45859

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1929-1930

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

DE

DROIT CIVIL

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

de

M. HÉMARD

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

9 DEC 1930
DÉPOT LÉGAL
B.N. VOLUMES
Editeurs
A 11873

Première Année

"LES COURS DE DROIT"
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES
RÉSUMÉS : — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

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

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Tout enseignement doit débuter par des définitions et l'indication d'une méthode. L'enseignement du droit civil ne saurait se soustraire à cette règle et c'est, en effet, par un certain nombre de définitions et aussi par l'indication d'une méthode que va débuter ce cours. D'ailleurs, la méthode sera déduite de la définition même qui sera donnée.

Il faut donc tout d'abord, dire ce que c'est que le droit et ce que c'est plus particulièrement que le droit civil.

I. Le droit d'après son contenu

La définition du droit

Qu'est-ce que le droit ?

Le droit, il faut le définir par son contenu: c'est l'ensemble des règles obligatoires qui s'appliquent à l'homme vivant en société.

De cette définition on déduit deux termes:

C'est un ensemble de règles qui s'appliquent aux hommes vivant en société.

1/ Le droit règle les rapports des hommes vivant en société. Il règle les conflits des intérêts individuels ou communs des hommes, il fixe les limites dans lesquelles se meut l'activité humaine, il assure l'équilibre des intérêts en présence. L'homme est fait pour vivre en société. Et si à sa naissance il n'a besoin que de ses parents, parvenu à l'âge adulte il lui est nécessaire, pour satisfaire ses besoins physiques, intellectuels ou moraux de ses semblables. Et cet échange des services a une utilité qui va croissant à mesure que les besoins se font plus grands et que s'accentue la division du travail. Sans société les hommes ne pourraient pas vivre ni se développer. La société est nécessaire à la vie. Or la vie humaine ne va pas sans difficulté, sans heurts: il faut organiser, réglementer les rapports des hommes entre eux pour assurer, dans la société, l'ordre et la sécurité. Cette règlementation constitue le droit. Partout où il y a un groupement humain organisé, une collectivité d'individus organisée, le droit apparaît. Il n'y a pas de droit sans société, mais il n'y a pas de société sans droit. Tel est le premier terme de la définition: l'existence d'une société implique le droit.

Source : BIU Cujas

C'est un ensemble de règles obligatoires

Arrivons maintenant au second terme de la définition. Le droit est un ensemble de règles obligatoires, c'est-à-dire de règles qui sont soumises à une sanction. Celui qui ne veut pas les observer peut y être contraint. La sanction est assurée par l'établissement d'une autorité supérieure qui est chargée de veiller au respect du droit et d'imposer partout le droit en exerçant la contrainte sociale.

Conséquences de cette idée.

Cela implique, à l'analyse, plusieurs conséquences. D'abord l'existence d'une autorité supérieure qui assure l'application du droit par voie d'exécution directe ou indirecte. Par voie d'exécution directe: en obligeant à observer les règles du droit en appliquant le droit; par voie d'exécution indirecte: en attribuant une compensation sous forme de dommages-intérêts notamment à celui dont le droit n'a pas été respecté.

Cela implique, en second lieu, que chacun, quand il a un droit, peut recourir à l'autorité pour le faire respecter: Nul ne peut se faire justice à soi-même.

Cela implique enfin la possibilité, pour cette autorité, d'imposer le droit par la force que l'exécution soit directe ou qu'elle soit indirecte. Ainsi dans le droit il y a une idée de force et c'est cette idée de force qui lui assure toute son efficacité.

Cette autorité supérieure qui a la contrainte sociale, c'est l'Etat qui l'exerce.

D'ailleurs, ces idées sont si simples qu'elles sont de toujours. Le droit, à Rome, c'est le "Jus" de "jubere" commander. Le droit, dans son expression même montre donc qu'il y a une idée de contrainte à sa base.

La contrainte n'est pas cependant un attribut fatal du droit

Cependant la contrainte n'est pas un attribut fatal du droit car, d'une part, on parle encore de droits quand il n'y a plus de contrainte et, d'autre part, la part du droit est d'autant mieux appliquée que la contrainte s'exerce moins. D'une part on parle encore de droit là où il n'y a pas de contrainte: il y a des droits pour lesquels on n'aperçoit pas de contrainte. C'est ainsi que les droits politiques peuvent être violés par les organes du gouvernement et comme ceux-ci ont la force publique à leur disposition la contrainte ne peut s'exercer que contrairement au droit des citoyens. Le fascisme en est une illustration. Il n'y a plus alors qu'une sanction: celle de l'opinion publique.

Prenons d'ailleurs un autre exemple. Dans les relations entre les différents Etats un droit s'est établi: le droit international public. Or, lui aussi il est dépourvu de sanction. Les Etats, en effet, ne veulent reconnaître personne au-dessus d'eux et dans leurs rapports le droit peut disparaître pour faire place à la force. La dernière guerre mondiale aura peut-être pour résultat de faire disparaître, au moins en grande partie, cette absence de sanction, grâce à la société des nations et il est à

Source : BIU Cujas

souhaiter que cette dernière soit pleinement acceptée par tous les Etats. Mais il n'y a pas d'autre sanction, car faut-il compter sur les représentations diplomatiques ? Il n'y a en réalité pas d'autre sanction que l'opinion mondiale.

D'autre part la sanction possible est loin d'être toujours réalisée, mais la possibilité de la sanction suffit. Le droit assure l'ordre juridique d'autant plus parfaitement que la contrainte n'a pas besoin de s'exercer. Moins la contrainte est utile plus le droit atteint son maximum d'efficacité. Le droit tend alors à se mettre au-dessus de la force. Et la France a toujours été le champion de ce droit. Heureusement il en est le plus souvent ainsi: il n'est pas besoin de contrainte. Le droit est alors ratifié par les moeurs, par l'opinion publique, soit que chacun se soit rendu compte de l'utilité du droit, soit qu'en respectant le droit on veuille respecter la personnalité des autres, et, ce faisant, assurer le respect de son propre droit. Chaque individu pense alors à lui en pensant aux autres.

Donc en général, le droit est susceptible d'être appliqué par la contrainte. Et c'est ce qu'on a voulu dire en parlant du caractère obligatoire du droit accepté le plus souvent, imposé quand c'est nécessaire, la contrainte donnant au droit sa pleine efficacité.

II. Le droit D'après son fondement et son but.

Le droit étant ainsi connu dans son contenu il convient de se demander d'où il vient et où il va. C'est rechercher la définition du droit, non plus quant à son contenu, mais quant à son fondement à son but et à sa formation.

Il faudra donc étudier successivement
I/ Quel est le fondement et le but du droit
2/ La formation du droit.

Fondement et but du droit

Examinons tout d'abord quel est le fondement et le but du droit.

Le droit est un produit nécessaire de la société mais repose-t-il sur l'individu ou sur la société ? On voit apparaître ici l'opposition entre deux grandes théories philosophiques, qu'on retrouve d'ailleurs, en économie politique , on veut parler de l'opposition entre l'individualisme et le socialisme.

La théorie individualiste.

Pour les philosophes du I8ème siècle, le droit reposait sur l'individu et cela résultait de la conception du contrat social que Rousseau avait développée: l'homme, pour vivre en société, avait contracté un contrat par lequel il abdiquait une partie de son indépendance, en gardant d'ailleurs de sa liberté tout ce qui est compatible avec la vie en commun. De ce contrat social était né le droit. Donc le droit était le fait de l'homme; il reposait sur l'individu; il était individuel.

Elle a son origine dans le contrat social de Rousseau.

La science contemporaine a réfuté cette notion d'un contrat social et tout le monde reconnaît qu'elle l'a fait de façon décisive. En expliquant la société par un

Source : BIU Cujas

contrat on ne prend pas garde que l'idée de contrat ne pouvait venir qu'à l'esprit de gens vivant en société: on ne prend pas garde que l'idée de contrat est postérieure à l'idée de société.

Comment elle explique le fondement de droit

Cependant pour beaucoup de ceux qui, de nos jours, font reposer le droit sur l'individu et qui représentent le contrat social, tout le droit a sa source dans l'individu. En effet, l'homme est le seul être réel puisque le droit vise à réglementer son activité, puisque l'homme est antérieur à cette société dont on a parlé. Le droit est fondé sur l'existence de pouvoirs et d'obligations individuelles antérieures à toute société, appartenant à l'homme en tant qu'homme, s'imposant dans tous les cas, et même beaucoup d'auteurs représentent ces droits et ces devoirs comme innés: la loi humaine ne fait que les constater.

Et son but

Le but du droit, c'est alors d'assurer l'exercice des pouvoirs concurrents, rivaux, c'est d'alimenter la sphère d'activité de chaque homme, sans qu'il y ait obligation de concourir au bien commun.

La thèse socialiste

Seulement, faire reposer le droit sur l'individu n'est-ce pas considérer l'homme comme un être abstrait, séparé de ses semblables ? Or, on a vu que l'homme ne pouvait vivre qu'en société: l'isolement n'est pas possible. Il faut envisager la réalité que montre la société comme une donnée première dont on ne peut se passer. La société est une atmosphère dans laquelle vit l'individu , dans laquelle il se meut: le milieu social est nécessaire à la vie de l'homme, et surtout à son développement. Par conséquent il faut aamettre, à la base du droit la société.

La société est l'origine et la source du droit. Le droit est né des rapports des hommes avec leurs semblables, des hommes vivant en société, et le droit n'existe que parce qu'il y a une société dont on ne peut pas faire abstraction. Si l'individu pouvait vivre et se développer à l'état isolé il n'y aurait pas de sources de droit. La société moderne est d'ailleurs un fait nécessaire et inévitable.

Mais quels sont les rapports entre la société et l'individu ?

Quel est, pour la doctrine socialiste, le fondement et le but du droit ?

Selon la doctrine socialiste l'individu n'est qu'une phase de la société. La société est un organisme qui absorbe les individus. On néglige alors l'intérêt personnel, on ne s'en préoccupe pas: on ne voit que l'intérêt social, on considère l'individu comme dépendant des événements extérieurs. La société est une fin, comme l'individu n'est qu'un moyen; il n'est rien par lui-même; il est anihilé. Et on fait remarquer car le socialisme invoque souvent des comparaisons biologiques, que, de même que tous les êtres ne sont que des associations d'atomes et de molécules, de même les individus ne sont que les membres d'une association: la société. Ils se solidarisent par dissemblances ou par ressemblances puis-

Source : BIU Cujas

qu'il y a une solidarité par dissemblance comme il y en a une par ressemblance, et ils coopérent à une même fin que réalise la société. Ainsi, dans la conception socialiste, le fondement du droit, c'est la société et la fin du droit, c'est le développement de la société.

Critique de cette théorie

Mais cette théorie est insoutenable. Il faut, en effet, tenir compte de l'intérêt individuel; il faut faire leur place aux mobiles égoïstes. L'individu a une existence et une valeur propres, et le respect de la liberté individuelle et la libre activité de chacun des hommes sont les conditions essentielles de la vie en société.

Au point de vue du fondement du droit, il faut donc nettement écarter la tendance socialiste. Le socialisme ne protège pas la liberté de l'individu contre les exigences excessives du groupe, groupe qui est d'autant plus exigeant qu'il est impersonnel. Le socialisme exagère l'élément social dans le droit, à l'inverse de l'individualisme, qui, lui, exagère les éléments individuels. Il a le tort de vouloir extirper de la nature humaine l'intérêt personnel. Or, il n'arrivera jamais à le faire, il ne pourra jamais substituer l'intérêt collectif à l'intérêt individuel.

Comment on peut et on doit les concilier

Cette critique montre qu'il faut à la fois tenir compte de la société et de l'individu. La société existe en faveur de l'individu. Le but, la raison d'être de la société, c'est le développement de l'individu et l'accroissement de la liberté individuelle en vue d'assurer d'ailleurs la satisfaction du maximum des besoins communs, et l'idéal serait un entier développement de la personnalité de tous. Mais il n'y a de société que par l'individu, de droit et d'obligation que pour les individus vivant en société Il faut donc partir des hommes vivant en société, membres de la société et non de l'individu, abstrait, isolé. Le fondement du droit sera dans l'individu vivant en société.

Ce fondement va produire ses effets sur le but du droit. Le but du droit va être de développer l'activité de chaque individu, dans la mesure où les actes de l'activité individuelle sont compatibles avec les intérêts concurrents du groupe. Le droit apparaît, dès lors, comme un ensemble de règles régissant les rapports des hommes vivant en société, visant l'intérêt de l'individu et celui de la société et, dominant tout, l'équité, car dans le mot droit il y a l'équité. Le mot " droit" veut dire, en effet, ce qui est en ligne droite, ce qui correspond à la rectitude, ce qui n'est ni infléchi ni courbé. Il obéit à trois buts I/ Le respect de l'individu 2/ Le respect de l'intérêt social 3/ Le respect de l'équité. Mais le droit cumule tous ces intérêts et il les concilie, qu'il s'agisse des droits individuels ou des droits sociaux.

Cette conciliation est sans doute rendue chaque jour plus difficile car l'évolution sociale implique

Source : BIU Cujas

nécessairement des modifications qui entraînent des difficultés qui croissent avec la marche de la civilisation. Mais n'en est-il pas de même au point de vue économique nos besoins ne croissent-ils pas et nos systèmes politiques ne se compliquent-ils pas tellement qu'on a peine à les étudier ?

L'individu d'une part, la société de l'autre, tels sont donc les deux pôles à envisager et il résulte de ce qui vient d'être dit que ni les intérêts sociaux ni l'intérêt individuel ne doivent prédominer de sorte que les droits même ceux qui sont les mieux établis, comme le droit de propriété, par exemple, sont tous des droits relatifs en ce sens qu'ils ont des limites. Ces limites doivent leur être apportés, en effet, dans l'intérêt des autres et dans l'intérêt de tous . Ainsi l'individu et la société représentée par l'Etat ne sont pas deux forces antagonistes dont l'une peut exercer seule des droits et des pouvoirs au détriment de l'autre. Ce qui est établi dans l'intérêt de la société, au fond, profite toujours à l'individu car l'individu est la première réalité. La société n'est, après tout qu'un moyen: l'homme est la fin. Tout part de l'individu et tout y revient. En effet pour satisfaire l'intérêt commun il faudra réprimer les abus. Et puisqu'on a parlé du droit de propriété, parlons maintenant du droit de famille. On s'efforcera par exemple de rétablir l'égalité entre les divers intérêts qui sont en présence et il y aura toujours des individus pour en profiter. Ainsi quand on limite les droits du mari ou ceux du père, ne renforce-t-on pas ceux de la femme et des enfants ?

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Le fondement du droit est dans l'homme vivant en société, le but du droit est par là même individuel et social et cela sans qu'il soit besoin de se demander si on protège la volonté, l'intérêt ou la fonction de l'individu. Le droit est la protection des intérêts. Il vise à protéger les intérêts individuels et sociaux et on exprime cette idée par l'adage " Pas d'intérêt, pas d'action"; on dirait mieux: pas d'intérêt, pas de droit. On parle en effet d'action comme en droit romain où on ne voyait le droit que derrière l'action: le droit naissait de l'action, tandis que dans notre droit, c'est l'action qui naît du droit.

Ainsi on a défini le droit dans son contenu son fondement et son but. Il reste à montrer le droit dans sa formation.

III. Le droit d'après son mode de formation.

Le droit tel qu'on vient de le concevoir, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui régissent les rapports des hommes vivant en société, existe avant même d'avoir été formulé. Le droit sera formulé d'ailleurs par l'homme lui-même

Mais comment constatera-t-il les règles de droit, comment créera-t-il le droit, le rendra-t-il obligatoire ? Le mode de formation, de création du droit doit en dépendre et par conséquent les sources du droit.

Source : BIU Cujas

Théorie de l'école rationaliste

D'après la conception rationaliste du droit, conception qui a été très longtemps dominante, on déclarait que le droit était une création de la raison, qu'il était le fruit des méditations de l'homme et du législateur. De l'homme: et il faut penser ici au contrat comme source de droit; du législateur: et on pense à la création des lois, celles-ci étant des sources de droit.

Les jurisconsultes et les philosophes du I7° et du 18° siècle qui formaient l'école de la nature et du droit des gens, école qu'on qualifie d'école du droit naturel admettaient cette conception rationaliste dudroit. Le droit est alors un pur produit de la volonté humaine. Mais on reconnaissait qu'il devait être orienté vers un idéal de justice et de raison. L'homme, pensait cette école, peut, par ses seules ressources découvrir le droit, d'après un droit idéal, parfait, d'après le droit type dont le législateur doit se rapprocher autant qu'il le peut.

Au point de vue de la détermination du droit, il y avait, dans cette école, deux sortes de droit I/ Le droit naturel, 2/ Le droit positif.

Le droit positif c'était l'ensemble des règles de droit en vigueur à une époque déterminée, et sanctionnées par la loi. Les lois sont l'oeuvre de la volonté du législateur traduisant la volonté des intéressés.

Quant au droit naturel, on disait aussi droit rationnel, il était l'ensemble des règles que la raison indique comme devant être sanctionnées par le législateur. Il est l'idéal du droit positif et il faut s'en rapprocher tant qu'on le peut. Le droit naturel était donc créé par la raison. Le droit positif, au contraire, pouvait être créé par la volonté de l'homme et par celle du législateur;par le contrat ou par la loi. Le législateur, dans cette conception,pouvait tout faire. Sans s'attacher à l'étude des besoins de la société pour laquelle il légifère, il peut disait-on introduire telle outelle loi; il dicte ces lois sans se préoccuper du milieu social, en s'inspirant seulement de considérations universelles et rationnelles. Les lois juridiques étaient assimilées à des lois scientifiques, aux lois de la nature: elles étaient des Lois nécessaires. Le droit naturel est absolu, il est éternel, immuable, et Grotius qui fut l'un des partisans les plus en vue de ces théories disait que " Dieu lui-même ne pourrait le changer".

Critique de cette théorie.

Mais la vérité,c'est qu'il n'y a pas un droit naturel, universel, perpétuel, immuable et parfait. Il n'y a pas de droit naturel dont le plus parfait rapprochement constitue un idéal pour la société car ce droit idéal n'existe pas. D'ailleurs qui connaîtrait ce droit idéal ? Chacun ne s'en ferait-il pas une idée personnelle, d'après ses conceptions, ses passions et ses préjugés ? Et qui donc

Source : BIU Cujas

en aurait la révélation ? Le droit naturel varierait à l'infini, avec le caractère, le tempérament des individus. Admettre l'idée d'un droit naturel idéal à atteindre, c'est croire à un ordre naturel régissant la société c'est méconnaître l'histoire qui, au contraire, montre le changement éternel. Le changement est seul éternel, dit la sagesse des nations. Ne devrait-on pas aller vers un progrès continuel du droit ? Or, depuis qu'il y a des lois et qu'on légifère, le progrès ne se fait guère sentir et on n'arrive pas à un idéal. La diversité du droit dans les pays civilisés interdit d'ailleurs cette conception du droit naturel.

Enfin, cette conception a le tort de vouloir tirer les faits de la raison, puis d'adapter la raison aux faits. Le droit n'est pas une pure création de l'esprit humain, mais un produit de la société. Il existe parce qu'il y a une société et il ne doit pas être considéré comme indépendant du milieu social qu'il est appelé à régir.

Quant au droit positif, il n'est pas le seul résultat de la volonté humaine, de la volonté du législateur, il résulte des faits qui le dominent, des besoins de l'homme qui en imposent partout l'intervention. Et s'il y a une certaine uniformité entre les lois des divers pays, c'est que les besoins des hommes sont, en réalité, à peu près partout les mêmes.

La théorie de l'école historique

L'école du droit naturel a dominé tout le 18ème siècle et cette théorie a influencé certainement les rédacteurs du code civil. Mais, au début même du 19ème siècle, est apparue une nouvelle conception: la conception historique qui s'oppose justement à la conception précédente.

Le fondateur de cette école fut Savigny. Mais, en réalité, un Français peut être donné comme un précurseur de cette théorie. Il faut rappeler les paroles de Montesquieu dans son "Esprit des lois" et ne pas oublier que c'est lui qui, le premier, a dit que les lois humaines étaient "fondées sur la nature des choses " c'est-à-dire sur un ensemble de circonstances qui sont: le climat, la grandeur du pays, le genre de vie de ses habitants, leurs moeurs etc... Ces observations figurent dans "l'Esprit des lois" et Montesquieu y attache une importance capitale.

D'après la méthode historique le droit est un produit non plus de la raison, mais de l'histoire. Il n'est pas une création arbitraire des hommes ou du raisonnement, il naît des faits sociaux et économiques. Ainsi que le dit Savigny " il se dégage de la conscience générale du peuple". Il n'est pas toujours le même partout; il se développe et son développement n'est pas arbitraire, il est nécessaire comme l'est le développement de la langue d'un peuple. On peut faire la comparaison entre le développement de ce droit et celui d'une langue: on dit que le législateur ne crée pas plus le droit qu'une Académie, par ses décisions, ne crée un changement dans notre langue. L'académie constate seulement:

Source : BIU Cujas

de même le droit. Le droit se réalise conformément à la tradition, aux moeurs, selon le tempérament de telle ou telle société. Les solutions juridiques, comme un organisme, dépendent des conditions, du milieu historique où elles sont nées ; elles sont des phénomènes sociaux, ayant leur raison d'être dans l'état physiologique et économique du groupe social auquel elles s'appliquent. Elles n'ont jamais un but définitif, une forme immuable sur laquelle l'humanité puisse se reposer: elles sont dans un perpétuel devenir, se transformant sans cesse sous l'action de facteurs toujours en mouvement, au sein de la société. Donc le droit est un résultat, sa création est spontanée et non point raisonnée. Le droit est une nécessité historique . Et puisqu'il est un résultat, il se transforme sous l'influence des facteurs qui l'ont créé.

C'était là un grand progrès que réalisait la méthode historique. Elle ruinait la notion d'un droit immuable individuel, elle s'inspirait des besoins économiques de l'homme. Elle montrait que le droit était indépendant de l'arbitraire individuel et faisait primer, dans le droit, l'idée de transformation.

Les critiques qu'on peut adresser à l'école historique.

On a eu le tort d'exagérer cette théorie. Savigny avait montré que l'homme, jurisconsulte, praticien ou législateur, ne faisait que dégager et traduire en formules un droit déjà existant qui se trouvait à l'état latent dans la conscience générale du peuple. Ses successeurs en vinrent à dire que la volonté de l'homme n'avait plus de place dans la législation, que le législateur n'avait qu'à constater ce qu'il voyait dans la société. Le législateur était une sorte de machine inconsciente à créer le droit, et le droit devenait une conception mécanique. C'est bien pour lui, en conséquence, qu'on aurait dû parler de génération spontanée.

Dans cette conception, la loi reste une source de droit, de même d'ailleurs que le contrat. Le droit est l'oeuvre du législateur, mais le législateur est dominé par la coutume, autre source du droit qui se forme dans le milieu social. Cette école supprimait donc la distinction du droit positif et du droit naturel; il n'y avait plus de droit naturel, seul le droit positif existait.

Malgré la part de vérité de cette conception il convient de l'écarter. Elle donne, en effet, une valeur trop grande au développement du droit. Le droit se transforme, mais l'évolution, les transformations du droit ne sont pas choses fatales, et il ne faut pas admettre non plus un développement régulier, comme le veut l'école historique du droit. Le droit n'est pas sans limites et on ne saurait méconnaître ce qu'il y a, au fond, dans la nature humaine de constant, de fixe, de lentement transformable. Les mobiles de l'homme restent toujours les mêmes, et il doit y avoir,

Source : BIU Cujas

dans le droit, un certain fond immuable. Et c'est lui qui contribue à donner au droit sa certitude.

D'autre part, le législateur n'est pas sans action sur le droit, contrairement à ce que pense l'école historique. Il n'assiste pas indifférent à l'évolution du droit, il peut arrêter son essor ou, au contraire, l'activer; il a un pouvoir créateur et possède une importante influence sur son développement. Le droit est si peu un simple développement qu'on peut l'imposer. C'est une chose curieuse à constater que ce droit imposé peut réussir là où il est appliqué. Ainsi quand les victoires de Napoléon lui ont permis d'imposer partout le code civil de 1804 la plupart des pays s'en sont trouvés très bien. De même, quand on impose à certaines colonies, les lois françaises, une amélioration sensible s'en suit. Il en est ainsi du code des obligations qui a été imposé au Maroc. Mais nous empruntons aussi des lois à l'étranger et ici, sans aucun doute, nous avons tort. C'est ainsi que la loi du 5 Avril 1928 sur les assurances sociales est une pure copie d'une loi allemande et c'est pour cela que le tempérament français se révolte.

L'école historique aboutit ainsi à nier l'utilité du droit comparé. Puisque la législation d'un peuple est un produit du milieu social il n'est pas besoin d'aller à l'étranger chercher un modèle ou tout au moins un type pour l'appliquer; le droit comparé doit être entièrement laissé de côté.

Enfin, dans cette conception, et c'est la plus grande critique, le droit n'est pas dirigé par de grands principes: il ne s'oriente pas vers des principes directeurs et, par là, il ne satisfait pas à l'idée.

La conception sociale du droit.

C'est pourquoi dans notre conception sociale du droit, le droit ne doit pas être considéré comme une création arbitraire de l'homme, ainsi que le pense l'école rationaliste, ou comme un simple produit de la société, ainsi que le veut l'école historique; il n'est pas soustrait à la volonté de l'homme et il s'adapte au milieu social ainsi qu'aux conditions politiques, économiques et morales de la société. Il se forme, peu à peu, sous la pression des faits, des croyances, il règle sa marche sur une longue transformation des habitudes et des moeurs. C'est pourquoi, puisque le droit est appelé à venir après les faits, les besoins, pour les réglementer, leur donner satisfaction, le droit est toujours en retard sur les faits.

Il faut conserver malgré tout, l'essence de l'école historique, mais il ne faut pas oublier qu'une large part d'initiative est laissée tout de même au législateur. S'il ne peut rompre avec la tradition ni transformer brusquement le droit sous peine de voir son oeuvre s'effondrer, ce n'est pas à dire qu'il n'ait aucune action sur la formation et les progrès du droit. On ne peut dénier à la raison humaine, à la volonté de l'homme, sa part dans l'évolution du droit: A côté de l'évolution inconsciente des faits il y a

Source : BIU Cujas

l'évolution consciente. Pour atteindre le but que poursuit le droit, pour satisfaire aux besoins sociaux, le législateur peut choisir entre différents systèmes. Il peut sans qu'il y ait arbitraire ou caprice de sa part, préférer telle ou telle conception dans l'évolution des faits. Il doit s'inspirer en cette matière de principes de bon sens et d'équité. Les sources du droit vont être toutes celles qui ont été énumérées dans la théorie rationaliste comme d'ailleurs dans la théorie historique. Il y aura d'abord le contrat, convention formée entre particuliers et par laquelle ils règlent leurs intérêts en se faisant des concessions réciproques; il y aura, ensuite, la coutume, oeuvre du milieu social; puis la loi, expression de la volonté du milieu social, qui repose sur la volonté du législateur, influencée par les faits, par la raison, et l'équité. Enfin, dominant tout, il y a une source de droit à chercher dans les principes de bon sens d'équité qui se sont toujours imposés. Le législateur d'ailleurs peut créer le droit de toutes pièces. Et les réalités mouvantes de la vie sociale ne nous entraînent pas vers un droit nécessaire qu'on ne peut écarter. L'homme a une action sur la loi, aussi bien par sa volonté, dans le contrat, que par la volonté du législateur, dans la loi. Le droit n'est pas seulement un résultat. Certes, il l'est par la coutume, mais le droit proprement dit n'est pas seulement un effet; il agit aussi comme une cause. Le droit est à la fois un produit social et un facteur social. Le législateur peut parfois faire avancer l'évolution, mais son véritable rôle est un rôle pondérateur.

Telle est la vraie notion du droit, la conception sociale du droit qu'on peut résumer dans les deux idées suivantes:

I/ Le droit est un produit de l'homme et du milieu social.

2/ Le droit s'inspire de principes directeurs.

Il convient de reprendre brièvement ces deux idées.

D'après cette théorie: a) Le droit est un produit de l'homme et du milieu social.

Le droit, tout d'abord, a-t-on dit, est un produit de l'homme et du milieu social. La création du droit est à la fois l'oeuvre de l'individu, du législateur, et du milieu social. C'est pourquoi, à côté de la coutume, on a, comme source de droit, le contrat et aussi la loi. Produit du milieu social le droit est toujours modelé sur les formes sociales. Horde, clan, famille, communauté, nation telles sont les formes sociales qui se sont succédé et le droit s'y est adapté parce qu'il est social. Le droit est, en effet, soumis aux lois générales qui s'imposent à la société. La loi reste d'ailleurs la plus importante des sources du droit. Mais, elle aussi, elle évolue et c'est cette idée d'évolution du droit qu'il faut, dès le début de ce cours, mettre en lumière.

Source : BIU Cujas

Le droit est constamment en mouvement. Il est lié au passé qu'il continue quand déjà il prévoit l'avenir. Ce n'est pas la génération présente, mais l'ensemble des générations qui crée le droit. Il y a par conséquent une tradition en droit et cette tradition, aussi forte que dans la nature, est l'hérédité. La tradition, en effet, c'est l'hérédité juridique.

Le droit évolue donc sous l'influence de tous les faits sociaux et nous allons voir qu'il évolue selon des causes politiques économiques et sociales.

GENERALITES

Le droit évolue sous l'influence de causes:
I) Politiques

Le droit évolue tout d'abord sous l'influence de causes politiques. Les faits de politique intérieure ou extérieure qui viennent affecter la constitution d'une société influent sur le développement du droit. Toute l'histoire montre d'ailleurs cette corrélation étroite qui existe entre les péripéties par lesquelles passe un groupe appelé nation ou société, et le développement de son droit.

a)Extérieures

Les faits de politique extérieure d'abord contribuent à rénover le droit: l'état de guerre trouble les relations et amène même une grande mobilité du droit. Est-ce que lors de la guerre de I914 les Français qui n'étaient pas préparés, juridiquement, à la guerre n'ont pas été obligés de prendre toute une série de mesures, de lois de guerre tandis qu'au contraire, de l'autre côté, tout était préparé d'avance ? De même ce sont les victoires de Napoléon faits de politiques extérieurs, qui ont permis d'introduire en France le Code Civil et d'unifier complétement le droit civil français. De même encore les colonies européennes de l'Asie ou de l'Afrique ont des systèmes juridiques qui leur sont imposés par leurs maîtres latins.

b)Intérieures

Mais les faits de politique intérieure ne sont pas moins importants. Les transformations apportées à l'ancien droit français par la législation révolutionnaire en sont un premier exemple. La royauté disparue on a aboli, comme tout ce qui lui servait d'appui, les charges féodales, les substitutions et l'organisation restrictive du patrimoine. Et de nos jours l'avènement de la classe ouvrière à la politique n'a-t-il pas été l'origine d'un mouvement très important de législation ?

Quelles sont donc les relations qui existent entre la politique et le droit ? Il n'est pas sans intérêt de le préciser en rapprochant la politique et le droit afin de ne pas permettre de couvrir du nom de politique toutes les tyrannies. En réalité la politique n'est qu'une branche de l'art juridique: c'est l'art d'adapter les faits et les hommes à des règles de droit.

Les causes économiques n'apparaissent pas moins

Source : BIU Cujas

2) Economiques.

nombreuses. Toutes les modifications qui surviennent dans la production, la circulation et la consommation des richesses, ont leur répercussion dans le domaine du droit. Pour s'en tenir au domaine de la production est-ce que les grandes découvertes qui ont eu lieu au cours du I9ème siècle et le développement considérable de l'industrie n'ont pas créé des biens nouveaux que le Code civil n'avait pu connaître et qui ont débordé l'ensemble de nos codes ? Des biens d'un genre nouveau sont apparus; des procédés industriels nouveaux ont donné naissance aux marques de fabrique, aux dessins et aux modèles; les capitaux se sont accrus; sous l'influence des sociétés par actions les valeurs mobilières se sont développées et ont pris une telle importance que, si en I804 la fortune immobilière l'emportait sur la fortune mobilière, au cours du I9ème siècle cette situation a été renversée; des conflits complexes d'intérêts sont nés en raison de l'apparition d'un personnel industriel; il a fallu réglementer la situation des employés et des ouvriers à l'égard de l'employeur. Veut-on un exemple encore plus frappant de cette influence des faits économiques sur le droit ? Supposons le système collectiviste admis, est-ce que les trois grands principes sur lesquels repose notre organisation juridique, savoir la propriété privée, la liberté des contrats et le droit de succession, ne disparaîtraient pas ?

Rapports entre l'économie politique et le droit.

Entre les faits économiques et le droit les rapports sont donc considérables et il y a des points de contact très nets entre le droit et l'économie politique. Ces rapports font que le droit et l'économie politique ont parfois des limites imprécises. En effet, l'un et l'autre ont à s'occuper des rapports individuels et des rapports collectifs.

Mais il y a entre eux une première différence. Tandis que ce qui est fondamental pour l'économie politique, c'est la notion de besoin et que l'économie politique s'occupe des besoins individuels et collectifs, le droit est la protection de ces intérêts individuels ou collectifs.

D'autre part, le domaine de l'économie politique est beaucoup plus large que celui du droit. L'économie politique doit s'occuper de tout ce qui est utile, c'est la science de l'utile. Au contraire le droit ne commande pas plus tout ce qui est utile que tout ce qui est juste.

3) Philosophiques et morales.

Ceci nous amène aux causes philosophiques ou morales. Ces causes sont des plus importantes quant à leur influence sur le droit. Les transformations incessantes de la pensée humaine concernant la notion du juste a amené des progrès incessants du droit. Vous avez vu, en philosophie, quels étaient les rapports du droit et de la morale et nous avons prouvé ici même précédemment que c'était la doctrine philosophique que professaient les philosophes du I8ème siècle, qui les avait amené à faire dominer dans le droit

Source : BIU Cujas

la raison. D'autre part, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'est elle pas une déclaration solennelle de principes philosophiques et moraux, déclaration qui a eu une influence mondiale, car elle mettait pour la première fois l'idée de droit au-dessus de l'Etat, en montrantque le droit n'était pas une concession de l'Etat, mais était supérieur et antérieur à l'Etat.

Les idées morales n'ont pas une moins grande influence. Le I8ème siècle avait cru que la question morale était une question sociale et nombreux étaient les philosophes qui pensaient que rien ne valait la loi pour agir sur les moeurs, et sur l'état de la civilisation. A l'heure actuelle, surtout depuis le début du 20ème siècle, ne relève-t-on pas partout dans nos lois qu'un besoin plus grand s'est fait sentir d'introduire dans notre organisation juridique de la solidarité: on s'est efforcé de mieux égaliser les conditions dans la lutte des activités concurrentes on a facilité de plus en plus la répartition des profits de manière à se trouver mieux en rapport avec les besoins et les efforts de chacun; on a cherché à atténuer l'application stricte du droit individuel en considération de l'intérêt social. La solidarité sociale est, en effet, à la base de ce concept.

Rapports du droit et de la morale.

La distinction du droit et de la morale n'en reste pas moins nette, quant à leur domaine et quant à leur sanction. On peut noter toutefois que les partisans de l'école du droit naturel n'avaient pas à distinguer la morale et le droit puisqu'au fond le droit naturel est une sorte de morale ? Mais la morale et c'est là la première différence entre le droit du point de vue de leur dommaine, se préoccupe des rapports des individus au point de vue du bien et du mal, elle recherche ce que valent les actions humaines dupoint de vue des idées. Elle apprécie la qualité des actes humains; elle ne détermine pas rigoureusement la valeur sociale des actes comme le droit, et tandis que le droit ne peut exister pour un homme isolé, la morale existe parfaitement pour un homme isolé.

D'autre part, au point de vue de la sanction, le droit a seul une force obligatoire, la sanction du droit étant la contrainte sociale alors que la sanction de la morale est dans la conscience. C'est ainsi, par exemple, que la charité, qui est une règle morale, n'est pas une règle de droit, car l'Etat ne pourrait pas imposer à quelqu'un d'être charitable et cette absence de contrainte par rapport à la morale, l'existence de la contrainte sociale, au contraire, pour le droit, est le critérium essentiel de la distinction entre le droit et la morale.

Les tempéraments qu'il faut apporter à

Ainsi donc le droit évolue sous l'influence des faits extérieurs, politiques, et économiques, ou des idées philospphiques ou sociales, car il faut à côté des faits compter avec les idées. Mais ne va-t-il pas en résulter,

Source : BIU Cujas

l'idée de mobilité du droit.

puisque le droit se modifie sans cesse, une très grande mobilité alors que, dans une société, la certitude du droit est nécessaire ? Elle est une garantie sociale, en effet, car il faut qu'on puisse, à tout moment, connaître exactement ce qu'est le droit et c'est cette certitude qui assurera la sécurité des citoyens. Mais si le droit, produit du milieu social évolue, il ne faut pas exagérer cette mobilité et cela pour des raisons nombreuses.

D'abord cette grande mobilité du droit, on ne l'aperçoit qu'en cas de trouble, de guerre ou de révolution, par exemple. D'autre part, si le droit est variable, il est possible d'en suivre les mouvements et il se réalise ainsi une adaptation progressive qui est l'oeuvre du praticien, pour les contrats entre particuliers, du législateur pour la loi.

D'autre part encore, et c'est là une troisième raison pour que le droit ne soit pas absolument changeant, il faut compter avec la tradition. On ne s'en débarasse pas comme on le veut et elle est un élément intérieur de formation du droit qu'on ne peut pas plus écarter que l'hérédité chez les hommes.

2) Le droit est dominé par des principes directeurs.

Enfin et c'est là la dernière raison, le droit est rendu moins mobile par les principes directeurs qui le dominent.

Et puisqu'on a vu que le droit est un produit du milieu social et qu'on a recherché quelles étaient les influences nombreuses qu'il pouvait subir, il faut maintenant souligner que le droit s'oriente vers des principes directeurs.

Ces principes directeurs qui influent sur la formation du droit sont simples et peu nombreux. Leur énonciation peut être faite rapidement. On a tout dit, en effet, quand on a parlé du respect de la parole donnée, du principe de la sauvegarde de la liberté individuelle, de la règle qu'il ne faut nuire à personne, du principe de la prohibition des actes contraires aux bonnes moeurs, du principe d'équité à chacun le sien, et quand on y a ajouté un principe de solidarité sociale. Mais dans ces principes directeurs n'y a-t-il pas, au fond, une sorte de droit naturel, de sorte qu'après avoir critiqué le droit naturel, ne retomberons nous pas dans ses errements ? Les principes directeurs dont le législateur doit s'inspirer réalisent, en effet, une sorte de droit naturel, mais combien ces principes sont loin des postulats absolus de l'école du droit naturel ! D'abord il ne s'agit pas d'un droit naturel universel, perpétuel, immuable et absolu. Ce n'est plus une collection de règles idéales déduites de la seule raison, mais d'un ensemble de principes de bon sens de justice et d'équité d'un contenu variable. On peut rappeler en cette matière de mot bien connu de Pascal " Le Larcin, l'inceste,

Source : BIU Cujas

le meurtre des enfants et des pères, tout à eu sa place entre les actions vertueuses". Ces principes ne s'imposent donc ni toujours ni nécessairement dans tous les pays. Ils montrent le but à atteindre seulement et on peut comprendre de façons différentes ce but et n'avoir pas les mêmes idées sur l'étendue de ces principes directeurs. Mais au fond il faut les connaître. Comment peut-on les connaître et les trouver ?

Où trouve-t-on ces principes directeurs?

Ils pourraient exister d'abord à l'état de sentiment. Ici encore on observera d'autant mieux ces principes qu'on aura le sentiment de leur nécessité, qu'on les aura accepter. C'est principalement le droit comparé, l'étude du droit étranger, non seulement dans la théorie, mais dans la pratique, qui révèlera les principes directeurs d'un nouveau droit naturel. On les constatera dans la législation positive et on sera amené à reconnaître qu'on les trouve dans toutes les législations. Le droit comparé permettra de rechercher les faits juridiques pour les analyser, pour déterminer les règles immédiates et les règles médiates sur lesquelles repose, au fond, tout le droit et on verra qu'il y a, à la base de tout droit, des principes stables et communs.

Le droit a été défini, par conséquent, au point de vue de son contenu, de son but et de sa formation. Nous n'y reviendrons pas. Du point de vue de sa formation il convient simplement de dire que le droit est un produit de l'homme et du milieu social: de l'homme d'abord par le contrat, du milieu social, par la coutume, la loi , et qu'il est dominé par des principes directeurs. Et ces définitions du droit vont déterminer notre méthode d'enseignement du droit.

Notre méthode d'enseignement du droit.

La méthode de l'enseignement du droit.

En premier lieu il faudra se préoccuper constamment de l'évolution des faits et des idées et il importe beaucoup d'indiquer, dès le début de cet enseignement, cette idée d'évolution pour se mettre en garde contre la notion d'un droit absolu et immuable.

Le droit n'est pas une science exacte à la manière des sciences mathématiques et par là on se sépare des jurisconsultes romains dont Leibnitz disait qu'ils étaient " les mathématiciens du droit". Le droit est une science sociale historique d'observation, qui répugne à des cadres inflexibles. Dans le domaine des sciences sociales, en effet, il n'y a rien que de relatif: il faut se garder des solutions absolues: le droit est en changement perpétuel et on ne pourrait le fixer. A propos de chaque problème on sera donc amené à étudier, dans une certaine mesure, son passé et on se dégagera ce faisant le plus possible du droit romain. Il est, en effet, incontestable qu'une institution ne doit pas être étudiée sans qu'on envisage son origine, mais cette origine n'a d'intérêt que si les circons-

Source : BIU Cujas

tances économiques et sociales sont demeurées identiques. Et c'est pourquoi le droit romain, qui est pourtant si intéressant à étudier, doit être ici abandonné: les situations ne sont pas du tout les mêmes. Il ne conviendrait pas d'enfermer le droit civil dans les bornes rigides du droit romain, car il nous faut une science vivante et réelle et le droit civil ne doit pas se présenter affublé de la toge romaine. Ce qu'il faut étudier, c'est le droit civil en I929-I930, avec toutes les modifications que les faits, les idées et les théories lui ont fait subir.

D'autre part, puisque des causes si nombreuses politiques, économiques, philosophiques et juridiques viennent influencer sur le droit, pour ne pas l'isoler dans le domaine scientifique il faut s'inspirer beaucoup des sciences voisines ou apparentes. Mais ici aussi on ne les utilisera que dans la mesure où elles répondent actuellement encore à un besoin. Ce seront l'histoire et plus l'histoire économique que l'histoire proprement dite la statistique, et aussi la sociologie bien qu'on ne s'entende pas pour la définir. L'idéal en cette matière d'ailleurs, ce serait de faire de l'omniscience au profit de notre spécialité et on a pu dire que pour bien savoir le droit il faudrait tout savoir. Enfin le droit pratique étant inséparable de la théorie, on recherchera dans la vie pratique les exemples: ce seront les faits.

On ne s'attardera pas ici à rechercher si le droit est une science ou un art: il renferme en réalité toutes les sciences. La vérité, c'est qu'il faut faire de la théorie: le rôle du jurisconsulte est, en effet, d'observer, d'interpréter, et aussi de construire. Il faut des théories pour embrasser la complexité des faits, mais si les faits sont changeants, les théories le sont aussi. Et si certains instruments de travail peuvent servir à coordonner, pour un certain temps les conséquences des phénomènes, il est permis d'en prévoir d'autres et leur fécondité épuisée, il faut les laisser de côté. Il faut alors seulement les envisager au point de vue historique, mais ils doivent être corrigés quand ils ne correspondent plus aux faits. Or, très souvent la théorie, autrefois du moins, l'a emporté: le droit n'était pas toujours logique, pourtant dans ses solutions pratiques il doit tenir compte des variations des nécessités de la vie. C'est pourquoi on s'attachera relativement peu à l'autorité des livres préférant des exemples tirés de la pratique extra-judiciaire, la jurisprudence étant la pratique judiciaire.

Elle sera évolutive

Donc la méthode de cet enseignement sera évolutive, positive et critique. Elle sera évolutive en ce sens qu'on aura, pour chaque institution, à voir le développement qu'elle a eu successivement dans le temps: l'histoire d'un problème est souvent une introduction à sa solution.

Source : BIU Cujas

Positive

Cette méthode sera, d'autre part, positive en ce sens qu'elle reposera toujours sur les faits, qu'elle cherchera à montrer les institutions telles qu'elles sont à l'heure présente. Or, la théorie aussi sera nécessaire pour cela. Il ne faut pas que le droit soit une pure description, il ne s'agit pas uniquement d'un ensemble de faits, il faut qu'on voie les théories en mouvement. Le droit civil permet non seulement d'apprendre ce que c'est que le droit civil, mais il permet, en outre, de former le raisonnement et cela est fondamental.

Et critique

Enfin cette méthode sera critique car on n'acceptera pas nécessairement toutes les institutions telles qu'elles existent, toutes les solutions, même données par la pratique et la jurisprudence: on les discutera et pour cela on aura l'appui de l'appel au droit comparé qui doit être admis pour la révélation de ce résidu de droit naturel dont on a parlé plus haut.

Droit objectif et droit subjectif.

Le droit tel qu'il vient d'être défini, c'est ce qu'on appelle le droit objectif. Il comprend l'ensemble des règles juridiques prises en elles-mêmes qui font naître au profit de l'homme des droits, c'est-à-dire des facultés ou des prérogatives d'où il résulte le pouvoir de faire ou d'exiger quelque chose vis-à-vis des autres. Par exemple si on pose que toute société civilisée reconnaît le droit de propriété, on vise le droit objectif, tandis que si on veut envisager ce droit de propriété à l'égard du propriétaire et les attributs de ce droit par rapport à une ou plusieurs personnes déterminées, il s'agira alors du droit subjectif. La science du droit réunit les deux droits ce qui nous fournit un troisième sens du mot.

Le droit positif comprend 2 parties: le droit public et le droit privé.

Le droit positif, le seul auquel seront consacrées ces leçons, comprend deux parties essentielles. La division est vieille, puisqu'elle remonte au droit romain, mais on n'a encore rien trouvé de mieux. Cette division, c'est celle du droit public et du droit privé. Le droit public s'occupe des rapports des états entre eux ou des rapports entre les Etats et les individus. Le droit privé, au contraire ne règle que les rapports des individus.

Mais concurremment avec celle-ci, il faut faire une autre distinction entre le droit national et le droit international. Ces distinctions sont très utiles et cette importance se marque même en ce qui concerne les règles qu'elles comprennent. C'est ainsi que les règles du droit public sont toujours des règles impératives, alors qu'au contraire les règles du droit privé ne sont pas toujours impératives. On dit que certaines d'entre elles sont des lois déclaratives ou supplétives. Elles déclarent la volonté de celui qui s'y soumet ou suppléent à une manifestation contraire de volonté.

Les différentes

Le droit public comme le droit privé comprennent des branches très diverses. Indiquons tout d'abord celles

Source : BIU Cujas

du droit public

du droit public. Le droit public est formé par l'ensemble des règles qui sont relatives à la contrainte sociale. Il a pour but les pouvoirs publics, leur organisation, leurs attributions. On le répartit normalement en 4 branches I/ Le droit constitutionnel ou droit public interne, qui détermine l'organisation de l'Etat lui-même, la forme et les attributions des trois pouvoirs qui existent dans l'Etat; si toutefois on en distingue trois: le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire; 2/ le droit international public ou droit public externe ou encore droit des gens qui envisage les rapports de l'Etat comme représentant la nation avec les autres Etats. Une sanction positive lui fait encore défaut jusqu'au jour où la Société des Nations l'aura édictée. 3/ Le droit administratif qui a pour objet les différentes fonctions du pouvoir exécutif, quel que soit leur rang dans la hiérarchie des fonctions publiques. Il a beaucoup de points communs avec le droit privé, car il se préoccupe des opérations privées quand elles sont soumises à la surveillance ou au contrôle de l'administration, comme c'est le cas pour les associations de secours mutuels, les associations tout court ou les syndicats professionnels. 4/ Le droit criminel ou droit pénal enfin constitue la dernière branche du droit public. Il a essentiellement pour but de faire respecter le droit, l'observation des lois fondamentales en usant de peines. Et ce sont ces peines qui sont organisées par le droit criminel.

Les différentes branches du droit privé.

Le droit privé règle les rapports des particuliers, des personnes privées. Ses subdivisions sont moins certaines que pour le droit public. Elles sont apparues peu à peu car, longtemps, tout se confondait dans la souche originaire du droit civil qu'on appelait droit privé. Mais le droit civil a essaimé . Le droit civil, au sens strict du mot, de nos jours, c'est l'ensemble des règles relatives à la condition des personnes et aux rapports des personnes quant à leurs droits et obligations. Il reste le droit commun et c'est au droit civil qu'il faut toujours se reporter en cas de difficulté. C'est lui qui établit les principes et c'est pourquoi il faudra faire la théorie générale des principes du droit civil. C'est lui, en effet, qu'il faut appliquer quand il n'existe pas de théorie spéciale.

Mais ce droit civil a essaimé. C'est ainsi que, de nos jours, il y a un droit commercial en faveur des commerçants, un droit international privé qui règle les conflits d'intérêt entre les particuliers qui appartiennent à des nations différentes.

Il y a d'ailleurs encore d'autres branches qui, elles, sont d'une nature moins précise. Souvent on parle de certaines législations spéciales; de la législation industrielle, ou comme on dit souvent, du droit industriel. En effet, quand on parle de législation industrielle on vise

Source : BIU Cujas

essentiellement les rapports des employés et des employeurs, tandis que l'expression de droit industriel pourrait s'appliquer à d'autres questions telles que celle des brevets d'invention, des marques de fabrique ou de la propriété industrielle. Il y a en outre un droit rural ou législation rurale, qui règle les rapports juridiques qui dérivent des professions agricoles; il y a un droit forestier qui s'applique à la propriété des forêts. Cette énumération pourrait être complétée.

Droit privé déterminateur et droit privé sanctionnateur.

Mais tout ceci du moins, c'est du droit privé déterminateur, c'est-à-dire qui vise à établir des règles. A côté, il y a le droit privé sanctionnateur qui, lui, établit des sanctions et est à la base de tout le droit privé. Ce droit sanctionnateur comprend la théorie des preuves car, si avoir un droit est bien, le prouver est mieux. D'autre part, il faut non seulement prouver son droit, mais il faut encore l'exercer. On le fait au moyen de la procédure civile, qui a pour objet les moyens de faire valoir la notion de droit en justice. Elle est le complément du droit civil puisque les droits n'ont de valeur que s'ils peuvent être prouvés et exercés en justice. On peut dire qu'elle s'occupe de la forme, tandis que le droit civil s'occupe du fond; mais il y a en cette matière une telle union entre la forme et le fond que, d'une part, la théorie générale des preuves fait partie du droit civil, et que, d'autre part, la procédure civile est si bien liée à l'institution à laquelle on s'adresse que, pour certaines institutions, comme le divorce ou la séparation de corps, par exemple, il faudra étudier la procédure avec le fond, avec le droit civil lui-même.

Il est des droits qui appartiennent à la fois au droit public, et au droit privé.

Il y a d'ailleurs beaucoup d'autres droits auxquels on n'a pas fait allusion. Il y en a qui sont à la fois de droit privé et de droit public. C'est ainsi que le droit criminel comporte une partie de pur droit privé qui détermine les peines; puis il y a une partie de droit public qui concerne l'institution des peines. De même la législation financière est à la fois du droit privé et du droit public. La législation fiscale intéresse les individus, quant à la législation financière, elle est aussi du droit public si on s'occupe des finances de l'Etat, des départements et des communes.

Telles sont ces distinctions qu'il importe d'établir entre les divers aspects du droit.

Les matières du droit civil.

Le droit civil comporte 3 problèmes:

I/ Les rapports pécuniaires qui existent entre les époux et la famille envisagée quant à l'attribution de la succession.

2/ La propriété et les droits réels.

3/ La théorie générale des obligations, les contrats et la réparation des dommages causés.

Tout cela forme une matière si étendue qu'on a été obligé de la diviser en trois années de licence. Un arrêté

Source : BIU Cujas

ministériel du 20 Juillet 1904 a opéré la division de ces matières entre 3 années. Il a cherché à maintenir un certain équilibre entre les diverses matièresdu programme, et dès lors en première année on étudie les notions fondamentales du droit civil les principes généraux, la famille dans sa constitution et les droits réels; en deuxième année, on étudie les obligations et les droits réels, enfin en troisième année, les rapports pécuniaires entre les époux, les successions et les libéralités. Le programme de première année est un programme très chargé surtout parce qu'il faut y dégager les principes généraux du droit civil. Or pour les dégager, il faut faire une théorie générale du droit civil. Cette théorie domine au fond tous les droits. Elle s'appliquera au droit public comme aux branches du droit privé autres que le droit civil. Nous aurons enfin à examiner toute la matière de cette année et voici quel sera le plan qui sera suivi.

Plan du cours de I° Année.

I) Introduction au droit civil. Elle aura pour but de montrer A) l'histoire du droit civil. Mais cette histoire sera restreinte à l'étude des sources: ce sera une histoire du droit civil d'après ses sources.

B) Les sources du droit civil, leur interprétation et la méthode d'interprétation. C'est de la technique du droit, car il n'y a pas seulement la méthode d'enseignement à envisager, mais aussi la méthode d'interprétation.

La première partie de cet enseignement sera consacrée à la théorie générale du droit civil. On y étudiera les matières qu'on peut rencontrer ordinairement dans la famille et les biens. Il faudra, après avoir défini le droit civil, étudier les sujets de droit civil, c'est-à-dire faire l'étude des personnes puis des choses en droit civil, c'est-à-dire des objets du droit civil, enfin les faits générateurs de droit civil, c'est-à-dire les actes juridiques. Nous étudierons d'une façon tout à fait générale les preuves en droit civil.

Une seconde partie sera consacrée à la famille, au mariage, au divorce, à la filiation, à la tutelle, et nous nous attacherons beaucoup à ces matières car elles sont encore l'une des bases de la société.

Enfin nous étudierons dans une 3° partie les droits réels en nous attachant surtout aux principes, et, en particulier, au droit de propriété.

INTRODUCTION

I. Les sources du Droit Civil

D'une manière générale les sources du droit sont

Nous étudierons, dans cette introduction, tout d'abord les sources du droit civil. Il faut les étudier dans le passé et dans le présent. C'est qu'en effet, il n'y a pas à faire ici une histoire des institutions du

Source : BIU Cujas

droit civil et, quant à l'évolution générale du droit civil elle sera faite à l'occasion de chacune des institutions envisagées.

1) Le contrat.

Ces sources ont connaît déjà les principales d'entre elles. La principale, en effet, c'est la loi, et à côté d'elle il y a la convention. De la convention, il n'y a pas lieu de parler ici car elle ressort du Cours de Deuxième Année. Ce qu'il faut savoir simplement, c'est que le contrat ou la convention, est une source essentielle du droit, mais que cette source repose encore sur la loi, puisque l'art. II34 du C.C. dit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Laissons donc de côté le contrat et envisageons les autres sources: la loi et la coutume .

2) La coutume.

La coutume consiste en une série d'usages et d'habitudes juridiques entre les particuliers établis dans une même localité, et qui se propagent par voie d'imitation. Elle n'est pas sortie d'une autorité compétente pour créer le droit, malgré tout, elle s'applique souvent mieux que la loi, car elle est ratifiée par l'accord de tous. Le droit le mieux appliqué en effet est celui qui n'a pas besoin de contrainte pour s'appliquer.

3) La loi

Quant à la loi la source principale du droit, dans notre civilisation actuelle, elle est un document qui établit une règle obligatoire, mais c'est une règle qui est établie par une autorité compétente. Cette autorité peut être un législateur, seul en cas de dictature, ou bien une assemblée législative. En tous cas la loi est un acte de volonté individuelle ou collective et qui a sur la coutume les plus grands avantages.

Elle a d'abord l'avantage de la clarté, elle est facile à connaître et elle a la certitude. Elle a en outre un champ d'application assez large, et enfin elle a pour elle sa permanence. Seulement n'étant pas l'oeuvre des intéressés, comme la coutume, elle ne s'applique pas toujours aussi facilement que cette dernière; elle n'est pas acceptée par tous les intéressés et elle peut être différente de ce qu'ils avaient voulu ou souhaité.

De la codification des lois

Quand, dans un pays, les lois sont devenus nombreuses, pour s'y reconnaître il faut les constituer en un corps, un code; c'est l'époque de la codification. La codification consiste dans la réunion de toutes les lois relatives à une matière donnée, de toutes les règles en vigueur sur un même sujet.

4) La jurisprudence

La coutume et la loi sont donc les deux sources de droit les plus importantes à étudier. Mais à côté d'elle il faut placer deux autres sources, qui sont la jurisprudence et la doctrine.

La jurisprudence, c'est le mode d'interprétation de la coutume ou de la loi en vue de la recherche d'une solution juridique. Elle est exprimée par les tribunaux.

Source : BIU Cujas

Elle n'est pas, par conséquent, l'expression d'une volonté propre du pouvoir judiciaire, car partout où existe un pouvoir législatif le pouvoir judiciaire parle en son nom. Il en est ainsi, en effet, partout où est établi le principe de la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire.

5) La doctrine

Quant à la doctrine, c'est le mode d'interprétation des lois et des coutumes par les jurisconsultes. Ces jurisconsultes (il faut les appeler ainsi et non pas des juristes car ce mot a souvent de nos jours un sens péjoratif) n'ont d'ailleurs plus actuellement un caractère officiel comme l'avaient ceux qui devaient dire le droit à Rome. Ils n'ont que leur autorité personnelle . Et il y aura lieu de se demander si cette doctrine est une source du droit.

Le droit civil moderne tourne autour du C.C. C'est le C.C. qui en est le centre et, pour montrer ce qu'ont été et ce que doivent être les sources du droit, il faudra prendre comme point de repère le C.C. Pour ce faire on étudiera, en ce qui concerne l'histoire du droit civil:

A) Les sources du droit civil avant le C.C.

B) Les sources du droit civil au temps du C.C.

C) Les sources du droit civil au cours du XIX° et du XX siècles.

D) Les sources actuelles du droit civil,

A) Les sources du droit civil avant le C.C.

périodes ont à distinguer

Il faut, en cette matière, établir une division fondamentale, car il y a une opposition formelle entre deux droits: le droit de l'Ancien régime et celui de la période intermédiaire.

) Les sources du droit civil dans l'ancien droit.

En ce qui concerne les sources du droit civil dans l'ancien droit, on ne remontera guère au-delà du XVI° siècle car c'est vraiment à la fin du XVI° siècle que se sont constituées les deux sources essentielles du droit: la loi et la coutume. Cet ancien droit va jusqu'en 1789. Or, à l'heure actuelle, si singulier que cela puisse paraître, il y a encore des cas où il faut remonter à l'ancien droit et où, pour savoir quelles règles il convient d'appliquer, il est nécessaire de savoir ce qui existait dans l'ancien droit.

Utilité que présente la connaissance de ces sources

En effet, d'une part, le C.C. n'a pas abrogé entièrement tout ce qui lui était antérieur, de sorte que, actuellement, il y a encore des lois antérieures au C.C. qui demeurent applicables. Dès lors, l'étude des lois ou des coutumes de l'ancien droit ne présente pas un intérêt purement historique et spéculatif, mais encore une utilité très réelle.

Et même là où il y a eu abrogation du droit ancien, l'ancien droit peut servir à l'interprétation du

Source : BIU Cujas

droit moderne. Quand une institution s'est créée ou s'est poursuivie au cours de l'ancien droit, il peut être intéressant de savoir quelles sont les raisons qui l'ont fait naître ou admettre. L'étude de l'ancien droit peut donc être très pratique.

Toutefois si cette étude était vraiment très pratique au lendemain du C.C. il va de soi que le recours à l'ancien droit pour l'application, sinon pour l'interprétation du droit se fait plus rare à mesure que les lois se font plus nombreuses.

Les sources du droit civil dans l'ancien droit sont: a) Les coutumes ou statuts.

La première source du droit dans l'ancien droit a été la coutume, appelée aussi parfois statut. Elle consistait dans un ensemble d'usages établis dans les diverses provinces françaises au cours de la féodalité. L'origine de ces usages était souvent difficile à déterminer. Elle se trouvait dans la tradition, dans la pratique extra-judiciaire et dans les procédés judiciaires. D'une manière générale la coutume procédait du droit germanique, mais elle s'était adaptée au milieu. Ces usages s'étaient surtout formés en raison de la disparition. Au Moyen Age, du pouvoir central et il y avait autant d'usages que de pouvoirs locaux, Aux 62 grands fiefs qui existaient alors correspondaient 62 grandes coutumes qui, comme les fiefs, se subdivisaient aussi. On comptait alors, en effet, 300 coutumes locales en France, si bien que Voltaire a pu dire que lorsqu'on voyageait en France on changeait aussi souvent de coutume que de chevaux de poste.

Le problème de l'unification des coutumes sous l'ancien droit

De bonne heure cependant la nécessité d'une certaine unification se fit sentir. Déjà Commines avait demandé àLouis XI de donner à la France les mêmes coutumes, les mêmes poids et les mêmes mesures. Il demandait, en somme, une unification de la législation. Plus tard les Etats généraux de Tours au XIVe siècle, demandèrent aussi l'unification des coutumes, mais des difficultés s'élevèrent à cet égard car chaque province était particulariste. Cependant Charles VII résolut de faire rédiger par écrit toutes les coutumes de France. Ce fut l'objet de l'Ordonnance de Montil-lès-Tours de 1453. Il y avait là un travail considérable. On l'effectua en 1580. Or, ce travail était à peine terminé qu'on s'aperçut qu'il fallait le refaire car les coutumes avaient changé. On dut donc après ce premier travail de rédaction procéder à une refonte.

Il faut noter que ces coutumes même rédigées n'avaient pas pour cela valeur de lois. Elles étaient rédigées, mais elles n'étaient pas unifiées. Elles n'existaient que dans la sphère géographique plus ou moins restreinte, où elles étaient nées, à la différence des ordonnances qui s'appliquaient dans tout le Royaume. Elles n'exprimaient pas une volonté collective, tandis qu'au contraire les Ordonnances montraient la volonté réelle du législateur. Les coutumes n'étaient qu'une simple constatation

Source : BIU Cujas

des usages d'un peuple qui s'étaient conservés. Il en résultait que l'interprétation de ces coutumes devait se faire non pas par interprétation de la volonté du législateur, qui était alors le roi, mais par la recherche de ces usages, par des enquêtes spéciales.

Mais surtout ces coutumes n'existaient pas pour toute la France et l'unification première qui devait en être faite, a été réalisée chez nous par un autre moyen.

b) Le droit romain

Dans le Midi il y avait, au contraire, une certaine unification. Elle provenait de ce que les pays du Midi appliquaient, non pas des coutumes locales proprement dites, nées du pays, mais le droit romain. C'était tous des pays qui avaient subi une influence profonde de la domination romaine. On y appliquait le droit romain, mais le droit romain des compilations de Justinien, c'est-à-dire altéré, modifié. Ce droit romain était d'ailleurs considéré comme une sorte de coutume générale qu'on devait appliquer. On admettait que la population était censée l'avoir accepté. Ces coutumes de droit écrit différaient profondément des coutumes des pays de coutumes: 1° elles étaient basées sur le droit romain: 2° leur interprétation ne reposait pas sur la recherche des usages: elle devait se faire d'une façon doctrinale d'après les textes écrits. C'est pourquoi le rôle de la doctrine était considérable dans ces pays.

Le droit romain n'était pas non plus sans valeur dans les pays de coutumes. On lui reconnaissait la valeur d'une " raison écrite" en l'absence de dispositions spéciales et si on voulait caractériser, non plus dans leur nature, mais dans leur objet les différences entre les pays de droit écrit et les pays de coutumes, on remarquerait une opposition profonde avec le droit romain. Le droit écrit était fondé, en effet, sur la puissance paternelle, sur l'autorité absolue presque indéfinie de père de famille. Il était fondé au fond, comme tout le droit romain sur la force. On appliquait d'autre part à la femme mariée le régime dotal, et la succession était testamentaire, elle était dévolue par la volonté du père de famille. Au contraire, le droit coutumier ne connaissait pas cette puissance du père de famille, il n'admettait pas la liberté de tester, il ne voulait pas du régime dotal, il voulait qu'on s'inspire d'un esprit familial profond et n'admettait pas le pouvoir absolu d'un seul, il voulait l'indépendance de chacun et l'égalité de tous. Ce droit coutumier avait d'ailleurs exercé, en son temps, une influence considérable dans les pays éloignés, surtout dans les possessions françaises. Et ces possessions françaises qui ont été perdues par la suite ont encore actuellement conservé ces coutumes. C'est ainsi que le C.C. du Bas-Canada qui a codifié le droit en vigueur avant 1766 s'inspire de la coutume de Paris de 1580 et la prend encore pour base de nos jours. De même dans l'île de Jersey le

Source : BIU Cujas

droit actuel a sa source dans le Grand Coutumier de Normandie du XIV° siècle.

c) La loi (Edits et ordonnances)

La loi était représentée par les ordonnances que complétaient souvent les édits ou les déclarations modifiant les ordonnances. Les Edits étaient des ordonnances ayant une portée réduite. Ils ne présentaient pas la longueur des Ordonnances; ils réglaient un point déterminé et non pas l'ensemble d'une matière.

Les Ordonnances, pour s'en tenir à elles, étaient des décisions émanant de l'autorité législative du pays qui était le roi et elles avaient, en principe, effet dans tout le royaume. Elles portaient le nom d'Ordonnances, mais on disait " les Ordonnances royaux". C'étaient de véritables lois qui ne devenaient exécutoires qu'après l'enregistrement des Parlements. Il est vrai qu'on vit parfois le Parlement refuser l'enregistrement des Ordonnances; le roi alors pouvait contraindre le Parlement à l'enregistrement, en venant tenir un lit de justice et, à mesure que le pouvoir royal devint plus puissant on vit disparaître toutes les tentatives de refus d'enregistrement.

Ce sont les Ordonnances qui ont facilité l'application du droit en France et permis les progrès du droit français. Elles tendaient à substituer l'unité à la diversité des coutumes si nombreuses et si variées qui divisaient la France. Elles firent beaucoup en faveur de cette unité, mais elles ne purent achever leur oeuvre avant I789.

Les grandes ordonnances de l'ancien régime

Les Grandes Ordonnances qui constituent un Code ne sont pas relatives au droit civil; ce sont celle de I667 inspirée par Colbert, qui servira de base aux rédacteurs du C. Pr. Civ.; puis l'Ordonnance de I673, appelée Code Marchand ou Savary, du nom de son principal auteur, sur le commerce, et dans laquelle on viendra prendre le C.Com. Au point de vue du droit civil proprement dit, il faut citer l'Ordonnance de I73I sur les donations; celle de I753 sur les testaments et celle de I747 sur les substitutions, toutes trois dues aux efforts d'un grand jurisconsulte: d'Aguesseau. Plusieurs d'entre elles passèrent dans le C.C.

d) la jurisprudence

La jurisprudence était, elle aussi, une source de droit. Elle consistait dans les décisions des parlements. Ceux-ci fixaient les points de droit douteux et s'efforçaient de mettre en accord les coutumes. Ils rendaient des arrêts de règlement avec des solennités spéciales " toutes Chambres réunies", et ces arrêts avaient valeur d'une loi, car non seulement, comme tout jugement, ils s'appliquaient au procès en cours, à l'instance qu'il s'agissait de régler, mais encore, à tous les procès sur le même objet. Au fond, on les considérait comme des lois provisoires sur des points qui n'étaient pas prévus ou qui n'étaient pas suffisamment résolus. Ils étaient obligatoires devant les juridictions inférieures et seul le roi pouvait ordonner qu'il en fût autrement. La jurisprudence des Parlements,

Source : BIU Cujas

par conséquent, en un temps où on ne parlait pas de séparation des pouvoirs, confondait le législatif et le judiciaire et ce n'était pas un système parfait, puisque en I789 il n'y avait qu'un cri général pour demander que: " Dieu nous préserve de l'équité des Parlements ! ".

e) La doctrine

La doctrine avait aussi un rôle considérable. Elle consistait à interpréter les sources existantes: coutumes, lois, arrêts de règlement. Et son oeuvre d'interprétation eut surtout une influence décisive sur le droit coutumier dans l'ancienne France.

Les grands jurisconsultes de l'ancien droit Dumoulin

Les grands jurisconsultes rapprochèrent et assouplirent les coutumes. Ils parvinrent à former ainsi un droit commun de la France coutumière. Parmi eux il faut citer tout d'abord Dumoulin, qui vécut de I500 à I560. Il était avocat au Parlement de Paris et fit un commentaire des Coutumes en partant de cette idée que la Coutume de Paris devait être la base des autres, qu'elle devait jouer le rôle qu'on donnait, dans les pays de droit écrit, au droit romain. Mais Dumoulin qui avait des idées fort personnelles fut l'objet de mesures de rigueur: son œuvre fut mise à l'index et on paya son travail de l'exil et de la prison.

Bourjon

Un autre reprit son idée, ce fut Bourjon qui, en I747 publia dans son " Droit commun de la France et Coutume de Paris réduite en principes" , un commentaire du droit coutumier pour la France entière.

Pothier

Mais l'auteur le plus important de l'ancien droit celui qui a été sans cesse l'inspirateur du C.C. ce fut Pothier, (I695 à I775). Il étudia les coutumes et écrivit des traités. Il faut signaler, en effet, à cet égard la " Coutume d'Orléans"de I740 et " le Traité des obligations qui est de I760. C'est là que les rédacteurs du C.C. allèrent chercher les règles qui devaient devenir le C.C.

La doctrine, par conséquent, créait le droit et on pourrait citer encore bien d'autres auteurs, notamment Lamoignon Premier Président au Parlement de Paris, célèbre pour ses arrêtés. Il souhaitait voir la France dotée d'une loi générale. On peut citer encore le jurisconsulte et philosophe Domat qui vivait au XVII° siècle et s'est inspiré des idées de droit naturel dans un livre qu'on a partout traduit: " Les Lois civiles dans leur ordre naturel". On a cité par avance le Chancelier d'Aguesseau et il faut citer enfin Loysel et ses Institutes.

Pourquoi l'unification du droit n'a pu être faite avant I789.

A la fin de l'ancien droit tout le monde demandait l'unification du droit. Les grands jurisconsultes comme les philosophes, Voltaire, Diderot se déclaraient choqués de cette mosaïque de lois. Seul peut-être Montesquieu se montrait assez peu favorable à l'uniformité. Cela se comprenait d'ailleurs puisqu'il avait été l'un des prédécesseurs de l'Ecole historique, lui qui voulait que le droit se conforme à la nature des choses, lui qui voulait

Source : BIU Cujas

un droit conforme au tempérament de chaque peuple, adapté à son sol, à son climat, à son histoire et à ses moeurs.

Des obstacles existaient encore cependant à l'unification; d'abord l'organisation sociale elle-même: la France était faite de peuples différents, possédant des régimes politiques divers: la France n'était pas une nation proprement dite. D'autre part, l'influence de l'Eglise catholique était considérable, car si on n'a pas parlé du droit canonique il ne faudrait pas croire que ce dernier n'a pas eu d'influence sur le droit; il a au contraire joué un rôle considérable en ce qui concerne le droit des personnes, en particulier le mariage et les actes de l'état civil. Tous ces obstacles ne devaient disparaître que le jour où les Etats généraux devinrent une Assemblée Nationale, où tous les privilèges féodaux disparurent pendant la nuit du 4 août. Le pouvoir appartenait alors à la nation et le particularisme des provinces, les coutumes, pouvaient faire place à la nation et à la loi.

Nous en arrivons ainsi au droit révolutionnaire.

11- Les sources du droit civil dans le droit intermédiaire.

Le droit intermédiaire comprend toutes les lois qui ont été votées par la Révolution française, de 1789 à 1804 du jour où les Etats-généraux se réunirent en assemblée nationale le 17 juin 1789, jusqu'à la promulgation du C.C. ou mieux de la première des 36 lois qui forment le C.C.

L'oeuvre de la Révolution

Dans son ensemble, la Révolution, qui a fait des lois par centaines, a réalisé l'affranchissement des personnes et des terres, elle a renouvelé le droit successoral a créé l'état civil, levé toutes les entraves que constituaient alors les corporations, qui n'étaient qu'une forme de l'esprit d'association, enfin elle a établi la liberté du commerce et du travail.

Toutes ces lois, puisqu'elle était la Révolution, ont un caractère de brusquerie inaccoutumée, elles ne montrent pas l'application d'une longue transformation du droit. C'est qu'en effet, la mobilité du droit apparaît surtout dans une époque troublée, et la Révolution en fut une par excellence. Le malheur fut que souvent les réformes de la Révolution vinrent trop tôt: le peuple français n'était pas encore mûr pour elles. Cependant la Révolution s'était efforcée de fortifier la famille et le droit de propriété. Dans la famille, elle avait limité le pouvoir du père par l'intervention de la famille tout entière, constituée en une sorte de tribunal, car elle voulait fonder la famille non pas sur la crainte, mais sur le respect; elle a assimilé les enfants naturels aux enfants légitimes, et à ce point de vue elle a entendu appliquer partout la liberté, la justice et la moralité, bien qu'elle ait admis le divorce par consentement mutuel.

Le droit intermédiaire a conservé, d'autre part, le vrai régime français au point de vue matrimonial. Il a

Source : BIU Cujas

appliqué, en effet, aux époux la communauté de biens, régime français par excellence, et qui pour cette raison n'a pas été accepté par les autres pays.

Dans le droit de propriété, la Révolution a affranchi les terres par l'abolition des droits féodaux; elle a créé un plus grand nombre de propriétaires et a cherché par le régime successoral à favoriser les jeunes. Elle voulait, en effet, faire passer les biens aux plus jeunes, parce que ceux-ci étaient plus accessibles aux idées modernes; elle cherchait ainsi à gagner leur appui.

Enfin, il ne faut pas oublier l'oeuvre de la Révolution en ce qui concerne le régime de la propriété et des hypothèques.

Mais laissant de côté le droit des obligations où on reconnaissait la liberté du travail etdu commerce, il convient de citer quelques-unes des grandes dispositions qui ont été prises à cette époque. C'est ainsi que la loi du 20 septembre I792 a organisé l'état civil et introduit le divorce; la loi du 17 Nivôse de l'an II a introduit un régime successoral qui faisait place aux jeunes. Quant au droit de propriété il y eut deux lois très importantes à son égard, celle du 9 Messidor de l'an III sur le régime hypothécaire et la loi du II Brumaire de l'an VII qui organisa la publicité des hypothèques par la transcription. Ces lois ont disparu: elles ne sont plus applicables. Toutefois en matière d'enregistrement on applique encore la loi du 22 Frimaire de l'an VII, et il faut le signaler, car le droit fiscal réagit sur le droit civil, de sorte qu'il faut bien connaître le droit fiscal pour appliquer le droit civil.

Les tentatives faites par le droit intermédiaire en vue d'arriver à une codification.

A cette époque on réalise l'unité du droit par la loi, mais la Révolution voulait aussi unifier le droit antérieur. Dès le 16 Août I790, l'Assemblée constituante décrète que les lois seront revues, réformées, et qu'il sera fait un code général des lois, simple, clair, approprié à la constitution et la constitution le 3 septembre I79I, répète qu'il faut établir un code de lois applicable à tous. L'uniformité de la législation civile est même devenue un principe tel, chez les hommes de la Révolution, qu'ils y voient le complément nécessaire de l'unité politique. Ils essayèrent, en conséquence, de mettre ce projet à exécution et s'ils ne réussirent pas, leurs efforts ne furent pas perdus. Ils montrèrent au moins ce qu'il ne fallait pas faire et permirent à Napoléon d'accomplir l'oeuvre qu'ils avaient commencée.

Chacune des assemblées révolutionnaires avait voulu apporter sa part à l'oeuvre d'unification du droit civil.

L'oeuvre de la Convention.

C'est la Convention qui réalisa la première tentative de codification. Elle décréta qu'il serait fait un code de lois civiles uniforme pour toute la République (Acte constitutionnel du 27 juin I793). Elle chargea un

Source : BIU Cujas

comité de préparer un avant-projet de C.C. Un plan de code civil fut présenté en effet par Durant-Maillane, le 8 Juillet I793 et le 9 août suivant Cambacérès présentait à la Convention, au nom du Comité de législation, un projet. Il était purement spéculatif et ne se rattachait en rien au passé. C'était un ensemble d'affirmations plus théoriques que pratiques, mais tout à fait en rapport avec le temps, non seulement dans les idées, mais encore dans le langage. On y disait, en effet," qu'il fallait élever le grand édifice de la législation civile sur la terre ferme de la nature et sur le sol vierge de la République".

Cambacérès présenta ce second projet le 23 Fructidor de l'an II (septembre I794). Il était plus laconique que le premier, mais eut le même sort. On l'écarta en faisant remarquer que ce n'était pas un code, mais une table des matières d'un code.

La Convention en était alors arrivée à être mécontente de ses jurisconsultes, et on songea à s'adresser aux philosophes. Les événements ne lui donnèrent pas le temps de prendre une décision.

L'oeuvre du Directoire

C'est le Directoire qui fit une nouvelle tentative dans le sens de la codification. Le 24 Prairial de l'an VI, (juin I798), une circulaire présenta un nouveau projet au Conseil des Cinq Cents, mais ce projet n'aboutit pas.

Après la chute du Directoire, un 4ème projet, fut présenté par Jacqueminot, à la Commission législative des Cinq Cents. Ce projet ne fut même pas examiné (30 frimaire an VIII). Et il faut arriver au Consulat pour voir le résultat obtenu.

'oeuvre
Consulat.

C'est un arrêté consulaire du 24 Thermidor de l'an VIII, juillet I800, dû à l'influence de Bonaparte, qui nomma une commission composée de quatre membres, à l'effet de préparer un projet de code civil. Ces quatre membres étaient Tronchet, Président du Tribunal de Cassation, Bigot-Préameneu, Commissaire, nous dirions aujourd'hui Procureur général, près le tribunal de Cassation, Malleville, conseiller au même tribunal et Portalis commissaire du gouvernement près le Tribunal des Prises. Cette commission alla très vite en besogne. Un premier projet fut prêt au bout de quatre mois. La commission s'était inspirée surtout du droit coutumier, car les quatre membres qui la composaient connaissaient surtout le droit coutumier. Elle avait en outre utilisé le projet de Cambacérès et celui de Jacqueminot et s'était laissée guider par Bourjon, Domat et surtout Pothier. Ce fut le premier projet du Code civil, ou de l'an VIII. Le discours préliminaire qui lui sert de préface est à lire en entier; c'est l'oeuvre de jurisconsultes et de philosophes.

Ce projet fut envoyé au Tribunal de cassation, aux tribunaux d'appel et on leur demanda leurs observations

Source : BIU Cujas

Il y en eut qui furent très importantes. On peut citer notamment celle du Tribunal d'appel de Montpellier qui demanda la conservation du régime dotal comme régime matrimonial. On reprit ensuite le projet qui fut soumis à la Chambre législative, car il n'avait eu jusque là aucun caractère officiel ayant été dressé par une commission extra-parlementaire. Mais le pouvoir législatif était alors assez compliqué. Il fallait appliquer la constitution de l'an VIII, oeuvre de Sieyès qui avait décomposé le pouvoir législatif: toute loi devant passer devant quatre chambres. L'élaboration de toute loi était alors en effet une pièce en quatre actes. Le premier acte se déroulait devant le conseil d'Etat, corps administratif plus que législatif, dont les membres étaient nommés par le Premier Consul. Il y eut là de grandes discussions auxquelles le Premier Consul prit part; mais là, Bonaparte était sûr des conseillers d'Etat. Le second acte avait lieu devant le Tribunat. Le tribunat avait un pouvoir de discussion, mais il ne pouvait changer quoi que ce soit au projet préparé par le conseil d'Etat et il n'avait pas le droit de vote. Tout ce qu'il pouvait faire c'était présenter des observations et il ne s'en privait pas, à tel point qu'on avait fini par l'appeler le "tribunal des bavards". Il était composé à l'origine de 180 membres nommés par le Sénat. Le troisième acte se déroulait devant le Corps législatif. Là apparaissait le droit de vote, mais il n'y avait plus de droit de discussion. Les trois conseillers d'Etat délégués par le Conseil d'Etat et les trois membres du Tribunat parlaient, puis on procédait au vote. Le Tribunat fitdes critiques très vives contre le projet du code civil, si vives que devant le Corps législatif on proposa le rejet du code civil. Enfin, le quatrième acte se passait devant le Sénat conservateur. Celui-ci avait un pouvoir supérieur; il était au-dessus de la constitution; il devait dire si les lois étaient conformes ou non à la constitution.

