoir cet effet.

Maintenant, pourquoi avons-nous décidé que le mariage putatif légitimoit, lorsque la cause de nullité n'existoit pas à l'époque de la conception des enfans ? C'est que, dans ce cas, l'ignorance de la nullité a eu lieu à l'époque du mariage, c'est-à-dire, à une époque où les époux *dabant operam rei licitæ*. Or, nous avons démontré qu'en pareil cas l'ignorance est innocente, et conséquemment excusable. Dans l'autre hypothèse, au contraire, l'ignorance a existé au moment de la conception, c'est-à-dire, dans un instant où les époux *dabant operam rei illicitæ*. Cette ignorance n'étoit donc pas innocente, et ne devoit donc pas être excusée ; elle ne peut donc ôter aux enfans provenant de ce commerce, la tache de l'adultère. De là il suit que, dans les deux cas, le mariage a bien les effets civils ; mais que, dans le premier, les enfans sont aptes à recevoir le bienfait de la légitimation, tandis qu'ils ne le sont pas dans le second.

L'arrêt de La Boissière, dont nous avons parlé plus haut, ne répugne pas à cette distinction, puisque la femme Maillard étoit mariée à l'époque du commerce qu'elle avoit eu avec le sieur La Boissière.

Nota. Comme anciennement la loi considéroit le mariage, non-seulement comme acte civil, mais encore comme acte religieux, elle reconnoissoit des mariages comme valables dans le for intérieur, mais auxquels elle n'accordoit pas les effets civils. Tels étoient,

1°. Les mariages contractés par les morts civilement ;

BIU Cujas

2°. Les mariages clandestins, c'est-à-dire, tenus secrets jusqu'à la mort de l'un des conjoints;

Et 3°. ceux qui avoient été contractés *in extremis*, c'est-à-dire, à une époque où l'un des conjoints étoit attaqué d'une maladie qui avoit prochainement trait à la mort, et dont il mouroit effectivement.

Le mariage n'étant plus considéré, dans le Code, sous le rapport religieux, toutes ces distinctions ne doivent plus avoir lieu.

(6) *Soit par les époux eux-mêmes.* Pourroit-elle l'être par l'époux qui a l'âge compétent? Je ne le pense pas. (Argument tiré de l'article 186.)

(7) *Se couvre.* L'on dit qu'une nullité est couverte, quand elle ne peut plus être invoquée.

(8) *Si c'étoit la femme qui n'avoit pas l'âge. Quid*, si c'est la femme qui ait l'âge compétent, que son mari ne l'ait pas, et qu'elle devienne enceinte? Il n'en résultera pas de fin de non-recevoir. Quoiqu'en général le crime ne se présume pas, néanmoins on a senti qu'il ne falloit pas procurer à la femme qui a contracté un mariage illégal, un moyen de le faire maintenir par un commerce criminel avec un autre que son mari.

(9) *De ces six mois.* A plus forte raison, si elle a conçu avant d'avoir l'âge compétent. Cette nullité étant principalement fondée sur le défaut de puberté, dès que la preuve matérielle de la puberté existe, la nullité ne peut plus être demandée par qui que soit.

(10) *Qui ont consenti;* je crois qu'il faut entendre par là, ceux dont le consentement étoit nécessaire, et qui l'ont donné. En effet on peut leur reprocher d'avoir été complices, puisque, s'ils n'eussent pas consenti, la mariage n'eût pas eu lieu. Cette raison ne s'applique pas à ceux dont le consentement n'étoit pas exigé.

Page 72.

(1) *N'auroit pas lieu.* Ce n'est pas que ces causes de nullité ne soient radicales; mais c'est qu'il est très-possible, comme nous l'avons dit plus haut, que les juges, sans prononcer sur le fond, se décident par une fin de non-recevoir, *putà* si la nullité est demandée par des descendans ou des collatéraux qui n'aient pas d'intérêt réel actuel.

(2) *La nullité du mariage.* Par exemple, si ce sont des parens du mari qui réclament, on leur opposera qu'il est possible que la femme meure sans enfans, et qu'alors ils n'aient point d'intêret de contester le mariage. *Quid*, si c'étoit un mariage contre les mœurs, par exemple, bigame ou incestueux? La prohibition faite aux collatéraux par l'article 187, est générale. Mais le Ministère public peut et doit demander la nullité. (Art. 190.)

Quid, à l'égard des ascendans? Il paroît que, dans tous les cas, ils peuvent demander la nullité, quand même ils n'auroient aucun intérêt. D'abord, ils

BIU Cujas

ne sont pas compris dans la prohibition portée par l'article 187. En second lieu, l'article 191 distingue formellement les ascendans, de ceux qui ont besoin d'avoir un intérêt né et actuel, pour réclamer. C'est la suite du système d'après lequel les ascendans sont toujours censés mus par un sentiment de bienveillance et un intérêt d'affection, et exercent, comme dit l'Orateur du Gouvernement, une sorte de magistrature domestique.

(3) *Prononcer sur cette validité.* Il ne faut pas conclure de là que l'on puisse légalement contracter un second mariage, lorsque le premier est nul, sans en avoir fait prononcer la nullité. Quelqu'évidente qu'elle soit, l'officier de l'état civil peut et doit refuser son ministère, tant qu'on ne lui représente pas un jugement qui ait déclaré le premier mariage nul. Mais il en est ici comme dans le cas du mariage du conjoint de l'absent. Si l'officier public, trompé par les parties, ou de concert avec elles, a célébré le second mariage, il est évident qu'avant d'en prononcer la nullité, l'on doit commencer par statuer sur la validité du premier.

Remarquez que la nullité résultant du lien d'un premier mariage, ne peut être convertie par aucun laps de temps, par aucune ratification, par aucun acte postérieur. Dès qu'il est prouvé que le premier mariage existoit, quand le second a été contracté, celui-ci est nul, quand même le premier se trouveroit dissous au moment où la nullité est demandée : la seule différence qui pourroit résulter de la dissolution du premier mariage, survenue pendant la durée du second, est relative aux enfans, et ne peut avoir lieu que quand les deux parties sont dans la mauvaise foi. Les enfans nés pendant que le premier mariage existoit, sont bâtards adultérins. Les autres sont simplement naturels.

(4) *Il doit. Peut et doit*, dit l'article 190. On a même jugé, et avec raison, à Bruxelles, le 1^er^. août 1808, que le Ministère public pouvoit agir par voie d'action, lorsqu'il s'agissoit de prévenir un mariage du nombre de ceux dont il doit, aux termes dudit article, demander la nullité. (SIREY, 1808; 2^e^. partie, pag. 273.)

Dans l'espèce, un mari veuf vouloit épouser la sœur de sa femme, nonobstant la prohibition portée dans l'article 162. Pour y parvenir, il avoit imaginé, de concert avec le père de sa première femme, qui étoit absent et émigré lors du premier mariage, de faire demander par ce dernier la nullité de ce premier mariage, sous prétexte du défaut de consentement. Un premier jugement, rendu de connivence, avoit prononcé la nullité, et le délai de l'appel alloit expirer, lorsque le Procureur-général se porta appelant. On le soutint non-recevable; d'abord, parce que le droit d'appeler ne lui étoit accordé par aucune loi; et, en second lieu, parce que le Procureur du Roi avoit été d'avis de la nullité en première instance, et que le Ministère public étant indivisible, il ne pouvoit pas appeler d'un jugement qui avoit été rendu conformément à ses conclusions. Mais la Cour de Bruxelles jugea avec raison

BIU Cujas

que l'action de la loi dans le Ministère public appartient, tant au Procureur du Roi, qu'au Procureur-général, chacun en droit soi, et suivant la nature et l'état de l'affaire qui en provoque l'exercice; et, en outre, que, puisque le Ministère public a le droit de faire annuller le mariage après qu'il a été contracté, il doit avoir, à plus forte raison, celui d'empêcher la réussite des moyens frauduleux que l'on voudroit prendre pour y parvenir.

(5) *Dont nous avons parlé;* lorsque la femme qui n'avoit pas l'âge compétent a conçu; lorsque l'existence du premier époux n'est pas certaine, etc.

(6) *Sont vivans tous deux.* Si l'un d'eux est mort, il n'y a plus de scandale. Il résulte, au surplus, de la combinaison des articles 184, 187, 190 et 191, que, dans les cas y relatés, le mariage peut être attaqué, savoir: par les époux-eux-mêmes et par les ascendans, en tout temps; par le Ministère public, seulement tant que vivent les deux époux; et par les collatéraux, seulement quand ils ont un intérêt né et actuel.

(7) *C'est une faculté qu'il exerce. Peut*, seulement, dit l'article 191.

Page 73.

(1) *N'a pas été libre.* Quelles qualités doit avoir la violence pour donner lieu à la nullité du mariage? Il faut qu'elle ait les caractères décrits dans l'article 1112, c'est-à-dire qu'elle soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle lui inspire la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

Il faut, en outre, que cette crainte soit d'une chose contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, *adversùs bonos mores*, dit la loi 3, §. 1, ff. *Quod metûs causâ.* Si donc un débiteur, contraignable par corps, contractoit mariage pour éviter l'effet des condamnations, le mariage ne pourroit être attaqué. Dans ce cas, il y a bien une sorte de violence; mais elle n'est pas *adversùs bonos mores.*

Au surplus, dans toutes ces circonstances, il est évident qu'il faut avoir égard à l'âge, au sexe, et à la condition des personnes (Art. 1112.) La même chose n'inspire pas une crainte égale à un garçon ou à une fille, à une femme de trente ans ou à une fille de seize, à une femme du peuple ou à une fille qui a reçu une éducation soignée.

La crainte révérentielle, c'est-à-dire la crainte de déplaire à son père, à sa mère, ou à ses ascendans, ne suffit pas pour annuller le mariage, si d'ailleurs il n'y pas eu d'autre violence exercée.

Lorsque la violence est de nature à entraîner la nullité, il n'est pas nécessaire qu'elle ait été exercée sur la partie contractante elle-même: il suffit qu'elle l'ait été sur ses descendans ou ses ascendans. (Art. 1113.) La vive affection qu'on est présumé avoir pour ces personnes, fait que nous sommes

BIU Cujas

aussi touchés des événemens qui leur arrivent, que s'ils arrivoient à nous-mêmes.

(2) *Celle de la réclusion. Quid*, si la personne enlevée a plus de vingt-un ans? Alors on appliquera, suivant les circonstances, les articles 331, 341, ou 344 du Code Pénal.

(3) *Quant à la personne.* Par exemple, si j'ai intention d'épouser *Marie*, et que l'on y substitue *Sophie* que l'on me fait épouser à sa place. L'erreur sur d'autres points, quelqu'importans qu'ils soient, ne peut, *stricto jure*, faire annuller le mariage.

Je dis, *stricto jure*, parce qu'il peut arriver que l'erreur sur la qualité emporte erreur sur la personne. Car, si voulant épouser la fille de tel individu que je ne connois pas, on me fait épouser une autre femme que l'on dit être cette fille, je pourrai demander la nullité du mariage. L'on peut dire que, dans ce cas, l'erreur sur la qualité, emporte erreur sur la personne.

Un arrêt de Colmar, du 6 septembre 1811 (Sirey, 1812; 2e. partie, pag. 89), a décidé que l'erreur d'une femme catholique qui avoit épousé de bonne foi un moine profès, étoit suffisante pour annuller le mariage; cet arrêt est très-moral. La législation ne doit jamais mettre les justiciables entre leur devoir légal, et leur conscience.

L'article 181 dit, que la cohabitation n'empêche pas de proposer le moyen de nullité, à moins qu'elle n'ait continué pendant six mois. Mais s'il naît un enfant de cette cohabitation, quoique moindre de six mois, quel sera son état? Il sera légitime. L'époux induit en erreur est dans la bonne foi; celui qui est violenté est aussi favorable.

(4) *Qui a été induit en erreur.* Faut-il conclure de là que les ascendans n'auroient pas droit d'attaquer le mariage contracté par erreur ou violence? Non, sans doute; mais c'est qu'ils n'ont pas besoin de moyen de violence ou d'erreur. En effet, dans le cas d'erreur, ou ils ont été trompés eux-mêmes, ou non. S'ils ne l'ont pas été, et que néanmoins ils aient donné leur consentement, ils sont non-recevables à attaquer le mariage (Argument tiré de l'art. 186.) S'ils ont été trompés, leur consentement étant fondé sur une erreur, est nul (Art. 1109); et, par conséquent, ils peuvent attaquer le mariage pour défaut de consentement. Même distinction dans le cas de violence. S'ils ont consenti librement, ils ne peuvent réclamer. Si la violence a eu également lieu à leur égard, leur consentement est nul, et ils peuvent attaquer le mariage pour défaut de consentement. Ils seront donc obligés d'user, comme l'époux, du moyen d'erreur ou de violence. Mais il y aura cette différence qu'à l'égard de l'époux, l'action se prescrit par six mois, au lieu qu'à l'égard des ascendans, elle ne se prescrira que par un an.

(5) *Continuée pendant six mois. Quid*, si l'époux contraint ou trompé est mort avant l'expiration de six mois, et sans avoir réclamé, ses héritiers au-

BIU Cujas

roient-ils le droit d'attaquer le mariage? Je ne le pense pas. L'on ne peut savoir si l'époux auroit réclamé; et, dans le doute, la faveur du mariage doit l'emporter.

Quid, s'il survient une grossesse, avant l'expiration des six mois, mais postérieurement à la découverte de l'erreur ou à la cessation de la violence? On avoit proposé d'admettre ce fait comme fin de non-recevoir. Mais cela a été rejeté, et avec raison. Si c'est la femme qui est demanderesse, il est possible que la crainte des mauvais traitemens l'ait obligée à cohabiter avec son mari, pour qu'il ne soupçonnât pas la demande qu'elle étoit dans l'intention de former. Si c'est le mari, il ne faut pas donner à la femme un moyen certain de paralyser l'action de son mari par une grossesse qui peut être le fruit du crime.

(6) *Le défaut de consentement des parens.* Il faut entendre par ces mots, les ascendans, ou le conseil de famille, à leur défaut.

PAGE 74.

(1) *Dont le consentement étoit nécessaire. Quid*, si l'époux n'avoit pas d'ascendans, et que conséquemment il eût besoin du consentement du conseil de famille; la nullité pourra-t-elle être demandée par chacun de ceux qui auroient dû le composer? Non, la loi n'exige pas, dans ce cas, le consentement de tel ou tel individu, mais celui de l'être moral, du corps appelé *conseil de famille.* La nullité ne peut donc être demandée qu'en vertu d'une délibération de ce conseil, prise à la majorité absolue, et sera poursuivie par la personne que le conseil en aura chargée, le tuteur ou tout autre.

(2) *Qui avoit besoin de ce consentement.* Ce qui prouve que le consentement des parens est exigé, non-seulement *propter reverentiam*, mais encore pour l'intérêt des mineurs. L'on dira peut-être que, quand l'époux s'est marié librement, il est lui-même coupable de n'avoir pas obtenu le consentement de sa famille, et que, dans ce cas, il ne doit pas être reçu à alléguer sa propre faute. C'étoit même anciennement l'opinion commune; mais l'on a pensé que, si la loi déclare les mineurs incapables de consentir seuls à leur mariage, c'est parce qu'elle les connoît plus foibles et plus susceptibles de séduction. Elle doit donc leur donner le bénéfice de restitution contre le consentement que la séduction a pu leur arracher; et la séduction est présumée, toutes les fois que les ascendans, ou la famille, n'ont pas consenti.

Quid, si l'enfant naturel mineur, et non reconnu, ou n'ayant ni père ni mère, s'est marié sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, ainsi qu'il est prescrit par l'art. 109, il est évident que, dans ce cas, la demande en nullité ne peut être formée que par lui.

(3) *Connoissance du mariage. Quid*, si avant l'expiration de cette an-

BIU Cujas

née, l'époux a acquis la majorité requise pour le mariage? Je ne pense pas que cela puisse empêcher la réclamation des ascendans. La loi qui exige leur consentement a été violée : cela suffit pour leur donner le droit d'attaquer le mariage. Si, après le jugement, l'époux persiste dans son choix, il pourra sans doute contracter une nouvelle union avec la même personne; mais il sera encore obligé de faire les actes respectueux requis. L'article 183 paroît d'ailleurs favoriser cette opinion. En effet, après avoir dit que l'action ne peut plus être intentée *par les époux ni par les parens*, lorsque ceux-ci ont approuvé le mariage expressément ou tacitement, il ajoute : *elle ne peut être intentée non plus par l'époux* (il ne dit pas, *ni par les ascendans*), *lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.* Or, lorsqu'après avoir dit que, dans un cas, l'action ne peut être intentée par l'époux ni par les parens, l'article ajoute que, dans un autre cas, elle ne peut plus être intentée par l'époux, sans ajouter, ni *par les parens;* c'est bien certainement réserver à ceux-ci le droit de l'intenter dans ce second cas. Or, dans ce second cas, il s'agit de l'enfant qui a atteint la majorité requise pour le mariage. Donc, même après la majorité de l'enfant, les parens peuvent attaquer le mariage, tant qu'ils ne l'ont pas approuvé expressément ou tacitement.

Quid, Si l'ascendant qui avoit droit de demander la nullité, est mort sans la demander, mais étant encore dans le délai utile pour le faire, et sans avoir approuvé le mariage? Je pense que, dans ce cas, le mariage ne peut plus être attaqué que par l'époux qui avoit besoin du consentement. Appliquez ici le principe posé dans l'avant dernière note de la page précédente.

Quid, si c'est au contraire l'époux qui avoit besoin du consentement, qui est décédé? Je pense que, tant que le délai n'est pas expiré, la nullité peut être demandée, soit par les ascendans, soit par le conseil de famille, chacun suivant son droit.

(4) *Faire supposer l'approbation.* Par exemple, le père qui reçoit sciemment chez lui la femme de son fils, qui la traite comme sa bru, etc., est censé approuver le mariage.

(5) *Dont le consentement étoit nécessaire.* Le consentement des ascendans exclut toute idée de séduction exercée sur le mineur.

Quid, si ce consentement n'intervient qu'après que la demande en nullité a été intentée par l'époux? Je pense que, tant qu'il n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée, qui ait déclaré le mariage nul, le consentement des ascendans forme une fin de non-recevoir insurmontable, qui doit faire rejeter la demande de l'époux; car, à quel titre et sur quel moyen annulleroit-on, soit en première instance, soit sur l'appel, un mariage qui, au moyen du consentement des ascendans, se trouve purgé de la seule irrégularité qui pou-

BIU Cujas

voit le rendre attaquable? *Nec obstat* que le jugement doit avoir en général un effet rétroactif au moment de la demande. (L. 20. ff. *de Rei vindicat.*) Car cela n'est rigoureusement vrai que dans les affaires qui peuvent être décidées par le seul consentement des parties; et c'est effectivement à ce cas seul que doit être appliquée la loi citée, où il est question de la revendication d'une chose, et qui décide que, si le demandeur gagne son procès, il doit être mis dans le même état, et avoir tout ce qu'il auroit eu, si la chose lui eût été restituée au moment de la demande; ce qui est juste: car, dès que sa demande étoit fondée, le défendeur a eu tort de la contester, et sa mauvaise contestation ne peut, ni lui profiter, ni préjudicier au demandeur. Il n'en est pas de même ici. La nullité d'un mariage est d'ordre public. Le consentement du défendeur ne seroit d'aucun poids, et ne pourroit dans aucun cas, dispenser de recourir à un jugement. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer la disposition de la loi précitée.

(6) *Par lui-même au mariage.* Quel est cet âge? Il n'est pas douteux que ce ne soit vingt un ans pour les filles. Mais est-ce l'âge de vingt-un ans, ou celui de vingt-cinq, pour les garçons? Pour décider cette question, il convient d'entrer dans quelques détails.

Nous avons vu dans une note précédente, que le droit de demander la nullité pour défaut de consentement des parens, est accordé, même à l'époux dont les parens n'ont pas été consultés, parce que la loi, dans ce cas, le présume séduit à raison de la foiblesse de son âge, et le restitue en conséquence contre le consentement que l'on suppose lui avoir été en quelque sorte extorqué. Mais cela peut-il s'appliquer au garçon qui s'est marié après vingt-un ans? Je ne le pense pas; et je me fonde sur ce que, s'il n'avoit pas d'ascendant, il auroit pu se marier valablement sans le consentement de qui que ce fût. Or, l'existence ou la non-existence des ascendans ne peut avoir aucune influence sur sa capacité. Si, dès qu'il a vingt-un ans, la loi le dispense de l'obligation d'obtenir le consentement du conseil de famille, c'est qu'elle lui suppose l'intelligence nécessaire pour faire un choix convenable. Or, il l'auroit également, quand même il auroit des ascendans. Si donc l'on exige encore, après vingt-un ans, le consentement de ces derniers, c'est uniquement, dans ce cas, *propter reverentiam.* J'en conclurois donc que, si le garçon qui s'est marié sans le consentement de ses ascendans, avoit, au moment de son mariage, vingt-un ans révolus, il ne peut réclamer contre son mariage; et que, s'il s'est marié avant cet âge, il ne pourra plus réclamer, dès qu'il aura laissé passer un an sans réclamer, depuis qu'il l'a atteint. C'est ainsi que me paroissent devoir être entendus ces mots : *l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.*

Observez que, si l'époux a ratifié son mariage, expressément ou tacitement, depuis sa majorité, il est non-recevable à l'attaquer, quoiqu'il ne se soit pas

BIU Cujas

encore écoulé une année. Si donc, étant majeur, il a continué de cohabiter avec son épouse, il est non-recevable à réclamer.

PAGE 75.

(1) *Fidélité :* ce qui exclut tout commerce adultérin.

(2) *Secours.* On entend par-là l'obligation de contribuer aux charges du mariage, et même, en cas de nécessité, sur les biens dont la jouissance, d'après les conventions matrimoniales, ne seroit pas mise en commun. (Art. 1448, 1537 et 1575.)

(3) *Assistance.* Ainsi, les infirmités, les malheurs et les accidens qui surviennent à l'un des époux, une maladie contagieuse, ne peuvent autoriser une demande en séparation d'habitation. *Quid enim*, dit Ulpien, *tàm humanum est, quàm ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse.* (*L.* 22, §. 7, ff. *Solut. Matrim.*) Il n'y a que le crime et les mauvais traitemens qui puissent fonder une demande en séparation.

(4) *D'habiter avec le mari.* La femme peut-elle être contrainte par corps à l'exécution de cette obligation? On l'a jugé ainsi dans plusieurs tribunaux; et notamment à Paris. Je ne puis néanmoins partager cette opinion. On avoue qu'il s'agit ici de l'exécution d'une obligation : or, le juge peut-il prononcer la contrainte par corps pour l'exécution d'une obligation quelconque, hors les cas spécialement désignés par la loi? Ce droit lui est expressément interdit par l'article 2063. Or, où est la disposition de la loi qui permet de prononcer la contrainte par corps contre la femme, pour l'obliger d'habiter avec le mari? Et, d'ailleurs, quel est, dans les cas ordinaires, l'effet de la contrainte par corps? C'est de retenir le débiteur en prison, jusqu'à ce qu'il ait payé la dette, ou exécuté son obligation. Or, cela peut-il avoir lieu dans l'espèce? L'obligation de la femme se prolonge pendant tout le mariage; elle s'exécute à chaque instant. Quand le mari aura contraint sa femme de revenir dans le domicile commun, la retiendra-t-il en charte privée? L'ordre public s'oppose à ce qu'on lui en donne le droit. La femme pourra donc abandonner encore la maison conjugale. Le but de la contrainte par corps seroit donc ici totalement manqué.

L'on insiste, et l'on dit : Si l'on n'emploie pas la contrainte par corps, il en résulte que l'obligation imposée à la femme est nulle; car, comme il n'y a pas d'autre moyen pour la contraindre à l'exécuter, si le mari ne peut l'employer, la femme pourra contrevenir impunément à la loi qui lui ordonne de résider dans le domicile commun.

L'on peut répondre, d'abord, qu'en supposant ce raisonnement exact, il prouveroit tout au plus l'insuffisance de la loi, et non pas la nécessité d'étendre, contre les dispositions formelles du Code, une disposition aussi odieuse que la contrainte par corps. L'on ajoutera que le mari a un autre moyen pour obliger la femme de venir habiter avec lui; c'est de la priver de tout

BIU Cujas

secours ; et, si elle se conduit mal, il peut la faire punir conformément au Code Civil, ou aux dispositions des articles 336 et suivans, du Code Pénal. Il est vrai que la femme peut être séparée de biens, et avoir en conséquence le droit de toucher ses revenus ; mais je ne vois rien qui s'oppose à ce que le mari obtienne du juge la permission d'arrêter ses revenus. Cela n'est pas dit formellement dans la loi. Mais l'article 2093 porte, en général, que les biens d'un individu sont affectés à l'exécution de ses obligations : et, d'ailleurs, si on a pu aller jusqu'à prétendre que l'on pouvoit exercer contre la femme la contrainte par corps, quand cela est prohibé formellement par la loi, on doit être bien moins scrupuleux pour donner au mari le droit d'arrêter ses revenus. Jugé dans ce dernier sens à Riom, le 13 août 1810. (Sirey, 1813 ; 2e. partie, pag. 239.)

(5) *Où il juge à propos de résider.* Même hors du territoire français. Cela a été formellement décidé dans la discussion. Le projet contenoit une disposition qui dispensoit la femme de cette obligation, lorsque le mari avoit quitté le sol du royaume, pour autre cause que pour mission du Gouvernement exigeant résidence. Cette addition a été retranchée, par la raison que l'obligation de la femme, de suivre son mari, est générale, et doit s'appliquer à tous les cas.

(6) *Et sa fortune.* Un avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 11 janvier 1808 (*Bulletin*, n°. 2937), autorise le Ministre de la guerre à ordonner, s'il y a lieu, la retenue d'un tiers au plus, sur la pension ou solde de retraite de tout militaire qui ne rempliroit pas, à l'égard de sa femme et de ses enfans, les obligations qui lui sont imposées par les ch. 5 et 6 du Titre *du Mariage*, sauf le recours du mari au Conseil-d'Etat, Commission du Contentieux.

Quid, si le mari refuse de recevoir sa femme ? Il doit être condamné à lui payer une pension proportionnée à son état et à ses facultés. Ainsi jugé à Lyon, le 30 novembre 1811. (Sirey, 1812 ; 2e. partie, page 63.)

(7) *Du testateur seul. Testamentorum jura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere.* (*L.* 32. ff. *de Hered. Instit.*) Et d'ailleurs, le testament ne doit avoir d'effet qu'après la mort de la femme, temps où elle n'est plus soumise à la puissance maritale.

(8) *Ester en jugement*, *stare in judicio.* Paroître dans un procès, y être partie, soit en demandant, soit en défendant. Mais remarquez que la femme n'est privée que du droit d'ester en jugement, c'est-à-dire, de faire des actes qui doivent mener à un jugement. Je pense donc qu'elle peut faire, seule et sans autorisation, tous les actes, même du ministère des huissiers, qui ne sont pas, à proprement parler, *actes judiciaires*, tels que les protêts, les oppositions. (Argument tiré de l'art. 940.) Mais quant à ces derniers actes, comme, aux termes de l'article 563 du Code de Procédure, l'opposition est nulle quand elle n'a pas été dénoncée dans la huitaine au débiteur saisi, avec

BIU Cujas

assignation en validité, il est évident que cette assignation étant un acte judiciaire, qui doit mener à un jugement, ne pourra être donnée que par la femme valablement autorisée.

Observez que, lorsqu'une femme mariée est assignée, le mari doit être mis en cause en même temps, à peine de nullité de l'assignation donnée à la femme. Ainsi jugé en Cassation, le 7 octobre 1811 (*Jurisp. du Code civil*, tom. 18, p. 88), et le 25 mars 1812. (SIREY, 1812; 1re. partie, page 317.)

Un jugement obtenu contre une femme mariée non autorisée, peut-il passer en force de chose jugée? Non, sans doute. Mais, quel moyen a-t-elle de se pourvoir? Il faut distinguer : dès-lors qu'il n'y a pas eu d'autorisation, toute la procédure est nulle; et la signification du jugement l'est également. Si donc il s'agit d'un jugement de première instance, le délai de l'appel n'a pas couru; et il peut en être appelé par la femme dûment autorisée. S'il s'agit d'un jugement en dernier ressort, la femme peut, par la même raison, se pourvoir par requête civile, pour violation d'une forme exigée, à peine de nullité. (*Code de Procéd.* art. 480, n°. 2.) Quant au mari ou à ses héritiers, ils pourront toujours former tierce opposition au jugement.

(*Nota.*) Par son arrêt du 7 août 1815, la Cour de Cassation a jugé que c'étoit par la voie de la cassation, que la femme non autorisée pouvoit attaquer le jugement rendu contre elle en dernier ressort. (SIREY, 1815; 1re. partie, page 346.) *Voir* aussi le Bulletin de 1817, n°. 13. Je pense à cet égard qu'il faut distinguer : si la nullité, résultant du défaut d'autorisation, avoit été invoquée ou opposée, et que le tribunal ait passé outre; alors il y avoit bien certainement contravention à la loi, et par conséquent ouverture à cassation. Mais si la nullité n'avoit été ni invoquée, ni opposée, alors il y avoit seulement violation de forme, et par conséquent ouverture de requête civile.

La question seroit plus difficile, si, le mari n'ayant pas figuré dans l'instance, le jugement lui avoit cependant été signifié. Je pense néanmoins que les mêmes décisions devoient avoir lieu. La signification d'un jugement, faite à celui qui n'y a pas été partie, est un acte nul, qui ne peut avoir aucun effet, ni faire courir aucun délai. Il faut donc traiter l'affaire comme si cette signification n'avait pas eu lieu.

Quid, si une femme, ayant un procès, se marie? Il faut distinguer : Si l'affaire est en état, le jugement ne peut être différé. (*Code de Proc.*, art. 342.) L'affaire est censée en état, lorsque la plaidoirie est commencée; et la plaidoirie est réputée commencée, quand les conclusions ont été prises contradictoirement à l'audience. Dans les affaires instruites par écrit, la cause est en état, quand l'instruction est complète, ou quand les délais pour les productions et réponses sont expirés. (*Ibid.*, art. 343.)

BIU Cujas

Si l'affaire n'est pas en état, les procédures peuvent être continuées, la partie adverse n'étant pas obligée de connoître le changement d'état que la femme a éprouvé. (*Ibid.*, art. 345.) Mais le mari peut, s'il veut, reprendre l'instance, ou intervenir, suivant la nature de l'affaire.

Quid, si la femme a figuré, dès le principe, dans l'instance, comme fille ou veuve, quoiqu'elle fût mariée? Je pense qu'il faut distinguer : Si la femme s'est dite simplement fille ou veuve, mais qu'il ait été facile à l'autre partie de s'assurer du contraire, alors l'acte peut être annullé pour défaut d'autorisation, d'après la maxime : *Omnis gnarus debet esse conditionis ejus cum quo contrahit.* (Argument tiré de l'article 1307.) D'ailleurs, ce seroit ouvrir la porte à l'abus, puisqu'il ne tiendroit qu'à la femme de prendre la qualité de fille ou de veuve, pour éluder l'effet de la puissance maritale. Mais si, dans le lieu où la femme réside, l'on ignore son mariage, et qu'elle passe notoirement pour fille ou veuve, alors c'est le cas d'appliquer l'autre maxime : *Error communis facit jus*, et de décider que les actes et procédures faits par elle ou contre elle, quoique non autorisée, sont valables. Jugé ainsi en Cassation, le 30 août 1808. (Sirey, 1809; 1re. partie, pag. 43.)

Si la femme a formé une demande sans être autorisée, le défendeur peut-il demander la nullité de l'assignation? La raison de douter se tire des art. 225 et 1125, portant que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par le mari, la femme, ou leurs héritiers. Mais la raison de décider est que ces articles ne sont relatifs qu'aux contrats; et la raison de différence est évidente. On est libre de contracter ou de ne pas contracter; et quand l'on contracte, l'on doit connoître la condition de ceux avec qui l'on traite. Mais ici, le contrat judiciaire se forme par le jugement. Si donc le défendeur ne pouvoit demander la nullité de l'assignation, l'on voit qu'il seroit forcé de faire un contrat nul, ou plutôt, qu'il auroit, sans pouvoir l'éviter, toutes les chances contre lui, puisque, si le jugement étoit en sa faveur, il ne pourroit en profiter, le mari et la femme étant les maîtres de le faire annuller quand bon leur sembleroit.

(9) *A titre gratuit.* La femme ne peut même faire sa condition meilleure sans l'autorisation de son mari, parce que la nécessité de cette autorisation n'est fondée en aucune manière sur l'intérêt de la femme, mais sur des motifs tirés de l'ordre public et de l'intérêt des mœurs. D'ailleurs, s'il s'agit d'une succession, le mari a intérêt à ce que sa femme n'accepte pas une succession onéreuse; si c'est une donation, le mari a un intérêt moral d'en connoître les motifs. La même raison n'existe pas, à la vérité, pour les legs, ou au moins elle n'est pas aussi forte; mais il y a toujours l'intérêt de la puissance maritale, qui doit être respecté, et qui doit, par suite, faire annuller tous les actes qui seroient faits au mépris de cette même puissance. Mais remarquez que, si la donation a été autorisée, soit par le mari, soit par justice,

BIU Cujas

la femme peut faire tous les actes non-judiciaires qui sont nécessaires pour la valider et pour en assurer l'exécution. C'est pour cette raison qu'il est décidé, art. 940, que la femme peut, sans l'autorisation de son mari, faire transcrire la donation qui lui a été faite, et qu'elle a été autorisée à accepter.

(10) *Soit de son concours dans l'acte.* Aujourd'hui il suffit que le mari concoure à l'acte. Cela n'auroit pas suffi avant le Code ; il falloit, en outre, l'autorisation formelle : c'étoit une véritable chicane de mots. C'est d'après cette disposition que la Cour de Colmar a jugé le 14 janvier 1812, et avec raison, que le mari qui poursuit sa femme, est censé, par cela seul, l'autoriser à se défendre. (SIREY, 1812; 2e. partie, pag. 442.) Jugé dans le même sens à Nancy. (*Ibid.*, 443.)

Mais que doit-on entendre par ces mots, *le concours du mari dans l'acte ?* Il faut que ce concours soit tel que le mari n'ait pu ignorer l'engagement contracté par sa femme : c'est d'après ce principe que la Cour de Riom a, par son arrêt du 2 février 1810, annullé avec raison l'engagement d'une femme qui, au bas de lettres de change souscrites par son mari, avoit mis simplement ces mots, *pour caution.* (SIREY, 1814 ; 2e. partie, pag. 99.) Il étoit très-possible en effet que le mari eût entièrement ignoré l'engagement contracté par sa femme.

(11) *Soit de son consentement par écrit.* Lequel peut avoir lieu postérieurement à l'acte pour lequel il est nécessaire ; et alors il vaut ratification, et rend l'acte inattaquable de la part, tant du mari, que de la femme, et de leurs héritiers. Cette opinion étoit soutenue dans l'ancien droit ; et ROUSSEAUD DE LACOMBE, *verbo* AUTORISATION, cite deux arrêts qui ont jugé dans ce sens. Elle doit donc être admise à plus forte raison dans le droit actuel d'après lequel la nullité résultant du défaut d'autorisation, n'est plus qu'une nullité relative.

Quid, si l'acte est dans l'intérêt du mari, celui-ci pourra-t-il autoriser sa femme ? J'avoue que j'ai vu avec étonnement la négative décidée par un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon, et même par un arrêt de Cassation, du 14 février 1810, rapportés tous deux par SIREY, 1810 ; 1re. partie, pag. 189 ; et cela sur le fondement que *nemo potest esse auctor in rem suam.* Mais, comment a-t-on pu appliquer à la puissance maritale cette maxime établie en matière de tutelle ? Certainement les Cours de Cassation et de Lyon connoissent mieux que moi la différence essentielle qui existe entre l'autorité du tuteur et la puissance maritale. La première n'a d'autre fondement, d'autre motif, que la nécessité de suppléer à l'incapacité morale du pupille. La femme, au contraire, a toute l'intelligence, toute la capacité nécessaire pour passer tous les actes quelconques ; et si l'on exige qu'elle soit autorisée, c'est uniquement pour la maintenir dans l'état de soumission et d'obéissance qu'elle doit à son mari. L'autorité du tuteur est toute en faveur du pupille ;

BIU Cujas

et si l'acte est avantageux à ce dernier, ou si le mineur, parvenu à la majorité, ne réclame pas, le tuteur ne peut se plaindre de ce que son autorité a été méprisée. La puissance maritale est toute en faveur du mari, tellement que, quelle que soit la volonté de la femme, et quelqu'avantageux que l'acte paroisse, et soit même effectivement, le mari peut en demander la nullité, si la femme n'a pas été autorisée. Voilà des principes certains, constans, et auxquels il est impossible de se refuser. Comment d'après cela, vouloir appliquer à la puissance maritale la maxime que *nemo potest esse auctor in rem suam?* Sans doute, le tuteur ne peut pas, dans une affaire qui l'intéresse personnellement, venir interposer, au nom de son pupille, une autorité qui ne lui est déférée que dans l'intérêt de celui-ci. Cette autorité n'étant requise que pour suppléer à l'incapacité du mineur, il est clair qu'il seroit dangereux, et même contradictoire en quelque sorte, de permettre au tuteur de venir suppléer à cette incapacité, dans son propre intérêt. C'est bien là être *auctor in rem suam*, et ce qui est, et a dû être prohibé. Mais la puissance maritale étant toute en faveur du mari, et la femme majeure ayant d'ailleurs toute la capacité morale nécessaire pour faire tous les actes de la vie civile, pourquoi le mari ne pourroit-il pas lui donner, même pour les actes qui le concernent, une autorisation qui est, à la vérité, exigée impérieusement par la loi, mais qui n'en est pas moins uniquement une marque de déférence et de respect pour lui. Et d'ailleurs, comme on l'observoit avec raison dans cette affaire, il résulteroit bientôt de ce système, que l'autorisation de justice seroit le principe, et l'autorisation maritale, l'exception; car, dans la plupart des cas, c'est dans l'intérêt du mari que la femme traite; c'est une procuration qu'il lui donne, un cautionnement qu'elle contracte pour lui, une vente faite par lui qu'elle garantit, etc.; il faudroit donc que, dans toutes ces circonstances, nonobstant la présence et le concours du mari, elle se fît encore autoriser par justice. Enfin le Code lui-même paroît avoir décidé formellement la question. En effet, l'article 1419 porte que le paiement des dettes contractées par la femme, avec le consentement du mari, peut être poursuivi sur les biens du mari même : or, cette disposition ne peut être fondée que sur ce que la loi suppose que l'obligation a été contractée dans l'intérêt du mari; et cependant l'article suppose que le consentement du mari a dû suffire pour sa validité.

Mais, ajoutent les partisans du système contraire, tout cela pouvoit être vrai dans l'ancienne législation, où, du moins suivant l'opinion la plus générale, la nullité résultant du défaut d'autorisation, étoit absolue, et pouvoit être invoquée par tous ceux qui avoient intérêt, et même par ceux qui avoient traité avec la femme non autorisée; mais il en doit être autrement sous le Code, qui ne fait de ce défaut qu'une nullité relative, proposable seulement par le mari, la femme ou ses héritiers. D'abord je viens de prouver que, sous le Code même, et d'après l'article 1419, la même doctrine doit

BIU Cujas

avoir lieu ; mais, au surplus, j'avoue que je ne vois pas quel peut être le résultat du raisonnement opposé. Que la nullité dont il s'agit, soit absolue ou relative, en sera-t-il moins vrai que l'autorisation n'est exigée que dans l'intérêt du mari ; qu'elle n'a nullement pour but de suppléer la capacité morale de la femme ; qu'elle ne peut être comparée à l'autorité du tuteur, puisque celui-ci ne peut jamais se plaindre en son nom de ce qu'elle a été méprisée, tandis que le mari peut, non-seulement demander la nullité en son propre nom et malgré sa femme, mais encore empêcher celle-ci de la demander, en ratifiant l'obligation, à quelqu'époque que ce soit. Les rédacteurs du Code ont pensé que celui qui traite sciemment avec une femme non autorisée, devoit s'imputer de l'avoir fait, d'avoir facilité par là, à la femme, le moyen d'éluder la loi sur la puissance maritale ; et, d'après la maxime que, *nemo ex improbitate suâ debet consequi actionem*, ils n'ont pas voulu qu'il pût demander la nullité de l'acte qu'il a lui-même consenti. Mais encore une fois, en est-il moins constant que cette autorisation est exigée uniquement comme marque de soumission de la part de la femme, et que, conséquemment, il suffit que cette marque existe, pour que l'acte soit valable, quelle que soit sa nature, et quelle que soit la personne dans l'intérêt de laquelle il a été passé.

Enfin le Législateur lui-même paroît avoir consacré de nouveau cette opinion par une disposition postérieure. L'on voit, en effet, par le décret du 17 mai 1809 (*Bulletin*, n°. 4393), que la femme autorisée par son mari, peut constituer, sur ses biens propres, un majorat en faveur de son mari lui-même. Or, certainement ici, l'acte est bien dans l'intérêt du mari. Au surplus, un arrêt de Turin qui avoit jugé dans le même sens que la Cour de Lyon, ayant été déféré à la Cour de Cassation, cette Cour, revenue aux vrais principes, en a prononcé l'annullation le 13 octobre 1812. (SIREY, 1813; 1re. partie, page 143.)

Il en pourroit être autrement, si la femme étoit mineure, pour les actes que le mineur émancipé ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur. Dans ce cas, le mari est bien curateur légitime de sa femme (Art. 2208); mais comme l'autorité du curateur a pour but de suppléer à l'incapacité du mineur, la maxime, *nemo potest esse auctor in rem suam*, reprend toute sa force; et l'on pourroit soutenir que l'autorisation du mari ne suffit pas pour les actes qui seroient faits dans son intérêt.

Au surplus, les principes établis dans cette note prouvent qu'il n'étoit pas nécessaire, pour justifier la nécessité de l'autorisation maritale, d'alléguer l'imprévoyance et la légèreté des femmes, comme l'a fait un auteur. Je ne pense pas que, dans des matières aussi graves, il soit convenable de se permettre des inculpations de cette nature. Certes, la loi qui nomme la femme tutrice, de droit, de ses enfans, qui permet de la nommer tutrice de son mari

BIU Cujas

interdit, est bien loin de la taxer d'imprévoyance et de légèreté. Et d'ailleurs, à quoi bon apprendre aux jeunes gens à mépriser leurs mères, et celles qui sont destinées à être un jour leurs compagnes? N'y avoit-il pas une excellente raison à donner, en disant que, dans une société indissoluble de deux personnes, on avoit dû prévoir le cas où les parties ne seroient pas d'accord; que, pour ne pas réduire la société à l'état d'inaction, il avoit bien fallu donner la préférence à l'avis de l'un des associés, et que la nature des choses exigeoit que cette préférence fût donnée au mari; que si, d'un côté, dans nos mœurs, un préjugé, peut-être salutaire, a attaché une espèce de honte pour le mari, à la mauvaise conduite de la femme, et si, de l'autre, la loi veut que le mari soit toujours présumé le père des enfans nés dans le mariage, elle a dû nécessairement mettre dans sa main les moyens nécessaires pour prévenir ou arrêter les désordres auxquels la femme pourroit se porter. *La femme a besoin de protection*, dit l'Orateur du Gouvernement, *parce qu'elle est plus foible; l'homme est plus libre, parce qu'il est plus fort. La prééminence de l'homme est donc indiquée par la constitution même de son être.* Il est naturel, en effet, que l'individu qui est protégé, soit sous la dépendance de l'individu qui protége. Enfin, la nature même des fonctions que la nature a départies à la femme, l'éloigne, au moins tant que dure le mariage, de l'administration extérieure. Il est donc tout simple que la puissance appartienne à l'associé qui réunit l'expérience à l'habitude des affaires.

(12) *Est poursuivie.* Donc, si c'est elle qui poursuit, elle doit être autorisée. La défense est nécessaire et de droit naturel. La poursuite est un acte volontaire de sa part.

Au surplus, cette disposition est une suite du principe, que ceux qui ne peuvent s'obliger par contrat, peuvent s'obliger par délit ou par quasi-délit. Pour ce qui concerne le mineur dans le même cas, *voyez* l'article 1310.

L'autorisation est-elle nécessaire à la femme, pour s'obliger par quasi-contrat? Il faut distinguer les diverses espèces: quoique le Code n'en énumère que deux dans le Titre *des Engagemens qui se forment sans convention*, il est très-vrai qu'il en existe davantage. Le Droit Romain en compte cinq;

1°. *L'Adition d'hérédité.* Nous avons vu que l'autorisation étoit nécessaire.

2°. *La Tutelle.* La femme mariée ne peut être tutrice qu'à l'égard de ses enfans d'un lit précédent; et comme alors son second mari doit être nommé co-tuteur, l'acceptation qu'il fait de cette charge, emporte à l'égard de sa femme l'autorisation d'accepter et de gérer la tutelle.

3°. *Le Quasi-Contrat de communauté.* Ou la femme a fait pendant son mariage l'opération qui donne lieu à ce quasi-contrat, et elle a dû être autorisée pour le faire; ou elle l'avoit fait avant son mariage, et elle étoit dès-lors grevée de l'obligation qui a continué d'exister depuis.

BIU Cujas

4°. *Le payement de la chose non due.* Même distinction ; si le payement a eu lieu depuis le mariage, la femme a dû être autorisée pour le recevoir : s'il a eu lieu auparavant, l'obligation a été dès-lors contractée, et continue d'exister pendant le mariage.

5°. Enfin, *La gestion d'affaires.* Si c'est la femme qui a géré, sans autorisation, les affaires d'autrui, il faut distinguer : Elle n'est point tenue des obligations qu'elle a pu contracter envers des tiers, à raison de la gestion ; ceux qui ont contracté avec elle, ont dû connoître sa condition : *Omnis gnarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.* Ils n'auront donc d'action à exercer que contre l'absent, *et quatenùs locupletior factus est.* Mais si elle a dilapidé ou dégradé les biens de l'absent, en un mot si elle a mal ou négligemment géré ses affaires, c'est une espèce de délit ou de quasi-délit dont elle doit être tenue. Le mari est censé, d'ailleurs, avoir autorisé la gestion, s'il l'a connue, et qu'il ne s'y soit pas opposé : et je pense, que s'il y avoit communauté de biens, l'on pourroit même, suivant les circonstances, appliquer l'article 1419, et faire porter l'obligation, tant sur les biens de la communauté, que sur les biens personnels du mari. Autrement, il seroit à craindre que celui-ci, d'intelligence avec sa femme, ne profitât lui-même, ou ne fît profiter la communauté, des dilapidations commises sur les biens de l'absent.

Si au contraire ce sont les affaires de la femme qui ont été gérées, comme le gérant n'a, en général, d'action contre le maître que jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci a profité, il est juste que la femme soit tenue de cette obligation, comme le seroit tout autre individu.

(13) *Ou de police*, quelle qu'elle soit, municipale ou correctionnelle.

(14) *Par justice.* A quel tribunal doit être demandée l'autorisation ? il faut distinguer : S'il sagit de la passation d'un acte, ou d'une demande judiciaire à former par la femme, c'est le tribunal du domicile commun qui doit accorder l'autorisation. Mais s'il s'agit d'un procès dans lequel la femme soit défenderesse, l'autorisation peut être accordée par le Tribunal devant lequel la demande est portée.

Si la femme perd son procès, et est condamnée aux dépens, sur quels biens peut être exécutée la condamnation ? D'abord il est évident qu'il ne s'agit ici que des causes relatives aux biens personnels de la femme, puisque le mari peut procéder seul en jugement pour les biens de la communauté. Cela posé, je pense qu'il faut distinguer : S'il y a communauté, et que le mari ait accordé l'autorisation, l'exécution peut avoir lieu pour les dépens, sur les biens personnels de la femme ; mais si elle n'a été autorisée que par justice, cette exécution ne peut être poursuivie que sur la nue propriété de ces mêmes biens, et non sur l'usufruit, qui fait partie des biens de la communauté, dont la femme ne peut, en général, disposer sans le consentement du mari. Cette distinction me paroît résulter évidemment de la combinaison des

BIU Cujas

articles 1413 et 1417. Si les époux sont séparés de biens, l'exécution des dépens ne peut être poursuivie que sur les biens personnels de la femme. S'ils sont mariés sous le régime dotal, l'exécution a lieu sur les biens paraphernaux. Nous verrons plus en détail, au Titre *du Contrat de Mariage*, quel est, dans les autres cas, l'effet différent de l'autorisation maritale, et de celle qui a été donnée par justice.

(15) *D'absence*, présumée ou déclarée, ou même de non présence, suivant les circonstances. A la vérité, l'article 863 du Code de Procédure ne prévoit que le cas d'absence proprement dite, présumée ou déclarée. Cependant il peut arriver fréquemment que le mari soit à une grande distance, sans être cependant dans le cas de présomption d'absence, et qu'il soit nécessaire d'autoriser la femme pour une procédure, ou pour un acte qui ne souffre point de délai. Dans ce cas, nul doute que le juge ne puisse accorder l'autorisation.

(16) *Ou de minorité*, si toute-fois l'acte excède les bornes de la capacité du mineur émancipé.

L'on pensoit anciennement que l'autorisation du mari n'étant exigée que *propter reverentiam marito debitam*, le mineur pouvoit autoriser sa femme majeure, pour tous les actes, excepté pour les actes judiciaires, parce qu'alors la simple autorisation ne suffit pas, et qu'il faut que le mari procède en justice; ce que le mineur ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur: mais il en résultoit cet inconvénient, que, si l'obligation contractée par la femme étoit de nature à préjudicier aux intérêts du mari, alors celui-ci pouvoit se faire restituer contre l'autorisation qu'il avoit donnée à sa femme, et annuller par là l'obligation de celle-ci. Pour éviter cet inconvénient qui plaçoit la femme, quoique majeure, dans une espèce d'interdiction, l'on a préféré de décider d'une manière générale, que la femme du mineur ne pourroit être autorisée que par justice.

Quid, Si les deux époux sont mineurs tous deux? Comme ils sont émancipés par mariage, la femme peut faire, avec l'autorisation de son mari, tous les actes permis au mineur émancipé. Quant aux autres actes, soit judiciaires, soit extrajudiciaires, la femme ne peut y procéder qu'avec les formalités et conditions requises à l'égard des mineurs émancipés, c'est-à-dire avec l'assistance d'un curateur, et l'autorisation du conseil de famille, dans les cas où elle est requise.

Quid, si la femme est mineure, et le mari majeur? Je pense que le mari est son curateur de droit, sauf pour les actes auxquels il auroit lui-même intérêt, et, en outre, sauf l'autorisation du conseil de famille, comme dessus.

Ces distinctions sont tirées par argument des dispositions de l'article 2208.

(17) *Afflictive ou infamante*. Observez: 1° que, dans ce cas, le mari ne pourroit pas, même avec le consentement de sa femme, accorder l'autorisation (Argument tiré de l'art. 28 du Code Pénal); et 2°. que, d'après les articles

BIU Cujas

6 et 7 du même Code, toute peine qualifiée afflictive est en même temps infamante. Les peines afflictives et infamantes sont :

1°. La mort ;

2°. Les travaux forcés à perpétuité ;

3°. La déportation.

Ces trois peines emportent la mort civile, comme nous l'avons vu.

4°. Les travaux forcés à temps ;

5°. La réclusion. (*Code Pénal*, art. 7.)

Les peines infamantes et non afflictives sont :

1°. Le carcan ;

2°. Le bannissement ;

3°. La dégradation civique. (*Ibid.* art. 8.)

Les peines correctionnelles ne sont ni afflictives, ni infamantes.

(18) *Pendant toute la durée de la peine.* Cette addition semble inutile au premier coup-d'œil. Car, d'un côté, toute peine afflictive est infamante; et, d'un autre côté, l'infamie accompagne le coupable pendant toute sa vie. Il paroît donc devoir résulter de-là, que le mari ne peut plus désormais autoriser sa femme, à quelque époque que ce soit. Cependant, comme, aux termes des articles 619 et suivans du Code d'Instruction Criminelle, tout condamné à une peine afflictive ou infamante n'emportant pas mort civile, peut être réhabilité après qu'il a subi sa peine, et que la réhabilitation fait cesser pour l'avenir, dans la personne du condamné, toutes les incapacités résultant de la condamnation, et par conséquent l'infamie, il s'ensuit que le réhabilité recouvre la puissance maritale, et, par suite, la capacité d'autoriser sa femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. D'ailleurs l'article est également fait pour le cas où la peine n'est prononcée que par contumace ; et alors l'effet du jugement peut cesser par la simple représentation du condamné dans le délai prescrit.

(19) *A ester en jugement*, en défendant. Car si la femme est demanderesse, elle a dû demander l'autorisation de son mari, avant de former sa demande, et suivre, dans ce cas, la forme indiquée par l'art. 219.

(20) *Le juge*, devant lequel la demande est portée, quand ce seroit un Tribunal de commerce. *Sic* jugé en Cassation le 17 août 1813. (*Bulletin*, n°. 97.) On peut fonder cette décision sur la loi 3. Cod. *de Judiciis.*

Page 76.

(1) *A passer un acte*, ou à former une demande.

(2) *De celui de son mari. Secùs*, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Dans ce cas, c'est le mari qui est marchand, et la femme n'est que son commis ; et elle n'est tenue qu'autant qu'elle s'est obligée avec l'autorisation ou le concours de son mari.

BIU Cujas

Nota. On a jugé à Paris le 21 novembre 1812 (SIREY, 1813; 2e. partie, pag. 269), que la femme qui tient en son nom un hôtel garni, devoit être réputée marchande publique.

Quid, si elle est dans l'habitude de signer seule les factures, et même les billets de commerce de son mari? Cette circonstance se rencontre souvent dans le cas où la femme seule sait écrire. Je pense, avec POTHIER, que les effets signés par elle seule, valent *propter bonam fidem*, et obligent le mari. La femme mariée est censée, dans ce cas, fondée de pouvoir de son mari, *quasi ejus institrix.* Obligent-ils la femme? Cela dépend de la rédaction de l'acte. Si le billet est fait au nom collectif du mari et de la femme, et qu'ils soient dans l'usage de le faire ainsi, ils les oblige tous deux. Mais si la femme a signé pour et au nom de son mari, ce dernier seul est obligé.

Observez que, dans le cas même où la femme est obligée, elle n'est pas sujette à la contrainte par corps, parce que cette contrainte ne peut avoir lieu contre les femmes, que quand elles sont marchandes publiques, et que, dans notre hypothèse, la femme ne l'est pas, puisqu'elle ne fait pas un commerce séparé de celui de son mari.

Quid, si une femme, non marchande publique, et non autorisée, tire une lettre de change sur son mari? Si le mari accepte, ils sont obligés tous deux; le mari, en vertu de son acceptation; et la femme, parce que le mari, par cette même acceptation, est censé approuver l'obligation que la femme a contractée en tirant la lettre; mais la contrainte par corps n'a pas lieu contre elle. (*Code de Comm.*, art. 113.) Si le mari n'accepte pas, ils ne sont obligés ni l'un ni l'autre. L'on a jugé contre cette opinion à Paris le 12 janvier 1815 (SIREY 1816; 2e. partie. pag. 75.), et l'on a décidé que l'acceptation du mari, dans ce cas, ne validoit pas l'obligation de la femme; mais je n'en persiste pas moins dans mon avis que je crois entièrement conforme au droit actuel. Il suffit du consentement du mari pour valider l'obligation de la femme. Or, peut-on dire que le mari qui accepte une lettre de change tirée par sa femme, n'approuve pas l'obligation qu'elle a contractée?

Quid, si c'est la femme qui accepte la lettre tirée par son mari? Elle est obligée, mais non par corps, si elle n'est pas marchande publique. Voir un arrêt de Caen, du 2 août 1814. (SIREY, 1814; 2e. partie. pag. 399.) Le mari, en tirant une lettre de change sur sa femme, est censé l'autoriser à l'accepter.

(3) *Sans le consentement de ce dernier.* Mais le consentement tacite suffit.

(4) *S'obliger seule.* Son mari, en l'autorisant à faire un commerce séparé, est censé l'avoir autorisée à faire tous les actes sans lesquels ce commerce ne pourroit avoir lieu. Remarquez que les obligations que la femme contracte comme marchande publique, sont indépendantes de ses conventions matrimoniales. En conséquence, quand elle seroit mariée sous le régime de la communauté, et qu'elle viendroit à y renoncer, elle n'en seroit pas moins tenue

BIU Cujas

solidairement à l'égard des créanciers, sauf son recours contre le mari ou ses héritiers, ainsi qu'il sera dit ci-après au Titre *du Contrat de mariage.*

(5) *S'il y a communauté entre eux.* Comme, au moyen de cette communauté dont le mari est le chef, et en quelque sorte le propriétaire, il profite des bénéfices commerciaux faits par la femme, il est juste qu'il soit tenu de ses engagemens; et il en sera tenu, non-seulement sur les biens de la communauté, mais encore sur ses biens personnels (Art. 1419), parce qu'il est de principe que, surtout pendant le mariage, les créanciers de la communauté sont censés les créanciers du mari, *et vice versâ.* Il est réellement l'associé *en nom collectif* de sa femme, et, comme tel, on doit lui appliquer l'article 22 du Code de Commerce. (Voyez mes *Instituts de Droit commercial.*) *

Mais le mari n'est-il tenu que quand il y a communauté? Il faut distinguer: S'il y a séparation de biens, il est certain que le mari n'est pas tenu, puisqu'il est censé ne profiter en rien des bénéfices que sa femme peut faire dans le commerce. Il en est de même, si les époux sont mariés sous le régime dotal, excepté dans le cas où la constitution de dot embrasseroit tous les biens à venir de la femme; car alors, les bénéfices du commerce appartenant au mari, au moins quant à l'usufruit, il doit être tenu.

S'il y a simplement exclusion de communauté, comme alors tous les gains appartiennent au mari, à l'exclusion de la femme, à plus forte raison doit-il être tenu.

Mais dans les cas où le mari est tenu, l'est-il par corps? Je pense que oui, avec POTHIER, *de la Puissance maritale*, n°. 22, et VALIN, Commentaire sur l'art. 23, de la Cout. de la Rochelle, n°. 118 et 120. (*Voir* aussi un arrêt du Parlement de Paris, du 23 mai 1718, rapporté dans l'ancien DENISART, *Verbo* MARCHANDE PUBLIQUE, n°. 5.) Le mari est, comme nous l'avons dit, réputé l'associé de sa femme; et l'associé est tenu, par corps, des engagemens contractés par l'associé qui a droit de signer pour la société.

(6) *Ses immeubles personnels.* Ceci est une dérogation aux articles 223 et 1538 du Code, qui ne permettent pas au mari de donner à sa femme, même par contrat de mariage, une autorisation générale d'aliéner ses immeubles; et ici l'autorisation tacite de faire le commerce suffit. Mais c'est la faveur due au commerce, qui a fait introduire cette nouvelle disposition.

Observez la différence de rédaction des articles 5 et 7 du Code de Commerce: dans l'article 5, il est dit que la femme, marchande publique, peut, sans être autorisée, *s'obliger pour ce qui concerne son négoce:* d'où l'on doit conclure que, si l'engagement de la femme est évidemment étranger à son commerce, il n'aura d'effet, qu'autant qu'elle aura été autorisée; *putà*, si, faisant

---

* 2 vol. in-8°., à Paris, chez GUEFFIER, imprimeur, rue Guénégaud.

BIU Cujas

le commerce des toiles, elle contracte des obligations pour achats de fers. Si elle emprunte de l'argent, sans énoncer la cause de l'emprunt, l'engagement est censé contracté pour son commerce. (Argument tiré de l'article 638 du Code de Comm. *in fine.*)

Mais dans l'article 7 du même Code, il est dit que les femmes, marchandes publiques, peuvent engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles; l'on n'ajoute pas, pour le fait de leur négoce ; d'où l'on doit conclure que la qualité de marchande publique suffit pour valider l'aliénation, quel que soit l'emploi des deniers; et ce par analogie de ce qui est dit au même article 638. Par la même raison, je penserois que cette décision ne devroit avoir lieu, qu'autant que le contrat ne renfermeroit aucune énonciation de l'emploi. Autrement, si l'emploi étoit inséré, et qu'il fût étranger au commerce de la femme, je pense que la nullité de l'aliénation ou de l'hypothèque pourroit être demandée.

(7) *Ne peut être hypothéqué ni aliéné.* Autrement, c'eût été changer les conventions matrimoniales ; ce qui ne peut avoir lieu après le mariage. (Article 1395.) Les deux familles, en choisissant le régime dotal, ont voulu que l'immeuble constitué en dot ne pût être aliéné, même avec l'autorisation spéciale du mari. (Art. 1554.) Il ne faut pas qu'avec une simple autorisation générale, et qui pourroit même être simulée, de faire le commerce, l'aliénation puisse avoir lieu.

Il faut observer, cependant, que, si l'immeuble dotal ne peut, dans ce cas, être aliéné directement, il peut l'être indirectement; car, la femme étant marchande publique, si l'on exerce contre elle ou contre son mari la contrainte par corps, pour défaut d'exécution de ses engagemens commerciaux, l'immeuble pourra être aliéné pour tirer l'un ou l'autre de prison. (Art. 1558.) Mais, dans ce cas même, il faut la permission du juge, qui examinera s'il y a vraiment nécessité d'aliéner.

(8) *A l'égard des biens paraphernaux.* On entend par là tous les biens que la femme ne s'est pas constitués en dot (Art. 1574); de παρα *extrà*, et φερνη *dos* ; c'est-à-dire, *quæ sunt extrà dotem.*

Page 77.

(1) *L'aliénation de ses immeubles*, sauf ce que nous avons dit relativement à la femme marchande publique.

(2) *A l'un des époux.* La séparation de corps peut être actuellement demandée, pour les mêmes causes, par le mari ou par la femme. Anciennement, comme nous le verrons ci-après, le mari pouvoit seulement intenter l'accusation d'adultère, et la condamnation entraînoit de fait la séparation de corps.

Page 78.

(1) *Par consentement mutuel*, pour plusieurs raisons : la première, c'est

BIU Cujas

que la séparation ne dissolvant pas le mariage, il seroit impossible de l'entourer de toutes les entraves dont on avoit hérissé anciennement le divorce par consentement mutuel. On ne pourroit défendre aux époux de se réunir; on ne pourroit les forcer d'abandonner une partie de leurs biens à leurs enfans, etc.

La deuxième raison, c'est que la séparation de corps entraîne la séparation de biens, qui est le plus souvent un changement aux conventions matrimoniales. Or, il est de principe que les époux ne peuvent changer leurs conventions matrimoniales, postérieurement à leur mariage. (Art. 1395.)

De là il faut conclure, qu'en fait de séparation de corps comme de biens, l'aveu de l'époux défendeur, s'il étoit seul, ne seroit pas regardé comme une preuve suffisante des faits qui peuvent donner lieu à la séparation. (Proc. 870.)

(2) *Qu'il a tenu*, etc. Ce n'est pas que la violation de la foi conjugale ne soit, en elle-même, aussi criminelle, de la part du mari que de la part de la femme: mais c'est que l'adultère de la femme a des suites bien plus graves, puisqu'il peut avoir pour effet d'introduire, dans la famille du mari, des enfans étrangers. D'ailleurs, la pudeur semble s'opposer à ce qu'une femme vienne se plaindre de l'adultère simple de son mari; mais quand il est accompagné de la co-habitation de la concubine dans la maison commune, cette co-habitation devient une injure grave, qui donne à la femme le droit de demander la séparation. Il pourroit même arriver que, lors même que la concubine ne demeureroit pas habituellement dans la maison commune, l'adultère du mari fût accompagné de circonstances telles, qu'il dût être regardé comme une injure grave, suffisante pour faire prononcer la séparation; *putà*, si le mari affecte de se trouver avec sa concubine dans les lieux où il est sûr de rencontrer sa femme; s'il l'amène fréquemment dans le domicile commun. La loi, en effet, n'exige pas une résidence habituelle; il suffit qu'il l'ait *tenue* dans le domicile commun; ce qui laisse la décision du fait à la prudence du juge.

Anciennement, le mari seul pouvoit intenter l'accusation d'adultère contre la femme; ses héritiers n'avoient pas le même droit. Cependant, s'il mouroit après la plainte, mais avant le jugement, l'on pensoit que les héritiers pouvoient poursuivre, à cause de l'intérêt pécuniaire qu'ils avoient; l'effet de la condamnation de la femme étant d'annuller les donations qui lui avoient été faites, et de faire confisquer sa dot au profit du mari. L'on alloit même jusqu'à dire que, si le mari avoit ignoré l'adultère, ou étoit mort trop promptement pour qu'il ait pu intenter l'action, ses héritiers pouvoient être admis à prouver l'adultère, par voie d'exception, si la veuve demandoit l'exécution de ses conventions matrimoniales. (Coquille, sur la Coutume de Nivernois, Titre *du Douaire*, art. 6.) Les héritiers auroient-ils au moins aujourd'hui le droit de poursuivre la demande en séparation, intentée pour cette cause? La raison de différence, est que le mari, dans le droit ancien, intentoit sim-

BIU Cujas

plement l'accusation d'adultère : la séparation de corps en étoit bien la suite ; mais la plainte en adultère étoit réellement l'affaire principale. Or, il ne répugne pas à la nature des choses, qu'une plainte de cette nature, formée par le mari, soit suivie par ses héritiers. Aujourd'hui, c'est tout le contraire : d'après le Code Civil, la demande principale est celle de la séparation de corps. L'allégation de l'adultère n'est que le moyen à employer pour y parvenir : or, il paroît répugner qu'une demande en séparation de corps soit suivie par les héritiers. Comment, en effet, demander à la justice la séparation de deux époux, dont l'un est décédé ? Nonobstant ces raisons, je pense que les héritiers du mari peuvent suivre l'action intentée, sauf à eux, lors de la reprise d'instance, à modifier les conclusions, en se bornant à demander la révocation des avantages ; et ce qui me confirme singulièrement dans cette opinion, c'est que, 1°. il paroît résulter des articles 336 et 339 du Code Pénal actuel, que le mari peut dénoncer l'adultère de sa femme, et réciproquement, sans qu'il soit nécessaire pour cela de demander la séparation de corps : donc, il peut y avoir une action qui ait uniquement et principalement pour but la punition de l'adultère ; 2°. il résulte également de l'article 317 du Code Civil, que les héritiers du mari peuvent désavouer l'enfant dans tous les cas où le mari pourroit le faire, et par conséquent, dans le cas d'adultère, aux termes de l'art. 313. Il est donc nécessaire qu'ils soient, au moins dans ce cas, admis à prouver l'adultère ; 3°. enfin, Rousseaud de la Combe, *Verbo* Séparation, part. 1re., n°. 21, rapporte un arrêt du 28 mars 1746, qui a jugé que la mort de la femme, survenue pendant la durée de l'instance en séparation, n'empêchoit pas les héritiers de poursuivre, parce qu'ils avoient intérêt de faire statuer, à cause des intérêts de la dot, qui courent du jour de la demande, lorsque la séparation est prononcée ; tandis qu'ils ne sont dûs que du jour du décès, dans le cas contraire. Or, quelle comparaison entre un intérêt aussi modique, et celui que peuvent avoir les héritiers de l'époux demandeur, de faire révoquer les donations ?

Nota. Le Code Prussien, art. 827, permet expressément, aux héritiers de l'époux demandeur, de poursuivre l'action en divorce, relativement aux effets pécuniaires seulement.

Au surplus, ce que nous disons des héritiers du mari, doit s'appliquer également à ceux de la femme, lorsque la séparation a été demandée par elle.

(3) *Dans la maison commune.* Il n'est pas nécessaire que ce soit dans le domicile commun ; il suffit que ce soit dans la maison ou l'habitation commune ; *putà*, dans une maison de campagne où les époux auroient été passer la belle saison.

(4) *Pour excès.* On entend principalement, par ce mot, les actes qui peuvent mettre en danger la vie de l'époux.

BIU Cujas

(5) *Sévices.* Mauvais traitemens personnels, et surtout continuels. *Secùs*, si c'étoit un simple mouvement de vivacité.

(6) *Ou injures graves.* Outrages, diffamation : mais bien entendu que, pour ce qui concerne les sévices ou injures, tout est relatif. Tel acte seroit sévice, ou injure grave à l'égard d'une personne d'un rang honnête, qui ne le seroit pas, à l'égard d'une personne d'une condition inférieure.

(7) *A une peine infamante.* Nous avons vu plus haut ce qu'il faut entendre par ces mots; mais remarquez 1°. Qu'il faut que la condamnation soit postérieure au mariage : si elle étoit antérieure et connue, l'époux innocent devroit s'imputer d'avoir contracté un pareil mariage, et seroit en conséquence non-recevable à demander la séparation pour cette cause.

2°. Qu'il ne s'agit pas ici d'une peine emportant mort civile ; autrement, le mariage seroit dissous de plein droit par l'exécution, et la demande en séparation deviendroit inutile.

(8) *Par aucune voie légale.* Si donc le jugement est par contumace, la séparation ne peut être prononcée qu'après vingt ans, à compter de la date dudit jugement (Code d'Instruction Criminelle, art. 476 et 635); mais si la condamnation étoit de nature à emporter mort civile, le mariage seroit dissous de plein droit, à l'expiration des cinq ans à compter de l'exécution.

Il est certain que les mots *par aucune voie légale*, qui se trouvent dans l'article 261, ne peuvent s'entendre autrement qu'il vient d'être dit. Cependant il faut avouer que cette disposition, très-sage et très-raisonnable lorsqu'il s'agissoit du divorce qui dissolvoit le lien du mariage, et qui, par conséquent, ne devoit être prononcé qu'avec la plus grande circonspection, est peut-être sujette à quelqu'inconvénient en l'appliquant à la demande en séparation. Il me semble que la séparation pourroit être prononcée, soit immédiatement après le jugement de contumace, soit à l'expiration d'un délai quelconque, mais très-court, après ledit jugement, sauf à statuer que le jugement de sépation cessera d'avoir son effet, si l'époux condamné se présente avant les vingt ans, et que par le nouveau jugement il soit absous, ou condamné à une peine qui ne soit ni afflictive, ni infamante.

(9) *Du Tribunal civil*, et ce, quand même les faits allégués seroient de nature à donner lieu à une action criminelle. Les Tribunaux criminels ne sont pas compétens, pour prononcer, même incidemment, sur une demande en séparation.

PAGE 79.

(1) *Lors de la reprise de l'action.* L'époux coupable peut être absous de l'action criminelle, et cependant sa faute peut être assez grave pour faire admettre la séparation.

Mais quel sera l'effet du jugement criminel dans le cas contraire, c'est-à-

BIU Cujas

dire, s'il a condamné le défendeur ? Le fait doit être alors regardé comme certain, et le Tribunal civil n'aura plus à examiner s'il existe ou non, mais seulement s'il est de nature à faire prononcer la séparation. Dans tous les cas, si la condamnation est infamante, elle suffira pour la faire admettre.

(2) *Aux deux époux*, ou à l'époux demandeur seul, si le défendeur ne comparoît pas. (Argument tiré de l'article 239.) Et, en effet, les mots de l'article 877 *seront tenus de comparoître en personne*, ne signifient pas que le défendeur est absolument tenu de comparoître (quelle voie d'ailleurs prendroit-on pour l'y contraindre?); mais que, s'il comparoît, ce doit être en personne, sans avoué, ni conseil.

(3) *A opérer un rapprochement.* La séparation de corps étant contraire à l'essence du mariage, on a dû, avant de la prononcer, prendre toutes les mesures possibles, pour parvenir à réconcilier les deux époux.

(4) *Et autorise.* Il faut ici une autorisation, parce que la séparation ne tend pas à dissoudre le mariage. Il faut donc suppléer à l'autorisation maritale par celle du juge. On a dû, au surplus, dans ce cas, supprimer le préliminaire de conciliation devant le juge de paix, puisqu'il a eu lieu devant le Président.

(5) *Comme à l'ordinaire.* Sauf les modifications qui suivent. C'est ici le cas de faire connoître les motifs qui nous ont déterminés à appliquer à la séparation de corps, plusieurs dispositions placées dans le Code sous la rubrique *du divorce*.

Nous avons vu qu'il résultoit bien évidemment de la discussion qui a eu lieu au Conseil-d'Etat, qu'en admettant la séparation de corps parallèlement au divorce, le Législateur n'avoit eu d'autre motif que de venir au secours des époux dont la conscience se seroit opposée au divorce. Il ne devoit donc y avoir d'autres différences entre ces deux voies, que celles qui pouvoient résulter de ce que l'une dissolvoit le mariage, tandis que l'autre le laissoit subsister. Mais sous tous les autres rapports, les effets devoient être absolument les mêmes; et ce qui le prouvoit, c'est que l'article 1518 suppose, comme principe établi par la loi, que les donations sont révoquées par la séparation de corps : or, il n'y avoit d'autre article relatif à cette révocation, que les 299e. et 300e. placés au chap. *des Effets du divorce.* Le Législateur avoit donc pensé que toutes les dispositions relatives au divorce, devoient être, de fait, appliquées à la séparation de corps, à l'exception de celles qui avoient un rapport nécessaire avec la dissolution du mariage. En second lieu, et cette raison me paroissoit péremptoire, la séparation de corps ayant été établie uniquement afin que la conscience de l'époux ne fût pas gênée, le but de la loi auroit été manqué totalement, si la séparation n'eût pas présenté les mêmes facilités et les mêmes résultats que le divorce, sauf la dissolution du mariage, et les règles de procédure particulières au divorce.

Telles sont les raisons qui, même avant la loi de l'abolition du divorce,

BIU Cujas

m'avoient déterminé à penser qu'une grande partie des dispositions y relatives, devoient être appliquées à la séparation de corps ; et c'est d'après les mêmes raisons que je pense qu'il en doit être de même, maintenant que le divorce est aboli, jusqu'à décision contraire du Législateur, puisqu'autrement il y auroit une infinité de cas qui se rencontrent très-fréquemment, et pour lesquels il n'existeroit aucune disposition légale.

(6) *Les domestiques.* Dans les cas de séparation de corps, les domestiques, sont, en quelque sorte, témoins nécessaires, et, le plus souvent même, les seuls témoins.

(7) *Leurs descendans.* Je pense que les descendans sont non-seulement reprochables, mais encore qu'ils ne peuvent être entendus. On ne peut pas les admettre à déposer contre leur père ou mère.

(8) *Ne peuvent être reprochés.* Reprocher un témoin, c'est alléguer les moyens que l'on croit propres à faire rejeter sa déposition.

(9) *Ou de domesticité.* Mais ils pourront l'être pour autre cause ; *putà*, s'ils ont été condamnés à une peine afflictive ou infamante, etc. (*Voyez* l'article 283 du Code de Procédure.)

(10) *Est déclaré non-recevable.* On ne parle ici d'autre fin de non-recevoir que de la réconciliation, parce que c'est effectivement la principale et la plus fréquente. Mais il peut en exister d'autres ; par exemple, si la femme qui a quitté le domicile commun, ne réside pas dans la maison qui lui a été indiquée par le Tribunal (art. 269) ; si le Tribunal est incompétent ; si la séparation est demandée par le mari, pour cause d'adultère, et qu'il soit lui-même dans un cas tel, que la séparation de corps puisse être demandée contre lui pour la même cause. (Argument tiré de l'article 336 du Code Pénal.)

Remarquez qu'aucune fin de non-recevoir ne peut avoir lieu, lorsque la séparation est demandée pour condamnation à une peine infamante, puisque, d'après l'art. 261, il n'y a aucune procédure, et que le défendeur n'est pas même appelé.

La continuation de cohabitation, depuis la demande, seroit-elle une preuve de réconciliation ? Non : l'art. 268 donne à la femme la faculté de quitter le domicile commun ; mais il ne lui en impose pas l'obligation.

La grossesse de la femme seroit-elle une preuve de réconciliation ? Oui, sans doute, si c'est elle qui est demanderesse. Elle ne peut prétendre qu'elle est enceinte des œuvres d'un autre que de son mari : *Nemo auditur suam turpitudinem allegans.* Mais si elle est défenderesse, ce sera au Tribunal à statuer d'après les circonstances. Il pourroit arriver que, bien loin d'être une preuve de réconciliation, cette grossesse fût une nouvelle injure pour le mari.

(11) *Pour l'appuyer.* Le défendeur est d'autant plus coupable, qu'il a plus abusé de la patience du demandeur.

BIU Cujas

PAGE 80.

(1) *Sur la demande.* Quelle que soit la latitude laissée au Tribunal, il faut cependant qu'il soit provoqué. Il ne peut rien ordonner d'office.

(2) *Soit de la mère.* Il n'est pas question du père, qui ne peut avoir de demande à former à cet égard, puisque l'administration des enfans lui reste de droit, en cas de silence de la mère, de la famille, ou du Ministère public.

(3) *Le domicile de son mari.* La femme n'a pas, à proprement parler, besoin d'être autorisée par le Tribunal pour quitter le domicile commun. Mais comme elle ne peut le quitter que pour se retirer dans une maison indiquée par le Tribunal, elle est toujours obligée de recourir au juge pour faire faire cette indication.

On a même jugé, et avec raison, à la Cour Royale de Paris, le 4 décembre 1810 (SIREY, 1811; 2e. partie, page 435), que le Tribunal de première instance n'avoit pas pu autoriser la femme à résider dans un lieu situé hors de l'arrondissement. Il convient que la femme ne réside pas à une telle distance, que le mari ne puisse la surveiller; s'assurer, par exemple, si elle réside dans la maison indiquée, etc.

Si la femme ne quittoit pas le domicile commun, le mari pourroit-il la faire condamner à se retirer? Je pense qu'oui, s'il étoit à craindre, soit d'après la situation actuelle du mari, ou d'après d'autres circonstances, que l'habitation commune n'exposât celui-ci à quelque danger.

(4) *Ni même à sa subsistance.* Par exemple, si elle est mariée en communauté, ou sous la clause de non-communauté; ce qui produit à son égard le même effet. *Secùs*, si elle étoit séparée de biens, ou mariée sous le régime dotal, et que, dans l'un ou l'autre cas, elle eût des biens particuliers.

(5) *Est obligé de lui payer.* Cela seroit-il réciproque? Il est difficile que le mari se trouve dans une position qui rende la réciprocité nécessaire. En effet, s'il y a communauté; le mari en est le maître (Art. 1421); s'il y a exclusion de communauté, il a le droit de percevoir seul, et à son profit, tous les revenus de sa femme. (Art. 1530.) S'il y a séparation de biens, et qu'il n'y ait point de convention relative aux charges du mariage, la femme doit y contribuer jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus (Art. 1537), et ce tiers doit être remis au mari. Il en est de même dans le cas où les époux sont mariés sous le régime dotal, et où tous les biens de la femme sont paraphernaux. (Art. 1575.) S'il y a eu constitution de dot, le mari a le droit de jouir de tous les biens qui la composent. (Art. 1549.) Il ne pourroit donc y avoir de difficulté que dans le cas où, les époux étant séparés de biens, ou mariés sous le régime dotal, mais sans constitution de dot, il y auroit dans le contrat de mariage une clause qui dispenseroit totalement la femme de contribuer aux charges du mariage. Mais sans rien préjuger sur la

BIU Cujas

validité de cette clause, il n'est pas douteux que le mari, qui se trouveroit absolument hors d'état de pourvoir à sa subsistance et aux frais du procès, ne puisse, soit en vertu de l'art. 212, soit par analogie de l'art. 268, obliger sa femme de lui payer une pension jusqu'au jugement définitif.

(6) *Toutes les fois qu'elle en est requise.* C'est à elle à justifier qu'elle réside dans la maison indiquée : ce n'est pas à son mari à prouver qu'elle n'y réside pas ; ce seroit un fait négatif, *et factum negantis nulla est probatio.*

(7) *Elle peut être déclarée non-recevable.* On a jugé à la Cour de Turin, le 12 février 1811, que cette disposition ne s'appliquoit pas à la demande en séparation de corps. (SIREY, 1811; 2e. partie, pag. 436.) On a jugé de même à Bruxelles, le 26 décembre 1811. (*Journal de Jurisp. du Code Civil*, tome 18, pag. 96.) Je ne puis être de l'avis de ces arrêts. Il y a entière parité de raison dans les deux cas; et il y a peut-être même plus de raison pour la séparation de corps, qui ne dissout pas le mariage, et qui, par conséquent, ne détruit en rien l'intérêt que le mari peut avoir à ce que sa femme ne mène pas une conduite désordonnée. (*Voir* au surplus ci-dessus la note (5) de la page 79.)

PAGE 81.

(1) *De requérir.* Donc les scellés sont apposés sur la seule réquisition de la femme, sans connoissance de cause, et sans qu'il soit besoin même de l'autorisation du Tribunal. Il seroit à craindre que, pendant le délai que tout cela entraîneroit, le mari ne parvînt à tout soustraire.

La femme pourroit-elle s'opposer à la levée des scellés, ou demander le séquestre des fruits des immeubles ? En point de droit strict, je ne le pense pas : il suffit que le mari en réponde comme gardien judiciaire. Si cependant il étoit allégué des faits probables de dissipation ou de mauvaise conduite, je pense que le Tribunal pourroit, *ex æquo et bono*, prendre toutes les mesures nécessaires pour la conservation des droits de la femme. (Argument tiré de l'art. 271.)

(2) *De la communauté.* Doit-on conclure, de ce mot, que la mesure ne doit avoir lieu que dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté ? Je pense qu'il en doit être de même, s'ils sont mariés sous le régime dotal, et qu'il y ait entr'eux une société d'acquêts ; c'est une véritable communauté. (Art. 1581.)

(3) *Des deux parties.* Parce que c'est le moment où la procédure commence à être contradictoire, et connue en conséquence du mari.

(4) *Comme gardien judiciaire.* L'effet de cette disposition est de le rendre contraignable par corps. (Art. 2060.) *Quid*, s'il ne veut pas prendre cette qualité ? les scellés ne seront pas levés.

Mais le mari, constitué gardien judiciaire, peut-il aliéner les objets in-

BIU Cujas

ventoriés, sauf à répondre de leur valeur? Jugé pour la négative, à Bruxelles, le 30 août 1808. (SIREY, 1809. 2e. part., pag. 47.) Je crois que la solution de cette question dépend de la manière dont elle est posée. En effet, si l'on entend mettre en question si la femme peut s'opposer à la vente, l'affirmative ne me paroît pas douteuse; mais si lon prétend que la vente est tellement nulle, que la femme puisse revendiquer contre les tiers de bonne-foi, je soutiens fermement la négative, fondé sur les deux principes que, les meubles n'ont pas de suite, et qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; principes consacrés par l'article 1141; sauf, dans ce cas, le recours de la femme contre le mari.

Dans tous les cas, je crois que ce dernier peut, en connoissance de cause, se faire autoriser à vendre tout ou partie des objets compris dans l'inventaire; par exemple, les objets périssables, ou d'une conservation difficile ou dispendieuse; de même, s'il fait un commerce, il faut bien qu'il continue à débiter les marchandises.

(5) *En fraude des droits de sa femme.* Il faut qu'il y ait fraude des droits de la femme; ce qui prouve que la nulité n'est établie que dans l'intérêt de la femme, et qu'elle seule peut la demander.

Au surplus, pour qu'il y ait fraude, et, par conséquent, action en nullité, il faut qu'il y ait *consilium et eventus : consilium*, c'est-à-dire, l'intention de la part du mari de préjudicier aux intérêts de la femme; *eventus*, c'est-à-dire, qu'il faut que la femme ait souffert effectivement du dommage.

(6) *Frauduleusement.* Même observation que dans la note précédente.

(7) *A la charge de la communauté.* Il eût été à désirer, pour l'exécution de ces dispositions, que l'on eût appliqué ici celle de l'article 958; c'est-à-dire, que l'on eût autorisé la femme à prendre inscription sur les biens de la communauté, immédiatement après l'ordonnance de comparution. Comment, en effet, les tiers peuvent-ils être avertis de l'incapacité imposée au mari par le présent article? Je pense, au reste, que l'action révocatoire, qui est ici accordée à la femme, peut être comparée à l'action Paulienne des Romains, et, qu'en conséquence, il faut admettre la distinction de la loi 5, *Cod. de revoc. his quæ in fraudem credit.* Si l'acquéreur est à titre onéreux; *putà*, un acheteur, un échangiste, l'aliénation ne peut être annullée, qu'autant qu'il sera prouvé qu'il est complice de la fraude, c'est-à-dire, qu'il connoissoit, lors de l'acquisition, la situation du mari et la procédure dirigée contre lui. Mais s'il est à titre gratuit, comme un donataire, il suffira qu'il y ait fraude de la part du mari, pour que l'aliénation soit annullée. Pour connoître les motifs de cette distinction, *voyez* au 2e. vol. les notes sur le titre *des Obligations conventionnelles.*

(8) *Tous les avantages.* Il ne perd que les avantages, mais non sa part dans la communauté; ni la dot, si c'est la femme. Anciennement, la femme

BIU Cujas

convaincue d'adultère étoit déchue de sa dot, de son douaire, et de toutes ses conventions matrimoniales. Il y avoit, au surplus, pour cela, une raison qui n'existe plus actuellement ; c'est que la femme, dans ce cas, étoit condamnée à la peine de l'authentique, qui étoit ordinairement perpétuelle, et qui, conséquemment, l'empêchoit de se remarier. Aujourd'hui la peine de l'adultère est temporaire et même assez courte, et la femme peut se remarier, après l'avoir subie, si son mari vient à décéder avant elle.

PAGE 82.

(1) *Soit depuis le mariage.* Ce n'est pas que les donations faites entre époux pendant le mariage, soient irrévocables. Car, au contraire, elles sont essentiellement révocables. (Art. 1096.) Mais ici le donateur n'aura pas même besoin de les révoquer; elles le sont de plein droit.

Quid, à l'égard des donations qui auroient pu être faites à l'époux défendeur, par les parens de l'époux demandeur, soit par le contrat de mariage, soit depuis ? Je pense qu'elles sont également révoquées. Argument tiré de l'article 1113, qui regarde, comme cause de nullité du contrat, la violence exercée sur les ascendans et les descendans de la partie contractante; ce qui ne peut être fondé que sur ce que l'on est censé ressentir les outrages faits à ces sortes de personnes, comme ceux faits à soi-même. D'ailleurs, dans l'hypothèse, ces avantages doivent toujours être présumés faits en considération, soit du mariage, soit de l'autre époux, et, sous l'un et l'autre rapport, ils doivent être révoqués par la séparation de corps ; et je pense que cela doit avoir lieu, à plus forte raison, dans tous les cas où l'époux demandeur est héritier du donateur.

Il faut, au surplus, remarquer que toutes les révocations qui peuvent avoir lieu, ne peuvent préjudicier en aucune manière aux droits acquis par des tiers. C'est ici une espèce d'action d'ingratitude; et, aux termes de l'article 958, la révocation, pour cette cause, ne peut préjudicier, ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il a pu imposer sur les objets donnés antérieurement à la révocation.

(2) *Par l'époux défendeur.* Soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage ; avec cette différence, néanmoins, que les donations faites aux époux depuis le mariage, étant, comme nous l'avons dit, essentiellement révocables, l'époux défendeur conserve le droit de les révoquer. On a voulu prétendre le contraire, et s'appuyer à cet égard sur l'article 300, qui paroît décider indistinctement que l'époux demandeur conserve tous les avantages qui lui ont été faits. Mais il faut remarquer qu'à l'époque où l'on a adopté l'article 300, le Titre *des Donations entre-vifs et des Testamens*, n'étoit pas encore rédigé : on ignoroit donc encore si l'on conserveroit les dispositions de l'ancien droit, qui prohiboient les donations entre époux, à l'exception du don mutuel, lequel

BIU Cujas

n'étoit révocable que du consentement des deux parties. On ne peut donc pas dire que l'article 300 a eu en vue les donations dont il est question dans l'article 1096. D'ailleurs, que signifie l'article 300, quand il dit que l'époux demandeur conserve les avantages ? rien autre chose, sinon que ces avantages ne sont pas révoqués de plein droit, comme ceux faits à l'époux défendeur; mais s'il les conserve, c'est dans le même état, et avec les mêmes conditions qu'auparavant. Or, auparavant, ils étoient révocables; donc ils doivent continuer de l'être. Nous voyons, en effet, dans plusieurs dispositions, que l'intention du Législateur a été que la séparation de corps ne pût nuire à celui qui l'avoit obtenue; mais nous ne voyons nulle part qu'il ait voulu qu'elle lui profitât. Au reste, cela est conforme au Droit Romain, dont nous avons adopté les principales dispositions, relativement aux donations entre mari et femme, lesquelles, à Rome, étoient même révoquées de plein droit par le divorce, sans distinction entre les époux. (L. 62, §. 1, ff. *de Donat. inter vir. et ux.*; *L.* 18, *Cod. eod.*)

(3) *De l'autre conjoint.* Par conséquent, en cas de prédécès de l'époux qui a obtenu la séparation, les gains de survie n'ont pas lieu.

(4) *Que si l'époux demandeur. Quid* à l'égard de l'époux défendeur? Comme la séparation de corps ne dissout pas le lien du mariage, et que les torts de l'un des époux ne peuvent anéantir entièrement les obligations contractées envers lui par l'autre, je pense que, si le défendeur est réellement dans le besoin, le demandeur peut être contraint de lui fournir des alimens; mais il est évident que les juges doivent, dans ce cas, se montrer plus sévères, soit quant à la concession de la pension en elle-même, soit quant à la fixation de la quotité.

(5) *Pour sa subsistance. Quid*, si le besoin ne survient qu'après le jugement qui a prononcé la séparation de corps ? D'après ce qui a été dit dans la note ci-dessus, et à plus forte raison, l'époux demandeur a-t-il dans ce cas le droit de demander des alimens à l'autre époux.

(6) *Pour cause d'adultère.* Nous avons déjà fait connoître pourquoi l'adultère de la femme est puni plus sévèrement que celui du mari.

(7) *Du Ministère public.* Ainsi, quand le mari ne requerroit pas l'application de la peine, la femme ne devroit pas moins être condamnée.

(8) *Par le même jugement;* et par conséquent, par le Tribunal Civil.

(9) *Ni excéder deux années.* On a laissé de la latitude aux juges, afin qu'ils puissent distinguer la simple foiblesse, du déréglement habituel.

Observez 1°. qu'aux termes de l'article 338 du Code Pénal, le complice de la femme adultère peut être puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de 100 francs à 2000 francs; mais que les seules preuves qui puissent être admises contre lui, sont, outre le flagrant-délit, celles qui résultent de lettres, ou autres pièces écrites par le prévenu. Mais cette dis-

BIU Cujas

position ne s'applique qu'au complice, et non à la femme, dont le délit peut être prouvé de toutes les manières admises pour les délits ordinaires.

2°. Qu'aux termes de l'article 339 du même Code, le mari convaincu sur la plainte de sa femme, d'avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale, est puni d'une amende de 100 francs à 2000 francs.

3°. Qu'il y a cette différence, entre la femme adultère et son complice, que celui-ci, n'étant, et ne pouvant pas être partie dans l'instance en séparation, ne peut être condamné par le même jugement que l'époux adultère. Il faudra donc agir contre lui, par voie de Police Correctionnelle, et par appel, s'il y a lieu, à la Cour Royale.

L'époux adultère pourroit-il être poursuivi de la même manière? ou, en d'autres termes, l'époux innocent pourroit-il intenter contre son conjoint une accusation d'adultère, sans demander la séparation de corps? L'affirmative paroît résulter des articles 336, 337 et 339 du Code Pénal. En effet, l'article 336 dit que l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari: or, cette disposition seroit absolument inutile, s'il ne pouvoit être dénoncé qu'en formant la demande en séparation; car, qu'eût-il été besoin de dire que le mari pouvoit seul former cette demande? En second lieu, l'article 339 parle de plainte à rendre par la femme contre le mari adultère: or, le mot *plainte* ne peut s'appliquer qu'à une procédure criminelle.

(10) *En consentant à la reprendre.* Mais dans ce cas, les donations révoquées revivent-elles par l'effet de la réconciliation? Je ne le pense pas dans le droit actuel. En effet, une donation entre particuliers non conjoints, revivroit-elle par l'effet de la réconciliation, si elle avoit été une fois révoquée, pour cause d'ingratitude, par un jugement formel? Non, sans doute. Eh bien! pourquoi la révocation de la loi n'auroit-elle pas le même effet que celle qui est prononcée par le juge? D'ailleurs, il résulte de l'article 1451, que la communauté même n'est pas rétablie de plein droit par la réconciliation; à plus forte raison, les donations ne peuvent-elles l'être. Mais si la donation, faite primitivement par contrat de mariage, est renouvelée, reprendra-t-elle le caractère de donation contractuelle, ou celui de donation faite pendant le contrat de mariage? lui appliquera-t-on l'article 1096, ou l'article 1395? en un mot, sera-t-elle, ou non, irrévocable? Je pense qu'elle est révocable. Ce que l'on appelle ici renouvellement de donation, est bien certainement une nouvelle donation; elle en a tous les caractères; *liberalitas, nullo jure cogente, facta*: elle est faite pendant le mariage; donc elle est révocable. D'ailleurs, tous les motifs qui ont fait adopter l'article 1096, s'appliquent à cette espèce. (*Voyez* ci-après, liv. 3, tit. 4, chap. 6, section 2.)

BIU Cujas

PAGE 83.

(1) *Ou même d'une tierce personne.* Dans ce cas, l'époux, ou le tiers, auquel les enfans seront remis, sera-t-il tuteur? Je suis d'avis de l'affirmative. A la vérité le Code ne le dit pas formellement; mais l'article disant que *les enfans seront confiés à, etc.*, donne évidemment à celui ou à celle à qui ils sont confiés, l'administration de leurs personnes. L'administration de la personne entraîne ordinairement celle des biens : *tutor datur personæ, rebus verò per consequentias.* Or, qu'est-ce que la tutelle, sinon l'administration de la personne et des biens? D'ailleurs, l'article 303 dit que, *les père et mère surveilleront;* ce qui suppose qu'une autre personne sera chargée de l'administration, ou, ce qui est la même chose, de la tutelle. Enfin, l'article 390, n'a prescrit de mesures pour la tutelle des enfans, que dans le cas de dissolution du mariage, par la mort naturelle ou civile de l'un des époux. Ce qui prouve, que ce qui étoit relatif au cas de séparation, étoit réglé par d'autres articles; et ce ne peut être que par les articles 302 et 303.

On oppose à cette opinion le texte de l'article 303, portant que les époux *conserveront le droit de surveiller*, et l'on conclut de là, qu'ils conservent non seulement la tutelle, mais encore les droits de la puissance paternelle. Mais, dans les tutelles ordinaires, le subrogé-tuteur n'a-t-il pas le droit de surveiller? cela empêche-t-il que le tuteur ne soit vraiment tuteur? Quant à la puissance paternelle, nous verrons plus bas ce que devient la jouissance légale. (*Voir* ci-après, la note (9) de la page (93). Pour ce qui concerne la puissance sur la personne, et les moyens de correction, je pense qu'il faut distinguer : Si c'est au père que les enfans ont été remis, il conserve la puissance paternelle dans toute son étendue; si c'est à la mère, la puissance ne peut être exercée que du commun consentement des époux; si c'est à un tiers, il faudra en outre le consentement de ce tiers.

(2) *Est présumé conçu.* La nature ayant couvert l'époque de la conception d'un voile impénétrable, on n'a pu établir à cet égard qu'une présomption fondée sur le rapport qui existe nécessairement entre cette époque et celle de la naissance considérée dans ses deux extrêmes, c'est-à-dire, d'après le terme le plus court et le terme le plus long de la gestation.

(3) *Est de droit illégitime.* L'article 315 dit que, dans ce cas, *la légitimité de l'enfant, né trois cents jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée.* Cette rédaction a fait naître deux questions : la première est celle de savoir si l'article seroit applicable à un enfant né le trois centième jour après la dissolution du mariage, ou, en d'autres termes, s'il faut un intervalle de deux cent quatre-vingt-dix-neuf ou de trois cents jours, entre le jour de la dissolution du mariage et celui de la naissance, pour que l'enfant soit illégitime. Si l'on appliquoit à ce cas la disposition de l'art. 1033 du Code

BIU Cujas

de Procédure, il est certain qu'il faudroit un intervalle de trois cents jours. Mais peut-on convenablement faire cette application? et quelle analogie peut-il y avoir entre une règle de procédure, et une disposition qui détermine le temps le plus long de la gestation d'un enfant? Nous voyons, d'ailleurs, dans la discussion, que ce n'est que par l'effet d'une faveur extrême, que le temps de la gestation a été prolongé jusqu'à trois cents jours: mais il est un terme à la faveur, et surtout dans une pareille circonstance, où certainement la présomption morale est pour l'illégitimité. Voyons donc si nous ne trouverons pas, dans quelque autre article du Code, une raison de décider.

L'article 312 dit que le père peut désavouer, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, il y a eu impossibilité de cohabitation. Donc il suffit que l'impossibilité ait commencé dans le courant du trois centième jour qui a précédé la naissance; donc il suffit d'un intervalle de deux cent quatre-vingt-dix-neuf jours.

Remarquons, d'ailleurs, que, dans la même discussion, il avoit été décidé que le terme le plus court de la gestation étoit de cent quatre-vingts jours: or, il résulte de l'art. 314, qu'il suffit d'un intervalle de cent soixante-dix-neuf jours entre le mariage et la naissance, pour que l'enfant ne puisse être désavoué. Donc l'on n'a pas entendu compter le jour de l'accouchement; donc ce jour ne doit pas être compté davantage dans le cas de l'art. 315, et, par conséquent, le terme le plus long ayant été fixé à trois cents jours, il suffit d'un intervalle de deux cent quatre-vingt-dix-neuf jours entre le jour de la dissolution du mariage et celui de la naissance, pour que l'enfant soit illégitime.

La deuxième question qu'a fait naître l'article 315, a été celle de savoir si l'enfant est illégitime par le seul fait de la naissance tardive; ou si seulement, alors, sa légitimité peut être contestée, sauf aux tribunaux à prononcer.