Les tribuns ayant tout fait pour faire rejeter le code civil, le Premier Consul crut nécessaire de modifier le Tribunat en réduisant ses membres à cinquante. Il fit ainsi disparaître ceux qui étaient hostiles au code civil. Il usa, en outre d'un procédé très heureux, la communication officieuse. Le grand danger de l'organisation de l'an VIII c'était en effet la séparation du pouvoir de discussion et du vote, ainsi que le refus du droit d'amendement. Le Premier Consul eut l'idée d'apporter auparavant le projet devant le Tribunat et le Corps législatif, sous le nom de " communication officieuse". D'autre part il était sûr du Conseil d'Etat et du Sénat conservateur. Dès lors lorsque le projet vint devant le Tribunat, puisqu'il était admis par avance, celui-ci ne pouvait

Source : BIU Cujas

que le consacrer. Et la situation fut la même devant le Corps législatif, de sorte que quand il fallut voter sur l'une des 36 lois qui devaient constituer le code civil, tout le monde fut d'accord: les six orateurs répétèrent la même chose. Grâce à ces expédients, le travail de législation entrepris par le Consulat alla très vite, puisqu'en moins de deux ans tout fut achevé par les 36 lois dont la dernière, la loi du 30 Ventôse de l'an XII a promulgué le Code civil.

B/ Le droit civil au temps du code civil

De la promulgation du Code civil.

Le Code Civil a réalisé l'unité du droit français.

La loi du 30 Ventose de l'an XII, loi de promulgation du Code civil, confirmait l'application des lois antérieurement promulguées dont le Code civil n'était que la réunion. Cette loi abrogeait, en effet, les lois ordinaires et coutumières anciennes. Mais elle avait été précédée des 36 lois dont l'ensemble formait le Code civil et il faut d'abord remarquer que le code civil, quant à son application, ne part pas du 31 Mars 1804 c'est-à-dire du 30 Ventôse de l'an XII; son application s'est faite avec les 36 lois dont il se compose. Chacune de ces lois a reçu application dès sa promulgation, c'est ce qu'indique l'article 6 de la loi de Ventose de l'an XII qui s'exprime en ces termes: " La disposition de l'article 1er n'empêche pas que chacune des lois qui y sont énoncées n'ait son exécution, du jour qu'elle a dû l'avoir en vertu de sa promulgation particulière". Il y est dit, par conséquent, que les différentes lois dont se compose le Code Civil ont reçu leur exécution du jour où elle a dû avoir lieu, en vertu de la promulgation particulière de chacune de ces lois.

Quelle a été en 1804 la force abrogatoire du C.C.

Quant à la force abrogatoire du Code Civil l'article 7 l'indique en ces termes " A compter du jour où ces lois sont exécutoires les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières faisant l'objet des dites lois composant le présent code " Ainsi l'abrogation ne porte que sur les matières réglées par le Code civil par les 36 lois qui le composent.

Le C.C. a abrogé l'ancien droit sur les matières qu'il a traitées.

Donc pour les matières non réglées par le Code civil les anciennes lois pouvaient encore s'appliquer en 1804. On est généralement d'accord pour donner à l'expression "matières" employée par ce texte un sens littéral c'est-à-dire qu'il ne faut pas l'entendre des différents points sur lesquels le Code Civil est intervenu, qu'il a réglés, mais des institutions elles-mêmes. Par exemple le seul fait que le législateur a traité de la tutelle fait écarter toutes les dispositions de l'ancien droit relatives

Source - BIU Cujas

à la matière de la tutelle. Au contraire là où il n'y a pas eu de mention, d'allusion à une matière déterminée le Code Civil n'a pas empêché l'application de la loi antérieure. Par exemple, on étudiera un peu plus loin le nom de famille et les titres nobiliaires. Ces titres nobiliaires qui ne peuvent être envisagés que comme des qualifications honorifiques ne sont pas visés dans le Code civil; donc, pour l'ordre dans lequel ces titres doivent être reçus il faut se reporter à l'ancien droit.

En ce qui concerne le droit intermédiaire l'abrogation doit être spéciale.

Mais cette abrogation édictée par l'article 7 ne concerne que l'ancien droit. Il n'est pas fait allusion au droit intermédiaire c'est-à-dire à l'ensemble des lois qui ont été votées de I789, exactement depuis le 17 juin I789, jusqu'à la première des lois dont l'ensemble forme le code civil: la loi du 14 Ventôse de l'an XI (Mars I803). Le droit révolutionnaire a-t-il été abrogé par le Code Civil ? En l'absence d'un texte permettant de décider cette abrogation il faut admettre qu'il n'y a pas eu abrogation générale du droit intermédiaire: l'abrogation a été spéciale et ce n'est que là où une disposition est intervenue qu'il faut considérer la loi intermédiaire comme abrogée. Il y aura donc lieu sur certains points et en certaines matières de s'en rapporter au droit intermédiaire, car ici on n'est plus lié par l'article 7 de la loi de Ventôse, il n'y a plus à envisager les matières traitées. C'est ainsi que la propriété a été largement traitée dans le code civil à tel point qu'on a pu dire que le Code Civil était "le code de la propriété individuelle". Mais, à côté des principes généraux relatifs à la propriété privée, il y a des règles de détail et, pour ces règles, s'il y a des dispositions du droit intermédiaire il faudra s'y reporter. De même encore certaines grandes lois de la période révolutionnaire notamment la loi de Brumaire de l'an VII sur la transcription touchant aux privilèges et aux hypothèques ont été abrogées par la présence, dans le code civil, d'un titre spécial relatif à la purge des hypothèques: titre 18 du livre 3. Mais, sur des points de détail, on peut se demander si, après I804, il ne fallait pas encore se reporter à cette loi antérieure.

Cette différence relativement à l'abrogation du droit intermédiaire et de l'ancien droit a une explication. Ce n'est pas sans le vouloir qu'on a négligé de parler du droit intermédiaire. Une abrogation générale était nécessaire pour l'ancien droit car l'ancien droit ne réalisait pas l'unité sur le territoire français et il fallait l'abroger pour que ne subsistât pas sur notre territoire une diversité de lois française. Au contraire le droit intermédiaire avait réalisé l'unité, par conséquent le danger n'existait pas de la diversité de l'application des lois françaises.

Il convient de donner quelques indications sur les

Source : BIU Cujas

Les travaux préparatoires du Code Civil

travaux préparatoires du code civil. On ne s'y reporte, plus guère étant donné l'éloignement, dans le temps, du code civil de I804. Cependant, tel discours comme le discours préliminaire de Portalis doit être lu en entier.

Leur valeur au point de vue de l'interprétation du Code Civil.

D'une façon générale, on nomme travaux préparatoires les documents relatifs à la préparation et à la discussion d'une loi. Ces documents renseignent sur l'esprit du législateur, donc de la loi. Il y a encore lieu de s'en servir, de nos jours, à propos des lois nombreuses. Mais, on verra aussi qu'on a abusé de l'interprétation, par les travaux préparatoires, du code civil, car, quand on cherche l'opinion du législateur, il est très difficile de la trouver dans les travaux préparatoires.

Les travaux préparatoires du Code civil, pour s'en tenir à eux, comprennent les deux projets de Cambacérès et le projet Jacqueminot, puis, le projet de Code civil tel qu'il avait été présenté par la commission de rédaction. Ils comprennent aussi le projet primitif, notamment le rapport préliminaire de Portalis, puis les observations présentées par les tribunaux de Cassation et d'appel sur le projet de l'an VIII, l'exposé des motifs qui accompagnait les projets, notamment ceux qui avaient été faits pour la présentation de ces projets au Corps Législatif; ils comprennent les discussions au conseil d'Etat d'où est sorti le projet définitif, les rapports au tribunat et les discussions qui ont suivi ces rapports, ils comprennent enfin les discussions des tribuns au corps législatif et toutes les discussions avec la commission de gouvernement.

Tels sont les travaux préparatoires.

Où peut-on trouver ces travaux préparatoires?

Ces documents ont été publiés à l'exception cependant des procès-verbaux de discussion au tribunat. Ils ont été recueillis complètement dans deux publications. L'une est l'oeuvre de Fenet et est intitulée "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil au conseil d'Etat". Elle a paru de I827 à I828 en 15 volumes. L'autre est de Locré et est intitulée " Législation civile criminelle et commerciale de la France". Elle a paru de I827 à I832. Ce n'est pas seulement la législation civile, mais aussi la législation criminelle et commerciale de la France qu'on y trouve. Elle est donc plus vaste et s'il ne s'y rencontre pas tout ce qu'on trouve dans Fenet, notamment les discussions devant les cours et tribunaux, comme l'ensemble est beaucoup plusimportant, elle comporte 3I volumes.

Les diverses éditions du Code civil.

Le Code civil a eu plusieurs éditions officielles. Chacune a apporté des modifications presque toujours superficielles. La première édition est de I804. Bien entendu, elle partait de la loi de Ventose de l'an I2 qui lui donna le nom de "Code Civil des Français" au temps du Consulat.

La deuxième édition eut lieu sous l'empire, en I807. On met alors le Code Civil en harmonie avec le nouvel

Source : BIU Cujas

état de choses c'est-à-dire avec l'empire et on modifie les formules correspondant au régime de la république et du consulat pour remplacer les termes "premier consul et république " par ceux " d'empereur et d'empire". Le titre du code civil est, lui aussi, changé; il prend le nom de " Code Napoléon".

Avec la Restauration, le retour de la royauté, un nouveau changement devenait nécessaire et, en 1814, on décida que le Code civil de 1804 reprendrait son ancien titre de "Code civil".

Une troisième édition en fut publiée en 1816. Les expressions "roi, royaume", y remplacent celles d'empereur et d'empire" et c'est cette édition qui est encore en vigueur si bien que si on ouvre un Code civil on y verra dans l'article I que " les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le roi". Cette troisième édition a été consacrée et conservée par la Charte de 1830 ce qui était tout naturel, mais elle l'a été aussi par la consitution de 1848, ce qui était moins naturel. Elle l'a été aussi par celle de 1852. Cependant un décret loi du 27 Septembre 1852 avait rétabli le titre de code Napoléon mais sans faire du code une nouvelle édition. La constitution de 1875 est muette sur le code civil. Il est vrai que depuis 1870 on lui a restitué son nom de Code Civil: tout le monde a été d'accord pour cela. Il y a bien eu un projet de déposé, à l'Assemblée Nationale, en 1872, pour faire rétablir le titre de "Code civil" mais il ne fut pas pris en considération. On dit qu'il était inutile car la restitution du titre du Code civil était un fait accompli. Donc, le Code civil qui existe actuellement est le Code civil dans sa troisième édition, dans celle de 1816. Il n'y a pas eu d'édition nouvelle depuis cette date.

Examen du C.C. en lui-même

Il faut étudier maintenant le code civil, pris en lui-même pour en rechercher le contenu, la valeur, et en montrer l'application.

I. Quel est le contenu du Code Civil

Que contient donc le Code Civil ? Il faut le dire puisque c'est lui qui était la source à peu près unique du droit civil en 1804 et qu'il est encore la source principale du droit civil en 1929.

Il comporte Un titre préliminaire.

Il commence par un titre préliminaire " De la publication des effets et de l'application des lois en général". Ce titre qui ne comprend que 6 articles traite de la théorie de la loi et des pouvoirs du juge; il ne concerne pas seulement le droit public, il renferme des dispositions de droit public constitutionnel. Mais ce sont des dispositions qui dominent tout le droit et, à chaque instant, on aura à citer des articles contenus dans ce titre.

A l'origine ce titre préliminaire avait été précédé d'un exposé philosophique fait par Portalis sur les travaux de la Révolution en matière de codification. On l'a

Source : BIU Cujas

supprimé; on a considéré qu'il y avait là des hors d'oeuvres qui pouvaient être dangereux car on aurait pu estimer que les dispositions qu'il contenait liaient l'avenir.

Et 3 livres

3 livres lui font suite. Ce sont:

Le livre Ier. Il règle l'état des personnes soit comme individus soit comme membres de la famille.

Le livre II. Il est intitulé " Des biens et des différentes modifications de la propriété ". Il détermine les droits que les personnes peuvent avoir sur les objets du monde extérieur.

Le livre III. C'est le plus important. Il est intitulé " Des différentes manières dont on acquiert la propriété ". Il comprend 1500 articles alors que le Code civil, dans son ensemble, en comprend 2281.

Chacun de ces livres est divisé en titres, en chapitres, en sections et en paragraphes.

Jugement critique sur la valeur des divisions adoptées par le C.C.

Cette division, il faut l'indiquer tout de suite, a été vivement critiquée et, avant d'examiner la valeur qu'il faut attribuer au Code civil, et bien que cette question rentre dans celle de la valeur du code civil, il faut se demander si cette division est scientifique.

On a prétendu que non et on a proposé d'autres divisions, chacun de ceux qui faisaient ces critiques proposant une division différente. Mais, en réalité, cette division du code est très acceptable: elle répond à la division générale du droit civil. A quoi correspond elle en effet ? Elle correspond aux trois parties principales du droit civil. Dans le livre Ier ce sont les personnes qui sont étudiées, disons que ce sont les " sujets de droit". C'est l'homme envisagé dans sa personnalité juridique, au point de vue individuel ou familial. Dans le livre II c'est l'étude des droits et de "l'objet des droits" ce sont "les choses" et on verra comment on confond couramment le droit et l'objet du droit. Enfin le livre III envisage les "actes juridiques" c'est-à-dire des faits qui dépendent essentiellement de la volonté de l'homme, mais qui peuvent dépendre aussi de la volonté de la loi et par lesquels s'établissent les rapports juridiques. Les contrats sont les plus importants de ces actes juridiques.

Cette division en est si nette qu'il faudra l'adopter pour formuler la théorie générale des droits civils. Les principes généraux dont s'inspire le Code Civil doivent être en effet indiqués. Cambacérès les posait sous forme d'une trinité intangible, au nom du droit naturel; c'était: la liberté, la propriété, et l'autonomie contractuelle c'est-à-dire la liberté contractuelle. Au fond, cette division correspond à celle du code civil et à celle qu'on vient d'indiquer: dans la liberté des personnes on trouve les sujets du droit: dans la propriété on vise l'objet du droit, les choses, et, quant à l'autonomie contractuelle, elle vise surtout le contrat qui est le principal

Source : BIU Cujas

des actes juridiques. On exposera ces grands principes généraux du Code civil, on montrera comment le Code civil entendait ces problèmes pour lesquels il admet la liberté, l'égalité de pouvoirs juridiques de tout individu dans la nation, de l'individu pris en lui-même ou dans la famille et sous les modifications qui sont nécessairement apportées par les incapacités naturelles des individus. On étudiera avec les choses l'objet du droit, le principe de la propriété privée et le principe de la succession après décès qui n'est que le complément de la propriété privée. Le Code civil a admis aussi pour les actes juridiques l'autonomie des contrats le principe de la liberté du consentement, on parlera même de l'autonomie de la volonté individuelle, car il y a autonomie non seulement dans le contrat mais encore dans tous les actes juridiques.

Quelle est la valeur du Code Civil ? au point de vue du fond.

Puisque nous connaissons le fondement du Code civil, il faut nous demander quelle est sa valeur. Il faut bien entendu, pour apprécier le Code civil se placer essentiellement en I804. Il est en effet très facile de critiquer, I25 ans après, une oeuvre, mais ce qu'il faut se demander c'est ce que valait le Code civil en I804; on verra ensuite sa valeur en I929.

Pour apprécier ce qu'il vaut il faut l'envisager
I) Au point de vue philosophique,
2) Au point de vue politique,
3) Au point de vue économique,
4) Au point de vue juridique;

A) Au point de vue philosophique

Au point de vue philosophique le Code civil a subi l'influence philosophique du I8 ème siècle qui avait inspiré ses divers rédacteurs. Ces rédacteurs ont reçu l'influence indirecte des philosophes car ils ont emprunté la plupart de leurs dispositions aux jurisconsultes du I8ème siècle, surtout à Pothier mais aussi à d'Aguesseau et à Domat. La philosophie du I8ème siècle avait détruit la morale catholique: le droit était destiné à tenir la place de cette morale dans la nouvelle société. C'est par la proclamation du droit qu'on voulait préparer la rénovation du droit car, disait-on, et on l'a répété souvent au cours des assemblées révolutionnaires, " le désordre vient du mépris du droit d'autrui". On pensait, même au temps du Code civil, que l'observation du Code civil tel qu'il avait été promulgué, servirait de morale usuelle: on croyait que l'objet exact de la loi qu'était le Code civil, étant de rendre les hommes meilleurs. La loi est l'unique morale du peuple et on arrive à cette idée issue de l'école du droit naturel qu'il y a à se préoccuper constamment de la morale car le droit naturel est le mieux qui doit être atteint par le bien, qui est la loi.

B) Au point de vue politique

Au point de vue politique la Révolution est une transaction entre le droit révolutionnaire et l'ancien

Source : BIU Cujas

droit. C'est un accommodement des lois de l'époque intermédiaire avec la conservation de certains principes, notamment en ce qui concerne la famille, établis par l'ancien droit. Le Code civil n'est ni réactionnaire ni révolutionnaire: il a posé l'égalité devant la loi pour écarter les utopies, les mesures violentes aussi, du droit intermédiaire; il a fait prédominer, dans leur ensemble, les idées de la Révolution française, et c'est ce qui lui a donné sa durée. Partout l'égalité est consacrée, les derniers vestiges du régime féodal sont supprimés. Ces idées ont été mises en accord avec l'organisation sociale que déjà rêvait le Premier Consul: l'empire. C'est sous l'influence du droit de l'Ancien régime qu'a été organisée la famille car la période révolutionnaire avait dispersé la famille sans rien constituer à la place; elle n'avait, en effet, pas duré assez longtemps pour faire oeuvre constructive, pour pouvoir établir en cette matière un statut définitif.

Le Code est civil. L'autorité laïque l'emporte, c'est elle qui va régler l'état des personnes et le mariage, qui étaient réglés auparavant par l'église catholique.

Le Code civil fit, dans une large mesure, une oeuvre politique car il fortifia la concentration politique de la France par l'unité de législation. Et à cet égard on ne peut lui ménager les éloges. Il a été un bienfait considérable pour l'unité de la France: il a fait disparaître la diversité des droits, des coutumes, et des lois, mais, comme toute oeuvre politique, il a trouvé, quelque temps après sa promulgation, de violents détracteurs.

Quelle a été l'influence de Napoléon sur le C.C. ?

Il convient, à l'occasion de ce point de vue politique, de direquelle a été l'influence de Napoléon sur le Code civil. Si les courtisans l'ont exagérée, les détracteurs l'ont très volontiers diminuée. Ce ne devait pas être un spectacle banal que celui de cet officier d'artillerie de 32 ans qui menait, tambour battant, les discussions au Conseil d'Etat, et qui ne trouvait guère d'opposition, sauf en son inspirateur: Tronchet. A la vieille des séances du Conseil d'Etat, qui se tenaient le Jeudi, Napoléon se faisait documenter par Tronchet qui, sur les matières à discuter lui donnait des idées d'ensemble et lui prêtait même des livres de droit. Bonaparte suivit constamment les discussions, il y intervenait fréquemment, il voulait faire régner partout l'utilité et la justice, mais il voulait surtout un droit pratique.

Son influence fut considérable. Elle fut conservatrice car, Premier Consul, il croyait poindre l'empire et, surtout, il soutint des opinions plutôt rétrogrades à côté d'autres où, dominé par son intérêt personnel, il conseillait des institutions nouvelles. Aussi bien c'est à son autorité qu'on doit l'introduction de l'adoption dans le Code civil; il craignait pour la suite de l'Empire; c'est

Source : BIU Cujas

encore à son autorité personnelle qu'on dût le divorce: il se le ménageait. Mais il avait voulu resserrer les liens de famille, il voulait aussi supprimer la règle du partage obligatoire entre tous les enfants, car il voulait des familles très fortes. En somme son rôle fut considérable quoiqu'on en ait dit.

En réalité, il n'y a qu'un homme qui ait jamais contesté son intervention: c'est le Duc de Broglie. Le Duc de Broglie a fait remarquer que, toutes les fois qu'il lui avait été donné d'assister aux discussions, au sein du Conseil d'Etat, il n'avait pas eu de chance car, chaque fois que le maître parlait, il ne lui avait entendu dire que des " coquecigrues". Ce mot, s'il est authentique, il faut le remarquer, a été dit après I8I5, à un moment où son auteur était l'un des soutiens de Louis XVIII, alors que Napoléon était à St-Hélène. Or, tous les autres conseillers d'Etats, au contraire, ont reconnu l'intervention utile de Napoléon.

Napoléon à l'époque où se passait la rédaction du Code civil, montrait d'ailleurs déjà le but pratique qu'il visait. Il prétendait que l'expansion du Code civil aurait un but politique, qu'il lui assurerait la fidélité des populations, une fois le Code civil introduit dans leur pays.

C) Au point de vue économique

Au point de vue économique, on a beaucoup critiqué le Code Civil, mais depuis I804. En I804, c'est le code de l'individualisme économique: le respect de l'individu y est partout. On y étudie la propriété individuelle et la volonté individuelle dans le contrat.

Mais il ne faut pas oublier que la France, en I804 était composée d'une classe aisée de bourgeois qui comprenait des paysans, et de citadins, et que l'industrie existait à peine. Comment Napoléon et les rédacteurs du Code Civil auraient-ils pu se douter du développement de l'industrie qui allait se produire au I9ème siècle et aussi de l'avènement de la classe ouvrière ?

D) Au point de vue juridique

Au point de vue juridique, le Code civil est remarquable. Ses qualités de clarté, de précision, ont toujours été mises en relief Stendhal dit, par exemple, qu'en composant " la Chartreuse de Parme" il lisait tous les matins 2 ou 3 pages du Code Civil car il ne voulait pas " Par des moyens, factices fasciner l'âme du lecteur " La Chartreuse, a-t-il ajouté, est écrite comme le Code Civil ".

Le C.C. a le grand mérite d'être un code clair et pratique.

Quoiqu'il en soit ce n'est pas une oeuvre abstraite que le Code Civil, une oeuvre qui contient des principes difficiles à comprendre comme les règles établies dans le projet de Cambacérès: il s'abstient de toute définition de principe et c'est à cela qu'il doit

Source : BIU Cujas

d'avoir duré. Il peut, être, en entier, compris par tout le monde. En I804, toute famille avait le Code civil et on le comprenait, car il ne comporte que des solutions pratiques. On reviendra d'ailleurs sur ce point pour critiquer d'autres codifications. Aussi bien, si le Code civil de I804 s'était borné à traduire les conceptions doctrinales qui avaient été fournies par l'école du droit naturel, il aurait vite vieilli. Au contraire, il n'a pas cherché à établir des théories doctrinales, il a voulu les laisser à la théorie qui est la science de l'avenir. Et, en cela, Napoléon a parfaitement conçu son rôle de législateur qui n'est pas d'enchaîner la pensée, mais de donner des solutions pratiques.

Sans doute on peut critiquer même les grands législateurs, mais il ne faut pas oublier que Napoléon a compris l'utilité du Code et, après avoir vu les critiques qu'on peut adresser au Code civil on verra aussi que tous ses mérites ont été autant de raison à son extension.

Les critiques qu'on pouvait adresser au C.C. en I804.

Sans doute, dès I804, on peut adresser certaines critiques au Code civil. C'est ainsi que, en ce qui concerne l'état des personnes, Napoléon qui n'aimait pas les étrangers les traitait avec trop de rigueur; d'autre part, il n'est pas douteux que la femme, au domicile conjugal, n'était pas traitée comme une associée, comme elle aurait dû l'être: elle était moins une associée qu'une inférieure, il est évident également qu'il y avait certains incapables, les personnes atteintes d'aliénation mentale par exemple, auxquels on n'avait pas songé; de même en ce qui concerne le statut familial, la puissance paternelle pouvait sembler exagérée, elle était, en effet, considérée, en I804 comme absolue, à la manière romaine. Les enfants naturels n'étaient pas assez protégés. La propriété était absolue comme la puissance paternelle; on n'admettait pas la publicité des transmissions immobilières, ce qui était une faute car on avait un modèle excellent dans la loi du 11 Brumaire de l'an VII. Enfin, en matière de contrat, on pouvait considérer comme exagérée la supériorité qui était donnée aux maîtres par rapport aux domestiques; dans un procès, quel qu'il soit, on admettait, en vertu de l'article I78I du Code Civil, que le patron était toujours cru.

Mais, malgré ces imperfections, le Code civil reste comme le monument le plus étonnant de la fécondité des assemblées révolutionnaires. C'est l'image vivante et fidèle des faits et des idées en I804. Il était tout à fait conforme aux idées politiques, juridiques et économiques du début du I9ème siècle.

Les critiques qui ont été adressées

Mais les critiques se sont faites nombreuses à l'égard du code civil, depuis I804.

On a reproché, au point de vue politique, au Code civil, d'être un "code bourgeois". Il y a là une

Source : BIU Cujas

au C.C. depuis I804
a) Au point de vue politique

critique sur laquelle il n'est pas besoin de s'étendre, car on peut faire la même critique à tous les codes qui sont intervenus depuis, même s'ils datent de I900 ou de I9I2. On a dit également que c'était un code pour les riches: on y parle des droits du propriétaire, du créancier, du patron; ce n'est pas un code ouvrier, et le socialisme le lui reproche.

Au point de vue juridique.

Du point de vue juridique, on a déjà répondu aux critiques qui ont été faites au Code civil, du point de vue de son agencement scientifique, il faut toujours en revenir à la même idée: celle de la clarté et de la simplicité du Code civil, qualités qui lui ont permis de durer et de s'étendre. Et nous en arrivons ainsi à l'expansion du Code Civil.

De l'expansion du Code Civil

Le Code civil de I804 n'était pas le premier code européen. Il yen avait d'autres. Mais, si Frédéric II avait songé à établir un code constituant le corps du droit le plus complet qu'on puisse trouver au point de vue civil, il n'était arrivé qu'à des résultats imparfaits avec le Code prussien; il en était de même du Code Bavarois de I806 qui était très inférieur. Aucun code antérieur ne peut être comparé au Code civil qui s'en distingue par ses qualités de fond et de forme qualités qui expliquent tout le succès qu'il a rencontré.

A vrai dire, dans beaucoup de pays, il fut introduit par voie de conquête: Napoléon, par le Code civil, poursuivait un but politique. En effet , même au lendemain de la promulgation de ce code, il écrivait à son frère qu'il fallait établir partout le code civil et voici ce qu'il disait à cet égard: " Tout ce qui ne vous est pas attaché va se détruire alors en peu d'années, et ce que vous voulez conserver se consolidera". Voilà le grand avantage du Code Civil.

La législation française dut donc son extension aux victoires de Napoléon, et dans les pays, comme l'Italie ou la Pologne où il n'existait qu'un droit n'ayant pas dépassé le stade du Moyen Age, le Code civil de I804 réalisa un progrès considérable.

Le Code Civil fut promulgué en France, en Belgique, dans le Luxembourg, dans le Palatinat, dans la Prusse, en Bohême, sur toute la rive gauche du Rhin; Genève l'adopta, puis la Savoie, le Piémont les duchés de Parme et de Plaisance. Son succès fut considérable. Il fut d'ailleurs ensuite appliqué à d'autres pays car il avait en lui-même, grâce à sa valeur, une force d'expansion très grande; il fut appliqué ainsi en Westphalie en I808, dans le Hanovre en I810, en Suisse, dans la ville de Dantzig dans le grand duché de Varsovie et dans les provinces Illyriennes en I8I6. De I806 à I8II le Code Civil est à son apogée, partout on en fait l'éloge, on le met même en vers ! Mais, par la suite, il fut attaqué

Source : BIU Cujas

violemment et souvent les princes rétablis par le Congrès de Vienne l'écartèrent. Il en fut ainsi notamment de la part de l'électeur de Hesse et du roi de Sardaigne qui, au temps de Napoléon l'avait cependant introduit avec plaisir. Les Pays-Bas, de leur côté, adoptèrent le Code civil, mais, dès 1814, ils le révisèrent . Cette révision aboutit, en 1837. En Italie certains duchés, Parme Plaisance, avaient voulu l'écarter, ce furent les populations qui le redemandèrent et on dû le réintroduire.

Quand le souvenir de Napoléon se fut quelque peu effacé et que les craintes qu'il avait fait naître se furent calmées, on se montra plus juste pour le Code Civil et certains pays le conservèrent. Un exemple à cet égard suffira: c'est celui de la Rhénanie. Le Code civil avait été introduit dans ce pays et, de toutes les institutions françaises, c'est le Code civil qui y était le plus apprécié. Pendant longtemps on ne songea pas à le modifier (il est même curieux de constater qu'en Rhénanie, notamment après 1815, en ce pays qui était soumis au Code civil on était obligé, en ce qui concerne l'interprétation du Code civil, de s'en tenir aux décisions des tribunaux français notamment aux arrêts de la Cour de Cassation). Plus tard on voulut supprimer le Code Civil. Une commission fut nommée pour en abroger les dispositions, mais on se prononça pour le maintien de la législation française.

L'influence du Code civil a donc été considérable: partout où il a été introduit il a amené une réforme législative. Un seul pays s'est montré absolument rebelle à son influence: c'est l'Angleterre. Mais partout ailleurs le Code Civil a amélioré le droit et il est possible de dire, qu'à ce point de vue, le monde entier lui est redevable, tant au point de vue juridique, qu'au point de vue de la clarté de la loi.

C) Evolution du droit civil de 1804 à nos jours.

Evolution du droit civil depuis 1804

Au lendemain de la promulgation du C.C. et pendant une grand partie du XIX° siècle, les jurisconsultes considérèrent que tout le droit civil était dans le Code civil, qu'il en était la source unique. Cette illusion, créée par la promulgation du Code civil, chez les jurisconsultes avait entraîné aussi la conviction du juge qu'il fallait chercher tout le droit civil dans le Code civil. C'est qu'en effet, le juge ne pouvait pas s'abstenir de juger: quand une affaire nouvelle se présentait, il lui fallait juger. L'art. 4 du C.C. le lui imposait " Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

Mais la pratique facilitait la tâche aux juges, c'est-à-dire la pratique extra-judiciaire, en dehors des

Source : BIU Cujas

tribunaux. Elle avait vu naître, en effet, des institutions nouvelles, notamment l'assurance qui était inconnue, en tant qu'assurance terrestre tout au moins, par le C.C. de 1804. L'assurance n'était l'objet de dispositions partibulières qu'en tant qu'assurance maritime dans le code de 1807. La jurisprudence fut donc aidée dans son oeuvre par la pratique extra-judiciaire et par la doctrine; lentement, on vit une adaptation se faire des principes contenus dans le code civil. On admettait en effet toujours le C.C. et le principe aurait pu être: " par le C.C. mais au-delà du C.C.".

L'évolution du droit depuis 1804 s'est donc faite par la pratique extra-judiciaire, la doctrine, la jurisprudence et surtout par la loi, car les lois sont devenues nombreuses. Le C.C. ne contient plus tout le droit civil. Sans doute déjà, dès le début, le C.C. ne contenait pas tout le droit, puisqu'on n'avait pas abrogé l'ancien droit dans les matières non traitées et que d'autre part, le droit intermédiaire avait subsisté dans les parties qui n'avaient pas été modifiées expressément. De nos jours au contraire, il faut compléter le droit civil par des lois nombreuses qu'on appelle, pour cette raison, lois complémentaires.

Elle est constituée par 3 évolutions concurrentes

Pour étudier l'évolution du droit civil depuis le C.C. on examinera successivement:

1° L'évolution de la législation.
2° L'évolution de la jurisprudence.
3° L'évolution de la doctrine.

Quant à la pratique extra-judiciaire, on la retrouvera à chaque pas dans la jurisprudence, et c'est souvent elle qui montrera le chemin que devra suivre le législateur.

I° L'évolution de la loi

Il faudrait pouvoir examiner en détail les différentes lois qui ont été introduites depuis le C.C. Il y aurait un grand intérêt à le faire car ce serait l'illustration de l'idée d'évolution du droit civil qui a été mise en relief au début de ces explications.

Tout de suite après la promulgation du C.C. Napoléon avait songé à d'autres codifications, mais elles furent moins bonnes que celle du C.C. Il y eut, en effet, le C. Pr. Civ. qui fut introduit en 1806, puis le C.Com. de 1807, mais ces deux codes sont inférieurs au C.C. car on a souvent suivi trop servilement, d'une part l'ordonnance sur la procédure civile, d'autre part l'ordonnance ou le Code Savary sur le commerce.

De même, un important travail avait été fait au temps de l'Empire en faveur de la codification. Il fut réalisé pour le droit pénal par le Code de 1809 et pour la procédure pénale par le C. Inst. Crim. de 1810.

Mais depuis de nombreuses lois sont intervenues pour augmenter, modifier ou supprimer certains textes du

Source : BIU Cujas

C.C. Ce sont les lois complémentaires dont on parlait plus haut.

Les règles qui la dominent

Il ne peut être question de procéder ici à une énumération qui serait fastidieuse, mais on peut montrer que toutes ces lois sont le produit de certaines règles générales qui s'en dégagent. Trois idées dominent, en effet, toute cette évolution de la législation:

I° L'histoire des lois, l'évolution des lois dans un pays et, d'une façon générale, l'histoire du droit, c'est l'histoire des besoins et du travail d'une nation, dans notre cas de la France.

2° La loi est toujours, ou presque toujours, la consécration d'une hiérarchie d'intérêts, de privilèges au profit de ceux qui détiennent le pouvoir ou de ceux sur qui s'appuie le pouvoir. Une partie du pays fait toujours les lois qui lui sont le plus favorables. Sans doute il serait décevant qu'il en soit toujours ainsi et c'est pourquoi, souvent, une troisième idée vient rectifier ce qu'il y aurait d'injuste dans cette deuxième.

3° Les lois suivent les modifications juridiques, morales et même philosophiques d'une époque, et cela sous l'influence de l'opinion publique dont il faut tant tenir compte. Ainsi l'opinion publique, les idées dominantes, contribuent à éviter ce qu'il y aurait d'excessif à ce qu'un législateur ne légiférât que pour un parti. Ces idées on va d'ailleurs les retrouver en retraçant l'histoire politique et sociale de la France.

Histoire de l'évolution législative de la France depuis la promulgation du C.C.

Au lendemain de la promulgation du C.C. et pendant tout le Premier Empire, il était naturel qu'aucune loi importante ne vînt apporter de changement du C.C. L'empereur ne voulait pas toucher à son oeuvre, dont il savait qu'elle serait l'un de ses plus beaux titres de reconnaissance de la part de la France. Il écrivait, en effet, à Sainte-Hélène " Ma vraie gloire ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles: Waterloo effacera le souvenir de toutes ces gloires, mais ce que rien n'effacera, ce qui sera éternel, c'est mon Code civil ".

Napoléon n'avait pas besoin d'ailleurs de modifier le C.C. car, pendant tout l'empire il était tout à fait conforme aux besoins et aux tendances de l'époque.

L'oeuvre de la Restauration

C'est pourquoi, malgré son désir La Restauration n'eut pas à adopter de loi modifiant le C.C. : le milieu social n'avait pas changé. Cependant on était sous la monarchie et c'est pourquoi la législation va révéler quelques lois de réaction contre l'esprit révolutionnaire dont était issu le C.C. La monarchie reconnut la religion catholique comme religion d'Etat, elle supprima le divorce, loi du 8 mai I8I6; cherchant à fortifier ses partisans elle rétablit dans la loi du 17 mai I826 les substitutions dont le but était de maintenir la richesse là où elle se trouvait: dans les grandes familles. Elle cherchait,

Source : BIU Cujas

en effet, son appui sur elle et c'est pourquoi il y eut un essai de réaction. Mais le parti du pouvoir ne put pas l'emporter, car l'opinion publique s'y opposa. On essaya bien de rétablir le droit d'aînesse, mais cette tentative fut accueillie si mal qu'il n'en fut plus question. Il faut signaler simplement à cette époque l'apparition du Code forestier en 1827.

L'oeuvre de la Monarchie de Juillet.

La monarchie de Juillet ramena au pouvoir une aristocratie bourgeoise, jalouse de sa fortune; à cette époque on voit naître des institutions nouvelles. L'activité économique, au point de vue commercial et industriel, est très grande. La France était sortie amoindrie, appauvrie de l'Empire et de la Révolution. Napoléon n'avait pas eu le temps d'assurer, par une paix durable, les progrès de la richesse. La Restauration, dominée par les grandes familles nobles, les grands propriétaires fonciers, avait été hostile à l'essor de la fortune mobilière. La monarchie de Juillet, au contraire, va se montrer toute favorable à la fortune mobilière. De 1830 à 1848 on voit apparaître de nouveaux biens: les brevets d'invention font l'objet d'une loi du 5 mai 1841; on protège la propriété littéraire, loi de 1844; on se préoccupe d'assurer, dans de bonnes conditions, l'expropriation pour cause d'utilité publique, loi du 3 mai 1841. D'autre part, on facilite l'épargne: en 1835-1837 on fait une loi sur les caisses d'épargne, on prohibe les loteries, par une loi du 21 mai 1838 et on réglemente le droit de la faillite par une loi de 1838 qui vient modifier le C.Com.

On fit aussi un essai en vue de l'introduction de ce qui avait été admis par la loi de Brumaire de l'an VII: la publicité des droits réels immobiliers. Une vaste enquête fut entreprise dans toute la France à cet égard, mais la Révolution de 1848 ne lui permit pas d'aboutir. Du moins tous les travaux qui avaient été entrepris par la commission servirent-ils à d'autres, puisque c'est dans ces travaux que la Belgique est venue chercher sa loi nouvelle du 16 décembre 1851 sur les privilèges et hypothèques.

L'oeuvre de la Seconde République

Avec la Révolution de 1848, le pouvoir politique passe à la masse ouvrière et tout le mouvement législatif s'en ressent. Mais, la Deuxième République ne dura pas, elle fit seulement quelques lois. Ce sont d'abord des lois en faveur des ouvriers, comme la loi sur la limitation de la durée du travail, la loi sur le contrat d'apprentissage et la loi sur le livret ouvrier qui est même postérieure à la Révolution.

L'oeuvre du Second Empire

Avec le Coup d'Etat du 2 décembre, le Second Empire vint tout modifier. Il cherche sa force dans l'armée, dans la population des campagnes. C'est la période

Source : BIU Cujas

où les paysans voient le gouvernement s'intéresser à eux. Jamais la terre n'avait acquis une aussi grande valeur, jamais les produits agricoles ne s'étaient aussi bien vendus. L'Empire s'appuie, en effet, sur la classe agricole, et il se méfie de la classe ouvrière qui n'est pas propriétaire, c'est pourquoi la législation fera tout pour la propriété agricole. On peut citer à cet égard la loi du 28 février I852 sur les sociétés de crédit foncier, puis la loi du 10 juin I854 sur le drainage, la loi du 23 mars I855 sur la publicité des droits réels immobiliers.

On a parlé, d'autre part, de l'influence de l'armée. Elle se fait sentir par l'organisation de la justice militaire en deux codes, l'un pour l'armée de terre en I857, l'autre pour l'armée de mer en I858.

Au contraire, on peut noter, dans certaines lois un esprit de défaveur à l'égard des ouvriers: loi de I853 sur le conseil des prudhommes, loi de I854 sur le livret ouvrier. Si l'Empire libéral devait devant une certaine mesure modifier ces tendances, il n'en resta pas moins défavorable à la classe ouvrière.

Il faut cependant citer d'autres lois qui ne se rattachent à aucune deces influences politiques. Il en est ainsi de la loi du 3I mai I854 qui abroge les dispositions sur la mort civile, la loi du I4 Mai I866 sur les droits d'auteur; la contrainte par corps est abolie par la loi du 22 juillet I867 et c'est de cette époque aussi que date notre grande loi sur les sociétés, la loi du 24 juillet I867.

L'oeuvre de la Troisième République

Sous la Troisième République, proclamée le 4 septembre I870, le mouvement législatif va prendre une extension considérable, après une première période de recueillement.

A la suite de la défaite écrasante de I870, la France était profondément atteinte dans sa richesse, dans son territoire et dans son prestige. Il fallait tout reconstituer, sans compter que pendant plusieurs années le régime politique restait douteux, mais quand la constitution fut bien établie, quand, à partir de I879, on vit que le parti de la République avait la majorité dans les deux Chambres, il y eut un changement de direction; des modifications profondes, et d'importantes lois survinrent.

Dans la Ière période I870-I879

Pendant la période de recueillement on songe surtout au développement de la fortune de la France, on vote des lois favorables au développement de la richesse. Il faut citer à cet égard la loi du 15 juin I872 sur la perte des titres au porteur, loi très importante dont on a fait des applications fort intéressantes pendant la guerre; une loi de I874 sur l'hypothèque maritime, puis une autre loi de I874 sur les fils d'étrangers nés en

Source : BIU Cujas

France, ceci en vue d'accroître la population décimée par la guerre.

Dans la 2ᵉ période 1879-1914

La seconde période se caractérise par une prodigieuse activité législative. En effet, le régime politique est assuré.

D'une part, la législation se fait de plus en plus égalitaire, égalité non pas bien entendu dans la fortune acquise, mais dans l'aptitude à acquérir la fortune, et ce mouvement libéral fait rétablir le divorce en 1884. Il va faire reconnaître également des droits successoraux plus étendus au conjoint survivant: loi du 9 mars 1891, ainsi qu'aux enfants naturels: loi du 25 mars 1896: Et il faut rattacher à la même idée les lois sur la nationalité de 1889 et de 1893.

Mais surtout le suffrage universel marque l'avènement de la classe ouvrière au pouvoir, et comme celle-ci a le nombre et la force elle veut qu'on légifère pour elle. Ce sont alors les lois suivantes: loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels; on règlemente le travail, par la loi du 12 juillet 1895, on introduit l'insaisissabilité des petits traitements et salaires et on fait de grandes lois comme celle du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, ou celle du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières.

Dans la période d'après-guerre

Avec la victoire des Alliés, une nouvelle période commence, qui va accentuer surtout la transformation corporative de notre société. Les corporations dissoutes en 1789 se sont, en effet, reconstituées et, se sentant puissantes, demandent des privilèges, car ainsi qu'on l'a dit les corporations, les groupements, les associations ont "l'amour du privilège et la haine du droit commun". La législation certes reste libérale et égalitaire. Mais c'est une égalité individuelle; elle perd ce caractère au point de vue de l'égalité sociale car chaque groupement cherche à obtenir des lois qui lui soient favorables. On a ainsi des essais de nouveaux codes: on parle par exemple du Code du Travail et on l'établit incomplètement. On veut même un code du travail maritime. Le développement corporatif a donc modifié la législation.

A côté de ce mouvement syndicaliste, on peut dire qu'on s'est toujours efforcé de restreindre la liberté individuelle dans le contrat. Pour cela on a déclaré certaines stipulations contraires à l'ordre public, et comme ce qui est contraire à un contrat, oeuvre de la volonté individuelle, on est arrivé à limiter le champ d'action de cette volonté dans les contrats.

Enfin, le droit civil a acquis un caractère administratif. Jamais il n'y eût tant de règles, tant d'obligations imposées, tant de vérifications et de contrôles.

Source : BIU Cujas

On n'a pas mentionné d'autres codifications. Il en est une cependant qu'on retrouvera, c'est le Code rural, fait pour les agriculteurs. Et il faut citer encore un autre code, celui de l'enregistrement qui date de 1926, mais qui est l'oeuvre de l'Administration, non du législateur.

Pendant la période de la guerre l'activité législative n'a porté que sur des points de détail

On a mis à part la période de la guerre pendant laquelle l'activité législative a été particulièrement abondante, mais elle ne s'est traduite que par des effets de détail, sans toucher à l'existence des textes du C.C. On a surtout alors modifié le droit de famille et le droit des obligations.

Le droit de famille a dû être modifié sur beaucoup de points en raison de l'absence des pères de famille aux armées. Des réformes ont été faites dans l'intérêt des mobilisés. On a rendu possible la légitimation des cas que nous aurons à préciser; on a diminué les rigueurs relatives à la naturalisation des étrangers, on a facilité les formalités du divorce et on a permis aux femmes d'avoir accès aux conseils de famille, à la tutelle.

Cependant, dans son ensemble, la législation, surtout celle concernant le droit des obligations, a été une législation provisoire. Le droit des obligations a été modifié, en effet, car on a permis les moratoires, délais accordés aux débiteurs pour s'acquitter, si bien qu'après avoir renouvelé pendant la guerre ces moratoires, on a dû prendre des dispositions spéciales pour permettre le paiement.

La plupart de ces lois avait un caractère provisoire. Elles étaient mal faites car elles avaient été faites au dernier moment: nous n'étions pas préparés à la guerre.

De nos jours les lois sont innombrables; il y a trop de lois, et surtout trop de lois inappliquées. Chaque législature veut avoir de quoi remplir son programme électoral; on veut des lois qui fassent plaisir aux électeurs et il y en a qui demeurent sans application, car elles ne répondent pas aux aspirations des intéressés. C'est ainsi qu'il y a une loi sur le bien de famille qui permet au père de famille, à la campagne surtout, de se constituer un bien soustrait à l'action de ses créanciers. Mais toute cette législation est restée inappliquée. De même la loi sur les retraites ouvrières du 5 avril 1910 n'a pas reçu d'application ou plutôt on est arrivé sans doute à un certaine application, mais ceux qui ont réclamé le bénéfice de cette loi ce n'ont été que des personnes âgées qui devaient en profiter très rapidement. Il en est résulté que de nos jours, et avant l'application de la loi sur les assurances sociales, il n'y a pas 2 millions

On s'est demandé lors du centenaire du C.C. s'il ne serait pas opportun de réviser le C.C. que tant de lois ont modifié depuis 1804

Source : BIU Cujas

d'assurés qui paient pour une retraite, sur 8 ou 10 millions d'assujettis à la loi de I9I0.

Comme ces lois sont nombreuses, comme elles ont pour résultat d'être difficiles à connaître, on s'est demandé s'il n'y aurait pas lieu de nos jours à procéder à une révision du Code civil. La question s'était surtout posée au moment où on fêtait lecentenaire du C.C. A cette époque on s'est demandé s'il ne fallait pas, puisque le C.C. est encombré de lois, puisqu'il y a certaines dispositions où l'on a peine à se retrouver comme celle de l'art. 340 par exemple, réviser le C.C.

Deux opinions extrêmes ont été alors présentées. L'une émanait de M. Larnaude. Elle était exposée dans un article intitulée:"Le Code civil et la nécessité de sa révision " contenu dans 2 volumes qui furent publiés à l'occasion du centenaire du Code civil. L'auteur se prononçait comme le titre l'indique, pour la révision. En raison de ce que le Code civil devenait énorme, qu'il y avait des dispositions inappliquées, il demandait, en conservant l'ordre et le numérotage du C.C. car il y a des articles qu'on cite tous les jours par leur numéro - notamment l'art. I382, article le plus cité du Code civil qui pose le principe que tout fait dommageable impose réparation à son auteur qu'on révisât le Code civil.

Mais M. Planiol, dans un article paru dans le même ouvrage et intitulé: " L'inutilité d'une révision générale du Code civil " déclara, d'autre part, qu'il ne fallait pas faire une grande révision, que le Code civil avait encore sa valeur. Et il montrait les inconvénients que pourrait avoir une législation nouvelle. Il prenait exemple sur l'Allemagne et il disait qu'un code tout neuf est un outil incommode, que ce serait folie d'abattre un château parce qu'il y a quelques poutres ou quelques ardoises à changer.

Une commission fut nommée après les fêtes du Centenaire. Il n'est d'ailleurs pas resté grand chose de ses travaux. On se rappelle surtout que l'un des membres, le dramaturge Paul Hervieu, avait demandé qu'on introduisît comme obligation dans le mariage, à côté de la fidélité, du secours et de l'assistance, l'amour.

Le droit civil n'est donc pas tout entier dans le C.C. Mais si une révision du C.C. pouvait avoir lieu elle ne serait pas nécessaire en tant que révision générale; il faudrait une révision particulière. Or, à une heure où la victoire nous a rendu tout notre prestige, où les autres nations nous demandent des modèles de législation, à une époque où la pensée juridique française jouit d'un prestige considérable, ne faudrait-il pas pouvoir présenter à ceux qui nous le demandent un code parfait une législation bien faite ?

Source : BIU Cujas

Les codifications étrangères du 19e et du 20e siècles.

C'est qu'en effet, d'autres pays ont travaillé: il y a des codes nouveaux. Il en est deux surtout qu'il faut citer en faisant abstraction du Code des soviets qui est la législation d'unparti et ne peut avoir la prétention d'être une oeuvre de valeur; ce sont le C.C. allemand et le C.C. suisse.

Le C.C. allemand du 1er Janvier 1900

Le C.C. allemand a été le résultat de la victoire de la Prusse en 1870-1871. Une loi d'empire de 1873 avait chargé le gouvernement de préparer un Code civil allemand. Les Allemands savaient, en effet, que l'unité du droit était le complément de l'unité économique qu'ils avaient réalisée au cours du XIXe siècle et de l'unité politique qu'ils avaient faite à Versailles. La commission qui comprenait peu de membres travailla beaucoup; il y eut trois projets de code et le code fut prêt en 1896; comme Guillaume II s'imaginait que le siècle nouveau commençait le 1er janvier 1900, et non pas le 1er janvier 1901, il fit admettre que le C.C. allemand s'appliquerait à partir du 1er janvier 1900. C'est une oeuvre qu'il ne faut pas comparer au C.C. français, car il est né cent ans après et a pu, parconséquent, profiter de l'expérience acquise, des modifications survenues dans les idées philosophiques, politiques et économiques.

Ce code a de grandes qualités, mais il a aussi de grands défauts.

Les caractéristiques du C.C. allemand

En ce qui concerne ses qualités, on peut dire qu'il est inspiré d'un esprit scientifique certain. Ce sont de vrais jurisconsultes qui l'ont fait. Ceci a son intérêt, mais aussi sa critique. Il a une technique rigoureuse; dans son ensemble une parfaite unité. Ses termes sont précis. Il est divisé de la façon suivante, il y a tout d'abord un titre préliminaire de caractère très général et très important puis les obligations, le droit des choses, le droit familial et le droit successoral. La règlementation de la famille et de la succession a donc été distinguée du droit sur les personnes.

Mais ce code soulève aussi de grandes critiques qui ne lui ont pas permis de se répandre comme le C.C. français. Il a voulu tout régler. Les rédacteurs du C.C. allemand ont voulu tout prévoir. Ils ont dû d'ailleurs par la suite se rendre compte qu'il fallait en revenir à la pensée de Portalis, qu'il ne faut pas envisager tout le droit dans un code. Le C.C. allemand est, d'autre part, un code qui n'a pas la clarté des lois françaises; il emploie les termes juridiques les plus savants. Or, comment un paysan du Wurtemberg ou de la Bavière peut-il comprendre par exemple les règles sur la cession de dettes, institution des plus difficiles ? De même que peut-on comprendre d'une façon générale à des termes d'une technique rigoureuse ? Ce code, il faut le répéter, est trop technique et il est

Source : BIU Cujas

aussi trop profondément allemand, ce qui a empêché son expansion. Les socialistes ont dit que c'était un code bourgeois. On a dit en son temps pourquoi il ne fallait pas attacher d'importance à ce reproche, en ce qui concerne le C.C. français, celui-ci ayant été fait en 1804 pour la bourgeoisie, c'est-à-dire pour le milieu social de l'époque. Il n'en est pas tout à fait de même pour le C.C. allemand.

Le C.C. allemand n'a pas eu, par conséquent, et ne pouvait avoir l'influence qu'a eue le C.C. On l'a dit: il ne fera pas le tour du monde comme le C.C. français. La défaite allemande a encore arrêté sa force d'expansion, mais sans elle même le C.C. allemand n'aurait pas connu le succès du nôtre.

Le C.C. allemand est encore en vigueur dans une certaine mesure, en Alsace-Lorraine sous le nom de droit local.

Il fallait parler du C.C. allemand, car après la victoire, lors du retour de l'Alsace-Lorraine à la France il n'a pas semblé possible de faire disparaître immédiatement de l'Alsace-Lorraine les lois allemandes: on n'a pas voulu appliquer tout de suite le C.C. français. A la suite d'une loi d'octobre 1919 on avait maintenu la législation allemande en Alsace-Lorraine, et depuis que la loi du 1er juin 1924 a introduit la législation française en Alsace-Lorraine; cependant il y a encore des règles du droit allemand qui s'appliquent, ce sont celles dont la population s'accommodait, dont elle réclamait le maintien. En effet on a laissésubsister en Alsace-Lorraine le C.C. allemand, sous le nom de droit local en ce qui concerne le régime des associations, et pour les fondations, d'une manière définitive, et on l'a maintenu pour dix ans en ce qui concerne une institution que nous n'avons pas en France, l'institution des livres fonciers relatifs aux transmissions immobilières, car on a toujours l'espoir en France d'établir sinon des livres fonciers du moins un succédané . De même le contrat d'assurance est encore, en Alsace-Lorraine, réglé par la loi allemande de 1908. On a espéré qu'un projet qui traîne encore au Parlement sur le contrat d'assurance, finirait par aboutir.

Nous n'avons donc plus en France à l'heure actuelle d'unité de législation, par conséquent de droit civil: il y a des dispositions notamment sur la tutelle, sur le droit successoral ou le droit matrimonial qui sont réservées à l'Alsace-Lorraine.

Le C.C. suisse de 1912

Le C.C. suisse a suivi de près le C.C. allemand. Il a eu un succès plus grand que le C.C. allemand. Il est vrai qu'il a pu profiter de toutes les améliorations du C.C. allemand. Il est certain, en effet, que si c'est en 1874 qu'on réclama l'unification du C.C. et que si elle fut réalisée, en Suisse, à cette époque, pour le mariage et le droit civil, si en 1881 intervient un Code fédéral des obligations, c'est seulement à partir de 1912 que le C.C. fut appliqué.

Source : BIU Cujas

Ce C.C. est l'oeuvre d'un seul jurisconsulte, le professeur Huber " Comme cela, disait-il, je me réunis quand je veux". Il travailla pendant plusieurs années. Un vote populaire en 1898 avait affirmé la nécessité d'une codification du droit. Le projet vint devant les chambres en 1907. Il devint définitif à partir du 10 décembre 1907, et fut appliqué à partir du 1er janvier 1912, car on voulait y incorporer le Code fédéral des obligations de 1881 au jour de son application.

Son contenu.

Il est divisé en 4 parties et un titre préliminaire très courtqui renferme dix articles. On y étudie les personnes, la famille, les successions et les droits réels.

Ses caractéristiques

Ce code est également un code bourgeois; il est moins scientifique que le C.C. allemand, mais il est plus près du peuple. Il conserve encore une très bonne technique, il est plus pratique que le C.C. allemand; ses formules sont plus larges; on ne cherche pas à régler toutes les questions susceptibles de se présenter, on ne veut que viser les questions principales. Et quand certains pays eurent à rechercher quelle législation appliquer, après la défaite allemande, c'est au C.C. suisse qu'ils sont venus emprunter leurs dispositions. C'est ainsi que la Turquie a introduit sur son territoire le C.C. suisse presque sans modification, en 1926.

2) L'évolution de la jurisprudence.

La jurisprudence est la seconde source dont il faudrait retracer l'évolution, mais cette évolution on l'examinera à propos de chaque institution. Il faut simplement signaler ici où l'on trouve les sources de la jurisprudence.

Les recueils de jurisprudence.

Les décisions judiciaires doivent être recherchées dans deux grands recueils.

C'est tout d'abord le Sirey, qui s'intitule: " Recueil général des lois et arrêts "fondé en 1791 par Jean-Baptiste Sirey. Il est divisé en 4 parties: Cour de cassation, cours d'appel et tribunaux, Conseil d'Etat et jurisprudence administrative; enfin la jurisprudence étrangère. Il y est ajouté une partie très importante pour les lois et les décrets qui forment un volume qu'on peut réunir tous les cinq ans. On cite le Sirey de la façon suivante Année 1900, 1ère partie, (c'est-à-dire cour de cassation), 350, C'est-à-dire p. 350 par exemple. Un volume paraît chaque année.

Le Dalloz est le second répertoire de jurisprudence. On le cite de manière identique. Il faut seulement signaler que l'ordre est un peu différent; du moins la 1ère partie est consacrée aux arrêts de la cour de cassation, la seconde aux décisions des cours d'appel et des tribunaux étrangers.

3) L'évolution de

Il faut se demander maintenant quelle a été l'évolution de la doctrine, quelles ont été les princi-

Source : BIU Cujas

la doctrine

pales sources de la doctrine au cours du XIX° siècle et au XX° siècle.

Trois sources peuvent être distinguées.

3 périodes doivent être distinguées

a) La période exégétique et psychologique

Au début du XIX° siècle, et pendant la première moitié de ce siècle, la doctrine se borne à commenter le C.C. C'est une méthode exégétique exagérée, c'est l'explication du C.C. d'une façon grammaticale et littérale. On a prétendu que la méthode était exégétique et psychologique. On recherche partout, pour interpréter le code, la volonté du législateur de 1804 et on la trouve dans les travaux préparatoires. On fait du droit civil par le Code civil, de sorte qu'un auteur pourra dire: j'étudie non pas le droit civil, mais le code civil.

Le C.C. a été l'objet d'études dès 1805 et à cet égard on peut rappeler à ce sujet une boutade originale de Napoléon quand on lui apprit que Malville publiait en 1805, une "analyse raisonnée du Code civil ""Mon code est perdu ! " s'écria Napoléon.

C'est de cette époque exégétique et psychologique que date l'ouvrage de jurisconsultes qui ne sont plus guère consultés, sauf Troplong. Il est d'ailleurs amusant de constater qu'à mesure qu'ils paraissent les travaux deviennent plus longs. C'est ainsi que Toullier avait commencé en 1811 un commentaire doctrinal du C.C. en 14 volumes, Duranton de 1822 à 1844 en fit 22 et Troplong en 1833,27.

b) La période dogmatique

Dans la seconde période, les auteurs se font plus analystes, et ils recherchent à synthétiser les idées du Code. C'est la grande période du droit civil, c'est la période dogmatique. On dégage les idées générales du C.C. et quand des institutions nouvelles se présentent on cherche à leur appliquer ces idées générales. C'est de cette époque que date l'oeuvre de Demolombe, avocat et Professeur à la Faculté de Droit de Caen, qui fit 31 volumes sur le C.C. bien qu'il n'allât pas plus loin que l'art. 1386. C'est de cette époque également que date l'oeuvre d'Aubry et Rau, dont les éditions successives ont montré le succès. La 5ème édition a été revue par M. Bartin, qui l'a renouvelée par ses notes dans certaines parties. Il faut citer encore l'auteur belge Laurent, avec ses " Principes de droit privé " en 31 volumes. Il s'inspire d'une interprétation purement littérale.

c) La période comparative et critique

La troisième période dure encore. C'est une période comparative et critique. Elle a eu surtout comme inspirateurs Saleilles, professeur dans cette Faculté et M. Planiol. On se préoccupe d'appliquer la méthode évolutive, positive et critique de la doctrine moderne. On y découvre d'ailleurs plusieurs tendances.

Les uns s'en tiennent à des constructions doctrinales qu'ils édifient sur le raisonnement, ils étudient les textes, cherchant ce qu'ils sont devenus dans nos

Source : BIU Cujas

moeurs et ils en systématisent l'application. C'est à cette méthode que se rattache le livre de M. Planiol revu par M. Ripert , intitulé: " Traité élémentaire de Droit civil", qui est un excellent manuel.

D'autres auteurs montrent ce que les institutions ont de nouveau et ils les adaptent au milieu juridique, c'est ce qu'a fait M. Bartin dans sa révision du Traité d'Aubry et Rau.

D'autres enfin recourent au droit comparé en même temps qu'à la jurisprudence; ils cherchent à apprécier la valeur des institutions françaises par leur confrontation avec les institutions analogues de l'étranger. Telle est l'oeuvre de MM. Collin et Capitant, intitulée : Cours élémentaire de Droit civil, qui est aussi un ouvrage excellent.

Les sources actuelles du droit civil.

Valeur respective des différentes sources du droit

En laissant de côté le contrat, la source essentielle du droit civil c'est la loi. Mais il faut placer à côté d'elle la coutume, et rechercher le rôle que sont appelées à jouer la jurisprudence, la doctrine et la pratique extra-judiciaire, la jurisprudence étant la pratique judiciaire.

Auparavant, il convient de se demander quelle est, de ces sources, celle qui répond le mieux au développement du droit.

Position prise sur ce point par l'école rationaliste et par l'école historique

Il faut revenir ici sur l'opposition qui existe entre l'école rationaliste et l'école historique. L'école rationaliste soutient que la loi et la codification sont les seuls modes rationnels de création juridique et la pratique, la coutume sont considérées comme des modes inférieurs auxquels on devrait laisser le moins de place possible. L'école historique, au contraire, prétend que ce sont les lois et la codification qui sont les modes inférieurs de formation du droit, car elles ont l'inconvénient essentiel d'immobiliser le droit au lieu de le laisser se développer normalement avec le progrès social. Il faut revenir sur ce point, car l'école historique née après la publication de la brochure de Savigny avait été suscitée, dans sa création par une autre oeuvre. A la suite de l'immense succès du Code civil en Europe, on avait cherché à diminuer son influence en Allemagne. Frappé de la simplicité et de l'uniformité de la législation en France, Tribaud, un auteur allemand avait vanté les avantages pratiques de la loi et de la codification et il avait demandé en 1814 la rédaction d'un code civil pour l'Allemagne. Son livre fut publié à Heidelberg en 1814. Savigny y répondit par une brochure qui avait pour but de montrer les inconvénients de la loi et les avantages de la coutume. Mais ici il nous

Source : BIU Cujas

faut seulement rechercher laquelle de ces deux sources vaut le mieux comme source de droit.

Les avantages que présente la loi sur la coutume

Il n'est pas douteux que la coutume, prise isolément, soit un instrument imparfait de perfectionnement du droit. Elle ne donne qu'une indication des tendances et cela va montrer ses inconvénients.

D'une part, comme elle dérive des besoins de la société elle ne prévoit que les nécessités immédiates, tandis que la loi peut être un procédé de modification scientifique de plus longue durée. La loi est, le plus souvent, en retard sur les faits, mais elle peut les devancer;la coutume ne le peut jamais de par son mode même de formation.

La coutume est souvent aussi moins un instrument de réforme, de progrès que de conservation routinière. La loi peut, au contraire, empêcher la routine de la coutume.

En outre la coutume, puisqu'elle n'est pas écrite, puisqu'elle n'a pas reçu de formule définitive, reste la chose des praticiens qui cherchent à la conserver pour eux, à s'en servir pour qu'elle leur rapporte, ce qui est un danger.

Enfin la coutume aboutit à un droit fractionné. La coutume est d'autant plus sûre et heureuse avons-nous dit, qu'elle est issue du milieu. Elle se signale dès lors par sa diversité, elle peut être différente avec le milieu, non seulement, avec le territoire, mais encore avec les professions. Or, il peut y avoir des inconvénients à morcelier le droit dans un pays. La loi, au contraire, a pour elle l'unité: elle est précise, elle fait que dans un pays le même droit est appliqué partout, elle simplifie les relations juridiques et économiques.

La loi a donc l'avantage de l'unité, mais elle a aussi l'avantage de la fixité, la coutume peut changer. Elle a enfin l'avantage de la certitude. Par là la loi est une force et certains auteurs comptent sur elle pour changer les moeurs.

Le rôle de la coutume et de la pratique extrajudiciaire dans le développement du droit.

La loi reste donc l'instrument le plus perfectionné de développement du droit, mais elle ne doit pas être le seul mode de détermination, de formation du droit.

Elle ne doit pas, en effet, être immuable. Comme le disait un jurisconsulte au 18ème siècle " la loi comme la beauté est sujette à vieillir" Il faut que la loi soit soumise à la grande règle de l'évolution, et pour qu'il en soit ainsi deux conditions sont nécessaires. I) Il faut qu'il y ait d'autres sources juridiques du droit, notamment la coutume 2) Il faut qu'en dehors de ces deux sources: la coutume et la loi, il y ait la possibilité d' adapter le droit aux besoins sociaux. Cela, ce sont les praticiens,

Source : BIU Cujas

les juges, les auteurs qui doivent être chargés de le faire. Par conséquent à côté de la loi et de la coutume et sauf à voir s'il ne faut pas les faire rentrer dans la coutume, il faut admettre la pratique extra-judiciaire, la jurisprudence et la doctrine.

Pour nous la loi est l'instrument le plus perfectionné du droit civil et du droit en général; la coutume est une source qui peut intervenir là où il n'y a pas de loi et même pour modifier la loi dans une certaine mesure.

Sans doute ,quand des lois sont devenues nombreuses, il faut les codifier pour en rendre la certitude plus grande,mais la loi n'est pas plus immuable que la coutume. Il faut que le droit civil suive les progrès de l'évolution, sous l'influence de ces causes si nombreuses qui ont été indiquées et c'est du rôle respectif de la loi et de la coutume qu'on tirera la méthode d'interprétation.

Ce sont donc la loi et la coutume qui permettent au droit de se développer et de se perfectionner.

De la codification des lois

La codification est un phénomène qui se produit chez tous les peuples et qui, évidemment, a donné tort à l'école historique car depuis 1804 au cours du 19ème siècl et au 20ème siècle, partout on a admis la nécessité de la codification. Les codes se sont multipliés à l'imitation soit du Code civil soit des codes qui sont en opposition avec les tendances de la codification française.

Les avantages de la codification

La codification a des avantages et des inconvénients.

La codification, tout d'abord, unifie le droit. Quand, dans un même pays, il existe plusieurs sources de droit, la coexistence de ses lois vient, au moins pour un certain temps, réformer tout ce qui pouvait exister antérieurement comme coutume et pratique.

La codification facilite la recherche, la connaissance du droit. Dans un pays où le droit est unifié il peut être connu partout. Et c'est pourquoi la codification a été admise par toutes les civilisations, même par les pays les plus rebelles, c'est-à-dire les pays anglo-saxons On peut noter seulement que l'Angleterre ne parle pas de codification, mais de "consolidation".

Enfin la codification consolide le droit: Un code clair est à la portée de tout le monde.

Mais les avantages de la codification sont surtout grands quand le code apparaît. Il est évident qu'à mesure que le code vieillit il s'altère. C'est pourquoi il faudrait le réviser au bout d'un certain temps.

Les inconvénients de la codification

Les inconvénients de la codification, d'autre part, ne sont pas douteux. Le droit est immobilisé par la codification. Dans les premières années qui suivent la promulgation d'un code, il semble que tous les rapports

Source : BIU Cujas

juridiques aient été prévus par lui, qu'il n'y ait aucune disposition juridique à trouver en dehors de cecode. C'est là une illusion: la codification, si elle donne un prestige particulier aux dispositions qu'elle renferme ne les fait considérer définitives que pendant un certain temps et, très vite, la coutume réapparaît comme source de droit et reprend son empire, sous l'influence de la doctrine et de la jurisprudence.

On connaît maintenant les sources du droit puisqu'elles viennent d'être énumérées, mais il faut alors d'une part, préciser la nature de ces sources de droit, d'autre part, montrer comment il faut interpréter ces sources de droit.

§ 2 - La nature des sources du droit civil et leur interprétation.

I. La nature des sources du droit

La source essentielle du droit civil étant la loi on commencera par elle. Puis il faudra étudier la coutume pour voir si on ne doit pas y faire rentrer la pratique extra-judiciaire, la jurisprudence et la doctrine.

A - La loi

Envisageons donc tout d'abord la loi. C'est un document qui renferme des règles juridiques obligatoires établies par une autorité ayant compétence pour faire le droit.

Depuis la Révolution le pouvoir législatif émane de la nation, mais n'y a-t-il pas des actes du pouvoir exécutif qui participent à la nature de lois et ne faut-il pas les faire rentrer dans la loi ? Ceci va nous obliger à préciser le caractère de la loi. Il y aurait lieu, pour être complet, d'étudier ensuite la préparation de la loi la promulgation et la publication, mais ceci touche à la matière du droit constitutionnel. On n'en dira par conséquent que l'essentiel au point de vue du droit civil. Enfin, il faudrait étudier l'application de la loi dans le temps et dans l'espace. On étudiera l'application de la loi dans le temps, mais en ce qui concerne son application dans l'espace cette question rentre dans une matière qui a déjà été définie: elle fait l'objet du cours de droit international privé et on n'aura rien à en dire ici par conséquent.

Etudions donc:

1) Les caractères de la loi;
2) La promulgation de la loi et sa publication;
3) La préparation de la loi.

I° Les caractères de la loi

La loi doit avoir des caractères propres qui permettent de la reconnaître. Mais pour savoir si on est en présence d'une loi, faut-il s'attacher à la forme dans laquelle elle a été édictée ou faut-il, au contraire, se préoccuper de la nature intrinsèque, des caractères parti-

Source : BIU Cujas

culiers de la loi: c'est-à-dire de la question de fond.

D'après la conception formaliste

Pour certains auteurs qui s'attachent à la forme, la loi est un acte émané du pouvoir législatif. Ils invoquent en faveur de cette conception l'article I alinéa I de la loi constitutionnelle du 25 Février 1875. D'après ce texte, en effet, le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées: la Chambre des députés et le Sénat. Ces auteurs traduisent cette disposition de la façon suivante; toute décision des deux chambres est une loi, quels que soient ses caractères particuliers. C'est une conception purement formaliste.

D'après la conception matérialiste

Pour d'autres auteurs et pour nous il faut admettre une conception qu'on appelle parfois la conception matérialiste d'après laquelle la loi n'est pas tout acte émané des chambres, en forme législative. Pour qu'un tel acte soit une loi, il faut qu'il satisfasse à des conditions qui constituent les caractères propres de la loi. C'est une conception matérialiste en ce sens qu'on envisage la loi au point de vue matériel, au fond. Quant à l'article I, alinéa I de la loi du 25 février 1875 il veut dire seulement que la loi ne peut résulter que du vote des deux chambres; il ne dit pas que tout acte voté par les deux chambres est une loi, mais que toute loi ne peut être votée que par les deux chambres. Ainsi quand la chambre accorde à une commune, par une loi au sens strict, une autorisation pour contracter un emprunt il n'y a pas là véritablement une loi au point de vue du fond: c'est tout simplement un acte législatif en la forme seulement. Ce n'est pas une loi, c'est un acte purement administratif.

Mais quels sont donc les caractères qu'il faut attacher à la loi ?

La loi présente 2 caractères essentiels

La loi présente deux caractères essentiels:

I) Elle est une règle générale et abstraite, officiellementconstatée;

2) Elle est une règle obligatoire, d'ordinaire impérative.

a) La loi est une règle générale

La loi est tout d'abord une règle générale abstraite et officiellement constatée. Elle s'applique à tous les citoyens ou à un groupe de citoyens. Elle est une sorte de vêtement de confection qui doit habiller toutes les espèces qui se présentent. Il n'est pas toujours ajusté à toute taille, mais il convient à peu près à tout le monde. C'est ainsi que quand la loi déclare que la majorité a lieu à 2I ans, il y a, sans doute, des maturités précoces et il y a aussi des maturités tardives, mais on a là une bonne moyenne.

Et abstraite

La loi est, d'autre part, une disposition abstraite. Elle ne vise pas une seule situation juridique, mais toutes celles qui sont susceptibles de se présenter.

Source : BIU Cujas

Et même si elle nes'applique en fait qu'à un seul individu elle est susceptible de s'appliquer à d'autres. Ainsi est générale, quoique ne s'appliquant pas à tous les citoyens, la loi qui s'applique à la propriété foncière bien que tout le monde ne soit pas propriétaire; celle même qui s'applique à un seul individu, comme c'est le cas pour le Président de la République. Cette loi est générale, en effet, car elle ne vise pas un Président de la République déterminé, mais tous ceux qui viendront occuper cette situation.

Ce caractère de généralité de la loi est la sauvegarde de tous les gouvernés, elle constitue la garantie suprême du particulier contre l'arbitraire de la loi.

Et, inversement, une décision individuelle conçue et votée en la forme habituelle des lois serait une loi au sens formel, mais non au point de vue du fond. Or,il est évident que le législateur qui se croit tous pouvoirs pourrait faire des lois particulières,mais il aurait tort de se croire omnipotent. Et c'est à tort que M. Léon Blum a dit (Journal officiel du 2I Novembre I925) que " la souveraineté nationale juge des intérêts collectifs, qu'elle juge les rapports entre l'intérêt collectif et l'intérêt particulier et qu'elle n'est limitée par rien". En effet,la souveraineté nationale n'est-elle pas limitée tout d'abord par le bon sens ? Puis elle a d'autres limites. Elle n'est limitée par rien, dit-on, mais alors à quel résultat aboutirait-on ? A ce que les gouvernants aient la conviction qu'ils peuvent faire toutes les lois qu'ils veulent et chez les gouvernés cela ferait naître l'idée désastreuse que le gouvernant peut faire tout pour soi. Il vaut mieux dire avec les Anglais qui ont une très haute idée de la loi, et de leur parlement, et c'est là une formule bien connue sous son aspect humoristique, que " le parlement peut tout faire sauf de faire un homme d'une femme ou une femme d'un homme". Sans doute, si un parlement se croyait le pouvoir de tout faire il n'y aurait comme sanction que les critiques des jurisconsultes et aussi l'opinion publique.

Lois constitutionnelles et lois ordinaires

On distingue les lois constitutionnelles et les lois ordinaires.

Les lois constitutionnelles sont celles qui organisent les différents pouvoirs dans une nation. Elles sont la charte politique du pays. Il n'y a pas à s'en occuper ici et ce ne sera que dans cette partie du cours de droit civil qu'on y fera allusion. Quand il s'agit de faire une loi constitutionnelle, de réviser la constitution, la procédure n'est pas la même que pour la confection ou la révision des lois ordinaires. La loi ordinaire est votée simplement par la Chambre et par le Sénat; les lois constitutionnelles sont votées par les deux chambres législatives réunies en une seule Assemblée Nationale ou

Source : BIU Cujas

Congrés.

Les lois ordinaires sont soumises à deux votes successifs, mais elles peuvent être proposées indifféremment à la Chambre et au Sénat, sauf pour les lois sur le budgetqui doivent être d'abord votées par la Chambre des députés.

Les lois sont donc ordinaires ou constitutionnelles. On pourrait peut-être trouver une troisième sorte de lois: les traités ou accords internationaux qui ne sont pleinement valables que quand le pouvoir législatif intervient.

Les lois sont, en général, permanentes, mais il y en a qui sont établies pour une certaine période. Elles subsistent, en principe, jusqu'à leur destruction par une loi contraire. Leur abrogation paraît être formelle ou tacite. Cependant il y a des lois qui sont faites pour une durée temporaire. C'est ainsi que la loi de budget est votée pour un an et que les lois sur la marine marchande sont décennales. De même encore la loi de Juin 1924 concernant l'introduction de la loi civile en Alsace-Lorraine a été limitée à 10 ans.

b) La loi est une règle obligatoire d'ordinaire impérative. Il existe cependant Des lois facultatives

La loi est, d'autre part, une règle obligatoire, d'ordinaire impérative. Il n'y a pas à insister sur son caractère obligatoire qui s'impose en principe.

Elle est impérative . C'est la loi qui commande, qui ordonne.

Il y a cependant des lois facultatives et des lois supplétives.

La loi est facultative quand on est libre de s'y soumettre ou de ne pas s'y soumettre, quand on peut ne pas lui obéir. Il s'agit par exemple de lois en certaines matières: sur les accidents du travail (loi de 1898) ou sur les retraites ouvrières (loi de 1910). Cette dernière avait un certain nombre d'assujettis obligatoires, mais elle avait laissé à certaines personnes, qui ne rentraient pas dans son cadre, la possibilité de se soumettre à la loi, en faisant les versements nécessaires.

Ou supplétives

Les lois peuvent être, d'autre part, supplétives, on dit aussi déclaratives, quand elles fixent les effets des actes juridiques en l'absence de manifestation de volonté des parties. Et puisqu'on trouve à cet égard un exemple dans le code civil, il faut le citer: L'article 1393 du C.C. déclare, en effet, que " A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie de ce chapitre formeront le droit commun de la France ". En d'autres termes, le régime de la communauté s'impose toutes les fois que les époux n'ont pas manifesté une volonté contraire, par un contrat de mariage. Si on veut écarter la loi, il n'y a qu'à stipuler dans un contrat

Source : BIU Cujas

de mariage un régime matrimonial autre que celui de la communauté . Par conséquent, en l'absence de manifestation de volonté la loi supplée à la volonté des nouveaux époux; elle leur applique le régime de la communauté légale.

A côté des lois ordinaires, il faut citer

A côté des lois ordinaires, il faut placer les décrets les arrêtés les ordonnances, les avis du conseil d'Etat et les circulaires ministérielles.

Les décrets sont des actes du pouvoir exécutif. Ils ont un caractère impératif comme la loi; ils établissent des règles de droit obligatoire émanant du chef de l'Etat; ils sont individuels ou généraux selon qu'ils s'appliquent à un individu ou à plusieurs. Il y a donc là une différence avec la loi.

Décrets simples décrets règlementaires et règlements d'administration publique

Ils sont simples ou réglementaires selon qu'ils ont été rendus sans aucun avis ou qu'au contraire ils ont été rendus avec l'avis du conseil d'Etat, d'une section du conseil d'Etat ou rendus en conseil des ministres. Les décrets réglementaires rendus après avis du conseil d'Etat sont des règlements d'administration publique.

Différences entre la loi et le décret

On voit par conséquent la différence qui distinguent la loi du décret: la loi a pour auteur les assemblées législatives; les décrets sont l'oeuvre du pouvoir exécutif, une loi ne peut être abrogée que par une loi, un décret, au contraire peut être abrogé par un autre décret. Voilà en ce qui concerne l'origine. En ce qui concerne maintenant la portée de ces dispositions, il existe une seconde catégorie de différences. La distinction est parfois moins nette, mais il faut la préciser; si elle n'est pas toujours respectée, elle n'en est pas moins réelle. Il est difficile, en effet, de délimiter la compétence et les pouvoirs du gouvernement en matière règlementaire, en matière de décret. Le pouvoir exécutif, au fond ne devrait régler que ce qui touche à l'exécution des lois et déjà, ceci, au fond, est très large car on peut toujours se référer à une loi. C'est ainsi que pendant la guerre, pour prendre un décret sur des matières dont on n'avait jamais soupçonné la possibilité, il fallait toujours invoquer une loi. Mais on avait une loi très pratique: on était en état de siège et quelle que fut la matière traitée ou invoquait la loi de 1849 sur l'état de siège.

Enfin, au point de vue de la sanction, la loi n'est l'objet d'aucune sanction d'ordre constitutionnel. Un juge ne peut refuser l'application d'une loi sous prétexte qu'elle est inconstitutionnelle. Au contraire, on peut refuser l'application d'un décret en invoquant son inconstitutionnalité. Nous n'avons pas, en France, en effet, comme aux Etats-Unis une haute-cour fédérale chargée de vérifier la constitutionnalité de la loi. Mais il faudra examiner tout de même s'il n'y a pas quelqu'un qui, par son

Source : BIU Cujas

intervention, doit dire si la loi est constitutionnelle ou non.

Les décrets lois

Il existe des décrets-lois, il en a existé notamment pendant la période révolutionnaire où on confondait le décret et laloi et, plus tard, on peut citer la loi de Février 1852 sur les sociétés qui est un décret loi. Il y a décret-loi quand un pouvoir n'est pas encore assez établi pour imposer et faire voter une loi, mais on considère que tous ces décrets rendus à une période troublée sont ratifiés si, par la suite, le législateur intervient et même si, une fois le pouvoir régulier établi, il n'y a pas une abrogation de ces décrets. Notons qu'il existe encore, de nos jours, des décrets lois ayant pleine valeur pour les colonies françaises. Les lois françaises ne sont pas nécessairement applicables aux colonies. Il faut que le chef de l'Etat les introduise dans telle ou telle colonie. Il le fait par des décrets qui sont de véritables lois.

Les arrêtés

A côté des décrets il faut placer les arrêtés qui ne peuvent émaner d'un ministre, d'un préfet ou d'un maire. Ils n'ont pas, par eux-mêmes, une sanction, ils n'en ont une que si la loi l'indique.

Les senatusconsultes

Notons que, sous le premier et le second empire, le sénatusconsulte a été une source de droit, pas très importante il est vrai. A ce moment, le Sénat qui était l'un des corps possédant le pouvoir législatif, a rendu des décisions, parfois particulières et parfois générales, qui n'ont pas une très grande importance en droit civil, mais qu'on y rencontre cependant quelquefois.

Les avis du Conseil d'Etat

Il y a aussi des avis du conseil d'Etat. A l'heure actuelle le conseil d'Etat peut jouer un rôle dans la confection de la loi. Il prend part à cette confection quand le gouvernement lui demande de présenter un projet de loi. Mais ce n'est pas de ce rôle qu'on parlera ici. Le conseil d'Etat se borne à préparer la loi en pareil cas, mais il ne crée pas le droit civil positif. Il en était autrement à une certaine époque. Le conseil d'Etat avait le droit d'émettre des avis obligatoires ayant force de loi sous le Consulat et le Premier empire et pendant les premières années de la restauration. Il faudra donc faire parfois appel aux avis du conseil d'Etat qui ont eu une influence sur le droit civil.