L'on voit, par la manière dont j'ai rédigé le texte, que je regarde, dans ce cas, l'enfant comme étant, de droit, illégitime; et, en effet, si le mot *contesté* devoit être pris dans son acception ordinaire, pour une simple demande sujette au jugement des tribunaux, qu'étoit-il besoin de dire que, dans le cas de l'article 315, la légitimité pourroit être contestée? Est-il nécessaire, pour cela, qu'il y ait naissance tardive? ne conteste-t-on pas tous les jours la légitimité d'un enfant né et conçu pendant le mariage, sauf aux tribunaux à admettre ou à rejeter la demande? Quand donc le Législateur a dit spécialement que, dans le cas de naissance tardive, la légitimité pouvoit être contestée, il a certainement pris ce dernier mot dans une autre acception; et voici quels ont pu être ses motifs:

L'on venoit de déterminer, dans l'article précédent, les cas dans lesquels l'enfant pouvoit être désavoué par le mari; et il résulte bien de la rédaction de cet article, que, dans ces cas, le mari n'a rien à prouver, et que son

BIU Cujas

désaveu seul suffit pour déterminer le jugement qui doit priver l'enfant de tout droit à la légitimité. Il ne reste à celui-ci d'autre moyen, que de prouver qu'il n'est pas dans un des cas prévus. On a voulu appliquer la même disposition à l'enfant dont la naissance est tardive. Mais l'on n'a pu se servir du mot de *désaveu*, parce qu'il auroit bien convenu au mari qui auroit voulu repousser l'enfant né trois cents jours après le divorce; mais il n'auroit pas convenu également au cas où la dissolution du mariage seroit survenue par le décès du mari, et où l'état de l'enfant seroit contesté par les héritiers de ce dernier. Le mari peut désavouer l'enfant, parce que l'enfant prétend qu'il est au mari, qu'il est né de ses œuvres. On ne pouvoit en dire autant des héritiers. Il a donc fallu chercher une autre expression, et on a pris celle de *contester*. Mais comme le simple désaveu du mari suffit, dans l'art. 314, pour ôter à l'enfant la qualité d'enfant légitime, sauf à celui-ci à prouver qu'il n'est pas dans les cas du désaveu, il faut dire de même que, dans le cas de l'article 315, la simple contestation de la part du mari ou des héritiers a le même effet, et doit déterminer le jugement, à moins que l'enfant ne prouve qu'il n'existe pas un intervalle de deux cent quatre-vingt-dix-neuf jours entre le jour de sa naissance et celui de la dissolution du mariage. Autrement, si l'on entendoit le mot *contester* dans une autre acception, il faudroit dire que, dans l'espèce d'un enfant né, même dix ans après la dissolution du mariage, les tribunaux auroient encore à examiner la question de légitimité; ce qui est absurde.

Enfin, il résulte bien évidemment de la discussion très-longue et très-lumineuse, qui a eu lieu sur cet objet au Conseil-d'Etat, que le terme le plus long de la gestation, dans l'ordre de la nature, est de deux cent quatre-vingts jours. Il avoit été porté par la Commission à deux cent quatre-vingt-six jours; et enfin il fut fixé, lors de la discussion, à deux cent quatre-vingt-dix-neuf jours, pour éviter toute discussion, et uniquement à cause de la faveur due à la légitimité; d'où il suit qu'il n'est pas douteux que le Conseil n'ait regardé comme illégitime, de plein droit, l'enfant qui naîtroit après cette époque; et ce qui prouve encore en faveur de ce système, c'est 1°. l'article 312 qui déclare illégitime l'enfant conçu même pendant le mariage, si le mari prouve que pendant l'espace qui s'est écoulé depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance, il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme; donc cette preuve une fois faite, les tribunaux devront prononcer nécessairement l'illégitimité; donc, dans l'espèce, l'enfant est, de droit, illégitime. 2°. L'article 317 qui porte que, si le mari meurt dans le délai qui lui est accordé pour désavouer, ses héritiers auront deux mois pour contester la légitimité, etc. Or, certainement, l'on n'a pas entendu donner aux héritiers moins de droit qu'au mari. 3°. Enfin l'article 318, commençant par ces mots: *Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers:* or ici, le mot *désaveu*

BIU Cujas

remplace évidemment, à l'égard des héritiers, le mot *contestation*. Donc, pour ce qui concerne les héritiers, le Code se sert indifféremment de ces deux expressions, et leur attribue les mêmes effets.

Il faut remarquer, en terminant, que, si l'enfant étoit né deux cent cinquante jours seulement après la mort du mari, mais qu'il fût prouvé que, dans les cinquante jours qui ont précédé cette mort, il y a eu impossibilité physique de cohabitation, cela rentreroit dans le cas de l'article 312; et ces deux circonstances réunies suffiroient sans doute pour faire déclarer l'enfant illégitime.

De ce que l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, est illégitime *ipso jure*, il résulte 1°. que la reconnoissance du mari n'opéreroit rien en sa faveur, comme elle opéreroit dans le cas du désaveu;

Et 2°. qu'à quelqu'époque que la légitimité soit contestée, la disposition de l'article 315 devra être appliquée.

PAGE 84.

(1) *Auroient eu ensemble auparavant*; et, dans ce cas, il seroit regardé comme légitimé par un mariage subséquent.

(2) *Tant qu'il n'est pas désavoué par le mari.* Il s'est présenté à ce sujet une question assez singulière à la Cour d'Appel d'Orléans.

Une mère se marie quinze jours après la mort de son fils. Cent quarante-deux jours après le mariage, elle accouche d'une fille qui n'est pas désavouée. Il s'agissoit de savoir si cette fille avoit recueilli la succession de son frère, mort cent cinquante-sept jours avant sa naissance, et par conséquent à une époque où elle étoit certainement conçue.

La Cour d'Orléans avoit jugé l'affirmative. Elle s'étoit fondée, sur ce que l'enfant né dans le mariage, quoique conçu auparavant, est réputé légitime lorsqu'il n'est pas désavoué. Or, ajoutoit-on, l'enfant conçu *pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur.* Il a donc droit de recueillir toutes les successions ouvertes depuis l'époque de sa conception, sous la seule condition qu'il naîtra viable et légitime. Or, dans l'espèce, l'enfant étoit né viable et légitime.

Mais la Cour d'Orléans n'avoit pas pris garde que la loi ne reconnoît que deux espèces d'enfans légitimes; les enfans légitimes proprement dits, et les enfans légitimés. L'enfant légitime est celui qui peut être présumé avoir été conçu pendant le mariage. (Art. 312.) Tout autre enfant est simplement légitimé. A la vérité, lorsque le mariage, quoique postérieur à la conception, a cependant précédé la naissance, la loi veut bien dispenser l'enfant de l'obligation de rapporter une reconnoissance formelle; elle se contente qu'il ne soit pas désavoué. On a regardé le mariage contracté avec une femme enceinte, et le silence gardé par le mari postérieurement à l'accouchement,

BIU Cujas

comme un aveu suffisant que l'enfant est né de ses œuvres. Mais il n'est toujours que légitimé. Il n'est pas légitime ; car il n'est pas provenu d'un commerce légitime. Or, l'effet de la légitimation est de donner à l'enfant légitimé les mêmes droits que s'il étoit né du mariage, c'est-à-dire, que s'il avoit été conçu pendant le mariage. Mais, d'un autre côté, aux termes de l'article 725, la capacité de succéder doit exister au moment de l'ouverture de la succession. Or, dans l'espèce, la succession étoit ouverte avant le mariage. La conception de l'enfant, quoiqu'antérieure à l'ouverture de la succession, devoit cependant être regardée comme lui étant postérieure, puisqu'aux termes de l'article 333, elle devoit être supposée postérieure au mariage, qui étoit lui-même postérieur de quinze jours à l'ouverture de la succession. Il devoit donc être tenu pour constant, dans la cause, que la succession dont il s'agissoit, n'avoit pu être déférée à l'enfant légitimé, mais bien à ceux qui avoient, d'après la loi, le droit de la recueillir à son défaut, et qui, une fois saisis, ne pouvoient être dépouillés par aucun fait postérieur, indépendant de leur volonté.

Tels sont les motifs très-fondés qui ont déterminé la cassation de cet arrêt, prononcée le 11 mars 1811. (Sirey, 1811 ; 1re. partie, pag. 129.) Et la Cour de Paris, à laquelle l'affaire avoit été renvoyée, a jugé conformément aux principes qui viennent d'être établis. (Arrêt du 21 décembre 1812, rapporté dans Sirey, 1813 ; 2e. partie, pag. 88.)

(3) *Avant le mariage.* On présume alors que le mari n'a contracté le mariage que pour réparer sa propre faute ; et il ne peut être reçu à alléguer qu'il a épousé sciemment une femme enceinte des œuvres d'un autre : *Nemo audiendus turpitudinem allegans.* Mais c'est à ceux qui soutiennent la légitimité, à prouver que le mari a eu cette connoissance. Comment se fera cette preuve ? Le Code ne disant rien à cet égard, il paroît qu'on n'a pas entendu exiger un genre de preuve particulier, et qu'on a entendu remettre le tout à la sagesse des Tribunaux, qui devront, au surplus, dans ce cas, se déterminer principalement par les circonstances.

(4) *Qu'il ne sait ou ne peut signer.* Cela équivaut à une reconnoissance expresse, qu'il n'est plus au pouvoir du mari de rétracter. Mais il est bien entendu que l'acte de naissance contient la déclaration que le mari est père de l'enfant ; autrement, il est évident que sa présence et sa signature ne produiroient aucun effet contre lui.

Mais la disposition du Code doit-elle être limitée au cas où la reconnoissance du père a été faite par l'acte de naissance ? Je ne le pense pas : il en doit être de même, si elle a lieu par tout autre acte, même sous seing-privé. Car, si le silence du mari pendant un mois, suffit pour élever contre lui une fin de non-recevoir insurmontable, à plus forte raison une reconnoissance expresse, quoique sous seing-privé, doit-elle avoir le même effet. *Nec obstat* l'article 334, portant que la reconnoissance d'un enfant naturel ne peut être faite

BIU Cujas

que par acte authentique. Car ici l'enfant n'est pas naturel ; il est présumé légitime ou au moins légitimé ; présomption qui ne peut être détruite que par le désaveu du mari, lequel n'est lui-même recevable à désavouer que dans un délai très-court, comme on va le voir.

(5) *Si l'enfant n'est pas né viable. Viable*, qui peut vivre. Un enfant n'est pas viable, quand le temps de la gestation n'a pas été suffisant pour le constituer de manière à pouvoir vivre, et cé, quand même il vivroit quelques heures, ou même quelques jours. Mais l'on sent que, dans ce cas, l'époque de la conception étant toujours inconnue, la question de viabilité ne peut être décidée que par les gens de l'art.

Lorsque l'enfant est déclaré non-viable, le désaveu n'est pas reçu, pour deux raisons : la première, c'est que le mari n'a pas d'intérêt, puisque l'enfant ne peut vivre, et qu'étant né non-viable, il n'a pu recueillir aucun droit ; et la deuxième, c'est que la non-viabilité étant une preuve que le temps ordinaire de la gestation n'a pas été rempli, l'époque de la naissance ne peut plus servir de base pour déterminer si celle de la conception a précédé, ou non, le mariage. Mais remarquez que cela ne doit s'appliquer qu'au cas où il s'agit d'un enfant dont la conception peut remonter à une époque antérieure au mariage ; mais que, s'il s'agit d'un enfant conçu pendant le mariage, mais pendant l'absence, ou l'impuissance momentanée du mari, la non-viabilité ne peut empêcher le désaveu, parce que le mari peut avoir intérêt de prouver l'adultère, afin de parvenir à la séparation du corps.

(6) *Autre cependant que l'impuissance naturelle.* Le mari peut donc alléguer son impuissance accidentelle, pour fonder son désaveu. Mais il faudroit que l'accident qui a causé l'impuissance, fût postérieur au mariage. Autrement les mêmes raisons qui l'empêcheroient de proposer le moyen tiré de l'impuissance naturelle, l'empêcheroient également d'être admis à proposer le moyen tiré de l'impuissance accidentelle, mais antérieure au mariage.

On a voulu argumenter de cet article, pour soutenir que l'un des époux ne pourroit actuellement demander la nullité du mariage pour cause d'impuissance de l'autre époux. Mais, sans rien préjuger en ce moment sur cette question, je crois pouvoir dire que cet article ne peut être d'aucun poids pour la résoudre. En effet, que décide-t-il ? Que le mari, impuissant naturellement, ne peut pas venir alléguer lui-même son impuissance, pour justifier son désaveu. Mais il en eût été de même anciennement. De tout temps, le mari qui fût venu alléguer sa propre impuissance pour demander la nullité de son mariage, eût été déclaré non-recevable. Mais cela n'auroit pas empêché que, dans le même cas, l'action de la femme n'eût été admise. Au surplus, la question de la nullité du mariage pour cause d'impuissance, s'est déjà présentée devant les Cours d'appel de Trèves et de Gênes. Elle a été jugée à Trèves pour l'affirmative, et pour la négative à Gênes. (*Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. 17, pag. 183 et 201.) Il me

BIU Cujas

semble qu'en point de droit j'adopterois l'opinion de la Cour de Trèves. Je ne vois d'objection un peu forte contre ce système, que celle qui est tirée de l'indécence des visites qu'une pareille demande peut nécessiter. Mais n'est-il pas plusieurs autres cas dans lesquels de semblables visites doivent nécessairement être ordonnées, surtout en matière criminelle; par exemple, en cas d'accusation de viol, d'infanticide, d'avortement forcé, de suppression de part? Ne faudroit-il pas employer ce moyen, même en matière de désaveu, si le mari alléguoit une impuissance accidentelle? C'est un malheur attaché à l'imperfection des institutions humaines, mais qui, à ce qu'il me semble, ne peut empêcher les Tribunaux d'accueillir une nullité aussi radicale que celle dont il s'agit.

L'on objectera peut-être que, si, le jour même du mariage, l'un des époux éprouvoit un accident qui le mît hors d'état de le consommer, l'autre époux n'auroit pas le droit de demander la nullité, ni même la séparation. Cela est vrai: mais que l'on fasse bien attention que, dans ce cas, l'époux qui a éprouvé l'accident, n'a rien à se reprocher; il ne pouvoit deviner ce qui lui est arrivé. C'est un cas fortuit, un malheur inopiné, dont l'autre époux doit supporter sa part: *Humanum est*, comme nous l'avons dit, *fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem mariti participem esse.* Mais, dans l'autre cas, l'époux impuissant a dû connoître son état; il est coupable d'avoir violé la dignité du contrat le plus sacré: il est venu tromper les magistrats et son époux; et l'on voudra le récompenser de son dol, en rejetant toute demande en nullité, de la part de l'épouse trompée! Et si cette dernière se permet le moindre écart, l'on devra encore admettre la plainte du mari, et punir la malheureuse femme qui ne s'est peut-être laissé séduire, que parce qu'on l'a privée du droit de contracter un véritable mariage.

On insiste, et l'on prétend que cette cause de nullité est abrogée par le Code, par cela seul que, dans le chapitre IV, intitulé *des Demandes en nullité de mariage*, il n'est rien dit relativement au mode de la former, ni au délai dans lequel elle doit être intentée. Mais il est plusieurs cas dans lesquels il n'y auroit certainement pas mariage, et qui ne sont pas prévus dans le chapitre sus-mentionné. (*Voir*, ci-dessus, la note (6) de la page 61.) Si, par exemple, il avoit été contracté un fantôme de mariage entre deux personnes du même sexe, pourroit-on repousser la demande en nullité d'un pareil mariage, par la raison qu'il n'en est pas question dans le chapitre IV? Et pourquoi décideroit-on autrement dans le cas où l'un des époux n'auroit aucun sexe, ou auroit été dépouillé de celui que la nature lui a départi?

Tels sont les motifs qui me détermineroient à adopter l'opinion de la Cour de Trèves, en point de droit, et sauf aux Tribunaux à statuer suivant la nature et la pertinence des faits allégués, et, dans tous les cas, à n'admettre la demande qu'avec la plus grande circonspection.

BIU Cujas

(7) *Si la naissance lui a été cachée.* Sera-ce au mari à prouver que la naissance lui a été cachée, ou à l'enfant à prouver que le mari en a eu connoissance? Le mystère de la naissance me paroît un fait négatif. Car, prouver qu'une chose nous a été cachée, c'est prouver que nous n'en avons pas eu connoissance; ce qui est bien certainement un fait négatif. Or, *factum negantis nulla est probatio.* Je pense donc que c'est à l'enfant à faire la preuve.

(8) *Propres à justifier qu'il n'est pas le père.* La nature et l'importance de ces faits sont laissées à la prudence du juge. Mais on n'exigera pas du mari une preuve aussi rigoureuse, que quand il argumente de l'impossibilité de cohabitation. Mais *quid* à l'égard de l'enfant conçu postérieurement à une demande en séparation de corps? Je pense qu'il y a ici présomption d'impossibilité morale, et que l'enfant doit être déclaré illégitime, à moins qu'il ne prouve qu'il y a eu réconciliation. Autrement, en effet, l'on tomberoit dans un cercle vicieux. Car si cet enfant étoit présumé être l'enfant du mari, l'on devroit, par une conséquence nécessaire, en induire une réconciliation. Il s'ensuivroit donc que la femme défenderesse en séparation de corps, même pour cause d'adultère, pourroit, en commettant un nouveau crime, faire déclarer son mari non-recevable.

Nota. On a jugé en Cassation, le 8 juillet 1812 (Sirey, 1812, 1re. partie, page 377), que, dans le cas de l'art. 313, il n'étoit pas nécessaire que l'adultère fût préalablement jugé.

(9) *Et dans les deux mois.* On lui en donne un pour apprendre la naissance, et un pour former le désaveu.

(10) *Après son retour*, au lieu de la naissance; il ne suffiroit pas, s'il étoit en voyage, qu'il fût de retour en France. *Sic* jugé, et avec raison, à Paris, le 9 août 1813. (Sirey, 1813; 2e. partie, pag. 310.)

(11) *Il étoit absent.* C'est-à-dire, non présent; il n'est pas nécessaire qu'il soit absent proprement dit.

Quid, s'il est fou, furieux, imbécille, ou attaqué d'une maladie qui l'empêche de sortir? Je pense que le délai de deux mois ne doit courir que du moment où l'on peut raisonnablement penser qu'il a eu connoissance de l'accouchement.

(12) *Il a deux mois.* Il faut encore deux mois, parce qu'on lui en donne un pour prendre des renseignemens précis.

(13) *Ses héritiers.* Par conséquent, les autres enfans du mari pourront contester la légitimité, du vivant même de leur mère. Cela auroit pu souffrir quelque difficulté, parce que c'est une de ces actions appelées *famosæ*, et qu'elle tend à entacher la réputation de la mère. Mais c'est la force des choses qui rend ici cet inconvénient inévitable.

Quelques personnes ont prétendu que par ce mot, *héritiers*, il falloit entendre seulement les héritiers légitimes; de manière que, dans cette opinion,

BIU Cujas

quelqu'évidente que fût l'illégitimité de l'enfant, le légataire universel seroit non-recevable à l'opposer. M. Proudhon accorde le droit de désavouer, aux légataires universels et aux légataires à titre universel, et le refuse aux légataires particuliers. Tout cela est arbitraire. Comment le fait, que la succession du père est déférée par testament, ou *ab intestat*, qu'il existe un legs universel, ou seulement des legs particuliers, peut-il avoir quelqu'effet, relativement à l'état et aux droits de l'enfant, et lui ôter ou lui conférer, suivant le cas, la qualité d'enfant légitime? Il est d'ailleurs évident que par ces mots, *les héritiers*, le Législateur a entendu tous ceux qui ont, à la succession du père, des droits auxquels la légitimité de l'enfant pourroit préjudicier. (*L.* 170, ff. *de Verbor. Signific.*) Autrement, l'on va voir quel seroit l'effet du système contraire.

Un homme après avoir séjourné deux ans dans les colonies, y meurt, laissant un testament par lequel il dispose, en legs particuliers, de la totalité de sa fortune. Sa femme, qui n'est pas sortie de France, accouche peu de temps avant sa mort. Dans le système que je combats, l'enfant pourroit venir réclamer sa réserve sur les biens du mari, sans que les légataires eussent le droit de contester sa légitimité. Une pareille conséquence emporte avec elle la réfutation du principe.

Il faut observer cependant qu'il y a cette différence entre les héritiers du sang et les légataires, quels qu'ils soient, que ceux-ci n'ayant d'intérêt à contester l'état de l'enfant, qu'autant qu'il voudroit, à raison de l'état qu'il réclame, leur faire éprouver quelque réduction, ils doivent être déclarés non-recevables, toutes les fois que cette réduction n'a pas lieu, soit parce qu'ils ont renoncé à leurs legs, soit parce que l'enfant n'élève, à cet égard, aucune prétention. Il n'en est pas de même de l'héritier du sang, qui peut contester l'état, quand même il auroit renoncé à la succession de celui que l'enfant prétend être son père. Et, en cela, je suis encore d'un avis contraire à celui de M. Proudhon. Car, comme la qualité de fils d'un individu lui donne des droits, non seulement à la succession de son père, mais encore à celle de tous les parens de ce dernier, il peut être utile aux héritiers de ce même individu, de faire statuer sur l'état de l'enfant, afin de ne lui pas laisser acquérir une prétendue possession d'état, et de l'écarter de toutes les successions auxquelles il pourroit prétendre par la suite. Et, en effet, qu'arriveroit-il autrement? Supposons la succession du père mauvaise, et répudiée en conséquence par tous les héritiers : l'enfant se présente, et accepte, soit purement et simplement, soit par bénéfice d'inventaire. Les créanciers n'ont pas d'intérêt de contester son état : il traite avec eux, il prend dans tous les actes la qualité de fils et héritier d'un tel; et l'on croit que les autres enfans n'auroient pas le droit de demander qu'il lui fût fait défense de prendre ce nom et cette qualité! Certainement ils ont intérêt, ne fût-ce que celui de

BIU Cujas

ne pas laisser un individu passer faussement pour leur frère légitime, et s'arroger un nom qui ne lui appartient pas. Et s'ils ne contestoient pas, ne pourroit-on pas leur opposer par la suite la disposition de l'article 317, qui fait courir le délai de deux mois qui leur est accordé, du jour où l'enfant s'est mis en possession des biens du mari?

La loi ne parle ici que des héritiers du mari. Faut-il en conclure que les héritiers de la mère ne pourroient contester la légitimité de l'enfant, pour l'empêcher de recueillir la succession de sa mère ou des parens de celle-ci? Je ne le pense pas. Tous ceux qui ont intérêt de contester la légitimité, ont le droit de le faire, en se renfermant dans les termes de l'article 322 et suivans.

(14) *Des biens du mari.* Est-il nécessaire, pour faire courir le délai, que l'enfant se soit mis en possession de tous les biens du mari, ou suffit-il qu'il en ait appréhendé quelques-uns? Je pense qu'il faut distinguer : S'il agit notoirement en qualité d'héritier, il suffit qu'il ait fait acte de propriétaire à l'égard de l'objet le plus modique. Il suffirait même qu'il eût pris cette qualité dans un acte public; mais bien entendu pourvu que cet acte ou cette qualité n'aient pu probablement être ignorés par les héritiers du mari. Mais s'il n'agit pas ostensiblement en qualité d'héritier, alors l'appréhension qu'il ferait d'un des objets de la succession, ne suffiroit pas pour faire courir la prescription, attendu qu'il peut avoir un titre particulier. Il n'y auroit donc, dans ce cas, que l'appréhension de la totalité ou d'une quote des biens, qui pourroit prouver qu'il agit en vertu d'un titre universel, lequel ne peut être autre que celui d'héritier.

(15) *Dans cette possession,* parce que ce n'est que de l'une de ces deux époques qu'ils sont censés connoître son existence.

Mais que doit-on entendre par *trouble?* Je crois qu'il faut distinguer : S'il s'agit de faire courir le délai de deux mois, je pense que l'on ne doit entendre par *trouble*, que les faits qui peuvent préjudicier à la jouissance des héritiers, telle que seroit une demande au pétitoire ou au possessoire, ou une usurpation, de fait, de quelques-uns des biens de la succession, le tout à titre d'héritier: mais que, s'il est seulement question de déterminer les faits qui peuvent donner lieu à une demande des héritiers contre l'enfant, alors le mot *trouble* doit être pris dans un sens plus étendu, pour tout fait qui peut faire présumer dans l'enfant l'intention de se procurer la possession d'état d'enfant légitime; de manière qu'il suffiroit, au moins dans mon avis, que l'enfant portât publiquement le nom de celui dont il prétend être le fils, pour que les héritiers fussent fondés à le sommer de déclarer à quel titre il le prend; et, en cas de refus de sa part, à l'assigner pour le faire condamner à ne plus en faire usage, et ce, quand même il ne réclameroit aucun des biens de la succession. Mais si, sur la sommation, ou dans le cours de l'instruction, l'enfant déclaroit qu'il prend ce nom, parce qu'il est fils légitime d'un tel, alors cette déclaration devroit être

BIU Cujas

regardée comme un trouble suffisant, pour faire courir le délai accordé aux héritiers pour contester la légitimité. Ainsi il est bien évident que tout acte de la part de l'enfant, qui fait courir le délai, peut donner lieu à une demande de la part des héritiers ; autrement la prescription ne pourroit courir, d'après la maxime : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio :* mais cela n'est pas réciproque ; et tout acte qui peut donner lieu à une demande de la part des héritiers, ne feroit pas pour cela courir le délai de la prescription. Le motif de cette distinction est facile à saisir. La prescription étant une exception péremptoire et fatale, il faut que le fait qui en est le fondement, soit précisément celui que la loi exige, et ici la loi exige un trouble dans la possession des biens : donc, tant que les héritiers du mari ne sont point troublés dans cette possession, le délai ne doit point courir contre eux ; mais cela n'empêche cependant pas qu'ils n'aient le droit de prendre tous les moyens qu'ils jugent convenables pour prévenir les conséquences qui pourroient résulter, à leur préjudice, des actes de l'enfant, qui, sans les troubler, à proprement parler, dans la possession des biens, témoignent cependant l'intention qu'il a de les y troubler un jour, après que l'effet du temps ou des circonstances aura fait disparoître tout ou partie des preuves qui pourroient servir à démontrer son illégitimité.

(*Voir* un arrêt de Rouen du 2 mai 1815, rapporté dans Sirey, 1816; partie 2e, pag. 364.)

Page 85.

(1) *Un acte extrajudiciaire.* Il faut entendre par là, tout acte qui n'a pas pour but de mener à un jugement, tel qu'une simple protestation. Il suffiroit même d'une protestation devant notaires ; parce que, s'il falloit nécessairement qu'elle fût faite par huissier, il vaudroit autant intenter l'action. D'ailleurs, pour la faire signifier, il faudroit que l'enfant eût un tuteur, et il paroît que l'article a donné le délai d'un mois pour lui en faire nommer un.

(2) *Mais cet acte.* Remarquez que c'est l'acte seul qui est non avenu, et que le désaveu peut être encore formé, si le délai du désaveu n'est pas écoulé.

(3) *D'une action en justice.* Il est dit dans un des motifs d'un arrêt de Cassation, du 9 novembre 1809, dont le dispositif est d'ailleurs très-juste, qu'il suffiroit que l'acte extrajudiciaire fût suivi, dans le mois, d'une citation en conciliation, quoique la demande introductive d'instance n'eût été formée qu'après le mois, et quoique, dans l'espèce, la demande étant dirigée contre une mineure, ne fût pas susceptible de conciliation. (Sirey, 1810 ; 1re. partie, pag. 77.)

Mais, d'abord, cette opinion me paroît difficile à concilier avec le texte de l'article 318, qui exige une demande en justice. Or, on n'a jamais regardé

BIU Cujas

ni pu regarder le préliminaire de conciliation comme une demande en justice, puisqu'il tend, au contraire, à la prévenir et à l'empêcher. Secondement, il résulteroit de cette disposition un effet tout contraire au but que s'est proposé la loi, c'est-à-dire, un retard indéfini dans l'action. Car, comme le préliminaire de conciliation ne tombe pas en péremption, il en résulte que, même après dix ans, il n'a pas besoin d'être renouvelé. Il suivroit donc de là que, tandis que la loi veut que les questions d'état soient formées dans le plus bref délai, elle auroit, d'un autre côté, donné un moyen pour les faire durer indéfiniment.

Voudroit-on appliquer ici l'article 2245, portant que la citation en conciliation n'interrompt la prescription que quand elle est suivie, dans le délai d'un mois, d'une demande en justice? Mais, d'abord, cette application est purement arbitraire; et, en second lieu, il en résulteroit toujours que le délai se trouveroit prolongé d'un mois au-delà du terme fixé par l'article 318.

Enfin, une troisième raison de ne pas admettre le système proposé, c'est que, dans l'espèce, la citation en conciliation étoit absolument nulle, puisque l'affaire n'étoit pas susceptible de conciliation, par elle-même, et attendu la minorité de l'enfant. Or, *quod nullum est, nullum producit effectum.* (Argument tiré de l'article 2247.)

(4) *Contre un tuteur ad hoc.* Pourquoi pas contre la mère, puisque c'est elle qui paroît avoir le plus grand intérêt? On n'a pas voulu donner à la mère le désagrément d'être obligée de défendre à une demande de cette nature, dont l'effet doit être d'entacher sa réputation. Il est vrai qu'elle doit être appelée; mais rien ne l'empêche de faire défaut: au lieu qu'elle ne le pourroit pas, si elle agissoit comme tutrice, et au nom de son enfant.

Mais comment sera nommé ce tuteur? Régulièrement, comme l'enfant susceptible d'être désavoué, doit cependant être regardé comme légitime, jusqu'à ce que le désaveu soit formé et jugé valable, ce tuteur devroit être nommé par un conseil de famille composé comme à l'ordinaire de trois parens paternels, et de trois parens maternels; mais comme on ne peut raisonnablement exiger que les parens paternels, qui peuvent avoir un intérêt, soit direct, soit indirect, à ce que l'illégitimité soit prononcée, concourent à la nomination de celui qui doit soutenir la légitimité; et que, d'un autre côté, ce seroit préjuger contre l'enfant, que de faire nommer le tuteur par les seuls parens maternels, je pense, en rectifiant, sur ce point, l'opinion que j'ai émise dans ma dernière édition, que ce tuteur doit être nommé d'office par le Tribunal. D'ailleurs cela évite les lenteurs qui peuvent être fort préjudiciables dans une matière où le délai est fatal, et infiniment court.

(5) *Et en présence de sa mère.* La mère doit être appelée, parce qu'elle a double intérêt: d'abord, celui de son enfant, qu'on veut priver de la légi-

BIU Cujas

timité ; et le sien propre, puisque, comme il est évident, son honneur se trouve compromis.

(6) *Que par l'acte de naissance.* Remarquez 1°. que l'article dit, la *filiation des enfans légitimes*, parce que l'acte de naissance ne suffit pas pour prouver la filiation des enfans naturels, à moins qu'il ne soit signé du père ou de la mère ; auquel cas, il vaut comme reconnoissance de la part de celui ou de ceux qui l'ont signé. Quant aux enfans légitimes, l'acte de naissance, dressé sur la déclaration des personnes que la loi a chargées de la faire, fait preuve de la filiation, même à l'égard du père, parce qu'il fait preuve de l'accouchement, et que, quand la mère est mariée, d'après la règle *pater est*, tout enfant né depuis le mariage est, jusqu'au désaveu jugé valable, présumé l'enfant du mari ;

2°. Qu'il est dit, *la filiation des enfans légitimes*, et non pas la légitimité. Nous avons vu, en effet, plus haut, qu'outre leur acte de naissance, les enfans sont, en général, obligés, pour prouver leur légitimité, de rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère ;

3°. Que le titre, quand il est seul, fait bien preuve ; mais qu'il n'exclut pas la preuve contraire, s'il n'est accompagné, en même temps, de la possession d'état. (Art. 322.)

On a jugé à Paris, le 15 juillet 1808, dans l'affaire *Virginie* (Sirey, 1809; 2°. partie, pag. 112), que l'inscription d'un enfant sur les registres de l'état civil, sous le nom d'une femme qui étoit alors mariée, mais qui n'étoit désignée dans l'acte que sous ses noms de fille, avec l'addition de ces mots, *non libre*, et l'indication d'un autre père que le mari, non-seulement ne prouvoit pas la légitimité, mais n'étoit pas même un commencement de preuve par écrit, susceptible de faire admettre la preuve testimoniale. Cet arrêt est fondé sur les principes rigoureux du droit ; et, dans l'espèce, il étoit très-probablement conforme à l'équité.

On a jugé à la même Cour le 11 juin 1814 (Sirey, 1815; 2°. partie, pag. 17), et avec raison, que la reconnoissance faite par la mère, après la mort du père, d'un enfant qu'elle prétend être né pendant son mariage, n'est pas un titre suffisant, pour admettre l'enfant à la preuve testimoniale de la paternité.

(7) *Ou à défaut d'acte.* C'est-à-dire, quand il n'est point présenté d'acte de naissance. L'enfant peut ignorer à quelle municipalité il a été présenté au moment de sa naissance ; mais si l'acte est représenté, et qu'il soit contraire à la possession, elle n'est plus d'aucune importance.

(8) *Ne peut lui être contesté.* Il résulte de la combinaison des articles 320 et 322, que le titre et la possession réunis font une preuve complète, qui exclut toute preuve contraire ; mais si l'un des deux manque, l'autre fait-il preuve également, sauf la preuve contraire ? Je pense qu'il faut distinguer : Celui qui a le titre sans possession, doit encore prouver l'identité, c'est-à-dire,

BIU Cujas

qu'il est celui auquel ce titre s'applique : laquelle preuve il pourra faire par témoins, s'il y a un commencement de preuve par écrit, ou s'il existe des présomptions ou indices etc. (Argument tiré de l'art. 323); mais celui qui a la possession d'état, est dispensé de toute preuve : c'est à celui qui conteste l'état possédé, à prouver sa prétention. Mais remarquez que, quand l'on dit que l'état de celui qui réunit le titre et la possession, ne peut être contesté, il faut entendre simplement l'état d'enfant d'un tel ou d'une telle. Mais quant à l'état d'enfant légitime, il faut encore, pour qu'il ne puisse être contesté, qu'il n'y ait aucun doute sur l'existence ou la validité du mariage de ceux que son acte de naissance lui donne pour père et mère, ou au moins qu'il se trouve dans le cas de l'art. 197. Autrement, l'on sent que le titre et la possession, quoique réunis, ne seroient d'aucun poids.

(9) *Sous de faux noms.* Il faut donc que l'enfant commence par prouver qu'il a été inscrit sous de faux noms. Mais comment se fera cette preuve? par une inscription de faux, mais seulement de faux incident civil, à cause de la disposition de l'article 327; et d'ailleurs, cette inscription même étant, dans l'espèce, un préliminaire indispensable, et pouvant même former préjugé sur la question d'état, ne doit être admise, qu'autant qu'il y a un commencement de preuve par écrit, ou une réunion de faits constans assez graves pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale. (Art. 323.) Ainsi jugé en Cassation, le 28 mai 1809. (SIREY, 1809; 1re. partie, p. 455.)

(10) *Assez graves.* Par exemple, il est constant que la mère réclamée par l'enfant est accouchée à une époque qui correspond à celle de la naissance du réclamant : on ne représente, ni l'enfant dont elle est accouchée, ni son acte de décès. La réunion de ces faits pourroit suffire, dans certains cas, pour faire admettre la preuve testimoniale.

(11) *Du père ou de la mère.* L'on n'exige pas qu'ils soient décédés, comme dans l'article 46, parce qu'ici, ces registres et papiers ne font pas preuve comme dans ledit article, mais seulement commencement de preuve, et encore si le Tribunal juge à propos de les admettre.

(12) *A la preuve contraire.* Observez que la preuve contraire n'a pas besoin d'être ordonnée; elle est de droit, toutes les fois que l'une des parties est admise à la preuve. (*Cod. de Proc.*, art. 256.)

(13) *Par tous les moyens.* Même par la preuve testimoniale, sauf au juge à en apprécier le mérite.

(14) *L'enfant du mari :* par exemple, qu'il y a eu impossibilité de cohabitation, ou adultère et naissance cachée.

La Cour de Cassation a jugé avec raison, le 6 janvier 1809, que le mari pouvoit former tierce opposition à un arrêt rendu pendant son émigration, et qui avoit déclaré la maternité, et par suite, la paternité constante. (SIREY, 1809; 1re. partie, p. 49.)

BIU Cujas

PAGE 86.

(1) *La voie criminelle.* En rendant plainte, par exemple, en suppression d'état, en s'inscrivant en faux principal contre l'acte de naissance, etc.

(2) *Relatives à la filiation.* Nous avons ajouté ces mots, parce que, s'il s'agit du mariage, la preuve de la célébration peut, ainsi que nous l'avons vu, s'acquérir par le résultat d'une procédure criminelle. La raison de différence peut être que la suppression du titre ne suffit pas pour détruire l'état de l'enfant, puisqu'il peut encore invoquer la possession d'état; au lieu que le titre est tout pour les époux, qui ne peuvent invoquer la possession. D'ailleurs, le mariage est un acte public, dont l'existence peut être facilement prouvée par témoins. On n'en peut dire autant de la maternité, et surtout de la paternité.

(3) *Méme en cas de délit.* L'art. 327 ne parle que du délit de suppression d'état, parce qu'il n'a eu en vue que les demandes formées dans l'intérêt de l'enfant. Mais je pense que la même disposition doit avoir lieu, quand même il s'agiroit de procédures criminelles dirigées contre l'enfant, *putà*, d'une plainte en supposition de part. C'est pour cela que j'ai employé l'expression générale, *en cas de délit.*

(4) *Ne peut avoir lieu*, même de la part du Ministère public. Ainsi jugé en Cassation, le 2 mars 1809 (SIREY, 1809; 1re. partie, p. 300); et le 3 mars 1813. (*Ibid.*, 1813; 1re. part. pag. 239.) C'est une dérogation à l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle, qui veut, au contraire, que l'exercice de l'action civile résultant d'un délit, soit suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, soit que cette dernière ait été intentée avant, ou pendant la poursuite de l'action civile.

Cette dérogation est fondée sur ce que les questions d'état étant de la plus haute importance, on a pensé qu'il valoit mieux courir le risque de laisser un crime impuni, que de fournir à un individu les moyens d'entrer dans une famille qui ne seroit pas la sienne.

Mais l'action criminelle pourroit-elle avoir lieu après le jugement définitif sur la question d'état, si ce jugement avoit rejeté la réclamation de l'enfant? Je ne le pense pas; ce seroit donner ouverture à la fraude : l'enfant commenceroit par intenter une action civile, qu'il sauroit mal fondée, pour pouvoir donner cours ensuite à l'action criminelle, et se procurer par là, pour une autre action, un genre de preuve que la loi lui refuse.

(5) *Sur la question d'état.* En outre, pour éviter toute collusion dans des affaires qui présentent, en général, un grand intérêt, et qui, par leur nature, peuvent préjudicier à d'autres qu'à ceux qui y sont parties, aucune question de ce genre ne peut être jugée sans communication préalable au Ministère public.

Observez que, si la cause est portée au criminel, les individus coupables d'enlèvement, de recélé ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant

BIU Cujas

à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée, sont punis de la réclusion. La même peine est prononcée contre ceux qui, étant chargés d'un enfant, ne le représentent pas aux personnes qui ont droit de le réclamer. (*Code Pénal*, art. 345.)

Observez encore que, pour qu'il y ait lieu à l'application des articles 326 et 327, il faut qu'il y ait question d'état. Si donc il n'y avoit pas question; si, par exemple, celui qui se plaint de la suppression de son état, étoit en possession libre et tranquille de l'état supprimé, je pense que l'action criminelle pourroit avoir lieu de suite, et qu'il en seroit de même. s'il s'agissoit d'un délit qui n'eût aucune connexité avec la question d'état; *putà*, de l'exposition d'un enfant.

(6) *Dans la personne de l'enfant.* La prescription est introduite pour ne pas laisser les propriétés incertaines; et, ici, elle auroit au contraire, pour effet, de laisser l'état de l'enfant incertain. Mais remarquez qu'il n'y a que l'action en réclamation d'état qui soit imprescriptible. Les droits pécuniaires qui pourroient résulter en faveur de l'enfant, de l'état qu'il réclame, sont prescriptibles à son égard, comme à l'égard de tout autre. Si donc il vient, en vertu de son nouvel état, réclamer une succession ouverte depuis plus de trente ans, l'on pourra, s'il y a lieu, lui opposer la prescription, sauf les suspensions ou interruptions de droit, etc.

Mais pourroit-on opposer à l'enfant qui réclame son état, le désistement qu'il auroit donné d'une semblable réclamation faite précédemment par lui? Je pense qu'oui, et qu'en conséquence on a jugé avec raison à Paris le 3 juillet 1812, que l'enfant qui, devenu majeur, avoit désavoué la poursuite en réclamation d'état, faite en son nom par son tuteur, étoit non-recevable à la reprendre par la suite. (Sirey, 1814; 2e. partie, page 42.)

(7) *Quant à ses héritiers.* Il faut entendre ce mot dans le même sens que pour le cas de désaveu, c'est-à-dire, non-seulement des héritiers directs ou collatéraux de l'enfant, mais encore de tous ceux qui peuvent avoir un intérêt pécuniaire à réclamer l'état de l'enfant, tels que les légataires, à quelque titre qu'ils le soient, les donataires, même les créanciers, etc. Appliquez au surplu ici la distinction établie dans le dernier alinéa de la note (13) de la page 84.

Anciennement, l'on suivoit en France les dispositions des lois romaines au Titre *Ne de statu defunctorum*, etc. Et en conséquence quand l'enfant mouroit pendant l'appel, on distinguoit: S'il étoit appelant, les parties intéressées pouvoient continuer l'instance. Mais, s'il étoit intimé, c'est-à-dire, s'il avoit gagné en première instance, la question d'état étoit terminée, et l'on devoit s'en tenir au jugement qui avoit été rendu de son vivant. L. 1. §. 3. *Eod.* De même l'on ne pouvoit contester l'état d'un individu cinq ans après sa mort. L. 1. *in princip. Eod.* (De la Combe, *verbo* Etat, n°. 4.) Ces dispositions exorbitantes du droit

BIU Cujas

commun n'ayant pas été conservées par le Code, doivent être regardées comme abrogées.

(8) *Du dernier acte de la procédure.* Il paroîtroit résulter de la discussion, que cette espèce de prescription, qui peut être opposée aux héritiers de l'enfant, ne pourroit lui être opposée à lui-même, et qu'à son égard tout est imprescriptible. Cependant, comme le Code de Procédure est postérieur au Code Civil, et qu'il décide (art. 397 et 398) que la péremption court dans toute instance, et contre toutes sortes de personnes, je crois devoir revenir sur l'opinion que j'avois émise dans mes précédentes éditions, et décider que la péremption peut être demandée même contre l'enfant qui réclame son état; et, si elle n'éteint pas l'action, qui est imprescriptible, elle aura au moins pour effet de l'empêcher de se prévaloir d'aucun des actes de la procédure périmée. (*Procéd.*, art. 401.) Mais remarquez qu'à l'égard des héritiers, le laps de trois années écoulées sans poursuite de la part de l'enfant, à compter du dernier acte de la procédure, opère une prescription, ou une fin de non-recevoir, et non pas seulement une péremption. Cela est essentiel à remarquer, pour deux raisons: la première, c'est que la prescription éteint l'action, la péremption n'éteint que la procédure; la seconde, c'est que la prescription s'opère de plein droit par le seul laps de temps, et sans qu'il soit besoin de la demander; la péremption au contraire a besoin d'être demandée. (*Cod. de Procéd.*, art. 399.)

(9) *Ou dans les cinq ans de sa majorité.* Mais alors, quel délai auront les héritiers? On ne peut disconvenir que le délai de trente ans ne soit fort long. Mais, néanmoins, dans le silence de la loi, on ne peut appliquer ici que l'article 2262: bien entendu que les trente ans devront courir du jour du décès de l'enfant.

(10) *Par mariage subséquent.* Ce mode de légitimation, établi dans le principe par le droit romain (*L.* 10, Cod. *de Natural. Liberis*), avoit été introduit dans notre droit par une décision du pape Alexandre III, qui se trouve au chapitre VI, *extrà; Qui filii sint legitimi.*

(11) *De ce mariage même.* Ainsi, l'enfant légitimé est censé né du mariage qui l'a légitimé. Il ne peut donc recueillir les successions ouvertes avant le mariage, quoique postérieurement à sa conception, et même à sa naissance. (*Voyez* ci-dessus la note (2) de la pag. 84.) Par la même raison, il ne seroit pas l'aîné à l'égard des enfans d'un précédent mariage, quand même il seroit plus âgé qu'eux, comme dans l'espèce suivante:

« Pierre a un enfant naturel de Jeanne: il épouse Marie, dont il a des enfans « légitimes; devenu veuf, il épouse Jeanne. Ce mariage légitime bien l'en» fant qu'il a eu de Jeanne; mais, quoiqu'il soit plus âgé que les enfans de « Marie, ils sont néanmoins tous censés ses aînés. »

Cette disposition peut être de quelqu'importance, dans le cas d'un majorat.

BIU Cujas

Observez cependant cette différence, que, si l'enfant légitimé étoit réellement né du mariage, il révoqueroit toutes les donations faites antérieurement à ce mariage; au lieu qu'il ne révoque que celles qui sont faites antérieurement à sa naissance. (Art. 960.) En conséquence, il ne révoque pas celles qui sont faites dans l'intervalle de sa naissance au mariage qui l'a légitimé.

Au reste, tout ce qui vient d'être dit, prouve que la légitimation par mariage subséquent n'est fondée, ni sur une fiction de la loi, qui feroit remonter l'époque du mariage à celle de la conception, autrement l'enfant légitimé seroit l'aîné des enfans du mariage intermédiaire; ni sur une autre fiction, qui feroit redescendre la conception de l'enfant à l'époque du mariage; autrement il révoqueroit toutes les donations antérieures au mariage. Cette légitimation ne peut donc être fondée, comme dit POTHIER, que sur ce que la loi suppose que les parties avoient, lors de la conception, l'intention de contracter mariage ensemble; que c'est la violence de la passion qui les a fait succomber; que leur commerce est une espèce d'anticipation du mariage qu'elles se proposoient de contracter, et qu'elles ont depuis contracté en effet; en sorte que les enfans nés de ce commerce doivent être regardés comme des fruits anticipés du mariage. De là il suit que si, à l'époque de la conception, il existoit un empêchement au mariage, l'enfant ne pourroit être légitimé, quand même l'empêchement se trouveroit levé par la suite, et que le mariage auroit effectivement lieu. C'est ainsi que, comme nous le verrons dans la note suivante, l'enfant né du commerce d'un oncle avec sa nièce, n'est point légitimé par le mariage de ses père et mère, contracté même avec dispense. Il en devroit être de même, à plus forte raison, si l'empêchement existant au moment de la conception, étoit alors à-peu-près insurmontable.

Nonobstant ces principes, que je tiens pour incontestables, la Cour de Bourges a jugé le 14 mars 1809 (SIREY, 1809; 2e. partie, pag. 206), que l'enfant né avant la révolution, du commerce d'un prêtre avec une fille, avoit pu être légitimé par le mariage contracté par ses père et mère depuis la révolution; comme si l'on pouvoit supposer que les époux avoient, lors de la conception, l'intention de se marier un jour. On a dit que, d'après la Décrétale précitée, 6, *X*: *Qui filii sint legitimi*, le mariage seul légitimoit, sans le secours d'aucune fiction. Mais alors, pourquoi la même Décrétale dit-elle que les adultérins ne pourront être légitimés; disposition qui a été adoptée par le Code, dans l'article 331? Et pourquoi ce même article décide-t-il encore, comme nous venons de le dire, que l'enfant incestueux ne peut être légitimé, même quand son père et sa mère viendroient à contracter mariage ensemble, après avoir obtenu des dispenses? Le mariage des père et mère ne suffit donc pas pour légitimer les enfans; il faut encore que ceux-ci soient aptes à recevoir le bienfait de la légitimation; ce qui n'a lieu que quand ils sont nés *ex solutâ et solutâ*. Or, peut-on dire qu'un prêtre étoit *solutus* avant la révolution?

BIU Cujas

L'enfant pourroit-il être légitimé malgré lui ? Je pense qu'il doit consentir, au moins tacitement, c'est-à-dire qu'il faut qu'il ne réclame pas; et je me fonde sur ce qu'il n'y a pas de légitimation sans reconnoissance, et que toute reconnoissance peut être contestée par tous ceux qui ont intérêt. Elle peut donc l'être par l'enfant lui-même, s'il a intérêt, comme nous le verrons sur l'article 339. C'est d'après cela que la Cour royale de Paris a jugé, avec raison, le 28 décembre 1811, que la nullité de la légitimation pouvoit être prononcée sur la demande de l'enfant. (SIREY, 1812; 2e. partie, pag. 67.)

(12) *Incestueux ou adultérin.* Nous verrons, ci-après, au Titre *des Enfans Naturels*, ce qu'on doit entendre par un commerce incestueux ou adultérin.

L'enfant né du commerce d'un oncle avec sa nièce peut-il être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, contracté avec dispense du Roi, comme cela est permis par l'article 164 ? Je ne le pense pas; car ce ne peut être précisément que ce cas que l'article 331 a eu en vue, quand il a dit que l'enfant incestueux ne pourroit être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère. En effet, l'article suppose évidemment qu'il peut arriver que le père et la mère d'un enfant incestueux contractent un mariage valable; et il décide qu'un pareil mariage ne légitimera pas l'enfant. Or, il ne peut y avoir mariage valable entre le père et la mère d'un enfant incestueux, que dans le cas de l'article 164, c'est-à-dire, quand les époux sont l'oncle et la nièce, le neveu et la tante, et que l'enfant provient de leur commerce. Donc, c'est précisément pour ce cas, et pour ce cas unique, que l'article 331 a décidé que le mariage subséquent ne légitimeroit pas l'enfant incestueux. D'ailleurs, l'article 331 décide formellement que l'enfant conçu et né hors mariage ne peut être légitimé, qu'autant qu'il est reconnu. Or, aux termes de l'article 335, la reconnoissance ne peut avoir lieu au profit des enfans incestueux.

Remarquez que le même article 331 dit, *les enfans nés hors mariage, pourront*, etc., et non pas, *les enfans conçus hors mariage*. Ce n'est cependant pas l'époque de la naissance, mais celle de la conception, qui détermine la légitimité; et d'ailleurs, nous avons démontré ci-dessus, note (2) de la page 84, que l'enfant né dans le mariage, mais conçu auparavant, devoit être regardé comme enfant légitimé, aussi bien que l'enfant conçu et né hors mariage. Pourquoi donc l'article 331 ne parle-t-il que des enfans nés hors mariage ? C'est parce que l'enfant né dans le mariage, quoique conçu auparavant, n'a pas besoin d'être reconnu pour être légitimé. Il suffit qu'il ne soit pas désavoué (Art. 314): au lieu que l'enfant conçu et né hors mariage, n'est légitimé, qu'autant qu'il a été reconnu au plus tard au moment de la célébration. L'on voit, d'après cela, que le sort de l'enfant conçu avant le mariage, mais né dans le mariage, ayant été précédemment réglé par l'article 314, l'art. 331 n'avoit plus à s'occuper que de l'enfant conçu et né avant le mariage.

BIU Cujas

L'article ajoute : *pourront être légitimés*. De ce mot *pourront*, il ne faut pas conclure que la légitimation soit entièrement facultative de la part des père et mère. Ils sont libres, sans doute, de ne pas reconnoître l'enfant provenu de leur commerce, et par là ils le priveront du bénéfice de la légitimation; mais s'ils l'ont une fois reconnu, la légitimation a lieu de droit, et il ne dépend plus d'eux de l'empêcher. Il faut donc entendre ce mot *pourront*, dans le sens que le mariage est un moyen que la loi offre aux père et mère naturels pour légitimer leurs enfans. Il y a, au surplus, ici, dérogation à l'ancien droit, d'après lequel l'enfant, quoique non reconnu, étoit légitimé de droit par le mariage de ses père et mère, en prouvant par lui, qu'il étoit provenu du commerce que les deux époux avoient eu ensemble avant le mariage. Cette différence tient à ce qu'il étoit permis alors à l'enfant naturel de rechercher la paternité ; ce qui lui est défendu maintenant par l'article 340.

L'on propose la question suivante : Un enfant naturel a été reconnu par son père seulement. Ce dernier se marie avec la mère de l'enfant, mais qui ne l'a pas reconnu. L'enfant peut, aux termes de l'article 341, rechercher la maternité. Mais s'il parvient à la prouver postérieurement au mariage, sera-t-il censé avoir été légitimé par le mariage? Je ne le pense pas. La preuve de la maternité équivaut, en effet, à la reconnoissance de la mère. Mais elle ne peut plus avoir d'effet. Or, la reconnoissance de la mère, postérieure au mariage, opéreroit-elle la légitimation? Non, sans doute; puisque, d'après l'article 331, elle doit être faite, au plus tard, dans l'acte de célébration. Donc, etc.

(13) *Dans l'acte de célébration.* Peut-il être reconnu pendant le mariage? Oui. (Art. 337.) Mais il ne pourra, dans ce cas, réclamer que les droits d'enfant naturel. Pourquoi cette différence? C'est probablement parce que l'on a craint que les époux, par un concert frauduleux, ne se portassent à reconnoître, et par conséquent à légitimer un enfant qui ne leur appartiendroit pas.

Quid, s'il y a eu un mariage précédent, mais postérieur à la naissance de l'enfant à légitimer? il faut distinguer : S'il n'existe pas d'enfant du premier mariage, la légitimation a lieu, à quelqu'époque que l'enfant ait été reconnu, pourvu qu'il le soit, au plus tard, au moment de la célébration du deuxième mariage. Mais s'il y a des enfans du premier lit, l'enfant pourra bien être légitimé; mais la légitimation ne pourra préjudicier aux enfans du premier mariage, qu'autant que la reconnoissance sera antérieure à ce mariage. (Art. 337.)

(14) *De ceux qui sont prédécédés.* Espèce : Pierre et Jeanne ont deux enfans naturels qu'ils ont reconnus : l'un d'eux vient à mourir, laissant des enfans. Pierre épouse ensuite Jeanne. Non-seulement l'enfant naturel survivant est légitimé; mais encore les enfans de celui qui est prédécédé, ont les mêmes droits que si leur père avoit été réellement légitimé.

C'est de cette disposition, qui existoit également dans l'ancien droit, que

BIU Cujas

l'on avoit inféré que le mariage avoit un effet rétroactif au moment de la naissance. Mais, alors, comment concilier cette doctrine avec celle qui, dans l'ancien droit comme dans le nouveau, accordoit le droit d'aînesse à l'enfant né d'un premier mariage, au préjudice de l'enfant légitimé par un mariage postérieur, quoique celui-ci fût plus âgé. Il faut donc s'en tenir sur ce point à ce qui est dit ci-dessus, note (11).

Pourroit-on reconnoître, et par suite légitimer un enfant naturel décédé, et qui n'auroit point laissé d'enfans? Et d'abord, examinons si l'on peut avoir quelqu'intérêt à le faire. L'affirmative n'est pas douteuse: car, si cet enfant a des biens, les père et mère ont intérêt de le reconnoître, afin de lui succéder. Néanmoins je ne pense pas qu'il puisse être reconnu, ni par conséquent légitimé. Car, d'abord, il est de principe que le néant ne peut acquérir, et qu'on ne peut lui conférer aucun droit. Il est donc très-vrai de dire qu'en principe général et rigoureux, l'enfant décédé ne peut être ni reconnu ni légitimé. Le contraire paroît être établi, à la vérité, par l'article 332; mais c'est précisément parce que cet article renferme une exception aux principes ordinaires du droit, qu'il doit être renfermé dans son cas particulier. Or, il ne permet de reconnoître ou de légitimer l'enfant naturel décédé, que lorsqu'il a laissé des enfans; donc cela ne se peut dans aucun autre cas. Ajoutons que, si l'on suppose que la reconnoissance a eu lieu après la mort, il s'ensuit que la succession de l'enfant s'étant trouvée ouverte auparavant, a été déférée à ceux qui avoient droit de la recueillir à défaut des père et mère: or, ne seroit-il pas contraire à tous les principes, qu'un individu pût, par une reconnoissance tardive, et entièrement dépendante de sa volonté, priver des tiers, ou même l'Etat, d'un droit légitimement acquis?

Page 87.

(1) *De nourrir*; c'est-à-dire, leur fournir la nourriture proprement dite, l'habillement et le logement. *Legatis alimentis*, dit la loi 6, ff. de Alimentis vel cibariis legatis, *cibaria et vestitus, et habitatio debentur, quia sine his ali corpus non potest.*

(2) *Et élever*; c'est-à-dire, leur donner l'éducation proportionnée à l'état et aux facultés des parens, ainsi qu'au rang que les enfans devront tenir un jour probablement dans le monde; les mettre, s'il y a lieu, en état de gagner leur vie, en leur faisant apprendre un métier, ou de toute autre manière. Mais l'obligation se borne à l'apprentissage, et ne s'étend pas jusqu'à l'établissement. (Art. 204.)

Il résulte de ces dispositions que les instituteurs des enfans ont une action directe contre les père et mère pour se faire payer des pensions et honoraires; mais cette action ne préjudicie en rien à celle que ces instituteurs peuvent exercer contre les enfans eux-mêmes, si ceux-ci ont des moyens suffisans pour

BIU Cujas

les payer. *Sic* jugé à Aix, le 11 août 1812 (Sirey, 1813; 2e. part., pag. 369), et en Cassation, le 18 août 1813. (*Ibid.* 1814, 1re part., pag. 86.)

(3) *Leurs enfans.* La même disposition s'applique aux enfans naturels reconnus. *Quid*, s'ils sont majeurs? L'obligation de les nourrir subsiste toujours, lorsqu'ils sont dans le besoin, et dans l'impossibilité actuelle de gagner leur vie. Un arrêt de la Cour de Grenoble a même jugé qu'un père étoit tenu de fournir des alimens à sa fille qui s'étoit mariée malgré lui; et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 7 décembre 1808. (Sirey, 1809; 1re partie, pag. 38.) *Necare videtur qui alimonia denegat.* (*L.* 4, ff. *de Agnosc. et Al. Liberis.*)

Quid, si l'enfant a été mis précédemment en état de gagner sa vie? Le juge appréciera si le besoin de l'enfant provient de sa faute, de sa paresse, ou bien des circonstances. *Aditi à te competentes judices*, dit la Loi 5, §. 7, cod. Tit. *Ali te à patre tuo jubebunt pro modo facultatum ejus: si modo, cum opificem te esse dicas, in eâ valetudine es, ut operis sufficere non possis.* Il en seroit de même, s'il étoit constant que l'ouvrage manque, et que l'enfant ne peut s'en procurer.

Quid, si l'enfant s'est rendu coupable d'une injure considérable envers son père? La loi 5, §. 11, *eod.*, dispensoit le père qui avoit été dénoncé par son fils, de l'obligation de lui fournir des alimens. En seroit-il de même chez nous? Peut-être pourroit-on appliquer ici l'article 727, et admettre, pour le cas d'alimens, les mêmes causes d'indignité que pour les successions, c'est-à-dire les deux premières rapportées dans ledit article; car, si la loi décide que, dans ces cas, l'enfant doit être privé de tout droit à la succession de son père, à plus forte raison doit-il l'être du droit de lui demander des alimens pendant sa vie.

Il faut observer 1°. que l'obligation de nourrir les enfans du mariage, imposée aux époux par l'art. 203, leur est imposée à tous deux conjointement; d'où il suit que c'est une obligation qui leur est naturellement commune, et qui doit être acquittée par tous deux, et solidairement, quand même il n'y auroit pas communauté entr'eux. Voir un arrêt de Colmar, du 7 août 1813. (Sirey, 1813; 2e. part., pag. 374.) Mais si les époux sont mariés sous le régime dotal, et s'il y a eu une dot constituée, comme la dot est donnée au mari pour soutenir les charges du mariage, du nombre desquelles est la nourriture et l'éducation des enfans communs, c'est alors au mari seul que cette charge est dévolue. Mais s'il est hors d'état d'y subvenir, c'est à la femme à y pourvoir, même sur ses paraphernaux.

2°. Que, par le mot *enfant*, il faut entendre tous les descendans, sauf que le droit ne peut être exercé qu'en remontant graduellement, et non *omisso medio*. Ainsi, le petit-fils qui a encore père ou mère, doit s'adresser d'abord

BIU Cujas

à eux; et ce n'est qu'en cas d'impossibilité de leur part, qu'il peut s'adresser à l'aïeul. (*L.* 8, ff. *eod.*)

(4) *Par mariage ou autrement.* Mais si l'obligation de doter n'est point fondée sur la loi civile, elle est néanmoins toujours regardée comme une obligation naturelle, ainsi que nous le verrons au Titre *du Contrat de Mariage.*

(5) *Et autres ascendans*, mais en observant la même gradation dont nous avons parlé relativement aux descendans, c'est-à-dire, que l'aïeul doit s'adresser au fils, avant de poursuivre le petit-fils, et ainsi de suite. Mais s'il y a des enfans au premier degré, et des petits-enfans d'un fils prédécédé, tous solvables, ceux-ci doivent-ils concourir au payement de la pension alimentaire due à l'ascendant commun? Je pense qu'oui. Les petits-enfans succèdent aux droits de leur père; ils doivent donc succéder à ses charges; mais ils ne compteront que pour une tête.

Nous pensons, au surplus, avec Pothier (*du Contrat de Mariage*, n°. 391), que l'obligation des alimens est solidaire à l'égard de ceux qui doivent les fournir, c'est-à-dire, que l'ascendant qui est dans le besoin, peut s'adresser à celui de ses descendans qu'il veut choisir pour lui demander la totalité de la pension alimentaire, s'il est en état de la payer. L'ascendant est déjà assez malheureux d'être obligé de demander du pain à ses enfans, sans qu'on le force encore de diviser son action entre chacun d'eux. D'ailleurs, chaque enfant, considéré seul, lorsqu'il a le moyen, est obligé par le droit naturel, de fournir à son père la totalité, et non pas une partie de ce qui lui est nécessaire pour sa subsistance. On veut bien lui permettre, lorsque ses frères ont également le moyen, d'exercer contre eux un recours; mais cela ne diminue en rien son obligation à l'égard de son père. *Sic* jugé à Colmar, le 24 juin 1812 (Sirey, 1813; 2e. partie, pag. 16); et, dans ce cas, le recours de celui qui a payé, s'exerce conformément aux articles 1213 et 1214.

Quant à la quotité de la part que chaque enfant doit rembourser à celui qui a payé, elle est égale, s'ils ont tous également le moyen d'y fournir; sinon, elle est proportionnée aux facultés de chacun d'eux; de manière que, si un, ou plusieurs d'entre eux, sont hors d'état d'y contribuer, la pension est entièrement à la charge des autres.

Les mêmes dispositions doivent s'appliquer aux ascendans qui se trouvent au même degré, et qui doivent solidairement des alimens à ceux de leurs descendans qui sont dans le besoin.

Quid, si la même personne a son père et son fils, tous deux en état de lui fournir des alimens? Le fils seul est tenu. Sa dette est plus sacrée. Et d'ailleurs, si la personne étoit riche, son fils lui succéderoit seul. Or, *eumdem sequi debent onera, quem sequuntur emolumenta.*

BIU Cujas

Dans la Loi 5, §. 17, *eod.*, Ulpien examine la question si l'obligation de fournir des alimens au père dans le besoin, peut être regardée comme une charge de la succession du fils, et doit être en conséquence acquittée par son héritier; et il décide l'affirmative. Cette décision seroit, sans doute, suivie chez nous, dans le cas où l'ascendant se trouveroit n'avoir rien à recueillir dans la succession du descendant, *putà*, s'il y avoit un légataire universel, et que l'ascendant ait reçu, pendant la vie du défunt, le montant total de sa légitime. L'obligation de se fournir mutellement des alimens, est contractée par l'ascendant et le descendant, au moment de la naissance de ce dernier. Elle est contractée sous deux conditions conjointes; si l'un est dans le besoin, et si l'autre est dans la possibilité de fournir des alimens. L'accomplissement des deux conditions a un effet rétroactif au moment où l'obligation a été contractée. (Art. 1179.) Elle passe donc, avec les biens, à tous les héritiers ou successeurs à titre universel.

Les père et mère naturels peuvent-ils demander des alimens aux enfans qu'ils ont reconnus? Oui, sans doute. L'obligation des alimens est réciproque. Ils sont dus par tous ceux qui auroient, le cas échéant, le droit d'en exiger, sauf toutefois le droit réservé aux enfans de contester la reconnoissance, s'ils prétendent n'être pas les enfans de ceux qui les ont reconnus, peut-être uniquement à l'effet de se procurer un titre pour demander des alimens.

(6) *En cas de nécessité.* Est-ce à l'ascendant à prouver qu'il est dans la nécessité? Je ne le pense pas. Ce seroit l'astreindre à prouver un fait négatif. C'est donc aux enfans à prouver qu'il a des moyens d'existence. *Sic* jugé à Colmar, le 23 février 1813. (Sirey, 1814; 2e. partie, page 3.)

(7) *Leurs beau-père ou belle-mère.* Le mot *gendre* indique assez que, par *beau-père et belle-mère*, il faut entendre ce que les Latins expriment par *socer*, *socrus*, c'est-à-dire, le père et la mère du mari ou de la femme, et non pas le second mari de la mère ou la seconde femme du père, *vitricus*, *noverca*, auxquels il n'est dû d'alimens dans aucun cas, par leurs beaux-fils ou belles-filles.

Remarquez qu'il s'agit ici du cas où les alimens sont à prendre sur les biens personnels des gendre et belle-fille; ce qui ne peut avoir lieu du vivant de l'autre époux, que subsidiairement, et en cas d'insuffisance des biens dudit époux; car si, par exemple, la fille mariée étoit elle-même riche, les alimens seroient dus par elle, et sur ses biens, à tous ses ascendans; et, par conséquent, si elle étoit commune en biens, la dette des alimens devroit être acquittée à la vérité par le gendre, mais comme dette mobilière de la femme, et, par conséquent, comme dette de la communauté. Il en seroit également tenu, s'il y avoit exclusion de communauté, puisque, dans ce cas, il perçoit tous les revenus des biens de sa femme. Mais si la femme est séparée de biens, ou si, étant mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux,

BIU Cujas

les alimens doivent être fournis par elle, et sur ses biens personnels ; et ce n'est, comme nous avons dit, qu'en cas d'insuffisance, qu'ils pourroient être pris sur les biens personnels du gendre.

L'article 206 ne parle que du beau-père et de la belle-mère : doit-on en conclure que les gendre et belle-fille ne devroient point d'alimens aux autres ascendans de leurs époux? M. Proudhon est d'avis de la négative, attendu que l'article n'en parle pas. Je ne partage pas son opinion. Les gendre et belle-fille doivent les alimens, parce qu'ils sont *loco filii* ou *filiæ*. Ils sont donc sujets à toutes les obligations d'un fils ou d'une fille, et par conséquent à celle de nourrir leurs ascendans par alliance. Ce c'est pas dans une matière aussi favorable que celle des alimens, que l'on doit suivre aussi littéralement le texte de la loi.

(8) *Si la belle-mère s'est remariée.* C'est alors à son nouveau mari à pourvoir à sa subsistance; d'ailleurs, en se remariant, elle a passé dans une nouvelle famille. Ces raisons ne peuvent s'appliquer au beau-père qui se remarie.

(9) *Ainsi que les enfans issus de son union.* Donc, s'il y a des enfans, les alimens sont dus ; mais par qui le sont-ils ? Il sembleroit résulter de la rédaction de l'article 206, que, dans tous les cas, ils sont dus par le gendre ou la belle-fille survivant. Je pense néanmoins qu'il faut distinguer : Si les enfans provenant de l'union sont en état de fournir les alimens, ils en sont tenus seuls; les liens qui unissent les petits-enfans à l'aïeul, sont bien plus étroits et plus sacrés que ceux qui unissent un gendre ou une belle-fille à ses beau-père ou belle-mère. L'obligation des gendre et belle-fille ne doit donc être, dans ce cas, que subsidiaire.

(10) *Excepté dans les cas.* Si donc la belle-mère est remariée, le gendre ne peut plus lui demander d'alimens. De même, si la fille est morte sans laisser d'enfans, son mari ne peut plus demander d'alimens à ses beau-père ou belle-mère; par la même raison, la belle-fille remariée ne peut plus demander d'alimens à ses beau-père et belle-mère.

(11) *Dispensés de les fournir.* Je pense qu'il faudroit également excepter le cas où les gendres ou belles-filles auroient eux-mêmes des enfans en état de leur fournir des alimens. L'obligation des enfans est plus sacrée que celle des beau-père ou belle-mère.

(12) *Dans la proportion du besoin.* Il faut entendre ici le besoin relatif, c'est-à-dire, proportionné à l'âge, à la force, à l'état de santé ou de maladie, et même, le cas échéant, au rang que la personne a tenu précédemment dans le monde.

Observez que le jugement qui ordonne la prestation des alimens, ordonne en même temps qu'ils seront payés par quartier, ou par semestre, et toujours d'avance.

BIU Cujas

PAGE 88.

(1) *Ou la réduction de la pension ;* et l'on peut s'adresser, pour cela, au même tribunal qui l'a d'abord fixée. Cela n'est point contraire au principe de pratique judiciaire, qui ne veut pas qu'un tribunal puisse se réformer lui-même. Ici, il ne se réforme pas. Il a jugé dans tel temps, et eu égard à telles circonstances, que la pension devoit être fixée à tant : les circonstances ayant changé, il juge actuellement qu'elle doit être supprimée, réduite, ou même augmentée ; ce n'est point là se réformer, c'est juger une autre affaire.

(2) *En connoissance de cause.* On examinera, par exemple, si l'enfant n'a pas à redouter des mauvais traitemens ou des mauvais exemples, surtout si c'est une fille.

(3) *Qu'elles ne peuvent payer en argent.* Les père et mère ne sont point assujettis à cette preuve. L'enfant ne peut jamais être humilié de venir prendre ses alimens dans la maison paternelle.

De ce que les ascendans et descendans sont tenus de se fournir mutuellement des alimens, doit-on en conclure qu'il y auroit lieu entre eux à ce que les auteurs appeloient *le bénéfice de compétence ?* C'étoit une exception au moyen de laquelle une personne ne pouvoit être condamnée envers certains créanciers, au-delà de ce qu'elle pouvoit payer, *ultrà id quod facere poterat deducto ne egeat.* (*L.* 173, ff. *de Reg. juris.*) Ce bénéfice étoit accordé aux ascendans à l'égard des descendans, au patron et à ses enfans et descendans à l'égard des affranchis, au mari assigné en restitution de la dot, aux associés entre eux, au donateur à l'égard du donataire, et aux militaires à l'égard de tous. (*LL.* 16, 17, 18 et 19, ff. *de Re judicatâ.*) Ce bénéfice est abrogé en France depuis long-temps. On a reconnu qu'il pouvoit y avoir de l'inconvénient à obliger un fils de souffrir d'abord une réduction sur sa créance contre son père, qui pouvoit dissiper le montant de cette réduction ; ce qui ne l'empêcheroit pas de demander en outre des alimens. Sans doute la loi naturelle défend à un fils de diriger contre son père des poursuites rigoureuses ; mais enfin, s'il le faisoit, et si ses demandes étoient conformes aux lois, les juges seroient tenus de prononcer et de faire exécuter comme à l'égard de toute autre personne, sauf la contrainte par corps, qui ne seroit point accordée au fils contre son père, et réciproquement ; et sauf au père à former ensuite contre son fils une demande en prestation d'alimens.

(4) *Ou civile de l'un des époux.* Le Code dit : *Par la condamnation, devenue définitive, de l'un des époux à une peine emportant mort civile.* Mais il est clair que cette rédaction n'est pas tout-à-fait exacte. Il résulte formellement de l'article 25, que le mariage du condamné n'est dissous que par la mort civile : et la mort civile n'est pas encourue par la condamnation, même devenue définitive ; il faut encore qu'il y ait eu exécution.

BIU Cujas

Quant à la différence essentielle qui existe, quant aux effets, entre cette dissolution, et celle qui a lieu par la mort naturelle, *voyez* ci-dessus la note (2) de la page 24. J'ajouterai même à ce qui est dit dans cette note, que, si la rédaction de l'article 227 est inexacte dans le sens que la condamnation même à une peine emportant mort civile ne suffit pas pour dissoudre le mariage et qu'il faut encore l'exécution, elle peut néanmoins être entendue dans ce sens que la mort civile elle-même ne dissout pas le mariage, tant que la condamnation n'est pas devenue définitive; ce qui peut avoir lieu quand la condamnation a eu lieu par contumace, et que l'accusé ne s'est pas représenté dans les cinq ans; et alors la mort civile est bien encourue; et cependant la condamnation n'est pas définitive, puisque, si le condamné se représente dans les vingt ans, à compter de la date du jugement, et est absous, ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, il recouvre la vie civile pour l'avenir. (Art. 31.) Voici donc, dans mon avis, comment doivent être entendus les articles 25 et 227: Si la condamnation à une peine emportant mort civile, a été contradictoire, le mariage est dissous par l'exécution, soit réelle, soit par effigie; si la condamnation a eu lieu par contumace, le mariage n'est dissous que par l'expiration du délai de vingt ans accordé à l'accusé pour purger la contumace. Cette interprétation me paroît d'autant plus admissible, qu'elle rend les dispositions de la loi plus conformes à la morale, et au principe de l'indissolubilité du mariage.

PAGE 89.

(1) *Conçus hors mariage. Conçus*, et non pas *nés*. Il n'est pas nécessaire d'être né dans le mariage pour être légitime, puisque l'enfant né dans les deux cent quatre-vingt-dix-neuf jours après la dissolution du mariage, est légitime. (Art. 315.) Et réciproquement, un enfant peut être né dans le mariage, et n'être pas légitime; si, par exemple, il est né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. Il est donc évident que c'est du moment de la conception, calculé d'après celui de la naissance, qu'il faut partir, pour décider si le commerce dont l'enfant est provenu, est, ou non, illégitime.

(2) *Avec une autre personne.* Ainsi l'enfant né pendant le mariage, et du commerce même des deux époux, peut être adultérin. Exemple:

« Pierre, veuf depuis deux mois, épouse Jeanne enceinte de ses œuvres, et « qui accouche deux mois après le mariage. Dans ce cas, l'époque de la con- « ception remontant à deux mois, au moins, avant la dissolution du premier « mariage de Pierre, l'enfant est adultérin, et ne peut jamais, en conséquence, « devenir légitime, ni même être légalement reconnu. »

(3) *Au degré prohibé.* Et ce, quand même ils auroient obtenu, depuis, des dispenses à l'effet de se marier. Leur commerce n'en étoit pas moins incestueux au moment de la conception; et nous avons démontré, sur l'article 331,

BIU Cujas

que les enfans qui en provenoient, ne pouvoient, aux termes dudit article, être légitimés par mariage subséquent.

(4) *Dans aucune des deux classes ci-dessus.* Dans ma dernière édition, j'avois défini cette sorte d'enfans; ceux dont les père et mère pouvoient, sans nul empêchement, contracter mariage ensemble à l'époque de la conception. J'ai cru devoir changer cette définition, et y substituer celle que l'on trouve ici, parce qu'il peut se rencontrer des cas, rares à la vérité, dans lesquels des enfans nés de père et mère qui n'auroient pu se marier ensemble à l'époque de la conception, devroient, du moins à mon avis, être regardés comme des enfans purement naturels. Je range dans cette classe l'enfant né de deux personnes dont l'une étoit morte civilement à l'époque de la conception, l'enfant né de deux époux divorcés depuis le Code, etc., et autres semblables.

(5) *Tant qu'il ne les a pas expressément reconnus.* Il faut excepter cependant le cas où l'enfant, conçu avant le mariage de sa mère, est né depuis la célébration. Nous avons vu en effet au Titre *du Mariage* qu'il n'a pas besoin d'être reconnu expressément. Il suffit qu'il ne soit pas désavoué.

(6) *Est rigoureusement interdit.* Le motif de cette disposition a été, est-il dit dans le discours de présentation au Corps-Législatif, « Que les recher-« ches de paternité exposoient les tribunaux aux débats les plus scandaleux, « aux jugemens les plus arbitraires, à la jurisprudence la plus variable; que « l'homme dont la conduite étoit la plus pure, celui même dont les cheveux « avoient blanchi dans l'exercice de toutes les vertus, n'étoient point à l'abri « de l'attaque d'une femme impudente, ou d'enfans qui lui étoient étrangers; « que ce genre de calomnie laissoit toujours des traces affligeantes; en un mot, « que les recherches de paternité étoient regardées comme le fléau de la « société. » Nous aurons peut-être occasion de revenir sur ces différens motifs.

Quid, si un homme a reconnu un enfant naturel, par suite de procédures dirigées contre lui? Comme, d'après le Code, on ne peut craindre l'effet de pareilles procédures, l'on doit regarder la reconnoissance qui a eu lieu, comme purement volontaire, et dictée uniquement par le désir de rendre hommage à la vérité; elle doit donc être jugée valable.

L'article 340, quoique fort clairement rédigé, a cependant donné lieu à une difficulté assez grave, et sur laquelle les opinions sont loin d'être d'accord.

L'on convient bien, en général, que, d'après cet article, la paternité ne peut être recherchée, au nom de l'enfant, et dans son intérêt. Mais ne pourroit-elle pas l'être contre lui? Ainsi, l'article 908 défend aux père et mère de donner à leurs enfans naturels au-delà de la part qui leur revient *ab intestat*, d'après l'article 757. Le père d'un enfant naturel, dans l'intention d'éluder cette disposition, ne le reconnoît point, et l'institue son légataire universel.

BIU Cujas

La même chose peut arriver à l'égard de l'enfant adultérin ou incestueux, qui ne peut être reconnu. Les héritiers légitimes du testateur pourroient-ils être admis à prouver la paternité, et faire réduire par-là l'enfant à la part qui lui est assignée par la loi ? La négative a été jugée en Cassation, les 14 mai 1810 (SIREY, 1810; 1re. partie, pag. 272), et 14 mai 1811 (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. XVI, pag. 442), et encore le 17 décembre 1816. (SIREY, 1817; 1re. partie, pag. 191.)

Malgré ces arrêts, qui semblent annoncer une jurisprudence bien établie, j'oserai encore élever quelques doutes, et je vais développer les motifs de mon incertitude à cet égard.

On s'est appuyé fortement, lors de ces arrêts, sur le texte de l'article 340, *la recherche de la paternité est interdite.* Cela est général, a-t-on dit, et n'admet aucune exception. Mais l'on sait qu'en fait d'interprétation des lois, l'on doit appliquer les règles établies pour l'interprétation des conventions. Or, la première règle à cet égard, est qu'il faut plutôt rechercher l'intention, que s'arrêter au sens littéral des termes. L'intention du Législateur est évidemment exprimée dans les Motifs. Qu'a-t-il voulu ? sinon *mettre l'homme honnête et d'une conduite pure, à l'abri des attaques d'une femme impudente et d'enfans qui lui sont étrangers.* Ce ne sont donc que les recherches dirigées par la femme ou par les enfans qu'il a entendu proscrire, et nullement celles qui pourroient avoir lieu contre l'enfant même, pour le priver des avantages qu'on voudroit lui assurer en fraude de la loi.

Une seconde règle d'interprétation, c'est que tous les articles d'une loi, comme toutes les clauses d'une convention, doivent être entendus les uns par les autres. Or, si l'article 340 paroît conçu à l'impersonnel, et d'une manière générale, il n'en est pas de même de l'article 342. Le but de ce dernier article est d'établir que la recherche de la paternité ou de la maternité ne peut avoir lieu dans les cas où la reconnoissance n'est pas admise, c'est-à-dire, lorsque l'enfant est adultérin ou incestueux. Or, dans cet article, le Législateur s'est-il servi, comme dans le 340e, de l'expression impersonnelle, *la recherche de la paternité est interdite ?* Non. Il a dit seulement : *un enfant ne sera admis*, etc. Il a donc entendu, dans ce cas, prohiber la recherche, soit de la paternité, soit de la maternité, à l'enfant seul, et non aux autres personnes ayant intérêt. Il faut donc convenir qu'au moins dans les cas prévus par l'article 342, c'est-à-dire, lorsque l'enfant est attaqué comme incestueux ou comme adultérin, la loi ne défend pas de prouver contre lui la maternité ou la paternité. Donc, d'après l'article 342 lui-même, l'article 340 ne doit pas être entendu d'une manière aussi générale que le soutiennent les partisans du système que nous combattons. Il est même très-probable que le Législateur avoit en vue l'article 342, lorsqu'il a rédigé l'article 762 qui accorde des alimens aux enfans adultérins ou incestueux. Car, à quoi bon cette faveur, si

BIU Cujas

la paternité ni la maternité ne pouvoient être recherchés ni par eux, ni contre eux?

Troisième règle d'interprétation. Lorsqu'une disposition de la loi présente deux sens, dans l'un desquels elle seroit contraire aux dispositions d'autres lois civiles, et à plus forte raison, aux dispositions les plus sacrées du droit naturel, l'on doit plutôt l'entendre dans le sens qui ne présente aucun de ces résultats. Or, si l'article 340 est entendu d'une manière absolue, il s'ensuivra :

1°. Que l'inceste aura lieu publiquement, notoirement, sans qu'aucune autorité puisse le prévenir ni l'empêcher. Le père pourra épouser celle qui est connue publiquement pour sa fille, le frère épousera sa sœur; il suffira pour cela qu'il n'y ait point de reconnoissance. Car comment empêcher le mariage, sans rechercher la paternité?

2°. Que l'enfant adultérin et incestueux se trouvera placé dans une situation bien plus favorable que l'enfant naturel proprement dit, que la loi favorise cependant bien davantage. Car, si l'on suppose que ce dernier est institué légataire universel par sa mère, l'on pourra, d'après l'article 341, rechercher contre lui la maternité, à l'effet de le réduire à la part dont la mère pouvoit disposer en sa faveur; tandis que cela sera impossible aux termes de l'article 342, s'il est adultérin ou incestueux. Aussi est-ce d'après ces principes que l'on a jugé à Paris, le 13 août 1812, que le disponible avoit pu être donné à des individus que le donateur avoit reconnus pour ses enfans adultérins, et cela sur le fondement que cette reconnoissance étant nulle, ne pouvoit leur être opposée. On s'est pourvu contre cet arrêt, et le pourvoi a été rejeté par arrêt du 28 juin 1815. (SIREY, 1815; 1re. partie, pag. 329.) Or, s'ils eussent été simplement naturels, la reconnoissance eût été valable, et la donation par conséquent réductible: je le demande, que doit-on penser d'une interprétation qui amène de pareils résultats?

Cependant, je dois ajouter, pour rendre témoignage à la vérité, que la Cour de Nanci ayant annullé une adoption et une donation consenties en faveur d'un enfant adultérin, dont l'état n'étoit constaté que par la reconnoissance de son père, le pourvoi contre cet arrêt a été également rejeté. (*Bulletin*, 1817, n°. 10.) Il est vrai, que dans cette espèce, la reconnoissance avoit eu lieu avant le Code, mais aussi à une époque où les lois civiles étoient encore bien plus favorables que le Code aux enfans naturels de toute espèce.

3°. Enfin, qu'il n'y aura rien de plus facile dorénavant, que d'éluder toutes les précautions que la loi a prises pour empêcher que les héritiers légitimes ne soient dépouillés entièrement pour enrichir les enfans du crime. Il suffira de ne pas reconnoître ces derniers.

On parle des résultats scandaleux que les recherches de paternité peuvent occasioner, des sacrifices que la crainte de pareilles recherches peut imposer

BIU Cujas

à des personnes honnêtes. Mais d'abord il est très-douteux que de semblables poursuites aient souvent été dirigées contre des personnes d'une vertu exemplaire et d'une réputation intacte. C'eût été trop maladroit de la part des demandeurs. Il est certain, au contraire, que ces sortes d'actions étoient presque toujours intentées contre des hommes d'une réputation plus que douteuse, et dont la conduite irrégulière donnoit la plus grande probabilité à la demande. D'ailleurs, si tel eût été effectivement le motif de l'article 340, pourquoi l'article 341 permet-il de rechercher la maternité? Ne peut-il pas en résulter les mêmes inconvéniens? Ne sont-ils pas même d'autant plus fâcheux, que la réputation d'une femme est plus délicate, plus facilement entachée? Mais, a-t-on dit, il est possible de prouver physiquement la maternité, au lieu que la preuve physique de la paternité est impossible. Mais que l'on prenne garde qu'il s'agit ici seulement du scandale que ces procès peuvent occasionner; et, sous ce rapport, une femme a-t-elle moins à craindre un procès scandaleux? Et si l'on a pu, comme le prétendent les partisans de l'opinion contraire, former des demandes en paternité, dénuées de tout fondement, contre des hommes d'une vertu exemplaire, uniquement pour les contraindre à des sacrifices, pourquoi n'emploieroit-on pas les mêmes moyens à l'égard d'une femme d'une conduite irréprochable? N'a-t-elle pas à redouter encore plus fortement l'arme terrible de la calomnie, qui sait si bien s'emparer des moindres circonstances, et que l'arrêt le plus solennel ne peut désarmer? Et, si elle est mariée à une personne autre que celui que l'on dit être le père de l'enfant (car le Code ne distingue pas), sa situation ne sera-t-elle pas horrible? et n'est-ce pas surtout dans ce cas qu'elle se croira obligée de faire tous les sacrifices possibles, pour acheter sa tranquillité et le bonheur de son ménage? Sa position n'est-elle pas mille fois plus pénible que celle du père? Car, il faut le dire; dans les mœurs actuelles, quel est l'homme qui se croit déshonoré pour avoir donné le jour à un enfant naturel? Et cependant, et si l'on n'a pas craint d'admettre la recherche de la maternité, si l'on a pensé que l'intérêt de l'enfant et celui des familles devoient l'emporter sur toutes ces considérations, qui sont néanmoins de la plus grande force, pourquoi, toutes les fois que l'intérêt des mœurs et celui des familles l'exigent impérieusement, n'admettroit-on pas les recherches de la paternité, dont les résultats, comme on vient de le démontrer, sont infiniment moins dangereux.

A la vérité, ces recherches étoient loin d'avoir, dans l'ancien droit, le même effet qu'elles auroient actuellement. Comme l'enfant naturel reconnu n'avoit aucun droit à la succession de ses père et mère, mais seulement à des alimens, l'on pouvoit se montrer plus facile sur ces sortes de demandes. Aussi, dans la législation actuelle, qui accorde des droits bien plus étendus à l'enfant naturel, l'on peut admettre la disposition de l'article 340, dans le sens qu'elle interdit à l'enfant toute recherche de paternité. Mais il ne s'ensuit nullement de-là, que

BIU Cujas

ce même enfant puisse abuser d'une disposition dirigée uniquement contre lui, pour s'approprier des avantages que la loi prohibe de la manière la plus expresse. L'on parle de l'impossibilité de prouver la paternité ; mais d'abord n'y a-t-il pas la possession d'état, qui, de l'aveu des rédacteurs du Code, est la preuve la plus forte et la plus solennelle, lorsqu'elle réunit le *nomen*, *tractatus et fama?* En outre, quel inconvénient y auroit-il donc à se conformer, sur ce point, à la marche adoptée par les anciens tribunaux? Ils faisoient résulter la preuve de la paternité, de celle du concubinage. Ce n'étoit qu'une présomption, dira-t-on : cela est vrai ; mais la légitimité des enfans conçus dans le mariage est-elle fondée sur autre chose que sur une présomption, et même qui, dans plusieurs circonstances approche bien moins de la vérité? Supposons, en effet, l'homme le plus honnête, époux d'une femme libertine. Quand même les juges seroient pleinement convaincus, comme hommes, qu'il n'y a eu entre les époux aucune espèce de cohabitation, et que les enfans sont en conséquence le fruit de l'adultère, ils n'hésiteront cependant pas à les déclarer légitimes, par la seule raison qu'il n'est pas impossible que le mari ait coopéré à leur formation. Sur cette seule présomption, ils seront forcés de laisser des enfans étrangers s'introduire dans la famille du malheureux époux. L'on a vu même, et cela devoit être ainsi, la mère condamnée comme adultère, et l'enfant dont elle étoit accouchée, déclaré légitime, sur la seule présomption qu'il pouvoit être l'enfant du mari. Et l'on craindroit d'employer la même présomption contre l'homme dont le libertinage est prouvé! comme si, au contraire, l'on ne devoit pas lui appliquer ce principe rappelé par Pothier sur une autre question, mais qui revient parfaitement à celle-ci : *danti operam rei illicitæ, imputantur omnia quæ sequuntur præter voluntatem ejus.* Eh! quelle inconséquence trouveroit-on dans ce raisonnement? Le fornicateur, l'adultère, sont certainement bien moins favorables que le mari ; et cependant l'on adjuge au mari l'enfant de la femme adultère, toutes les fois qu'il est possible qu'il y ait eu cohabitation. Pourquoi donc refuseroit-on d'adjuger au fornicateur ou à l'adultère dont le crime est prouvé, l'enfant né de la femme avec laquelle il vivoit en mauvais commerce au moment de la conception, surtout lorsqu'il s'agit de prévenir la violation des dispositions les plus sacrées des lois naturelles ou civiles? D'ailleurs, la recherche de la paternité est une sauve-garde pour les mœurs. Si l'homme qui vit en mauvais commerce, n'a à craindre aucune des suites qui peuvent en résulter, croit-on qu'il sera plus disposé à renoncer à ses mauvaises habitudes? S'il peut assurer au fruit de son crime la totalité de son bien, se portera-t-il bien volontiers à en épouser la mère? Ne craindra-t-il pas même d'avoir des enfans légitimes qui pourroient mettre obstacle aux effets de sa bienveillance envers l'enfant du libertinage ou de l'adultère? Si, au contraire, il peut craindre que la seule fréquentation d'une femme de mauvaise vie ne l'expose, lui ou sa mémoire, à un procès désagréa-

BIU Cujas

ble, ne deviendra-t-il pas plus circonspect dans le choix de ses sociétés, et les mœurs n'y gagneront-elles pas infiniment ?

Enfin, il faut se bien pénétrer d'un principe qu'on a perpétuellement perdu de vue dans l'examen des questions relatives aux enfans naturels, c'est que les dispositions rigoureuses qui les concernent, n'ont point du tout été établies en haine de ces mêmes enfans. Autrement il faudroit accuser tous les Législateurs anciens et modernes de l'injustice la plus criante; car comment pourroit-on punir de malheureux enfans, du crime qui a présidé à leur naissance? Ces dispositions sont fondées sur ce que ce crime est un de ceux que, dans la plupart des cas, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de punir. Comme donc on ne peut atteindre directement les pères et mères, on a voulu les punir au moins en les privant du droit de disposer de leurs biens en faveur de leurs enfans, au-delà d'une portion quelconque déterminée par la loi d'après les circonstances. D'un autre côté, la faveur du mariage exigeoit que les fruits du crime ne fussent point rangés sur la même ligne que les enfans provenus d'une union légitime. Il est donc constant, et cela ne peut être révoqué en doute, que les dispositions concernant les enfans naturels sont établies, *non in odium eorum, sed in odium parentum, et in favorem matrimonii.* Or, le contraire résulteroit précisément du système que nous combattons; car, d'abord, il nuiroit au mariage, ainsi que nous l'avons fait observer. En outre, l'on prohibe à l'enfant la recherche de la paternité. Cette prohibition, déjà très-rigoureuse, et qui n'a pu être dictée que par des motifs puissans d'ordre public, n'en est pas moins, par le fait, toute en faveur du père naturel. Si, d'un autre côté, on lui donne le droit d'éluder, par le fait seul de la non-reconnoissance, les dispositions qui lui défendent d'avantager, au-delà de telle portion, les fruits de son crime, il en résultera que toutes les chances seront en sa faveur, puisqu'il ne tiendra qu'à lui de se donner le droit, non-seulement de placer l'enfant de l'inceste et de l'adultère sur la même ligne que l'enfant légitime, mais encore de le traiter plus favorablement; car, si l'on suppose un père ayant six enfans légitimes, et un enfant adultérin, il pourra donner à ce dernier le quart de ses biens, tandis que chacun de ses enfans légitimes n'aura qu'un huitième.

Telles sont les conséquences qu'il faudroit tirer de la doctrine des arrêts ci-dessus, et les motifs qui m'ont, jusqu'à présent, empêché d'en adopter les principes. Je n'ai rien vu, dans tout ce qui a été dit sur cette question, qui pût détruire les raisons que je viens d'alléguer. (*Voyez* en outre la note (8) de la pag. suivante.)

(7) *Celui d'enlèvement.* Il faut donc d'abord que le rapt soit prouvé. Je pense qu'il en seroit de même en cas de viol.

(8) *A celle de la conception.* Si, par exemple, l'enlèvement a eu lieu pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant.

BIU Cujas

(9) *Peut*, et non pas *sera déclaré*. Il y aura encore connoissance de cause. S'il résulte, en effet, de la constitution de l'enfant, et du rapport des gens de l'art, que l'époque de la conception doit nécessairement être reportée à un temps antérieur à l'enlèvement, il est évident que la circonstance de l'enlèvement ne peut plus établir de présomption de paternité. Tel seroit le cas où la naissance auroit eu lieu deux cents jours après l'enlèvement, et où il seroit constaté, par l'état de l'enfant, qu'il est venu au terme de neuf mois.

PAGE 90.

(1) *De preuve par écrit*. Nous avons vu, au Titre *du Mariage*, chap. IV, sect. II, §. 1, ce qu'on doit entendre par commencement de preuve par écrit, lorsqu'il s'agit de question d'état.

Remarquez qu'il y a ici deux choses à prouver : d'abord l'accouchement de la mère, et ensuite l'identité de l'enfant qui réclame, avec celui dont la mère est accouchée. Ce n'est que pour l'identité que la loi exige un commencement de preuve par écrit. Quant à l'accouchement, je pense qu'il peut être prouvé par témoins, quand même il n'existeroit aucun commencement de preuve par écrit. De droit commun, les faits se prouvent par témoins, excepté dans les cas où la loi exige un autre genre de preuve. Or ici, elle exige bien le commencement de preuve par écrit ; mais c'est uniquement pour l'identité.

Le registre de l'état civil seroit-il regardé comme une preuve, ou au moins comme un commencement de preuve par écrit ? Comme preuve, cela n'est pas possible, l'art. 319 n'applique qu'aux enfans légitimes, le principe que la filiation se prouve par l'acte de naissance. A l'égard de l'enfant naturel, tout au plus donc, pourroit-on l'admettre comme un commencement de preuve, quand il est rédigé sur les déclarations des personnes que la loi en a chargées. (*Voyez* ci-dessus, la note (6) de la page 28.) Mais quant à l'identité, l'acte de naissance ne peut, dans aucun cas, faire même commencement de preuve ; car il prouve bien que telle personne est accouchée d'un enfant de tel sexe ; mais il ne prouve en rien que le porteur de l'acte soit l'enfant dont cette personne est accouchée : ce qui est précisément la question d'identité. Jugé dans ce sens en Cassation, le 28 mai 1810. (SIREY, 1810, 1re. part., pag. 202.)

La possession constante de l'état de fils naturel de la mère réclamée, seroit-elle regardée comme une preuve ou comme un commencement de preuve ? L'on avoit proposé au Conseil-d'Etat un article portant qu'elle seroit regardée comme un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale ; mais cet article a été supprimé, sur le fondement que cette possession étant le plus puissant de tous les titres, devoit, par conséquent, faire preuve entière. (Procès-verbal du 26 brumaire an 10.)

Appliqueroit-on à l'enfant naturel qui recherche la maternité, la disposition du §. 1er. de l'article 323, qui admet la preuve testimoniale, lorsqu'il

BIU Cujas

existe des présomptions ou indices résultant de faits dès-lors constans, et assez graves pour déterminer l'admission de cette preuve ? L'on a jugé la négative en Cassation le 28 mai 1810 (SIREY, 1810, 1re. partie, pag. 193), attendu, est-il dit dans l'arrêt, que l'article 323 est placé sous la rubrique *de la filiation légitime*. Cette décision peut être conforme à la lettre de la loi ; mais elle me paroît bien rigoureuse. Il est plusieurs articles du chapitre II du Titre *de la Paternité et de la Filiation*, qui, quoique placés sous la rubrique *de la filiation des enfans légitimes*, doivent néanmoins être appliqués nécessairement aux enfans naturels, quoiqne les dispositions n'en soient pas rappelées sous la rubrique *des enfans naturels*. Tel est l'article 320, relatif à la possession d'état ; l'article 324, qui établit ce qu'on doit entendre par commencement de preuve par écrit ; l'article 325, qui permet la preuve contraire à celle faite par l'enfant ; les articles 326 et 327, qui établissent la compétence exclusive des tribunaux civils en matière de filiation ; les articles 328, 329 et 330, relatifs à l'imprescriptibilité de l'action dans la personne de l'enfant, et à sa prescriptibilité à l'égard de ses héritiers. Pourquoi l'article 323 se trouveroit-il seul excepté de l'application ? L'on peut dire cependant, pour justifier l'opinion contraire, que la première partie du §. 1er. de l'article 323, se trouvant rappelée expressément dans l'article 341, l'on doit présumer que, par cela seul que le Législateur a omis la seconde partie de ce paragraphe, il n'a pas voulu l'appliquer à l'enfant naturel. Mais, je le répète, cette opinion, qui est soutenable, me paroît extrêmement rigoureuse.

(2) *Au moins directement*, parce que l'article 762 suppose qu'ils peuvent être reconnus, au moins indirectement, par exemple, dans les cas des articles 312 et suivans. Espèce : Une femme mariée depuis dix ans, accouche ; l'enfant est inscrit sous son nom et celui de son mari, et par conséquent comme légitime. Le mari le désavoue, en alléguant que, peudant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance, il étoit dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. La preuve est faite, et le désaveu est jugé valable. Il y a là reconnoissance indirecte de la part de la mére. De même, un homme, déjà marié, trompe l'officier de l'état civil, et se marie avec une femme qui a connoissance de son premier mariage. Les enfans qui proviennent de leur union, sont portés au registre de l'état civil, comme enfans légitimes. La bigamie est ensuite découverte, et les enfans déclarés adultérins : ils n'en sont pas moins reconnus par leur père et mère.

En un mot, il faut entendre l'article 335, dans le sens que les enfans adultérins ou incestueux ne peuvent jamais être reconnus en cette qualité ; mais la reconnoissance, quelle qu'elle soit, ne peut, dans tous les cas, leur donner droit qu'à des alimens. (Art. 762.)

La même disposition auroit lieu, si, d'après l'opinion que nous avons pré-

BIU Cujas

cédemment émise, la maternité étoit recherchée contre l'enfant, et que de la procédure il résultât la preuve qu'il est adultérin : le jugement, dans ce cas, équivaudroit à une reconnoissance, et lui donneroit droit à des alimens contre la mère ou sa succession. Il en seroit de même à l'égard du père, dans les cas où, d'après la même opinion, la paternité pourroit être recherchée contre l'enfant.