Lescirculaires ministérielles

Les circulaires ministérielles sont des lettres adressées par les ministres et faisant connaître leur avis sur l'application d'une loi, d'un décret, ou d'un arrêté. Elles sont devenues fréquentes et une pratique fâcheuse s'est introduite qui consiste par leur voix à interpréter les lois. Il en a été aussi notamment en ce qui concerne l'application des lois sur le mariage, sur l'état civil. Le garde des Sceaux adresse d'ordinaire une circulaire aux procureurs généraux, qui la transmettent aux procureurs de

Source : BIU Cujas

la République. Or, en réalité ce sont les tribunaux et non les ministres qui peuvent interpréter la loi. Il en résulte que le droit peut être, sur des points de détail, arrêté, détourné de son but. Mais comme ce sont les bureaux des ministères qui ont donné leur avis, ces circulaires ne sont obligatoires que pour ceux auxquelles elles s'adressent c'est-à-dire pour les membres de la magistrature debout et non pour les tribunaux.

Les réponses écrites aux ministres.

Il faut signaler aussi les réponses écrites aux ministres. Quand il y a des difficultés et qu'on veut mettre en opposition un tribunal avec un autre on fait poser une question au ministre par l'intermédiaire d'un député ou d'un sénateur et on fait état de la réponse, si elle est publiée. Il est très fréquent que ces réponses données par les bureaux du ministère soient en conflit avec la loi notamment quand on adresse une question écrite au ministre des finances, c'est toujours l'intérêt du fisc qui prédomine. Ces réponses ne sont d'ailleurs que l'affirmation d'une opinion individuelle.

Il y a donc une gradation: nous allons des lois aux décrets aux arrêtes ministériels aux circulaires car il faut négliger la réponse à une question écrite.

Les lois et les décrets sont sanctionnés pénalement, les arrêtés le sont si la loi le permet, les circulaires n'ont aucune sanction pénale, mais elles peuvent avoir pour la magistrature debout une sanction d'un autre ordre.

Il est arrivé qu'une règle juridique ait pénétré dans le droit en suivant cette filière. Ainsi en matière de législation industrielle qui n'est qu'un rameau détaché du droit civil la limitation du travail dans les chemins de fer a été établie par une circulaire ministérielle avant 1899. En 1899 sont intervenus des arrêtés du ministère des travaux publics, puis en 1902 un décret du II Mars a réglementé cette matière, enfin la loi du 23 avril 1919 est venue s'appliquer aux compagnies de chemin de fer.

2) Promulgation et publication de la loi.

La promulgation et la publication de la loi ressortissent surtout du droit constitutionnel.

Les lois sont votées par les deux chambres quand la chambre et le Sénat ont adopté un projet ou une proposition de loi. On appelle projet de loi tout ce qui est proposé par le gouvernement et proposition de loi tout ce qui émane d'un membre des chambres. Mais dès qu'une loi est votée elle n'a pas, de ce fait même, le pouvoir d'être obligatoire pour tous les citoyens qui ne la connaissent pas. Il faut faire connaître la loi pour assurer son application. Cette mise à la connaissance des intéressés se fait par la promulgation et la publication.

Source : BIU Cujas

En quoi consiste la promulgation de la loi

La promulgation rend la loi exécutoire (art. 1 alinéa I du C.C.). La promulgation est un acte de droit public. Elle rend la loi susceptible d'être exécutée. La promulgation est faite par le Président de la République. Elle n'est pas un mode de publicité, c'est simplement la reconnaissance officielle, solennelle de l'existence et de la constitutionnalité de la loi. On a dit qu'en France il y avait une autorité qui pouvait être considérée comme disant si une loi est constitutionnelle ou non. Ce disant on fait allusion à l'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 Juillet 1875 qui reconnaît un droit important pour le chef de l'Etat: quand le Président de la République estime ou suppose que le vote d'une loi s'est fait par surprise ou qu'elle n'est pas constitutionnelle, il peut demander à la chambre, par un message motivé, une nouvelle délibération, un nouveau vote. En fait, il n'y a pas d'exemple d'application de cet article. Du moins on peut en conclure que le Président de la République pourrait intervenir, en vertu de l'article 7, s'il considérait une loi comme n'étant pas constitutionnelle.

Comment se fait la publication de la loi

La publication est constituée par l'ensemble des moyens adoptés pour faire parvenir la loi à la connaissance des intéressés. C'est une publicité hâtive.

Depuis le 5 Novembre 1870 elle se réalise de la façon suivante. Une loi ne devient obligatoire que quand un certain délai; un jour franc, s'est écoulé depuis l'arrivée au chef-lieu de l'arrondissement du Journal Officiel contenant la publication de la loi. Il y a donc là une date variable selon la distance.

Effets de la promulgation et de la publication

Une fois promulguée et publiée toute loi est obligatoire pour toute personne sur le territoire de la France. Cependant cette règle comporte des exceptions.

Il se peut, tout d'abord, que l'application de la loi soit avancée si, par exemple, la loi considérée est particulièrement urgente. Mais, d'ordinaire, l'application de la loi est retardée. C'est ainsi que la loi du 23 Mars 1855 sur la transcription n'a été applicable seulement qu'à partir du 1er Janvier 1856; de même la loi du 5 Avril 1928 sur les assurances sociales ne sera applicable qu'à partir du 12 Février 1930.

La loi promulguée s'applique à tous: on connaît l'adage " Nul n'est censé ignorer la loi". Personne ne peut se soustraire à l'application de la loi sous prétexte de son ignorance. Tout étudiant, tout individu, est censé connaître tout le droit. Il y avait là autrefois des conséquences fâcheuses car il y avait beaucoup de personnes qui ne connaissaient pas les lois applicables. Mais, aujourd'hui, les lois nouvelles sont soumises à une telle publicité qu'on en connaît, sinon les détails, du moins l'existence et les lignes générales. Et ,pour rappeler ce mot de Portalis dans le discours dont on a parlé en son

Source : BIU Cujas

temps". C'est même chose d'avoir connu la loi que d'avoir pu la connaître ".

De la non rétroactivité de la loi.

Quand une loi nouvelle vient remplacer une loi ancienne la loi ancienne est abrogée. On a, par conséquent, à étudier la disparition de la loi, qui peut avoir certains effets et pour lesquels on peut se demander s'ils sont régis par la loi ancienne ou par la loi nouvelle.

Une loi, en principe, est applicable aux faits qui s'accomplissent sous son empire, c'est-à-dire depuis qu'elle est obligatoire, depuis sa publication et jusqu'à son abrogation. Une loi nouvelle régit par conséquent le présent et l'avenir. Elle s'applique, dès sa publication aux faits qui se présentent. Et elle s'appliquera ainsi à tous les faits qui se produiront jusqu'à son abrogation.

Le principe est posé par l'art. 2 du C.C.

Mais une loi nouvelle ne peut régir le passé. C'est ce que dit l'article 2 du C.C. " La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif". Ceci suppose le principe de la non rétroactivité; c'est à l'époque même où elle a été publiée et promulguée que la loi doit s'appliquer. Elle ne doit pas remonter au delà.

Cependant, il arrive assez souvent, que des dispositions d'ordre transitoire soient prises par la loi. C'est pourquoi il faudra étudier:

I) Le droit transitoire
2) La non rétroactivité de la loi
3) L'abrogation de la loi (que nous laisserons de côté).

Le législateur peut établir un droit transitoire pour ménager le passage d'une loi à une autre

Etudions tout d'abord, ce droit transitoire.

Quand une loi abroge ou modifie une loi antérieure au point de vue de l'application respective de la loi ancienne et de la loi nouvelle il semble qu'il existe trois ordres de faits.

I) D'abord, il y a les faits qui se sont passés sous l'empire de la loi ancienne et qui sont définitivement réglés par elle; il n'y a pas à en parler, aucune difficulté n'est possible. Il n'y aurait de difficulté que si la loi était une loi rétroactive . Mais en principe elle ne l'est pas.

2) Il faut distinguer ensuite les faits qui se sont passés postérieurement à la mise en vigueur de la loi nouvelle. Ils tombent sous le coup de son application sans aucun doute. Ce sont là les deux cas extrêmes.

3) Mais, entre ces deux extrêmes, il y a une situation intermédiaire, il y a les faits qui ont commencé sous l'empire de la loi ancienne et qui se sont développés ou terminés après la mise en vigueur de la loi nouvelle. La question du droit transitoire ne se pose que pour ces derniers, tandis que la question de la non rétroactivité peut se poser même pour les premiers. Sans

Source : BIU Cujas

doute le législateur peut se référer formellement à la loi ancienne. Seulement s'il y a doute Est-ce que l'article 2 répond à la question ? Le législateur constate qu'il ne répond pas dans tous les cas à la question et c'est pourquoi il lui arrive d'établir un droit transitoire. C'est le législateur qui établit lui-même le passage de la loi ancienne à la loi nouvelle qui règlemente comment les situations créées avant l'application de la loi nouvelle seront réglées.

Exemple de droit transitoire a) L'art. 228I du C.C.

Et comme exemple de ce droit transitoire on peut citer l'article 228I du code civil. D'après ce texte " Les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes. Néanmoins les prescriptions alors commencées et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les anciennes lois plus de trente ans à compter de la même époque seront accomplies par ce laps de trente ans ". Il existait, en effet, un mode d'acquisition ou d'extinction des droits par plus de 30 ans: c'était une prescription acquisitive ou extinctive. Or, le législateur dit qu'on appliquera la loi ancienne à condition qu'il s'agisse d'une loi établissant une prescription inférieure à 30 ans. Si la prescription était supérieure à 30 ans la prescription ayant commencé à courir avant la promulgation de la loi sera de 30 ans.

b) application du droit allemand en Alsace-Lorraine

Voilà un exemple de droit transitoire. Et on pourrait parler de droit transitoire dans beaucoup d'autres cas. D'abord en Alsace-Lorraine on a appliqué le droit allemand comme droit transitoire jusqu'à l'introduction de la loi française. Et, de même, il faudrait parler de droit transitoire pour toutes les lois de la période de guerre qui ont été faites pour une période déterminée. Et cela est si vrai que la plupart de ces tentes portaient qu'ils auraient effet pendant 2 à 3 ans après la date de la cessation des hostilités.

c) Lois temporaires de la période de guerre

Mais c'est surtout la non rétroactivité de la loi qu'il faut envisager.

Etude de la non rétroactivité de la loi proprement dite

Ce principe consiste dans l'impossibilité d'appliquer une loi nouvelle à des faits antérieurs. Faire rétroagir une loi ce serait l'antidater, lui faire produire effet avant sa publication, sinon avant sa promulgation ou sa préparation.

Justification du principe de la non rétroactivité de la loi

Ce principe de la non rétroactivité des lois qui est posé par l'article 2 du Code Civil se justifie facilement, d'abord par le caractère de la loi, et aussi, juridiquement, et économiquement.

A) Par le caractère

Il se justifie, tout d'abord par le caractère même de la loi: la loi est un ordre et elle ne peut être obéie avant d'avoir ordonné. Ne serait-ce pas anéantir la force de la loi que de lui attribuer un caractère rétroac-

Source : BIU Cujas

même de la loi

tif ?

B) Juridiquement

Au point de vue juridique, d'autre part, la non rétroactivité est vraiment l'une des bases de la liberté civile. Il n'y aurait plus de sécurité pour les individus si un fait, réalisé sous l'empire d'une loi déterminée, pouvait être régi par une nouvelle loi, par une loi future. La loi doit être un instrument d'ordre et de sécurité comme doit l'être tout droit. Il faut que les individus sachent sur quoi tabler. La loi ne doit pas être un élément de surprise, elle ne doit pas tromper la confiance légitime de ceux qui agissent conformément à ses prescriptions.

C) Economiquement

Enfin, au point de vue économique, dans les relations commerciales, et aussi dans les relations de tous les jours, entre les individus, la sécurité est nécessaire; elle est l'un des facteurs de l'activité humaine car, si la rétroactivité était admise comment la limiterait-on ? Et si on admettait qu'une loi puisse être rétroactive jusqu'à quand pourrait-on la faire remonter ? On vivrait dans une insécurité continuelle.

L'application de la non rétroactivité de la loi paraît très simple, à première vue. Cependant, l'article 2 du code civil est l'un des textes qui soulève le plus de difficultés et sur lequel, pendant longtemps, on a été dans l'impossibilité de se mettre d'accord.

Pour examiner le principe de la non rétroactivité de la loi on examinera successivement.

1) Le caractère de ce principe

2) Sa portée. Ce sera la théorie de la non rétroactivité.

3) L'application de la théorie adoptée.

Caractère du principe de la non rétroactivité

Le principe de la non rétroactovité a une certaine histoire.

Sous le droit intermédiaire le principe de la non rétroactivité des lois était un principe constitutionnel

Pendant le droit intermédiaire il avait un caractère constitutionnel: la constitution, elle-même, défendait au législateur de faire des lois rétroactives. C'est que, sous la révolution française, on avait commis, à cet égard, bien des abus. La constitution de 1791 n'avait admis, en effet, le principe de la non rétroactivité qu'en matière pénale, mais c'est que là les conséquences de la rétroactivité si elles étaient admises seraient tout à fait désastreuses. On ne serait jamais sûr d'avoir agi dans la limite de son droit et on pourrait toujours craindre qu'une loi nouvelle ne vint modifier les dispositions pénales en vigueur dans le passé. Le législateur pouvait aussi faire admettre des lois civiles rétroactives.

Au contraire sous la Convention ce principe ne s'appliquait

La Convention le fit, à propos de la loi du 17 Nivôse de l'an 2 (6 Janvier 1794). Elle consacrait le système de l'égalité absolue dans le mode de répartition des biens d'un défunt et appelait la famille naturelle avec la famille légitime: elle faisait entrer l'enfant naturel dans

Source : BIU Cujas

qu'aux lois pénales, mais non aux lois civiles

La loi du 17 Nivôse an 2 type de loi civile rétroactive

la famille légitime. Cette loi fut déclarée rétroactive. Et cela se comprenait très bien: on ne cessait de répéter, dans les assemblées législatives, que le nouveau droit était né en I789 et que c'était à partir de I789 que telles lois civiles devaient être considérées comme promulguées et appliquées. Il ne fallait pas, disait-on, les faire partir d'une autre date. On avait été obligé de retarder le vote de toutes les lois nécessaires parce qu'il y avait impossibilité matérielle à les voter toutes en même temps, mais il ne fallait pas que les particuliers en subissent les conséquences. La loi, considérait-on, n'avait fait que développer les principes proclamés en Juillet I789 par le peuple et on pensait qu'il y avait un intérêt considérable à ce que toutes les lois soient applicables dès ce jour. On voulait d'ailleurs, en outre, favoriser les jeunes pour les attirer aux idées de la Révolution. Il est résulté de cette loi de Nivôse an 2 que toutes les successions qui s'étaient ouvertes depuis le Ier Juillet I789 durent être remises en question pour être dévolues d'après les règles du droit nouveau. On appliquait la rétroactivité, ce qui était une atteinte à la liberté civile. Et qui aurait empêché, par la suite, le législateur de cette période, de déclarer que les idées de la Révolution étant en germe dans des actes antérieurs, les dispositions de la loi de Nivôse de l'an 2 rétroagiraient avant I789 même.

On se rendit bien vite compte de l'insécurité dans les relations juridiques qui résultait de la rétroactivité et la Convention, reconnaissant qu'admettre la rétroactivité de la loi c'était nuire à son but et diminuer sa force, suspendit l'effet rétroactif de la loi de Nivôse an 2. Puis, par la suite, des lois vinrent supprimer cette rétroactivité.

A vrai dire ce ne sont pas tant des raisons purement juridiques qui ont fait admettre la suspension puis la suppression de la rétroactivité de la loi de Nivôse. Ce qui motiva surtout la décision prise en l'an 3 c'est qu'on vint déclarer, devant l'Assemblée, que la rétroactivité jusqu'en I789 avait été soutenue surtout par Hérault de Seychelles qui devait y gagner 80.000 frcs de rentes. Aussi une loi de l'an 3 vint-elle supprimer complétement le principe de la rétroactivité et les constitutions postérieures celle de l'an 3, celle de l'an VIII étendirent le principe de la non rétroactivité des lois pénales aux lois civiles. Le législateur, d'après la constitution n'avait pas le droit de déclarer une loi rétroactive: le principe de la non rétroactivité de la loi devenait un principe constitutionnel.

De ces constitutions le principe est passé dans l'article 2 du Code Civil. Et il faut se demander s'il a gardé, de nos jours, un caractère constitutionnel ou non.

Source : BIU Cujas

De nos jours le principe de la non rétroactivité n'est plus un principe constitutionnel

Ce principe n'est plus, de nos jours, un principe d'ordre constitutionnel. Il ne s'adresse pas au législateur, il s'adresse seulement au juge. Donc le législateur peut faire des lois rétroactives et il en a fait; il peut appliquer ses dispositions à une période antérieure à la publication de la loi, il y en a des exemples. Cependant la rétroactivité ne remonte jamais bien loin; elle ne remonte pas plus loin que le dépôt de projet ou de proposition de loi transformé en loi. Mais encore une fois, si le principe de la non rétroactivité de la loi ne s'impose pas au législateur il s'impose au juge.

Il ne s'impose au législateur

Il ne s'impose pas tout d'abord au législateur. C'est ainsi qu'on trouve, dans nos lois modernes, des lois rétroactives qui restent encore, cependant, l'exception.

On cite à cet égard la loi du 29 Juin I929, qui, après l'établissement de la responsabilité civile, pour les accidents du travail, mise à la charge du patron, a permis aux patrons de dénoncer les polices d'assurances qu'ils avaient souscrites antérieurement. Une loi nouvelle en pareil cas porte atteinte aux conventions librement consenties entre le patron et l'assureur. Mais c'est que des risques nouveaux venaient frapper les patrons et que l'assurance qu'ils avaient contractée ne les couvrait pas contre ces risques nouveaux. Puis, on cite également la loi du 19 Décembre I907 qu'il suffit de mentionner et la loi du 2I Janvier I9I8 relative aux marchés à livrer et aux contrats commerciaux conclus avant la guerre quand ils comportaient des livraisons ou des prestations successives. Cette loi de I9I8 a permis d'en demander la résolution pendant la durée de la guerre et un délai de trois mois après la cessation des hostilités, cette dernière ayant été fixée, par la loi, au 24 Octobre I9I9. D'après l'article 6 de cette loi si les décisions de justice passées en force de chose jugée étaient intervenues à propos de ces contrats la résolution ne pouvait pas moins en être demandée pour les obligations qui n'étaient pas encore exécutées. Donc non seulement cette loi venait rétroagir, déclarer qu'on appliquerait au passé ce qu'elle édictait mais, de plus, elle portait atteinte à des décisions ayant l'autorité de la chose jugée. La loi du 19 Décembre I9I6 avait aussi un grand inconvénient: elle ne fixait pas la date à laquelle il fallait remonter dans le passé.

Ainsi donc le principe de la non rétroactivité ne s'applique pas au législateur. Mais de grandes confusions ont été commises.

On a dit que la loi du 4 Décembre I925, par exemple, loi qui établissait des impôts pour toute l'année était rétroactive. En réalité cela est inexact, car les impôts sont votés pour l'année et le fait que la loi est

Source : BIU Cujas

votée plus tard n'empêche pas que les impôts puissent être réclamés pour toute l'année. Il n'en aurait été ainsi, la loi n'aurait été rétroactive que si on avait voté, en 1926, la loi concernant les impôts de 1925.

Mais la non rétroactivité de la loi s'impose au juge

Mais, en interprétant la loi, le juge n'a pas le droit de soumettre à l'application d'une loi nouvelle les faits antérieurs à cette loi à moins que le législateur ne l'ait formellement exprimé. Le juge qui ferait rétroagir la loi la violerait et il s'exposerait à la censure de la cour de Cassation.

Comment se pose, dans la pratique, la question de la non rétroactivité

La matière est difficile bien qu'elle paraisse simple. La complication tient à diverses raisons. Il est rare qu'un fait juridique produise tous ses effets instantanément, qu'il épuise toute la série de ses conséquences au moment même où il est réalisé. Souvent il produit ses effets dans le temps, ses effets se succèdent peu à peu. Il en résulte que si, pendant qu'il développe ses effets, une loi nouvelle intervient on peut se demander s'il faut appliquer la loi nouvelle immédiatement, ou si la loi ancienne ne va pas continuer à s'appliquer à ce fait antérieur. On verra qu'à ce propos il faut distinguer les actes instantanés qui ont des effets instantanés, et les actes successifs dont les effets se développent dans le temps. Par exemple deux époux font un contrat de mariage. Les conséquences de ce contrat vont durer pendant tout le mariage. Une loi nouvelle intervient, plusieurs années après la rédaction du contrat de mariage, attribuant au contrat de mariage des effets différents de ceux qu'il avait au temps où les époux l'avaient signé. Est-ce que les époux vont être soumis à la loi sous l'empire de laquelle ils ont rédigé leurs conventions matrimoniales ou est-ce que les effets nouveaux doivent s'appliquer immédiatement ? Autre exemple: un individu emprunte une somme d'argent. Il s'engage à rembourser le capital à une échéance déterminée en payant des intérêts. Le jour du remboursement le prêteur ne reçoit pas son argent. La loi lui donne des moyens d'exécution, mais ils se trouvent être différents de ceux qui existaient quand il a prêté. Pourra-t-il invoquer les moyens d'exécution qui existaient lors de la conclusion du contrat de prêt ou pourra-t-il invoquer les voies d'exécution existant quand il veut obtenir son argent ? Avant l'abrogation de la contrainte par corps la question a eu un grand intérêt. Il fallait savoir quand a été supprimée la contrainte par corps, c'est-à-dire le droit de faire mettre en prison le débiteur, si le prêteur antérieur à la loi qui avait supprimé la contrainte par corps pouvait invoquer la contrainte par corps ou si au contraire il ne le pouvait pas.

Portée de la non rétroactivité de la

Comment donc déterminer la loi applicable ? On a imaginé à cet égard, plusieurs théories et on arrive

Source : BIU Cujas

loi et théories émises à cet égard

ainsi à la portée de la non rétroactivité de la loi et aux théories qui ont été émises à cet égard. Une loi que le législateur a fait rétroagir peut bien être rétroactive mais une disposition législative ne doit pas remonter dans le passé quant, par ses effets, elle ne s'applique qu'à l'avenir. Mais à quoi reconnaître si on applique une loi nouvelle à un fait antérieur, à quoi reconnaitre qu'elle est rétroactive ?

3 théories ont été présentées.

Ière théorie Distinction des droits acquis et des simples expectatives

L'opinion couramment adoptée, la théorie classique, pourrait-on dire, distingue entre les droits acquis et les simples expectatives: une loi nouvelle ne peut pas toucher aux droits acquis, mais elle peut modifier les simples expectatives. En d'autres termes, une loi serait rétroactive si elle avait pour effet d'anéantir un droit acquis; elle ne le serait pas quand elle détruirait une simple expectative.

Or il y a droit acquis toutes les fois qu'il y a une conséquence découlant d'un fait juridique qui s'y rattache comme une suite nécessaire de sorte qu'à défaut de cette conséquence le fait juridique ne serait plus ce qu'il doit être. Il y a simple expectative, au contraire, quand la conséquence découlant d'un fait juridique n'en est que la suite possible mais non nécessaire, de sorte que le fait juridique subsiste dans son essence, malgré l'absence de cette conséquence.

La loi ancienne continue à régir les droits acquis la loi nouvelle s'appliquant aux simples expectatives

Supposons une succession déjà ouverte avant la loi du 31 Décembre 1917 en vertu de laquelle les collatéraux appelés à succéder qui, auparavant pouvaient être au 12ème degré, ne peuvent plus être qu'au 6ème degré. Un héritier au 8ème degré avait déjà un droit acquis à être héritier puisque la succession était ouverte. La loi nouvelle ne lui est pas applicable. Si elle lui était applicable il y aurait atteinte à un droit définitivement acquis. Au contraire, supposons une succession non ouverte parce que celui de la succession duquel il s'agit n'est pas décédé. Un cousin au 8ème degré espérait obtenir la succession. Mais ce n'était qu'une expectative. La succession ne s'ouvre qu'en 1918; la loi étant du 31 Décembre 1917, il n'a droit à rien. En somme, la loi ancienne, dans ce système, continue à s'appliquer toutes les fois qu'il y a droit acquis, la loi nouvelle s'applique toutes les fois qu'il y a simple expectative.

Il semble que cette distinction soit quelque chose de très simple. Elle est susceptible, semble-t-il de s'appliquer à tous les droits. La jurisprudence n'a d'ailleurs cessé de l'admettre et avec elle une partie de la doctrine.

2° théorie Théorie de M. Planiol

Cependant une seconde théorie a été soutenue par M. Planioldans son traité de droit civil et elle

Source : BIU Cujas

vient battre en brèche la théorie de la jurisprudence.

Elle contient une critique de la théorie précédente

On a donné dit M. Planiol de nombreuses définitions du droit acquis mais chaque auteur en donne une différente. N'est-ce pas que l'expression de droit acquis, par elle-même, est ambigue ? On a un droit ou non et si on a un droit il est acquis .

Et puis la distinction des droits acquis et des expectatives ne fournit pas de critérium elle constate l'expérience. Quand on est en présence d'une loi nouvelle on dit qu'elle s'applique ou qu'elle ne s'applique pas et on en tire le caractère de droit acquis ou d'expectative.

En outre, pour de nombreuses institutions, il est difficile de parler de droits acquis ou d'expectatives. Toutes les lois de droit public ou de droit administratif ne permettent pas de parler de droit acquis car on n'a jamais de droit acquis en ces matières. Etpour les lois sur la capacité peut-on dire que l'individu qui a 2I ans quand une loi stipulant que la majorité aura lieu seulement à 22 ans avait un droit acquis à être majeur ?

Elle déclare que la loi nouvelle doit s'appliquer aux effets futurs, la loi ancienne aux effets déjà réalisés dans le passé

Au fond d'après cette théorie, une loi serait rétroactive si elle revenait sur le passé pour modifier les conditions d'un acte antérieur, supprimer ses effets déjà réalisés mais elle ne serait pas rétroactive quand elle viendrait modifier les effets futurs des faits ou des actes antérieurs. Donc on en revient à dire qu'une loi nouvelle doit s'appliquer pour les effets futurs et la loi ancienne pour les effets dans le passé, déjà réalisés. Mais on n'est pas beaucoup plus avancé qu'avant avec la théorie précédente. On en revient à dire que la loi nouvelle doit s'appliquer pour l'avenir que son effet est immédiat et il n'y aura rétroactivité que si on veut appliquer la loi nouvelle au passé. Mais on n'indique pas le moyen d'après lequel on résoudra la difficulté.

Il faut donc rechercher le but exact du principe de la non rétroactivité de la loi pour déterminer sa portée.

3ème théorie La loi nouvelle doit respecter non seulement les faits antérieurs déjà réalisés mais aussi les effets ultérieurs d'un acte juridique en tant qu'ils ont été

Et c'est la troisième théorie. L'idée essentielle sur laquelle repose le principe de la non rétroactivité c'est que la loi ne doit pas tromper la confiance légitime de celui qui agit conformément à ses prescriptions. Celui qui possède un droit et fait un acte en conformité avec la législation en vigueur doit être assuré de conserve le bénéfice qu'il attendait. Il ne faut pas que ce bénéfice lui soit enlevé. Quelqu'un qui use d'un droit, en conformité avec la loi, ne doit pas voir sa volonté trompée, quand cette volonté avait action sur le droit. Le principe de la non rétroactivité, au fond, c'est de garantir le libre exercice de la volonté individuelle dans le domaine du droit, à l'égard des principes. Seulement, théoriquement, le principe de la non rétroactivité ne s'applique pas au législateur.

Source : BIU Cujas

voulus et créés par les parties elles-mêmes

Ce but de la non rétroactivité limite le principe qui ne s'appliquera pas partout où la libre volonté individuelle n'a rien à faire, c'est-à-dire, par exemple, aux lois de droit public, qui, par leur nature, doivent s'appliquer immédiatement, dès leur promulgation.

Pour mieux préciser encore la différence qui existe entre cette théorie et la précédente on peut dire que les règles posées par la seconde théorie se résument en une seule idée: la loi nouvelle ne touche pas à un fait volontaire antérieur déjà réalisé. Il faut y ajouter que la loi nouvelle respecte aussi les effets ultérieurs d'un acte juridique en tant qu'ils ont été voulus et créés par les parties elles-mêmes. Au fond le grand principe de la non rétroactivité de la loi qui s'impose au juge a pour but d'assurer le respect de la liberté individuelle.

Application de la théorie de la non rétroactivité

Il convient de faire application de ces idées: en prenant:

I) Un fait simple,
2) Un fait volontaire,
3) Un état ou une situation,

Appliquons ces idées d'abord à un fait simple.

A un simple fait

Un décret du 23 Juillet I884 a fixé à Paris la hauteur des maisons de 12 à 20 mètres. Supposons qu'un décret nouveau vienne réduire le droit de bâtir à 18 mètres. A quoi s'appliquera-t-il ? A toutes les maisons qui ne sont pas construites, même à celles en construction ayant déjà atteint 16 mètres de hauteur et devant avoir 18 ou 20 mètres. Il s'agit d'un fait qui dépend entièrement du droit administratif, c'est en raison de l'ordre public, de l'hygiène que la hauteur des maisons est limitée, on ne permettra pas aux maisons même en construction, de s'élever à plus de 18 mètres bien que l'autorisation ait pu être antérieurement donnée pour 20 mètres. Cet exemple est d'ailleurs purement théorique, la tendance moderne serait plutôt en faveur de l'élévation des maisons à plus de 20 mètres.

A un fait volontaire

Examinons maintenant le cas d'un fait volontaire. Supposons qu'un individu ait prêté à 14 % (cela était courant en I926),mais il n'a prêté qu'à cette condition. Un texte de droit intervient pour décider qu'on n'aura plus le droit de prêter au dessus de 6 % Est-ce que le taux de l'intérêt dû au prêteur va être ramené à 6 % ? Non, car le préteur n'a vraisemblablement prêté que parce qu'on lui donnait 14 %. Et si il a exigé cet intérêt élevé c'est probablement parce que le débiteur ne lui inspirait pas une confiance absolue En ramenant l'intérêt à 6 % on tromperait la confiance légitime de l'emprunteur dans la convention. L'intérêt demeurera donc à 14 %. Mais bien entendu le débiteur pourra rembourser le prêteur si sa dette est élevée et

Source : BIU Cujas

s'il trouve à emprunter à 6 %.

A une situation à un état

Enfin, et c'est la troisième hypothèse, il peut s'agir d'une situation, d'un état. Faut-il admettre que les conséquences seront les mêmes que sous l'empire de la loi antérieure ? Voilà une loi nouvelle qui vient fixer la majorité à 22 ans au lieu de 2I ans. Cette loi va-t-elle s'appliquer à ceux qui ont entre 2I et 22 ans ? Certainement oui, car la majorité ne dépend pas de la volonté d'un individu; c'est une situation qui est créée par la loi et que la loi peut toujours modifier. Dès lors toutes les personnes ayant entre 2I et 22 ans seront considérées comme des mineurs. Mais, si des actes ont été passés, par ces mineurs, sous l'empire de la loi ancienne, ils seront valables car, à cette époque, ils ont été conclus par des majeurs. Au contraire, les actes passés par eux après la promulgation de la loi nouvelle ne seraient pas valables.

Il en est de même pour les lois concernant l'état des personnes, la recherche de la paternité notamment. On étudiera plus loin la loi du 16 Novembre I9I2. Cette loi est venue modifier l'article 340 du Code Civil. L'article 340 du codecivil interdisait la recherche de la paternité naturelle. La loi de I912 l'a permise, sous certaines conditions. Et ce sont tous les enfants naturels et non pas seulement ceux qui sont nés ou ont été conçus après I9I2 qui peuvent faire cette recherche.

Il en est de même des lois sur la propriété: elles sont applicables immédiatement et ont effet même sur les biens objets de propriété qui ont été acquis antérieurement au changement de législation.

Les lois d'ordre public également d'organisation administrative ou judiciaire doivent évidemment s'appliquer immédiatement et il faut décider que, par exemple, une loi qui vient modifier les voies d'exécution s'applique immédiatement. On dit souvent à cet égard qu'il faut appliquer la loi nouvelle parce qu'elle est réputée meilleure que la loi ancienne. Mais, en réalité, ce qui est vrai c'est qu'on est en présence d'un état d'une situation d'une procédure créée par la loi. Or ce que la loi a créé une loi peut le modifier.

Par exception il est une catégorie de lois qui sont toujours rétroactives ce sont les lois interprétatives

Mais il est une certaine catégorie de lois qu'on déclare être toujours rétroactives ce sont les lois interprétatives. Elles ont pour but d'éclairer le sens douteux d'une disposition antérieure et par conséquent il semble qu'elles fassent corps avec la loi antérieure. Cependant il faut distinguer entre les lois qui viennent ainsi interpréter une loi antérieure. Il y a des lois qui sont certainement rétroactives et d'autres qui ne le sont pas. Il faut distinguer les lois interprétatives proprement dites et les lois dispositives.

Source : BIU Cujas

Exemple de lois interprétatives

Les lois interprétatives proprement dites fixent le sens d'une loi antérieure: elles sont rétroactives. C'est le cas, par exemple, de la loi du 13 Avril 1908 article 3 qui interprète l'article 9 § " de la loi du 9 Décembre 1905 et de la loi du 30 Avril 1926. On peut citer également la loi du 8 Juin 1923 qu'on étudiera cette année et qui est venue décider que la femme mariée salariée pourrait emprunter sur ses biens réservés sans l'autorisation de son mari et les hypothéquer. Cette loi est interprétative car elle est venue interpréter le texte de la loi du 13 Juillet 1907 d'après laquelle la femme salariée peut aliéner à titre onéreux les biens qu'elle a acquis sans l'autorisation de son mari.

Il ne faut pas confondre avec les lois interprétatives les lois dispositives

Une loi est dispositive, au contraire, quand elle tranche une controverse, quand elle vient faire cesser une opposition entre la doctrine et la jurisprudence ou une opposition entre les cours d'appel et la Cour de Cassation. Et, d'après M. Hémard, la loi du 21 Juin 1843 qu'on indique toujours comme une loi interprétative est une loi dispositive. Cette loi est intervenue pour valider les errements de la pratique. Aux termes de la loi du 25 Ventose de l'an II qui formela charte du notariat sur la forme des actes notariés les actes notariés devaient être rédigés par deux notaires ou par un notaire avec deux témoins. Dans les petites communes deux notaires ou un notaire et deux témoins cela pouvait être génant Aussi la pratique avait-elle adopté le système suivant: on faisait intervenir le second notaire, après coup, pour signer l'acte qui avait été rédigé auparavant par un seul notaire. Pour éviter l'annulation de ces actes, avant même que la jurisprudence ne fut définitivement formée sur ce point, la loi du 21 Juin 1843 est venue reconnaître que la présence du second notaire ou de deux témoins à la rédaction n'était pas nécessaire et valider tous les actes passés conformément à cette pratique. Or il s'agissait bien là d'une disposition pouvant donner lieu à controverse.

De même, la loi du 2 Avril 1898, sur le régime des eaux dans laquelle le législateur attribue le lit des petites rivières aux riverains est dispositive car elle dit le contraire de ce que la Cour de Cassation, le conseil d'Etat et la doctrine, en général, admettaient.

Résumé et tableau de la théorie de la non rétroactivité de la loi

En principe, par conséquent, les lois, sauf les lois interprétatives, ne sont pas rétroactives, et cette non rétroactivité s'impose au juge, non au législateur.

1° Toutes les fois qu'il s'agit d'un fait volontaire réalisé sous l'empire d'une loi existante et en conformité avec elle, ce fait n'est pas atteint par la loi nouvelle (Cas du prêt de 14 %).

Source : BIU Cujas

2° D'autre part, les conséquences ultérieures de ce fait, ses effets ne peuvent être touchés par une loi nouvelle en tant qu'ils ont été voulus et créés par les parties elles-mêmes. Il s'agit en effet d'une prévision légitime que les parties pouvaient faire.

3° Parmi les effets successifs de l'acte volontaires, ceux qui résultent, non de la volonté des parties, mais d'une volonté impérative de la loi sont soumis à toute loi nouvelle. Il s'agit ici des faits de création légale. Une règle juridique de création légale peut toujours être modifiée par une loi nouvelle (règles de procédure - règles relatives à la prescription).

4° Enfin quand il s'agit d'une situation créée par la loi, ce que la loi a créé une loi nouvelle peut venir le modifier ou le détruire. Il en est ainsi en matières d'état, de capacité et de propriété.

B - La coutume.

B. La coutume

La coutume, seconde source du droit, est constituée par un ensemble de faits, d'actes répétés révélant une pratique constante qui s'impose relativement à un rapport juridique.

Au fond elle a son origine dans la souveraineté populaire comme la loi. Cette souveraineté populaire établit le droit, tantôt par ses mandataires: c'est la loi tantôt par elle-même et c'est la coutume. En d'autres termes, la volonté nationale formule les règles de droit, soit expressément dans la loi écrite, soit simplement dans la coutume. C'est ce qui a fait dire que la coutume était l'exsudation du droit par le peuple: un peuple sue son droit; disons plutôt qu'il l'exhale comme une fleur son parfum.

Mais s'il y a une même idée à la base de la coutume et de la loi, la coutume ne doit elle pas avoir la même valeur que le droit, ne doit-elle pas être une véritable source du droit ? Il faut l'admettre, en effet. Seulement, il convient de préciser quels sont les caractères de la coutume la mesure dans laquelle elle est une source de droit et enfin où on trouve cette coutume. Donc 3 points à examiner:

I) Les caractères de la coutume c'est-à-dire les conditions requises pour qu'il y ait dans la coutume une véritable source de droit.

2) Le rôle de la coutume en droit français.

3) Les modes de constatation de la coutume.

I. Conditions requises pour que la coutume soit une source de droit

Et tout d'abord quelles sont les conditions requises pour que la coutume soit une source de droit ?

La coutume peut introduire, comme la loi, une règle de droit obligatoire. Elle nait du consentement général de tous, de la pratique spontanée par les intéressés et par conséquent elle exige deux conditions:

Source : BIU Cujas

a) Pratique longue et continue

I) Il faut qu'elle provienne d'une pratique longue, régulière, constante et ininterrompue. C'est par sa répétition et son uniformité que la coutume constitue des règles de droit, qu'elle leur donne une forme précise et à laquelle chacun se soumet. La coutume naît donc de l'habitude, à la suite de l'imitation. Elle a été d'abord le fait d'un seul ou de quelques-uns mais souvent elle a été adoptée par un groupe, elle a un caractère corporatif puis d'autres individus, d'autres groupes l'ont imitée; elle s'est répandue peu à peu et la règle de droit s'est introduite: un long usage une pratique parfois immémoriale l'a rendue définitive et l'a fait accepter par tous.

Tel est l'élément de la coutume.

Combien de temps faut-ilpour qu'une coutume puisse s'implanter et être considérée comme une règle de droit ? Il n'existe pas de principe à cet égard. La seule difficulté sera de constater la coutume. Et pour cela il faudra en effet fixer sa durée.

b) Reconnaissance par tous les intéressés de l'existence et de la valeur juridique de la coutume

Le second élément de la coutume c'est un élément pscychologique. La reconnaissance par tous les intéressés de l'existence de la coutume et de sa valeur juridique est nécessaire pour qu'il y ait une coutume véritable. La coutume doit être réputée règle de droit, avec la conviction que sa violation serait sanctionnée par les pouvoirs publics. C'est cet élément qui donne toute sa force à la coutume. Beaucoup d'auteurs, par souvenir du droit romain, disent que c'est "l'opinio necessitatis ". Nous dirons que c'est le sentiment de son utilité qui donne toute son efficacité à la coutume. Ce sentiment transforme une habitude, observée instinctivement d'abord, puis adoptée peu à peu, en une coutume juridique.

La coutume ne doit pas être confondue avec les usages mondains

C'est ainsi qu'aucun texte n'a obligé la femme mariée à prendre le nom de son mari. Il y a là une coutume qui s'est introduitechez nous. Mais à quelle époque?? Il est impossible de le dire de le préciser. Quoiqu'il en soit cette coutume n'est pas douteuse.

Par là la coutume se distingue des simples pratiques, des habitudes de la vie quotidienne, des usages des règles de convenance ou des usages mondains.

Prenons par exemple les cadeaux de mariage. Voilà une règle de convenance, un usage mondain, et non une règle de droit. Tel n'est pas cependant l'avis de certains romanciers. Balzac notamment, dans " Le père Goriot" parle de ces usages mondains et les qualifie de "véritable droit parisien ". Et tel personnage du Père Goriot prétend avoir étudié trois ans ce droit très parisien dans le salon rose d'une dame, dans le boudoir bleu d'une autre et déclare que si personne ne parle de ce droit parisien il constitue cependant " une haute jurisprudence

Source : BIU Cujas

sociale qui, bien apprise et bien appliquée, mène à tout" Ce n'est que de la littérature, car les usages mondains ne sont pas du droit.

Ni avec les usages conventionnels

Il faut en dire de même des usages conventionnels qui ne forment pas une coutume. Ils ne présentent pas, en effet, ce caractère obligatoire de la coutume. Ils supposent sans doute une pratique longue, constante ininterrompue mais sans caractère obligatoire car les parties qui contractent ensemble sont réputées avoir adopté complètement ces usages en ne les écartant pas. Il y a là une sorte d'usage supplétif à la volonté explicitement manifestée des parties.

Cependant ces usages conventionnels peuvent acquérir le titre et le rôle de coutume. C'est quand ils sont tellement passés dans les habitudes que personne n'aurait l'idée de s'y soustraire, quand on considère qu'on ne peut, au contraire, que s'y conformer. Ils ont alors les deux caractères nécessaires à la coutume l'élément matériel et l'élément pshychologique. On trouve des exemples de cette nature en matière de baux d'immeubles, dans les villes surtout. Il y a en cette matière des règles tellement invétérées que personne n'a l'idée de les rejeter.

Il ne faut pas voir la source de la coutume dans la jurisprudence

On a voulu voir dans la jurisprudence la vraie source de la coutume et on a prétendu que c'était les décisions judiciaires qui créaient la coutume.

Ceci est très vrai dans certains pays. En Angleterre par exemple le droit est le plus souvent dans le "Common law" c'est-à-dire dans la loi coutumière. Cette loi est faite par le juge. Elle n'existe objectivement peut on dire que dans les arrêts de justice qui sont l'oeuvre des juges. Par ces arrêts les juges créent véritablement le droit ou plutôt ils le puisent dans la tradition, dans les usages, dans l'équité. Cette équité qui leur est d'ailleurs parfois fournie par les lois et les usages d'un autre pays. On dira tout simplement qu'ils déclarent, qu'ils constatent le droit.

Ni dans la doctrine

Et c'est ce rôle qu'on veut attribuer à la jurisprudence en France, et même à la doctrine.

Les auteurs, la doctrine qui étudient un problème de droit donnent des solutions susceptibles de constituer une coutume; on verra tout à l'heure dans quelles conditions. Mais la jurisprudence comme la doctrine n'est pas une véritable source de droit par là même qu'elle ne créé pas le droit: elle le constate seulement. Et si la jurisprudence créait le droit d'ailleurs n'attendrait-elle pas au principe de la séparation des pouvoirs ne se substituerait elle pas au législateur, confondant entre ses mains le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire ?

Source : BIU Cujas

Deux caractères sont donc nécessaires pour qu'il y ait coutume source de droit, c'est-à-dire coutume obligatoire. Mais ne faut-il pas cependant faire une certaine place à la jurisprudence et aux usages conventionnels ? C'est ce qu'on va examiner et étudier le rôle de la coutume en droit français

2. Le rôle de la coutume en droit français

Aucun texte général de nos lois n'autorise ni ne prohibe la coutume juridiquement pour compléter ou suppléer la loi. Le code civil n'en dit rien. Et on le comprend. Le problème des sources du droit ne doit pas être considéré comme ressortissant du droit civil, mais du droit constitutionnel. Et il est très exact que les premiers articles du code civil appartiennent plus au droit constitutionnel qu'au droit civil.

Dans le silence du C.C. faut-il considérer la coutume comme une source de droit ?

Certains auteurs ont dit alors que puisque dans les premiers articles du code civil il n'était pas question de la coutume c'était que les rédacteurs du code civil avaient voulu l'écarter, comme source de droit. Ceci était conforme, en effet, à la conception des rédacteurs du code civil puisqu'en I804 c'était l'école rationaliste qui l'emportait. D'ailleurs certaines constitutions françaises ajoutent-ils, celle de I79I notamment, a déclaré qu'il n'y avait point en France d'autorité supérieure à la loi. Ces auteurs en concluent que la loi est la seule source de droit. Veut-on un autre argument ? La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans son article 5 dit que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis. On vise la loi; on ne parle pas de la coutume. Enfin la constitution de l'an VIII sous l'empire de laquelle le code civil a été rédigé n'admettait pas d'autre source de droit à côté de la loi.

Cependant on est d'accord, de nos jours, pour admettre que la coutume est une source de droit. Il faut, en effet, écarter les idées inspirées par l'école du droit naturel qui ont pu inspirer les rédacteurs du code civil et on a vu que, d'autre part, c'était un des grands avantages du code civil que de ne s'être livré à aucune discussion théorique. Dès lors, il faut par conséquent écarter cette idée que la loi est la seule source du droit. Et puis pour répondre à l'argumentation précédente, il y a eu tant de constitutions en France, qu'il est bien difficile de soutenir que des constitutions postérieures n'ont pas modifié les constitutions précitées ne serait-ce que par leur silence. Enfin, il n'y a rien dans le code civil qui puisse prouver que la coutume n'est pas une source de droit. Tout au contraire il y a nombre d'articles du code civil qui acceptent, peut-être sous le nom d'usages, la coutume. La vérité, c'est que sous le nom de coutume il faut comprendre des

Source : BIU Cujas

choses très variées. Et en réalité, la coutume est une source du droit civil, du droit privé positif. Elle joue un triple rôle et on va voir à cet égard une certaine gradation s'établir.

La coutume joue en réalité un triple rôle

Au premier degré, sans être obligatoire, la coutume ne présentant que l'élément matériel ne vaut que comme convention tacite, en matière contractuelle, principalement en matière commerciale.

Au second degré, elle vaut par voie d'interprétation doctrinale, judiciaire ou extra-judiciaire, dans toutes les matières non expressément réglementées par la loi.

Enfin, elle n'atteint pleinement sa valeur de coutume, elle ne réunit les deux caractères à la fois matériel et psychologique qui ont été indiqués que dans la troisième situation. Elle a par elle-même une valeur obligatoire en quelques matières: en matière de propriété foncière, en matière de baux de louage d'ouvrage, et en quelques autres cas qu'on aura à préciser.

Il convient de reprendre le rôle de la coutume à chacun de ces degrés.

Au premier degré la coutume vaut comme convention tacite en matière contractuelle surtout en matière commerciale

La coutume vaut tout d'abord comme convention tacite en matière contractuelle surtout en matière commerciale. Dans beaucoup de matières le champ est laissé libre à la convention des parties et celles-ci ont la facilité de prendre toutes les dispositions qu'elles veulent. L'article II34 du C.C. pose, en effet, le principe de l'autonomie de la volonté dans notre droit. "Les conventions légalement formées dit ce texte tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ". Or, quand les parties font un contrat, il se peut qu'elles entendent se référer aux usages et à toutes les suites que l'équité comporte. Il est naturel d'interpréter dans ce sens leur volonté et c'est ce qu'indique l'article II35 " Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ", c'est-à-dire donnent aux engagement qu'ont pris les parties . Les parties auraient pu, là où l'usage intervient avoir une volonté contraire; elles n'ont pas manifesté leur volonté. L'article II35 dit qu'on interprétera leur volonté comme s'étant soumise aux usages pratiqués dans des cas semblables. C'est une acceptation tacite présumée par la loi pour tous les usages, à défaut de volonté contraire des parties. Et on peut citer encore dans ce sens l'article II60 du code civil qui dit que "On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ". Ce texte était peut-être inutile en face de l'art. II35, mais il n'en est que la confirmation.

Source : BIU Cujas

De même en est-il et surtout en matière commerciale. Les usages commerciaux font la loi pour les commerçants par voie d'acceptation tacite. Or, ces usages sont très nombreux. Il a même fallu que la loi du 13 Juin 1866 en précise l'existence. Mais ce respect des usages se concilie très bien avec le caractère obligatoire, puisque c'est la loi elle-même qui les admet.

Conséquence de cette idée au point de vue du contrôle de la Cour de Cassation

En outre, ils valent comme présomption de droit; mais ils n'ont pas force de loi, ils sont considérés comme des conventions tacitement acceptées et ne valent qu'à titre de convention. Et voici la conséquence très importante de cette idée: chaque fois qu'un tribunal ou une cour d'appel fixe un usage, il ne s'agit de rien de plus que d'une convention, c'est à-dire d'une question de fait. Il ne s'agit pas d'une question de droit. Il en résulte que la Cour de Cassation, qui ne juge que le droit et non le fait, n'aura pas à exercer sa censure en ce qui concerne les usages qui ne sont acceptés qu'à titre d'interprétation d'une convention. Une décision d'une cour d'appel en cette matière sera donc définitive.

Ces usages peuvent avoir sur la loi une influence considérable; ils peuvent aboutir à écarter une disposition de la loi. Il en résulte que parfois le législateur doit intervenir s'il trouve qu'une mauvaise direction est prise par les usages.

Donc à ce premier degré, la coutume n'est pas une source de droit, elle ne s'impose que parce qu'on considère que la volonté des parties l'a adoptée.

Au second degré, elle vaut par voie d'interprétation doctrinale, judiciaire ou extra-judiciaire dans toutes les matières non expressement réglementées par la loi

Au second degré, on va plus loin. On admet en dehors de la matière des contrats que la coutume vaut dans une institution de droit pour combler les lacunes de cette institution. Il faut, en effet, l'admettre par application de l'article 4 du code civil, qui dit que le juge ne peut se refuser à juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, sans commettre un déni de justice. Quand la loi est douteuse on comprend, par conséquent, que le juge l'interprète. Et en interprétant la loi le juge reconnaît cette loi. C'est donc encore la loi qui s'applique comme source de droit. Mais quand la loi est insuffisante et qu'il n'y a rien dans la loi on comprend moins facilement que le juge soit obligé de juger. Et les situations sont nombreuses dans lesquelles il y a une pareille insuffisance de la loi. Le juge doit cependant juger, les patriciens auxquels on soumet une espèce doivent donner une solution et la doctrine aussi sous peine d'avouer son impuissance. Il en résulte qu'on doit admettre qu'il existe, en dehors du code, des lois, une source de droit d'après laquelle le praticien, l'auteur, le juge donnera la solution ou rendra sa décision.

A ce raisonnement on a objecté l'abrogation établie par l'article 7 de la loi du 30 Ventôse de l'an

Source : BIU Cujas

I2. D'après ce texte les coutumes sont abrogées. Mais cela visait les coutumes écrites de l'ancien droit et non pas les usages conventionnels. En second lieu, cette disposition vise les coutumes anciennes, mais non les coutumes futures s'il doit en exister. Seules sont abrogées par cette loi, les coutumes préexistantes. La coutume peut donc intervenir comme source de droit, de nos jours.

Il peut arriver aussi qu'il n'existe pas de coutume à un moment donné quand une espèce se présente pour la première fois. Il faut bien donner un précédent. Il n'y a pas de décision. Il faut bien trouver une solution. L'auteur, le praticien devront préparer l'acte, ordonner une solution ou préparer un jugement en tenant compte des principes généraux du droit tirés de la loi et toujours inspirés par ces principes directeurs dont on a parlé. C'est pourquoi l'article 4 du code civil doit être considéré comme consacrant officiellement les pouvoirs du juge non seulement d'interpréter la loi, mais encore, en cas d'insuffisance de la loi, de compléter le droit.

En pareille hypothèse, qu'il s'agisse de la pratique, de la doctrine ou de la jurisprudence la coutume que révèle les décisions judiciaires n'est pas encore obligatoire par elle-même. Elle ne le deviendra que par l'intermédiaire du juge. Mais tandis que si elle était obligatoire, elle s'imposerait à tous les juges, comme elle n'est qu'une décision judiciaire, comme elle est l'oeuvre d'un juge, un autre juge pourrait dire le contraire.

Au troisième degré, la coutume a par elle-même une force obligatoire

Enfin au troisième degré, la coutume par elle-même a une valeur obligatoire. Il en est ainsi en matière de propriété foncière, en ce qui concerne surtout le régime des eaux. Il y a, dans les textes anciens, des affirmations très nettes à cet égard; on a maintenu dans la période intermédiaire les anciennes règles du droit coutumier car on les a jugées bonnes et qu'aucun usage contraire n'était établi.

Certaines coutumes ont reçu une consécration légale.

Et dans certains textes le code civil a fait allusion à ces usages. L'article 645 du C.C. notamment dit qu'il faut combiner l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété et qu'en ce cas les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être respectés. Et de même les articles 633-674 et 690 du C.C. mentionnent ces usages. Voilà donc des usages qui ont force de loi. Mais il est vrai qu'on peut dire que s'il en est ainsi, c'est que la loi les reconnaît. Il est d'autres textes en matière de baux qui admettent les mêmes règles. Ce sont les articles I736-I748 et I753. Et même pour le louage d'ouvrage et d'industrie il y a des textes comme l'article I480 qui consacrent les usages locaux en matière de délai-congé notamment. Toutes ces règles sont admises comme des coutumes

Source : BIU Cujas

obligatoires, mais elles ont reçu une consécration légale puisque la loi les a visées.

Mais il en est d'autres pour lesquelles on ne peut invoquer aucun texte

Mais il y en a d'autres pour lesquels on ne peut invoquer de texte. Il en est ainsi notamment de la coutume qui veut que la femme mariée porte le nom de son mari. De même on trouve nombre d'usages obligatoires enmatière de fonds de commerce. Et puis on cite aussi comme une coutume la règle du secret des lettres confidentielles. Elle n'est établie nulle part dans le code civil. C'est cependant une règle absolument observée par tous.

En résumé, par conséquent, la coutume est une source de droit. La codification ne la détruit pas, mais elle la ralentit car plus les lois sont nombreuses et moins il est nécessaire de faire appel à la coutume.

Dans quelle mesure une coutume peut-elle abroger le droit existant ?

Et puisque la loi a une force créatrice, il faut admettre qu'elle peut abroger le droit existant. Certes, la loi peut faire disparaître une coutume, l'abroger, mais une coutume peut aussi abroger soit une coutume ancienne, soit la loi elle-même. La coutume crée donc le droit à côté de la loi et elle abroge le droit contenu dans une coutume antérieure ou même dans une loi.

Une loi ne peut-être abrogée par simple désuétude

Il convient de dire quelques mots de cette abrogation de la loi par la coutume. Quand on se pose la question de l'abrogation de la loi on peut se demander si une loi peut être abrogée par une simple désuétude. On peut considérer, en effet, qu'il y a certaines lois qui ont cessé de s'appliquer et qu'il y a eu ainsi abrogation. Mais cette abrogation par non usage, par non application de la loi, ce n'est pas une abrogation définitive de sorte que si quelqu'un voulait à nouveau appliquer la loi, il le pourrait. La question s'est posée pour une loi de la période intermédiaire qui disait que tout père de 7 enfants devait avoir un enfant élevé par l'Etat. Jamais cette loi n'avait été appliquée, quand un député vint un beau jour dire qu'on devait l'appliquer. Le ministre crut de son devoir de répondre que la loi avait été abrogée pa désuétude. Mais la chambre lui donna tort et vota un crédit pour l'application de la loi.

La loi peut être abrogée par la coutume

La loi peut être abrogée par la coutume ? Ici il n'y a pas de doute tout le monde est d'accord pour dire qu'une loi peut être abrogée par la coutume. C'est ainsi que le nom de code Napoléon reste le nom officiel du code. Ce nom lui a été donné par une loi, mais on sait qu'on n'a pas cru nécessaire, quand la question s'est posée en 1872, de rendre au code civil son nom primitif, de faire une loi à cet égard: on a estimé que la coutume avait abrogé la loi antérieure. De même l'article 55 du code civil déclare que quand un enfant naît il faut le déclarer à l'état civil et cet article exigeait la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil.

Source : BIU Cujas

Cette disposition n'était pas applicable car la vie de l'enfant aurait pu en être compromise. En effet, il faut déclarer l'enfant dans les trois jours de sa naissance. Mais pendant de longues années ce texte n'a fait aucune difficulté: on a considéré la loi abrogée par une coutume contraire. Cependant une loi du 20 Novembre 1919 est venue mettre la loi en conformité avec la coutume sur ce point (art. 55 du C.C.).

3. Les modes de constatation de la coutume

Mais comment connaître la coutume ? Les modes de constatation de la coutume sont importants à déterminer. Comment, en effet, savoir si une pratique est suffisamment invétérée pour constituer une coutume ?

Cette tâche, c'est le praticien, dans la pratique extra-judiciaire, l'auteur dans la doctrine, et le juge par la jurisprudence qui doivent l'accomplir.

Les enquêtes par turbes de l'ancien droit

Dans l'ancien droit les enquêtes par turbes avaient pour but de faire connaître les usages invoqués. Elles consistaient à réunir des témoins qui étaient appelés à se prononcer sur l'existence ou la non existence d'une coutume. Si ils se prononçaient à l'unanimité leur déposition liait le juge.

Les enquêtes par parère

De nos jours cette procédure n'a plus lieu. On peut toujours interroger des témoins, mais le juge n'est jamais lié. Il a subsisté seulement en matière commerciale ce qu'on appelle les enquêtes par parère (quod paret). Elles ont pour but de provoquer l'avis des commerçants sur l'existence d'un usage.

De nos jours, c'est la pratique extra-judiciaire, la doctrine et la jurisprudence qui constatent la coutume

Mais de nos jours c'est la pratique extra-judiciaire, la doctrine et la jurisprudence qui constatent la coutume.

On parle rarement de la pratique extra-judiciaire. Cependant, c'est elle dont le rôle est au début de toute coutume. C'est le cas du praticien du notaire qui est obligé par exemple de rédiger un acte sur la demande d'un de ses clients. Mais quand les praticiens auront rédigé l'acte la mise en oeuvre sera faite par la doctrine et la sanction sera donnée par la jurisprudence.

La doctrine comprend l'ensemble des théories et des idées émises par les jurisconsultes dans leurs ouvrages. Mais elle n'a plus l'autorité qu'elle avait autrefois en droit romain et dans l'ancien droit: elle n'a plus une autorité officielle. La doctrine était alors une véritable source du droit. Elle ne l'est plus de nos jours. Elle ne crée pas le droit elle se borne à le constater. Elle a comme la jurisprudence un double rôle à jouer à cet égard: elle interprète la loi, le droit et elle constate la coutume.

Mais c'est la jurisprudence surtout qu'il faut parler. Le rôle de la doctrine est très grand. Elle a, en effet, le grand avantage de devancer les faits tandis que la coutume et la jurisprudence sont toujours en retard

Source : BIU Cujas

sur les faits.

Le rôle particulièrement important de la jurisprudence en cette matière

La jurisprudence est constituée par l'ensemble des décisions émanées des différents tribunaux en vue d'interpréter la coutume. C'est ce rôle qu'on envisagera ici.

Beaucoup d'auteurs la considèrent comme une source véritable du droit. Pour M. Hémard elle n'est pas une source véritable du droit distincte de la loi et de la coutume et cela en vertu du principe ~~de la~~ séparation des pouvoirs. La jurisprudence fait bien la loi si on veut, mais pourvu qu'on admette qu'elle ne fait la loi qu'en tant qu'elle exprime une coutume. Mais elle n'est pas une véritable source de droit, ses solutions ne s'imposent pas. L'interprète qui cherche quel est le droit sur un point donné n'est pas obligé d'adopter les solutions de la jurisprudence. Quand il est reconnu qu'une disposition est fournie par la loi, par la coutume, dans la mesure où elle est obligatoire l'interprète doit s'incliner. Au contraire, en présence d'une solution de jurisprudence il n'a pas à s'incliner.

La jurisprudence n'est pas liée par les précédents judiciaires

Les jugements ou les arrêts des juges ne sont pas obligatoires pour l'avenir et ils ne les sont même pas pour le tribunal ou la cour qui déjà s'est prononcé. C'est toujours là une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs. L'article 5 du C.C. dit, en effet, " Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et règlementaire sur les causes qui leur sont soumises". Cette disposition avait pour but de faire disparaître les arrêts de règlement des anciens parlements qui avaient pour but de régler certains points de droit même pour l'avenir. Ce faisant le parlement se liait les mains, il indiquait la solution à appliquer à tous les procès de même nature. L'article 5 a interdit ces arrêts de règlement. La jurisprudence n'est pas liée par les précédents judiciaires. Sans doute, certains arrêts de Cassation ont une importance considérable et agissent bien au fond, en fait, à la manière d'un arrêt de règlement et personne ne pourrait s'en plaindre car c'est un élément de stabilité du droit, mais il reste toujours la possibilité d'un revirement de jurisprudence. Heureusement d'ailleurs ces revirements sont assez rares car la pratique s'accommoderait mal de ces fluctuations dans la jurisprudence.

La jurisprudence arrive cependant en fait à une certaine stabilité grâce au mé-

Mais comment la jurisprudence arrive-t-elle à cette fixité à cette stabilité ? C'est ici l'organisation de la cour de Cassation qu'il faut indiquer.

Quand un problème juridique s'est posé devant plusieurs tribunaux, il est fréquent qu'ils aient adopté des solutions différentes. Au bout de quelque temps, il se peut que ces divergences s'atténuent; mais il est

Source : BIU Cujas

canisme de la Cassation

possible aussi qu'elles s'accentuent. Qui dira la véritable solution ? Alors apparaît la cour de Cassation. Quand il y a des décisions contraires, en effet, on ne tarde pas à poser la question devant la cour de Cassation car la cour de cassation est la juridiction suprême qui permet d'unifier et de simplifier le droit. La cour de Cassation est alors chargée de régler ces divergences.

L'affaire dont il s'agit vient devant la cour de Cassation, devant la chambre des requêtes. Celle-ci examine le procès. S'il lui semble que la cour d'appel ou le tribunal a bien jugé, elle rend un arrêt de rejet motivé. Si, au contraire, elle estime que le tribunal ou la cour d'appel a mal jugé, elle renvoie l'affaire devant la chambre civile, par un arrêt non motivé. La Chambre civile ainsi saisie de l'affaire juge. Si elle déclare que le tribunal ou la cour d'appel a bien jugé tout est fini. Mais si elle reconnaît que le tribunal ou la cour d'appel a mal jugé, elle rend un arrêt de cassation: elle casse la décision et renvoie l'affaire devant une juridiction du même ordre que celle qui avait jugé en premier lieu, c'est-à-dire devant un tribunal ou une cour d'appel.

Il est normal que le nouveau tribunal ou la nouvelle cour d'appel se range à l'avis de la cour de Cassation, mais il n'en est pas toujours ainsi et si le tribunal ou la cour juge comme le premier tribunal ou la première cour d'appel il est normal qu'un nouveau pourvoi soit formé. L'affaire revient alors devant la cour de Cassation, qui siège toutes chambres réunies (Chambre des requêtes, Chambre civile, Chambre criminelle) et l'arrêt est rendu " en chambres réunies". S'il y a cassation, la solution qui devra être donnée par le troisième tribunal ou la troisième cour où l'affaire sera renvoyée devra être alors conforme àla solution de la cour de Cassation.

Ainsi donc la cour de Cassation aura le dernier mot pour toutes les questions de droit car la cour de Cassation ne juge que le droit et jamais le fait. Mais pour toutes les questions de droit la cour de Cassation assure l'unité et l'uniformité de la jurisprudence.

§ 2 - Interprétation des sources du droit.

On a vu que les deux sources du droit étaient la loi et la coutume. Souvent, comme elles ne donnent pas de solution pour tous les problèmes qui se présentent, il faut les interpréter, pour apporter à une espèce donnée une solution. L'interprétation consiste donc dans la recherche du sens de la loi ou de la coutume.

I) de l'interprétation de la cou-

Mais l'interprétation de la coutume ne donne pas lieu à de grandes difficultés. La coutume ne consiste

Source : BIU Cujas

tume.

pas, comme la loi, en des formules préétablies par un pouvoir déterminé, elle est une production directe du commerce juridique, il s'agit d'un usage observé et suivi par les intéressés: aucun doute ne s'élève d'ordinaire sur sa signification, pas plus que sur son étendue.

Ce qui est douteux, bien souvent, c'est son existence même. Et par conséquent, il n'y aura pas souvent lieu de l'interpréter: il y a moins lieu de l'interpréter que de l'établir, de la constater. Or, on a vu que, pour constater la coutume, il y a les praticiens, les auteurs, la doctrine et la jurisprudence. C'est la pratique elle-même qui est à l'origine de la coutume et c'est la jurisprudence et la doctrine qui la constatent.

Même, on comprendrait qu'il n'y ait pas lieu à nombre de décisions judiciaires ou d'avis de doctrine en matière coutumière. La coutume est, en général, si fortement établie que personne ne demande qu'on la constate: elle est établie.

Des cas cependant peuvent se présenter de procès à propos de la coutume. Mais ils sont assez rares car un procès d'abord, c'est un droit à l'état de crise et ces crises se produisent relativement rarement. Cependant, il peut y avoir lieu à interprétation de la coutume quand des décisions judiciaires ou des auteurs en font des applications diverses. Il faudra alors rechercher les circonstances dans lesquelles la coutume est née . Mais le cas est assez rare.

II. De l'interprétation de la loi

Aussi n'étudiera-t-on que l'interprétation de la loi. Et là il y a des difficultés nombreuses et qui dominent toute l'étude du droit civil.

Il faut donc interpréter la loi. Et pour cela il y a le législateur lui même de sorte qu'on comprend l'existence d'une interprétation législative. Puis il y a une autre interprétation, non officielle: c'est l'interprétation qui se fait par les praticiens, les auteurs, la doctrine et la jurisprudence.

On peut en distinguer 2 catégories

I) L'interprétation législative

L'interprétation législative n'a plus le rôle qu'elle a pu avoir à certaines époques. Elle est le fait du législateur qui donne lui-même le sens de la loi.

Il existe, en effet, des lois interprétatives . On en a cité en indiquant qu'il fallait les distinguer des lois dispositives. Les lois interprétatives seules font vraiment de l'interprétation. Les lois dispositives apportent quelque chose de plus, et notamment elles font cesser une controverse existante.

On peut remarquer tout d'abord qu'à certaines époques le législateur a délégué son pouvoir d'in-

Source : BIU Cujas

terprétation de la loi.

L'ordonnance de I667 obligeait les juges à soumettre les questions d'interprétation de la loi au législateur qui était alors le roi.

Sous l'ancien droit l'ordonnance de I667 obligeait les juges, quand la loi, les ordonnances ou leurs succédanés leur semblait douteuse, à renvoyer les parties devant le roi, c'est-à-dire à en référer au législateur. En cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance, on priait le juge de s'abstenir de juger, d'interpréter. Mais il n'en est plus ainsi aujourd'hui depuis que l'article 4 du C.C. a refusé aux juges le déni de justice. Il faut que le juge rende une décision, un jugement ou un arrêt. Pourquoi en est-il ainsi ? C'est tout d'abord en raison de l'observation du principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. Mais il y a aussi une autre raison: si on renvoyait ainsi, pour une espèce donnée, devant le législateur, un cas qui s'est présenté, le législateur deviendrait juge, il résoudrait une question déterminée, il ferait une loi d'espèce. Or, une loi ne peut être que générale et la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire serait en outre violée. Le juge a donc, dans notre droit, le pouvoir et l'obligation de combler les lacunes de la loi.

Les avis sur renvois administratifs

En I804 il y avait cependant une interprétation législative par délégation. Une loi du 5 Nivôse de l'an VIII avait donné au gouvernement la faculté de demander une interprétation au conseil d'état et une loi du 16 Septembre I807 confère ce pouvoir d'interprétation à la fois au gouvernement et au conseil d'état. C'est alors que furent rendus les avis sur renvoi administratifs dans lesquels, en la forme d'un règlement d'administration publique, le conseil d'état, en conformité de la loi de I807, interprétait la loi. Ces interprétations ou ces avis du conseil d'état ont existé depuis l'an VIII jusqu'à I8I4.

En effet, la charte de I8I4 les supprima. Elle retira au conseil d'état ses attributions relatives à l'interprétation de la loi. Désormais, le conseil d'Etat ne pouvait donner d'avis généraux, règlementaires, obligatoires, mais il pouvait donner encore des avis ayant pleine valeur dans l'espèce à l'occasion de laquelle on avait demandé son avis. C'était une instance judiciaire, rien de plus. Et il y eut des avis de cette nature jusqu'à la loi du 30 Juillet I828 qui vint les supprimer. C'était des avis sur référés judiciaires, c'était des actes d'interprétation judiciaire qui venaient résoudre des conflits qui s'étaient présentés entre la cour de cassation et les tribunaux civils de première instance. Ces actes ne constituaient plus, par conséquent, une interprétation comme les avis sur renvoi administratif, ils n'avaient que la valeur d'un jugement ou d'un arrêt.

Le référé législatif

Une loi de I837 avait, à côté de ces pouvoirs d'interprétation, permis le référé législatif, c'est-à-

Source : BIU Cujas

dire que la cour de cassation avait la possibilité de s'en référer au pouvoir législatif quand elle n'arrivait pas à préciser le sens d'une disposition. Mais il n'y a pas d'exemple que la cour de cassation ait utilisé ce référé.

Au fond, les particuliers eux-mêmes peuvent adresser une pétition aux chambres pour leur demander l'interprétation d'une loi. Le cas s'est présenté, notamment pour la détermination du sens de l'article 9 de la loi du 23 Mars I855 sur la transcription. Ce texte vise la renonciation et la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Or, ce texte, ou tout au moins une partie de ce texte, est si clair qu'il n'y avait pas moins d'une douzaine d'interprétations et encore la plus exacte était-elle celle qui déclarait que le texte n'avait pas de sens ! On demanda une interprétation du législateur par une pétition. Ce sont les notaires, la chambre des notaires qui s'adressèrent au garde des sceaux. Le garde des sceaux déposa un projet de loi qui aboutit au vote de la loi du 13 Février I889 dont le but a été d'interpréter l'article 9 de la loi du 23 Mars I855.

Telle est l'interprétation législative directe c'est-à-dire par le législateur, sous forme de loi, ou indirecte dans la masure où elle a un caractère administratif.

2) L'interprétation extra-législative

Mais il ne faut s'occuper ici que de l'interprétation proprement dite, en dehors du législateur par lui-même ou par délégation. Quand le juge, le praticien, le jurisconsulte ont un problème de droit qui ne semble pas rentrer dans un texte comment peuvent-ils faire ? Sans doute, s'il y a un texte de loi, il n'y a qu'à l'appliquer, il faut déterminer seulement le sens et la portée de la loi, mais si il n'y a rien dans la loi que faut-il faire ? Le praticien est forcé par les besoins de la vie juridique d'établir une formule, de créer une solution de toutes pièces; ses clients lui demandent de rédiger un acte juridique, il faut bien qu'il le rédige. Quant au jurisconsulte on comprendrait mal qu'il ne donne pas de solution en se prévalant de l'insuffisance de la loi, car il doit toujours donner une solution. Enfin, le juge est tenu par l'article 4 du code civil de juger. Il ne doit pas se refuser de juger, sous peine de déni de justice.

On peut distinguer à cet égard 3 sortes d'interprétation

C'est pourquoi il y a trois sortes d'interprétations: l'interprétation judiciaire par le juge, l'interprétation extra-judiciaire comprenant celle de la pratique et celle de la doctrine. Mais ces deux dernières sont si différentes qu'il faut les distinguer. On a donc l'interprétation extra-judiciaire du praticien, du notaire, de l'agent d'affaire, de l'officier de l'état civil,

Source : BIU Cujas

par exemple, l'interprétation doctrinale qui est l'oeuvre de la doctrine seule, et l'interprétation judiciaire

Sans doute elles doivent obéir à des principes généraux, mais elles ont des tendances différentes et il faut les distinguer car il est des institutions qui ont été créées par l'une ou l'autre d'entre elles. C'est ainsi, par exemple, que l'interprétation extra-judiciair peut revendiquer la création et l'introduction, dans notre droit, du compte courant, ainsi que la matière des assurances, aidée d'ailleurs par la doctrine et la jurisprudence. La doctrine peut réclamer la plus belle construction juridique qui ait été faite: celle de la stipulation pour autrui. On en est arrivé ainsi à interpréter très heureusement les articles III9 et suivants du code civil, surtout l'article II2I en matière de subrogation réelle. Quant à l'interprétation judiciaire elle a donné en matière d'astreinte une interprétation très heureuse de la loi, mais sa plus belle construction est peut-être celle qui est relative à l'inaliénabilité de la dot mobilière. Ceci pour montrer que, si les mêmes procédés sont employés par chacune de ces interprétations, elles se sont attachées à des problèmes différents.

Si maintenant on confond ces trois interprétations, on s'aperçoit qu'il y a deux questions à résoudre.

I) Comment déterminer le sens et la portée d'un texte de loi ? Cela, c'est une oeuvre de pure interprétation.

2) Quand il n'y a pas de lois comment parvenir à donner une solution à un problème juridique ? Ce n'est plus seulement une oeuvre d'interprétation, mais de rechercher du droit.

Les méthodes extra-législatives d'interprétation de la loi

Examinons tout d'abord la question de l'interprétation toute seule. Le praticien le juge, les jurisconsultes se trouvent en présence d'un texte de loi ou du code, ce texte règle à peu près le problème posé mais pour savoir s'il le règlemente tout à fait, il faut en déterminer le sens, en préciser la portée. Ce texte peut n'être pas suffisamment clair et il peut être équivoque, obscur. Comment parvenir à en extraire la substance ?

La méthode exégétique

Pour la majorité des auteurs, de nos jours encore, et pour toute la doctrine au I9ème siècle, ainsi que pour la jurisprudence qui était suivie, l'interprétation de la loi devait se faire par référence à la volonté du législateur. Le texte de la loi n'était qu'une manifestation de la volonté de ceux à qui appartient le pouvoir législatif. De même que pour un acte juridique né entre deux parties, un contrat, quand on veut l'interpréter on scrute la volonté des parties, on

Source : BIU Cujas

cherche à établir ce qu'il a été et d'après ce qu'il a été on donne une solution, de même disait-on en face d'une loi qui n'est que l'expression de la volonté juridique de l'autorité législative, il faut procéder à une recherche psychologique, et il existe à cet égard de nombreux procédés que le praticien, l'auteur ou le juge, peuvent mettre en oeuvre.

On s'attache d'abord à des données historiques, Le texte de la loi n'est souvent que le développement d'une disposition antérieure. Le texte peut n'avoir fait qu'adopter ou développer les solutions admises par la coutume, la jurisprudence ou la doctrine. L'histoire d'une question n'est souvent qu'une introduction à sa solution. Il faut rechercher quelle est la tradition juridique dont on dit qu'elle était "l'hérédité juridique". Puis on étudiera les travaux préparatoires, c'est-à-dire tout l'ensemble des documents qui ont servi à élaborer la loi. Au sein des discussions qui ont précédé le vote des textes légaux, il est souvent possible de découvrir ce que pensait le législateur. Or, ces travaux préparatoires on les connaît pour le code civil. On sait qu'ils ont été assez abondants. Ils consistent dans tous les rapports, dans toutes les discussions au Conseil d'état, et ils sont souvent plus abondants encore de nos jours, pour les lois modernes. Ils comprennent les discussions qui ont lieu au sein de la commission législative, les discussions publiques devant les chambres et souvent la thèse proposée par une commission extra-parlementaire dont les travaux ont généralement servi de base à la préparation de la loi. Et précisément ce sont ces travaux préparatoires qui révèlent sur une question donnée l'intention du législateur, ou tout au moins son but.

En somme, on s'inspire dans cette méthode exégétique, de l'esprit qui a présidé à la confection de la loi. On veut que l'esprit l'emporte sur la lettre.

Cette méthode est généralement rejetée de nos jours

Ce système est généralement rejeté de nos jours. Il a le grand tort d'immobiliser le droit, de le ramener toujours à son origine. Or, le droit, la loi, est soumis au grand principe de l'évolution, et il ne faut pas toujours se placer à l'époque où la loi a été promulguée pour se prononcer. Sinon il faudrait sans cesse se reporter à 1804, il faudrait admettre que la pensée du législateur de 1804 a pu prévoir et régler tous les rapports juridiques de 1929, et cela est inadmissible. Revenir toujours à la source initiale de la loi pour l'interpréter, c'est un procédé historique contraire à la loi de l'évolution.

Il est vrai que, souvent, on a apporté des tempéraments à cette méthode. La recherche de la volonté du législateur n'empêche pas, a-t-on dit, de tenir compte des conditions actuelles de la vie juridique. Ceci

Source : BIU Cujas

semble assez délicat. Mais admettons-le. Admettons qu'il faille toujours, pour une loi, revenir à l'interprétation de la volonté du législateur, comment la connaître ? Il est très difficile de la trouver. Quand une assemblée législative vote une loi y-a-t-il une volonté propre qui émane de l'assemblée législative des deux chambres ? Certainement non, car il y a un ensemble de volontés individuelles et une majorité qui l'emporte, mais quant à faire de la psychologie collective cela n'est pas possible. D'ailleurs cette volonté collective, la plupart de ceux qui interprètent la loi d'après les travaux préparatoires, ne la trouvent pas. Ils font état de la volonté d'un législateur, d'un député, d'un ministre, du rapporteur. Mais est-ce bien là la volonté du législateur ? Par exemple en ce qui concerne le code civil de 1804 qu'est-ce qui représentera la volonté du législateur ? Sera-ce le sénat, seront-ce les discussions au conseil d'état ? Seront-ce les rapports des tribunaux au corps législatif ? Il est très difficile de se prononcer. La volonté du législateur ne serait-elle pas, bien souvent, celle de Napoléon qui parle de " son code civil " ? Et pour les lois modernes la difficulté est encore plus grande. Il y a des lois qui ont été préparées pendant des années. Entre ces époques diverses va-t-on faire une distinction ? Il y a eu deux opinions différentes, à deux époques successives, laquelle l'emportera ? On dit que c'est la plus récente, mais pourquoi ? Faudra-t-il tenir compte de ce qu'une loi a été votée au cours d'une législature pour s'en tenir à l'opinion de cette législature ? La loi de 1898 a été votée, par exemple, alors que depuis 1884 il y avait des rapports très précis sur la question: va-t-on remonter, en ce qui concerne son interprétation à 1884 ou faut-il, au contraire, s'en tenir à la période de la discussion ?

La recherche de la volonté du législateur est donc très difficile. Et pourquoi serions-nous liés aujourd'hui par l'opinion d'un praticien de 1804 ? Pourquoi s'en tenir à une opinion purement individuelle pour y trouver la pensée du législateur ?

Il faut donc écarter cette méthode exégétique.

L'interprétation de la loi doit se faire d'après son texte et en vue du but poursuivi par la loi.

Il faut interpréter la loi d'après son texte e vue de son but.

En matière de contrat on ne peut pas s'en tenir à l'interprétation de la volonté des parties pour savoir comment interpréter le contrat. En effet, dans une vente, par exemple, au fond, chacune des parties veut ce que lui dicte son intérêt; or, comme les intérêts des deux parties sont généralement contraires, elles veulent généralement des choses différentes. Pour interpréter le contrat, par conséquent, il faut s'en tenir à la volonté exprimée, déclarée, des parties, dans le texte du contrat.

Source : BIU Cujas

Il en est de même pour la loi.

Il faut interpréter la loi d'après la volonté déclarée, telle qu'elle résulte du texte de la loi. Sans doute, il ne faut pas nier la valeur des travaux préparatoires, mais il ne faut s'y attacher que d'une façon limitée. En effet, tout d'abord, la valeur des travaux préparatoires s'amoindrit avec le temps. Et, d'autre part, dès qu'elle est mise en vigueur, qu'elle est publiée, la loi se détache des travaux préparatoires qui ne renferment de la pensée du législateur que ce qu'il y a mis. Cependant il ne faut pas écarter les travaux préparatoires, ils permettront de fixer, non pas la pensée du législateur sur un point donné, mais le but qu'il poursuivait. Et ce but il est très souvent important de le déterminer. C'est pourquoi l'interprétation de la loi doit se faire d'après le texte et en vue du but poursuivi par le législateur.

Les méthodes de recherche du droit

II. Mais il est un second problème qui consiste à rechercher une règle de droit en l'absence d'un texte légal. Dans ce cas il n'y a plus de texte: l'interprétation se double d'une recherche du droit. Ici, il n'y a plus à parler de la volonté réelle du législateur ou de sa volonté déclarée: il n'y a plus rien.

L'interprétation doit être l'oeuvre du praticien du jurisconsulte du juge. Mais quelle méthode va-t-on employer ?

Pendant le I9 ème siècle on se préoccupait fort peu de méthode. On adoptait une méthode qu'on va indiquer, mais personne n'avait de méthode. On disait que tous les auteurs avaient la même méthode. Au contraire, depuis le livre de M. Gény " Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif" (Ière édition I Vol. I899 2ème édition 2 vol. I9I9 avec une préface de M. Saleilles qui est à lire) depuis I899 tout le monde a voulu avoir une méthode et, au début, chacun avait une méthode différente.

La méthode syllogistique

Au début les auteurs suivaient la méthode syllogistique. D'après cette méthode, le code civil formait un tout qui se suffisait. Le code civil était tout entier dans le code civil "On faisait du droit civil par le Code civil". Pour résoudre les problèmes nouveaux on s'efforçait de pénétrer les textes dans leur esprit, et des déductions bien conduites devaient amener aux principes généraux, à la construction de la théorie d'où, après, il n'y avait plus qu'à déduire les conséquences normales. Ainsi on trouvait la solution.

Avantages et inconvénients de cette méthode

Cette méthode était d'une logique rigoureuse et cela lui donnait une apparence scientifique. Elle avait le grand avantage d'éviter tout arbitraire car elle enfermait le praticien, le jurisconsulte, le juge, dans un cadre limité.

Source : BIU Cujas

Mais elle avait un grand vice: elle ne tenait pas compte de l'idée d'évolution. Les principes directeurs du droit établis en 1804 ne pouvaient être modifiés, on ne pouvait s'en écarter. Surtout, on enfermait le droit dans un réseau d'abstractions on en faisait une science de pure logique, et non la science naturelle qu'elle doit être. On envisageait chaque article pour en tirer les principes formulés par le législateur. On se servait surtout de l'argument par analogie ou par à contrario et on recourait à la fiction. L'argument par à contrario n'est sans doute pas sans valeur. C'est celui qui, d'un cas anormal, déduit le cas général. Voici par exemple un texte qui dit que le mineur émancipé, ne peut intenter une action immobilière. Par à contrario, on en déduit qu'il peut intenter une action mobilière. L'argument d'analogie consiste à dire que, dès l'instant que dans une situation donnée la loi a posé un principe, dans une autre situation, tout à fait semblable, et à plus forte raison si la situation est moins favorable, il faut appliquer la même solution. Cela n'est d'ailleurs pas toujours reconnu. C'est ainsi qu'on a tiré de l'article 762 du C.C. qui déclare que les enfants adultérins ont droit à des aliments cette conclusion que les enfants naturels simples devaient avoir aussi des aliments. Ceci a été constaté mais on a reconnu le droit des enfants naturels simples. Enfin on mettait de la fiction partout. Toute la théorie de la personnalité morale a été ainsi modifiée par l'existence de cette fiction qu'on voulait y introduire.

La méthode de la libre recherche scientifique

A cette méthode syllogistique on a substitué depuis le livre de M. Gény une méthode nouvelle qui tient compte de l'évolution.

Critique de cette méthode

Mais des tendances assez différentes se sont faites jour. Les uns, notamment M. Gény, déclarent qu'en dehors de ce qu'on peut tirer de la loi ou du code le praticien, le jurisconsulte sont libres de rechercher comme ils le veulent le droit. C'est la méthode de la libre recherche scientifique. Elle a le grand inconvénient de permettre l'arbitraire de chacun, car les auteurs qui ont adopté un cadre de recherches scientifiques ont chacun une méthode différente, dans cette libre recherche scientifique.

La méthode évolutive

C'est pourquoi la majorité des auteurs modernes appliquent une autre méthode. Ils prennent pour point de départ la notion d'évolution. Ils cherchent à procéder à un assouplissement des textes, pour qu'ils soient en rapports avec les besoins sociaux.

Cette méthode reconnaît que les textes ont une vie originale. En effet, un code n'est jamais complet il n'arrête pas la marche du droit. Loin de vouloir absorber tout le droit en lui-même, le code civil et la loi, il doit s'ouvrir au monde extérieur, s'y adapter, le dominer

Source : BIU Cujas

Certes il faut toujours partir de la loi écrite, mais ne faut-il pas considérer la loi ou le code comme les sciences de la nature, puisque tout vit, et puisque, même si on en croit Anatole France, personne aujourd'hui n'interprète plus un seul vers de l'Illiade comme l'interprétaient les anciens. Les textes doivent donc s'adapter au milieu social. Il y a un point d'appui qui est la loi, mais il ne faut pas qu'elle soit un instrument d'immobilisation étroite du droit. Dès lors les auteurs ont pris encore pour base le code civil, mais leur formule " par le code civil " est devenue " au delà du code civil". L'interprétation de la loi doit se faire par une explication normale de ses termes, conformément au but de la loi, au but visé par le législateur, mais en suivant une étroite adaptation aux nécessités pratiques, sous la garantie d'un maintien de l'unité du système juridique, et sous la garantie d'une orientation générale en rapport avec les principes de bon sens, de justice et d'équité qui dominent tout le droit.

Source : BIU Cujas

PREMIERE PARTIE

THEORIE GÉNÉRALE DU DROIT CIVIL

L'objet du droit civil

Le droit civil a pour objet les relations juridiques des particuliers entre eux. Un droit est la faculté pour un individu d'exiger quelque chose à l'égard de ses semblables. Il se décompose en plusieurs éléments.

Les éléments du droit: I) Le sujet du droit

Premier élément: Le droit suppose d'abord un rapport entre deux personnes tenant lieu de support, deux sujets, l'un actif, ou titulaire du droit, l'autre passif, ou débiteur du droit. Le premier a le droit d'exiger, même par la force (car tout droit est muni de la contrainte) certains actes à son profit; le deuxième est obligé d'accomplir ou de supporter certains actes. Tout droit civil existe en vue de procurer à l'homme un avantage, une certaine situation pour subvenir à ses besoins, protéger ses intérêts, obtenir d'une manière générale, la réalisation des buts de sa vie.

L'homme est le destinataire du droit

Ainsi le destinataire de tout droit est l'homme. On en a conclu que tout droit impliquait deux sujets et que le sujet actif comme le sujet passif du droit ne pouvait être qu'une personne. Il n'y a pas de droit sans sujet. Mais que faut-il entendre par sujet de droit ?

Ce qu'il faut entendre par sujet du droit

Prenons un des côtés seulement de la question: considérons le sujet actif du droit; tout ce qu'on va dire peut s'appliquer aussi au sujet passif. Sans doute le droit est reconnu exister, le plus souvent, au profit d'une personne. Il n'est même pas besoin d'une personne existant d'une vie indépendante, d'une personne née, il suffit qu'elle soit conçue au moment où apparait le droit; cela se comprend, c'est l'intérêt particulier du destinataire du droit, et la communauté ne s'y oppose pas.

Le sujet du droit peut être éventuel

Il peut se présenter des cas où une personne future aura un intérêt réel et sérieux à voir se créer un droit à son profit avant sa naissance, sans qu'aucune considération d'ordre général puisse s'y opposer. L'intérêt particulier n'est pas en contradiction avec l'intérêt général. Mais n'est-il pas logique de supposer que cette personne puisse recevoir un droit alors qu'on ne sait même pas si elle existera dans la suite. Il y aurait ainsi des droits sans sujet actuel.

La loi elle-même en reconnait la possibilité.

Source : BIU Cujas

Les articles 1048 et suivants du C.C. relatifs aux substitutions permettent à un père de donner ses biens à son enfant, à charge par lui de les rendre aux enfants nés et à naître. Ce sont là des cas exceptionnels, admis par faveur pour le mariage. Il n'en est pas moins vrai qu'il y a des bénéficiaires du droit qui ne sont pas nés ni conçus et qui peut être ne naîtront jamais. Il est donc permis de faire des libéralités à des enfants à naître, de leur ouvrir un droit sans sujet actuel.

On objecte qu'il n'y a pas ici de droit sans sujet actuel; le droit a un sujet: le fils qui reçoit du père à charge de conserver pour les petits enfants. Mais lefils n'a un droit actuel que pour la libéralité qui lui est faite et non pour celle qui est faite aux petits enfants. Un droit peut donc exister au profit d'une personne non existante.

Autre exemple: D'après l'article 9 al. 3 de la loi de 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle, celle-ci peut être prononcée à l'égard des enfants nés et à naître c'est-à-dire que le juge qui prononce cette déchéance pourvoiera à la protection des enfants non conçus.

Le sujet du droit peut être une personne morale

Mais n'y a-t-il d'ailleurs que les personnes physiques à considérer ? N'y a-t-il pas des groupements ou des ensembles de personnes qui aient des droits ? Voilà par exemple des commerçants qui forment une société: on dit qu'il y a une personne morale; ou bien voilà des étudiants qui forment une association, il y a encore une personne morale. Prenons le cas où il n'y a pas de groupement: une personne, un philanthrope, lègue ou donne à un établissement existant, à un établissement public capable de recevoir les dons et legs un ensemble de biens, peut-être même tout son patrimoine s'il s'agit d'un legs, à charge de créer de nouvelles fondations, de nouveaux lits par exemple. Il y a une fondation, mais il n'est pas possible ici de trouver un groupement de personne à moins qu'on ne dise que les intéressés ce sont ceux qui seront les bénéficiaires de la fondation, les malades éventuels qui seront traités dans l'hôpital. Dès lors ne faut-il pas dire qu'à côté des sujets de droit qui sont des sont des personnes physiques, il y a des sujets de droit qui sont des personnes morales ?

Nous aurons à critiquer cette notion de personnalité morale, et provisoirement on prendra une autre base pour se rendre compte de la situation. Au lieu de dire qu'il y a un sujet de droit personne morale ou personne physique, on dira qu'il y a ici à protéger un intérêt individuel, c'est le cas pour les personnes physiques, ou un intérêt collectif ou général et on vise ici les personnes morales.

Mais au fond, même quand il s'agit d'une personne

Source : BIU Cujas

morale le droit ne doit profiter qu'à l'individu; au fond la personne morale même la plus élevée, l'Etat, n'existe que pour les individus.

II) L'objet sur lequel porte le droit

Le second élément du droit, et du droit civil c'est l'objet sur lequel porte le droit. Il ne consiste pas seulement en une chose du monde extérieur, il peut consisteren un droit, c'est-à-dire en la possibilité de pouvoir invoquer certaines exécutions, certaines facultés. Et, par rapport à leur objet, les droits civils peuvent être répartis en 3 groupes, d'après leur source.

Quant à leur objet on peut répartir les droits civils en 3 groupes:

Ils peuvent parvenir d'abord de la seule qualité d'homme. Ce sont les droits civils inhérents à la personnalité humaine, à la personnalité civile: ce sont les droits innés. En raison de leur dépendance par rapport à la personne, nous les étudierons non pas à propos des objets, mais à propos des personnes.

I) Droits inhérents à la personnalité humaine.

La seconde source des rapports de droit est la communauté de sang. Elle unit certains individus à un même groupe: la famille. L'homme n'est plus envisagé à l'état isolé, mais dans un groupement. Il figure comme membre de ce groupement, de là de nombreux rapports de droit, des droits civils très variés dérivant de la qualité d'époux, de père, de parent, de fils, d'enfant, de la qualité d'alliée, droits dont l'ensemble forme le droit de famille que nous étudierons dans la seconde partie.

2) Droits inhérents à la communauté de sang

Enfin l'objet du droit peut provenir du pouvoir que l'homme peut exercer sur les choses du monde extérieur ou sur les actes de ses semblables. La réunion de ces droits forme le patrimoine. Ce sont ces droits que nous aurons à étudier en envisageant l'objet des droits.

3) Droits patrimoniaux

On a donc, d'une part les sujets de droit, et d'autre part les objets de droit. En ce qui concerne ces objets du droit on les étudiera sans doute, on étudiera les choses, le patrimoine, mais on le fera dans la troisième partie qui sera consacrée aux droits réels.

III) Le fait générateur du droit

Le troisième élément du droit c'est l'élément qui le créé, qui l'a appelé à l'existence. Et il peut en être ainsi sinon des droits inhérents à la personnalité humaine qui dépendent de l'existence même de la personne, mais des droits de famille; car il y a un fait générateur des droits de famille. Pour avoir la qualité d'époux il faut se marier, pour être enfant reconnu il faut une reconnaissance. Ici le droit s'acquiert par une action individuelle qui n'est pas nécessairement l'action du bénéficiaire du droit. Il n'y aura de droit que quand une personne, par une manifestation de volonté, aura établi un lien entre elle et ce qui fait l'objet de son droit; alors il y a un rapport juridique qui est le soutien du droit.

Ainsi donc il y a un sujet, un objet, et un fait

Source : BIU Cujas

créateur du droit: ce sont les personnes, les choses, les actes juridiques.

IV. La sanction du droit

Mais ce droit serait incomplet si sa sanction n'était pas organisée sous forme de la possibilité de mettre à la disposition du titulaire du droit une action. Le titulaire du droit a le droit d'agir en justice. Et si la matière des actions ne doit pas être envisagée ici, car les actions sont l'exercice du droit en justice, et l'exercice du droit en justice c'est toute la procédure, il faut se préoccuper de la question de preuve car un droit qui ne peut être prouvé est bien près de l'inexistence. Pour qu'un droit ait véritablement sa pleine valeur il faut qu'il comporte non seulement l'exercice d'une action en justice, mais encore qu'il puisse être prouvé. Donc il faudra étudier la théorie générale du droit civil.

Titre I) Les sujets du droit c'est-à-dire les personnes.

Titre II) L'objet du droit c'est-à-dire les choses.

Titre III) Les faits créateurs des droits c'est-à-dire les actes juridiques,

Titre IV) La sanction du droit envisagée seulement quant à la preuve.

Source : BIU Cujas

TITRE I

LES SUJETS DU DROIT

LES PERSONNES

Les droits privés appartiennent à des sujets de droit qu'on appelle des personnes

Tous les droits privés constituent des facultés qui appartiennent à des sujets de droit quisont appelés des personnes. Le mot persona signifiait, dans l'antiquité, masque. Tous les acteurs portaient, au théâtre, des masques et on en était arrivé à confondre le masque avec le rôle joué. On peut dire, de nos jours, en s'en tenant au sens originaire, que la personne c'est l'homme en tant qu'iljoue un rôle dans la société.

La personnalité s'identifie, de nos jours, avec l'individualité

Cette personnalité donnée à l'homme c'est l'aptitude à être sujet de droit. Elle s'identifie avec l'individualité . Tout individu est une personne et toute personne est un individu.

Cependant il n'en a pas toujours été ainsi. Il a été un temps où tout individu n'était pas une personne. Sans remonter à l'esclavage dans l'antiquité, au temps où l'esclave était une chose et non une personne il ne faut pas oublier que l'esclavage des noirs n'a été supprimé qu'en I848 dans nos colonies et que, jusqu'en I854, certains individus pouvaient être déchus de leur personnalité civile: c'était des morts civilement. La mort civile entraînait la dissolution du mariage, l'ouverture de la succession, et la perte de tous les droits civils. Les morts civilement étaient les condamnés à des peines infamantes, les condamnés à mort grâciés, les condamnés aux travaux forcés à perpétuité, et les déportés. Ils étaient incapables d'avoirdes droits civils (art. 22 et suivants du code civil). Mais ces articles ont été abrogés par la loi du 3I Mai I854 qui a fait disparaître la mort civile,institution d'un autre âge et l'a remplacée par des déchéances assez graves comme celle du droit de disposer de ses biens par des libéralités ou par testament, et du droit inverse de recevoir des libéralités.

Donc depuis I854 tout individu est une personne. Mais peut-on dire que toute personne soit un individu ? N'y a-t-il pas des êtres qui ne sont pas des individus,auxquels on doit reconnaître la personnalité ? Et ici on songe exclusivement à la personnalité morale.

Dans la théorie de la personnalité

La jurisprudence et pendant longtemps la doctrine se sont trouvées en présence de groupements d'individus ou d'institutions; les fondations, dont il a été question précédemment, pour lesquelles on ne pouvait

Source : BIU Cujas

morale on reconnait en outre la personnalité à des choses par une fiction

parler d'une personne physique. Une société n'a rien de commun avec une personne physique. Et, comme on part de cette idée qu'il n'y a de sujet de droit que les personnes, pour se mettre d'accord avec cette règle on créé une personne: on parle de fiction. Et les personnes, dans cette conception, ce ne sont pas seulement les individus, les personnes physiques, ce sont aussi les personnes morales, nous réservons toute discussion sur ces personnes morales, nouspensons qu'il n'y a pas là des personnes, mais des choses.

Mais les animaux ne peuvent être sujets de droit

Les animaux ne peuvent-ils être sujets de droit? Ils ont été fréquemment l'objet de règles bienveillantes. Si on se reportait à l'ancien droit, au cours de la période médiévale, on verrait que les animaux ont été traités comme ayant des droits. On les assignait par huissier comme des personnes et quand un vignoble était dévasté par des chenilles ou des insectes par exemple, on faisait un procès en règle à ces animaux; on leur nommait même un défenseur d'office. De nos jours il existe bien une loi du 2 Juillet I850, la loi Grammont qui s'occupe des animaux, mais les animaux ne sont pas des sujets de droit et, en réalité, quand on a édicté de pareilles dispositions pour éviter aux animaux domestiques de mauvais traitements de la part de leur maître, ce qu'on a protégé, au fond, c'est encore l'homme dans sa sensibilité. Et la preuve absolue que les animaux ne peuvent pas être des sujets de droit c'est qu'il ne peut y avoir sujet de droit que quand le prétendu sujet peut être I) un sujet actif, or les animaux peuvent l'être sans doute 2) et un sujet passif, or les animaux ne peuvent l'être.

La personnalité dure de la naissance à la mort. Cette personnalité il faudra l'envisager d'abord en elle-même puisqu'il faudra montrer ses attributs qui sont essentiellement la capacité et le domicile. On parlera ensuite de l'absence, puis on examinera les personnes morales.

LIVRE I.

LA PERSONNALITÉ CONSIDÉRÉE EN ELLE - MÊME

CHAPITRE I

GENERALITÉS

On a vu que la personnalité dure de la naissance à la mort. C'est sa durée juridique normale. Mais il est des extensions, et des diminutions peuvent être admises.

Source : BIU Cujas

En principe la personnalité commence à la naissance

Elle commence avec la naissance. Un individu qui ne serait pas doué d'existence, qui serait purement éventuel n'est pas capable de droits, en principe il n'a pas de droit. C'est une personne incertaine, indéterminé, et le droit n'existe qu'au profit des personnes certaines et déterminées.

Toutefois il peut y avoir des sujets de droit éventuels

Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait pas des sujets de droit éventuels dans certains cas et on a vu qu'en matière de succession, de déchéance de la puissance paternelle, des droits peuvent être reconnus au profit de personnes qui ne sont pas nées.

Infans conceptus pro nate habetur

En principe cependant il faut être né. L'enfant, bien qu'il ait, avant sa naissance, une existence physiologique ne constitue pas, en principe, une personne. Et il y a des auteuts qui, appliquant strictement cette règle disent que c'est seulement dans les cas formellement reconnus par la loi qu'il faut reconnaître à l'enfant seulement conçu,des droits. Mais on doit dire,que dans tous les cas des droits doivent être reconnus à l'enfant conçu. On traduit cette idée par l'adage romain "infans conceptus pro nate habetur quoties de commodis ejus agitur", c'est-à-dire l'enfant conçu est tenu pour né toutes les fois qu'il y va de son intérêt. Il ne s'agit pas d'une règle qui ne vaut que dans les cas formellement prévus par la loi, c'est au contraire une règle d'application générale.

Le principe en est posé dans deux textes, à propos des successions, dans l'article 725 du C.C. et à propos des donations et des legs dans l'article 906 du C.C. " Sont incapables de succéder dit, en effet, l'article 725 I) Celui qui n'est pas encore conçu". Par à contrario on en déduit que l'enfant conçu peut succéder. Et l'article 906 peut-être invoqué dans les mêmes conditions. Ici en fait par conséquent application de la méthode d'interprétation dont on a parlé, c'est-à-dire que de plusieurs solutions légales on tire la solution juridique.

Ces deux textes du code civil sont seulement l'application d'un principe général en vertu duquel l'enfant simplement conçu doit être tenu pour né toutes les fois que c'est son intérêt.

Mais la loi exige certaines conditions de plus. Ce n'est pas assez que l'enfant soit conçu, ou y ajouter d'ordinaire deux autres conditions qu'on étudiera en en matière de succession: I) Il faut que l'enfant naisse vivant (art. 725) . L'enfant mort né n'est pas une personne et il n'y a pas à rechercher, si, avant l'accouchement, il vivait ou non. 2) Il faut que l'enfant naisse viable (article 725 N° 2 et 906 al.3). Il faut qu'en naissant il réunisse les conditions physiologiques qui sont nécessaires pour pouvoir vivre. Il faut comme on l'a

Source : BIU Cujas

dit au cours des travaux préparatoires, "qu'il ait tout ce qu'il faut pour suivre la carrière de la vie". Mais cette condition de viabilité, étant donné qu'elle comporte un élément physiologique, doit être prouvée au point de vue médical et elle peut être discutée.- Au fond, la viabilité ne contient pas la condition que l'enfant naisse vivant ?

La personnalité dure en principe jusqu'à la mort:

La personnalité qui commence à la naissance dure jusqu'à la mort.

La personnalité de l'homme finit quand il disparaît. Elle dure même dans le cas où on ne sait pas si un individu est vivant; il a disparu de son domicile, on ne sait où il est, mais il ne peut être considéré comme n'ayant plus de personnalité et si on peut le faire déclarer absent cela entraînera des conséquences qui sont parfois calquées sur celles du décès mais l'individu ne passera pas, en droit français, pour mort.

A certaines époques cependant on a considéré un mort comme sujet de droit

A certaines époques pourtant on a considéré un mort comme sujet de droit. Sans parler des procès au moyen âge contre les cadavres on a voulu parfois établir une personnalité au delà de la vie. On peut citer à cet égard un arrêt de la cour de Cassation du 24 Mai 1860 (S. 1860-I-675) "Attendu, a dit la cour suprême ,que le mot de personne employé dans l'article 13 de la loi du 17 Mai 1819 comprend les vivants et les morts". La vérité c'est qu'il s'agissaitd'une situation tout à fait spéciale, de la diffamation et toute la question était de savoir si la mémoire des morts pouvait être défendue.

Or ily a pour protéger cette mémoire plusieurs moyens possibles. On n'en est plus au système du droit romain qui faisait se survivre à elle-même la personne pour attendre un héritier, quand l'hérédité n'était pas acceptée, en cas "d'hérédité jacente". De nos jours, la loi admet une solution contraire; elle ne dit plus: " que le défunt aille à l'héritier", elle dit à l'héritier d'aller au défunt. Ce n'est plus la personne défunte qui se survit, c'est l'héritier, même s'il accepte plusieurs mois après l'ouverture de la succession, qui va à la succession. Dès lors il n'y a plus besoin de parler du droit du mort; c'est le droit des vivants qui est exercé pour faire respecter la mémoire du mort.

La personnalité c'est l'individualité sociale

La personnalité, si on envisage ses caractères c'est l'individualité sociale. On envisage l'individu comme un être social. L'être humain, puisqu'il vit en société, va avoir certains éléments indispensables pour cette vie en société.

Les droits inhérents à la personnalité

En tant qu'être sociall'individu a certains droits primordiaux qui sont inhérents à la personnalité et qu'il peut exercer. Ces droits sont essentiellement

Source : BIU Cujas

personnels, exclusivement attachés à la personne en ce sens que l'individu ne peut en disposer ? Ce sont des droits inaliénables, des facultés indispensables à l'individu pour remplir son rôle dans la société.

Droits à la vie et à l'intégrité du corps

Ces droits sont assez nombreux. C'est le droit à la vie, à l'existence, à la santé, à l'hygiène, à l'intégrité du corps. Ces droits ont toujours été reconnus. Quand, avant la loi du 9 Avril 1898 sur les accidents du travail, on ne pouvait invoquer d'autre texte que l'article 1382 du C.C. on faisait appel à ce droit à la vie, à l'intégrité du corps, pour justifier la responsabilité du patron, mais il fallait alors prouver que le patron avait causé un dommage, commis une faute et il fallait établir le rapport entre la cause et le dommage.

Un exemple assez curieux du respect à l'intégrité du corps nous est fourni par la jurisprudence. Un médecin de Lyon qui avait fondé un institut de beauté avait acheté la moitié de la figure d'une vieille femme pour pouvoir traiter cette moitié de figure, tout en laissant l'autre intacte afin que ses clientes puissent se rendre compte des effets du traitement (avant et après). Mais, il arriva que la vieille femme ne put plus supporter les applications et les opérations auxquelles elle était soumise; elle s'adressa aux tribunaux et la Cour de Lyon vint décider, après le Tribunal de Lyon, qu'il y avait eu atteinte à l'intégrité du corps, et que la femme n'avait pas pu disposer de la moitié de sa figure. On ne peut disposer, sans doute , de son corps que dans la mesure où il n'y a pas atteinte à la vie.

Peut-on disposer de son corps après sa mort

Mais peut-on disposer de son corps après sa mort ? En Suède, un pauvre hère n'ayant plus de ressources, avait vendu son cadavre à l'Institut royal d'anatomie. Il s'agissait de la vente de son cadavre pour le jour où il ne serait plus. Mais ce pauvre hère, devenu par la suite un riche citoyen regretta beaucoup cette convention, qui ne lui avait d'ailleurs procuré qu'une rémunération insignifiante. Il chercha à se dégager du contrat. Mais le Tribunal déclara qu'il était tenu. Il le condamna même à des dommages intérêts car, dans le contrat, il était prévu qu'aucune diminution d'une partie de son corps ne devait se produire sans le consentement de l'institut, et l'individu s'était fait arracher des dents.

Mais un individu a le droit de régler ses funérailles.

Droit à la liberté individuelle

Enfin le plus important de ces droits, c'est le droit à la liberté individuelle d'aller et de venir. Ce droit n'a pas de sanction spéciale. Il faut la trouver dans l'article 1382 du C.C. qui dit que " tout fait

Source : BIU Cujas

quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer." La faute le dommage il faut les établir.

Mais il y a un cas où la loi admet une limite à cette liberté individuelle. L'article I780 du code civil reconnaît l'inaliénabilité de la liberté quand il déclare qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée.

Mais il y a des exceptions. C'est par exemple le cas d'un voyageur de commerce qui quitte une maison et s'oblige à ne pas faire concurrence à cette maison; c'est le cas d'un commerçant qui vend son fonds de commerce et promet de ne pas établir, dans un certain rayon, un commerce de même nature; enfin on peut citer à cet égard un arrêt de la cour de Rennes du 7 Novembre I90I - S I907-I-28I. Il s'agissait, dans cette espèce, d'une ancienne concubine qui avait promis de ne pas s'installer dans la ville où devait vivre son ancien concubin.

Parmi ces droits inhérents à la personne humaine ne peut-on citer enfin le droit à l'honneur c'est-à-dire la considération sociale, le fait d'être tenu par ses semblables comme digne de vivre avec eux en société.

Enfin il y a le droit au nom. On a laissé volontairement de côté le droit d'auteur car la jurisprudence et la doctrine jusqu'ici n'ont jamais voulu y voir qu'un droit de propriété et non un droit inhérent à la personne humaine et comme il y a, dans le droit d'auteur, des éléments qui le rapprochent du droit de propriété, c'est en matière de propriété qu'on l'étudiera. Mais il faut parler beaucoup plus longuement du nom.

Chapitre II

LE NOM

Définition du nom

Le nom c'est la désignation verbale des individus. Il doit avoir sa place dans la théorie générale du droit civil.

En ce qui concerne le nom, il faut surtout constater ce qui existe dans la pratique, dans les faits, car les textes ne sont pas nombreux sur le nom. On peut citer les articles 57-58-299, 3II, 35I du C.C. mais il n'y en a pas d'autres.

Tout individu doit avoir un nom

Il faut que chaque individu ait un nom pour le reconnaître facilement; il faut que sa désignation soit fixe et stable.

Le nom sert à séparer chaque individu dans le lengage et chaque personne doit avoir un nom.

Source : BIU Cujas

En principe elle la reçoit dès sa naissance; en principe du moins car elle peut en acquérir un autre, par la suite. Et comme on a modelé la personne morale sur la personne physique les personnes morales ont un nom. Mais on envisagera ici seulement le nom des personnes physiques.

Historique du droit au nom

Dans l'ancien droit le nom, au moins pour les roturiers était d'un usage libre. Mais il fallait distinguer le nom des roturiers et celui des nobles. Le nom des nobles comportait 3 éléments; d'abord le nom de famille, le véritable nom patronymique. C'était le nom du premier ancêtre et il pouvait avoir parfois une origine historique, les noms étaient d'origine romaine ou gallo-romaine, ou bien le nom patronymique était un nom comme Simon. Et à ce nom on ajoutait second élément, le nom de la terre. Simon de Montfort, c'était le nom du fief de la seigneurie. Il était d'ailleurs relié au nom de famille et au prénom par le particule " de ". Enfin il y avait un troisième élément: le titre , qui s'identifia d'abord avec le nom de la terre, puis en fut distingué: exemple, Simon duc de Montfort.

Pour les roturiers, le nom était absolument libre Pendant des siècles les roturiers ont porté des noms de baptême, bien souvent des sobriquets, des noms dérivant de la profession: tisserand, charron; des pays d'origine: Picard, Bourguignon; de leurs qualités physiques: Leblanc Lenoir Leroux. L'usage consacrait ces noms. Mais les nécessités des relations juridiques entre les particuliers firent qu'on admit très vite la transmission héréditaire de ces noms. Mais il y avait des changements si nombreux que Mars 1555 sous Henri II interdit de changer de nom. Cela s'appliquait surtout aux rapports de roturiers et de la noblesse: les nobles ne changeaient pas de nom, mais les roturiers cherchaient à prendre des noms nobles. L'article 211 de la grande ordonnance de 1629 édicta l'interdiction des changements de nom. Malgré tout, les changements de nom restèrent fréquents et il n'y avait aucune sanction quand il s'agissait de changement de nom entre roturiers.

Pendant la période intermédiaire on avait aboli la noblesse, et considéré l'obligation de porter un nom et de le garder toute sa vie, comme une entrave à la liberté, aussi pouvait-on changer de nom à volonté. Le nom , disait-on, n'est qu'un caprice individuel et on peut toujours le modifier (décret du 24 Brumaire an 2). Mais on s'aperçut qu'il pouvait y avoir ainsi un danger: que les nobles pouvaient revenir en France en prenant un nom roturier. Et un décret du 6 Fructidor de l'an 2 interdit aux citoyens de changer de nom. Le nom n'est pas, en effet, une simple étiquette, sans signification, le nom est la marque distincte de la personnalité, c'est le signe de

Source : BIU Cujas

de l'individu et il est d'une utilité qui ne se limite pas à l'individu: il est d'une utilité sociale.

Les éléments du nom

Il se compose d'abord de plusieurs éléments. Il y a le nom de famille, au nom patronymique, issu surtout de la parenté; il y a, en second lieu, le prénom ou les prénoms qui ont un caractère individuel plus marqué. Ils servent à distinguer les membres d'une même famille dotés du même nom. Ils résultent de l'acte de naissance, dans la majorité des cas, et en étudiant l'acte de naissance on verra qu'ils doivent être choisis dans les noms du calendrier, ou dans l'histoire ancienne. Le domaine est d'ailleurs assez vaste. Enfin il y a le surnom, pseudonyme très fréquent dans la littérature: exemple, Pierre Loti, est Julien Viaux; Anatole France, Anatole François Thibautet tout le monde connaît Pivolo:Pelletier d'Oisy. Le surnom doit être protégé aussi. Il n'a pas un caractère familial. C'est une désignation ordinaire qui s'acquiert par un usage prolongé.

Mais c'est avant tout le nom patronymique qu'il faut envisager. On l'étudie souvent à propos de la famille car sa dévolution est normalement familiale, mais on l'étudiera à propos de la théorie générale du droit civil, car il n'y a pas que les individus qui ont une famille qui ont un nom. L'individu trouvé a un nom, l'individu sans famille a un nom. Et l'individu qui a un nom de famille peut, dans une mesure limitée, en changer. Enfin et surtout si on rattache le nom à la famille cela ne permet pas d'envisager la question du prénom, ni du surnom, ni du pseudonyme.

En ce qui concerne le nom on examinera successivement:

I) Les caractères et les prérogatives du nom.
II) La théorie du nom.

Section I

Les caractères et les prérogatives du nom.

Le nom est une nécessité sociale

La société déclare nécessaire le maintien du nom de famille. Le nom apparaît comme une nécessité sociale d'une part, et comme un rapport, du principe imposé par la famille, d'autre part.

C'est, en premier lieu, une nécessité sociale. C'est l'individu non pas isolé mais à l'état social qui a besoin d'un nom. Puisque c'est une nécessité sociale, puisque le nom individualise toute personne, puisqu'il est obligatoire, il faut que, dès sa naissance, l'enfant reçoive un nom. On va voir comment les rapports de famille déterminent le nom et que si même un enfant n'a pas de famille, il faut qu'il ait un nom. C'est pourquoi on étudiera, à propos de la personnalité, le droit au nom, au lieu

Source : BIU Cujas

d'en reporter les effets au droit de famille. Un enfant trouvé, en effet, n'a aucun lien avec une famille; il faut cependant lui donner un nom et c'est la société qui pourvoira à le lui donner.

Le nom, en principe est immuable

Le nom puisqu'il est une nécessité sociale, une fois acquis doit être immuable. Comment, en effet, les individus pourraient-ils avoir le droit de changer un nom quand ils n'ont pas le droit de le prendre à leur gré ? La loi du 11 Germinal de l'an II part de cette idée de l'immutabilité des noms et ne permet le changement de nom résultant d'un caprice de la volonté individuelle que d'une façon très limitée et par voie administrative.

Toutefois la loi du 11 Germinal de l'an II a permis dans certains cas, et à la suite d'une procédure administrative, les changements de noms.

Le changement de nom est règlementé encore par cette loi qui exige, pour qu'il soit possible, une demande motivée de l'intéressé qui a un nom grotesque ou difficile à porter. Cette demande motivée est déposée au parquet du procureur de la République, elle est transmise au Conseil d'Etat, et il faut un décret rendu en Conseil d'Etat pour que le nom puisse être changé. C'est un décret en la forme des actes d'administration publique. Ce décret déclare le motif légitime, ou si on estime que les motifs sont sans valeur le décret n'est pas rendu. Le décret est inséré dans le Bulletin des lois. Un délai d'un an est donné pour faire opposition au changement de nom; c'est seulement après l'expiration de ce délai; postérieurement à la publicité du décret, et si il n'y a pas eu d'opposition que le nom est définitivement changé.

Dispositions particulières de la loi du 2 Juillet 1923.

Il faut, en outre, dire un mot ici de la loi du 2 Juillet 1923 qui a permis de perpétuer le nom des citoyens morts pour la patrie. Dans ce cas les parents en ligne directe pourront, jusqu'au 6ème degré, relever le nom d'un citoyen mort pour la patrie sans laisser d'enfants, de sorte que le nom disparaitrait. La loi déclare que c'est le plus proche parent des successibles de ce citoyen qui a ce droit jusqu'à et y compris le 6ème degré.

La procédure administrative de la loi du 11 Germinal an II ne s'applique qu'au cas où il n'y a pas de contestation sur la légitimité du nom

La procédure administrative dont il a été question plus haut suppose un véritable changement de nom et implique que celui qui demande ce changement ne conteste pas la légitimité de son nom. Il en est tout autrement quand il y a poursuite en restitution de nom, soit qu'il s'agisse de la rectification d'un nom dans un acte de l'état civil, soit qu'il s'agisse de la réclamation de nom, l'individu protestant contre le nom qu'il porte. Le cas s'est présenté. Il s'agissait de deux enfants trouvés auxquels l'officier de l'état civil avait donné le nom de " Delabicyclette " et pour le second qui avait été trouvé dans un champ le nom de " Dukdelespasse". Ces noms ont été l'objet d'une rectification d'état civil

Source : BIU Cujas

(S. 1903-2-217). Ici en effet il s'agit d'une simple rectification. Mais quand il y a un changement de nom il s'agit, le plus souvent, de la réclamation d'un nom; c'est une action d'état.

Dans la pratique il y a d'ailleurs un assez grand nombre de changements de nom qui se font sans aucune procédure et sont consacrés par l'usage.

En fait, il y a aussi de très nombreux changements de noms, dans la pratique, qui sont des changements irréguliers. Et on ne parle pas ici seulement de l'adjonction d'un nouveau nom quand par exemple, pour perpétuer le souvenir dans la famille d'un homme qui fut célèbre on y ajoute un nom, ainsi Casimir Périer; mais aussi il arrive que, pour se faire reconnaître, quand on porte un nom assez courant, comme celui de Martin, par exemple, on ajoute après un autre nom: Martin du Nord, par exemple, ou bien qu'on le fasse précéder d'un prénom: Germain Martin. Il y a donc des changements de nom irréguliers. Cependant la jurisprudence les déclare absolument valables quand l'usage les a consacrés.

Aucun texte du droit civil ne protège formellement le nom

Aucun texte du droit civil ne protège formellement le nom. Mais il y a des sanctions pénales. L'art. 259 du Code pénal modifié par la loi du 2 Mai 1858 frappe d'une amende celui qui, sans droit et en vue de s'attribuer une distinction honorifique aura publiquement changé, modifié ou altéré les noms que lui ont attribués les actes de l'état civil. Mais la protection de l'article 259 ne s'applique que si on a pour but de s'attribuer une distinction honorifique.

Enfin la loi du 5 Août 1899, dans son article 11, modifiée par la loi du 11 Juillet 1900, punit d'emprisonnement ou d'amende, l'usurpation du nom, quand elle entraîne l'insertion d'une condamnation au casier judiciaire d'une autre personne.

Il est très facile, encore de nos jours, de déclarer à l'état civil des personnes sous des noms qu'elles ne devraient pas porter. Il est vrai que l'officier de l'état civil à qui on fait la déclaration prévue par l'article 57 du C.C. peut exiger du déclarant son acte de naissance, mais un enfant est toujours inscrit sous le nom déclaré. Et si on lui a donné un nom ridicule ou qui ne devrait pas être le sien, il faut intenter une rectification. S'il n'y a pas de rectification, il doit garder son nom. Or il résulte souvent, de ce fait qu'on n'exige pas l'acte de naissance des parents, des erreurs orthographiques qui donnent lieu fréquemment à des difficultés, notamment pour l'attribution dans une succession d'un titre nominatif.

Ce n'est que dans des cas exceptionnels que la loi intervient

Au fond la loi n'intervient pas pour donner le nom, mais pour maintenir un nom précédemment consacré par l'usage.

Il y a cependant des cas où la loi intervient pour attribuer un nom. C'est d'abord le cas de l'enfant

Source : BIU Cujas

pour attribuer le nom

qui a été recueilli par l'assistance publique, puis il en est encore ainsi en cas de changement de nom par décret.

Le nom exprime normalement un rapport de famille

Le nom n'est pas seulement une nécessité sociale il exprime, normalement un rapport de famille. La parenté, la filiation ou l'alliance déterminent le nom individuel, et les règles de sa transmission sont calquées sur les règles du droit successoral.

Le nom de l'enfant légitime

La parenté fait que le fils légitime prend le nom de son père à l'exclusion de celui de sa mère. Le Code civil n'établit pas cette règle mais c'est une coutume qui n'a pas varié, c'est un usage absolument admis auquel on ne peut se soustraire.

Le nom de l'enfant naturel reconnu

L'enfant naturel, né hors mariage est reconnu, dès sa naissance, par ses deux auteurs, prend le nom de son père et, si la reconnaissance n'émane que de l'un d'eux, il prend le nom de celui qui l'a reconnu. Si il est reconnu successivement par sa mère et par son père, il doit prendre le nom du père, mais il se peut que ce soit tout de même la mère qui conserve la puissance paternelle.

Le nom de l'enfant naturel non reconnu.

L'enfant naturel non reconnu prend le nom de sa mère si ce nom figure à l'acte de naissance, mais si le nom de la mère n'y figure pas, l'acte de naissance devra contenir un nom; l'officier de l'état civil donnera bien souvent le nom de la mère, au moins dans les petites communes où tout le monde se connaît.

Le nom de l'enfant adoptif

L'enfant adoptif prend le nom de l'adoptant, (article 35I du C.C.). Il le prend en l'ajoutant au sien. Mais il faut tenir compte aussi d'une coutume, encore souvent appliquée en Champagne notamment et dans certains pays du Midi d'ajouter, dans les rapports commerciaux, le nom de la femme à celui du mari.

Le nom de la femme mariée

L'alliance confère à la femme le nom de son mari. Il s'agit ici d'une coutume. Il en résulte que souvent, dans bien des actes, la femme ne sait pas si elle doit signer du nom de son mari ou de son nom de jeune fille. La femme, en effet, ne perd pas son nom de famille. La loi du 6 Décembre I893 a consacré cette coutume en modifiant les articles 299 et 3II du Code civil.

La femme ne porte le nom de son mari que tant que dure le mariage. En cas de divorce chaque époux reprend l'usage de son nom avec sa liberté et, en cas de séparation de corps, il peut être permis à la femme de reprendre son nom. Elle peut être aussi autorisée à conserver celui du mari, et de son côté, le mari peut faire défense à la femme de continuer à porter son nom. Tout ceci prouve que la femme, tout en prenant le nom de son mari, ne perd pas le sien (art. 299 du C.C.) et aussi que, par le mariage, la femme n'acquiert que l'usage du nom de son mari.

De ce que le nom résulte d'un rapport de famille

Source : BIU Cujas

Le nom accessoire de l'état des personnes est inaliénable.

il s'en suit que la question du nom n'est que l'accessoire de l'état des personnes.

Il faut en conclure que le nom est inaliénable; il s'agit bien entendu du nom de famille, car il en est autrement du nom commercial.

Cependant on trouve, dans une loi du 2 Juillet 1923, une exception à ce principe: on peut disposer de son nom dans la mesure qu'indique l'article 2 de cette loi.

Le nom est imprescriptible

Le nom, puisqu'il appartient à l'état des personnes est imprescriptible. Cette imprescriptibilité du nom est, en effet, une dépendance de l'imprescriptibilité de l'état des personnes. Mais on reviendra sur cette question en étudiant les personnes.

Section II

La théorie du nom.

Valeur juridique du nom

Il convient maintenant d'examiner la nature juridique du nom. C'est faire la théorie du nom. Quelle est la valeur juridique du nom ?

1) La jurisprudence affirme que le droit au nom patronymique est un droit de propriété

La jurisprudence affirme que le droit au nom patronymique est un droit de propriété. Il en résulte qu'on pourra réclamer le nom comme on réclame une propriété. La jurisprudence a invoqué cette idée au cours du 19ème siècle surtout (Cour de Paris 16 Mai 1902 - S. 1902.2.4.).

Le droit au nom constituant une propriété, il en résulte qu'on a la possession du nom comme on a la possession d'une propriété et que, dès lors, on aura une action en revendication du nom, comme on a une action en revendication de la propriété. L'intérêt considérable c'est que, pour réclamer son nom, il n'est pas besoin de prouver un dommage subi, une faute commise comme l'exigerait la théorie qui ne voit la protection du nom que dans l'article 1382 du Code civil: le nom, puisqu'il est une propriété, peut donner lieu à des actions analogues à celles qui existent en matière de propriété.

Critique de cette théorie

Cette conception est certainement inacceptable. Tout dépend évidemment de la notion du droit de propriété qu'on admet, mais, même si on l'entendait très largement, il faut bien reconnaître que le nom n'est pas quelque chose de patrimonial. Or, il n'y a de droit de propriété que là où il s'agit d'un droit rentrant dans le patrimoine. Le droit au nom est un droit rentrant dans le patrimoine. Le droit au nom est un droit extra-patrimonial, c'est un droit inhérent à

Source : BIU Cujas

à la personnalité.

La propriété d'ailleurs est quelque chose d'exclusif, sans partage de jouissance avec les autres individus. Au contraire, le nom dont il s'agit, c'est le nom de famille, de sorte que s'il s'agissait d'une sorte de propriété, il faudrait parler non de la propriété individuelle, mais de la propriété familiale.

Le nom, d'autre part, est quelque chose d'inaliénable d'imprescriptible. Or, le caractère essentiel du droit de propriété c'est qu'il permet de disposer de son droit. Et ici, encore une fois, puisque le nom est inséparable de l'état des personnes, il y a inaliénabilité et imprescriptibilité.

Cette conséquence est d'ailleurs peut-être due à une confusion remontant à l'histoire. Pour les nobles on sait que l'ancien droit distinguait le nom du seigneur, le nom du fief, ainsi Simon de Montfort. Sous le nom du fief, on en est arrivé à confondre le nom et le fief, et comme le fief était objet de propriété, on a étendu cette idée nouvelle de propriété du fief au nom.

Enfin si on parle de propriété du nom on ne parle pas de propriété du surnom. Il faut cependant protéger les surnoms.

2) Théorie qui fait du nom un attribut de la personnalité

C'est pourquoi, dans une seconde conception, on a dit que le nom était un attribut de la personnalité. La doctrine jusque dans ces dernières années, l'a soutenu. On considère que le nom n'est pas un droit distinct, que par conséquent il ne peut être protégé que sur le terrain de l'article I382 du C.C. Il faudra alors qu'on fasse la preuve d'un dommage, d'une faute quand il y aura eu suppression, altération ou usurpation du nom. C'est là un grand inconvénient: le droit au nom n'est pas protégé par lui-même; il ne l'est que comme un attribut de la personnalité et on ne peut que recourir à l'article I382 du C.C. pour le protéger.

3) Théorie: Le droit au nom est un droit propre inhérent à la personne humaine

C'est pourquoi on admet de plus en plus la théorie qui reconnaît le droit au nom comme un droit propre. Le droit au nom, dit-on, est inhérent à la personnalité humaine, il existe, par conséquent, à l'encontre de tout le monde, et on peut poursuivre les atteintes qui y sont portées envers et contre tous. Le fait que, par son nom, une personne est désignée comme une personnalité juridique et sociale lui donne le droit de se faire distinguer des autres personnalités par une marque d'identité. Le droit au nom c'est, en effet, le droit à l'identité, c'est une condition nécessaire de l'activité individuelle. Il faut en conclure que toutes les atteintes à ce nom par usurpations, altérations, ou suppression doivent comporter une action qui n'a pas de nom spécial, qui ne comprend pas nécessairement un dommage et une faute, ce dommage et

Source : BIU Cujas

cette faute n'apparaissant que dans des cas exceptionnels. En usurpant un nom, on porte atteinte au droit absolu de la personnalité, mais on ne porte pas nécessairement atteinte à la personnalité d'autrui, tandis qu'en le supprimant on y porte atteinte.

C'est pourquoi, dans une troisième théorie, on admettra que le droit au nom est toujours protégé, non seulement quand il y a eu suppression ou altération du nom, mais aussi lorsqu'il y aura eu usurpation. Seulement on ne protégera le nom, puisqu'il y a atteinte la personnalité, que dans la mesure où il y aura un dommage résultant de la similitude de nom, établissant une méprise une confusion de personnalité; par exemple quand le nom usurpé aura une valeur littéraire ou artistique. Voilà par exemple, une personne qui s'appelle Hugo, elle prend le prénom de Victor, puis elle publie des oeuvres sous ce nom. Les descendants du célèbre auteur pourraient lui interdire de porter ce nom. Le nom serait protégé sans qu'il soit besoin de prouver la faute. Le dommage résulterait de l'atteinte portée au nom. Mais, au contraire, s'il s'agit d'un nom patronymique courant on ne peut pas dire qu'il y a une atteinte à la personalité on ne voit pas, en effet, tous les Dupont ou les Durand attaquant par exemple, Alfred de Musset !

La jurisprudence est allée assez loin dans la protection du nom. Elle a tenté de protéger très efficacement le nom. C'est ainsi que le tribunal civil de la Seine dans un jugement du 15 Février I882 (S. I882-2-2I) a déclaré qu'Emile Zola n'avait pas le droit de donner à un magistrat le nom de Duverd, étant donné qu'il se trouvait qu'il y avait un juge du même nom au tribunal civil de la Seine. On comprend sans doute, cette solution, mais on la comprendrait surtout s'il y avait eu un discrédit jeté sur le nom. Or, aucune idée de ce genre ne se rencontre en l'espèce. Et puisque le droit au nom est un droit inhérent à la personnalité on ne peut admettre le respect du nom de quand il y a vraiment atteinte à la personnalité, lorsqu'on usurpe un nom connu, ou qu'on cherche à jeter le discrédit sur un nom déterminé.

Source : BIU Cujas

LIVRE II

LES ATTRIBUTS DE LA PERSONNALITÉ

Les attributs de la personnalité sont essentiellement:

1) L'état,
2) La capacité,
3) Le domicile.

Chapitre I

L'ETAT DES PERSONNES

Définition de l'état

L'état des personnes c'est l'ensemble des liens qui unissent une personne à un certain nombre de ses semblables, qui fixent la situation qu'elle occupe par rapport au groupe dont elle fait partie: nation, famille, société.

L'état est donc, dans une certaine mesure, une notion qui appartient au droit public et au droit privé. La nationalité, par exemple, ressort dans une certaine mesure, du droit public. Mais, malgré tout, c'est du droit privé puisqu'on parle de l'état civil.

On peut distinguer
I) l'état national

L'état, c'est d'abord la situation de l'individu au point de vue national: il est français ou étranger. Cette qualité de français ou d'étranger ne peut être prise à volonté bien qu'on puisse changer de nationalité. La qualité de national peut, en effet, se perdre ou s'acquérir par la naturalisation.

L'état, au point de vue national, présente un intérêt considérable pour le droit international et pour les droits politiques. Il présente aussi un intérêt pour certains droits privés; mais, de nos jours, on peut dire que les seuls droits qui sont réservés aux nationaux, aux Français, sont très réduits et très peu nombreux. La qualité d'étranger, en France, pays particulièrement accueillant, ne laisse subsister que les différences très restreintes, au point de vue du droit civil, avec la qualité de Français.

2) L'état familial

En ce qui concerne l'état familial, l'état des personnes est constitué par deux faits: le mariage et la filiation. C'est à cet état de famille qu'on fait surtout allusion, quand on parle de l'état des personnes.

Source : BIU Cujas

Les membres d'une même famille ne peuvent être eux que époux (mari et femme) parents (père et fils frères et soeurs, oncles, neveux, et cousins) ou alliés (beau-père et bru, gendre et belle-mère, beau-frère et belle-soeur). C'est la parenté ou l'alliance.

Les époux sont à part car , quoi qu'ils créent la parenté et l'alliance, ils ne sont ni parents ni alliés.

La parenté

La parenté est le rapport qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre: c'est la parenté en ligne directe, ou qui descendent d'un auteur commun: c'est la parenté en ligne collatérale.

La ligne directe

La ligne directe comprend les ascendants et les descendants et elle est ascendante ou descendante selon qu'on remonte ou qu'on descend dans la ligne directe.

La ligne collatérale

La ligne collatérale comprend les frères et soeurs neveux et nièces et les cousins. Il faut ici distinguer la branche paternelle et la branche maternelle. Il est inutile de les définir.

Quand la parenté existe dans les deux branches on appelle les parents des parents germains. Les frères et soeurs qui sont du même père et de la même mère sont dits frères et soeurs germains. Quand la parenté n'existe que dans la ligne maternelle quand des frères et soeurs ont seulement une même mère on les dit frères et soeurs utérins, enfin les frères et soeurs d'un même père sont dits frères et soeurs consanguins.

Les cousins les plus proches, issus des frères et soeurs, sont appelés cousins germains et les cousins au degré inférieur les cousins issus de germains. Il faut noter aussi l'expression "cousin à la mode de Bretagne ": il s'agit du cousin germain ou de la cousine germaine du père ou de la mère d'une personne.

Le degré

Dans chaque ligne on fixe le degré qui détermine le rapprochement du lien de parenté entre deux personnes. L'article 735 l'indique à propos des successions. Le calcul des degrés s'appelle la computation. Dans la ligne directe le mode de computation est facile: il y a autant de degrés qu'il y a de générations (art. 737 du C.C.). Dans la ligne collatérale le mode de computation est un peu plus compliqué: puisque tous les parents descendent d'un auteur commun il faut y remonter (art. 738 du C.C.). On remonte, en effet, d'un des parents à l'auteur commun, puis on redescend de l'auteur commun à l'autre parent. On imagine une double échelle qui remonte jusqu'au à l'auteur commun et on redescend ensuite, chacune des générations formant un degré. Les frères et soeurs, par exemple, sont des parents au second degré.

Intérêt que présente le degré de pa-

On peut donc établir facilement le degré de parenté. Et l'intérêt, c'est que les lois tiennent compte de la parenté à un degré plus ou moins éloigné. La loi admet

Source : BIU Cujas

la parenté jusqu'au 4ème degré pour le droit de faire opposition au mariage (art. I74 du C.C.) pour le droit d figurercomme témoin dans un testament public (art. 975 du C.C.) et il faut signaler l'article 909 en ce qui concerne la présomption de captation. Le 6ème degré semble aujourd'hui le degré normal auquel on remonte. Il en est ainsi depuis que l'article 755 du C.C. qui établit la limite de la successibilité, a été modifié par l'article I7 de la loi du 3I Décembre I9I7. Et ce 6ème degré a été pris également en considération par la loi de I923 dont on a parlé plus haut et qui permet de perpétuer le nom des citoyens morts pour la patrie. Mais il y a encore des cas où les parents au I2ème degré sont pris en considération, même depuis la limitation de la successibilité au 6ème degré. (Cf. article 755 du C.C.).

On s'est demandé si la loi de I9I7 qui avait ainsi modifié le degré de successibilité n'avait pas, par là même, modifié tous les textes où on envisageait la parenté l'article 407, par exemple, qui exige, pour être membre d'un conseil de famille, qu'on soit en principe parent, ou encore l'article 490 du C.C. qui dit que pour former une demande d'interdiction il faut, en principe, être parent. Le Code civil n'avait pas fait de différence entre la parenté jusqu'au I2ème degré mais, la loi de I9I7 limitant pour la successibilité la parenté au 6ème degré on s'est demandé si cette loi n'avait pas eu pour conséquence de limiter, dans ces deux cas, la parenté à ce même degré.

On ne l'admet généralement pas car, notamment en ce qui concerne le texte relatif au conseil de famille, il n'est pas toujours facile de composer le conseil de famille, et plus on admet largement les parents, plus la composition est aisée.

La parenté peut être a) légitime b) naturelle c) adoptive

La parenté peut être légitime naturelle ou adoptive.

La parenté légitime est la parenté de droit commun, elle est créée par la filiation légitime; elle a sa naissance dans le mariage.

La parenté naturelle résulte de la filiation illégitime, c'est-à-dire de la naissance d'un enfant hors mariage. Les enfants naturels sont, en effet, des enfants qui sont nés hors mariage. La parenté naturelle produit certains effets, mais ces effets sont limités, car il faut, tant que la société reposera sur la famille et le mariage, encourager le mariage.

La parenté adoptive n'est pas une parenté réelle. Pendant longtemps ce furent surtout les enfants naturels qui étaient adoptés, et par conséquent la parenté adoptive répondait à la parenté naturelle, mais il n'en est plus de même de nos jours.

Source : BIU Cujas

L'adoption établit des rapports entre l'adoptant et l'adopté, mais c'est une parenté artificielle. Et c'est pourquoi les parents de l'adoptant ne sont pas parents de l'adopté.

L'alliance

L'alliance est le lien créé par le mariage entre un époux et les parents de l'autre. Les époux, il faut bien le noter, ne sont pas des alliés. Le mariage crée entre eux une communauté de vie, de biens, plus complète que l'alliance. D'autre part, l'alliance n'existe pas entre les parents d'un époux et les parents de l'autre et elle n'existe pas non plus entre un époux et les alliés de son conjoint. Par exemple, le mari de la soeur de la femme d'un individu n'est pas son allié.

Le mariage n'établit donc dans l'alliance que des liens assez larges. Comme la parenté d'ailleurs, l'alliance peut être légitime, naturelle et adoptive. Mais seule l'alliance légitime produit des effets importants.

L'alliance naît avec le mariage, mais elle ne périt pas avec lui

L'alliance naît avec le mariage, mais elle ne périt pas avec lui; bien souvent elle subsiste quand le mariage est dissout. Cependant si le mariage est dissout sans qu'il y ait des enfants vivants nés du mariage, les effets de l'alliance disparaissent en grande partie. Certains auteurs ont soutenu que tous les effets de l'alliance disparaissaient. Et ils ont invoqué à cet égard l'adage de Loysel: " Morte ma fille, mort mon gendre". Mais cet adage exprimait seulement une diminution des effets de l'alliance et, quand on invoque en sens contraire l'article 306 du C.C. on a tort, car ce texte se borne à faire cesser après la disparition du mariage, un effet de l'alliance. Mais de ce qu'un effet de l'alliance disparaît, il n'en résulte pas que tous les effets de l'alliance disparaissent. Le maintien de l'alliance est d'ailleurs généralement admis en doctrine et en jurisprudence.

La parenté et l'alliance font naître d'importants rapports de droit entre les personnes qu'elles concernent. On verra en étudiant la famille, les effets de la parenté et on reviendra sur les effets de l'alliance. C'est pourquoi on dira seulement ici que la parenté produit des effets nombreux, en ce qui concerne le droit de succession, le respect dû aux père et mère et aux ascendants, pour l'obligation alimentaire, pour les empêchements au mariage etc...

Les effets de l'alliance sont plus limités. L'alliance produit des effets en ce qui concerne l'obligation alimentaire entre alliés les plus proches, les empêchements au mariage, l'incapacité des alliés d'un notaire ou d'une des parties d'être témoin dans un acte, l'obligation de gérer la tutelle et de faire partie d'un conseil de famille.

Source : BIU Cujas

3) l'état social

Au point de vue social l'état des personnes se réfère à l'individu par rapport à son existence, et par rapport aux déchéances qu'il a pu encourir au point de vue social.

Il se rapporte à l'existence de l'individu

Par rapport à son existence: un individu peut être absent et il faudra préciser les effets de l'absence.

Et aux déchéances qu'il a pu encourir

Par rapport aux déchéances qu'un individu a pu encourir dans la société, il en est deux seulement: la qualité de condamné ou celle de failli qui entraînent des conséquences importantes au point de vue de l'honorabilité sociale et de la capacité.

Les condamnations pénales entraînent des déchéances civiles, des privations de droits. On a vu que la suppression de la mort civile par la loi du 5I Mai I854 avait laissé subsister une incapacité de disposer et de recevoir. Et il en est de même pour le failli qui, au point de vue civil, n'a pas une liberté complète d'action, comme tous les autres individus.

Il ne faut pas confondre l'état de la capacité des personnes

Certains auteurs ont une tendance à confondre l'état et la capacité des personnes. Cependant la différence entre l'état et la capacité est bien marquée.

La capacité c'est l'aptitude à jouir de droits et à les exercer. Il y a, en effet, une capacité de jouissance et une capacité d'exercice. L'état, au contraire, est composé des attributs qui constituent la personnalité: c'est l'état au point de vue familial et social.

Il en résulte que toute personne a un état, mais que toute personne n'a pas une capacité juridique; il y a des incapables. Mais les questions de capacité ou d'incapacité restent sans effet sur l'état.

Cependant il est un cas où l'état d'une personne influe sur sa capacité c'est en ce qui concerne la femme mariée que son état d'épouse rend incapable.

Intérêts pratiques de la distinction de l'état et de la capacité

Il existe des intérêts pratiques à la distinction de l'état et de la capacité.

Les questions d'état sont soumises à des règles spéciales et on indiquera plus loin que la jurisprudence reconnaît aux jugements en matière d'état une valeur seulement relative, tandis qu'on reconnaît aux jugements qui règlent une question de capacité une valeur absolue.

Puis les actions d'état constituent des actions spéciales, tandis que les actions en matière de capacité ne sont que des actions comme les autres, qui n'ont pas de nom spécial.

Caractères de l'état des personnes Il est inaliénable et imprescriptible

L'état des personnes, on l'a vu à propos du nom présente des caractères importants. L'état, puisqu'il est un attribut de la personnalité est hors du commerce: il est inaliénable et imprescriptible. Nul ne peut en disposer, nul ne peut changer son état sauf, bien entendu, au point de vue national, par la naturalisation et réserve faite

Source : BIU Cujas

aussi de la possibilité pour l'enfant naturel d'obtenir la légitimation. Mais ce sont ses parents qui l'obtiennent.

Il ne peut donner lieu à aucune transaction

On ne peut pas non plus transiger en matière d'état, décider par des concessions réciproques qu'à partir d'une certaine époque on sera considéré comme époux fils ou parent d'une personne.

Il est opposable à tous

Chaque élément dont se compose l'état est opposable à tous. L'état est absolu. On l'a comparé, puisqu'il est opposable à tous, à un droit réel et, de là à qualifier l'état des personnes de propriété, il n'y avait qu'un pas. On n'a pas manqué de le franchir. Et on a décidé que l'état était une sorte de droit de propriété. On a même ajouté quelque chose de plus fort à cette idée, on a admis la possession d'état. Un enfant peut posséder la qualité d'enfant légitime, un époux peut posséder la qualité d'époux et la possession d'état suffit à prouver le mariage. Alors pourquoi ne revendiquerait-on pas l'état comme une propriété ?

L'état des personnes donne naissance à deux sortes d'actions qui sont imprescriptibles

L'état, attribut de la personnalité, et de ce fait inaliénable, imprescriptible et inviolable donne naissance à deux sortes d'actions. On peut soit réclamer un état déterminé soit contester l'état qu'on a. Il y a, en effet, deux sortes d'actions en ce qui concerne l'état, les actions en réclamation d'état et les actions en contestation d'état. Et ces actions sont, comme l'état lui-même, inaliénables et imprescriptibles.

Exceptions au principe de l'imprescriptibilité des actions d'état

Il existe cependant deux exceptions au principe de l'imprescriptibilité des actions d'état: il y a des actions qui sont prescriptibles. C'est d'abord le cas de l'action en désavoeu de paternité qui est exercée par le mari en cas d'adultère de sa femme. Elle peut-être exercée, d'après l'article 3I6 et l'article 3I8 du C.C. dans un délai d'un à 2 mois, sauf à préciser le point de départ de ce délai. D'autre part, l'action en recherche de filiation est prescriptible, d'après l'article 329 du C.C. quand elle passe aux héritiers.

Ces actions d'état présentent ce trait particulier qu'elles peuvent être exercées même quand on n'a pas un intérêt pécuniaire, quand on n'a qu'un intérêt moral. Elles sont fréquemment exercées et donnent lieu à des jugements.

Les jugements d'état

Et il faut se demander quelle est la valeur d'un jugement rendu en matière d'état.

Il semble que l'autorité de ce jugement doive être absolue. En effet, quand on est le fils d'une personne, quand il est établi par un jugement qu'on l'est, il semble que cela doive être établi à l'égard de tout le monde. Il semblerait singulier de faire produire au

Source : BIU Cujas

jugement d'état une autorité relative de sorte que l'enfant que le jugement aurait établi le frère d'une autre personne appelée à l'instance, ne serait pas le frère d'un autre frère de la personne appelée.

Dans l'ancien droit ils avaient une valeur absolue

Dans l'ancien droit on admettait l'autorité absolue des jugements en matière d'état des personnes, mais on l'admettait surtout, parce qu'il existait une procédure spéciale dans l'ancien droit, qui consistait à faire intervenir le principal intéressé, qu'on appelait le contradicteur légitime. Le contradicteur légitume soutenait l'opinion contraire à la demande et, quand un jugement intervenait, on décidait qu'en raison de la présence du contradicteur légitime, ce jugement pouvait avoir effet à l'égard des tiers.

Pour la jurisprudence moderne les jugements d'état ont une autorité relative

Cependant la jurisprudence admet de nos jours, l'autorité relative des jugements d'état. Elle ne se préoccupe pas des inconvénients de cette solution. Elle invoque uniquement l'art. I35I du C.C. qui pose le principe de l'autorité relative de la chose jugée. Elle ne fait d'ailleurs pas attention que ce texte ne vise que les conventions et qu'il n'a pas une portée générale. Elle écarte l'argument tiré de l'ancien droit et du contradicteur légitime en faisant observer que l'institution du contradicteur légitime n'était pas admise par tous les parlements.

Les atténuations qu'il faut apporter à ce principe

Mais elle est bien obligée d'admettre des atténuations à ce principe,et l'usage, la loi admettent l'effet absolu du jugement en certains cas de sorte qu'il est tout un ensemble de cas où il faut l'admettre. Il en est ainsi quand on est en présence de la création d'un état de choses nouveau. La jurisprudence n'admet, en effet, l'autorité relative des jugements en matière d'état que lorsqu'il s'agit de constater un état actuellement existant, mais quand il y a création d'un état nouveau elle admet l'autorité absolue. C'est ainsi que le jugement produit des effets absolus en cas de divorce, de séparation de corps, d'interdiction, de dation de conseil judiciaire, d'annulation de mariage, de légitimation, et de déchéance de la puissance paternelle.

Chapitre II

LA CAPACITE DES PERSONNES

Définition de la capacité

La capacité des personnes c'est l'aptitude à jouir des droits civils et à les exercer. Par suite, il y a à la fois une capacité de jouissance et une capacité d'exercice. La capacité de jouissance c'est l'aptitude à être le sujet de droit, à jouir de droits; c'est être le sujet du droit, c'est en être le titulaire. Exercer des droits, au contraire, c'est les faire valoir

Source : BIU Cujas

les invoquer en justice, c'est en un mot, les mettre en mouvement pour en retirer tel bénéfice qu'ils peuvent procurer.

Et de même qu'il y a une capacité de jouissance et une capacité d'exercice; il y a une incapacité de jouissance et une incapacité d'exercice. Au fond on pourrait dire qu'il n'y a pas là deux sortes de capacité, mais deux degrés dans la capacité.

L'incapacité de jouissance équivaut à la privation du droit:

En ce qui concerne la faculté de jouir de droits et de les posséder, il y a la capacité de jouissance. Et l'incapacité de jouissance équivaut à la privation du droit.

Ainsi d'après le code civil de I804, dans sa rédaction première, avant la rédaction de I819, l'étranger n'avait pas le droit de succéder en France. C'était une incapacité de jouissance qui aboutissait à la perte du droit de succession.

La capacité d'exercice laisse subsister le droit, mais elle nécessite l'intervention d'une autre personne

Au point de vue de la faculté d'exercer les droits civils, ce qui est le second degré, il y a de même une capacité d'exercice comme il y a une incapacité d'exercice. Ainsi les mineurs de 2I ans qui ont la jouissance de leurs droits civils n'en ont pas l'exercice. L'incapacité d'exercice laisse subsister le droit, mais elle nécessite l'intervention d'une autre personne. Une autorité doit assister l'incapable. C'est, pour le mineur, le tuteur ou le curateur, pour la femme mariée, c'est le mari. Ainsi tandis que la capacité d'exercice suppose nécessairement la capacité de jouissance car pour pouvoir exercer un droit, il faut l'avoir; au contraire la capacité de jouissance peut exister sans la capacité d'exercice. Tel est, en effet, le cas pour le mineur ou pour la femme mariée.

Cette distinction entre la capacité ou l'incapacité de jouissance et la capacité ou l'incapacité d'exercice avait été ignorée par beaucoup d'auteurs, mais on y revient et le législateur lui-même ne s'y est attaché. Par exemple quand, dans l'article 7 du C.C. il déclare que l'exercice des droits civils est indifférent à l'exercice des droits politiques, au fond ce n'est pas de l'exercice qu'il veut parler, mais de la jouissance.

Intérêt qu'il y a à distinguer l'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice

Maintenant tout le monde admet cette distinction car elle n'est pas purement théorique, elle n'a pas seulement un but de classement elle a une utilité pratique à deux points de vue.

I) Seule la personne

D'abord quant au pouvoir de représentation. La personne frappée d'une incapacité de jouissance est privée d'un droit, personne ne peut donc l'exercer en son nom: au contraire la personne qui est frappée d'une incapacité de jouissance a un droit qu'elle ne peut

Source : BIU Cujas

exercer elle-même, mais quelqu'un a le droit de le représenter et d'exercer le droit civil en son nom. C'est là par conséquent une première distinction, au point de vue de la représentation.

2) L'incapacité de jouissance est sanctionnée par une nullité absolue, l'incapacité d'exercice par une nullité relative

Il en est une seconde, qui est très importante. Elle a trait à la sanction de l'incapacité. Quand une personne incapable au point de vue de la jouissance fait un acte dont elle est privée, cet acte est absolument nul, et on parle ici de nullité absolue quelquefois même d'inexistence, tandis qu'au contraire, quand il s'agit seulement d'une incapacité d'exercice du droit, quand un incapable au point de vue de l'exercice fait, malgré cette incapacité, un acte, quand il exerce le droit, cet acte est nul, mais cette nullité a une intensité diminuée par rapport à la nullité absolue. C'est une nullité relative.

Donc, le pouvoir de représentation d'une part, et la sanction de l'autre, justifient cette distinction des incapacités de jouissance et des incapacités d'exercice.

Critérium de la distinction de l'incapacité de jouissance et de l'incapacité d'exercice

Mais comment savoir si on est en présence d'une incapacité de jouissance ou d'une incapacité d'exercice ?

Le plus souvent la loi le dira implicitement car le code civil qui voit les choses pratiques n'a pas pris à son compte cette distinction. Il l'applique mais il ne l'admet pas dans tous les cas. Et pour reconnaître quand il y a une incapacité d'exercice ou une incapacité de jouissance le procédé le plus simple c'est de rechercher si quelqu'un a le pouvoir de représentation. Si on voit quelqu'un qui a ce pouvoir il s'agit d'une incapacité d'exercice. Partout où un incapable a quelqu'un qui le représente, il ne s'agit plus d'une incapacité de jouissance mais d'une incapacité d'exercice.

Il est des droits pour lesquels l'exercice se confond avec la jouissance

Il y a des droits pour lesquels l'exercice et la jouissance se confondent. Ce sont des droits qui sont de nature telle qu'ils ne peuvent être exercés par un tiers. Le testament notamment, doit être l'oeuvre d'une volonté libre. Par conséquent, chacun doit faire seul son testament; on ne comprendrait pas qu'une autre personne eût la possibilité de faire le testament, que le tuteur, par exemple, pût faire le testament du mineur. Il en résulte que, dans ce cas, il y a une confusion entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice et que ceux qui sont privés de l'exercice de ces droits sont privés, au fond de la jouissance de ces droits. Il en est ainsi pour le testament . Citons d'autres exemples relatifs au droit de se marier, au droit de faire une libéralité, ou de

Source : BIU Cujas

reconnaître un enfant naturel. Dans tous ces cas l'exercice et la jouissance sont confondus.

La capacité est la règle, l'incapacité l'exception

En principe, toute personne est capable: la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. C'est ce qui résulte de l'article II23 du C.C. d'après lequel " Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi". Et cette règle est absolument générale. En matière de contrat elle est posée par l'article II23 mais il faut l'appliquer à tout le domaine juridique.

Les incapacités peuvent avoir une portée variable

Les incapacités peuvent avoir une portée très variable.

Il y a des incapacités générales ou des incapacités spéciales. Les incapacités générales visent surtout l'incapacité d'exercice, mais on en fait application aussi à l'incapacité de jouissance.

L'incapacité générale est celle qui affecte l'ensemble des droits d'une personne; l'incapacité spéciale, enlève à une personne la jouissance ou l'exercice de quelques droits.

Il n'y a pas, dans notre droit, d'incapacité générale de jouissance; il n'y a d'incapacité générale qu'en ce qui concerne l'exercice des droits civils. L'incapacité de jouissance est toujours spéciale car tout individu, parce qu'il est un individu, a un ensemble de droits civils. Et ceci s'applique entièrement aux personnes physiques, mais peut-être pourrait-on y apporter des réserves en ce qui concerne les personnes morales.

Il convient d'examiner successivement la capacité de jouissance puis la capacité d'exercice.

Section I

Les incapacités de jouissance.

Les incapacités de jouissance sont toujours spéciales Les incapacités de jouissance spéciales

Les incapacités de jouissance sont toujours spéciales. Elles concernent quelques droits civils. En droit français, en effet, une personne n'est jamais privée de l'ensemble de ses droits civils.

Il faut citer ici l'incapacité du mineur de se marier avant 15 ans pour les filles, et avant 18 ans pour les garçons; l'incapacité de faire un testament avant 16 ans, de consentir une donation entre vifs si ce n'est à partir de la majorité: l'incapacité d'adopter avant un certain âge fixé par l'art.344 à 40 ans.

Certaines incapacités visent l'état des personnes. Ainsi actuellement l'état d'étranger a encore, au point de vue des droits civils, un effet limitatif.

Source : BIU Cujas

Mais d'après la jurisprudence la plus récente, le nombre des actes qui sont certainement retirés aux étrangers sont très rares. Il faut qu'il s'agisse, en effet, d'un étranger marié et ayant des enfants et les deux seuls droits qui, selon la jurisprudence, n'appartiennent qu'aux seuls Français d'après l'article II du C.C. semblent être pour la femme de l'étranger, le droit d'invoquer l'hypothèque légale sur les biens de son mari, et pour le père étranger, le droit de jouissance légale sur les biens de son enfant, établi par l'article 384 du C.C.

L'état d'époux entraîne entre le mari et la femme une certaine incapacité qui est vraiment une incapacité de jouissance savoir; la vente entre époux est, en principe, interdite article I595 du C.C.

Enfin, en dehors de l'état proprement dit, il faut rappeler que la déchéance de la puissance paternelle organisée depuis la loi du 24 Juillet I889, doit être considérée aussi comme une incapacité de jouissance.

Mais la plupart des incapacités sont des incapacités d'exercice et ce sont elles qu'il faut étudier.

Section II

Les incapacités d'exercice.

Les incapacités d'exercice sont générales ou spéciales

Les incapacités d'exercice sont générales ou spéciales et elles peuvent être absolues ou relatives.

§ I - Différentes incapacités d'exercice.

Elles sont générales ou spéciales c'est-à-dire qu'elles portent sur un ensemble de droits civils, ou qu'elles ne visent que certains actes de la vie civile. Ainsi le mineur tant qu'il n'est pas émancipé est frappé d'une incapacité générale; au contraire la personne pourvue d'un conseil judiciaire, comme le prodigue, n'est frappée d'incapacité que dans la mesure où elle peut accomplir des actes de prodigalité. C'est une incapacité spéciale.

Absolues ou relatives

D'autre part, l'incapacité est absolue ou relative en ce sens qu'elle supprime le droit d'agir; c'est alors l'incapacité absolue, ou qu'elle se borne à restreindre l'efficacité des actes, et c'est l'incapacité relative.

Ainsi le mineur non émancipé n'a pas le droit de figurer lui-même dans les actes qui le concernent.

Source : BIU Cujas

Cela va de soi quand il est en bas âge. Mais en admettant qu'un mineur de 14 ou 15 ans soit intervenu à un acte qui le concerne, sa présence ne doit pas être prise en considération. Il en est autrement en ce qui concerne le mineur émancipé. D'abord le nombre des cas où son intervention n'est pas nécessaire est très réduit le mineur émancipé intervient normalement dans l'acte. Ici il n'y a pas à proprement parler d'autorisation, le mineur est assisté d'une personne qui ne le représente pas, mais vient consacrer définitivement son habilitation à faire l'acte. Et il en est de même de la femme mariée qui peut conclure des actes valables, mais avec l'autorisation de son mari ou de justice. L'incapacité de la femme mariée est une incapacité générale, mais c'est une incapacité relative.

En cas d'incapacité absolue par conséquent, l'incapacité est représentée, on est obligé de le représenter puisqu'il ne peut pas agir; au contraire en cas d'incapacité relative l'incapable est assisté, c'est le cas du mineur émancipé par exemple, ou autorisé, et c'est le cas de la femme mariée.

But et causes de ces incapacités

Toutes ces incapacités sont établies dans un but de protection, de secours à l'égard des incapables.

Elles ont leur cause dans l'âge. C'est le cas de l'incapacité du mineur non émancipé qui est générale et absolue, et c'est aussi le cas de l'incapacité du mineur émancipé qui elle est spéciale et relative.

Ou bien elles tiennent, en second lieu, au sexe et au mariage. C'est le cas de l'incapacité de la femme mariée, incapacité qui est spéciale et relative.

Il y a aussi des incapacités qui tiennent à des infirmités physiques ou morales, par exemple celle qui frappe l'aliéné ou l'interné, ou celle qui frappe le prodigue, le faible d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire. L'incapacité n'est générale d'ailleurs que pour l'interné et l'interdit, mais pour les autres elle est spéciale.

Enfin, il y a des incapacités plus spéciales. C'est ainsi qu'un aveugle ne peut faire un testament mystique car d'après l'article 976 du C.C. il faut qu'on ait vu accomplir les différentes opérations que suppose la rédaction du testament mystique; de même encore le sourd-muet ne peut faire un testament public art. 972 du C.C. car il suppose une lecture à entendre.

Dans d'autres pays, il existe une autre incapacité qu'on aurait pu introduire en France si des difficultés ne s'étaient élevées à son application, c'est l'incapacité de l'alcoolique invétéré qui est admise par le code civil allemand.

On peut remarquer qu'en ce qui concerne la femme mariée ce n'est pas seulement une idée de pro-

Source : BIU Cujas

tection qui est à la base de l'incapacité, mais que c'est aussi une idée d'autorité du mari. Nous y reviendrons.

Certaines incapacités dérivent d'autre part de l'état des personnes. Il y a des incapacités qui frappent le condamné. Ce sont des incapacités spéciales qui résultent du droit pénal, par conséquent elles sortent du cadre de cette étude. Cependant il faudrait, par comparaison avec ce que la loi admet pour l'interdiction judiciaire, c'est-à-dire pour l'interdiction qui est prononcée à l'égard des aliénés, envisager l'interdiction légale, c'est-à-dire celle qui résulte de certaines condamnations pénales. Mais on laissera de côté tout ce qui concerne l'organisation de cette interdiction légale, comme aussi l'incapacité du failli qui sera étudiée en droit commercial.

A l'incapacité d'exercice se substitue le pouvoir d'une autre personne qui agit au nom de l'incapable

En matière d'incapacité d'exercice, l'incapable est représenté par une personne qui agit en son nom. A l'incapacité de cette personne est substitué le pouvoir d'une autre. Ainsi le mineur est incapable; le tuteur a le pouvoir de le représenter. Et il faut établir ici une distinction très importante entre la capacité et le pouvoir. Et on aura à la faire jouer par rapport au mineur et par rapport à la femme mariée.

La capacité et le pouvoir sont choses différentes:

La capacité, c'est l'aptitude à jouir et à exercer pour soi-même les droits civils relativement à ses propres biens. Le pouvoir, c'est la puissance d'agir relativement aux biens d'une autre personne. C'est le cas du tuteur pour les biens du mineur. Il y a là deux choses très différentes quant à leur origine et quant à leur sanction.

Quant à leur origine

Quant à leur origine d'abord; tandis que la capacité résulte toujours de la loi; c'est la loi qui fixe l'étendue de la capacité de chacun, le pouvoir dérive soit de la loi, c'est le cas du pouvoir du tuteur pour l'administration des biens du mineur, soit de la convention. La convention peut établir ce pouvoir de représentation d'un individu par un autre. Cette convention réalise un contrat spécial qu'on appelle le mandat, mandat qui est donné d'ailleurs par un acte sous-seing privé ou par un acte authentique. L'acte qui le donne s'appelle une procuration. Le mandat permet au mandant de représenter le mandataire et avant d'étudier la représentation, il faut remarquer que le pouvoir du mandataire est limité par le mandat reçu et que chaque fois que le mandataire accomplit un acte, c'est le mandant seul qui est obligé, le mandataire ne l'est pas.

Telle est la première différence au point de vue de l'origine: la capacité est toujours légale, le pouvoir est tantôt légal et tantôt conventionnel.

Source : BIU Cujas

Et quant à leur sanction

D'autre part, par rapport à la sanction il faut établir une autre différence entre la capacité et le pouvoir. Cette différence est de même ordre que la différence entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. En matière d'incapacité d'exercice, quand une personne fait un acte qu'elle n'a pas le droit d'accomplir mais dont elle avait la jouissance, la nullité est relative; au contraire quand une personne fait un acte qu'elle n'avait pas le pouvoir de faire, à propos du bien d'autrui, la nullité est toujours absolue.

Cette différence fondamentale est à retenir: on est capable ou incapable par rapport aux actes à accomplir sur ses propres biens, mais on a un pouvoir par rapport aux actes à accomplir sur le bien d'autrui.