(3) *Par le père ou la mère.* L'aïeul ne peut reconnoître l'enfant naturel de son fils ; et de même, la reconnoissance du père ne donne au fils naturel aucun droit sur la succession de l'aïeul. En un mot, l'enfant naturel, même reconnu, n'a civilement d'autres parens que son père ou sa mère. En conséquence, c'est avec raison que la Cour de Cassation a, par son arrêt du 7 juillet 1817, rapporté au *Bulletin*, n°. 72, cassé un arrêt de la cour de Douai, qui avoit condamné un individu à fournir des alimens aux enfans naturels de son fils.

Nous disons que l'enfant naturel n'a pas *civilement* d'autres parens que ses père et mère, parce que la parenté naturelle existe toujours entre lui et les parens de ses père et mère. Aussi voyons-nous que le mariage est prohibé entre les ascendans et les descendans, ainsi qu'entre les frères et sœurs, naturels.

(4) *Ou dans un autre acte authentique* : antérieur ou postérieur à la naissance. On a jugé avec raison en Cassation, le 16 décembre 1811 (Sirey, 1812, 1re. partie, pag. 81), que l'argument tiré du sens littéral que présente l'article 334, n'étoit pas suffisant pour annuller une reconnoissance faite pendant la grossesse. Pour connoître ce qu'on doit entendre par acte authentique, *voyez* l'article 1317. Nous allons voir tout-à-l'heure pourquoi l'on exige un acte de cette espèce.

Pourroit-on reconnoître un enfant naturel décédé ? Je pense qu'oui, si toutefois il avoit des enfans. (Argument tiré de l'article 332). Appliquez ce que nous disons ci-dessus, note (4), de la pag. 86.

La reconnoissance pourroit-elle être faite par un fondé de pouvoir ? Oui, pourvu que le pouvoir fût authentique, et spécial à l'effet de reconnoître tel enfant : et dans ce cas-même, si celui qui a donné le pouvoir, venoit à mourir avant que la reconnoissance eût été effectuée, l'on pourroit prétendre avec fondement que la procuration équivaut à la reconnoissance même.

La reconnoissance d'un enfant naturel, peut-elle-être tacite ? Oui, pourvu que l'acte dont on la fait résulter, soit authentique ; si, par exemple, un homme passant un acte avec un autre individu, lui donne ou lui laisse prendre dans l'acte la qualité de son enfant naturel.

La reconnoissance faite par testament est-elle valable ? Oui, si le testament est mystique, ou par acte public, parce que dans ce cas, il est authentique. *Secùs*, s'il est olographe. Cela auroit pu souffrir difficulté, à l'égard du

BIU Cujas

testament olographe, sous la coutume de Paris, qui réputoit cette sorte de testament, *acte solennel.* Mais cette disposition n'ayant pas été conservée dans le Code, ce testament est rentré dans la classe des simples actes sous seing-privé.

Quid, si une personne a écrit à l'officier de l'état civil que tel enfant est de ses œuvres, et que la lettre ait été relatée dans l'acte de naissance, ou y ait été annexée, cela équivaudra-t-il à une reconnoissance authentique? On a jugé l'affirmative à Bruxelles, le 11 juillet 1808. (*Journal de la Jurisprudence du Code Civil*, tom. XI, pag. 269.) Et la même doctrine paroît consignée dans un des motifs d'un arrêt de Cassation, rendu le 11 août de la même année. (SIREY, 1808; 1re. partie, pag. 499.) Je ne puis partager cette opinion. En effet, quel a été le but du Législateur, en exigeant un acte authentique? Quelques personnes, du nombre desquelles est M. PROUDHON, ont dit que c'étoit parce que l'état des personnes devoit être immuable, et qu'il n'étoit permis à aucun individu de l'aliéner ni d'en changer; qu'il y auroit donc de l'inconséqnence à laisser reposer les droits de la paternité et de la filiation sur la frêle garantie d'une écriture privée. Je ne puis croire que tel ait été le motif du Législateur; car, d'abord il faudroit en conclure que l'acte de reconnoissance ne peut être fait qu'avec minute; ce qui n'est pas: ensuite il résulteroit de ce système, que l'authenticité de l'acte n'est exigée que dans l'intérêt de l'enfant, et pour assurer son état; et que par conséquent le défaut d'authenticité ne pourroit lui être opposé; ce qui est contraire à tous les principes actuels. D'ailleurs, la possession, en matière d'état, a toujours été regardée comme le titre le plus puissant, et plus puissant peut-etre que l'acte le plus authentique, puisqu'elle établit en même temps l'état et l'identité de l'individu qui le réclame; et cependant, cette possession n'est d'aucun poids dans la recherche de la paternité. La véritable raison pour laquelle on a exigé l'acte authentique, a été, que l'on a voulu mettre les personnes foibles à l'abri des sollicitations et des séductions, à l'aide desquelles on pourroit essayer de leur arracher une reconnoissance. L'on présume que, devant un officier public quelconque, la personne doit jouir de toute sa liberté; qu'elle est à l'abri de toute contrainte, et que, par conséquent, la reconnoissance qu'elle signe, est l'effet de sa pure et simple volonté. Or, peut-on appliquer ces caractères à une lettre missive écrite à l'officier de l'état civil? Cette lettre n'est-elle pas écrite par l'individu qui l'a signée, seul, hors de la présence de l'officier public; présence qui garantit aux tribunaux la parfaite liberté de celui qui a reconnu? En un mot, une lettre missive, tant qu'elle n'est pas reconnue devant notaires par celui qui l'a écrite, est-elle autre chose qu'un acte sous seing-privé? et un tiers peut-il, en l'annexant à un registre public, hors la présence de celui qui l'a signée, lui donner la force d'un acte authentique? En seroit-elle moins sujette à la simple dénégation, à la vérification d'écriture, etc.? Je pense

BIU Cujas

donc que, dans aucun cas, une lettre de ce genre ne peut équivaloir à la reconnoissance voulue par la loi.

Quid, si l'acte sous seing-privé contenant la reconnoissance, a été lui-même reconnu authentiquement? Il faut distinguer: Si la reconnoissance de l'acte a eu lieu volontairement, c'est comme si la reconnoissance de l'enfant avoit été faite par un acte authentique. Si la reconnoissance est demandée en justice, les père et mère peuvent s'y refuser, et se contenter d'opposer la fin de non-recevoir tirée des dispositions de la loi. Mais si, poursuivis ou non, ils ont reconnu l'acte purement et simplement, je pense que cela doit équivaloir à une reconnoissance authentique. (*Voyez* la note (6) de la page précédente, *in princip.*)

L'article 334 décide, d'une manière générale, que la reconnoissance doit être faite par acte authentique, sans distinction à cet égard entre le père et la mère: mais ne pourroit-on pas établir une différence à ce sujet? La recherche de la paternité étant interdite, il en résulte que le père ne peut pas même être forcé de reconnoître sa signature. Mais il semble qu'il ne devroit pas en être de même à l'égard de la mère. La recherche de la maternité étant permise, qui pourroit empêcher l'enfant d'argumenter contre celle qu'il réclame pour sa mère, de l'acte sous seing-privé par lequel elle le reconnoît; et, en cas de contestation, d'en demander la vérification? Nonobstant ces raisons qui paroissent effectivement spécieuses, je pense que l'article doit être entendu d'une manière générale, comme il est rédigé. Si le motif du Législateur a été de mettre à l'abri de la surprise des embûches, cette raison existe à l'egard de la mère comme à l'égard du père. Sans doute la reconnoissance faite sous seing-privé par la mère, peut lui être opposée, non comme une preuve, quand même la signature seroit reconnue, mais simplement comme une présomption dont les juges auront à apprécier l'importance, et qui pourra, suivant les circonstances, et si elle est accompagnée d'autres adminicules, les déterminer à prononcer en faveur de l'enfant; mais elle ne formera pas, seule et par elle-même, preuve complète, comme s'il s'agissoit d'une reconnoissance ordinaire.

La reconnoissance forcée, dans les cas où elle est admise, auroit-elle le même effet que la reconnoissance volontaire? La question s'est présentée à la Cour Royale de Paris, où elle a été jugée pour l'affirmative le 27 juin 1812 (Sirey, 1812, 2e. Partie, pag. 418), et avec raison. Les adversaires de l'enfant naturel prétendoient qu'il n'y avoit que la reconnoissance volontaire qui pût donner droit à la succession; que toute autre reconnoissance ne donnoit droit qu'à des alimens. L'arrêt de Paris a proscrit cette distinction, dont il n'existe aucune trace dans le Code, qui se sert partout de ces expressions, *légalement reconnus*. Or, la reconnoissance par jugement est tout aussi lé-

BIU Cujas

gale que la reconnoissance volontaire. Je n'hésite donc pas à penser qu'elles doivent avoir toutes deux les mêmes effets.

On pourroit peut-être opposer à cette décision l'article 200 du Code de Procédure, qui admet pour pièces de comparaison, dans les vérifications d'écriture, les pièces reconnues par celui à qui est attribuée la pièce à vérifier, mais non celles déniées ou non reconnues par lui, *encore qu'elles aient été précédemment vérifiées, et reconnues être de lui* : d'où l'on pourroit conclure que la loi établit une différence entre la reconnoissance volontaire et la reconnoissance forcée.

Mais d'abord l'on peut dire qu'ici la distinction est formellement énoncée dans la loi, et que précisément la nécessité dans laquelle le Législateur a cru être de l'exprimer, prouve que, de droit commun, la reconnoissance forcée a le même effet que la reconnoissance volontaire.

L'on peut dire, en second lieu, que c'est l'autorité de la chose jugée qui fait attribuer à un individu la pièce qu'il a méconnue, mais qui a été reconnue judiciairement avec lui. Or, l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement ; par conséquent, lorsqu'il s'agit de vérifier un écrit, on ne peut se servir d'un jugement rendu sur la vérification d'un autre écrit.

Dans l'espèce, au contraire, il s'agit du même fait, du même objet, entre les mêmes parties ou leurs ayant-cause ; et l'on prétendra que le jugement de reconnoissance ne doit pas avoir le même effet que la reconnoissance volontaire, ou doit en avoir un moindre ! C'est comme si l'on soutenoit que tel acte qui pourroit fonder une action pour le capital et les intérêts, s'il étoit reconnu volontairement, ne donneroit action que pour le capital, s'il avoit été reconnu en justice.

Un mineur peut-il reconnoître son enfant naturel ? L'affirmative ne me paroît pas douteuse. Mais pourroit-il se faire restituer coutre cette reconnoissance ? Je pense qu'oui, comme contre toute autre espèce d'obligation. Mais il faut bien prendre garde que le mineur ne peut être restitué qu'en prouvant la lésion : or, il ne peut y avoir lésion dans une pareille reconnoissance, qu'autant que le mineur prouveroit que l'enfant ne provient pas de ses œuvres, que la reconnoissance a été l'effet du dol, de l'erreur, ou de la violence, etc. En effet, il ne peut pas dire qu'il est lésé, parce qu'il a reconnu. La reconnoissance n'est pas ce qui constitue son obligation ; elle n'en est que la preuve. L'obligation a existé du moment où l'enfant a été conçu : il n'a fait que son devoir en le reconnoissant ; il ne peut donc se faire restituer contre la reconnoissance. D'un autre côté, il ne peut se faire restituer contre l'obligation résultant de ce qu'il a donné naissance à l'enfant. Car le fait de la conception est, de sa part, un acte criminel ; et il est de principe que le mineur n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit. (Art. 1310.) Je

BIU Cujas

pense, par les mêmes raisons, qu'il peut faire cette reconnoissance sans aucune autorisation. *Voyez* un arrêt de Cassation du 22 juin 1813, qui a jugé dans ce sens et d'après ces principes. (SIREY, 1813; 1re. partie, pag. 281.)

On demande enfin si la reconnoissance d'un enfant naturel, faite sous seing-privé, pourroit donner, au moins, à l'enfant, le droit de demander des alimens à son père, ou à sa mère, ou à leur succession. Cette question a été controversée dans le principe. Il paroîtroit cependant qu'on est revenu à l'opinion qu'une semblable reconnoissance est entièrement nulle. On se fonde sur ce que la paternité est indivisible; qu'elle ne peut être scindée; que l'on ne peut être père dans un cas, et ne pas l'être dans l'autre, etc.

Nonobstant la jurisprudence presque générale sur ce point (*voyez*, entr'autres décisions, un arrêt de Cassation du 4 octobre 1812, rapporté dans SIREY, 1813; 1re. partie, pag. 139), j'ose encore soutenir l'opinion que j'ai toujours défendue, savoir: Que l'enfant ainsi reconnu ne peut prétendre, à la vérité, à aucun droit à la succession, mais qu'il a au moins celui de demander des alimens; et voici, à cet égard, quels sont mes motifs.

Il faut distinguer avec soin, dans les différens droits qui peuvent être exercés, ceux qui descendent du droit civil ou du droit naturel. Comme les premiers sont accordés par la loi civile seule, elle a bien pu attacher le droit de les exercer, à l'observation de telle ou telle formalité; mais quant aux seconds, comme ils sont indépendans de la loi civile, ils ne doivent être soumis qu'aux règles générales et communes du droit. C'est ainsi que la loi refuse au mort civilement le droit de succéder, soit *ab intestat*, soit par testament, et qu'elle lui accorde cependant la faculté de recevoir à titre d'alimens. Les successions sont de droit civil, dans le sens que c'est la loi civile qui les défère, et qui détermine l'ordre dans lequel elles doivent être recueillies; elle peut donc n'y admettre que ceux qui ont rempli telle ou telle condition. Mais les alimens sont de droit naturel; ils sont indépendans de toute disposition civile; et la loi qui défendroit au père de nourrir ses enfans, seroit une loi impie, et digne des temps les plus barbares. Or, si le droit de demander des alimens n'est pas du domaine de la loi civile, elle n'a pas pu en subordonner l'exercice à l'observation de certaines formalités. Que, pour éviter les procès scandaleux, l'on prohibe la recherche de la paternité, la disposition est déjà assez dure, comme nous l'avons démontré; mais quand cette paternité est prouvée de la manière qui seroit suffisante pour prouver toute espèce d'obligation, quand il ne peut y avoir de procès, si ce n'est une simple vérification d'écriture en cas de dénégation, vérification qui ne peut entraîner aucun scandale, l'on ne voit pas comment le père pourroit se soustraire à l'obligation de fournir les alimens, et comment un acte qui, dans une affaire ordinaire, seroit jugé suffisant pour le constituer débiteur d'une somme, quelque considérable qu'elle fût, ne suffiroit pas pour donner à l'enfant naturel le droit de demander des alimens.

BIU Cujas

On ne peut, dit-on, scinder la paternité : cela est un pur sophisme. Sans doute il n'est pas possible que la même personne soit, et ne soit pas tout-à-la-fois père du même enfant. Aussi n'est-ce pas, dans notre système, la paternité qui est scindée ; ce sont ses effets, dont les uns étant du droit naturel, et les autres du droit civil, peuvent être l'objet de différentes dispositions. Il est très-possible qu'un enfant puisse exercer un des droits de la filiation, et ne puisse pas exercer tel autre. Ainsi, l'enfant adultérin ou incestueux peut réclamer des alimens, et n'est pas admis à la succession. Le fils du mort civilement peut être tenu, du moins nous le pensons, de fournir des alimens à son père ; et il n'y a cependant entr'eux aucun rapport civil de paternité ou de filiation. Dans le cas de l'article 202, le père de mauvaise foi seroit père, à l'effet de transmettre sa succession aux enfans du mariage putatif contracté avec l'épouse de bonne foi ; et il ne le seroit pas, à l'effet de recueillir leur propre succession. Enfin, y a-t-il rien qui paroisse plus indivisible, que la qualité d'héritier ? et cependant ne peut-il pas arriver que la même personne soit et ne soit pas, tout-à-la-fois, héritière du même individu à l'égard de différentes personnes ? (*Voyez* les notes sur le Titre *des Successions*.) Tous ces divers cas peuvent se présenter. Concluons donc que l'impossibilité prétendue de scinder la paternité est une chimère.

On insiste, en disant : Sans doute le père est tenu de fournir des alimens à son fils naturel ; mais, pour cela, il faut, même d'après le droit naturel, lui prouver qu'il est le père : or la loi civile n'admet d'autre preuve de la paternité, que l'acte de naissance ou un acte authentique. Je réponds d'abord qu'il est contradictoire de dire, d'un côté, que, de droit naturel, et indépendamment de toute loi civile, le père est tenu de nourrir son enfant ; et d'un autre côté, de subordonner cette obligation à une formalité qui n'est pas exigée pour les obligations, mêmes civiles. Je réponds, en second lieu, que l'article 762 accorde des alimens à l'enfant adultérin et incestueux, qui, cependant, ne peut être reconnu, ni par son acte de naissance, ni par un autre acte authentique. La loi elle-même a donc décidé que l'article 334 n'étoit point applicable à la simple demande d'alimens. D'ailleurs, la cause est si favorable, qu'y eût-il du doute, la question devroit être décidée en faveur de l'enfant.

Enfin, dit-on en troisième lieu, la loi, en annullant les reconnaissances sous seing-privé, a voulu détruire tout l'effet de l'influence que la séduction peut exercer sur la foiblesse. Or, cette influence sera la même, quoiqu'il ne s'agisse que d'une simple demande d'alimens. Mais je réponds d'abord qu'il y a une grande différence entre le droit de demander des alimens, et celui de prendre part dans une succession ; et, en deuxième lieu, qu'il suivroit de ce raisonnement qu'il faudroit également annuller l'acte sous seing-privé, par lequel une personne, sans faire une reconnoissance formelle, accorderoit à un tel, son enfant naturel, une pension alimentaire. Or, on n'a pas encore osé aller

BIU Cujas

jusques-là; donc, etc. On peut apporter à l'appui de cette décision un arrêt de la Cour de Nanci, du 20 mai 1816, rapporté par SIREY, 1817, 2e. part., pag. 149, qui a jugé qu'un bâtard adultérin, reconnu par acte sous seing-privé, pouvoit demander des alimens.

Nota. Un arrêt de Rouen, du 20 juin 1817, rapporté *ibid*, pag. 423, a jugé qu'une reconnoissance sous seing-privé, entièrement écrite, datée et signée de la main du père, et qui donnoit en outre à l'enfant la part réglée par l'article 757 du Code, devoit être regardée comme un testament, et exécutée en conséquence.

(5) *Sans son aveu*, c'est-à-dire, que le père peut reconnoître, sans indiquer la mère, et que, lors même qu'il l'a indiquée, cette indication n'a aucun effet à l'égard de la mère, tant qu'elle n'a pas elle-même reconnu l'enfant; et réciproquement, que la mère peut reconnoître sans indiquer le père, ou que, si elle l'a indiqué, cette reconnoissance n'a aucun effet à l'égard de ce dernier. De là il faut conclure que, si l'enfant est porté dans l'acte de naissance comme né de père et mère inconnus, il peut être reconnu par sa mère, et venir à sa succession comme enfant naturel, fût-il adultérin ou incestueux; ce qui seroit le plus grand abus, si l'on n'admettoit pas le système que j'ai établi plus haut, que la paternité peut être recherchée contre l'enfant.

Mais si l'enfant, reconnu d'abord par sa mère, est ensuite reconnu par celui qui prétend être son père, cette dernière reconnoissance pourra-t-elle être contestée par la mère, si elle prétend que celui qui a reconnu n'est pas père de l'enfant, ou *vice versâ*? Oui, sans doute. L'article 339 porte que toute reconnoissance peut être contestée par ceux qui ont intérêt. Il en résultera, à la vérité, un procès scandaleux, bien autant que toutes les recherches possibles de paternité. Mais cela prouve que cette considération ne suffit pas pour arrêter le Législateur, lorsqu'il a y d'un autre côté de plus grands inconvéniens à craindre sous le rapport de la morale. Et d'ailleurs, dans un procès de ce genre, quel moyen les juges pourroient-ils prendre pour se décider? Certainement nul autre que d'examiner si, à l'époque de la conception de l'enfant, les deux parties avoient ensemble des habitudes; ce qui confirme encore ce que nous avons dit ci-dessus, note (6) de la pag. 89, de l'influence que la preuve de ces habitudes peut et doit avoir dans toutes les questions de ce genre.

(6) *Dans les biens de sa succession.* On verra quels sont ces droits, au Titre *des Successions.*

(7) *Ayant intérêt.* Mais il faut un intérêt né et actuel. (Argument tiré de l'article 187.) En conséquence, la reconnoissance ne peut être contestée par les tiers, qu'après la mort de celui qui a reconnu; mais elle peut l'être en tout temps par l'enfant lui-même, parce qu'il a toujours intérêt de n'avoir

BIU Cujas

pas civilement d'autre père ou mère, que ceux qui lui ont été donnés par la nature.

(8) *Soit quant au fond.* Si l'on prétend que l'enfant est adultérin, incestueux, ou le fils d'un autre, ou même qu'il ne peut être l'enfant de celui qui l'a reconnu; si, par exemple, à l'époque présumée de la conception, il y avoit impossibilité physique de cohabitation entre celui qui se prétend le père, et la véritable mère.

La plupart de ces motifs seroient inadmissibles, s'il n'étoit permis, dans aucun cas, de rechercher la paternité. Pour écarter cette objection, on a prétendu que la reconnoissance ne pouvoit être contestée que sous le rapport de la forme. Mais alors, la disposition de l'article 339 seroit entièrement inutile, et même absurde: car, après que l'article 334 a déterminé la forme dans laquelle doit être faite la reconnoissance, qu'étoit-il besoin de dire que l'on pourroit contester celle dans laquelle cette forme n'auroit pas été observée? Est-ce que, par cela seul que telle forme est prescrite pour un acte, toute personne intéressée n'acquiert pas le droit de s'opposer à l'exécution de celui dans lequel cette forme n'a pas été suivie? Et d'ailleurs, l'article 339 range sur la même ligne la reconnoissance du père ou de la mère et la réclamation de l'enfant. Or, dira-t-on que la réclamation de l'enfant ne peut être contestée au fond, mais seulement quant à la forme? Donc on ne peut le dire davantage de la reconnoissance; donc on a soutenu avec fondement qu'il résultoit de l'article 339, que la paternité pouvoit être recherchée contre l'enfant.

(9) *Soit quant à la forme.* Si l'on prétend que l'acte de reconnoissance n'est pas authentique.

(10) *D'une simple réclamation de la part de l'enfant.* Mais il y a cette différence que, dans le cas de réclamation, c'est à l'enfant à prouver d'abord qu'il est dans un des cas où il est permis de rechercher, soit la paternité, soit la maternité; et ensuite qu'il est réellement le fils de la personne qu'il réclame pour père ou pour mère; au lieu que si c'est la reconnoissance qui est contestée, cette reconnoissance forme, en faveur de l'enfant, une présomption légale qui le dispense de toute preuve, et qui ne peut être détruite que par la preuve contraire à faire par les contestans, soit sur le fonds, soit sur la forme même de la reconnoissance.

(11) *Que son époux. Quid*, si l'enfant reconnu provient du commerce que les deux époux ont eu ensemble avant le mariage? Cette reconnoissance ne le légitimera pas (Art. 331); elle eût dû, pour cela, être faite, au plus tard, au moment de la célébration. Mais si elle a eu lieu de la part des deux époux, elle lui donnera au moins les droits d'enfant naturel. La raison de différence, c'est que, dans ce dernier cas, l'autre époux connoissoit, ou devoit connoître l'existence de l'enfant; il ne peut donc dire que l'on a trompé sa bonne foi.

BIU Cujas

Il s'est présenté, sur l'article 337, une question qui, bien certainement, n'eût jamais dû en faire une. Un individu avoit, depuis la dissolution de son mariage, reconnu un enfant naturel qu'il avoit eu, avant le mariage, d'une autre personne que de sa femme. Cet enfant a prétendu qu'il pouvoit réclamer les droits d'enfant naturel, quoiqu'il existât des enfans légitimes. Il s'est fondé sur ce que l'article 337 n'exclut que l'enfant reconnu *pendant* le mariage, et que, par conséquent, on ne pouvoit le lui opposer, puisqu'il avoit été reconnu depuis la dissolution du mariage. Il est évident que cette distinction est purement judaïque et entièrement contraire à l'intention du Législateur : cependant elle a été adoptée par un arrêt de la Cour d'appel de Pau, du 5 prairial an 13. (*Journal de la Jurisprudence du Code Civil*, tom. V, pag. 331.) L'on s'est pourvu en Cassation, et le pourvoi a été rejeté par arrêt du 6 janvier 1808. (*Ibid.*, tom. X, pag. 182.)

Il est possible qu'en droit strict, la Cour de Cassation ait pu rejeter le pourvoi, par la raison que l'arrêt attaqué n'avoit pas violé la lettre de l'article 337; mais il est bien constant qu'il en violoit absolument l'esprit. Qu'a voulu, en effet, le Législateur ? Qu'un père ou une mère ne vînt pas, par une reconnoissance tardive, nuire aux droits résultant du mariage en faveur de son conjoint, ou des enfans issus de leur union, et tromper par-là l'espoir des deux familles. Or, que la reconnoissance soit faite pendant ou après le mariage, quand il existe des enfans, ne préjudiciera-t-elle pas également à leurs droits ? Ne diminuera-t-elle pas la part de chaque enfant, de ce qui est nécessaire pour compléter celle de l'enfant naturel ? La Cour de Pau a prétendu que le but unique du Législateur avoit été d'empêcher que la paix du ménage ne fût troublée ; mais si cela étoit, il se seroit contenté d'annuller la reconnoissance, dans l'intérêt de l'autre époux seulement, ou plutôt il auroit défendu toute reconnoissance pendant le mariage. Mais il n'a pas été jusque-là : il autorise ces reconnoissances, tellement qu'elles ont tout leur effet, si l'autre époux meurt sans enfans, ou si, après sa mort, les enfans viennent à mourir avant celui qui a reconnu. Donc ce n'est pas la crainte de troubler la paix du ménage, qui a déterminé la disposition; donc, l'interprétation donnée par la Cour de Pau, à l'article 337, est, comme nous l'avons dit, entièrement inadmissible. M. Proudhon a adopté la même interprétation. Mais il est évident, par la raison qu'il donne, qu'il n'a pas saisi le sens de l'article 337.

Quid, si la reconnoissance a eu lieu, à la vérité, depuis le mariage, mais forcément, c'est-à-dire, par jugement, dans les cas où elle peut avoir lieu ainsi : savoir contre la mère toujours, et contre le père, dans le cas de l'art. 340? Encore une fois, je ne vois pas comment une reconnoissance forcée pourroit avoir plus d'effet qu'une reconnoissance volontaire. Ne préjudicie-t-elle pas également à l'autre époux, et aux enfans du mariage ?

(12) *Sans postérité*. Ceci a besoin d'explication : car il pourroit arriver que,

BIU Cujas

même dans ce cas, la reconnoissance ne produisît aucun effet. Si, par exemple, c'étoit l'époux innocent qui eût survécu, et qu'il y eût donation universelle en sa faveur, l'enfant ne pourroit rien prétendre, puisque sa reconnoissance ne peut nuire à cet époux; elle ne peut donc avoir d'effet, qu'autant que la part de l'enfant, dans la succession, ne préjudicie en rien aux droits assurés par le contrat de mariage, ou par la loi, à l'époux survivant.

Cependant il seroit difficile de refuser des alimens à l'enfant naturel, reconnu même pendant le mariage. Les alimens sont de droit naturel; ils sont dus sur les biens de l'époux qui a reconnu, quand même il existeroit des enfans du mariage, ou quand il y auroit donation universelle au profit de l'autre époux: *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.* Mais je pense qu'ils ne sont dus que dans les cas et les proportions déterminés par les articles 763 et 764. Cet avis paroît être aussi celui de la Cour de Cassation, ainsi qu'il résulte de l'un des *considérant* d'un arrêt rendu le 27 août 1811. (Sirey, 1812, 1re. partie, pag. 13.)

L'article 337 suppose que l'un des époux, le mari ou la femme indistinctement, peut reconnoître, pendant le mariage, l'enfant qu'il a eu auparavant, d'un autre que de son époux, sauf que cette reconnoissance ne peut préjudicier, ni à l'autre époux, ni aux enfans. Mais dans ce cas, si c'est la femme qui reconnoît, doit-elle être autorisée? Je ne le pense pas; et par les mêmes raisons qui m'ont fait décider que le mineur pouvoit reconnoître son enfant naturel, sans être autorisé. Ce n'est pas la reconnoissance, c'est le fait de la conception qui constitue l'obligation; la reconnoissance n'en est que la preuve: le tout, sauf contestation, s'il y a lieu, par ceux qui ont intérêt.

Page 91.

(1) *Aussi bien qu'au père.* Le principe que, même durant le mariage, le droit de la puissance paternelle appartient virtuellement au père et à la mère, quoique le père seul puisse l'exercer, résulte de la combinaison des articles 372 et 373. Le premier dit que l'enfant reste sous leur autorité, c'est-à-dire, *sous l'autorité de ses père et mère, jusqu'à sa majorité*, etc. L'article 373 ajoute: *le père seul exerce cette autorité durant le mariage;* ce qui distingue bien le droit en lui-même, de l'exercice du droit: distinction qui peut être utile pour résoudre plusieurs questions sur cette matière.

(2) *Pendant le même temps*, c'est-à-dire pendant le mariage. *Quid*, s'il y a eu séparation de corps? se reporter à ce que nous avons dit ci-dessus, note (1) de la page 83. Cependant deux arrêts de la Cour d'Appel de Paris, rapportés tous deux dans le *Journ. de la Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. X, p. 337, ont jugé que, même lorsque les enfans avoient été confiés à la mère, le père conservoit la puissance paternelle, et par conséquent la tutelle. A la vérité, ces arrêts ont été rendus pour le cas de divorce. Mais il en devroit être de même à bien plus

BIU Cujas

forte raison pour le cas de séparation de corps qui ne dissout point le lien du mariage. Cependant quand la mère est chargée exclusivement d'administrer la personne des enfans; quand, d'un autre côté, il est de principe que l'administration de la personne emporte celle des biens, *tutor datur personæ, rebus per consequentias tantùm*, je le demande, sur quoi peut s'exercer la tutelle ou la puissance paternelle?

(3) *Ou son émancipation. Quid*, si le père ou la mère est condamné à une peine afflictive ou infamante? Si c'est la mère, il n'y a point de difficulté; la puissance continue d'être exercée par le père: mais si c'est le père, je pense que cet exercice doit lui être ôté, quand même la séparation ne seroit pas demandée. (Argument tiré de l'article 221.) La puissance paternelle sera donc exercée par la mère, avec le concours des deux plus proches parens paternels. (Argument tiré de l'art. 381.)

(4) *Les articles* 148, 149, 150, *etc., du Code.* Le décret n'a pas rappelé l'article 151. L'on doit en conclure que les filles majeures de vingt-un ans ne sont pas obligées, dans ce cas, de demander le conseil de leur père et mère, ou autres ascendans; et cela, pour deux raisons: la première, c'est que l'engagement dans une congrégation est loin d'avoir les mêmes résultats que le mariage; et la deuxième, c'est que ces engagemens, même à l'égard des novices majeures, n'est, au plus, que pour cinq ans. (Art. 8 du même décret.)

PAGE 92.

(1) *Du tribunal de son domicile.* Quoique la simple demande du père, même sans énonciation de motifs, soit suffisante pour faire détenir l'enfant, il faut néanmoins toujours l'ordre du Président: d'abord, parce que l'arrestation exige le concours de la force publique, qu'un simple particulier n'a pas le droit de mettre en action; et, en deuxième lieu, parce qu'aux termes de l'article 120 du Code Pénal, le gardien ou concierge de la maison de détention ne peut recevoir qui que ce soit, sans un ordre de l'autorité compétente, à peine d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de seize à deux cents francs.

Le germe de cette disposition se trouve dans la loi 3, Cod. *de Patriâ Potestate.*

(2) *Si le père est remarié.* On peut craindre que le père ne se laisse séduire par les artifices d'une belle-mère.

(3) *L'enfant détenu.* Ces mots prouvent que l'ordre d'arrestation a dû s'exécuter provisoirement, et que le pourvoi de l'enfant n'est pas suspensif.

(4) *En donne avis au père*, ou à la mère, ou au tuteur, si c'est par eux que la détention a été requise.

(5) *Avec le concours.* Il paroît qu'il faut le concours des deux. Si l'un des deux ne consentoit pas, la détention ne pourroit avoir lieu, au moins par

BIU Cujas

cette voie. Mais elle pourroit être requise, soit par le tuteur, soit par la mère même, si elle étoit tutrice, suivant la forme prescrite par l'article 468, c'est-à-dire, avec l'autorisation du conseil de famille, qui décideroit alors à la pluralité des voix. (Art. 416.)

(6) *Des deux plus proches parens paternels. Quid*, s'il n'y avoit pas de parens paternels, ou s'ils demeuroient à une distance trop éloignée ? Il faudroit alors recourir à l'article 468.

(7) *Ou requis la détention.* Quoique l'article 379 paroisse ne donner ce droit qu'au père, je pense cependant, contre M. Proudhon, qu'il n'y a aucune raison de le refuser à la mère ou au tuteur, en observant que ces derniers doivent être assujettis, pour abréger la détention, aux mêmes formalités qui sont exigées pour qu'ils puissent la requérir; et, ce qui prouve combien il est dangereux de s'attacher trop servilement à la lettre de la loi, c'est que M. Proudhon, qui refuse à la mère légitime le droit d'abréger la détention de son enfant, même avec le concours des parens paternels, accorde ce même droit à la mère naturelle, seule, et sans le concours de qui que ce soit. L'immoralité de cette distinction suffiroit seule pour la faire proscrire.

Page 93.

(1) *Dans la jouissance desdits biens.* Ce droit ressemble beaucoup à celui qui, dans la plupart des anciennes coutumes, étoit accordé au survivant des père et mère, et même quelquefois aux autres ascendans. Dans quelques provinces il se nommoit *bail*; dans d'autres, et notamment à Paris, on l'appeloit *garde noble* ou *bourgeoise*, suivant la qualité des personnes. Pothier et Renusson ont fait chacun un Traité sur cette matière.

(2) *Des charges usufructuaires.* Pour connoître quelles sont ces charges, *voyez* les articles 605 et suiv., et ci-après, au Titre de l'*Usufruit.*

(3) *Les arrérages ou intérêts des capitaux.* Dans l'ancien droit, le bailliste ou gardien étoit obligé de payer même les capitaux de toutes les dettes mobilières du défunt. Il est vrai qu'alors l'obligation n'eût pas été aussi étendue qu'à présent, parce que, dans la plupart des coutumes, les rentes étoient immeubles.

(4) *Et ceux de dernière maladie.* De quels frais a-t-on entendu parler ici ? Il est certain qu'à prendre l'art. seul, en lui-même, et sans aucun rapport au droit qui a précédé le Code, l'on entendra toujours les frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant. Ce qui a fait question à ce sujet, c'est que, dans l'ancien droit, le gardien étoit chargé de payer les frais funéraires de ceux dont la succession échéoit aux mineurs, et tomboit en garde; mais, néanmoins, je pense qu'il faut conserver à l'article le sens qu'il présente naturellement,

BIU Cujas

et l'entendre des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant, des biens duquel le père ou la mère a la jouissance ; et je me fonde :

1°. Sur ce que les auteurs mettoient autrefois les frais funéraires en première ligne, parce que c'étoit effectivement les premiers que devoit payer le bailliste ou gardien. Le Code, au contraire, les place en dernière ligne, probablement par la raison que ce sont les derniers que doit payer le père : or, ils ne peuvent être les derniers, qu'autant qu'ils concernent l'enfant.

2°. Sur ce que la plupart des coutumes n'assujettissoient pas expressément le gardien au payement de ces frais. On jugeoit néanmoins qu'il en étoit tenu, parce que ces frais faisoient partie des dettes mobilières de la succession, dettes dont le gardien étoit généralement tenu. Aujourd'hui, le père ou la mère, qui a la jouissance, n'est pas tenu des capitaux de ces dettes. Il ne doit donc pas être tenu des frais funéraires du prédécédé, plus que de toute autre dette. Ces frais ont dû être payés par la succession, et la diminuer d'autant : *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.*

(5) *Ou une industrie séparée.* Cela ressemble beaucoup au pécule castrense et quasi-castrense des Romains, sauf que ces deux pécules étoient moins étendus.

(6) *Que les père et mère n'en jouiront pas*, pourvu toutefois que l'enfant n'ait pas un droit de réserve ou de légitime sur ces biens. Car la disposition de l'article 387 étant fondée sur ce que celui qui pouvoit donner ou ne pas donner, a pu mettre à sa donation telle condition qu'il a jugée convenable, elle ne peut s'appliquer à la réserve, que le légitimaire a droit de recueillir, indépendamment de la volonté, et même contre la volonté du défunt, ainsi que nous le verrons au Titre *des Donations*. Si donc l'aïeul paternel d'un enfant dont le père est mort, l'institue son légataire universel, sous la condition que la mère survivante n'aura pas la jouissance, il faudra distraire du legs la portion que l'enfant auroit pu réclamer dans les biens de son aïeul, à titre de légitime ou de réserve ; et la jouissance de cette portion devra être accordée à la mère. C'est la décision de la Novelle 117, chap. 1. Par la même raison, si le père est grevé de restitution envers ses enfans, aux termes de l'article 1048, il ne pourra pas imposer à la restitution des biens grevés, la condition que la mère n'en aura pas l'usufruit.

(7) *Au père*, seul. Par conséquent, si les époux ne sont pas communs en biens, le mari seul profitera de cette jouissance. *Quid*, s'il y a séparation de corps ? Ce cas va être prévu tout-à-l'heure.

(8) *Que pendant sa viduité.* La femme qui se remarie, passe dans la famille de son mari : le père reste toujours chef de la sienne.

Quid, si la femme qui a perdu la jouissance par un second mariage, redevient veuve avant que ses enfans aient atteint l'âge de dix-huit ans, ou aient été émancipés, la jouissance revivra-t-elle à son profit ? Je ne le pense pas.

BIU Cujas

La loi ne dit pas que la jouissance est suspendue, mais qu'elle cesse. Il faudroit donc une disposition expresse de la loi pour la rétablir.

Au surplus, de ce que la femme qui se remarie perd la jouissance, on en a conclu avec assez de fondement, et à plus forte raison, que la femme qui vit dans un déréglement de mœurs notoire, doit en être également privée. Ainsi jugé à Limoges, les 16 juillet 1807 et 2 avril 1810. (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. XV, pag. 279.) Cependant le contraire a été jugé par la Cour d'Aix, le 30 juillet 1813. (SIREY, 1814; 2^e^. partie, pag. 70.) Mais l'on ne peut nier que la décision de la Cour de Limoges, ne doive être préférée comme beaucoup plus morale, et comme pouvant d'ailleurs être appuyée sur l'article 386.

(9) *N'a pas lieu au profit de celui etc.* Si donc la séparation a été obtenue contre la mère, elle n'aura pas la jouissance, même après la mort du père. Mais si c'est contre le père, la mère aura-t-elle la jouissance de suite, ou seulement après la mort du père? Il me semble que le père seul devant avoir cette jouissance, tant que dure le mariage, la mère en est exclue par cela seul, pendant le même temps; et que, si par l'effet de quelque circonstance particulière, le père en est privé, ce n'est pas une raison pour qu'elle retourne à la mère avant l'époque fixée par la loi, qui est celle de la dissolution du mariage. Les enfans en profiteront donc, tant que le père vivra; et la mère ne pourra la réclamer, qu'autant qu'ils seront encore mineurs et non émancipés, au moment de la dissolution. Je sais bien qu'il peut en résulter l'inconvénient que le père émancipera ses enfans dans la seule vue de priver la mère de la jouissance. Mais cet inconvénient est inséparable de l'état actuel de la législation, telle qu'elle est fixée par l'article 384: et il sera facile d'y remédier lors de la rédaction de la loi organique de la séparation de corps.

(10) *Avant cet âge.* Nous verrons plus bas, que l'enfant qui a père ou mère, peut être émancipé à quinze ans. (Art. 477.)

Quid, si l'enfant meurt avant dix-huit ans? la jouissance cesse-t-elle, ou bien continue-t-elle jusqu'à l'époque à laquelle l'enfant auroit dix-huit ans? La raison de douter se tire, 1°. de ce qu'anciennement, en pays de droit écrit, le père conservoit pendant toute sa vie l'usufruit des biens de ses enfans morts avant l'émancipation; et 2°. de ce que l'article 620 porte que l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint tel âge, doit durer jusqu'à cette époque, encore bien que le tiers soit mort avant l'âge fixé.

Néanmoins, je pense que la jouissance des père et mère doit cesser par la mort de l'enfant décédé avant l'âge de dix-huit ans, ou avant son émancipation; et je me fonde, 1°. sur ce que l'article 385 place en dernière ligne, comme nous l'avons déjà fait observer, les frais funéraires et ceux de dernière maladie de l'enfant, parce qu'il suppose que ce sont les derniers qui devront être à la charge du père. D'ailleurs, cet article charge le père qui a la jouissance,

BIU Cujas

de la nourriture, de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. Toutes ces charges cessent par la mort de l'enfant; donc le profit doit également cesser.

Secondement, la loi donne au père ou à la mère la jouissance des biens de leurs enfans. Lorsque les enfans sont morts, les biens ne leur appartiennent plus. Donc les père et mère ne doivent plus en jouir, puisqu'ils n'ont droit de jouir que des biens qui appartiennent à leurs enfans; et c'est probablement pour cela que la loi s'est servi du mot *jouissance*, au lieu du mot *usufruit*, parce qu'on auroit pu en conclure que cet usufruit ne devoit s'éteindre que des mêmes manières dont s'éteint l'usufruit ordinaire.

Troisièmement, l'article 754 donne aux pères et mères qui succèdent à leurs enfans, conjointement avec des collatéraux, l'usufruit du tiers de la portion de ceux-ci, et cela sans distinction. Or, s'ils conservoient la jouissance du total, il ne seroit pas nécessaire de leur donner l'usufruit du tiers.

4°. Enfin, la jouissance dont il s'agit a beaucoup plus de ressemblance et d'analogie avec la garde noble ou bourgeoise des pays coutumiers, qu'avec l'usufruit accordé au père en pays de droit écrit. Or, la garde finissoit par la mort naturelle ou civile du mineur.

La jouissance légale peut cesser encore par la renonciation du père. Mais l'on demande à cet égard, 1°. si cette renonciation seroit regardée comme un avantage sujet à rapport. L'affirmative ne nous paroît pas douteuse. L'article 843 ordonne le rapport de tout ce qui a été donné par le défunt, directement ou indirectement. Or, la renonciation à un droit acquis est bien certainement un avantage indirect en faveur de celui qui profite de la renonciation.

On demande 2°. si les créanciers du père pourroient, en vertu des articles 1167 et 622, faire révoquer une pareille renonciation, comme faite au préjudice de leurs droits? Je pense, par la même raison, que, si l'on doit regarder une pareille renonciation comme un avantage, les créanciers peuvent en demander la révocation. (Argument tiré de l'article 788.)

Mais il est bien entendu que ces deux décisions ne s'appliquent qu'au cas où la renonciation a été pure et simple; mais lorsqu'elle est la suite de l'émancipation, comme la cessation de la jouissance, dans ce cas, ne provient pas, à proprement parler, du fait du père, mais de la disposition de la loi; que d'ailleurs l'émancipation est un acte émané du droit de puissance paternelle, droit exclusivement attaché à la personne du père et de la mère, il est évident que les créanciers, qui n'ont certainement pas le droit d'attaquer l'émancipation, n'ont pas davantage celui de demander la continuation de la jouissance, dont la cessation est la suite nécessaire de l'émancipation. Par la même raison, il n'y aura pas, dans ce cas, lieu au rapport.

On avoit anciennement, sur ces différens points, une singulière opinion en pays de droit écrit. On pensoit que la renonciation du père à l'usufruit légal,

BIU Cujas

même sans émancipation, n'étoit pas un avantage sujet à rapport; et d'un autre côté, l'on soutenoit que cette renonciation, même lorsqu'elle étoit la suite de l'émancipation, pouvoit être révoquée à la requête des créanciers. Il paroît difficile de donner une raison plausible de cette jurisprudence, qui semble peu d'accord avec elle-même; et nous croyons que le système que nous venons d'établir, est ce qu'on peut imaginer de plus raisonnable.

(11) *Les droits sur la personne*, mais non les droits sur les biens, qui sont uniquement à l'avantage des parens. Or, *nemo ex delicto suo debet consequi emolumentum.* Il est à remarquer que l'article 383 se contente de déclarer communs aux pères et mères des enfans naturels, les articles 376, 377, 378 et 379. Pourquoi n'a-t-il pas ajouté les 380, 381 et 382? Quant à l'article 381, il y a une raison sensible; c'est que l'enfant naturel n'ayant d'autres parens que ses père et mère, et étant absolument étranger, quant aux rapports civils, aux parens de ceux-ci, on ne pouvoit exiger le concours des parens paternels. Mais j'avoue qu'il m'est impossible de trouver une raison plausible pour justifier l'omission des articles 380 et 382. La malveillance de la femme du père est-elle moins à craindre pour l'enfant naturel, que pour l'enfant légitime de son mari? Les motifs qui ont fait exiger le concours de l'autorité pour l'arrestation de l'enfant mineur de seize ans, lorsqu'il possède des biens personnels, ou qu'il exerce un état, et qui lui donnent, dans les mêmes cas, le droit de se pourvoir contre l'ordre d'arrestation, sont-ils moins puissans à l'égard de l'enfant naturel que de l'enfant légitime? Je pense donc que les articles 380 et 382 sont également applicables aux enfans naturels. M. Proudhon, qui est d'un avis contraire relativement à l'article 382, en donne pour raison qu'il est plus difficile de supposer un état et des biens dans la personne d'un enfant naturel, que dans celle d'un enfant légitime. Mais cette raison est évidemment nulle. En quoi la qualité d'enfant naturel peut-elle influer sur tout cela! Quel est l'état qu'un enfant de quinze ans pourra avoir s'il est légitime, et dont il sera privé s'il est naturel? D'un autre côté, l'enfant naturel ne peut-il pas avoir des biens provenant de la succession de son père ou de sa mère? etc.

Mais il reste ici une difficulté: comment la puissance paternelle sera-t-elle exercée à l'égard de l'enfant naturel? L'article 373 n'est pas applicable ici, puisqu'il n'y a pas de mariage. D'après le principe que nous avons précédemment établi, que la puissance paternelle réside virtuellement dans la personne des père et mère, nous pensons que, si l'enfant n'a été reconnu que par le père ou la mère, la puissance doit être exercée par celui qui a reconnu. S'il a été reconnu par les deux, ils doivent l'exercer conjointement. Et en effet, lorsque le père et la mère sont mariés, il est tout simple que la femme, qui est elle-même sous la puissance du mari, n'ait pas l'exercice de la puissance paternelle. Or, cette raison n'existe point ici. On oppose l'article 158, qui n'exige que le consentement du père pour le mariage de l'enfant naturel, même lorsqu'il

BIU Cujas

est reconnu par sa mère. Mais il est évident que cette dernière disposition est uniquement relative au mariage, que la loi cherche toujours à favoriser.

Quid, s'ils ne s'accordent pas sur la garde ou l'éducation de l'enfant? Les Tribunaux examineront *quid utilius* pour ce dernier.

Mais si le père n'a pas reconnu, ou s'il est mort, comment la puissance sera-t-elle exercée par la mère, si l'enfant est au-dessous de seize ans? M. Proudhon pense que la mère peut, dans ce cas, ordonner la détention. Je ne puis partager cette opinion : d'abord, parce qu'il me paroît immoral d'accorder à la mère naturelle un droit que la loi refuse à la mère légitime; et en second lieu, parce que l'intervention du juge est d'autant plus nécessaire ici, que l'on est privé de la garantie qui résulte, à l'égard de la mère légitime, du concours des deux plus proches parens paternels.

Quid, si la mère naturelle est mariée à une autre personne? Elle ne doit pas être traitée plus favorablement que la mère légitime, qui est privée, dans ce cas, de l'exercice de la puisssance paternelle. Elle appartiendra donc alors au père seul; et, à son défaut, au tuteur, conformément à l'article 468.

Page 95.

(1) *Qui n'existoient pas naturellement.* J'ai rédigé cette définition, d'après l'opinion dans laquelle j'ai toujours été, que l'on ne pouvoit adopter son enfant naturel. Mes motifs étoient, et sont encore :

1°. Que cela étoit formellement défendu dans le droit romain. (*L.* 7, Cod. *de Natural. Liberis*, et Novell. 89, cap. 7.)

2°. Que ce seroit un moyen facile d'éluder la disposition prohibitive contenue dans l'article 908; et effectivement il est arrivé par le fait, que presque toutes les adoptions qui ont eu lieu depuis l'introduction du système que je combats, ont été des adoptions d'enfans naturels. D'ailleurs, l'article 908 porte que l'enfant naturel ne peut, par donation entre-vifs, ni par testament, rien recevoir au-delà de ce qui lui est accordé au Titre *des Successions*. Or, qu'est-ce que l'adoption à l'égard de l'enfant naturel? Rien autre chose qu'une donation entre-vifs de la succession; car on ne compte que quatre effets de l'adoption :

Permission à l'adopté de prendre le nom de l'adoptant;

Obligation de se fournir mutuellement des alimens;

Prohibition de mariage entr'eux, et à l'égard de certaines personnes;

Enfin institution irrévocable d'héritier, en faveur de l'adopté.

Or, de ces quatre effets, les trois premiers existent à l'égard de l'enfant naturel reconnu, par sa seule qualité d'enfant naturel, et indépendamment de l'adoption : donc l'adoption n'est réellement, au moins à l'égard de l'enfant naturel reconnu, qu'une institution contractuelle. Or, soit que vous considériez cette institution, avec quelques auteurs, comme une donation entre-

BIU Cujas

vifs de la succession, ou avec d'autres, comme un testament irrévocable, sous l'un et l'autre rapport elle est comprise dans la prohibition de l'article 908 : donc cet article prohibe implicitement l'adoption de l'enfant naturel.

Enfin mon troisième motif est, que ce seroit aller directement contre l'intention perpétuellement manifestée par le Législateur, d'encourager le mariage et de le favoriser par tous les moyens possibles. L'on voit, en effet, dans le discours de l'Orateur du Gouvernement, qu'un des motifs qui ont fait balancer à admettre l'adoption, a été la crainte qu'elle ne nuisît au mariage.

« L'adoption, dit-il, bonne en soi, manqueroit son but, si elle nuisoit « au mariage. » Plus bas : « Si la faculté d'adopter pouvoit être un encou- « ragement général au célibat, il faudroit, sans doute, ravir cette faculté « aux célibataires, plutôt que d'exposer la société toute entière aux maux ré- « sultant de l'abandon du mariage. »

Or, l'adoption de l'enfant naturel doit avoir précisément tous ces résultats dangereux; elle contrarie même ouvertement le principe qui a fait admettre la légitimation par mariage subséquent. Cette légitimation est, en effet, un puissant encouragement au mariage, puisque, le plus souvent, le mariage avec la concubine n'a lieu que pour légitimer les enfans, et leur assurer les droits de successibilité. Or, les père et mère n'auront plus besoin maintenant de recourir au mariage, puisqu'ils parviendront au même but par l'adoption. Il craindront même de contracter un autre mariage, qui pourroit leur donner des enfans légitimes, dont l'existence feroit obstacle à l'adoption.

Telles sont les raisons qui, réunies à d'autres que nous ferons connoître successivement, me portent encore à penser, surtout dans le silence de la loi, que l'enfant naturel ne peut être adopté. *Voir* également dans SIREY, 1816, 1re. part., pag. 45, un arrêt de la Cour de Nismes, du 30 décembre 1812, qui a rejeté l'adoption d'un enfant naturel, et sur le pourvoi contre cet arrêt un plaidoyer du Procureur Général près la Cour de Cassation, qui a parlé entièrement dans le sens de l'opinion que j'établis ici. *Voir* enfin un arrêt, de la Cour de Cassation, du 23 décembre 1816, dont l'un des motifs porte textuellement : « Qu'on ne peut supposer que le Législateur, qui a « toujours si solennellement consacré l'incapacité absolue des bâtards adul- « térins pour acquérir des droits de filiation et de successibilité, se soit mis en « opposition avec lui-même, en étendant à ces bâtards la voie indirecte de « l'adoption, au préjudice des enfans nés dans le légitime mariage : que cette « incapacité annulle l'adoption dans son essence, et s'oppose, par conséquent, « à ce qu'une pareille adoption produise aucun effet, quant aux droits de filia- « tion et de successibilité, etc. »

BIU Cujas

A la vérité, il n'est question, dans ce dernier arrêt, que d'enfans adultérins, parce que la question ne s'étoit présentée qu'à leur égard. Mais, si l'on observe qu'il y a pareille prohibition, relativement à la successibilité, à l'égard des enfans naturels simples, qu'à l'égard des enfans adultérins, sauf le plus ou moins d'étendue de la quotité disponible, on sera convaincu que les mêmes raisonnemens pourront être appliqués avec le même succès à l'enfant naturel simple.

L'on a fait cette objection : Comme la prohibition ne peut avoir lieu qu'à l'égard de l'enfant naturel reconnu, il en résultera qu'on ne reconnoîtra pas l'enfant, afin de pouvoir l'adopter; de là il suivra que l'adoption n'aura pas moins lieu, et que la doctrine que nous voulons établir, aura seulement pour effet de nuire à l'enfant naturel, dont le père, par exemple, viendra à décéder avant sa majorité, et par conséquent avant d'avoir pu l'adopter.

Rien de plus facile que de rétorquer cet argument. En effet, il faut observer que les partisans de l'adoption de l'enfant naturel sont les mêmes qui soutiennent que la recherche de la paternité doit être interdite en général, même contre l'enfant. Or, d'après cela, ne peut-on pas leur dire : Il étoit fort inutile de prohiber les avantages excessifs faits aux enfans naturels, parce que cette prohibition ne pouvant s'appliquer qu'aux enfans naturels reconnus, il en résultera qu'on ne les reconnoîtra pas, afin de pouvoir les avantager? Il y a même cette différence, que le seul fait de la non-reconnoissance suffit, dans l'opinion de ces personnes, pour donner le droit d'éluder toutes les lois prohibitives des avantages, tandis que ce fait seul ne suffit pas pour donner le droit d'adopter, puisqu'il faut encore la réunion de certaines conditions, et l'observation de certaines formalités.

Dans notre système, au contraire, toutes ces contradictions s'évanouissent.

Recherche de la paternité contre l'enfant;

Prohibition d'adopter son enfant naturel.

Avec ces deux dispositions, qui peuvent très-bien se concilier avec celles du Code, nul moyen d'enfreindre les lois prohibitives des avantages faits aux enfans naturels, adultérins, ou incestueux.

Encouragement donné au mariage, comme étant le seul moyen de donner à l'enfant naturel le droit d'un enfant légitime.

Nul intérêt de ne pas reconnoître l'enfant naturel; intérêt au contraire, de le reconnoître, puisque, soit qu'il y ait reconnoissance ou non, la prohibition d'avantager sera toujours la même, etc.

Nota. Depuis la 1re. édition de cet ouvrage, la Cour de Nanci a, par son arrêt du 18 août 1814, rapporté dans SIREY, 1815, 2e. part. pag. 209, annullé l'adoption d'un enfant adultérin; et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 23 décembre 1816. (*Ibid.* 1817; 1re. partie, pag. 164.) Or, les raisons sont de même nature, quoique moins fortes, à l'égard de l'enfant naturel.

BIU Cujas

Espérons, au surplus, qu'une législation plus saine nous débarrassera de toutes ces questions, en supprimant l'adoption; institution nouvelle dans nos mœurs, et qui n'a produit jusqu'à présent d'autre avantage que de faciliter les moyens d'enrichir les fruits de la débauche et du libertinage.

Un prêtre pourroit-il adopter? L'adoption établissant, entre l'adoptant et l'adopté, certains rapports de paternité et de filiation, il paroît inconvenant qu'elle ait lieu de la part d'une personne à l'égard de laquelle ces rapports sont censés ne pouvoir exister. Je pense donc que le prêtre qui, aux termes des lois civiles, ne peut se marier, ne peut davantage adopter.

(2) *Au moins cinquante ans*, révolus. C'est ainsi, je pense, qu'on doit entendre ces mots : *âgés de plus de cinquante ans*.

(3) *Durant sa minorité*. L'on veut que les soins aient été donnés à une époque où l'adopté en avoit le plus besoin.

(4) *Et pendant six ans au moins*. On veut être sûr que l'adoption n'est pas l'effet d'un caprice, ou d'un sentiment de haine envers les héritiers, mais bien d'une affection particulière pour l'adopté. On voit, dans la Discussion et dans les Motifs, qu'on a eu l'intention de récompenser, par la faculté d'adopter, les vues bienfaisantes de celui qui a voulu se charger d'un enfant pendant sa minorité. Et c'est encore là une très-forte objection contre le système de l'adoption des enfans naturels. Peut-on, en effet, savoir gré à un père, des soins qu'il a donnés à son enfant? et la loi qui croiroit avoir besoin de récompenser l'accomplissement d'un des devoirs les plus sacrés de la nature, seroit-elle une loi bien morale?

Au reste, il suffit que les soins aient été donnés gratuitement et sans obligation; il n'est pas nécessaire qu'ils aient été donnés en vue de l'adoption, et ce qui le prouve, c'est qu'il suffit que l'adoptant n'ait pas d'enfans à l'époque de l'adoption, quand même il en auroit eu à l'époque où il donnoit des soins à l'adopté.

Comment doit être prouvée la prestation des soins? La loi n'a rien déterminé à cet égard : les juges, agissant comme jurés, prononceront d'après leur propre conviction. Mais je pense que le défaut de soins pourroit, s'il étoit prouvé, devenir dans la main des héritiers naturels de l'adoptant, un moyen de faire annuller l'adoption. Il en seroit de même, à plus forte raison, si l'adoption étoit fondée sur le fait que l'adopté a sauvé la vie à l'adoptant, et que la fausseté de ce fait fût prouvée. En vain diroit-on qu'il y a ici chose jugée, et que *res judicata pro veritate habetur*. Les héritiers répondront victorieusement que la chose n'a pas été jugée avec eux. (*Voyez* ci-après la note (5) de la pag. 98.) La seule différence qu'il y auroit, c'est qu'avant le jugement, c'étoit aux parties, c'est-à-dire, à l'adoptant et à l'adopté, à prouver les faits qui doivent, d'après la loi, fonder l'adoption; au lieu qu'après le jugement, il résulte de la

BIU Cujas

décision des Tribunaux qui a admis l'adoption, une présomption qui rejette la charge de la preuve sur ceux qui veulent l'attaquer.

Six années de tutelle pourroient-elles compter pour l'adoption ? Je pense qu'il faut distinguer si le tuteur pouvoit s'excuser de la tutelle ou non. Dans le premier cas, les années de tutelle peuvent compter ; *secùs*, dans le second. La raison de différence, c'est que, dans le premier cas, la tutelle est un bienfait de l'adoptant, qu'il pouvoit accorder ou refuser ; dans le second, c'est une charge qui lui étoit déférée, et qu'il étoit obligé d'accepter. On ne peut donc le récompenser d'avoir fait ce que la loi l'obligeoit de faire. Mais si le tuteur, quoiqu'étant dans la classe de ceux que la loi pouvoit contraindre d'accepter, a fait pour le pupille plus que les devoirs de la tutelle ne l'obligeoient de faire ; *putà*, s'il l'a nourri, élevé et entretenu à ses frais, je pense que par là il a rempli la condition de la loi. En un mot, le principe constant sur cette matière est, qu'il faut, et qu'il suffit qu'il ait été donné des soins, *nullo jure cogente*.

(5) *Ni descendans légitimes. Quid*, si l'on en avoit d'adoptifs ? Cela n'empêcheroit pas l'adoption. L'article 348 suppose que la même personne peut avoir plusieurs enfans adoptifs.

Est-il nécessaire que les enfans soient nés, pour empêcher l'adoption ? Non : il suffit qu'ils soient conçus. La prohibition est établie dans l'intérêt des enfans mêmes ; et *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. Cependant l'adoption qui auroit eu lieu pendant la grossesse, ne seroit pas nulle *de plano ;* elle seroit seulement *in suspenso :* elle seroit valable si l'enfant naissoit mort, ou non-viable ; et nulle, dans le cas contraire.

Mais à quelle époque la naissance de l'enfant devra-t-elle avoir lieu, pour qu'il soit présumé avoir été conçu au moment de l'adoption ? Je pense qu'il doit naître au plus tard le deux cent quatre-vingt-dix-neuvième jour après celui de l'adoption (ci-dessus, note (3) de la page 83). C'est le terme le plus long de la gestation ; et comme le Code prend tantôt le terme le plus court, et tantôt le terme le plus long, suivant l'intérêt de l'enfant légitime, il convient ici de prendre le plus long, puisque l'enfant légitime a intérêt que l'adoption soit annullée.

La légitimation faite par un mariage postérieur à l'adoption, d'un enfant né auparavant, pourroit-elle préjudicier à l'adoption ? Je ne le pense pas. L'enfant légitimé a les mêmes droits que s'il étoit né de mariage qui l'a légitimé. (Art. 333.) Or, le mariage étant, dans l'hypothèse, postérieur à l'adoption, les enfans qui en proviendroient, ne pourroient annuller l'adoption. Donc, etc.

(6) *Si l'on est marié.* Ce consentement préjudiciera-t-il aux droits que le conjoint pourroit avoir à exercer sur la succession de l'adoptant, par exemple, à l'effet d'une institution contractuelle qui auroit été faite en sa faveur par

BIU Cujas

l'adoptant ? Je ne le pense pas. Ce seroit une donation, et *nemo facilè donare præsumitur.* D'ailleurs, ce seroit, de la part du conjoint, une renonciation à une succession future. Or, ces sortes de renonciations sont expressément prohibées par le Code. (Art. 1130.) Mais, dira-t-on, le principal effet de l'adoption est de donner à l'adopté le droit de succéder à l'adoptant. Ce droit est absolument nul, s'il y a une institution universelle par contrat de mariage, au profit du conjoint de l'adoptant. Or, on ne peut supposer que les parties aient voulu faire un acte nul. Je réponds d'abord que ces raisons ne sont pas suffisantes pour détruire celles que nous venons de donner en faveur de l'opinion contraire. D'ailleurs, il est très-possible que, même dans le cas proposé, l'adoption ait effet; si, par exemple, le conjoint donataire prédécède sans enfans, l'institution contractuelle s'évanouit, et le droit de l'adopté revit dans son entier.

(7) *Des flammes ou des flots.* Pourquoi le Code a-t-il ajouté ces exemples, et ne s'est-il pas contenté de dire, *auroit sauvé la vie à l'adoptant ?* C'est afin de faire voir que l'exception doit être restreinte aux cas où l'adopté a pu lui-même courir quelque danger pour sauver l'adoptant. Il n'en seroit pas de même, par exemple, si l'adopté étoit un médecin qui eût tiré l'adoptant d'une maladie dangereuse, à moins, toutefois, que la maladie ne fût de nature à mettre les jours du médecin même en danger : peut-être, dans ce dernier cas, pourroit-on, par analogie, autoriser l'adoption.

(8) *Et plus âgé que l'adopté.* Mais il faut toujours que l'adoptant ait le consentement de son conjoint, et qu'il n'ait, au moment de l'adoption, aucuns descendans légitimes.

(9) *Au nombre de trois.* Observez que ces conditions sont exigées dans tous les cas, c'est-à-dire, même lorsque l'adopté a sauvé la vie à l'adoptant.

(10) *Des père et mère.* Si la mère refusoit de consentir, le consentement du père suffiroit-il, comme pour le mariage ? Je ne le pense pas : l'article paroit exiger le consentement des deux ; et d'ailleurs l'adoption n'est pas aussi favorable que le mariage ; et ce qui le prouve, c'est que l'on exige l'âge de vingt-cinq ans pour dispenser la fille, comme le garçon, de rapporter le consentement de ses père et mère, tandis que, pour le mariage d'une fille, l'âge de vingt-un ans suffit.

Si l'adopté est marié, le consentement de son conjoint est-il nécessaire ? Je pense qu'oui, et ce, quand même ce seroit le mari qui seroit adopté. Car, puisque la loi exige le consentement de la femme quand c'est le mari qui adopte, à plus forte raison doit-elle l'exiger quand il est adopté. D'ailleurs, la femme devant porter le nom de son mari, et l'adopté devant joindre à son nom celui de l'adoptant, il semble convenable qu'il ne puisse forcer sa femme de prendre un autre nom que celui qu'elle a porté jusqu'alors.

BIU Cujas

PAGE 96.

(1) *Ou du survivant d'eux.* Il résulte de l'article, que, si l'adopté n'a ni père ni mère, il n'a besoin du consentement de personne, quand même il auroit d'autres ascendans. Dans ce cas, la simple majorité de vingt-un ans suffit, pour qu'il puisse consentir seul à l'adoption.

(2) *Vingt-cinq ans accomplis*, de quelque sexe que soit l'adopté. On n'a pas admis ici la même distinction que pour le mariage.

(3) *Qu'il requière leur conseil.* Quels doivent être la forme et le nombre des réquisitions? Je crois que la forme doit être la même que celle des actes respectueux pour le mariage. Quant au nombre, la loi ne l'ayant pas désigné, je pense qu'une seule réquisition doit suffire, et qu'un mois après, l'adoption peut avoir lieu.

(4) *Celui de l'adoptant.* Homme ou femme, sans distinction. La loi ne distingue pas. Au surplus, cette disposition prouve encore que l'on n'a pas entendu consacrer le principe de l'adoption de l'enfant naturel reconnu; car il porte déjà le nom de son père.

Mais si c'est une femme qui adopte, et qu'elle soit mariée ou veuve, l'adopté devra-t-il prendre son nom de fille, ou son nom de femme? Je pense que c'est le nom de fille; c'est là vraiment le nom de sa famille; c'est celui sous lequel elle paroît dans les actes. L'autre est celui de son mari qu'elle ajoute seulement au sien.

(5) *Sur la succession.* Donc, il n'a des droits que sur la succession. On peut conclure de là, qu'il a un droit de légitime ou de réserve sur les biens donnés par testament, mais non sur ceux donnés entre-vifs, qui ne font point partie de la succession de l'adoptant: et il y a peut-être une raison, c'est que l'adoption étant irrévocable, on a voulu par là procurer à l'adoptant le moyen de punir l'adopté qui se comporteroit mal à son égard. D'ailleurs, remarquons que le donataire entre-vifs est propriétaire des objets donnés, du moment de la donation (Art. 938); et que l'esprit général du Code est de laisser le moins d'incertitude possible dans les propriétés. L'on a cependant pensé que le droit sacré de légitime, en faveur des enfans et des ascendans du donateur, devoit être préféré au droit du donataire, et même de ceux auxquels il auroit pu transmettre les biens donnés. Mais c'est précisément parce que cette atteinte portée à la propriété, en faveur de la réserve, est une exception au droit commun et au système général du Code, que l'on ne doit pas en étendre les dispositions, surtout lorsque le cas n'est pas, à beaucoup près, aussi favorable. Le droit des ascendans et des descendans dérive de la nature elle-même: celui de l'adopté ne résulte que de la loi civile; il ne repose que sur une fiction. Et ce qui prouve que le Législateur lui-même n'a pas entendu donner à l'adopté le même droit qu'à l'enfant légitime, relativement aux donations entre-vifs,

BIU Cujas

c est que l'adoption ne révoque pas ces donations, comme le feroit la survenance d'un enfant légitime. L'adoption étant un acte qui dépend entièrement de la volonté de l'adoptant, on n'a pas voulu mettre dans sa main un moyen de révocation des donations qu'il auroit pu faire. C'eût été contrarier ouvertement le système de la législation, relativement à l'irrévocabilité des donations entre-vifs. D'après toutes ces sortes de raisons, je pense donc que l'adopté ne peut faire réduire ces donations. Quant aux dispositions testamentaires, il n'y a pas les mêmes inconvéniens : les légataires n'ont jamais été saisis ; ils n'ont pu transmettre à d'autres ; ils n'ont pas dû compter sur leurs legs, arranger leurs affaires en conséquence. D'ailleurs, le texte est formel : L'adopté *a tous les droits d'un enfant légitime.* Or, un de ces droits est celui de prendre sa réserve sur les biens donnés. A la vérité, il n'a ces droits que sur la succession ; mais comme les objets légués font partie de la succession, il paroît difficile de lui refuser le droit de faire réduire les legs, pour le complément de sa réserve.

Quid, à l'égard des institutions contractuelles que l'adoptant auroit pu faire antérieurement à l'adoption ? Ces sortes d'institutions sont irrévocables, dit l'article 1083, dans le sens que l'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit des biens qui les composent. Or, il est certain que, dans notre droit, l'adoption a pour principal effet d'assurer à l'adopté la succession de l'adopté ; et que par conséquent, sous ce rapport, elle n'est autre chose qu'une disposition à titre gratuit des biens composant la succession : donc elle ne peut préjudicier à l'institution contractuelle antérieure, à l'égard de laquelle l'adoption doit être regardée comme non avenue.

(6) *Que s'il étoit issu de lui en mariage.* Par conséquent, il exclura tous les collatéraux, et même les ascendans. Le Code Prussien, partie 2, Titre 2, art. 673, conserve à ceux-ci leur légitime, quand ils n'ont pas consenti à l'adoption. Cette distinction ne pourroit être admise dans notre droit qui donne à l'adopté les droits d'enfant légitime. Or, l'enfant légitime exclut totalement les ascendans ; cependant il faut avouer que la disposition du Code Prussien est plus conséquente ; car l'on ne voit pas comment celui qui ne peut, par aucune donation, préjudicier à la légitime des ascendans, peut l'anéantir entièrement par une adoption, qui, encore une fois, n'est autre chose qu'une donation de la succession.

Si l'adopté étoit mort avant l'adoptant, ses enfans pourroient-ils le représenter dans la succession de ce dernier ?

L'on peut dire pour l'affirmative, que l'enfant adoptif a les droits d'un enfant légitime, et qu'au nombre de ces droits, est celui de transmettre à ses enfans la faculté de le représenter dans les successions ouvertes depuis son décès. Mais l'on pourroit répondre que l'adopté n'a de droit que sur la succession ; que son droit ne naît conséquemment qu'au moment de l'ouverture de la suc-

BIU Cujas

cession : or, dans l'espèce, nous le supposons mort avant cette ouverture ; il n'a donc jamais eu de droit ; il n'a pu en transmettre aucun.

D'ailleurs, dans notre droit, et à considérer la chose sous son véritable point de vue, l'adoption n'est réellement autre chose qu'une institution irrévocable d'héritier, une donation de la succession. Or, il est de principe que toutes les dispositions de ce genre sont caduques par le prédécès du donataire. Il n'y a qu'une seule exception en faveur des institutions faites par contrat de mariage ; mais, encore une fois, il est impossible d'argumenter, par analogie, du mariage à l'adoption.

(7) *Nés depuis l'adoption.* Cette dernière phrase a été ajoutée, parce que l'adoption étant, comme nous l'avons dit, une véritable donation, l'on auroit pu croire qu'elle devoit être révoquée par la survenance d'enfans ; ce qui n'est pas.

L'adoptant venant à se marier depuis l'adoption, l'on demande si l'adopté pourroit se prévaloir du bénéfice de l'article 1098, et faire réduire à une part d'enfant le moins prenant, et au plus au quart, les avantages faits par l'adoptant à son conjoint.

Il me semble que la solution de cette question dépend du système qui sera adopté, relativement à l'action ou retranchement. En effet, si l'on décidoit, conformément à l'opinion que nous venons d'émettre, que l'adopté n'a aucun droit sur les biens donnés entre-vifs, mais qu'il peut exercer le droit de réserve sur les biens donnés à cause de mort : je pense que l'on devroit appliquer la même distinction aux donations faites à l'époux depuis l'adoption, sauf qu'on devroit regarder comme donations testamentaires, celles de biens à venir, faites par contrat de mariage.

(8) *Des parens de ce dernier.* Et c'est ce qui constitue encore une différence essentielle entre l'adopté et le fils légitime ou légitimé.

(9) *Que s'il n'eût pas été adopté.* Le Code ne rappelle, à la vérité, expressément, dans l'article 349, que l'obligation relative aux alimens : nous allons en voir tout-à-l'heure la raison. Mais en disant que l'adopté reste dans sa famille, qu'il y conserve tous ses droits, c'est bien dire qu'il n'est dégagé d'aucuns des liens naturels, ni, par conséquent, d'aucune des obligations qui en résultent. Il sera donc obligé, pour se marier, d'obtenir le consentement, ou de requérir le conseil de ses ascendans naturels, etc.

Mais est-il assujetti, envers l'adoptant, à d'autre obligation qu'à celle de lui fournir des alimens ? Le Code est entièrement muet sur ce point : il auroit cependant paru naturel qu'il fût soumis à ces devoirs de déférence que la reconnoissance seule semble exiger, tels que l'obligation de requérir son conseil pour le mariage, et autres semblables. Mais comme il n'existe, ainsi que nous venons de le dire, aucune disposition de la loi à ce sujet, il ne peut y avoir, de la part de l'adopté, aucune obligation civile.

BIU Cujas

(10) *Envers ses ascendans naturels.* Quoique l'article 349 paroisse ne rappeler, relativement à la prestation des alimens, que l'obligation qui existe entre l'adopté et ses père et mère, il ne faut pas en conclure que la même obligation ait cessé d'exister entre l'adopté et ses autres ascendans. L'article 349 a été rédigé ainsi, parce que le Législateur, ayant voulu établir un terme de comparaison, pour la prestation des alimens, entre la famille naturelle et la famille adoptive de l'adopté, n'a pu étendre cette comparaison aux autres ascendans naturels, puisque l'adopté n'acquiert aucune relation, même civile, avec les ascendans de l'adoptant, et, par conséquent, ne seroit tenu, dans aucun cas, de leur fournir des alimens.

(11) *Il s'en trouve en nature. Quid*, si les biens ont été aliénés; mais que le prix en soit encore dû? Je pense que ce prix appartient à l'adoptant, et qu'il en doit être de même dans le cas où il existeroit dans la succession de l'adopté, une action en reprise de ces mêmes biens. (Argument tiré de l'art. 747.)

Quid, si l'adopté a disposé? Si c'est par donation entre-vifs, il n'est pas douteux que l'adoptant ne soit exclu, puisque les objets ne se retrouvent plus en nature dans la succession de l'adopté. La même raison n'existe pas, quand l'adopté a disposé par testament. Mais il faut observer qu'ici ce n'est pas un droit de retour, mais une véritable succession; et ce qui le prouve, c'est que l'adoptant est tenu des dettes au prorata. C'est d'ailleurs une succession légitime, puisqu'elle dérive de la disposition de la loi. Or, il est de principe, qu'en matière de succession, hors le cas de réserve, la disposition de l'homme détruit la disposition de la loi. Donc, si l'adopté a disposé, même par testament, des choses données, l'adoptant est exclu. *Voir*, d'ailleurs, ce que nous dirons sur l'article 747, dont les dispositions ont une parfaite analogie avec celle de l'article 351.

(12) *A la charge de contribuer aux dettes*, dans la proportion des biens qu'il prend, à la masse de la succession. Si la succession totale est de cent mille francs, que les biens repris par l'adoptant valent quarante mille francs, et qu'il y ait trente mille francs de dettes, l'on dira : les biens repris égalent les deux cinquièmes de la masse; l'adoptant est donc tenu des deux cinquièmes des dettes, ou de douze mille francs.

(13) *Acquis à des tiers.* Droits d'usufruit, d'usage, de servitude, d'hypothèque, avec cette différence cependant, que les droits d'usufruit, d'usage ou de servitude, étant des démembremens de la propriété, doivent être supportés par l'adoptant seul, sans recours contre les autres héritiers de l'adopté : le bien est censé se trouver en nature dans la succession, moins l'usufruit, l'usage, etc. L'hypothèque, au contraire, n'est pas un démembrement de la propriété; elle ne diminue en rien la valeur du fonds hypothéqué, dans la main du propriétaire; elle a pour objet unique d'assurer le

BIU Cujas

payement d'une créance. En conséquence, la reprise, par l'adoptant, du bien hypothéqué, ne peut, à la vérité, préjudicier à l'hypothèque, dans le sens que le créancier pourra toujours l'exercer sur ce bien; mais si l'adoptant est obligé, par suite de l'action hypothécaire, de payer toute la dette, il aura son recours contre les autres héritiers de l'adopté, pour la part qu'ils doivent supporter dans cette même dette.

PAGE 97.

(1) *Morts eux-mêmes sans postérité.* Mais je pense que, si l'adopté a laissé plusieurs enfans, l'adoptant ne succédera qu'au dernier mourant, et seulement aux choses trouvées en nature dans sa succession: car il résulte bien évidemment de l'article 351, que, même pour les choses données par l'adoptant, la loi a voulu lui préférer les descendans de l'adopté; par conséquent, tant qu'il existe un de ces descendans, il doit être préféré à l'adoptant. (*Voir* ci-après les notes sur l'art. 747.)

(2) *Qu'elle veut adopter.* Sont-ils tenus de se présenter en personne? Je ne le pense pas. En général, on peut se faire représenter dans tous les actes pour lesquels la loi n'a pas exigé expressément la présence des parties elles-mêmes.

Un étranger peut-il adopter? Je ne le pense pas, à moins qu'il ne jouisse des droits civils. L'adoption est une institution de pur droit civil, et qui ne tient en rien au droit des gens. Par la même raison, je pense qu'un étranger ne peut être adopté, même par un Français.

(3) *De leurs consentemens respectifs.* Il paroît que c'est cet acte qui forme le contrat entre les parties, tellement qu'il ne seroit plus au pouvoir de l'une d'elles de le révoquer sans le consentement de l'autre. (Argument tiré de l'article 360, et de ce que, dans toutes les formalités suivantes, l'on n'exige plus que l'intervention d'une seule partie.)

De là je conclus également, contre M. PROUDHON, que c'est au moment du contrat que doivent exister toutes les qualités qui constituent la capacité respective de l'adoptant et de l'adopté, et que les incapacités qui pourroient survenir depuis, soit avant l'admission de l'adoption par les tribunaux, soit avant l'inscription sur les registres de l'état civil, ne pourroient empêcher l'adoption: comme si, par exemple, l'adoptant venoit à se marier dans l'intervalle; si sa femme devenoit enceinte, etc. En un mot, je regarde l'adoption comme entièrement opérée du moment du contrat; à la vérité, sous deux conditions suspensives: si elle est admise par les tribunaux, et si elle est inscrite sur les registres dans le délai prescrit; mais il est de principe que les conditions une fois accomplies, ont un effet rétroactif au moment où l'obligation a été contractée. (Art. 1179.) Or il suffit, en général, dans les obligations conditionnelles, que la capacité des parties existe au moment du

BIU Cujas

contrat; il n'est pas nécessaire qu'elle subsiste jusqu'à l'événement de la condition. Pourroit-on, en effet, prétendre qu'une obligation contractée sous condition, par deux personnes jouissant de toute leur raison, pût être annullée par la démence de l'une des parties, survenue avant l'accomplissement de la condition?

Cette opinion paroît, au surplus, consacrée, comme je l'ai dit, par l'article 360, qui décide formellement que la mort de l'adoptant, survenue depuis le contrat, n'annulle pas l'adoption. Or, quelle plus grande incapacité que celle qui résulte de la mort? Donc l'incapacité survenue depuis le contrat n'annulle pas l'adoption.

(4) *Dans les dix jours suivans.* L'acte seroit-il nul, s'il n'étoit présenté qu'après ce délai? Le Tribunat avoit proposé de décider que tous les actes et jugemens, à l'égard desquels on n'auroit pas observé les délais prescrits, seroient regardés comme non avenus. Cette proposition n'a pas été admise. Il paroît, d'après cela, qu'on a voulu abandonner le tout à la prudence des juges, qui, prononçant, dans ces sortes d'affaires, comme jurés, et pouvant, en conséquence, se déterminer par tous les motifs qui leur paroissent convenables, pourront prendre en considération le défaut d'observation des délais prescrits.

PAGE 98.

(1) *Le tribunal prononce*, en la chambre du conseil. Il paroît, d'après l'article 348, qu'il n'y a que le jugement d'appel qui doive être prononcé publiquement, et encore quand il admet l'adoption.

(2) *Sans énoncer de motifs.* Il pourroit se faire, en cas de rejet de l'adoption, que le jugement fût fondé sur des motifs déshonorans pour l'adoptant. On a dû lui épargner ce désagrément.

(3) *Le jugement*, soit d'admission, soit de rejet; mais avec cette distinction, que, si l'adoption a été admise, le pourvoi est forcé, et l'adoption ne peut avoir lieu qu'en vertu de l'arrêt de la Cour Royale. Mais si l'adoption a été rejetée, il est bien entendu que l'on n'est pas obligé de se pourvoir: mais si l'on ne se pourvoit pas, on est censé renoncer à l'adoption.

(4) *Dans le mois de sa date. Voyez* la note (4) de la page précédente.

(5) *Est prononcé à l'audience.* Il doit donc être prononcé en secret, si l'adoption est rejetée: même motif que pour le jugement de première instance. Mais pourquoi celui-ci doit-il être secret, même lorsqu'il admet l'adoption? C'est qu'il peut être infirmé par la Cour, et que, jusqu'à ce que l'adoption soit définitivement admise, on ne veut lui donner aucune publicité. Le public, qui sauroit qu'on a voulu adopter, et que l'adoption a été rejetée, pourroit former des conjectures désagréables pour l'adoptant.

Y a-t-il lieu au recours en cassation? Je ne le pense pas. En effet, ce

BIU Cujas

recours ne pourroit avoir lieu, de la part de ceux qui poursuivent l'adoption, qu'autant que l'arrêt l'auroit rejetée. Mais alors les parties ne pourroient alléguer que des défauts de forme. Car la Cour ne devant pas donner de motifs, il est impossible de prouver, au fonds, que l'arrêt est en opposition avec la loi. Or, la violation des formes n'est pas un moyen de cassation. Ce ne peut être davantage, dans l'espèce, un moyen de requête civile; car aucune des formes n'est requise à peine de nullité. (*Cod. de Proc.*, art. 480, n°. 2.) Il n'y a donc réellement pas, dans le cas du rejet de l'adoption, de recours à exercer de la part de ceux qui l'ont poursuivie.

Mais si l'adoption a été admise, et qu'au décès de l'adoptant elle soit attaquée par ses héritiers, quelle voie devront-ils prendre? Ce n'est, ni la cassation, ni la requête civile. Ces voies ne sont ouvertes qu'à ceux qui ont été parties dans les jugemens. Ce n'est pas davantage la tierce-opposition. Les jugemens qui ont admis l'adoption, n'ayant pas été rendus sur contestation et entre parties, je partage l'opinion de ceux qui pensent qu'il n'est pas même besoin d'y former tierce-opposition, et qu'ils sont, à l'égard des tiers, comme non avenus. (Argument tiré de l'article 100.) Les héritiers de l'adoptant, qui veulent attaquer l'adoption, doivent donc se borner à en demander la nullité par instance principale, laquelle subira les deux degrés de juridiction. On oppose à ce système, que l'on verra donc un tribunal de première instance examiner le mérite, et prononcer même la nullité, d'une adoption qui a été admise par une Cour Royale. Mais l'on peut répondre que cela peut arriver tous les jours. D'abord, pour les arrêts sur requête. Il est très-possible que la rectification d'un acte de l'état civil ait été ordonnée par arrêt; et cela n'empêchera pas un tribunal de première instance de statuer sur une contestation, comme si la rectification n'eût pas été ordonnée. Et même, quant aux jugemens rendus sur contestation, entre parties, il est de principe que la tierce-opposition ne peut être employée par les tiers qui n'ont pas été parties dans le jugement que pour en arrêter l'exécution; que, lorsqu'il est exécuté, la tierce-opposition est inutile; qu'il suffit d'assigner celui qui a obtenu le jugement, auquel, s'il en excipe, l'on opposera l'article 1351 du *Code Civil*; il arrivera donc, de là, qu'un tribunal de première instance pourra, mais entre d'autres parties, juger le contraire de ce qui a été jugé par une Cour Royale. Ainsi, Pierre et Paul se disputent la propriété d'une créance; elle est adjugée à Pierre. Il notifie l'arrêt au débiteur. Je prétends être propriétaire de cette créance: je ne puis empêcher le débiteur de payer, qu'en formant tierce-opposition à l'arrêt. Mais s'il a payé, et que je veuille agir contre Pierre en restitution, je ne devrai point me rendre tiers opposant; mais je serai tenu de me pourvoir contre lui par action principale.

Mais, dira-t-on encore, il y a chose jugée avec l'adoptant. Or les héritiers de celui-ci peuvent-ils revenir contre ce qui a été jugé avec leur auteur, et

BIU Cujas

peuvent-ils avoir, à cet égard, plus de droit que lui ? Je réponds qu'il faut distinguer deux espèces d'actions qui peuvent être exercées par les héritiers; les unes qu'on peut appeler héréditaires, c'est-à-dire, que les héritiers exercent comme représentant le défunt, et comme étant la continuation de sa personne; et, dans ces sortes d'actions, il est certain qu'ils ne peuvent exercer que les droits qu'avoit leur auteur; et les autres qu'ils exercent comme appelés par la loi à recueillir la succession, et auxquelles il est évident que le même principe n'est pas applicable. Car autrement il en résulteroit que les actes faits par un défunt, en fraude de ses héritiers, ne pourroient jamais être attaqués par ces derniers; ce qui est faux, puisqu'il y a même dans le Code une disposition expresse qui permet aux héritiers de l'un des époux de faire annuller les avantages indirects faits par lui au profit de l'autre époux. (Art. 1594.)

(6) *Du jugement définitif.* L'article 360 dit que : « Si l'adoptant vient à « mourir après que l'acte d'adoption a été reçu par le juge de paix, et porté « devant les tribunaux, et avant que ceux-ci aient définitivement prononcé, « l'instruction sera continuée, etc. » D'où quelques personnes ont voulu conclure que, si le décès de l'adoptant arrivoit dans le délai accordé par l'article 354 pour porter l'acte devant les tribunaux, l'adoption seroit nulle. Je ne puis partager cette opinion. Comme je l'ai déjà dit, tout est consommé par l'acte passé devant le juge de paix, puisque l'on n'exige plus, pour le reste des opérations, que l'intervention d'une seule des parties. Quant à la rédaction, un peu embarrassée à la vérité, de l'article 360, je crois qu'on a voulu seulement exprimer deux choses : la première, qu'il n'étoit pas nécessaire que les deux parties vécussent jusqu'au moment où l'adoption seroit définitivement admise; et la seconde, que le décès arrivé pendant l'instruction, ne l'interromproit pas; et cela par dérogation aux règles ordinaires de procédure, qui veulent, que dans les affaires qui ne sont pas encore en état de recevoir jugement, toutes procédures faites postérieurement à la notification de la mort de l'une des parties, soient nulles. (*Cod. de Proc.*, art. 344.)

(7) *L'adoption inadmissible.* Ils auroient le droit de faire annuller, après le décès de l'adoptant, l'adoption, même consommée pendant sa vie, si elle étoit contraire aux lois; à plus forte raison doivent-ils avoir celui d'en empêcher l'admission dans le même cas.

L'adoption est-elle révocable, ou au moins avec le consentement des deux parties ? D'abord, l'affirmative n'est pas douteuse, tant que l'adoption n'est pas inscrite sur les registres de l'état civil. Car puisque tout est anéanti par le seul défaut de poursuite avant le jugement; et, après le jugement, par le seul défaut d'inscription dans le délai fixé, à plus forte raison la déclaration expresse des parties doit-elle avoir le même effet. Il seroit absurde qu'ils ne pussent pas faire directement ce que la loi leur permet de faire indirectement. Mais si l'adoption est inscrite, cela présente plus de difficulté. Cependant la

BIU Cujas

négative me paroît préférable ; et je me fonde, 1°. sur ce que l'adoption confère une espèce d'état civil nouveau à l'adopté. Or les individus ne peuvent, de leur seule autorité, disposer de leur état civil. Et en effet, comment annullera-t-on l'inscription faite sur les registres ? Il faudroit donc faire inscrire la révocation. Or nulle part, la loi ne parle de cette prétendue révocation. 2°. Sur ce que l'adoption est un don de la succession, et n'est même pas, à proprement parler, autre chose : renoncer à l'adoption, seroit donc réellement de la part de l'adopté, renoncer à une succession future ; ce qui est prohibé.

Nota. Le Code Prussien permet de révoquer l'adoption en suivant les mêmes formes avec lesquelles elle a été opérée, c'est-à-dire, avec le consentement de toutes les parties, et la sanction des Tribunaux.

PAGE 99.

(1) *Aux titres du Mariage et de l'Adoption.* Sauf encore le cas d'interdiction, et celui du sourd-muet, qui, s'il ne sait pas écrire, ne peut accepter une donation que par le ministère d'un curateur. (Art. 936.)

(2) *De tutelle officieuse.* Si l'adoption étoit supprimée, il est probable que la tutelle officieuse, qui n'est qu'un échelon pour y parvenir, le seroit également.

PAGE 100.

(1) *A ces différens objets.* Ce qui constitue une seconde différence entre le tuteur officieux et le tuteur ordinaire, qui, quand il n'est pas un des ascendans, n'est tenu, à la rigueur, de pourvoir à la subsistance et à l'éducation du pupille, qu'autant que les biens de ce dernier peuvent y suffire : *Tutor de suo pupillum alere non compellitur.*

Enfin une troisième différence qui paroît exister entre la tutelle officieuse et la tutelle ordinaire, c'est que celle-ci ne peut être déférée aux femmes, excepté aux ascendantes, tandis qu'il semble résulter de l'esprit du Code qu'une femme peut en général être tutrice officieuse ; car toute femme peut adopter ; et la tutelle officieuse n'étant, comme il a été dit, qu'un échelon pour parvenir à l'adoption, il n'y a pas de raison de l'interdire aux femmes.

(2) *A une autre tutelle. Quid,* s'il a un père ou une mère, ou tous deux ? L'adoption ne détruisant point les liens de famille, la tutelle officieuse peut encore moins y préjudicier : en conséquence, l'enfant reste soumis à son père ou à sa mère, en tout ce qui ne porte pas atteinte aux droits et aux obligations du tuteur officieux : par exemple, quant au mariage.

(3) *Qu'il ait plus de cinquante ans*, révolus. (*Voyez* la note (2) de la pag. 95.) Il peut paroître étonnant que cette tutelle ne soit permise qu'à cinquante ans ; d'où il résulte que, l'adoption ne pouvant avoir lieu que plusieurs années après, le tuteur officieux ne peut adopter qu'à l'âge de soixante ans,

BIU Cujas

et même davantage, tandis que l'adoption ordinaire peut avoir lieu à cinquante ans. Mais c'est qu'on n'a pas voulu nuire au mariage : on a donc voulu qu'un célibataire ne pût contracter d'obligation, soit par l'adoption, soit par la tutelle, qu'à l'âge auquel on paroît avoir renoncé au mariage.

(4) *Qu'il soit mineur de quinze ans.* La principale obligation du tuteur officieux étant de pourvoir à l'éducation physique et morale de l'enfant, cette obligation deviendroit à-peu-près nulle, si ce dernier avoit plus de quinze ans: à cet âge l'éducation est finie, ou fort avancée. D'ailleurs, comme on peut être adopté à vingt-un ans, on a voulu conserver la règle qui exige six ans au moins de secours et de soins à l'enfant pendant sa minorité.

(5) *D'un conseil de famille.* L'on ne voit pas d'abord pourquoi, à défaut du père et de la mère, le consentement des ascendans ne suffit pas, dans l'ordre prescrit pour le mariage. L'on a peut-être pensé que les ascendans étant chargés, par la loi, du soin de nourrir et d'élever leurs descendans, ne seroient peut-être pas fort délicats sur les moyens de se décharger de cette obligation, et pourroient, en conséquence, consentir légèrement à la tutelle officieuse; et l'on a cru convenable de réunir l'opinion du conseil de famille, auquel, d'ailleurs, les ascendans doivent être appelés.

(6) *Du domicile de l'enfant*, à la différence de l'adoption, dont l'acte doit se passer devant le juge du domicile de l'adoptant. Ici, c'est une véritable tutelle; et, dans toute tutelle, c'est le domicile de l'enfant qui détermine la compétence du juge de paix, comme nous le verrons ci-après.

(7) *Si ce dernier y consent*, et s'il n'est point survenu d'obstacle à l'adoption; *putà*, si le tuteur qui n'avoit pas d'enfans au moment de la tutelle, se trouve en avoir au moment de la majorité, l'adoption ne pourra avoir lieu. (Argument tiré de l'article 366.)

(8) *Si cette réquisition.* Donc, pour que la disposition de l'article ait lieu, il faut que le pupille requière l'adoption dans les trois mois à compter de sa majorité. *Secùs*, s'il ne la requiert pas; à plus forte raison, s'il la refuse.

(9) *N'a pas d'effet.* Remarquez que l'article ne dit pas, *si le tuteur refuse*, parce que la disposition doit avoir lieu, quelle que soit la cause du défaut d'adoption, si toutefois elle provient du tuteur, et quand même il y auroit impossibilité de sa part; *putà*, s'il lui est survenu des enfans légitimes; s'il s'est marié depuis la tutelle, et que son conjoint refuse de consentir à l'adoption, etc.

PAGE 101.

(1) *Peut*, et non pas *doit.* Il est possible que le pupille ait mené une conduite qui justifie le refus du tuteur; que ce dernier, riche au moment de la tutelle, se trouve ensuite hors d'état de faire aucun sacrifice, etc.

BIU Cujas

(2) *A lui procurer un métier*, laquelle obligation passe à ses héritiers, comme nous allons voir tout-à l heure.

(3) *Dans la prévoyance de ce cas.* Cela ne veut pas dire que l'indemnité aura toujours lieu, indépendamment des stipulations ; mais que si, par l'acte de tutelle, le tuteur s'est engagé, par exemple, à payer au pupille, dans le cas où il ne l'adopteroit pas, une pension viagère supérieure aux secours que le pupille auroit pu exiger d'après la loi, la convention doit être exécutée.

Combien durera l'action en indemnité ? Il eût été à désirer que l'on eût fixé un délai. Mais comme il n'y en a pas, il faut dire qu'elle ne se prescrira que par trente ans, sauf les fins de non-recevoir qui pourront être opposées, et que les tribunaux devront admettre facilement, surtout quand il se sera écoulé un certain délai.

(4) *Ni enfans, ni descendans légitimes.* Ainsi, la survenance d'enfans annulle l'adoption testamentaire, tandis qu'elle n'annulle pas l'adoption entre-vifs. Cela tient à la différence qui existe entre ces deux espèces de dispositions, dont la derniere, étant une sorte de contrat, a son effet de suite, et est irrévocable, comme le sont les contrats; tandis que la première, étant une véritable disposition testamentaire, n'a d'effet qu'à la mort du testateur, et reste jusques là révocable par le seul effet de sa volonté, ou par une incapacité survenue dans sa personne.

(5) *Depuis le commencement de la tutelle. Quid*, si le testament contenant l'adoption, est fait avant l'expiration des cinq années, mais que le tuteur ne vienne à mourir qu'après les cinq ans, l'adoption sera-t-elle valable ? La raison de douter se tire de ce que le testament n'ayant d'effet que du jour du décès, il semble que toutes les dispositions qui y sont contenues, doivent se référer à cette date. Néanmoins, l'avis contraire me paroît préférable, et je me fonde,

1°. Sur le texte de l'article 366, qui paroît exiger formellement un intervalle de cinq ans entre la délation de la tutelle, et l'adoption, même testamentaire;

2°. Sur ce que cette disposition se combine parfaitement avec l'esprit général du Législateur, qui veut qu'il y ait toujours un délai assez long entre l'adoption, et le moment où l'adoptant a commencé à donner des soins à l'adopté ;

3°. Enfin, sur la Règle Catonienne, qui veut que la disposition, qui eût été nulle si le testateur fût mort immédiatement après la confection de son testament, soit toujours nulle, quoique le testateur ait vécu plus long-temps. (*L.* 1, ff. *de Regulâ Caton.*)

L'on insiste et l'on dit : Ou le testateur a révoqué l'adoption avant de mourir, ou non. S'il l'a révoquée, il n'y a plus de question. S'il ne l'a pas révoquée, c'est comme s'il l'avoit confirmée, ou comme s'il en avoit fait une nou-

BIU Cujas

velle au moment de sa mort; et, dans ce cas, le délai prescrit par la loi est observé. Je réponds :

1°. Que, surtout en matière de testament, ce raisonnement est inadmissible; car il en résulteroit qu'il n'est pas nécessaire que le testateur ait la capacité au moment du testament, et qu'il suffit qu'il l'ait au moment du décès; d'où il suit que le testament fait par un mineur de dix à douze ans, seroit valable, par cela seul que le testateur seroit mort à vingt-un ans révolus; ce qui est contraire à tous les principes;

2°. Que ce n'est pas en matière de testament que l'on peut dire que la non-révocation équivaut à une disposition; que l'on sait combien en général les personnes âgées, surtout, répugnent à s'occuper de ce qui a trait à la mort, et par conséquent de tout ce qui a rapport à leurs dernières volontés, etc.

(6) *Que si elle eût eu lieu entre-vifs.* Il est bien entendu que, dans ce cas, le consentement du conjoint n'est pas nécessaire. (Art. 344.)

Cette adoption devra-t-elle être inscrite? Je ne le pense pas. D'abord, l'article 366 n'en parle pas; et il y a d'ailleurs une raison, c'est que le principal effet de l'adoption étant de donner à l'adopté le droit de succéder à l'adoptant, et cet effet se réalisant au moment même où l'adoption est connue, il paroît inutile de lui donner une plus grande publicité.

(7) *Des moyens de subsister.* Donc, si le pupille a d'ailleurs des moyens d'existence, il n'a rien à demander, sauf l'exécution des conventions particulières. Mais remarquez que par ces mots, *moyens de subsister*, il faut entendre, non-seulement les alimens nécessaires actuellement, mais encore les moyens nécessaires pour le mettre en état de gagner sa vie à l'avenir; par exemple, l'apprentissage d'un métier. (Argument tiré de l'art. 369.)