§ 2 - Etude des incapacités d'exercice.

Les incapacités d'exercice

On va examiner dans ce paragraphe successivement toutes les incapacités d'exercice. On les détache ainsi de leur cause, de ce qui les a fait naître. On n'étudiera pas ici les causes de l'émancipation par exemple, mais la capacité du mineur émancipé.

On aura à examiner par conséquent successivement:

1) La capacité du mineur,
2) La capacité de la femme mariée,
3) La capacité de l'aliéné,
4) La capacité du prodigue ou du faible d'esprit,
5) La capacité de l'interdit légal; l'aliéné étant l'interdit judiciaire.

A) L'incapacité du mineur.

Le mineur a la capacité de jouissance

Quand un enfant vient de naitre il a la jouissance de ses droits civils il est investi de certains droits il a un état, d'autres diront qu'il bénéficie d'une situation juridique. Il a la capacité de jouissance.

Mais la loi a donné au mineur un protecteur chargé de veiller sur sa personne et sur ses biens

Mais la loi donne un protecteur à ce mineur, chargé de veiller sur lui et sur ses biens. Ce protecteur du mineur c'est normalement le père. Le fils, le mineur est placé sous la puissance paternelle de ses père et mère. Mais quand tous deux existent c'est le père qui l'exerce. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité physique ou morale que la mère a l'exercice de la puissance paternelle.

Si l'enfant a des biens son père ou sa mère,

Source : BIU Cujas

mais en principe c'est toujours le père, a l'administration légale. Quand un des parents, le père ou la mère décède, l'enfant demeure sous la puissance paternelle du survivant mais l'administration légale cesse et fait place à latutelle. Enfin quand le père et la mère sont morts il n'y a plus de puissance paternelle, cela va de soi, il n'y a plus que la tutelle mais le tuteur peut avoir certains droits sur les biens et sur la personne du mineur. Le tuteur est normalement un ascendant mais ce peut être un parent ou même un tiers. Mais il n'y a pas à étudier ici l'institution de la tutelle ni de la puissance paternelle, ni celle de l'administration légale: on n'envisage ici que la capacité ou l'incapacité du mineur.

Le fondement de l'incapacité du mineur

Elle a pour fondement l'impossibilité pour le mineur, en raison de son âge de diriger sa personne ou de gouverner ses biens. L'incapacité du mineur est donc une incapacité réelle et elle vise à le protéger.

L'incapacité du mineur dure jusqu'à sa majorité c'est-à-dire jusqu'à 21 ans

Mais cette incapacité ne dure jamais que jusqu'à la majorité. Dans notre droit on est majeur à 21 ans (art. 388 et 488 du Code Civil). Cet âge est adopté par presque toutes les législations. Il n'y a guère d'exception que pour la Suisse où le Code civil admet la majorité à 20 ans, en Hollande et en Espagne, où la majorité est reculée à 23 ans, et en Danemark où l'on n'est majeur qu'à 25 ans. Mais toutes les autres législations ont adopté l'âge de 21 ans. L'incapacité du mineur dure donc jusqu'à 21 ans.

C'est là une règle qui, comme toute règle fixe, a ses bons et ses mauvais côtés. Il y a des cas où un enfant a une maturité précoce et il est fréquent que la formation d'esprit du mineur, sa pratique des affaires soit antérieure. Et la meilleure preuve c'est qu'un mineur peut être commerçant à partir de 18 ans. Aussi aurait-on peut être pu établir un système dans lequel la majorité aurait été fixée d'une façon différente pour chaque individu, mais il en serait résulté un grand arbitraire.

Le système préférable serait qu'il y eut toujours une émancipation précédant la majorité.

La majorité est donc fixée à 21 ans. A partir de 21 ans accomplis une personne est capable de faire tous les actes de la vie civile, sauf quelques exceptions: en effet telle femme, même majeure, devient incapable par son mariage, et puis il y a aussi des incapacités qui résultent de la dation d'un conseil judiciaire ou de l'interdiction légale.

La pleine capacité appartient donc au mineur à 21 ans en laissant de côté les cas où il n'y a pas majorité à 21 ans. C'est ainsi qu'en ce qui concerne

Source : BIU Cujas

l'adoption on ne peut adopter qu'à partir de 40 ans, et il y a aussi une majorité matrimoniale spéciale qui est prévue par les articles I64 du C.C.: le consentement des parents n'est requis que jusqu'à 25 ans.

La computation du délai de 2I ans se fait d'heure à heure

La computation du délai de 2I ans se fait d'heure à heure si bien que tel garçon ou telle fille, né à 10 I/2 le Ier janvier I909, sera majeur à 10 heures I/2, le Ier Janvier I930. Il était incapable de faire les actes le matin: il est capable l'après-midi.

En ce qui concerne la capacité du mineur il faut distinguer

La capacité, une fois acquise, dure toute la vie mais jusqu'à 2I ans l'enfant mineur reste incapable. Cependant, si on comprend une incapacité complète pour l'enfant en bas âge, à mesure que l'âge vient la capacité pourrait se développer. Et c'est ce que la loi elle-même admet. Elle permet, à partir de 15 ans, l'émancipation et il faut envisager maintenant la situation du mineur non émancipé puis ensuite celle du mineur émancipé.

I) L'incapacité du mineur non émancipé

Le mineur non émancipé est toujours représenté. Il a un tuteur qui accomplit en son nom les actes de la vie civile. Le tuteur agit aux droits et pour le compte de son pupille. Et, par l'effet de la représentation, les actes passés par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs remontent au mineur, passent directement sur la tête du mineur. Si le tuteur achète un immeuble au nom du mineur la propriété de l'immeuble n'aura jamais appartenu au tuteur elle sera directement passée sur la tête du mineur.

En principe le mineur non émancipé ne peut faire seul aucun acte ni quant à sa personne ni quant à ses biens

En principe le mineur non émancipé ne peut faire à lui seul aucun acte concernant sa personne ou ses biens.

Les exceptions à cette règle

Cependant il y a à cette règle des exceptions relativement nombreuses. Il y a des actes que le mineur peut faire seul. En établissant par conséquent ces exceptions quant àla personne ou quant aux biens, on aura fixé la portée de l'incapacité du mineur.

A) Relativement aux actes concernant la personne

Parmi les actes que le mineur peut faire seul quant à sa personne il faut citer tout d'abord le mariage (art. I44 du C.C.) A partir de 15 ans pour les filles et de 18 ans pour les garçons, le mariage est possible. La majorité matrimoniale est donc différente de la majorité civile.

a) Mariage

Il peut, en second lieu (art. 365 du C.C.) intervenir à partir de 16 ans pour consentir son adoption.

b) Reconnaissance d'un enfant

Il peut reconnaître un enfant naturel pourvu qu'il ait conscience de son acte. Cela n'en est pas moins très dangereux. Mais la solution n'est pas douteuse, puisque l'article 340 du C.C., modifié par la

Source : BIU Cujas

naturel: loi du 16 Novembre I912 sur la recherche judiciaire de la paternité naturelle permet à la mère mineure d'exercer l'action en recherche de paternité.

c) Engagement militaire — Le mineur peut contracter un engagement militaire, avec le consentement de ses parents à partir de 18 ans, et seul à partir de 20 ans (loi du 3I Mars I928 art. 6I).

d) Contrat de travail — Le mineur peut s'engager pour un travail industriel à partir de 13 ans révolus. C'est à cet âge que la loi du 2 Novembre I892 avait fixé l'aptitude des enfants pour le travail et l'article I du livre 2 du code du travail ne fait que reproduire cette disposition. Mais il y a des cas où des enfants peuvent être engagés à un âge bien inférieur. C'est le cas des mousses sur les navires marchands qui peuvent être engagés à partir de 10 ans.

e) Adhésion à un syndicat professionnel — Un mineur engagé pour un travail industriel peut adhérer à un syndicat professionnel en vertu de la loi du 2I Mars I884 modifiée par la loi du 12 Mars I920.

B) relativement aux actes concernant les biens — Les actes concernant les biens que le mineur peut faire seul sont bien plus nombreux.

a) actes conservatoires — Il peut d'abord faire des actes conservatoires qui n'ont en vue que de maintenir des droits acquis, ou de faire acquérir leur efficacité à ces droits Quand on étudiera le patrimoine on recherchera à définir ces actes conservatoires. Ici on se bornera à indiquer les principaux actes conservatoires.

Ce sera, par exemple, l'interruption d'une prescription, l'inscription d'une hypothèque: l'hypothèque est acquise mais pour lui assurer toute son efficacité il faut l'inscrire, ce sera la transcription d'un acte translatif de propriété: quand le tuteur a acquis un immeuble pour un mineur non émancipé, ce mineur peut requérir la transcription pour donner à cette acquisition son plein effet à l'égard des tiers. Enfin il peut requérir l'apposition de scellés. Ce sont là des actes de conservation juridique. Mais il peut s'agir aussi d'actes de conservation matérielle. Le mineur peut faire effectuer des réparations à un immeuble menaçant ruine.

b) Actes d'épargne — Il a le droit aussi de faire des actes d'épargne. Il peut faire des dépôts à la caisse d'épargne loi du 9 Avril I88I et du 20 Juillet I884 article I6. Dès l'âge de 16 ans révolus il a capacité pour épargner il a le droit de faire des dépots, sauf la faculté pour le père ou le tuteur de faire opposition au retrait des sommes déposées. Mais ici comme toujours on s'est arrangé pour que cette opposition n'ait aucune efficacité, en raison des pièces nombreuses qu'on

Source : BIU Cujas

exige.

Le mineur peut faire des versements à la caisse nationale des retraites contre la vieillesse à partir de 16 ans, et il peut aussi faire des versements à la caisse des assurances sociales. Tous ces versements peuvent être faits par le mineur: c'est une conséquence de ce qu'il peut contracter un engagement industriel.

d) testament

Le mineur peut faire son testament. Le mineur non émancipé, à partir de 16 ans accomplis, peut disposer de la moitié de ses biens (article 904 du C.C.) et une loi du 28 Octobre 1916 a accordé un pouvoir bien plus large au mineur appelé sous les drapeaux pour une campagne de guerre (art. 904- al. 2).

Le testament peut être fait par le mineur car c'est un de ces actes pour lesquels l'exercice et la jouissance ne font qu'un. Au contraire les donations ne lui sont pas permises. Mais le testament peut être un acte nécessaire. Si l'individu doit mourir prochainement, il peut avoir à prendre soin de la situation de certaines personnes, il peut vouloir assurer l'existence de certaines personnes qui lui sont chères. Il s'agit ici surtout des enfants naturels. Mais ce testament il pourra le révoquer en temps de minorité et à fortiori à sa majorité.

e) Contrat de mariage

Il peut faire un contrat de mariage (art. 1398 du C.C.). Un mineur peut faire son contrat de mariage avec l'autorisation des personnes qui doivent consentir à son mariage. Et il peut faire, dans ce cas, des donations pourvu qu'elles figurent dans le contrat de mariage.

f) Mandat

Le mineur peut être mandataire d'autrui car il engage alors autrui mais il ne s'engage pas. L'article 490 le dit pour le mineur émancipé mais on n'a jamais mis en doute pour le mineur non émancipé la possibilité de recevoir mandat.

g) Droit d'ester en justice pour sa profession

Il peut plaider seul pour les procès qui concernent sa profession, soit quand il est commerçant, soit quand il est ouvrier ou exerce une profession.

Mais il ne peut être commerçant que s'il est émancipé et cela rentre par conséquent dans la situation du mineur émancipé. Il peut plaider devant le juge de paix et le conseil des prudhommes (loi du 12 Juillet 1905 et loi du 29 Mars 1927 art. 7).

h) Obligations découlant d'un délit ou d'un quasi délit

Enfin le mineur est obligé par ses délits et ses quasi délits quand il avait conscience de son acte car pour qu'il y ait délit ou quasi délit il faut avoir commis une faute et il n'y a eu faute que s'il y a eu connaissance de l'enfant. Il s'engage seul par ses actions délictuelles ou quasi délictuelles et même quand

Source : BIU Cujas

il est inconscient il pourra être tenu de la responsabilité du gardien, de la responsabilité qui ne repose pas sur la faute et l'article I382, mais sur une idée de risque.

Et quand il n'est pas responsable, la responsabilité de certaines autres personnes pourra lui être substituée: celle de ses parents qui n'ont pas suffisamment surveillé l'enfant, celle de son tuteur ou de son patron s'il est apprenti.

Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam loesus

Enfin le mineur non émancipé ne peut pas se léser par ses contrats: il a le pouvoir de faire des actes d'administration non des actes lésionnaires. Quand il est lésé par un contrat passé malgré sa minorité il est obligé si le contrat ne le lèse pas, au contraire si le contrat le lèse s'il lui cause un préjudice il peut agir en rescision. Il ne s'agit pas ici, en effet, de la nullité mais de la rescision. C'est ce qu'on exprime par l'adage bien connu" Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam loesus " c'est-à-dire que le mineur est restituable quant à ses engagements non pas parce qu'il est mineur mais parce qu'il a été lésé.

II L'incapacité du mineur émancipé

Le mineur émancipé jouit d'une demi capacité

Le mineur émancipé est investi d'une capacité partielle quant à sa personne et quant à ses biens. Le mineur émancipé jouit d'une demi capacité.

Actes que le mineur émancipé peut faire:

Il peut faire naturellement tous les actes que peut faire le mineur non émancipé mais de plus il a des pouvoirs quant à sa personne et quant à ses biens

A) quant à sa personne

Quant à sa personne le mineur émancipé reste soumis à l'autorité paternelle, mais il échappe à l'autorité tutélaire; il est pourvu d'un curateur qui n'a pas de pouvoir sur sa personne. On lui donne un domicile (Cf. art. I08 C.C.), il n'est plus possible d'exercer sur lui le droit de correction (art. 377 C.C.) il peut se choisir la profession qui lui convient. Mais, en vertu des articles 487 C.C. et 2 du C.Co. pour être commerçant il lui faut le consentement de son père de sa mère ou du conseil de famille. Il a l'exercice de l'action en recherche ou en désavoeu, il peut demander le divorce et la séparation de corps.

B) quant à ses biens

Quant à ses biens le mineur émancipé devient capable de faire des actes d'administration. Mais la protection du mineur émancipé est toute différente de celle du mineur non émancipé. Il fait, en effet les actes lui-même, avec l'assistance de son curateur. Il figurera lui-même à l'acte et il n'est pas besoin d'un subrogé tuteur comme en ce qui concerne le mineur non émancipé, puisque le mineur émancipé est là pour surveiller le tuteur.

On distingue à cet égard 3 sortes

Mais dans certains cas, en dehors de l'assistance du curateur ,la loi exige l'intervention des

Source : BIU Cujas

d'actes

organes de la tutelle de sorte qu'il faut envisager trois sortes d'actes que peut faire plus ou moins complètement le mineur émancipé.

I) Il y a des actes qu'il peut faire seul sans l'assistance de son curateur.

2) Il est des actes qu'il ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur,

3) Il y a des actes pour lesquels il lui faut l'assitance de son curateur et l'intervention du pouvoir de haute tutelle qu'est le conseil de famille.

I) Les actes que le mineur émancipé peut faire seul

Les actes que le mineur peut faire seul ce sont les actes d'administration. Et il ne faut pas en cette matière attacher d'importance à l'expression de " pure administration" des articles 48I et 484. Mais d'ailleurs on retrouvera cette notion.

Le mineur émancipé peut passer des baux de moins de 9 ans, recevoir ses revenus, conclure des louages de services avec des employés, des ouvriers, des domestiques, louer un immeuble appartenant à autrui, il pourra conclure des marchés pour l'entretien ou la réparation de ses biens, et il s'engagera par ses achats courants. Il peut aliéner les meubles dans la mesure où les actes d'aliénation sont des actes de pure administration. Il s'agit de la vente d'une récolte ou de la vente d'un objet susceptible de dépérissement.

L'article 484 al. 2 lui permet de contracter par voie d'achats ou autrement pourvu qu'il ne prenne pas d'obligation excessive. Donc tandis que le mineur émancipé a le droit de passer tous les contrats, pourvu qu'il ne prenne pas un engagement excessif, le mineur non émancipé a une capacité contractuelle beaucoup plus réduite; il ne doit pas se léser par ses contrats. Or on peut très bien contracter un engagement non excessif mais qui serait lésionnaire.

2) Les actes que le mineur émancipé peut faire avec l'assistance de son curateur

La deuxième catégorie d'actes comprend ceux que le mineur émancipé peut faire avec l'assistance de son curateur.

Ces actes ce ne sont pas nécessairement tous les actes que le tuteur peut faire seul, ce sont les actes qui ne sont pas de pure administration comme de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge (art. 482 C.C.) comme les aliénations mobilières en général et il n'y a d'exception qu'en ce qui concerne les valeurs mobilières.

Mais il y a des actes que le tuteur peut faire seul et que le mineur émancipé ne peut faire, même avec l'assistance de son curateur. Ces actes ce sont les procès en matière immobilière (art. 482) ,les actions en partage dans une succession (art. 840) et l'acceptation d'une donation (art. 935 al. 2).

Source : BIU Cujas

3) Les Actes qui requièrent l'intervention du conseil de famille ou l'homologation du tribunal

Enfin il y a des actes pour lesquels il faut l'intervention du conseil de famille. Ce sont l'hypothèque (article 484), l'emprunt, (art. 483), l'aliénation des valeurs mobilières, (le 27 Février I880 art. 4), l'acceptation d'une succession, (art. 776 al.2), l'acquiescement à un jugement, enfin la transaction en matière immobilière (art. 484 C.C.). Remarquons qu'une différence doit parfois être faite entre la cause d'émancipation: le mineur émancipé par le mariage a une capacité plus large que le mineur émancipé après tutelle (la loi du 29 Février I880 art. 4 n'oblige à requerir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation par le tribunal que pour le second quand il s'agit d'aliéner ou de convertir des valeurs mobilières) - L'homologation du tribunal est requise pour l'aliénation ou l'hypothèque d'un immeuble, l'emprunt, et pour le mineur émancipé après tutelle l'aliénation des valeurs mobilières.

B - La capacité de la femme mariée.

Au point de vue des droits civils la femme a la même capacité que l'homme

Au point de vue des droits civils la femme a les mêmes droits que l'homme: elle a la capacité de jouissance et elle a aussi la capacité d'exercice; elle peut exercer elle-même ses droits.

Il a pu en être autrement en droit romain, et dans l'ancien droit où il y avait une opposition très nette entre les pays de coutumes et les pays de droit écrit. Dans les pays de droit écrit, c'était le droit romain qui l'emportait, alors que dans les pays de coutume il y avait un ensemble de dispositions tout autres.

Mais, de nos jours, on peut dire que dans toutes les civilisations occidentales, la femme a la même capacité juridique que l'homme. Il ne subsiste, à l'encontre de la femme, que quelques incapacités de détail en droit français.

Il ne subsiste, à l'encontre de la femme que quelques incapacités de détail

D'abord la femme qui exerce la puissance paternelle sur ses enfants est soumise à certaines obligations. Notamment l'article 38I du C.C. déclare que " La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et par voie de réquisition, conformément à l'article 377". Et on verra des textes qui renferment encore une certaine inégalité pour des raisons diverses. Il suffit de mentionner les articles 39I-395 et 400 du C.C. Il faut citer aussi certains textes qui défendent à un cercle, constitué sous l'empire de la loi du Ier Juillet I90I, de se livrer à des jeux de hasard si une femme en fait partie.

Source : BIU Cujas

On le voit, il faut aller chercher dans des textes de détail les inégalités en question.

Depuis le code civil, diverses inégalités à l'égard de la femme ont disparu. Ainsi la femme autrefois ne pouvait être témoin dans les actes de l'état civil, ni faire partie d'un conseil de famille; elle ne pouvait pas être tutrice. Mais depuis, tous ces droits lui ont été reconnus. Et à cet égard l'influence de la guerre a été décisive: il a bien fallu, en effet, pourvoir à l'absence du père de famille.

La femme peut être également avocate (loi du Ier Décembre 1900) ; elle peut même être officier ministériel, mais elle ne peut être encore, en cette matière, que commissaire-priseur (loi du 20 Avril 1924).

Par contre, la femme se voit accorder quelques faveurs. Elle a la faveur de pouvoir se marier à 15 ans alors que les garçons ne le peuvent qu'à partir de 18 ans. Elle peut ne pas accepter la tutelle (art. 394 et 428 du C.C. modifiés par des lois assez récentes).

La femme ne devient incapable qu'en vertu de son mariage cette incapacité résulte des articles 215 et suivants du C.C.

La femme n'est donc pas incapable en raison de son sexe. Mais elle le devient quand au sexe s'ajoute le mariage. C'est la femme mariée qui est incapable, et il faudra étudier l'incapacité de la femme mariée dans son ensemble.

Ce sont les articles 215 et suivants du code civil qui établissent cette incapacité. En principe, la femme n'a le droit de faire aucun acte sans l'autorisation de son mari ou de justice. Mais on va voir combien il est utile de préciser avec soin l'étendue de cette incapacité.

Historique

L'ancien droit

Dans l'ancien droit, sous l'influence de la tradition germanique, notre droit coutumier avait reconnu l'incapacité de la femme mariée, basée sur une sorte de pouvoir de tutelle à l'égard des femmes. Le mari avait un pouvoir de haute tutelle sur la personne et sur les biens de sa femme. On voulait par là assurer une bonne administration du ménage et la femme était incapable.

Les pays de droit écrit avaient conservé la tradition romaine. Ils admettaient la capacité de la femme mariée pour tous les biens dont elle avait l'administration et la disposition, c'est-à-dire pour les biens extra-dotaux, pour les biens paraphernaux (c'est-à-dire à côté de la dot, en dehors de la dot). La femme mariée pouvait exercer elle-même ses droits sur ces biens. Mais on avait conservé une incapacité spéciale résultant du Vellèien et en vertu de laquelle la femme ne pouvait s'obliger pour son mari, et même

Source : BIU Cujas

parfois pour autrui. Il est vrai que le Velléien avait été aboli, en France, par un édit d'Henri IV, en 1606, de sorte qu'à la fin de l'ancien droit les pays de droit écrit avaient consacré la capacité de la femme mariée, ou plus exactement, ignoraient son incapacité.

Le c.c.

Lors de la rédaction du code civil on se trouvait en présence d'une double situation: la femme était capable dans les pays de droit écrit, et elle était incapable dans les pays de coutumes. Et comme le code civil était, par ses rédacteurs, sous l'influence directe des pays de coutumes, c'est l'incapacité de la femme mariée qui a triomphé.

Fondement de l'incapacité de la femme mariée

Mais quel est le fondement de cette incapacité

On en donne des explications assez diverses, mais il en est qu'on écarte résolument de nos jours.

Elle ne repose pas sur la "fragilitas sexus"

On n'admet plus, en effet, l'explication tirée de la "fragilitas sexus", puisque la femme, dès qu'elle est majeure, a pleine capacité. L'incapacité tient à la fois à son sexe et au mariage. L'inexpérience ou la faiblesse de la femme ne sont pas admises par la loi. Aucune inégalité physique, intellectuelle ou morale n'est admise. On considère que la femme est l'égale de l'homme, mais sans oublier que la femme est différente de lui et que, par conséquent, on peut la traiter sur un pied d'égalité tout en tenant compte de certaines considérations.

Elle ne repose pas uniquement sur la nécessité d'une unité de direction

Ce n'est pas non plus la seule idée de domination qui impose l'incapacité de la femme mariée. Il est certain que, dans un ménage, il faut une domination, mais s'il en était ainsi, si c'était l'unité de direction qui dictait cette incapacité, ce ne serait qu'à propos des intérêts communs que la question de l'incapacité de la femme mariée pourrait se poser. Or, il n'est pas douteux qu'il y a unité de direction pour les biens communs, quand les époux n'ont pas adopté de régime spécial et sont mariés sous la communauté, mais l'incapacité touche aux pouvoirs de la femme, même sur ses biens personnels.

Elle repose sur a) la puissance maritale

L'explication traditionnelle en ce qui concerne le fondement de l'incapacité se réclame de l'autorité de Pothier que les rédacteurs du code civil ont voulu suivre. Elle est basée sur la seule puissance maritale. Et on a montré que toutes les conséquences qu'en déduisait Pothier étaient admises par le code civil. Mais les conséquences que la jurisprudence tire de l'incapacité de la femme mariée ne sont pas d'accord avec le seul fondement cherché dans la puissance maritale.

b) Ainsi que sur une idée de protection de la

Il faut ajouter à l'idée de puissance maritale l'idée d'autorité que représente la puissance maritale, il faut donner comme fondement à l'incapacité de la

Source : BIU Cujas

femme mariée, telle qu'elle existe dans notre code, une idée de protection de la femme et de la famille Ce n'est donc pas seulement la puissance maritale et la protection de la femme que vise l'incapacité de la femme mariée, d'après le code civil.

Conséquences du fondement assigné à l'incapacité de la femme mariée.

Mais puisqu'il y a intervention de l'idée de puissance maritale, l'incapacité pourra être levée par l'autorisation du mari. Et puisqu'il y a puissance maritale encore, le mari pourra agir en nullité contre les actes passés par sa femme , sans autorisation.

Mais, d'autre part, puisqu'il y a protection de la femme, à défaut d'autorisation du mari, l'autorisation de justice pourra être requise. Et, en outre, toujours puisqu'il y a protection de la femme, si la femme fait un acte sans autorisation, ce n'est pas seulement le mari qui peut attaquer cet acte : la femme pourra l'attaquer aussi.

Pour concilier ces deux idées on pourrait les réunir en disant que l'incapacité de la femme mariée, dans le code civil, avait pour but essentiel l'intérêt de la famille. Il n'est pas douteux que cette idée de protection est intervenue. Et la meilleure preuve c' est que l'incapacité de la femme mariée est rangée avec les autres incapcités de protection avec celle du mineur et de l'interdit.

Cette controverse sur le fondement de l'incapacité de la femme mariée n'est pas sans intérêt pratique . On en montrera l'importance en examinant la sanction des incapacités à propos des actes juridiques

Jugement critique sur l' incapacité de la femme mariée.

Quoi qu'il en soit, l'incapacité de la femme mariée est fondée sur cette double idée. Et il faut se demander si à la veille de 1930, on devrait encore conserver l'incapacité de la femme mariée.

Sans aucun doute il faudrait se prononcer pour la capacité de la femme mariée, sauf quelques réserves à y apporter : le mari aurait un pouvoir supérieur de décision pour les affaires communes : il pourrait, par un recours à la justice, empêcher certains actes de sa femme.

La capacité de la femme mariée est consacrée dans de nombreuses législations étrangères. Seulement sommes-nous si loin, en France, de la capacité de la femme mariée ? On verra bientôt combien sont nombreux les cas dans lesquels la femme mariée peut agir seule Il n'est pas,en effet,de matière où les moeurs agissent autant sur le droit qu'en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée. Et on peut dire que même si, actuellement, une loi venait consacrer la capacité de la femme mariée, il n'y aurait pas grand chose de changé dans les faits. Le principe serait modifié .

Source : BIU Cujas

mais les résultats demeureraient les mêmes, car, à cette capacité, on admettrait des exceptions d'ailleurs peu nombreuses. Or, actuellement, à l'incapacité , on admet de très nombreuses dérogations. La solution est donc à peu près identique. Quand l'harmonie règne au sein du ménage, l'incapacité de la femme mariée reste théorique, la liberté de la femme n'est pas entravée, le mari donne sans difficulté son autorisation, et il faut ajouter que la prépondérance légale dans le ménage ne correspond pas toujours à l'autorité réelle et effective. Seulement il est certain qu'il n'y a pas que de bons ménages ; il y a aussi les autres, et précisément l'incapacité de la femme mariée, présente toute son utilité pour les mauvais ménages. Et puisque à l'heure actuelle cela ne gène pas les bons ménages, et qu'il y a là une protection pour la femme, l'intérêt n'est peut-être pas si grand de changer la situation.

Ceci n'empêche pas qu'on pense actuellement à remplacer l'incapacité de la femme mariée par sa capacité.

Etude de la capacité de la femme mariée

Quelle est donc actuellement la capacité de la femme mariée ? Pour le montrer on va examiner l'incapacité de la femme mariée (I) puis, et ce sera la seconde question, comment la femme mariée est relevée de son incapacité (II)

I)Etendue de l'incapacité de la femme mariée dans la loi et dans les faits

Examinons donc tout d'abord l'étendue de l'incapacité de la femme mariée dans la loi et dans les faits, dans la jurisprudence et dans la pratique extrajudiciaire.

En ce qui concerne la femme mariée l'incapacité est la règle, la capacité l'exception

L' incapacité de la femme, par l'effet du mariage, porte sur tous les actes juridiques qu'elle a le pouvoir de faire. Et il faut bien poser pour elle le principe, puisqu'il est inverse du principe général. D'une manière générale, pour toute personne, la capacité, est la règle, l'incapacité l'exception. Ici, c'est le principe inverse qui s'applique : l'incapacité est la règle, la capacité l'exception. Mais les exceptions en cette matière sont très nombreuses.

Cette incapacité est générale

Cette incapcité est générale. Elle naît avec le mariage et cesse avec lui. Cependant la femme séparée de corps fait exception : l'exercice de la capacité civile lui a été restitué depuis la loi de 1893.

Pour déterminer la condition civile de la femme mariée, il faut tenir compte du régime matrimonial adopté

Mais, pour établir la condition civile de la femme mariée, il ne suffit pas de connaître cette règle de l'incapacité , il faut tenir compte du régime matrimonial adopté entre les époux , car il faut faire une division fondamentale entre le pouvoir et la capacité.

La femme est mariée sous un régime matrimonial déterminé qui précise les droits qui lui appartiennent sur ses biens, et les droits qui ont été délégués à son

Source : BIU Cujas

par les époux

mari . C'est là une question de régime matrimonial, et c'est une question de pouvoir. La capacité, au contraire, ne se réfère qu'aux droits réservés par la femme, c'est-à-dire aux droits qu'elle peut exercer sur ses biens personnels, mais pour lesquels il lui faut une autorisation. Et c'est une question de capacité.

Pouvoir et capacité

Intérêts de cette distinction

Et voici l'intérêt de la question. La capacité est règlée par la loi, le pouvoir est rédigé par la convention, par le contrat de mariage. La capacité dépend du mariage, le pouvoir et les droits des époux dépendent du contrat de mariage, et si on ne fait pas de contrat de mariage, les époux sont mariés sous le régime légal de la communauté. Il importe de distinguer ces deux ordres de questions. On vient de rappeler l'un des intérêts de cette distinction en ce qui concerne l'origine, le pouvoir ayant sa source dans la convention, la capacité ayant sa source dans la loi. Les questions de pouvoir sont laissées à la libre appréciation des parties. La femme mariée pourrait, sur ses biens personnels retenir plus ou moins de pouvoirs. C'est en effet un principe du droit matrimonial que toute liberté est laissée aux époux pour choisir leur régime matrimonial. Ils ont du moins un choix assez large parmi les régimes prévus par le code civil et même ils pourraient imaginer un autre régime, mais il faut croire que l'imagination des époux est assez limitée à cet égard puisque, depuis le code civil, on ne rencontre guère que les régimes établis par la loi, avec seulement quelques modifications. Ces régimes c'est d'abord la séparation de biens, le régime sous lequel la femme garde le plus de pouvoirs où les droits de la femme sont aussi importants qu'ils peuvent l'être, et il en est de même sous le régime dotal en ce qui concerne les paraphernaux. Mais il se peut que la femme remette entièrement à son mari l'administration de ses biens. C'est le régime sans communauté et le mari administre, sous le régime dotal, les biens dotaux, de sorte que le régime dotal est un mélange de séparation de biens pour les paraphernaux, et de régime sans communauté pour les biens dotaux. Enfin, le régime de la majorité des français, et cela pour cette raison que les contrats de mariage qui exigent un acte notarié coûtent cher, qu'ils supposent une certaine fortune, c'est le régime de la communauté, sous lequel le mari a des droits sur tous les biens mis en commun . Les droits et les pouvoirs de la femme peuvent être divers, plus ou moins étendus suivant ce que le désirent les époux.

Au contraire, l'incapacité est imposée par la loi; c'est une question d'ordre public, la volonté des parties n'a pas d'action directe sur la capacité

Source : BIU Cujas

elle n'a d'action sur la capacité que dans la mesure où elle a une action sur le pouvoir.

Une autre différence entre la capacité et le pouvoir, c'est que si le pouvoir est régulièrement règlé par les époux lors du mariage, quand il est règlé il l'est pour toujours (principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales) Les époux ne peuvent changer de régime que s'il y a divorce, mais alors il n'y a plus mariage, et aussi, dans une mesure qu'il faudra déterminer, s'il y a séparation de corps ou séparation de biens.

Au contraire, l'incapacité peut disparaître. L'incapacité peut être relevée par l'autorisation du mari ou de justice. Et, dans certaines matières spéciales, bien que le mariage subsiste il y a modification de la capacité , comme c'est le cas après séparation de corps ou séparation de biens.

Enfin, dernière différence entre la capacité et le pouvoir, en ce qui concerne la femme mariée, si la femme fait un acte sans en avoir le pouvoir, l'acte est nul d'une nullité absolue, si , au contraire, elle fait un acte sans avoir l'autorisation requise, malgré son incapacité, la nullité de l'acte ne sera que relative.

Cette distinction de la capacité et du pouvoir domine toute l'étude de l'incapacité de la femme mariée et ne pas le faire c'est s'exposer à de continuelles confusions, et à des erreurs. La question de pouvoir doit donc être nettement séparée de la question de capacité.

La question de capacité ne peut se poser que là où il y a le pouvoir. Là où manque ce pouvoir, il n'y a plus à parler d'autorisation pour lever l'incapacité La femme n'a pas le droit de faire les actes et personne ne peut lui donner une autorisation qui l'habilite à les faire. La question de pouvoir, pour la gestion du patrimoine de la femme, est, en somme, une question de jouissance des droits, et la question de capacité ne se pose qu'en ce qui concerne l'exercice.

Rapports de la capacité et du pouvoir

Mais il n'est pas douteux que ces deux questions de capacité et de pouvoir se pénètrent souvent : la femme qui n'a pas de pouvoir est nécessairement incapable et ici ce n'est pas parce que la femme est mariée qu'elle est incapable, c'est qu' on ne lui a pas réservé de pouvoirs. La question d'incapacité ne se pose que quand la femme a déjà des pouvoirs.

Quels sont les actes que la femme ne peut faire sans autorisation.

Quels sont donc les actes que la femme ne peut faire sans autorisation, on verra ensuite les actes qu'elle peut faire seule et on constatera alors que ces actes sont nombreux.

Source : BIU Cujas

Les actes pour lesquels la femme est incapable, pour lesquels elle ne peut agir sans autorisation, ce sont tout d'abord les actes judiciaires. Là son incapacité est essentielle. Et ce sont aussi les actes extra-judiciaires c'est-à-dire des actes qui ne sont pas des actions en justice.

Les actes extra-judiciaires

Envisageons tout d'abord les actes extra-judiciaires.

Le texte principal est l'article 217 du Code Civil qui procède par une énumération . Mais cette énumération n'est pas limitative. "La femme, dit ce texte, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothèquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit." La femme ne peut donc faire ces différents actes sans autorisation. Elle ne peut acquérir à titre onéreux ou à titre gratuit. Elle ne peut recevoir une libéralité de n'importe qui. Mais ici à son incapacité s'ajoute des raisons de convenance. On veut que le mari sache quelles sont les personnes qui gratifient sa femme.

Acquisition à titre gratuit ou onéreux.

La femme ne s'oblige pas seule par ses contrats ou ses quasi-contrats. La femme, lorsqu'elle gère l'affaire d'autrui, ne s'oblige donc pas: c'est le mari qui est obligé. Mais, inversement, si un tiers gère les affaires de la femme, c'est la femme qui est obligée. Aucune règle n'établit cette règle en matière de contrat ou de quasi-contrat, mais il n'y a aucune difficulté . Les tribunaux l'admettent et la pratique extra-judiciaire le reconnaît.

Contrats et quasi- contrats

Il est d'ailleurs des textes qui viennent encore appliquer cette idée d'incapacité dans des cas spéciaux La femme (articles 405 et 420 du C.C.) ne peut accepter les fonctions de tutrice qu'avec l'autorisation de son mari, elle ne peut accepter ou répudier une succession (article 476 du C.C.) et elle doit obtenir l'autorisation de son mari pour devenir commerçante (art. 4 du C.C.)

Actes interdits sans autorisation en vertu de textes spéciaux

A la base de tous ces actes, il y a toujours la même idée : la femme a besoin de l'autorité du mari pour tous les actes qui, directement ou indirectement modifient son patrimoine, ceux qui l'augmentent comme ceux qui le diminuent, et quel que soit le caractère gratuit ou onéreux de ces actes.

Pour les actes judiciaires, la femme a besoin d'une autorisation (art. 215 du C.C.) La femme ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari, quand bien même elle serait marchande publique et non commune ou séparée de biens. La formule de l'article 215 est générale. Il en résulte que ce sont toutes les actions

Les actes judiciaires

Actions en justice

Source : BIU Cujas

en justice exercées par la femme qui doivent être autorisées , peu importe le régime adopté par les époux peu importe l'adversaire en face duquel se trouve la femme, même si c'est le mari, sauf exception, notamment quand il s'agit de former une demande en séparation de biens ou en séparation de corps, Peu importe encore que la femme soit défenderesse ou demanderesse et peu importe aussi la juridiction devant laquelle l'affaire doit venir.

Cependant il ne faut pas que l'incapacité de la femme empêche l'exercice de la justice criminelle et l'article 216 du C.C. dit que"l'autorisation du mari n'est pas nécessaire quand la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police". Il y a là une raison d'ordre public et aussi une considération de fait: est-ce que le mari autoriserait ?

La femme doit même être autorisée pour le préliminaire de conciliation qui n'est pas encore cependant une instance. Ceci pour cette raison que les personnes qui peuvent intervenir à la conciliation ont capacité pour transiger . Or, quand on se concilie on fait des concessions . Et la femme mariée n'a pas capacité pour transiger; elle n'a pas, par conséquent, la capacité nécessaire pour venir en conciliation. Ici, par conséquent, c'est pour une autre raison que la femme est incapable.

II- Cas dans lesquels la femme mariée n'est plus incapable.

La liste des cas où il n'est pas besoin d'autorisation maritale s'accroît tous les jours et la capacité de la femme mariée s'en trouve, par là même, accrue. Il y a, en effet, des actes pour lesquels la femme s'oblige , en dehors de toute autorisation, et il y a des situations juridiques où la femme est relevée de son autorisation.

A) Il est des actes pour lesquels la femme s'oblige en dehors de toute autorisation.

Les actes pour lesquels la femme s'oblige, en dehors de toute autorisation, ce sont d'abord les actes qu'on ne pourrait que retirer à la femme en ne lui donnant pas la capacité de les accomplir . Ces actes ce sont ceux pour lesquels il n'y a pas de représentation possible. Ce sont des actes qui présentent un caractère tout à fait personnel.

1)Actes de nature exclusivement personnelle

Testament

Il en est ainsi du droit de faire son testament. Le testament n'a de raison d'être que s'il est l'oeuvre d'une volonté absolument libre, personnelle, c'est pourquoi la femme a le droit de tester sans autorisation (art. 905 , al. 2 du C.C.) La femme mariée pourra faire son testament dès 15 ans si elle se marie à 15 ans. Mais alors si elle meurt en minorité le testament sera-t-il valable ? Il faut ici combiner les dispositions des articles 226-904 et 905 du C.C. et déclarer que l'incapacité de la femme mariée se double de l'inca

Source : BIU Cujas

pacité comme mineure.

Révocation d'une donation faite à son conjoint.

En vertu de l'article 1096 , al. 2 la femme peut révoquer une donation faite à son conjoint . En effet, dans ce cas, l'autorisation du mari serait toujours refusée, et il est très délicat, en pareille hypothèse, de demander l'autorisation à la justice.

Demande en divorce séparation de biens ou de corps.

La femme a le droit de demander le divorce ou la séparation de corps et la séparation de biens.

Exercice de certains droits conférés à la mère Reconnaissance d'un enfant naturel

Enfin la femme a des droits particuliers en tant que mère. C'est elle seule qui peut consentir au mariage de ses enfants (art. 148 et 149 du C.C.) La faculté d'accepter une donation faite à un de ses enfants lui est reconnue par l'article 935 du C.C. Mais cela n'a d'intérêt réel que pour les enfants d'un premier lit, car il est naturel que le père autorise une donation faite à ses propres enfants.

La femme peut reconnaître un enfant naturel qu'elle a eu avant son mariage (art. 1332 du C.C.) mais la reconnaissance ainsi faite pendant le mariage ne peut porter préjudice aux enfants nés du mariage.

Exercice du droit moral d'auteur

Ces textes ont une portée limitative . Cependant la jurisprudence tendrait à les étendre. Elle admet , d'une façon générale, que tous les droits strictement personnels qui appartiennent à la femme sont susceptibles d'être exercés par elle. Elle l'a admis notamment le 28 Juin 1902 (S 1902-I-305) pour le droit d'auteur. Le droit d'auteur ou propriété littéraire et artistique comprend une partie pécuniaire et une partie morale La partie pécuniaire, on n'aura pas à s'en occuper ici, elle rentre dans le droit commun, mais il y a un droit moral qui appartient à l'auteur, droit d'empêcher qu'on ne porte atteinte à l'oeuvre, pour la modifier ou la supprimer. Ce droit moral appartient à la femme auteur, il n'existe pas d'incapacité à cet égard.

=2)Droit de se défendre en justice en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police

D'autre part, le cours de la justice ne peut être empêché par un défaut d'autorisation. Aussi la femme mariée a-t-elle le droit de se défendre en justice, sans autorisation, quand elle est prévenue en matière criminelle, correctionnelle, ou de simple police, Mais il n'en est ainsi que dans la mesure où il s'agit de l'exercice de l'action publique, laquelle est exercée au nom de la société, ou de l'exercice de l'action civile, quand celle-ci est liée à l'action publique. Mais quand il s'agit d'une action civile, en dommages-intérêts et qu'on n'a pas exercé l'action publique, il faut revenir au droit commun de l'article 215 :il faut une autorisation.

3)Obligations résultant de délits,quasi-

La femme peut, en troisième lieu, sans autorisation, assumer des obligations dont on est responsable sans volonté, de même que le mineur est responsable

Source : BIU Cujas

délits et de quasi-contrats

pour ses délits ou ses quasi-délits (art. 216 du C.C.) Une femme qui conduit une automobile , par exemple, écrase quelqu'un ; elle est responsable civilement, elle sera tenue sur son patrimoine. Et la femme est responsable aussi de ses quasi-contrats. Si une personne gère l'affaire d'une femme mariée, celle-ci est obligée. Et la femme est également obligée toutes les fois qu'elle s'enrichirait sans cause aux dépens d'autrui. L'enrichissement sans cause est analogue à un quasi -délit qui entraîne la responsabilité de la femme, sans avoir à parler de son incapacité.

4) Actes conservatoires

La femme peut encore faire des actes conservatoires. L'acte conservatoire sera d'ailleurs défini à propos des actes juridiques et des choses.

5)Actes concernant la direction du ménage

La femme, en cinquième lieu, s'oblige valablement pour tout ce qui concerne la direction courante du ménage. Elle est chargée d'acheter tout ce qui est nécessaire au ménage. Mais des difficultés s'élèvent pour la détermination exacte de la qualité de la femme, en ce qui concerne ses pouvoirs intérieurs.

En quelle qualité la femme agit-elle?

On a vu certains législateurs dire qu'elle agissait en vertu d'un pouvoir propre. Mais alors, en principe, elle s'oblige, et il faut dire qu'elle oblige aussi le mari.

On a soutenu aussi qu'il y aurait une sorte d'autorisation générale tacite du mari. Le résultat de cette conception c'est qu'on arrive ici à une question de capacité et que la femme devra être relevée de son incapacité, mais alors c'est la femme qui s'oblige.

D'après la jurisprudence la femme agit en qualité de mandataire tacite du mari.

La jurisprudence, depuis longtemps déjà, dit que la femme est la mandataire tacite du mari. C'est alors une question de pouvoir . La femme reçoit mandat de son mari. En conséquence, elle représente le mari, mais elle ne s'oblige pas. Puisqu'elle a reçu mandat, elle n'a pouvoir d'agir que dans les limites de son mandat, elle ne peut le faire que dans la mesure des ressources du ménage. Et comme c'est un mandat, et que le mandat est révocable, le mari peut révoquer ce mandat, et ce mandat révoqué n'aura plus de valeur à l'égard du mari, ni à l'égard des tiers, si ceux -ci ont pu le connaître. Généralement on porte à la connaissance du public cette révocation, par un avis à la quatrième page des journaux. On y lit que"M. un Tel ne répond plus des dettes faites par sa femme". Le mari peut donc révoquer les pouvoirs de sa femme, puisqu'il y a mandat.

6)Actes de prévoyance et d'épargne

Il y a ensuite toute une législation spéciale sur la prévoyance qui a étendu la capacité de la femme mariée. La loi du 9 Avril 1881 sur les caisses d'épargne dans son article 6, permet à la femme mariée de demander un livret de caisse d'épargne , de déposer et de retirer

Source : BIU Cujas

des fonds, sans autorisation de son mari. Sans doute, la loi a réservé l'opposition du mari, mais l'administration entrave de telle façon ce droit d'opposition, qu'il reste théorique. Elle l'entrave, en effet, en demandant au mari des justifications et des pièces qu'il ne peut fournir. Et d'ailleurs la loi du 20 Juillet 1896, article 16 a permis à la femme de se pourvoir en justice contre l'opposition du mari.

D'autre part, la loi du 20 Juillet 1886 sur la Caisse nationale de retraites pour la vieillesse, a permis à la femme de faire des dépôts à cette caisse, sans l'autorisation de son mari.

De même encore, une loi du 1er Avril 1898, sur les sociétés de secours mutuels, autorise la femme à fs faire partie de ces sociétés, sans l'autorisation de son mari.

Une loi du 28 Décembre 1922 permet encore à la femme titulaire d'une pension servie par l'Etat, de toucher elle-même les arrérages de cette pension sans être tenue de produire une autorisation du mari

Ainsi les pouvoirs de la femme ouvrière ou employée ont été étendus par des lois spéciales. Mais il ne s'agit encore que de pouvoirs exceptionnels, spéciaux à quelques actes. Et on s'est demandé si on ne devait pas attribuer à la femme ouvrière, salariée, une capacité spéciale. Il y a en France des millions de femmes qui travaillent pour gagner leur vie, et le tiers de ces femmes sont des femmes mariées. On s'est demandé s'il ne convenait pas d'attribuer à ces femmes quand elles ont une certaine situation, une capacité spéciale. C'est en effet ce qu'a reconnu la loi du 13 Juillet 1907.

B) Il est des cas où la femme est relevée de son autorisation.

La femme séparée de corps a vu son incapacité disparaître depuis la loi du 6 Février 1893 qui est venue modifier à cet égard l'article 311 du code civil.

Par les conventions matrimoniales

La femme séparée de biens a une capacité plus étendue. C'est la capacité la plus étendue qu' une femme mariée puisse avoir. Et, à côté de la séparation de biens conventionnelle, il y a la séparation de biens judiciaire, qui est prononcée alors que les époux sont mariés sous un autre régime.

Il n'y a pas à s'occuper de la femme commerçante car on étudiera sa situation en droit commercial . Sa situation est règlée par l'article 315 du C.C.

ou en vertu de la loi du 13 Juillet 1907

Mais toute femme mariée exerçant une profession distincte de celle de son mari, a le droit d'administrer ses gains , salaires, traitements et tous les biens qu'elle acquiert avec les économies qu'elle peut réaliser sur ses gains, salaires et traitements.

Source : BIU Cujas

Ces biens ainsi acquis sont dits "biens réservés". Et la femme mariée, depuis la loi de 1907, a sur ses biens réservés, les droits de la femme séparée de biens Elle a même des pouvoirs plus étendus que la femme séparée de biens. Elle pourra administrer ses biens réservés. en disposer , ester en justice, et c'est là une différence avec la femme séparée de biens, (art. 16 de la loi de 1907) enfin depuis une loi du 8 Juin 1923 elle peut même, sur ses biens réservés, emprunter et hypothèquer.

II - Les moyens par lesquels la femme peut être relevée de son incapacité.

II - Comment la femme mariée est relevée de son incapacité.

La femme mariée est relevée de son incapacité par une autorisation. En principe, c'est au mari de donner cette autorisation. Et ce n'est qu'à défaut de l'autorisation du mari que la femme est appelée à recourir à l'autorisation de justice. Cependant, il y a des cas dans lesquels la femme ne peut agir qu'avec l'autorisation du mari et, d'autre part, il y a des cas dans lesquels il lui faut nécessairement l'autorisation de justice. Et, puisqu'il y a des cas dans lesquels il lui faut nécessairement l'autorisation de justice, ceci montre qu'il n'y a pas seulement en cette matière une idée de subordination de la femme dans le mariage, en raison de la puissance maritale, mais aussi une idée de protection de la femme.

Etudions donc cette autorisation, c'est-à-dire :

1° - les formes de l'autorisation ainsi que les conditions dans lesquelles elle intervient.

2° - La détermination des caractères et des effets de l'autorisation.

Les formes de l'autorisation

Quelles sont tout d'abord les formes de l'autorisation ? Et on va envisager ici l'autorisation du mari comme celle de justice.

La forme de l'autorisation varie selon que l'autorisation est donnée par le mari ou par la justice.

Formes de l'autorisation du mari

Sous l'ancien droit

L'autorisation du mari n'est plus soumise , comme dans l'ancien droit, à des formes solennelles, à des termes sacramentels, Il en était ainsi dans l'ancien droit car on voulait donner un caractère solennel à l'autorisation, la femme était habilitée par le mari à faire un contrat. L'autorisation devait toujours être expresse et il fallait même dans certaines coutumes employer des termes bien déterminés, soit : j'autorise, ou j'habilite, et certaines coutumes réclamaient même les deux termes : j'autorise et j'habilite. L'autorisation tacite n'existait donc pas pour les actes extra-judiciaires. Pour les actes judiciaires, on avait dû se contenter d'une autorisation tacite résultant de l'assistance du mari. Quand le mari venait à l'instance

Source : BIU Cujas

dans laquelle les intérêts de la femme se trouvaient engagés, on était bien obligé d'admettre, qu'il connaissait la situation et l'instance, le procès que devait faire le mari était considéré comme une autorisation.

En ce qui concerne les actes extra-judiciaires, la rigueur de l'ancien droit tenait à ce qu'on craignait qu'il n'y eût des difficultés sur l'existence de l'autorisation. On craignait , en cette matière, des difficultés de preuve insurmontable.

Cette distinction entre les actes judiciaires et les actes extra-judiciaires n'a pas entièrement disparu de notre droit. Le mari peut donner son autorisation d'une façon beaucoup moins facile pour les actes extra-judiciaires que pour les actes judiciaires, surtout si on s'en tient aux textes du C.C.

Le système du C. C.

L'autorisation du mari est requise ad solemnitatum

Actuellement, avec le C.C. l'autorisation consiste dans le consentement donné par le mari à l'acte passé par la femme. Et comme il s'agit d'un simple consentement, il semblerait que l'autorisation maritale dût être soumise à la règle ordinaire du consentement dans un contrat, de sorte que l'autorisation, le consentement, serait valable de quelque manière qu'elle intervînt, et il y aurait, pour établir l'autorisation , une simple question de preuve. Or, si la loi reconnaît bien que l'atorisation maritale peut être tacite aussi bien qu'expresse, si le consentement peut être révélé en l'absence d'un écrit de la part du mari, la jurisprudence cependant ne voit pas dans l'autorisation donnée par le mari une question de preuve. Comme on le disait autrefois, il ne s'agit pas en ce qui concerne l'autorisation, d'un élément du contrat passé par la femme requis en vue de la preuve, ad probationem, mais ad solemnitatum, c'est-à-dire que ce n'est pas seulement une question de preuve, c'est plus : c'est une question de forme.

L'autorisation du mari peut être expresse ou tacite résultant du concours du mari à l'acte

Le C.C. dans l'art. 277 déclare que la femme doit être autorisée de son mari. Il lui faut son consentement par écrit ou le concours du mari à l'acte. L'autorisation maritale doit, en effet, se traduire par le concours du mari à l'acte, d'après la jurisprudence, s'il n'y a pas de consentement par écrit. Par conséquent, l'autorisation tacite ne résulterait que du concours du mari à l'acte. Et ici encore la jurisprudence a été influencée par l'ancien droit, elle continue l'ancien droit, car si elle réclame ici une certaine solennité, si on doit admettre que le concours du mari à l'acte soit une solennité, c'est qu'ici il y a une difficulté de preuve insurmontable et qu'on veut éviter des discussions sur le point de savoir s'il y a eu ou non autorisation tacite.

Source : BIU Cujas

Au contraire, il ne devrait s'agir que d'une question de preuve. On ne devrait pas exiger le concours du mari à l'acte comme seul moyen d'établir l'autorisation tacite. Et cette solution après tout semblerait d'autant plus logique que notre droit, depuis 1804, n'a cessé de marcher vers l'augmentation de la capacité de la femme. Dès lors, avec cette conception qui n'est pas celle de la jurisprudence, il en résultera qu'on appliquera les règles ordinaires de preuve, l'art. 1431 du C.C. qu'on pourra, à défaut de preuve écrite suppléer par l'aveu du mari, lequel peut se prouver facilement ou qu'on pourra suppléer facilement par le serment décisoire déféré au mari. Ainsi donc on admettrait très largement l'autorisation tacite. Au contraire, la jurisprudence la restreint. Elle a cependant été obligée d'admettre des exceptions.

L'autorisation expresse. Elle résulte d'un écrit

L'autorisation expresse résulte d'un écrit quelconque Aucune forme spéciale n'est requise, que l'acte soit authentique ou sous-seing privé, et même la jurisprudence admet une simple lettre-missive, pourvu qu'elle soit signée. La question a fait plus de difficultés en matière commerciale en ce qui concerne le télégramme, car le télégramme n'est pas signé et la preuve en cette matière reste entre les mains de l'administration. Quoiqu'il en soit, d'après M. Hémard, en l'absence d'écrit, il faudrait admettre aussi bien l'aveu que le serment décisoire.

L'autorisation tacite

Mais arrivons à l'autorisation tacite. C'est là que les difficultés se présentent.

Tous les actes extra-judiciaires peuvent être autorisés par le concours du mari à l'acte

Tous les actes extra-judiciaires peuvent être autorisés, quand la femme agit avec le concours du mari à l'acte. En effet, par sa coopération volontaire, le mari a nettement entendu donner son autorisation. Et il en est ainsi, même si l'autre partie est le mari, même si c'est avec le mari que la femme traite, dans la mesure d'ailleurs où les contrats entre époux sont valables, car la loi a limité la possibilité de ces contrats entre époux et la jurisprudence a encore renforcé la limitation légale. C'est ainsi que dans l'art. 1595, sous le nom de vente, elle envisage une opération analogue. Le mari, puisqu'il est contractant, autorise forcément la femme. Et il n'y a pas à appliquer ici une règle qui est admise en ce qui concerne les rapports entre le pupille et son tuteur, d'après laquelle celui qui autorise ne peut pas contracter avec la personne autorisée : Nemo in rem suam auctor esse potest. Ici l'idée de protection qui est à la base de l'incapacité de la femme mariée s'efface un peu. On admet cependant en l'absence de texte, que le mari peut donner son au-

Source : BIU Cujas

torisation, et on fait remarquer que cela n'est pas très dangereux, car les contrats entre époux sont très limités.

Pour les actes judiciaires, la femme ne peut ester en justice qu'avec l'autorisation de son mari, mais cette autorisation peut se déduire de toute instance

En ce qui concerne les actes judiciaires, l'art. 215 du C.C. déclare que la femme mariée ne peut ester en justice qu'avec l'autorisation de son mari. Mais ici l'autorisation peut se déduire de toute instance. Et on retrouve ici une survivance de la différence établie par l'ancien droit entre les actes judiciaires et les actes extra-judiciaires. Supposons que l'adversaire soit le mari. Il y a autorisation tacite de la part du mari quand il attaque sa femme qui devient défenderesse, ou quand la femme étant demanderesse, le mari défendeur intervient dans l'instance et conclut au fond, car c'est à partir du moment où on conclut au fond, qu'on est définitivement engagé.

Mais il peut s'agir d'un tiers. Si la femme est demanderesse, la situation sera très simple. Si la requête introductive d'instance est adressée au nom des deux époux, à la requête du mari et de la femme, l'autorisation du mari en résulte. Tel en effet apparaît être le seul but de la présence du mari. Si, au contraire, la femme est attaquée par un tiers, le tiers a un moyen bien simple de savoir s'il y a autorisation du mari et de l'obtenir, c'est de citer à la fois le mari et la femme, et cette citation commune obligera le mari à dire s'il autorise ou non.

Il y a cependant des hypothèses dans lesquelles de grandes difficultés se sont élevées.

Distinction de l'autorisation tacite et du mandat tacite

Il faut avant tout éviter une confusion qui est très souvent commise. On dit que la femme est relevée de son incapacité quand il y a mandat tacite pour les besoins du ménage, quand la femme est, pourrait-on dire, dans l'intérêt du ménage, le ministre des dépenses courantes. C'est commettre une erreur, car le mandat soulève une question de pouvoir et on n'étudie ici qu'une question d'incapacité. Et, une fois de plus, il faut revenir sur cette distinction, fondamentale de la capacité et du pouvoir. Il faut, en effet, soigneusement distinguer le cas où la femme agit en son propre nom et où elle est relevée de son incapacité par l'autorisation maritale, et le cas où elle agit au nom du mari, c'est le cas du mandat tacite de la femme mariée ou ce pourrait être un mandat quelconque donné par le mari à la femme. On trouve dans les décisions judiciaires et dans les auteurs cette confusion très souvent faite entre le mandat et l'autorisation, et on dit qu'il n'y a pas d'intérêt à distinguer le mandat de l'autorisation. Mais il n'y a mandat que quand la femme agit au nom du mari, il n'y a mandat que quand la

Source : BIU Cujas

femme agit et accomplit des actes ayant un résultat sur les biens du mari, alors qu'au contraire il y a autorisation quand la femme agit en son nom propre et fait des actes qui auront effet sur ses biens personnels.

Cette distinction est importante à faire, car les résultats de l'opération sont indifférents.

1)Le mandat ne peut émaner que du mari, L'autorisation peut être donnée par la justice.

1) Quand il y a mandat, le mandat doit nécessairement émaner du mari. Qu'il soit exprès ou tacite, Au contraire l'autorisation peut être donnée par le mari ou par la justice, à défaut du mari et dans certaines conditions.

2) Le mandat à la différence de l'autorisation n'est jamais limité dans son étendue par les conventions matrimoniales.

2) L'étendue du mandat ne peut être limitée par les conventions matrimoniales : le mari, quelles que soient les conventions matrimoniales, pourra toujours donner mandat exprès à sa femme. Au contraire, il y a des régimes sous lesquels on peut arriver à relever, dans une large mesure , l'incapacité de la femme, et ici on pense surtout au régime de la séparation de biens, puisque c'est celui sous lequel la femme a la plus grande capacité, et il en est de même sous le régime dotal pour les biens paraphernaux.

3)L'autorisation est soumise à des règles de preuve spéciales

3) En ce qui concerne la forme, l'autorisation maritale est soumise à des règles que la jurisprudence fait assez rigoureuses, puisqu'elle n'admet pas que la preuve de l'autorisation tacite soit faite par tous les moyens. Au contraire, le mandat est soumis aux règles ordinaires de preuve, il peut être prouvé par toutes sortes de moyens, et il y a des mandats non seulement écrits, mais verbaux.

4)Le mandat peut être général, l'autorisation doit être spéciale

4) Le mandat, peut être d'une portée générale: ce peut être un mandat d'aliéner les immeubles du mari ou certains meubles seulement / L'étendue du mandat est variable, mais il peut être général, L'autorisation en principe, doit être spéciale.

5)Le mandat oblige le mari, tandis que l'autorisation n'oblige pas nécessairement le mari.

5) Le mari est tenu des obligations contractées par la femme lorsqu'il l'a instituée mandataire, puisque la femme n'agit qu'en son nom, en vertu de la représentation, le contrat formé par l'intervention de la femme mandataire produit ses effets directement, sur la tête du mandant, c'est-à-dire du mari. C'est le mari qui est obligé quand il y a mandat , tandis que, quand il y a incapacité , et que la femme est relevée de son incapacité, le mari n'est pas nécessairement obligé. Il va de soi qu'il n'est pas obligé quand il y a autorisation de justice, mais même en cas d'autorisation du mari, le mari ne devrait pas être obligé si les règles du régime matrimon iàln'entraînent pas cette obligation. Quand deux époux sont mariés sous le régime de la communauté, si la femme fait un acte dans

Source : BIU Cujas

l'intérêt de la communauté, on comprend que le mari soit obligé. Et il en est ainsi même si l'acte n'est pas fait pour la communauté, en raison de la confusion des biens des époux. C'est pourquoi on admet la responsabilité du mari.

6° L'acte accompli par une femme qui n'a pas mandat est frappé de nullité absolue, l'acte accompli par la femme non autorisée est d'une nullité relative

6° L'acte accompli par une femme sans mandat est nul, d'une nullité absolue; au contraire, l'acte accompli par une femme sans autorisation, est nul d'une nullité relative. On retrouvera cette distinction plus tard.

Il faut donc éviter de confondre la capacité et le pouvoir; le mandat et l'autorisation.

Il faut laisser de côté également les cas prévus par des textes spéciaux. Il y en a un surtout qui est fondamental c'est l'art. 4 du C/Com. L'autorisation donnée à la femme pour être commerçante l'habilite virtuellement à faire tous les actes de son commerce. Et ici, il n'y a pas d'autorisation tacite, comme on le dit quelquefois. Le mari qui autorise la femme à faire du commerce ne l'a pas tacitement autorisée à faire tous les actes relatifs à son commerce. La vérité, c'est que la femme commerçante est relevée, de plein droit, de son incapacité. Mais il y aurait, au contraire, autorisation tacite si le mari n'avait pas autorisé sa femme à faire du commerce, et que la femme le fît au vu et au su du mari. Ici le mari, parce qu'il n'aurait rien dit, parce qu'il n'aurait pas élévé de protestation, serait considéré comme ayant donné une autorisation tacite, ce qui permettrait à la femme de contracter pour les besoins de son commerce.

cas spéciaux dans lesquels la femme est relevée de plein droit de son incapacité.
a) cas de la femme commerçante art. 4 du C.Com.

Il faut signaler encore un autre cas qui, depuis la guerre, s'est révélé beaucoup plus important qu'on n'aurait pu le penser. Il s'agit du cas de la séparation de fait entre époux. Les époux ne veulent pas recourir à la séparation de corps ou au divorce, mais ils vivent, l'un à Paris, l'autre à Marseille. Ils s'entendent très bien pour régler le régime qui leur sera applicable. Mais tout cela est nul car la loi ne reconnaît pas la séparation de fait. Seulement, lorsque ces deux époux sont séparés, le mari peut bien contracter comme il le veut, mais la femme séparée de fait, va-t-on lui appliquer les règles ordinaires. Elle reste une femme mariée, elle reste, par conséquent, incapable. Va-t-on l'obliger à recourir à l'autorisation du mari et pourra-t-on continuer à dire qu'elle a reçu un mandat domestique pour acheter ce qui est nécessaire aux besoins du ménage ? Ici des idées très différentes ont été soutenues On avait dit d'abord que le mari, au moins quand c'était lui qui abandonnait sa femme, et au moins quand il y avait eu séparation convenue entre les époux, que le

b) cas de la séparation de fait entre époux.

Source : BIU Cujas

mari avait autorisé de plein droit, par sa disparition la femme à contracter. Le résultat était que le mari n'était pas engagé, la femme seule l'était. D'autres ont dit que le mandat continuait. M. Hémard admet, en effet, que le mandat continue quand il y a abandon par la femme, mais non dans le cas contraire. La jurisprudence a admis une autre idée, dans un arrêt de la cour de cassation du 8 novembre 1905 (S. 1907.1.145). La jurisprudence refuse au mari le droit d'agir en nullité contre les actes faits par la femme séparée, parce que, en se désintéressant de ce que fait sa femme, il a trompé les tiers. Les tiers qui ont contracté avec la femme sous son nom de femme, qui l'ont crue mariée, les fournisseurs, ne peuvent pas toujours aller rechercher si telle personne est mariée ou non. Le mari avait laissé croire aux tiers que sa femme vivait toujours avec lui, il a trompé la confiance légitime des tiers, il a commis, au fond, un délit civil qui l'a rendu responsable. Or, le moyen le plus simple de le rendre responsable, dit la jurisprudence, ce n'est pas de commencer par annuler l'acte, pour donner ensuite une indemnité aux fournisseurs, c'est de dire que le mari est obligé, sans annuler l'acte. C'est donc en recourant à l'art. 1382, et à la notion de délit que la jurisprudence est arrivée à valider l'acte de la femme séparée de fait.

Formes de l'autorisation de justice. Elle est d'ordinaire supplétive par rapport à celle du mari

L'autorisation de justice est d'ordinaire supplétive par rapport à celle du mari. Cependant il y a des cas où la femme ne peut être autorisée que par justice, parce que l'autorisation du mari serait impossible ou inefficace.

Il s'agit notamment de cas d'impossibilité d'autorisation du mari, quand le mari est aliéné, par exemple, ou d'insuffisance du mari si le mari est condamné par exemple.

Mais il est des cas où la femme ne peut être autorisée que par justice. I) Lorsque l'autorisation du mari est injustifiée

Et puis le mari peut refuser son autorisation. Il serait excessif que le mari pût condamner la femme à l'inaction en raison d'un refus qui peut ne pas être justifié. Il peut, en effet, y avoir de la part du mari abus de sa puissance maritale, et quand il y a abus c'est qu'il n'y a pas de motif légitime à la base du refus du mari. Dans ce cas, la justice doit pouvoir autoriser. En effet, le droit de puissance maritale n'est pas un droit absolu, dont on n'abuse jamais, et la femme, en cas de refus injustifié, pourra saisir la justice, et même quand le mari, après avoir autorisé, a révoqué l'autorisation, ainsi qu'il en a le droit, la femme pourrait s'adresser à la justice.

2°) Lorsque le mari est incapable

Mais le mari, en second lieu, peut être incapable. Cette incapacité doit s'entendre au sens large:

Source : BIU Cujas

il s'agit du cas où le consentement du mari serait impossible ou inefficace. C'est le cas par exemple où le mari est absent (art. 222 du C.C.). C'est alors la justice qui, en connaissance de cause, dit l'art. 222 autorisera la femme, soit pour ester en justice, soit pour contracter. On n'exige pas ici que le mari soit en état légal d'absence. Ce que l'on envisage sous le nom d'absence c'est non seulement cette absence au sens légal, mais encore la simple non présence. Quand le mari n'est pas là les absents ont tort, et la femme pourra être autorisée par justice.

a) Le mari est absent

Le mari peut également être mineur, art. 224 du C.C.. Alors l'autorisation est nécessaire à la femme. Un incapable, en effet, peut difficilement autoriser un autre incapable. En joignant leurs deux incapacités il est difficile qu'ils arrivent à la capacité. Seulement il faut faire une réserve: le mari mineur est nécessairement émancipé par le mariage. Il doit par conséquent pouvoir au moins autoriser les actes pour lesquels il serait capable d'agir seul. Il en résulte notamment que pour exercer les actions en justice, le mari mineur émancipé qui peut exercer les actions mobilières, pourra autoriser sa femme à intenter une action mobilière devant un tribunal.

b) Le mari est mineur

Il y a en troisième lieu la situation de l'interdit judiciaire. L'interdit judiciaire c'est un aliéné. S'il est interné dans un établissement d'aliénés, il faudra que la femme recourt, pour des raisons de fait autant que de droit, puisque le mari n'est pas là, à l'intervention de la justice. Mais, même si le mari est seulement interdit, il n'en faut pas moins que la femme recourt à l'autorisation de justice. Au contraire, quand le mari est simplement pourvu d'un conseil judiciaire, on applique l'art. 222 du C.C. on exige l'autorisation de la justice, mais on ne l'exige , comme pour le mari, que pour les actes que le mari pourvu d'un conseil judiciaire ne peut faire seul. La personne pourvue d'un conseil judiciaire, a , en effet, une capacité limitée. Dans la mesure où le mari pourvu d'un conseil judiciaire pourra accomplir certains actes, il pourra autoriser sa femme pour des actes pareils.

c) Le mari est l'interdit judiciaire

Il faut tenir compte aussi de la situation des personnes frappées d'une peine afflictive et infamante, (art. 221 du C.C.). Pendant la durée de la peine, la femme du condamné sera autorisée par justice. Mais, à l'expiration de sa peine, le mari recouvrera sa faculté d'autorisation.

d) Le mari est interdit légal =

Une difficulté s'est élevée à propos d'une peine spéciale qu'on appelle la dégradation civique. Cette peine dure toute la vie et c'est une peine d'ordre

Source : BIU Cujas

accessoire. On s'est demandé si, après l'extinction ou de la peine principale, puisqu'il y avait dégradation civique, le mari serait privé du droit d'autoriser sa femme. Il faut décider, puisque la loi dans l'art. 334 du C. Pén. qui prononce la déchéance de la dégradation civique n'a pas fait allusion à la faculté d'autorisation de la femme, et, puisque l'interprétation en matière pénale doit être stricte, que le mari pourrait, après l'expiration de la peine principale, et malgré la survie de la dégradation civique à la peine principale, autoriser sa femme.

e) Le mari est coupable du délit d'abandon de famille

Enfin, il y a un dernier cas dans lequel le mari n'a plus le droit d'autoriser sa femme et où c'est la justice qui le fera: c'est en cas d'abandon de famille. Il en est ainsi depuis la loi du 7 février 1924, qui a ajouté un second alinéa à l'art. 222.

Il faut laisser de côté ici, en effet, certaines règles spéciales qui ont été établies pendant la période de guerre, par la loi du 3 juillet 1915, en cas d'impossibilité d'obtenir l'autorisation du mari mobilisé aux armées.

Comment peut intervenir l'autorisation de justice

Il reste à se demander comment cette autorisation de justice peut intervenir, et aussi si elle peut intervenir dans tous les cas.

Comment elle peut intervenir, l'art. 219 du C.C. l'indique: " Si le mari refuse d'autoriser la femme à passer un acte, dit ce texte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil ". Cette disposition vaut pour les tribunaux civils. En ce qui concerne les autres juridictions, il faut citer la loi du 12 juillet 1905 pour les juges de paix et la loi du 27 mars 1907, art. 36, pour les conseils de prudhommes.

Mais l'autorisation de justice peut-elle toujours intervenir ? N'y a-t-il pas des cas où il faut que le mari intervienne et où son autorisation ne peut être remplacée par l'autorisation de justice ?

Il est des cas où l'intervention du mari est absolument indispensable et ne peut être suppléée par l'intervention de justice

Il est tout d'abord des cas qui sont prévus par la loi. Aucun doute ne peut donc s'élever à leur égard.

L'art. 1029 ne permet à la femme d'être exécutrice testamentaire qu'avec l'autorisation de son mari. C'est qu'en effet, l'exécution testamentaire peut entraîner à des actes importants. De même la femme mariée ne peut être tutrice sans l'autorisation de son mari (art. 405 du C.C.) et elle ne peut être nonplus curatrice (art. 480 du C.C.). La femme ne peut pas nonplus compromettre sans l'autorisation de son mari (art. 84 N° 6

Source : BIU Cujas

et art. 1084 du C.Pr. civ.) On confond souvent compromettre et transiger. On parle souvent, dans la vie pratique d'un compromis en faisant allusion à une transaction; c'est que, la plupart du temps le compromis aboutit à une transaction, mais il y a là deux choses différentes. Une transaction, c'est un acte par lequel deux parties règlent un procès à venir par des concessions réciproques. Un compromis, au contraire, c'est un acte par lequel les parties s'en remettent à un arbitre pour régler leur différend.

Il y a encore un autre cas où l'autorisation doit être donnée nécessairement par le mari; c'est le cas qui résulte de l'application des art. 1555 et 1556 du C.C. L'autorisation de justice peut être donnée, à défaut de l'autorisation du mari, quand la femme établit des enfants d'un premier lit. Mais quand il s'agit de l'établissement d'enfants communs, comme on n'a pas de raison de mettre en doute l'affection du père, on ne peut se passer de l'autorisation du mari.

La femme peut-elle se faire autoriser par la justice pour acquérir une certaine situation juridique? pour faire du commerce, du théâtre etc...

Mais il y a une question beaucoup plus générale qui n'est pas prévue par la loi, c'est celui où le mari refuse une autorisation à sa femme pour acquérir une situation juridique définie. Il lui refuse de faire le commerce, de monter sur les planches, d'être actrice ou danseuse, fonctionnaire, ou d'exercer une profession quelconque. Est-ce que la justice peut autoriser la femme ?

La pratique, en certains cas, a trouvé un moyen. On dit que ce qu'on défend c'est l'acquisition d'une situation juridique définie, que ce que la loi défend c'est une autorisation générale qui ne serait pas donnée par le mari, car après tout cela peut réagir sur la vie de ce dernier que sa femme soit commerçante, actrice ou danseuse, Alors pratiquement, on a trouvé un moyen. La femme signe un engagement théâtral, ou bien elle achète un fonds de commerce; or, cela, c'est un acte déterminé. Mais la doctrine admet, en général, qu'ici les tribunaux ne peuvent suppléer à l'intervention du mari. Elle s'appuie, en ce qui concerne l'autorisation de faire du commerce, sur l'art. 4 du C.Com, qui ne veut que l'autorisation du mari ce qui prouve dit-elle qu'on avait l'intention d'exclure l'autorisation donnée par la justice.

Quelquefois on fait une distinction, on invoque ainsi pour l'engagement théâtral le fait qu'il y a des raisons de convenances qui peuvent imposer une solution au mari, et que ces raisons de convenance ne seront pas appréciées de la même façon par un tribunal. Il y a même, dit-on, des considérations morales. Mais cette solution doit être considérée comme trop sévère

Source : BIU Cujas

et il faut la tempérer.

D'après la jurisprudence l'autorisation de justice n'est possiblr, en cette matière, que lorsque le mari ne peut donner son autorisation

La jurisprudence la tempère de la façon suivante. Elle dit que quand le mari est absent, mineur, incapable de donner son autorisation, quand il est interdit ou condamné, il est naturel que la justice donne son autorisation, car alors on ne peut pas, parce que le mari est incapable, priver la femme des moyens nécessaires à gagner sa vie. Et ce n'est que, dans le cas où il y a refus du mari, le mari étant capable, que l'autorisation de justice ne pourra pas intervenir. Mais M. Hémard pense qu'il faut aller encore plus loin et dire que, non seulement dans le cas où le mari et dans l'impossibilité de donner un consentement, mais même dans les autres cas, en cas de refus, il faut admettre l'intervention de la justice quand il y a de la part du mari un refus injustifié, c'est-à-dire quand il n'exerce pas de façon légitime son droit de donner une autorisation.

Caractères de l'autorisation I. Elle doit être spéciale. Raison de cette exigence

L'autorisation doit être spéciale et elle est révocable.

L'autorisation doit être tout d'abord spéciale, elle doit être donnée pour un acte précisément déterminé.

La raison d'être de cette condition c'est que, comme l'indique la loi dans un autre cas, celui de l'art. 222, l'autorisation du mari ne doit être donnée qu'en connaissance de cause. Une autorisation générale aboutirait à un abandon de la puissance maritale.

Et l'idée de protection qui justifie l'incapacité de la femme mariée exige aussi cette spécialité. Si l'autorisation était générale, la femme ne serait pas protégée.

Ce qu'il faut entendre par autorisation spéciale

L'autorisation doit être déterminée d'abord, dans sa nature. Il faut dire quel acte la femme pourra faire: droit d'ester en justice, d'emprunter, d'hypothéquer, puis il faut déterminer l'objet de l'opération: emprunt de telle somme, aliénation de tel immeuble. Et il faut aussi que les conditions essentielles de l'acte soient déterminées; il faut que l'époque de la réalisation de la vente, le moment du paiement du prix soient bien déterminées dans l'autorisation du mari. Par conséquent, une autorisation qui ne réunirait pas ces conditions, quant aux éléments essentiels de l'acte, devraient être considérée comme nulle. Il en serait ainsi de l'autorisation donnée à la femme de faire tous les actes qu'elle aurait à faire, ou si on permettait à la femme d'aliéner tous ses immeubles ou tous ses meubles, sans autorisation. La jurisprudence a même dit que l'autorisation était générale quand elle visait l'aliénation des immeubles situés dans tel arrondissement.

Source : BIU Cujas

Exception à cette règle de la spécialité de l'autorisation

Mais il y a des exceptions à la règle de la spécialité de l'autorisation.

a) L'article 223 du C.C. permet une autorisation générale relativement aux actes d'administration des biens de la femme

D'abord l'art. 223 du C.C. qui déclare qu'une autorisation générale n'est pas valable, u apporte une réserve quant à l'administration des biens de la femme. La plupart des auteurs disent que ce texte signifie seulement qu'une habilitation générale d'administrer le patrimoine de la femme pourra résulter du régime matrimonial accepté. Ainsi, en cas de séparation de biens acceptée comme régime matrimonial, en cas de régime dotal pour les paraphernaux, la femme a la possibilité d'administrer ses biens, et, dans la mesure de cette administration, elle est relevée de son incapacité.

Mais il faut aller plus loin et décider que l'autorisation donnée à la femme pour administrer ses biens personnels, sans avoir à requérir d'autorisation peut être donnée, au cours du mariage. L'art. 223 sans cela ne signifierait rien. On sait bien que la femme peut administrer ses biens, sans autorisation, dans certains cas. Et si on trouve cette solution dangereuse, c'est qu'on oublie qu'une autorisation donnée au cours du mariage est toujours révocable, tandis que si elle avait été donnée par contrat de mariage elle ne le serait pas.

b) L'art. 4 du C.com. consacre une autorisation générale à l'égard de la femme commerçante

Ce principe de la spécialité de l'autorisation, comporte d'ailleurs une seconde exception qui est énoncée par l'art. 4 du C.com. pour la femme commerçante: " La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari".

A) L'autorisation est révocable

Mais on vient de parler de révocabilité, c'est là un autre caractère de l'autorisation.

L'autorisation donnée par le mari est révocable. D'ordinaire, l'autorisation ayant été donnée la femme aura exercé le droit qu'elle lui permettait d'exercer et la révocation n'aura pas lieu de s'appliquer. Mais quid s'il s'agit d'une révocation intervenant avant la réalisation de l'acte ? Quand la révocation intervient, les effets restent acquis pour l'acte extra-judiciaire, ils cessent seulement pour l'avenir pour les actes judiciaires, au contraire, l'instance sera seulement interrompue.

La révocation doit être portée à la connaissance des intéressés

La révocation doit d'abord être portée à la connaissance des intéressée. Et après, la révocation la femme peut s'adresser à la justice.

En principe, l'autorisation de justice est aussi révocable, mais la pratique n'en révèle pas d'exemple.

Source : BIU Cujas

Les effets de l'autorisation à l'égard de la femme

Les effets de l'autorisation se produisent tout d'abord à l'égard de la femme mariée. La femme mariée peut accomplir seule l'acte pour lequel elle a été relevée de son incapacité. Elle s'oblige valablement si l'autorisation a été régulière, et si elle n'accomplit qu'un acte pour lequel elle a été autorisée. Cet acte juridique aura les mêmes effets que si la femme avait été pleinement capable, notamment que si la femme n'avait pas été mariée.

L'autorisation s'applique à tout ce qui est une suite naturelle et nécessaire de l'acte, mais l'autorisation de plaider ne confère pas à la femme l'autorisation de transiger.

B) A l'égard du mari

A l'égard du mari, les effets de l'autorisation dépendent de la question de savoir si c'est lui ou la justice qui ont donné l'autorisation.

a) si c'est le mari qui a autorisé en principe il n'est pas obligé

Si c'est le mari qui a donné l'autorisation, l'acte, en principe, ne l'oblige pas "qui auctor est non se oblige at. Cette autorisation ne le rend pas partie à l'acte passé par la femme, même s'il y concourt, à moins qu'il ne soit le co-contractant. La femme seule est obligée.

Sauf l'application des règles du régime matrimonial

Cependant, le mari pourra se trouver obligé par l'application des règles du régime matrimonial (art. I420 et I4I9 du C.C.) . En effet, sous le régime de la communauté, le mari qui autorise sa femme est obligé, en raison de la confusion des biens. Et, sous les autres régimes, il se pourra que le mari soit obligé. Il en est ainsi quand il autorise sa femme à aliéner un bien appartenant en propre à sa femme, mais sur lequel la communauté avait un droit de jouissance, puisqu'il faut bien alors qu'il renonce à ce doit. Toutefois, puisqu'il faut qu'il y renonce, il pourrait autoriser, l'acte, tout en se réservant le droit.

b) Si l'autorisation émane de la justice, le mari et la communauté ne seront obligés que si l'acte a été fait dans l'intérêt du mari et de la communauté

Enfin, l'autorisation peut être donnée par la justice. Mais on va voir que l'autorisation de justice ne peut réfléchir contre le mari. Le mari n'est pas tenu sur ses biens, ni sur les biens de la communauté. Mais, comme l'autorisation de justice peut produire certains effets, dans l'intérêt du mari et de la communauté, par application de l'article I427 du C.C. quand c'est dans l'intérêt du mari ou de la communauté que la femme a contracté, le mari et la communauté seront obligés. Mais, quand il n'y a pas un tel intérêt, le mari n'étant pas intervenu, la femme n'a pu engager que la nue propriété de ses propres.

Source : BIU Cujas

C - Incapacités résultant d'infirmités physiques ou morales

Les incapacités qu'il faut ranger sous cette rubrique

Les incapacités résultant d'infirmités physiques ou morales proviennent de la faiblesse mentale, de la faiblesse d'esprit ou de la prodigalité.

On étudiera d'abord les aliénés, puis les prodigues et les faibles d'esprit, qui reçoivent un conseil judiciaire, et on dira quelques mots des interdits légaux qui sont frappés d'interdiction, comme suite d'une condamnation. Ils sont dans une situation d'incapacité qu'il faut rapprocher de celle des aliénés interdits tandis que ces derniers sont des interdits judiciaires, les interdits dont on parle sont des interdits légaux, de sorte qu'il y a lieu de comparer l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire.

Plan de cette étude

Etudions donc d'abord l'incapacité qui résulte de l'aliénation mentale, on examinera ensuite celle qui résulte de la prodigalité, enfin on dira quelques mots sur l'incapacité qui résulte de l'interdiction légale, comme suite d'une condamnation pénale.

a) Incapacité des aliénés

On distingue 3 catégories d'aliénés

Les aliénés ne sont pas incapables dans toutes circonstances, à tout moment. Lorsque un aliéné est interné dans une maison de santé, il n'a guère le moyen de s'occuper de ses biens, mais, s'il peut mettre sa fortune en danger, sa famille le fera interdire, Il faut donc distinguer 3 catégories d'aliénés.

1) - Les aliénés non interdits et non internés,
2) - Les aliénés internés,
3) - Les aliénés interdits.

1)Les aliénés non interdits et non internés.

Examinons tout d'abord le cas des aliénés non internés et non interdits. On n'étudiera pas ici l'internement ou l'interdiction; on n'envisage dans cette étude des personnes que l'incapacité et, quand on aura à étudier la famille, on reprendra les mesures qui peuvent être prises, par la famille, pour faire interner ou interdire un aliéné.

Ici, par conséquent, on n'envisage que l'incapacité. Il faut remarquer que le Code civil n'avait pas pris

Source : BIU Cujas

Absence de dispositions légales les concernant

le soin d'étudier, dans son ensemble, la question. Les aliénés interdits sont bien l'objet d'une disposition dans le Code civil, l'article 489 dit en effet "Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides", mais c'est une loi postérieure au Code civil, loi rendue d'ailleurs nécessaire par l'augmentation du nombre des aliénés, qui a règlé la question des aliénés internés . Cette augmentation soit dit en passant se retrouve dans tous les pays, même dans ceux qui ne devraient pas avoir d'aliénés alcooliques. Il y a peu près 100.000 aliénés en France. Or, dans ce nombre, il y en a environ 10 % d'alcooliques . La proportion est à peu près la même dans les autres pays. Quoi qu'il en soit, c'est la loi du 30 Juin 1838 qui est venue établir le traitement des aliénés internés.

L'aliéné qui n'est ni interné, ni interdit est capable.

Mais il faut, tout d'abord, étudier l'incapacité de l'aliéné qui n'est ni interné ni interdit. La loi n'établit , pour ces aliénés, aucune mesure de protection. L'aliéné reste soumis au droit commun.

Cependant, personne ne songe à déclarer valable un acte commis sous l'empire de la démence. Cet acte, il faut, bien entendu, le déclarer sans valeur car l'une des conditions fondamentales pour tout acte juridique c'est le consentement. Et il ne s'agit pas non plus de déclarer que l'individu fera la preuve de sa capacité. Au fond, la personne qui n'est ni interdite, ni internée est capable; c'est le principe qui s'applique, et il n'existe pas de gestion organisée de ses biens: cette personne a capacité et aucune question de pouvoir par un représentant n'est établie.

Il n'est incapable que pendant les périodes de folie.

Si donc l'aliéné a été conservé dans sa famille s'il n'est pas dangereux, il est capable d'agir pendant ses intervalles lucides. Il est incapable seulement pendant les périodes de folie.

Et c'est une incapacité d'exercice car il a la capacité de jouissance. C'est une incapacité d'exercice, mais personne ne peut le représenter. Il peut continuer à gérer sa fortune si ses intervalles lucides sont assez longs . Mais pendant les moments de folie, il reste sans protection.

Ici une difficulté va se présenter car on est en présence d'un individu suspect : ses créanciers, ses héritiers, ses ayants-cause seront toujours tentés, chaque fois qu'il aura été fait un acte qui leur nuit, d'invoquer la folie.

Comment peut se prouver la folie conco-

Il y a là une question de fait dont la preuve peut être délicate, à moins toutefois que cette preuve ne résulte de l'acte lui-même. Il y a eu, en effet, des actes

Source : BIU Cujas

mitants à l'acte.

Cette preuve peut résulter du contenu même de l'acte.

dans lesquels un individu s'était nommé "Dieu le père". La jurisprudence a annulé un tel acte. Mais il faut qu'il y ait une bizarrerie dans l'acte, c'est pourquoi le seul emploi de certaines expressions a amené les tribunaux à annuler certains actes, comme faits par un dément.

En dehors de ce cas particulier les actes de l'aliéné ne peuvent être annulés, après sa mort, que si, avant le décès, l'interdiction avait été provoquée

Mais, en dehors de là, comment prouver que l'acte a été passé dans une période de crise mentale? Cet acte peut n'être pas tout de suite connu des créanciers ou des héritiers, et on se demande si, longtemps après la passation de l'acte, la preuve de la folie pourra encore être rapportée.

Le législateur s'est défié de ces preuves après coup et dans l'article 504 du Code Civil, il a décidé qu'après la mort d'un individu qui n'est ni aliéné, ni interdit, ses actes ne peuvent être attaqués pour cause de démence. Ils ne pourraient être attaqués que si l'interdiction avait été prononcée, ou bien si seulement elle avait été provoquée, ou encore si la folie résultait de l'acte lui-même, cas supposé précédemment.

Cette règle ne s'applique pas aux actes à titre gratuit

Il est cependant des cas dans lesquels on admet cette preuve, même par l'héritier, d'une façon très large, c'est en ce qui concerne les libéralités. En effet, d'après l'article 901 du Code Civil, pour pouvoir faire une libéralité, il faut être sain d'esprit et la sanité ou l'insanité d'esprit peut être prouvée après la mort. La règle posée par l'article 504 du Code Civil ne vise donc pas les actes à titre gratuit.

On peut donc dire que les actes à titre onéreux passés par un défunt qui n'est ni interné ni interdit, ne peuvent être attaqués pour cause de démence à moins:

1) - Que la démence ne résulte de l'acte lui-même

2) - Qu'avant le décès l'interdiction n'ait été provoquée, la mort seule l'ayant interrompue.

II) Les aliénés internés

En ce qui concerne les aliénés internés la situation est toute différente. Il y a, pour l'aliéné interné, une certaine incapacité, et on a réglé par des mesures fragmentaires la gestion de ses biens.

But de l'internement

L'internement a tantôt pour but de procurer à l'aliéné un traitement plus favorable à un retour à la pleine santé, et tantôt il a pour but de protéger les parents de l'aliéné contre les actes de folie ou de fureur.

Cette situation est réglée par la loi du 30 Juin 1838

Cet internement produit des effets qui ne sont pas prévus par le Code civil, mais par la loi du 30 Juin 1838 dont le texte fondamental est l'article 39.

Cette loi a cherché à faciliter l'internement dans les asiles d'aliénés en permettant aux familles d'éviter une demande d'interdiction.

L'aliéné interné reste encore soumis au droit

Source : BIU Cujas

C'est encore la capacité qui est la règle en ce qui concerne l'aliéné interné.

commun, sa capacité est encore la règle . Il peut faire tous les actes qui ne lui sont pas formellement défendus. Mais ces actes', qu'il accomplit d'ailleurs en nombre limité puisqu'il est interné, sont atteints par une présomption très sérieuse d'altération des facultés mentales, par le fait qu'il est interné. Et la preuve de la nullité des actes faits par l'interné en sera facilitée.

Mais le fait de l'internement crée une présomption très forte d'insanité d'esprit.

De plus, la restriction apportée par l'article 504 du Code Civil, n'a plus lieu de s'appliquer. L'héritier de l'interné, en raison de cette présomption d'insanité d'esprit, va pouvoir attaquer des actes, même après sa mort, bien que il n'y ait ici ni interdiction provoquée ni interdiction prononcée. L'art. 39 de la loi de 1838 le dit formellement. Et la jurisprudence tend à admettre que la détention dans un établissement d'aliénés suffit souvent à prouver la folie, elle estime qu'il y a là une présomption de démence, d'incapacité réelle.

Tant que l'aliéné est dans un établissement d'aliénés, il n'y a pas de difficulté, dans cet établissement il est surveillé et il y a peu de chances qu'il passe un contrat ou signe un engagement , mais, s'il se trouve dans une maison de santé autre où il y ait des chances de fuite, s'il échappe ou même- pour le cas d'un établissement d'aliénés- si l'individu, ayant donné des signes de rétablissement, on lui permet une sortie d'essai, et qu'au cours de cette fuite ou de cette sortie d'essai, l'individu passe un acte juridique, faut-il appliquer alors l'article 39 de la loi du 30 Juin 1838, maintenir la présomption d'insanité d'esprit ? Cela se comprendrait en cas de fuite, mais cela se comprend beaucoup moins pour le cas d'une sortie d'essai. Il faut, dans ce cas, en revenir à l'article 504 du Code Civil: l'héritier pourra attaquer l'acte fait par l'aliéné pendant sa période d'essai de libert mais il ne pourra invoquer la démence que s'il y a eu interdiction provoquée ou si, d'autre part, de l'acte passé il résulte une sorte de présomption de folie. La jurisprudence va même plus loin et elle dit que tant que la liberté complète n'a pas été rendue à l'aliéné l'article 39 de la loi de 1838 s'applique.

La sanction est, en cette matière, facultative pour les tribunaux. Les tribunaux ne sont pas obligés d'appliquer l'article 504 du Code Civil, car ce texte emploie une expression qui leur laisse pleine liberté il dit en effet "pourront être attaqués".

La présomption établie par l'article 504 est d'ailleurs relative/

Il reste à savoir comment va être assurée la

Source : BIU Cujas

Organisation de la gestion des biens de l'interné

gestion des biens de l'aliéné interné. On a vu sa capacité, on sait qu'en principe il est capable, mais qu'il y a une présomption de démence qui résulte de son internement.

La loi n'a organisé la gestion du patrimoine des aliénés internés qu'en ce qui concerne les individus hospitalisés dans un établissement de la ville de Paris.

En ce qui concerne la gestion de ses biens, la loi de 1838 ne s'en est préoccupée que d'une façon insuffisante.

Le législateur avait tablé sur un fait qui ne s'est pas réalisé, il avait considéré l'internement comme le prélude de l'interdiction, il avait espéré que ce serait une mesure préliminaire à l'interdiction. Or, c'est le contraire qui s'est réalisé. A partir du moment où l'internement est possible on ne demande pas l'interdiction, dans l'intérêt des familles, et aussi dans l'intérêt de l'aliéné lui-même car, pour le cas où l'aliéné se remettrait, il n'est pas besoin alors de faire lever le jugement d'interdiction. Il n'y a d'autre ressource, par conséquent, pour assurer complètement la gestion du patrimoine de l'aliéné, que de le faire interdire. Mais on demande rarement l'interdiction.

Il y a cependant des aliénés internés qui voient leur patrimoine géré, ce sont les aliénés qui sont internés dans un établissement public de la ville de Paris.

Une loi du 10 Janvier 1849, article 3, qui est le texte organique de l'Assistance publique de Paris, décide que le directeur de l'Assistance publique est le tuteur des aliénés internés dans les établissements publics de la ville de Paris. Par conséquent, ces internés auront un administrateur qui gérera leur patrimoine.

En dehors de cette hypothèse, il n'existe que des mesures fragmentaires

Mais, en dehors de ce cas, il n'existe que des mesures fragmentaires.

Il existe tout d'abord un administrateur provisoire (article 31 de la loi de 1838) qui peut être un des membres de la commission de surveillance de l'établissement, s'il s'agit d'un établissement public d'aliénés, et s'il s'agit d'un établissement privé, ce sera toute personne qui pourra être nommée par le Président du tribunal du domicile de l'aliéné (art. 32 de la loi de 1838) Il ne s'agit que d'un administrateur provisoire, nommé pour 3 ans, (Art. 37 de ladite loi).

A côté de cela, il y a d'autres administrateurs, il y en a même beaucoup trop car on est en présence ici de mesures fragmentaires, En effet, en dehors de cet administrateur provisoire, il peut y avoir un mandataire "ad litem" en vue d'un procès (art. 33 de la loi de 1838) Ce mandataire est chargé de veiller aux intérêts de l'interné, au cours de la procédure.

Il peut y avoir également un mandataire qui sera

Source : BIU Cujas

nommé notamment pour représenter l'interné dans une instance en liquidation et partage (art. 36 de la loi de 1838)

Il peut y avoir un curateur, dans les conditions que détermine l'article 38 de la loi de 1838.

Et la jurisprudence y a encore ajouté, pour le cas où il s'agirait d'un acte où l'administrateur provisoire pourrait être intéressé, la possibilité de nommer des tuteurs spéciaux, pour un but déterminé, et qu'on appelle, de ce fait, des tuteurs ad hoc.

Telle est la situation de l'aliéné interné. Il faut en arriver maintenant à l'aliéné interdit.

III) Les aliénés interdits

Ils sont incapables.

L'interdiction est une mesure par laquelle une personne majeure, en raison de l'altération de ses facultés mentales, est rendue incapable d'exercer ses droits civils et est placée sous l'autorité d'un tuteur chargé de le représenter. C'est une véritable incapacité.

La situation de l'aliéné interdit ressemble à celle du mineur non émancipé

La situation de l'interdit ressemble à celle du mineur non émancipé . D'ailleurs, la ressemblance est telle que l'article 509 du Code Civil , pour l'interdit judiciaire, renvoie formellement aux règles concernant le mineur non émancipé et le tuteur.

La personne de l'interdit est supprimée de la vie juridique, c'est le tuteur qui agit à sa place.

Etendue de l'incapacité de l'aliéné interdit.

Mais quelle est l'étendue de cette incapacité ?

D'après l'art. 503 du Code Civil tous les actes passés postérieurement à l'interdiction sont nuls de droit

L'article 503 du Code Civil décide que tous les actes passés postérieurement à l'interdiction sont "nuls de droit". Et il y a là semble-t-il une incapacité générale. Mais on n'est plus en présence d'un mineur en bas-âge , mais d'un aliéné qui, bien qu'interdit, peut avoir des intervalles lucides et qui peut être interné ou au contraire ne pas l'être. Par conséquent, il y a des restrictions à apporter à la règle de l'article 502 bien qu'elle semble générale.

Exceptions concernant : les actes pour lesquels aucune représentation n'est possible

On conçoit d'abord que pour tous les actes pour lesquels la représentation n'est pas possible, l'aliéné interdit puisse agir et l'article 509 montre lui-même que c'est dans la mesure où il peut être représenté seulement que l'interdit est représenté par son tuteur, tant en ce qui concerne sa personne que ses biens.

Et dès lors ne faut-il pas, avant de rechercher les actes que l'interdit pourra faire sur ses biens, se préoccuper des actes concernant sa personne ?

Soit quant à la personne

Il faut partir d'une idée très générale savoir que dans tous les cas où la représentation n'est pas possible on permettra à l'aliéné, même interdit, d'accomplir ces ces actes dans un intervalle lucide.

Prenons donc les actes concernant la personne; mariage, adoption , reconnaissance d'un enfant naturel est-ce que l'interdit peut accomplir ces actes personnels, que son tuteur ne pourra faire en son nom ?

Source : BIU Cujas

Reconnaissance d'un enfant naturel

On décide, sans contestation, que l'interdit peut reconnaître un enfant naturel, mais dans un intervalle lucide, naturellement. C'est une solution équitable pour l'enfant naturel et qui est très raisonnable.

Mariage

Au contraire, il y a de très grandes controverses en ce qui concerne le mariage de l'interdit judiciaire. La question ne se pose heureusement pas souvent et quand elle se pose, c'est d'une façon particulière. Il s'agit, ordinairement, d'un interdit qui a des enfants naturels et veut régulariser une situation. Il a vécu en concubin il voudrait que sa concubine devienne sa femme, il est nécessaire, pour que l'enfant en profite, qu'il se marie

La jurisprudence valide ce mariage fait pendant une période de lucidité. Elle n'a pas tenu compte de l'article 502 qui paraît cependant bien formel. Elle n'a pas non plus tenu compte d'autres textes, comme l'article 174 du Code Civil, qui permet à certains collatéraux de former opposition au mariage d'un dément. Et elle n'a pas surtout tenu compte de l'argument fondamental qui est le suivant. Il y a, en effet, des considérations d'utilité sociale contre le mariage d'un interdit: les conséquences désastreuses de ce mariage, au point de vue de l'hérédité, ne peuvent être mises en doute. Il faut noter cependant que, dans l'exemple précédemment cité, l'hérédité étant acquise l'argument ne vaut plus. Mais supposons un interdit qui ait, au cours du mariage, des enfants, la réponse est la suivante; si on refuse à l'interdit de se marier, on l'empêchera d'avoir des enfants légitimes, on ne l'empêchera pas d'avoir des enfants naturels auxquels il pourra transmettre sa tare ou sa maladie.

Le tuteur peut avec l'autorisation du conseil de famille poursuivre la séparation de corps de l'interdit

Il est également d'autres actes pour lesquels des difficultés se sont présentées, mais qui ne font pas doute.

Il faut tout d'abord signaler l'article 307 du Code Civil , qui semble donner une solution assez singulière "Le tuteur de la personne judiciairement interdite, dit ce texte, dans son alinéa 2, peut avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête en séparation de corps et suivre l'instance à fin de séparation". Il semblait que la demande en séparation de corps eût un caractère tellement personnel que la représentation ne serait pas admise . Mais on a répondu que la séparation de corps pouvait être intentée dans l'intérêt de l'autre conjoint. Il est vrai qu'alors cet autre conjoint n'aurait qu'à la demander.

Quoi qu'il en soit, la séparation de corps est permise, mais non le divorce. Cette disposition permet donc au tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille, de poursuivre la séparation de corps de l'interdit.

Pour les actes concernant les biens la disposition de l'article 502 qui annule tous les actes de l'interdit

Source : BIU Cujas

Soit quant aux biens.

est appliquée d'une manière assez stricte par la jurisprudence.

La jurisprudence décide que l'interdit ne peut pas passer d'actes. Et tout de suite on pense au mariage. Quand on se marie on fait un contrat de mariage. Que décider pour le contrat de mariage de l'interdit ?

L'interdit peut passer un contrat de mariage si les stipulations de ce contrat rendent sa condition meilleure

La jurisprudence a admis en cette matière une solution qui est très équitable. L'interdit pourra, dans son contrat de mariage, passer toutes les conventions ou adopter toutes les conventions qui ne rendent pas sa situation plus mauvaise, et notamment il pourra prendre, dans le contrat de mariage, des mesures protectrices de ses intérêts. Le plus qu'il pourra faire c'est d'adopter le régime que la loi lui imposerait, dans son contrat de mariage, mais, si en outre, dans ce contrat de mariage, figurent d'autres règles protectrices, il faut en admettre la validité.

On a beaucoup discuté sur le point de savoir si une donation ou un testament pouvaient être faits par un interdit. Il faut décider que la formule de l'article 502 est très compréhensive; ce sont tous les actes émanant d'un interdit qui sont défendus, à titre gratuit comme à titre onéreux. Et il y a même plus car les actes qu'on a voulu interdire à l'interdit ce sont justement les actes à titre gratuit.

D'après M. Hémard et d'après la jurisprudence, il y a, en ce qui concerne l'interdiction, et par le fait seul de l'interdiction, une présomption d'insanité d'esprit absolue contre laquelle on ne peut aller, il y a une présomption beaucoup plus large qu'à l'égard du mineur non émancipé qui, lui aussi, a un tuteur.

L'interdit peut concourir avec le conseil de famille à l'établissement des conventions matrimoniales d'un de ses enfants

La loi a cependant rendu possibles certains actes déterminés.

Ainsi l'article 511 du Code Civil dit que "Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront règlées par un avis du conseil de famille homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur de la République". On ne dit pas que l'interdit intervienne ou non, mais il pourrait intervenir, une dot pourrait être constituée à l'enfant. Et les conventions matrimoniales pourront être établies avec le conseil de famille, par application de l'article 1309 relatif au mineur.

L'interdit est responsable de ses délits ou quasi-délits accomplis dans un intervalle lucide.

De même, on a étendu à l'interdit la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de l'article 1382 du Code Civil. L'interdit est responsable de ses délits ou de ses quasi -délits, pourvu, bien entendu, qu'ils aient été accomplis dans un intervalle lucide.

La nullité de tous les autres actes accomplis par

Source : BIU Cujas

Tous les autres actes sont, aux termes de l'art. 502 du Code Civil, nuls de droit.

l'interdit est établie par l'article 502 et, dès maintenant, il faut signaler la formule de ce texte "L'interdiction ou la nomination d'un conseil, dit ce texte, aura effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit ou sans l'assistance du conseil , seront nuls de droit". On a longtemps voulu en conclure qu'il s'agissait d'une nullité absolue. Mais on est ici en présence d'une mesure de protection; or, toutes les incapacités de protection sont sanctionnées par une nullité relative.

L'interdiction produit effet du jour du jugement.

L'article 502 parle de l'effet de l'interdiction à partir du jugement, donc tous les actes accomplis par l'interdit, postérieurement au jugement d'interdiction sont nuls de droit. L'interdit a cette qualité du jour du jugement et l'appel du jugement n'a pas d'effet suspensif, c'est-à-dire qu'il ne suspend pas l'exécution du jugement; à partir du jour du jugement l'incapacité existe. Et , à la suite de l'appel, un arrêt infirmatif est rendu, alors il faudra décider que, pendant une certaine période, l'individu aura été frappé de l'incapacité de l'interdit, car sa capacité ne reprendra qu'à partir de l'arrêt infirmatif.

Les actes antérieurs au jugement d'interdiction peuvent être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement au moment où l'acte a été passé.

Quant aux actes antérieurs au jugement d'interdiction, l'article 503 dit qu'ils peuvent être annulés "si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits". Pour l'interdit, cette disposition n'a pas un grand intérêt , mais elle en présente un grand, au contraire, pour le prodigue ou le faible d'esprit auxquels on arrive maintenant après avoir précisé que les actes antérieurs au jugement d'interdiction peuvent être annulés sous deux conditions

1) - Il faut une cause motivant l'interdiction au moment de la passation de l'acte.

2) - Il faut une cause notoire.

Avant l'interdiction il y a donc une période d'attente pendant laquelle les actes ne sont pas nécessairement nuls, mais peuvent être annulés.

b) Incapacité des faibles d'esprit et des prodigues

La seconde infirmité morale ou physique résulte de la faiblesse d'esprit ou de la prodigalité.

Ce que la loi entend par faible d'esprit.

Les faibles d'esprit ce sont ceux qui ne sont pas capables de se diriger, ceux qui sont dans un état qui n'est pas la démence, mais qui peut être une certaine "imbécillité", comme dit la loi. Ce sont des individus qui n'ont pas un état normal, ce sont des minus habens. Ces individus seront cependant traités comme les prodigues . Le faible d'esprit pourrait être interdit si sa

Source : BIU Cujas

faiblesse d'esprit était telle qu'il dissipe tout son patrimoine.

Ce qu'il faut entendre par prodigue

Mais il peut s'agir aussi d'un prodigue , c'est-à-dire de celui qui fait des dépenses exagérées et inutiles, en raison de sa fortune. En effet, celui qui n'attaque pas son capital n'est pas prodigue.

Les faibles d'esprit et les prodiges sont soumis au même régime légal.

Ces deux catégories d'individus sont soumises au même régime par la loi. Cependant, il existe deux textes dans le code civil : l'article 499 semble viser le faible d'esprit, l'article 513 vise le prodigue, mais ces deux textes reproduisent des solutions identiques. C'est pourquoi la jurisprudence tend à confondre de plus en plus ces deux situations, elle traite de la même manière le faible d'esprit, qui n'est pas interdit, et le prodigue.

Ces individus sont pourvus d'un conseil judiciaire

Il est donné à ces individus un conseil judiciaire. C'est une personne désignée par le tribunal qui est placée auprès de ces individus, pour les assister, en vue d'accomplir les actes plus ou moins grave de la vie civile.

Dès lors, le conseil judiciaire n'est pas un tuteur. C'est une sorte de curateur et, tout de suite, on pense à la situation du mineur émancipé . Le conseil judiciaire va intervenir, à côté du faible d'esprit ou du prodigue, mais c'est le faible d'esprit ou le prodigue qui agit.

Historique

Dans l'ancien droit où l'intérêt familial prédominait, les prodigues étaient frappés d'une entière incapacité, d'une mise en tutelle. Et il en est encore ainsi dans le Code civil allemand de 1900.

Le droit révolutionnaire avait supprimé cette interdiction du prodigue car il ne voyait, dans cette interdiction, qu'un moyen de fortifier l'aristocratie, il prétendait que c'était chez les aristocrates que la question de l'interdiction pouvait se poser pour les prodigues, et il ne voulait pas que l'interdiction pût les empêcher de se ruiner; d'ailleurs, disait-on, la prodigalité ne fait que déplacer la fortune nationale, elle ne la détruit pas.

Le code civil frappe ces personnes d'une demi-incapacité.

Le code civil se trouvait donc en présence de deux tendances, celle de l'ancien droit qui consacrait l'interdiction du prodigue, celle de la révolution qui reconnaissait la pleine capacité au prodigue. Le code civil a adopté une solution transactionnelle; il a consacré la demi-capacité du prodigue et du faible d'esprit.

Sa solution est très logique, Il ne frappe pas le faible d'esprit ou le prodigue d'une incapacité générale comme celle de l'individu dément, mais d'une incapacité proportionnée à la gravité de l'infirmité mentale

Source : BIU Cujas

Et ce serait une solution très heureuse si la demande de dation d'un conseil judiciaire ou l'interdiction n'intervenait pas quand l'individu est à peu près ruiné

Etendue de l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Cette personne conserve l'exercice d'un grand nombre de droits civils.

Mais en quoi consiste l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire: faible d'esprit ou prodigue ?

Cette personne conserve l'exercice d'un grand nombre de droits civils. Elle peut se marier, adopter, reconnaître un enfant naturel, elle a l'administration de ses biens, comme le mineur émancipé, elle est capable de tousles actes de pure administration, sans attacher à ce mot de "pure administration" un sens particulier, car, pure administration ou administration tout court, c'est tout un. Et en étudiant le patrimoine on examinera d'ailleurs ce que c'est qu'un acte d'administration.

Mais pour tous les actes relatifs aux biens qui ne sont pas des actes d'administration, elle doit être assistée de son conseil.

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire a une demi-capacité analogue à celle du mineur émancipé, mais pour tous les actes qui ne sont pas relatifs à la personne, pour tous les actes concernant les biens qui ne sont pas des actes d'administration, il doit être assisté de son conseil.

La jurisprudence a d'ailleurs appliqué d'une façon assez ingénieuse cette incapacité. Elle a élargi l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Et pour le montrer , voyons quels sont les actes pour lesquels l'individu pourvu d'un conseil judiciaire est incapable de par la loi (art. 499 et 513) tous actes pour lesquels l'incapacité a été étendue par la jurisprudence.

L'emprunt

D'abord, il est une incapacité qui est prévue par les articles 513 et 499 "Le faible d'esprit ne peut "plaider, transiger, emprunter". Voilà l'acte le plus grave pour le prodigue. L'emprunt doit être placé en tête des actes interdits, en raison de son danger, quel le que soit la forme sous laquelle il intervienne: billet ou autrement, quelle que soit l'importance de l'emprunt, même pour une faible somme, et quelle que soit le mode de remboursement, par exemple, même si l'emprunt doit être remboursé sur les revenus, même dans ce cas, l'emprunt est nul. Cependant, sur ce dernier point, on pourrait peut être trouver des décisions qui semblent admettre qu'il pourrait emprunter sur ses revenus (Chambre civile 15 Janvier 1908 - S 1909 - I- 357

Aliénation

Il ne peut pas, non plus, aliéner car, surtout s'il s'agit d'une aliénation à titre gratuit, c'est une opération dangereuse . Et ce mot d'aliénation, c'est dans un sens large qu'il faut l'entendre : tout acte qui dépasse l'acte d'administration doit être considéré comme un acte d'aliénation. Mais ici il y a de grandes difficultés car il y a des actes d'aliénation qui sont des actes d'administration. Voilà par

Source : BIU Cujas

exemple, la vente d'une récolte, c'est un acte d'aliénation, mais ce peut être aussi un acte d'administration De même, en est-il pour la vente d'objets qui sont susceptibles de dépérissement. Il faut donc faire rentrer dans les actes d'administration, même certains actes d'aliénation.

Hypothèque

La personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut donc aliéner, c'est-à-dire disposer à titre onéreux ou à titre gratuit. Elle ne peut pas non plus hypothèquer, car l'hypothèque est une aliénation indirecte.

Qu'il s'agisse de meubles, ou d'immeubles, peu importe, et l'aliénation ne peut même pas intervenir dans un acte pour lequel la personne pourvue d'un conseil judiciaire a pleine capacité : le contrat de mariage.

Réception d'un capital mobilier.

La personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut recevoir un capital mobilier ni en donner décharge. C'est cependant un acte d'administration, mais c'est pour cette personne un des actes les plus dangereux, car cette personne, quand il s'agit de recevoir de l'argent, peut avoir la tentation de considérer ce capital comme un revenu, et de le dépenser.

Instance en Justice.

Elle ne peut plaider, en demande ou en défense. Elle ne peut exercer d'action mobilière ou immobilière, tandis que le mineur émancipé peut exercer les actions mobilières et possessoires (art. 482 du Code Civil). Mais elle ne peut exercer même les actions personnelles et ceci paraît exagéré. Elle ne peut demander la séparation de corps, ou bien la nullité d'un mariage . C'est qu'en effet, surtout les prodigues, ont des tendances, processives c'est-à-dire qu'ils sont portés à faire des procès très risqués.

Seul l'exercice des actions purement conservatoires lui est permis.

Par exception la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut agir toutes les fois qu'il s'agit d'une action purement conservatoire ou elle peut encore exercer une action civile devant un tribunal répressif.

Transaction et compromis.

Mais elle ne peut ni transiger, ni compromettre

La jurisprudence a étendu l'incapacité des personnes pourvues d'un conseil judiciaire.

La seconde catégorie d'actes est celle pour lesquels la jurisprudence a étendu l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire.

La jurisprudence refuse au faible d'esprit et au prodigue la capacité de s'obliger . C'est dans le cas où cette capacité pourrait mener à une aliénation indirecte que la jurisprudence se montre particulièrement rigoureuse.

On a souvent protesté contre cette extension, en invoquant l'article 1123 du Code civil, que l'incapacité est l'exception et que pour qu'il y ait incapacité il faut un texte. Et on a cherché à expliquer d'une autre façon la règle de la jurisprudence.

Source : BIU Cujas

On peut, en effet, très bien admettre, comme pour le mineur émancipé, que tous les engagements excessifs pris par le prodigue ou le faible d'esprit doivent être considérés comme sans valeur. Mais il ne s'agit pas alors d'un acte absolument nul, mais d'un acte réductible, s'il est excessif . Ce n'est plus une action en nullité, qui est exercée, mais une action en réduction.

On a imaginé alors une autre idée, Celle de la fraude à la loi. Et les tribunaux ont volontiers pris pour base de leur décision cette solution, dans le cas où la nomination d'un conseil judiciaire ayant donné lieu à une instance, ayant duré un certain temps, jusqu'à la dation d'un conseil judiciaire, le prodigue ou le faible d'esprit a passé des actes d'emprunt qui l'ont ruiné. Il n'y a plus ici, comme pour l'interdit, un texte disant que les actes antérieurs à l'interdiction sont susceptibles d'annulation. Ici, l'acte antérieur à la dation du conseil judiciaire reste valable, et c'est justement pour pouvoir atteindre de tels actes, que la jurisprudence a imaginé sa théorie de fraude à la loi.

Le conseil judiciaire est une sorte de curateur

Le conseil judiciaire est une sorte de curateur ce n'est pas un tuteur . Il ne représente pas l'incapable, mais l'assiste.

Comparaison de la situation de la personne pourvue d'un conseil judiciaire avec celle du mineur émancipé.

On en vient naturellement à comparer la situation de la personne pourvue d'un conseil judiciaire, assistée de son conseil, à celle du mineur émancipé assisté de son curateur. Mais tout n'est pas ressemblance;tout n'est pas pareil dans ces deux situations.Le curateur en effet, a affaire à un mineur, c'est-à-dire à un individu qui n'a jamais eu sa pleine capacité, tandis que le conseil judiciaire a affaire à un individu qui a eu pleine capacitén à moins que le père de cet individu ne lui ait donné un conseil judiciaire, pour le jour où cesse sa minorité. D'autre part, pour le mineur émancipé, à côté du curateur, il y a un pouvoir de haute tutelle: le conseil de famille qui doit intervenir pour les actes importants. Au contraire, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, peut faire tous les actes avec l'assistance de son conseil judiciaire, sans l'intervention du conseil de famille.

Enfin, il y a des actes qui sont permis au mineur émancipé et qui ne sont pas permis à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. C'est le cas en ce qui concerne les actions mobilières et possessoires. L'article 482 les permet au mineur émancipé; au contraire, la loi ne les permet pas à la personne pourvue d'un conseil judiciaire (1).

(1) La situation de l'interdit légal étant surtout du ressort du droit pénal, renvoi aux Livres.

Source : BIU Cujas

Chapitre III

LE DOMICILE

Ce que c'est que le domicile.

Il faut que tout Français soit rattaché à un lieu déterminé du territoire français. Il faut qu'un individu puisse être trouvé quelque part. C'est ce siège de la personne qu'on appelle le domicile. Le domicile est le siège de la personnalité.

Le domicile est déterminé par la loi, dans les articles 102 et suivants du Code civil. Il ne dépend pas absolument de la volonté de l'individu. C'est ce qui le différencie de la simple résidence, et peut-être de l'habitation.

Différence entre le domicile la résidence et l'habitation

Le domicile est un lien de droit entre une personne et un lieu . La résidence est un lien de fait, c'est l'endroit où une personne vient fixer, pendant quelque temps, son habitation, et c'est pourquoi, en principe, l'habitation est une sorte de résidence. Mais il semble qu'entre l'habitation et la résidence il y ait lieu d'invoquer une différence de fait: la résidence a une durée plus longue que l'habitation. Mais, puisque le domicile est le siège de la personnalité, il ne faut pas qu'il puisse être changé librement, tandis qu'au contraire, on réside partout où on se trouve quelque temps; on change parconséquent de résidence à sa volonté. Il est possible d'avoir plusieurs résidences, on n'a qu'un domicile. Et ici apparaît le principe de l'unité du domicile, à côté du principe de la fixité du domicile. Il y a d'ailleurs des cas où une personne n'a jamais résidé dans le lieu où elle est domiciliée. Il se peut, qu'un fonctionnaire qui a un domicile légal à Paris réside en banlieue ou en province. Une absence prolongée ne fait pas perdre le domicile, elle modifie seulement la résidence. Et ici encore apparaît le principe de la fixité du domicile.

Les effets de la résidence

Enfin, on peut avoir des résidences variées, qui produisent des effets très différents, quoique restreints. La résidence prend de l'importance quand on n'arrive pas à déterminer d'une façon précise le domicile , car il n'est pas toujours facile de connaître le domicile d'une personne. Aussi la résidence , à certain points de vue, doit être considérée comme remplaçant le domicile.

1) - Elle remplace tout d'abord le domicile quand celui-ci est inconnu (art. 69 N° 8 du C. Pr. Civ.).

Source : BIU Cujas

2) - Elle le remplace encore , en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels, art. 389 § 13 du Code civil; en ce qui concerne les saisies-arrêts des petits salaires, art. 64 du Code Trav. et pour l'assistance médicale, loi du 14 Juillet 1905, art. 2 et 3.

D'autre part, la résidence produit certains effets en même temps que le domicile, en ce qui concerne le mariage, art. 73 et 74 du Code Civ.

La résidence enfin a des effets propres. D'après l'article 269 du Code Pénal, le vagabond est celui qui n'a pas de domicile certain. Et il ne s'agit pas là du domicile proprement dit, car on verra tout à l'heure que tout individu a un domicile, dès lors, il ne devrait plus pouvoir y avoir de vagabond. Mais le domicile certain qui manque au vagabond c'est la résidence, et la jurisprudence dit même que c'est la résidence réelle et effective.

Il existe, en réalité, à côté du domicile général un certain nombre de domiciles spéciaux.

Au fond, à côté du domicile général, on peut dire qu'il existe des domiciles spéciaux, qui n'ont qu'un intérêt limité, et on ne parle ici que du point de vue civil, en écartant le domicile politique, et le domicile fiscal. dont la détermination peut être importante, car selon qu'on habite une petite ou une grande ville, pour certains impôts, on a le droit d'obtenir une réduction de 4.000 frs dans certaines villes, de 6.000 frs dans d'autres, etc.

On laissera de côté aussi le domicile pour l'assistance médicale , qu'on appelle parfois le domicile de secours, et qui s'acquiert d'une façon spéciale.

On pourrait dire de même qu'il y a un domicile matrimonial , établi par certains articles du Code Civil qu'il y a un domicile au point de vue de l'élection de domicile, c'est-à-dire que tout individu peut élire son domicile où il le veut dans des conditions particulières, mais ce n'est pas là le domicile général, ce sont des domiciles spéciaux.

Utilité du domicile.

Quelle est, tout d'abord, l'utilité du domicile, et à partir de maintenant seul est visé le domicile général prévu par les articles 102 et suivants du C.C. L'utilité du domicile est considérable.

Le domicile a d'ailleurs des effets essentiels et des effets secondaires.

Les effets essentiels du domicile.
1)Chaque individu est présumé présent à son domicile

Les effets essentiels du domicile, c'est d'abord que la détermination du domicile fixe le lieu où doivent se faire les communications entre les individus . C'est là qu'on fera les citations en justice, c'est là qu'on saisira un individu, qu'on lui fera effectuer ses paiements, qu'on lui signifiera congé de son bail. Toutes ces communications se font au domicile de l'intéressé, qu'il y soit ou non présent, qu'il y ait ou non quel-

Source : BIU Cujas

qu'un pour recevoir la communication, qu'on le trouve ou non. Les communications qui sont parvenues à ce domicile général sont considérées comme ayant été reçues par l'intéressé. Il y a, par conséquent, une règle très importante en cette matière, qui est celle de la présomption de la présence effective de l'individu à son domicile. Et c'est à chaque personne à prendre des précautions pour que le domicile ne demeure pas fictif.

Mais cette présomption ne vaut que pour les actes judiciaires et extra-judiciaires. Elle ne vaut pas pour la formation des contrats. Voilà, par exemple, une personne qui reçoit à son domicile, une offre de contrat, Elle n'est pas présente, On lui a indiqué, dans l'offre que si elle ne répondait pas, dans un certain délai, elle serait déclarée acceptante. En laissant de côté la question de savoir si une pareille stipulation pourrait avoir effet, il convient de dire que le domicile n'a pas d'intérêt à cet égard. On n'est pas censé avoir pris connaissance de la promesse de contrat qui arrive au domicile, tandis qu'au contraire, on est censé avoir pris connaissance des actes judiciaires ou extra-judiciaires qui ont été communiqués au domicile

Il y a cependant une exception à cette règle en raison des rapports existant entre commerçants, mais ceci dépend encore de la question de formation du contrat, et il convient de la laisser de côté.

I- Le domicile détermine la compétence du tribunal

A un second point de vue, qui est encore essentiel, le domicile détermine la compétence du tribunal. Aux termes de l'art. 59 du C. Pr. Civ. en effet, le demandeur doit assigner devant le tribunal du défendeur. C'est une règle qu'on exprime par l'adage suivant : "Actor sequitur forum rei". Actor, c'est le demandeur, reus le défendeur.

B) Les effets secondaires du domicile

Le domicile a encore des effets secondaires, mais qui interviennent dans le droit international privé.

1)- Dans l'ancien droit le domicile déterminait la coutume applicable.

Dans l'ancien droit le domicile déterminait la coutume applicable, quand il y avait conflit entre les coutumes. Mais, de nos jours, on ne s'en tient plus à ce domicile pour fixer le statut personnel d'un individu. On s'en tient à la nationalité et on pourrait faire un rapprochement intéressant entre l'unité du domicile et l'unité de la nationalité. Les Anglo-Saxons d'ailleurs en sont encore à la compétence de la loi du domicile pour régler la nationalité.

Rôle du domicile en droit international

Et on peut noter encore, en ce qui concerne les rapports existants avec les Alsaciens-Lorrains devenus Français, en vertu de la loi du 24 Juin 1921 et du 1er Juin 1924, qu'on s'en tient plus, en ce qui concerne l'application de la loi, au criterium du domicile

Source : BIU Cujas

et par conséquent un Alsacien-Lorrain ayant son domicile en France sera soumis à la loi française et non à la loi locale.

Mais il y a d'autres effets secondaires très importants produits par le domicile.

2)-Le domicile est le lieu d'exercice d'un assez grand nombre de droits

D'abord, le domicile est le lieu d'exercice d'un assez grand nombre de droits. C'est à son domicile qu'on se marie, en principe, art. 165 du C.C. bien qu'il il puisse y avoir en cette matière des règles spéciales. C'est au domicile que l'art. 477 du C.C. se réfère pour déterminer les conditions de l'émancipation, et on verra les dispositions prises par l'art. 360 , à cet égard, en ce qui concerne l'adoption . L'adoption doit être faite devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, à moins, dit l'art. 360, qu'on ne se présente devant un notaire.

Il y a également des droits très nombreux qui sont attachés au domicile, comme le droit de servir de témoin, et il y a également des droits qui sont attachés au domicile en matière forestière.

3)-Le domicile est un lieu de publicité

Le domicile est un lieu de publicité. Quand il y a certaines mesures à prendre au sujet de la capacité d'un individu, c'est à son domicile que ces mesures doivent être prises. Et ici il faut songer aux modifications qui peuvent intervenir dans l'état d'une personne; jugement d'interdiction , art. 501 du C.C. nomination d'un conseil judiciaire, séparation de biens ou de corps. Dans tous ces cas, il y a lieu de se rapporter au domicile de l'intéressé. Et c'est aussi au domicile que s'opèrent certaines transcriptions intéressant l'état civil d'une personne.

4)-Il est un lieu de centralisation des intérêts pécuniaires

Enfin il y a, dans certains cas, une corrélation entre le domicile et les intérêts pécuniaires de l'individu. C'est au domicile du commerçant que la faillite est déclarée; c'est là que sont nommés les syndics ou les liquidateurs judiciaires, là que se feront les réunions de créanciers, etc.

Et l'art. 110 du C.C. dit que quand un individu est mort, le lieu où sa succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile.

Il est donc intéressant d'avoir un domicile pour pouvoir y centraliser tous les intérêts pécuniaires d'un individu.

Trois principes dominent en matière du domicile

Telle est l'utilité du domicile. On a vu ainsi apparaître trois principes qui dominent toute la matière du domicile: tout individu a un domicile, c'est le principe de la nécessité du domicile.- tout individu n'a qu'un domicile, et c'est le principe de l'unité et de la fixité du domicile. Etudions successivement ces deux idées et ces trois principes.

Source : BIU Cujas

1)Le principe de la nécessité du domicile

On distingue en cette matière :

Le principe de la nécessité du domicile est fixé par l'art. 102 du C.C. Le domicile de tout français quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.

Ainsi le principe est très simple : il y a un domicile qui est établi, pour tout français, par la loi, et il semblerait, puisque la loi parle du lieu du principal établissement, qu'on dût qualifier ce domicile de domicile légal, Au contraire, on le qualifie de domicile volontaire, et on lui oppose le domicile légal, qui est un domicile absolument imposé par la loi.

A) -Le domicile volontaire

Envisageons d'abord le domicile volontaire.

Il est au lieu du principal établissement

Tout français a un domicile au lieu de son principal établissement. Il est volontaire en ce sens qu'on peut changer de principal établissement. Il n'est pas volontaire en ce sens qu'on peut le changer arbitrairement, mais en ce sens qu'on peut modifier son principal établissement. Le lieu du principal établissement d'un individu, c'est le centre de ses affaires, c'est le lieu où sont réunis ses intérêts matériels ou moraux, c'est là où vit sa famille, où il paie des impôts. Tous ces éléments peuvent, en effet, contribuer à déterminer le domicile d'un individu.

Ce n'est pas nécessairement le plus important des établissements d'un individu, car il s'agit ici du domicile civil général et un commerçant peut avoir une usine beaucoup plus importante dans un lieu où il n'a pas son véritable domicile.

On comprendrait d'ailleurs qu'une distinction fût faite entre le domicile civil et le domicile commercial. La jurisprudence l'a faite surtout pour la femme mariée qui a son domicile civil au lieu du domicile conjugal, mais qui peut avoir son domicile commercial ailleurs.

De la définition du domicile, il résulte que le domicile se distingue de la résidence et de l'habitation. Un commerçant n'a qu'un domicile civil, il peut avoir plusieurs résidences et plusieurs habitations, Un commerçant a par exemple son principal établissement rue de la Paix à Paris, c'est son domicile; mais il a aussi une succursale sur les Grands boulevards; il réside aux environs de Paris et c'est là où il se trouve ordinairement, mais il peut passer l'hiver à Nice, il y a une habitation momentanée, même peut-être, une résidence si son séjour dure assez longtemps La résidence n'a pas une importance considérable par rapport à l'habitation, et il n'y a guère lieu de les distinguer. Cependant on a voulu le faire souvent car la résidence est prise en considération dans certains cas.

Source : BIU Cujas

Comment se détermine le lieu du principal établissement

Quant à savoir où est le principal établissement d'une personne, c'est une question de fait qui est soumise à l'approbation souveraine des tribunaux, et qui, par conséquent, ne devrait pas encourir la censure de la Cour de Cassation. Mais la Cour de Cassation a pris le soin de déterminer les conditions dans lesquelles il y aurait là une question de fait. C'est à propos du domicile apparent qu'elle s'est prononcée. Etant donné que le domicile est le lieu du principal établissement, quand un individu a plusieurs établissements, il n'est pas toujours facile de dire lequel est le principal, et si l'on veut assigner cet individu, et qu'on se trompe, si on l'assigne au lieu de son second établissement, la citation sera-t-elle annulée ? C'est ici qu'intervient la notion du domicile apparent. La Cour de Cassation a déclaré que quand une personne assignait devant ce qui apparaît comme le domicile d'un individu, la citation devait être considérée comme valable (Req. 5 Mai 1925, S. 1925. 1.316)

Toute personne a un domicile.

Mais toute personne a un domicile, L'art. 102 dit en effet : "Le domicile de tout Français". Est-ce qu'une personne pourrait ne pas avoir de domicile ? Il semble que non, en vertu de l'art. 102 du C.C.

Le C.C. ne parle nulle part de l'acquisition du domicile . Il parle du changement de domicile, mais ceci suppose qu'on en avait un antérieurement. Par conséquent, on a toujours un domicile.

Conséquences de ce principe:

On ne perd son domicile antérieur qu'à la condition d'en acquérir un nouveau

Il résulte de ce principe que, dans le cas de changement de domicile, on ne peut perdre le domicile qu'on avait antérieurement qu'à la condition d'acquérir un nouveau domicile . D'ailleurs toute personne a un domicile d'origine. L'art. 108 l'établit, on va le voir tout à l'heure.

Ce domicile, qui est normalement le domicile des parents pour l'enfant, on le conserve donc tant qu'on n'en a pas acquis un autre.

L'article 59 du C. Pr. Civ. n'infirme pas cette solution, pas plus que la théorie du domicile apparent de la Cour de Cassation. L'article 59 al. 1 du C.C. dit que si le défendeur a un procès et n'a pas de domicile, il est assigné devant le tribunal du lieu de sa résidence, On avait soutenu autrefois qu'il ne s'agissait pas des Français, car, en vertu de l'article 102, tout Français a son domicile au lieu de son principal établissement, mais la jurisprudence a fait remarquer, après la doctrine, que le domicile dont s'agissait dans l'article 59 al. 1 c'était le domicile connu : on assigne la personne qui n'a pas de domicile connu devant le tribunal de sa résidence, c'est une sorte de domicile apparent.

Source : BIU Cujas

Restent certaines hypothèses dans lesquelles on ne voit pas d'abord le domicile d'une personne.

Quid du domicile de l'enfant né de père et mère inconnu ?

Voici un enfant qui est né de père et mère inconnus. En principe, l'enfant est rattaché au domicile de ses parents. Lui refuser un domicile, c'est prétendre, qu'il n'a pas eu de père ni de mère, cependant si on ne les connaît pas , ils existent. De même, on ne connaît pas son domicile, il en a cependant un, qui est, en principe, celui de son père, par application de l' art. 108 du C.C. Son domicile ne sera connu que quand il y aura reconnaissance volontaire ou judiciaire du père ou de la mère.

ou de l'enfant dont les parents exercent une profession ambulante

Mais il peut s'agir également d'un enfant qui naît de parents qui n'ont pas de résidence fixe; ce sont des bohémiens, des comédiens, des forains, des colporteurs, etc. On attribuait autrefois à ces enfants le domicile d'un auteur plus ou moins éloigné, qui leur avait transmis un domicile, Le père du forain a, disait-on , un domicile, il n'a pas pu perdre de domicile de ses parents sans en acquérir un nouveau et l'enfant a le domicile deson grand-père, par l'intermédiaire de son père. Le domicile était ainsi transmis à plusieurs générations. En réalité, la situation se présente rarement de nos jours, car une loi du 16 Juillet 1912 a règlé l'exercice des professions ambulantes et règlementé la circulation des nomades français ou étrangers. Ces nomades français ou étrangers ne peuvent exercer leur profession ambulante en France qu'à charge de faire une déclaration dont récépissé leur est remis. Ils doivent déclarer s'ils ont un domicile fixe ou une résidence. Et, pour exercer leur profession, ils doivent avoir obtenue la délivrance d' un carnet d'identité, s'ils n'ont ni domicile, ni résidence en France.

Le domicile n'est pas lié à l'existence d'une maison

Il est à peine besoin de dire que le domicile n'est pas lié à l'existence d'une maison, bien que le domicile vienne de "domus". Il en résulte qu'une personne ayant son domicile à tel endroit, si sa maison vient à brûler, n'en conserve pas moins son domicile général au lieu où se trouvait cette habitation. Et un fonctionnaire à vie a son domicile où il exerce sa fonction, quoiqu'il n'y ait peut-être jamais habité.

Tel est le domicile volontaire? Voyons maintenant le domicile imposé par la loi : le domicile légal.

B)-Le domicile légal

Au fond il y a le domicile légal dans la majorité des cas, car c'est le domicile qui appartient aux enfants, à la femme mariée et à toutes les personnes qui sont sous la dépendance de quelqu'un.

Il comprend

Ce domicile imposé par la loi est quelquefois l'objet de distinctions. On distingue la personne qui

Source : BIU Cujas

a un domicile de dépendance et la personne qui a un domicile légal proprement dit. Le domicile légal proprement dit, c'est le domicile qui est imposé aux fonctionnaires, par domicile de dépendance on entend au contraire le domicile qui est imposé au mineur non émancipé à la femme mariée, à l'interdit, et à l'employé et aux gens de service.

Etudions donc tout d'abord le domicile de dépendance, puis on étudiera le domicile légal proprement dit concernant les fonctionnaires.

Le domicile de dépendance appartient d'abord au mineur non émancipé.

a)Le domicile de dépendance 1°)Le mineur non émancipé a son domicile chez son père ou chez son tuteur.

Le mineur non émancipé a un domicile d'origine, c'est le domicile de la plupart des français. Le père ou la mère le lui imposent, à moins qu'il n'ait un tuteur, alors son domicile est celui du tuteur. Dans le cas où l'enfant n'a plus qu'un parent, et où ce parent est le tuteur, il n'y a aucune difficulté; il continuera d'habiter chez son père, ce sera ce père qui administrera les biens , il est donc naturel que son domicile soit chez le père.

Quid du domicile de l'enfant naturel?

Mais il faut songer à l'enfant naturel, art. 108 du C.C. Il n'est l'objet d'aucune disposition, L'art. 108 n'a pas règlé sa situation, mais la pratique s'accorde très bien de cette absence de disposition. L'enfant naturel a pour domicile celui de ses parents qui l'a reconnu le premier, quand l'un des deux l'a reconnu Si tous les deux l'ont reconnu, c'est le domicile du père qui lui appartient. Ce n'est plus domicile imposé par la loi, c'est un domicile de pur fait qui est consacré par l'usage.

Si l'enfant a pour tuteur un établissement public un chef d'institution (car il n'a été reconnu par personne) il aura dans cet établissement, chez ce chef d'établissement son domicile, et il est important de le dire, ce domicile formant une sorte de domicile d'origine.

Le mineur enfin peut avoir un domicile différent qu'il faudra préciser quand les parents divorcent ou sont divorcés. On admet que le mineur a le domicile de celui qui a la garde et l'administration légale, loi de 1910.

L'enfant adoptif a son domicile chez l'adoptant.

L'enfant adoptif a son domicile chez l'adoptant

Mais le mineur émancipé, lui, a une demi-capacité et un domicile qui lui est propre, au moins quand il ne s'agit pas d'une émancipation par mariage de la femme, car la femme prend alors le domicile du mari.

2)La femme mariée a son domicile chez son mari.

En effet, la femme mariée a son domicile chez son mari. L'art. 108 l'indique. Et cela est naturel puisque d'après l'art. 214 du C.C. la femme a l'obligation d'

Source : BIU Cujas

habiter chez son mari. C'est là un effet de la puissance maritale.

Il y a à cet égard, à noter une exception en cas de séparation de corps. Bien que le mariage subsiste, la femme n'a plus son domicile chez son mari (art. 108 al.2) Cependant les significations qui doivent être faites à la femme séparée, art. 108, al. 3, en matière de question d'état, doivent être faites à la fois au domicile de la femme séparée de corps et au domicile du mari.

Il peut arriver que le mari soit interdit, D'ordinaire la femme conserve le domicile qu'avait le ménag avant l'interdiction, mais il se peut aussi que la femm soit commerçante, qu'elle ait acquis un domicile commercial distinct du domicile civil qui est le domicile conjugal.

3) L'interdit judiciaire a son domicile chez le tuteur

L'interdit judiciaire qui est mis en tutelle, doi être considéré comme ayant son domicile chez le tuteur, art. 108 du C.C. Il en résulte que si le mari est interdit, et si c'est la femme qui est son tuteur la femme conserve le domicile des époux et le domicile légal est toujours le domicile du ménage. Mais, si le mari a un tuteur autre que la femme, il est difficile d'admettre que celle-ci prenne domicile chez le tuteur du mari. On admet alors que le mari prend le domicile du tuteur, et que la femme garde le domicile antérieur du ménage.

4) Le domicile des employés et gens de service

Le dernier domicile de dépendance est le domicile des employés et des gens de service.

Ce domicile est peut-être moins un domicile de dépendance qu'un domicile d'emprunt. La loi suppose que l individu a abandonné son domicile pour vivre chez autru et emprunter le domicile de ce dernier.

Mais il faut trois conditions pour que ce domicil d'emprunt existe.

1° - Il faut qu'il s'agisse d'un domestique majeu Le mineur travaillant chez autrui conserve le domicile son père, au moins le mineur non émancipé; car puisque mineur émancipé peut avoir un domicile, il peut acquéri celui de son patron ou de son maître. L'article 109 n'écarte à cet égard que le mineur non émancipé qui n'a pa un domicile distinct.

2° - Il faut que le domestique majeur ou mineur émancipé ait un service continuel chez son maître ou patron Il faut un service permanent chez autrui. Donner l'hospitalité à une personne qui travaille pour son compte ne suffit pas à créer le domicile dont s'agit.

3° - Il faut qu'il s'agisse enfin d'un domestique majeur ou mineur émancipé ayant une commune habitation avec son maître. Les conditions de l'habitation doivent être les mêmes que celles du patron. Par conséquent, le

Source : BIU Cujas

domicile du maître n'est pas attribué au régisseur habitant une maison qui appartient à son patron, si le patron ne réside pas tant à la campagne qu'à la ville.

b)Le domicile légal proprement dit.

Laissant de côté le domicile des déportés qui vise une situation exceptionnelle, il faut en arriver au domicile légal proprement dit, qui est celui des fonctionnaires.

L'art. 106 du C.C. dit que "Le citoyen appelé à une fonction publique, temporaire ou révocable, conservera le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire," Raisonnant à contrario on dit que le citoyen appelé à une fonction publique perpétuelle et irrévocable a son domicile au lieu de l'exercice de sa fonction.

Il est attribué aux fonctionnaires nommés à vie

Il faut donc une fonction à vie qui est, en réalité, une fonction perpétuelle et irrévocable. Perpétuelle, cela ne veut pas dire qu'un fonctionnaire doit être nommé pour jusqu'à la fin de ses jours. Une fonction perpétuelle quand elle est déférée pour un temps indéfini, n'ayant d'autre limite que la limite d'âge. Par suite, il faut considérer comme étant à cet égard des fonctionnaires ayant une fonction perpétuelle, des magistrats, les procureurs et les notaires qui doivent obtenir l'investiture du gouvernement.

A ces fonctions perpétuelles, on oppose les fonctions temporaires des membres des Chambres, députés ou sénateurs, puisqu'il n'y a plus, de nos jours, de sénateurs inamovibles.

et irrévocables

La fonction doit être, d'autre part, irrévocable, c'est-à-dire que le gouvernement ne doit pouvoir la retirer arbitrairement, il en est ainsi pour les magistrats de la magistrature assise, par opposition aux magistrats debouts, les membres de la cour d'appel, des tribunaux, de la Cour de Cassation, sont des magistrats qui exercent des fonctions irrévocables. Et en dehors des magistrats, il faut citer encore les notaires. Au contraire, sont des fonctionnaires révocables les préfets, les magistrats appartenant à la magistrature debout, les procureurs généraux, le procureur de la république, les substituts ou avocats généraux, et, dans notre droit, le juge de paix est également révocable.

Il faut donc la réunion de ces deux conditions: fonction perpétuelle et fonction irrévocable. Signalons que la question a fait des difficultés en ce qui concerne les membres de l'enseignement supérieur (Cass. 15 Mai 1885 S. 86.1.183).

Ces deux conditions sont donc nécessaires pour que les fonctionnaires à vie aient leur domicile où ils doivent exercer leurs fonctions, même s'ils ne résident pas à cet endroit.

Source : BIU Cujas

Notons qu'il pourrait y avoir conflit de domicile entre le domicile du maître et le domicile du mari par exemple en ce qui concerne une femme domestique.

D'autre part, et c'est la seconde idée, toute personne n'a qu'un domicile, c'est à la fois le principe de la fixité et de l'unité du domicile.

II - Le principe de l'unité du domicile

Voyons d'abord le principe de l'unité du domicile. Le C.C. a voulu imposer l'unité du domicile. L'art. 102 le montre, car il n'y a qu'un principal établissement pour un individu . On ne le connaît pas toujours exactement, mais il existe, et l'art. 103 le suppose en disant que le changement de domicile ne s'opère que dans certaines conditions. On ne peut acquérir un nouveau domicile qu'en perdant l'ancien. Cela ne veut pas dire d'ailleurs qu'il n'y ait pas plusieurs domiciles spéciaux pour un individu, qu'il n'y ait pas un domicile matrimonial, ou un autre domicile, et qu'un individu ne puisse pas élire domicile dans des endroits très différents.

C'est que, poussée à l'extrême, en effet, la règle de l'unité du domicile aurait pu avoir des inconvénients. C'est pourquoi aussi la loi a permis le changement de domicile.

III-Le principe de la fixité du domicile

Mais ici intervient un autre principe : le changement de domicile doit avoir lieu dans des conditions bien déterminées, pour assurer la fixité du domicile.

Cas dans lesquels il peut y avoir changement de domicile.

Le changement de domicile se produit dès que intervient un fait qui modifie ce domicile . C'est ainsi qu'une jeune fille perd le domicile de ses parents en se mariant, pour acquérir le domicile de son mari; le fonctionnaire qui avait un domicile d'origine le perd à partir de sa prestation de serment, quand il devient fonctionnaire à vie, pour acquérir un domicile légal.

Mais il peut y avoir changement volontaire de domicile. L'art. 103 du C.C. pose à cet égard deux conditions : une condition de fait, l'établissement de l'habitation réelle dans une nouvelle localité, une condition supplémentaire d'intention de fixer son domicile dans la nouvelle localité.

Cette disposition de la loi pourrait faire croire que le changement de domicile dépend absolument de l'individu , que c'est une question de choix. Il suffirait alors qu'une personne manifeste l'intention de changer de domicile pour qu'il y ait changement de domicile. Mais l'intention de changer de domicile n'est prise en considération que quand il y a une fixation réelle du domicile dans un autre lieu.

Mais comment prouver le changement de domicile Le chagement d'habitation est facile à prouver, mais comment prouver l'intention de changer de domicile ? Il

Source : BIU Cujas

y a ici un élément psychologique d'une preuve qui semble difficile, et l'art. 104 a cru devoir préciser la preuve de cette intention. "La preuve de cette intention résultera, dit le texte, d'une déclaration expresse faite, tant à la municipalité du lieu que l'on quittera, qu'à celle du lieu où l'on aura transféré son domicile". Ce n'est que la reproduction d'une disposition du droit intermédiaire. Mais il faut reconnaître que cette disposition est restée sans application. Et aussi bien la loi l'avait prévu, puisque dans l'art. 105 elle déclare qu'à défaut de déclaration expresse la preuve de l'intention dépendra des circonstances. Dans la réalité, la preuve de l'intention dépend toujours des circonstances. Il faut savoir si l'individu a bien voulu adopter une nouvelle localité comme son principal établissement. Il faudra tenir compte de toutes les circonstances, comme le déplacement de son industrie, de son commerce, de son habitation, le paiement de ses contributions personnelles ou de l'impôt sur le revenu, on tiendra compte de tous les éléments, par exemple comme l'a dit la Cour de cassation en 1925 du fait que l'individu a accepté les débats au sujet d'un procès, au lieu où il avait reçu une assignation, devant le tribunal du lieu où il avait reçu l'assignation.

Il n'y a guère de difficulté, en fait, en ce qui concerne le changement de domicile. La difficulté est beaucoup plus grande en ce qui concerne le moment du changement, l'époque à laquelle le changement s'est réalisé;

Tout ceci est conforme à l'idée que tout le monde a un seul domicile fixe.

Exception au principe de l'unité du domicile

Ce principe de l'unité de domicile, il y a des exceptions très importantes qui résultent de la possibilité d'élire plusieurs domiciles. Certes, ce n'est pas le seul cas où un individu peut avoir plusieurs domiciles, il y a des individus qui peuvent conserver un ancien domicile, en apparence, et avoir un autre domicile réel, mais c'est surtout à propos des domiciles élus que la pluralité de domicile apparaît.

L'élection de domicile

La jurisprudence admet que le domicile spécial élu peut être différent du domicile général, et surtout l'art. 111 du C.C. permet d'élire domicile dans un lieu déterminé pour l'exécution d'un acte, pour les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte. Il y a même des cas où un domicile élu est imposé par la loi. On verra un de ces cas dans l'article 176 du C.C. : Quand on fait opposition au mariage d'une personne, il faut élire domicile dans certaines conditions. Enfin, on peut citer le cas encore plus pratique de

Source : BIU Cujas

l'inscription hypothécaire, art. 2148 du C.C. n° 1.

Les domiciles élus sont des domiciles qu'on choisit. On peut élire un domicile où l'on veut, même au domicile qui vous appartient.

Effets de l'élection de domicile.

L'élection de domicile attribue compétence au tribunal du lieu indiqué. Elle indique le lieu où tous les actes concernant une personne, pour un objet déterminé, doivent être envoyés ou communiqués. Enfin, dernier effet très important de l'élection de domicile, quand elle a lieu chez un officier ministériel, chez un notaire notamment (notons que l'élection de domicile a lieu dans l'étude du notaire, et non pas chez le notaire, de sorte que si le notaire disparaît l'élection demeure) on considère que cette élection de domicile vaut mandat à la personne chez qui le domicile est élu de recevoir toutes les communications.

Mais les cas d'élection de domicile les plus fréquents sont ceux qui concernent les personnes morales, sociétés d'assurances, compagnies de chemins de fer, qui exercent leur activité sociale dans toute la France Si on leur appliquait le domicile général, elles devraient toutes être assignées devant le tribunal de la Seine, ou tout au moins presque toutes, Il en résulterait un encombrement considérable des tribunaux de la Seine. C'est pourquoi la jurisprudence a admis que les personnes morales telles que les grandes sociétés pouvaient avoir leur domicile ailleurs qu'au lieu de leur siège social. Et pour les compagnies de chemins de fer, la jurisprudence a invoqué la théorie des "gares principales", c'est-à-dire que ces compagnies ont leur domicile au lieu des grandes gares, où il y a un certain centre et un contentieux. On pourra, par conséquent, assigner la compagnie au lieu de ces grandes gares, et cette décision n'a pas été prise dans l'intérêt des personnes morales en question. Cette théorie a été adoptée dans l'intérêt de tous les justiciables, notamment des victimes d'accident. Celles-ci peuvent attaquer la compagnie de chemin de fer, au lieu de la gare principale, sans venir à Paris, Pour les sociétés il y a lieu de considérer que le domicile élu par ces sociétés est le lieu de leur principale succursale.

Titre III

L ' ABSENCE

Ce que c'est que l'absence Distinction de la non pré-

Quand une personne n'est pas à son domicile, sans qu'on ait des doutes sur son existence, on dit qu'elle est non présente. Quand, au contraire, cette personne qu'on n'a pu trouver a son domicile, dans un lieu déter

Source : BIU Cujas

sence et de l'absence

minié, laisse des doutes sur son sort, sur sa vie même on dit qu'elle est absente. Et la différence entre la non présence et l'absence est facile à faire.

La distinction de la non présence et de l'absence doit être faite car l'art. 840 du C.C. , par exemple, distingue très nettement le non présent et l'absent. On n'a à étudier ici que l'absence.

L'absence a des causes nombreuses

La question de savoir si une personne est absente est rendue difficile en raison de ce qu'il peut y avoir beaucoup de causes qui peuvent amener l'absence? Il y a souvent des doutes, beaucoup de personnes disparaissent sans qu'on ait de leurs nouvelles, en cas surtout de naufrage, d'incendies. Ainsi lors de l'incendie de l'Opéra-Comique, toutes les personnes qui étaient à Paris et n'avaient pas donné de leurs nouvelles étaient considérées comme ayant disparu dans cet incendie. Il peut en être de même en cas d'accident de montagne, et surtout en cas de guerre.

Il faut après la disparition de ces personnes, déterminer quels sont leurs droits, ce que deviennent les droits, car si elles étaient vraiment mortes, leur succession serait ouverte et des conséquences nombreuses en découleraient.

Les questions que soulève l'absence.

Quand l'absence se prolonge, il se forme une présomption de décès de plus en plus forte, mais elle ne suffit pas pour que la succession s'ouvre, pour que la communauté soit dissoute.

La présomption de décès va donc en augmentant à mesure que l'absence se fait plus longue. Si l'absent était vraiment décédé tout se règlerait, puisqu'il ne l'est pas, que fera-t-on ? Est-il juste, quand le décès est probable, sans être certain, que tous les droits qui appartenaient à l'absent soient paralysés ? Et ce n'est pas seulement son intérêt qui est en jeu. Son intérêt est tout d'abord certainement en jeu car les biens de l'absent vont-ils être délaissés et dépérir ? Mais c'est aussi l'intérêt de sa famille. Sa femme notamment sera-t-elle obligée de rester dans les liens du mariage pendant des années ? Le régime matrimonial va-t-il subsister malgré tout ? Et c'est aussi l'intérêt des enfants : qui consentira à leur mariage? Enfin, c'est l'intérêt des tiers, les créanciers pourront-ils agir contre les biens de l'absent, et si l'absent est associé dans une société quelconque, faudra-t-il maintenir la société tant que durera l'absence? Or si l'absent était décédé, la société, au moins s'il s'agit d'une société de personnes, aurait été dissoute.

Pour règler ces diverses questions, il

Pour donner satisfaction à ces différents intérêts il y a deux systèmes : le système de la déclaration de mort, et le système de la déclaration d'absence. Le

Source : BIU Cujas

existe deux systèmes différents : Le système de la déclaration de décès

premier consiste en ceci qu'après un certain temps de disparition, qui varie d'ailleurs selon les circonstances, qui est, dans certaines législations de 10 ans, et seulement de 5 ans à l'égard des individus disparus alors qu'ils avaient plus de 70 ans, de 3 ans seulement quand la disparition intervient dans une guerre, et même encore moins en cas de naufrage, il pourra y avoir une déclaration judiciaire de décès, tout se passant comme si l'individu était mort. L'individu présumé décédé ne sera plus marié, ses biens seront dévolus, la succession ira à ses héritiers, Cette présomption de mort est d'ailleurs une présomption simple qui ne vaut que jusqu'à preuve contraire. Mais tout se passera comme si l'absent ou la personne qui n'est pas là était réellement mort, même quand on n'aura pas la preuve de sa mort réelle.

Ce qui est incertain, en effet, c'est le décès . Et c'est pourquoi, bien que ce système ait été adopté par la législation allemande, la législation suisse a pris un système intermédiaire.

Et le système de la déclaration d'absence

Le système de la déclaration d'absence est le système français. Ce système est certainement plus juste. Il est plus logique, mais il a l'inconvénient de n'arriver que très tard à un règlement définitif de la situation, surtout que les délais qu'on applique encore, et qui sont les délais du Code civil sont des délais du temps des diligences, alors cependant que les disparitions donnent lieu à des constatations beaucoup plus fréquentes et rapides qu'autrefois, avec le téléphone, le télégraphe , etc..

Ce système de la déclaration d'absence repose sur cette idée qu'il ne doit y avoir de déclaration de décès que quand le décès est à peu près certain . Mais alors, quand le décès est à peu près certain, il n'y a plus d'absence? Donc, quand il n'y aura pas décès à peu près prouvé, on aura recours à la déclaration d'absence

Le code civil suisse avait à choisir entre la déclaration d'absence et la déclaration de décès. Il admet une déclaration judiciaire de décès beaucoup plus facilement qu'en droit français, mais il admet aussi une déclaration d'absence dans des conditions conformes aux données modernes, un an après le danger de mort (art. 34 et 35 du Code civil suisse) Et la déclaration d'absence est inscrite alors au registre des décès.

Le système français

Il nous faut aussi simplement expose ici le régime de l'absence, en droit français.

Cette théorie de l'absence a perdu en partie son importance en raison de la facilité des communications. Avec les pays les plus éloignés nous avons, par toutes les voies : chemins de fer, avions, téléphone, télégraphe

Source : BIU Cujas

des communications possibles. En ce qui concerne les délais cependant on en est resté au temps des diligences à 1804. Ils ne répondent certainement plus aux besoins actuels et ils présentent surtout de grands inconvénients en ce qui concerne le conjoint de l'absent, dont le mariage est maintenu, et dont le régime matrimonial subsiste.

L'absence d'ailleurs n'est pas une présomption de décès, elle est considérée comme une période incertaine entre la vie et la mort; elle n'admet qu'un règlement provisoire de la situation, mais l'incertitude se déplace à mesure que l'absence se prolonge. Tandis que, dans la première période, les chances de vie sont beaucoup plus grandes que les chances de mort, dans la seconde période, l'équilibre est rétabli, puis, dans la troisième période enfin, les chances de mort l'emportent sur les chances de vie.

Mais il ne faudrait pas juger le droit français sur les seuls textes du droit civil relatifs à l'absence. Il n'est pas douteux que les articles 112 et suivants du code civil ont vieilli, mais ils ont été rendus acceptables, parce que des exceptions diverses ont été apportées au régime de l'absence.

Il y a d'ailleurs des cas où on admet le système de la déclaration de décès, et il y a des cas où la déclaration d'absence est admise, après l'expiration d'un délai plus réduit que celui du code civil.

I) Il est des cas dans lesquels, exceptionnellement il y a déclaration de décès

Il y a tout d'abord des cas dans lesquels il y a déclaration de décès.

a) Sinistre dans une mine

Il en est ainsi en vertu des articles 18 et 19 du décret du 3 Janvier 1813, en cas de sinistre survenu dans une mine. Un procès-verbal de l'accident est dressé et il est annexé au registre de l'état civil. On sait que tels et tels ouvriers mineurs sont descendus dans la mine; on ne les retrouve pas un procès-verbal est dressé, c'est une déclaration de décès. Et ce procès-verbal est inscrit sur les registres de l'état civil.

b) Naufrage

D'autre part, en cas de naufrage, les articles 87 à 92 du code civil révisés par une loi du 8 Juin 1893, décident qu'il sera dressé un procès-verbal de disparition par l'autorité investie, à bord du navire, du rôle d'officier de l'état civil. Et si pareil acte n'a pu être établi, comme c'est le cas quand le bâtiment a été perdu corps et biens; ou bien quand l'autorité chargée de rédiger ce procès-verbal a disparu du navire, le ministre de la marine, après une enquête administrative, rend une décision qui déclare la perte du navire ou plus exactement la présomption de perte du navire, ou la disparition de tout ou partie

Source : BIU Cujas

de l'équipage qu'il comporte. Un jugement collectif de disparition pourra être prononcé, par le tribunal du port d'armement, ou du lieu de la disparition, et ce jugement est inscrit sur les registres de l'état civil.

Telles sont les deux exceptions qui établissent, dans notre droit, une déclaration de décès, la seconde seule pouvant être une déclaration judiciaire.

II. Les cas dans lesquels exceptionnellement la loi admet une déclaration rapide d'absence ou même de décès. Ces cas se rapportent tous à la guerre

Mais il y a, d'autre part, une déclaration rapide d'absence ou même de décès dans des cas qui se rattachent tous à la guerre.

Une loi du 13 Janvier I8I7 sur les moyens de constater la disparition des militaires de I792 à I8I5 permettait la preuve judiciaire du décès quand les registres avaient été irrégulièrement tenus aux armées ou dans les communes. Etsi les registres avaient été tenus régulièrement, cette loi disait, qu'après un délai d'absence de 2 ans, on pourrait avoir recours à la déclaration d'absence.

Cette loi a été remise en vigueur par la loi du 9 Août I87I, pour les français ayant appartenu aux armées de terre et de mer, disparus du 18 juillet I870 au 3I mai I87I.

A la suite de la guerre de I9I4-I9I9, est intervenu une loi, la loi du 25 Juin I9I9, relative aux militaires, marins et civils disparus pendant la durée des hostilités. Cette loi était nécessaire car, au lendemain de la guerre, on comptait 3000 officiers et 3II.000 militaires disparus. L'absence peut être déclarée en ce qui les concerne si, plus d'un an s'est écoulé sans aucune nouvelle du disparu, depuis la date des hostilités, c'est-à-dire depuis le 23 Octobre I9I9. Le jugement de déclaration d'absence ne peut d'ailleurs intervenir qu'après une publication au journal officiel de la demande de déclaration d'absence. L'envoi en possession provisoire sera alors effectué, et le tribunal peut réduire le délai d'envoi en possession définitif de l'article I29 du C.C. à 5 ans. Mais, au lieu de la procédure de la déclaration d'absence, la loi du 25 juin I9I9 permet une déclaration judiciaire de décès quand la disparition a été constatée et résulte d'un fait de guerre. Le jugement peut constater le décès et fixer la date du décès.

En cas de retour, on applique les dispositions du code civil en cas de retour de l'absent, mais puisqu'il est intervenu un jugement déclaratif de décès, il faudra le faire annuler.

III. Le système de droit commun concernant l(absence

Il convient d'examiner mainfenant le système de l'absence prévu par les articles II2 et suivants du C.C.

Il faut distinguer 3 périodes pendant les-

Source : BIU Cujas

Il comporte 3 périodes

quelles les présomptions vont se modifier.

I) La période de la présomption d'absence

2) La période de déclaration d'absence avec l'envoi en possession provisoire.

3) La période de l'envoi en possession définitif.

A) La période de présomption d'absence

Examinons tout d'abord la première période celle de la présomption d'absence.

Les questions qui peuvent se poser en cas d'absence d'une personne

Des doutes sérieux s'élèvent sur l'existence d'une personne. Elle a quitté son domicile, elle n'y est pas revenue. Il peut y avoir lieu de s'occuper des intérêts de cette personne. La présomption de vie l'emporte sur la présomption de mort. Des mesures doivent être prises pour protéger tous les intérêts en présence, mais ce vont être des mesures conservatoires. Il n'en faudra pas moins régler des questions très importantes.

D'abord, comment protéger les biens de l'absent et ses enfants mineurs. Quand une succession ou un droit éventuel appartient à cet absent, et que ce droit vient à s'ouvrir, succession ou droit éventuel, à qui va-t-on attribuer la succession ? L'absent a disparu le Ier Janvier, le père de l'absent est mort le Ier Juillet, qui va hériter ? Telles sont les trois questions qu'il faut examiner en ce qui concerne la présomption d'absence.

I) Il faut protéger les biens de l'absent

D'abord il faut protéger les biens de l'absent. C'est ce que montre l'art. II2 du C.C. On s'adressera, pour cela, au tribunal, qui devra régler les questions suivantes: Il devra définir si on est bien en présence d'une personne présumée absente, puis il aura à fixer l'époque à laquelle remonte l'incertitude sur la vie, à rechercher s'il y a nécessité à intervenir pour l'administration des biens, enfin il aura à décider des mesures à prendre. Il peut s'agir d'une mesure spéciale conservatoire, mais il peut s'agir aussi d'un ensemble de mesures qu'il faut prendre pour assurer la gestion du patrimoine de l'absent.

A cet effet les personnes intéressées doivent saisir le tribunal du lieu du dernier domicile de l'absent

Mais quelles sont les personnes qui ont le droit d'intervenir ainsi, qui peuvent venir demander que les biens de l'absent soient gérés et administrés ? Ce sont tous ceux qui ont un intérêt actuel ou même éventuel. Or, ceux qui ont un intérêt éventuel ce sont les héritiers, en dehors d'un testament, ceux qu'on appelle les héritiers naturels, en faisant allusion seulement par cette expression à ceux qui sont donnés par la nature, ce seront les héritiers testamentaires, ou les légataires, ce seront aussi les donataires de biens à venir, dans le cas où la donation de biens à venir est possible. Toutes ces per-

Source : BIU Cujas

sonnes ont un intérêt éventuel ceux qui ont un intérêt actuel ce sont essentiellement le conjoint, les créanciers, le nu propriétaire, si la personne absente était usufruitière, car si elle était vraiment décédée la pleine propriété lui reviendrait et ce sont encore les donataires quand, dans la donation, il y a une clause de retour possible au donateur.

Il se peut que la personne absente ait laissé un mandataire un "procureur fondé" comme dit la loi c'est-à-dire quelqu'un qui a une procuration générale, qui est un fondé de pouvoirs de l'absent.

Il est incontestable que si le disparu a pourvu lui-même à l'administration de ses biens, avant de partir, c'est vraisemblablement qu'il avait prévu une longue absence, les tribunaux admettront moins facilement leur intervention et la loi aussi exige des délais plus longs.

Mais il se peut que des difficultés s'élèvent sur la détermination du tribunal compétent. Le tribunal compétent, c'est le tribunal du dernier domicile de l'absent. Ainsi le tribunal sera saisi par les personnes intéressées. Il aura à examiner les trois questions qui ont été indiquées et il prendra les mesures nécessaires à la protection des biens.