(8) *Le père est administrateur.* Cette administration est-elle une tutelle? La question présente quelqu'importance, d'abord, à cause de l'hypothèque légale qui a lieu sur les biens du tuteur, et ensuite parce que la qualité de tuteur imposeroit au père des obligations particulières, ne fût-ce que celle de faire nommer un subrogé-tuteur. Il paroît résulter de l'intention du Tribunat, sur la proposition duquel cette disposition a été adoptée, que le père n'est astreint à aucune des formalités que la loi impose au tuteur, et notamment à l'obligation d'obtenir, en certains cas, l'autorisation du conseil de famille, à faire nommer un subrogé-tuteur, etc. Néanmoins, je pense que, si l'enfant se trouvoit avoir des intérêts opposés à ceux de son père; *putà*, si la succession d'un de ses frères venoit à s'ouvrir *ab intestat*, il faudroit bien que le partage de cette succession, s'il avoit lieu, se fît avec un contradicteur légitime, tuteur *ad hoc*, subrogé-tuteur, ou autre. Je pense également que le père, quoiqu'administrateur, ne pourroit, de sa seule autorité, aliéner ou hypothéquer les immeubles de son fils. Il faudroit, pour cela, qu'il fût autorisé au moins par le Tribunal, qui, probablement, ne manqueroit pas de consulter la famille. Ainsi, la seule

BIU Cujas

différence notable que je vois entre le père tuteur et le père administrateur, c'est que le premier ne peut s'immiscer dans la gestion, avant d'avoir fait nommer un subrogé-tuteur (Art. 401), tandis que le second n'y fera procéder qu'en cas de nécessité; et en second lieu, que le père administrateur n'est point passible de l'hypothèque légale qui a lieu sur les biens du tuteur.

(9) *Gratuitement.* Ce n'est pas que le tuteur ne puisse réclamer le remboursement des dépenses raisonnables qu'il a faites pour la personne et biens du mineur; mais néanmoins la tutelle est dite gratuite, dans le sens que le tuteur ne peut réclamer aucune indemnité pour ses peines et soins personnels.

PAGE 103.

(1) *De l'absence et du mariage. Voyez* les articles 141, 142 et 143, pour le cas d'absence, et 302 et 303, pour le cas de séparation de corps.

Les père et mère naturels sont-ils tuteurs légitimes de l'enfant qu'ils ont reconnu? L'on voit que l'art. 383 leur donne tous ceux des droits de la puissance paternelle, qui sont établis en faveur de l'enfant. Or, la tutelle est toute en faveur du pupille. D'ailleurs, les droits que la tutelle donne au tuteur, sont bien moins étendus que ceux qui résultent de la puissance paternelle. De là je conclus que la tutelle légitime a lieu à l'égard des père et mère naturels; que, pendant leur vie à tous deux, elle doit être exercée par le père; après sa mort, par la mère, si elle est fille ou veuve; sinon, que l'on doit se conformer, à son égard, aux articles 395 et 396. On a jugé dans ce sens, à Bruxelles, le 4 février 1811. (SIREY, 1811, 2e. partie, pag. 476.) A la vérité, il a été rendu un arrêt contraire, à Paris, le 9 août 1811 (*Ibid.* 475); mais les motifs de ce dernier arrêt ne m'ont pas paru suffisans, pour me déterminer à changer d'opinion sur ce point.

(2) *Ne peut être modifiée par la mère.* Mais *quid*, si la mère, ou toute autre personne, faisoit une disposition en faveur d'un mineur, sous la condition que les biens qui la composent, seront administrés par une personne désignée, autre que le père? La Cour de Bezançon a jugé le 15 novembre 1807, qu'une pareille condition devoit être réputée non écrite, comme tendant au mépris de l'autorité paternelle, et par conséquent comme contraire aux bonnes mœurs. La disposition de cet arrêt me semble trop rigoureuse. Ne pourroit-il pas se faire que la conduite du père fût telle, qu'elle ne pût donner lieu à une destitution, et que cependant elle pût inspirer une juste défiance au testateur? Pourroit-on, dans ce cas, trouver mauvais qu'il prît des précautions pour assurer la conservation des biens par lui donnés à l'enfant? D'un autre côté, il peut avoir le désir que la donation qu'il fait, soit employée spécialement de telle ou telle manière avantageuse au mineur; et il peut avoir des raisons de craindre que ses intentions ne soient pas exactement remplies par le père tuteur ou administrateur. Je pense donc que la décision peut, dans ces

BIU Cujas

divers cas, dépendre des circonstances, mais qu'en point de droit général, la disposition n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public.

(3) *Sur tous les actes de la tutelle*, d'administration seulement. Je ne pense pas que cela puisse s'étendre aux actes relatifs à la personne, ni aux droits qui appartiennent à la mère, à raison de la puissance paternelle. (Argument tiré de l'article 1388.) Le père ne peut même, quant aux biens, qu'obliger la mère de prendre l'avis du conseil désigné. Il ne peut confier à d'autres les actes d'administration qu'elle a droit de faire comme tutrice. *Sic* jugé, et avec raison, à Gênes, le 10 août 1811. (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civil*, tom. XVII, pag. 465.)

(4) *Qu'il a expressément spécifiés.* Si l'opération étoit de nature à préjudicier au mineur, et à donner lieu à des dommages-intérêts, l'avis du conseil déchargeroit-il la mère de toute responsabilité? Je ne le pense pas; et mon opinion en cela est conforme à celle de Papinien, rapportée par Ulpien, dans la loi 5, §. 8, ff. *de Admin. et Peric. Tut.* Le conseil ne peut forcer la mère d'agir. Tout ce qu'elle fait, elle le fait donc volontairement; elle doit donc être responsable. En vain diroit-elle qu'elle n'avoit pas assez de lumières, qu'elle s'en est rapportée au conseil; c'étoit à elle à ne pas accepter la tutelle, puisqu'elle pouvoit la refuser impunément. Mais le conseil seroit-il également responsable? La question est plus difficile. Peut-être pourroit-on distinguer: Si le préjudice causé au mineur résultoit d'une mauvaise opération faite par la mère, l'on pourroit dire que cette dernière étant toujours maîtresse d'agir ou de ne pas agir, c'est le cas d'appliquer la loi 47, ff., *de Regulis Juris*: *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio.* Mais si le préjudice résulte d'une opération qui auroit dû être faite, et qui a été empêchée par la seule opposition du conseil, je pense qu'il pourroit, suivant les circonstances, être tenu, et même seul tenu des dommages-intérêts du pupille.

Une seconde question encore plus délicate, est celle de savoir si les actes faits avec la tutrice, non assistée du conseil, dans les cas où cette assistance étoit requise, peuvent être valables. Par exemple, le père, entr'autres choses, a défendu à la mère tutrice de recevoir aucun capital mobilier sans l'assistance du conseil; un débiteur de la succession, ignorant la clause du testament, paye à la mère seule: l'argent se trouve dissipé. Le débiteur sera-t-il obligé de payer une seconde fois? Je ne le pense pas; et je me fonde sur l'article 1240, portant que le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, quand même il n'en seroit pas propriétaire. Or, ici la mère, par sa qualité de tutrice, a pour elle le droit apparent de toucher toutes les sommes mobilières appartenant à ses enfans. Il n'y a rien qui donne de la publicité à la nomination d'un conseil. Mais il faut que le débiteur soit de bonne foi; car s'il est prouvé qu'il avoit, ou même seulement qu'il devoit avoir, par la notoriété

BIU Cujas

publique, connoissance de la nomination du conseil, le payement sera nul, et devra être renouvelé, sauf le recours du débiteur contre la mère.

(5) *Soit par acte de dernière volonté.* Si cet acte étoit, par défaut de forme, nul, comme acte de dernière volonté, mais qu'il fût valable, comme acte ordinaire; *putà*, si l'un des témoins étoit incapable, vaudroit-il, au moins, quant à la nomination du conseil? Cette question tient à une autre beaucoup plus importante, que nous traiterons au titre *des Testamens.* (*Voyez* ci-après les notes sur ce titre.) Nous pouvons, en attendant, dire que nous regarderions, dans ce cas, la nomination du conseil comme valable.

(6) *Ne change rien à la tutelle*, par la raison que le père remarié reste toujours chef de sa famille, au lieu que la femme remariée passe dans la famille de son mari.

(7) *Par le conseil de famille.* Les membres de ce conseil, qui ne sont pas d'avis de conserver la tutelle à la mère, sont-ils obligés de donner leurs motifs, conformément à l'article 447? Jugé la négative en Cassation, le 17 novembre 1813 (*Bulletin*, n° 129), et avec raison. Ce n'est pas là, à proprement parler, une destitution; c'est réellement une nouvelle nomination, puisque c'est le second mari qui sera, par le fait, tuteur. Or, les membres du conseil de famille ne sont pas obligés de donner les raisons pour lesquelles ils nomment ou ne nomment pas telle personne. D'ailleurs, dans le cas de destitution, comme elle ne peut avoir lieu que pour des motifs déterminés, il faut bien connoître quels sont ceux qui ont déterminé le conseil, afin que le tuteur puisse en prouver la fausseté, s'il y a lieu. Or ici, la loi ne donne, ni à la mère, ni au second mari, le droit de réclamer contre la décision qui nommeroit un autre tuteur.

(8) *Déchue de plein droit de la tutelle.* Mais l'on a jugé à Turin, et avec raison, le 25 juin 1810 (Sirey, 1812, 2e. partie, pag. 417), que jusqu'à l'entrée en fonction du nouveau tuteur, les actes faits par la mère ou contre elle, en qualité de tutrice, étoient valables à l'égard des tiers de bonne foi.

Lorsque la mère est déchue, par l'effet de la présente disposition, et qu'il y a des ascendans, la tutelle leur est-elle déférée de plein droit? La négative a été jugée en cassation le 26 février 1807 (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civil*, tom. VIII, pag. 324), et avec raison. L'article 395 ne dit pas que la mère est destituée, mais qu'elle perd la tutelle de plein droit; c'est-à-dire, sans qu'il soit même besoin, à cet égard, du prononcé du conseil de famille; mais il ne défend pas de l'appeler de nouveau à la tutelle, si le défaut de convocation, de sa part, n'est pas l'effet du dol, mais de l'oubli, ou même de l'ignorance du droit, et que le second mari soit jugé capable de gérer la tutelle. Mais je crois bien aussi que, si le conseil décide le contraire, et confirme la déchéance, la tutelle est déférée de plein

BIU Cujas

droit à l'ascendant le plus proche, dans l'ordre établi par l'article 402. Le cas est alors absolument le même que si la mère avoit été destituée.

(9) *Solidairement.* Deux débiteurs sont solidaires, quand chacun d'eux peut, d'après le titre de l'obligation, être poursuivi pour toute la dette, de manière cependant, que le payement fait par l'un, libère l'autre à l'égard du créancier.

(10) *De toutes les suites*, c'est-à-dire, de toute la gestion, même antérieure au mariage, et même du défaut de gestion.

Y aura-t-il lieu, sur les biens du mari, à l'hypothèque tacite que l'article 2135 accorde au mineur sur les biens de son tuteur? Je ne le pense pas. Le mari n'est pas tuteur dans ce cas; et, dans le système hypothécaire actuel, l'hypothèque tacite est un droit exorbitant qui ne peut être étendu.

(11) *Nommé co-tuteur.* Observez qu'il n'est pas tuteur, mais co-tuteur. Ce sera cependant lui qui, le plus souvent, gérera de fait la tutelle. Mais on a voulu faire entendre par là, d'abord, que les actes de la tutelle devoient être faits par les deux époux conjointement; et de plus, que le mari ne peut être tuteur qu'autant que la mère sera tutrice : de manière que, si elle vient à cesser de l'être, par mort, destitution, etc., il cessera également, et de plein droit, d'être tuteur. (Argument tiré de l'article 400 de la discussion sur cet article.)

Quid, si le mari gère mal la tutelle, et encourt la destitution? La mère doit cesser également d'être tutrice, sauf, s'il y a lieu, à lui déférer la tutelle de nouveau, après la dissolution du mariage, s'il est prouvé qu'elle n'a participé en rien aux malversations de son mari. Jugé dans ce sens à Bruxelles, le 18 juillet 1810. (Sirey, 1811, 2e partie, pag. 433.)

(12) *Postérieure au mariage.* Mais non de celle qui est antérieure; et c'est en cela qu'il diffère de celui qui a épousé une mère tutrice, sans que le conseil de famille ait été préalablement convoqué.

(13) *Si la mère est enceinte*, ou se déclare enceinte. Il n'est pas nécessaire de recourir aux moyens de vérification, qui pourroient être insuffisans. Il n'y a, d'ailleurs, aucun inconvénient à s'en rapporter, dans ce cas, à la déclaration de la mère, dont la vérité ou la fausseté ne peut tarder à se manifester.

(14) *Un curateur au ventre*, et non pas un tuteur. Le tuteur n'est donné qu'à la personne, et le posthume n'existe pas encore. D'ailleurs, la nomination de ce curateur a lieu dans l'intérêt, non-seulement du posthume, mais encore de tous ceux qui devront recueillir la succession, si l'enfant naît mort, ou ne naît pas viable. En un mot, ce curateur est chargé de conserver la succession pour ceux qui y auront droit d'après l'événement de la grossesse. Par conséquent, il est censé donné aux biens, plutôt qu'à la per-

BIU Cujas

sonne. Je pense, au surplus, qu'il a, quant aux biens, les mêmes droits que le tuteur.

(15) *Tutrice légitime.* Il est bien entendu qu'il s'agit ici du cas où il n'existe pas d'autres enfans; car alors, comme les enfans déjà nés et le posthume ont le même intérêt, les mesures prises à l'égard des uns suffiront à l'égard de l'autre. Mais si le posthume avoit, par événement, un intérêt opposé à celui de ses frères, l'on devroit se conformer à l'article 393.

PAGE 104.

(1) *De la tutelle des ascendans.* Régulièrement, nous n'aurions dû traiter de la tutelle des ascendans, qu'après la tutelle testamentaire, puisque cette dernière, quand elle existe, empêche celle des ascendans; mais nous n'avons pas cru devoir diviser ce qui concernoit les deux espèces de tutelle légitime.

(2) *Et de tuteur désigné par eux.* Il faut entendre ces mots, non-seulement du cas où il n'a pas été désigné de tuteur, mais encore de celui ou le tuteur désigné ne peut exercer, pour cause, soit d'exclusion, soit de destitution, ou d'excuse légitime, et même du cas où le tuteur viendroit à mourir avant la fin de la tutelle. L'article 405 dit qu'il n'y a lieu à la tutelle dative, que lorsqu'il n'y a ni père ni mère, ni tuteur testamentaire, ni ascendant mâle. Donc, dès qu'il existe un ascendant mâle, capable de gérer la tutelle, elle lui est déférée de plein droit.

Nec obstat la disposition du droit romain, qui décidoit qu'il y avoit lieu à la tutelle dative, tant que le tuteur testamentaire existoit, quoiqu'il fût excusé ou destitué. Cela tenoit à ce que, chez les Romains, la tutelle légitime des agnats étoit vue sous un rapport défavorable, parce qu'elle tendoit à confier la personne du pupille à celui qui devoit recueillir sa succession, et qui, par conséquent, avoit intérêt à avancer ses jours. Chez nous, au contraire, la tutelle légitime des ascendans est extrêmement favorable : *Nullus est affectus qui vincat paternum,*

(3) *Dative ou testamentaire*, parce que ces deux dernières tutelles supposent un choix de la part de l'autorité ou de la personne qui les confère. On suppose donc que l'ascendante ne sera nommée qu'autant qu'elle sera jugée capable de gérer la tutelle. Il n'en est pas de même, lorsque la tutelle est légitime, puisqu'elle est déférée de plein droit. Il resteroit, à la vérité, le moyen d'exclusion ou de destitution; mais on a voulu éviter ce désagrément à l'ascendante. *Turpiùs ejicitur quàm non admittitur.* D'ailleurs on ne peut exclure ou destituer que dans les cas déterminés par la loi; et il est très-possible que le conseil de famille juge une ascendante incapable de gérer la tutelle, quoiqu'elle ne soit dans aucun des cas d'exclusion ou de destitution.

(4) *Et toujours préféré.* Mais l'ascendant maternel, plus proche, est pré-

BIU Cujas

féré à l'ascendant paternel plus éloigné. Ainsi, l'aïeul maternel est préféré au bisaïeul paternel.

(5) *Doit être confiée.* Mais il ne peut choisir qu'entre les deux bisaïeuls.

PAGE 105.

(1) *Par le dernier mourant des père et mère.* Pourvu toutefois qu'ils n'aient été eux-mêmes exclus ni destitués de la tutelle. L'article 445 exclut, même des conseils de famille, les individus qui ont été exclus ou destitués d'une tutelle. A plus forte raison doivent-ils être privés du droit de choisir seuls le tuteur.

Le père ou la mère pourroient-ils nommer plusieurs tuteurs? Il paroît que l'esprit général du Code est qu'il ne soit nommé qu'un tuteur, excepté dans le cas prévu par l'article 417. Je pense, néanmoins, que le dernier mourant pourroit, sans préjudicier à la tutelle légitime ou dative qui pourroit avoir lieu, prescrire les mesures qu'il croiroit convenables pour l'éducation de ses enfans, et désigner même les personnes auxquelles cette éducation devra être confiée.

L'on a même jugé à Rouen, le 5 mai 1814, et en Cassation, le 8 août 1815, que, malgré qu'il n'y eût aucun sujet de plainte contre le tuteur, qui étoit, dans l'espèce, un parent collatéral, cependant le conseil de famille pouvoit être consulté sur la question de savoir si une mineure devoit, ou non, être confiée à son aïeule. (SIREY, 1815; 1re. partie, page 321.) Et je regarde cette décision comme extrêmement juste, surtout lorsqu'il s'agit de l'éducation d'une fille. La tutelle est toute dans l'intérêt du pupille : tout doit conséquemment céder à cet intérêt.

Un individu pourroit-il, en faisant une disposition en faveur d'un mineur, apposer pour condition que les biens qu'il donne, seront régis par telle personne, autre que le tuteur? Je pense qu'oui. Je ne vois rien là contre les bonnes mœurs. D'ailleurs ce ne seroit pas là un tuteur, puisqu'il n'auroit aucun droit relativement à la personne, et qu'à moins que le disposant ne l'eût chargé de l'emploi des revenus, ce qui pourroit encore avoir lieu, il seroit tenu de les remettre au tuteur du donataire. (*Voyez* ci-dessus la note (2) de la pag. 103.)

L'époux dont le conjoint est interdit, peut-il nommer, en mourant, un tuteur à ses enfans? Je n'y vois pas de difficulté. Ce droit accordé aux pères et mères est tout dans l'intérêt des mineurs : *Nullus est affectus qui vincat paternum.* Mais si l'interdiction vient à être levée, et que l'époux veuf réclame la tutelle, elle devra lui être restituée. Cette décision ne préjudicie en rien aux intérêts de l'interdit, et pourvoit suffisamment à ceux des enfans.

On a demandé si, en vertu de ces articles, un père qui se trouveroit dans l'impossibilité de continuer la gestion de la tutelle de ses enfans, pourroit, de son vivant, leur nommer un tuteur? Je ne le pense pas. L'article ne

BIU Cujas

donne ce droit qu'au dernier mourant. D'ailleurs il est bien plus simple que le père, dans ce cas, conserve la tutelle, et donne sa procuration à celui qu'il auroit nommé tuteur. Cette mesure auroit même l'avantage, que, pour peu qu'il s'aperçoive d'un peu de négligence, il pourra révoquer la procuration, bien plus facilement qu'il ne pourroit faire ôter la tutelle.

(2) *De son premier mariage. Quid*, si la mère, sans être remariée, a usé de la faculté qui lui est accordée par l'article 394, de refuser la tutelle? Il me semble qu'il n'est pas convenable de lui donner, dans ce cas, le droit de nommer un tuteur par testament. En effet, le plus souvent, la mère aura refusé la tutelle, ou par insouciance, ou parce qu'elle s'est reconnue incapable de la gérer. Dans le premier cas, elle ne mérite pas qu'on lui donne le droit de désigner un tuteur. Dans le second, il est peu probable qu'elle ait assez de discernement pour en choisir un. D'ailleurs, et cette raison me paroît péremptoire, il est tout simple que, lorsque les enfans restent sans défenseur, le père ou la mère leur choisisse un tuteur. Mais, ici, ils doivent en avoir un nommé, soit par la loi, soit par le conseil de famille. Est-il juste, est-il même de l'intérêt du mineur, que la mère puisse, par un seul acte de sa volonté, révoquer le tuteur nommé par la loi ou par la famille, et que celui-ci, qui a rempli jusque-là une charge onéreuse, soit obligé de la céder à une personne, qui n'a en sa faveur que le choix d'une mère insouciante ou incapable?

(3) *Par le conseil de famille.* La loi ne distingue pas si la mère est veuve ou non; ce qui prouve la vérité de ce que nous avons dit, que le mari d'une femme tutrice, même maintenue dans la tutelle, cesse d'être tuteur, quand la femme cesse d'être tutrice; et ce qui le démontre encore davantage, c'est que l'on voit, par la discussion, que l'intervention du conseil de famille est principalement exigée ici, parce que l'on a pensé que la mère pourroit choisir pour tuteur son second mari, ou une personne désignée par lui.

Page 106.

(1) *Ou de toute autre partie intéressée.* Ainsi, la convocation peut être requise par un débiteur du mineur qui veut se libérer; par un co-propriétaire, qui veut faire liciter l'immeuble commun, etc.

(2) *Où la tutelle est ouverte.* L'article dit: *Le juge de paix du domicile du mineur.* J'ai changé cette rédaction qui est équivoque. Ce qui est dit ici du conseil de famille est général, et s'applique à tous les cas où il peut être convoqué, soit au moment de l'ouverture de la tutelle, soit pendant sa durée. Or, le mineur en tutelle n'ayant pas d'autre domicile que celui de son tuteur, on auroit pu croire qu'en cas de changement de domicile de la part de ce dernier, la convocation devoit avoir lieu devant le juge de paix de ce nouveau domicile; ce qui n'est pas, ainsi qu'il sera dit ci-après, note (10) de la p. 111.

BIU Cujas

Il faut donc entendre par ces mots, *domicile du mineur*, celui qu'il avoit quand il est tombé en tutelle.

(3) *Peut dénoncer, etc.*, et non pas *requérir*. Il n'y a que les parens, les créanciers, et autres personnes intéressées, qui aient droit de requérir, et à la réquisition desquels le juge de paix soit tenu de déférer.

(4) *Ou alliés*. L'alliance dure-t-elle encore après la mort de la femme qui la produisoit? Oui, si toutefois il reste des enfans du mariage. (Argument tiré de l'article 206.) Ainsi jugé en Cassation, le 16 juillet 1810. (*Journ. de la Jurisp. du Code Civ.*, tom. 15, pag. 261.) On a, à la vérité, jugé à Bruxelles, le 11 juin 1812, que l'affinité subsistoit, quand même il n'y auroit pas d'enfans (SIREY, 1813; 2e. partie, pag. 220.) Mais la décision de cet arrêt ne me paroît pas fondée.

(5) *Les ascendantes veuves*, et non pas les veuves d'ascendans. Ce terme m'a paru trop général, en ce qu'il comprendroit même les secondes femmes des ascendans, que le Législateur n'a certainement pas eu l'intention d'appeler au conseil de famille convoqué pour les enfans ou descendans du premier lit; et ce qui le prouve, c'est que l'on avoit d'abord mis les *ascendantes*, ce qui ne pouvoit s'entendre des ascendantes seulement par alliance; mais sur l'observation qui fut faite, que l'on pourroit en conclure que les ascendantes mariées pourroient être appelées concurremment avec leurs maris, l'on substitua ces mots, *veuves d'ascendans*. Donc le changement n'a eu pour but que d'empêcher le concours du mari et de la femme dans le même conseil de famille, et non pas de donner aux ascendantes par alliance le droit d'y être appelées.

(6) *Et les maris des sœurs germaines*. Si toutefois la femme vit encore, ou s'il reste des enfans du mariage. (*Voyez* la note (4), ci-dessus.)

Quid, à l'égard des sœurs filles ou veuves? Elles ne peuvent être appelées. Aux termes de l'article 442, nulle femme, excepté la mère ou les ascendantes, ne peut être appelée au conseil de famille.

Quid, à l'égard des neveux, enfans de frères germains? La question peut s'élever, notamment en cas d'interdiction. On a jugé, par l'arrêt de cassation cité ci-dessus note (4), qu'ils devoient être appelés, et qu'ils comptoient pour les deux lignes. Cela est d'ailleurs conséquent aux dispositions du Code, relativement aux successions collatérales.

Comment faut-il entendre ce qui est dit ici que les parens germains comptent pour les deux lignes? C'est-à-dire que si, par exemple, il y en a quatre, l'on n'aura plus à appeler qu'un parens de chaque ligne. *Quid*, s'il y en a trois? L'on appelera trois autres parens ou alliés, dont un d'une ligne, et deux de l'autre. Quant au choix de la ligne qui devra en fournir deux, il dépendra du juge de paix qui devra se déterminer par les circonstances; *putà*, si l'une des deux lignes est plus nombreuse, ou si elle présente des parens plus proches, etc.

BIU Cujas

(7) *Ils peuvent être remplacés. Ils peuvent*, et non pas *doivent*. Nous allons voir tout-à-l'heure que le juge de paix peut les appeler, nonobstant l'éloignement.

(8) *Par des parens d'un degré plus éloigné*, si toutefois ils ne se trouvent pas actuellement dans la distance requise. Car je pense qu'un parent, quoique domicilié même à cinquante lieues, et qui se trouve accidentellement sur les lieux, ou dans la distance de deux myriamètres, au moment de la convocation, non seulement pourroit, mais encore devroit être appelé, s'il étoit en ordre de l'être.

Au surplus, le motif qui paroît avoir fait admettre que les parens plus proches seroient remplacés, lorsqu'ils demeureroient à une certaine distance, a été d'épargner des frais au mineur, qui seroit obligé de leur rembourser les dépenses du voyage. De là je conclus que, s'ils offrent de venir à leurs frais, et qu'il n'en résulte pas un retard préjudiciable aux intérêts du mineur, on n'a pas de droit de les remplacer. Cependant le contraire paroît avoir été jugé à Rouen le 29 novembre 1816. (Sirey, 1817; 2e. partie, pag. 76.)

(9) *De l'une ou de l'autre ligne.* Ainsi, il suffit qu'une des deux lignes ne soit pas complète, pour qu'on soit obligé d'appeler des amis. On ne peut la compléter avec des parens ou alliés de l'autre ligne. On a voulu éviter l'influence de l'une des lignes sur l'autre.

(10) *Le juge de paix.* C'est le juge de paix qui a seul droit d'appeler. On peut, à la vérité, lui désigner certaines personnes; mais il est seul juge de leur idonéité, et il peut appeler celles qu'il juge à propos. Un arrêt de la Cour d'appel de Besançon, du 9 avril 1808 (Sirey, 1809; 2e. partie, pag. 158), a annullé, avec raison, la délibération d'un conseil de famille, auquel avoient été appelés trois amis, convoqués seulement par celui qui avoit requis la convocation. On sent combien il est important, pour les intérêts du mineur, de ne pas abandonner à celui qui requiert la convocation, le droit de composer le conseil comme il le juge convenable. Mais remarquez la différence du pouvoir du juge de paix, relativement aux parens ou aux amis. Il peut appeler des parens, à quelque distance qu'ils demeurent; et ils sont tenus de comparoître, sauf à eux à se faire représenter : au lieu que les amis ne sont obligés de se rendre à la convocation, qu'autant qu'ils habitent dans la commune où se tient le conseil de famille. *Dans la commune même*, est-il dit dans l'article 409, et cela est naturel. L'obligation des parens est bien plus étroite et plus étendue que celle des amis.

PAGE 107.

(1) *Ou égaux en degré.* Il ne pourroit en appeler d'un degré plus éloigné.

(2) *Ou dont les père ou mère.* A plus forte raison, si ce sont leurs femmes

BIU Cujas

ou leurs enfans, qui aient avec le mineur un procès de cette espèce. Je pense qu'il en doit être de même, s'il existe entre le mineur et la personne qui doit faire partie du conseil, un procès qui intéresse l'état ou la fortune de cette dernière.

(3) *Ou destitués d'une tutelle.* Appliqueroit-on cette disposition à la mère remariée et non maintenue dans la tutelle ? On a jugé la négative à Bruxelles, le 30 mai 1810. (Sirey, 1810; 2e. partie, pag. 397.) Je ne suis pas de l'avis de cet arrêt. Ce n'est pas que je regarde la déchéance prononcée par l'article 375, comme équivalant entièrement à une destitution, puisque je pense que la mère, et par suite le second mari, peuvent être appelés de nouveau et de suite à la même tutelle ; mais, ou elle y a été appelée en effet, ou il a été nommé un autre tuteur. Ce n'est pas du premier cas qu'il peut être question ici, puisque nous raisonnons dans l'hypothèse que la mère n'a pas été maintenue dans la tutelle : dans le second cas, la mère ne peut encore être appelée au conseil de famille, puisqu'aux termes de l'article 408, les ascendantes n'ont ce droit qu'autant qu'elles sont veuves; et son mari ne doit pas l'être davantage, puisque la nomination d'un autre tuteur prouve qu'il ne jouit, en aucune manière, de la confiance de la famille, et que cela, joint à la déchéance prononcée contre la mère, peut bien équivaloir à une destitution.

(4) *Moindre de trois jours.* Ce délai est accordé, autant pour donner aux personnes convoquées le temps de comparoître, que pour qu'elles puissent réfléchir sur l'objet de la convocation, et apporter un avis plus mûr à la délibération.

(5) *De la même assemblée.* Autrement, il pourroit arriver, et il arriveroit souvent que la même personne réuniroit les pouvoirs de tous les membres ; ce qui rendroit illusoire la disposition de la loi. D'ailleurs, plus il y a de délibérans, plus la délibération est mûrie et discutée. Je pense même, d'après cela, que celui qui se fait représenter, ne pourroit pas prescrire à son mandataire d'opiner de telle ou telle manière, de nommer tel ou tel individu. Car il suivroit de là que la délibération ne pourroit plus être éclaircie par la discussion, puisque, quelles que fussent les lumières qu'on en obtiendroit, le mandataire ne pourroit toujours voter que de la manière qui lui auroit été prescrite.

(6) *Ajourner ou proroger. Ajourner*, quand la remise a lieu, sans indication de jour ; si, par exemple, le membre absent est malade, et qu'on veuille l'attendre : *proroger*, quand la remise est faite à jour indiqué.

(7) *Si les trois quarts.* On a mis les trois quarts, dans la prévoyance du cas où le conseil seroit composé de plus de six parens ; par exemple, s'il y a huit ascendans, ascendantes, frères germains, ou maris de sœurs germaines.

(8) *Convoqués.* Or, comme le juge de paix n'est pas convoqué, il ne doit pas être compté pour établir les trois quarts.

BIU Cujas

PAGE 108.

(1) *A la pluralité absolue*, et non relative ; autrement il pourroit arriver que la délibération fût formée par deux personnes seulement ; d'ailleurs l'art. dit que la voix du juge de paix est prépondérante en cas de partage. Or, le partage s'entend toujours du cas où il ne se forme que deux opinions, ayant chacune un nombre égal de voix. (Argument tiré de la combinaison des articles 117 et 118 du Code de Procédure.) Jugé dans ce sens à Metz, le 16 février 1812. (SIREY, 1812; 2e. partie, pag. 389.) Je pense, d'après cela, qu'il n'y a lieu à la prépondérance, qu'autant que le conseil est en nombre pair.

(2) *Est prépondérante. Quid*, s'il y a sept membres, dont trois, y compris le juge de paix, sont d'un avis, trois d'un autre avis, et un seul d'une opinion mitoyenne? Je ne pense pas qu'il y ait lieu à la prépondérance. Autrement ce seroit en donner une double à la voix du juge de paix; car, d'abord, la prépondérance auroit pour effet de compter quatre voix pour l'opinion à laquelle il s'est rangé. Mais comme il se trouve encore quatre voix qui ne sont pas de son avis, il faudroit ajouter une seconde prépondérance pour faire pencher la balance. Mais alors comment se formera la délibération ? La voix unique devra se ranger du côté de l'une des deux autres opinions. (*Cod. de Procéd.*, art. 117.)

(3) *Et dans ce cas.* Il paroîtroit résulter de là, que la délibération ne peut être attaquée quand elle a été unanime. Mais il est clair qu'il faut entendre cette disposition, dans le sens que la délibération prise à l'unanimité, ne peut être attaquée par ceux qui y ont pris part, comme cela est évident. Mais, dans tous les cas, elle peut être attaquée par ceux qui ont intérêt, et qui n'y ont pas assisté ; *putà*, par le mineur, par les personnes qui prétendroient avoir dû être appelées de préférence à d'autres, etc., sauf, toutefois, l'exécution des actes passés avec des tiers de bonne foi.

Voir deux Arrêts, l'un de Colmar, du 27 avril 1813 (SIREY, 1814; 2e. part., pag. 48), et l'autre de Lyon, du 15 février 1812 (*Ibid.*, 1813; 2e. part., p. 289), qui ont jugé tous deux que les délibérations du conseil de famille pouvoient être attaquées, même par ceux qui y avoient acquiescé postérieurement.

Nota. L'on a prétendu conclure d'un arrêt de Paris, du 6 octobre 1814, et qui est rapporté dans SIREY, 1815; 2e. part., pag. 215; que la délibération, même non unanime, ne peut être attaquée, quand elle a pour objet la nomination d'un tuteur. Je ne pense pas que telle soit la conséquence que l'on doive tirer de cet arrêt. Le Législateur n'a pas entendu décider par l'article 883 du Code de Procédure, qu'une délibération prise à la majorité pourroit être attaquée, sur le seul fondement qu'elle n'est pas unanime. Il a voulu simplement donner, dans ce cas, aux membres de la minorité, le droit d'attaquer la délibération, mais seulement dans les cas où elle peut l'être d'après la loi; d'où il

BIU Cujas

résulte que, dans l'espèce de l'arrêt de Paris, la délibération ayant été régulière, quoique non unanime, et les dissidens n'ayant proposé aucuns reproches fondés contre le tuteur, il n'y avoit pas lieu à admettre leur demande, tendant à faire convoquer un nouveau conseil.

Je ne m'arrêterai pas à relever ici les conséquences qui résultent d'un arrêt de la Cour d'Agen, en date du 10 décembre 1806 (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civil*, tom. VIII, pag. 5), que nous avons cité plus haut, et qui a été rendu dans l'affaire Thémines; cet arrêt paroît avoir décidé que, quelle que soit la forme employée pour la convocation d'un conseil de famille, quelles que soient les personnes convoquées, il ne peut y avoir lieu à annuller les opérations de ce conseil, attendu que nulle part la loi n'a prononcé cette nullité; comme si cela étoit nécessaire; comme si la loi, en disant : il y aura conseil de famille quand telles et telles personnes seront réunies, quand telle forme aura été observée, n'avoit pas, par cela même, dit que, dans le cas contraire, le conseil n'existeroit pas; comme si la loi avoit besoin de dire qu'un jugement, prononcé par des personnes qui n'ont pas qualité pour juger, n'est pas un jugement, etc.

Il résulteroit, en effet, de l'arrêt cité, que le conseil de famille pourroit n'être composé que d'une ou de deux personnes;

Qu'il pourroit n'être convoqué ni présidé par le juge de paix;

Qu'il pourroit être composé de personnes tout-à-fait étrangères au mineur, même quand il existeroit des parens très-proches, etc.

Car, dans tout cela, la loi n'a pas prononcé la nullité. Un pareil système emporte avec lui sa réfutation.

(4) *Qui composent la majorité.* Il eût été utile, ce me semble, de décider que, dans le cas de dissidence, la majorité qui a formé la délibération, seroit tenue de nommer un de ses membres pour la défendre, si elle étoit attaquée. Cela eût évité l'embarras et les frais d'une demande à former contre quatre ou cinq personnes à-la-fois.

Remarquez que le juge de paix, quoique membre essentiel du conseil de famille, ne peut être pour cela assigné dans le procès mu sur la validité de la délibération du conseil, si ce n'est dans les cas, et suivant les formes de la prise à partie. *Sic* jugé, et avec raison, en Cassation, le 29 juillet 1812. (Sirey, 1813; 1re. part. pag. 32.)

Les membres des conseils de famille sont-ils responsables de leurs opérations? En général, non. Si cependant il y avoit prévarication manifeste, ou même négligence impardonnable et notoire, je pense qu'ils pourroient être condamnés aux dommages-intérêts du mineur. (Art. 1382 et 1383.)

(5) *En a spécialement chargé.* Il est possible que la délibération ait été prise contre l'avis du tuteur : il ne conviendroit pas alors qu'il fût chargé d'en poursuivre l'homologation.

BIU Cujas

(6) *A la suite des conclusions.* Ainsi, l'expédition de la délibération, la requête à fin d'homologation, l'ordonnance du Président, les conclusions du Procureur du Roi, et la minute du jugement, tout cela ne doit faire qu'une seule et même pièce; le tout, afin d'éviter les frais.

(7) *Sans répétition.* C'est-à-dire, qu'il ne pourra pas les répéter contre le mineur, à la charge de qui sont ordinairement les frais d'homologation, puisqu'elle est toute dans son intérêt.

PAGE 109.

(1) *Par acte extrajudiciaire*, c'est-à-dire, par un acte d'huissier, signifié à personne ou domicile, lequel ne doit pas contenir assignation.

(2) *Y former opposition.* Dans quel délai? Il n'y en a point. Les délais fixés par le Code de Procédure ne courent que contre ceux qui ont été appelés; et ici les opposans ne l'ont point été. Le délai sera donc indéfini. C'est une espèce de tierce-opposition, avec la différence, que, dans le cas où les opposans succomberoient, il n'y auroit point lieu à l'amende fixée par l'article 479 du Code de Procédure.

(3) *Par la voie de l'appel*, avec les distinctions suivantes: si le jugement a été rendu après contestation, et contradictoirement, ceux qui y ont été parties ne peuvent l'attaquer que par la voie de l'appel; s'il a été rendu après contestation, mais par défaut, ils peuvent y former opposition dans les délais fixés par les articles 157, 158 et 159 du Code de Procédure: s'il a été rendu sur requête, et sans contestation, les membres dissidens peuvent, comme nous l'avons vu dans la note précédente, y former indéfiniment opposition, si toutefois ils ont formé opposition à l'homologation, et qu'ils n'aient pas été appelés. Quant aux autres personnes auxquelles le jugement d'homologation pourroit préjudicier, il faut seulement distinguer si la délibération qui leur préjudicie, a été exécutée, ou non. Si elle n'a pas été exécutée, elles pourront arrêter l'exécution par la voie de la tierce-opposition. Dans le cas contraire, elles se pourvoiront par action principale. (*Voir* ci-dessus, la note (5) de la page 98.)

Le Ministère public peut-il appeler du jugement qui a homologué une délibération? Non, et quand même il auroit, en première instance, conclu à la non-homologation. *Sic* jugé en Cassation, le 26 août 1807. (*Journal de la Jurisp. du Cod. Civil*, tom. X, pag. 409.) Et en effet, l'appel n'est accordé qu'à celui qui auroit droit d'agir; et ce n'est pas ici un des cas dans lesquels la loi donne l'action au Ministère public; il n'a que le droit de donner des conclusions. (*Voyez* l'art. 2 du Tit. 8 de la du 24 août 1790.) C'est d'après ces principes que la Cour de Cassation, a, par son arrêt du 8 mars 1814, rapporté dans SIREY, 1814; 1re. partie, pag. 278, cassé un arrêt de Paris, qui avoit décidé que le Ministère public pouvoit agir dans l'intérêt des mineurs. Il est

BIU Cujas

possible que l'arrêt de Paris fût en effet contraire à la loi de 1790, et qu'il dût en conséquence être cassé. Mais alors, il me semble que la disposition de la loi mérite d'être examinée. De tout temps, les mineurs ont été regardés comme des personnes privilégiées, mises sous la protection de la société entière: et cependant il résulte du système que je combats, qu'un mineur pourroit être entièrement ruiné, et vexé même dans sa personne, au vu et au su de tout le monde, et sans que le Ministère public pût même s'y opposer. Car, d'après le texte de l'article précité de la loi de 1790, il faut qu'il y ait procès, pour que le Procureur du Roi puisse intervenir. Et d'un autre côté, il est très-possible, que le mineur n'ait point de parens sur les lieux, ou que ceux qui sont présens n'ayant aucune responsabilité à encourir, se soucient fort peu d'entreprendre un procès contre le tuteur prévaricateur ou négligent. C'est donc un point qu'il convient de recommander à l'attention de nos Législateurs, et qui doit éprouver d'autant moins de difficulté, que le Code Civil, a déjà, par son art. 114, accordé l'action au Ministère public, dans l'intérêt des absens qui ne sont certainement pas plus favorables que les mineurs.

(4) *Sommairement.* Nous ne rappelons ici que les fonctions du conseil de famille, directement relatives au Titre *de la Tutelle*. Il en est plusieurs autres qui ont été, ou qui seront rapportées en leur lieu.

PAGE 110.

(1) *Il en est nommé un*, soit parmi les membres du conseil, soit hors du conseil. *Voir* cependant ci-après la note (12) de la page 113.

(2) *Il est responsable*, et qu'il doit, par conséquent, pouvoir nommer ou révoquer à son gré.

(3) *Des biens*, seulement. Ainsi le protuteur n'a jamais de droit sur la personne.

(4) *A un protuteur.* Le tuteur étant donné principalement à la personne, il est juste que cette qualité appartienne à celui du domicile du mineur: c'est pour cela que l'autre est nommé *protuteur*.

(5) *Sans aucune responsabilité respective.* Il existoit à ce sujet deux déclarations du Roi, l'une du 15 décembre 1721, et l'autre du 1^er^. février 1743, dont les dispositions pourront nous servir à résoudre quelques questions que l'exécution de l'article 417 peut faire naître.

1°. Par qui doivent être nommés les tuteur et protuteur?

D'après les déclarations susdites, chacun d'eux devoit être nommé dans le pays où il devoit exercer ses fonctions. Il avoit été décidé, au Conseil d'Etat, dans la discussion, qu'ils seroient nommés tous deux dans le lieu du domicile du mineur; mais que, si l'un d'eux venoit à manquer, il seroit pourvu, sur les lieux, à son remplacement. Cette décision ne se retrouve pas dans le Code. Il est probable qu'on a voulu laisser le tout à l'arbitrage du conseil de famille du

BIU Cujas

domicile, qui pourra nommer le protuteur, ou décider que la nomination se fera dans le lieu de la situation des biens.

2°. *Quid*, s'il existe père, ou mère, ou autres ascendans? Il paroît résulter également de la discussion, que l'art. 417 n'est pas applicable au cas où la tutelle est légitime; et ce qui confirme cette opinion, c'est qu'il est placé sous la rubrique *de la Tutelle déférée par le conseil de famille*. Or cette tutelle n'a lieu qu'à défaut de tutelle légitime. Anciennement, toute tutelle étoit dative, et les déclarations susdites portoient que, si le père ou la mère survivoit, l'on pouvoit, en les nommant tuteurs, se dispenser de nommer un protuteur. L'on peut effectivement s'en rapporter à l'affection paternelle, pour prendre les mesures nécessaires en pareil cas. Je pense donc que, dans le droit actuel, la même décision pourroit être appliquée au cas de la tutelle légitime.

3°. Nonobstant l'indépendance des gestions respectives, je pense, comme cela étoit établi par la déclaration de 1743, art. 6, que le tuteur peut, en cas de besoin, et avec l'autorisation du conseil de famille, exiger que le protuteur lui envoie les fonds nécessaires pour pourvoir convenablement à l'entretien et à l'éducation du pupille; et que, réciproquement, le protuteur peut, le cas échéant, exiger que le tuteur lui fournisse les fonds nécessaires pour l'entretien et la réparation des immeubles soumis à son administration. Dans ces deux cas, la quittance de l'un vaut décharge valable pour l'autre.

4°. Enfin, il est bien constant que les immeubles seront soumis à l'administration du tuteur ou du protuteur, suivant qu'ils seront situés en France ou dans les colonies. Il en sera de même à l'égard des meubles corporels. Mais *quid* à l'égard des meubles incorporels, tels que créances, droits, rentes et actions, qui suivent ordinairement le domicile de celui à qui ils appartiennent? Je pense, conformément à l'article 1er. de ladite déclaration, que chacun des deux, du tuteur et du protuteur, est chargé de l'administration des créances, rentes, etc., à exercer sur des personnes domiciliées, ou sur des biens situés dans l'étendue des lieux soumis à son administration.

PAGE 111.

(1) *En toute tutelle.* Donc, s'il y a tuteur et protuteur, l'on doit nommer un subrogé-tuteur, et un subrogé-protuteur. *Quid* en tutelle officieuse? L'article ne fait aucune distinction. La tutelle officieuse est toujours une tutelle. La seule différence, au contraire, c'est que les obligations du tuteur officieux sont plus étendues que celles du tuteur ordinaire. Je pense cependant qu'on pourroit le dispenser de l'obligation de faire nommer un subrogé-tuteur, si le pupille n'avoit aucun bien personnel, sauf à lui en faire nommer un, s'il lui survenoit par la suite quelque bien.

(2) *A la nomination.* Donc, toute subrogée-tutelle est dative.

(3) *Et même de destitution*, laquelle sera prononcée par un conseil de fa-

BIU Cujas

mille convoqué dans la forme prescrite par l'article 446. Quant aux dommages-intérêts, la condamnation ne pourra être prononcée que par les Tribunaux.

(4) *N'appartient pas.* C'est pour éviter la connivence. *Quid*, si la tutelle devient vacante, et que le nouveau tuteur se trouve être de la même ligne que le subrogé-tuteur? il faut nommer un nouveau subrogé-tuteur dans l'autre ligne.

Quid, s'il n'y a de parens que dans une ligne? je crois qu'on peut prendre le subrogé-tuteur, soit parmi les amis, soit parmi les parens de la ligne du tuteur. (Argument tiré de ce qui est établi par l'art. 423 pour le cas des frères germains.)

(5) *A la nomination du subrogé-tuteur.* Par conséquent, si la tutelle est dative, et si le tuteur faisoit partie du conseil de famille qui l'a nommé, il doit se retirer de l'assemblée, lorsqu'elle procédera à la nomination du subrogé-tuteur.

(6) *Qu'il ne peut pas même provoquer*, et ce, pour deux raisons: la première, parce que le subrogé-tuteur étant le surveillant du tuteur, on ne veut pas faciliter à celui-ci le moyen de se débarrasser d'un subrogé-tuteur dont il craindroit la surveillance; et la seconde, parce que le subrogé-tuteur n'ayant, en général, d'autres fonctions à remplir que cette surveillance, le tuteur est non-recevable à lui reprocher de la négligence à cet égard.

(7) *Avec ceux du tuteur;* par exemple, s'ils se trouvent intéressés tous deux dans la même succession. C'est encore pour cette raison que le subrogé-tuteur est tenu de prendre inscription sur les immeubles du tuteur, sujets à l'hypothèque légale (Art. 2137); qu'il est tenu de défendre à la demande ou restriction d'hypothèque, formée par le tuteur, (Art. 2143.) etc.

(8) *A dû être et a été.* Nous disons, *a dû être*, parce que, si c'est le père ou la mère qui soient tuteurs, ils ne peuvent être assujettis à la remise de ces états, sauf peut-être le cas de l'article 396, où la tutelle n'appartient que de nom à la mère, et de fait à son mari. Et nous disons, *a été*, parce que, même dans les autres tutelles, la remise de ces états ne peut être exigée, qu'autant que le conseil de famille l'a expressément ordonnée.

(9) *La destitution du tuteur.* Le subrogé-tuteur peut-il voter dans le conseil de famille convoqué à ce sujet? Jugé pour l'affirmative, à Rennes, le 14 février 1810 (Sirey, 1812, 2e. part., pag. 424); et à Rouen, le 17 novembre de la même année. (*Journ. de la Jurisp. du Code Civil*, tom. XVI, pag. 154,) et avec raison. *Nec obstat* l'article 495, portant que ceux qui ont provoqué l'interdiction, ne peuvent faire partie du conseil de famille appelé à délibérer sur l'état de l'interdit. D'abord, l'interdiction a des effets bien plus importans que la destitution d'un tuteur. Secondement, on peut très-bien supposer des motifs d'intérêt à ceux qui provoquent l'interdiction; il n'est guère possible d'en présumer de semblables, de la part de celui qui provoque la destitution. Enfin,

BIU Cujas

le subrogé-tuteur remplit ici un ministère forcé, puisqu'il pourroit être blâmé, et même condamné à des dommages-intérêts, si, connoissant la malversation ou la mauvaise gestion du tuteur, il ne l'avoit pas dénoncé.

(10) *La nomination d'un nouveau tuteur.* Le subrogé-tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur. Il peut avoir les qualités d'un bon surveillant, et ne pas avoir celles d'un bon administrateur.

Devant quel juge de paix doit être convoqué le conseil de famille qui doit procéder au remplacement ? Devant le même juge qui a présidé le conseil pour la première nomination ; et je pense qu'il en doit être ainsi de tous les conseils de famille qui sont convoqués pendant la minorité. A la vérité l'article 406 dit que ce doit être le juge de paix du domicile du mineur ; et aux termes de l'article 108, le domicile du mineur non-émancipé est chez son tuteur : d'où l'on pourroit conclure qu'en général le conseil doit être convoqué devant le juge de paix du domicile actuel du tuteur. Mais l'on sent qu'il y auroit trop d'inconvéniens à admettre ce système, d'après lequel il dépendroit du tuteur d'éloigner du conseil de famille tous les parens de son pupille. Il lui suffiroit pour cela de transporter son domicile à une distance un peu considérable du leur, et de faire composer alors le conseil de famille de prétendus amis, conformément à l'article 409. Jugé dans ce sens en Cassation, le 29 novembre 1809. (Sirey, 1810 ; 1re. partie, pag. 62.) On a pensé, et avec raison, que l'article 406 devoit être entendu du domicile que le mineur avoit au moment où il est tombé en tutelle.

Page 112.

(1) *Tant à lui qu'au tuteur.* Et cependant, le délai de la requête civile ne court que de la signification du jugement, faite depuis la majorité. (*Cod. de Procéd.*, art. 484.) Le motif de cette dernière disposition a été probablement que la requête civile s'accorde aux mineurs qui prétendent n'avoir pas été valablement défendus. Or, ils pourroient prétendre qu'ils n'ont pas été valablement défendus lors du jugement sur la requête civile ; il faudroit donc leur accorder la requête civile contre le jugement même qui auroit rejeté leur première requête civile ; et ce, contre la disposition formelle de l'article 503 du même Code. D'ailleurs, l'infirmation d'un jugement étant bien plus difficile à obtenir par requête civile, que par appel, la disposition de l'article 484 du Code de Procédure n'est pas susceptible d'entraîner de grands, ni de fréquens inconvéniens. Il y a toujours néanmoins ce résultat singulier, que, si le tuteur a appelé d'un jugement de première instance rendu contre son mineur le jugement confirmatif rendu sur l'appel, pourra être attaqué par le mineur devenu majeur, par la voie de la requête civile ; tandis que, s'il n'a pas été appelé, le jugement de première instance, signifié au tuteur et au subrogé-tuteur, est inattaquable. Car la requête civile ne se donne que contre les juge-

BIU Cujas

mens en dernier ressort (*Cod. de Procéd.*, art. 480) ; et d'un autre côté ; il n'y a plus lieu à l'appel, puisque nous supposons que le délai a couru pendant la minorité. Il ne restera donc au mineur d'autre ressource qu'un recours en dommages-intérêts contre son tuteur, s'il prouve que le défaut d'appel a été le résultat de sa négligence ou de son insouciance, et qu'il en est résulté pour lui un préjudice.

(2) *Que la tutelle.* Lorsqu'elle finit de la part du mineur : c'est pour cela que l'on ne dit pas que les fonctions du subrogé-tuteur finissent à la même époque que celles du tuteur, parce que celles-ci peuvent cesser, sans que les fonctions du subrogé-tuteur cessent pour cela ; ce qui arrive toutes les fois que la tutelle finit de la part du tuteur ; par sa mort, sa destitution, etc. L'on nomme un nouveau tuteur, et le subrogé-tuteur continue ses fonctions.

(3) *D'excuse.* On appelle en général, *excuse*, tout motif allégué par une personne, pour se dispenser d'une charge ou d'une fonction, ou pour se justifier d'une désobéissance à la loi ou à justice. Ainsi, la raison alléguée par un témoin, pour se dispenser de comparoître sur l'assignation, ou pour se justifier de n'avoir pas comparu, est une excuse. (*Cod. de Procéd.*, art. 265 et 266.)

(4) *C'est incapacité.* L'excuse n'est admise qu'autant qu'elle est présentée par celui qui veut être excusé. L'incapacité peut être opposée par les tiers.

(5) *Et de la Cour des Comptes.* (Loi du 16 septembre 1807, article 7, *Bulletin*, n°. 2792.)

PAGE 113.

(1) *Hors du territoire*, continental. Je crois qu'une mission dans les Colonies françaises seroit regardée comme une excuse valable, quoiqu'elle ne fût pas, à proprement parler, hors du territoire du Royaume. (Argument tiré de l'art. 417.)

(2) *Articulée comme excuse.* Le Ministre n'est pas obligé, pour cela, de s'expliquer sur la nature et la durée de la mission. Il doit seulement déclarer s'il y a lieu, ou non, à dispenser de la tutelle, à raison de cette mission.

(3) *Toute infirmité*, et non pas *maladie.* L'infirmité suppose un état habituel : la maladie n'est que passagère ; *perpetuâ valetudine tentus*, dit la loi unique, Cod. *Qui morbo se excusant.*

(4) *Toutes ces causes.* Sauf la première, à laquelle cette disposition ne peut s'appliquer.

(5) *Après l'acceptation.* Car, si la personne étoit déjà, lorsqu'elle a accepté la tutelle, revêtue d'une fonction ou mission qui lui donnoit le droit de se faire dispenser, elle ne pourra plus s'en faire décharger pour cette cause (Art. 430), et elle sera obligée de se faire remplacer dans l'administration, par des personnes gérant pour son compte, et sous sa responsabilité.

BIU Cujas

L'article 454 paroît appliquer cette disposition, même au cas d'infirmité existant au moment de l'acceptation ; mais comme tout doit être traité dans cette matière, *ex æquo et bono*, et qu'il est possible que la personne, ayant cru d'abord que son infirmité ne l'empêcheroit pas de gérer la tutelle, reconnoisse ensuite le contraire, je pense que le conseil de famille ne seroit pas fondé à refuser la décharge, si l'infirmité étoit d'ailleurs grave, et dûment justifiée.

(6) *N'avoit pas cet âge.* Donc le tuteur qui, ayant soixante-cinq ans accomplis lors de sa nomination, accepte la tutelle, sans présenter son excuse, ne peut s'en faire décharger, même à soixante-dix ans.

(7) *Mais à l'âge de soixante-dix ans*, accomplis ou commencés ? Chez les Romains, il falloit soixante-dix ans pour être excusé, et il falloit en outre qu'ils fussent accomplis. *L.* 2., ff. *de Excusat. Tut.* Cependant je ne crois pas qu'il y ait lieu à s'écarter de la règle : *annus incœptus pro completo habetur.* La cause est favorable dans l'intérêt du tuteur, et même dans celui du pupille, auquel il importe que la tutelle ne soit pas administrée par un homme trop affoibli par l'âge. D'ailleurs, aux termes de l'article 126 du Code de Procédure, le tuteur peut être contraint par corps, dans certains cas : or, d'après l'article 2066 du Code Civil, l'âge de soixante-dix ans commencés décharge de la contrainte par corps.

Pourquoi l'âge de soixante-cinq ans exempte-il *à suscipiendâ tutelâ, non verò à susceptâ?* C'est pour éviter, autant que possible, le changement de tuteur.

(8) *Epoux ou père*, même d'enfans majeurs. Le privilége est attaché à la seule qualité de père, et même d'époux sans enfans.

(9) *L'existence.* Il ne suffiroit pas que le cinquième fût conçu. La règle, *conceptus pro nato habetur*, n'a lieu que quand il s'agit de l'intérêt de l'enfant, et non pas, comme ici, de celui d'une autre personne. (*L.* 2, §. 6, ff. *de Excusat.*) *Qui in utero est*, dit la loi 7, ff. *de Statu hominum*, *perindè ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partûs quæritur, quanquàm alii, antq uàm nascatur, nequaquàm prosit.*

(10) *De cinq enfans légitimes.* Ainsi, les enfans naturels, même reconnus, ne comptent point, par la raison qu'ils sont les fruits du crime, et que *nemo ex delicto suo debet consequi emolumentum.* Les enfans adoptifs ne comptent pas davantage ; mais ils comptent à leur père naturel.

(11) *Dans les armées françaises ; et quelle que soit la cause de leur mort*, dit le procès-verbal de discussion. Ainsi, quand ils seroient morts de maladie, pourvu qu'ils fussent en activité de service, ils compteroient pour l'excuse. *Quid*, si c'est par suite de duel ou de suicide ? Il en est de même. D'ailleurs, le genre de mort ne doit pas être relaté dans l'acte de décès (Art. 85).

(12) *En état de gérer la tutelle.* Mais cette excuse n'a lieu qu'en faveur de

BIU Cujas

celui qui n'est ni parent, ni allié. Le parent ou l'allié, à quelque degré que ce soit, ne peut, *stricto jure*, s'excuser sur ce qu'il y a des parens ou alliés plus proches que lui, en état de gérer la tutelle.

Nous disons, *stricto jure*, parce que les Tribunaux auront à examiner si les membres du conseil de famille n'ont pas été uniquement guidés, dans le choix du tuteur, par l'envie de se débarrasser de la tutelle. Les parens les plus proches doivent succéder au mineur; et il paroît assez convenable, comme le dit le Droit Romain, que, toutes choses égales d'ailleurs, la charge de la tutelle soit déférée à ceux qui ont l'espérance de la succession. Jugé dans ce sens, à Lyon, le 16 mai 1811. (Sirey, 1812, 2e. partie, pag. 56.)

Le parent, domicilié au delà de quatre myriamètres, pourroit-il être forcé d'accepter? Je pense qu'oui. L'article 427 n'admet l'excuse tirée de l'éloignement, que pour les fonctionnaires publics; mais le conseil de famille et les Tribunaux doivent toujours considérer qu'il n'est pas de l'intérêt du mineur d'avoir un tuteur dont le domicile soit très-éloigné.

Page 114.

(1) *S'il est présent*, en personne. Il est censé absent pour ce cas-là, quand même il seroit représenté par un fondé de pouvoir : il a pu ne pas prévoir qu'il seroit nommé tuteur, et par conséquent n'avoir pas chargé son mandataire de proposer ses excuses.

(2) *Lui a été notifiée*, si la tutelle est dative ou testamentaire : si elle est légitime, les trois jours doivent courir du jour où il a dû avoir connoissance de l'événement qui a donné lieu à la tutelle.

(3) *Non-recevable*. Il ne faut pas entendre par là que le conseil de famille ne pourroit admettre l'excuse après le délai : car il peut même admettre la démission du tuteur, sans cause légitime; mais cela signifie seulement que le conseil, qui auroit été tenu d'admettre l'excuse, si elle eût été présentée dans le délai, ne l'admettra, après l'expiration du délai, qu'autant qu'il le jugera convenable.

(4) *Le tuteur peut se pourvoir devant les Tribunaux*, sans qu'il soit nécessaire d'employer le préliminaire de conciliation (*Cod. de Procéd.*, art. 49 et 883). Dans quel délai? La loi n'a rien statué à cet égard. Du reste le tuteur a intérêt de se pourvoir promptement, puisqu'il est tenu d'administrer provisoirement jusqu'au jugement définitif.

Si le tuteur a gagné son procès en première instance, sera-t-il obligé d'administrer pendant tout le délai de l'appel? Non. Un jugement peut en général être exécuté après huitaine, tant qu'on n'en appelle pas. En conséquence, s'il n'y a pas d'appel, le tuteur excusé pourra faire convoquer un conseil de famille pour procéder à son remplacement; et s'il arrive qu'il y ait ensuite appel,

BIU Cujas

je pense que ce sera au nouveau tuteur à administrer provisoirement pendant l'instance d'appel.

Quid, si l'excuse du tuteur a été admise, mais qu'on vienne à découvrir par la suite que la cause n'en existoit pas réellement; la délibération qui l'a admise, pourra-t-elle être attaquée, et par qui ? Si la fausseté de l'excuse étoit connue du tuteur, je pense qu'il y a alors dol personnel de sa part, et par conséquent ouverture à la requête civile (*Cod. de Procéd.*, art. 480), laquelle pourra être formée, soit par le nouveau tuteur, soit par les membres du conseil de famille qui a admis l'excuse, et même par ceux qui ont été d'avis de la délibération; mais bien entendu si les excuses ont été admises par un jugement en dernier ressort; car ce n'est que contre ces jugemens seuls qu'a lieu la requête civile. (Même art.) Dans le cas contraire, c'est-à-dire, si les excuses ont été admises simplement par le conseil de famille, et sans jugement, la délibération peut encore être attaquée par les membres qui n'en ont pas été d'avis, si toutefois il n'y a pas eu d'acquiescement de leur part. S'il existe un jugement de première instance, confirmatif de la délibération, et dont il n'y ait pas eu d'appel, je ne vois pas de moyen légal pour l'attaquer.

(5) *Ceux qui les ont rejetées.* Si donc la délibération n'a pas été unanime, ceux-là seuls pourront être poursuivis et condamnés aux dépens, qui auront été d'avis du rejet. L'on a vu qu'en cas de dissentiment, l'avis de chacun des membres du conseil devoit être consigné au procès-verbal.

(6) *Peuvent*, et non pas *doivent.* La condamnation aux dépens n'aura lieu, à leur égard, qu'autant que le juge estimera que le rejet a été dicté par un esprit de chicane. Dans le cas contraire, les frais seront à la charge du mineur, comme frais de tutelle. Il n'en est pas de même à l'égard du tuteur, qui doit toujours, lorsqu'il succombe, être condamné aux dépens.

(7) *Pour le conseil de famille.* Voyez ci-dessus, sect. III, §. I. Je pense qu'on doit y ajouter également ceux à qui il a été donné un conseil judiciaire.

On trouvera peut-être étonnant que le père ou la mère mineurs, puissent être tuteurs. M. Proudhon prétend qu'il n'y a pas de difficulté, attendu, dit-il, que le mineur émancipé est capable de tous les actes que le tuteur a droit de faire pour son mineur. Mais cet auteur n'a donc pas observé qu'il est deux actes très-importans que le tuteur peut faire seul, et que le mineur ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur. C'est la défense aux actions immobilières, et la perception des capitaux mobiliers. Ce dernier acte a paru même tellement important, que non-seulement la loi a exigé que le mineur fût assisté de son curateur, pour toucher; mais encore que ce dernier surveillât l'emploi. Or, donnera-t-on aux pères et mères, pour leurs enfans, un pouvoir qu'ils n'ont pas pour eux-mêmes? Il me semble que, pour ces actes, le subrogé-tuteur devroit remplir les mêmes fonctions que le curateur remplit à l'égard du mineur émancipé. (Argument tiré de l'art. 420.)

BIU Cujas

(8) *A administrer.* Et elles diffèrent toutes deux de l'incapacité, en ce que celle-ci, absolument inhérente à la personne du tuteur, et indépendante de son fait et de sa conduite, ne préjuge rien contre lui; au lieu que les deux autres sont fondées uniquement sur un défaut de moralité ou d'intelligence.

(9) *Légitime ou testamentaire.* On a mis en question si le père exclu de la tutelle, conservoit la puissance paternelle. Quelques auteurs, du nombre desquels est M. PROUDHON, ont décidé l'affirmative. Mais la tutelle n'est-elle pas la charge d'administrer la personne et les biens du mineur? Et, je le demande, lorsqu'un père est privé, surtout par une disposition pénale, du droit d'administrer la personne et les biens de ses enfans, sur quoi pourra s'exercer sa puissance? D'ailleurs les droits du tuteur sont moins étendus que ceux du père; et lorsque la loi a jugé le père incapable d'exercer les droits de tuteur, comment peut-on croire qu'elle lui a laissé ceux de la puissance paternelle? Enfin, il est certain que le père exclu ou destitué de la tutelle, ne pourroit pas même être appelé au conseil de famille qui seroit convoqué pour délibérer sur les intérêts de ses enfans (Art. 445); et l'on voudroit qu'il pût exercer, seul, les droits de la puissance paternelle!

Mais, *quid* à l'égard du mariage? Il faut se référer, à cet égard, à ce que nous avons dit au Titre *du Mariage.* (*Voyez* ci-dessus, la note (6) de la pag. 55.) Certainement le mariage contracté avec le seul consentement du père exclu ou destitué de la tutelle, ne pourroit être attaqué; mais si le mariage n'étoit pas fait, et qu'il y eût opposition de la part de la famille, je pense que le juge auroit droit de statuer sur le *quid utilius* pour l'enfant.

Remarquez, au surplus, qu'en parlant de la puissance paternelle, je n'entends parler que des droits sur la personne; quant à la jouissance légale, le père ou la mère peuvent l'avoir sans être tuteurs. Ils n'administreront pas, et le tuteur versera entre leurs mains tout ce qui restera des revenus, après l'acquittement de toutes les dépenses qui sont à la charge de cette jouissance.

(10) *L'inconduite notoire;* ce qu'il faut entendre, non-seulement du défaut d'ordre dans les affaires, mais encore du déréglement dans les mœurs.

(11) *Sa peine.* Il faut entendre cela de la peine, en tant qu'elle est seulement afflictive; l'infamie durant jusqu'à la mort du condamné, tant qu'il n'est pas réhabilité, l'on ne pourroit jamais dire qu'il a subi sa peine, et par conséquent la disposition ne seroit jamais applicable. *Nec obstat* ce qui est dit ci-dessus, note (15) de la page 78; car 1°. il est question dans cette dernière note de la puissance maritale, qui est toute en faveur du mari, tandis qu'ici il s'agit de la tutelle, qui est toute en faveur du pupille; il n'est donc pas étonnant que l'on refuse la première à l'infame, et qu'on lui accorde la seconde. En 2°. lieu, les deux articles sont formels, chacun dans leur sens. L'art. 221 du Code Civil s'explique d'une manière générale: il suppose que le mari a pu être condamné à une peine infamante seulement, et non afflictive, *afflictive ou*

BIU Cujas

infamante, et il décide que le mari est privé de la puissance maritale, pendant toute la durée de la peine ; ce qui, pour l'infamie, est toute la durée de la vie, sauf le cas de réhabilitation, ou d'un second jugement, si la condamnation a eu lieu par contumace : au contraire, l'article 28 du Code Pénal énumère les peines auxquelles sa disposition devra être appliquée ; et il décide que celui qui a été condamné à ces peines, ne pourra plus être tuteur ni curateur, si ce n'est de ses propres enfans, et sur l'avis seulement de la famille. Il est bien évident que l'article n'a pas entendu parler du cas de réhabilitation ; car la réhabilitation faisant cesser toutes les incapacités résultant de la condamnation, il n'y auroit plus lieu à appliquer la disposition dont il s'agit, puisque le réhabilité devient capable de toute tutelle et curatelle. Il n'a pas entendu parler davantage du cas de contumace et d'absolution par un second jugement, puisque l'accusé étant absous, rentre dans la plénitude de ses droits. L'article ne peut donc s'appliquer qu'au cas où le condamné a subi la peine en tant qu'afflictive ; et ainsi entendu, il confirme encore l'opinion que nous avons émise sur l'article 221 du Code Civil : car si le condamné, après avoir subi la peine, en tant qu'afflictive, est encore privé de toute tutelle, etc. ; à plus forte raison, doit-il, je le répète, être privé de la puissance maritale, qui est toute dans son intérêt.

PAGE 115.

(1) *Ou son infidélité. Quid*, en cas de faillite ou d'insolvabilité ? Ce motif d'exclusion a été proposé et rejeté. On a pensé, avec raison, qu'il étoit possible que l'insolvabilité provînt de malheurs, et que le failli fût un très-honnête homme. Ce sera au conseil à statuer.

Anciennement, si le tuteur avoit acheté en son nom un héritage avec les deniers du mineur, celui-ci pouvoit, en cas d'insolvabilité du tuteur, revendiquer le fonds comme propriétaire ; de même, si le tuteur avoit prêté en son nom les fonds du mineur, celui-ci avoit l'action directe contre le débiteur, et ce, conformément aux Lois 2, ff, et 2, Cod. *quando ex facto tutoris* etc. Je ne pense pas que cette disposition puisse être admise dans notre droit : elle est exorbitante du droit commun, et comme telle, elle auroit besoin d'être établie formellement par la loi.

(2) *Ou à un degré plus proche. Quid*, si le mineur n'a pas de parens au degré de cousin-germain ? Il est vrai que toute personne est admise à dénoncer les faits au juge de paix ; mais alors ce dernier n'est pas tenu de déférer à la réquisition. Je crois qu'on a voulu décider simplement, que, s'il y avoit des parens au degré de cousin-germain, ou à des degrés plus proches, ceux d'un degré plus éloigné ne pourroient requérir. L'article ainsi entendu, n'excluroit pas les cousins issus de germain du droit de requérir, dans le cas, par exemple, où il n'y auroit pas de cousin-germain.

BIU Cujas

(3) *Il doit faire appeler le tuteur*, dans quel délai? Je pense que c'est celui qui est fixé par l'article 411.

(4) *Dans ses défenses.* Il est évident que cette disposition ne peut s'appliquer au cas où l'exclusion, ou la destitution, a lieu par suite d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante, puisqu'alors, le conseil de famille peut nommer, *de plano*, un autre tuteur, sans avoir même besoin de prononcer l'exclusion ou la destitution, qui a lieu de plein droit.

(5 *Et le nouveau tuteur.* Il paroît, d'après cela, que, soit que l'ancien tuteur réclame ou adhère à la délibération, le conseil de famille doit toujours procéder de suite à la nomination d'un nouveau tuteur: et, en effet, il ne peut en résulter aucun inconvénient; car, si la délibération est confirmée, cela évitera la peine et les dépenses d'une nouvelle convocation. Si elle est infirmée, la nomination sera comme non-avenue.

(6) *Si l'ancien tuteur réclame*, soit quant à la forme, soit quant au fond: quant à la forme, s'il prétend que le conseil a été irrégulièrement convoqué ou composé, ou que les délibérations n'ont pas été prises conformément à la loi. Cependant, s'il y a assisté, et qu'il ait signé le procès-verbal, sans réclamation, il sera reçu ensuite difficilement à proposer des griefs contre le mode de composition et la forme des délibérations. Jugé dans ce sens à Bruxelles, le 18 juillet 1810. (Sirey, 1811, 2e. partie, pag. 433.) Quant au fond, s'il prétend que les motifs allégués n'existent pas, ou qu'ils ne sont pas suffisans pour faire prononcer son exclusion ou sa destitution.

(7) *Est poursuivie*, contradictoirement avec le tuteur exclu ou destitué.

(8) *Qu'il sera maintenu dans la tutelle.* Qui administrera pendant le litige? La loi ne s'est pas prononcée sur ce point. Il semble difficile de supposer que l'ancien tuteur puisse continuer à administrer. D'un autre côté, l'article 448 paroît décider que le nouveau tuteur ne doit entrer en fonctions, qu'autant que l'ancien a adhéré à la délibération. A Rome, l'accusation seule suffisoit pour écarter le tuteur de l'administration. Dans tous les cas, et conformément à l'article 135 du Code de Procédure, l'exécution provisoire de la décision du conseil pourra être ordonnée.

Page 116.

(1) *Qui donne lieu à la tutelle.* On a aboli le serment qu'on étoit dans l'usage d'exiger du tuteur.

(2) *L'éducation physique et morale;* sauf le droit du conseil de famille, qui peut toujours, quand le tuteur n'est pas le père ni la mère, régler ce qui concerne l'éducation du pupille, et même décider, s'il y a lieu, qu'il sera confié, temporairement ou autrement, ou à un de ses parens, autre que le tuteur. *Sic* jugé en Cassation, le 8 août 1815, (Sirey, 1815; 1re. part. pag. 321.)

(3) *Proportionnément aux facultés dudit mineur. De suo tutor pupil-*

BIU Cujas

lum alere non compellitur. (*L.* 3, §. 6, *ff. Ubi pupillus educari, etc.*) Si donc le pupille n'a pas de quoi subvenir à ses besoins, le tuteur peut, ou le mettre en service, ou le placer, soit chez un maître d'apprentissage, qui se chargeroit, moyennant certaines conventions, de sa nourriture et de son entretien, soit même dans un hospice. (*Voyez* ci-après, la note (2) de la page. 125.)

(4) *Du conseil de famille.* On sent bien que cette autorisation ne doit être exigée, qu'autant que le tuteur n'est pas le père. La qualité de tuteur ne peut préjudicier aux droits de la puissance paternelle. Il en est de même de la mère non remariée.

(5) *Dans tous les actes civils*, excepté le mariage. Dès que le mineur est représenté par le tuteur dans tous les actes civils, il s'ensuit que les jugemens rendus contre le tuteur en cette qualité, sont exécutoires de plein droit contre le mineur, soit avant, soit après sa majorité; et qu'ils ne peuvent jamais l'être contre le tuteur lui-même, qui peut seulement être contraint de représenter les biens du pupille, et d'en remettre le bref état.

Le tuteur peut-il être responsable, en son nom, envers les tiers, des obligations contractées dans l'intérêt du mineur? Non, si toutefois il a contracté en qualité de tuteur: il ne seroit cependant pas, même dans ce cas, recevable à venir alléguer l'insolvabilité du mineur, à moins qu'il ne prouvât qu'elle résulte d'événemens fortuits survenus depuis que les obligations ont été contractées; autrement il doit s'imputer d'avoir fait contracter au mineur des obligations que celui-ci étoit hors d'état de remplir.

(6) *De l'établissement de la tutelle*, et non pas de l'entrée en gestion du tuteur, parce qu'il peut arriver que le tuteur commence sa gestion long-temps après l'établissement de la tutelle; *putà*, si c'est un nouveau tuteur, nommé en cas de mort, démission, ou destitution de l'ancien, il est évident que les dispositions de ce paragraphe ne peuvent le concerner: il est seulement tenu de recevoir et de débattre, sous sa responsabilité personnelle, le compte rendu par l'ancien tuteur ou ses héritiers; et c'est du reliquat de ce compte qu'il se trouve chargé.

(7) *A l'inventaire.* Pour savoir ce qu'on doit entendre par *scellé* et *inventaire*, et quelles sont les formalités requises pour ces sortes d'actes, *Voyez* ci-après, au Titre *des Successions*, chap. 4, sect. 1re. §. 1er. Le tuteur pourroit-il être dispensé par le testateur de l'obligation de faire inventaire? Il faut distinguer: Si le mineur est héritier légitimaire du testateur, la dispense est nulle. *Secùs*, dans le cas contraire. Le testateur pourroit dans ce dernier cas, priver le mineur de toute sa succession: il a pu la lui laisser à telle ou telle condition. Mais remarquez que la dispense de faire inventaire, n'emporte pas celle de rendre compte. (Argument tiré de la loi 5, §. 7, ff. *de adminis. et peric. tut.*) Seulement le tuteur ne peut être chicané sur la

BIU Cujas

consistance et la valeur dn mobilier de la succession. Mais si la fraude étoit prouvée ; *putà*, si l'on rapportoit des titres de créances appartenant au défunt, dont le tuteur auroit touché le remboursement, et qu'il ne porteroit pas en recette, nul doute qu'il ne fût obligé d'en tenir compte. La dispense de faire inventaire, ne lui donne le droit de s'approprier aucun des objets de la succession. (*Dictâ L.* §. 7.)

PAGE 117.

(1) *Des parties intéressées*, le mineur, ses héritiers ou ayans-cause.

(2) *Par commune renommée.* On dit qu'un inventaire est fait par titres, quand l'on justifie par titres que le défunt avoit tel ou tel bien. Il est fait par témoins, quand l'on fait entendre des personnes qui déposent qu'il est à leur connoissance que la fortune du défunt étoit composée de tels ou tels objets. Enfin, l'inventaire est fait par commune renommée, quand les témoins déclarent seulement qu'ils ont entendu dire que le défunt avoit un mobilier de telle valeur, des créances actives pour telle somme ; qu'il passoit pour avoir tant de revenu perpétuel, ou viager, etc. On voit combien cette dernière preuve est vague et incertaine ; mais c'est au tuteur à s'imputer de n'avoir pas pris la voie ordinaire. Au surplus, l'article dit : *tant par titres, que, etc.* ; ce qui suppose que l'on peut cumuler les trois modes à-la-fois.

(3) *Doit faire vendre. Quid*, s'il néglige de les faire vendre ? il est tenu de la dépréciation et de la détérioration résultant de sa négligence. (Argument tiré de l'art. 805.)

Dépréciation, si le prix en est diminué, même sans détérioration ; *putà*, parce que la mode en est passée.

Détérioration, s'ils ont éprouvé des dégradations.

(4) *Les meubles etc.*, corporels. Il est évident que cette disposition ne s'applique pas aux meubles incorporels, comme les rentes, les créances, etc.

(5) *Par un officier public*, qu'il a droit de choisir, si les mineurs sont seuls héritiers. Sinon, il devra s'entendre pour le choix avec les autres héritiers. (Arrêt de Turin, du 10 mai 1809, rapporté dans SIREY, 1812 ; 2e. partie, pag. 372.)

(6) *Que nomme le subrogé-tuteur.* Il n'y a pas lieu à nommer contradictoirement des experts. Il ne s'agit pas, en effet, d'une opération indispensable, comme dans les expertises ordinaires. L'opération dont il est question ici, est toute dans l'intérêt du père ou de la mère, qui sont les maîtres de ne pas prendre les meubles. Toutes les précautions doivent donc être en faveur de l'enfant. Remarquez, en outre, que le jouissant n'est tenu de rendre la valeur, au taux de l'estimation, que dans le cas où il ne représenteroit pas les objets en nature. S'ils existent, quelque détériorés qu'ils soient, pourvu que la dété-

BIU Cujas

rioration ne provienne pas de l'abus, ou d'un usage extraordinaire qui en auroit été fait, le jouissant n'est tenu d'aucune indemnité. S'ils n'existent pas, on peut présumer que le jouissant les a vendus, lors de son entrée en jouissance; il doit donc en rendre la valeur d'après leur état et leur prix à cette époque. (Argument tiré de l'article 950.)

(7) *A la fin de la jouissance*, et sans que le mineur puisse inquiéter les tiers qui les auroient acquis de bonne foi. *En fait de meubles, la possession vaut titre.* (Art. 2279.)

Mais ces meubles pourroient-ils être compris dans une saisie faite à la requête des créanciers du père ? Je pense qu'il faut distinguer : Si, avant la vente, il étoit fait par le subrogé-tuteur une demande en distraction des meubles compris dans l'inventaire, la distraction devroit être ordonnée. Mais s'ils étoient une fois vendus, les acquéreurs ne pourroient être inquiétés. Il en est de même quant au prix. S'il étoit encore entre les mains de l'officier chargé de la vente, il pourroit être réclamé au nom du mineur. Mais s'il avoit été touché par les créanciers, la restitution ne pourroit en être demandée.

PAGE 118.

(1) *Interrompre les prescriptions.* Il est des espèces de prescriptions qui courent contre les mineurs. (Art. 2278, etc.)

(2) *Couvrir les péremptions.* La péremption est l'extinction de la procédure, causée par discontinuation de poursuites pendant trois ans, ou trois ans et demi, suivant les circonstances. Elle court contre les mineurs. (*Procéd.*, art. 398.)

(3) *Faire emploi*, de la manière la plus sûre et la plus solide qu'il lui sera possible, sans cependant qu'il puisse en être responsable, s'il a pris toutes les précautions que la prudence exigeoit, et que par un événement imprévu, elles se trouvent inutiles. Il n'est pas d'ailleurs obligé de consulter le conseil de famille à ce sujet.

(4) *Autre que le père ou la mère. Nullus est affectus qui vincat paternum.* On doit assez présumer des bonnes intentions du père ou de la mère, pour ne pas les astreindre aux règles qui vont suivre. D'ailleurs, le plus souvent, ils ont la jouissance légale. Si, cependant, ils avoient négligé de faire valoir les deniers dont le mineur a la jouissance, il n'est pas douteux qu'ils n'en soient responsables, comme tout autre tuteur.

(5) *Faire régler.* Laquelle fixation ne doit point, en général, excéder les revenus du mineur. (*L.* 3, §. 1, ff. *Ubi pupillus*, etc.) *Voir* un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 21 mars 1699, cité par DENISART, v°. *Tuteur*, n°. 62.) *Quid*, si les revenus ne suffisent pas, soit pour la subsistance et l'éducation du mineur, soit pour lui faire apprendre un métier ? Le tuteur, comme nous l'avons dit, n'est pas obligé de le nourrir *de suo.* (*L.* 3, §. 6,

BIU Cujas

ff. *eod.*) (*Voyez*, ci-dessus, la note (3) de la pag. 116.) Dans tous les cas, le conseil de famille peut l'autoriser à prendre sur les capitaux du mineur, si cela est nécessaire, soit pour payer son apprentissage, ou autre chose semblable. La délibération, dans ce cas, doit être homologuée.

(6) *La somme précise*, soit que cette somme provienne de l'excédant des revenus sur la dépense, ou d'un remboursement de capitaux.

(7) *De l'expiration des six mois.* Il en seroit de même, si la somme n'avoit pas été complétée par la faute du tuteur; *putà*, s'il avoit négligé de poursuivre les débiteurs du pupille; à plus forte raison, s'il étoit lui-même débiteur du pupille, et que sa dette soit devenue exigible: *Debuit à se ipso exigere.* (*L.* 9, §. 4, ff. *de Admin. et Peric. Tut.*) Et même, si cette dette ne portoit point intérêt, elle en produit de droit au profit du pupille, à compter du jour où elle est devenue exigible. De même, s'il étoit créancier du pupille, d'une somme portant intérêt, la compensation auroit lieu, et les intérêts cesseroient de courir à son profit, du jour de l'échéance, s'il avoit en caisse, en deniers oisifs appartenant à son pupille, une somme suffisante pour se payer ce qui étoit exigible, *quia debuit sibi solvere.*

Quid, si la créance ne portoit point intérêt, et qu'il ne se trouvât pas, entre ses mains, à l'échéance, une somme suffisante pour le payer, comment pourroit-il faire courir les intérêts? Je pense qu'ils devroient courir de plein droit, et ce par argument des art. 474, 1473, 2001, etc., dans lesquels l'on voit que la loi fait courir les intérêts, de plein droit et sans demande, à l'égard des personnes qui ne peuvent ou ne doivent point former de demande en justice, l'une contre l'autre.

Remarquez 1°. que le délai de six mois est accordé au tuteur, uniquement pour lui donner le temps de trouver un placement, et nullement pour lui procurer un bénéfice. Si donc il a placé avant l'expiration des six mois, il doit les intérêts du jour de l'emploi.

2°. Qu'il est dit qu'à défaut d'emploi, le tuteur devra les intérêts à compter de l'expiration des six mois. Il faut donc qu'il y ait défaut d'emploi, c'est-à-dire, que le tuteur ait gardé les fonds oisifs, ou qu'il en ait fait un emploi tardif. Mais s'il n'en paroît aucun emploi, et que les fonds ne soient pas restés entre ses mains, il est alors présumé les avoir employés à son usage, et il en doit les intérêts du jour qu'il les a touchés. (*L.* 7, §. 11, ff. *de Admin. et Peric. Tut.*, et argument tiré de ce qui est décidé à l'égard de l'associé par l'article 1846.)

3°. Que les intérêts reçus par le tuteur, et ceux qu'il peut devoir, à raison, soit du défaut d'emploi, soit de l'emploi tardif, forment dans sa main des capitaux, dont les intérêts sont dus, à défaut d'emploi, comme il vient d'être dit pour les capitaux eux-mêmes.

Et 4°. Que le tuteur, créancier de son pupille, et qui, attendu le mauvais

BIU Cujas

état des affaires de ce dernier, obtient une remise des autres créanciers, est obligé de souffrir lui-même une remise égale, à moins qu'il ne soit dans la classe des créanciers qui ne sont pas obligés de suivre la loi commune; *putà*, s'il a une caution, un privilége, ou une hypothèque.

PAGE 119.

(1) *Même en adjudication publique.* Il seroit à craindre qu'il n'écartât les enchérisseurs. Mais remarquez que cette nullité n'est que relative, et ne peut être invoquée que par le pupille ou ses ayans-cause, et jamais par le tuteur.

(2) *Ni d'aucune créance contre lui. Quid*, si néanmoins il a accepté pareille cession? Chez les Romains tout étoit anéanti, la cession et l'obligation cédée, et le pupille étoit libéré. (*Nov.* 72, *cap.* 5.) Et cela étoit fondé en raison. D'abord le cédant ne pouvoit plus exercer l'action, puisqu'il s'en étoit dessaisi en faveur du tuteur. Le cessionnaire avoit transgressé la loi; *et nemo ex delicto suo debet consequi actionem.* Il en résultoit que le pupille étoit libéré, non pas, si l'on veut, par l'extinction de l'obligation, mais parce que personne ne pouvoit en poursuivre l'exécution. En seroit-il de même chez nous? Je le penserois d'autant plus volontiers, qu'il y a les mêmes raisons, et que d'ailleurs l'article 451 prononce la déchéance contre le tuteur qui a seulement omis de déclarer sa créance dans l'inventaire. Or, l'un n'est pas plus coupable que l'autre. C'étoit aussi l'avis de M. de LAMOIGNON, dans ses Arrêtés. (Titre *des Tutelles*, art. 96.)

Le tuteur pourroit-il se faire faire une semblable cession avec l'autorisation du conseil de famille? Je ne le pense pas. Toutes les fois que la loi s'est contentée d'exiger cette autorisation pour la validité de l'acte, elle l'a dit expressément.

Quid, si le tuteur, créancier lui-même de son pupille, a usé de la faculté que lui donne l'article 1251, n°. 1, de rembourser un créancier qui lui est préférable en hypothèque, la subrogation légale aura-t-elle lieu en sa faveur? Je suis d'avis de l'affirmative, sauf le cas de fraude. Je ne crois pas que l'article 450 puisse s'appliquer à ce cas; et ce, par argument de l'article 1701, qui porte que les dispositions de l'article 1699, relatives à l'achat des droits litigieux, doivent cesser, toutes les fois que l'on peut supposer à l'acquéreur un autre motif que celui d'acheter un droit litigieux. Donc, *à pari*, la disposition de l'article 450 doit cesser, lorsque l'on peut supposer au tuteur un autre motif que celui d'acheter une créance sur son pupille. Il en seroit de même, à plus forte raison, s'il avoit été subrogé à une créance contre le mineur, par suite du remboursement qu'il en auroit fait, soit comme co-obligé solidaire, soit comme caution.

(3) *Dans l'inventaire.* C'est afin de prévenir la fraude. Le tuteur pourroit avoir été soldé de sa créance par l'auteur du pupille; devenu tuteur, et

BIU Cujas

trouvant sa quittance dans les papiers du défunt, il pourroit la supprimer, et demander une seconde fois son payement. En l'obligeant à faire la déclaration dans l'inventaire, le même inconvénient n'est plus autant à craindre. Comme il ne connoît pas les pièces qui vont se trouver dans les papiers du défunt, il n'est pas présumable qu'il fasse une déclaration dont la fausseté pourra être démontrée dans le cours de l'inventaire. C'est même pour cette raison que je croirois convenable d'exiger la déclaration immédiatement après l'intitulé de l'inventaire. Lors de la clôture, il seroit trop tard. Par suite du même principe, la disposition de l'art. 431 seroit applicable, à plus forte raison, au tuteur qui se seroit emparé des papiers de la succession, sans inventaire préalable. Mais réciproquement elle ne le seroit certainement pas à la mère tutrice, et qui seroit créancière de son mari, à raison de ses reprises.

(4) *Par l'officier public.* De-là il faut conclure que, s'il n'y avoit pas eu de réquisition, il n'y auroit pas de déchéance. Mais alors, l'article auroit dû contenir une peine contre l'officier public qui auroit négligé de requérir la déclaration.

(5) *Excédant neuf années.* Il y avoit des provinces où les baux de biens de mineurs étoient adjugés à l'enchère, après apposition d'affiche. Cette disposition n'étant pas rappelée dans le Code, doit être regardée comme abrogée.

(6) *Et ainsi de suite.* Soit un bail fait par un tuteur pour vingt-sept ans. Si le tuteur cesse ses fonctions au bout de quatre ans, le bail ne sera plus obligatoire que pour les cinq années suivantes. Si les fonctions cessoient à la dixième année du bail, il seroit obligatoire encore pour huit ans; enfin, si elles ne cessoient que dans la dix-neuvième année, le bail seroit exécuté en entier. Mais remarquez que le défaut d'obligation n'existe qu'à l'égard du pupille. Si le nouveau tuteur, ou le pupille lui-même, devenu majeur, ou émancipé, veulent continuer le bail, le fermier ne peut en demander la résiliation. (*Voyez* au 2e. vol., les notes sur le Titre du *Louage.*)

Cette disposition a plusieurs motifs :

Le premier, de ne point ôter trop long-temps au pupille devenu majeur, ou à ses héritiers, la libre disposition des biens ;

Le deuxième, de prévenir l'abus des pots-de-vin que le tuteur pourroit exiger à son profit, au moyen d'un bail d'une longue durée ;

Le troisième, enfin, c'est que le bail excédant neuf années, est regardé comme une espèce d'aliénation. (Art. 481.)

(7) *Entièrement nuls*, c'est-à-dire, qu'ils sont nuls pour toute leur durée; mais la nullité n'est que relative comme la précédente, et ne peut être demandée que par le pupille ou ses ayans-cause, et non par le fermier ou locataire. (*Voyez* la note précédente.)

(8) *Par le subrogé-tuteur. Tutor non potest esse auctor in rem suam*, (*L.* 1, ff. *de Auctorit. et Cons. Tut.*)

BIU Cujas

PAGE 120.

(1) *Légalement constaté.* Par un certificat des Agens-de-change de la place, qui seuls ont le droit de constater le cours des effets publics. (*Cod. de Commerce*, art. 76.)

Quid, à l'égard des rentes ordinaires? Si le remboursement est offert par le débiteur, le tuteur a qualité pour le recevoir seul; mais s'il s'agit d'une cession, je pense que le tuteur ne peut céder seul que celles de cinquante francs de rente et au dessous. (Argument tiré de ce qui a lieu pour les rentes sur l'État). Quant à celles qui sont au-dessus, il doit se faire autoriser par le conseil de famille: et, dans tous les cas, je pense que la vente doit se faire, avec affiches et publications, et aux enchères, reçues chez un notaire. Ce n'est pas que les rentes ne soient regardées actuellement comme effets mobiliers; mais cependant la loi ayant cru devoir prescrire des formalités spéciales à l'égard de la saisie et de la vente des rentes constituées (*Code de Procédure*, article 636 et suivans,) je pense qu'il en doit être de même, à plus forte raison, quand ces rentes appartiennent à des mineurs. S'il s'agit de rentes foncières, le tuteur devra se conformer, pour le rachat, aux dispositions de la loi du 29 décembre 1790, relative au rachat de ces sortes de rentes, en observant qu'aux termes de la disposition finale de l'art. 4 du Titre 2 de ladite loi, le redevable est garant du remploi du prix du rachat, si mieux il n'aime le consigner; auquel cas, il n'est délivré aux tuteurs, curateurs, etc., qu'en vertu d'une ordonnance du juge, rendue sur les conclusions du Procureur du Roi, auquel il doit être justifié du remploi.

(2) *Que sous bénéfice d'inventaire.* Voyez ci-après, au titre *des Successions*, chap. 4, sect. 1, §. 2, ce que c'est que le bénéfice d'inventaire.

La disposition de l'article 461 est un changement fait à l'ancien droit, et qui est fort utile. Anciennement le mineur, nonobstant toute espèce d'autorisation, pouvoit se jouer de la qualité d'héritier jusqu'à sa majorité; ce qui laissoit, pendant tout ce temps, ses co-héritiers, ou les héritiers du degré subséquent, dans une situation précaire et incertaine. Actuellement, du moins, lorsque les formalités ont été remplies, le mineur ne peut se faire restituer contre l'acceptation. (Argument tiré de l'art. 1314.)

Mais pourquoi exige-t-on l'autorisation du conseil de famille, puisque l'acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire, et que, par conséquent, le mineur ne s'engage pas au-delà de l'émolument qu'il retire de la succession? C'est pour trois raisons: la première, parce que l'acceptation même sous bénéfice d'inventaire, l'oblige au rapport (Art. 843); la seconde, parce qu'elle le rend responsable, même sur ses propres biens, de l'administration de la succession, et du payement du reliquat (Art. 803); la troisième enfin, parce qu'elle l'oblige au payement des dettes et des legs, au moins jus-

BIU Cujas

qu'à concurrence de la valeur des biens composant la succession ; ensorte que, si le tuteur dissipoit ces biens, le mineur seroit obligé de payer sur ses biens personnels.

Quid, si le tuteur, autorisé ou non, acceptoit purement et simplement ? Je pense que cela ne peut préjudicier au mineur. L'article 461 dit que l'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire. Il prohibe donc l'acceptation pure et simple. Elle est donc nulle ; et le mineur sera toujours réputé héritier bénéficiaire. Jugé à-peu-près dans ce sens, à Angers, le 11 août 1809. (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. XIV, pag. 357.) Par la même raison, je pense que le défaut des formalités requises par les Art. 793 et 794 ne rendroit pas pour cela le mineur héritier pur et simple. En effet ces formalités supposent évidemment que l'héritier est le maître d'accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire ; et comme ce bénéfice est un avantage, la loi a déterminé les conditions que l'héritier doit remplir pour l'obtenir. Mais ici l'héritier n'a pas le choix. Le bénéfice lui est acquis de plein droit. Il ne peut donc être assujetti à l'observation d'aucune formalité. Si cependant elles n'ont pas été remplies, et qu'il en soit résulté quelque préjudice pour les tiers, ils auront un recours contre le tuteur en son propre et privé nom.

La délibération du conseil de famille doit-elle être homologuée ? Le Code ne s'est pas expliqué à ce sujet. Je pense néanmoins qu'elle doit l'être, soit qu'elle autorise à accepter ou à répudier. Quant à la répudiation, c'est l'aliénation d'un droit acquis ; et sous ce rapport, l'homologation est nécessaire. Si elle autorise à accepter, nous avons vu que cette acceptation peut emporter aliénation, puisqu'elle oblige le mineur au rapport ; et, en outre, qu'il peut en résulter obligation des biens du mineur : double raison pour exiger l'homologation.

(3) *Faite au mineur.* Si cependant le tuteur étoit un ascendant du mineur, il n'auroit pas besoin d'être autorisé, puisqu'il pourroit accepter la donation, même sans être tuteur, et en sa seule qualité d'ascendant. (Art. 935.)

(4) *Que s'il étoit majeur*, c'est-à-dire, que si la donation, par la suite, lui devenoit onéreuse, il ne pourroit se faire restituer. Nous traiterons, au Titre *des Donations entre-vifs*, la question très-controversée, si la donation acceptée par le mineur seul, ou par le tuteur non autorisé, seroit valable, au moins dans l'intérêt du mineur. (*Voyez* les notes sur le Tit. *des Donations.*)

(5) *Introduire en justice une action.* Le tuteur pourroit-il, sans être autorisé, appeler d'un jugement qui a statué sur un droit immobilier appartenant à son pupille ? Jugé l'affirmative en Cassation le 17 novembre 1813. (Sirey, 1814 ; 1re. partie, page 101), et avec raison. L'appel n'est pas l'introduction d'une action, c'est la suite d'une action précédemment intentée. D'ailleurs, ou le tuteur a été défendeur dans le principe, et l'appel peut alors être regardé

BIU Cujas

comme une suite de la défense; ou il a été demandeur, et alors il a dû être autorisé.

(6) *Aux droits immobiliers.* On entend par là toute action tendant à revendiquer un immeuble, ou un droit inhérent à un immeuble, comme un usufruit, une servitude. (Art. 526.) Si donc le père du mineur a acquis, pendant sa vie, un immeuble qui ne lui ait pas été livré, l'action qui existe dans sa succession, pour en demander la délivrance, est une action immobilière, qui ne pourra être intentée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Si, au contraire, l'auteur du mineur a vendu un immeuble, dont il n'ait pas touché le prix, l'action en payement de ce prix est une action mobilière, *quia tendit ad quid mobile.* Elle pourra donc être formée par le tuteur, sans autorisation.

Quid, si, l'acquéreur ne payant pas, il y a lieu à demander la résolution de la vente? C'est une action immobilière, puisqu'en demandant cette résolution, le tuteur demande que l'immeuble soit restitué. C'est donc une action tendant à revendiquer un immeuble. Il en est de même de l'action en rescision, de l'action en réméré. Il faudra donc, dans tous ces cas, que le tuteur soit autorisé.

Quid, à l'égard de l'action confessoire ou négatoire? L'action confessoire est celle qui est formée par celui qui prétend un droit de servitude sur un immeuble, contre le propriétaire du fonds qui doit la servitude, pour qu'il ait à en permettre l'usage : c'est donc réellement une action tendant à revendiquer une servitude, c'est-à-dire, un immeuble; c'est donc une action immobilière. Quant à la négatoire, c'est celle qui est formée par le propriétaire d'un fonds, contre celui qui prétend avoir, et qui exerce un droit de servitude sur ce même fonds, pour qu'il ait à en discontinuer l'usage, et à reconnoître qu'elle ne lui est pas due. Or, comme la servitude est une partie, un démembrement de la propriété, celui qui intente l'action négatoire doit être comparé à celui qui revendiqueroit une partie du fonds qui seroit possédée par une autre personne. C'est donc, dans l'un et l'autre cas, une action immobilière.

Quid, si le mineur ayant un droit d'usufruit sur un immeuble, est troublé dans sa jouissance, quelle est la nature de l'action qui devra être intentée par le tuteur pour faire cesser le trouble? Il faut distinguer : Si le trouble est fondé sur ce que c'est le fond du droit qui est contesté; *putà*, parce que l'on prétend que le pupille n'est pas usufruitier, ou que son usufruit ne s'étend pas à telle ou telle partie de fonds : alors l'action à intenter tend à revendiquer le droit, qui est un immeuble; elle est donc immobilière. Mais si le trouble n'a trait qu'à la perception des fruits, *putà*, parce que l'on prétend que telle chose n'est pas un fruit, l'action n'est plus que mobilière, et peut être intentée par le tuteur seul.

BIU Cujas

Quid, à l'égard des actions possessoires ? L'article 1428 paroît ranger ces actions sur la même ligne que les actions mobilières. Cependant je pense que, dans tous les cas où la loi ne s'est pas expliquée formellement, elles doivent être assimilées aux actions immobilières, puisqu'elles tendent à réclamer la possession d'un immeuble, et qu'elles ont d'ailleurs souvent la plus grande influence sur la question de propriété.