2) Il faut protéger les enfants mineurs de l'absent

Quant à la protection des enfants mineurs, il faut aussi veiller à leur garde, à leur entretien, et à leurs biens s'ils en ont. Rien n'est plus facile quand la mère est là. Elle obtient les droits du père qui passent sur sa tête. La loi le dit d'une façon formelle, dans l'article I41. Il le fallait d'ailleurs, car tant que le père n'est pas décédé, tant qu'il est dans un état de vie incertain, la mère n'obtient pas les droits qu'avait le père.

Mais si le père était veuf, et si les enfants se trouvent seuls, est-ce qu'on va procéder immédiatement à des mesures de protection de leurs intérêts ? L'article I42 décide qu'on devra alors réunir un conseil de famille et ce conseil de famille déférera une tutelle provisoire aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire. La loi emploie le mot de surveillance et non celui de tutelle, mais par là elle veut dire tutelle (art. I49 du C.C.).

3) Il faut régler la dévolution des successions échues à l'absent

La dévolution des successions échues à la personne de l'absent est réglée par la loi d'une façon véritablement assez singulière.

Il faut songer aux droits éventuels qu'avait la personne absente. Si ces droits viennent à se préciser, s'il était héritier éventuel et qu'il devienne héritier depuis son absence, comment vont se régler le sort des successions ? On pourrait penser, et c'est la

A cet égard l'absent est

Source : BIU Cujas

considéré exceptionnellement comme décédé

solution qui semblerait la plus logique, que partout où est appelé l'absent comme héritier, ses droits seront représentés par une personne agissant en son nom. Mais telle n'est pas la solution du code civil. Il tient ici l'individu pour décédé et il attribue la succession qui devrait lui échoir à l'héritier qui aurait été appelé en son absence. Ainsi ici la loi française n'estime plus l'absent vivant; elle le considère comme mort, car si elle l'avait considéré comme vivant, elle lui aurait attribué sa part d'héritier (art. I36 du C.C.) et ce sont alors ses cohéritiers qui ont les droits et qui l'écartent.

Conséquences de cette conception

Or cette dévolution de la succession est faite, non pas à titre provisoire, mais à titre de propriété, sauf restitution éventuelle. Et l'intérêt est considérable à le dire. En effet, s'il y avait eu une attribution provisoire de la succession à l'héritier, celui-ci aurait été considéré comme un dépositaire, comme l'envoyé en possession provisoire de ces biens. Il en serait résulté que, n'étant que des dépositaires, les héritiers n'auraient pu vendre les biens, qu'ils ne pourraient en disposer, ils seraient tenus d'en restituer les fruits et les intérêts. L'art. I37 y ajoute enfin une autre conséquence; s'ils étaient dépositaires, ils ne pourraient acquérir par prescription les biens dévolus; or, au contraire, ils sont appelés à titre de propriétaires, il n'ont pas à restituer les fruits ils peuvent aliéner, sauf restitution, et ils peuvent acquérir les biens par prescription.

Il convenait de signaler cette situation spéciale dans laquelle, au point de vue des successions dévolues, au point de vue des droits éventuels qui viennent se fixer sur sa tête et devenir actuels, l'absent est présumé décédé (art. I35 du C.C.). Cet article se trouve dans une section intitulée "Effets de l'absence relativement aux droits éventuels".

B) La période de la déclaration d'absence:

La seconde période, en matière d'absence, c'est celle de la déclaration d'absence. Des années se sont écoulées, mais la disparition subsiste. On n'a pas eu de nouvelles de l'absent. On ne tient pas compte d'ailleurs du moment où l'incertitude a commencé mais de la disparition du moment où on n'a plus été sûr de son existence, où il est parti, pour calculer le délai. Mais, naturellement, quand l'absent donne de ses nouvelles, c'est des dernières nouvelles de l'absent que date la disparition.

Dans cette période les présomptions de vie et de mort

Dans cette période les présomptions de vie et de mort s'équilibrent.

Un jugement va intervenir: le présumé absent sera déclaré absent et il sera procédé à un envoi en

Source : BIU Cujas

s'équilibrent.

Le jugement de déclaration d'absence transforme l'état de fait en un état de droit.

possession provisoire de ses biens, au profit de ceux qui y auraient droit si le décès était prouvé. C'est un jugement de déclaration d'absence qui va transformer une situation, un état de fait en un état de droit. La présomption d'absence n'était pas un état de droit, c'était une situation créée par les nécessités pratiques, et on prenait des mesures conservatoires ou provisoires au fur et à mesure des besoins.

Les délais requis pour la déclaration d'absence

La procédure qui aboutit à une déclaration d'absence, à un jugement de déclaration d'absence, ne peut être intentée qu'après un certain délai, à la suite de la disparition. La loi admet deux sortes de délais: un délai de droit commun dans l'article 115 du C.C. qui est de 4 ans et un délai exceptionnel de 10 ans, dans l'article 121, quand l'absent a laissé un procurateur fondé, c'est-à-dire a donné, avant de partir, une procuration à une personne. Cette différence de délai s'explique parce fait que quand il y a un mandataire les biens de l'absent ne sont pas en souffrance. Et ce délai s'applique même si la procuration n'a été donnée que pour une période déterminée: on admet que le mandat ne se continue pas en fait. Mais la raison principale c'est le fait, de la part du disparu, d'avoir ainsi donné une procuration, d'avoir, en somme, par ses précautions, indiqué qu'il avait projeté une absence prolongée, de sorte que l'incertitude sur son sort est beaucoup moins complète que quand il n'a laissé aucune précaution. Ainsi donc la loi admet un délai beaucoup plus long quand il y a eu une telle procuration (art. 121 du C.C.).

Le point de départ du délai:

Le point de départ de ce délai semblerait devoir être le moment des dernières nouvelles de l'absent. Mais il se pourrait qu'à ce moment l'absent fut déjà mort. Aussi place-t-on le point de départ du délai, non pas au moment où on reçoit les dernières nouvelles, mais quand l'absent a écrit la lettre ou le télégramme donnant ses dernières nouvelles.

Les personnes qui peuvent demander la déclaration d'absence ce sont les parties intéressées

Les personnes qui peuvent demander la déclaration d'absence ce sont, d'après l'article 115 " les parties intéressées". Il faut se demander si ce sont toutes les personnes qui ont été indiquées comme pouvant requérir une mesure en vue de la conservation des biens de l'absent. Or bien qu'au fond la même expression se retrouve dans les articles 112 et 115, les "parties intéressées doivent être, dans les deux cas, tout à fait différentes. Et c'est là une occasion pour montrerque deux textes très voisins peuvent employer un même mot, dans des sens différents. On le verra encore à propos de l'expression parties intéressées, mais il y a sur tout une expression qui change

Source : BIU Cujas

avec les textes, c'est celle de "tiers". De même, dans les articles II2 et II5 les mêmes termes sont employés, mais avec des sens différents.

que faut-il entendre par là? Les créanciers n'ont pas le droit de demander la déclaration d'absence:

La raison en est que très certainement les créanciers ont intérêt à faire établir la présomption d'absence, mais ils n'ont aucun intérêt à l'établissement de la déclaration d'absence. Et s'il y avait un danger on leur permet de demander un procureur, un curateur. Mais ils n'ont pas le droit de demander la déclaration d'absence.

Donc les créanciers qui sont parties intéressées à demander la présomption d'absence, ne sont pas parties intéressées pour demander la déclaration d'absence.

Le ministère public n'a pas le droit de demander d'office la déclaration d'absence

Et on décide que le ministère public qui peut faire procéder à certaines mesures, notamment pour les enfants mineurs, pour faire établir la présomption d'absence, n'a pas le droit d'intervenir d'office, c'est-à-dire sans que son action soit justifiée par une autre partie intéressée, pour faire prononcer la déclaration d'absence. Le ministère public est, en effet, le défenseur des intérêts de l'absent il est le contradicteur légitime à la déclaration d'absence. Or l'absent peut avoir intérêt à ce qu'on se préoccupe de ses biens, par l'établissement de la présomption d'absence; il peut avoir intérêt à ce qu'on se préoccupe de ses enfants, par l'effet de la présomption d'absence, mais il n'a pas intérêt à ce qu'on le déclare absent.

D'après l'article II5 du C.C. les parties intéressées à la déclaration d'absence ce sont le conjoint de l'absent et ses héritiers éventuels.

L'article II5 du code civil ne comprend, en effet, à la différence de l'article II2 qui est beaucoup plus large, par parties intéressées, que le conjoint de l'absent, et ceux qui réclameront les biens de l'absent, au cas où son décès serait prouvé c'est-à-dire ses héritiers éventuels.

La procédure de la déclaration d'absence

La déclaration d'absence est prononcée, au cours d'une procédure intentée contre le ministère public qui est le contradicteur légitime de la déclaration d'absence. Le tribunal compétent est celui du dernier domicile de l'absent. Il doit rendre un premier jugement préparatoire (art. II6 du C.C.) . Une publication est faite pour faire connaître la demande de déclaration d'absence, cette publication est faite au journal officiel. Un délai d'au moins un an doit s'écouler à partir du jugement provisoire, pour qu'on puisse rendre un jugement définitif en matière d'absence (art. II9 du C.C.) de sorte que la déclaration d'absence ne pourra être obtenue que 5 ou 11 ans après les dernières nouvelles envisagées dans leur point de départ (art. II5 et I2I du C.C.).

Effets de la déclara-

La déclaration d'absence produit des effets

Source : BIU Cujas

tion d'absence: Quant aux personnes Ils sont très réduits

quant aux biens surtout.

Quant aux personnes, la déclaration d'absence a un effet très réduit. Le mariage subsiste, et, en principe, le régime matrimonial subsiste également, sauf quelques réserves.

La déclaration d'absence ne permet pas au conjoint survivant de se remarier, sauf à voir si l'état d'absence, au moins dans certaines conditions, ne peut être considéré comme une injure grave, donnant la possibilité à l'époux restant de demander le divorce.

Quant aux biens Il y a envoi en possession provisoire des biens de l'absent

Quant aux biens, la déclaration d'absence produit des effets très intéressants, même en ce qui concerne le régime matrimonial. Il y a envoi en possession provisoire des biens de l'absent. Ce sont ceux qui auraient eu le droit si l'absent avait été décédé de venir à sa succession qui sont appelés, mais l'absent n'est pas présumé décédé. On ne sait pas, en effet, s'il est vivant ou mort aussi cherche-t-on à conserver le patrimoine de l'absent. Et, en cette matière, on se place toujours à la même époque: le départ des dernières nouvelles.

Les envoyés en possession provisoire ne sont que des dépositaires des biens de l'absent

Mais ici c'est la solution contraire à celle qui est appliquée aux successions recueillies par l'absent qui a été adoptée: les envoyés en possession provisoire ne sont pas des propriétaires, mais des dépositaires obligés à restitution éventuelle (article I25 du C.C.). C'est un dépôt à charge de restitution. Et il va s'en suivre des conséquences importantes.

Conséquences de cette idée en ce qui concerne la prescription

Parce qu'il ne s'agit que d'un dépôt, les envoyés en possession provisoire ne doivent pas pouvoir prescrire. Au moment du jugement d'envoi en possession provisoire, la loi prend d'ailleurs des mesures pour assurer la restitution éventuelle. Elle exige un inventaire des biens (art. I26 du C.C.) et elle demande aux envoyés en possession provisoire de fournir une caution Le tribunal a même le droit d'ordonner la vente des meubles, des objets appartenant au déclaré absent, s'ils sont susceptibles de dépérissement. Ce sont là autant de conséquences qui résultent ce qu'une restitution éventuelle est imposée aux envoyés en possession à titre provisoire.

Les actes d'aliénation

Ces envoyés en possession provisoire étant des dépositaires, n'ont pas le droit de traiter les biens de l'absent comme leur appartenant; ils sont de simples administrateurs du patrimoine d'autrui (article I25 in fine).

Cette question des pouvoirs des envoyés en possession provisoire ne s'élève que quand l'absent reparait. Si l'absent ne reparait pas, ou si on a la preuve de son décès les envoyés ont pu se comporter comme des

Source : BIU Cujas

propriétaires , et s'ils ont aliéné les biens ils n'auront rien à rendre. Les envoyés en possession provisoire ne peuvent, s'il s'agit de réparer un bien par exemple faire que des actes permis à l'administrateur des biens d'autrui, ils ne peuvent faire que des actes d'administration ils ne peuvent aliéner. On définira d'ailleurs l'acte d'administration en étudiant le patrimoine.

La perception des fruits et revenus

En ce qui concerne les fruits et revenus, les biens de l'absent, rigoureusement, les envoyés en possession provisoire, en tant que dépositaires, que gardiens des immeubles appartenant à l'absent, devraient les restituer à l'absent, si celui-ci reparait. Par fruits et revenus on entend l'excédent des recettes sur les dépenses de gestion des biens de l'absent. Rigoureusement, cet excédent formant le bénéfice, devrait être restitué à l'absent ou à ses héritiers, le jour où l'absent reparait, ou le jour ou son décès est certain. Mais, plus l'absence se prolonge, et plus l'envoyé en possession provisoire se croit propriétaire. Il finit par considérer les biens qu'il administre comme lui appartenant. Et la loi a considéré qu'il était juste de lui attribuer une part des revenus d'autant plus large, que l'absence a été plus longue. L'article I27 du code civil admet, à cet égard, 3 quotités différentes, représentant la part des envoyés en possession provisoire sur les revenus des biens de l'absent. Si la durée de l'absence est inférieure à 15 ans, l'envoyé en possession garde les 4/5:il ne doit rendre, par conséquent, que I/5. Si la durée de l'absence a été de 15 à 30 ans, il ne doit restituer que I/IO. Et si l'absence a duré plus de 30 ans, l'envoyé en possession provisoire garde tous les fruits. Cette solution est très juste.

Comment peut se terminer l'envoi en possession provisoire

L'envoi en possession provisoire peut avoir comme conclusionl'attribution des biens aux héritiers, conformément au droit commun, par suite de la preuve acquise du décès de l'absent. Et alors, naturellement, les envoyés en possession provisoire sont les héritiers. Mais il pourrait en être autrement si la date du décès est bien fixée, et si ceux qui étaient héritiers quand la déclaration d'absence a été prononcée et ont été envoyés en possession provisoire, ne sont plus héritiers au jour du décès de l'absent.

Mais il se peut aussi que l'envoi en possession provisoire n'ait plus de raison d'être parce que l'absent reparait. Il faut alors lui restituer les biens dans les conditions indiquées.

Enfin une troisième solution est possible. L'envoi en possession a duré assez longtemps pour qu'on arrive à la période de l'envoi en possession définitif.

Mais il convient de parler auparavant du droit

Source : BIU Cujas

Remarque: en cas d'absence le conjoint présent peut opter pour la dissolution ou pour la continuation de la communauté

du conjoint qui a été laissé de côté en ce qui concerne les biens. D'après l'article I24 du code civil, il y a, en cas d'absence, et lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, la faculté d'option. L'époux de l'absent peut opter pour la liquidation provisoire de la communauté ou pour la continuation de cette communauté ce qui est le plus souvent un obstacle à l'envoi en possession.

c) La période de l'envoi en possession définitif

La troisième période est celle de l'envoi en possession définitif. Dans cette période, les présomptions de décès l'emportent sur les présomptions de vie. Et le caractère de l'envoi en possession s'en trouve modifié: il va être consolidé; de provisoire il va devenir définitif. D'un dépôt il va devenir un droit de propriété.

Les présomptions de décès l'emportent sur les présomptions de vie

Mais, malgré tout, bien qu'il y ait un droit de propriété, la situation va être pareille à celle qui se réalise pour le présumé absent quant aux successions qui devraient lui appartenir: elles sont dévolues aux autres héritiers, mais à charge de restitution s'il reparait. Ici cet envoi en possession n'est pas définitif puisqu'il y a une sorte de révocation possible au profit de l'absent, s'il reparait, ou au profit de ses héritiers si la preuve de son décès est rapportée. Il n'y a pas en effet dans l'envoi en possession définitif, une sorte de déclaration de décès. La déclaration d'absence est seulement prononcée.

Conditions requises pour que l'envoi en possession définitif des biens de l'absent puisse être demandé:

D'après l'article I29 du C.C. si la déclaration d'absence est prononcée depuis 30 ans, l'envoi en possession définitif peut encore être demandé ou l'envoi en possession définitif peut encore être demandé si l'absent est âgé de plus de 100 ans.

Effets de l'envoi en possession définitif.

Depuis 30 ans, il y a envoi en possession provisoire, c'est le cas le plus fréquent et le délai part du jour de la déclaration d'absence, même si l'envoi en possession n'a été demandé que par la suite.

Quant aux personnes.

Mais si l'envoi en possession fait présumer le décès, quant à la dévolution des biens, il n'en est pas de même quant au mariage. Même dans cette période le mariage subsiste même si l'absent a plus de 100 ans révolus le mariage subsiste.

Quant aux biens.

Au contraire en ce qui concerne les biens la présomption de décès résulte de l'envoi en possession définitif. Ce n'est certes pas une présomption absolue de décès de l'absent, mais c'est une présomption relative, c'est plutôt, même une probabilité de décès.

Les envoyés en possession définitive sont des propriétaires. Les cautions qu'ils avaient pu présenter, fournir, à titre d'envoyés en possession

Source : BIU Cujas

provisoire, sont déchargées, aucune limitation de pouvoir ne leur est imposée ,tous les actes leur sont permis. L'envoyé en possession provisoire fait les fruits siens,c'est-à-dire qu'il les acquiert;enfin,il peut prescrire la propriété des biens de l'absent.

Comment l'envoi en possession définitive peut prendre fin

Cette situation peut encore durer, mais l'envoi en possession définitif ne trouvera plus que deux solutions: le retour de l'absent, ou la preuve de son décès.

En cas de retour de l'absent ou de preuve de son existence à un moment donné, il faudra que ses biens soient restitués, que le prix des biens vendus par les envoyés en possession définitive (qui pouvaient se considérer comme propriétaires) soit restitué, ou qu'ils restituent les biens acquis avec le produit des biens vendus. Il doit donc y avoir une restitution, en cas de retour de l'absent, comme dans les cas où on a la preuve de son existence.

Mais on peut également avoir la preuve du décès de l'absent. Il y a alors lieu à dévolution de la succession, et les héritiers, au jour du décès présumé peuvent ne pas être les mêmes que les envoyés en possession provisoire et les envoyés en possession définitive.

Enfin, s'il n'y a aucune preuve ni du décès de l'absent, ni de son existence, on restera toujours dans la situation de l'envoi en possession définitif.

Titre IV

LES PERSONNES MORALES

La notion de personnalité morale poursuit un triple but

A côté des personnes physiques, il faut placer les personnes civiles, juridiques ou personnes morales. Par ces expressions, on cherche à expliquer un fait juridique. La personnalité morale c'est, en effet, la reconnaissance de droits et d'obligations à la charge de sujets qui ne semblent pas être des personnes physiques. C'est une institution qui tend à expliquer qu'il y ait des propriétaires, en dehors des personnes physiques, qu'il y ait des intérêts communs, à côté des intérêts personnels, individuels, des personnes physiques et que ces intérêts communs des personnes physiques soient soumis à un régime uniforme.

Dès lors il faut avoir présent à l'esprit ce triple but que poursuit la théorie de la personnalité morale: d'abord la personnalité morale a pour but de faire apparaître un propriétaire, un représentantd'une masse de biens ou d'intérêts, et ce propriétaire va avoir des droits analogues à ceux d'un propriétaire individuel; et puisqu'il a des droits il a des obligations.

Source : BIU Cujas

Donc, tout d'abord, la personnalité morale créé un organisme. D'autre part, en second lieu, la théorie de la personnalité morale vise à séparer les intérêts collectifs des intérêts individuels, notamment à dégager un patrimoine commun, distinct du patrimoine des membres. Et à ce second point de vue, la personnalité morale créé un patrimoine. Enfin la personnalité morale a pour but d'assurer, surtout l'administration des intérêts collectifs, pour permettre que le patrimoine de ce groupement, de la personne morale, soit géré, en vue du but que poursuit la personne morale. Et à ce troisième point de vue, la personnalité morale créé une gestion indépendante.

Tel est le triple but de la personnalité morale, résumé en trois mots: un organisme, un patrimoine, une gestion.

Toutes les théories qui ont été présentées pour expliquer l'existence de la personnalité morale cherchent à satisfaire à ces 3 buts

De nombreuses théories ont été présentées pour expliquer l'existence de la personnalité morale. Il faut en rappeler l'essence car après tout, cette matière domine tout le droit civil, mais c'est une matière encore plus importance en droit public, car c'est là qu'apparaissent les personnes morales les plus considérables comme les états, et les diverses circonscriptions administratives.

Ces théories cherchent toutes à donner satisfaction aux trois buts indiqués. On reconnait qu'il faut donner satisfaction à ce triple intérêt, à cette indépendance de l'organisme, du patrimoine, et de la gestion. On reconnait l'utilité d'une théorie de la personnalité morale. Or pour les pragmatistes, c'est en reconnaitre la vérité.

Il faut même aller plus loin: cette théorie est nécessaire et tous les auteurs ont dû prendre parti.

Il y a, en réalité, trois théories principales de la personnalité morale

Or il y a surtout 3 théories essentielles auxquelles on peut rattacher l'explication de la personnalité morale:

I) La théorie de la fiction
2) La théorie de la réalité
3) La théorie de la propriété collective.

I) La théorie de la fiction

La personnalité morale, dit la première théorie, est une fiction. La personne physique est seule une réalité. La personne morale n'est rien de plus qu'une fiction. La fiction consiste en ce que un groupement, une association, par exemple, aura une vie indépendante de celle de ses membres, un patrimoine indépendant, une gestion indépendante, et c'est par une fiction qu'on fait vivre cette personne morale comme une personne physique.

Elle a été imaginée par les canonistes

Cette théorie a été imaginée par les canonistes. Elle a été présentée surtout par Savigny qui l'a

Source : BIU Cujas

nistes Son principal représentant est Savigny

complétée et Savigny prétendait la trouver en droit romain. Mais, en réalité, les Romains ne l'ont pas connue. On parlait, certes, à Rome, de "collegia", on disait bien qu'il y avait là des groupements agissant à l'instar des personnes, mais on ne voulait pas en faire de personnes.

Partant de l'idée qu'il n'y a pas de droit sans sujet, Savigny prétendait que, quand on se trouvait en présence de groupements auxquels il fallait reconnaître des droits, puisqu'on ne trouvait pas, comme sujets, des personnes physiques, il fallait trouver des personnes morales.

De nos jours, on fait un peu différemment quand on dit qu'il n'y a qu'une sorte de propriété qui suppose nécessairement une personne, puisqu'on ne découvre pas de telles personnes, sous ces groupements, il faut bien créer une personne. On méconnait ainsi l'existence d'une propriété collective. On voit une masse de biens et, pour la soumettre à une seule propriété commune, la propriété individuelle, on créé une personne fictive.

Conséquences de cette théorie

Mais cette théorie de la fiction entraîne des conséquences très importantes.

I) La loi seule peut créer des personnes morales

D'abord, comme il s'agit d'une fiction, et comme la fiction est quelque chose de faux, comme la fiction est un mensonge, puisqu'il faut réputer exister ce qui n'existe pas, il en résulte que la loi seule pourra créer des personnes fictives. Admettre la théorie de la fiction c'est faire, en effet, peser sur la création des personnes morales l'autorité de l'Etat, de la loi. La personnalité morale ne pourra résulter que d'une conception de la loi, d'une autorisation préalable car on ne créé par la fiction à volonté, il n'y a que le législateur qui puisse le faire.

Dès lors, pour qu'il y ait une personne morale, il faut que la loi l'ait reconnue. On a voulu que, par avance, la loi fasse une reconnaissance de la personnalité morale, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas nécessairement une autorisation pour chaque cas déterminé; mais que la loi détermine seulement les conditions dans lesquelles il y aura personnalité morale. Ainsi, en matière de société, quand on sera en présence d'une société commerciale établie entre particuliers, on devra dire, si cette société est constituée conformément à la loi, que la loi lui reconnait la personnalité morale.

Mais ceci n'en a pas moins influencé toute la législation du I9ème siècle. En effet, le grave question de la personnalité morale c'est la question des associations.

2) Il y a séparation

Source : BIU Cujas

entre le droit à l'existence et le droit à la personnalité juridique.

Et on est arrivé à une seconde conséquence de l'idée de fiction. On établit une séparation entre le droit àl'existence et le droit à la personnalité juridique. La personnalité n'étant qu'une fiction, n'ayant rien de réel, ne s'incarnant pas dans un fait matériel, il faut une autorisation qui la crée, il faut une autorisation qui l'habilite. Les associations autorisées, en tant qu'associations, n'existent que comme réunion de personnes, elles n'ont pas encore la personnalité. Les personnes réunies sont alors considérées comme des copropriétaires. Et dès lors il y a tous les inconvénients de la co-propriété, consistant en ce que le mauvais vouloir d'un copropriétaire peut compromettre les intérêts des autres membres du groupement.

Il faut donc deux autorisations pour arriver à la pleine capacité pour une personne morale. Ces deux autorisations interviendront successivement. Il faudra d'abord une autorisation, appelant l'association à l'existence, avant que puisse lui être conférée la capacité juridique. Il y a au point de vue juridique une séparation entre le droit à l'existence et le droit au patrimoine.

Une autre idée venant de l'ancien droit a influé considérablement pour faire admettre cette séparation des deux idées: c'est celle de la main morte. Déjà, dans l'ancien droit, le pouvoir royal craignait l'accumulation des biens immeubles, les immeubles étant à cette époque l'élément important de la fortune. Dans l'ancien droit, les biens de main morte étaient redoutés et ils l'ont été au 19ème siècle par le législateur, sous tous les régimes. Une association ayant une fortune considérable, et de nos jours une fortune mobilière comme immobilière, ne peut-elle, en effet, constituer un danger pour l'Etat.

Mais ici il faut écarter le danger de la main morte qu'il ne faut plus exagérer de nos jours, car, d'une part, l'Etat a certainement le droit de surveiller les groupements entre les mains desquelles se trouvent les biens de main morte, puis l'Etat porte, à l'existence de ces biens, un grand intérêt fiscal. Sans doute, les biens de main morte s'ils doivent rester de longues années entre les mains d'un même groupement, ne paieront pas ces innombrables droits que les individus paient, et qui sont les droits de mutation par décès, notamment, mais on a trouvé un moyen de frapper quand même ces biens par des impôts qui remplacent les droits de mutation: c'est la taxe de main morte.

Il faut donc laisser de côté la question de la main morte, et par conséquent il ne subsiste de cette conséquence que le côté juridique, savoir que dans la

Source : BIU Cujas

théorie de la fiction, il faut deux autorisations pour arriver à la personnalité morale.

3) La capacité de la personne morale est limitée par le principe de la spécialité

D'un autre côté, puisque la personnalité morale est une fiction, la loi qui créé les personnes fictives limite leur capacité. c'est le principe de la spécialité des personnes morales. Les personnes morales sont créées par la loi dans un but spécial et déterminé, et leur capacité se mesure au but à atteindre. Il y a là une différence fondamentale avec les personnes physiques. Pour les personnes physiques, la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Pour les personnes morales, au contraire, c'est l'incapacité qui est la règle. Elles ont une capacité exceptionnelle. Leur capacité n'existe que dans la mesure de leur but. Prenons, par exemple, la loi de 1884 sur les syndicats professionnels: elle déclare que toutes les opérations qui dépasseront le cadre des intérêts professionnels ne pourront être faites par les syndicats.

4) Là où il n'y a pas de personnalité morale les biens sont vacants et sans maitre.

Enfin, dernière conséquence; là où il n'y a pas de personnalité, il ne faut pas admettre qu'il y ait une copropriété des différents membres du groupement, là où il n'y a pas de personnalité morale, les biens sont vacants et sans maître.

Critique de cette théorie de la fiction. Elle est inexacte.

La théorie de la fiction légale soulève de graves objections; elle est inexacte ,dangereuse et insuffisante.

Elle est tout d'abord inexacte car on ne peut considérer la personne morale comme un être purement artificiel, créé uniquement par la loi. La meilleure preuve en est que, dans toutes les législations, la création de personnes morales s'est imposée au législateur; la personnalité morale est nécessaire, il faut la reconnaître. Le législateur n'est pas libre de l'adopter ou de la rejeter, il doit l'admettre s'il ne veut pas paralyser l'activité économique. L'association, dès qu'elle existe, est un fait, une réalité,même si la loi ne lui reconnaît pas la personnalité morale. Dès que la vie juridique d'un peuple s'est développée, la personnalité morale est reconnue. La personnalité morale doit donc être admise.

Le fondement de la personnalité morale n'est pas dans l'omnipotence de la loi, mais dans la volonté des personnes physiques , car il n'y a de bénéficiaires des droits que les personnes physiques.

Elle est dangereuse

En second lieu, la théorie de la fiction est dangereuse parce que, en consacrant l'omnipotence de la loi, elle laisse place à l'arbitraire du législateur. Elle laisse croire au législateur qu'il a tout pouvoir, et il est arrivé que le législateur ait abusé de son pouvoir pour refuser l'institution de personnes morales,

Source : BIU Cujas

là où il aurait dû justement en créer. Le législateur peut, en effet, à certaines époques, se refuser à reconnaître les personnes morales.

Et le grand danger est justement la quatrième conséquence qui a été indiquée.

La théorie de la fiction admet que, quand il n'y a pas personnalité morale, il y a biens vacants et sans maitre, attribués à l'Etat. Est-ce que l'Etat n'aura pas intérêt alors à décider, par la loi, que beaucoup de personnes morales ne seront pas reconnues?

Elle est insuffisante

Enfin, le système de la fiction est insuffisant. On comprend parfaitement que la loi crée des personnes morales qui soient des subdivisions de l'Etat, qu'elle reconnaisse des personnes morales privées comme les syndicats professionnels, mais l'Etat est-ce la loi qui a pu l'investir de la personnalité morale ? Ainsi donc le système de la fiction n'arrive pas à expliquer la personnalité morale de l'Etat.

II) La théorie de la réalité

Aussi, par une réaction contre les abus de la théorie de la personnalité morale fiction, et en reconnaissant que, dans cette théorie, il y a des choses vraies, notamment le principe de la spécialité, on a soutenu que la personnalité morale était une réalité.

Pour le soutenir, on est parti de deux idées: beaucoup d'auteurs estiment que la personne morale est un être collectif réel, capable de volonté et d'activité. Elle n'est pas une fiction, elle ne peut être une fiction. Les fictions ont pu avoir leur utilité dans le droit romain formaliste, mais là où il n'y a plus de formalisme, les fictions perdent leur utilité et la personnalité, dit-on, se reconnaît, qu'elle soit physique ou morale, à la volonté. Il y a, à côté des volontés individuelles qui ont pour but de répondre aux intérêts particuliers, une volonté collective, aussi réelle que la volonté individuelle. La personne morale est donc une personne réelle, c'est un véritable sujet de droit. Cette théorie fait, en somme , de la personnalité morale, une question de volonté.

Elle a été acceptée en France par M. Hauriou et M. Mestre. Et elle est encore défendue.

Cette théorie a été adoptée en France par M. Hauriou notamment critique de cette théorie

Mais, au fond, cette volonté collective c'est l'ensemble des volontés individuelles dirigées vers un but commun. Il suffit ici d'avoir une volonté pour constituer un être distinct. On crée, à côté de la volonté individuelle, une volonté collective qui permet d'être sujet de droit, de reconnaître une personne morale. Quant à savoir ce que c'est exactement que cette volonté collective, il est difficile de le dire car est-ce que c'est une volonté collective absolument indépendante de la volonté des individus qui compose le groupement ?

Source : BIU Cujas

Evidemment non. Est-ce la somme des volontés individuelles ? Mais comment passer des volontés individuelles à la volonté collective ?

Conséquences de la théorie de la réalité

Cette théorie, précisément s'oppose, sauf en ce qui concerne le principe de la spécialité qui est admis par tous, à la théorie de la fiction.

I) La loi constate la personnalité morale mais ne la créé pas.

D'abord la loi ne créé pas la personnalité morale: elle la reconnaît. La personnalité morale est antérieure à la loi, la loi la constate mais elle ne la créé pas. La loi peut se refuser à la reconnaître, elle n'en existe pas moins. Et même si la loi ne la reconnaissait pas elle pourrait produire des effets juridiques, certainement limités, mais bien réels.

2) La personnalité est un élément de fait de l'association.

En second lieu, la séparation entre le droit à l'existence et le droit à la capacité ne doit pas exister. La personnalité est un des éléments de fait de l'association, du groupement.

Ainsi ces deux premières conséquences de cette théorie de la réalité sont toutes différentes de celles de la théorie de la fiction. La dernière est toute différente aussi, puisque l'association est une réalité même . Si elle n'a pas la personnalité morale, l'Etat ne peut mettre la main sur les biens lui appartenant: ce ne sont pas des biens vacants et sans maitre.

3) Les biens d'une association non reconnue par l'Etat ne sont pas des biens vacants et sans maître

Critique de cette théorie

Cette théorie repose, au fond, sur la confusion de la notion d'être et de personnalité. Quand on parle de l'existence réelle de ces personnes il ne faut pas se tromper: on ne veut pas dire que les personnes morales soient analogues aux personnes physiques. Bien que la société ait un domicile, une nationalité on ne l'a jamais vue se promener. Il s'agit d'une existence différente de la conception courante de la personnalité objective. Ce qu'on veut dire, en réalité, c'est que le groupement peut être sujet de droit: on parle de l'existence subjective. En outre, la volonté ne suffit pas pour dire qu'une personne est sujet de droit. Ainsi, les enfants en bas âge et les aliénés n'ont pas de volonté; cependant ce sont des personnes.

La volonté collective est une fiction

D'ailleurs, en allant au fond des choses, peut-on dire que la masse des volontés individuelles représentées, à la suite d'un vote, par la majorité, forme une volonté collective, absolument indépendante ? On dit que c'est le faisceau des volontés individuelles, mais comment expliquer le passage des volontés individuelles à la volonté collective ? Et la volonté ne suffit pas à caractériser la personnalité, il suffit de penser ici aux enfants en bas âge ou aux aliénés. La volonté est toujours individuelle, mais elle vise tantôt des intérêts individuels, et tantôt des intérêts collectifs. Si une personne était généralement soumise à l'action

Source : BIU Cujas

d'un ensemble de volontés individuelles, on comprendrait qu'elle ne le fût qu'à une volonté individuelle.

On a essayé de parer à cette objection par la théorie du patrimoine d'affectation

Au fond, est-ce que la personne morale réelle n'aboutit pas à une fiction ? Cette volonté individuelle n'est-elle pas une fiction ? C'est pourquoi, au lieu d'expliquer la personne morale réalité par une personne, par une volonté d'autrui, on dit qu'il y a certes une réalité, mais qu'elle n'est pas dans les personnes, mais qu'elle est dans les choses. Il n'y a pas de personnes, et c'est par un abus de langage qu'on parle de personnalité morale. La réalité réside, non dans le groupe, dans une personne morale analogue à des personnes physiques, mais dans la possession d'un patrimoine, dans des biens. Ce qu'il y a, c'est moins une personne, sujet de droits, qu'une chose titulaire de droits. C'est la conception qui a été traduite sous le nom de patrimoine d'affectation. La théorie de la réalité était, en fait, fictive, c'était quelque chose de compliqué. Elle explique cependant quelque chose de très simple; cette volonté collective qui se dédouble ne signifie rien d'autre que ceci: chaque associé a conscience qu'à côté de son intérêt individuel, parce qu'il est entré dans un groupement, il doit satisfaire aux intérêts communs.

Incontestablement, cette théorie correspond à certaines réalités. Elle a été imaginée pour expliquer une sorte de personnalité morale: les fondations, qu'on ne croyait pas pouvoir expliquer autrement. La fondation c'est, en effet, l'établissement d'une masse de biens, en vue de poursuivre un but déterminé, un patrimoine d'affectation. Et certes, ainsi ,on explique très bien les fondations, mais cette théorie en arrive aux mêmes conséquences que la théorie de la personne morale fictive.

C'est pourquoi, si cette théorie a pu avoir du succès à l'étranger elle n'en a jamais eu en France.

III) La théorie de la propriété collective

Enfin, il est une troisième théorie, d'après laquelle la personne morale n'est pas une personne, à proprement parler. Il n'y a de personnes que les personnes physiques. Mais il y a deux sortes de propriété: la propriété individuelle et la propriété collective.

Il est intéressant de signaler que cette théorie qui a été soutenue en France, et est encore soutenue par MM. Planiol et Berthelemy, est venue d'une constatation faite par ces auteurs, en droit administratif notamment, que là où il n'y a pas de biens on ne rencontrait pas de personnalité morale. Par exemple, les départements et les communes ont des biens; il y a un patrimoine départemental et communal et on admet la personnalité du département et de la commune. Au contraire, l'arrondissement et le canton, ainsi que les autres circonscriptions

Source : BIU Cujas

territoriales n'ont pas de patrimoine et elles n'ont pas non plus de personnalité. C'est ainsi que les auteurs en sont venus à établir une relation entre le patrimoine et la personnalité. Ils se sont aperçus que, sous le nom de personnalité morale, ce qu'on étudiait c'était la reconnaissance d'une forme de la propriété collective. La propriété collective est une forme spéciale de la propriété: elle diffère de la propriété individuelle, qu'on l'envisage sous un aspect de propriété privée d'un individu, ou de copropriété, c'est-à-dire de propriété de plusieurs individus. La propriété collective diffère de la propriété individuelle, elle s'en sépare par son but et sonorganisation, elle est, au fond, toute autre. Le but de la propriété individuelle est de satisfaire aux intérêts de l'individu, c'est là un but égoïste qui ne dépasse pas un individu, personne physique. Cette personne est envisagée dans son milieu plus ou moins étroit: ménage, famille ou tout seul si c'est un propriétaire isolé. La propriété collective, au contraire, vise la satisfaction des besoins communs, propres à un groupe d'individus, qui a crû devoir se réunir pour l'établissement d'une société, la constitution d'un syndicat ou la fondation d'une association. Il peut s'agir d'ailleurs d'intérêts très généraux comme ceux que représentent les circonscriptions administratives.

La propriété collective est donc d'un ordre différent de la propriété individuelle. Et si on veut montrer les rapports entre la propriété collective et la propriété individuelle, on dira que, dans la propriété individuelle, la volonté du propriétaire est tout, tandis que dans la propriété collective, la masse devolontés individuelles est dominée par l'affectation.

Dès lors, on va poser en principe qu'on se trouvera en présence d'une propriété collective des associés dans l'association, ou des membres du groupement en général. Il y aura une propriété qui va être différente à la fois de la propriété individuelle et de la copropriété. Cette propriété collective est frappée d'affectation, elle est destinée à donner satisfaction à un intérêt commun plus ou moins général et qui acquiert son caractère le plus général quand on envisage l'Etat.

Conséquences de cette théorie

Elle tend vers un but et cette propriété collective n'est pas créée par l'Etat.

I) La personnalité morale existe avant que

Il faut en conclure d'abord qu'elle est une réalité, indépendante de la reconnaissance légale, qu'elle existe avant que l'Etat ne vienne l'admettre. Elle est, en quelque sorte, antérieure à la loi qui la

Source : BIU Cujas

l'Etat ne la constate

reconnait et la constate.

D'autre part, cette constitution d'un patrimoine ou d'une propriété collective, car il va y avoir un organisme indépendant et une gestion collective, cette constitution de la propriété collective,

2) Il n'y a pas à faire de distinction entre le droit à l'existence et le droit à la capacité juridique

est réalisée par l'acte même de constitution, par la volonté des fondateurs: elle est inhérente à l'association. Il n'y a pas à faire de distinction entre le droit à l'existence et le droit à la capacité juridique; il n'y a pas à obtenir deux autorisations. Par le fait même qu'on aura obtenu une autorisation, ou souscrit aux règles légales, en ce qui concerne les syndicats professionnels, par exemple, la personnalité sera acquise.

Conclusion

Telles sont les théories qui ont été soutenues. Il faut choisir car s'il y a des auteurs pour soutenir encore, de nos jours, les trois théories, il est nécessaire de préciser celle qui doit l'emporter.

La théorie de la fiction est adoptée par MM. Colin et Capitant et c'est celle qui domine, en réalité, la jurisprudence bien qu'elle ait subi des modifications à cet égard (Cassation, chambres réunies, 5 Avril 1913-D 1914-I-650).

Au contraire, la doctrine tend, de plus en plus, à admettre la dernière théorie, la théorie de la propriété collective. C'est en effet la théorie qui est soutenue dans le traité de MM. Planiol et Ripert. C'est également cette théorie que nous adopterons, mais avec quelques modifications.

Il existe, en réalité, 2 sortes de personnes morales

Nous étudierons, avec la propriété en général, la propriété individuelle et la propriété collective. Nous reviendrons, par conséquent, sur ce point. Mais, dès maintenant, il faut dire que, sous l'expression de personnalité morale au fond, il faut moins voir des personnes que des choses. Il n'y a pas une seule personne morale toujours la même, une seule personnalité morale identique, quel que soit le groupement ou la circonscription territoriale: il y a deux sortes de personnes morales.

Comment comparer une personne morale comme l'Etat à la société en nom collectif constituée entre 2 individus pour exploiter une librairie, rue Soufflot, par exemple ? Deux individus s'associent; on dit qu'ils forment une société et que cette société a une personnalité morale. Comment prétendre que cette personne morale soit de même nature que celle de l'Etat ?

La vérité c'est qu'il y a deux sortes de personnes morales, c'est-à-dire que l'indépendance du patrimoine et de la gestion se réalise à deux degrés.

D'abord il y a une certaine autonomie patrimoniale et il faut dire une certaine autonomie patri-

Source : BIU Cujas

Il y a une propriété collective qui réalise une simple autonomie patrimoniale et il y a une propriété collective qui réalise une personnalité morale proprement dite

moniale pour montrer que ce n'est pas une personnalité aussi entière que celle de la seconde catégorie; il y a une différence de perfectionnement dans l'organisme dans le patrimoine, et dans la gestion, qui est désigné sous le nom de personnalité morale. Il y a une progression: en bas au degré inférieur, il y a l'autonomie patrimoniale. C'est le cas des associations des sociétés par intérêts, qui n'ont besoin que d'une unification limitée, tandis qu'au degré supérieur il y a des organismes comme les sociétés par actions, comme l'Etat surtout, puisque c'est la personne morale par excellence qui ont une véritable personnalité morale. Et il faut réserver la notion de personnalité morale surtout à ces groupements: les sociétés anonymes et l'Etat.

Donc, en cette matière, il y a deux degrés. Ils existaient déjà dans l'ancien droit: c'est le Code civil qui les a fait oublier, ou plus exactement, c'est de l'article 529 du code civil qu'on a tiré toute la théorie de la personnalité morale. Or la tradition était dans le sens de la dualité de la personnalité morale. Elle admettait, àun degré inférieur, pour les sociétés de personnes, un caractère patrimonial dans lequel on parlait de propriété, mais en mains communes. Dans une telle propriété, chaque membre du groupement a encore action sur les biens. Ce n'était qu'une tendance vers la propriété collective réalisée pleinement par les sociétés par actions et par l'Etat.

Derrière l'expresion de personnalité morale il faut voir en réalité une masse de biens affectés à un intérêt commun

Cette distinction doit donc être adopté. Il y a deux degrés dans la propriété collective. Il y a une propriété collective qui réalise simplement une autonomie patrimoniale, et une propriété collective qui réalise une personnalité morale, proprement dite. On emploiera constamment le mot de personne morale car il est d'un emploi facile, mais derrière la personnalité morale, il faut voir la réalité: il y a moins une personne qu'un ensemble de choses, ou plus exactement qu'un ensemble d'intérêts, et au lieu de s'occuper des intérêts individuels, la personne morale intéresse les intérêts communs collectifs.

A cette conception on a opposé d'abord que expliquer la personnalité morale par la propriété collective n'empêche pas du tout la reconnaissance d'une véritable personne juridique car, à cette propriété collective, il faut assigner un domicile, attribuer une nationalité, et toutes les personnes morales ou physiques ont un domicile et une nationalité.

La vérité, c'est qu'on est tenté d'employer tous ces termes comme s'ils ne devaient s'appliquer qu'aux personnes. Mais il n'en résulte pas nécessaire-

Source : BIU Cujas

ment que pour avoir un domicile ou une nationalité il soit nécessaire d'avoir une personne.

La personnalité morale est un procédé de technique juridique qui dissimule l'existence d'une propriété collective

La personnalité morale est un procédé de technique juridique qui a pour but de faire jouer cet organisme, ce patrimoine, d'assurer la gestion indépendance, mais ce procédé ne doit pas empêcher de reconnaître que derrière il y a encore une masse de biens.

On a opposé que la théorie de la propriété collective ne pouvait s'appliquer aux associations sans but lucratif, c'est-à-dire aux syndicats professionnels, avant la loi de 1920. En effet, dit-on, l'idée d'une masse de biens peut s'appliquer là ou le groupement a une masse de biens, mais là où il n'y a rien, l'explication de la personnalité morale par la propriété collective est insuffisante.

En réalité, là où les biens sont peu importants il n'y en a pas moins un patrimoine, un organisme, une gestion et ce patrimoine, fut-il réduit, ce qui est d'ailleurs très rare, aux seules cotisations fournies par les membres du groupement et fut-il dépensé tous les ans, s'il s'agit de cotisations annuelles, n'en possède pas moins les cotisations de ses membres fondateurs. Par conséquent, il y aurait un patrimoine. Ainsi donc, un patrimoine est affecté à un but collectif, même dans ces associations. Au contraire, là où il n'y a pas de patrimoine, il n'y a pas de personnalité morale et il n'y a pas de patrimoine dans des circonscriptions telles que l'arrondissement et le canton.

En résumé, par conséquent, il y a une distinction très simple à faire: la personnalité morale est un procédé de technique juridique. Ce n'est pas une fiction, mais une réalité qui dissimule l'existence d'une propriété collective, sauf à préciser ce que c'est que la propriété collective, ce qu'on fera un peu plus loin.

Ce sont les interprètes du C.C. qui ont tiré la théorie de la personnalité morale de l'article 529 du C.C.

Mais quelle a été la conception du législateur français ? A-t-il, en 1804, accepté une de ces théories ? Il ne pouvait adopter la théorie de la propriété collective telle qu'elle vient d'être indiquée. Ce sont les interprètes du Code civil qui ont tiré la théorie de la personnalité fiction de l'article 529 du Code civil, on verra dans quelles conditions en étudiant les meubles. Ici le législateur français, comme partout ailleurs, n'a pas pris parti sur la théorie de la personnalité morale. Le Code civil a eu en effet le grand mérite de n'avoir jamais engagé une théorie dans ses solutions: il permet à la théorie de se développer et ,au fond, on peut expliquer l'article 529 du Code civil, par l'une ou parl'autre de ces théories.

Source : BIU Cujas

Titre II

L'OBJET DU DROIT: LES CHOSES

Les choses sont les objets directs ou indirects, médiats ou immédiats du droit

Les choses constituent l'objet du droit, par opposition aux personnes, qui sont les sujets du droit. Sans doute, l'objet d'un droit ne semble pas devoir être nécessairement une chose. Ce peut être une abstention ou un fait: le fait d'agir ou de ne pas agir, mais, dans ces cas même où il y a abstention ou un fait que ce soit un fait personnel qu'on promette ou le fait d'autrui, l'objet du droit est une chose, c'est-à-dire un objet du monde extérieur qu'on se propose d'obtenir, de conserver, par l'intermédiaire d'un fait ou d'une abstention.

Prenons un exemple: Une personne stipule d'une autre que cette dernière lui livrera telle marchandise: le fait de la livraison de la marchandise est l'objet immédiat de son droit, c'est un fait et non une chose, mais ce fait n'est qu'un intermédiaire pour obtenir la chose qui est la marchandise. Autre exemple: une personne stipule une abstention, qu'une autre personne ne démolira pas un mur déterminé, pour lui éviter d'avoir à en reconstruire un autre. Cette personne veut conserver le mur, l'abstention de ne pas démolir le mur est stipulée, mais ce qu'on veut, en définitive, c'est une chose, c'est de n'avoir pas à dépenser ce que coûterait la construction d'un nouveau mur.

Aussi peut-on dire que les choses sont les objets directs ou indirects des droits, ou si on préfère, que ce sont les objets immédiats ou médiats du droit.

Les choses sont donc tout ce qui existe autour de nous, et que peut-être l'objet d'un droit.

Les choses en tant qu'objets de droits s'appellent des biens

Les choses, en tant qu'objets de droit sont appelées biens. Elles sont envisagées par rapport à l'utilité qu'elles sont susceptibles de procurer au titulaire du droit. Les biens sont des choses qui peuvent être soumises à la puissance de l'homme et lui procurent une utilité.

Toutes les choses ne sont donc pas des biens

Tous les biens sont des choses, mais toutes les choses ne sont pas des biens. La chose, est le genre dont le bien n'est que l'espèce. Ainsi, il est des choses qui ne sont pas susceptibles d'être soumises à la puissance de l'homme (soleil, air, la mer, et eau prise dans leur ensemble, car l'eau courante, peut être

Source : BIU Cujas

mise sous la puissance de l'homme.)Toutes ces choses ne sont pas des biens. Il en résulte que toute chose matérielle corporelle n'est pas un bien.

Mais tout bien n'est pas nécessairement une chose corporelle et à côté des biens il y a les droits

D'autre part, tout bien n'est pas une chose corporelle. Il y a des biens qui sont des choses incorporelles; il y a des biens pour lesquels on ne voit pas la chose sur laquelle ils portent. Prenons par exemple, un brevet d'invention, on ne peut dire que la propriété du brevet d'invention porte sur les choses fabriquées en vertu de ce brevet d'invention. Et pour exprimer le droit qu'on a sur un brevet d'invention, ou pour exprimer le droit de l'auteur sur un livre, on ne pourra pas dire; " j'ai un livre", mais " j'ai la propriété littéraire de tel livre, le droit d'auteur sur tel livre". Et , en matière de brevet d'invention, on devra dire: "j'ai un droit sur telle invention et la possibilité de l'exercer en vertu d'un brevet". Et à côté des choses, des biens, il faut faire figurer les droits.

Le code civil a confondu ces trois éléments distincts. Il faut les distinguer avec soin, cependant, sauf à les confondre par la suite. Il y a d'abord les choses, qui sont tous les objets du monde extérieur, puis les biens qui répondent à une notion d'utilité, on dit souvent à une notion économique; ce sont les choses , envisagées dans l'utilité qu'elles sont susceptibles de procurer; il y a enfin les droits.Et on envisage alors une notion purement juridique: les droits sont les pouvoirs de commandement, par rapport aux autres hommes, qui permettent de conserver ou de sauvegarder des biens.

On confond constamment:

Or il y a une confusion qui est constamment faite entre les choses et les biens et entre les biens et les droits.

Les choses et les biens

On fait une confusion entre les choses et les biens, car d'ordinaire, les choses ne nous intéressent que si elles constituent des biens, les biens en eux-mêmes ne nous intéressent pas, ce qui nous intéresse c'est leur utilité, c'est-à-dire leur valeur.

Les biens et les droits

D'autre part, on confond généralement les biens et les droits, mais en réalité, une chose, même corporelle, n'est un bien qu'en raison du droit qu'elle confère et ce qui est essentiel semble être le droit? Ce qui fait le bien ce n'est pas tant la chose que le droit lui-même.

Les biens, si on veut les définir scientifiquement, sont donc les droits dans leur application concrète à un objet déterminé.Delà il semble qu'il faudrait conclure qu'il n' y a que des biens corporels. Mais un droit, au contraire, est un simple rapport, une faculté de se servir d'une chose à l'encontre de tous; un

Source : BIU Cujas

droit n'a pas de réalité matérielle, c'est son objet seulement qui présente cette réalité matérielle et on devrait dire que tous les droits sont incorporels. Et comme le bien ne présente d'intérêt qu'en vue de l'utilité du droit, ne faudrait-il pas dire que tous les droits sont incorporels ?

Cette analyse est exacte mais elle est très abstraite et elle a été écartée par le langage juridique.

Tandis que pour les biens corporels on confond le droit et la chose pour les biens incorporels il faut indiquer le droit lui-même

On reconnaît que le droit est la chose essentiel le mais ce qu'on envisage toujours c'est l'objet, la chose, le bien. Et quand on a la propriété d'une chose, il est tout naturel d'identifier le droit et l'objet. Quand on dit, par exemple, " mon code civil"; on fait allusion au droit qu'on a sur un exemplaire d'une édition du code civil, doit de propriété; quand on parle de " ma maison " cela est moins net car on peut aussi bien viser la maison dont on est propriétaire, que celle dont on est locataire. On devrait, en effet, réserver cette expression pour le cas où on est propriétaire. Dans ces différents cas le droit de propriété s'identifie avec l'objet, il s'incorpore en lui, et il est si naturel de confondre le droit et l'objet qu'en ce qui concerne le droit de propriété on prend l'objet pour le droit.

Mais il n'en est plus de même en ce qui concerne les droits autres que le droit de propriété. Si on a un droit d'usufruit, il est impossible de dire, comme dans l'exemple précédent, s'il s'agit d'une maison, ma maison. On croirait qu'il s'agit d'un droit de propriété. Pour exprimer le droit qu'on possède, le droit d'usufruit qu'on a sur une maison, il faudra prendre une autre formule; on parlera de la maison sur laquelle on a un droit d'usufruit. Partout où il n'y a pas propriété, il faut par une circonlocution, indiquer ce droit lui-même, et ceci aboutit, dans le langage juridique, à une distinction très simple entre les biens corporels et les biens incorporels.

Pour les biens corporels on confond le droit et la chose. C'est ainsi qu'on dit: ma maison, mon code. Pour les biens incorporels, au contraire, il faut qu'on se rende compte de l'existence du droit, qu'on indique le droit lui-même.

De tous ces développements il faut surtout retenir la division des choses, des biens et des droits. Toute chose n'est pas un bien, tout bien n'est pas une chose matérielle, et il faut ajouter que tout droit n'est pas un bien, car il y a des droits autres que les droits civils: il y a des droits politiques et parmi les droits civils, il y a des droits qui n'ont pas un objet présentant une utilité pécuniaire, comme les droits de famille.

Source : BIU Cujas

Etudions donc les objets des droits en distinguant, d'une part, les biens envisagés en eux-mêmes, et c'est ce que fait le code civil dans le livre 2, chapitre I, articles 5I3 et suivants. Le titre Ier distingue les différentes sortes de biens, et l'utilité de la division des biens. Il ne porte pas toutes les divisions des biens, mais il donne la principale. Donc on étudiera dans un chapitre Ier les biens envisagés en eux mêmes, puis, dans un chapitre II; les biens dans leurs rapports avec les personnes.

Chapitre I.

LES BIENS ENVISAGES EN EUX-MEMES.

La loi distingue plusieurs catégories de biens

En cette matière, il existe plusieurs distinctions qui sont stipulées par la loi si elles ne sont pas toutes faites au titre même des biens.

Section I

Les biens corporels et les biens incorporels.

C'est tout d'abord, la distinction des biens corporels et des biens incorporels. Cette distinction n'est pas toujours faite. Le code civil étudie, par exemple: les biens corporels dans les articles 5I8 et 525, et les biens incorporels dans les articles 526 et 529.

Cette distinction est traditionnelle

Cette distinction est traditionnelle. Elle remonte au droit romain. On appelait alors biens corporels ceux qui pouvaient être touchés, et bien incorporels, au contraire, les biens qui ne pouvaient être touchés, les biens qui consistaient en des droits.

Cette distinction avait en, en droit romain, une importance considérable. Les biens corporels étaient soumis à des modes d'acquisition tout à fait différents des biens incorporels.

De nos jours elle a surtout un intérêt théorique

De nos jours, cette distinction a surtout un intérêt théorique. Et, en un certain sens, on peut dire que tous les biens sont incorporels. Si on envisage les droits, tous les biens sont des droits, et, en un certain sens, tous les biens sont incorporels. Quoi qu'il en soit, la pratique fait la distinction des biens corporels et des biens incorporels, bien qu'elle ait perdu l'intérêt qu'elle avait en droit romain.

Ce qu'on appelle bien corporel c'est un droit de propriété portant sur des choses du monde extérieur. Ce sont des objets matériels ou des choses matérielles, considérées comme objet du droit de pro-

Source : BIU Cujas

priété, et les biens incorporels, ce sont les droits autres que la propriété, portant sur les choses du monde extérieur.

La distinction est très simple, très nette. Elle correspond à une division des droits, quoi qu'on l'applique à une division des biens. Il y a d'un côté le droit de propriété bien corporel et, de l'autre, les droits autres que le droit de propriété, les biens ou droits incorporels.

Mais elle a aussi une grande utilité en ce qui concerne l'acquisition des biens

Et cette distinction a encore, de nos jours, une utilité grande en ce qui concerne l'acquisition des biens.

D'après l'article 2279 du Code civil " en fait de meubles possession vaut titre". Or, sans préciser le sens de ce texte, il suffit de dire qu'il n'a d'application qu'aux meubles corporels.

Il faut ajouter que, dans l'article 2075 du code civil, la loi distingue entre les formalités de constitution du gage selon qu'il s'agit de meubles corporels ou de meubles incorporels, de meubles corporels comme des meubles meublants, ou des objets, des marchandises, ou de meubles incorporels, comme les créances notamment.

Section 2

Les biens consomptibles et les biens non consomptibles.

La seconde division des biens, envisagés en eux-mêmes, c'est celle des biens consomptibles et des biens non consomptibles par le premier usage.

Cette distinction ne concerne que les choses matérielles, les biens corporels. Le code civil n'en parle pas d'une façon très nette. Il ne la comprend pas dans la division des biens, mais il y attache une certaine importance à deux points de vue qu'on va préciser.

Il y a des biens d'abord qu'on ne peut utiliser dont on ne peut pas user sans les consommer. Ils ne peuvent procurer la jouissance qu'on attend d'eux qu'en raison de cette consommation. Telles sont les denrées alimentaires, les matériaux de chauffage, d'éclairage, par exemple. Et on peut classer dans ces choses consomptibles des biens dont on ne peut tirer profit qu'en les aliénant ou en les détruisant, au point de vue juridique. Il en est ainsi de la monnaie qui constitue, dans la richesse nationale, une valeur, mais n'est, pour les individus, qu'une chose consomptible, qu'on détruit juridiquement, qu'on aliène en s'en servant.

Source : BIU Cujas

Tels sont les biens consomptibles par le premier usage.

D'autres biens, au contraire, procurent une utilité immédiate sans que leur usage entraîne leur destruction matérielle ou juridique; leur substance demeure même s'ils ne détériorent pas le Ier usage. C'est ainsi qu'une maison, des vêtements sont des biens non consomptibles par le premier usage.

Intérêt de cette distinction

On a dit que l'intérêt de cette distinction se révelait à deux points de vue.

Au point de vue de l'usufruit

C'est d'abord, au point de vue de l'usufruit. L'usufruit, d'après l'article 578 du code civil, est le droit de se servir, de jouir d'une chose, comme le propriétaire lui-même, à charge d'en conserver la substance. Or puisqu'il faut en conserver la substance article 578 il apparaît que l'usufruit ne peut porter que sur des objets non consomptibles par le premier usage. Cependant, depuis le droit romain, on admet qu'un certain usufruit peut porter sur des choses consomptibles par le premier usage. Il y alors un usufruit spécial, et dont la spécialité réside en ce que l'usufruitier acquiert la propriété des choses consomptibles et doit rendre, à la fin de l'usufruit, des choses pareilles de même qualité, quantité et valeur. On parle alors de " quasi usufruit", par opposition à l'usufruit proprement dit.

En ce qui concerne le prêt

Il est d'ailleurs un second intérêt de la distinction en ce qui concerne le prêt. Il y a, en effet, un prêt pour les choses non consomptibles, et un prêt pour, les choses consomptibles.

Le prêt qui porte sur des choses non consomptibles ne vise que l'usage. La chose prêtée sera rendue par l'emprunteur. Ce sera la même chose qu'il doit conserver et rendre. C'est le prêt d'usage. Au contraire, quand il s'agitde choses consomptibles, puisque en user c'est les consommer, lorsqu'on les a empruntées on les consomme. On devra alors rendre des choses de même qualité de même quantité et de même valeur. Et c'est alors le prêt de consommation, qui s'oppose au prêt d'usage.

Le caractère de consomptibilité dépend donc de la nature des biens; on ne peut le créer pour un bien. Cependant, on peut faire qu'une chose, en principe consomptible par le premier usage ne le soit pas, en raison de la convention intervenue. On cite toujours à cet égard l'exemple du changeur qui demande à une personne qui a des pièces d'or de les lui prêter pour les mettre à sa devanture. L'argent est une chose consomptible dont on ne peut tirer d'utilité que par destruction juridique. Cependant , dans l'exemple précité, il s'agit seulement d'un prêt d'usage.

Source : BIU Cujas

C'est à ce point de vue de la consommation que l'école socialiste a voulu distinguer tous les biens. Et elle l'a fait de façon très diverses. Au point de vue économique, elle prétend qu'il faut toujours distinguer les biens consomptibles, les biens d'usage et les moyens de production. Et la répartition entre ces trois classes varie selon les époques, car le socialisme qui ne veut pas concilier l'intérêt individuel avec l'intérêt social, qui s'efforce de faire prédominer partout l'intérêt social, doit faire, malgré tout, sa part aux mobiles égoïstes. Or, dans cette conception, le même objet peut faire partie d'une classe ou d'une autre. Ainsi, le charbon est un bien consomptible quand il s'agit de l'employer pour un usage particulier; il devient un moyen de production s'il est employé dans l'industrie. D'autre part, le blé et la farine rentrent dans les moyens de production, tandis que le pain est objet de consommation.

Section III

Les choses fongibles et les choses non fongibles.

La troisième distinction est celle des biens fongibles et des biens non fongibles.

On entend par biens ou choses fongibles celles qui peuvent se remplacer dans un paiement, dans l'exécution d'une obligation des parties. Elles ont même valeur libératoire, et peu importe au créancier de recevoir les unes ou les autres. On a prêté, par exemple, 1000 Frcs, on a remis un billet de 1000 Frcs, peu importe qu'on rende un autre billet: l'essentiel c'est qu'on rende la valeur de 1000 Frcs. De même, un vigneron a vendu un hectolitre de vin de telle année, peu importe que ce soit de tel ou tel tonneau.

La fongibilité est donc un rapport d'équivalence entre deux ou plusieurs choses qui peuvent se remplacer l'une par l'autre. Les choses non fongibles sont celles, au contraire, qui ne peuvent être remplacées l'une par l'autre.

En principe les choses consomptibles sont des choses fongibles

Mais n'y a-t-il pas des rapports entre la fongibilité et la consomptibilité ? En principe, les choses consomptibles sont fongibles. Puisqu'elles se consomment par le premier usage, c'est qu'elles n'ont pas une individualité propre c'est qu'elles s'apprécient en qualité, quantité et valeur. Dès lors, on pourra les mettre à la place les unes des autres.

Cependant il y a des choses consomptibles qui

Source : BIU Cujas

ne sont pas fongibles. La fongibilité et la consomptibilité sont deux notions qui ne se couvrent pas entièrement. Voilà, par exemple, une personne qui vend une certaine quantité de terre à prendre dans un terrain plus grand. Elle n'a pas déterminé où on prendrait cette quantité de terre. On a dit seulement qu'il y aurait 10 mètres en façade. Il s'agit d'une chose fongible, mais on ne sache pas qu'elle soit consomptible. Inversement, des choses peuvent être consomptibles sans être fongibles. C'est le cas, par exemple, d'un vigneron qui vend le dernier hectolitre de vin de sa récolte. Ce n'est pas une chose fongible, mais c'est une chose consomptible. Et c'est encore le cas de celui qui achète une pièce de gibier qu'il a choisie.

Mais la consomptibilité et la fongibilité sont 2 notions qui ne se couvrent pas entièrement

On exprime parfois la fongibilité d'une autre façon, et cette autre façon on l'examinera en étudiant les obligations. En matière de dette, on distingue les dettes de corps certain, qui s'appliquent aux choses non fongibles, et les dettes de genre qui s'appliquent à un genre qu'on peut remplacer, aux choses non fongibles. Une dette de 100 quintaux de blé est une dette de genre: elle peut être exécutée, payée par 100 quintaux de blé quelconque.

Dans le système français la fongibilité résulte, soit de la nature des biens, soit de la convention: on peut stipuler que certaines choses qui sont normalement fongibles ne le seront pas. Au contraire, dans beaucoup de législations étrangères, on n'admet la fongibilité que quand la nature des choses l'impose.

Dans le système français la fongibilité résulte soit de la nature des biens, soit de la convention. Intérêt de cette distinction en ce qui concerne l'usufruit

L'intérêt pratique de cette distinction ne se confond pas avec celui de la distinction précédente.

En matière de paiement, le débiteur peut rendre l'objet emprunté ou non, selon qu'on est en présence d'une chose fongible ou non, il pourra livrer une chose équivalente quand il s'agit d'une chose de genre. Mais si les choses fongibles sont en même temps consomptibles, va-t-on leur appliquer toutes les règles de l'usufruit ? L'usufruit s'appliquera aux choses fongibles comme aux choses consomptibles et, en principe, il y aura, pour ces choses, un quasi-usufruit, comme en matière de choses consomptibles.

Mais l'usufruit peut porter sur une chose fongible non consomptible. L'exemple s'est rencontré, à propos d'un usufruit portant sur un ensemble de biens et notamment s'appliquant à des chevaux d'exploitation rurale. Il n'y a pas nécessairement quasi-usufruit sur ces chevaux car s'il y avait quasi-usu-

Source : BIU Cujas

fruit, l'usufruitier deviendrait propriétaire des chevaux, et il devrait rendre, à la fin de l'usufruit, la valeur de ces chevaux. Il n'aurait pas à rendre les choses elles-mêmes. Et , par conséquent, si un cheval venait à périr, ce serait l'usufruitier qui supporterait le risque: il devrait rendre l'argent. Au contraire, s'il y a, non plus quasi-usufruit, mais un véritable usufruit, l'usufruitier n'est pas propriétaire du cheval, il peut se servir des chevaux, mais il doit rendre le cheval. Or, si le cheval vient à périr, il n'aura rien à rendre, pourvu que le cheval ne soit pas mort parsa faute. Donc, en ce qui concerne le quasi-usufruit, il y a grand intérêt à distinguer les choses fongibles consomptibles, et les choses fongibles non consomptibles, qui sont soumises à un régime différent du quasi-usufruit.

Section IV.

Les biens meubles et immeubles

Mais la grande distinction des biens, la seule qui soit formellement consacrée par le code civil, est celle des biens meubles et immeubles.

Les biens meubles semblent être ceux qui sont susceptibles de se déplacer par eux-mêmes ou par l'effet d'une force extérieure; les biens immeubles, au contraire sont ceux qui ne peuvent être déplacés sans altération de leur substance.

Cette distinction qui se réfère au sens originaire des mots fait allusion à la nature du bien, à la mobilité des meubles, à l'opposé de l'immobilité des immeubles.

Mais cette distinction traditionnelle n'est pas du tout la distinction juridique que fait le code civil. Le code civil fait de la distinction des meubles et des immeubles, une distinction générale, ayant une portée absolue, s'appliquant aux biens incorporels comme aux biens corporels, tandis qu'il semblerait que la distinction n'eût de valeur que pour les biens incorporels. L'article 516 dit en effet " Tous les biens sont meubles ou immeubles".

Cette généralisation du code a été amenée par l'intérêt considérable qu'il y a à savoir si un bien est meuble ou immeuble.

Historique de la distinction

Cette généralisation a été introduite, au cours de l'ancien droit, avec et en vertu d'une conception différente de celle qui a animé le législateur de 1804.

C'est pourquoi il faut examiner cette dis-

Source : BIU Cujas

tinction:

A) Dans l'ancien droit.
B) Dans le code civil.
C) De nos jours.

A) Sous l'ancien droit

Quelle était, tout d'abord, l'étendue de la distinction des meubles et immeubles dans l'ancien droit ?

Sous le régime féodal basé sur la hiérarchie des terres les immeubles seuls sont considérés comme un élément important de richesse

Le régime féodal reposait sur les terres, sur les immeubles. La hiérarchie des personnes trouvait sa base dans la hiérarchie des terres. Aussi les immeubles, les biens fonciers, devaient-ils avoir une plus grande importance, et toutes les faveurs de la loi leur étaient réservées. Tout, dans le droit coutumier, est orienté dans le sens de la protection des immeubles et de leur conservation dans les familles.

Quant aux meubles on ne les considérait pas comme un élément important de richesse. On ne connaissait pas, en effet, toutes les variétés de meubles qui existent de nos jours, ni surtout toutes les valeurs mobilières.

Sous l'ancien droit tous les biens ayant une importance sociale sont des immeubles.
Les rentes

Seulement, dans la pratique, au cours des siècles, des biens nouveaux apparurent, présentant une importance plus ou moins grande, et la distinction des biens meubles et des biens immeubles ne fut plus faite sur la faculté de déplacement. On se demandait si les biens avaient une importance sociale. Les biens ayant une importance sociale on les baptisait d'immeubles. On recherchait leur importance. Et c'est pourquoi, au cours de l'ancien droit, on qualifia d'immeubles des biens importants, comme les rentes, les offices.

Les rentes sur immeubles devaient être considérées comme immeubles, à raison de leur importance. Il s'agissait d'un seigneur qui aliénait un immeuble, en exigeant des annuités en argent. C'était un immeuble en raison de l'importance de la rente. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Mais il faut reconnaître que la rente foncière existe plus de nos jours. Aujourd'hui toute rente est essentiellement rachetable. Au contraire, dans l'ancien droit, les rentes n'étaient pas nécessairement rachetables.

Les offices

Et ce qui était arrivé pour les rentes était arrivé pour les offices. Le roi avait tout mis en office, et on avait assimilé les officies à des immeubles. Un office n'a pourtant rien d'immobilier, mais l'importance sociale des offices était telle qu'on en avait fait des immeubles. On avait commencé par n'en faire des immeubles qu'au point de vue de la conservation des biens dans la famille, en ce qui concerne le régime matrimonial, et pour le régime successoral, puis on en avait fait des immeubles à tous les points de vue et,

Source : BIU Cujas

dès 1683, la coutume de Paris article 85 disait "office vénal est réputé immeuble".

Au contraire les meubles étaient des biens d'importance secondaire

En somme, dans l'ancien droit, les biens meubles étaient tous des biens d'importance secondaire. Quand un bien ne pouvait pas être qualifié d'immeuble on le qualifiait de meuble. Ainsi, dans M. de Pourceaugnac, le premier médecin dit " Sa maladie qu'on m'a donnée à guérir est meuble qui m'appartient, et que j'ai compté parmi mes effets"(c'est-à-dire parmi mes biens mobiliers). Donc, on qualifiait meubles des objets qui n'avaient rien de meuble, et on qualifiait également de meubles, des objets immobiliers. Tout dépendait, en effet, de l'importance des biens.

Et on considérait que les meubles étaient des choses sans valeur, sans importance. On parlait de la possession vile des meubles "mobilium vilis possession" et on en avait tiré la maxime courante: " res mobilis, res vilis".

B) Dans le code civil

Le code civil de 1804 a reproduit, dans l'article 516, la distinction des meubles et des immeubles et il faut, par conséquent, diviser tous les biens en meubles et immeubles. Cette distinction est une distinction brutale qu'il faut faire nécessairement, en raison de l'intérêt considérable qu'elle présente.

En effet, dans le code civil, c'est à chaque pas qu'on trouve un intérêt attaché à la distinction des meubles et des immeubles. Et il faut d'abord, d'après la distinction qui est faite dans le code civil lui-même, et dans les autres codes envisager les différences et les intérêts qui résultent de la division des meubles et immeubles, selon qu'ils sont conformes à la nature des biens meubles et immeubles, ou suivant qu'ils ne sont que des souvenirs de la règle res mobilis res vilis.

Différences entre les meubles et les immeubles quant à la nature des biens

Voyonsd'abord les différences qui existent entre les meubles et les immeubles, quant à la nature des biens.

Les meubles n'ont pas une assiette fixe; les immeubles ne sont pas susceptibles d'être déplacés. On semble parconséquent en revenir à la faculté de déplacement des biens, mais comme un bien doit être nécessairement un meuble ou un immeuble, il faut bien reconnaître que cette distinction n'a plus de rapport avec la faculté de déplacement.

En ce qui concerne la compétence

La distinction tenant à la nature des biens emporte, quand il n'y a un procès, en matière mobilière ou immobilière, deux différences.

I) En matière mobilière c'est le lieu de la situation de l'immeuble qu'il faut prendre en considération, en matière immobilière, c'est devant le

Source : BIU Cujas

tribunal de la situation de l'immeuble, devant le tribunal du lieu où se trouve situé l'immeuble, qu'il faut aller. Au contraire, en matière mobilière, c'est le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent: "actor sequitur forum rei" le demandeur doit suivre le tribunal du défendeur. Les meubles, dit-on encore, suivent la personne " mobilia sequuntur personam" on disait d'une façon encore plus énergique autrefois "mobilia ossibus inhaerent".

En ce qui conserne la loi applicable

La seconde différence qu'on rencontre en cette matière c'est que les immeubles situés en France, même ceux possédés par un étranger, sont régis par la loi française (article 2 alinéa 3 du code civil). C'est la réalité, c'est l'application d'une loi réelle, la loi de la situation des biens, de la réalité. On applique la loi de la chose de la res.

Au contraire, les meubles qui suivent les personnes, qui s'attachent à elles, seront soumis à la loi nationale ou à la loi du domicile notamment, de sorte qu'en matière mobilière, il y aura, en droit international privé, deux lois applicables, selon qu'on envisagera la succession mobilière ou la succession immobilière.

Il y a des formes différentes pour l'aliénation des immeubles et pour l'aliénation des

En troisième lieu, étant donné que les immeubles ont plus de fixité, plus de stabilité et qu'il est plus difficile de les dissimuler, il y a des formes spéciales pour les aliénations immobilières.

Pour les aliénations mobilières, il suffit de s'en tenir à la volonté des parties et à la tradition. On achète un meuble de la main à la main. Et la vente de meubles ainsi faite est valable à l'égard de tous. Au contraire, pour les immeubles, il ne suffit pas d'appliquer les articles 1138 et 939 du code civil, il faut, de plus, à l'égard des tiers, que certaines formalités soient remplies. La loi du 23 Mars 1855 a introduit, dans notre droit, la transcription des mutations immobilières.

Les immeubles sont susceptibles de certains droits que ne comportent pas les meubles

D'autre part, les immeubles sont susceptibles de droits que ne comportent pas les meubles comme l'hypothèque. Et on ne revendique pas les meubles, en principe, en raison de la règle: " en fait de meuble possession vaut titre", tandis qu'au contraire, la revendication s'applique aux immeubles. De même, il y a une prescription acquisitive qui ne s'applique qu'aux immeubles, car pour les meubles l'acquisition est immédiate.

Différences entre les meubles et les immeubles

Il faut en arriver aux différences qui ne sont que des conséquences de la maxime res mobilis res vilis.

Source : BIU Cujas

sont la conséquence de la maxime res mobilis res vilis

Il faut nécessairement, en matière de communauté, distinguer les biens meubles et immeubles. En principe, les biens meubles des époux tombent en communauté et, si on qualifie de meubles les valeurs mobilières, les titres au porteur, toutes ces valeurs tombent en communauté; au contraire les immeubles ne tombent pas en communauté. Et le moindre lopin de terre restera propre aux époux alors que des valeurs mobilières considérables tombent en communauté.

Le régime des meubles et des immeubles est différent en matière de communauté

De même, on a vu pour le mineur et pour le mineur émancipé, articles 482 et 484 du code civil, pour la femme mariée séparée de biens, article I449, que les formalités étaient différentes pour les meubles et pour les immeubles. Et, en ce qui concerne le pouvoir, l'administrateur des biens d'autrui peut aliéner plus facilement un meuble qu'un immeuble. Il en est ainsi notamment du tuteur ou du mari.

En ce qui concerne les biens du mineur et du mineur émancipé

Enfin, aux termes de l'article 2206 du code civil, l'immeuble du mineur, même émancipé, ne peut être mis en vente avant la discussion de son mobilier, c'est-à-dire avant qu'on n'ait vendu aux enchères son mobilier.

Ces différences tiennent à la différence qu'on faisait, dans notre ancien droit, entre les meubles et les immeubles, à la règle "res mobilis res vilis". Elles sont artificielles et n'auraient pas dû pouvoir tenir une place dans le code civil, puisque le régime féodal avait été supprimé dans la nuit du 4 août.

Le législateur de I804 n'a pas résisté ici à la force de la tradition car, en I804, l'agriculture était encore la fortune essentielle de la France, la grande industrie, le grand commerce n'étaient pas nés.

c) de nos jours

Mais quelle est, de nos jours, la valeur de cette distinction ?

La distinction des meubles et des immeubles telle qu'elle existe ne correspond plus à la réalité des choses

Actuellement, l'industrie s'est développée considérablement, le commerce aussi et si, en I804, les immeubles l'emportaient , de nos jours, ce sont les meubles, au contraire qui l'emportent. Ainsi, en I914, on évaluait, en France, les immeubles à I60 milliards et les meubles à I70 milliards. De nos jours, en I923, on évaluait la fortune de la France à 950 milliards, soit 300 milliards pour les immeubles, et 650 milliards pour les meubles dans lesquels il fallait, il est vrai, compter 300 milliards de dettes de guerre.

La distinction des meubles et des immeubles ne devrait donc plus exister telle qu'elle est. On est en effet obligé de mettre brutalement tous les biens dans les meubles ou dans les immeubles. Et il faut bien reconnaître que les distinctions qui ont été faites par le législateur, en cette matière sont artificielles.

Source : BIU Cujas

§ 1 - Les immeubles.

On distingue 4 sortes d'immeubles

Un immeuble devrait être, on l'a vu, un bien non susceptible de déplacement. Mais, en réalité, il n'y a de tels que les immeubles par nature. Or, l'article 517 du code civil indique deux autres catégories d'immeubles: les immeubles par destination et les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. On y ajoute un autre groupe crée par des lois postérieures au code civil: les immeubles par détermination de la loi.

Il y a donc 4 sortes d'immeubles, et il faut les étudier en remarquant, dès maintenant, que la catégorie des immeubles est moins artificielle que ne l'est celle des meubles. Car, au fond, avec cette distinction brutale en meubles et immeubles, c'est seulement tout ce qui n'est pas immeuble qui est meuble, et par conséquent c'est la catégorie des meubles qui reçoit tout ce qu'on ne peut, à aucun point de vue, qualifier d'immeuble.

1) Les immeubles par nature

Il y a d'abord les immeubles par nature, c'est-à-dire des biens qui sont normalement immeubles. Et cela ne veut pas dire qu'ils ne peuvent être déplacés, mais que ce n'est qu'accidentellement qu'ils peuvent être déplacés.

La loi ne donne pas de définition des immeubles par nature: elle se borne à les énumérer

La loi ne donne pas de définition de ces immeubles par nature. Elle se borne à les énumérer. Elle indique comme étant immeuble par nature d'abord le sol (article 518 du code civil) Puis elle classe les autres immeubles par nature d'après le degré d'énergie de leur attachement au sol. Ce sont les végétaux dont l'adhérence est naturelle, et ce sont les bâtiments dont l'adhérence est le fait de l'homme.

Ce sont: 1) le sol

Le sol constitue un immeuble par nature essentiel, c'est l'immeuble par nature par excellence pourrait-on dire. Les autres immeubles ne sont, en effet, immeubles, que par incorporation au sol, parce qu'ils se rattachent au sol.

Le sol n'est pas visé par le code civil. L'article 518 ne parle que des fonds de terre. Mais cette expression qui, dans l'ancien droit, désignait surtout le domaine rural comprend, de nos jours, à la fois le sol et les bâtiments. On comprend par fonds de terre par exemple l'exploitation rurale avec les terres et les bâtiments d'exploitation rurale. C'est pourquoi il vaut mieux dire le sol ce qui ne laisse place à aucun doute.

Situation particulière de la mine

Mais la propriété du sol se subdivise parfois. Il en est ainsi quand une mine est concédée: il y a alors la propriété de la surface et la propriété de la mine. Les deux constituaient un immeuble, jusqu'à nos jours, un immeuble par nature, bien qu'en réalité ce fut seulement

Source : BIU Cujas

la surface qui l'état. Mais, depuis la loi du 9 Septembre I9I9, le droit de propriété du concessionnaire et la qualité d'immeuble par nature a été changée. Il ne s'agit plus que d'un droit réel immobilier susceptible d'hypothèque dit le N° 4 de la loi du 9 Septembre I9I9. C'est alors non plus un immeuble par nature, mais par l'objet auquel il s'applique. Au fond il y a là un simple intérêt de classification. Cependant cette question peut présenter certains intérêts pratiques.

Les matières tirées du sol deviennent des meubles par leur extraction. On tire de la mine de l'argile, de la houille. Mais la cession du droit d'extraction est considérée comme une cession mobilière. On se place, en effet, au moment de la cession. Or, au moment de la cession, on est en présence de biens qui font partie du sol, donc qui sont des immeubles (Cf. un arrêt de la Cour de Montpellier du 23 Octobre I922-S I923-2-25).