Dans les différens cas où l'autorisation est nécessaire, doit-elle être homologuée ? Je pense qu'oui. (Argument tiré de l'article 458, qui exige l'homologation pour toutes les délibérations relatives à des actes d'où il peut résulter aliénation des immeubles du mineur.) Or, pourquoi exige-t-on l'autorisation du conseil pour l'action immobilière ? Ce ne peut être que parce que l'on suppose que la mauvaise direction de la demande pourroit exposer le mineur à perdre le droit immobilier qui est l'objet de l'action. Or, le même motif doit faire exiger l'homologation. D'ailleurs, remarquez que l'on met sur la même ligne l'introduction en justice d'une action immobilière, et l'acquiescement à une demande semblable. Or, il n'est pas douteux que, pour l'acquiescement, il ne faille l'homologation, puisqu'elle est nécessaire pour la transaction, même sur des droits mobiliers : donc, etc.

Mais pourquoi le tuteur doit-il être autorisé pour acquiescer à une demande immobilière, tandis qu'il n'a pas besoin de l'être pour prévenir cette même demande, en délivrant la chose qui en est l'objet ? Par exemple, le père du mineur a vendu, pendant sa vie, un immeuble qui n'a pas été livré : lorsque l'acquéreur a satisfait à toutes les conditions de la vente, le tuteur n'a pas besoin d'être autorisé pour lui faire la tradition de l'immeuble ; mais si l'acquéreur en a fait la demande en justice, le tuteur ne pourra y acquiescer sans autorisation.

Cela paroît effectivement étonnant. Cependant l'on peut, à mon avis, répondre : Ou la demande a été formée avant, ou depuis l'ouverture de la tutelle. Si c'est avant, il y a présomption que le droit est douteux, puisque l'auteur du mineur a cru devoir soutenir le procès. Si c'est depuis, la présomption est encore plus forte, au moins relativement au tuteur : il ne peut dire en effet qu'il a acquiescé à la demande, parce qu'il l'a jugée fondée ; car, par cela seul qu'il l'a laissé former, l'on doit penser qu'il a regardé le fond du droit comme douteux ; et cette incertitude suffit pour l'obliger, lorsqu'ensuite il veut acquiescer à cette même demande, de soumettre l'affaire au conseil de famille.

Le tuteur peut-il acquiescer, sans être autorisé, au jugement rendu sur une demande immobilière formée contre son mineur ? Pour répondre à cette question, il faut observer 1°. qu'il y a deux espèces d'acquiescemens à un jugement de première instance ; l'acquiescement exprès, résultant d'un acte passé dans le délai de l'appel, et par lequel on renonce à attaquer le jugement ; et l'acquiescement tacite résultant, soit de l'exécution, soit du défaut d'appel dans

BIU Cujas

le délai prescrit : 2°. que l'art. 444 du Code de Procéd. exigeant, pour faire courir le délai de l'appel, que le jugement ait été signifié, non seulement au tuteur, mais encore au subrogé-tuteur, et quand même ce dernier n'auroit pas été en cause, est censé leur avoir donné à tous deux le droit d'en appeler : autrement à quoi bon leur signifier à tous deux le jugement ? D'après cela, je pense, sur la question proposée, que l'acquiescement de l'un, soit exprès, soit tacite, n'opéreroit rien sans le concours de l'autre ; mais qu'aussi l'acquiescement de tous deux doit avoir pour effet de rendre le jugement inattaquable.

Le tuteur pourroit-il défendre seul à une action immobilière ? L'article 464 n'ayant exigé l'autorisation que pour l'introduction de l'action, il ne paroît pas douteux, d'après la règle, *inclusio unius*, que le tuteur ne puisse y défendre sans autorisation. Mais alors pourquoi lui défend-on d'y acquiescer sans être autorisé, puisqu'en défendant mal, il peut perdre le procès ; ce qui aura le même effet que l'acquiescement ? Pour plusieurs raisons : la première, c'est qu'en laissant prononcer le jugement, le mineur se trouve sous la sauve-garde du Ministère public, auquel la cause doit être nécessairement communiquée (*Code de Procéd.*, art. 83) ; la seconde, c'est qu'un mineur peut se pourvoir par requête civile contre un jugement en dernier ressort, lorsqu'il prétend n'avoir pas été défendu, ou ne l'avoir pas été valablement ; au lieu qu'il n'auroit pas la même voie contre l'acquiescement donné, soit à la demande, soit à un jugement susceptible d'être attaqué.

Comment peuvent être attaqués les jugemens rendus contre le tuteur non autorisé dans les cas où il doit l'être ? Je pense que c'est par la voie de la Requête civile, (*Procéd.* art. 480, n°. 2, et 481.)

Observez qu'en général la nullité résultant du défaut d'autorisation, ou d'homologation, est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par le mineur ou ses ayans-cause. Mais cette décision ne doit avoir lieu qu'autant que le jugement est rendu, ou l'opération terminée ; car celui, par exemple, qui plaide contre un mineur, a bien certainement le droit de demander qu'il remplisse toutes les formalités requises pour la validité de la procédure, sinon qu'il soit déclaré non-recevable. Il lui importe de ne pas obtenir un jugement illusoire.

(7) *Y défendre sans autorisation.* C'étoit encore une grande question, anciennement, si l'on pouvoit faire avec un mineur, et même en justice, un partage définitif. L'article 1314 a décidé avec raison l'affirmative. Mais l'autorisation, dans ce cas, devra-t-elle être homologuée ? Je ne le pense pas, attendu que le partage doit l'être en définitif. (*Code de Procéd.*, art. 981.) Nous verrons plus bas, au Titre *des Successions*, pourquoi le tuteur doit être autorisé pour provoquer le partage.

(8) *Transiger au nom du mineur*, même sur une action mobilière. Cependant il pourroit y asquiescer sans autorisation. Mais je pense qu'il y a

BIU Cujas

toujours la même raison que dans l'avant-dernière note. La transaction suppose que le droit est douteux; et l'on ne veut pas, d'après cela, s'en rapporter aux lumières du tuteur seul, pour déterminer les sacrifices que devra faire le mineur.

Pourroit-il compromettre avec autorisation? Non, d'après les articles 83 et 1004, du Code de Procédure. D'ailleurs le Code Civil lui permet seulement de transiger, et le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre. (Art. 1989.)

Il y a cette différence entre le compromis et la transaction, que, dans la transaction, l'on connoît exactement les sacrifices que l'on est obligé de faire. On peut en évaluer la valeur d'une manière précise. Dans le compromis, au contraire, l'on déclare s'en rapporter à la décision de certaines personnes; décision qui pourra imposer des sacrifices, dont il est impossible d'apprécier d'avance l'étendue.

Il faut cependant excepter le cas où le mineur se trouveroit, du chef de son auteur, intéressé dans une société commerciale. L'arbitrage est alors forcé, et le tuteur ne peut s'y refuser. Seulement, il ne peut renoncer à la faculté d'appeler du jugement arbitral. (*Cod. de Com.*, art. 63.)

Nous disons, *du chef de son auteur.* Car, si le mineur étoit lui-même commerçant, et membre d'une société commerciale, il seroit alors réputé majeur pour tous les faits relatifs à son commerce, et par conséquent à la société. (*Ibid.*, art. 2.) Il pourroit donc renoncer à l'appel, etc. (*Voyez* mes *Instit. Commerciales*, Liv. I, Tit. III, Chap. II, Sect. V.)

Un tuteur peut-il déférer le serment sans autorisation? Il ne le peut, d'après l'article 464, si l'action est immobilière. Mais *quid*, si l'action étoit mobilière? La raison de douter, c'est que le serment est une espèce de transaction (*L.* 2, ff. *de Jurejur.*), et que le tuteur ne peut transiger seul, même sur une action mobilière. Cependant je pense, conformément à la loi 17, §. 2, *eod.*, que le tuteur peut, dans ce cas, déférer le serment, seul et sans autorisation. Quant à la comparaison du serment et de la transaction, l'on sent qu'elle n'est pas très-exacte; car dans le serment, il n'y a pas de sacrifices mutuels; c'est plutôt une espèce d'acquiescement de la part de celui qui le défère. Or l'article 464 ne défend au tuteur que d'acquiescer à une demande immobilière.

(9) *Emprunter pour son mineur.* Si cependant l'emprunt avoit tourné au profit de ce dernier, il n'est pas douteux qu'il n'en soit tenu, non par l'effet du contrat, mais d'après cette maxime de l'équité: *Nemo debet cum alterius damno locupletari.* Ainsi, il y a cette différence entre l'emprunt fait par le tuteur autorisé, et l'emprunt fait sans autorisation, que, dans le premier cas, le mineur est tenu, quel que soit l'usage que le tuteur a fait des deniers, et quand même il les auroit divertis, ou appliqués à ses propres affaires; au lieu

BIU Cujas

que, lorsqu'il n'y a pas eu d'autorisation, le prêteur ne peut agir contre le mineur, qu'en prouvant que l'emprunt a tourné à son profit, *et quatenùs locupletior factus est.* Nous trouverons l'application de cette distinction au Titre *des Hypothèques.*

PAGE 121.

(1) *De discuter*, c'est-à-dire, faire saisir et vendre. Cette disposition est fondée sur ce qu'il est beaucoup plus avantageux pour le mineur de conserver des immeubles, que des meubles, qui peuvent se perdre ou se détourner facilement. On ne doit donc permettre l'aliénation de ses immeubles, qu'autant qu'il est certain que la valeur de ses effets mobiliers est insuffisante pour le payement de la dette.

Quid, si le mineur a des créances mobilières, devront-elles être également discutées ? Le mot *mobilier* contenu dans l'article 2206 paroît général, et comprendre les créances comme tous les autres effets mobiliers. Cependant je pense que, dans ce cas, les tribunaux devroient se décider pour le plus grand avantage du mineur. La discussion n'est pas toujours utile à celui en faveur de qui elle paroît établie; elle entraîne des frais considérables qui sont à sa charge, et le plus souvent en pure perte. Je penserois donc que, pour peu que la créance présentât du doute, soit sur son existence, soit sur la certitude du recouvrement, la discussion ne devroit pas être ordonnée. (*Voir* un arrêt de Turin, du 14 août 1811, rapporté dans SIREY, 1813; 2e. partie, pag. 6.) Au surplus, si le mineur est en tutelle, il est évident que c'est le tuteur qui doit être assigné pour déclarer le mobilier appartenant au mineur.

Pourroit-on saisir avant de discuter, sauf à surseoir à l'adjudication, jusqu'après la discussion ? Je pense qu'oui. (Argument tiré de ces mots *mis en vente*, insérés dans l'article 2206.) D'ailleurs, la disposition de cet article est prise d'un arrêt de réglement rendu au Parlement de Paris le 30 janvier 1666, et cité dans l'ancien DENISART, v°. *Discussion*, n°. 13, et qui portoit que, « Si les criées se poursuivent des biens de mineurs, auparavant de « procéder à l'adjudication, soit faite discussion, etc. »

Donc il suffit que la discussion précède l'adjudication. *Sic* jugé à Gênes, le 23 juillet 1812. (SIREY, 1814; 2e. partie, pag. 76.)

La discussion doit-elle avoir lieu de droit, ou faut-il qu'elle soit demandée par le mineur ? Si l'on adoptoit cette dernière opinion, il en résulteroit que, si la discussion n'avoit pas été demandée, l'adjudication des immeubles seroit valable; et cependant l'article dit formellement que *les immeubles ne peuvent être mis en vente*, etc. D'où je conclus que l'adjudication seroit nulle, si la discussion n'avoit pas eu lieu, quoique non demandée. Mais il suffit qu'il y ait eu discussion. Si le mineur prétend qu'elle est inexacte, ou incomplète, c'est à lui ou à son tuteur à le dire; et s'il laisse faire l'adjudication sans s'y

BIU Cujas

opposer, je ne pense pas que l'adjudicataire puisse être inquiété. En effet celui-ci peut bien s'assurer, avant l'adjudication, s'il y a eu, ou non, discussion; mais quand il y en a eu une, il n'a aucun moyen de découvrir si elle est incomplète.

Nota. Il a été jugé à Agen, le 22 juin 1810, que l'article 83 du Code de Procédure Civile étoit applicable aux poursuites en expropriation dirigées contre un mineur, et qu'en conséquence le Procureur du Roi devoit être entendu lors du jugement d'adjudication. On s'est pourvu en Cassation contre cet arrêt, et le pourvoi a été rejeté le 30 octobre 1811. (SIREY, 1812; 1re. partie, pag. 93.)

(2) ***Leur soit commune***, parce qu'en supposant que le mineur puisse payer sa part dans la dette, le majeur ne payant pas la sienne, le créancier auroit toujours le droit, ou de provoquer la licitation du chef de ce dernier, ce qui dépouilleroit également le mineur, ou de faire vendre la portion indivise du majeur. Dans ce dernier cas, l'acquéreur ayant le droit de faire vendre l'immeuble entier par licitation, l'on a pensé qu'il valoit autant le laisser vendre à la requête du créancier. Aussi l'article suppose-t-il que l'immeuble est possédé indivisément; car, si les parts sont faites, ou si seulement il peut se diviser commodément, la discussion du mobilier du mineur devient nécessaire, attendu que, si ce mobilier suffit pour payer sa part dans la dette, le créancier ne pourra saisir que la part du majeur dans l'immeuble; et comme nous le supposons divisé, ou commodément divisible, l'acquéreur de cette part ne pourra pas demander la licitation du tout. (Art. 827.)

(3) ***Auquel le mineur a succédé.*** On ne peut exiger, dans ce cas, que le créancier interrompe la poursuite en expropriation, dont les formalités sont toutes de rigueur, ainsi que les délais, pour commencer une discussion du mobilier.

(4) ***La vente se poursuit.*** Contre qui se poursuit-elle? Il faut distinguer: Si le mineur est émancipé, la vente se poursuit contre lui, assisté de son curateur. Dans le cas contraire, c'est contre le tuteur et le subrogé-tuteur. (Argument tiré de l'art. 459.)

Faudra-t-il suivre les formalités de l'expropriation, ou celles qui sont requises pour la vente des biens de mineurs? Les premières, sans doute: les secondes ne sont exigées que pour les ventes volontaires.

(5) ***Par indivis.*** En effet, si les parts sont faites, le majeur peut vendre la sienne séparément.

(6) ***Majeur. Quid,*** si le provoquant est aussi mineur? Il faudra une délibération du conseil de famille, dûment homologuée, pour autoriser son tuteur à provoquer. Mais il n'en faudra pas du côté de celui contre lequel la licitation est provoquée.

(7) ***La licitation.*** La licitation est, en général, la mise aux enchères, d'une

BIU Cujas

chose appartenant à divers propriétaires. Dans la licitation proprement dite, les co-propriétaires enchérissent seuls; mais ordinairement l'on y admet les étrangers, c'est-à-dire, les tiers non-propriétaires. Cette admission est même de rigueur, toutes les fois qu'au nombre des co-propriétaires, il se trouve des mineurs. (Art. 460 et 1687.)

(8) *Par les circonstances.* J'ai ajouté cette phrase, parce que la disposition qui autorise le conseil de famille à indiquer l'immeuble ou les immeubles à vendre de préférence, ne peut s'appliquer qu'au cas où il y a nécessité de vendre; *putà*, pour payer les dettes du mineur : mais si l'aliénation est proposée pour avantage évident; par exemple, s'il s'agit d'un échange avantageux pour le mineur, ou de la vente d'un bien qui lui est plus à charge qu'utile, il est clair que, dans ces différens cas, il n'y a pas à délibérer sur le choix de l'immeuble, et que le conseil de famille doit se contenter de déclarer s'il croit l'opération avantageuse ou non.

(9) *D'un ou de trois experts*, et non de deux, pour éviter le partage d'opinions et la nomination d'un tiers expert.

(10) *Au greffe ou chez le notaire. Au greffe*, quand c'est un juge qui a été commis; *chez le notaire*, quand c'est un notaire.

PAGE 122.

(1) *Du Code de Procédure.* Ces lieux sont :

1°. La principale porte de chacun des bâtimens dont la vente est poursuivie;

2°. La principale porte des communes de la situation des biens; et à Paris, la principale porte seulement de la Mairie dans l'arrondissement de laquelle les biens sont situés;

3°. La porte extérieure du tribunal qui a permis la vente; et celle du notaire, si c'est devant un notaire qu'elle doit avoir lieu.

(2) *De lésion des sept douzièmes.* Le respect dû à l'autorité de la justice, sous les yeux de laquelle la vente s'est faite, exigeoit cette disposition.

(3) *Evidemment mal fondée.* Si donc, une affaire lui paroît douteuse, il fera bien, avant de l'entreprendre, de consulter le conseil de famille.

(4) *Qui intéressent les mineurs.* Je crois cependant que cela est susceptible de quelque distinction. Pour ce qui concerne le mineur non-émancipé, il n'y a pas de difficulté. Le tuteur ne peut transiger; le préliminaire est inutile. Mais si le mineur est émancipé, et que l'objet n'excède pas les bornes de sa capacité; *putà*, s'il s'agit de fermages échus, comme il peut en disposer, et par conséquent transiger sur le prix qui y est relatif (Art. 2045), je ne vois pas pourquoi il seroit dispensé du préliminaire de conciliation.

BIU Cujas

PAGE 123.

(1) *Par la même voie.* Pour la nature et les formes de la requête civile, voir les articles 480 à 504 du Code de Procédure. (*Voyez*, au surplus, ce qui est dit ci-dessus, note (1) de la pag. 112.)

(2) *Comment finit la tutelle.* Remarquez que la fin de la tutelle ne fait pas cesser la responsabilité du tuteur. Il est responsable, tant qu'il administre, même après la tutelle terminée. (*L. unic.* Cod., *ut causæ post pubert.*)

Le tuteur pourroit-il être donné à temps, ou sous condition? Peut-être pourroit-on, conformément au Droit Romain, décider l'affirmative pour la tutelle testamentaire, et la négative pour la tutelle dative. (§. 3. Instit. *Qui test. tut. dari poss.*; et L. 6. §. 1. ff. *de Tutelis.*)

(3) *A lui-même. Quid*, s'il y a plusieurs pupilles soumis à la même tutelle? Chacun d'eux a le droit d'exiger un compte particulier lors de sa majorité ou de son émancipation. Car, à son égard, l'on peut dire que la gestion du tuteur est terminée.

(4) *D'un curateur*, et non pas de *son curateur*, comme dans l'article 482. Je crois que la raison de différence provient de ce que, dans l'article 480, il s'agit d'un curateur *ad hoc*, qui est simplement donné au mineur pour l'assister dans l'audition du compte toutes les fois que le tuteur conserve la curatelle, et dont les fonctions cessent, aussitôt que le compte est apuré; au lieu que, dans l'article 482, il s'agit du curateur ordinaire du mineur, qui est, le plus souvent le ci-devant tuteur. Cette explication détruit en même tems l'objection que l'on pourroit tirer de cet article 480, contre l'opinion que je développerai plus bas, (Note (3) de la page 126), que le père émancipateur est curateur de droit, et n'a pas besoin d'être nommé à cette fonction.

PAGE 124.

(1) *De continuer la gestion*, mais non de poursuivre les procès que le tuteur pourroit avoir au nom de son mineur. Ils ne le pourroient, même quand ils le voudroient. Ils n'auroient point qualité pour cela, puisqu'ils ne sont point tuteurs. Seulement ils doivent notifier aux parties adverses le décès du tuteur. Autrement les procédures qui continueroient d'être faites contre lui, seroient valables (Procéd. art. 344); et ils pourroient, le cas échéant, être condamnés aux dommages-intérêts du mineur.

(2) *Jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur*, qu'ils peuvent et doivent provoquer, aux termes de l'article 406. Ils sont bien parties intéressées.

Mais cette continuation de gestion emportera-t-elle, de leur part, acceptation de la succession du tuteur? Je ne le pense pas. C'est bien là un acte d'administration provisoire dont on ne peut induire aucune acceptation, lorsqu'on n'y a pas pris la qualité d'héritier; d'ailleurs, remarquez qu'il n'en est

BIU Cujas

pas de l'obligation de gérer après la mort du tuteur, comme de celle de rendre compte de la gestion antérieure au décès. Celle-ci est une obligation de la succession qui est imposée à l'héritier comme étant la continuation de la personne du défunt, et dont il n'est pas tenu sur ses biens, s'il renonce, ou s'il accepte sous bénéfice d'inventaire. Au contraire l'obligation de gérer après le décès n'est pas une obligation de la succession; mais une obligation personnelle de l'héritier, obligation dont il est tenu indéfiniment et sur ses propres biens, quand même il auroit accepté sous bénéfice d'inventaire.

(3) *En présence du subrogé-tuteur.* Je crois que cette présence doit être exigée ici, par la même raison qu'elle est requise dans le cas des articles 451, 452 et 459; mais il n'est pas nécessaire que le compte soit rendu en justice; et il n'est besoin d'aucune autre autorisation, excepté dans le cas où quelques articles du compte présenteroient des difficultés, sur lesquelles il pourroit être utile de transiger.

(4) *S'il y a lieu.* Nous disons, *s'il y a lieu*, parce qu'il y a à ce sujet plusieurs distinctions à faire. D'abord, si la tutelle finit *ex parte pupilli*, *putà*, par sa mort, sa majorité, ou son émancipation, il n'y a pas de doute que les frais du compte ne doivent être supportés par lui, ou par sa succession. Mais si la tutelle a fini *ex parte tutoris*, je pense qu'il faut encore distinguer: Si le fait qui donne lieu au changement de tuteur, provient du dol ou de la faute du tuteur, *putà*, dans le cas de destitution, je pense que les frais de compte sont à sa charge: *secùs* dans les autres cas. On pourroit appuyer cette distinction sur le texte même de l'article 471, qui porte que le compte de tutelle sera rendu aux dépens du mineur, *lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation*; ce qui fait supposer qu'il pourra arriver dans les autres cas que les frais ne soient pas supportés par lui.

(5) *Utiles*, c'est-à-dire, qui ont été utiles dans le principe, dans le moment où elles ont été faites, quand même, par événement, elles seroient devenues inutiles. *Sufficit tutori benè et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit, quod gestum est.* L. 3, § 7, ff. *De Contrariâ Tut., etc.* Par exemple, si le tuteur a fait réparer une maison qui, depuis, a été incendiée, il n'en a pas moins droit de répéter les frais de réparation. Il n'en seroit pas de même s'il s'agissoit d'une affaire nouvelle, que le tuteur auroit entreprise de son propre mouvement, pour le compte de son mineur, et qui, ayant pu paroître avantageuse dans le principe, seroit devenue préjudiciable par la suite. Le tuteur ne pourroit, dans ce cas, réclamer ses dépenses que jusqu'à concurrence du profit qui en résulteroit pour le mineur, au moment de la reddition de compte. En général, toute spéculation qui présente une chance de gain ou de perte, est interdite au tuteur. *Voyez* ce qui est dit à l'égard du gérant, Tit. *des Engagemens qui se forment sous convention.* Liv. 4, Tit. dernier.

(6) *Et suffisamment justifiées.* L'article n'ajoute pas *par écrit*, parce qu'on

BIU Cujas

ne peut astreindre le tuteur à prendre des quittances pour toutes les dépenses qu'il fait. Il doit s'en munir le plus qu'il lui est possible; mais il y a presque toujours une infinité de menues dépenses, qui ne peuvent être justifiées par écrit, et qui cependant doivent être allouées.

Observez que, même lorsque le compte est rendu en justice, les quittances des fournisseurs, ouvriers, maîtres de pension, et autres de même nature, produites comme pièces justificatives du compte, sont, d'après l'article 537 du Code de Procédure, dispensées de l'enregistrement.

(7) *A partir de la clôture du compte.* Mais, à partir de la même époque, il ne doit plus les intérêts des intérêts.

(8) *De demande en justice.* Sauf l'exception portée en l'article 542 du Code de Procédure, c'est-à-dire, que si le compte a été rendu en justice, et que le mineur ait fait défaut, le tuteur peut garder le reliquat, sans intérêts, lesquels cessent de ce moment.

(9) *Il peut.* La contrainte par corps n'est pas de droit, dans ce cas; elle est laissée à l'arbitrage du juge.

(10) *Au payement de ce reliquat.* Si le compte a été rendu au mineur émancipé, assisté de son curateur, le reliquat pourra-t-il être touché par le mineur seul? Je ne le pense pas, quand même ce reliquat se composeroit uniquement de revenus. En effet, cela ne peut plus être regardé comme revenu, mais comme un capital; et le mineur, même émancipé, ne peut toucher ses capitaux mobiliers qu'avec l'assistance de son curateur, qui doit en surveiller l'emploi. L'émancipation ne donne au mineur le droit de toucher que les revenus échus depuis l'émancipation même. Tous ceux qui sont échus antérieurement sont capitalisés.

(11) *Le bénéfice de cession.* Le bénéfice de cession est la faculté accordée au debiteur malheureux et de bonne foi, de se faire décharger de la contrainte par corps, en abandonnant tous ses biens à ses créanciers. Ce bénéfice est refusé au tuteur, parce que, la contrainte par corps étant facultative, si le juge ne voit pas de dol dans la conduite du tuteur, il ne la prononcera pas. Dans le cas contraire, le tuteur est indigne de jouir de ce bénéfice.

(12) *De la sommation de payer.* Remarquez qu'il n'est pas nécessaire de former une demande. Il suffit d'une sommation : il ne faut donc pas de préliminaire de conciliation : les formalités de la sommation sont bien moins nombreuses et moins rigoureuses que celles de la demande. : la sommation ne se périme pas : la demande se périme par une discontinuation de poursuites pendant trois ans, etc.

(13) *Après la clôture du compte.* Et il n'a point d'hypothèque légale sur les biens de son pupille.

(14) *De l'oyant compte.* L'on ne veut pas que le tuteur, qui doit avoir parfaite connoissance des affaires de la tutelle, puisse induire en erreur le pupille,

BIU Cujas

qui, tant qu'il n'y a pas eu de compte rendu, est censé ignorer sa véritable situation. On a jugé à Paris, le 14 août 1812 (Sirey, 1812, 2e partie, pag. 434), que la disposition de cet article devoit être appliquée, quand même le traité auroit eu lieu dans le contrat de mariage du mineur. *Quid*, s'il étoit fait une donation au mineur par le contrat de mariage, à la charge par lui de ne pas demander de compte? Je pense que l'on devroit toujours appliquer l'art. 472, mais avec cette modification, que le mineur ne pourra demander de compte, qu'en offrant de renoncer à la donation. C'est aussi l'opinion de Boucheul, *des Conventions de succéder*, chap. 5, nº. 35.

Page 125.

(1) *Relativement aux faits de la tutelle.* C'est une prescription particulière introduite pour ce genre d'action, parce qu'il a paru trop dur de laisser le tuteur exposé pendant trente ans aux poursuites du mineur ou de ses ayant-cause. D'ailleurs, pendant ce temps, les élémens dont le compte doit être composé, doivent nécessairement disparoître, et l'on perd la trace d'une infinité de faits dont la connoissance seroit nécessaire pour l'intelligence et l'apurement du compte. Mais cette prescription s'appliqueroit-elle à une action que le mineur pourroit avoir contre son tuteur, mais non en qualité de tuteur; si, par exemple, ce dernier étoit débiteur particulier du mineur, pour raison d'obligations qu'il auroit contractées envers son auteur? Je pense qu'il faudroit distinguer: Si cette dette étoit devenue exigible pendant la tutelle, comme alors le tuteur a dû se payer à lui-même, c'est-à-dire, porter le montant de son obligation au crédit du mineur, celui-ci ne pourroit en poursuivre de nouveau le payement, qu'en prouvant que cette opération n'a pas eu lieu; ce qui ne pourroit se faire que par l'examen du compte, que le mineur ne peut plus demander. Dans ce cas, l'action résultant de la créance se trouveroit donc enveloppée dans la prescription introduite par l'article 475. Mais si l'époque de l'exigibilité de la dette du tuteur étoit postérieure à la fin de la tutelle, comme alors le tuteur n'a pas dû se payer à lui-même, la raison alléguée ci-dessus cesse d'être applicable; et la créance rentre dans le droit commun sous le rapport de la prescription.

Quid, si le tuteur prétend que la balance du compte est en sa faveur, le mineur pourra-t-il lui opposer également la prescription de dix ans? Si l'on s'en rapporte à la lettre de l'article 475, il est certain qu'il ne paroît pas devoir s'appliquer au cas proposé. Je pense, néanmoins, qu'il doit y avoir réciprocité. D'abord, il y a même motif. Cette disposition, étant fondée, comme nous l'avons déjà dit, sur ce que l'intervalle de dix ans a été jugé suffisant pour faire disparoître les élémens du compte, doit s'appliquer, à bien plus forte raison, au tuteur agissant contre le mineur. D'ailleurs, on peut supposer que, si ce dernier

BIU Cujas

n'a pas agi contre son tuteur, c'est par déférence pour lui. La même supposition ne peut avoir lieu de la part du tuteur.

Quid, si le compte a été rendu et arrêté? Je pense que l'action en payement du reliquat, doit durer trente ans, à compter du jour de l'arrêté; et ce, tant à l'égard du tuteur que du mineur. (Argument tiré de l'article 2274.)

(2) *A compter de la majorité.* Par conséquent, si les fonctions du tuteur viennent à cesser pendant la minorité, *putà*, par sa mort, sa destitution, ou sa démission, les dix ans ne courent toujours que du jour de la majorité. Il en seroit de même en cas d'émancipation, et quand le compte auroit été rendu au mineur, assisté de son curateur.

(3) *De se gouverner lui-même*, mais non pas de disposer de sa personne, par le mariage, l'adoption, etc.

(4) *Ou à son défaut.* Il faut toujours entendre ces mots du cas où le père est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, et non pas de celui où il ne voudroit pas émanciper.

Quid, si la mère est remariée? Je pense, sur cette question, ainsi que sur toutes celles qui peuvent s'élever sur l'application de l'article 477, que le principe général en cette matière, est que le droit d'émanciper n'est accordé aux pères et mères, que comme une suite, une conséquence nécessaire de la puissance paternelle, et que, par conséquent, toutes les fois qu'ils sont privés de cette puissance, ils doivent être privés du droit d'émanciper. Or, la mère est privée de la puissance paternelle, par le fait seul de son second mariage: je pense donc qu'elle ne peut émanciper, quand même elle auroit été maintenue dans la tutelle. Et, en effet, pourquoi perd-elle, dans ce cas, la puissance paternelle? C'est parce qu'on a pensé que, la mère étant elle-même soumise à la puissance maritale, la puissance paternelle auroit été alors exercée par son mari, et non par elle. Par la même raison, lorsqu'elle est maintenue dans la tutelle, il est vrai de dire, dans le fait, comme nous l'avons déjà démontré, que c'est vraiment le mari qui est tuteur. L'enfant doit donc être placé dans la catégorie de ceux qui sont soumis à un tuteur étranger, et par conséquent il ne peut être émancipé que par le conseil de famille. D'ailleurs, remarquez que, si la loi permet aux pères et mères d'émanciper leurs enfans à l'âge de quinze ans, c'est parce que, l'émancipation ayant pour effet de faire cesser la jouissance légale, on doit présumer que les pères et mères ne se porteront à émanciper leurs enfans, avant l'âge de dix-huit ans, qu'autant qu'ils le jugeront utile et même nécessaire pour le bien de leurs enfans. Or, cette raison n'a pas lieu à l'égard de la mère remariée, puisqu'elle a perdu la jouissance par le fait seul de son mariage.

Je ne dois pas cependant dissimuler que deux arrêts, l'un de Colmar, du 17 juin 1807 (*Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. XII, pag. 18), et l'autre de Liége, du 6 mai 1808 (*Ibid.*, pag. 97), ont jugé que la mère remariée, et même non

BIU Cujas

maintenue dans la tutelle, pouvoit émanciper ; mais je n'ai rien vu, dans les motifs de ces arrêts, qui m'ait paru suffisant pour me déterminer à changer d'opinion sur ce point.

Quid, à l'égard du père non tuteur ? Je pense qu'il faut distinguer : S'il a été exclu ou destitué de la tutelle, je ne crois pas qu'il puisse émanciper ; il a perdu, par sa faute, l'administration de la personne de ses enfans. Comment auroit-il pu conserver le droit de les émanciper ? *Secùs*, s'il est seulement excusé. *Quid*, à l'égard de la mère non tutrice, mais non remariée ? Je pense qu'on doit lui appliquer la même décision qu'au père.

Quid, en cas de séparation de corps? Il faut distinguer : Si les enfans ont été confiés au père, il pourra les émanciper, seul et sans le concours de la mère ; s'ils ont été confiés à la mère, ils ne pourront être émancipés qu'avec le concours du père et de la mère. Enfin, s'ils ont été confiés à un tiers, je pense qu'il faudra en outre le consentement de ce tiers, sauf cependant aux Tribunaux à prononcer, en connoissance de cause, et d'après le *quid utilius* pour l'enfant, la main-levée de l'opposition qui seroit formée par ce dernier. (*Voir* un arrêt de Paris, du 1^er^. mai 1813.) (SIREY, 1813 ; 2^e^. partie, pag. 230.)

Quid, à l'égard de l'enfant naturel ? S'il a été légalement reconnu, comme alors ses père et mère ont sur sa personne tous les droits de la puissance paternelle, je pense qu'ils peuvent l'émanciper.

(5) *De dix-huit ans accomplis.* Pourquoi cette différence avec le cas précédent ? C'est qu'ici l'on peut craindre que le tuteur ne fasse émanciper son pupille, uniquement dans la vue de se débarrasser de la tutelle. On n'a pas la même chose à redouter de la part du père ou de la mère, qui sont toujours présumés n'être mus que par des sentimens de bienveillance pour leurs enfans, et qui, d'ailleurs, n'ont pas d'intérêt de provoquer une émancipation prématurée, qui doit les priver de la jouissance légale. Ce motif confirme ce que nous venons de dire pour le cas où la mère est remariée, puisqu'on peut supposer au second mari le motif que la loi suppose ici dans tout tuteur qui n'est pas le père ou la mère, c'est-à-dire, l'envie de se débarrasser d'une charge onéreuse.

(6) *A la réquisition du tuteur.* Pour le cas où le mineur auroit des biens dans les Colonies, voir les articles 2 et 3 de la déclaration du 15 décembre 1721, et l'article 10 de celle du 1^er^. février 1743, citées ci-dessus dans la note (4) de la pag. 117.

(7) *Si le tuteur*, autre que le père ou la mère. Tant qu'ils existent, ou l'un des deux, ils ne peuvent être forcés d'émanciper leurs enfans, quel que soit l'âge de ces derniers : ils sont présumés connoître mieux que personne leur capacité.

(8) *Ou alliés du mineur.* Pourroit-elle l'être par le mineur lui-même ? La loi ne lui donne pas ce droit. Lorsque nul parent ne requiert l'émancipation, l'on doit penser que le mineur n'en est pas digne ; et alors on veut éviter aux parens et à lui, le désagrément d'un refus. Mais, dira-t-on, il peut arriver

BIU Cujas

qu'un mineur n'ait pas de parens, ou n'en ait qu'à un degré plus éloigné que celui de cousin-germain. Cela est vrai; aussi j'aurois désiré que, dans ce cas, le droit de requérir eût été attribué au subrogé-tuteur.

PAGE 126.

(1) *N'excède pas neuf ans. Voyez*, ci-dessus, la note (3) de la page 126.

(2) *Où le majeur le seroit lui-même.* Ainsi il pourra être restitué contre ces actes, pour erreur, dol ou violence, mais non pour simple lésion. (Art. 1305 et 1313.)

(3) *De son curateur.* Remarquez la différence qui existe entre le mineur en tutelle, et le mineur émancipé. Le premier ne paroît point; c'est le tuteur qui agit seul. Le mineur émancipé, au contraire, paroît et agit toujours; seulement, il est assisté de son curateur, dans les cas où cette assistance est requise. Au surplus, je ne pense pas que la présente disposition doive s'appliquer aux capitaux que le mineur émancipé auroit formés lui-même avec ses économies. Il pouvoit les dépenser; donc, à plus forte raison, doit-il pouvoir en donner quittance. Mais c'est alors à celui qui soutient la validité du remboursement, à prouver l'origine des deniers.

Nous voyons que le mineur émancipé a, dans un grand nombre de circonstances, besoin de l'assistance d'un curateur. Cependant le Code ne parle de la nomination de ce curateur, que dans l'article 480, où il est dit: « Que le compte « de tutelle est rendu au mineur émancipé, assisté d'un curateur qui lui est « nommé par le conseil de famille. » En doit-on conclure que, dans tous les cas, le curateur doit être nommé de cette manière? Non, sans doute; car il en résulteroit cette conséquence absurde, que le père, tuteur légal, qui auroit émancipé ses enfans, ne pourroit jamais être leur curateur. En effet, c'est lui qui doit rendre le compte de tutelle; il ne peut donc assister ses enfans pour le recevoir. Je pense donc que le Code ne s'est point occupé, en général, des nomination, exclusion, destitution et incapacité des curateurs, parce qu'il a pensé qu'on devoit leur appliquer toutes les règles établies à l'égard des tuteurs. Et, en effet, pourquoi le père émancipateur ne conserveroit-il pas, de droit, la curatelle de ses enfans? Pourquoi la curatelle légitime n'auroit-elle pas également lieu à l'égard de la mère ou des ascendans tuteurs? Il seroit impossible de donner une bonne raison de la négative: car les fonctions de curateur étant bien moins importantes que celles de tuteur, on ne verroit pas pourquoi la loi qui défère la tutelle, de plein droit, au père, à la mère, ou aux ascendans, leur refuseroit le droit d'être curateurs légitimes. Le silence du Code sur le mode de nomination des curateurs, vient encore à l'appui de cette opinion. Quant à l'article 480, il est, d'après ce que nous venons de dire, très-aisé à expliquer. Si c'est le père ou la mère qui a émancipé, ils restent curateurs de droit; et comme ils ne peuvent pas assister le mineur

BIU Cujas

dans l'audition du compte de tutelle, il faut bien nommer à l'émancipé un curateur, qui n'aura d'autre fonction que celle d'assister le mineur dans ce compte ; fonction qui cessera conséquemment, aussitôt que le compte aura été apuré. Si le tuteur étoit un ascendant, il en sera de même. Si c'étoit un étranger, alors, ou il a été maintenu dans la curatelle, et il faudra bien nommer un curateur pour l'audition du compte ; ou l'on a choisi un autre curateur, et alors le mineur sera assisté, dans le compte, par ce curateur, qui aura dû être encore nommé par le conseil de famille : donc, dans tous les cas, il y a lieu à l'application de l'article 480, sans qu'on doive en conclure, pour cela, que la curatelle légitime n'a pas lieu à l'égard du père, de la mère, ou des ascendans. D'ailleurs nous voyons que le dernier alinéa de l'article 2202 suppose formellement que le mari est curateur légitime de sa femme mineure ; et cependant cela n'est dit nulle part dans le Code. On ne peut donc tirer argument du silence qui est gardé sur la curatelle légitime, pour conclure qu'il n'y en a pas.

(4) *Qui doit même en surveiller le remploi.* Par conséquent, sa responsabilité, à l'égard de la sûreté de l'emploi, est la même que celle du tuteur.

(5) *Etre assisté de son curateur.* L'assistance du curateur suffira-t-elle ? Je ne le pense pas, au moins dans le cas où il s'agit d'intenter l'action. L'article 484 porte qu'en général, pour tous les actes, autres que ceux de pure administration, le mineur émancipé est comparé au mineur non émancipé. Or l'action immobilière appartenant au mineur non émancipé, ne peut être intentée que par le tuteur dûment autorisé ; la même autorisation doit donc être exigée, même dans le cas où le mineur est émancipé.

Quid, à l'égard des actions mobilières ? Il faut distinguer : Si l'objet de l'action est du nombre des effets mobiliers dont le mineur peut disposer seul, nul doute qu'il ne puisse intenter l'action, ou y défendre seul ; mais si c'est un capital, comme il ne peut en disposer sans l'assistance de son curateur, je pense que la même assistance sera nécessaire pour intenter l'action, ou pour y défendre.

Comment le mineur devra-t-il se pourvoir contre les jugemens rendus contre lui non assisté de son curateur, dans les cas où cette assistance est nécessaire ? Je pense que c'est par la voie de la requête civile. (*Procéd.* 480, n°. 2.) Il en sera de même à l'égard de tous les jugemens, lorsqu'il n'aura pas été défendu, ou qu'il ne l'aura pas été valablement. (*Ibid.*, art. 481.)

(6) *Tels qu'emprunts.* Mais ne peut-il pas emprunter, au moins jusqu'à concurrence de ses revenus ? Cela paroîtroit assez naturel au premier coup-d'œil, puisqu'il peut en disposer ; cependant on avoit proposé cette exception, et elle a été rejetée, et avec raison ; car alors le mineur pourroit contracter, avec différentes personnes, des dettes, dont chacune, prise séparément, seroit inférieure à ses revenus, mais qui réunies toutes ensemble, les excéderoient considérablement. Dans ce cas, si tous les créanciers étoient de bonne foi,

BIU Cujas

il n'y auroit pas de raison d'annuller une obligation plutôt que l'autre, et le mineur se trouveroit par là avoir entamé ses fonds et capitaux.

Nota. J'avois embrassé l'opinion contraire dans mes *Institutes Commerciales* (note (1) de la pag. 3.), mais j'ai cru devoir revenir à celle-ci, qui me paroît plus saine et plus conforme aux principes, et en faveur de laquelle on peut tirer avantage de ce qui est dit dans l'article 1029, à l'égard de la femme séparée, dont la capacité est à-peu-près la même, et même plus étendue que celle du mineur émancipé, et qui ne peut accepter une exécution testamentaire, sans être autorisée par son mari ou par justice, et ce, quelque modique que soit la succession; car la loi ne distingue pas.

Peut-être, au surplus, pourroit-on admettre la distinction suivante: Si le mineur, en empruntant, a délégué une partie de ses revenus échus, suffisante pour le payement de la créance, l'emprunt sera valable, si toutefois la délégation a été signifiée, et si, au moment de la signification, il se trouvoit dans les mains du débiteur délégué, de quoi acquitter le montant de l'emprunt. Car, il est vrai de dire que dans ce cas le mineur n'a disposé que de ses revenus. Dans tout autre cas, l'emprunt me paroît devoir être annullé.

(7) *D'après les circonstances*, c'est-à-dire, en prenant en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses.

(8) *Et alors*, c'est-à-dire, lorsque les engagemens auront été réduits. Cela paroît résulter de la rédaction de l'article 485. Cependant il me semble que cette circonstance ne doit pas être absolument nécessaire. Car l'article 484 ayant dit que les tribunaux doivent prendre en considération, entr'autres choses, la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec le mineur, il pourra arriver que l'obligation ne sera pas réduite à cause de la bonne foi des créanciers, quoique le mineur ait d'ailleurs mérité d'être remis en tutelle; et je ne vois pas pourquoi, dans ce cas, l'on ne pourroit pas lui retirer le bénéfice de l'émancipation.

(9) *Peut.* L'émancipation n'est pas révoquée de droit; c'est au père ou à la mère à statuer, ou au conseil de famille à délibérer à ce sujet.

(10) *Pour la conférer.* On a voulu conclure, de ces dernières expressions, que cette disposition ne pouvoit concerner le mineur émancipé par mariage, attendu, dit-on, que, dans ce cas, l'émancipation a lieu sans aucunes formes. Je crois d'autant moins que ce soit là l'intention du Législateur, que l'exception avoit été formellement proposée au Conseil-d'Etat, et qu'elle n'a pas été admise. Je crois donc qu'il faut entendre cet article dans le sens que, pour révoquer l'émancipation, quelle qu'elle soit, tacite ou expresse, il faut employer les formes qui ont ordinairement lieu pour la conférer, c'est-à-dire, que, si le mineur a encore père ou mère, il faudra une déclaration de celui

BIU Cujas

des deux qui auroit droit d'émanciper ; sinon, il faudra convoquer le conseil de famille, etc.

Le mineur pourroit-il se pourvoir contre la délibération du conseil de famille, qui a révoqué son émancipation ? Je pense qu'oui, soit, quant à la forme, soit quant au fonds; si, par exemple, le mineur prétend qu'il ne se trouve pas dans le cas prévu par l'art. 485, il faudra bien que le tribunal vérifie le fait.

(11) *Jusqu'à sa majorité.* Par conséquent, il ne pourra être émancipé de nouveau.

Celui qui étoit tuteur avant l'émancipation, le redevient-il, de droit, après qu'elle a été révoquée ? Il est certain que c'est une nouvelle tutelle ; mais, néanmoins, cette circonstance n'aura aucun effet, à l'égard du père, de la mère, ou des autres ascendans, puisque, dans tous les cas, ils sont tuteurs de droit. Mais si le tuteur ancien étoit datif ou testamentaire, comme sa mission a été terminée par l'émancipation, je pense qu'il y aura lieu à convoquer le conseil de famille, qui procédera à la nomination d'un tuteur, soit l'ancien ou autre.

Dans tous les cas, l'hypothèque légale, pour raison de la nouvelle gestion, n'aura rang que du jour de l'entrée en gestion de la nouvelle tutelle.

Si l'émancipation et la révocation de l'émancipation ont eu lieu avant l'âge de dix-huit ans, les père et mère recouvreront-ils la jouissance légale ? La loi paroît décider l'affirmative, puisqu'elle décide, non pas simplement que le mineur est remis en tutelle, mais encore qu'il est privé du bénéfice de l'émancipation : or, un des effets de l'émancipation est de faire cesser la jouissance légale.

(12) *Dix-huit ans révolus.* Ceci est relatif au cas où le mineur auroit père ou mère. Il peut alors être émancipé à quinze ans ; mais il ne pourra toujours être autorisé à faire le commerce qu'à dix-huit.

(13) *Qu'il ait été autorisé.* Ainsi, quoiqu'âgé de dix-huit ans, et émancipé, il doit encore être autorisé spécialement à faire le commerce. En effet, la capacité du mineur commerçant est bien plus étendue que celle du mineur simplement émancipé. Celui-ci ne peut disposer que de ses revenus ; il ne peut toucher ses capitaux mobiliers, qu'avec l'assistance d'un curateur qui doit veiller au remploi ; il ne peut emprunter sans l'autorisation du conseil de famille, etc. L'autre peut seul, même hypothéquer ses immeubles. Les engagemens de l'émancipé, causés pour achats, peuvent être réduits : ceux du commerçant ne peuvent l'être, que comme le seroient ceux d'un majeur. Le mineur commerçant peut se soumettre à la contrainte par corps ; et il y est effectivement soumis pour tous les faits de son commerce : l'émancipé ne peut y être soumis, quand il feroit des actes de commerce, et même des lettres-de-change. (*Cod. de Com.*, art. 114.) Il suit de-là que les père, mère, ou le conseil de famille, ont pu consentir à l'émancipation du mineur, sans qu'on doive en conclure qu'ils ont voulu, pour cela, l'autoriser à faire le commerce.

BIU Cujas

(14) *Ou à défaut.* Cela ne veut pas dire, *si le père ne veut pas l'autoriser*; car, alors, personne n'a le droit d'accorder l'autorisation; mais, *si le père est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté*, par exemple, s'il est absent ou interdit.

PAGE 127.

(1) *Enregistré et affiché.* Ainsi, tous les actes, même commerciaux, qu'il feroit avant l'enregistrement ou l'affiche, seroient regardés comme faits par un mineur non-commerçant, et réglés par les dispositions du Code Civil.

(2) *Est réputé majeur.* Ainsi, le seul effet du défaut de formalités, c'est qu'il n'est pas réputé majeur. Néanmoins, s'il est émancipé, il peut valablement faire tous les actes qui sont permis au mineur émancipé.

(3) *Pour tous les faits de son commerce*, ou de l'art dont il fait profession. JOUSSE, sur l'art. 6 du Tit. 1^er^. de l'Ordonnance de 1673, pense, en effet, et avec raison, que cette disposition s'applique également à l'artisan.

L'Ordonnance disoit, *pour le fait de leur commerce;* d'où l'on concluoit que, quoique l'engagement fût pour fait de commerce, s'il s'agissoit d'un commerce étranger à celui du mineur, il pouvoit, en cas de lésion, se faire restituer; comme si, par exemple, il avoit cautionné un marchand, même pour marchandises; et qu'il fût prouvé que le fait pour lequel le cautionnement avoit eu lieu, n'avoit aucun rapport au commerce du mineur. Notre article dit, en général, pour *faits de commerce*. Doit-on en conclure que l'on a voulu rejeter l'ancienne distinction? Je ne le pense pas, et je me fonde sur ce qu'elle est formellement consacrée à l'égard de la femme mariée, par l'article 5, qui porte que la femme marchande publique peut s'obliger sans l'autorisation de son mari, pour tout ce qui concerne *son négoce*. Il n'y a aucune raison de penser qu'on ait voulu établir une disposition différente à l'égard du mineur. Cette opinion est aussi celle de M. LOCRÉ, dans son ouvrage intitulé : *Esprit du Code de Commerce*.

De ce que le mineur autorisé à faire le commerce, est réputé majeur pour les faits qui concernent son commerce, l'on doit en conclure que la réduction de ses engagemens ne peut avoir lieu, conformément à l'art. 484, mais qu'ils peuvent seulement être rescindés ou annullés pour les causes qui feroient rescinder ou annuller les actes d'un majeur. Mais cela n'empêcheroit pas que l'art. 484 ne fût applicable aux actes passés par lui, mais étrangers à son commerce.

L'émancipation pourroit-elle lui être retirée? Je pense qu'oui; et qu'elle pourroit même l'être pour excès commis par lui, soit dans ses engagemens commerciaux, soit dans ses engagemens purement civils, avec cette différence qu'à l'égard de ceux-ci, la révocation de l'émancipation ne pourroit avoir lieu qu'autant qu'ils auroient été réduits; au lieu que les premiers ne pourront l'être

BIU Cujas

effectivement : les juges auront seulement à examiner si ces engagemens, en les supposant purement civils, seroient de nature à être réduits.

Dans tous les cas, la révocation de l'émancipation emportant nécessairement la révocation de l'autorisation de faire le commerce, doit avoir la même publicité que cette autorisation; et les père et mère, ou la famille, doivent veiller à ce que le mineur ne continue pas de se livrer publiquement à des actes commerciaux : autrement, vu la bonne foi des tiers, ces actes pourroient être confirmés.

(4) *Hypothéquer ses immeubles*, et cela sans autorisation du conseil de famille. Elle n'est requise que pour l'aliénation; mais si la vente d'un de ses immeubles est poursuivie par expropriation forcée, le poursuivant devra-t-il se conformer à l'art. 2206 du Code Civil qui exige que le mobilier des mineurs soit discuté avant l'expropriation de leurs immeubles? Je ne le pense pas, si toutefois le poursuivant est créancier pour raison du commerce du mineur. L'article 2206 ne s'applique qu'au mineur; et le mineur commerçant est réputé majeur pour tous les faits relatifs à son commerce.

M. Locré pense, sur cet article, que le mineur commerçant ne pouvant s'engager que pour fait de son commerce, l'hypothèque consentie par lui n'est valable, qu'à la charge, par le créancier, de prouver qu'elle a eu lieu pour fait de commerce. Je ne suis pas de cet avis. L'article 638 du Code de Commerce, alinéa premier, décide qu'en général tout engagement d'un commerçant est présumé fait pour son commerce; d'où il résulte que, dans le doute, c'est à celui qui prétend le contraire, à le prouver, c'est-à-dire, à prouver non-seulement que l'emprunt n'a pas eu lieu pour son commerce, mais encore que le prêteur avoit connoissance de ce fait.

(5) *Du Code de Commerce.* C'est-à-dire, que, quoique le mineur ne fasse pas sa profession habituelle du commerce, cependant, si toutes les formalités requises ont été remplies, et qu'il vienne à faire un seul acte de commerce, il sera réputé majeur pour cet acte, et soumis, en conséquence, à la juridiction commerciale, et à la contrainte par corps, pour tout ce qui y est relatif.

(6) *De droit.* Aussi avons-nous mis cette tutelle au nombre des tutelles légitimes.

(7) *Par un simple acte administratif;* c'est-à-dire, par une délibération qui ne doit être revêtue d'aucune forme judiciaire.

PAGE 129.

(1) *Qu'à l'égard des individus.* L'article dit, *le majeur.* Doit-on en conclure qu'il n'y a jamais lieu à interdire un mineur? Je ne le pense pas; la loi a parlé du majeur, parce qu'elle statue sur les cas les plus ordinaires, *Lex statuit de eo quod plerumquè fit*, et que d'ailleurs c'étoit principalement par rapport à lui qu'il pouvoit y avoir difficulté. En effet, remarquez que l'art. 489

BIU Cujas

est placé immédiatement après celui qui porte que le majeur est capable de tous les actes de la vie civile; et comme l'interdiction est précisément une exception à ce principe, le Législateur n'a appliqué l'exception qu'aux personnes qui étoient l'objet du principe, c'est-à-dire, aux majeurs. C'est donc comme s'il y avoit, *le majeur même*, et à plus forte raison le mineur. En effet, il est certain, en premier lieu, que le mineur émancipé a une capacité que ne doit pas avoir celui qui est dans les cas d'interdiction. On pourra, dit-on, lui retirer l'émancipation. Mais, d'abord, la révocation de l'émancipation ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par les articles 484 et 485, où il n'est nullement question des causes qui donnent lieu à l'interdiction. D'ailleurs, il y a encore des différences essentielles entre le mineur, même non-émancipé, et l'interdit. Le premier ne peut se faire restituer qu'en prouvant la lésion : les actes passés par l'interdit sont nuls de droit, c'est-à-dire, par cela seul qu'il est interdit. Le premier, parvenu à l'âge de seize ans, peut disposer par testament de la moitié de ce dont il pourroit disposer, s'il étoit majeur : l'interdit ne peut tester en aucune manière. Enfin, s'il falloit attendre la majorité pour provoquer l'interdiction, comme il y auroit toujours un intervalle indispensable entre la majorité et le jugement, l'individu auroit le temps de se nuire à lui-même dans sa personne et dans ses biens. Je pense, d'après cela, que l'on peut, le cas échéant, provoquer l'interdiction du mineur, même non émancipé.

On opposera peut-être à cette décision la Loi 3, §. 1, ff. *de Tutelis*, qui décide que, si un mineur de quinze ans est furieux, il faut lui donner un curateur, *non ut furioso, sed ut adolescenti.* Mais le Jurisconsulte donne dans la même loi le motif de cette décision, *quia*, dit-il, *in pupillorum personâ, agnatos curatores non admittimus.* D'après la loi des Douze Tables, il y avoit lieu, pour les furieux, à la curatelle légitime des agnats. Cette curatelle étoit vue d'un œil défavorable; d'abord, parce qu'elle mettoit au hasard le choix du curateur; et ensuite, parce que l'agnat le plus proche étant en même temps curateur, et héritier légitime du furieux, à défaut de descendans ou d'héritiers testamentaires, il paroissoit dangereux de confier le soin d'un individu à celui qui pouvoit avoir intérêt, ou d'accélérer sa mort, ou au moins d'empêcher sa guérison, qui l'eût mis dans le cas de disposer de ses biens. On ne conservoit donc cette espèce de curatelle, que parce qu'on n'osoit pas abolir une institution consacrée par la Loi des Douze Tables. Mais aussi, toutes les fois que l'on pouvoit trouver un moyen de l'écarter, on le saisissoit avec empressement. Or, comme il n'étoit point question, dans la Loi des Douze Tables, des curateurs pour les mineurs, il n'y avoit point pour eux de curatelle légitime; elle étoit toujours dative. En conséquence, dans l'espèce proposée, comme le furieux étoit en même temps mineur, le Jurisconsulte décide dans son intérêt, qu'il vaut mieux lui nommer un curateur comme à un mineur, que l'assujettir à la curatelle légitime des agnats. L'on voit donc

BIU Cujas

que cette décision n'est d'aucun poids dans notre droit, où la tutelle de l'interdit est toujours dative, excepté dans un seul cas.

(2) *D'imbécillité, de démence, ou de fureur.* L'imbécillité est un affoiblissement de toutes les facultés morales. La démence est un dérangement de ces mêmes facultés. La fureur est une démence portée à l'excès. L'on n'interdit plus actuellement pour cause de prodigalité : l'on se contente de donner au prodigue un conseil judiciaire. Chez les Romains, au contraire, où l'interdiction étoit une peine, l'on n'interdisoit que le prodigue, et l'on nommoit seulement un curateur à l'imbécille, au fou, ou au furieux. Ces deux derniers jouissoient même de toute l'étendue de leurs droits pendant les intervalles lucides ; et les fonctions du curateur étoient alors suspendues. (*L.* 6, Cod. *de Curat. furios., vel prod.*) Mais l'on sent combien une semblable disposition devoit entraîner d'inconvéniens et de contestations.

(3) *Que l'état de démence ou de fureur.* Nous ne parlons ici que du cas de démence ou de fureur, parce qu'ordinairement l'imbécillité est perpétuelle.

(4) *Dans la nomination*, par le tribunal, et non par le conseil de famille.

(5) *Plaider*, en général, ni en demandant, ni en défendant.

(6) *Ni hypothéquer ses biens.* De ce que la loi a énuméré avec soin les actes pour lesquels l'assistance du conseil est nécessaire, il s'ensuit que le prodigue peut faire seul tous les actes non compris dans cette énumération. Il peut donc se marier, tester. Cependant, pour ce qui concerne les effets du mariage, cela pourroit souffrir quelque difficulté, à cause de l'hypothèque tacite qui a lieu en faveur de la femme sur les biens du mari. (Art 2135.) Peut-être pourroit-on soutenir que le mariage est valable, mais que la femme n'a point d'hypothèque : *Debet sibi imputare quod tali nupserit.* Observez au surplus d'autres différences essentielles qui existent entre le conseil judiciaire et le tuteur de l'interdit. L'assistance du conseil suffit pour rendre le prodigue capable de passer tous les actes quelconques : le tuteur de l'interdit ne pourroit aliéner ni hypothéquer les immeubles de celui-ci, ni faire aucun emprunt, sans une autorisation du conseil de famille, duement homologuée. L'interdit ne paroît dans aucun acte ; il est toujours représenté par son tuteur : il faut que celui à qui il a été donné un conseil, agisse et paroisse toujours lui-même ; il doit seulement être assisté de son conseil, etc.

PAGE 130.

(1) *Quant au mode de provocation.* La nomination d'un conseil au prodigue pourroit donc être provoquée par le Ministère public. Le Tribunat avoit proposé l'exception : elle n'a pas eu lieu. Peut-être a-t-on voulu laisser ce droit au Procureur du Roi, dans le cas, par exemple, où le prodigue auroit des enfans mineurs, et n'auroit ni conjoint, ni proches parens.

(2) *Soit par l'autre époux.* La femme doit-elle être autorisée par justice,

BIU Cujas

pour provoquer l'interdiction de son mari ? Un arrêt de réglement, du 17 avril 1734, rapporté dans l'ancien DENISART, au mot *Interdiction*, n°. 53, l'ordonnoit ainsi. Et en effet, le principe général est que la femme ne peut ester en justice, sans l'autorisation de son mari. Il y avoit une exception, mais pour le cas de divorce seulement ; car la femme même qui demande la séparation de corps, doit être autorisée. (*Procéd.*, art. 878.) Il n'y a donc pas de raison de la dispenser de cette formalité, quand elle provoque l'interdiction de son mari.

(3) *Soit par un parent quelconque.* Pourroit-elle l'être par un allié ? Je serois volontiers de l'avis de l'affirmative, pourvu toutefois que l'affinité subsistât encore, c'est-à-dire, si l'époux qui produisoit l'affinité, vivoit encore; ou s'il existoit des enfans du mariage. (Argument tiré de l'article 206.) En général, dans ce cas, les alliés sont presque toujours assimilés aux parens.

Quid, si les parens, surtout les plus proches, sont mineurs ? On a jugé à Bruxelles que l'interdiction pouvoit être provoquée par le tuteur, même non parent. (SIREY, 1813 ; 2e. partie, pag. 319.) Cet arrêt est fondé sur ce que le tuteur représente ses pupilles dans tous les actes civils. Il me semble que je n'adopterois cette décision que pour le cas où les mineurs seroient héritiers présomptifs de celui dont on veut provoquer l'interdiction. Dans tout autre cas, la provocation n'étant fondée que sur un sentiment d'affection, je croirois volontiers qu'elle ne doit point être accordée au tuteur non parent, qui ne représente ses pupilles que sous les rapports civils, et nullement sous les rapports naturels.

(4) *Ni parens connus*, ou que ceux qui existent, sont dans l'impossibilité de provoquer l'interdiction ; *putà*, s'ils sont mineurs, interdits, absens, domiciliés dans les Colonies, etc.

(5) *Ce Magistrat doit.* Dans le premier cas, il peut seulement requérir l'interdiction, et encore, s'il n'y a ni époux, ni parens : dans le second, il doit le faire, quand il y auroit époux et parens, si ceux-ci ne provoquent pas. Le bon ordre est alors intéressé. Le fou ou l'imbécille ne peut nuire qu'à lui ou à ses parens, en dissipant ses biens : le furieux peut nuire à autrui par ses excès. Mais pourquoi ne s'est-on pas contenté d'autoriser le Magistrat à faire enfermer le furieux ? C'est par respect pour la liberté individuelle. On n'a pas voulu que le Magistrat pût ordonner la réclusion d'une personne, dont l'état de fureur n'auroit pas été juridiquement constaté.

(6) *La demande s'introduit.* Il est évident qu'il ne peut y avoir lieu au préliminaire de conciliation.

(7) *Le Tribunal ordonne*, s'il y a lieu. En effet, si les faits allégués dans la requête, en les supposant prouvés, n'étoient pas suffisans pour faire prononcer l'interdiction, ou pour faire nommer à l'individu un conseil judiciaire, le Tribunal pourroit se dispenser de faire convoquer un conseil de famille, et

BIU Cujas

rejeter la demande *de plano*. *Frustrà probatur, quod probatum non relevatur.*

(8) *Comme il a été dit au Titre de la Minorité.* Cependant il a été jugé à Paris, le 15 mai 1813, que ce conseil pouvoit être convoqué valablement devant le Président du Tribunal de première instance. (SIREY, 1814, 2e part., pag. 23.) Peut-être cette décision présente-t-elle l'inconvénient que ce Tribunal, étant juge des opérations du conseil, il n'est pas convenable que son Président en fasse partie en cette qualité.

(9) *Voix délibérative.* Donc, s'ils n'ont pas provoqué l'interdiction, ils peuvent assister, avec voix délibérative.

(10) *Interrogé par le Tribunal.* Lequel interrogatoire pourra être renouvelé, si le Tribunal le trouve convenable. (Argument tiré de ces mots, de l'article 497 : *Après le premier interrogatoire.*)

(11) *Commettre un administrateur provisoire*, qui ne pourra conséquemment faire que les actes d'administration provisoire, et non ceux d'aliénation, même des choses périssables; à moins, dans ce dernier cas, qu'il ne s'y fasse autoriser par justice. (Argument tiré de l'art. 796.) Jugé, dans ce sens, à Bruxelles, le 30 août 1806; SIREY, 1813, 2e. partie, pag. 319.)

PAGE 131.

(1) *Hors de la présence du défendeur.* Par exemple, dans le cas de fureur.

(2) *Ou dûment appelées.* Ainsi il faut assigner celui dont l'interdiction est provoquée; il pourra constituer avoué, etc.

(3) *En rejetant la demande.* Les parens pourroient-ils se contenter de demander la nomination d'un conseil? Il paroît qu'ils doivent toujours demander l'interdiction, sauf au tribunal à nommer seulement un conseil judiciaire, s'il le juge convenable. Mais alors les provoquans doivent-ils être condamnés aux dépens, aux termes de l'article 130 du Code de Procédure? Je ne le pense pas. On ne peut pas dire qu'ici les provoquans succombent, puisqu'il est jugé que l'état du défendeur exigeoit qu'il fût pris à son égard des mesures particulières, et que la loi ne leur donnoit d'autre moyen que celui de provoquer l'interdiction. D'ailleurs, l'article 894 du Code de Proédure porte : qu'en cas de nomination d'un conseil, l'appel du jugement de première instance est dirigé contre le provoquant. Donc, c'est le provoquant qui est censé avoir gagné son procès: il seroit contradictoire de le condamner aux dépens.

Anciennement il étoit permis à la personne qui sentoit elle-même ses facultés s'affoiblir, de demander la nomination d'un conseil. Cela avoit été conservé dans le projet du Code, où l'on trouvoit un chapitre intitulé, *du Conseil volontaire*; mais ce chapitre a été supprimé dans la rédaction définitive.

Nota. On a jugé à Lyon, le 14 janvier 1812, qu'il y avoit lieu à nommer

BIU Cujas

un conseil judiciaire à un sourd muet, ne sachant lire ni écrire. (SIREY, 1815, 2^e. partie, pag. 12.)

(4) *Le jugement quel qu'il soit*, c'est-à-dire, soit qu'il ait prononcé l'interdiction, ou simplement nommé un conseil. Il résulte au surplus de ces dispositions que l'interdit, ou celui à qui il a été donné un conseil, peut ne pas appeler, et par conséquent acquiescer tacitement au jugement. Mais pourroit-il y acquiescer expressément, et s'interdire par là le droit d'appeler? L'affirmative a été jugée à Turin, le 4 janvier 1812. (SIREY, 1813, 2^e. partie, pag. 322.) La raison de douter peut se tirer de ce qu'on ne peut disposer de son état, et que, comme on ne pourroit, par l'effet de sa seule volonté, se soumettre à un conseil judiciaire; de même, il semble qu'on ne doit pas pouvoir acquiescer au jugement qui l'ordonne: mais la raison de décider est qu'il y a une grande différence entre un pareil acquiescement et un conseil volontaire. Dans le premier cas, le juge est censé avoir vérifié l'existence des causes qui ont provoqué la demande. Son jugement est à la vérité susceptible d'être infirmé en appel; mais, à l'exception des cas dans lesquels la loi le prescrit formellement, l'on n'est jamais obligé d'épuiser les deux degrés de juridiction; et nous ne voyons nulle part que cela soit ordonné pour les questions d'état. Et, au contraire, dans la cause de ce genre, la plus favorable peut-être, celle de nullité de mariage, l'acquiescement donné par les parties au jugement de première instance, les rendroit non-recevables à en appeler, sauf, dans ce cas, le droit du Ministère public.

(5) *Ou le faire interroger par un Commissaire*, qu'elle peut prendre hors de son sein, si, par exemple, le lieu où siége la Cour, est éloigné du domicile de l'interdit. C'est pour cette raison qu'il n'est pas dit que le Procureur-Général assistera à l'interrogatoire.

(6) *Qui a prononcé l'interdiction.* Cela ne veut pas dire qu'il faut attendre, pour nommer le tuteur, que le délai de l'appel soit écoulé; mais, bien, que le défendeur ne peut empêcher la nomination, qu'en appelant. L'appel est donc suspensif à cet égard; mais non pour ce qui concerne la capacité de l'interdit, comme nous le verrons plus bas.

(7) *Il est nommé.* Le Tribunat avoit proposé que l'on supprimât le mot *nomination*, parce que cette expression exclut la tutelle légitime; ce qui est vrai. Or, comme ce mot a été conservé, il faut en conclure qu'à l'égard de l'interdit, il n'y a pas lieu à la tutelle légitime, excepté dans un seul cas, dont il va être parlé. Il est possible, en effet, que la situation particulière dans laquelle se trouve l'interdit, à raison de son état ou de ses affaires, exige que la tutelle ne soit déférée qu'en connoissance de cause. *Sic* jugé en Cassation, le 11 mars 1812. (SIREY, 1812, 1^re. part., pag. 217.) La cause a été renvoyée à la Cour Royale de Paris, qui a jugé le 1^er mai 1813, que la tutelle légitime n'avoit pas lieu. (SIREY, 1813, 2^e part., pag. 193.)

BIU Cujas

PAGE 132.

(1) *De sa femme interdite.* C'est le seul cas où il y a lieu à la tutelle légitime, à l'égard de l'interdit.

(2) *Qu'autant qu'elle est nommée,* et cette nomination lui tiendra lieu d'autorisation générale pour tous les actes d'administration, même de ses propres biens; mais elle ne pourra aliéner ses immeubles sans l'autorisation de justice. Quant aux immeubles du mari, elle est assujétie à toutes les formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs; et il en est de même, si elle est commune, pour les immeubles de la communauté, qui sont censés, tant que la communauté existe, être la propriété du mari, comme nous le verrons au Titre du *Contrat de Mariage.*

Nota. On avoit jugé à Paris, le 7 janvier 1815, que la femme ne pouvoit être écartée de la tutelle sans un motif valable. Cette décision paroissoit difficile à concilier avec le texte des articles 506 et 507, qui établissent une distinction bien marquée à ce sujet entre le mari et la femme, puisque l'on déclare le mari tuteur de droit, et que l'autre permet seulement de nommer la femme tutrice. Aussi cet arrêt a-t-il été, avec raison, cassé le 27 novembre 1816. (*Bulletin,* n°. 71.)

(3) *Devant les tribunaux.* Ceci est une disposition particulière à la femme. Ce n'est pas que les délibérations des conseils de famille ne puissent être attaquées en matière d'interdiction, comme en matière de minorité; mais elles ne peuvent l'être que dans l'intérêt du mineur ou de l'interdit; ou bien, parce qu'ils blessent les droits que la loi attribue au tuteur, en sa qualité de tuteur. Ici, la loi permet à la femme de réclamer, non pas comme tutrice, mais dans son propre intérêt; *si elle se croit lésée,* dit l'article 507. La raison de différence, c'est qu'à l'égard des autres tuteurs, le conseil de famille doit se borner à prendre les mesures convenables, relativement à la personne de l'interdit. Ici, au contraire, il doit s'occuper également du sort de la femme. Il doit lui assigner les sommes nécessaires pour la mettre à même de soutenir l'état que lui donnent le rang et la fortune de son mari. Si elle se croit lésée par les mesures prises à ce sujet, elle peut, sans doute, réclamer; et c'est ce droit qui lui est assuré par l'article 507, et qu'elle pourroit exercer, quand même elle ne seroit pas tutrice.

(4) *Ou descendans.* Ce mot prouve que le fils peut être nommé tuteur de son père interdit.

(5) *Au bout de dix ans.* Il y a encore entre le mineur et l'interdit, une différence que nous ferons connoître, relativement à la nullité des actes passés par eux. (*Voyez* la note (8) ci-après.)

(6) *Du jour du jugement,* même de première instance, et quand il y auroit appel. La discussion sur l'article 501 le prouve évidemment. Il est de principe,

BIU Cujas

d'ailleurs, que tout jugement de première instance, qui est confirmé sur l'appel, doit avoir son effet du jour qu'il a été rendu. La confirmation prouve qu'il avoit été bien jugé dans le principe. Mais cet effet n'a lieu que pour ce qui concerne la capacité de l'individu : quant à la nomination du tuteur, nous avons vu qu'elle étoit suspendue par l'appel.

Ces mots, *du jour du jugement*, signifient encore que ce jugement a effet du jour qu'il a été rendu, et avant toute signification, ainsi que nous le verrons ci-après, note (3) de la page suivante.

(7) *Postérieurement.* Par conséquent, la validité de tout acte qui n'a pas une date certaine antérieure à l'interdiction, peut être contestée, sauf aux Tribunaux à statuer *quid probabilius. Sic* jugé à Paris, le 10 mai 1810 (Sirey, 1814, 2e. part., pag. 266), et en Cassation, le 9 juillet 1816. (*Ibid.*, 1817, 1re. partie, pag. 150.)

(8) *Sont nuls de droit.* Les nullités de droit sont, en général, celles qui n'ont pas besoin d'être prononcées; telle est celle portée par l'article 692 du Code de Procédure. Ce n'est point de cette nullité qu'il s'agit ici. L'acte passé par l'interdit est si peu nul dans ce sens, que la nullité doit, à peine de déchéance, en être demandée dans les dix ans, à compter de la main-levée de l'interdiction. Je crois donc qu'il faut entendre ces mots *nuls de droit*, dans ce sens, que l'interdit n'a rien à prouver pour faire prononcer la nullité : il lui suffit de justifier qu'il étoit interdit quand l'acte a été passé; à la différence du mineur, qui, outre sa minorité, doit prouver encore qu'il a été lésé par l'acte dont il demande la nullité, suivant cette maxime : *minor restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm lœsus.* Ce qui doit s'entendre toutefois du mineur capable de consentir; car s'il étoit d'un âge tel, qu'il fût absolument incapable de consentir, il est certain qu'il devroit être rangé dans la même classe que l'interdit. Mais c'est un cas si extraordinaire, qu'il est à-peu-près inutile de s'y arrêter. Observez, au surplus,

1°. Que la nullité dont il s'agit n'est point absolue, mais seulement relative, c'est-à-dire, qu'elle ne peut être demandée que par l'interdit seul, ses héritiers ou ayant-cause, et jamais par ceux qui ont traité avec lui. (Art. 1125);

Et 2°. que la nullité des actes passés depuis le jugement de première instance, jusqu'à l'arrêt rendu sur l'appel de ce jugement, est subordonnée au succès de l'appel. Si le premier jugement est confirmé, les actes restent nuls. Ils deviennent, au contraire, valables, si le premier jugement est infirmé, puisqu'il est jugé, dans ce dernier cas, que l'individu n'a jamais été dans le cas d'être interdit.

(9) *Dans le cas d'interdiction*, seulement. Il paroît qu'il n'en seroit pas de même dans le cas de nomination d'un conseil; tous les actes passés auparavant, sont entièrement inattaquables. Cependant un prodigue pourroit bien, ne fût-ce que par un dépit mal entendu, se ruiner dans l'intervalle qui s'écoule, de-

BIU Cujas

puis la demande jusqu'au jugement. Aussi pensoit-on anciennement que l'interdiction du prodigue (nous avons déjà dit que le prodigue pouvoit être interdit, comme le furieux), que cette interdiction, dis-je, étoit censée avoir commencé du jour de la première procédure. (RICARD, *des Donations*, part. 1re. nº. 146.) Et d'ailleurs il semble que l'article 503 devroit être appliqué sans difficulté au cas prévu par l'article 499; il y a même raison, puisque la disposition permise par cet article est fondée uniquement sur la foiblesse d'esprit de l'individu; foiblesse qui peut avoir existé long-temps avant la demande en interdiction.

(10) *Notoirement.* Je crois que cela peut s'entendre, non-seulement de la notoriété absolue, mais encore de la notoriété relative, c'est-à-dire, du cas où l'état de l'individu, sans être connu de tous, l'étoit cependant de celui avec lequel il a contracté. Mais il y auroit cette distinction à faire, que, si l'état étoit absolument notoire, l'acte pourroit être annullé, sans qu'on ait besoin de prouver que l'autre partie connoissoit cet état; mais si la notoriété n'étoit que relative, la nullité n'aura lieu qu'autant que l'on prouvera que l'état de l'individu étoit connu de celui qui a traité avec lui.

De ce que les actes passés par l'interdit, antérieurement à l'interdiction, ne doivent être annullés, qu'autant que la cause de l'interdiction existoit notoirement à l'époque où ils ont été faits, il en résulte que la nullité n'est pas proprement l'effet de l'interdiction, mais bien de l'incapacité morale où se trouvoit l'individu au moment où l'acte a été passé. C'est d'après ce principe que l'on a jugé, avec raison, à Rouen, le 9 janvier 1808, qu'un donataire antérieur à l'interdiction, ne pouvoit former tierce-opposition au jugement d'interdiction du donateur (SIREY, 1813; 2e. part., pag. 308); car, dès que la nullité de la donation ne pouvoit être demandée qu'en prouvant que la démence existoit à l'époque où la donation avoit eu lieu, la nullité n'étoit donc l'effet que de la démence alors existante, et non de l'interdiction postérieure.

(11) *De l'acte même attaqué.* Nous examinerons, au Titre *des Donations*, si cette disposition doit s'appliquer aux testamens.

(12) *L'enfant d'un interdit*, même quand il seroit majeur.

(13) *Ou avancement d'hoirie. Hoirie*, est un vieux mot qui signifie succession. *Avancement d'hoirie*, est donc ce qu'un père ou une mère donnent à leurs enfans, par anticipation sur leur succession future.

(14) *Du conseil de famille.* Cette disposition paroît, au premier coup-d'œil, difficile à concilier avec l'article 1398, qui porte « Que le mineur ha-« bile à contracter mariage, peut faire toutes donations dans son contrat de « mariage, et consentir toutes sortes de conventions matrimoniales, avec la « seule assistance de ceux dont le consentement est nécessaire pour son « mariage. » Or, il est très-possible que l'enfant d'un interdit n'ait pas besoin du consentement du conseil de famille pour se marier; par exemple, s'il

BIU Cujas

a encore sa mère ou d'autres ascendans. Et, cependant, l'article 511 ne distingue pas; il exige, dans tous les cas, le consentement du conseil de famille, et quand même l'enfant seroit majeur. Mais il faut bien remarquer que l'article 1398 est pour le cas où le mineur se dote *de suo*, et fait quelques stipulations sur ses propres biens. Alors, il suffit qu'il soit assisté de ceux dont le consentement est nécessaire pour son mariage. Mais dans l'article 511, il s'agit d'un enfant, majeur ou mineur, mais qui n'a pas de biens suffisans pour se doter; et comme l'article suppose qu'il faut prendre cette dot, sur les biens de l'interdit, voilà pourquoi il exige que le montant de cette dot, et les autres conventions matrimoniales, soient réglés par le conseil de famille. Remarquez encore qu'il n'est point question du consentement à donner au mariage, mais seulement du réglement des conventions; parce qu'effectivement il peut arriver, ou que l'enfant soit majeur, ou que, s'il est mineur, le consentement doive être donné par d'autres que par un conseil de famille, c'est-à-dire, par la mère ou les ascendans.

Dans tous les cas, la disposition de l'article ne doit, le plus souvent, avoir lieu, qu'autant que la mère interdite est veuve, ou que c'est le père qui est interdit. En effet, si c'est la mère qui est interdite, et que le père existe, il a le droit de doter seul l'enfant, soit sur ses propres biens, soit sur ceux de la communauté. L'avis du conseil de famille ne pourroit donc être, au plus, nécessaire, dans cette circonstance, que pour le cas où, les biens personnels du père, et ceux de la communauté, n'étant pas suffisans, il seroit nécessaire de doter l'enfant sur les biens personnels de la mère.

Mais il se présente ici une autre question. La loi dit que les conventions matrimoniales seront réglées par un avis du conseil de famille : mais de quel conseil entend-on parler ? Est-ce celui de la famille de l'enfant, ou de celle de l'interdit ? La question n'est pas indifférente; car, si c'est le conseil de la famille de l'enfant, il faudra convoquer trois de ses parens paternels, et trois de ses parens maternels : si c'est celui de la famille de l'interdit, il faudra convoquer trois parens paternels et trois parens maternels de l'interdit, mais qui seront tous parens de l'enfant du même côté. Je crois que, comme il s'agit de disposer des biens de l'interdit, c'est le conseil de sa famille qu'il faut convoquer; et d'ailleurs, l'article 511, en disant : *par un avis du conseil de famille*, a entendu nécessairement parler de celui dont il a été question jusqu'à présent, et qui est bien évidemment celui de la famille de l'interdit. Si donc l'enfant de l'interdit est mineur, et n'a pas d'autres ascendans, il pourra arriver qu'il ait besoin de l'intervention de deux conseils de famille : d'abord du sien, pour le consentement à donner au mariage; et ensuite de celui de son père, pour le réglement de la dot et les conventions matrimoniales, si le mineur n'a pas, dans ses propres biens, de quoi se doter d'une manière convenable.

Nota, Un arrêt de Nisme, du 3 janvier 1811, a jugé, et avec raison,

BIU Cujas

que la disposition de l'article 511, étoit applicable au fils d'un sourd-muet, dont le père étoit dans l'impossibilité de manifester sa volonté. (*Journal de la Jurisprudence du Code Civil*, Tom. 17, pag. 379.)

PAGE 133.

(1) *Tout jugement.* Ce qui comprend même celui de première instance, et ce qui confirme l'interprétation que nous avons donnée de l'art. 501.

(2) *Et inscrit.* Cependant il n'est pas nécessaire que le jugement soit signifié à tous les notaires de l'arrondissement : il suffit d'en remettre l'extrait au secrétaire de leur chambre, qui en donne récépissé, et le communique à ses collègues, lesquels sont tenus, à peine de dommages-intérêts, d'en prendre note, et de l'afficher dans leurs études. (*Tarif des frais et dépens, du 16 février 1807*, liv. II, Tit. II, chap. II, §. VIII, *Bulletin*, n°. 2240; et *Loi sur l'organisation du notariat, du 25 ventose an 11*, art. 18, *Bulletin*, n°. 2440.)

(3) *De l'arrondissement.* Observez que ces formalités ne sont ordonnées que pour prévenir les tiers, et qu'elles ne sont nullement nécessaires pour la validité de l'interdiction, qui, aux termes de l'article 502, a son effet du jour du jugement. Mais si le défaut de ces formalités ne valide pas les actes passés par l'interdit depuis le jugement, il peut, au moins, donner lieu à des dommages-intérêts contre ceux qui sont tenus de les remplir, et en faveur des personnes qui auroient traité de bonne foi avec l'interdit.

Cependant un arrêt de la Cour d'appel de Douai a décidé que les actes passés par celui à qui il avoit été donné un conseil judiciaire, étoient valables, par cela seul que le jugement n'avoit pas reçu la publicité exigée par l'article 501. On s'est pourvu en Cassation contre cet arrêt, et le pourvoi a été rejeté le 16 juillet 1810 (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. XVI, pag. 80), contre les conclusions du Ministère public. Je n'en regarde pas moins la décision rendue par la Cour de Douai, comme entièrement contraire à l'esprit et à la lettre des dispositions du Code. L'article 502 porte formellement que le jugement d'interdiction, ou de nomination d'un conseil, a son effet du jour qu'il a été rendu; qu'à compter de ce jour, tous les actes passés par l'interdit, ou par celui à qui il a été donné un conseil, sont nuls de droit; et cependant l'article 501 donne dix jours pour faire afficher. Voilà donc un intervalle de dix jours, pendant lequel le jugement aura eu son effet, sans avoir été public. Donc cet effet n'est pas subordonné à la publicité. D'ailleurs, les actes passés dans les dix jours, sont nuls de droit, dit l'article 502; et cependant, si, au bout de ces dix jours, le jugement n'a pas été affiché, ces mêmes actes deviendront valables, et l'interdit pourra se trouver dépouillé de tous ses biens; cela seroit contradictoire.

En outre, l'interdiction ou la nomination d'un conseil n'est-elle pas pro-

BIU Cujas

noncée spécialement dans l'intérêt de l'interdit ou du prodigue ? et alors peut-on en faire dépendre l'effet, de la négligence des tiers, ou peut-être même du hasard ?

Enfin, la publicité n'a lieu que dans l'arrondissement du domicile de l'interdit ; et cependant il est possible qu'il aille contracter dans un lieu fort éloigné, où le jugement sera entièrement inconnu. Le contrat en sera-t-il moins nul ? Et cependant il devroit être valable, dans le système de la Cour de Douai. Encore une fois, ce système paroît totalement inadmissible : il est, d'ailleurs, absolument contraire à l'ancien droit attesté par LACOMBE, v°. *Interdiction*, n°. 8, et auquel les rédacteurs du Code n'ont certainement pas voulu déroger.

(4) *Les mêmes formalités.* L'on a jugé en Cassation, le 12 février 1816, qu'il n'étoit pas nécessaire d'appeler le tuteur de l'interdit. (*Bulletin*, n°. 13.) Et, dans le fait, il n'est pas contradicteur légitime, puisqu'il n'a pas d'intérêt comme tuteur. Mais comme le conseil de famille doit être consulté pour la main-levée, les parens qui n'en auroient pas été d'avis, pourroient intervenir pour s'opposer à ce qu'elle fût prononcée. (*Procéd.*, art. 888.)

Est-il nécessaire de faire publier et afficher le jugement de main-levée ? L'article 512 exige les mêmes formalités que celles qui sont prescrites pour parvenir à l'interdiction. Or, la publication et l'affiche ne sont pas de ce nombre, puisque l'interdiction devroit avoir lieu, quand le jugement n'auroit été ni publié ni affiché. (Note précédente.) D'ailleurs on conçoit qu'il soit utile de publier un jugement qui déclare un individu incapable de contracter. Les tiers ont grand intérêt à ne pas traiter avec un incapable. Mais il n'y a pas la même raison pour le jugement qui lui rend au contraire sa capacité.

PAGE 134.

(1) *De la distinction des biens.* (*Voyez* POTHIER, *de la Communauté*, part. 1re., chap. II, sect. 1re., art. 1er.)

(2) *Corporels ou incorporels.* Cette distinction est consacrée implicitement par le Code. (*Voir* les articles 1607, 2075, etc.) Nous avons cru devoir la placer au premier rang, parce qu'outre qu'elle est fondée sur la nature des choses, elle est encore telle, que les lois civiles n'y ont apporté, et ne peuvent même y apporter aucun changement. La loi ne peut pas faire qu'une chose corporelle ne soit pas toujours telle, *et vice versâ.* Il n'en est pas de même à l'égard des meubles et des immeubles. Nous allons voir tout-à-l'heure que des choses sont tantôt meubles et tantôt immeubles, suivant le rapport sous lequel la loi les considère.

(3) *Meubles ou immeubles.* Il est une infinité de circonstances dans lesquelles il est essentiel de déterminer si une chose est meuble ou immeuble. Deux époux se marient sous le régime de la communauté : cette communauté

BIU Cujas

comprend les meubles, mais non les immeubles qu'ils possédoient au moment du mariage. Un testateur a fait un legs de tous ses meubles, et un legs de tous ses immeubles. Il faut bien connoître, dans le premier cas, ce qui tombera, ou non, dans la communauté; et dans le second, ce que chaque légataire aura droit de réclamer. En procédure, les actions concernant les meubles se portent, en général, devant le juge du domicile du défendeur. Celles qui sont relatives à des immeubles se portent ordinairement devant le juge de la situation.

Cette distinction étoit néanmoins encore bien plus importante anciennement, parce que les Coutumes reconnoissoient des héritiers des meubles, et des héritiers des propres, qui étoient des immeubles; et d'ailleurs, les lois sur les successions étant différentes suivant les différentes Coutumes, il falloit encore distinguer les meubles des immeubles, parce que la succession des premiers étoit toujours régie par la Coutume du domicile du défunt, quelque part qu'ils se trouvassent, tandis que la succession des seconds étoit régie par la loi du lieu de la situation. Actuellement que la loi est unique, et n'a aucun égard à la nature ni à la situation des biens, ces motifs de distinction n'existent plus.

(4) *Les êtres animés.* Nous avons substitué ces expressions aux mots *les animaux*, portés dans l'article 528, afin d'y comprendre les nègres, qui, dans les Colonies, sont regardés comme meubles. (*Edit de mars* 1685, dit le Code Noir, art. 44.) Cependant, aux termes de l'article 48, les sucreries, indigoteries, ou habitations, ne peuvent être saisies réellement, sans que l'on y comprenne les esclaves qui y travaillent, depuis l'âge de quatorze ans jusqu'à soixante, lesquels ne peuvent être saisis séparément sinon pour ce qui resteroit dû du prix de leur achat. Mais c'est une disposition spéciale établie à l'égard de ces sortes de cultures, et pour qu'une habitation ne se trouve pas tout-à-coup dépouillée des esclaves nécessaires à son exploitation. C'est le même esprit qui a dicté l'article 1064, pour ce qui concerne les bestiaux et ustensiles existans sur les fonds ruraux compris dans une donation.

PAGE 135.

(1) *Les différentes espèces*, parce que, quand nous connoîtrons toutes les différences espèces d'immeubles, il suffira, pour faire connoître les choses que la loi regarde comme meubles, de dire que ce sont toutes celles qui ne sont point comprises dans la classe des immeubles.

(2) *Ou par leur destination.* Il eût peut-être été plus exact de dire, *par accession*; mais le Code ayant consacré le mot d'*immeuble par destination*, je n'ai pas cru devoir le changer. Pour connoître plus en détail les choses qui doivent être regardées comme l'accessoire d'un fonds, *voyez* les Titres du

BIU Cujas

Digeste, *de Act. Empt.*, et *de Instructo vel Instrum. Legato.* (*Voyez* aussi POTHIER, *de la Communauté*, n°. 32 et suiv.)

(3) *Comme les bâtimens*, si toutefois ils sont adhérens au fonds. C'est ainsi que la loi 18, ff. *de Act. Empt.*, décide avec raison qu'un édifice en bois n'est immeuble, qu'autant que les pieux qui le soutiennent, sont enfoncés en terre. Sinon il est meuble. (Argument tiré de ce qui est dit à l'égard des moulins dans l'art. 518.)

(4) *Faisant partie du bâtiment*, autant toutefois qu'ils ont été bâtis sur le fonds par le propriétaire. POTHIER pense, avec raison; qu'un moulin bâti par l'usufruitier sur le fonds dont il a l'usufruit, est meuble, et tombe en conséquence dans la communauté qui peut exister entre lui et sa femme, etc. Il en seroit de même de tout autre édifice; à plus forte raison, si la construction a été faite par le locataire.

En général, le bâtiment n'est immeuble que comme un accessoire du fonds, et alors il doit appartenir au propriétaire de ce même fonds: mais quand il appartient à un autre, il ne peut plus être considéré comme accessoire du fonds; il perd donc ce qui lui donnoit la qualité d'immeuble. D'ailleurs, quand on le considère comme appartenant au locataire, ou à l'usufruitier, il faut le considérer comme détaché du fonds; car autrement il appartiendroit au propriétaire, puisque la propriété du sol emporte celle du dessus et celle du dessous. (Art. 552.) Or, détaché du fonds, ce n'est plus un bâtiment; ce sont des matériaux, et par conséquent des meubles.

(5) *Tant qu'ils ne sont pas cueillis; quia fundo adhœrent.* Remarquez cependant que, si le propriétaire vend la récolte ou la coupe de bois sur pied, elle devient meuble dans la main de l'acheteur, même avant d'avoir été coupée. En effet, elle n'étoit immeuble dans la main du propriétaire, que parce qu'elle étoit un accessoire du fonds qui lui appartenoit. Dans la main de l'acquéreur, elle n'est plus un accessoire du fonds; elle cesse donc d'être immeuble. C'est par la même raison, que les récoltes appartenant à un mineur peuvent être vendues sans employer les formalités requises pour la vente de ses immeubles; que l'on peut saisir une récolte sur pied, sans recourir aux formes de la saisie immobilière (*Cod. de Procéd.*, art. 626 et suiv.) En un mot, les fruits sont immeubles, toutes les fois qu'on les considère comme ne faisant qu'un avec le fonds; mais quand on les considère comme devant être détachés du fonds, ils sont meubles. C'est d'après les mêmes principes que l'on a jugé en Cassation le 29 mars 1816, que la vente du droit d'exploiter une carrière, étoit une vente purement mobilière. (SIREY, 1817; 1re. partie. pag. 7.)

(6) *Quand même ils ne seroient pas encore enlevés.* Il faut cependant excepter le cas de la saisie immobilière, dans lequel les fruits perçus depuis la dénonciation au saisi, sont censés immeubles, et distribués, en conséquence,

BIU Cujas

par ordre d'hypothèques. La même disposition a lieu à l'égard des loyers et des fermages, pourvu qu'il y ait eu saisie-arrêt. (*Procéd.*, 689 et 691.)

(7) *Tant qu'ils ne sont pas abattus*, sauf la distinction portée dans la note précédente.

L'article 521 porte que les *coupes ordinaires des bois taillis, ou de futaies mises en coupe réglée, ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus.* Doit-on conclure de cette rédaction, que les futaies non mises en coupe réglée ne deviennent pas meubles, quand elles sont abattues? Ceci a besoin de quelque explication.

D'abord il paroît, par la rédaction de l'article, que le Législateur auroit voulu uniquement décider la question, si les bois mis en coupe réglée, ne sont pas meubles du moment que la coupe doit être faite, et avant même qu'ils soient abattus; et il a décidé avec raison la négative. On voit, d'après cela, pourquoi il n'a parlé que des futaies mises en coupe réglée; parce qu'en effet à l'égard des autres, il ne pouvoit y avoir question. Mais au reste, il existe, entre ces diverses espèces de bois, une différence importante, qu'il est essentiel de faire connoître.

Lorsqu'il s'agit d'une coupe ordinaire de taillis, ou de futaie mise en coupe réglée, il est certain que les arbres abattus sont meubles, non-seulement à l'égard de l'acheteur, mais encore à l'égard de tous. C'est ainsi qu'on a jugé en Cassation, le 26 janvier 1808 (Sirey, 1809; 1re. partie, pag. 65), que le créancier hypothécaire ne pouvoit empêcher la coupe des bois taillis existant sur le fonds qui lui est hypothéqué, quand cette coupe est faite à l'époque ordinaire. Cette décision est très-juste. Le taillis parvenu au point où il doit être coupé, est regardé comme un fruit, à la perception duquel le créancier n'a pas plus le droit de s'opposer, qu'il ne pourroit empêcher la fauchaison d'un pré ou la récolte d'une moisson. Il peut seulement, si sa créance est exigible, faire saisir-brandonner la coupe, comme il le pourroit à l'égard de tout autre fruit.

Par la même raison, le prix de cette coupe tomberoit dans la communauté qui existeroit entre le vendeur et sa femme, et ce, sans indemnité. Si elle appartenoit à un mineur, elle pourroit être vendue par le tuteur, sans autorisation, etc.

Mais s'il s'agissoit d'une coupe de futaie non mise en coupe réglée, les arbres abattus seroient bien toujours meubles à l'égard du vendeur usant de ses droits, et de l'acquéreur; mais il n'en seroit pas de même à l'égard des tiers qui auroient intérêt, ni même à l'égard du vendeur qui n'auroit pas la libre administration de ses biens.

A l'égard des tiers : Ainsi, le créancier auquel le fonds seroit hypothéqué, auroit le droit d'exiger le remploi du prix de la coupe, ou le remboursement de sa créance. Jugé ainsi à Paris, le 17 juillet 1727, suivant arrêt rapporté par Lacombe, au mot *Arbres*, n°. 1.

BIU Cujas

La communauté qui auroit touché le prix d'une pareille coupe, seroit tenue d'indemniser l'époux propriétaire du fonds.

Si le fonds étoit sujet à un usufruit, le prix de la coupe appartiendroit au propriétaire, et non à l'usufruitier, etc.

A l'égard du vendeur : S'il étoit mineur, le tuteur ne pourroit faire une pareille coupe, sans l'autorisation du conseil de famille. Si le mineur étoit émancipé, il ne pourroit en toucher le prix, qui devroit être employé par son curateur.

Mais, hors ces cas et autres semblables, toutes les fois qu'une futaie est abattue par le propriétaire usant de ses droits, et sans qu'il en résulte aucun préjudice pour des tiers, elle est meuble comme le taillis, soit qu'elle ait été, ou non, mise antérieurement en coupe réglée; par conséquent, les arbres coupés pourroient être saisis avec les formalités requises seulement pour les meubles : la vente de cette coupe ne donneroit lieu qu'au droit d'enregistrement du mobilier. Cependant on jugeoit, et peut-être avec raison, que, lorsque l'acquéreur de la superficie non abattue, devenoit, peu après, propriétaire du fonds, le droit immobilier étoit dû, même sur le prix de la superficie. L'on présumoit, dans ce cas, que la futaie avoit été vendue comme accessoire du fonds, et que les parties n'avoient fait des actes séparés, que pour éluder la loi de l'impôt immobilier. Cependant l'opinion contraire paroît admise maintenant, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de Cassation du 8 septembre 1813. (Sirey, 1816; 1re. partie, pag. 15.)

Observez que les arbres des pépinières sont immeubles, tant qu'ils ne sont pas arrachés.

Quid, à l'égard des fleurs, arbustes, etc.? Ils sont immeubles, s'ils sont plantés en pleine terre; *secùs*, s'ils sont dans des caisses ou des pots, quand même les pots seroient mis en terre. Les oignons de fleurs, même ceux qu'on retire de terre pendant l'hiver, restent toujours immeubles par destination; mais il faut qu'ils aient été mis en terre au moins une fois. Ceux qui auroient été achetés pour être plantés, et qui ne l'auroient pas encore été, conservent leur qualité de meubles. La même distinction doit avoir lieu à l'égard des échalas des vignes. (*L.* 17, §. 11, ff. *de Act. empt.*)

(8) *Participer à leur nature* : Ainsi l'hypothèque sur un fonds, frappe sur tous les objets qui sont immeubles par destination, relativement à ce même fonds. Mais il y a cette différence, que le fonds ne peut perdre sa qualité d'immeubles qu'en périssant tout-à-fait; d'où il résulte que l'hypothèque le suit toujours, dans quelque main qu'il se trouve : les autres objets, au contraire, n'étant immeubles qu'à raison de ce qu'ils sont accessoires du fonds, cessent d'être sujets à l'hypothèque, du moment qu'ils sont passés en main-tierce, séparément du fonds. C'est sur ce principe qu'est fondé l'article 2119, portant que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.*

BIU Cujas

(9) *Ou réservoir.* La raison de différence résulte de ce que ces animaux sont du genre de ceux appelés *feræ naturæ.* Or, ces sortes d'animaux, comme toutes les choses dites *nullius*, « qui n'appartiennent à personne, » sont, en général, acquis au premier occupant, comme nous le verrons dans le livre suivant, et sauf l'exécution des réglemens relatifs à la chasse et à la pêche. Ils ne sont donc *in bonis nostris*, et nous ne pouvons dire que nous les possédons, qu'autant qu'ils ont été appréhendés par nous, et que nous les tenons sous notre main, *sub custodiâ nostrâ*, comme dans un clapier, une volière, ou un réservoir : alors ils conservent leur qualité de meubles. Mais quand ils jouissent de toute leur liberté, qu'ils sont, comme dit POTHIER, *in laxitate naturali*, comme dans la garenne, le colombier, etc., nous ne pouvons dire que nous les possédons, mais bien que nous possédons une garenne garnie de lapins, un colombier peuplé de pigeons, etc. ; ces animaux ne sont donc pas, quant au droit du propriétaire, quelque chose de distinct de la garenne ou du colombier, dont ils ne sont, au contraire, que les accessoires, et à la nature desquels ils doivent en conséquence participer.

(10) *Que le propriétaire.* Si les mêmes objets étoient placés par le locataire ou l'usufruitier, ils seroient meubles : ils ne pourroient pas être regardés comme l'accessoire du fonds ; et, d'ailleurs, on ne peut supposer que celui qui les a placés, ait eu l'intention qu'ils y restassent perpétuellement attachés. Ceci confirme la note (4) ci-dessus.

(11) *A perpétuelle demeure.* Ainsi, une salle construite dans un jardin, même par le propriétaire, mais pour une fête, et pour être abattue ensuite, seroit meuble.

(12) *A la culture.* Cette disposition n'existoit pas dans l'ancien droit. Mais, POTHIER démontre, dans son *Traité de la Communauté*, n°. 44, combien il étoit utile qu'elle fût adoptée.

PAGE 136.

(1) *Sur estimation.* Parce que l'estimation, dans ce cas, n'est pas censée faite dans l'intention de transférer au fermier la propriété de ces animaux, mais seulement de les mettre à ses risques, et de déterminer d'avance le prix que le fermier devra payer, s'il ne les représente pas à la fin du bail. (Art. 1822.)

(2) *Par l'effet de la convention.* Si donc le propriétaire les vendoit réellement au fermier, ils deviendroient meubles, quand même ils resteroient sur le fonds, parce qu'ils n'y seroient plus par l'effet de la convention primitive.

Quid, à l'égard des troupeaux de moutons, ou autres, appartenant au propriétaire, et étant sur un fonds exploité par lui ? C'est le cas d'admettre la distinction de la loi 9, ff. *de Instructo vel instrum. legato.* Si les troupeaux

BIU Cujas

ont été acquis uniquement pour être revendus après avoir été engraissés, ou pour en vendre le croît, ils sont meubles; mais si c'est dans la vue d'engraisser le fonds, ils sont immeubles.

(3) *Donnés à cheptel.* Le bail à cheptel est un contrat par lequel une des parties donne à l'autre tout ou partie d'un fonds de bétail pour le garder, le nourrir, et le soigner, sous la condition de partager les profits et les pertes, suivant les conventions respectives. (*Voyez* le Titre *du Louage.*)

(4) *Par le propriétaire de la ferme.* Il est évident que, si les animaux sont donnés à cheptel par un autre que par le propriétaire de la ferme, ils conservent leur qualité de meubles. Ils ne sont pas alors l'accessoire du fonds; et celui à qui ils appartiennent, n'a pas pu avoir l'intention qu'ils restassent à perpétuité sur un fonds dont il n'est pas propriétaire.

(3) *A l'amélioration du fonds. Secùs*, s'ils sont amassés pour revendre et en faire commerce; ils sont alors meubles. (*L.* 17, §. 2, ff. *de Act. empt.*)

(6) *Ou colons partiaires.* Le colon partiaire est celui qui prend à ferme un bien rural, sous la condition de donner, pour prix de ferme, une partie aliquote des fruits qui se recueilleront chaque année. Cette portion est le plus souvent la moitié; et c'est de là qu'est venu le mot de *métayer*, qui est le nom donné dans plusieurs pays à ces sortes de fermiers.

(7) *Les ruches à miel.* Cela étoit anciennement controversé. Chopin et Lebrun étoient de l'avis de l'article. Pothier regardoit les abeilles comme meubles. Il faut avouer que son opinion est plus conforme aux principes que nous avons posés dans la note (9) de la page précédente. Nous ne possédons pas les abeilles par elles-mêmes, mais comme l'accessoire de la ruche, qui est un meuble. Elles devroient donc être meubles, ainsi que la ruche. Mais le Code ayant décidé formellement le contraire, tout raisonnement ultérieur devient inutile. Il paroît même qu'en Angleterre on suit la même doctrine, du moins à en juger parce que dit Blackstone, Tom. 3, chap. 25.

(8) *Cuves et tonnes.* Anciennement on distinguoit les différentes espèces de pressoirs et de cuves; on ne regardoit comme immeubles que ceux de ces objets qui ne pouvoient se transporter sans être désassemblés: les autres étoient censés meubles. Aujourd'hui le Code les range tous, sans distinction, dans la classe des immeubles, pourvu qu'ils aient été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds.

(9) *Y manquer quelque chose. Cùm posita sunt ad integrandam domum*, dit Pothier, de la Communauté, n°. 53; *ea esse ædium solemus dicere*, dit Ulpien (*L.* 13, §. ult. ff. *de Act. empt.*), *quæ pars ædium sunt, vel propter ædes habentur.*

(10) *Pour les recevoir*, pourvu toutefois que tous ces objets aient été placés par le propriétaire.

BIU Cujas

PAGE 137.

(1) *Dans une construction.* Les Romains faisoient, à cet égard, une distinction. Ils regardoient comme meubles, les matériaux assemblés pour construire un édifice, et comme immeubles, ceux qui avoient été détachés d'un édifice, pour y être replacés. *Ea quæ ex œdificio detracta sunt, ut reponantur, œdificii sunt: at quæ parata sunt ut imponantur, non sunt œdificii.* (*L.* 17, §. 10, ff. *de Act. empt.*) Cette distinction qui est fort raisonnable, peut se concilier avec la disposition du Code, si l'on entend l'article 532, des matériaux provenant d'un édifice entièrement démoli, qui sont bien certainement meubles, jusqu'à ce qu'ils soient employés dans un autre construction. Mais quant à ceux qui ont été détachés momentanément, pour cause de réparation, et pour être ensuite replacés, je pense qu'ils conservent leur qualité d'immeubles. *Posita sunt ad integrandam domum.* (*Voir* un arrêt de Lyon, du 23 décembre 1811, rapporté dans SIREY, 1813, 2e. partie, page 307.)

(2) *De ces objets.* Et sans préjudice également des dispositions des articles 190 et 191 du Code de Commerce, relativement aux dettes auxquelles les navires peuvent être spécialement affectés.

(3) *Et non-fongibles.* Cette distinction est nécessaire, notamment pour l'intelligence des dispositions relatives à l'usufruit, au prêt à usage ou de consommation. Ces deux espèces de choses diffèrent principalement, quant au droit, en ce qu'à l'égard des choses non-fongibles, le droit de jouissance peut être distingué de celui de propriété, et appartenir à une autre personne qu'au propriétaire; tandis que ces deux droits se confondent nécessairement, lorsqu'ils s'appliquent à des choses fongibles.

(4) *En général.* Nous disons *en général*, parce qu'il est possible que la manière dont une chose est considérée, soit d'après l'usage qui en est fait communément, soit d'après la convention, lui donne la qualité de chose fongible, quoiqu'elle ne se consomme pas réellement ou que la nature n'en soit pas réellement changée par l'usage; ainsi, bien certainement des animaux ne sont pas en général des choses fongibles: et cependant le menu poisson qui sert à peupler les étangs, et autres pièces d'eau, et qu'on appelle, suivant les lieux, *alvin*, *fretin*, ou *peuple*, pourroit être l'objet d'un prêt de consommation, qui ne peut cependant comprendre que des choses fongibles, parce qu'on ne peut présumer que celui qui prête du fretin a eu l'intention qu'on lui rendît les mêmes poissons *in specie*, ou, comme disent les auteurs, *in individuo*; mais bien une pareille quantité de poissons semblables.

(5) *Ou au moins sans en changer la nature.* Ainsi une pièce de toile pourroit être, suivant les circonstances, une chose fongible ou non-fongible; en effet, si elle est prêtée, par exemple, pour servir momentanément de tenture, il est certain que c'est la même pièce qui doit être rendue, et que

BIU Cujas

par conséquent, elle est considérée comme une chose non-fongible; mais si elle est prêtée pour en faire des habillemens, comme on ne peut alors s'en servir sans la couper, la dénaturer, et conséquemment sans en changer la nature, et sans qu'elle cesse d'être pièce de toile, elle doit être regardée comme une chose fongible, puisqu'il est impossible de la rendre *in individuo*.

Remarquez que les choses fongibles sont ainsi appelées, *quia una fungitur vice alterius*, l'une peut être remplacée par l'autre; ce qui confirme les distinctions que nous venons d'établir.

Un fonds de commerce est-il une chose fongible ? L'affirmative paroît avoir été jugée par un arrêt de la Cour de Cassation, du 9 messidor an 11 (Sirey, tom. 4, 1re. partie, page 89); et la négative par un autre arrêt de la même Cour, du 10 avril 1814, (*ibid.* 1814, 1re. partie, page 238.) A la vérité, dans l'espèce de ce dernier arrêt, les circonstances pourroient avoir influé sur la décision. Je pense qu'en point de droit, le fonds proprement dit, c'est-à-dire, l'achalandage, doit être regardé comme une chose non-fongible : mais que les marchandises garnissant ledit fonds, sont évidemment des choses fongibles; en effet, la nécessité du commerce exige qu'elles puissent être remplacées par d'autres, *ut una fungatur vice alterius*; ce qui est le caractère de la chose fongible.

PAGE 138.

(1) *Que civilement. Quæ tangi non possunt, et quæ in jure consistunt*, Instit., liv. 2, Tit. 2, §. 2.)

(2) *Ils se rapportent. Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* (*L.* 15, ff. *de Regulis juris.*)

(3) *Ou une rente perpétuelle.* Anciennement, dans la plupart des pays coutumiers, les rentes perpétuelles étoient regardées comme immeubles.

(4) *Ou sur particuliers.* Il faut néanmoins observer, à l'égard des rentes sur particuliers, que, sans sortir de la classe des meubles, elles ne peuvent être saisies qu'avec des formalités spéciales, dont on peut voir le détail dans les articles 636 et suivans du Code de Procédure. Quant aux rentes sur l'Etat, elles ne sont point saisissables. (*Loi* du 8 nivose an 6.)

(5) *Les actions ou intérêts. L'action* diffère de *l'intérêt*, en ce que l'intéressé est ce que l'on appelle *associé en nom collectif.* (*Code de Commerce*, art. 20 et suivans.) Il court tous les risques de l'affaire, et peut être poursuivi sur tous ses biens, pour raison des dettes de la société. L'actionnaire, au contraire, n'est jamais qu'*associé commanditaire*; (*Ibid.*, art. 23 et 26,) c'est-à-dire qu'il ne peut jamais perdre au delà de la valeur de son action.

(6) *Sont également meubles.* Cependant, aux termes de l'article 7 du décret du 16 janvier 1808, (*Bulletin*, nº. 2953), les propriétaires d'actions de la Banque peuvent, en remplissant certaines formalités, leur donner la qualité d'immeubles; auquel cas, lesdites actions sont soumises aux disposi-

BIU Cujas

tions du Code, relatives à l'aliénation des immeubles, et aux priviléges et hypothèques auxquels les immeubles peuvent être assujettis. Ces actions, et les rentes sur l'Etat, peuvent encore être immobilisées pour former un majorat. (*Statut du* 1^er^. *mars* 1808, art. 2, 3, 4 et 5, *Bulletin*, n°. 3207.) Mais elles reprennent leur qualité de meubles, si la demande en institution de majorat est rejetée ou retirée. (*Décret du* 21 *décembre* 1808, *Bulletin*, n°. 4029.) Toutes cesdispositions sont appliquées aux actions des canaux d'Orléans et de Loing, par l'article 13 du décret du 16 mars 1810. (*Bulletin*, n°. 5355.)

Nota. Un arrêt de la Cour de Paris, du 2 mai 1811, rapporté dans SIREY, 1814; 2^e^. partie, pag. 213, a jugé que les actions ou intérêts dans les compagnies de finance ou d'industrie, pouvoient être saisies, et que s'il y avoit lieu à en poursuivre la vente forcée, elle devoit avoir lieu après trois publications, en l'étude d'un notaire, et sans l'intervention d'un commissaire-priseur.

(7) *Propriétaires d'immeubles*, parce que la compagnie est un être moral, distinct des actionnaires ou intéressés qui la composent, et qui sont tous censés ses créanciers. Or, une créance n'est pas immobilière, parce qu'elle doit être exercée contre un propriétaire d'immeubles. Ce ne sera donc qu'au moment de la dissolution de la société, et par le partage, que l'on saura si tel ou tel associé est, ou non, propriétaire d'immeubles. C'est pour cela que l'article dit: Que ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé, tant que dure la société. Par la même raison, il faut tenir que l'hypothèque légale des femmes des associés ne peut s'exercer que sur les immeubles qui échoient aux maris par le partage.

(8) *La durée de la société.* Si donc la société, ou compagnie, propriétaire d'immeubles, est débitrice, en son nom, envers des tiers, ces immeubles pourront leur être hypothéqués; ils pourront les faire saisir réellement, etc.

(9) *De l'usufruit des immeubles. Ususfructus pars dominii est.* (*L.* 4, ff. *de Usufructu.*)

(10) *Est essentiellement rachetable*: cette disposition, d'après les lois actuelles, s'applique aux rentes qui étoient foncières dans le principe. Ces rentes sont donc devenues maintenant de simples rentes constituées, avec hypothèque sur les immeubles qui y sont affectés, hypothèque qui peut se perdre par le défaut d'inscription. *Sic* jugé en Cassation, le 29 juin 1813. (SIREY, 1813, 1^re^. partie, page 382.)

PAGE 139.

(1) *Le débiteur personnel. Secùs*, s'il n'est poursuivi que comme détenteur; et par l'action hypothécaire. Il peut alors toujours se libérer, en délaissant l'immeuble. De même, s'il s'agissoit d'une rente foncière établie avant la loi qui a déclaré ces sortes de rentes mobilières, je pense que cette loi n'a pu avoir d'effet rétroactif; qu'elle n'a pu, en conséquence, imposer aup osses-

BIU Cujas

seur de l'héritage une obligation personnelle à laquelle il n'étoit pas assujetti, et que ce possesseur peut toujours se libérer de la prestation de la rente, en déguerpissant. *Voir* dans SIREY, 1815, 1re. partie, page 147, un arrêt de Cassation du 11 octobre 1814, qui paroît avoir consacré ce principe de non-rétroactivité. *Nec obstat*, ce qui est dit dans la note précédente, relativement aux anciennes rentes foncières. Car c'est précisément parce qu'il a fallu une disposition expresse de la loi pour ôter à ces rentes le caractère d'irrachetabilité qu'elles avoient dans l'origine, qu'on doit en conclure qu'elles ont conservé tous les autres caractères qu'elles avoient, du nombre desquels est celui d'être éteintes par le déguerpissement.

(2) *Glaces*, excepté cependant celles dont le parquet fait corps avec la boiserie, et qui sont immeubles, quand elles appartiennent au propriétaire de la maison. (Art. 525.)

(3) *Les statues, tableaux.* Mêmes observations que dans la note précédente.

(4) *Les meubles meublans.* En effet, par maison meublée, on entend une maison garnie des meubles servant à son usage ou à son ornement, c'est-à-dire, des meubles meublans. Par la même raison, l'on ne doit entendre que les meubles destinés à l'ameublement de la maison même, et non pas ceux qui n'y seroient qu'en dépôt, tels que les meubles d'une autre maison en réparation, et qui auroient été transportés dans la maison vendue ou donnée, jusqu'à ce que les réparations fussent terminées.

Quid, à l'égard des carosses et des chevaux ? Il a été jugé au Châtelet, le 31 mars 1708, que les carosses et chevaux de carosse étoient compris dans le legs de meubles meublans. Ce jugement est rapporté dans l'ancien DENISART, au mot *Meubles*, nº. 13. Je ne pense pas que cette décision doive être adoptée aujourd'hui, à cause de la disposition de l'article 533. Quant aux chevaux de selle, ils n'ont jamais été mis au nombre des meubles meublans.

Quid, de la batterie de cuisine ? Elle est comprise sous le nom de meubles meublans ; c'est le meuble de la cuisine.

Quid, le linge ? Il faut distinguer : Le linge de table peut être regardé comme meuble meublant, mais non le linge de corps. (Argument tiré de l'article 533.)

(3) *A l'exception de l'argent comptant.* En Droit Romain, la même chose étoit décidée par la loi 92, §. 1, ff. *de Legatis*, 3º. Cette disposition est fondée sur ce que l'argent comptant n'étant censé avoir de valeur que comme signe, ou comme moyen de se procurer les objets dont on a besoin, on a cru devoir le comparer au titre d'une créance, qui n'est rien par lui-même, et qui ne vaut que comme moyen de se faire payer de l'objet compris dans ladite créance.

(6) *S'y trouver déposés.* En effet, le titre n'est pas la créance ; il n'en est que

BIU Cujas

que la preuve. La créance étant une chose incorporelle, n'est, à proprement parler, nulle part ; ou plutôt, c'est un droit inhérent à la personne du créancier.

(7) *Dont il fait partie.* Ainsi lorsque, dans les dispositions de l'homme ou de la loi, il est opposé au mot *immeuble*, il signifie tous les objets mobiliers quelconques. Par exemple, si un testament est ainsi conçu: *Je lègue à Pierre tous mes meubles, et à Paul mes immeubles*, je pense que Pierre pourra réclamer tout le mobilier. Il en est de même dans les dispositions de la loi. (*Voyez* les articles 826, 880, 1564, 1565, 2099, etc.) Il est même des dispositions dans lesquelles, quoique le mot *meuble* soit seul, et non opposé au mot *immeuble*, il doit cependant être entendu de tous les meubles, ou au moins de tous ceux qui sont corporels. (*Voyez* les articles 452, 805, 825, 2101, 2102, et plusieurs autres, dont le sens ne peut être douteux.) C'est pour cette raison que je n'ai pas cru devoir adopter tout-à-fait la rédaction de l'article 533, parce qu'en la prenant à la lettre, il en résulteroit des conséquences contraires à tous les principes du droit. Ainsi le locataire ne pourroit, pour sûreté de ses loyers, saisir aucun des objets énumérés dans ledit article. Le tuteur ne seroit pas obligé de vendre les mêmes objets, qui appartiendroient à son pupille, etc.

(8) *Plutôt qu'à un autre.* Si, par exemple, un individu a laissé à quelqu'un tous ses meubles, et qu'il n'existe dans le testament aucune disposition qui puisse faire connoître le sens que le testateur a attaché au mot *meubles.*

PAGE 140.

(1) *Ou patrimoniaux.* Cette division ne comprend pas, et n'a pas dû comprendre les choses qui n'appartiennent à personne, et dont l'usage est commun à tous, tels que l'air, la mer, etc. Cet usage étant lui-même, quand le cas y échet, réglé par des lois de police (Art. 714.), je n'ai pas dû m'en occuper ; et d'ailleurs ce sont, à la vérité, des choses ; mais ce ne sont pas, à proprement parler, des biens.

(2) *Sans changer de nature*, parce que ces choses n'étant hors du commerce qu'à raison de leur nature et de l'usage auquel elles sont destinées, il est clair qu'elles doivent y rentrer, du moment que cette nature ou cet usage ne sont plus les mêmes. C'est pour cela qu'un rempart est hors du commerce, tant que la place est ville de guerre, et qu'il devient susceptible d'être propriété privée, quand la place n'est plus ville de guerre, parce qu'alors ce n'est plus, à proprement parler, un rempart. (Art. 540, 541.)

(3) *Entretenus par le trésor public.* L'on distingue trois sortes de chemins:

1°. Les grands chemins ou grandes routes, sur lesquels il y a postes et voitures publiques. Ce sont les seuls qui soient entretenus aux frais de l'État.

2°. Les chemins vicinaux qui conduisent d'une commune à une autre com-

BIU Cujas

mune, mais qui ne sont pas grandes routes, et qui n'ont ni postes ni voitures publiques. Ces sortes de chemins font partie des biens communaux.

3°. Enfin, les chemins privés qui ne conduisent qu'à des héritages particuliers, et qui ne sont établis que pour l'exploitation de ces mêmes héritages. Comme ces sortes de chemins appartiennent ordinairement, *jure dominii vel servitutis*, aux propriétaires des héritages pour l'exploitation desquels ils sont établis, ils rentrent dans la classe des biens patrimoniaux.

Nota. La décision de la question si un chemin est vicinal ou non, est de la compétence des Préfets, sauf le pourvoi devant le Ministre de l'intérieur. Mais celle de savoir à qui appartient le terrain, est de la compétence des Tribunaux; et dans le cas où il est jugé que le terrain sur lequel passe le chemin vicinal, appartient à un particulier, le chemin ne doit pas moins être continué; mais le propriétaire du terrain doit être indemnisé. (*Décret* du 16 octobre 1813, *Bulletin*, n°. 9781.)

Quant aux rues des communes, ou elles forment la continuation et la communication des grandes routes; et alors elles sont réputées grandes routes, et, comme telles, entretenues aux frais de l'Etat: ou elles ne servent qu'à l'usage des habitans, et aux communications intérieures de la commune; et, dans ce cas, elles participent de la nature des chemins vicinaux.

(4) *Les fleuves et rivières.* Le fleuve diffère de la rivière, en ce que le premier conserve son cours, et ordinairement son nom, jusqu'à la mer; la rivière, au contraire, se jette dans un autre fleuve ou rivière. La Seine, la Loire, le Rhône sont des fleuves. La Marne, l'Aube, la Saône, sont des rivières.

(5) *Les rivages*, de la mer. Les rives des fleuves et rivières, peuvent appartenir et appartiennent ordinairement aux particuliers, à la charge de laisser, s'il y a lieu, le marche-pied ou chemin de halage. (Art. 556.) Au surplus, on entend par *rivage de la mer*, le terrain qu'elle couvre dans ses plus hautes marées; *quousque maximus fluctus à mari pervenit.* (*L.* 96, ff. *de Verb. Signif.*)

(6) *Lais et relais de la mer*, sont les portions de terrain que la mer abandonne en se retirant insensiblement. Ils appartiennent à l'Etat, à la différence des lais et relais des fleuves et rivières, qui appartiennent aux propriétaires riverains. (Art. 557.) C'est que l'Etat est propriétaire du rivage de la mer, tandis que, comme nous venons de le dire, la rive du fleuve appartient aux propriétaires riverains, *pro modo latitudinis cujusque agri.*

(7) *Hâvres.* Le hâvre est un port qui ne peut recevoir que des bâtimens d'une moindre grandeur.

(8) *Rades.* La rade est une partie de la mer, où les bâtimens peuvent mouiller, en attendant le moment favorable pour entrer dans le port.

(9) *Et sans maître.* Cependant les trésors n'appartiennent pas à l'Etat, mais

BIU Cujas

se divisent par moitié entre l'inventeur et le propriétaire du fonds, comme nous le verrons au troisième Livre. De même, dans l'usage, les choses trouvées appartiennent à celui qui les a trouvées, à la charge de faire les recherches nécessaires pour en découvrir le propriétaire.

(10) *Un droit acquis.* On a jugé en Cassation, par arrêt du 22 pluviose an 12, rapporté par M. de MALLEVILLE, sur l'article 516, que les biens des hospices n'étoient pas propriété nationale; et qu'en conséquence les discussions y relatives n'étoient pas de la compétence des autorités administratives.

PAGE 141.

(1) *L'action nommée réelle.* On en distingue plusieurs : quatre dérivent de la propriété ou de ses démembremens, savoir :

L'action en revendication, pour les choses corporelles possédées à titre particulier;

La pétition d'hérédité, qui réunit quelques caractères de l'action personnelle, et qui, en conséquence, est mise au nombre des actions mixtes.

La confessoire et la négatoire, relatives aux servitudes. (*Voyez* ci-dessus la note (6) de la page 120.)

Cinquièmement, la Publicienne qui résulte d'un titre apparent de propriété. (*Voyez* aux Instit., Tit. *de actionibus*, §. 4.)

Enfin la sixième, résultant du gage ou de l'hypothèque, et qui dans ce dernier cas, prend le nom d'action *hypothécaire.*

L'action *Paulienne*, c'est-à-dire, celle qui est donnée aux créanciers par l'article 1167, pour faire révoquer les actes faits par leur débiteur, en fraude ou au préjudice de leurs droits, peut aussi, sous quelques rapports, être considérée comme une action réelle.

(2) *Principalement;* parce qu'il existe encore, entre ces dispositions, une autre différence essentielle qui est indiquée à la fin de la note suivante.

(3) *Contre ceux qui le représentent.* Ceci a d'autant plus besoin d'explication, que le Code Civil a introduit un changement considérable, quant à l'effet de l'obligation de donner, et à la nature de l'action qui en résulte.

En effet, dans l'ancien droit, on tenoit pour principe, conformément aux lois romaines, que la propriété ne pouvoit s'acquérir par la simple convention, qu'il falloit en outre la tradition. (*L.* 20, Cod. *de Pactis.*) Si donc Paul m'avoit vendu une maison; tant que cette maison ne m'étoit pas livrée, je n'en avois pas la propriété, qui continuoit toujours de résider sur la tête de Paul. A la vérité, en me la vendant, il avoit contracté envers moi l'obligation de me la livrer, et j'avois contre lui une action pour l'y contraindre; mais il pouvoit arriver, cependant, que Paul, par mauvaise foi, vendît et livrât à un autre cette même maison : dans ce cas, comme je n'avois pas encore le *jus in re*, mais seulement le *jus ad rem;* que je n'avois, en conséquence, que l'action résul-

BIU Cujas

tant de l'obligation de Paul, action purement personnelle, et que je ne pouvois exercer que contre lui, il s'ensuivoit que je n'avois aucun recours contre le nouveau possesseur, qui étoit devenu réellement propriétaire par la livraison, et que je pouvois seulement faire condamner Paul en mes dommages-intérêts, pour s'être mis, par son fait, dans l'impossibilité de remplir son obligation.

Si, au contraire, la maison m'avait été livrée avant de l'être au second acquéreur, et que, par quelqu'événement, un autre en fût devenu possesseur, autrement que par mon fait; alors, comme, par la livraison, j'avois acquis le *jus in re*, que j'étois devenu propriétaire de la chose, j'avois l'action réelle contre le détenteur, quel qu'il fût, pour le forcer de m'en restituer la possession.

Aujourd'hui le Code a fait sur ce point, comme nous l'avons dit, un changement considérable, en décidant que le *jus in re*, ou la propriété, est transféré par la seule convention, et avant toute livraison. (Art. 1138.) Le même exemple ne peut donc servir à distinguer les cas où l'action réelle a lieu, de ceux où l'on ne ne peut intenter que l'action personnelle, puisque, dans la même espèce, j'aurois, par le droit actuel, le *jus in re*, et par conséquent l'action réelle, immédiatement après que la vente auroit été consentie par Paul, et avant toute tradition. (Art. 1583.)

Mais, néanmoins, il est encore plusieurs cas où, même dans l'obligation de donner, la livraison est nécessaire pour donner le *jus in re* et l'action réelle.

Ainsi, par exemple, si la vente est d'une chose indéterminée, comme un cheval, un arpent de terre, sans autre désignation, il est évident qu'avant la livraison, je ne puis avoir que l'action personnelle contre le vendeur, puisque, dans ces sortes d'obligations, ce n'est que la livraison qui détermine la chose individuelle à laquelle j'ai droit.

De même, s'il s'agit d'une chose mobilière, l'article 1141 a également établi, *favore commercii*, que je ne puis avoir l'action réelle contre le possesseur de bonne foi, qu'autant que la chose m'a été livrée avant lui.

Enfin, dans la donation, le droit de poursuivre l'immeuble donné contre les tiers-détenteurs, ne s'acquiert que par la transcription, qui est une espèce de tradition feinte.

J'observerai, en terminant, que l'on peut avoir tout à la fois, et par rapport à la même chose, l'action personnelle et l'action réelle contre différentes personnes. *Exemple:* J'ai prêté mon cheval à Pierre, qui l'a perdu: par suite, il se trouve entre les mains d'une autre personne. Il est clair qu'en qualité de propriétaire, je puis exercer contre le possesseur l'action réelle, au moins pendant trois ans (art. 2279); mais j'aurai, en même temps, contre Pierre, l'action personnelle résultant du contrat de prêt, pour le contraindre à m'indemniser, s'il y a lieu, soit des détériorations que la chose a pu éprouver, soit du retard que j'ai essuyé dans la restitution.

BIU Cujas

Il existe encore une autre différence essentielle entre l'action personnelle et l'action réelle : c'est que la première étant dirigée spécialement contre la personne de l'obligé, peut être exécutée sur tous ses biens : la seconde, au contraire, n'étant dirigée contre telle personne, que parce qu'elle détient la chose dont il s'agit, elle peut toujours se libérer de l'effet de l'action, en abandonnant la chose, si toutefois elle n'est pas en dol ; car alors il résulte du dol une action personnelle, qui rentre dans la première classe dont nous venons de parler.

PAGE 142.

(1) *De la Propriété.* (*Voyez* OEuvres de POTHIER, *Traité de la Propriété.*)

(2) *Le droit.* Il faut bien distinguer le droit de propriété en lui-même, de l'exercice de ce même droit. Ainsi le mineur, l'interdit, la femme mariée, sont bien réellement propriétaires, quoique la loi, pour leur propre intérêt, ou pour des raisons d'ordre public, leur interdise l'exercice des principaux droits attachés à la propriété. De même, le saisi réellement est bien propriétaire jusqu'à l'adjudication ; et cependant il ne peut disposer. (*Cod. de Procéd.* art. 690 et 692.)

(3) *Et d'en disposer à sa volonté ;* d'où résulte le droit de la revendiquer contre toute personne qui la possède sans notre consentement ; et ce, par l'action appelée en droit *Revendication.* Cette action n'est donnée qu'au propriétaire, et comme *onus probandi incumbit actori,* il s'ensuit que celui qui l'intente, doit prouver qu'il est propriétaire ; et c'est en quoi elle diffère essentiellement de l'action possessoire, qui n'a pour but que de réclamer la possession de la chose ou de s'y faire maintenir, et pour le succès de laquelle il suffit de prouver que l'on avoit la possession légale de la chose, au moment où l'on en a été privé.

(4) *Au propriétaire. Droit de dénaturer :* le propriétaire d'une terre labourable peut en faire un étang, y planter un bois. *Droit de détériorer :* il peut la laisser en friche. *Droit de perdre :* le propriétaire d'un tableau peut l'effacer ; celui d'un livre peut le jeter au feu.

(5) *D'utilité publique.* Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il y ait nécessité, il suffit qu'il y ait utilité. Il y a même des cas où il suffit de l'utilité particulière, comme dans les articles 660, 661, et 682.

Nota. Un avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 12 janvier 1811 (*Bulletin,* n°. 6467), a déclaré que la disposition d'un ancien arrêt du Conseil, du 9 juillet 1718, qui autorisoit les salpêtriers à continuer de jouir, même après l'expiration des baux, des lieux où étoient établis leurs ateliers, ne devoit plus avoir force de loi.

(6) *Et moyennant une juste indemnité.* Celui dont la maison est abattue,

BIU Cujas

en cas d'incendie, pour empêcher la communication du feu, a-t-il droit à une indemnité ? Je ne le pense pas. Il y a présomption, dans ce cas, que la maison abattue auroit été incendiée. La démolition n'a donc causé aucun préjudice au propriétaire.

(7) *Loi du* 8 *mars* 1810. *Voyez* aussi celle du 16 septembre 1807 (*Bulletin*, n°. 2797), sur les desséchemens, dont l'art. 4 porte, que si les propriétaires de marais refusent d'exécuter les desséchemens ordonnés par l'Etat, l'autorité supérieure est autorisée à les faire exécuter, et à leur rendre ensuite les terreins desséchés, à la charge par eux de payer une indemnité consistant, suivant les circonstances, soit dans une somme d'argent, soit en une rente à 4 pour 100, soit enfin en une partie proportionnée du fonds. (Art. 20, 21 et 22.)

Voir aussi le titre 11 de la même loi, relatif aux alignemens, l'ordonnance des eaux et forêts, de 1669, la loi du 9 floréal an 11, l'arrêté du Gouvernement du 28 du même mois, et le décret du 15 avril 1811, qui contiennent plusieurs modifications au droit de propriété, relativement aux bois et forêts appartenant à des particuliers.

Nota. Un décret du 21 novembre 1808, rapporté dans Sirey, 1817, 2e. partie, pag. 36, a décidé qu'en général, les questions de propriété, même à l'égard du Domaine, devoient être portées devant les Tribunaux.

Page 143.

(1) *Par les lois.* Par exemple, celles qui défendent de vendre des grains en vert, ou de vendre telle ou telle denrée, ailleurs qu'aux marchés.

(2) *Ou les réglemens.* Par exemple, ceux qui sont relatifs à l'ouverture et à la fouille des carrières, et à la construction de certaines usines qui peuvent incommoder sensiblement les voisins, tels que les fours à chaux, à plâtre, et en général les manufactures, établissemens et ateliers, qui répandent une odeur insalubre ou incommode. (*Voir* l'ordonnance du Roi du 14 janvier 1815. (*Bulletin*, n°. 668.) *Voir* aussi les décrets des 11 janvier 1808, (*Bulletin*, n°. 2926) et 4 juillet 1813, (*Bulletin*, n°. 9427) relatifs à l'exploitation des carrières de pierres à bâtir, et celui du 22 mars 1813, relatifs à la responsabilité de ceux qui exploitent ces carrières. (Sirey, 1813; 2e. partie, p. 365.)

(3) *Soit du public.* Ainsi, comme il est de l'intérêt public qu'une mine, qui peut être un objet précieux pour tout le royaume, soit exploitée, et en même temps qu'elle ne le soit que par des personnes qui aient le talent et les moyens suffisans pour en retirer le plus grand produit possible, le propriétaire du terrain où elle se trouve, ne peut l'exploiter, qu'après avoir obtenu la concession du Gouvernement, qui peut même l'accorder, sans son consentement, à tout autre qu'à lui, s'il ne la demande pas, ou s'il n'est pas en état de l'exploiter. (Loi du 21 avril 1810, *Bulletin*, n°. 5401.)

BIU Cujas

(4) *Grevés de restitution.* Si je charge mon fils ou mon frère de rendre à ses enfans, lors de son décès, la portion de mes biens dont je dispose en sa faveur, cette portion est dite *grevée de restitution.*

(5) *A faculté de rachat.* Je vends ma maison sous la condition que je pourrai, pendant deux ans, la reprendre, en rendant le prix de l'acquisition. C'est une vente faite *à faculté de rachat.*

(6) *Une propriété imparfaite.* Il sera traité de ces différens cas, sous les Titres qui les concernent.

PAGE 144.

(1) *Des vues immédiates.* La vue est *immédiate*, quand le mur où elle est prise, donne immédiatement sur le fonds voisin. On peut avoir vue sur le fonds voisin sans avoir pour cela un droit de vue; il suffit que le mur où est prise la vue, soit à une certaine distance de la ligne de séparation des deux héritages. Dans ce cas, le voisin n'en a pas moins la propriété parfaite de son fonds, puisqu'il peut, s'il le juge à propos, élever son mur assez haut pour empêcher qu'on ne voie ce qui se passe chez lui.

(2) *Le droit réel de jouissance.* Il faut bien observer que nous ne considérons ici le droit de jouissance, qu'autant qu'il est droit réel, c'est-à-dire, démembrement de la propriété. Cela est d'autant plus essentiel à remarquer, qu'il existe beaucoup d'autres cas dans lesquels on peut avoir la jouissance de la chose d'autrui, sans avoir pour cela le *jus in re*, comme dans le louage, le commodat, l'antichrèse. Et ce qui prouve que, dans ce cas, le droit de jouissance ne fait pas partie de la propriété, c'est que la valeur de la chose ne s'en trouve point, ou presque point diminuée dans la main du propriétaire. (*Voyez* la note suivante.)

(3) *Du présent livre.* Je ne parle point ici de l'hypothèque, qui est cependant un droit réel, mais seulement dans le sens qu'elle produit l'action réelle, c'est-à-dire, qu'elle peut être exercée contre tout détenteur. En effet, il faut remarquer que je ne traite ici des droits réels, qu'autant qu'ils sont des démembremens de la propriété, c'est-à-dire, qu'ils font réellement partie du domaine de la chose, qu'ils en augmentent ou en diminuent la valeur, suivant qu'ils sont réunis à la propriété, ou qu'ils en sont détachés. Or, ces caractères ne se rencontrent point dans l'hypothèque : elle n'est point un démembrement de la propriété; elle n'en diminue pas la valeur dans la main du propriétaire, qui vendra toujours le fonds tout ce qu'il peut valoir, quoiqu'il soit grevé d'hypothèques bien au-delà de sa valeur; tandis que, souvent, il n'en retirera pas la moitié du prix réel, s'il est grevé d'un usufruit.

On peut voir un effet de cette différence, dans la note ci-dessus (13) de la page 96, au Titre *de l'Adoption.*

Une seconde différence résultant de la première, entre l'hypothèque et les

BIU Cujas

autres droits réels, c'est que l'hypothèque n'ayant d'autre motif que d'assurer le payement d'une créance, le propriétaire du fonds hypothéqué peut toujours, par son fait seul, par sa simple volonté, c'est-à-dire, en remboursant le créancier, même malgré lui, faire disparoître le droit réel résultant de l'hypothèque : ce qu'il ne peut faire à l'égard de celui qui a sur le fonds un droit réel, dit *démembrement de la propriété*, tel qu'un usufruit, une servitude.

Enfin, une troisième différence, c'est que les droits réels, proprement dits, prennent la nature de l'objet auquel ils s'appliquent, et sont en conséquence meubles ou immeubles, suivant que les objets le sont eux-mêmes : l'hypothèque, au contraire, quoique ne pouvant s'appliquer qu'à des immeubles, suit entièrement la nature de la créance pour sûreté de laquelle elle est établie.

PAGE 145.

(1) *De l'usufruit.* (*Voyez* le Traité *du Douaire*, de POTHIER, chap. 5, 6 et 7.)

(2) *La substance et la forme.* J'ai changé quelque chose à la rédaction de l'article 578. D'abord il y est dit que l'usufruitier a le droit de jouir comme le propriétaire; ce qui n'est pas tout-à-fait exact, puisque le propriétaire a toujours le droit de changer le mode de jouissance; ce que ne peut pas toujours l'usufruitier. (Art. 592 et 598.) L'article 34 du Sénatus-Consulte du 8 frimaire an 12, sur l'administration des sénatoreries, défend aux titulaires desdites sénatoreries, qui peuvent être regardés comme des usufruitiers, de changer la nature de l'exploitation des biens ruraux qui en dépendent. (*Bulletin*, n°. 3377.)

Secondement, l'article impose seulement à l'usufruitier l'obligation de conserver la substance. Je pense qu'il est également tenu de conserver la forme. (*L.* 7, §. 3, *LL.* 8, et 13, §. 4 et 7, *de Usufructu.*) Si cependant l'opposition du propriétaire étoit évidemment fondée sur des motifs de chicane ou de malveillance, je pense qu'elle pourroit être rejetée; si, par exemple, il s'opposoit à ce que l'usufruitier défrichât une lande, ou terminât un bâtiment commencé : *Malitiis non est indulgendum.* Cependant la loi 61, ff. *de Usufructu*, décide que, dans ce dernier cas, l'opposition des propriétaires seroit fondée. Mais je regarde cela comme une subtilité qui ne seroit pas admise dans notre droit; tout au plus le propriétaire auroit-il le droit de veiller à ce qu'en terminant l'édifice, on ne contrarie pas le plan et les dessins d'après lesquels il a été commencé.

(3) *De ces derniers.* On peut regarder aussi comme un usufruit légal le droit en vertu duquel les fruits et revenus des biens personnels des époux mariés sans contrat, appartiennent à la communauté (art. 1401), ainsi que le droit accordé par l'article 127 aux envoyés en possession des biens d'un absent, de percevoir tout ou partie des fruits desdits biens.

BIU Cujas

(4) *Donation entre-vifs ou testamentaire*, et avec les formalités voulues pour ces sortes d'actes.

Observez, au surplus, que l'usufruit étant un démembrement de la propriété, ne peut être concédé que par le propriétaire ayant capacité d'aliéner. S'il a été concédé *à non domino*, il peut être acquis par la prescription de trente ans, ou, s'il y a bonne foi, par celle de dix ou vingt ans. *Sic* jugé en Cassation, et avec raison, le 17 juillet 1816. (SIREY, 1817; 1re. part., pag. 153.)

(5) *Ou purement*: auquel cas il commence de suite, et finit ainsi qu'il sera dit ci-après.

(6) *Ou à certain jour.* Ce qui peut s'entendre de deux manières. D'abord; *ex die*, pour ne commencer que tel jour: *je donne et lègue l'usufruit de ma terre à Pierre, à compter d'un an après ma mort.* L'usufruit commence le premier jour de la seconde année, et finit par les manières ordinaires. Ensuite, *ad diem*, pour finir tel jour: *je donne et lègue, etc., pendant dix ans.* L'usufruit commence de suite, et finit à l'expiration de la dixième année. On voit, d'ailleurs, que le même usufruit peut être *ex die* et *ad diem.*

Mais *quid*, si l'usufruit a été établi *ad diem*, et que l'usufruitier vienne à mourir avant l'expiration du délai? La loi 12, Cod. *de Usufructu*, décide que, dans ce cas, l'usufruit est éteint par la mort de l'usufruitier, et ce, sur le fondement que le terme est censé ajouté, plutôt pour abréger, que pour prolonger la durée de la jouissance. Cette décision seroit probablement admise das notredroit.

Quid, si un testateur a légué la nue-propriété d'un fonds, sans rien déterminer quant à l'usufruit? L'usufruit appartiendra à ses héritiers, et finira par le décès du dernier mourant. (L. 14, Cod. *de Usufructu.*)

(7) *Ou sous condition*, suspensive ou résolutoire. *Suspensive*, lorsque l'usufruit ne doit avoir lieu, qu'autant que tel événement arrivera ou n'arrivera pas. *Résolutoire*, lorsqu'il commence de suite, mais qu'il doit finir dans le cas où tel événement arrivera ou n'arrivera pas.

(8) *Non-fongible.* On sent, en effet, que ces principes ne peuvent s'appliquer aux choses fongibles, sur lesquelles on ne peut réellement établir d'usufruit proprement dit. C'est plutôt un prêt qu'un usufruit: c'est même un véritable prêt, quand il est constitué entre-vifs.

PAGE 146.

(1) *Habituel*, parce que, si on ne regardoit comme fruits naturels que ceux qui n'ont absolument aucun besoin de l'industrie humaine, on en réduiroit infiniment le nombre, puisque les bois même ont toujours besoin de quelque soin, ne fût-ce que pendant leur jeunesse. Mais cependant, comme ces soins ne sont pas habituels, et ne se renouvellent pas à des époques périodiques, comme pour les moissons, on range les bois dans la classe des fruits purement

BIU Cujas

naturels. Au surplus, cette division des fruits, en naturels et industriels; n'est mise, ici, que pour complément; car il n'en résulte pas de différence dans le droit.

(2) *Le prix des baux à ferme.* Ce prix n'étoit pas mis anciennement au nombre des fruits civils, parce que, disoit-on, il représentoit les fruits du fonds. De ce changement il est résulté une différence dans le droit de l'usufruitier, au commencement et à la fin de l'usufruit, ainsi que nous le verrons tout-à-l'heure. (*Voyez* la note (5) de la page suivante.)

(3) *D'autres pertes. Quid*, si ce sont des choses qui se dégradent peu-à-peu par l'usage, comme des meubles meublans, et que l'usufruitier n'en représente aucun vestige, prétendant qu'elles ont été entièrement consommées par le service. Je pense que, dans ce cas, il est tenu d'en rembourser le prix sur le pied de la valeur des objets, au commencement de l'usufruit. (Argument tiré de l'article 950, qui assujettit à cette obligation le donateur qui s'est réservé l'usufruit, et qui est bien certainement le plus favorable de tous les usufruitiers.) On doit présumer, comme nous l'avons déjà dit, note (6) de la page 117, ci-dessus, qu'il a vendu les objets dès le commencement de son usufruit, et qu'il en a retiré conséquemment la valeur qu'ils avoient alors. C'est à lui, s'il veut empêcher l'effet de cette présomption, à représenter au moins les vestiges qui ont dû lui rester, et à remplir par là l'obligation qui lui est imposée par l'article 603, de représenter les objets à la fin de l'usufruit.

Il est, au surplus, bien entendu que, si l'usufruitier prétend que les objets soumis à l'usufruit, ont péri entièrement par cas fortuit, il doit être admis à le prouver. Et cette preuve faite, si le propriétaire soutient que le cas fortuit a été précédé d'une faute qui y a donné lieu, ce sera à lui à le prouver à son tour. (Argument tiré de l'article 1808.)

(4) *Ou par sa faute.* Si donc, par exemple, l'usufruit est établi sur un animal qui vienne à périr sans la faute de l'usufruitier, son droit cesse; mais il n'est pas tenu d'en rendre un autre, ni d'en payer l'estimation.

(5) *Sans être tenu à restitution.* Ces mots ont été ajoutés, parce qu'il y avoit des auteurs qui pensoient qu'une rente viagère n'ayant pas de capital, n'étoit autre chose que la créance des arrérages qui devoient courir pendant le temps de sa durée; que ces arrérages faisoient tout le principal, tout le fonds de la rente viagère, laquelle s'éteignoit par partie, à mesure que le créancier les recevoit. Ils concluoient de là que l'usufruitier n'ayant pas le droit de consommer le fonds de la chose dont il a l'usufruit, pouvoit bien percevoir les arrérages de la rente viagère, mais qu'il étoit tenu de les restituer à la fin de l'usufruit, et que son droit se bornoit à la propriété des revenus que ces arrérages, placés à fur et mesure, pouvoient lui procurer. Cette opinion, déjà rejetée dans l'ancien droit, n'a pas été adoptée davantage dans le Code. On a considéré la rente viagère comme un être moral, distingué des arrérages

BIU Cujas

qu'elle produit, et qui en sont les fruits. On a donc abandonné irrévocablement ces arrérages à l'usufruitier, qui est seulement tenu, à la fin de l'usufruit, de rendre l'être moral qui les produit, s'il subsiste encore, c'est-à-dire, le droit de percevoir les arrérages qui écherront postérieurement à la cessation de l'usufruit, si la tête sur laquelle repose la rente, est encore vivante. Et en effet, la rente viagère peut, en quelque sorte, être mise au nombre des choses non-fongibles, puisqu'il est vrai de dire qu'elle périt peu-à-peu par l'usage. L'on trouve, au surplus, une décision à-peu-près semblable, dans la loi 7, §. 2, ff. *de Jure dotium*, où il s'agit d'un usufruit qui a été donné en dot: l'on demande si les fruits perçus pendant le mariage doivent être rendus lors de sa dissolution, et le jurisconsulte décide qu'il n'y a que le droit d'usufruit qui soit dotal, et qui doive conséquemment être restitué : *Jus ipsum in dote esse, non etiam fructus qui percipiuntur.*

PAGE 147.

(1) *Ou l'estimation.* Sur quel pied? Est-ce d'après la valeur de la chose au commencement, ou à la fin de l'usufruit? L'article dit bien, *d'en rendre l'estimation, à la fin de l'usufruit;* mais comme ces mots, *à la fin de l'usufruit*, sont séparés de ce qui précède, par une virgule, ils doivent, d'après les règles grammaticales, se rapporter à la phrase principale, c'est-à-dire, à l'obligation de rendre, et ils signifient simplement, que la chose, ou l'estimation, doit être rendue à la fin de l'usufruit; ce qui est hors de doute, et ce qui ne lève point la difficulté. Ceux qui prétendent que l'on doit considérer la valeur à la fin de l'usufruit, s'appuient sur ce que la loi donne à l'usufruitier le choix de rendre la chose en nature ou en argent. Il paroît donc conforme à l'équité, que, s'il ne la rend pas en nature, il rende une valeur égale à celle de l'objet en nature, ou, en d'autres termes, la valeur qu'a l'objet au moment de la restitution, c'est-à-dire à la fin de l'usufruit.

Les partisans de l'opinion contraire répondent qu'il n'en est pas des choses fongibles comme des choses non-fongibles; qu'à l'égard des premières, le droit de jouissance se confond avec celui de propriété; que l'usufruitier devient donc, dans ce cas, propriétaire, dès le principe, de la chose soumise à son usufruit, à la charge d'en rendre pareille quantité et qualité, ou d'en payer la valeur; que cette valeur, quand il préfère la payer, doit être celle dont il a eu l'usufruit, et, par conséquent, celle qu'avoient les objets quand l'usufruit a commencé. Ils citent, à l'appui de leur opinion, la loi 7, ff. *de Usuf. ear. rer.;* le §. 2, Instit., *de Usuf.;* l'opinion de DOMAT, Tit. *de l'Usufruit*, Sect. III, n°. 7; l'art. 868 du Code, qui assujettit l'héritier, donataire de meubles, au rapport de la valeur qu'avoient les objets donnés au moment de la donation; et enfin, l'article 1532, qui, dans le cas d'exclusion de communauté, assujettit le mari à restituer les choses fongibles faisant partie du mobilier apporté par

BIU Cujas

sa femme, sur le pied de l'estimation qui a dû en être faite aum oment du contrat de mariage.

Quelque forts que soient les motifs de cette dernière opinion, je pense que l'on doit, d'après la loi et l'équité, s'en tenir à la première. D'abord, on peut l'appuyer sur l'article 922 du Code, qui décide que, pour déterminer si une donation excède ou non la quotité disponible, il faut considérer la valeur des objets au temps du décès du donateur; sur l'article 1895, portant que le débiteur d'une somme d'argent doit rendre la somme numérique prêtée, en espèces ayant cours au moment du payement, sans égard à l'augmentation ou à la diminution d'espèces, qui auroit pu arriver dans l'intervalle; enfin, et cela me paroît décisif, sur l'article 1903, portant que l'emprunteur de choses fongibles, qui se trouve dans l'impossibilité de les restituer en nature, est tenu d'en payer la valeur, eu égard au temps et au lieu où la chose devoit être rendue d'après la convention. Or, dans tous ces cas, le débiteur étoit devenu propriétaire dès le principe; et, d'ailleurs, comme nous l'avons dit ci-dessus, notre (8) de la pag. 151, l'usufruit des choses fongibles est réellement un véritable prêt.

Enfin l'opinion contraire seroit trop préjudiciable aux intérêts du propriétaire. En effet, la loi donnant à l'usufruitier le choix de rendre la chose en nature, ou sa valeur, le propriétaire n'a pas grand intérêt à recevoir l'une plutôt que l'autre, s'il s'agit de la valeur à la fin de l'usufruit; mais si, au contraire, l'on décidoit qu'il s'agit de la valeur qu'avoit l'objet au commencement de l'usufruit, il est clair que l'usufruitier, qui a le choix, ne manquera pas de rendre cette valeur, si les objets ont augmenté de prix, ou de rendre les objets mêmes en nature, s'ils ont diminué; en sorte que toutes les chances se trouveront contre le propriétaire. Cette dernière raison rend absolument inapplicables à la question proposée les autorités citées en faveur de l'opinion contraire. En effet, dans ces différentes dispositions, le débiteur n'a pas le choix; il doit rendre, dans tous les cas, le montant de l'estimation qui a été faite dans le principe: son sort est dès-lors fixé, soit que l'objet augmente ou diminue de valeur; en sorte que la chance est égale pour lui, comme pour le créancier.

(2) *Tous les fruits de la chose. Quid,* à l'égard de la chasse et de la pêche? L'usufruitier ayant le droit de jouir comme le propriétaire, les produits de la chasse et de la pêche lui appartiennent, à la charge par lui d'en user en bon père de famille. Ainsi, il doit laisser au gibier, le temps et les moyens de se reproduire; il devra repeupler les étangs. *L.* 9, §. 5, et *L.* 62, ff. *de Usufructu.*

(3) *A l'ouverture de l'usufruit;* pourvu, toutefois, que l'usufruit ne vienne pas à s'éteindre avant qu'ils soient perçus; autrement, comme ils se trouveroient encore pendans par racines au moment de la cessation de l'usufruit, ils appartiendroient au propriétaire.

(4) *Ou à la fin de l'usufruit.* C'est-à-dire, que si, par exemple, il y a sur le fonds, au commencement de l'usufruit, un fermier à moitié, quoique l'usu-

BIU Cujas

fruitier ait, dans la règle générale, le droit de percevoir tous les fruits, cependant il ne pourra toucher à la moitié réservée au fermier. On veut bien dispenser l'usufruitier de rembourser les frais de labours et semences, lorsqu'ils ont été faits par le propriétaire, mais non pas lorsqu'ils l'ont été par un tiers qui a dû compter sur l'exécution de son bail.

Il en est de même de la part du propriétaire, à l'égard du colon partiaire qui pourroit se trouver sur le fonds à la fin de l'usufruit.

(5) *Du prix de baux à ferme.* C'est ici le lieu d'expliquer comment le Code, en rangeant dans la classe des fruits civils le prix de fermage des biens ruraux, qui étoit regardé anciennement comme fruit naturel ou industriel, a changé le droit de l'usufruitier.

Soit une ferme, louée douze mille francs payables à Noel chaque année, et dont la récolte commence au 1^er^. juillet, et se termine au 31 août; que l'on suppose maintenant que cette ferme est sujette à un usufruit, et que l'usufruitier vient à décéder le 30 juin. On pensoit anciennement, conformément à la loi 58, ff. *de Usufructu*, que le prix du bail étoit représentatif de la récolte; qu'il étoit, en conséquence, acquis en entier à l'usufruitier, dès que la récolte étoit terminée, quand même l'époque du payement n'auroit pas été encore échue, le délai étant accordé uniquement en faveur du fermier, afin de lui donner le temps de vendre ses fruits et de se procurer des fonds. Par la même raison, l'on pensoit qu'aucune partie du prix n'étoit acquise à l'usufruitier, tant que la récolte n'étoit pas commencée, quand même le fermier auroit été tenu de payer par termes, et qu'il y auroit eu un ou deux termes échus. D'après ces principes, on voit que, dans l'hypothèse ci-dessus, la succession de l'usufruitier n'auroit rien eu à réclamer sur le prix du fermage de la dernière année, puisque nous supposons qu'il est mort le 30 juin, et que la récolte ne devoit commencer que le lendemain. Dans le droit actuel, sa succession pourroit réclamer six mille francs.

Si nous supposons maintenant qu'il est mort le 1^er^ septembre, il est évident que, dans l'ancien droit, sa succession auroit eu à réclamer douze mille francs, prix total de l'année, puisque nous supposons que la récolte entière a été terminée la veille de sa mort. Dans le droit actuel, elle ne pourroit réclamer que huit mille francs.

Il faut avouer que l'ancien droit étoit plus conforme à la rigueur des principes. Il est, en effet, singulier que le droit de l'usufruitier change, suivant qu'il a donné à ferme, ou qu'il exploite lui-même le bien sujet à l'usufruit; car on voit que, dans l'hypothèse ci-dessus, si le bien étoit exploité par l'usufruitier lui-même, celui qui est mort le 30 juin, n'eût perçu aucun fruit, et celui qui est mort le 1^er^. septembre, les eût recueillis tous. Mais, d'un autre côté, l'ancien droit donnoit aussi matière à beaucoup de difficultés, surtout lorsque l'usufruitier venoit à mourir pendant la récolte. Il falloit estimer ce que la

BIU Cujas

partie recueillie étoit à la récolte totale, afin de donner à la succession de l'usufruitier une part correspondante dans le prix du fermage; il falloit donc expertise, ventilation, etc. On a voulu éviter tout cela, et on a admis un moyen terme qui fait, après tout, en quelque sorte, compensation, puisque l'usufruitier peut gagner dans un cas, comme il peut perdre dans l'autre.

Quid, si le fonds est exploité par un colon partiaire? Comme alors le prix du bail consiste dans une portion des fruits recueillis, je pense qu'il doit être regardé comme fruit naturel, et que les droits des parties doivent être réglés en conséquence. Si donc la récolte n'est pas commencée, la succession de l'usufruitier n'a rien à réclamer. Si elle est finie, la portion du prix fixée par le bail, pour chaque année, lui est due en totalité. Si elle est commencée, et non finie, il lui est dû une part proportionnée à ce qui est coupé. Si donc le bail est, par exemple, à moitié, les héritiers de l'usufruitier prendront la moitié de ce qui est coupé, etc. De cette manière, il y a peu d'embarras, point de ventilation, etc.

(6) *Le mode de jouissance.* D'un pré, d'un bois, le propriétaire peut faire une terre labourable, *et vice versâ*; l'usufruitier ne le peut pas.

(7) *Ou à l'usage constant des propriétaires.* Mais aussi, en se conformant à cet usage, il profite de toutes les coupes dont l'époque arrive pendant la durée de son usufruit; de sorte que, si l'on suppose un taillis qui se coupe tous les douze ans, et qui en ait onze au moment de l'ouverture de l'usufruit, il suffira que l'usufruit dure un an, pour que l'usufruitier ait le droit de faire la coupe et de se l'approprier; *et vice versâ*, si le taillis n'avoit qu'un an au moment de l'entrée en jouissance, l'usufruitier n'auroit rien à prétendre, si ce n'est dans le cas où son usufruit se prolongeroit jusqu'à l'époque à laquelle le bois auroit atteint sa douzième année.

Quid, s'il a fait la coupe avant l'époque fixée par l'aménagement ordinaire? Le droit de l'usufruitier est *in suspenso*, et demeure subordonné à la durée future de l'usufruit. S'il se prolonge jusqu'au moment où les bois auroient eu l'âge prescrit, le propriétaire n'a rien à réclamer: sinon il lui est dû indemnité; et cette indemnité doit être égale à la différence qui se trouve entre l'âge du bois qui existe au moment de la cessation de l'usufruit, et l'âge qu'il auroit eu si la coupe n'avoit pas été faite indûment. Par exemple, la coupe devoit être faite à douze ans; l'usufruitier l'a faite à huit, il est mort trois ans après: le propriétaire ne trouve sur son terrain qu'un bois de trois ans, tandis que, si l'usufruitier n'eût pas fait une coupe prématurée, il en eût trouvé un de onze ans. L'indemnité doit être réglée d'après cette base.

Nota. Aux termes de l'Ordonnance de 1669, Tit. XXVI, le taillis ne peut être coupé avant l'âge de dix ans. A quarante ans, il est réputé *futaie*; et à soixante ans, *haute-futaie.*

(8) *A l'égard des futaies.* Le taillis est regardé comme fruit, et non la

BIU Cujas

futaie, parce que le taillis se coupe périodiquement, et à des époques même assez rapprochées, tandis que la futaie ne se coupe ordinairement que quand elle est couronnée. D'ailleurs, le taillis n'a pas d'autre destination que celle d'être coupé; la futaie sert ordinairement pour l'agrément. Mais comme l'usufruitier a le droit de jouir comme jouissoit le propriétaire, si celui-ci a mis antérieurement les futaies en coupe réglée, l'usufruitier a le droit d'en continuer l'exploitation sur le même pied.

(9) *Antérieurement.* Remarquez la différence qui existe, quant aux droits de l'usufruitier, outre les diverses sortes de bois. S'ils sont de nature de taillis, leur qualité suffit pour donner à l'usufruitier le droit d'en jouir, quand même ils n'auroient pas encore été mis en coupe réglée; *putà*, parce qu'ils sont trop récemment plantés. Mais si les bois sont des futaies, comme ils ne sont pas naturellement regardés comme fruits, il faut qu'ils aient été mis antérieurement en coupe réglée, pour que l'usufruitier ait le droit d'en réclamer la jouissance.

PAGE 148.

(1) *Soit de baliveaux.* On nomme ainsi des arbres qui, aux termes des réglemens, doivent être réservés sur chaque coupe, soit de taillis, soit de futaie. Leur nombre est de seize par arpens, ancienne mesure; ils doivent être de la plus belle espèce et de la meilleure qualité. Les baliveaux sur taillis ne peuvent être coupés avant l'âge de quarante ans, et les baliveaux sur futaie avant l'âge de cent vingt ans. (Arrêt du Conseil-d'Etat, du 19 juillet 1723.) Cette mesure a pour objet de conserver des bois de construction, et principalement des bois de marine.

Notre article suppose que l'usufruitier peut avoir droit aux coupes de baliveaux; et effectivement, il paroît, d'après l'usage rapporté par DENISART, v°. *Baliveaux*, n°. 5, que les baliveaux sur taillis appartiennent à l'usufruitier, tant qu'ils n'ont pas l'âge requis pour être réputés futaies, c'est-a-dire de quarante à soixante ans.

D'après l'article 39 du Sénatus-Consulte, déjà cité, du 8 frimaire an 12, relatif aux sénatoreries, le titulaire d'une sénatorerie ne peut disposer des baliveaux, même sur taillis, quel que soit leur âge.

Quid, si l'usufruitier a vendu la coupe sur pié, comme cela se fait ordinairement, et que l'usufruit vienne à cesser avant qu'elle soit faite, quel sera le droit de l'acquéreur?

Je pense qu'il faut distinguer: Si la vente a été faite à l'époque et suivant les formes déterminées par l'usage ou les réglemens pour ces sortes de ventes, elle doit être maintenue; mais le prix doit en être versé dans les mains du propriétaire; dans le cas contraire, il est libre au propriétaire d'en demander la nullité.

POTHIER, dans son Traité *du Douaire*, n°. 200, émet, à la vérité, une opinion contraire, pour le premier cas, relativement à la propriété du prix; mais

BIU Cujas

comme cette opinion est fondée sur une disposition particulière de l'article 75 de la Coutume d'Orléans, disposition qui n'est pas renouvelée dans le Code, je n'ai pas dû y avoir égard.

Quid, si l'exploitation est commencée, mais non finie, au décès de l'usufruitier ? Si l'exploitation a été faite suivant l'usage, ses héritiers ont droit à une part du prix, proportionnée à ce qui est exploité, et le restant du prix appartient au propriétaire. Mais celui-ci n'a pas le droit de réclamer en nature les arbres faisant partie de la vente, et qui ne seroient pas encore coupés au décès de l'usufruitier. Car, puisque le propriétaire seroit tenu d'exécuter un bail de neuf ans fait par l'usufruitier, à plus forte raison doit-il en être de même d'une pareille vente qui peut, dans le fait, être assimilée à un bail d'un an. *Sic* jugé en Cassation, le 21 juillet 1818. (*Bulletin*, nº. 55.)

Observez que nous n'admettons pas, dans notre droit, la distinction subtile du Droit Romain, qui n'adjugeoit les fruits à l'usufruitier, qu'autant qu'ils avoient été perçus par lui ou en son nom. Dans tous les autres cas, *putà*, s'ils étoient tombés d'eux-mêmes, ou s'ils avoient été volés, ils appartenoient au propriétaire, (L. 12, §. 5, ff. *de Usuf.*, et L. 13, ff., *Quibus modis ususf. amitt.*) Chez nous, il suffit que les fruits aient été séparés du fonds, pour qu'ils appartiennent à l'usufruitier, de quelque manière que la séparation ait eu lieu.

(2) *Pendant sa jouissance.* Si, cependant, il avoit été empêché de faire ces coupes par l'effet d'une force majeure qui lui fût étrangère, *putà* par une inondation, ou par une disposition réglementaire momentanée, je ne pense pas qu'il doive en être privé.

(3) *Ne peut les exploiter de cette manière*, et s'il l'a fait, il doit indemniser le propriétaire. Mais l'on a jugé à Paris, le 12 décembre 1811 (Sirey, 1813, 2e. partie, pag. 318), que cette indemnité n'était exigible qu'à la fin de l'usufruit, attendu que l'usufruitier devant jouir jusque-là des futaies, doit jouir de l'indemnité qui en est la représentation. Je pense qu'il faut distinguer le prix de la coupe, de l'indemnité qui peut être due au propriétaire : la futaie n'ayant pu, dans l'espèce, être regardée comme fruit, le prix ne peut, sous aucun rapport, appartenir à l'usufruitier. Le propriétaire peut donc le réclamer dès-à-présent. Quant à l'indemnité, je pense qu'elle n'est en effet exigible qu'à la fin de l'usufruit ; car ce n'est qu'alors que l'on pourra déterminer s'il en est dû une, et le montant de celle qui peut être due. Si, par exemple, il avoit éclaté, depuis la vente, un incendie qui auroit brûlé la futaie, si elle eût été sur pied, il se trouvera par le fait que la coupe faite indûment par l'usufruitier, aura profité au propriétaire, bien loin de lui préjudicier. Mais aussi, d'un autre côté, il seroit possible que cette coupe fût, suivant les circonstances, regardée comme un abus de jouissance de la part de l'usufruitier, et donnât lieu en conséquence à l'application de l'article 618.

BIU Cujas

(4) *Par accident.* Donc, hors le cas de réparation, les futaies arrachées ou brisées appartiennent au propriétaire.

Nota. Les arbres arrachés ou brisés par accident se nomment, en termes de forêts, *chablis;* et l'on nomme *arbres de délit*, ceux qui ont été coupés ou renversés clandestinement. L'article ne parle que des premiers; en seroit-il de même des seconds? A plus forte raison. Autrement, il en résulteroit, ou que l'usufruitier négligeroit de surveiller les bois, ou pourroit même les faire couper clandestinement pour se les approprier.

Quid, à l'égard des arbres morts? Ils doivent également appartenir au propriétaire, ne fût-ce que pour empêcher la fraude. L'article 592 dit que, *dans tous les autres cas*, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie. La loi 18, ff. *de Usuf.*, paroît décider le contraire; mais je ne pense pas qu'elle doive être suivie dans notre droit; il en résulteroit trop d'inconvéniens.

Le propriétaire a-t-il le droit, pendant la durée de l'usufruit, de faire couper et vendre les futaies? Il faut distinguer : Si la futaie se couronnoit, de manière qu'il fût à craindre que les arbres ne mourussent, l'usufruitier n'a le droit, ni de s'opposer à la coupe, ni même de réclamer une indemnité, puisque la cessation de sa jouissance doit alors être attribuée à une force majeure : mais autrement le propriétaire ne peut en disposer. Ce seroit nuire aux droits de l'usufruitier, auquel ces arbres peuvent être utiles, soit pour l'ombrage et la promenade, soit à raison des produits qu'il peut en retirer, comme les échalas, la glandée, le faine, etc.

(5) *Lui appartiennent.* Pourquoi cette différence avec les futaies? C'est qu'un arbre fruitier se remplace, au lieu qu'un arbre de futaie ne peut se remplacer; ou du moins, il faut un temps si considérable, que cela excède la durée ordinaire d'un usufruit. Il y a, d'ailleurs, une autre raison; c'est que l'usufruitier ne peut jamais avoir d'intérêt à abattre un arbre fruitier : on ne peut donc supposer que l'accident prétendu provienne de son fait. Il n'en est pas de même d'un arbre de futaie.

(6) *Ou périodiques.* Tels que les menus brins de bouleau, les têtes des saules, l'ébranchage des peupliers et des ormes, les glands, les faines, etc.

(7) *Relatifs aux mines.* (*Voyez* ci-dessus, la note (3) de la page 143.)

(8) *Au commencement de l'usufruit.* Mais le propriétaire pourroit-il en ouvrir pendant la durée de l'usufruit, sans le consentement de l'usufruitier? Il faut distinguer s'il s'agit de mines, minières, ou carrières.

D'abord, sont considérées comme mines, celles qui contiennent en filons, en couches, ou en amas, de l'or, de l'argent, du platine, du mercure, du plomb, du cuivre, du zinc, de la calamine, du bismuth, du cobalt, de l'arsenic, du manganèse, de l'antimoine, du molybdène, de la plombagine ou autres matières métalliques, du soufre, du charbon de terre ou de pierre,

BIU Cujas

du bois fossile, des bitumes, de l'alun, des sulfates à base métallique, ainsi que du fer en filons ou couches. (Loi du 21 avril 1810, *Bulletin*, n°. 5401, art. 2.)

Les minières comprennent les minerais de fer dits d'*alluvion*, les terres pyriteuses propres à être converties en sulfate de fer, les terres alumineuses, et les tourbes. (*Ibid.*, art. 3.)

Les carrières renferment les ardoises, les grès, pierres à bâtir et autres, les marbres, granits, pierres à chaux, pierres à plâtre, les pozzolanes, le trass, les basaltes, les laves, les marnes, craies, sables, pierres à fusil, kaolin, terres à foulon, terres à poteries, les substances terreuses, et les caillous de toute nature, les terres pyriteuses regardées comme engrais; le tout exploité à ciel ouvert, ou avec des galeries souterraines. (*Ibid*, art. 4.)

Cela posé, voici les distinctions que nous croyons devoir établir, quant au droit du propriétaire, relativement aux mines, minières, ou carrières, non encore ouvertes au commencement de l'usufruit.

Les mines ne pouvant être, en général, exploitées qu'en vertu d'une concession du Gouvernement, laquelle peut, comme nous l'avons déjà fait observer, être accordée à tout autre qu'au propriétaire, et sans son consentement, il est clair que l'usufruitier ne peut, à plus forte raison, s'opposer à la concession qui seroit faite de la mine, soit au propriétaire, soit à tout autre. (Art. 16 de ladite loi.) Mais aussi n'auroit-il pas droit à l'usufruit de l'indemnité qui, aux termes des articles 6 et 42 de la même loi, doit être payée par le concessionnaire au propriétaire de la surface? Cela me paroît de toute justice. Il est certain que l'exploitation de la mine doit préjudicier à son usufruit. L'on opposera peut-être que, d'après l'article 598, l'usufruitier n'a aucun droit aux mines non encore ouvertes; et de ce mot *aucun*, l'on conclura qu'il n'a rien à réclamer sur l'indemnité accordée au propriétaire. Mais d'abord il n'est nullement question ici de l'indemnité. L'article dit que l'usufruitier n'a aucun droit aux mines elles-mêmes, ce qui est bien différent. Pour entendre cette distinction, il faut se reporter à l'époque à laquelle l'article a été rédigé. Alors la législation relative aux mines étoit régie par la loi du 13 pluviose an 9 (*Bulletin*, n°. 513), laquelle donnoit, dans tous les cas, la préférence, pour la concession de la mine, au propriétaire de la surface, lorsqu'il consentoit à exploiter aux mêmes clauses et conditions offertes par les autres concessionnaires. Or, d'après cela, quand on a dit, dans l'art. 598, que l'usufruitier n'auroit *aucun droit* aux mines, etc.; on a voulu dire simplement, que, lorsqu'il y auroit un usufruitier, il ne pourroit réclamer la préférence que la loi accordoit au propriétaire seul. Entendu dans ce sens, qui est d'ailleurs fort raisonnable, l'article 598 ne s'opposeroit point à notre opinion, qui est, comme nous l'avons dit, fondée sur une rigoureuse justice. Car, puisque l'indemnité est accordée au propriétaire, en raison du préjudice

BIU Cujas

que l'exploitation de la mine apporte à sa propriété, et que ce préjudice, pendant toute la durée de l'usufruit, retombe entièrement sur l'usufruitier, n'est-il pas juste qu'il ait, au moins, pendant le même temps, la jouissance de l'indemnité ?

Il y a plus : l'article 44 de la loi de 1810 dit que, quand l'occupation des terrains pour la recherche ou les travaux des mines, privera les propriétaires du sol, de la jouissance du revenu au-delà du temps d'une année, ou, lorsqu'après les travaux, les terrains ne seront plus propres à la culture, les propriétaires des mines pourront être forcés d'acquérir les terrains à l'usage de l'exploitation ; et même que, si une pièce de terre se trouve trop endommagée ou dégradée, sur une trop grande partie de sa surface, le propriétaire de la surface pourra exiger qu'elle soit achetée en totalité par le concessionnaire de la mine. Or, s'il y a un usufruit sur ces pièce ou terrain, et que l'usufruitier n'ait pas le droit de jouir du prix de l'acquisition, il s'ensuivra que l'usufruit se trouvera éteint par le fait du propriétaire ; ce qui est contre tous les principes, puisque, dans le cas même où l'usufruit cesse par le fait de l'usufruitier, *putà*, pour abus fait pendant sa jouissance, le propriétaire, en rentrant dans la possession de l'objet, peut être condamné à payer à l'usufruitier une somme annuelle ou déterminée, jusqu'à l'époque où l'usufruit auroit dû cesser.

Enfin l'article 609 porte que, si, pendant la durée de l'usufruit, il est imposé quelque charge sur la propriété, le propriétaire est obligé d'en faire l'avance, mais que l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. Donc, *à pari*, s'il est porté à la propriété quelque préjudice, pour lequel le propriétaire reçoive une indemnité, l'usufruitier doit avoir le droit de toucher les intérêts, ou, ce qui est la même chose, de jouir de cette même indemnité.

Quid, si la mine est concédée au propriétaire de la surface ? L'on fera comme il est dit par l'article 19 de ladite loi, pour le cas où il existe des créanciers hypothécaires sur la surface, c'est-à-dire que l'on évaluera l'indemnité, comme si la concession avoit été faite à un étranger ; et l'usufruitier en aura la jouissance.

Les mêmes dispositions doivent être appliquées aux minières produisant du minerai de fer d'alluvion, lorsqu'elles sont susceptibles d'être concédées ; ce qui ne peut avoir lieu que dans les deux cas suivans :

1°. Lorsque l'exploitation à ciel ouvert cesse d'être possible, et que l'établissement de puits, galeries, etc., devient nécessaire ;

2°. Lorsque l'exploitation à ciel ouvert, quoique possible encore, ne doit durer que peu d'années, et doit rendre ensuite impossible l'exploitation avec puits et galeries. (*Ibid.* 69.)

Si la minière n'est pas dans le cas d'être concédée, comme alors le propriétaire est tenu de l'exploiter, et que, faute par lui de le faire, les maîtres de forge voisins peuvent l'exploiter à sa place (*ibid.*, art. 59 et 60), je pense que

BIU Cujas

l'usufruitier a droit de l'exploiter comme feroit le propriétaire, à la charge néanmoins, de rendre, à la fin de l'usufruit, le terrain propre à la culture, ou d'indemniser le propriétaire. (Argument tiré de l'art. 63.) S'il n'exploite pas, et que l'extraction du minerai soit faite par les maîtres de forge, je pense qu'il a droit de jouir de l'indemnité qui doit être payée par eux aux termes des articles 65 et 66.

Il en doit être de même à l'égard des terres pyriteuses et alumineuses. (*Ibid.*, art. 71 et 72.)

Les motifs d'utilité publique, qui ont fait déroger aux lois sur la propriété, lorsqu'il s'agit des mines et minières, n'existant pas à l'égard des carrières et tourbières, dont l'exploitation ne peut en conséquence jamais avoir lieu que du consentement du propriétaire (*ibid.*, art. 83), je ne pense pas qu'il puisse en ouvrir pendant la durée de l'usufruit, sans l'aveu de l'usufruitier, et conformément aux conventions faites entr'eux.

Observez que toutes les contestations qui peuvent s'élever sur la propriété ou la limitation des mines concédées ou autres, ainsi que sur les indemnités prétendues, sont de la compétence des Tribunaux. (Même loi du 21 avril 1810, art. 28 et 56, et décret du 21 février 1814. (*Bulletin*, n°. 10194.)

(9) *Ni comme une partie du fonds.* Si c'étoit un produit, il en auroit la propriété. Si c'étoit une partie, il en auroit au moins la jouissance, comme de l'alluvion.

S'il a trouvé lui-même le trésor, il en a la moitié, mais comme inventeur. (*L.* 7, §. 12, ff. *Soluto Matrim.*)

(10) *Par alluvion.* L'alluvion est un accroissement qui se fait imperceptiblement à un fonds riverain. La disposition qui en adjuge la jouissance à l'usufruitier, est fondée sur la loi 9, §. 4. ff. *de Usufructu.* En seroit-il de même de l'île née dans une rivière non navigable et non flottable, et qui, aux termes de l'article 561, appartient également au propriétaire riverain? La même loi décide la négative. Quelle est la raison de différence? Il ne peut y en avoir d'autre, que celle qui est donnée par le jurisconsulte lui-même dans la loi précitée. D'abord, il paroît établir en principe, que, de droit strict, l'usufruitier ne devroit pas avoir plus de droit sur l'alluvion que sur l'île; mais que, cependant, comme il est difficile, pour ne pas dire même quelquefois impossible, de déterminer l'époque de l'alluvion, ainsi que l'augmentation qui en est résultée, l'on n'a pas cru devoir séparer l'alluvion, du terrain auquel elle accroît : *ubi latitet incrementum*, dit PAUL, *augetur usus-fructus.* Ce motif ne pouvant s'appliquer à l'île qui est un terrain absolument séparé, le principe reprend toute sa force, et l'île est adjugée en entier au propriétaire : *Ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.*

(11) *Provenant de son fait.* Par exemple, une friche qu'il a mise en valeur, un bois qu'il a fait planter.

BIU Cujas

(12) *En seroit augmentée.* Cela paroît, au premier coup-d'œil, contraire à l'équité, et au principe que, *nemo debet cum alterius damno locupletari.* Cependant cela est fondé en raison. On n'a pas voulu que, par des dépenses que le propriétaire n'eût peut-être pas faites, l'usufruitier pût le surcharger de répétitions qui pourroient le ruiner, ou l'obliger de vendre la chose elle-même, pour pouvoir les payer. D'après cette raison de décider, qui est également fondée sur l'équité, je pense que, si l'usufruitier a fait des améliorations d'un côté, et de l'autre commis des dégradations, il doit y avoir compensation jusqu'à concurrence, non pas de ce que lui ont coûté les améliorations, mais de l'augmention de valeur qu'elles ont procuré au fonds : *quatenùs res pretiosior facta est.* Le motif ci-dessus n'existe plus, puisque le propriétaire peut, au moyen de la compensation, payer les améliorations, sans bourse délier.

(13) *Qu'il a fait placer.* Même quand ils seroient scellés, ou qu'ils feroient corps avec la boiserie. Pour qu'ils fussent censés, dans ce cas, faire partie du fonds, il faudroit qu'ils y eussent été placés par le propriétaire. (Art. 524, à la fin.)

De ce que l'article ne donne à l'usufruitier que le droit d'enlever les ornemens qu'il a fait placer ; de ce qu'il ne lui accorde aucune indemnité pour l'amélioration qu'il a pu faire à la chose dont il a l'usufruit, en doit-on conclure que si, par exemple, il avoit fait bâtir une maison sur le fonds soumis à l'usufruit, il ne pourroit pas la détruire et en emporter les matériaux, si le propriétaire ne vouloit pas s'en arranger avec lui ? Je pense qu'il le pourroit ; et ce, nonobstant la décision trop rigoureuse de la loi 15, ff. *de Usufructu*, qui ne seroit certainement pas admise dans notre droit. Il faut, en effet, concilier cet article 599 avec le 555e., qui porte que, lorsque des ouvrages ont été faits par un tiers, et avec ses matériaux, sur un fonds qui appartient à autrui, le propriétaire a le choix, ou de l'obliger à les enlever, à la charge par le tiers de remettre les choses dans leur premier état et d'indemniser le propriétaire du retard, ou de les retenir, en payant les frais de main-d'œuvre et le prix des matériaux. Or, l'article parle en général du tiers qui bâtit sur le fonds d'autrui, sans distinction ; ce qui s'applique aussi bien à l'usufruitier qu'au locataire ; d'ailleurs, il est certain que cette disposition seroit applicable au possesseur même de mauvaise foi, ainsi qu'il résulte de la disposition finale du même article, qui contient une exception en faveur du possesseur de bonne foi. Or, certainement, le possesseur de mauvaise foi est moins favorable que l'usufruitier. Quant à ce que dit l'article 599, que l'usufruitier ne peut prétendre aucune indemnité pour les améliorations qu'il a faites au fonds dont il a l'usufruit, je pense que cela doit s'entendre des améliorations intrinsèques, et qui ne peuvent être détachées, comme s'il a mis une friche en valeur ; mais que cela ne doit pas s'appliquer aux améliorations ex-

BIU Cujas

trinsèques, et qui peuvent être détachées : cela seroit contraire au principe d'équité ; et l'on ne pourroit donner le même motif que nous avons donné dans la note précédente, pour justifier l'exception, puisque le propriétaire est toujours le maître d'exiger la suppression des ouvrages, et n'est conséquemment jamais obligé d'en payer la valeur.

PAGE 149.

(1) *Dont il a l'usufruit.* Mais pourroit-il intenter la complainte, et autres actions possessoires ? Je pense qu'oui, s'il est troublé dans sa jouissance, et dans les cas où elles pourroient être intentées par le propriétaire : mais il ne pourroit les former que dans son intérêt, et pour le maintien de son droit seulement ; en sorte que le jugement rendu pour ou contre lui, seroit, à l'égard du propriétaire, *res inter alios acta.* (POTHIER, coutume d'Orléans, Tit. XXII, Sect. 3, §. 2.) C'est pour cela que l'article 614 l'oblige de dénoncer les usurpations au propriétaire.

Si, ayant laissé passer le délai prescrit par l'action possessoire, ou pour toute autre raison, il est obligé d'agir au pétitoire, quelle est la nature de l'action qu'il devroit intenter ? est-elle mobilière ou immobilière ? *Voyez* ci-dessus la note (6) de la page 120.

Nota. Les titulaires des sénatoreries avoient, d'après l'art. 64 du Sénatus-Consulte déjà cité, le droit de suivre les actions possessoires, en leur nom et à leurs frais, à la charge seulement d'en informer le Chancelier, qui intervenoit, s'il le jugeoit convenable. Mais c'étoit une disposition particulière, qui ne doit pas être appliquée aux autres usufruitiers, non plus que celle de l'article 62, qui les autorisoit à suivre, à la vérité aux frais du Sénat, et au nom et sous la direction du Chancelier, même les procès concernant la propriété. Les titulaires étoient censés, pour ces différens objets, les délégués, les fondés de pouvoirs du Sénat. L'usufruitier ordinaire n'a pas la même qualité à l'égard du propriétaire.

(2) *Son droit.* Cette expression est un peu inexacte. Ce n'est pas son droit que l'usufruitier cède. Autrement le cessionnaire deviendroit usufruitier ; ce qui ne peut pas être. Il ne cède que le droit de percevoir les fruits à sa place. Quant au droit d'usufruit, il continue de reposer sur sa tête, et ne finit que par sa mort, et non par celle du cessionaire.

(3) *Que ceux des biens de mineurs.* Ces règles sont relatives aux baux de plus de neuf ans, et aux baux faits par anticipation. (*Voyez* la page 119 du texte.) Il faut avouer cependant qu'il n'y a pas ici la même raison pour maintenir les baux, même de neuf ans. Le tuteur est regardé comme le procureur légal du mineur ; il n'en est pas de même de l'usufruitier à l'égard du propriétaire. Mais c'est principalement la faveur de l'agriculture qui a dicté cette disposition. Le fermier qui n'est pas certain de la durée de sa

BIU Cujas

jouissance, ne fait pas les améliorations nécessaires, ne se livre à aucune spéculation; d'ailleurs, l'on a pensé qu'il valoit mieux, même pour le propriétaire, courir le risque d'une perte qui, après tout, ne peut être considérable, et qui, d'ailleurs, n'existera pas, si l'usufruitier a de la probité, que de trouver sa terre en médiocre état à la fin de l'usufruit.

Le fermier, ou le locataire, par bail anticipé que le propriétaire refuse d'exécuter, a-t-il une action en dommages-intérêts contre la succession de l'usufruitier? Je ne le pense pas, si toutefois ce dernier a donné à bail en qualité d'usufruitier. Le fermier ne peut dire qu'il a été trompé. Le décès de l'usufruitier est la seule cause de la non-exécution du bail; et ce décès est un cas fortuit qui ne peut donner lieu à des dommages-intérêts. (Argument tiré de l'article 1722.)

Si l'héritier de l'usufruitier se trouve être lui-même le propriétaire de la chose soumise à l'usufruit, peut-il se dispenser d'exécuter les baux anticipés faits par son auteur? L'affirmative a été jugée à Bruxelles, le 29 juillet 1812. (Sirey, 1814; 2e. partie, pag. 63.) La raison de douter se tire de ce que l'héritier représente le défunt: or, le défunt n'auroit pu se dispenser d'exécuter le bail. Mais la raison de décider est que l'héritier ne représente pas le défunt dans les droits auxquels il ne succède pas, et auxquels il ne peut succéder, tel qu'un droit d'usufruit; que c'étoit même d'après ce principe, que quelques auteurs avoient pensé anciennement que l'héritier de l'usufruitier pouvoit prescrire la chose soumise à l'usufruit. On ne peut donc pas dire que l'héritier représente le défunt à l'égard des actes que ce dernier a passés comme usufruitier; il n'est donc pas tenu de ses faits en cette qualité. D'ailleurs, comme il est dit dans l'article précédent, le locataire qui doit connoître la loi, ne peut se plaindre d'avoir été induit en erreur; c'est même pour cette dernière raison que je pense que, si le locataire a tu sa qualité d'usufruitier, et a loué comme propriétaire, son héritier est tenu. Car, dans ce dernier cas, le défunt étoit garant de son dol. Cette obligation de garantie fait partie des charges de sa succession: donc, son héritier en est tenu. Si donc il réclame le fonds comme propriétaire, on lui opposera avec succès la règle: *Eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Cette décision est consacrée par la loi 9, §. 1, ff. *Locati conducti.*

L'usufruitier seroit-il tenu d'entretenir les baux faits par le propriétaire? Oui, sans doute, quelle qu'en soit la durée, puisque l'acquéreur même de la propriété y est obligé, aux termes de l'article 1743. Mais il y auroit-il lieu à la distinction établie dans le même article, entre le bail qui a, ou qui n'a pas, une date certaine?

D'abord, si l'usufruit a été acquis à titre onéreux, l'article 1743 est

BIU Cujas

applicable dans tout son contenu, et l'usufruitier n'est tenu d'entretenir le bail, qu'autant qu'il a une date certaine antérieure à la vente.

Si l'usufruit a été constitué à titre gratuit, il faut distinguer : Si c'est par testament, comme le bail fait par le testateur a acquis une date certaine par sa mort, l'usufruitier devra l'entretenir; mais si c'est par donation entre-vifs, et que le bail soit sous seing-privé, je pense que, *stricto jure*, le locataire ou fermier pourroit être expulsé; mais que cependant l'on pourroit *benigniter*, décider le contraire, sauf le cas de fraude. (*Voir* au troisième volume, les notes sur le Titre *du Louage*.)

(4) *Aux droits de l'usufruitier.* En conséquence, il ne peut, sans le consentement de ce dernier, faire de nouvelles constructions (*L.* 7, §. 1, ff. *de Usuf.*), ou en détruire d'anciennes, sur le fonds sujet à usufruit; il ne peut, comme nous l'avons dit, abattre les futaies, à moins qu'elles ne soient couronnées; il ne peut imposer de nouvelles servitudes, à moins qu'elles ne soient de nature à ne pas nuire aux droits de l'usufruitier, telles que la servitude *altiùs non tollendi*, ou à moins qu'il ne soit stipulé qu'elles n'auront lieu qu'après la cessation de l'usufruit. Mais il peut en acquérir au fonds sujet à l'usufruit, même sans le consentement de l'usufruitier. Car il peut améliorer le fonds, pourvu qu'il n'en résulte aucun trouble ni aucune diminution dans la jouissance de l'usufruitier. (*L.* 15, §. 7, *eod.*) La même loi décide que le propriétaire ne peut, même avec le consentement de l'usufruitier, imposer sur le fonds de nouvelles servitudes. Mais cette décision est fondée sur une pure subtilité, qui ne seroit pas admise dans notre droit.

Observez que, quand l'on dit que le propriétaire ne peut, de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier, il faut entendre cette prohibition, seulement par rapport à l'héritage soumis à l'usufruit; car, s'il étoit en même temps propriétaire d'un héritage voisin, il pourroit y faire tout ce qu'il jugeroit à propos, quand même l'usufruit en recevroit quelqu'atteinte, pourvu cependant que cela ne détruisît pas entièrement la jouissance. C'est ainsi que Paul, dans la loi 30, ff. *eod.*, décide que le propriétaire peut élever la maison voisine qui lui appartient, de manière à diminuer le jour de l'usufruitier, pourvu toutefois que la maison soumise à l'usufruit soit encore habitable.

(5) *Formellement.* Ainsi, le simple consentement donné à la vente par l'usufruitier, ne suffiroit pas. *Secùs*, chez les Romains. (*L.* 4, §. 12, ff. *de Dolì mali et metûs except.*) En effet, la renonciation gratuite à l'usufruit doit être regardée comme une donation. Or, *nemo facilè donare præsumitur.* On peut penser que la présence et le consentement de l'usufruitier ont eu pour motif, de dispenser l'acquéreur de la nécessité de lui notifier son acquisition.

BIU Cujas

(6) *Dans l'état où elles sont.* Faut-il conclure de là qu'il ne pourroit obliger le propriétaire de faire les grosses réparations qui se trouveroient nécessaires au moment de l'ouverture de l'usufruit? Je pense qu'il faut distinguer : S'il y a, sur le fonds sujet à l'usufruit, un bâtiment qui tombe en ruine, le propriétaire ni l'usufruitier ne seront tenus de le rétablir. (Article 607.) Mais si, par exemple, l'usufruit reposoit sur une maison qui fût bonne d'ailleurs, mais dont la couverture entière eût besoin d'être refaite, je ne pense pas que le propriétaire fût recevable à refuser de la réparer, sauf ce qui sera dit ci-après, note (8) de la page suivante. Et en effet, que s'ensuivroit-il de ce refus? Que si l'usufruitier s'obstinoit également à ne pas réparer, la maison finiroit par se détruire totalement. En conséquence, le propriétaire se seroit nui à lui-même, pour ne pas faire l'avantage de l'usufruitier. C'est bien le cas d'appliquer la maxime : *Malitiis non est indulgendum.* C'est, je crois d'après cette distinction, que l'on doit entendre la loi 65, §. 1, ff. *de Usufructu*, qui dit que : *Non reficere debet heres quod vetustate jam deterius factum reliquisset testator.*

Quid, à l'égard des réparations d'entretien qui sont à faire à la même époque? il n'est pas douteux qu'elles ne soient à la charge de l'usufruitier. L. 48, ff. *de Usufructu.*

(7) *Des immeubles sujets à l'usufruit.* L'usufruitier pourroit-il se dispenser de faire dresser cet état, sous la seule peine d'être présumé avoir reçu les fonds en bon état, et d'être obligé de les rendre de même, et ce, par argument de l'article 126? Je ne le pense pas. Cette disposition a pour but de constater, non-seulement l'état, mais encore la forme extérieure des héritages, que l'usufruitier ne peut changer. Or, il pourroit changer cette forme, et rendre cependant les fonds en bon état. Nous examinerons plus bas la question de savoir si l'usufruitier est tenu de faire les réparations d'entretien qui se trouvent à faire au moment de la cessation de l'usufruit.

Aux frais de qui doivent être faits cet état et cet inventaire? Aux frais de l'usufruitier. C'est à lui qu'est imposée l'obligation, et les frais de payement sont à la charge du débiteur. (Art. 1248.)

Le testateur pourroit-il dispenser l'usufruitier de l'obligation de faire dresser ces état et inventaire? Je pense qu'oui, si toutefois il n'y a pas d'héritiers à réserve, ou que les biens restans soient suffisans pour la fournir. Il pouvoit donner l'objet en toute propriété. Or, qui peut plus, peut ordinairement moins. *Quid*, si, dans ce cas, l'héritier offre de faire dresser ces état et inventaire, mais à ses propres frais? Je ne pense pas que cette demande puisse être refusée. L'on doit présumer que l'intention du testateur, en accordant la dispense, a été seulement d'en épargner les frais à l'usufruitier. *Sic* jugé à Bruxelles, le 18 décembre 1811. (Sirey, 1812, 2e. partie, page 145,) et le 10 juin 1812, (*ibid.*, 1813; 2e. partie, page 46.)

BIU Cujas

(8) *D'en donner caution. Quid*, si l'usufruit est sur des choses fongibles? Comme, dans ce cas, la jouissance emporte la propriété, la caution doit être du montant total des objets; sinon, l'on appliquera l'article 602.

(9) *Par le titre constitutif de l'usufruit.* L'acquéreur d'un usufruit à titre onéreux est-il tenu de donner caution, si le titre n'en dit rien? Je ne le pense pas. Le vendeur qui se réserve l'usufruit, n'étant pas tenu de la caution, malgré le silence du titre, il y a d'autant plus de raison de décider de même pour l'acquéreur, qu'en général, dans la vente, les clauses obscures ou ambiguës s'interprètent contre le vendeur. (Art. 1602.)

(10) *Sur les biens de leurs enfans.* Mais il y auroit-il lieu à la caution, si les père et mère avoient sur les biens de leurs enfans un usufruit autre que l'usufruit légal; si, par exemple, les enfans sont héritiers ou légataires universels dans une succession, et que le défunt ait légué au père l'usufruit d'un objet dépendant de cette même succession? Il me semble qu'il seroit inconvenant de donner aux enfans le droit de demander caution; et ce, par la même raison qui en a fait dispenser les père et mère dans le cas de l'usufruit légal: on doit présumer trop de la bienveillance paternelle, pour croire qu'ils pourront négliger ou détériorer les biens de leurs enfans: et il seroit d'ailleurs contraire au respect que les enfans doivent, à tout âge, à leurs parens, que de donner aux premiers le droit d'exiger une caution des seconds, si ce n'est dans le cas où ceux-ci abuseroient de leur jouissance. Ces motifs n'étant pas applicables au cas de l'article 754, où les propriétaires peuvent n'être pas même parens des usufruitiers, je ne pense pas qu'il y ait lieu à les dispenser de la caution.

Page 150.

(1) *Sur sa simple caution juratoire.* La caution juratoire est la simple promesse du débiteur, accompagnée de son serment. Le but principal de cet article est de favoriser les dispositions que des époux peu fortunés se font réciproquement de l'usufruit de leur mobilier; dans ces cas, l'intérêt du prix des meubles ne remplaceroit certainement pas l'avantage que l'usufruitier eût tiré des meubles en nature.

(2) *De les représenter*, ou d'en rembourser le prix sur le pied de la valeur qu'avoient les objets au commencement de l'usufruit. (Argument tiré de l'article 950.) Appliquez ce qui est dit ci-dessus, note (6) de la page 117.

(3) *Et autres semblables*, non-seulement de celles qui existoient au moment de l'ouverture de l'usufruit, mais encore de toutes celles du même genre qui pourroient être imposées pendant sa durée.

Observez qu'une décision ministérielle, du 1^er^. vendémiaire an 10, rapportée dans Sirey, 1814, 1^re^. partie, pag. 96, a statué que les contributions d'une année sont dues par les récoltes précédentes. Mais néanmoins, il a été

BIU Cujas

jugé par la Cour de Caën, le 12 juin 1812, qu'elles étoient à la charge de celui qui avoit joui pendant l'année pour laquelle elles étoient dues. On s'est pourvu contre cet arrêt, et le pourvoi a été rejeté le 18 août 1813. (SIREY, *ibid.*) Cela peut se concilier en disant que ces contributions sont dues par les récoltes précédentes, dans le sens que ces récoltes sont affectées au payement : car ces contributions étant payables par mois, il est évident qu'elles peuvent être exigées en grande partie, avant que la récolte de l'année ne soit faite. Il a donc bien fallu y affecter les récoltes de l'année précédente. Mais l'Etat une fois désintéressé, si le débat s'élève entre deux possesseurs successifs, il est certain que la contribution d'une année doit être payée par celui qui a possédé pendant cette même année.

(4) *Sur la propriété.* Tel seroit un emprunt forcé, imposé sur les propriétaires.

(5) *Les intérêts.* Ces intérêts sont regardés comme une charge des fruits.

(6) *L'usufruitier peut*, et non pas doit. Il a intérêt de le faire ; car, à défaut de payement, le fonds seroit vendu. Mais pourroit-il forcer le propriétaire de payer ? Je crois que l'on devroit appliquer ici la distinction portée dans l'article 612, et permettre au propriétaire de vendre, jusqu'à due concurrence, une partie du bien sujet à l'usufruit.

(7) *Qui sont censées charges des fruits.* Le propriétaire économe, le bon père de famille, s'arrange ordinairement pour payer ces sortes de réparations sur les revenus du bien réparé : mais l'usufruitier pourroit-il se décharger de cette obligation en renonçant à l'usufruit ? Les lois 48 et 64, ff. *de Usufructu*, décident l'affirmative. La loi 65, au contraire, paroît décider la négative. Mais je crois qu'elles peuvent se concilier par la distinction suivante : Si les réparations à faire, sont uniquement le résultat de la jouissance, sans qu'il y ait eu de la part de l'usufruitier, ou de ses ayant-cause, aucun abus qui y ait donné lieu, l'usufruitier peut s'en décharger en abandonnant l'usufruit. Argument tiré de l'art. 656.) C'est le cas des lois 48 et 64. Mais s'il y a eu abus de la part de l'usufruitier ; si, par exemple, il a employé la chose à un autre usage que celui auquel elle étoit naturellement destinée ; s'il a négligé de faire en temps utile les réparations d'entretien, et qu'il soit résulté de tout cela une détérioration de la chose soumise à l'usufruit, il ne peut être reçu à abandonner l'usufruit pour se décharger de l'obligation de remettre la chose en bon état. C'est le cas de la loi 65 : *Cum fructuarius debeat*, y est-il dit, *quod suo suorumque facto deterius factum sit, reficere.* (*Voyez* ROUSSEAU DE LACOMBE, v°. *Usufruit*, Sect. 2, n°. 11.)

Quid, à l'égard des réparations d'entretien qui sont à faire au moment de la cessation de l'usufruit ? Je crois que l'usufruitier, ou sa succession, en est tenu. (Argument tiré des articles 1730 et 1731.) La raison de différence avec le cas précédent, est que, dans ledit cas, le propriétaire est dédommagé de

BIU Cujas

ce que lui coûteroient les réparations, par l'abandon anticipé de l'usufruit. Ici, il n'y a pas de dédommagement, puisque nous supposons l'usufruit éteint.

POTHIER, *du Douaire*, n°. 237, est d'un avis contraire, quant au premier cas. Il pense que, même pour les simples réparations résultant de la jouissance, l'usufruitier ne peut s'en faire décharger qu'en abandonnant l'usufruit, non-seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé, c'est-à-dire, en rendant tous les fruits qu'il a perçus. C'est ainsi que cet auteur entend les lois précitées 48 et 64. Cette opinion pourroit être vraie, s'il s'agissoit de réparations qui auroient dû être faites plus tôt. Mais d'ailleurs, il est impossible d'entendre ces lois dans ce sens. Elles disent que l'usufruitier peut se décharger des réparations existantes, en abandonnant l'usufruit. Certainement, si le jurisconsulte eût entendu cet abandon dans le sens de POTHIER, il eût ajouté, *et en restituant les fruits perçus*. D'ailleurs, le propriétaire d'un mur mitoyen est déchargé, en abandonnant la mitoyenneté pour l'avenir seulement, de l'obligation de faire réparer, et même reconstruire le mur. (Art. 656, déjà cité.) Pourquoi l'usufruitier n'auroit-il pas le même droit ?

(8) *A la charge du propriétaire.* L'usufruitier pourroit-il obliger le propriétaire de les faire ? Cela faisoit question anciennement, parce que, disoit-on, l'usufruit étoit une servitude, et que *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* (L. 15, §. 1^er^., ff. *de Servitutibus.*) Cependant je penserois avec POTHIER, *du Douaire*, n°. 246, que le propriétaire peut être contraint de faire les réparations qui sont à sa charge ; je me fonde à cet égard sur l'article 605, qui ne se contente pas de dire que les grosses réparations ne sont pas à la charge de l'usufruitier, mais qui dit formellement qu'elles sont à la charge du propriétaire : donc le propriétaire est tenu de les faire ; et sur l'article 599, portant que le propriétaire ne peut nuire par son fait aux droits de l'usufruitier. Mais, dit-on, il faudra donc qu'un propriétaire peu aisé vende ou hypothèque ses autres biens, pour faire les grosses réparations nécessaires à une chose dont il n'a pas la jouissance ? Cette objection, qui est vraiment fondée, me détermineroit, dans le cas où c'est l'usufruitier qui exige que les réparations soient faites, à appliquer la disposition des articles 609 et 612. Ne peut-on pas, en effet, comparer alors les grosses réparations, à une charge qui seroit imposée sur la propriété, et décider que c'est au propriétaire à en faire la dépense, sauf à en répéter les intérêts contre l'usufruitier, ou que, si le montant en est avancé par ce dernier, il peut en répéter le capital à la fin de l'usufruit ?

Cette mesure est même conforme à ce qui se fait naturellement en pareil cas. Un propriétaire qui ne veut pas prendre sur ses autres biens de quoi faire les réparations nécessaires à un héritage, emprunte une somme pour les faire, et en paye les intérêts sur les fruits. Ici, le propriétaire est censé être dans ce cas ; car, encore une fois on ne peut l'obliger de diminuer le surplus de

BIU Cujas

son patrimoine, et peut-être même de vendre la chose soumise à l'usufruit, pour payer les réparations. La mesure proposée paroît donc susceptible de concilier tout-à-la-fois ses intérêts et ceux de l'usufruitier.

(9) *Et des voûtes.* Remarquez que le propriétaire est tenu de toutes les réparations des gros murs et des voûtes, même de celles d'entretien ; mais qu'il n'est tenu que du rétablissement en entier, et non de l'entretien, des poutres, couvertures, digues, etc. (*Voyez*, pour plus de détails, les lois des bâtimens par DESGODETS, avec les notes de GOUPY, *v°.* RÉPARATIONS, et *v°.* USUFRUITIER.)

PAGE 151.

(1) *Ni le propriétaire.* Cela ne contredit point ce que nous avons dit dans l'avant-dernière note, que le propriétaire peut être contraint de faire les réparations qui sont à sa charge. Si la maison sujette à l'usufruit a un gros mur qui soit mauvais, le propriétaire sera tenu de le réparer ; mais si la maison entière tombe en ruines, il ne sera pas tenu de la rebâtir. C'est pour cela que j'ai ajouté le mot *entièrement. Quid*, si le propriétaire rebâtissoit ? Il faut distinguer : Si l'usufruit ne reposoit que sur la chose détruite, il a été éteint par sa destruction, et il ne peut revivre par l'effet de la reconstruction. Mais si la chose détruite faisoit seulement partie de celles qui sont sujettes à l'usufruit, l'usufruitier auroit le droit de jouir de l'édifice reconstruit. (Argument tiré de l'article 624.)

(2) *De la contestation.* Par exemple, si un fermier prétend que le prix de son bail est moindre que celui qui lui est demandé ; s'il réclame une remise pour raison d'accident imprévu ; ou s'il est commis sur le fonds des voies de fait qui aient pour objet de priver l'usufruitier d'une partie des fruits, etc.

Quid, si le procès intéressoit tout-à-la-fois le propriétaire et l'usufruitier ; *putà*, si l'on prétendoit que celui qui a constitué l'usufruit, n'étoit pas propriétaire de la chose, ou ne l'étoit qu'en partie ? Mais, d'abord, dans ce cas, l'action en revendication doit-elle être formée en même temps contre le propriétaire et contre l'usufruitier ? L'affirmative n'est pas douteuse ; car l'usufruit est un démembrement de la propriété. Le propriétaire et l'usufruitier doivent donc être assimilés à deux co-propriétaires ou deux co-possesseurs, contre lesquels l'action en revendication doit être également formée. Quant au payement des frais, il faut distinguer si l'usufruit a été constitué à titre gratuit ou à titre onéreux : si c'est à titre onéreux, comme l'usufruitier doit alors être garanti par le constituant, et que cette garantie comprend le payement des frais (Art. 1630), il n'est pas douteux que le constituant ne doive tenir compte à l'usufruitier de tous les frais qu'il a pu faire, tant sur la demande originaire, que sur la demande en garantie. Mais si l'usufruit a été constitué à titre gratuit, comme c'est alors une véritable donation, et que le donateur n'est pas tenu de la garantie, alors les frais faits par l'usufruitier sont à sa charge. Il faut excepter

BIU Cujas

cependant le cas où le constituant auroit été *in dolo ; putà*, si, au moment où il a constitué l'usufruit, il savoit que la chose ne lui appartenoit pas. Il doit alors garantir l'usufruitier des frais, comme dans le cas de l'acquisition à titre onéreux. (*L.* 18, §. 3, ff. *de Donationibus.*)

(3) *S'il a laissé prescrire quelque servitude.* L'interruption de la prescription faite par l'usufruitier, profiteroit-elle au propriétaire ? Je pense qu'il faut distinguer : S'il s'agit d'une interruption de droit, résultant d'une assignation donnée à la requête de l'usufruitier, et que le défendeur ait continué de posséder, je pense que l'interruption ne profiteroit pas au propriétaire. Si donc l'usufruitier vient à mourir avant le jugement de la contestation, la prescription ne sera pas censée avoir été interrompue à l'égard du propriétaire. Il en seroit autrement s'il s'agissoit d'une interruption de fait ; si, par exemple, l'usufruitier est rentré, de fait, en possession de l'objet que l'on prescrivoit. La raison de différence résulte de ce que, dans les actes ordinaires, l'usufruitier peut être regardé comme le mandataire du propriétaire, pour tout ce qui tend à conserver la propriété. L. 1, §. 7, et L. 2, ff. *Usufruct. quemadm. cav.* Or cette présomption ne peut avoir lieu en cas d'assignation, parce qu'en France, il n'y a que le Roi qui plaide par procureur. *Voir* un arrêt de Cassation du 7 octobre 1813. (Sirey, 1815; 1re. partie, pag. 143.)

(4) *Commises sur le fonds.* Dans quel délai est-il tenu de faire cette dénonciation ? Dans le même délai que celui qui est réglé, en cas d'assignation, suivant la distance des lieux, par les articles 72 et 1033 du Code de Procédure, c'est-à-dire, huitaine, plus un jour par trois myriamètres de distance. (Argument tiré de l'article 1768.) Il faut que le propriétaire soit averti assez à temps, pour intenter l'action possessoire.

(5) *Pour le propriétaire.* Mais toujours avec la restriction, que *malitiis non est indulgendum.* Les tribunaux doivent rejeter l'opposition du propriétaire, si elle est évidemment fondée sur l'esprit de chicane et sur la seule envie de gêner la jouissance de l'usufruitier.

(6) *De neuf manières.* Remarquez, 1°. que les premier, cinquiéme, septiéme et huitième modes d'extinction ne peuvent, comme il est évident, s'appliquer à l'usufruit des choses fongibles ;

2°. Que l'extinction de l'usufruit, survenue autrement que, par la consolidation, est moins l'acquisition d'un droit par le propriétaire, que la libération d'une charge. C'est d'après ce principe qu'a été rédigé le §. 7, de l'art. 15 de la loi du 21 frimaire an 7, portant qu'il n'est dû aucun droit pour la réunion de l'usufruit à la propriété, tandis qu'il en seroit dû un, s'il y avoit vraiment acquisition par le propriétaire.

(7) *De celui qui l'a constitué*, suivant la maxime, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Ainsi, l'usufruit constitué par un acquéreur à réméré, s'éteint, si le vendeur exerce le réméré ; *idem*, par un donataire, lors-

BIU Cujas

que la donation est révoquée par survenance d'enfant. Il n'en seroit pas de même, si elle étoit révoquée pour cause d'ingratitude, et que la constitution d'usufruit fût antérieure à la transcription de la demande en révocation au bureau des hypothèques. Nous verrons, au Titre *des Donations*, le motif de cette différence. (Voir aussi l'article 132.)

PAGE 152.

(1) *Quand même il seroit mort auparavant.* Nous avons fait voir, au Titre de la *Puissance paternelle*, que cette disposition n'étoit pas applicable à la jouissance légale des pères et mères.

(2) *Par la mort naturelle ou civile.* Peut-être pourroit-on soutenir, par argument de l'opinion que nous avons émise au Titre *de la Mort civile*, que le propriétaire de la chose soumise à l'usufruit peut être tenu, s'il y a lieu, de fournir, ou de contribuer au moins à fournir des alimens à l'usufruitier. C'étoit le sentiment de LE GRAND, sur l'article 133 de la Coutume de Troies, n°. 19.

L'usufruit s'éteindroit-il également par la mort civile de l'usufruitier, s'il avoit été constitué à titre onéreux? La raison de douter se tire de ce que, dans les conventions, le mot de *mort* s'entend toujours de la mort naturelle seulement. *L.* 121, §. 2, ff. *de Verborum Obligat.* Peut-être la réponse à cette question devroit-elle dépendre des termes du contrat. Si, par exemple, il étoit dit que, moyennant telle somme, Pierre a concédé à Paul le droit de jouir, *pendant toute sa vie*, de telle terre, on pourroit prétendre que l'usufruit ne seroit pas éteint par la mort civile de l'usufruitier, et que, le cas arrivant, ses héritiers auroient droit d'en jouir, tant qu'ils justifieroient de son existence. C'est la décision de la loi 3, ff. *quibus modis ususfructus amittitur*, fondée sur ce que, comme nous venons de le dire, les mots de *vie* ou de *mort*, insérés dans les conventions, doivent toujours être entendus de la vie, ou de la mort naturelle : on ne peut présumer que les parties aient prévu que l'une d'elles subiroit la mort civile ; au lieu que, dans la loi, le mot de *mort* se prend indistinctement pour la mort, tant naturelle que civile. Ce principe paroît avoir été adopté par le Code lui-même, dans l'article 1982. Mais si l'acte portoit une simple concession d'usufruit, sans l'addition de ces mots, *pendant toute sa vie*, on pourroit prétendre que les parties n'en ayant pas fixé le terme, se sont rapportées entièrement à la loi, pour la durée et l'extinction de cet usufruit, et qu'en conséquence il s'éteindra par la mort civile de l'usufruitier.

D'après cette distinction, l'on devroit décider que si un usufruit avoit été constitué au profit d'une personne, mais sur la tête d'une autre, c'est-à-dire, pour en jouir tant que cet autre vivroit, il ne s'éteindroit que par la mort naturelle de celui sur la tête duquel il seroit constitué. Mais si ce dernier, sans encourir la mort civile, venoit à disparoître, *quid juris?* serait-ce au propriétaire de la chose à prouver sa mort, ou à l'usufruitier à prouver son existence?

BIU Cujas

Je pense que les choses devroient rester *in statu quo*, jusqu'à la déclaration d'absence, qui pourroit même, s'il y avoit lieu, être provoquée par le propriétaire lui-même; mais que, l'absence une fois déclarée, le propriétaire pourroit réclamer les fruits échus depuis la disparition, à la charge de donner caution. (*Voyez* ci-dessus la note (12) de la pag. 47.)

Admettroit-on chez-nous le droit d'accroissement qui avoit lieu chez les Romains, en matière d'usufruit? *Voyez* ci-après les notes du Titre *des Donations*, §. *des Legs en général*.

(3) *Dans la personne de l'usufruitier*, et non pas du propriétaire; car alors la consolidation ne seroit pas un mode particulier d'éteindre l'usufruit. Il y auroit consolidation, toutes les fois que l'usufruit s'éteindroit, de quelque manière que cela arrivât, puisque, toutes les fois qu'il s'éteint, il y a réunion de l'usufruit à la propriété. Il existe au surplus, sur ce point, dans la loi 17, ff. *quibus mod. usufruct. amitt.*, une décision de pure subtilité qui ne seroit certainement pas admise dans notre droit, où l'on tient, conformément à l'avis de Dumoulin, qu'il n'y a qu'une propriété incommutable qui puisse engendrer une confusion irrévocable.

(4) *Pendant trente ans.* Il ne faut pas conclure de là que l'on ne puisse, dans aucun cas, opposer à l'usufruitier d'autre prescription que celle de trente ans. Car si le propriétaire a, par exemple, vendu ou cédé le même usufruit à un tiers de bonne foi, et que celui-ci en ait joui pendant dix ou vingt ans, sans réclamation de la part du premier usufruitier, il est certain que le second acquéreur est devenu propriétaire du droit d'usufruit (art. 2262), et que, par conséquent, le premier usufruitier en est privé. Mais alors l'usufruit n'est pas éteint; il est seulement transféré à une autre personne: au lieu que, dans notre article, il s'agit de l'extinction de l'usufruit, c'est-à-dire, de sa réunion à la propriété; ce qui ne peut avoir lieu que par une non-jouissance de trente ans.

Remarquez, au surplus, que l'usufruitier peut jouir, non-seulement par lui-même, mais encore par un autre qui jouit en son nom et de son chef, tel qu'un fermier, un acquéreur à titre gratuit ou onéreux. *L.* 38, ff. *de Usufructu.*

(5) *Du sol et des matériaux*: parce que, dans l'hypothèse, ce n'est pas l'usufruit du sol et des matériaux, mais bien celui de la maison, qui a été constitué. Nous avons vu, en effet, que l'usufruitier n'a que le droit de jouir de la chose, considérée dans son état ordinaire, et telle qu'elle étoit à l'époque de l'établissement de l'usufruit. Or, le mode de jouissance n'étant pas le même à l'égard d'un terrain vide, qu'à l'égard d'une maison, il s'ensuit que, si la maison vient à périr, il n'y a plus d'usufruit; car il ne peut plus subsister sur la maison, puisqu'elle n'existe plus; il ne peut, davantage, avoir lieu à l'égard du sol, puisque c'est l'usufruit d'une maison, et non d'un sol, qui a été constitué. Il est donc entièrement éteint.

BIU Cujas

Au surplus, le Code a adopté, à cet égard, la décision des Lois Romaines (*L.* 5, §. 2, ff. *quibus modis ususf. amitt.*), contre l'avis de POTHIER, *du Douaire*, n°. 255. Cette décision est peut-être un peu rigoureuse, surtout lorsque l'usufruit a été constitué à titre onéreux. Dans les Lois Romaines qui ont consacré le même principe, il est toujours question d'une usufruit légué.

Quid, si la chose ne périt pas, mais vient à changer de nature, *putà*, si par l'effet d'une inondation, une terre labourable ou un pré devenoit étang, ou *vice versâ?* Par suite de l'art. 703, et du principe qui a dicté la disposition de l'art. 624, il faudroit décider que l'usufruit est éteint; car l'usufruitier ne pourroit plus jouir de la chose, considérée telle qu'elle étoit au commencement de l'usufruit. C'étoit aussi la décision des Lois Romaines. (*L.* 10, §§. 2, 3, 4, 5, *eod.*) Mais si, avant le délai de trente ans, la chose revient à son premier état, je pense que l'usufruit est rétabli. (*L.* 71, ff. *de Usufructu*, et argument tiré de l'article 704.) En seroit-il de même, si la maison écroulée étoit rebâtie avant les trente ans? Non : l'usufruit ne revivroit pas. La raison de différence, c'est que, dans ce cas, c'est une nouvelle maison, qui n'est plus celle sur laquelle l'usufruit a été établi; au lieu que, si la terre labourable, devenue étang, redevient terre labourable, c'est toujours le même objet sur lequel, par conséquent, l'usufruitier conserve son droit, tant qu'il n'est pas éteint par la prescription.

Les mêmes Lois Romaines décident que si, après avoir légué l'usufruit d'une maison, le testateur la fait abattre, et en fait reconstruire une autre, le legs est caduc. *L.* 10, §§. 1 et 7, ff. *Quibus mod. ususf. amitt.* Leur décision est la même, lorsque c'est l'usufruit d'une place qui a été légué, et que le testateur y a fait bâtir une maison. *L.* 5, §. 3. *eod.* Cela est rigoureux; mais cela est conforme aux principes qui ont dicté l'article 624. Dés-lors que l'on admet que l'usufruit d'une maison ne comprend l'usufruit du sol, qu'autant qu'il est joint à la maison, tellement que l'extinction de l'usufruit de la maison, emporte celle de l'usufruit du sol, il faut en conclure que le legs de l'usufruit de la maison A, ayant été éteint par la démolition de cette maison, ne peut être appliqué à la maison B, qui a été construite à la place. Il en seroit autrement, si c'étoit la propriété de la maison A qui eût été léguée; car le legs d'une maison renfermant celui du sol, il s'ensuit que la démolition de la maison anéantit bien le legs de la maison, mais non celui du sol, et que ce dernier legs emporte celui de la maison nouvellement construite, par la règle: *Accessorium cedit principali.*

Nous ne pouvons, au surplus, nous dissimuler que toutes ces décisions ne soient plus subtiles qu'équitables. Mais il faut les adopter, ou se trouver en contradiction avec le principe sur lequel est fondé l'article 624.

(6) *Entièrement.* Il paroît d'après cela qu'on n'admettroit pas la décision de la loi ult. ff. *Quibus mod. ususf. amitt.*, qui porte que l'usufruit d'un trou-

BIU Cujas

peau est éteint, lorsque le nombre des bêtes est tellement diminué, qu'il ne peut plus être appelé troupeau.

(7) *S'il n'y a point de faute, etc.* De quelle faute est tenu l'usufruitier? Le Code ne s'explique point à cet égard. Je pense qu'il faut distinguer: Si l'usufruit a été constitué à titre onéreux, je pense que l'usufruitier doit être comparé au vendeur ou au créancier engagiste, et que l'on doit appliquer les articles 1624 et 2080; mais s'il a été constitué à titre gratuit, il doit être tenu comme l'emprunteur à usage: appliquer l'article 1882.

PAGE 153.

(1) *Avant que l'extinction soit prononcée.* Ainsi, ils peuvent intervenir dans l'instance; mais s'ils ne sont pas intervenus, ils ne peuvent s'opposer à l'exécution du jugement.

(2) *Au préjudice.* Suffit-il qu'il y ait préjudice des créanciers, pour que toute espèce de renonciation soit annullée? Je pense qu'il faut distinguer: Si la renonciation est faite à titre onéreux; *putà*, si l'usufruitier a reçu du propriétaire le prix de sa renonciation, elle ne pourra être annullée, qu'autant qu'il y aura fraude de la part des deux parties. Mais si elle est faite à titre gratuit, il suffira qu'il y ait préjudice pour les créanciers. C'étoit à-peu-près la doctrine des Lois Romaines (*Voir* aux *Pandectes*, le Titre *de His quæ in fraudem*, etc.): le tout sauf l'action hypothécaire des créanciers auxquels l'usufruit auroit pu être hypothéqué.

(3) *De l'usage et de l'habitation.* (*Voyez*, dans les Œuvres de POTHIER, un petit Traité du *Droit d'habitation*, qui se trouve à la tête de son Traité *des Donations entre mari et femme.*)

(4) *Et garanties.* Cependant la caution n'est due par l'usager, que quand il perçoit les fruits par lui-même; car s'il reçoit de la main du propriétaire la portion de fruits nécessaire à ses besoins, il est évident qu'il n'y a pas lieu à exiger de caution.

(5) *Qui les constitue.* Ainsi, il est possible que l'usage emporte le droit de percevoir une plus grande quantité de fruits que celle qui est absolument nécessaire pour les besoins de l'usager. Mais ce sera toujours un droit d'usage, tant que la jouissance n'embrassera pas tous les fruits. C'est à-peu-près la seule différence qui existe entre le droit d'usage et celui d'usufruit, ou plutôt c'est celle d'où découlent toutes les autres.

(6) *Et ceux de sa famille.* Que doit-on entendre par ces mots? D'abord sa femme et ses enfans; puis ceux auxquels il est tenu, d'après la loi, de fournir des alimens. Quant aux autres parens, peut-être pourroit-on distinguer, et lui permettre de prendre des fruits pour les besoins de ceux qu'il avoit à sa charge quand le droit d'usage a été établi; *secùs*, pour ceux qu'il a pu prendre depuis.

BIU Cujas

(7) *De l'établissement du droit.* Par conséquent, celui qui a un droit d'habitation, qui se marie, et à qui il survient des enfans, peut exiger un logement plus étendu. Cependant on tenoit anciennement, que le droit d'habitation accordé à une femme par son mari, s'éteignoit par son second mariage. Je pense qu'il en seroit de même encore aujourd'hui. C'est à son second mari à la loger : et il seroit contre toute bienséance qu'elle l'introduisît dans une maison, dont l'habitation doit être présumée ne lui avoir été accordée par le premier époux, que dans la supposition qu'elle resteroit en viduité.

(8) *A des tiers.* Je pense, cependant, qu'il faudroit excepter le cas où l'usage absorberoit tous les fruits du fonds, et l'habitation, la maison entière ; car alors, ce seroit vraiment un usufruit ; et par conséquent, comme le jouissant seroit assujetti à toutes les obligations de l'usufruitier (Art. 635), il devroit en avoir tous les droits.

De ce que les droits d'usage et d'habitation ne peuvent être cédés ni vendus, il faut en conclure qu'ils sont insaisissables. Et en effet, ce sont vraiment des alimens : *Legatis alimentis, cibaria, et vestitus, et habitatio, debebitur.* (*L.* 6, ff. *de Aliment. vel Cibar. legat.*)

(9) *Par des lois particulières. Voyez* l'Ordonnance des Eaux et Forêts, du 13 août 1669, et un avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 16 frimaire an 14. (*Bulletin*, n°. 1173.)

PAGE 154.

(1) *Que sur les fonds.* Pourroit-on acquérir une servitude, sur un fonds faisant partie du domaine public ? D'abord, il est évident qu'il ne peut être question ici que de l'acquisition par prescription ; et dans ce cas je pense qu'on peut en acquérir sur les parties du domaine public, qui sont susceptibles de devenir propriété privée, mais non sur les autres. Ce n'est pas qu'on ne puisse avoir, même sur ces dernieres, des droits semblables à des servitudes, tels que le droit de passer, et d'avoir des jours, sur les rues et chemins entretenus par l'Etat. Mais ce sont pas à proprement parler des servitudes, puisque ces droits ne sont autre chose que les résultats de la destination donnée à ces objets par l'autorité publique. Mais *quid*, s'ils venoient à cesser de faire partie du domaine national ; si, par exemple, la rue ou le chemin, pour raison d'alignement ou autre, changeoit de destination, et étoit concédé à des particuliers, ceux-ci auroient-ils le droit d'interdire toute vue ou tout passage ? Je ne le pense pas. Les propriétaires des maisons pourroient dire qu'ils ont bâti sur la foi de la loi, et de l'autorité publique ; qu'on ne peut les priver de droits sans lesquels leurs bâtimens leur deviendroient, ou inutiles, ou incommodes. Je crois donc que ce seroit le cas d'appliquer par analogie la disposition de l'article 694, et de décider que les servitudes actives et passives continueront d'exister comme

BIU Cujas

auparavant; et cela paroît avoir été jugé ainsi par la Cour de Rennes le 20 février 1811.

(2) *Au moins éventuel.* Ainsi, je puis stipuler pour mon fonds la servitude de pacage, quoique je n'aie pas de troupeau pour le moment. Je crois que c'est dans ce sens qu'il faut entendre la loi 19, ff. *de Servitut.*; mais s'il s'écoule trente ans avant que la servitude soit exercée, elle sera éteinte.

(3) *Elle est stipulée.* De là il résulte que si, par événement, la servitude devient inutile, le propriétaire du fonds dominant ne peut en réclamer l'usage. Ainsi, par exemple, je suis séparé du propriétaire voisin par un terrain vague et qui n'appartient à personne : je stipule de ce propriétaire la servitude *altiùs non tollendi.* Tant que les choses restent dans le même état, je puis empêcher le voisin d'élever son édifice. Mais le Gouvernement vend le terrain intermédiaire, et l'acquéreur bâtit au-dela de la hauteur stipulée avec le voisin. Je ne puis empêcher ce dernier d'élever son édifice à la même hauteur, parce que je n'ai pas d'intérêt à le faire. Mais si l'édifice intermédiaire vient à être détruit avant l'expiration du temps nécessaire pour que j'aie perdu la servitude par prescription, je pourrai faire abattre l'exhaussement. (*L.* 6, ff. *Si servitus vindicetur*, et argument tiré de l'article 704.)

(4) *Et non en faveur d'une personne.* Ce n'est pas qu'on ne puisse établir en faveur d'une personne seulement, une charge du genre de celles dont il est question dans ce titre. Ainsi, je puis stipuler que j'aurai pendant ma vie un droit de passage, un droit de vue, etc. Mais alors ce droit, qui eût été appelé chez les Romains *servitude personnelle*, ne seroit point une servitude dans le sens du Code. Ce seroit une espèce de droit d'usage, qui se régiroit d'après les principes énoncés au Titre précédent.

Observez que l'article 686 du Code a eu principalement pour motif d'empêcher le retour des redevances féodales, et que c'est pour la même raison que le Législateur n'a pas employé la division du Droit Romain en servitudes réelles et personnelles.

Quid, s'il y a doute si le droit stipulé est réel ou personnel, c'est-à-dire, si celui envers qui l'obligation a été contractée, a stipulé pour lui, ou pour le fonds dont il est propriétaire? Les juges doivent se décider d'après les circonstances, l'intention des contractans, s'il est possible de l'apercevoir, le prix convenu, si le droit a été constitué à titre onéreux, etc. S'il y a encore incertitude, je pense que le droit devroit être présumé plutôt personnel que réel, parce que, dans le doute, l'on doit toujours interpréter en faveur du débiteur.

(Dunod est d'avis contraire. *Des Prescriptions*; partie 3, chap. 6.)

Mais, peut-on dire contre cette opinion, ou le droit a été accordé à titre onéreux, ou à titre gratuit. Dans le premier cas, la cession de la servitude peut être considérée comme une vente, et celui qui l'a consentie comme le ven-

BIU Cujas

deur. Or, dans la vente, tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. (Art. 1662.) Si elle a été concédée par testament, alors on doit appliquer la maxime, *pleniùs interpretandæ sunt defunctorum voluntates.* Il paroîtroit donc que la décision ci-dessus ne devroit avoir lieu au plus que dans le cas de donation entre-vifs, dans lequel il est convenable d'interpréter l'acte en faveur du donateur. Mais l'on peut répondre que le principe général, en matière de contrat, est que l'interprétation doit toujours avoir lieu contre le créancier et en faveur du débiteur : que, dans les ventes ordinaires, les deux parties étant à la fois créancières et débitrices, il est impossible d'appliquer le principe général. Néanmoins, comme il falloit prendre un parti, l'on a décidé contre le vendeur, parce que l'on suppose qu'il a été le maître de dicter les conditions. Mais, quoique l'établissement d'une servitude puisse être comparé sous quelques rapports à une vente, l'on y reconnoît aisément un créancier, qui est le propriétaire du fonds dominant, et un débiteur, qui est le propriétaire du fonds servant. Il peut donc y avoir lieu à l'application du principe général. D'ailleurs, il est certain que les servitudes sont contraires au droit commun, et à la liberté naturelle des héritages. La libération est donc, dans ce cas, un retour au droit commun. L'interprétation doit donc toujours avoir lieu en sa faveur.

(5) *Res propria nemini servit.* Cependant, l'on peut établir une servitude sur une chose dont on est co-propriétaire, *putà* sur un mur mitoyen. L'article 665 le suppose formellement. On peut en effet stipuler du voisin qu'il ne pourra pas élever le mur mitoyen au-delà d'une certaine hauteur; qu'il ne pourra y appliquer les ouvrages que la loi lui permet d'appliquer; qu'il ne pourra pas ouvrir dans ce mur les jours que la loi lui permet d'ouvrir. De même le co-propriétaire d'une maison, qui est en même-temps propriétaire à lui seul d'une maison voisine, peut stipuler en faveur de cette dernière maison une servitude sur la maison dont il a la co-propriété, ect. Dans ces différens cas, le fonds servant est considéré, abstraction faite de la portion de propriété appartenant au stipulant.

(6) *Si cependant la servitude est continue et apparente :* Quelques personnes avoient pensé que, pour qu'il y eût lieu à appliquer la disposition spéciale de l'art. 694, il suffisoit que la servitude fût apparente, et qu'il n'étoit pas nécessaire qu'elle fût continue. Elles se fondent sur ces mots, *un signe apparent de servitude*, qui se trouvent dans ledit article, et qui paroissent effectivement, au premier coup-d'œil, favoriser cette opinion. Cependant, j'ai cru devoir laisser la rédaction telle qu'elle est; et j'ai pensé qu'il étoit impossible de regarder l'article 694, autrement que comme le développement de l'art. 692. En effet, que dit ce dernier article ? Que *la destination de père de famille vaut titre :* et l'article 693 expliquant ces mots, déclare *qu'il y a destination du père de famille, quand il est prouvé que les deux fonds*

BIU Cujas

actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude. Mais, d'un autre côté, il ne peut y avoir de question, comme cela est évident, tant que les deux fonds restent dans la main du même maître. La question ne peut donc s'élever, et l'article 692 ne peut recevoir d'application, qu'autant que, comme il est dit dans l'art. 693, les deux fonds appartenant primitivement au même propriétaire, sont actuellement divisés, ce qui est précisément le cas de l'art. 694. Prétendre, comme quelques auteurs l'ont voulu, appliquer l'art. 692 au cas du partage qui a lieu après le décès du propriétaire, et le 694e. au cas d'une aliénation faite par lui, me paroît une distinction qui n'a aucune espèce de fondement; et d'ailleurs, comme presque toutes les servitudes apparentes sont en même-temps continues, il n'est pas étonnant que le Législateur n'ait pas pensé, en rédigeant l'art. 694, au cas très-rare où il peut exister une servitude apparente qui ne soit pas continue. Enfin l'on va voir l'inconvénient grave qui pourroit résulter de l'interprétation contraire. Il est certain que la servitude de passage, qui est, de son essence, discontinue, peut cependant être apparente, quand elle est manifestée, par exemple, par une porte : et je crois même que c'est presque le seul cas, dans lequel une servitude apparente puisse être en même-temps discontinue. Maintenant l'on peut supposer très-facilement que le propriétaire de deux maisons voisines a établi des communications intérieures de l'une dans l'autre, lesquelles communications se faisant par des ouvertures pratiquées dans les murs, soit des cours, soit des appartemens, devoient être regardées comme des servitudes apparentes. Si l'on suppose maintenant que l'une des deux maisons est vendue, et que les parties, ou au moins, l'acquéreur, s'imaginant qu'il est naturel que les ouvertures soient fermées du moment que les deux maisons auront cessé d'appartenir au même maître, n'ait rien stipulé à ce sujet, il faudra donc que ces ouvertures subsistent, quand même la maison acquise deviendroit par-là d'un usage incommode à l'acquéreur. Il me semble qu'il est impossible de faire résulter un pareil droit du seul silence des parties. Je sais bien que l'on dira que, d'après l'art. 692 lui-même, ce résultat aura lieu, s'il s'agit d'une servitude continue et apparente. Cela est vrai; mais il est vrai aussi que les suites de ces sortes de servitudes ne peuvent jamais être aussi fâcheuses que celles d'un droit de passage; et d'ailleurs l'interprétation que nous venons de donner, se concilie parfaitement avec l'esprit général du Code, qui ne donne point d'effet à la possession à l'égard des servitudes même apparentes, lorsqu'elles sont discontinues.

PAGE 155.

(1) *Ou du fait de l'homme*, et non pas seulement, comme dit l'art. 639, *des conventions passées entre les propriétaires*, parce qu'une servitude peut être établie par testament; et alors il n'y a pas de convention.

BIU Cujas

(2) *Est assujetti à recevoir.* Il est assujeti à les recevoir; mais il ne peut exiger qu'on les lui transmette, excepté dans les cas des articles 642 et 644, ou à moins qu'il n'y ait à cet égard stipulation expresse; ce qui constitueroit alors, à son profit, la servitude appelée par les auteurs, *fluminis non avertendi.*

(3) *Qui découlent naturellement.* Ainsi je ne puis, sans le consentement du propriétaire inférieur, faire, même sur mon fonds, un ouvrage qui porte sur le sien des eaux qui n'y auroient pas coulé naturellement. Mais aussi, si l'écoulement est naturel, quel que soit le dommage qui en résulte pour lui, il est tenu de le souffrir, sans pouvoir réclamer, à raison de ce, aucune indemnité.

Cependant je pense que, si ce dommage étoit effectivement considérable, et qu'il fût possible de le diminuer, en divisant, par exemple, l'écoulement des eaux sur plusieurs points, et sans qu'il en résultât un préjudice bien sensible pour le propriétaire supérieur; je pense, dis-je, que, dans ce cas, les Tribunaux pourroient ordonner les mesures convenables, sauf indemnité. (Argument tiré de l'article 645, et des principes du droit naturel, que nous avons précédemment établis.)

De même, si les eaux étoient tellement étendues sur le fonds supérieur, qu'elles en diminuassent considérablement l'usage, je pense que le propriétaire de ce fonds pourroit obtenir des Tribunaux l'autorisation de les réduire sur un ou plusieurs points, de la manière la moins dommageable aux fonds inférieurs, et sauf indemnité.

Mais remarquez que la disposition de l'art. 640 ne s'appliqueroit pas à des ouvrages faits pour préserver un héritage de l'inondation d'un fleuve, quand même ces ouvrages feroient refluer l'inondation sur les héritages voisins ou opposés. C'est à ceux-ci à faire également des ouvrages pour se garantir. Jugé dans ce sens, et avec raison, à Aix, le 19 mai 1813. (Sirey, 1814; 2e. partie, pag. 9.) (*Voir* la loi unic. ff. *de Ripâ mun.*)

Quid, si une source, inconnue auparavant, vient à paroître, par où les eaux devront-elles s'écouler? Je pense qu'en cas de contestation, il y a lieu à la nomination d'experts, qui détermineront le point par lequel les eaux de cette source devront sortir de l'héritage sur lequel elle a été trouvée, et cela, de manière à concilier l'intérêt du propriétaire de la source, et celui des propriétaires inférieurs; sauf indemnité, s'il y a lieu, en faveur de ces derniers, si c'est le propriétaire de la source qui lui a donné issue, en exécutant des ouvrages quelconques; et sans indemnité, si la source est sortie naturellement. Cette distinction rentre dans la disposition de l'article 640, et paroît d'ailleurs consacrée par l'article 46 du projet de Code Rural.

(4) *Une concession particulière.* C'est alors la servitude que les Romains appeloient *jus, seu servitus, stillicidii* (L. 20, §. 3, *de Servit. præd. urban.*),

BIU Cujas

quand l'eau tomboit goutte à goutte, *guttatim*, des toîts; et *jus fluminis*, quand elle étoit réunie dans une gouttière ou dans un ruisseau. (Instit. *de Servit.*, §. 1^er^; et VINNIUS sur icelui.) Si donc je veux donner un égout à mon toît, et que je n'aie pas un droit d'égout sur le voisin, je dois reculer mon bâtiment, de manière que l'égout tombe sur mon terrain; ou je dois entourer mon toît d'un conduit qui reçoive les eaux pluviales, et les ramène sur mon fonds; et encore faut-il, si le toît est situé à l'extrémité du terrain, que le conduit soit pris sur le toit même, et ne déborde pas sur le fonds voisin; autrement ce seroit une autre espèce de servitude, appelée *jus projiciendi*, qui ne pourroit s'acquérir que par titre ou par prescription.

C'est, au surplus, à des experts à décider encore, en cas de contestation, à quelle distance l'égout du toît doit être du fonds voisin, pour que le propriétaire de celui-ci n'en soit point incommodé; s'il n'existe pas sur le terrain une pente qui ramène les eaux sur le fonds voisin; si l'endroit où tombent les eaux, ne doit point être pavé, afin de prévenir les dégradations que le séjour et l'infiltration de l'eau pourroient causer aux constructions voisines, etc.

Quid, s'il y a contestation sur la propriété de la portion de terrain sur lequel tombe l'égout, l'un des propriétaires argumentant de son égout, et l'autre de ce qu'il a la possession de fait dudit terrain, *putà*, parce qu'il l'a cultivé depuis un certain temps? Je pense que, si la question s'élève sur la possession, et que l'un des deux propriétaires seulement ait la possession annale, il doit être préféré à l'autre. S'ils ont tous deux, chacun en droit-soi, cette possession, alors les choses doivent rester *in statu quo*. Car chacun ayant la possession, l'un du droit d'égout, et l'autre du terrain qui est au-dessous, chacun peut être également regardé comme ayant la possession légale de ce qu'il a réellement possédé. Mais, quant au pétitoire, il faudra d'abord s'en rapporter aux titres, s'il y en a; s'il n'y en a pas, alors je pense que la possession du terrain devant en supposer nécessairement la propriété dans la personne du possesseur, jusqu'à preuve contraire, tandis que le droit d'égout a pu être possédé à titre de servitude, le possesseur du terrain doit être regardé comme propriétaire dudit terrain, et le possesseur du droit d'égout, seulement comme propriétaire de la servitude.

(5) *Ou aggraver la servitude.* Le propriétaire du fonds supérieur ne peut rien faire qui rende la chute de l'eau plus rapide; et le propriétaire inférieur ne peut rien faire qui la fasse refouler vers le fonds supérieur.

Quid, si, par succession de temps, et par l'effet de la stagnation des eaux, ou autre cause naturelle, le fonds inférieur s'étoit comblé de manière à faire refouler les eaux sur le fonds supérieur? Le propriétaire supérieur auroit le droit de faire faire le curement à ses propres frais, sans que le propriétaire inférieur pût s'y opposer. C'est la décision de la loi 2, §§. 1 et 6 (*de Aquâ et*

BIU Cujas

aquæ pluviæ arcendæ) ; et cette décision, fondée sur l'équité, seroit certainement suivie chez nous.

Par la même raison, Paul décide, dans la loi 2, §. 5, *eod.*, que, si une digue qui se trouvoit dans le fonds supérieur, vient à être renversée par cas fortuit, le propriétaire inférieur, auquel la chute de l'eau seroit alors plus dommageable, peut seulement se faire autoriser à rétablir la digue à ses frais, s'il n'en résulte aucun préjudice pour le propriétaire supérieur.

Nota. Un arrêt de Paris, du 28 juillet 1814, rapporté dans SIREY, 1816; 2^e^. partie, pag. 53, a décidé que si deux étangs, l'un supérieur, et l'autre inférieur, appartenant à divers propriétaires, sont alimentés par les mêmes eaux, la pêche doit se faire *ex æquo et bono*, et d'après un réglement fait à l'amiable ou en justice. Cette décision, extrêmement équitable, peut en outre être appuyée sur les motifs qui ont dicté l'art. 645.

(6) *Est traversé.* Il en seroit autrement, si la source étoit dans son fonds, comme nous le verrons tout-à-l'heure.

(7) *Qu'elle parcourt sur son fonds. Quid*, si, par l'usage qu'il en fait, le volume d'eau se trouve considérablement diminué à la sortie de l'héritage? Cela est égal; il a usé de son droit. *Sic* jugé à Paris, le 9 juillet 1806. (*Jurisp. du Code Civ.* tom. VII, pag. 245); mais bien entendu, pourvu qu'il n'y ait pas de méchanceté de sa part. Il a le droit d'user de l'eau, mais non d'en abuser. D'ailleurs, *malitiis non est indulgendum.*

Mais pourroit-il en permettre l'usage à un autre? Je crois qu'oui, pourvu que l'usage s'en fasse sur son fonds; car, bien certainement, il ne pourroit permettre à un voisin de s'en servir pour l'irrigation de ses propriétés: ce seroit alors en changer le cours, au moins en partie.

(8) *Si toutefois elle ne fait point partie du domaine public*, c'est-à-dire si elle n'est ni navigable, ni flottable; autrement l'on ne pourroit en user qu'autant qu'il n'en résulteroit aucune gêne pour la navigation. (*Loi du* 6 *octobre* 1791, Tit. 1^er.^, sect. 1^re.^ art. 4.) Un décret du 22 février 1813, (*Bulletin*, n°. 8882) a décidé que toutes les eaux qui tombent naturellement, ou par l'effet des ouvrages de l'art, soit dans les canaux, soit dans leurs rigoles nourricières, soit dans les réservoirs et étangs qui les alimentent, sont en entier à la disposition des canaux, nonobstant tous usages contraires; et il est défendu de détourner lesdites eaux, à moins de concession toujours révocable.

Observez que c'est à l'autorité administrative qu'il appartient de décider si une rivière est, ou non, navigable ou flottable; et, par la même raison, la concession d'une prise d'eau dans une rivière navigable ou flottable, est de la compétence de cette autorité. Mais une fois la concession faite, les difficultés qui peuvent s'élever entre les divers concessionnaires, sont du ressort des Tribunaux. (*Décret* du 10 novembre 1808, rapporté dans SIREY, 1817; 2^e^. partie, pag. 26.)

BIU Cujas

Aux termes d'un avis du Conseil-d'Etat, du 24 ventose an 12, les contraventions aux réglemens de police sur les rivières non navigables, canaux, et autres petits cours d'eau, doivent être portées, suivant leur nature, devant les Tribunaux de police municipale ou correctionnelle; et les contestations qui intéressent les propriétaires, devant les Tribunaux civils.

Nota. Cet avis n'est point inséré au Bulletin; mais il est rappelé dans un décret du 12 avril 1812. (*Bulletin*, n°. 7903.)

(9) *Pour l'irrigation de ses propriétés. Irrigare, aquam per rivos deducere.* C'est faire des coupures à une rivière ou ruisseau, pour remplir des canaux ou rigoles pratiqués exprès. Cela est surtout en usage dans les départemens où l'on cultive le riz.

Mais pourra-t-il faire autant de coupures qu'il voudra ? Oui, en observant cependant que, *summo jure*, il n'est propriétaire que de la moitié de la rivière; l'on devra donc, en cas de contestation, décider *ex æquo et bono*, d'après les besoins respectifs de chaque propriétaire riverain, et conformément à l'article 645.

Observez 1°. que, même dans le cas où un cours d'eau sert de limite à deux propriétés, il est possible que l'un des deux riverains en ait acquis la propriété exclusive par titre ou par prescription; et alors l'autre propriétaire n'auroit pas le droit d'y faire des coupures;

2°. Qu'il est possible qu'un domaine soit traversé par une eau courante, et que le propriétaire du domaine n'ait cependant pas le droit d'user de l'eau; c'est quand elle coule dans un canal fait de main d'homme, et qu'il y a présomption que l'eau et le canal appartiennent au propriétaire du fonds inférieur; *putà*, si elle alimente un moulin construit dans ce fonds : « Il faut croire alors, dit « Henrys, Tom. 2, Liv. 4, quest. 149, que le propriétaire du moulin, avant » de le bâtir, s'est assuré de la prise d'eau, et du passage d'icelle, et que, par « conséquent, il est propriétaire de l'eau et du canal. » *Sic* jugé par deux arrêts des 13 décembre 1608, et 15 juillet 1656, rapportés par de Lacombe, *v°.* Eau, n°. 2.

(10) *Qui a la source dans son fonds.* Je pense qu'il en seroit de même, s'il s'agissoit d'eaux pluviales réunies naturellement, ou par artifice, sauf le cas de l'article 640.

Dunod décide même, *loco citato*, qu'il faut appliquer la même décision aux eaux pluviales qui coulent sur un chemin public, et que le propriétaire supérieur peut les détourner sur son fonds, quand même le propriétaire inférieur en auroit usé de temps immémorial, parce que ce dernier n'étoit censé en avoir usé que par pure faculté; et que les actes de pure faculté ne peuvent fonder de prescription.

Mais quel est le propriétaire qui doit être regardé comme ayant la source

BIU Cujas

dans son fonds, est-ce toujours celui dans le fonds duquel la source sort de terre ? Il faut distinguer : Si la veine, le lit de la source, existe dans le même fonds (et cela doit être présumé, tant que le contraire n'est pas prouvé), le propriétaire du fonds est bien le propriétaire de la source. Mais si un propriétaire supérieur, en creusant, a découvert la veine dans son propre fonds, et qu'il l'ait coupée, pour la faire jaillir dans le sien, le propriétaire sur le fonds duquel elle jaillissoit primitivement, ne peut s'en plaindre. L. 21, ff. *de Aquâ et aquæ pluviæ, etc.* Il est bien évident en effet qu'il n'a pas la source dans son fonds : il ne peut donc en réclamer la propriété.

(11) *Réellement propriétaire.* Au lieu que ceux dont l'héritage est seulement traversé ou bordé par cette eau, ne sont, en quelque sorte, que de simples usagers. C'est une conséquence du principe que le propriétaire du sol est propriétaire du dessus et du dessous. Mais il n'a ce droit, qu'autant que cette source ne donne pas naissance à une eau faisant partie du domaine public.

(12) *Comme il le juge convenable.* Pourvu, toutefois, qu'il n'en abuse pas uniquement par méchanceté, et dans l'intention d'en priver tel ou tel propriétaire inférieur. Appliquer toujours le principe : *Malitiis non est indulgendum :* et encore, pourvu que les propriétaires des fonds sur lesquels il dirige l'eau, consentent à la recevoir. Car, il n'y a d'obligation à cet égard que pour les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur sur l'inférieur ; et ici l'on suppose que le propriétaire de la source en a changé le cours naturel.

(13) *Le propriétaire du fonds inférieur.* Doit-on entendre, par-là, tout propriétaire inférieur, ou bien seulement celui qui touche immédiatement l'héritage supérieur ? Je pense que c'est de ce dernier seul que l'article a entendu parler : et cela pour plusieurs raisons :

D'abord, l'article dit : *le propriétaire du fonds inférieur*, et non pas *d'un fonds.* Le pronom *du* est ici déterminatif, et indique qu'il ne s'agit que d'un seul fonds ; or, ce fonds ne peut être autre que le fonds immédiatement inférieur.

En second lieu, l'article exige que les ouvrages soient apparens, c'est-à-dire qu'ils aient pu et dû être connus du propriétaire supérieur. Or, comment pourra-t-il les voir ou les connoître, s'ils sont faits dans un fonds situé peut-être à un quart de lieue du sien ?

Enfin, l'article dit : *des ouvrages destinés à faciliter la chute de l'eau :* or, ce mot, *la chute*, indique bien le point où l'eau sort de l'héritage supérieur pour entrer dans l'héritage inférieur. Donc il s'agit ici du voisin immédiat.

Nota. Un arrêt de Cassation, du 25 août 1812 (Sirey, 1812 ; 1re. partie, pag. 350), paroît avoir décidé qu'il falloit que les ouvrages eussent été faits *sur le fonds supérieur*, par le propriétaire du fonds inférieur. Telle paroît être aussi l'opinion de Cæpolla, *de Servitutibus præd. rustic.*, chap. 4,

BIU Cujas

nos. 52 et suiv. Si elle étoit admise, la question que nous venons de décider ne pourroit avoir lieu. Mais il me semble que l'article 642 n'exige pas du tout que les ouvrages soient faits sur le fonds supérieur ; et certes, une disposition semblable méritoit bien d'être formellement exprimée. La loi exige seulement que les ouvrages soient apparens, c'est-à-dire, qu'ils aient pu être connus du propriétaire du fonds supérieur. Il n'est pas possible d'ajouter à ce qu'elle prescrit. L'Orateur du Gouvernement a appuyé assez fortement, dans son discours, sur cette disposition. Nulle part il n'est question d'ouvrages faits sur le fonds supérieur. « Mais si, pendant plus de trente ans, y est-il dit, le « propriétaire supérieur a laissé aux eaux de sa source un cours, à l'occasion « duquel le propriétaire inférieur ait fait des travaux apparens, dans la vue d'user « de ces eaux, et qu'en cet état, etc.; » certes, on ne voit rien là qui indique la nécessité d'un fait aussi extraordinaire que le seroit celui de la confection de travaux sur le fonds d'autrui, sans le consentement du propriétaire ; et si cela étoit, ce même Orateur, qui fait résulter de ces travaux la présomption d'un arrangement primitif, dont il ne reste plus de traces, n'auroit pas manqué d'appuyer fortement sur la présomption, bien plus forte encore, qui résulteroit de la confection de ces mêmes travaux sur le fonds supérieur. Enfin cela paroît avoir été formellement décidé par la discussion qui a eu lieu au Tribunat. Le projet portoit, *ouvrages extérieurs* : le Tribunat a pensé que, pour empêcher qu'on ne conclût de ce mot que les ouvrages devoient être faits sur le fonds supérieur, il falloit y substituer le mot *apparens*. Or en adoptant ce changement, le Législateur a bien prouvé que son intention étoit qu'il suffisoit que les ouvrages fussent faits sur le fonds inférieur.

(14) ***Et terminé.*** Il faut qu'ils soient terminés. Ce ne sera donc que du moment de l'entière confection des ouvrages, que la prescription commencera à courir.

(15) ***Des ouvrages.*** Il faut qu'il y ait des ouvrages. Autrement le non changement du cours, de la part du propriétaire de la source, seroit regardé comme un acte de pure faculté, qui ne peut servir de base à la prescription. (Art. 2232.) Mais lorsqu'il y a des ouvrages, on présume que le propriétaire du fonds inférieur ne les a fait faire que par suite d'arrangemens passés avec le propriétaire de la source, et dont les traces n'existent plus. Au reste, dès que le cours d'eau devient prescriptible du moment qu'il y a des ouvrages apparens, il s'ensuit que, dans ce même cas, l'action possessoire peut avoir lieu. *Sic* jugé en Cassation le 4 mai 1813. (Sirey, 1813 ; 1re. partie, pag. 337.)

(16) ***Apparens***, c'est-à-dire, qui aient pu être connus du propriétaire de la source. Ce sont ces actes qui constituent, de la part du propriétaire du fonds inférieur, la possession nécessaire pour prescrire : or, il faut, aux termes de l'article 2229, que cette possession ait été publique, c'est-à-dire, qu'elle

BIU Cujas

ait pu être probablement connue de celui contre lequel on veut prescrire. Mais, dira-t-on, lorsque le propriétaire du fonds inférieur aura fait des ouvrages, il faudra donc que le propriétaire de la source en change le cours malgré lui, pour ne pas laisser acquérir la prescription ? Je ne le pense pas : je crois qu'il suffira qu'avant l'expiration des trente ans, il fasse signifier au propriétaire inférieur un acte, contenant protestation contre toute induction qu'il prétendroit tirer du non changement de cours, et déclaration que, si ce cours n'a pas été changé, c'est uniquement par pure faculté, et non en vertu d'aucune obligation particulière. Cette protestation, renouvellée tous les vingt-neuf ans, et suivie du silence du propriétaire inférieur, doit suffire pour détruire la présomption dont il est question dans la note précédente. (Argument tiré de l'article 2244.)

(17) *La chute.* Il faut donc que ces ouvrages soient, comme nous l'avons dit, faits précisément au point où l'eau quitte le fonds supérieur, pour tomber sur le fonds inférieur.

PAGE 156.

(1) *Ne peut en changer le cours.* Faut-il conclure de ces expressions que la disposition ne doit s'appliquer qu'aux eaux qui ont un cours, et qu'elle n'auroit point lieu à l'égard d'un puits, d'une mare, dont l'eau seroit absolument nécessaire aux habitans d'une commune ou d'un hameau ? Je pense qu'il en devroit être de même, et que c'est le cas d'appliquer la disposition de l'article 645.

(2) *Ou par prescription.* Ainsi les habitans n'ont pas besoin de la prescription pour conserver l'usage de l'eau, mais seulement pour s'affranchir du payement de l'indemnité ; au lieu que les particuliers qui n'ont pas de titre, ne peuvent acquérir l'usage que par prescription ; mais aussi, alors, ils n'ont point d'indemnité à payer.

(3) *Les juges.* Il ne faut pas conclure delà que toutes les contestations qui peuvent s'élever relativement aux eaux, soient du ressort de l'autorité judiciaire. Elle ne doit prononcer que quand il s'agit d'intérêts privés. Mais toutes les fois que le public peut être intéressé dans la contestation, sous le rapport, soit de la salubrité, soit de l'établissement ou de la conservation d'usines nécessaires ou utiles à une province, ou à un pays quelconque, c'est à l'autorité administrative à prononcer. (Décret du 22 janvier 1808, rapporté dans SIREY, 1816 ; 2e. partie, pag. 309.) Pareillement, il a été décidé par un décret du 11 août suivant, rapporté *Ibid.*, pag. 391, que c'étoit à l'administration à veiller à ce que les eaux d'une usine soient à une hauteur telle, qu'elles ne préjudicient à personne.

(4) *Avec le respect dû à la propriété.* C'est la conséquence de ce principe

BIU Cujas

que nous avons si souvent répété, et qui dérive du droit naturel : *Malitiis non est indulgendum.*

(5) *Chemin de halage.* Haler des bateaux, c'est les faire tirer par des hommes ou par des chevaux, soit pour leur faire remonter des rivières, soit pour les faire aller plus vite en descendant.

Le chemin de halage est de vingt-quatre pieds : mais on ne peut clore qu'à trente pieds du côté où se tirent les bateaux, et à dix pieds de l'autre côté. *Voyez* ce qui sera dit au 2e. volume, dans les notes sur le Titre de *l'Accession.*

(6) *Ou autres ouvrages publics et communaux.* Dans ce cas, chaque propriétaire riverain est obligé de laisser déposer sur son terrain les matériaux nécessaires aux constructions ou réparations, et même de laisser extraire de son fonds, du sable, de la pierre, etc, mais alors à charge d'indemnité. L'on peut encore rapporter à cette servitude, la prohibition de bâtir autour des places de guerre, prononcée par l'article 50 du Titre 1er. de la loi du 18 juillet 1791.

(7) *Ou réglemens particuliers.* Voyez *l'Ordonnance des eaux et forêts* de 1669, Titre XXVIII : *un arrêt du Conseil, du 3 mai* 1720, rapporté dans l'ancien DENISART, au mot *Chemin*, nos. 15 et 16 ;

La loi du 6 octobre 1791, Tit. 1er., sect. 6 ;

La loi du 29 floréal an 10 (*Bulletin*, no. 1606), relativement aux contraventions en matière de grande voierie ;

Celle du 14 floréal an 11, concernant le curage des petites rivières, et le réglement fait le 26 février 1746, par la juridiction connue sous le nom de *Table de marbre*, pour le curage de la rivière de Bièvre ou des Gobelins, près Paris ;

Celle du 9 ventose an 13 (*Bulletin*, no. 587), relative aux plantations des grandes routes et des chemins vicinaux ;

Un décret du 22 janvier 1808 (*Bulletin*, no. 2954), qui déclare applicable à toutes les rivières navigables de France, l'article 7 du Titre XXVIII de l'Ordonnance de 1669 ;

Un autre décret, du 7 mars 1808 (*Bulletin*, no. 3177), relative à la distance à observer dans les constructions qui avoisinent les cimetières, etc. ;

Un autre décret, du 16 décembre 1811 (*Bulletin*, no. 7644), relativement aux constructions et réparations des routes, et aux plantations faites ou à faire le long des routes.

Enfin les articles 445 et 448 du Code Pénal, relatifs à ceux qui coupent des arbres appartenant à autrui, et plantés sur les places, routes, etc.

Observez au surplus, comme principe général, que, toutes les fois qu'il s'agit de décider si un chemin est vicinal ou communal, ou si c'est une voie privée, la connoissance de la question appartient à l'autorité administrative. (Décret du 7 octobre 1807, rapporté dans SIREY, 1816; 2e. partie, p. 296.) Il en est de même de la question de savoir, s'il y a eu, ou non, anticipation sur

BIU Cujas

un chemin vicinal, etc. (Décret du 8 novembre 1808, rapporté *Ibid.*, 1817; 2e. partie, pag. 21.)

(8) *Du quasi-contrat.* On nomme *quasi-contrat*, un fait licite, qui, sans convention, produit cependant obligation et action. Ainsi, le propriétaire d'une maison en lègue la moitié à Pierre, et l'autre moitié à Paul. L'acceptation que chacun d'eux fait séparément de son legs, forme entre eux un quasi-contrat, dit *de communauté*, d'où résultent plusieurs obligations respectives, telles que celle de contribuer aux réparations, etc.

(9) *Dans la classe des servitudes.* (*Voyez*, sur ces sortes de servitudes, le Traité de Desgodets, intitulé : *Lois des Bâtimens*, avec les notes de Goupy.)

Observez que les servitudes légales étant fondées sur la loi, doivent être regardées comme fondées en titre, et comme pouvant en conséquence donner lieu à l'action possessoire. *Sic* jugé en Cassation le 13 juin 1814. (*Bulletin*, n°. 68.) Il en doit être de même des servitudes naturelles, qui peuvent être également considérées comme légales, puisque leur existence est consacrée par la loi.

Page 157.

(1) *Et des gros murs.* Je pense qu'il en doit être de même des digues, des voûtes et murs de caves, etc.; en un mot, de tous les objets nécessaires à la solidité de l'édifice entier, et qui servent aux besoins ou à la commodité de tous les locataires, tels que les puits ou fosses d'aisance, communs, les passages d'allées, etc.

(2) *De la valeur de l'étage.* Remarquez que le rez-de-chaussée, quand il y en a un, est regardé comme un étage.

(3) *Qui lui appartient.* Ainsi, il faut estimer la valeur de la maison entière, et celle de chaque étage pris séparément. *Espèce :* La maison entière, de quatre étages, est estimée 6,000 fr. : le premier étage est estimé séparément 2,400 fr.; le second, 1,600; le troisième, 1,200; et le quatrième, 800 fr. La valeur du premier étage étant égale aux deux cinquièmes de la valeur totale de la maison, le propriétaire de cet étage paiera les deux cinquièmes des réparations. Par la même raison, le propriétaire du second en paiera les quatre quinzièmes; celui du troisième, le cinquième; et enfin, celui du quatrième, les deux quinzièmes. C'est cette opération que l'on nomme *ventilation.*

(4) *Et ainsi de suite.* Cette disposition n'est peut-être pas conforme à la stricte justice; car il est certain que les propriétaires du second et au-dessus, devroient contribuer aux frais de l'escalier du premier; que ceux du troisième et au-dessus devroient contribuer aux frais des escaliers du premier et du second, et ainsi de suite. Mais l'on a voulu éviter les difficultés, et les calculs que cela eût nécessités.

Mais remarquez que le propriétaire du rez-de-chaussée n'est tenu de réparer

BIU Cujas

que son plancher, et non les voûtes des caves qui peuvent se trouver dessous, et qui sont, comme nous l'avons dit, à la charge de tous les co-propriétaires.

Quid, à l'égard des plafonds ? Chaque propriétaire doit être tenu du sien. (Goupy sur Descodets.)

(5) *Du droit de bornage.* (*Voyez* au Digeste, le Titre *Finium regundorum.*)

(6) *Tout propriétaire.* L'usufruitier, le fermier, pourroient-ils intenter l'action de bornage ? L'usufruitier étant regardé comme co-propriétaire, puisque l'usufruit est un démembrement de la propriété, je pense, conformément à la loi 4, §. 9, ff. *Finium regund.*, qu'il peut intenter l'action. Mais il est de l'intérêt du voisin de mettre en cause le propriétaire, parce qu'autrement le bornage seroit, à l'égard de ce dernier, *res inter alios acta*, et par conséquent ne pourroit lui être opposé.

Quant au fermier, comme il n'a pas le *jus in re*, il ne peut intenter cette action. Mais s'il résultoit du défaut de bornage quelque trouble dans sa jouissance, il pourroit demander, ou que le propriétaire le fît cesser, en procédant au bornage, ou que son bail fût résilié avec dommages-intérêts. Je pense, par la même raison, qu'il n'a pas le droit d'intervenir au bornage demandé par ou contre le propriétaire. Mais si, par l'effet du bornage, la jouissance qui lui avoit été assurée par le bail, se trouve diminuée, il aura recours contre le propriétaire, pour se faire indemniser, ou même pour faire résilier le bail, s'il y a lieu.

Le tuteur pourroit-il intenter l'action de bornage ? Oui, mais avec l'autorisation du conseil de famille. C'est bien une action immobilière. De même, il pourroit y défendre, mais non y acquiescer sans autorisation. (Art. 464.)

(7) *En tout temps.* Le droit de demander le bornage, est imprescriptible : d'abord, parce que c'est un acte de faculté qui ne peut servir de base à la prescription (Art. 2232) ; en second lieu, parce qu'il est de l'intérêt public, que les propriétés particulières soient distinctes. La prescription a été introduite pour mettre fin aux procès ; et ici elle auroit pour effet d'en occasionner d'interminables.

(8) *A frais communs.* Mais, s'il y a contestation, les frais de la contestation sont supportés par la partie qui succombe.

En cas de contestation, comment doit être déterminée la limite des propriétés respectives ? Le juge doit se décider d'après les titres et la possession respective des parties. Mais cependant, à l'égard de la possession, il faut distinguer : Si la partie qui ne possède pas, a des titres contraires à la possession de l'autre partie, la possession ne pourra être opposée, qu'autant qu'elle aura été suffisante pour opérer la prescription : sinon, la simple possession annale suffit. Le possesseur est toujours présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire.

L'on voit dans l'ancien Denisart, *v°*, Bornes, n^os^. 8, 9 et 10, que la juris-

BIU Cujas

prudence étoit controversée sur ce point, et que, dans certaines provinces, l'on jugeoit que la prescription ne pouvoit être invoquée à l'égard des anticipations faites par un voisin sur l'autre. Mais le Code n'ayant fait aucune exception à ce sujet à la règle commune, et s'étant borné à établir l'imprescriptibilité du droit de demander le bornage, il faut revenir, sur tout le reste, au droit commun.

Observez que, lorsque des bornes existantes ont été déplacées, le plaignant a deux actions.

La première, qui est civile, est l'action possessoire ou réintégrande. Elle ne peut être formée que dans l'année; et elle se porte devant le juge de paix de la situation des lieux, qui prononce sans appel, si les dommages-intérêts demandés n'excèdent pas 50 fr.; sinon, à la charge de l'appel, quel que soit le montant de la demande. (Loi du 24 août 1790, Tit. 3, art. 10.)

La seconde, qui est correctionnelle, et qui est établie par l'article 456 du Code Pénal, lequel prononce un emprisonnement d'un mois au moins, ou d'un an au plus, et une amende égale au quart des restitutions et dommages-intérêts, mais qui, dans aucun cas, ne peut être moindre de 50 fr., contre celui qui a déplacé ou supprimé des bornes, ou pieds corniers, ou autres arbres plantés ou reconnus pour établir les limites entre les différens héritages.

Lorsqu'il n'a jamais existé de bornes, et que le bornage est demandé par action principale, la cause doit être portée devant le Tribunal de première instance de la situation des lieux. Les juges de paix ne peuvent connoître, dans cette matière, que de l'action possessoire résultant du déplacement des bornes existantes.

(9) *Du droit de propriété.* Pourvu toutefois que la clôture ne soit pas faite de manière à faire refluer sur le fonds supérieur les eaux qui en découlent naturellement.

PAGE 158.

(1) *Des usages prohibitifs.* Il paroît que cette prohibition existoit assez généralement dans la province de Champagne, au moins jusqu'à l'année 1769, qu'il intervint un Edit du Roi, portant permission à tout propriétaire de se clore. (*Voyez* l'ancien DENISART, au mot *Parcours*, n°. 25.) Au surplus, l'abrogation de ces usages avoit déjà été prononcée par la loi du 6 octobre 1791, Tit. 1^er., sect. IV, art. 4.

(2) *Parcours et vaine pâture.* Le droit de *vaine pâture* est celui de mener ses bestiaux paître dans certains endroits désignés par les réglemens ruraux, tels que les grands chemins, les prés après la dépouille, les guérets et les terres en friche, les bois de haute futaie, les taillis après la quatrième ou la cinquième pousse suivant l'usage des lieux, les chaumes après un temps qui est réglé par les usages locaux; et généralement tous les héritages où il n'y a ni

BIU Cujas

semences, ni fruits, et qui, par la loi ou l'usage du lieu, ne sont pas en défense. Mais ce droit ne peut être exercé par les habitans d'une commune, que sur les terres faisant partie du territoire de la commune : c'est pour cela qu'on y a ajouté, dans quelques endroits, le droit de *parcours* ou *d'entre-cours*, en vertu duquel les habitans de deux communes voisines peuvent envoyer mutuellement leurs bestiaux en pâturage, d'un territoire sur un autre. (*Voyez* la loi du 6 octobre 1791, Tit. 1^er^., sect. IV.)

Dans l'ancienne Jurisprudence, le parcours pouvoit avoir lieu, soit en vertu de la coutume, soit en vertu d'un titre, soit enfin par l'effet d'une possession immémoriale. Mais aux termes de l'article 2 de la loi précitée, Tit. 1^er^., sect. IV, il faut actuellement que ce droit soit fondé sur un titre, ou sur une possession autorisée par les lois ou les coutumes; hors ces cas, la possession immémoriale ne seroit donc plus un titre suffisant pour en légitimer l'exercice.

(3) *Qu'il y soustrait.* C'est-à-dire que si, par exemple, il a clos la moitié de son terrain, il ne peut envoyer à la vaine pâture que la moitié de ses bestiaux, et ainsi à proportion. Cela est très-juste en théorie; mais il faut convenir que l'application peut entraîner beaucoup de difficultés. Au surplus, cette disposition suppose, comme cela est évident, que le propriétaire qui se clot, soustrait, par cela seul, son terrain au droit de parcours et de vaine pâture. Il est bien certain qu'il le peut, lorsque le droit de vaine pâture est appuyé seulement sur la possession, ou sur la coutume; l'on peut comparer cela à un acte de pure faculté, qui, comme nous l'avons déjà vu, ne peut fonder de prescription. Mais le pourroit-il également, s'il y avoit titre? La négative a été jugée par deux arrêts de Cassation, l'un du 14 fruc. tidor an 9, et l'autre du 13 décembre 1808; (Sirey, 1809, 1^re^. partie, p. 72) à la vérité, sous l'empire de la loi de 1791, dont l'article 11, section IV, paroissoit favoriser cette distinction. En seroit-il de même sous le Code? On peut dire pour la négative, que l'article 647 paroît n'admettre d'autre exception au droit de se clore, que celle qui est portée dans l'article 682, pour le cas d'enclave. Cependant une disposition qui donneroit à une partie le droit de se soustraire à l'exécution d'une convention consentie par elle ou par ses auteurs, est tellement exorbitante du droit commun, qu'il paroît difficile de l'admettre, à moins qu'elle ne soit formellement énoncée. Cette vérité est tellement reconnue, que, toutes les fois que le Législateur a voulu accorder à une partie un droit contraire à la convention qu'elle avoit formée, il a soin d'ajouter ces mots : *nonobstant toute stipulation contraire*, ou autres semblables. (*Voyez* les articles 1268, 1453, 1674, 2220, etc.) Je pense donc que, quand il y a titre, la faculté de se clore est interdite. *Voir* un arrêt de Rennes, du 27 mai 1812. (Sirey, 1815; 2^e^. partie, pag. 102.)

Quid, dans l'espèce suivante? Un propriétaire, sujet à la vaine pâture, et dont le fonds se trouve intermédiaire entre deux fonds sujets au même droit,

BIU Cujas

veut se clore. Doit-il laisser sur son terrain le passage libre aux bestiaux qui vont se rendre du fonds supérieur, sur les fonds inférieurs, ou *vice versâ*, pour jouir de la vaine pâture? L'affirmative ne me paroît pas douteuse, s'il n'existe pas d'autre moyen convenable de communication. (Art. 682.) Mais une seconde question est de savoir s'il lui est dû, ou non, indemnité. On peut dire, pour la négative, que les propriétaires des fonds supérieurs, que l'on suppose avoir passé de temps immémorial sur le fonds actuellement clos, paroissent avoir prescrit l'indemnité, conformément à l'article 685. Mais l'on peut répondre que ce fonds étant lui-même alors sujet à la vaine pâture, les bestiaux le parcouroient, moins pour y passer, que pour y paître comme partout ailleurs. Le propriétaire n'avoit donc aucune action pour réclamer une indemnité. La prescription ne pouvoit donc courir contre lui, d'après la règle: *contrà non valentem agere, non currit præscriptio.* Il pourra donc réclamer une indemnité. Mais s'il laisse passer trente ans, à compter du moment où il s'est clos, son action sera prescrite. (Art. 685.)

(4) *Aucune issue.* Il faut qu'il n'ait aucune issue. S'il en avoit une qui fût suffisante pour l'exploitation de son héritage, quelqu'incommode qu'elle lui fût, il ne pourroit user du bénéfice de l'article 682.

(5) *Pour son exploitation.* Pourroit-il réclamer le passage pour un temps seulement, si le chemin, de son héritage à la voie publique, se trouvoit momentanément obstrué? Oui, sans doute; mais ce ne seroit pas alors, à proprement parler, une servitude.

(6) *Qui doit en résulter. Quid*, si le fonds enclavé a été vendu par un des propriétaires intermédiaires entre ce fonds et la voie puplique; et ce, sans mention du droit de passage? Je pense que, dans ce cas, le droit est toujours dû par le vendeur, sans indemnité. (Argument tiré de la loi 23, §. 3, ff. *de Servit. Præd. rustic.*, qui n'est faite, à la vérité, que pour le cas de partage, mais dont la disposition est applicable à la vente, qui est un contrat de bonne foi, comme le partage, et avec laquelle, d'ailleurs, le partage avoit, chez les Romains, une grande ressemblance.) L'on pourroit en outre fonder cette décision par analogie, 1°. sur l'article 696. Si celui qui concède une servitude, est obligé d'accorder tout ce qui est nécessaire pour en user, quoique le titre n'en dise rien; *à pari*, celui qui vend un fonds, doit être tenu d'accorder tous les droits sans lesquels ce fonds seroit absolument inutile dans la main de l'acquéreur; 2°. sur l'article 1018, portant que la chose léguée doit être livrée avec tous les accessoires nécessaires. Donc, si le fonds enclavé avoit été légué, et s'il n'y avoit d'autre issue pour aller sur la voie publique, que de passer sur un des fonds de la succession, l'héritier seroit tenu de livrer gratuitement le passage, quand même il n'en auroit été fait aucune mention dans le testament; 3°. Enfin, sur l'article 1615, qui décide dans les mêmes termes que la chose vendue doit être livrée avec tous ses accessoires et tout ce qui est destiné à son

BIU Cujas

usage perpétuel. Or, comment ne pas comprendre dans les choses destinées à l'usage perpétuel d'un fonds, le passage sans lequel l'exploitation de ce fonds seroit absolument inutile? Telle paroît avoir été également l'opinion de Coquille, question 74.

(7) *En général.* L'article dit *régulièrement.* Nous avons substitué ces mots *en général*, qui supposent qu'il peut y avoir quelque exception; et en effet, ce n'est pas ici une disposition absolue dont les juges ne puissent s'écarter dans aucune circonstance : *putà*, si le trajet plus court exigeoit des dépenses considérables pour y pratiquer un chemin, celui à qui le passage est nécessaire, pourroit, s'il n'en résultoit pas une trop grande surcharge pour le voisin, obtenir que le passage lui fût accordé par un endroit moins difficile. *Sic* jugé en Cassation, le 1^er^. mai 1811. (Sirey, 1811; 1^re^. partie, pag. 325.)

(8) *A la voie publique*, ou jusqu'à un autre héritage appartenant au propriétaire de l'enclave, et donnant sur la voie publique.

(9) *Il est accordé :* c'est-à-dire que, si l'endroit ou le trajet le plus court, est en même temps le plus dommageable, comme une cour, un verger, etc., on doit prendre le passage autre part; mais si tous les endroits sont également dommageables, on doit prendre le chemin le plus court.

Quid si, postérieurement au réglement fait pour la fixation du passage, le propriétaire du fonds enclavé venoit à acquérir un héritage tenant au sien, et donnant sur la voie publique? Il me semble que l'équité exigeroit que, dans ce cas, le propriétaire qui a été obligé d'accorder le passage sur son fonds, pût demander sa décharge, sauf réglement pour l'indemnité, si elle ne consistoit pas dans une prestation annuelle. Cette décision pourroit être appuyée, par analogie, sur les art. 209, 301, et surtout sur le 701, duquel il résulte que, principalement en matière de servitude, les principes du droit doivent céder à ceux de l'équité naturelle. Je ne pense pas même que, dans ce cas, le propriétaire de l'enclave puisse argumenter de sa possession, quelque longue qu'elle ait été. Car, d'abord, il s'agit ici d'une servitude discontinue, qui ne peut s'acquérir par prescription : en deuxième lieu, le titre réclameroit toujours, et seroit la preuve toujours existante que le passage n'a été accordé que par nécessité; ce qui exclut toute idée de prescription.

(10) *A cela de particulier.* Parce qu'en effet, comme nous le verrons au chapitre III, la servitude de passage ne peut s'acquérir par prescription, quand elle n'est pas légale. La raison de différence est simple : dans le cas d'enclave, on n'a pas besoin de la presciption pour acquérir la servitude en elle-même, puisque le propriétaire peut être forcé d'accorder le passage; mais la prescription est utile pour l'acquérir gratuitement, parce que l'action en indemnité, comme toutes les autres actions, se prescrit par trente ans.

La prescription est encore utile pour empêcher, dans le cas de silence du titre, toute réclamation fondée sur ce que le chemin n'est pas le plus court pour

BIU Cujas

aller à la voie publique, qu'il est le plus incommode, etc. Le passage pendant trente ans doit faire présumer que toutes ces considérations ont été pesées dans le principe, et qu'elles n'ont pas empêché que le passage n'ait été déterminé, comme il a été pratiqué jusqu'alors. Cependant je ne dois pas dissimuler que le contraire a été jugé à la Cour de Poitiers, et en Cassation le 7 février 1811. (SIREY, 1813; 1re. partie, pag. 463.) Mais je ne crois pas moins devoir persister dans mon opinion. *Nec obstat* qu'il s'agit ici d'une servitude discontinue. Car, comme il a été dit dans l'alinéa précédent, c'est, dans ce cas, une espèce de servitude légale. Elle existe donc indépendamment de la prescription. Il ne s'agit que d'en déterminer le mode; et il me semble que, dans ce cas, la présomption résultant d'un mode de jouissance uniforme pendant trente ans, doit l'emporter sur toute autre considération.

Mais de quelle époque courent les trente ans pour la prescription de l'indemnité? Du jour où le propriétaire de l'enclave a commencé à passer; car c'est de ce moment que l'indemnité étoit exigible. Mais remarquez qu'il faut que le passage ait été nécessaire dès le principe; car si l'on suppose que le fonds n'a pas toujours été enclavé, et que le propriétaire a commencé à passer à une époque où l'enclave n'existoit pas encore, les trente ans ne commenceront à courir que du moment où le fonds a commencé à être enclavé. Jusque-là c'eût été une servitude ordinaire de passage, qui ne peut s'acquérir par la prescription.

(11) *De maisons, cours et jardins.* Ainsi cette disposition ne s'appliqueroit pas aux terres labourables, prés, etc. qui peuvent se trouver dans les faubourgs d'une ville. Il y a encore, même à Paris, des pièces de terre ou marais, qui sont situés dans les faubourgs. Certainement, entre deux pièces semblables, ou entre une pièce et un bâtiment, la clôture ne pourroit être forcée.

(12) *Dans les villes et faubourgs :* et non dans les campagnes. Mais en cas de contestation, comment sera jugée la question de savoir, si une commune est une ville, ou non? Si les Tribunaux ne se croient pas suffisamment éclairés sur ce point, ils devront renvoyer devant l'Autorité administrative, pour décider seulement cette première question. Il en doit être de même de la question de savoir, si un endroit situé près d'une ville en est, ou non, le faubourg. Pourroit-on, dans les campagnes, obliger le voisin d'entretenir ou de refaire les clôtures existantes? Oui, si elles sont mitoyennes, (Art. 655) sauf la faculté accordée au voisin de se dispenser d'y contribuer, en abandonnant son droit à la clôture et au terrain sur lequel elle est construite, si c'est un mur, ou plantée, si c'est une haie.

(13) *De la clôture.* En quoi doit être faite cette clôture, s'il s'agit d'une construction nouvelle? L'on doit suivre à cet égard l'usage des lieux: à Paris, en bon moëllon. Si l'un des deux vouloit le faire en pierres d'un prix plus élevé, il doit payer la plus-value.

BIU Cujas

Il est possible qu'il existât des villes où la clôture n'étoit pas forcée avant le Code. Si nous supposons que, dans une de ces villes, un propriétaire ait fait construire un mur à ses dépens, pour se clore, pourroit-il maintenant forcer l'autre propriétaire de rembourser la moitié de la valeur actuelle du mur et du terrain sur lequel il est bâti? L'affirmative ne me paroît pas douteuse. S'il n'y avoit pas de mur, il pourroit l'obliger à en construire un à frais communs. Donc, s'il en existe un, il peut le forcer de rembourser moitié de sa valeur, estimée d'après la hauteur qu'il doit avoir, comme mur de clôture.

(14) *A l'avenir.* Ainsi, dans les lieux où l'usage n'est pas constant, si le mur de clôture, qui n'a pas la hauteur fixée par la loi, n'a pas actuellement besoin d'être rétabli, le voisin ne peut exiger qu'il soit exhaussé; *et vice versâ*, s'il a plus que cette hauteur, un des voisins ne peut demander qu'il soit abaissé, sauf à se décharger de contribuer aux réparations de cet excédant, en en faisant l'abandon.

Remarquez, en effet, que l'on n'empêche point celui qui veut se clore à une plus grande hauteur, de le faire; mais il ne peut forcer l'autre à y contribuer au-delà de la hauteur déterminée par notre article. Il doit donc payer l'excédant, et il est tenu des charges à raison de cet excédant. Mais aussi, cet excédant lui appartient exclusivement. Il peut y pratiquer des jours, dans la forme prescrite par l'art. 676; il peut empêcher le voisin d'y appliquer aucun ouvrage, etc.

PAGE 159.

(1) *Dix pieds au moins de hauteur*, à compter du sol. *Quid*, si les deux terrains ne sont pas d'une égale hauteur? On doit partir du terrain le plus élevé. C'est l'opinion de DESGODETS, et je la crois fondée; mais cet auteur ajoute que, dans ce cas, le propriétaire du terrain le plus bas ne doit contribuer aux frais de clôture que jusqu'à la hauteur légale, prise de son côté, et que l'autre propriétaire doit non-seulement payer à lui seul les frais du surplus, mais encore rembourser les charges. Cela me paroît contradictoire; car, si l'on force le propriétaire du fonds supérieur d'élever son mur à dix pieds, à partir de son sol, ce n'est pas dans son intérêt, ni pour sa sûreté, puisque nous supposons que le mur a dix pieds de hauteur de l'autre côté; ce ne peut donc être que pour la sûreté du voisin, ou au moins dans son intérêt, pour empêcher que le propriétaire du fonds plus élevé ne puisse voir, par-dessus le mur, ce qui se passe dans le fonds inférieur. Or, il seroit étonnant que ce voisin fût précisément dispensé de contribuer aux frais d'une construction qui n'est exigée que pour lui. Peut-être l'opinion de DESGODETS pourroit-elle être admise, si le propriétaire du fonds inférieur déclaroit qu'il lui suffit que le mur ait, de son côté, la hauteur exigée par les réglemens; car, puisque l'excédant est exigé uniquement dans son intérêt, il n'est pas douteux qu'il ne puisse renoncer à un droit qui est introduit en sa faveur.

BIU Cujas

On a prétendu, sur cette question, qu'à la vérité, lorsque deux terrains sont situés en pente, l'éboulement des terres, survenu naturellement, est un événement dont le propriétaire supérieur ne doit point garantie au propriétaire inférieur. Cela est vrai; et je partage entièrement cette opinion en faveur de laquelle on peut tirer argument de l'article 640. Mais on ajoute que, quand les deux héritages sont séparés par un mur, et que le fonds supérieur forme terrasse à l'égard de l'inférieur, le mur qui soutient les terres, jusqu'au niveau du sol le plus élevé, doit être construit et entretenu par le propriétaire supérieur seul, et que le propriétaire inférieur ne doit contribuer, qu'au mur de clôture, à partir du haut du mur de terrasse. Il me semble que ces deux décisions impliquent contradiction. Car si, dans le cas où il n'y a pas de mur, le propriétaire inférieur est obligé de souffrir l'éboulement des terres, il s'ensuit que le mur de terrasse est bâti autant, et peut-être même, suivant les circonstances, plus encore dans son intérêt, que dans l'intérêt du propriétaire supérieur, puisqu'il lui évite l'inconvénient de voir à chaque instant ses bâtimens et ses plantations ensevelis sous les terres provenant de l'éboulement. D'ailleurs le mur de terrasse peut et doit être regardé comme servant de fondation au mur de clôture; et les réparations des fondations d'un mur font bien certainement partie des réparations de ce mur. Cependant je ne dois pas dissimuler que l'on oppose à cette décision un arrêt du Parlement de Paris, du 26 mai 1762, rapporté dans l'ancien DENISART, *verbo* MUR, n°. 13, lequel a jugé que c'étoit au propriétaire supérieur à faire réparer, seul et à ses frais, le mur de terrasse. Mais je n'en persiste pas moins dans mon opinion. Cet arrêt paroît avoir été rendu dans une espèce particulière. Il s'agissoit d'une église qui étoit bâtie sur cette terrasse. Rien ne prouve que le mur qui étoit au-dessus, fût mitoyen; il est possible que le propriétaire inférieur ait déclaré qu'il préféroit supporter l'éboulement des terres, plutôt que de contribuer aux réparations du mur. La fabrique ne pouvoit faire la même déclaration, puisque la terrasse soutenoit l'église : il étoit donc naturel qu'elle payât seule les réparations; et ce qui appuieroit cette présomption, c'est que l'arrêt, dit l'auteur qui le rapporte, fut fondé sur ce que la réparation ne profitoit qu'à la fabrique. Et en conséquence je penserois que la décision consacrée par cet arrêt devroit effectivement avoir lieu, dans tous les cas où, la clôture n'étant pas forcée, le propriétaire inférieur déclare qu'il abandonne tout droit, tant au mur de terrasse qu'au mur qui pourroit être bâti par-dessus.

(2) *A des obligations respectives.* Ainsi ce droit diffère de celui de clôture, en ce que, dans celui-ci, il s'agit de forcer le voisin de se clore; au lieu que, dans celui de mitoyenneté, on considère la clôture comme existante, et on établit les obligations respectives qui en résultent. Aussi, la servitude de clôture n'existe-t-elle que dans les villes et faubourgs, tandis que celle de mitoyenneté existe partout où il y a des clôtures mitoyennes, ou présumées telles.

BIU Cujas

(3) *A une présomption légale.* Nous avons vu précédemment ce qu'on doit entendre par présomption légale. Nous rappelerons seulement que c'est, en général, une conséquence tirée de ce qui a lieu le plus ordinairement, *ex eo quod plerumque fit.* Ainsi, comme il arrive le plus souvent que la clôture entre deux voisins est mitoyenne, la loi présume, jusqu'à ce que le contraire soit prouvé, que toute clôture est mitoyenne.

(4) *Tout mur de séparation*, et de séparation immédiate; car s'il y avoit un espace au-delà, quelque modique qu'il fût, appartenant au propriétaire du terrain qui est en-deçà du mur, ce seroit au contraire une preuve que le mur appartient en entier à ce propriétaire. Il en seroit de même si l'espace étoit public.

(5) *Jusqu'à l'héberge. Héberge* est un vieux mot qui signifie *logement*, d'où vient le mot *héberger*, etc. *Entre bâtimens jusqu'à l'héberge*, c'est-à-dire, que le mur entre deux bâtimens est présumé mitoyen, jusqu'au point d'élévation du bâtiment le moins élevé. Si donc un des bâtimens a cinquante pieds de haut, et que l'autre n'en ait que trente, le mur est censé mitoyen jusqu'à trente pieds.

Quid, si le mur étoit plus haut que le bâtiment le plus élevé? Je ne pense pas que cela puisse augmenter le droit du propriétaire du bâtiment moins élevé, qui ne pourroit toujours réclamer la mitoyenneté que jusqu'à son héberge, et tout le surplus appartiendroit à l'autre propriétaire, qui seroit présumé avoir fait élever son mur, dans l'intention d'élever un jour son bâtiment plus haut.

(6) *Ou entre cours et jardins. Quid* entre bâtimens et jardins? Je pense qu'il faut distinguer: Si c'est dans un endroit où l'on peut être forcé de se clore, comme dans une ville ou un faubourg, le mur doit être présumé mitoyen jusqu'à la hauteur de clôture. Dans les autres lieux, il faut encore distinguer: Si le jardin est clos de tous côtés, je pense que le mur doit être présumé mitoyen, jusqu'à la hauteur du mur qui forme la clôture des autres côtés. Si le jardin n'est clos que du côté du bâtiment, je pense que le mur doit être présumé appartenir en entier au propriétaire du bâtiment. (Argument tiré de l'art. 670.)

(7) *Entre enclos*, au pluriel, c'est-à-dire entre deux champs tous deux enclos en entier; car si un seul étoit clos, et que l'autre ne le fût que du côté où est le mur dont il s'agit, je pense que le mur doit être présumé appartenir en entier au propriétaire du champ clos, (argument tiré de l'art. 670) et qu'il en seroit de même entre cours et jardins, dans les endroits où la clôture n'est pas forcée: il n'est pas probable que le propriétaire d'une cour ou d'un jardin ouvert de trois côtés, ait contribué volontairement à la clôture d'un seul côté.

(8) *Dans les champs.* Et dans ce cas, c'est-à-dire, entre cours, jardins et

BIU Cujas

enclos, le mur est censé mitoyen dans toute sa hauteur, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

(9) *Ou marque du contraire. Quid*, s'il y a tout-à-la fois marque de non-mitoyenneté, et titre qui prouve la mitoyenneté? Le titre doit l'emporter, à moins qu'il n'y ait prescription; ce qui peut avoir lieu, si les marques sont apparentes et existent depuis trente ans, et si elles sont appuyées de la possession : par exemple, si, depuis le même temps, l'un des propriétaires a agi comme propriétaire seul et unique du mur; *putà*, s'il l'a toujours fait réparer à ses frais, s'il y a fait des ouvrages sans appeler l'autre propriétaire, etc. (Argument tiré de l'art. 690.)

(10) *Il y a marque de non-mitoyenneté.* C'est encore ici une présomption légale, fondée sur ce qu'ordinairement les murs ne se construisent de cette manière, que quand ils appartiennent en totalité à celui qui les fait construire.

Ces marques doivent-elles faire présumer la non-mitoyenneté du mur dans toute sa hauteur? Je pense qu'il faut distinguer. Si c'est dans un lieu où la clôture n'est pas forcée, je pense que le mur entier doit être présumé non-mitoyen; mais dans les villes et faubourgs, il y a toujours présomption de mitoyenneté jusqu'à la hauteur légale. On ne peut pas présumer que celui qui pouvoit faire payer au voisin la moitié de cette hauteur, ait préféré faire le mur entier à ses frais.

PAGE 160.

(1) *Un plan incliné*, pour servir d'égout aux eaux de pluie, qui alors ne tombent que d'un côté. Or, l'on ne peut présumer que le propriétaire, du côté duquel les eaux s'écoulent, eût consenti à les recevoir en totalité, si le mur eût été commun.

(2) *Des filets.* On appelle ainsi la partie du chaperon qui déborde le mur, afin que l'eau, tombant au-delà du parement du mur, ne le dégrade pas. Ce filet se nomme aussi *larmier*. (DESGODETS.)

(3) *Et corbeaux.* L'on nomme ainsi une pierre en saillie, que l'on a coutume de mettre aux murs peu épais, afin de poser les poutres dessus, et de leur donner moins de portée. Mais il ne faut pas confondre ces corbeaux, avec ce qu'on appelle des *harpes*, ou pierres d'attente, qui sont des pierres que fait saillir du côté du voisin, celui qui bâtit le premier; afin que, quand le voisin viendra à bâtir à son tour, les deux maisons se trouvent liées ensemble, et qu'il ne soit pas nécessaire de faire des entailles et des incrustemens qui détérioreroient la jambe boutisse de la première maison. L'on voit par là que ces harpes ne peuvent fournir aucun préjugé relativement à la mitoyenneté.

(4) *En bâtissant le mur.* On reconnoît que le corbeau a été mis en bâtissant le mur, quand l'épaisseur du mur et la saillie sont faites d'une seule pierre. Cette condition est exigée, parce qu'autrement il seroit possible à un

BIU Cujas

propriétaire de placer ces corbeaux de son côté, à l'insu de l'autre, et de se procurer par là frauduleusement une marque de non-mitoyenneté. Par la même raison, je pense que ces mêmes corbeaux, placés depuis la construction, ne pourroient fonder une prescription. Car la possession qui en résulteroit, n'auroit pas le caractère de publicité requis pour la prescription (Art. 2229), puisqu'ils pourroient très-bien être inconnus à l'autre propriétaire.

(5) *Est censé :* parce que ce n'est toujours qu'une présomption, qui cesseroit, si la mitoyenneté étoit prouvée par titres. Mais les indices contraires seroient-ils une preuve de mitoyenneté; *putà*, s'il y avoit chaperon, corbeau, etc., des deux côtés, faudroit-il en conclure nécessairement que le mur est mitoyen ? Je pense qu'il faut distinguer : Ou il s'agit d'héritages à l'égard desquels la présomption de mitoyenneté existe, quand il n'y a pas de marques du contraire, c'est-à-dire, entre bâtimens, cours, jardins, ou enclos, et alors les indices dont nous parlons, sont totalement indifférens : ou il s'agit d'autres espèces de fonds, et alors ces indices pourront contribuer à déterminer le juge à déclarer le mur mitoyen. Mais je ne pense pas qu'ils doivent être regardés comme une présomption nécessaire de mitoyenneté. Car si, par exemple, de deux fonds, l'un étoit entièrement clos de murs garnis de chaperons des deux côtés, et que l'autre fût ouvert de tous les côtés, excepté de celui qui confine au fonds enclos, certes, dans ce cas, la mitoyenneté ne devroit pas être présumée. D'ailleurs, la loi a bien dit que le défaut de ces indices formeroit présomption de non-mitoyenneté : mais elle n'a pas dit que leur existence formeroit présomption de mitoyenneté ; et l'un n'est pas la conséquence nécessaire de l'autre.

(6) *Ou les filets.* Mais depuis combien de temps faut-il que les choses soient en cet état, pour établir la présomption de non-mitoyenneté ? Je pense que la possession annale suffit, sauf au voisin qui prétend que le mur est mitoyen, à le prouver par titres, auquel cas, la preuve résultant des titres ne pourra être détruite que par la possession trentenaire.

Quid, si l'un des voisins fait exhausser à ses dépens le mur mitoyen, conformément à l'article 658, et qu'il fasse faire de son côté le chaperon ou filet ? L'autre voisin doit veiller à ce que le filet de l'ancien chaperon soit conservé de son côté, ou refait, s'il avoit été démoli : autrement, au bout d'un certain temps, l'autre voisin pourroit prétendre que le mur lui appartient en entier, ou au moins à partir de la hauteur légale, si c'est dans un lieu où la clôture est forcée. Si cependant il avoit payé les charges, à raison de l'exhaussement, et que la quittance fût produite, elle seroit pour le voisin une preuve de la mitoyenneté de l'ancien mur. Il en seroit de même de toute autre pièce, d'où l'on pourroit induire que le voisin a reconnu cette mitoyenneté.

(7) *Le propriétaire voisin.* L'article 661 dit, *tout propriétaire joignant un mur*, etc. Il faut donc que le mur soit bâti sur l'extrémité du terrain

BIU Cujas

appartenant à l'autre propriétaire. Mais *quid*, si celui qui a fait bâtir le mur, pour éviter d'être obligé d'en vendre la mitoyenneté, a laissé une portion de terrain vacante au-delà du mur ? Il faut distinguer : Si cette portion est d'une largeur suffisante pour pouvoir lui être de quelqu'utilité, *putà*, pour y passer, pour y placer des échelles, ou pour recevoir l'égout du mur, alors il est constant que le mur ne peut être regardé comme mur de séparation, et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition de l'article 661. *Secùs* dans le cas contraire. L'on présume alors qu'il y a pure malice de la part du propriétaire voisin. Or, *Malitiis non est indulgendum.* La loi qui oblige le propriétaire d'un mur de séparation, d'en vendre la mitoyenneté, peut être regardée en quelque sorte comme une loi d'utilité publique, dont on ne doit pas permettre d'éluder la disposition, sans un motif quelconque. Seulement le voisin sera obligé d'acheter, non-seulement la moitié du mur et du terrain, mais encore la portion de terrain qui excède de son côté.

(8) *A toujours le droit. Toujours*, en tout temps. C'est un acte de faculté qui ne peut être écarté par la prescription. Remarquez que cette faculté a lieu, même hors des villes et faubourgs. On ne peut, à la vérité, dans les campagnes, forcer le voisin de se clore ; mais si la clôture existe, et appartient en entier à l'un des voisins, il peut être forcé d'en vendre la mitoyenneté.

Quelques personnes pensoient anciennement, que le voisin ne pouvoit user de ce droit, qu'autant qu'il vouloit bâtir contre le mur, ou y appliquer quelqu'ouvrage. Autrement, disoient-elles, ce seroit favoriser la méchanceté d'un propriétaire, qui n'acheteroit la mitoyenneté que par pure malveillance, et uniquement dans l'intention de nuire au voisin ; par exemple, pour lui faire boucher ses jours, ou pour pouvoir élever le mur, à l'effet d'obscurcir le bâtiment voisin. Desgodets cite même un arrêt qui a jugé dans ce sens. Il me paroîtroit difficile d'admettre cette opinion sous le Code. L'article ne distingue pas ; et d'ailleurs il est très-possible que celui qui achète la mitoyenneté, n'ait d'autre motif que celui de faire boucher les jours, sans avoir, pour cela, l'intention de nuire au voisin, mais seulement d'empêcher qu'on n'ait vue sur lui, qu'on ne jette quelque chose dans sa cour ou son jardin, ou autre chose semblable. D'ailleurs, si l'on exigeoit absolument qu'il fût fait des ouvrages, il seroit bien aisé d'en appliquer de légers, que l'on détruiroit ensuite. Permettroit-on alors au voisin de revenir sur la vente de la mitoyenneté ? Il en résulteroit une foule de procès, qu'il est toujours si essentiel de prévenir. Jugé conformément à cette opinion, à Lyon, le 5 mars 1812. On s'est pourvu en Cassation, et le pourvoi a été rejeté le 1^er^. décembre 1813. (Sirey, 1814 ; 1^re^. partie, pag. 95.) Jugé encore dans le même sens en Cassation, le 5 décembre 1814. (*Bulletin*, n°. 96.)

Si celui à qui appartient le mur, y a appliqué des constructions du genre de celles qui sont énoncées dans l'article 674, sans avoir fait contre-mur

BIU Cujas

ou pris les autres précautions indiquées par le même article, le voisin qui acquiert la mitoyenneté, pourra-t-il en exiger la destruction, ou au moins l'addition des ouvrages prescrits ? D'abord, s'il en est résulté quelqu'inconvénient, l'affirmative n'est pas douteuse; *putà*, s'il s'agit d'une fosse d'aisance, et qu'il y ait filtration. Il en est de même dans le cas contraire, si les constructions ont été faites depuis le Code, puisque ces ouvrages sont prescrits, quand même le mur appartiendroit exclusivement à celui qui les a fait exécuter. Mais si elles ont été faites avant le Code, je pense qu'il faut distinguer : Si la coutume du lieu contenoit une disposition semblable à celle du Code, il faudroit décider, comme si les ouvrages eussent été faits depuis le Code. Dans le cas contraire, les choses resteront *in statu quo*, jusqu'à la démolition; et alors, elles ne pourront être rétablies que conformément à l'article 674.

(9) *Sur lequel le mur est bâti.* Le mur, ou la portion du mur, quand il ne veut prendre qu'une portion de la longueur du mur; car, s'il le prend dans toute sa longueur, il doit la moitié de la valeur de tout le terrain, quand même il ne voudroit pas rendre le mur mitoyen dans toute sa hauteur.

Observez 1°. qu'il y avoit des coutumes qui n'obligeoient point les propriétaires voisins de contribuer à la clôture, mais qui donnoient à celui qui vouloit se clore, le droit de prendre, sur le fonds voisin, la moitié du terrain sur lequel le mur devoit être bâti. Il est certain que, pour les héritages situés dans ces coutumes, les terrains sur lesquels sont bâtis les murs de clôture, doivent être présumés, jusqu'à preuve contraire, appartenir aux deux propriétaires, et que, par conséquent, celui qui veut acquérir la mitoyenneté du mur, n'est obligé de payer que la moitié de la valeur du mur, mais non la moitié de la valeur du terrain :

Et 2°. que la disposition de l'art. 661 doit avoir lieu, quand même le mur auroit été originairement mitoyen, s'il a été abandonné par un des propriétaires, qui a voulu se dispenser de contribuer aux réparations. Car, au moyen de cet abandon, le voisin est devenu propriétaire de la totalité du mur; et par conséquent si l'autre propriétaire veut en réacquérir la mitoyenneté, il sera obligé de racheter la moitié de cette totalité, c'est-à-dire, la moitié du terrain, et la moitié du mur.

Quid, si le mur, qui seroit, à dix-huit pouces, d'une épaisseur suffisante pour clôture, se trouve en avoir vingt-quatre ou trente-six, celui qui veut acheter la mitoyenneté, sera-t-il obligé d'acheter la moitié du mur, tel qu'il est, ou la moitié d'un mur de dix-huit pouces ? Je suis de ce dernier avis. Il ne doit pas être au pouvoir du voisin d'empirer sa condition, ni de lui imposer une obligation plus onéreuse que celle dont il est probable que la loi a voulu le charger. Mais si celui qui a acheté la mitoyenneté, à raison de dix-huit pouces, vouloit ensuite appliquer contre le mur des ouvrages, et profiter par là de l'excédent d'épaisseur, le voisin pourroit le forcer de payer la moitié

BIU Cujas

de cet excédant, au moins dans la proportion de l'épaisseur qui seroit nécessaire pour les nouveaux ouvrages.

Remarquez que si le mur est très-élevé, et que le voisin ne veuille acheter la mitoyenneté que jusqu'à une certaine hauteur, il en a le droit. Dans ce cas, on estime la valeur de la moitié du terrain, puis la valeur de la moitié du mur pris dans la hauteur qu'il veut rendre mitoyenne; et de ces deux sommes réunies, l'on déduit la valeur des charges qui sont dues à raison de l'exhaussement.

(10) *De la valeur actuelle*, ce qu'il faut entendre, non pas de la valeur réelle du mur, mais de la valeur qu'il devroit avoir dans son état actuel, et relativement à l'usage auquel il est destiné. Si donc le mur avoit une épaisseur double de celle d'un mur de clôture ordinaire, et que le voisin n'achetât la mitoyenneté, que pour y appliquer des espaliers ou des ouvrages légers pour lesquels un simple mur de clôture seroit suffisant, il ne sera tenu de payer que la moitié de la valeur d'un mur de clôture. De même, si le propriétaire voisin avoit fait faire des fondations considérables, par exemple, pour caves, le voisin qui ne voudroit pas faire de caves, ne seroit tenu de payer que moitié de la valeur d'une fondation ordinaire.

(11) *D'un côté seulement. Quid*, si le fossé est uni, et qu'il n'y ait de rejet d'aucun côté? Il y a présomption de mitoyenneté. Mais si, dans ce cas, un seul des héritages est en état de clôture, devra-t-on en conclure que le fossé appartient exclusivement à l'héritage clos, comme cela est décidé pour la haie par l'art. 670? Je pense que la question doit être jugée d'après les circonstances, et qu'à défaut de circonstances, la présomption de non-mitoyenneté doit avoir lieu, comme pour la haie.

(12) *S'il y a possession.* Pourquoi n'est-il question de possession que pour la haie seulement? C'est que les haies se coupant périodiquement, il est bien plus aisé de fonder la possession, et surtout la possession à titre de propriétaire, telle qu'elle est exigée pour la prescription. Le curage du fossé, des réparations même passagères au mur, ne peuvent seules, et sans marques de non-mitoyenneté, établir une possession suffisante, parce qu'on peut croire que le propriétaire de l'héritage n'a fait tout cela que pour sa propre commodité; au lieu qu'en s'appropriant les produits périodiques de la haie, il a fait réellement acte de propriétaire; mais il faudroit que cette possession eût duré trente ans sans interruption. (Art. 2262.)

(13) *En état de clôture.* Par exemple, si l'un des deux héritages est fermé en entier, et que l'autre soit ouvert de tous les côtés, excepté du côté de la haie, elle est censée appartenir en entier au propriétaire de l'héritage totalement fermé.

De même si, entre la haie et l'un des héritages, il y a un fossé, la haie doit être présumée appartenir à celui dont elle touche immédiatement l'héri-

BIU Cujas

tage, sans néanmoins que cela empêche que le fossé ne puisse être réputé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

(14) *Et reconstruction.* Observez 1°. que, pour qu'il y ait lieu à faire contribuer les deux propriétaires, il faut que la nécessité des réparations ou reconstructions soit le résultat de la vétusté, ou de quelque cas fortuit; car, si c'étoit le fait de l'un des propriétaires qui y eût donné lieu, non seulement il ne pourroit forcer l'autre de contribuer aux frais, mais encore il seroit tenu de l'indemniser de tous les dommages que les réparations pourroient lui occasionner :

Et 2°. que, lorsque la dépense doit être supportée par les deux propriétaires, chacun doit supporter également les inconvéniens résultant des échaffaudages, du dépôt des matériaux, etc. Quant aux déplacemens que cela peut occasionner, chacun doit supporter ceux qui le concernent.

Mais lorsque le mur appartient à un seul propriétaire, alors il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour que tout le service et les arrivages se fassent de son côté. Il existoit anciennement à ce sujet, dans quelques provinces, une servitude légale, appellée *le tour de l'échelle.* C'étoit un droit accordé à celui qui vouloit faire réparer un mur ou un édifice, joignant, sans moyen, l'héritage voisin, de poser ses échelles sur ledit héritage, et d'occuper momentanément l'espace de terrain nécessaire pour cela, lequel étoit ordinairement de trois pieds. Cette servitude n'est point conservée par le Code. En conséquence, elle ne peut plus exister qu'en vertu d'un titre, puisque, n'étant ni continue, ni apparente, elle ne peut s'acquérir par la prescription.

(15) *De tous ceux qui y ont droit.* Et ce, tant dans les villes que dans les campagnes; et c'est, comme nous l'avons dit, en quoi le droit de clôture diffère de celui de mitoyenneté. Le premier ne peut être exercé que dans les villes et faubourgs; au lieu que, partout où il existe une clôture mitoyenne, le droit de mitoyenneté peut être exercé, avec cette différence cependant, que, dans les campagnes, on ne peut demander la réfection que du mur, tel qu'il est, même au-dessous de huit pieds; au lieu que, dans les villes, chaque co-propriétaire peut être forcé de l'entretenir, et même de l'exhausser, si le cas y échet, jusqu'à la hauteur de huit ou dix pieds, suivant la population.

(16) *De cette charge.* Pourvu que les réparations ou reconstructions soient occasionnées par vétusté ou force majeure; car, si elles provenoient du fait d'un des co-propriétaires, l'abandon de la mitoyenneté le déchargeroit bien pour l'avenir, mais non pour les réparations à faire actuellement.

Page 161.

(1) *Son droit de mitoyenneté*, c'est-à-dire, le droit de co-propriété qu'il a dans le mur et dans le terrain sur lequel il est bâti. Mais il faut observer encore ici une différence entre les villes et les campagnes. Dans celles-ci, où

BIU Cujas

l'on n'est pas forcé de se clore, le voisin peut abandonner le mur et le terrain en totalité, et par-là se dispenser de contribuer en rien aux frais du mur. Mais dans les villes, où la clôture est forcée, il est évident qu'il ne peut abandonner le mur que depuis le haut, en descendant jusqu'à la hauteur de clôture, c'est-à-dire, à huit ou dix pieds du sol.

Quid, si, après l'abandon, l'autre voisin ne réparoit pas, et laissoit tomber le mur en ruine ? Je pense que celui qui a fait l'abandon, pourroit demander à rentrer en possession de sa portion de terrain et de la moitié des matériaux. L'abandon n'étoit causé que par le désir de se soustraire à une dépense qui étoit présentée comme obligée. Dès que cette dépense n'a pas lieu, c'est le cas de l'action dite *condictio sine causâ.*

(2) *Ou y adosser une cheminée.* Remarquez que l'on ne peut enfoncer une cheminée dans le mur mitoyen, mais seulement l'y adosser, et encore avec contre-mur. (*Cout. de Paris*, art. 189.) L'observation de cet article de la coutume est prescrite par l'article 674 du Code.

Quid, si le voisin se trouve avoir une cheminée adossée à l'endroit où l'autre voisin veut placer sa poutre ? D'abord, il est clair que la poutre ne peut excéder la moitié de l'épaisseur du mur, puisque, si elle étoit placée, l'on pourroit l'y réduire à l'ébauchoir. Ensuite le propriétaire de la cheminée a dû faire un contre-mur, conformément aux usages locaux. (Art. 674.) S'il ne l'a pas fait, il peut être contraint de démolir sa cheminée.

En général, il est de la prudence, même lorsqu'on est propriétaire en entier d'un mur de clôture, de n'y appliquer que les ouvrages que l'on pourroit appliquer contre un mur mitoyen, puisqu'il peut le devenir forcément d'un moment à l'autre.

(3) *Quelqu'ouvrage*, qui puisse dégrader le mur. *Secùs*, si c'étoient des peintures, de légers treillages, ou autres choses semblables.

(4) *Ou à son refus.* Comme il ne s'agit que d'ouvrages à appliquer contre le mur, ou de simples enfoncemens à y pratiquer, on n'exige pas le consentement volontaire du voisin. Il en seroit autrement, s'il s'agissoit de percer tout-à-fait le mur, pour y pratiquer des vues. (Art. 675.)

Observez qu'un des voisins ne peut, même à ses frais, démolir et reconstruire le mur mitoyen, sans avoir fait préalablement constater par experts la nécessité de la démolition. Une pareille opération cause, en général, beaucoup de gêne, et même de dommage à l'autre voisin. L'un des propriétaires ne peut obliger l'autre à les souffrir, sans motif légitime.

L'article 203 de la Coutume de Paris obligeoit les entrepreneurs de maçonnerie, en leur propre nom, et à peine de tous dépens, dommages et intérêts, de faire faire toutes les significations nécessaires, à tous ceux qui avoient intérêt au mur mitoyen, avant d'y faire aucuns travaux. Je pense que cette disposition, qui auroit mérité d'être conservée dans toute son étendue, comme

BIU Cujas

tendant à prévenir les procès, pourroit bien encore recevoir son application, dans le cas des ouvrages énoncés en l'article 674, lequel renvoie expressément aux usages locaux.

(5) *Par experts*, convenus, ou nommés d'office si l'autre voisin refuse de concourir à la nomination. Mais remarquez que, dans ce cas, tous les frais d'expertise et autres, excepté ceux de contumace, sont à la charge de celui qui veut faire faire les ouvrages. Il doit également indemniser l'autre voisin de tout le préjudice que les ouvrages peuvent lui occasionner; *putà*, s'il a été obligé de déplacer des treillages; si des arbres ont été cassés, etc. Bien entendu, si les ouvrages sont pour la seule utilité de celui qui les fait exécuter; car s'il s'agissoit d'une réparation nécessaire, il n'y auroit lieu à aucune indemnité; et, au contraire, toutes les dépenses se feroient en commun.

Quid si, dans le cas où les ouvrages sont uniquement pour l'utilité de celui qui les fait exécuter, ils ont occasionné la privation momentanée pour l'autre voisin, d'un établissement lucratif, tel qu'un billard, ou jeu de paume? Desgets, sur l'article 196 de la Coutume de Paris, pense qu'il n'est dû aucune indemnité, et que le voisin est seulement obligé de rétablir les lieux dans le même état. Goupy, sur Desgodets, est d'avis contraire. Je serois volontiers de l'avis de Goupy. Dans ce cas, le propriétaire du billard *certat de damno vitando*. L'autre, au contraire, *certat de lucro captando*, peut-être même *de voluptate captandâ*, puisque l'on suppose que les ouvrages ne sont pas nécessaires. Or, il est de principe que, dans ces cas et autres semblables, l'on doit toujours préférer celui qui *certat de damno vitando*. Il en seroit autrement si le jeu de paume ou de billard n'étoit que pour l'amusement du propriétaire; on ne pourroit alors appliquer la même raison. Les partisans de l'opinion de Desgocodets ont voulu appliquer à ce cas l'article 1724. Mais il est évident que l'on ne peut tirer aucun argument de cet article, dans lequel il s'agit de réparations indispensables et urgentes. Il n'y a donc point de comparaison à établir entre les deux espèces.

(6) *Qu'à la distance prescrite.* Et, dans ce cas, l'espace qui reste vide, doit être pris sur le terrain de celui qui fait faire les constructions. (*Voir* Desgodets sur l'article 190 et suivans de la Coutume de Paris, et Goupy sur icelui.)

(7) *Et réglemens locaux.* (*Voyez*, pour Paris, les articles 188 et suivans de la Coutume.) Cependant il paroît que l'on a toujours jugé que, malgré que les contre-murs, etc., exigés par les usages locaux, eusseut été faits, les propriétaires des fosses, etc., n'en étoient pas moins tenus d'indemniser le voisin de tout le dommage que la filtration pouvoit occasionner au mur mitoyen. (*Voyez* les mêmes auteurs sur l'article 191 de la même Coutume.) On présume alors que le contremur n'a pas été fait avec assez de précaution.

Les parties pourroient-elles déroger, par des conventions particulières, aux

BIU Cujas

dispositions de l'article 674 ? Je pense qu'il faut distinguer : De ces dispositions, les unes sont évidemment commandées par l'intérêt public, telles que celles qui sont relatives aux cheminées, âtres, etc., et qui ont pour but de prévenir les incendies, et celles qui sont relatives aux fosses d'aisance, et qui ont pour objet d'empêcher l'infiltration, et par suite l'infection des sources. Il est clair que les conventions privées ne peuvent déroger à ces sortes de dispositions. Mais quant aux autres, qui ne sont établies que dans l'intérêt privé, telles que celles qui sont relatives aux terres jectisses, aux fumiers, il n'est pas douteux qu'il ne puisse y être dérogé par les conventions expresses des parties.

(8) *Mitoyen ou non.* Par ces mots, *ou non*, doit-on entendre le mur appartenant en entier à celui qui veut construire, ou bien celui qui appartient en entier à l'autre voisin? Ces mots doivent être pris dans le premier sens ; je l'infère de ce que l'article suppose que l'on veut y adosser une cheminée, une étable, etc., Or on ne peut appliquer ces sortes d'ouvrages, même avec des contre-murs, contre le mur qui appartient en entier au voisin. D'ailleurs, cette disposition est même dans l'intérêt de celui à qui le mur appartient en totalité, puisqu'elle lui évite le désagrément d'être obligé d'abattre ses constructions pour pratiquer les ouvrages prescrits, dans le cas où le voisin viendroit par la suite à acquérir la mitoyenneté.

(9) *Les puits*, ou conduites d'eaux.

(10) *Fosses d'aisance.* (*Voyez*, pour la construction des fosses d'aisance de la ville de Paris, le décret du 10 mars 1809, *Bulletin*, n°. 4190.)

(11) *De matières corrosives*, telles que des soudes, du poisson salé, etc. Il en est de même à l'égard des fumiers, des terres jectisses ou rapportées.

(12) *De faire exhausser le mur.* Pourroit-il le faire exhausser, au point d'ôter entièrement le jour de la maison voisine ? Il paroîtroit difficile de l'empêcher. Cependant, s'il n'existoit aucun motif apparent d'utilité pour lui, peut-être alors, d'après la maxime, *malitiis non est indulgendum*, les juges pourroient fixer la hauteur de l'exhaussement. Mais pour peu qu'il existeun motif quelconque, ne fût-ce que celui d'empêcher qu'on ne voie ce qui se passe chez lui, je ne vois pas comment on pourroit empêcher l'exhaussement. Le voisin a dû, comme nous l'avons dit, prévoir ce cas, et disposer ses bâtimens en conséquence. (Goupy sur Desgodets, art. 195.)

Quid, si le voisin, au lieu de faire exhausser le mur, veut lui donner plus de profondeur souterraine, s'il en a besoin, par exemple, pour construire des caves? Il a le même droit, en prenant toutefois les précautions nécessaires pour soutenir le mur pendant les travaux, de manière qu'il n'en résulte aucun dommage pour le voisin.

(13) *L'indemnité de la charge.* Cette indemnité est fondée sur ce qu'un mur, auquel on fait supporter un exhaussement quelconque, dure moins longtemps, et a besoin d'être réparé et refait plus souvent que celui qui ne sup-

BIU Cujas

porte rien. Le propriétaire voisin, qui conserve son droit de mitoyenneté sur l'ancien mur, et qui par conséquent est obligé de contribuer à sa réparation et à sa reconstruction, doit donc être indemnisé de ce que ces réparations se renouvelleront plus fréquemment. Aux termes de l'article 197 de la Coutume de Paris, l'indemnité est, dans les pays ci-devant régis par cette Coutume, de la valeur du sixième de la partie exhaussée. Si, par exemple, un mur mitoyen est exhaussé de trente-six pieds, l'indemnité sera de la valeur de six pieds de mur, pris dans toute la longueur de l'exhaussement. Observez que le payement de cette indemnité doit être renouvelé, chaque fois que l'on refait la partie mitoyenne du mur.

On a jugé à Paris le 4 mai 1813, que celui qui fait exhausser un mur mitoyen, est tenu également de faire exhausser à ses frais les cheminées du voisin, appliquées audit mur. (SIREY, 1814; 2e. partie, pag. 88.) Cet arrêt est fondé en raison. Lorsqu'une cheminée est moins haute que le mur auquel elle est appliquée, il en résulte un refoulement de la fumée, qui en rend l'usage extrêmement incommode. C'est à celui qui fait l'exhaussement, à remédier à ces inconvéniens.

(14) *De la partie exhaussée.* Cela est tout simple, puisqu'elle lui appartient en totalité, et que l'autre n'y a aucun droit, comme nous allons le voir tout-à-l'heure.

(15) *A ses frais.* Ce qui comprend les frais de déplacement et de replacement de tout ce qui étoit appuyé contre le mur du côté du voisin, mais non pas les frais d'ornemens, peintures ou autres, que le voisin auroit pu y faire appliquer. (*L.* 13, §. 1, ff. *de Servit. Præd. urban.*)

(16) *L'excédant d'épaisseur.* Toutes les fois que le voisin qui veut exhausser, a été obligé de faire rebâtir à ses frais la partie mitoyenne, il est clair qu'il ne doit point d'indemnité pour la surcharge; mais aussi l'ancien mur, quoique reconstruit en entier par lui, reste toujours mitoyen, et il est tenu d'indemniser le voisin des dommages qu'ont pu lui causer la démolition et la reconstruction de la partie mitoyenne.

Il peut aussi faire fortifier l'ancien mur seulement, si cela est suffisant, en prenant l'excédant d'épaisseur de son côté; et il ne payera les charges, que déduction faite de ce qu'il lui en aura coûté pour cet objet. Mais aussi, lorsqu'il sera nécessaire de faire réparer la partie mitoyenne, le voisin ne sera tenu d'y contribuer que proportionnément à l'ancienne épaisseur du mur.

Quid si, après que le voisin a fait reconstruire ou fortifier le mur, de manière à ce qu'on pût y appuyer un bâtiment, l'autre voisin veut bâtir également de son côté? Il doit indemniser le premier, à raison de la valeur actuelle du mur.

(17) *En acquérir la mitoyenneté*, en tout ou en partie, en observant que,

BIU Cujas

s'il ne l'acquiert qu'en partie, il ne doit contribuer aux dépenses qu'en proportion de la partie qu'il veut acquérir.

(18) *De la dépense totale.* Cela ne veut pas dire que si, par exemple, trente ans après l'exhaussement, le voisin veut acquérir la mitoyenneté, il est obligé de payer la moitié de toute la somme qui a été réellement dépensée dans le principe. Cela ne seroit pas juste; car un mur, au bout de trente ans, ne vaut pas ce qu'il valoit trente ans auparavant. Mais cela signifie que, pour établir ce que doit payer le voisin, il faut faire entrer en ligne de compte tous les frais qu'a eu à payer celui qui a fait l'exhaussement, tels que les dépenses de construction, l'indemnité pour la charge, les frais de reconstruction de la partie mitoyenne, si elle a été reconstruite, etc.; et lorsque la moitié de la dépense a été ainsi composée, la diminuer en raison de l'ancienneté de la construction.

PAGE 162.

(1) *Sans le consentement.* Il faut ici le consentement, parce qu'il s'agit de percer les murs d'outre en outre, et d'y pratiquer des ouvertures. Quand il n'est question que d'enfoncement, d'application d'ouvrages, nous avons vu que ce consentement n'étoit pas nécessaire, et qu'il suffisoit d'un réglement.

(2) *A frais communs*, sauf au voisin à se décharger de cette dépense, en abandonnant la mitoyenneté; pourvu cependant que le fossé ne soit pas du nombre de ceux que l'on pratique pour l'écoulement des eaux des héritages respectifs; car, alors, il ne peut y avoir lieu à l'abandon. Il en est de ce cas comme de celui du propriétaire qui a un bâtiment appuyé sur le mur mitoyen, et qui ne peut abandonner le mur pour se dispenser de contribuer aux réparations.

Pourroit-on être forcé de vendre la mitoyenneté d'un fossé dont on seroit seul propriétaire? Je ne le pense pas. Il n'y a pas la même raison que pour le mur. La construction d'un mur est un objet très-coûteux. Bien loin qu'il en coûte quelque chose à celui qui vend la mitoyenneté d'un mur déjà construit, il en retire au contraire de l'argent; souvent son mur acquiert plus de solidité, lorsque par exemple, il est appuyé de bâtimens des deux côtés. Enfin il n'est plus obligé de payer que la moitié des réparations. C'est donc le cas d'appliquer le principe que l'on est obligé de faire le bien du prochain, toutes les fois qu'on le peut sans se préjudicier à soi-même. Il n'y a pas les mêmes raisons pour le fossé, bien moins dispendieux à établir que le mur. D'ailleurs, quand on est seul propriétaire, on peut le combler à sa volonté. S'il étoit mitoyen, il faudroit le consentement des deux propriétaires.

(3) *Quant à la haie.* Appliquez à la haie tout ce qui est dit dans la note précédente, relativement au fossé.

(4) *Sont également mitoyens.* Il en est de même de ceux qui sont sur la

BIU Cujas

ligne séparative des deux héritages. Il faut que le tronc soit entièrement sur le terrain de l'un des deux voisins, pour que l'arbre appartienne en entier à ce voisin. *Secùs*, il est commun. L. 6, §. 2., ff. *Arborum furtim cœsarum.*

(5) *Qu'ils soient abattus.* De là il suit que, s'ils meurent, ou sont abattus par accident, l'un des propriétaires n'a pas le droit de les remplacer sans le consentement de l'autre.

(6) *Ou réglemens locaux*, qui sont ordinairement relatifs à la nature et à la qualité des arbres, dont les uns exigent une distance plus considérable, soit à raison de la force et de l'extension de leurs racines, ou de l'odeur qu'ils jettent, et qui pourroit nuire à l'héritage voisin. C'est ainsi qu'à Rome il falloit cinq pieds pour les arbres ordinaires, et neuf pieds pour les oliviers et les figuiers. (*L.* 13, ff. *Finium regund.*)

(7) *Soit arrachée.* Je pense qu'il faut excepter le cas où les plantations existeroient depuis trente ans dans le même état, surtout si elles étoient de haute tige. Il me semble que c'est bien là une servitude continue et apparente, qui, aux termes de l'article 690, peut s'acquérir par la possession de trente ans.

(8) *Sur sa propriété.* Chez les Romains l'on distinguoit : Si l'arbre avançoit sur une maison, il devoit être coupé au pied ; si c'étoit sur un champ, l'on devoit couper toutes les branches, depuis la terre jusqu'à quinze pieds d'élévation. (*L.* 1, §. 9., ff. *de Arbor. cœdend.*) Chez nous on ne distingue pas ; lorsque l'arbre est dans la distance requise, le voisin ne peut demander que l'ébranchement.

Quid à l'égard des fruits pendans aux branches qui avancent sur le terrain du voisin ? Ils appartiennent toujours au propriétaire de l'arbre. Le voisin a le droit d'exiger l'ébranchement. Mais, s'il ne l'a pas exigé, il ne peut s'approprier les fruits. Mais je ne pense pas, comme quelques auteurs, que, si le champ voisin est clos, le propriétaire de l'arbre ait le droit d'y entrer pour cueillir son fruit. Il cueillera de chez lui tout ce qu'il pourra. Le reste sera perdu pour lui, sauf la bonne volonté du voisin.

Remarquez que le voisin qui a droit de demander l'ébranchement, ne peut cependant former cette demande qu'en temps opportun ; surtout si ce sont des arbres fruitiers, c'est-à-dire, au moment de la taille, l'ébranchement à une autre époque pouvant causer un grand préjudice à l'arbre.

(9) *Il peut les couper lui-même.* Pourquoi cette différence ? D'abord, parce qu'il lui est beaucoup plus aisé de couper les racines, sans sortir de son terrain, que de couper les branches ; et, en second lieu, parce que la manière de couper les racines est assez indifférente pour la santé de l'arbre, au lieu que l'ébranchement peut se faire d'une manière plus ou moins nuisible. La Cour de Cassation a même jugé, le 15 février 1811, peut-être un peu rigoureusement, que le propriétaire qui se permet d'ébrancher lui-même les arbres

BIU Cujas

avançant sur son terrain, commet un délit punissable par voie correctionnelle. (*Jurisp. du Cod. Civ.*, Tom. XVIII, pag. 395.)

Quant aux arbres plantés sur les chemins, il faut distinguer:

Si le chemin appartient à un particulier, il n'est pas douteux que les arbres qui y sont plantés, ne lui appartiennent également. (Loi du 15 août 1790, art. 8.)

Les arbres existans sur les chemins publics, autres que les grandes routes, et dans les rues des villes, bourgs et villages, sont présumés appartenir aux propriétaires riverains, à moins que les communes ne justifient en avoir acquis la propriété, par titres ou possession. (Loi du 28 août 1792, art. 14.)

Les arbres existans sur les places des villes, bourgs et villages, ou dans des marais, prés, et autres biens, appartenant à des communes, sont présumés appartenir auxdites communes, sauf les droits que des particuliers peuvent avoir acquis sur lesdits arbres, par titres ou par possession. (*Ibid.*, art. 15.)

Enfin, les arbres plantés sur les grandes routes, appartiennent, ainsi que leurs produits, aux propriétaires riverains, qui ne peuvent cependant les couper, abattre, ou arracher, sans autorisation de l'administration préposée à la conservation des routes, et à la charge de remplacement. (Loi du 29 ventose an 13, art. 3.)

Observez qu'aux termes des articles 1 et 4 de ladite loi, les propriétaires riverains sont obligés de planter les grandes routes qui ne le sont pas encore; sinon, l'administration est autorisée à faire faire les plantations à leurs frais; et ils seront propriétaires des arbres et de leurs produits, comme s'ils les avoient plantés eux-mêmes.

(10) *La servitude légale.* Le droit de vue peut résulter d'une convention, et alors l'étendue en est réglée d'après la stipulation.

(11) *Seul propriétaire.* Cela ne veut pas dire qu'il faut être propriétaire du mur dans toute sa hauteur, mais qu'il faut être seul propriétaire de la partie où l'on veut pratiquer les jours. Cependant le contraire a été jugé par la Cour de Douai, le 17 février 1810. (Sirey, 1813; 2e. partie, pag. 29.) Mais je n'ai rien trouvé dans les motifs de cet arrêt qui pût me déterminer à renoncer à l'opinion que j'ai embrassée, et qui est conforme à l'ancienne jurisprudence; ainsi qu'on peut en juger par les arrêts rapportés par Desgodets sur l'article 200 de la Coutume de Paris. Et, en effet, si le mur fût resté tel qu'il étoit avant l'exhaussement, chaque voisin n'avoit-il pas tout le jour existant, à partir de la hauteur du mur. Lors donc que l'un d'eux fait construire l'exhaussement, et qu'il y laisse des jours de souffrance, ce n'est pas un nouveau droit qu'il acquiert; ce n'est que l'ancien qu'il conserve, et même moins étendu qu'il ne l'avoit auparavant.

(12) *Même joignant immédiatement l'héritage d'autrui.* J'ai ajouté ce mot *même*, parce qu'il en seroit de même, quand il ne joindroit pas immédiatement, s'il n'y avoit pas la distance prescrite par les articles 678 et 679.

BIU Cujas

(13) *Des jours ou fenêtres.* Remarquez que cela ne peut préjudicier au droit qu'a toujours le voisin d'acquérir la mitoyenneté du mur ; et, s'il le fait, il aura droit de faire boucher les jours. (*Voyez* ci-dessus la note (8) de la page 160.)

(14) *A verre dormant*, c'est-à-dire, un châssis qu'on ne puisse ouvrir. Ces précautions sont exigées, afin qu'on ne puisse rien jeter dans le fonds voisin.

PAGE 163.

(1) *De la chambre qu'on veut éclairer.* L'on pensoit anciennement que, lorsque les terrains étoient inégaux, l'on devoit compter la hauteur à partir du terrain le plus élevé. Notre article prescrit, comme l'on voit, une autre règle.

Quid, si le lieu qu'on veut éclairer est un escalier ? Il faut en faire suivre la direction au jour que l'on veut pratiquer.

(2) *Pour les étages supérieurs.* Ceci est établi, afin qu'on ne puisse pas voir, à travers le châssis, ce qui se passe dans le fonds voisin. On n'exige pas que le jour soit aussi élevé pour les étages supérieurs, parce que les plafonds sont ordinairement moins hauts.

Remarquez que le Code ne contient aucune disposition sur la grandeur du jour. La Coutume de Paris n'en parloit pas davantage. Il faut en conclure que l'on peut les faire de telles dimensions que l'on veut, pourvu qu'ils soient à la hauteur requise.

(3) *Des vues droites.* La vue droite, ou fenêtre d'aspect, est celle qui regarde en face l'héritage voisin, ou, autrement, qui est pratiquée dans un mur parallèle à la ligne de séparation des deux héritages.

(4) *Ou obliques.* La vue oblique, ou de côté, est celle qui est pratiquée dans un mnr qui fait angle avec la ligne de séparation.

(5) *Clos ou non clos.* On jugeoit anciennement que, quand l'héritage voisin n'étoit pas clos, on pouvoit avoir des vues droites dans un mur à soi appartenant, et joignant sans moyen ledit héritage. On a mieux fait de ne pas distinguer. Le voisin peut vouloir se clore, et acheter en conséquence la mitoyenneté du mur ; que deviendroient alors les vues ?

Mais *quid*, s'il y a un mur intermédiaire, plus haut que les vues ? Je pense qu'il faut distinguer : Si le mur appartient à celui auquel appartiennent les vues, le voisin n'a rien à dire, puisque les vues ne donnent pas sur son héritage. Mais si le mur vient a être supprimé, le voisin peut demander la suppression des vues qui ne se trouveroient pas dans la distance requise, sans qu'on puisse même lui opposer la prescription, pour tout le temps que le mur a subsisté. Car il ne pouvoit agir ; et *contra non valentem agere non currit prœscriptio.* Mais si le mur appartient à l'autre voisin, je pense qu'il pourra,

BIU Cujas

même avant la suppression du mur, demander la suppression des vues; d'abord, parce que, le mur faisant partie de son héritage, il est vrai de dire que les vues donnent sur son héritage; et en second lieu, et par suite de ce premier motif, parce qu'on pourroit lui opposer la prescription, si les vues subsistoient assez long-temps pour qu'elle fût acquise. Il ne pourroit se faire un titre de l'existence d'un mur, qu'il peut faire abattre, s'il le juge convenable.

Quid, si le mur étoit mitoyen? Comme l'on peut supposer que chacun des deux voisins est propriétaire de la portion de terrain et de mur qui est de son côté, je pense qu'il faut assimiler ce cas à celui où le mur appartient en entier au propriétaire des vues.

(6) *Par la loi.* Desgodets pense que cette disposition ne doit avoir lieu que quand les deux héritages se joignent; mais que, s'ils sont séparés par un chemin public, qnand même ce chemin n'auroit pas six pieds de large, on peut prendre les vues droites, parce qu'alors, dit-il, la vue est sur le chemin, et non sur l'héritage voisin. Cette raison n'est pas très-concluante; car, quand les deux héritages se touchent, et que je pratique une vue droite, à quatre pieds, par exemple, en arrière de la ligne de séparation, je puis dire que je prends vue sur mon terrain, et non sur l'héritage voisin; et cependant je n'ai pas droit de la prendre. Je crois qu'il vaut mieux dire que l'assujettissement dont il s'agit, ne doit avoir lieu qu'entre voisins, c'est-à-dire, entre personnes dont les héritages se touchent. Mais ici, chacun des deux propriétaires est voisin du chemin public, et ne l'est pas de l'autre propriétaire. Cependant on a jugé le contraire à Nanci le 25 novembre 1816. (Sirey, 1817; 2e. part., pag. 155.) Mais je n'ai rien vu dans cet arrêt qui dût me déterminer à changer d'opinion.

(7) *Des deux propriétés.* Si les deux propriétés sont séparées par un mur mitoyen, la distance se compte à partir du parement extérieur du mur où se fait l'ouverture, jusqu'à la ligne formant le milieu de l'épaisseur du mur mitoyen. Si le mur appartient en entier a celui qui pratique les vues, la distance se compte jusqu'au parement extérieur du mur du côté du voisin; s'il appartient entier à l'autre propriétaire, la distance se compte jusqu'au parement du mur, du côté de celui qui pratique la vue.

Quid, dans l'espèce suivante? le mur que nous supposons de dix-huit pouces d'épaisseur, appartient en entier à celui qui pratique la vue. Il s'agit d'une vue droite; elle est pratiquée, en conséquence, à six pieds du parement extérieur du mur du côté du voisin. Mais celui-ci achète la mitoyenneté du mur: la ligne de séparation se trouve alors rapprochée de neuf pouces, du côté de celui qui a pratiqué la vue. Il résulte de là que la vue qui étoit à six pieds, n'est plus qu'à cinq pieds trois pouces de cette ligne de séparation. Le voisin pourra-t-il exiger que la vue soit bouchée? Je ne le pense pas. C'est le cas d'appliquer le principe du droit naturel, que nous devons faire le bien du prochain, même lors-

BIU Cujas

qu'il en résulte un préjudice pour nous, toutes les fois que ce préjudice est infiniment modique en comparaison du dommage que le prochain éprouveroit; or, il n'est pas très-important pour le propriétaire sur lequel donne la vue, qu'une vue soit éloignée ou rapprochée de neuf pouces; et il seroit très-préjudiciable pour l'autre, que l'on fît boucher des fenêtres, sans lesquelles son bâtiment seroit peut-être inhabitable. Je pense donc que les choses doivent rester, *interim*, dans le même état; mais que, si le bâtiment vient à être détruit, le voisin pourra exiger que les vues soient reculées.

Dans cette opinion, il sera nécessaire qu'il soit fait un acte pour constater ce qui s'est passé; car, autrement, le droit de vue étant une servitude continue et apparente, le voisin auquel appartient le bâtiment qui a les vues, pourroit, après trente ans, prétendre qu'il a acquis la servitude par prescription.

(8) *De la même manière.* Mais d'où partira-t-on pour compter la distance? Il me semble que ce doit être du jambage de la croisée, le plus proche de l'héritage voisin. Desgodets pense même que, si le balcon a assez de saillie pour qu'on puisse s'y tenir entièrement hors de la croisée, alors quand même les deux murs seroient à angle droit, néanmoins le côté du balcon qui est en face de l'héritage voisin, doit être censé vue droite sur ledit héritage, et ne peut être conséquemment qu'à la distance de six pieds.

(9) *Sur la propriété.*. Chez les Romains, la stipulation d'une servitude ne suffisoit pas pour donner au stipulant le *jus in re* sur le fonds assujetti, ni par conséquent pour lui donner le droit d'exercer son action contre tout détenteur: il falloit encore ce qu'ils appeloient la *quasi tradition*, c'est-à-dire l'usage de la part du stipulant, et la patience de la part de celui qui avoit promis; *usus ex parte domini prædii dominantis, et patientia ex parte domini prædii servientis.* En seroit-il de même aujourd'hui que la tradition n'est plus nécessaire pour transférer la propriété? je ne le pense pas. Le principe du Code est général, et n'admet qu'une exception; c'est celle qu est établie dans l'article 1141, à l'égard des choses mobilières. D'ailleurs, il y avoit chez les Romains eux-mêmes des servitudes pour lesquelles ils reconnoissoient qu'il ne pouvoit y avoir de quasi tradition. C'étoit les servitudes négatives à l'égard desquelles le *jus in re* s'acquéroit par le seul consentement. Or, pourquoi n'appliqueroit-on pas le même principe à tous les genres de servitudes?

Observez que l'on peut concéder une servitude sur un fonds dont on n'est pas encore propriétaire. Seulement le stipulant n'acquerra le *jus in re*, que du moment que le cédant aura acquis le fonds sur lequel la servitude est accordée. Jusques-là, il n'aura qu'un pur droit personnel, qui ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts.

Le co-propriétaire peut-il consentir une servitude sur le fonds commun? Il ne le peut, dans le sens que son consentement suffise pour donner le *jus in re* au stipulant. Mais cependant la convention aura pour effet que si

BIU Cujas

les autres co-propriétaires y consentent, la constitution de servitude deviendra valable. Il en sera de même, si par l'effet d'une licitation, celui qui a consenti la servitude devient seul propriétaire du fonds assujetti. Si le co-propriétaire avoit concédé la servitude sur sa part seulement, le stipulant auroit droit de provoquer le partage à l'effet de faire déterminer cette part; et si, par l'effet de partage, et de la circonstance que le fonds ne pourroit être divisé commodément, il étoit adjugé en entier à un autre co-propriétaire, la servitude s'évanouiroit, sauf l'action en répétition de ce qui auroit été payé; comme aussi, s'il tomboit en entier à celui qui a consenti la servitude, elle pourra s'exercer sur la totalité de l'héritage; car alors sa part se trouve être la totalité.

(10) *Ou en faveur de sa propriété;* et non pas sur la personne, ou en faveur de la personne; ce qu'il faut entendre dans ce sens, que l'on ne peut stipuler, par exemple, que le propriétaire de tel fonds sera tenu de rendre tel service personnel au propriétaire de tel autre fonds; d'ailleurs, cela seroit contraire à la nature de la servitude : *non ea est natura servitutum, ut quis agat, sed ut patiatur.* Mais, comme nous l'avons déjà fait observer, je puis stipuler que j'aurai, pendant ma vie, le droit de passer sur tel terrain. C'est une espèce de droit d'usage. Au reste, il est tellement de l'essence de la servitude d'être inhérente au fonds pour l'usage duquel elle est accordée, que la loi 19, §. 1, ff. *quemadm. servit. amitt.* décide que, si un testateur a légué à un de ses amis un droit de chemin, et qu'après la mort du testateur, cet ami, ignorant le legs, ait vendu le fonds pour l'usage duquel le chemin avoit été légué, le droit de la servitude passe à l'acquéreur, tellement que le légataire ne peut plus répudier le legs, au préjudice dudit acquéreur.

Est-il nécessaire d'être propriétaire d'un fonds, pour pouvoir stipuler valablement une servitude, en faveur de ce fonds? D'abord, il n'est pas nécessaire d'en être seul propriétaire. Un co-propriétaire peut, dans ce cas, être assimilé à un associé, qui n'a pas besoin du consentement de ses co-associés pour améliorer le fonds commun. Mais je pense en outre qu'une servitude peut être stipulée par toutes sortes de personnes, avec la distinction suivante : Si celui qui a stipulé, représente, sous quelques rapports, le propriétaire du fonds, comme le tuteur à l'égard de son pupille, le mari à l'égard de sa femme, nul doute que la stipulation ne soit entièrement valable. Dans les autres cas, elle sera valable, ainsi qu'il est dit article 1121; c'est-à-dire, lorsqu'elle est la condition d'une stipulation que le stipulant a faite dans son propre intérêt, ou d'une donation qu'il a faite à celui qui a consenti la servitude; et alors la stipulation de la servitude deviendra irrévocable, du moment que le propriétaire du fonds, en faveur duquel elle été stipulée, aura déclaré vouloir en profiter. Jusques-là, elle pourra être révoquée par la seule volonté des parties. Elle sera encore valable, si le stipulant s'est porté fort pour le propriétaire du fonds, et que celui-ci ait ratifié la convention.

BIU Cujas

Si elle a été stipulée par le possesseur du fonds, je pense que la stipulation doit profiter au propriétaire, s'il l'a ratifiée, et ce, soit que le possesseur ait été de bonne ou de mauvaise foi. Enfin, si elle a été stipulée par un propriétaire, mais dont le droit est révocable, je pense que, le cas de la révocation arrivant, la servitude n'en sera pas moins irrévocable, quant au débiteur, et sauf le droit qu'a celui auquel retourne la propriété, d'en demander la révocation, s'il trouve que les conditions sous lesquelles elle a été accordée, sont trop onéreuses au fonds dominant.

(11) *Telles servitudes que l'on juge convenables.* L'on voit d'après cela que le nombre peut en être infini, et qu'il est impossible de les énumérer. On en peut voir un certain nombre énoncé aux Institutes, Tit. *de Servitutibus.*

(12) *L'ancienne féodalité.* Ainsi, l'on ne pourroit stipuler que le propriétaire du fonds A sera obligé d'aller moudre à tel moulin situé sur le fonds B.

(13) *Ou non apparentes.* Il y a encore une division des servitudes, en urbaines et rustiques; mais comme il n'existe réellement aucune différence, dans le droit, entre ces deux espèces de servitudes, nous avons cru qu'il étoit inutile d'en parler.

Page 164.

(1) *La servitude continue.* Il faut distinguer *continu* de *perpétuel.* Il est de la nature de la servitude d'être *perpétuelle*, mais non pas d'être *continue.* Un droit de passage est *perpétuel*, puisqu'on peut en user à perpétuité; mais il n'est pas *continu*, parce qu'on n'en use pas à chaque instant.

Nous disons qu'il est *de la nature* de la servitude d'être perpétuelle. Chez les Romains, on tenoit que cela étoit de son essence. Ainsi, le droit de faire tomber sur l'héritage voisin les eaux de mon toît, auroit été une servitude, parce que les eaux pluviales sont quelque chose de naturel, et par conséquent de perpétuel; mais le droit de faire tomber chez le voisin les eaux d'un évier, n'eût pas été regardé comme une servitude. (*L.* 28, ff. *de Servit. præd. urban.*) Cette subtilité ne seroit pas admise chez nous.

Quid, si un usufruitier a concédé une servitude à un voisin, pour en jouir tant que durera l'usufruit, l'acquéreur auroit-il l'action réelle pendant la durée de l'usufruit? L'usufruitier peut céder son droit; et bien certainement alors l'acquéreur auroit l'action réelle : or, on peut regarder la concession d'une servitude comme une cession partielle du droit d'usufruit.

(2) *Du fait actuel.* On a ajouté ce mot *actuel*, parce que la plupart des servitudes continues ont eu besoin du fait de l'homme, pour être établies dans le principe; mais une fois établies, elles se conservent d'elles-mêmes, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées.

(3) *Quelles qu'elles soient*, apparentes ou non apparentes. J'avoue que j'ai

BIU Cujas

de la peine à apercevoir une différence, au fond, entre la servitude de vue, et la servitude de passage manifestée par un signe extérieur, par exemple, par une porte donnant sur le terrain voisin; et cependant notre droit établit ici une différence essentielle entre ces deux espèces de servitudes, puisque la servitude de vue s'acquiert par la possession de trente ans, et que celle de passage ne peut s'acquérir que par titres. On peut dire, pour justifier cette disposition, que la possession, pour la prescription, devant être *continue* et publique (art. 2229), elle ne peut s'appliquer aux servitudes qui ne sont pas en même temps continues et apparentes; et comme le Code met au nombre des servitudes discontinues, celle du passage, même lorsqu'elle est manifestée par une porte donnant sur l'héritage voisin, il a dû décider, par la même raison, que cette servitude ne pouvoit s'acquérir par la prescription.

(4) *Qui ne sont pas apparentes*, telles que les servitudes négatives.

(5) *Que par titres*, émanés du propriétaire ayant capacité d'aliéner. La servitude étant un démembrement de la propriété, est toujours regardée en droit comme emportant aliénation, et ne peut en conséquence être consentie que par celui qui a droit d'aliéner l'immeuble assujetti, sauf ce qui est dit ci-dessus note (9) de la page précéd. *Quid*, si elle avoit été consentie *à non domino*, pourroit-elle être acquise avec bonne foi, par dix ou vingt ans? Je pense qu'il faut distinguer: Toute servitude est un immeuble; et tout immeuble peut être acquis de cette manière (art. 2265); d'ailleurs, puisque l'on pourroit acquérir ainsi l'immeuble entier, à plus forte raison peut-on acquérir la servitude, qui en est une partie, un démembrement; mais comme il faut que la possession soit publique et continue pour fonder la prescription, je pense que, même avec titre et bonne foi, l'on ne pourroit acquérir de cette manière que les servitudes continues et apparentes.

Quid, si elle a été consentie par un possesseur précaire? Il en sera de même (art. 2239), sauf que, dans ce cas, le stipulant n'acquerra un droit immuable, qu'autant qu'il aura prescrit lui-même la servitude; au lieu que, si elle avoit été consentie par un possesseur, ayant lui-même droit de prescrire, le droit du stipulant deviendroit irrévocable, du moment que le possesseur de fonds assujetti en auroit lui-même acquis la propriété par la prescription. Car dès-lors personne ne pourroit plus contester la servitude.

(6) *Pour les établir.* Ainsi, on ne ponrroit intenter l'action possessoire, à raison de ces sortes de servitudes; car l'action possessoire est fondée sur le principe, que tout possesseur est réputé propriétaire jusqu'à preuve contraire; et, quand elle est admise, son effet est de dispenser de toute preuve celui à qui la possession a été adjugée, et d'obliger, au contraire, la partie adverse de prouver sa propriété. Or, ici, la présomption de propriété, résultant de la possession, ne peut avoir lieu, puisque celui qui réclame la servitude, est toujours obligé de justifier de son droit par titres. L'action possessoire lui seroit donc

BIU Cujas

absolument inutile, puisque, quand même la possession lui seroit adjugée, il n'en seroit pas moins obligé de justifier de sa propriété. Arrêt de Cassation du 28 février 1814. (SIREY, 1814; 1re. partie. pag. 256.)

Mais *quid*, si l'on alléguoit la possession annale acquise avant le Code, dans un pays où la servitude dont il s'agit, pouvoit s'acquérir par la prescription, l'action possessoire pourroit-elle avoir lieu? Je serois d'avis de l'affirmative. Puisque l'on suppose que la propriété de la servitude pouvoit s'acquérir par la prescription, le possesseur doit être réputé propriétaire jusqu'à preuve contraire (art. 2230); et si la possession est adjugée au réclamant, son effet sera d'obliger l'adversaire de prouver qu'au moment de la promulgation du Code, la prescription nécessaire pour acquérir la propriété n'étoit pas encore accomplie. (*Voir* au surplus, à ce sujet, un arrêt de Cassation, du 13 août 1810; SIREY, 1810, 1re. partie, pag. 333.) L'on a jugé contre cette doctrine à la Cour de Cassation les 10 février 1812 (SIREY, 1813; 1re. partie, pag. 3); 17 février 1813 (Bulletin de Cassation, 1813, nº. 21); et 3 octobre 1814 (*ibid.* 1814, nº. 86). Mais je n'en persiste pas moins dans mon opinion, nonobstant cette jurisprudence qui paroît constante, mais qui me semble évidemment donner à la loi un effet rétroactif. Car il est bien certain que les possesseurs de ces servitudes auroient pu avant le Code intenter l'action possessoire; ce droit leur étoit acquis par le fait seul de leur possession. Comment une loi postérieure a-t-elle pu les en priver?

Quid, si la possession est appuyée sur un titre quelconque, même contesté? Dans ce cas, le possessoire doit être admis; et son effet sera d'obliger la partie adverse de prouver l'inefficacité du titre; ce qui paroît confirmer le raisonnement contenu dans l'alinéa ci-dessus. (*Voir* trois arrêts de la même Cour, l'un du 24 juillet 1810. (SIREY, 1810; 1re. partie, pag. 334.) Le second, du 6 juillet 1812 (*ibid.* 1813; 1re. partie, pag. 81); et le 3e., du 3 octobre 1814; (*ibid.* 1815, pag. 145).

On a également jugé à la même Cour que l'action possessoire pouvoit avoir lieu:

1º. A raison d'un cours d'eau possédé en vertu du droit commun, et des dispositions de la loi. (Arrêt du 1er. mars 1815, *Bulletin*, nº. 17.) Cette décision est fondée en raison. La loi vaut titre à l'égard de ceux qui sont soumis à son empire.

2º. A raison d'un sentier servant à l'exploitation des vignes d'un canton, et ce sur le fondement que ce sentier ne devoit point être regardé comme une servitude, mais comme existant en vertu d'une convention primitivement faite entre les divers propriétaires, et dont il n'existe plus de traces.

(7) *Qui se trouvoient acquises.* Il faut donc que la prescription ait été complétée au moment de la promulgation: il ne suffiroit pas qu'elle eût été commencée. C'est une exception au principe posé dans l'article 2281.

BIU Cujas

Mais qui devra prouver ? Si nous supposons que celui qui prétend avoir acquis la servitude, étoit en possession, au moment de la promulgation du Code, il doit, d'après les principes établis dans la note ci-dessus, être présumé propriétaire, jusqu'à la preuve contraire : ce sera donc à la partie adverse à prouver que la prescription n'étoit pas acquise au moment de la promulgation. S'il ne possédoit pas, ce sera à lui, au contraire, à prouver.

PAGE 165.

(1) *Continues et apparentes.* Pourquoi n'y a-t-il que ces sortes de servitudes qui puissent s'acquérir par prescription ? Nous venons de le dire ; c'est qu'il n'y a qu'à elles que peuvent s'appliquer les caractères de la possession, telle qu'elle doit être pour opérer la prescription. (Art. 2229.) *Il faut que cette possession soit continue :* elle ne peut donc avoir lieu que pour les servitudes continues. *Il faut qu'elle soit publique :* il faut donc que la servitude soit apparente, et en outre qu'elle ait pu être connue du propriétaire du fonds assujetti, ou de ses ayant-cause. Si donc le propriétaire d'une maison, occupant en même temps la maison voisine à titre de bail, établit une servitude sur celle-ci au profit de la sienne, il est certain que le temps de la prescription ne courra pas, tant qu'il jouira comme locataire de la maison assujettie. En effet, si l'on suppose un instant que la maison au profit de laquelle la prétendue servitude a été établie, appartient à un tiers, il auroit été obligé, en sa qualité de locataire, de prévenir le propriétaire des usurpations qui pourroient être commises sur son fonds ; ce qui comprend bien certainement l'établissement de servitudes ; et s'il ne l'eût pas fait, il eût été tenu des dommages-intérêts. Peut-il donc, quand il est lui-même propriétaire de ladite maison voisine, et que c'est lui-même qui commet l'usurpation, venir argumenter de son propre fait, pour acquérir un droit à l'exercice duquel il eût dû au contraire s'opposer, s'il eût été exercé par un autre? C'est le cas de la règle : *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Observez que, par la même raison que le Code consacre les servitudes discontinues dont la prescription se trouvoit acquise au moment de la promulgation du Titre des servitudes, dans les pays où elles pouvoient s'acquérir de cette manière, de même le temps pendant lequel des servitudes continues et apparentes ont été possédées avant le Code, dans les pays où aucune servitude ne pouvoit s'acquérir sans titre, ne compte pas pour la prescription.

(2) *Ou par la possession de trente ans.* Quand il y a des ouvrages apparens existant depuis trente ans, on présume qu'il y a eu dans le principe une convention dont la trace s'est perdue ; mais ce n'est qu'une présomption, qui doit céder à la réalité. Si donc il existe la preuve qu'il y a eu, à la vérité, concession, mais à titre précaire, la plus longue possession ne suffira pas pour acquérir la

BIU Cujas

servitude ; cela rentreroit dans la classe des actes de tolérance, qui ne peuvent servir de base à la prescription. Ce principe est général, et s'applique à toutes les choses qui peuvent s'acquérir par la prescription. C'est dans ce sens que l'on dit : *Meliùs est non habere titulum, quàm habere vitiosum.* Ces servitudes pourroient - elles s'acquérir par dix ou vingt ans, avec titre et bonne foi ? (*Voyez* ci-dessus, note (5) de la page précédente.)

Appliquez au surplus a l'acquisition des servitudes par la prescription, la règle, *tantùm prœscriptum, quantùm possessum.* On n'acquiert précisément que ce dont on a joui. Si l'on n'a eu qu'une croisée ouverte pendant trente ans, on a acquis le droit de la conserver ; mais on ne pourroit en ouvrir une seconde, etc. Il n'en seroit pas de même, si la servitude de vue étoit établie par titre. Dans ce cas, l'existence d'une seule croisée ayant suffi pour la conserver, il est toujours libre au propriétaire du fonds dominant d'en user comme il le juge convenable. (DUNOD, *des Prescriptions*, part. 1re., chap. 4.) La raison de différence provient de ce qu'il est possible qu'une servitude de vue soit concédée pour une seule croisée seulement ; lors donc qu'il n'est représenté aucun titre, et que la servitude n'est appuyée que sur une convention présumée, cette convention doit toujours être supposée la plus avantageuse au propriétaire du fonds servant.

Pourroit-on acquérir par la prescription un nouveau mode d'exercer la servitude ? Il faut distinguer : Ou le nouveau mode augmente, ou il diminue la servitude ancienne, ou il en constitue une nouvelle. S'il diminue l'ancienne servitude, comme toute servitude, quelle qu'elle soit, se perd par le non-usage, on perd alors ce qu'on peut appeler en quelque sorte l'excédant de l'ancienne servitude sur la nouvelle, que l'on conserve, dans ce cas, telle qu'elle a été exercée en dernier lieu, *quia minus majori inest.* Tel est le cas où, ayant le droit de passer en voiture sur votre terrain, j'y ai passé à pied pendant trente ans ; comme le droit de passer en voiture renferme celui de passer à pied, j'ai conservé ce dernier droit, et j'ai perdu le premier.

Si le nouveau mode augmente la servitude, il faut encore distinguer : Si la servitude est de nature à être acquise par prescription, le nouveau mode peut être acquis de la même manière ; *secùs* dans le cas contraire : seulement, toujours par la même règle, que *minus majori inest*, l'on conservera l'ancienne servitude. Tel est le cas où ayant le droit de passer à pied sur votre terrain, j'y ai passé à cheval ou en voiture pendant trente ans : comme le passage à cheval ou en voiture renferme le passage à pied, j'ai conservé mon ancien droit ; mais je n'ai pas acquis le nouveau mode de passage, parce que c'est une servitude discontinue, qui ne peut s'acquérir par la prescription. Mais si, ayant le droit d'avoir des vues obliques, j'en ai eu de droites pendant trente ans, j'ai acquis par la prescription le droit de les conserver dans le même état, parce qu'un droit de vue peut en général s'acquérir par la prescription.

BIU Cujas

La même distinction doit avoir lieu, lorsque le nouveau mode change l'ancienne servitude et en constitue une nouvelle. Si la nouvelle est continue et apparente, elle pourra s'acquérir par prescription; sinon l'ancienne sera éteinte, et la nouvelle ne sera pas acquise. On peut donner pour exemple du premier cas, celui où ayant droit de prendre des vues sur une partie déterminée de votre fonds, je les ai prises pendant trente ans sur une autre partie; dans ce cas, j'ai perdu la servitude primitive, et j'en ai acquis une nouvelle. On peut donner pour exemple du second cas, celui où ayant droit de passer sur une partie déterminée de votre fonds, j'ai passé sur une autre partie pendant trente ans; j'ai perdu alors la première servitude, et je n'ai pas acquis la nouvelle. (L. 10, §. 1, ff. *Quemadm. Servit. amitt.*)

Il faut, au surplus, observer une différence essentielle entre la perte de l'ancienne servitude et l'acquisition de la nouvelle, c'est que, même à l'égard des servitudes continues et apparentes, il pourra arriver que l'ancienne soit éteinte, et que la nouvelle ne soit pas acquise; dans le cas, par exemple, où pendant le délai de la prescription, le fonds assujetti a été possédé par un propriétaire contre lequel la prescription ne couroit pas, *putà*, par un mineur ou par un interdit; car alors il aura acquis par le non-usage, pendant trente ans, de la part du propriétaire dominant, la libération de l'ancienne servitude; et ce dernier n'aura pas acquis la nouvelle contre lui, dans le même délai, puisque nous supposons que la prescription a été suspendue, pendant quelque temps, par la minorité ou par l'interdiction du propriétaire du fonds servant.

Ces décisions paroîtront peut-être un peu rigoureuses en quelques points; mais je les crois fondées en principe, et nécessaires, d'ailleurs, pour empêcher les atteintes que les propriétaires des fonds dominans sont toujours disposés, surtout dans les campagnes, à porter au titre constitutif de la servitude.

(3) *Que par un titre recognitif*, ou par un jugement rendu avec ce propriétaire, et passé en force de chose jugée. *Res judicata pro veritate accipitur.*

Observez qu'aux termes de l'article 1337, le titre recognitif ne dispense de la représentation du titre primordial, qu'autant qu'il en relate spécialement la teneur, ou bien lorsqu'il y en a plusieurs conformes, soutenus de la possession, et que l'un a au moins trente ans de date. J'avoue cependant que, nonobstant la disposition de cet article, qui paroît bien formelle et bien générale, il me semble difficile de l'appliquer à la matière des servitudes, qui se traite principalement entre gens de la campagne. Comment, en effet, pourroit-on regarder comme insuffisant l'acte par lequel un propriétaire auroit reconnu purement et simplement que son fonds est assujetti envers tel autre à telle servitude? Je pense donc que le Législateur a seulement voulu

BIU Cujas

dire, dans l'article 695, que, quelque fortes que soient les présomptions alléguées par celui qui réclame une servitude du nombre de celles qui ne peuvent s'acquérir par prescription, elles ne peuvent jamais suppléer le titre constitutif, qui ne peut être remplacé que par une reconnoissance émanée du propriétaire du fonds asservi. Cette interprétation paroît même d'autant plus probable que le Titre *des Obligations*, dont l'article 1337 fait partie, n'ayant été discuté et décrété que long-temps après celui *des Servitudes*, l'on ne peut pas dire que le Législateur a eu en vue, dans l'article 695, la disposition de l'article 1337.

(4) *Lui*, c'est-à-dire le propriétaire. *Secùs*, si c'est un usufruitier, un fermier, ou autre possesseur semblable.

(5) *Qui ait mis ou laissé.* J'ai ajouté ce dernier mot, parce que le propriétaire est censé avoir mis lui-même les choses dans l'état dont il s'agit, lorsque les ayant trouvées dans cet état, il les y a laissées.

(6) *L'acte d'aliénation.* Il en seroit de même, si c'étoit un acte de partage entre co-héritiers ou co-propriétaires.

(7) *Ou sur le fonds aliéné.* Remarquez 1°. que la disposition de l'article 694 peut être invoquée contre le propriétaire lui-même, par celui en faveur duquel il a disposé du fonds, et ses ayant-cause.

2°. Que cette disposition est fondée, non pas sur le principe que la servitude est un droit réel qui suit le fonds dans toutes les mains où il passe ; car ici, il n'y a pas de servitude : *nemini res propria servit ;* mais sur ce que, quand le propriétaire de deux immeubles en vend un, il est censé le vendre dans l'état où il se poursuit et comporte, et l'acquéreur est censé l'acheter de la même manière.

Il faut donc que la servitude soit, non seulement continue, mais encore apparente ; autrement l'acquéreur pourroit dire qu'il a été trompé, s'il s'agissoit d'une servitude passive ; ou, si elle étoit active, il ne pourroit dire qu'il a entendu acheter le fonds avec tel droit de servitude. (Mais voyez ci-dessus la note (6) de la pag. 154.)

Il faut que ce soit le propriétaire qui ait mis la chose dans l'état d'où résulte la servitude ; autrement, il pourroit l'avoir ignoré, et la présomption de volonté n'auroit pas lieu de sa part.

Enfin, il est évident que, si l'acte d'aliénation contient une stipulation contraire au droit prétendu, la présomption doit cesser.

Observez encore qu'il n'est plus nécessaire, comme l'exigeoit l'article 216 de la Coutume de Paris, que la destination du père de famille soit prouvée par écrit ; c'est-à-dire, qu'il n'est pas nécessaire de prouver par écrit que l'état d'où résulte la servitude, existoit au moment où les fonds ont été divisés. Ce fait pourra donc être prouvé par témoins.

BIU Cujas

PAGE 166.

(1) *La stipulation expresse.* Suivant l'adage, *qui veut la chose, veut les moyens.* D'après ce principe, je pense que celui qui a le droit d'avoir des vues droites dans le mur joignant immédiatement le fonds voisin, peut empêcher l'autre propriétaire d'élever un bâtiment qui obstrue tout-à-fait ses voisins, ou d'acheter la mitoyenneté du mur, dans lequel les vues sont ouvertes; et, ce faisant, de faire boucher ses vues. On a voulu distinguer à cet égard si le droit de vue est acquis par titre ou par prescription. Mais je ne crois pas cette distinction fondée. La prescription, dans ce cas, suppose un titre que l'on présume s'être perdu; par conséquent celui qui peut invoquer la prescription, doit, pour ce qu'il a acquis par la prescription, jouir des mêmes avantages que s'il avoit un titre effectif. Mais remarquez que nous disons, *boucher ou obstruer les vues tout-à-fait.* Car s'il ne résultoit de l'élévation donnée à un bâtiment, qu'une diminution dans le jour, de manière cependant que le bâtiment fût encore suffisamment éclairé, le propriétaire des vues ne pourroit en demander la démolition. Car il ne suffiroit pas pour cela de justifier d'un droit de vue, il lui faudroit encore ce que les Romains appeloient *jus altiùs non tollendi*, ou *jus prospectûs.* Or ces deux droits, étant non apparens, ne peuvent s'acquérir ni l'un ni l'autre par prescription. Et, d'ailleurs, le fait de bâtir sur son terrain, étant un acte de pure faculté, ne peut fonder ni possession ni prescription.

(2) *Pour y aller.* Mais remarquez la différence qui existe entre le droit qu'on n'a que de cette manière, c'est-à-dire, par suite, comme accessoire, ou en conséquence d'un autre droit, et celui qu'on a directement et par lui-même. Si le droit de puisage m'a été accordé, j'ai, comme il vient d'être dit, le droit de passage pour aller à la fontaine; mais ce dernier droit, n'étant qu'une conséquence du premier, périt avec lui. Si donc je laisse prescrire le droit de puisage, j'ai perdu par cela seul le droit de passage. Mais si ces deux droits m'ont été accordés, soit par deux titres séparés, soit par le même titre, mais d'une manière distincte, et sans relation de l'un à l'autre, je peux perdre l'un et conserver l'autre.

(3) *Qu'il peut également faire*, bien entendu dans le fonds voisin. Il n'a pas besoin d'une permission de la loi, pour faire dans son fonds ce qu'il juge convenable. Ainsi, il peut faire réparer dans le fonds voisin, le chemin qui mène à la fontaine où il a droit de puiser; mais, dans tous les cas, pourvu qu'il n'aggrave pas la condition du fonds assujetti. Ainsi, celui qui a un droit de passage par un jardin, pourroit faire sabler, mais non paver, l'endroit qui lui sert de passage; de même, il doit prendre, pour faire ses ouvrages, le temps le moins incommode au propriétaire du fonds servant; et réciproque-

BIU Cujas

ment, celui-ci est obligé de souffrir les incommodités inséparables des réparations nécessaires, telles que le voiturage et le dépôt des matériaux, etc.

(4) *A ses frais.* Cela est fondé sur le principe général en matière de servitude, que *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* (L. 15, §. 1^er^. ff. *de Servitutibus.*) Et ce principe lui-même est fondé sur ce que la servitude estcensée due par la chose. Or, on ne peut imposer à une chose l'obligation de faire. Mais *voyez* dans la note suivante l'exception introduite par l'article 698.

(5) *A moins que le titre*, soit celui d'établissement, ou tout autre, même postérieur. L'article 698 n'est pas limitatif.

Dans le cas où cette convention existeroit, quelques auteurs, partant du principe établi dans la note précédente, ont pensé qu'elle ne faisoit point partie de la servitude, et qu'elle n'engendroit qu'une simple obligation personnelle. La question est importante, parce que, dans ce système, le droit qui résulteroit d'une pareille convention, seroit également personnel, et par conséquent ne suivroit point l'immeuble dans toutes les mains où il passeroit. Mais ce qui prouve que cette opinion n'est pas fondée, au moins dans le droit actuel, et que dans l'article 698, le Législateur a eu l'intention d'établir une exception au principe général, c'est que l'art. 699 décide que le propriétaire qui a consenti une pareille convention, peut s'en libérer en abandonnant le fonds. Donc, il n'est tenu que comme détenteur; donc, il n'est pas tenu personnellement; donc, l'action ne peut être que réelle. C'est la décision de la loi 6, §. 2, ff. *Si servitus vindicetur*, où il est dit que, *hanc servitutem non hominem debere, sed rem.* C'est donc en quelque sorte, une seconde servitude ajoutée à la première; et comme ce seroit alors une servitude discontinue, elle ne pourroit être acquise par prescription.

Mais remarquez 1°. que, dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti a contracté l'obligation spéciale de faire les ouvrages nécessaires, il n'est tenu qu'autant que la nécessité de ces ouvrages résulte de l'usage ordinaire de la servitude, ou de la force majeure. Car s'ils ont été occasionés par la faute de celui à qui la servitude est due, il est tenu de les faire faire à ses frais.

2°. Que l'obligation de faire les ouvrages, considérée comme une seconde servitude, étant une exception au principe général en cette matière, doit être appliquée *stricto sensu*, et que par conséquent elle doit se borner aux réparations et à la reconstruction de l'objet désigné, et ne s'étend pas au-delà. Ainsi celui qui s'est obligé de réparer un mur, n'est pas tenu de faire démolir ni étayer les bâtimens soutenus par ce mur, et appartenant au voisin.

(6) *En abandonnant le fonds*, entier. L'obligation de réparer est réelle, comme nous l'avons démontré dans la note précédente. Elle affecte donc

BIU Cujas

tout l'héritage; on ne peut donc s'en libérer qu'en abandonnant l'héritage entier. (Argument tiré de l'art. 2114.) *Quid*, si l'héritage vient à être divisé, et que celui dans la part duquel se trouve le chemin qui doit être entretenu, abandonne cette part, quel sera l'effet de cet abandon? Il sera libéré; mais les autres co-propriétaires ne pourront l'être, qu'en abandonnant également leur part. C'est une conséqueuce nécessaire de la réalité du droit. D'ailleurs, l'article 699, lui-même, confirme cette décision; car il y est dit que le propriétaire pourra toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti; *le fonds*, est-il dit, et non pas *une partie seulement du fonds*. Enfin, le système opposé seroit entièrement contraire à la justice; car, d'abord, il en résulteroit qu'il seroit au pouvoir des débiteurs de diminuer, et presque d'anéantir le droit du créancier; et en second lieu, il pourroit arriver que l'obligation d'entretenir fût très-onéreuse, et que le propriétaire dominant ne se trouvât pas suffisamment indemnisé de l'extinction du droit, par l'abandon d'une part, peut-être très-modique, dans l'héritage.

Remarquez que cet abandon est une véritable abdication de la propriété, qui passe de suite sur la tête du propriétaire du fonds dominant; et c'est en quoi cet abandon diffère du délaissement par hypothèque. *Voyez* au 3e. vol. le Titre *des Priviléges et Hypothèques*, et les notes sur icelui.

Quid, à l'égard des hypothèques et autres droits réels qui auroient pu être consentis sur ledit fonds par le propriétaire, antérieurement à l'abandon? Il faut distinguer: S'ils ont été consentis avant l'établissement de la servitude, et que toutes les formalités exigées pour la conservation de ces droits à l'égard des tiers, aient été observées, ils sont conservés dans leur intégrité, et suivent le fonds dans la main du nouveau propriétaire; mais s'ils sont postérieurs, je pense qu'ils pourront, à la vérité, être exercés, mais à la charge par ceux qui les exerceront, de garantir le droit du propriétaire du fonds dominant. Si donc il s'agit d'une hypothèque, le créancier pourra faire vendre l'immeuble, mais en chargeant l'acquéreur de la servitude. S'il s'agit d'un usufruit, l'usufruitier ne pourra conserver son droit qu'avec la même charge, sauf son recours contre le propriétaire, conformément aux dispositions de l'Article 609.

(7) *Par le même endroit. Quid*, si c'est une servitude de puisage ou de pacage, et que, par l'effet de la division du fonds dominant, le besoin d'eau ou le nombre des bêtes se trouve augmenté? Cela est égal. La servitude est due au fonds, et par conséquent à tous ceux qui l'habitent. Il en seroit autrement, si le mode et l'étendue de la servitude avoient été déterminés; par exemple, dans la servitude de pacage, si le nombre des bêtes avoit été fixé par le titre. Il est évident que, dans ce cas, quel que soit le nombre des propriétaires, celui des bêtes ne peut jamais être augmenté.

Quid, s'il s'agit d'un droit de vue concédé dans le principe à celui qui avoit

BIU Cujas

une maison et des terres, et qu'après son décès il arrive que la maison tombe en partage à l'un de ses héritiers, et les terres à un autre, ce dernier pourra-t-il, s'il fait bâtir, user du droit de vue? Je pense d'abord que la question doit être décidée par le titre, s'il est possible; s'il y est dit, par exemple que la servitude est concédée à tel fonds, ou au propriétaire de tel fonds, alors elle est due au fonds entier, et par conséquent aux terres comme à la maison. Mais s'il étoit dit dans le titre que le droit de vue est concédé pour la maison, alors il est évident qu'il ne peut être invoqué par le propriétaire des terres. S'il n'y a pas de titre, ou qu'il y ait doute sur la manière dont il doit être entendu, il me semble que, d'après les règles générales d'interprétation, l'on doit décider en faveur du fonds servant, et restreindre le droit de vue à la maison seulement.

Quid, si c'est le fonds servant qui est divisé? dans le cas, par exemple, où le propriétaire est mort, laissant plusieurs héritiers? Par la même raison, la servitude sera due en entier par chaque co-héritier, si toutefois elle est de nature à avoir son effet sur le fonds entier, telles que seroient les servitudes, *altiùs non tollendi*, *luminum*, *prospectûs*, et autres semblables. Mais si elle étoit telle, qu'elle ne pût être exercée que sur une partie du fonds, comme un droit de passage, sans autre charge, il n'y auroit alors que la portion dans laquelle se trouveroit le passage concédé, qui resteroit grevée de la servitude à l'égard du propriétaire dominant, sauf les arrangemens respectifs des co-propriétaires du fonds assujetti entr'eux. (*Voyez* la note (8) de la page suivante).

(8) *Ne pourroit s'y refuser.* Cela est fondé sur le principe de droit naturel, que nous avons établi au commencement de cet ouvrage, et d'après lequel nous sommes obligés de faire le bien du prochain, toutes les fois qu'il n'en résulte pour nous aucun préjudice. Par conséquent, cette disposition s'appliqueroit sans contredit à la servitude légale de passage, dans le cas d'enclave. Si le propriétaire du fonds assujetti, désirant, par exemple, bâtir dans le lieu où le passage a été accordé, en offroit un autre aussi commode pour le fonds enclavé, l'autre propriétaire seroit obligé de consentir à l'échange; et il est même probable que, dans ce cas, les juges ne se montreroient pas aussi rigoureux que s'il s'agissoit d'une servitude volontairement consentie, et qu'une légère différence dans la commodité des deux passages, ne seroit pas prise en considération.

(9) *Suivant son titre. Quid*, s'il s'élève une contestation sur un point à l'égard duquel le titre ne s'est point expliqué? Le juge doit se décider par le principe d'équité, qui veut que l'on concilie toujours le plus grand avantage du fonds dominant, avec la moindre incommodité du fonds servant; et que, dans le doute, l'on se décide toujours en faveur de ce dernier. Il y a, d'ailleurs, des règles de convenance auxquelles le juge doit se conformer : telle est

BIU Cujas

celle qui veut qu'un droit de passage par une cour ou autre dépendance d'une maison habitée, ne s'exerce pas à une heure indue, etc.

PAGE 167.

(1) *De celui qui l'a constituée.* Sauf, toutefois, les cas où la loi décide que les alienations ne sont pas résolues, nonobstant la résolution du droit de l'aliénateur. (*Voyez* la note (7) de la page 151.)

(2) *Parfaite et irrévocable.* Car si la réunion vient à cesser par suite d'une cause antérieure à l'acquisition, la servitude renaît en faveur de l'ancien fonds dominant. (Argument tiré de l'article 2177.) Il en est de même de l'usufruit. Mais, hors ce cas, toutes les fois que la réunion a été parfaite et irrévocable dans son principe, la servitude est entièrement éteinte et ne peut renaître. Si, donc, le propriétaire du fonds dominant a acquis le fonds servant, et qu'il vienne ensuite à le vendre, sans s'être réservé le droit de servitude, le fonds aliéné en est totalement et irrévocablement affranchi. Il faut cependant excepter le cas où il s'agiroit d'une servitude apparente, dont il auroit laissé subsister le signe jusqu'au moment de la vente. Mais même, dans ce cas, ce ne seroit pas l'ancienne servitude qui revivroit; ce seroit une nouvelle, résultant de la destination du père de famille.

Par la même raison, si deux époux, communs en bien, acquièrent un héritage qui doit une servitude au fonds de l'un d'eux, il n'y aura confusion qu'autant que, par l'effet de partage qui aura lieu après la dissolution de la communauté, les deux immeubles se trouveront appartenir au même propriétaire.

(3) *Du fonds dominant.* Pourvu qu'il soit majeur et usant de ses droits, et que, si la remise est gratuite, le propriétaire du fonds servant soit capable de recevoir de lui à titre de donation.

Quid, si la remise est faite par un des co-propriétaires du fonds dominant? il faut distinguer: Si la servitude est divisible *effectu*, les autres co-propriétaires ne pourront l'exercer, que déduction faite de la part de celui qui a fait la remise. Si elle est indivisible, il ne pourra l'exercer qu'en tenant compte de la valeur de la portion de celui qui a fait la remise. (Art. 1224.) Mais alors la servitude continuera d'exister en totalité comme auparavant, tellement que si le fonds dominant vient à être licité, et qu'il soit adjugé, même à celui qui a fait la remise, il pourra continuer d'exercer la servitude. Mais, dans tous les cas, il devra tenir compte à ses co-propriétaires, de ce qu'il leur en a coûté pour la conserver.

Quid, si la remise est faite à l'un des co-propriétaires du fonds assujetti? il faut également distinguer, mais dans un autre sens. Si la propriété est encore indivise, la servitude ne pourra être exercée sur aucune partie. (Ar-

BIU Cujas

gument tiré des art. 709 et 710.) Mais si la propriété étoit divisée, la servitude continueroit d'être exercée sur les parts qui n'appartiennent pas à celui à qui la remise a été faite.

(4) *Pendant trente ans.* Quand même ce non-usage ne seroit pas du fait du propriétaire; si, par exemple, un usufruitier a joui quarante ans d'une terre, et qu'il ait négligé, pendant trente ans seulement, d'user d'une servitude, elle est prescrite, sauf le recours du propriétaire contre lui, pour se faire indemniser. (Argument tiré des art. 614 et 1428.) De même, il importe peu quelle est la personne qui a usé : pourvu que le droit ait été exercé, cela suffit pour empêcher la prescription. Si cependant c'étoit par un co-propriétaire, il faudroit distinguer : S'il étoit co-propriétaire par indivis, en usant, il conserve les droits de tous les autres. Mais si le fonds avoit été partagé, l'usage de l'un des co-propriétaires ne conserveroit la servitude que pour sa part. (Art. 709.)

Mais remarquez que l'intervalle de trente ans, pour acquérir la libération de la servitude par la prescription, n'est exigé que lorsque le fonds servant est resté entre les mains de celui qui a consenti la servitude, ou de ses héritiers; car, s'il a passé entre les mains d'un tiers, la servitude doit être prescrite par le même intervalle de temps qui seroit suffisant pour acquérir la propriété, c'est-à-dire, par trente ans, si le tiers n'a ni titre, ni bonne foi, ou s'il n'a que le titre sans bonne foi; et par dix ou vingt ans, s'il a l'un et l'autre. La raison de différence, c'est qu'à l'égard de celui qui a consenti la servitude, ou de ses héritiers, c'est une prescription à l'effet de se libérer, pour laquelle il faut ordinairement trente ans; au lieu qu'à l'égard du tiers, c'est une prescription à l'effet d'acquérir, pour laquelle dix ou vingt ans suffisent, avec titre et bonne foi. Et, en effet, il est constant d'abord que, dans ce dernier cas, il ne peut être question de la prescription à l'effet de se libérer; car le tiers n'a contracté aucune obligation envers le propriétaire du fonds dominant. En second lieu, la servitude est, comme nous l'avons dit, un démembrement de la propriété; donc, quand j'achète un fonds grevé de servitude, j'achète la propriété du fonds, moins la portion de cette propriété qui compose la servitude; donc, quand je l'achète comme libre, je suis censé acheter *à non domino*, cette portion de propriété; donc, pour en devenir propriétaire, je n'ai besoin que de la prescription à l'effet d'acquérir.

L'on peut, au surplus, fonder cette distinction sur l'article 2180, portant que la prescription de l'hypothèque est acquise au tiers-détenteur, par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit; tandis qu'à l'égard du débiteur personnel, et pour les biens qui sont dans sa main, la prescription de l'hypothèque n'est acquise que par le temps fixé pour la prescription de la créance qui produit l'hypothèque. Le débiteur a besoin

BIU Cujas

de la prescription à l'effet de se libérer ; et le tiers, seulement de celle à l'effet d'acquérir.

Quid si, après un non-usage de trente ans, le propriétaire du fonds dominant exerce de nouveau son droit, la servitude revit-elle ? La raison de douter se tire de ce qu'elle a été éteinte par la prescription. C'est donc une nouvelle servitude, qui ne peut être établie que par titre ou par prescription, et encore, pourvu dans ce dernier cas, qu'elle soit continue et apparente. Mais l'on peut répondre que la prescription n'est un moyen d'acquérir ou de se libérer de plein droit, que dans le sens que, du moment qu'elle est invoquée ou opposée, elle doit avoir son effet, soit quant à l'acquisition, soit quant à la libération. Il faut donc au moins qu'elle soit opposée ou invoquée. Mais d'un autre côté, il peut arriver que celui qui l'invoque ou qui l'oppose, soit susceptible d'être repoussé par une fin de non-recevoir ; *putà*, si, après la prescription acquise, il a reconnu le droit de son adversaire. C'est ce qui résulte formellement des articles 2221 et 2224. Il ne restera donc plus, dans l'espèce, à juger qu'une simple question de fait ; c'est celle de savoir, si l'exercice de la servitude, depuis l'accomplissement de la prescription, a été tel, qu'on doive en induire, de la part du propriétaire du fonds servant, une renonciation au droit qu'il avoit acquis.

(5) *S'il s'agit de servitudes discontinues*, quand même elles seroient apparentes ; *putà*, s'il s'agit d'un droit de passage, manifesté par une porte. Si l'on a cessé de passer pendant trente ans, le droit est prescrit, quand même la porte seroit restée dans le même état, et quand même le propriétaire du fonds assujetti n'auroit fait aucun acte contraire à la servitude.

(6) *Commence à courir.* Si donc, comme on vient de le dire, j'ai un droit de passage, et que je sois trente ans sans passer, la servitude est prescrite ; mais si j'ai un droit de vue, quand la maison à qui ce droit est dû, auroit été inhabitée pendant soixante ans, si les jours sont restés, la servitude subsiste : mais si les jours ont été bouchés pendant trente ans, elle est prescrite. La raison de différence, c'est que la servitude de passage ne se manifeste au-dehors que par le fait de l'homme, parce que ce n'est que par ce fait que s'exerce le droit qui est l'objet de la servitude. Si donc ce fait a cessé pendant trente ans, la prescription est acquise. Mais, dans le deuxième cas, la servitude n'a pas besoin du fait actuel de l'homme pour être exercée ; elle l'est par le seul fait du jour qui reste ouvert : ce n'est donc que du moment de la clôture de ce jour que la prescription peut commencer.

Quant aux servitudes négatives, telle que la servitude *altiùs non tollendi*, il est évident qu'elle est exercée par le fait seul de non-construction de la part du propriétaire du fonds servant, et que, tant qu'il ne bâtit pas, la

BIU Cujas

prescription ne peut courir. Ce ne sera donc que du moment qu'il aura fait un acte contraire à la servitude, c'est-à-dire, qu'il aura commencé à bâtir au-delà du point fixé par la convention, que la prescription pourra commencer à courir.

On voit, par ces exemples, qu'il est indifférent que l'acte contraire à la servitude soit fait par l'un ou par l'autre des propriétaires. Seulement il doit arriver par la nature des choses, que cet acte sera fait le plus souvent par le propriétaire du fonds dominant, lorsqu'il s'agira de servitudes affirmatives, et qu'il sera toujours fait par le propriétaire du fonds servant, lorsqu'il s'agira de servitudes négatives.

Quelques auteurs avoient pensé qu'il falloit qu'il y eût, dans tous les cas, un acte de la part du propriétaire du fonds servant; ils se fondoient sur la disposition de la loi 6, ff. *de Servit. Præd. Urban.*, qui décide que, si j'ai la servitude *tigni immittendi*, sur un fonds qui vous appartient, et que j'aie enlevé ma poutre qui étoit soutenue sur votre mur, la prescription ne commencera à courir en votre faveur, que du jour où vous aurez bouché le trou où la poutre étoit placée. De même, si j'ai la servitude *ne luminibus officiatur*, il ne suffit pas que j'aie bouché mes fenêtres, pour que la prescription courre en votre faveur; il faut encore que vous ayez élevé votre édifice. Mais ces personnes n'ont pas pris garde, d'abord, que cette dernière servitude étoit une servitude négative; ce qui rentre dans la distinction que nous venons d'établir;

2°. Que la disposition de la loi 6 tient à une distinction que les Romains faisoient, quant à l'extinction par le non-usage, entre les servitudes urbaines et les servitudes rustiques (Vinnius, sur le §. 4, Instit., *de Servit.*); distinction qui n'existe point dans notre droit;

3°. Qu'il faut bien distinguer, dans les servitudes positives, celles qui ont besoin, pour être établies, du fait des deux propriétaires, telle que la servitude *tigni immittendi*. En effet, il faut le fait du propriétaire dominant, *immissio tigni*, et il faut, de plus, le fait du propriétaire servant: *foramen in ejus pariete*. Or, comme il est de principe que, *res eodem modo dissolvi debent quo fuerunt colligatæ*, il en résulte que, pour éteindre ces espèces de servitudes, il faut un acte contraire, de la part des deux propriétaires;

4°. Que, dans ce système, il y auroit des servitudes continues qui ne pourroient jamais être éteintes par la prescription. En effet, quel est l'acte contraire au droit d'égout, que pourroit faire le propriétaire servant? Et même, à l'égard de la simple servitude de vue, quel acte contraire pourroit faire le même propriétaire? Dira-t-on qu'il faut qu'il élève un mur, un édifice? Mais remarquez que le simple droit de prendre des jours, quand il ne comprend pas la servitude *altiùs non tollendi*, ou *ne luminibus officiatur*, n'empêche pas le propriétaire servant de faire des constructions. Donc, quand il en fait, l'on ne peut pas dire qu'il fait un acte contraire à la servitude;

BIU Cujas

5°. Enfin, l'article 665 est formellement contraire à ce système; car il décide que si le mur, ou la maison à laquelle est due une servitude, est resté démoli pendant le temps nécessaire pour la prescription, la servitude est éteinte. Or, il n'y a là aucun fait de la part du propriétaire du fonds servant.

Concluons donc que ce seroit mal-à-propos que l'on prétendroit que, dans tous les cas, il doit y avoir un acte contraire fait par le propriétaire servant; que cela n'est nécessaire que lorsqu'il s'agit de servitudes négatives, ou de servitudes positives pour l'établissement desquelles le fait du propriétaire servant a été nécessaire; mais que, pour toutes les autres, il suffit d'un acte contraire de la part du propriétaire dominant, pour faire courir la prescription.

(7) *Comme la servitude elle-même.* Ainsi, j'ai le droit d'avoir des vues droites sur le fonds voisin. Si, depuis trente ans, je n'ai que des vues obliques, le droit d'avoir des vues droites est éteint par la prescription. (*Voir* à cet égard ce que nous avons dit ci-dessus, note (2) de la page 165.)

(8) *N'ait pu courir:* Par exemple, un mineur. Cela tient à l'indivisibilité de la servitude, qui ne peut se perdre ni s'acquérir par partie. Mais remarquez qu'il faut pour cela que le fonds soit indivis. S'il étoit divisé, chaque portion seroit séparément créancière de toute la servitude, et pourroit conséquemment la perdre toute entière par la prescription. Mais si le fonds est *indivis*, il n'y a aucune portion dans laquelle celui qui a joui, ou le mineur, n'ait un droit, et à laquelle, par conséquent, la servitude n'ait été conservée. De là cette maxime: *minor relevat majorem in individuis.*

Il faut observer, au surplus, que toute servitude est indivisible *obligatione*, à moins que le contraire ne résulte de la stipulation.

Je dis qu'elle est indivisible *obligatione*, dans le sens qu'elle est due toute entière par chaque héritier du débiteur, et à chaque héritier du créancier de la servitude; et que, quelque division qu'éprouve le fonds dominant ou le fonds servant, la servitude est due en entier à chaque partie de l'un, et par chaque partie de l'autre; sauf aux divers propriétaires du fonds dominant à s'arranger pour ne pas aggraver la condition du fonds servant; et sauf ce qui est dit note (7) de la page précédente *in fine.*

A moins que le contraire ne résulte de la nature de la stipulation. Car si, par exemple, la servitude de pacage a été accordée pour cent bêtes, il est évident que, si le fonds dominant vient à être divisé, tous les propriétaires devront s'arranger pour ne pas envoyer paître plus de cent bêtes pour eux tous. (*Voyez* la note (7) de la page précédente.)

De même, lorsque le passage a été accordé par telle partie du fonds servant, et qu'il vient à être divisé, il n'y a que la ou les portions traversées par la voie fixée pour le passage, qui soient assujetties à la servitude; les autres sont libérées. Mais ici, ce n'est pas par l'effet d'aucune divisibilité de la servitude, puisqu'elle seroit toujours indivisible à l'égard des propriétaires du fonds domi-

BIU Cujas

nant; mais c'est parce que l'intérêt étant le mobile de l'action, le propriétaire dominant, qui jouit de son droit de passage dans toute son étendue, n'a pas d'intérêt d'agir contre les propriétaires des autres portions du fonds servant. Cela est si vrai, que, s'il se trouvoit avoir intérêt, il pourroit, sans aucun doute, agir contre eux tous. Si, par exemple, outre le droit de passage, il y a eu, dans le principe, stipulation que le chemin seroit entretenu aux frais du propriétaire servant, et que celui dans le lot duquel est tombé le chemin, refuse de l'entretenir, et offre de délaisser sa part, le propriétaire dominant sera-t-il tenu de s'en contenter? Nous avons décidé la négative, ci-dessus, note (6) de la page précéd., et nous avons démontré que la totalité du fonds ayant été primitivement affectée à l'acquittement de cette obligation (Art. 699,), la division de ce fonds n'a pu préjudicier au droit du propriétaire dominant, qui pourra agir en conséquence contre tous les propriétaires, pour qu'ils aient à entretenir le chemin, ou à délaisser leurs portions.

Remarquez encore que la servitude, quoiqu'indivisible *obligatione*, peut être divisible *effectu*. En effet, rien ne paroît plus indivisible que la servitude *altiùs non tollendi :* cependant elle est divisible *effectu*; car, si j'ai cette servitude sur un terrain de quarante pieds de face, que le propriétaire servant ait bâti sur vingt pieds, et que son bâtiment soit resté dans le même état, et sans réclamation de ma part, pendant trente ans, il aura acquis sur vingt pieds seulement la libération de la servitude, qui subsistera sur les vingt pieds restans, d'après la règle : *tantùm prœscriptum quantùm possessum.*

(9) *Les servitudes cessent*, et non pas sont éteintes. On a changé l'expression, pour faire voir qu'elles peuvent revivre, par le rétablissement de la chose dans son ancien état.

(10) *User de la servitude.* Si le fonds sur lequel j'avois droit de passer, est devenu étang par suite d'une inondation; si la fontaine où j'avois droit de puiser, est tarie, etc.

(11) *Pour la prescription.* Ainsi, la prescription court, quoiqu'il n'ait pas été au pouvoir du propriétaire du fonds dominant d'user de la servitude. C'est une exception au principe, *contrà non valentem agere non currit prœscriptio*, et contraire également à la décision de la loi 14, ff. *Quemadm. servit. amitt.* Mais elle est fondée sur la nécessité de prévenir les procès, et sur ce qu'il y auroit trop d'inconvéniens à admettre la prétention de celui qui viendroit réclamer l'usage d'une servitude éteinte depuis cinquante ou soixante ans, sur un fonds qui a passé depuis entre les mains de divers propriétaires, qui tous ont pu ignorer l'existence de la servitude.

(12) *Qui devoient.* Il paroît résulter de l'article 665, que, si j'ai, par exemple, la servitude *tigni immittendi* sur le mur du voisin, et que ce dernier, profitant du moment où ma maison est démolie, fasse abattre son mur, et ne

BIU Cujas

le rebâtisse pas pendant, trente ans, je perds ma servitude. Cela est contraire à la loi 18, §. 2, ff. *Quemadmod. servit. amitt.* Et en effet, il est étonnant que je perde mon droit, par le seul fait de mon débiteur, et sans qu'on puisse me reprocher aucune négligence. Mais pourrois-je au moins le conserver, en faisant signifier au propriétaire du mur, avant l'expiration du temps requis pour la prescription, une sommation de rebâtir son mur, avec protestation que le défaut de reconstruction ne pourra pas entraîner l'extinction de mon droit? Cela me paroîtroit assez juste, et conséquent à l'opinion que j'ai émise ci-devant, dans la note (16) de la page 155. *Nec obstat*, ce qui est dit dans la note précédente. Car d'abord, comme nous l'avons dit, cette note contient une exception au principe général, exception qui doit conséquemment être renfermée dans le cas pour lequel elle a été faite. En deuxième lieu, il y a une très-grande différence entre les deux espèces. Dans celle de la note précédente, il s'agit du cas où la servitude a cessé par cas fortuit, par force majeure. Or, il est de principe que, lorsqu'il y a pur cas fortuit, le dommage qui en résulte est pour celui qui l'a souffert. Au contraire, dans l'espéce de l'article 665, il s'agit du cas où la cessation de la servitude résulte du fait même de celui qui la doit. Or, il est de principe que *nemo potest proprio facto ab obligatione se liberare.* Mais si le propriétaire du fonds dominant laisse passer trente ans sans faire aucun acte de protestation, il est censé adhérer, par son silence, à l'état actuel des choses, et consentir par son fait à la cessation de la servitude.

(13) *Ou auxquels étoit due.* Ainsi, ma maison avoit un droit de vue sur la maison voisine : je la fais démolir, et je laisse passer trente ans sans la rebâtir ; la servitude est prescrite. Cette décision est juste. Si je perds la servitude, c'est par mon fait, c'est à moi seul que je dois l'imputer. Mais dans ce cas pourrai-je conserver mon droit par une protestation? Je ne le pense pas. Ici, il n'y a rien à reprocher au propriétaire de l'autre fonds, et, à son égard, le simple non-usage de la servitude pendant trente ans, doit en opérer l'extinction. Quant à l'objection que l'on pourroit tirer de ce qui est dit précédemment, note (16) de la page 155, l'on peut dire qu'il y a cette différence essentielle, que dans cette note, il s'agit de l'établissement d'une servitude, et ici, au contraire, de la libération et du retour au droit commun, qui est bien plus favorable. En second lieu, dans l'espèce de la note (16), il a été fait, par le propriétaire du fonds inférieur, des ouvrages destinés à faciliter la chute de l'eau sur son héritage. La loi a voulu que la confection de ces ouvrages fît présumer une concession, et qu'après trente ans cette présomption se changeât en servitude légale, mais bien entendu si rien ne la détruisoit pendant cet intervalle. Or, elle se trouve détruite par une protestation. Mais ici il n'y a eu aucune présomption ; c'est tout simplement une prescription à l'effet de se libérer, qui s'acquiert par le seul fait que le droit n'a pas été exercé. Or, le

BIU Cujas

droit résultant d'une servitude, ne s'exerce que par la servitude même, et non par une simple protestation. Il en est de ce cas comme de celui d'une simple sommation de délaisser un immeuble, laquelle n'interromproit sûrement pas la prescription.

FIN DU PREMIER VOLUME.

BIU Cujas

TABLE

DES LIVRES, TITRES, CHAPITRES, SECTIONS ET PARAGRAPHES

CONTENUS DANS CE PREMIER VOLUME.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

Du Droit et des Lois en général . . . *page* 1
CHAP. Ier. Des Lois considérées sous le rapport de leur origine . . . . . *ibid.*
Sect. Ire. Des Lois naturelles, et de leurs effets . . . . . *ibid.*
Sect. II. Des Lois positives. 7
CHAP. II. Des Lois considérées sous le rapport de leur objet. 8
CHAP. III. Des Lois civiles françaises, de leur promulgation, et de leurs effets . . . *ibid.*

LIVRE PREMIER.

Des Personnes.

TITRE PREMIER.

De la Jouissance des droits civils 12
CHAP. Ier. De la Naturalisation des Français en pays étrangers. 16
Sect. Ire. De la Naturalisation autorisée . 17
Sect. II. De la Naturalisation non-autorisée. *ib.*
CHAP. II. Du Français qui a pris du service chez une puissance étrangère. 18

TITRE II.

De la Privation des droits civils, par suite de condamnations judiciaires 20
CHAP. Ier. De la Privation des droits civils, prononcée comme peine principale. . *ibid.*
CHAP. II. De la Privation des droits civils, comme suite de la condamnation à certaines peines. 21
Sect. Ire. De la Mort civile 21
§. Ier. Comment la mort civile est-elle encourue 22
§. II. Des Effets de la mort civile. . . . 23
Sect. II. De la Privation à perpétuité de certains droits civils, comme suite de la condamnation à certaines peines 26

TITRE III.

Des Actes de l'état civil 27
CHAP. Ier. Formalités générales . . . . *ibid.*
Sect. Ire. Des Formalités générales relatives à la tenue des registres 28
Sect. II. Des Formalités générales relatives à la rédaction des actes de l'état civil. . . 29
CHAP. II. Des Formalités particulières à chaque espèce d'actes 33
Sect. Ire. Des Actes de naissance . . . . *ibid.*
Sect. II. Des Actes de décès. 36
CHAP. III. Des Règles particulières, relatives aux actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire Français. . . . 38

TITRE IV.

Du Domicile 41

TITRE V.

Des Absens 44
CHAP. Ier. De la Déclaration d'absence, et de l'envoi en possession provisoire. 46
CHAP. II. De l'Envoi en possession définitif, et de ses effets 49

BIU Cujas

CHAP. III. Des Effets de l'absence, relativement au mariage de l'absent, et aux droits qui peuvent lui écheoir pendant sa disparition 50
Sect. Ire. Des Effets de l'absence, relativement aux droits échus à l'absent pendant sa disparition . . . . . *ibid.*
Sect. II. Des Effets de l'absence, relativement au mariage de l'absent 51

TITRE VI.

Du Mariage 53
CHAP. Ier. Des Conditions requises pour la légitimité du mariage 54
Sect. Ire. De l'Age compétent pour le mariage . . . . . *ibid.*
Sect. II. Du Consentement des contractans. 55
Sect. III. Du Consentement de ceux auxquels les contractans sont soumis. . . . . *ibid.*
Sect. IV. Des Empêchemens du mariage . 61
§. Ier. Des Empêchemens absolus . . *ibid.*
§. II. Des Empêchemens relatifs 62
Sect. V. Des Formalités du mariage . . . 64
§. Ier. Des Formalités qui précèdent le mariage . . . . . *ibid.*
Des Publications de mariage . . . . . *ibid.*
Des Pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage. 66
§. II. Des Formalités qui accompagnent le mariage. 67
CHAP. II. De la Preuve du mariage. . . . 69
CHAP. III. Des Nullités du mariage. . . . 70
Sect. Ire. Des Nullités absolues 71
Sect. II. Des Nullités relatives 73
CHAP. IV. Des Effets du mariage. 74
Sect. Ire. Des Effets du mariage relatifs aux droits et devoirs respectifs des époux. *ibid.*
§. Ier. Des Droits et Devoirs des époux. 75
§. II. De la Séparation de corps et de ses effets 77
Des Causes de séparations de corps . . . 78
Comment la demande en séparation de corps doit être formée, instruite et jugée . . . . . *ibid.*
Des Mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en séparation de corps 80
Des Effets de la séparation de corps. . . 81
Des Effets de la séparation de corps, relativement aux époux . . . . . *ibid.*
Des Effets de la séparation de corps, relativement aux enfans issus du mariage. 82
Sect. II. Des Effets du mariage, relatifs à l'état des enfans 83
§. Ier. De la Légitimité des enfans issus du mariage. . . . . *ibid.*
Des Preuves de la légitimité 85
§. II. De la Légitimation des enfans par mariage subséquent. 86
Sect. III. Des Effets du mariage, relatifs aux droits et aux obligations respectifs des parens et des enfans. 87
CHAP. V. De la Dissolution du mariage. . 88

TITRE VII.

Des Enfans naturels. 89

TITRE VIII.

De la Puissance paternelle 91

TITRE IX.

De l'Adoption. 95
CHAP. Ier. De l'Adoption et de ses effets. *ibid.*
CHAP. II. Des Formes de l'adoption . . . 97

TITRE X.

De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation. 99
CHAP. Ier. De la Tutelle officieuse . . . *ibid.*
CHAP. II. De la Tutelle ordinaire 101
Sect. Ire. De la Tutelle légitime 102
§. Ier. De la Tutelle des père et mère. *ibid.*
§. II. De la Tutelle des ascendans . . . 104
Sect. II. De la Tutelle testamentaire . . 105
Sect. III. De la Tutelle dative. . . . . *ibid.*
§. Ier. De la Formation du conseil de famille. 106
§. II. De la Forme des délibérations du conseil de famille, et de leur homologation 108

BIU Cujas

§. III. Des Fonctions du conseil de famille 109
§. IV. De la Nomination du tuteur . . 110
Sect. IV. Du Subrogé-Tuteur et de ses fonctions 111
Sect. V. Des Causes qui dispensent de la tutelle 112
Sect. VI. Des Incapacité, Exclusion, et Destitution de la tutelle 114
Sect. VII. Des Fonctions du tuteur . . . 115
§. Ier. Des Obligations du tuteur, au moment de l'établissement de la tutelle. 116
§. II. Des Obligations du tuteur, pendant la durée de la tutelle 117
Sect. VIII. Du Compte de tutelle 123
CHAP. III. De l'Emancipation 125
CHAP. IV. De la Tutelle des enfans admis dans les hospices. 127

TITRE XI.

De l'Interdiction et du Conseil judiciaire. 129

LIVRE II.

De la Distinction des biens, de la Propriété et de ses modifications.

TITRE PREMIER.

De la Distinction des biens. 134
CHAP. Ier. Des Biens considérés en eux-mêmes . . . . . *ibid.*
Sect. Ire. Des Biens corporels . . . . . *ibid.*
Sect. II. Des Biens incorporels 137
CHAP. II. Des Biens considérés dans leur rapport avec ceux qui les possèdent . . . 140

TITRE II.

De la Propriété 142

TITRE III.

De l'Usufruit, de l'Usage, et de l'Habitation 145
CHAP. Ier. De l'Usufruit . . . . . *ibid.*
Sect. Ire. Des Droits de l'usufruitier . . . 146
Sect. II. Des Obligations de l'usufruitier. 149
Sect. III. De l'Extinction de l'usufruit. . 151
CHAP. II. De l'Usage et de l'Habitation . 153

TITRE IV.

Des Servitudes ou Services fonciers . . . 154
CHAP. Ier. Des Servitudes naturelles. . . 155
CHAP. II. Des Servitudes légales 156
Sect. Ire. Du Droit d'indivision 157
Sect. II. Du Droit de bornage. . . . . *ibid.*
Sect. III. Du Droit de clôture, et de celui de passage . . . . . *ibid.*
Sect. IV. De la Mitoyenneté 159
§. Ier. De l'Acquisition du droit de mitoyenneté . . . . . *ibid.*
§. II. De l'Effet du droit de mitoyenneté. 160
Sect. V. Du Droit de vue 162
CHAP. III. Des Servitudes établies par le fait de l'homme 163
Sect. Ire. Des diverses espèces de Servitudes qui peuvent être établies par le fait de l'homme . . . . . *ibid.*
Sect. II. Comment s'établissent les servitudes 164
Sect. III. Des Droits et Obligations résultans de l'établissement des servitudes. . . . 165
Sect. IV. De l'Extinction des servitudes . 167

BIU Cujas