2) Les végétaux

Les végétaux forment la seconde classe d'immeubles par nature. L'article 520 déclare que "Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles".

Cet article ne vise par conséquent que les récoltes et les fruits. Mais, à fortiori, les arbres d'où pendent les fruits sont des immeubles. Leur incorporation au sol les rend immeubles par nature. Mais il faut une incorporation au sol, sinon définitive, au moins d'une certaine durée. Et c'est ce qui fait décider que les arbres des pépinières sont des immeubles.

3) Les bâtiments

Les bâtiments sont également des immeubles par nature " Les fonds de terre et les bâtiments, dit en effet l'article 5I8 du code civil sont immeubles par leur nature " . Ce sont encore des immeubles par incorporation, comme les végétaux, seulement l'incorporation n'est plus l'oeuvre de la nature. Elle résulte du travail de l'homme. Mais pour les végétaux aussi d'ailleurs, l'incorporation peut être l'oeuvre de l'homme. Ici au fur et à mesure que l'édifice s'incorpore au sol, que l'immeuble est construit, l'immeuble apparaît.

La construction doit être fixée au sol

Mais il faut une construction fixée au sol. Par conséquent, une baraque de forain qui se déplace n'est pas, à proprement parler , incorporée au sol et ne constitue par un bâtiment d'immeuble. De même en est-il des constructions volantes qui sont employées

Source : BIU Cujas

par certaines entreprises de travaux publics. Toutes les constructions qui peuvent être déplacées, transportées sans aucune dégradation, ne sont pas des immeubles.

Mais toute constructionqui a été fixée au sol devient immeuble par nature, même si elle n'est pas perpétuelle. Il en est ainsi des bâtiments d'un expédition quand ils se rattachent au sol, bien que l'expédition ne doive durer que un an, 6 mois ou moins.

Mais peu importe que ce soit ou non le propriétaire qui ait fait l'incorporation

La construction est immeuble, même si ce n'est pas le propriétaire du sol qui fait l'incorporation. Peu importe la personne du constructeur: le constructeur obtient un immeuble. C'est, en effet, qu'on n'étudie ici qu'une question de classification et non une question de propriété. Car on peut construire sur son fonds ou sur le fonds d'autrui et bien que la construction soit élevée sur le fonds d'autrui, on est en présence d'un immeuble par nature. Un fermier construit par exemple, sur le fonds loué un immeuble. Il reste alors à savoir si le fermier est propriétaire, et dans quelles conditions il sera dédommagé, s'il n'est pas propriétaire. Mais c'est là une tout autre question.

Les moulins fixés sur piliers sont des immeubles

L'article 519 règle encore la question des moulins. " Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers, et faisant partie du bâtiment, dit ce texte, sont immeubles par nature". Il semblait qu'il était inutile de le dire puisqu'on parle de moulins fixés sur piliers, donc incorporés au sol. Le législateur de 1804 a jugé nécessaire cependant de le spécifier, car il en était autrement dans l'ancien droit. Dans l'ancien droit, on n'admettait comme immeubles, que les moulins fixés à perpétuelle demeure, et sous condition que le propriétaire lui-même procède à cette fixation. De nos jours, les moulins fixés sur piliers sont immeubles, sans ces deux conditions.

Etendue de l'immobilisation

Mais à quoi s'étend cette immobilisation ? La question s'est souvent présentée. Notamment pendant un certain temps, des fenêtres avaient été enlevées d'immeubles. S'agissait-il d'immeubles ? Au fond, il s'agit certainement d'immeubles et quand la loi ne leur attribue pas la qualité d'immeubles par nature, en fait, ce sont des immeubles par destination.Mais ce sont toujours des immeubles.

Il peut y avoir cependant un grand intérêt à savoir si on est en présence d'immeubles par nature ou d'immeubles par destination. Notamment, pour qu'il y ait immeuble par destination, il faut que le rattachement d'un immeuble à un immeuble soit le fait du propriétaire , tandis que quand on est en présence d'un

Source : BIU Cujas

immeuble par nature il n'y a pas à rechercher si l'incorporation est l'oeuvre du propriétaire ou d'une autre personne. Il faut seulement une incorporation qui transforme le meuble en immeuble.

La jurisprudence est même allée très loin. Elle a admis qu'on devait considérer comme immeuble par nature tous les objets indispensables pour que les bâtiments soient exploités, et tous les objets sans lesquels l'usage du bâtiment ne serait pas ce qu'il doit être. Elle ne recherche pas si, en enlevant ces objets, on détériorerait le bâtiment; ce qu'elle considère comme essentiel c'est l'usage complet du dit bâtiment. Dès lors, on considérera comme immeuble par nature les balcons, les gouttières, les girouettes, les paratonnerres, les portes, les fenêtres, les persiennes, les tuyaux à eau et à gaz.

Mais, en ce qui concerne les tuyaux à eau ou à gaz, l'article 523 du code civil indique que "Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage sont immeubles, et font partie du fonds auquel ils attachés". (Cf. à cet égard, un arrêt de la chambre civil du 4 Janvier 1922-S-1923-I-213 avec une note de M. Mestre).

II) Les immeubles par destination

Le second ordre d'immeubles, ce sont les immeubles par destination. Il s'agit de biens mobiliers par nature, mais qui sont considérés comme immeubles, on peut dire à titre d'accessoire d'immeuble. Ils se rattachent à un immeuble, ils y sont affectés. C'est l'affectation de ces biens, leur destination, qui les transforme en immeubles. Et cette sorte d'immobilisation, on dit volontiers qu'elle est fictive car ce sont des meubles et, dit-on, c'est par une sorte de fiction qu'on en fait des immeubles. Il s'agit d'objet mobiliers qui conservent leur individualités propre, qui sont, en apparence, des objets, comme les tuyaux incorporés aux immeubles, qui sont des meubles, en réalité, mais qui deviennent des immeubles, car ils sont affectés au service d'un immeuble.

La théorie de l'immobilisation par destination a son origine dans l'ancien droit

La théorie de l'immobilisation par destination est assez ancienne. Mais, dans l'ancien droit, on se préoccupait moins de savoir ce qui devait être affecté au service d'un immeuble que de déterminer si on était en présence de biens accessoires ou non. La vérité c'est qu'on aurait pu s'en tenir à cette idée très simple que l'accessoire suivrait le principal. Cette idée aurait fait admettre que tout accessoire d'immeuble serait considéré comme un immeuble. Au contraire, le législateur de 1804 a construit la théorie des immeubles par destination qui renferme beaucoup d'arbitraire. Au fond, on aurait pu s'en tenir à cette

Source : BIU Cujas

idée que tout meuble, accessoire à un immeuble est un immeuble, mais le code civil a cru utile de créer une catégorie d'immeubles spéciale, et il en est résulté qu'il a attribué des effets moins complets à l'immobilisation par destination, qu'à l'immobilisation par nature. Si on avait admis, au contraire, la théorie de l'accessoire, on aurait fait de cette prétendue catégorie d'immeubles par destination des immeubles par natur Du moins qu'on ait admis l'une ou l'autre de ces conceptions, et la plupart des législations étrangères par réaction d'ailleurs contre la législation française, s'en tiennent à l'idée d'accessoire, on doit admettre les mêmes conséquences. On est en présence de meubles et ces meubles on va les traiter comme des immeubles.

Intérêt de cette classification

C'est là un grand intérêt. En cas de vente, pa exemple, la vente comprendra non seulement l'immeuble, mais encore tous les meubles accessoires ou affectés au service de l'immeuble qui sont considérés comme des immeubles. Et les créanciers qui saisiront l'immeuble saisiront, en même temps, les meubles accessoires ou par destination. La question présente encore un grand intérêt en cas de partage. Quand un immeuble sera mis au lot d'un copartageant, tous les meubles par accessoiredevront suivre cet immeuble. Enfin, si un testament a été fait portant un legs de tous les meubles à une personne, et un legs de tous les immeubles à une autre personne, tous les meubles accessoires ou par destination iront au légataire des immeubles.

Différences entre les immeubles par nature et les immeubles par destination

La loi a écarté cette notion si simple de l'ac cessoire. Elle a créé des immeubles par destination. Elle a voulu qu'il y ait une affectation au service d'un immeuble et sous certaines conditions.

Mais, avant d'étudier ces conditions, il convient de montrer les différences qui séparent les immeubles par nature et les immeubles par destination.

Pour qu'il y ait immobilisation par destination, il faut que le meuble ait été affecté au service de l'immeuble par le propriétaire lui-même

Un meuble devient immeuble par nature, en raison de son incorporation à un immeuble principal, au sol, et quelle que soit la personne qui les a incorporés. Au contraire, il n'y a immeuble par destination qu'en ce qui concerne les meubles, qui sont affectés au service de l'immeuble, par le propriétaire lui-même. C'est là une condition nécessaire pour l'immobilisation par destination.

On peut revendiquer les meubles devenus

En ce qui concerne les effets de l'immobilisation par nature ou par destination, il faut signaler une autre différence. L'immobilisation qui tient à la destination est moins complète que l'immobilisation par incorporation. Pour les tuyaux qu'on met dans un immeuble, l'incorporation peut être très complète quand

Source : BIU Cujas

immeubles par destination: on ne peut revendiquer les meubles devenus immeubles par nature

c'est dans le mur même que les tuyaux sont incorporés. L'incorporation par destination laisse, on va le voir, à l'objet mobilier réputé immobilier son individualité propre. Il en résultera que tandis que si on a employé des meubles appartenant à autrui pour les incorporer à un immeuble le véritable propriétaire ne peut les réclamer car ils ont perdu leur individualité, au contraire, pour les immeubles par destination, le véritable propriétaire peut les réclamer. Voici, par exemple, des chevaux de labour qui sont attachés à l'exploitation rurale, ils n'en sont pas moins des meubles et le véritable propriétaire pourrait les revendiquer s'ils étaient volés ou détournés par quelqu'un. Il y a là, en ce qui concerne les effets de l'immobilisation, une différence fondamentale; on peut revendiquer les meubles devenus immeubles par destination, on ne peut, au contraire, revendiquer les meubles devenus immeubles par nature.

Les immeubles par destination redeviennent meubles en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique

D'autre part, en cas d'expropriation pour cause d'utilitépublique, la loi du 3 Mai 1840, quand l'état exproprie un particulier, l'expropriant qu'est l'état n'est pas forcé de rembourser au propriétaire exproprié l'immeuble par destination: par le fait de l'expropriation, ces immeubles deviennent des meubles. Ainsi, les chevaux de labour seront vendus séparément; et si l'état expropriait une exploitation rurale il ne paierait que la valeur du fonds de terres et des bâtiments. Au contraire, en ce qui concerne les immeubles par nature, pour les tuyaux par exemple, il faut que l'expropriation porte sur les bâtiments et sur tous les accessoires de l'immeuble par nature.

On distingue 2 catégories d'immeubles par destination

Il y a deux catégories d'immeubles par destination qui sont admises par la loi. Elles ne correspondent pas absolument à la notion d'immeuble par destination et, en ce qui concerne la seconde catégorie on pourrait la faire rentrer dans les immeubles par nature.

Il y a tout d'abord des immeubles par destination agricole et industrielle, c'est-à-dire par affectation économique, car il n'y a pas seulement une destination agricole ou industrielle, mais aussi une destination commerciale.

Pour ces immeubles, l'affectation est intellectuelle, c'est-à-dire que ce n'est pas une affectation réelle. Elle est fictive. Un cheval de labour est rattaché par exemple à une exploitation rurale. Il s'agit d'une immobilisation portant sur des choses nécessaires ou utiles.

La deuxième catégorie d'immeubles par destination comprend les immeubles à perpétuelle demeure.

Source : BIU Cujas

Il s'agit ici d'une affectation matérielle, et non plus purement intellectuelle. Il s'agit de choses mobilières qui ont été immobilisées et toujours de choses somptuaires ou voluptuaires par opposition aux choses nécessaires ou utiles.

a)Les immeubles par affectation économique

Seule la première catégorie répond entièrement àla notion d'immeubles par destination. Les immeubles par affectation économique sont des meubles qui présentant une certaine destination spécialisée, reconnue par l'usage, sont placés par le propriétaire lui-même sur un immeuble,sur un fonds.

Et ceci fait que trois conditions sont ici indispensables.

Conditions requises pour qu'il y ait immobilisation par affectation économique

Il faut une destination spécialisée du meuble

Il faut , d'abord une destination spécialisée du meuble. L'immeuble par affectation économique doit avoir une destination nettement déterminée (Article 524 du C.C.)Et la loi énumère les objets de cette nature. Mais elle fait une énumération à titre d'exemple, de sorte que l'énumération est simplement énonciative, et non limitative. L'article 524 exige une condition d'affectation, quelque soit le genre de destination, de l'immeuble auquel doit aller cette affectation.

Il faut une désignation extérieure reconnue par l'usage

La seconde condition c'est que cette affectation soit extérieure, reconnue par l'usage. La destination du meuble ne peut dépendre du caprice, de la fantaisie du propriétaire: il faut qu'extérieurement un rapport de dépendance apparaisse entre le fonds et le meuble. Il ne faut pas qu'un propriétaire puisse prétendre qu'il a réalisé une immobilisation pour lui permettre uniquement de soustraire ses meubles à une saisie, et parce que , notamment, il a construit une maison d'après un style déterminé, qu'il a meublé cette maison avec des meubles correspondant à ce style, il ne peut prétendre que ces meubles sont immeubles par destination, car on peut utiliser la maison sans ces meubles, car ces meubles n'ont pas une affectation extérieure reconnue par l'usage, car ces meubles ne sont pas nécessaires à la maison. De même des meubles ordinaires, des meubles meublants nesont pas indispensables au service d'un immeuble,on ne peut donc en faire des immeubles par destination.

La jurisprudence a eu fréquemment à régler ces questions, notamment pour les appareils téléphoniques ou électriques, pour les conduites d'éclairage. Tout ce qui est nécessaire pour l'éclairage électrique ou au gaz, sauf les appareils à proprement parler, est considéré comme immeuble par nature. Mais les appareils eux-mêmes restent meubles.

Il faut que les objets mobiliers aient

Il faut, en troisième lieu, que les objets mobiliers aient été placés par le propriétaire du fonds

Source : BIU Cujas

été placés par le propriétaire du fonds lui-même

même. C'est ce qu'indique l'article 524 du C.C. "Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination". Il en résulte que quand un fermier place sur la ferme louée des chevaux de labour, ils ne deviennent pas immeubles par destination . Ils restent la propriété du fermier, et les créanciers du fermier ne peuvent les saisir en saisissant l'immeuble. Et cela est vrai notamment pour l'usufruitier c'est-à-dire pour toutes les personnes qui ne sont pas propriétaires et qui placent un meuble sur un fonds, pour servir à l'exploitation de ce fonds.

Avec la participation volontaire de celui à qui appartient l'objet.

Cependant, - il peut arriver que le propriétaire ait attaché à son fonds un meuble qui ne lui appartient pas et qu'on peut réclamer, car il y a des cas où on peut revendiquer les meubles, en cas de vol par exemple, et sous certaines conditions. Ce qu'il faut dire alors c'est que l'affectation doit provenir du propriétaire et on ajoute volontiers, avec la participation volontaire de celui à qui appartient l'objet. Cela permet en cas de vol des meubles placés sur un fonds, de ne pas les considérer comme des immeubles, s'ils sont revendiqués, et s'ils ne sont pas revendiqués et les considérer comme des meubles par destination.

La destination économique peut être:

- Agricole

La destination économique peut-être agricole, industrielle ou commerciale.

Les immeubles par affectation agricole sont énumérés dans l'article 524 du code civil. Il s'agit surtout d'animaux qui sont tenus pour des immeubles, pourvu que leur nombre soit proportionnel aux besoins du fonds en général, à son étendue, et au genre de culture. Donc les animaux, placés sur un fonds, et qui ne servent pas à l'exploitation du fonds, ne seront pas considérés comme des immeubles par destination. C'est là toute la différence qu'il faut faire entre un bétail qui est mis sur un fonds pour être engraissé et vendu, et le bétail qui sert à l'exploitation du fonds.

L'article 522 prévoit le cas où des animaux employés à la culture ont été livrés par le propriétaire au fermier et où il y a eu estimation. Il y a alors des animaux qui doivent être considérés comme immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds, par l'effet de la convention. C'était d'ailleurs assez inutile à dire.

Il faut donc surtout revenir à l'article 524 " Ainsi dit le texte sont immeubles par destination quand ils ont été placés par le propriétaire, pour le service et l'exploitation du fonds: les animaux attachés à la culture (chevaux de labour par exemple)les ustensiles aratoires, les pressoirs, chaudières, alambics,

Source : BIU Cujas

cuves et tonnes" (donc les barriques restent meubles et elles peuvent être vendues avec la récolte). Certains animaux sont encore considérés comme immeubles par destination: les lapins des garennes, les ruches à miel, les pigeons des colombiers les poissons des étangs. Et il faut ajouter, aux termes de l'article 524: " les semences données au fermier partiaire et les pailles servant à l'engrais". Mais on ne considère pas comme immeuble par destination la paille servant à la nourriture des animaux.

Il faut enfin ajouter à cette énumération, dans les pays de vignobles, les échalas des vignes qui restent dans la vigne et, dans les pays où cette culture est pratiquée, les perches du houblon.

Telle est l'affectation agricole, quine soulève de difficulté qu'en cas d'estimation de ces objets.

- industrielle

L'affectation industrielle que l'article 524 ne considère pas comme très importante, car l'industrie était peu importante en 1804, vise " les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forces, papeteries , et autres usines". Cette dernière expression comprend tout, et l'affectation industrielle est, de nos jours, très importante.

Dès le lendemain de la promulgation du code civil, d'assez grandes difficultés s'étaient élevées sur le point de savoir si les presses à imprimerie devaient être considérées comme des immeubles par affectation et, comme pour elles, il n'y avait pas d'incorporation au sol, permettant de les faire considérer comme immeubles par nature, comme elles étaient seulement attachés à un fonds, sans que ce soit nécessairement le propriétaire qui les y ait mises, on ne les considérait pas comme des immeubles par destination.

- Commerciale

Il y a enfin des immeubles par affectation commerciale. Il y a des immeubles qui sont spécialement aménagés pour un commerce, et qui sont difficilement utilisables pour un autre objet. Il en est ainsi, par exemple, d'un établissement thermal ouvert pour l'exploitation d'une source. C'est un immeuble. Sont immeubles par destination, les baignoires, les tuyaux, les appareils à douche ou autres, affectés aux services des bains. Ce sont des immeubles par affectation commerciale. Il en est de même pour les immeubles qui sont aménagés pour servir d'hôtel. Ils peuvent être considérés comme immeubles par destination. Il faudrait en dire de même pour un établissement de jeu, un casino. De même encore un théâtre est le type d'un immeuble aménagé pour une destination spéciale. Tout le matériel qui garnit ces divers fonds est indispensable au

Source : BIU Cujas

commerce envisagé: ils sont immeubles par destination.

b)Les immeubles à perpétuelle demeure

A côté des immeubles par destination économique, on peut placer les immeubles à perpétuelle demeure. Il s'agit d'une affectation somptuaire, il s'agit de meubles qui sont attachés matériellement, dans un but d'embellissement, à un immeuble.

C'est l'article 524, in fine, qui les vise en ces termes "Sont aussi immeubles par destination, tous les effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds, à perpétuelle demeure".

2 conditions sont requises pour qu'il y ait immobilisation d'un meuble par attache à perpétuelle demeure - Il faut que la fixation soit l'oeuvre du propriétaire

Les meubles ici doivent être attachés à perpétuelle demeure et, pour qu'il y ait immobilisation d'un meuble à perpétuelle demeure, deux conditions sont nécessaires: il faut d'abord qu'il y ait une attache, et il faut, en second lieu, que la fixation par voie d'attache soit l'oeuvre du propriétaire.

C'est la condition d'attache qui seule est délicate, car il est facile de dire si c'est le propriétaire ou non qui a opéré cette attache matérielle.

Il faut qu'il y ait une attache matérielle

Il y a des degrés différents dans l'attache. Elle peut être définitive. Il s'agit d'objets mobiliers qui, comme le dit l'article 525 du code civil, sont scellés à plâtre, à chaux ou a ciment, ou qui ne peuvent être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans fracturer ou détériorer la partie du sol à laquelle ils sont attachés. Exemple, dit le texte: les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées, fait corps avec la boiserie. Il en est de même des tableaux et autres ornements. Les tapisseries encastrées dans les panneaux de boiserie, sont considérées comme immeubles à perpétuelle demeure.

L'article 525 semble n'admette la fixation à perpétuelle demeure que dans le cas d'une fixation matérielle et apparente. Mais la jurisprudence est allée plus loin. Elle ne réclame pas une attache absolument apparente, mais elle exige toujours une attache matérielle, elle veut que cette attache matérielle soit suffisante pour que le meuble soit considéré, d'après l'usage, et par conséquent ceci n'est pas absolu, comme faisant corps avec un immeuble, un bâtiment. Il arrivera donc que des glaces qui ne sont pas enchassées dans des boiseries soient considérées comme des immeubles à perpétuelle demeure. En effet depuis le début du XIX° siècle, on ne met plus de glaces à l'intérieur des boiseries car ce n'est plus la mode, on les attache par des pattes, mais l'usage

Source : BIU Cujas

est de les considérer comme faisant partie de l'immeuble. Ce sont des immeubles à perpétuelle demeure, et par destination. Ceci est conforme à l'usage de Paris du moins, car il n'en est pas ainsi dans toutes les villes, de donner au locataire un appartement avec des glaces. Dès lors, la jurisprudence a pu admettre que les tapisseries qui ne sont pas encastrées dans la boiserie, mais tendues sur le mur, et entourées d'un chassis sont considérées comme des immeubles par perpétuelle demeure et par destination.

L'usage fait donc ici la loi, et la jurisprudence le reconnait, bien que la loi ne le dise pas.

Mais est-ce que le législateur n'a pas admis une solution conforme à l'opinion de la jurisprudence dans l'article 525 du code civil infine ? Il parle, en effet, des statues. Elles sont immeubles quand elles sont isolées dans une niche encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ni détérioration. Cela est on ne peut plus net, et prouve qu'il n'est pas besoin d'une attache définitive, car ces statues on peut les enlever, les déplacer; ce sont cependant des immeubles à perpétuelle demeure, par destination.

En pratique il peut être difficile de déterminer quand il y a attache à perpétuelle demeure et attache par incorporation

Seulement, en pratique, il reste difficile de déterminer quand il y a attache à perpétuelle demeure et attache par incorporation, donc immeuble par nature.

D'ordinaire, on décide que tout objet mobilier faisant partie intégrante d'un immeuble, de sorte qui l'immeuble serait incomplet si cet objet faisait défaut, est un immeuble par nature. Au contraire, tout ce qui est attaché à l'immeuble d'une façon seulement accessoire, et à titre somptuaire, sera immeuble par perpétuelle demeure, donc par destination.

III) Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent

La troisième classe d'immeubles est celle des immeubles par l'objet auxquels ils s'appliquent.

Ce sont des droits

C'est l'article 526 du code civil qui a visé cette classe d'immeubles. Ce sont des droits.

Logiquement, les droits étant incorporels auraient pu demeurer en dehors de la classification des meubles et des immeubles. Un droit ne semble pas devoir être meuble ou immeuble. La classification des meubles et des immeubles devrait être réservée aux biens corporels. Cependant, le législateur de 1804 a généralisé cette division. Il a voulu que tout bien fut meuble ou immeuble. Et ici le principe adopté est un principe très simple. Tout ce qui tend à obtenir un immeuble est un immeuble, tout ce qui tend à obtenir un meuble est un meuble. Tout ce qui tend à obtenir un immeuble est un droit immobilier. Et il y a surtout des droits réels immobiliers. Il y a en outre quelques droits personnels

Source : BIU Cujas

immobiliers qui sont beaucoup plus difficiles à déterminer. Enfin il y a des droits réels mobiliers surtout. L'article 526 indique l'usufruit des choses mobilières, les servitudes et services fonciers.

Quant à la propriété, droit réel, comme on confond l'objet et le droit, il n'y a pas à faire rentrer ici la propriété. Quand la propriété porte sur un meuble, c'est un meuble, quand elle porte sur un immeuble, c'est un immeuble.

Depuis la loi de 1919, il faut y ajouter la mine.

Les droits personnels immobiliers, les droits de créances immobilières sont d'abord les actions qui tendent à revendiquer un immeuble; voilà bien des droits qui ont pour but d'obtenir un immeuble; ce sont les actions en nullité, en revendication, en rescision, en restitution qui ont pour objet de faire rentrer dans le patrimoine d'une personne un immeuble.

Mais il y a également des droits de nature immobilière en dehors de ces actions. Ils sont peu nombreux car quand une convention se forme, notamment une vente, la vente opère transfert immédiat de la propriété, de sorte que l'objet et le droit se fondant, le transfert de la propriété s'opère par le seul fait de la convention, et il ne reste pas de droit de créance immobilière.

Cependant il y a des cas dans lesquels il en est autrement. Sans doute normalement, en vertu de l'article 1138 du code civil, la vente d'un immeuble opère transfert immédiat de propriété; l'acheteur n'estpas créancier du vendeur d'un droit réel immobilier de l'immeuble; il est immédiatement propriétaire. Mais il en est autrement dans différents cas.

1) En cas de vente in genere d'immeuble. Il s'agit d'une vente de 200 m² à prendre sur un terrain ayant 10.000 m² par exemple, étant entendu qu'il y aura tant de mètres à prendre sur la rue, ou bien il s'agit de la vente faite à un colon de 100 hectares à prendre dans un domaine de plusieurs milliers d'hectares.

2) En cas de vente de l'immeuble d'autrui car si la vente d'un immeuble appartenant à autrui est nulle, en principe, d'après l'article 1599 du code civil, cette vente est valable quand elle s'analyse dans un engagement du vendeur d'acheter l'immeuble pour le transférer ensuite à son acheteur.

Enfin, il en est ainsi encore en cas de créance tendant à faire reprendre un immeuble par le vendeur antérieure.

Toutes ces créances peuvent être considérées

Source : BIU Cujas

comme réalisant des créances immobilières, des droits personnels immobiliers, et on peut y faire rentrer toutes les actions dont on a parlé précédemment.

IV)Les immeubles par détermination de la loi

Enfin la quatrième et dernière classe d'immeubles c'est celle des immeubles par détermination de la loi. Cette classe d'immeubles est apparue postérieurement au code civil. Elle comprend des droits mobiliers, des valeurs mobilières que la loi déclare immeubles pour les doter de la protection des immeubles. Ce sont des immeubles purement fictifs.

Notre loi en connaît deux sortes

Il y en a deux sortes dans notre droit.

1°)Les actions de la banque de France

I)Les actions de la banque de France. Les actionnaires peuvent demander l'immobilisation par une déclaration faite en la forme requise pour le transfert des actions nominatives.

Il y a eu un temps où l'immobilisation des actions de la Banque de France était chose fréquente. On voulait les rendre ainsi d'une aliénation plus difficile et le propriétaire pouvait emprunter sur ces actions par hypothèque puisqu'elles étaient des immeubles. Mais depuis le développement des avances sur titres auxquelles se prête la Banque de France on n'a plus recours à cette immobilisation. C'est l'art. 7 du titre VII du décret loi du 16 Janvier 1816, qui est la charte de la Banque de France, qui prévoyait cette immobilisation.

2°) Le redevance tréfoncière

Le second cas est constitué par la redevance tréfoncière.

Le concessionnaire d'une mine doit verser au propriétaire de la surface du sol une certaine somme qu'on appelle la rente foncière ou tréfoncière (articles 18 et 19 de la loi sur les mines du 21 Avril 1810) . La rente tréfoncière est un immeuble, mais si elle est cédée, indépendamment du sol, elle devient un meuble.

§ 2 - Les meubles

Le code civil ne distingue que deux catégories de meubles

Le code civil ne reconnaît que deux sortes de meubles: les meubles par nature, et les meubles par détermination de la loi.

Des auteurs, cependant, on voulu y ajouter une troisième catégorie de meubles: les meubles par anticipation. Ce sont tous les objets mobiliers incorporés au sol, mais qui sont destinés à devenir des meubles: récoltes sur pied, coupes de bois; minerais qui deviennent des meubles par leur extraction. Alors qu'ils sont des immeubles par nature, on leur fait application des règles concernant les meubles, et on en conclut que ce sont des meubles. Mais pour M.Hémard,

Source : BIU Cujas

il n'y a pas là une catégorie spéciale de meubles: ce sont des immeubles par nature, mais la convention des parties peut les traiter comme des meubles, sans en faire une classe à part. On va le voir en étudiant comment les immeubles par nature peuvent devenir des meubles.

Mais il faut prendre la distinction faite par le code civil en meubles par nature et meubles par détermination de la loi. On aboutira d'ailleurs à une triple classification.

Les meubles par nature Ils sont définis par l'article 528 du code civil

Il y a d'abord des meubles par nature (article 527 du code civil). Et l'article 528 en donne une excellente définition: " Sont meubles par leur nature, dit ce texte, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées".

La classe des meubles n'a fait que se développer. Le législateur ne fait nulle part allusion à ces meubles si importants que sont, de nos jours, les titres et les meubles incorporels que sont les titres au porteur.

Le C.C. a classé les meubles dans les art. 530 et suivants

Le code civil a classé avec soin les meubles. On ne peut, sur ce point, que renvoyer aux articles 530 et suivants qui sont extrêmement clairs. L'article 534, on le remarquera, parle de "meubles meublants". Il y a là une sorte de redondance qui s'applique aux meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements comme tapisseries, lits, sièges glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature. On verra, par ces textes, que le législateur a voulu montrer que ces meubles peuvent faire partie, en cas de vente d'une maison meublée, de la vente (Cf les articles 525 et suivants du C.C.).

Par crainte d'équivoque, dans les articles 531 et 532 le législateur a pris bien soin de dire que certains objets sur la nature desquels, au point de vue mobilier ou immobilier il y avait discussion, dans l'ancien droit, étaient des meubles. C'est ainsi que l'article 531 dit que sont meubles les bateaux à fixation permanente: les bateaux lavoirs, les bateaux bains sont des meubles. Et l'article 532 dit qu'il ne suffit pas que des matériaux assemblés pour construire une maison soient sur le point d'être incorporés pour devenir immeubles: ils restent meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction.

Détermination du moment où un immeuble par nature devient

Et on en arrive à se poser une double question: à partir de quand l'immeuble par nature devient-il des meubles ? Et jusqu'à quand les meubles sont-ils tels,

Source : BIU Cujas

un meuble

et quand deviennent-ils immeubles par nature?

En ce qui concerne les produits des végétaux

On a vu que les végétaux et leurs produits sont des immeubles par nature, pourvu qu'ils aient pris racine dans le sol. Mais les produits des végétaux sont, en principe, tant qu'ils sont pendants par leurs branches et racines des immeubles. A partir de quel moment deviennent-ils des meubles.

L'ancien droit prenait en considération l'époque de la maturité des fruits

Dans l'ancien droit, on avait admis une solution qui semble très naturelle, mais qui prêtait à difficulté. On disait que les fruits des végétaux ou les fruits des arbres étaient considérés comme meubles à partir de leur maturité. Seulement il en résultait de grandes difficultés pour fixer la maturité. Les difficultés étaient moins grandes qu'on ne pourrait le croire au moins en matière de vignobles car les temps des vendanges fixaient le temps à partir duquel la maturité était acquise.

Le code civil a adopté le critère de la récolte

Quoi qu'il en soit, le législateur de 1804 a écarté cette solution: c'est seulement quand la récolte est faite qu'on est en présence de meubles. L'article 520 du code civil dit en effet " Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles. Dès que les grains sont coupés et les fruits déttachés, quoique non enlevés, ils sont meubles. Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble "

Et l'article 521 dit la même chose pour les bois ". Les coupes ordinaires des bois, taillis ou de futaies mises en coupes réglées, ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus".

Cas exceptionnels où les fruits des végétaux sont considérés comme des meubles avant la récolte en vertu de la loi

Mais il n'y a pas lieu toujours d'attendre la séparation des fruits des végétaux. Il y a des cas où on peut, par convention, faire que des fruits encore pendants par branches ou racines soient déjà des meubles. La loi le dit en matière de saisie, et la convention des parties le fait couramment en matière de vente. L'article 626 du C.Pr.C. permet de saisir les fruits encore pendants dans les 6 mois qui précèdent l'époque ordinaire de la maturité des fruits. C'est une saisie d'un caractère spécial qu'on appelle la "saisie brandon", car dans ce cas, on met dans le champ, un brandon de paille ou bout d'un baton. Dans ce cas ce sont les fruits seuls qui sont saisis, abstraction faite du sol.

Cas exceptionnels ou ils sont immobilisés bien qu'ils soient déjà coupés

Et, inversement, on peut saisir les fruits avec l'immeuble et les fruits qui sont des meubles par leur séparation conservent alors la qualité d'immeuble en vertu de l'article 682 du code de procédure civile. Les fruits produits par un immeuble sont immobilisés bien qu'ils soient coupés, à partir de la transcription du procès-verbal de saisie-immobilière et le prix doit

Source : BIU Cujas

en être réservé aux créanciers saisissants. Ce prix sera partagé entre les créanciers, comme le prix des immeubles.

On vient de voir ainsi ce que la loi fait dans un sens ou dans l'autre. Elle répute, d'une part, meubles des immeubles par nature et d'autre part elle répute immeubles de véritables meubles.

La convention peut également mobiliser les fruits immeubles par nature

Mais la convention peut aussi mobiliser des immeubles par nature. Un propriétaire peut vendre une récolte sur pied, il peut vendre une coupe de bois à faire, il peut vendre des fruits à percevoir, des bois à couper. Il les mobilise. Il envisage par conséquent des biens dans leur état éventuel de meubles. Ce sont des immeubles par nature, mais il les envisage comme des meubles, parce que, prochainement, ces choses doivent être détachées. On doit dire alors, et c'est un principe qu'on peut poser, que tout produit d'un végétal étant destiné à être prochainement mobilisé, peut être envisagé comme un meuble, dans un contrat qui a pour but sa mobilisation future. La vente d'une récolte sur pied, d'une coupe de bois à faire, bien que ce soit un acte d'aliénation, est un acte d'un caractère particulier, et, au point de vue de sa nature mobilière ou immobilière, c'est une vente de meubles. Il faut en tirer toutes les conséquences qui sont autant d'intérêts de la distinction.

Conséquences de la mobilisation des fruits immeubles par nature

La jurisprudence en tire ces deux conséquences très importantes que, d'une part, l'administrateur des biens d'autrui ou le demi capable qui peut faire une vente mobilière peut, par avance, vendre les fruits d'une récolte. Et elle en conclut, d'autre part, que comme il s'agit d'une vente mobilière il y a là une opération qui n'est pas soumise à la publicité des mutations immobilières; à la transcription. Le fisc reconnaît qu'il s'agit d'une vente mobilière, puisqu'il ne réclame que les droits inférieurs: les droirs exigibles en matière de vente mobilière.

Dictinction établie par la cour de cassation en ce qui concerne les produits non périodiques

La cour de cassation fait toutefois, pour les produits qui ne sont pas périodiques, une distinction selon que ce sont des produits qui épuisent ou, au contraire, des produits qui n'épuisent pas le sol. Il s'agit essentiellement ici des minerais à extraire. Or extraire un minerai, c'est épuiser le sol, la mine.

Le cas est assez rare pour le charbon, mais il est fréquent pour le bauxite, minerai qui sert à faire l'aluminium. Dans le sud de la France, l'extraction est faite par de grandes sociétés qui achètent le bauxite à tant la tonne dans un terrain donné, appartenant à un propriétaire.

La jurisprudence déclare (Cour de Montpellier

Source : BIU Cujas

23 Octobre 1922-S-1923-2.-I) que la vente des produits qui ne sont pas périodiques comme les minerais a bien pour effet de mobiliser ces minerais, mais qu'elle ne les mobilise qu'entre les parties et non à l'égard des tiers. Ce sont donc des meubles entre les parties, mais ce sont des immeubles à l'égard des tiers. Et la conséquence qu'elle en tire c'est qu'il faut transcrire les actes d'acquisition de ces minerais, comme on transcrit la vente en matière immobilière.

On a ainsi envisagé le premier cas celui des produits des végétaux.

En ce qui concerne les bâtiments

Les bâtiments , eux, deviennent immeubles par nature tant que dure l'incorporation des matériaux qui les composent. Le bâtiment est, en effet, un assemblage de matériaux. Mais les matériaux redeviendront meubles, quand ils seront séparés, en cas de démolition (Cf. article 532 du C.C.).

Or de même que pour les récoltes sur pied, on peut vendre un bâtiment à démolir en envisageant sa mobilisation prochaine, et dès lors cette vente dans laquelle on ne voit qu'une vente de matériaux essentiellement doit être considérée comme une vente mobilière. Il faut, bien entendu qu'il s'agisse d'une séparation définitive, d'une véritable désagrégation car si certaines parties du bâtiment étaient séparées momentanément, si, par exemple, des fenêtres ou des portes étaient enlevées pour être repeintes, ces portes ces fenêtres resteraient des immeubles pendant leur séparation.

Telle est la première catégorie de meubles par nature.

II)Les meubles par détermination de la loi.
La loi a employé en cette matière une expression équivoque

Mais l'article 527 indique une autre catégorie de meubles: <u>les meubles par détermination de la loi.</u>

Cette expression est certainement équivoque car on peut penser à ce que sont les immeubles par détermination de la loi et on peu s'attendre à retrouver une certaine correspondance entre les meubles et les immeubles par détermination de la loi. On peut croire qu'il s'agit de meubles fictifs, comme sont des immeubles fictifs les immeubles par détermination de la loi, notamment les actions de la banque de France qui, par elles mêmes, n'ont rien d'immobilier.

Or, en réalité, en 1804 la loi a envisagé seulement les meubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

L'expression de meubles par détermination de la loi est d'ailleurs, à une autre point de vue encore, une expression équivoque, car on est bien en présence de meubles, de choses qui ne peuvent pas être des immeubles

Source : BIU Cujas

qui ne peuvent être que des meubles.

La vérité c'est qu'il faut ici parler de meubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas, dans notre droit, des meubles par la détermination de la loi comme il y a des immeubles par la détermination de la loi. C'est qu'en effet la division des meubles et des immeubles est une division brutale et qu'il faut nécessairement que tous les biens soient des meubles ou des immeubles. Et comme le caractère immobilier est l'exception, tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. Seulement pour faire rentrer dans la classe des meubles certains objets, il faut reconnaître que la loi est obligée d'imposer cette solution mais qu'en réalité il s'agit d'objets qui ne sont ni des meubles ni des immeubles.

Exemples de meubles par détermination de la loi

Il y a donc une catégorie de biens qui sont des meubles par détermination de la loi, car il s'agit de biens qui sont, en réalité, des meubles fictifs. Ainsi en est-il des brevets d'invention ? Peut-on dire qu'un brevet d'invention est un meuble ? En réalité c'est un bien qui reste en dehors de la division des biens en meubles et immeubles. De même peut-on dire qu'une propriété littéraire ou artistique soit un meuble ? Evidamment non: c'est un meuble fictif. Et il faut en dire de même des offices ministériels, et même des fonds de commerce.

Il faut y ajouter III. Les meubles par l'objet

On écartera donc dès maintenant cette catégorie véritable de meubles par la détermination de la loi et on examinera seulement les meubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Mais on vient de voir ainsi qu'on peut en réalité distinguer 3 sortes de meubles. I) Les meubles par nature, 2). Les meubles par l'objet auquel ils s'appliquent 3) Les meubles par détermination de la loi.

Parmi les meubles par l'objet auquel ils s'appliquent il faut faire une sous distinction a)Il y a d'abord tous les droits réels qui portent sur des objets mobiliers en dehors du droit de propriété

Parmi les meubles par l'objet auquel ils s'appliquent il faut distinguer deux catégories. Il y a d'abord tous les droits réels autres que la propriété portant sur des meubles. Pour la propriété on n'en parlera pas, puisque là le droit se confond avec le bien. Il s'agit des objets corporels de tous les meubles corporels sur lesquels porte un droit de propriété qui rentrent dans les meubles par nature.

Ce qu'on vise ici ce sont des droits réels autres que le droit de propriété portant sur un objet mobilier. C'est l'usufruit, le droit d'usage portant sur un meuble. Ce sont les actions mobilières qui sont exercées en justice, qu'elles aient pour but une revendication, dans les cas exceptionnels où la revendication

Source : BIU Cujas

est possible en matière mobilière, ou qu'il s'agisse d'une action en vue d'obtenir un meuble.

b) Il y a ensuite les droits personnels immobiliers

Et jusqu'à présent on n'a parlé que des droits réels ou de leur exercice. Mais sont encore meubles par l'objet auquel ils s'appliquent tous les droits personnels qui tendent, par l'intermédiaire du débiteur, à procurer au créancier la propriété d'un meuble ou d'un droit sur un meuble. Et l'article 529 en donne une énumération qu'il faut étudier avec soin car ses termes ne sont pas très clairs: les mêmes mots sont employés dans des sens différents.

L'article 529 du C.C. cite les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers

L'article 529 dit que sont meubles par la détermination de la loi (on dira par l'objet auquel ils s'appliquent) les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement tant que dure la société.

Les mots d'obligation et d'action doivent d'abord être définis car si, au début de ce texte, le mot d'obligation ne fait pas grande difficulté, le mot d'action semblerait devoir être pris dans le sens où on dit une société par actions. Or tel n'est pas lesens visé par le législateur. Le législateur d'ailleurs,dans la phrase suivante, parle d'action dans le sens où l'on dit "une société par actions". Mais ici, au début de ce texte, le mot d'action est pris dans le sens de droit. Il faut lire le texte ainsi: Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et les droits.." Le droit personnel comporte, en effet, on le verra plus loin, deux faces, d'une part il y a une obligation à la charge du débiteur, et, d'autre part, il y a un droit au profit du créancier. Or ici le mot d'action s'oppose au mot obligation, comme la créance s'oppose à la dette. Le mot de droit doit donc remplacer le mot d'action. La loi envisage les deux faces du droit et elle déclare que tout droit est mobilier quel que soit l'aspect sous lequel on l'envisage, du côté actif ou du côté passif.

Mais, dans le même texte, et aussi dans le même membre de phrase, il y a une autre expression qu'il convient de définir; le texte parle, en effet, de sommes exigibles.

D'ordinaire, on oppose les dettes exigibles aux dettes à terme. Les dettes exigibles sont des dettes dont le paiement peut-être immédiatement requis. Les dettes à terme sont celles dont le paiement ne peut

Source : BIU Cujas

être réclamé qu'à l'arrivée du terme. Ici le mot exigible sert à marquer la différence entre la créance tendant au remboursement d'un capital et la créance de rentes. Ces sommes exigibles ce sont des sommes qu'on peut réclamer en vertu d'une rente, ce sont les arrérages d'une rente . Au contraire, l'expression d'effets mobiliers vise une créance en capital.

Les actions et intérêts dans les compagnies de finance de commerce ou d'industrie

L'article 529 indique comme meubles par l'objet auquel ils s'appliquent, les actions et intérêts dans les compagnies de finance de commerce et d'industrie. Or ici le mot d'action est bien pris dans le sens où on l'emploie quand on parle de sociétés par actions.

Les actions se sont développées considérablement de sorte qu'on a pu dire que, de nos jours, on met tout en action, sauf la morale. Or par action ou intérêt il faut entendre les droits qui appartiennent à chaque associé: action, dans une société de capitaux, et intérêts, dans les sociétés de personnes on sait que dans les sociétéspar actions la responsabilité des associés est limitée tandis que dans les sociétés par intérêts, dans les sociétés de personnes, qu'on oppose aux sociétés de capitaux, la responsabilité des associés peut-être indéfinie. Quand une société se constitue chaque associé fait un apport une mise en commun et l'ensemble des apports constitue le fonds social. Chaque associé a un droit sur ce fonds social, en tant que copropriétaire du fonds social. Ainsi les associés ont droit aux bénéfices qui ont été réalisés pendant la vie de la société. Dès lors, comment va-t-on qualifier leur droit ? Leur qualité d'associé leur confère des prérogatives: va-t-on dire que les actions, les intérêts d'un associé varieront selon l'objet auquel s'applique son droit ? Devra-t-on dire que quand il s'agit de la distribution de bénéfices mobiliers, le droit de l'associé sera mobilier mais que s'il s'agit de bénéfices immobiliers, si lors de la liquidation de la société une action donne droit à des immeubles, le droit de l'associé sera immobilier ? Il n'a pas paru possible de faire varier selon la distribution de l'actif social et aussi d'après l'époque où on se plaçait, suivant qu'on se plaçait à l'époque de la liquidation, ou pendant le fonctionnement de la société, le droit de l'associé selon l'objet qu'il obtiendrait.

Et c'est la solution qu'a adopté l'art. 529 du code civil, article d'où on a tiré toute la théorie de la personnalité morale, au lendemain du code civil.

L'article 529 dit en effet que, toujours, les actions et intérêts constituent des meubles, et il ajoute "encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies".Donc, même s'il y a des immeubles, même si la société n'a en vue que des entreprises immobilières, les actions et parts

Source : BIU-Cujas

d'associés sont des meubles. Comment justifier cette solution ?

On en donne deux explications.

Comment se justifie la disposition de l'art. 529 du C.C. certains l'expliquent par la théorie de la personnalité morale

Les uns l'expliquent par l'idée de personnalité morale.

Cette explication est classique. A côté des personnes physiques, on l'a vu, il y a des personnes morales. Comme à tout droit il faut un sujet, comme il n'y a pas de droit sans sujet, quand on n'a pas trouvé de sujet consistant en une personne physique, on a crée, par la théorie de la personnalité fiction, ou par la théorie de la personnalité réelle, une personne morale. Dès lors, les associés ne sont plus co-propriétaires du patrimoine social; c'est la société qui en est propriétaire, et le patrimoine social se trouve ainsi unifié.

D'où il résulte les conséquences suivantes.

I) Le patrimoine est unifié en la personne d'un seul propriétaire qui est la société.

2) Le patrimoine social est entièrement séparé du patrimoine des associés.

3) Les créanciers de la société, considérée comme une personne morale, fictive ou réelle, ont un gage exclusif sur ce patrimoine social, ils ont un privilège par rapport aux créanciers personnels des associés, tant que la société subsiste, et même tant qu'elle n'est pas liquidée, car, après sa dissolution, elle subsiste pour les besoins de sa liquidation.

L'action ne représente donc pas une part de copropriétaire susceptible de varier selon l'objet auquel elle s'applique, c'est-à-dire susceptible d'être immobilière ou mobilière, suivant que l'associé aura des meubles ou des immeubles: elle est toujours mobilière, car il faut envisager le droit de l'associé, action ou intérêt, comme une sorte de créance à l'égard de la société, donc c'est un meuble et les actions et intérêts sont des meubles.

Cette explication est très simple en ce qui concerne la personnalité fiction car il est toujours simple d'expliquer une institution par une fiction.

Mais elle avait les inconvénients que nous avons signalés; notamment, autrefois, avant que la cour de cassation, en I89I n'ait reconnu largement la personnalité morale des sociétés civiles, on devait dire que, dans les sociétés civiles, les droits des associés variaient de nature selon l'objet sur lequel il portait (meubles, ou immeubles). Et de nos jours, malgré la loi sur les associations, des difficultés peuvent s'élever à cet égard.

En réalité ce texte s'explique

C'est pourquoi on admet, de plus en plus, une notion beaucoup plus simple: on fait reposer la person-

Source : BIU Cujas

par l'idée de la propriété collective

nalité morale sur l'idée de propriété collective. Il n'y a pas ici à se préoccuper de la personne: ce sont toujours des personnes physiques qui doivent profiter des biens des groupements et cette propriété collective montre, dans les personnes morales, un ensemble de biens soumis à un régime de propriété particulier et affectés à un but précis, le but social.

En vérité cette conception est traditionnelle. On l'a oubliée au moment où le code civil a commencé à s'appliquer.

Mais, dans notre ancien droit, on reconnaissait qu'il y avait des communautés de famille, par exemple, les communautés taisibles qu'on appelait les "communautés de pain et de pot". Ces communautés se rencontraient à la campagne. Or les différentes personnes qui entraient dans cette communauté n'étaient pas propriétaires des biens communs: les biens communs étaient affectés à la famille. La part de chaque communiste s'individualisait dans un droit de propriété collective; elle ne s'individualisait pas dans une propriété séparée, individuelle, et chaque communiste ne pouvait provoquer le partage des biens, ni la dissolution de la communauté. De plus, il n'avait pas un droit portant sur un objet déterminé, il avait un droit indéterminé qu'on qualifiait de meuble. Et qui était uniquement caractérisé par sa valeur économique, pécuniaire. C'était un droit mobilier, alors même qu'il portait sur un immeuble existant dans le patrimoine de cette communauté.

Il en était ainsi dans l'ancien droit, non seulement des communautés, mais des sociétés, même non reconnues comme personnes civiles. L'ensemble des biens constituant l'apport des communistes était un patrimoine d'affectation conforme au but poursuivi par la société ou la communauté. Il en résultait une unification du patrimoine, au profit du groupe, une séparation du patrimoine commun du patrimoine des associés et l'affectation des biens communs soumis à cette propriété collective au paiement des créanciers du groupement de la société ou de la communauté. Dès lors, on était en présence d'un droit mobilier, envisagé par sa nature pécuniaire. Et, dans l'ancien droit, tout droit n'ayant qu'une valeur pécuniaire n'était pas considéré comme ayant une grande valeur sociale: Il était considéré comme un meuble.

Ainsi l'article 529 aurait dû s'expliquer très simplement par la propriété collective affectée à un but social. Mais on a oublié la tradition française et on est allé chercher une notion d'origine étrangère, celle de la théorie de la personnalité morale, pure fiction.

L'article 529 parle, en outre, des rentes per-

Source : BIU Cujas

L'article 529 parle en outre des rentes perpétuelles et des rentes viagères sur l'état ou les particuliers

pétuelles et des rentes viagères sur l'état ou sur les particuliers (article 529 al. 2).

On appelle rente, un droit consistant, pour le créancier, à exiger , périodiquement, en général annuellement, les revenus d'un capital fourni par lui au débiteur et qu'il s'est interdit de jamais réclamer. Le créancier est le crédit rentier; le débiteur est le débit rentier, et les revenus sont appelés arrérages.

Les rentes sont perpétuelles si elles doivent durer indéfiniment elles sont, au contraire, temporaires si elles ont une durée limitée: d'ordinaire cette durée est la vie d'une personne: on les appelle alors des rentes viagères.

a)Les rentes perpétuelles

Dans la rente perpétuelle le crédit rentier ne peut réclamer le remboursement du capital moyennant lequel la rente a été créée, mais le débit rentier a la faculté de rembourser le capital. Ce remboursement du capital est appelé le rachat pour les rentes des particuliers et, pour les rentes sur l'état, c'est une opération assez importante qu'on appelle la conversion.

b) Les rentes temporaires

Au contraire, pour les rentes temporaires, les rentes viagères dont la durée est restreinte, le débiteur ne peut en imposer le rachat au créancier.

Sous l'ancien droit on distinguait

Les constitutions de rentes étaient fréquentes dans l'ancien droit. Mais elles se présentaient d'une autre façon que de nos jours.

On distinguait la rente foncière et la rente constitué.

I) La rente foncière

La rente foncière était établie comme condition de l'aliénation d'un immeuble. Le crédit rentier aliénait un immeuble au débit rentier, et il était convenu que celui-ci servirait les arrérages d'une rente à perpétuité.

2) Et la rente constituée

Quant à la rente constituée, elle était établie comme condition de l'aliénation d'un capital en argent.

Or il y avait de grandes différences entre ces deux catégories de rentes.

Le rôle de chacune de ces catégories de rente dans l'ancien droit au point de vue économique

Au point de vue économique, la rente foncière avait sa source dans une vente qu'on appelait le bail à rente. En raison de la rareté des capitaux, elle formait le mode normal d'aliénation des immeubles. Il était difficile alors de trouver le capital nécessaire pour payer l'immeuble, et il était plus commode de verser une rente, d'autant que les fruits de l'immeuble y servaient.

La rente constituée servait à satisfaire un autre besoin économique: elle permettait d'échapper à la prohibition du prêt à intérêt.La rente constitué pouvait apparaître, au fond, comme une sorte de prêt mais on se gardait de la qualifier de prêt, on la qualifiait

Source : BIU Cujas

de vente et comme elle était une vente elle échappait à la prohibition du prêt à intérêt. On envisageait le droit à la rente comme une sorte d'immeuble car les rentes, en raison de leur importance, étaient qualifiées d'immeubles. Et on comparait les arrérages des rentes aux fruits d'un immeuble. On disait que le capital en était épuisé. Le crédit rentier était tenu pour un vendeur. Il avait aliéné un bien, le droit à la rente moyennant un capital qui devait être payé chaque année par le débit rentier, tenu pour un acheteur.

Au point de vue juridique

La rente foncière d'autre part; et c'est là une autre différence, au point de vue juridique, pouvait être exigée de toute personne détentrice de l'immeuble. Au contraire, la rente constituée ne pouvait être exigée que du débit rentier.

En outre les rentes foncières, dans l'ancien droit, n'étaient pas rachetables: le débit rentier ne pouvait se débarasser de la rente qu'en abandonnant l'immeuble, " en déguerpissant" comme on disait. Au contraire, en matière de rente constituée, on pouvait racheter la rente, et, par conséquent, les rentes constituées étaient qualifiées d'immeubles, en raison de leur importance.

Le C.C. ne connait plus que les rentes réservées et les rentes à prix d'argent

Le code civil a supprimé ces distinctions: il n'y a plus rien aujourd'hui qui ressemble à la rente foncière correspondant à un droit particulier sur un immeuble. Il n'y a plus que des rentes constituées comme prix d'un immeuble ou d'un capital. On parle alors seulement assez volontiers de rentes réservées là où autrefois on parlait de rentes foncières, tandis que là où autrefois on parlait de rentes constituées, on parle de rentes à prix d'argent.

Or il existe entre ces deux rentes des différences importantes:

Différences entre ces 2 catégories de rentes

I) Le vendeur et l'acheteur peuvent fixer à leur gré le montantdu capitalà rembourser pour le rachat de la rente comme pour le montant des arrérages. Mais on verra, en lisant les textes, qu'il y a des difficultés, selon des conditions du rachat. Il peut y avoir pour les rentes constituées application de la loi du 3 Septembre 1807 qui prohibe l'usure en matière de prêt à intérêt, car la rente à prix d'argent constitue une sorte de prêt.

2) D'autre part, dans la rente constituée, le crédit rentier est tenu pour un simple créancier, sans garantie particulière, tandis que dans la rente réservée, le crédit rentier est considéré comme un vendeur: il est protégé par le privilège du vendeur, article 2103 du code civil, et il peut obtenir larescision de la vente quand il y a eu lésion de plus des

Source : BIU Cujas

7/I2, article 774 du code civil.

3) Enfin, en cas de non paiement, quand il s'agit d'une rente réservée le vendeur peut demander la résolution de la vente (art. I654 du code civil) tandis qu'en cas de non paiement de la rente à prix d'argent on ne peut demander la résolution et le remboursement du capital qu'après 2 ans d'interruption dans le règlement des arrérages (art. I9I2)

Chapitre 2

LES BIENS ENVISAGES DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES PERSONNES.

On peut diviser les biens envisagés dans leurs rapports avec les personnes en deux catégories

Une double distinction est naturelle dans cette étude des biens envisagés dans leurs rapports avec les personnes. On peut distinguer tout d'abord les biens qui sont objets du commerce, et ceux qui sont hors du commerce, et on peut, en second lieu, distinguer les biens sans maître et les biens appropriés.

Les biens peuvent être objets du commerce ou hors du commerce

Les biens peuvent être tout d'abord envisagés comme objets du commerce. On l'a établi; toutes les choses ne sont pas des biens, car certaines choses ne peuvent être soumises à l'action du pouvoir de l'homme en raison de leur étendue, de leur fluidité, comme l'eau de la mer par exemple, toutes ces choses ne sont susceptibles de propriété privée que d'une façon limitée. Et toutes ces choses ne sont pas des biens. Mais ici on est en présence de choses qui sont des biens, sur lesquelles peut s'exercer un droit de propriété individuel, privatif, et qui cependant ne peuvent être l'objet de conventions entre les particuliers, car elles sont hors du commerce. La loi, à plusieurs reprises, a parlé de ces choses qui sont hors du commerce. C'est ainsi que l'art. II28 du C.C. dit que: " Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions". Et l'art. I598 déclare que: " Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation". Enfin l'art. 2I26 s'exprime en ces termes: " On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce".

La mise hors du commerce est absolue

Cette mise hors du commerce est tantôt absolue et tantôt relative.

Elle est absolue quand on est en présence de biens qui ne peuvent pas entrer dans l'ensemble des biens d'un particulier. C'est le cas notamment des

Source : BIU Cujas

choses qui appartiennent à l'Etat, aux départements et aux communes. Et c'est ce qu'on trouve indiqué dans l'art. 538 du C.C. "les chemins, routes et rues, à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, les lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérée comme des dépendances du domaine public". Ils sont donc considérés comme hors du domaine privé.

De même, les fonctions publiques doivent être considérées comme hors du commerce. Elles sont, en effet, une simple délégation de la puissance publique.

ou relative

Mais la mise hors du commerce peut être, d'autre part, simplement relative. Il en est ainsi quand les biens dont s'agit ne peuvent être mis dans le commerce que sous certaines conditions. Il est, en effet, des biens qui ne peuvent être vendus librement. C'est ainsi que la vente des substances vénéneuses n'est autorisée que dans les termes de la loi du 19 Juillet 1845. C'est le cas de l'absinthe: depuis le début de la période de guerre, on a supprimé en 1914, complètement la vente de l'absinthe. Et il faut encore ranger dans cette catégorie, la prohibition d'opérations sur les immeubles dotaux de la femme dotale qui sont inaliénables, art. 1454 du C.C. Et on aura à se demander s'il n'est pas possible, même à un particulier, de mettre en dehors du commerce des biens d'une façon plus ou moins complète, par une stipulation d'inaliénabilité et d'insaisissabilité.

Les offices ministériels enfin peuvent être considérés comme hors du commerce, car un officier ministériel n'a pas le droit de disposer librement de son office ministériel; il ne peut que présenter un successeur à l'agrément du gouvernement.

II. Les biens peuvent être sans maître ou sujets d'appropriation.

La seconde catégorie de biens qui sont sujets d'appropriation, retiendra plus longtemps. Ici on distingue les biens ou les choses sans maître, les choses du domaine et les choses appropriées.

Les biens sans maître

Il y a d'abord les biens sans maître. Ce sont des biens qui sont dans le commerce. Ce sont des biens qui sont susceptibles de propriété privée, mais qui n'ont pas encore de maître. Deux textes les visent, l'art. 539 et l'art. 713 du C.C. D'après l'art. 539 " Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritier, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public". En un mot, tous les biens sans maître sont

Source : BIU Cujas

du domaine public, et dans l'art. 713 on retrouve la même solution. " Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat". Il semble, par conséquent qu'il n'y ait pas à se préoccuper de la question des biens sans maître, car si ces biens n'ont pas de maître, ils en ont nécessairement un qui est l'Etat.

Mais, en réalité, il faut donner à l'art. 539 comme à l'art. 713 une interprétation qui n'est pas une interprétation littérale, mais qui a été donnée à ce texte dès 1804 et qui est en somme naturelle.

D'abord ce n'est pas l'attribution des choses prises individuellement, ut singuli qui est faite par ces textes. L'Etat devient propriétaire non pas de tous les objets sans maître, mais il devient propriétaire de tous les immeubles sans maître et de tous les meubles considérés comme une universalité. Et c'est ce que vise l'art. 539 quand il dit "Les successions abandonnées, (c'est-à-dire en déshérence,) sans maître, qui n'ont pas d'héritier et appartiennent à l'Etat". Telle était la pensée du législateur de 1804 et telle est l'interprétation qui est donnée par tout le monde à ce texte. C'est d'ailleurs la seule interprétation possible. Sinon, en effet, il faudrait reconnaître comme bien sans maître des biens dont la propriété importerait très peu à l'Etat. Il faudrait y placer tous les animaux sauvages qui n'ont pas de maître. Ces animaux devraient alors appartenir à l'Etat: le gibier qui court, tous les poissons seraient à l'Etat. Jamais personne n'a songé à soutenir pareille chose. Et il y a même des lois qui règlent la pêche, la chasse, et qui reconnaissent par conséquent, la possibilité pour les particuliers de réclamer un droit sur le gibier ou sur le poisson pris. Il en est de même des produits de la mer. Va-t-on prétendre que les coquillages qui sont rejetés sur les rives, que le goémon qui s'y trouve sont à l'Etat ? Enfin, les res dereleictae, les choses abandonnées que le propriétaire a rejetées et qui servent à l'industrie des chiffoniers seraient à l'Etat. On parle ici, bien entendu de choses abandonnées, mais non de choses perdues, car les choses perdues ont un maître, seulement on ne le connaît pas. Tous ces biens sont des choses sans importance et on ne peut dire que l'Etat en soit propriétaire. Les biens sans maître sont, en effet, seulement les immeubles et les universalités mobilières ou immobilières.

Les biens du domaine sont ceux qui appar-

Source : BIU Cujas

Les biens du domaine

tiennent à une circonscription territoriale: l'Etat, les départements, les communes. Ils présentent une valeur pécuniaire. Ils seraient susceptibles, s'ils n'appartenaient pas à cette circonscription territoriale, de propriété privée. Ils appartiennent, au fond, à tous les citoyens d'un même Etat, d'un même département ou d'une même commune. Ils sont soumis à un régime spécial , celui de la propriété collective, qui ne leur est pas d'ailleurs absolument réservé, puisque les soi-disant personnes morales forment aussi des propriétés collectives.

L'art. 537 du C.C. distingue les biens des particuliers des biens du domaine. On reparlera des biens du domaine en étudiant la propriété collective sous ses différentes formes, et c'est pourquoi on en arrive maintenant aux biens d'appropriation privée.

Les biens d'appropriation privée. L'ensemble des biens qui appartiennent à une personne s'appelle le patrimoine.

Tous les biens qui sont dans le commerce peuvent être l'objet d'une appropriation privée. Et l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne s'appelle le patrimoine.

Le patrimoine est l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne et qui offrent une valeur économique, c'est-à-dire une valeur qu'on peut apprécier en droit.

Les divers sens du mot patrimoine

Le mot de patrimoine est d'ailleurs pris dans beaucoup d'autres sens. Ainsi, on parle d'une personne qui recueille une succession de ses parents, et on dit qu'elle recueille un patrimoine de famille. De même , pour parler d'une personne qui a une certaine fortune on dit qu'elle a du patrimoine. Le mot de patrimoine est employé pour désigner un certain ensemble de biens; ainsi on dit d'une jeune fille qui se marie: " Il y a du patrimoine". Et on emploie encore plus généralement ce terme quand, parlant d'un Etat on parle de son patrimoine intellectuel ou moral. C'est ainsi qu'on parle du patrimoine intellectuel et moral de la France.

L'expression du patrimoine pourrait, en effet, prêter à ambiguité si, au fond, tout le monde n'était pas d'accord sur son sens.

Les divers vocables sous lesquels les Romains désignaient le patrimoine

Les Romains avaient pour désigner le patrimoine des vocables très divers. Dans la Loi des XII Tables, le patrimoine est visé par la formule: familia pecuniaque: c'était l'ensemble de tous les biens qu'on pouvait posséder. Mais, très vite, on appela le patrimoine, ensemble des biens, bona. Les bona comprenaient tous les éléments du patrimoine présentant un intérêt économique. On disait aussi plus tard les facultates, et par là ce qu'on voulait dire surtout c'est qu'une personne avait la possibilité d'acquérir un patrimoine

Source : BIU Cujas

et on confondait les bona avec les facultates, bien que les facultates visaient surtout la puissance d'acquérir des biens d'une personne. Enfin on trouve encore l'éxpression de patrimonium, mot d'une bonne latinité, qui est encore employé par certains auteurs. Voilà comment les Romains exprimaient ce que l'on entend par patrimoine.

Théorie du patrimoine

De nos jours on a donné au mot patrimoine, en droit civil, un sens très précis, tel qu'on a voulu construire une théorie du patrimoine.

Cette théorie a été exposée surtout dans le Cours de Droit civil français, d'Aubry et Rau, revu par Bartin, Tome IX. Elle a été immédiatement adoptée par tous les auteurs et ce n'est seulement qu'au début de ce siècle que des critiques ont été élevées à l'encontre de cette théorie, devenue classique: elle a été adoptée entièrement par la jurisprudence, et il faut reconnaître qu'il y a, dans les textes ou dans l'esprit des textes, de nombreuses solutions qui s'expliquent par elle.

Cette théorie déduit le patrimoine de l'idée de personnalité. C'est l'idée du patrimoine personnifié. A cette théorie, M. Hémard en oppose une autre qui cherche l'éxplication du patrimoine dans l'affectation, dans le but des siens: on l'appellera la conception du patrimoine d'affectation.

La théorie classique du patrimoine personnalité telle qu'elle a été exposée par Aubry et Rau et par M. Bartin

Etudions d'abord la conception classique du patrimoine personnalité.

" Le patrimoine, disent Aubry et Rau Tome IX, p. 333, est l'ensemble des biens d'une personne, envisagés comme formant une universalité de droits et présentant une valeur économique". Le patrimoine est donc une sorte de partie de la personnalité de l'homme". "Le patrimoine, lit-on encore, page 335 est une émanation de la personnalité, c'est l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle ". Et la note de la page 334 dit: " Le patrimoine étant dans sa plus haute expression la personnalité même de l'homme considéré dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut avoir des droits, comprend non seulement les biens acquis, mais les droits à acquérir".

Ainsi envisagé le patrimoine est une masse active. Mais la personne qui possède un patrimoine a aussi une masse passive: elle a des obligations à l'égard des tiers, et, par correspondance à son actif, il faut établir, pour savoir ce qu'il y a dans son patrimoine, son passif. C'est la contre-partie de l'existence des biens. Il faut donc dire que le patrimoine

Source : BIU Cujas

est un ensemble de biens, en y comprenant les droits et les obligations.

Pour savoir à un moment donné quelle est la situation exacte d'une personne il est nécessaire, de l'actif de déduire le passif. C'est ce qu'on exprime dans la formule: Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Bona c'est le patrimoine.

Le patrimoine constitue donc une entité distincte. Le patrimoine est de nature purement intellectuelle, lit-on p. 334 Tome IX. Le patrimoine est un élément distinct des choses qui le composent. C'est une entité juridique, mais on l'envisage par rapport à sa valeur économique.

Conséquences de la théorie du patrimoine personnalité. 1°)Il n'y a que les personnes qui peuvent avoir un patrimoine

Du rapprochement du patrimoine et de la personne découlent deux conséquences importantes.

Tout d'abord, puisque le patrimoine est un attribut de la personne, une partie de personnalité, il n'y a que des personnes qui peuvent avoir un patrimoine. Il n'y a pas de patrimoine là où il n'y a pas de personne, pas plus qu'il n'y a de droit sans sujet. Les personnes seules ont cette aptitude à acquérir des biens et à contracter des obligations. Et c'est ce qui fait que, dans la doctrine courante, quand on ne rencontre pas de personne physique on en crée une. C'est ce qui a amené à parler de personne morale fiction ou réalité. Donc il n'y a de patrimoine que pour les personnes physiques ou morales.

2°)Toute personne a un patrimoine

En second lieu, puisque le patrimoine ne comprend pas seulement les biens acquis, mais ceux qu'on peut acquérir, il va falloir dire que toute personne a un patrimoine. Alors même qu'une personne ne possède rien, elle a un patrimoine, car elle a une aptitude à acquérir des biens. Le mot de patrimoine est ici synonyme d'aptitude à acquérir des biens, de capacité juridique. On a en effet défini le patrimoine: la puissance juridique d'une personne, on ajoute quelquefois sa puissance juridique d'acquérir. Les Allemands disent: "ferdegen", pouvoir; ce n'est que la traduction du mot latin " facultates", qu'on emploie d'ailleurs quand on dit qu'une personne est obligée de payer "selon ses facultés".

Donc, même quand on n'a rien, on a un patrimoine, et peu importe que l'ensemble des droits soit inférieur à la masse des obligations. Même en présence d'une personne insolvable, ayant plus de dettes que de créances, il faut dire que cette personne a un patrimoine.

3)Toute personne n'a qu'un patrimoine

3°)La notion de patrimoine étant dépendante de l'idée de personnalité, il n'y a un patrimoine que là où il y a une personne et là où il y a une person-

Source : BIU Cujas

ne il n'y a qu'un patrimoine. Toute personne, par conséquent, n'a qu'un patrimoine. Le patrimoine est un et indivisible, comme la personnalité humaine, puisqu'il est lié à la personnalité humaine.

On est obligé d'ailleurs de reconnaître qu'il y a, à cette indivisibilité, des exceptions nombreuses. Aubry et Rau p. 338 disent notamment: " Bien que le patrimoine soit en principe un et indivisible, notre droit reconnaît cependant certaines universalités juridiques qui s'en distinguent".

Cependant cette 3° conséquence de l'avis même des partisans de cette doctrine, souffre de nombreuses exceptions

On pourrait s'imaginer qu'il y a seulement quelques exceptions peu nombreuses; or, en réalité, il y en a de très variées. Il y a d'assez nombreux cas dans lesquels, à côté de son patrimoine général, une personne peut avoir des patrimoines particuliers. Ainsi, il y a un patrimoine séparé quand un héritier n'accepte une succession que sous bénéfice d'inventaire (art. 800 du C.C.) et notamment le bénéfice d'inventaire entraîne la séparation des patrimoines.

Il en est de même quand une femme mariée après la dissolution du régime de communauté, invoque la séparation des patrimoines du mari, de la communauté et d'elle-même. Il y a là un bénéfice qui lui est accordé, bénéfice analogue au bénéfice d'inventaire et qu'on appelle le bénéfice d'émolument, art. 1483 du C.C. D'autre part, les créanciers d'une succession qui avaient un débiteur solvable, quand la succession est acceptée par un héritier insolvable, peuvent demander la séparation des patrimoines, art. 898 du C.C. En effet, s'ils n'obtenaient pas la séparation des patrimoines, ils deviendraient créanciers de l'héritier; or l'héritier est insolvable. Il y a également un patrimoine séparé dans le cas du droit de retour légal établi surtout par l'art. 774 du C.C. Quand un ascendant a donné des biens à son descendant, et que ce descendant meurt sans postérité, l'ascendant peut reprendre, dans la succession du descendant, les biens qu'il a donnés. Et il les reprend comme un petit patrimoine distinct. Il en est de même pour le cas qui est visé par l'art. 120 du C.C. Les biens de l'absent forment un patrimoine plus ou moins indépendant, suivant le moment où on se place, dans le patrimoine des héritiers de l'absent. Il en est encore de même en cas de substitution, art. 1048 et suivants du C.C., en cas de bien de famille, depuis la loi du 12 juillet 1909. Et il en est ainsi également pour les biens réservés de la femme mariée salariée. Cette femme a un patrimoine spécial, et cela est si vrai qu'on parle couramment du patrimoine réservé de la

Source : BIU Cujas

femme salariée. Enfin, on parle couramment du patrimoine dotal de la femme. Les biens dotaux appartenant à la femme forment un patrimoine. On parle d'ailleurs aussi bien du patrimoine paraphernal que du patrimoine dotal. Ce sont autant de cas dans lesquels il n'est pas vrai qu'il n'y ait qu'un patrimoine, autant de cas où un autre patrimoine vient s'ajouter au patrimoine général. Et on peut supposer le cas d'une femme mariée sous le régime dotal, qui a, en plus du patrimoine dotal et du patrimoine paraphernal, un patrimoine réservé parce qu'elle gagne sa vie. Enfin on peut supposer qu'elle s'est constituée un bien de famille. Cette femme a par conséquent plusieurs patrimoines.

La règle que toute personne n'a qu'un patrimoine, de l'avis même de ceux qui soutiennent la théorie du patrimoine-personnalité subit donc de nombreuses exceptions.

4)Le patrimoine dure tant que dure la personne

Le patrimoine - et c'est la 4ème conséquence de la théorie classique, - étant inséparable de la personne, dure ce que dure la personne, et tant qu'elle vit on ne peut le rendre indépendant. Une transmission intégrale du patrimoine n'est pas possible, entre vifs. Elle ne sera possible qu'à la mort d'une personne. A cette époque, son patrimoine passera à ses héritiers, mais c'est qu'alors la personne disparaît. Et cela est si vrai que le patrimoine est inséparable de la personne, que, traditionnellement, depuis le droit romain, on dit que la transmission du patrimoine se fait à l'héritier qui continue la personne du défunt.

5)Le patrimoine représente une universalité juridique absolument distincte des éléments qui le composent

Enfin le patrimoine, et c'est la 5ème conséquence, représente une universalité juridique absolument distincte des éléments qui le composent. Les bien d'un patrimoine forment un tout. De même, ils sont soumis à une seule volonté, parce qu'ils ont, pour les diriger, un même pouvoir juridique qui parvient à assurer la gestion unifiée dont on a parlé à propos de la personnalité morale. Peu importe les variations du patrimoine, ce patrimoine subsiste toujours, et même quand il n'y a rien dans le patrimoine d'un individu, il n'y en a pas moins un patrimoine. C'est l'univesalité du patrimoine qui permet qu'il en soit ainsi.

Intérêt que présente l'introduction du caractère d'universa-

L'introduction de ce caractère d'universalité du patrimoine a un triple intérêt:

I°)Les créanciers ont sur le patrimoine de leur débiteur un droit de gage général. Ils ont ce droit sur l'ensemble de ses biens, sur l'ensemble du patrimoine, et c'est parce que le patrimoine forme.

Source : BIU Cujas

lité du patrimoine

une universalité que ce droit de gage général appartient aux créanciers.

2° D'autre part, l'universalité explique la transmission du patrimoine au décès d'une personne. Quand une personne vient à mourir, son patrimoine est définitivement fixé. C'est un ensemble de biens, une universalité. Et ce patrimoine ne peut plus s'accroître, durer. Les différents éléments qui le composent sont définitivement déterminés et passeront tels quels à l'héritier.

3°) Enfin on peut remarquer que c'est de l'universalité qu'il faut tirer la subrogation des éléments du patrimoine les uns aux autres, ce qu'on appelle la subrogation réelle. Parce qu'il y a une universalité susceptible de modifications sans que le patrimoine soit changé, il en résulte que les biens peuvent se modifier en plus ou en moins. Un bien peut remplacer un autre, le patrimoine subsiste toujours.

Critique de cette théorie

Cette conception classique se présente avec l'apparence d'une forte armature scientifique. Elle est, au fond, très simple et très logique, et c'est cette simplicité et cette logique qui l'ont fait accepter quand elle a été présentée par Aubry et Rau. Mais, comme le disent ses auteurs, c'est une conception purement intellectuelle. Et à cette conception purement intellectuelle, on va substituer la conception du patrimoine d'affectation, d'après laquelle il faut voir les choses, sans s'en tenir à une notion de pure technique juridique; il faut voir les faits.

La théorie du patrimoine d'affectation

Le patrimoine, dans cette conception est un ensemble de biens présentant une valeur économique, c'est-à-dire appréciable en droit et affecté à un but ayant une affectation déterminée. Le tort de la conception classique a été de vouloir personnifier ce but. Il est vrai que, normalement, ces biens sont soumis à l'action d'une même volonté, celle de la personne. Mais ce qui importe plus que tout, c'est le but, la destination de ces biens.

S'agit-il d'une personne quelconque, physique, le but est un intérêt individuel. S'agit-il d'un groupement plus ou moins large, d'une société ou de l'Etat, ce but est l'intérêt social, ou Social avec un grand S pour l'Etat.

Mais cela n'empêche pas d'admettre l'aptitude de ce patrimoine à varier, cela ne modifie pas la composition active ou passive du patrimoine, et le patrimoine ne se comprend que déduction faite des dettes. Cela ne modifie pas la composition active et passive, mais le patrimoine n'est plus une entité dictincte: c'est une réalité, un ensemble de biens.

Source : BIU Cujas

Conséquences de cette théorie

Et de là vont découler des conséquences inverses de la première théorie.

1) Partout où il y a affectation il y a patrimoine

Il ne faut pas dire que les personnes seules sont capables d'avoir un patrimoine. Mais il faut dire plutôt que où il y a une affectation, on est en présence d'un patrimoine. Ce n'est d'ailleurs que la suite de la véritable conception qui doit servir à expliquer ce qu'on entend par personne morale. Par personne morale on justifie l'autonomie patrimoiniale plus ou moins marquée. Elle est collective pour les sociétés par intérêts, au contraire elle est très poussée, très perfectionnée quand ils'agit de la plus haute personne morale: l'Etat.

2)Toute personne n'a pas un patrimoine

La seconde conséquence, c'est qu'on ne dira pas que toute personne a un patrimoine. Décider que toute personne a un patrimoine, c'est confondre la notion de patrimoine et de personnalité, c'est confondre la notion de patrimoine avec la notion de puissance d'acquérir des droits juridiques. Et même ceux qui conservent la conception du patrimoine personnalité sont obligés d'avoir recours à une confusion entre le patrimoine, ensemble de biens, et la personnalité, aptitude à posséder .

Pour M. Hémard, le patrimoine est l'ensemble des biens appartenant à une personne et offrant une valeur juridique. Mais l'ensemble des biens doit être envisagé simplement, comme disaient les Romains, comme des bona. Ici on confond bona et facultates,facultates qui vise la puissance d'acquérir. Or, quel intérêt y a-t-il à dire qu'un enfant qui vient de naître de parents pauvres a un patrimoine, s'il n'y a rien dedans?

3)Une personne peut avoir autant de patrimoines distincts qu'il y a de buts à sa propriété

En troisième lieu, alors que dans la théorie classique on dit que toute personne n'a qu'un patrimoine, il faut dire qu'une personne, physique ou morale, peut avoir autant de patrimoines qu'il y a de buts distincts à sa propriété. Dès lors, les différents cas dans lesquels on voit des exceptions, dans la théorie classique, vont devenir la règle. Ainsi, une femme mariée aura plus ou moins de patrimoines d'une affectation plus ou moins marquée, mais elle en aura plusieurs: elle aura un patrimoine dotal, un patrimoine paraphernal et un patrimoine réservé par exemple; elle pourra, en outre, avoir un bien de famille enfin elle pourra avoir accepté sous bénéfice d'inventaire une ou plusieurs successions, et il y aura autant de patrimoines différents qu'il y aura eu d'acceptations sous bénéfice d'inventaire.

On écarte donc l'unité et l'indivisibilité du patrimoine. Le patrimoine peut être de différentes façons, il peut y avoir plusieurs patrimoines, et cela est

Source : BIU Cujas

si bien dans la tradition française que, dans l'ancien droit, on distinguait entre les biens meubles et les acquêts, les propres et les biens nobles.

Cette distinction entre les patrimoines était quelque chose qui semblait dangereux à l'époque du C.C. On retrouve là le désir du législateur de ne plus conserver cette distinction des meubles et des acquêts L'art. 732 l'indique très nettement. D'après l'art. 732 en effet:"La loi ne considère ni la nature, ni l'origine des biens pour en régler la succession".

De nombreux textes du C.C. en effet reconnaissent l'existence d'un patrimoine indépendant.

Mais à côté de cette disposition, combien nombreux sont les textes qui, dans le C.C. reconnaissent un patrimoine indépendant, et qu'on a cité plus haut.

Enfin, il faut admettre entièrement la dernière conséquence de la théorie classique: il faut admettre que le patrimoine est une universalité de droits. C'est un ensemble de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire, liés à une affectation commune.

4)Le patrimoine est une universalité

Mais n'y a-t-il que des universalités de droits ? A côté de ces universalités de droits il y a les universalités de fait. L'universalité de droit, c'est par exemple une hérédité et une universalité de fait;c'est surtout une bibliothèque, une collection, un troupeau. L'universalité de fait n'a pas de passif, elle constitue une masse active seulement, et elle se distingue par là de l'universalité de droits. L'universalité de fait montre une réunion de biens qui sont associés les uns les autres par un lien matériel plus ou moins net. Au contraire, l'universalité de droits montre des biens qui ne sont réunis les uns aux autres que par un lien purement intellectuel. C'est le cas par exemple des biens dotaux de la femme.

Dans les deux cas d'ailleurs, l'universalité est un tout économique dont la valeur peut être appréciée en argent, et à ce point de vue économique, les deux notions d'universalité de fait et d'universalité de droits sont très voisines. Il faut seulement noter les différences indiquées au point de vue de l'absence de passif dans un cas et de lien matériel.

Si des patrimoines distincts sont établis par la loi, la convention des parties peut-elle en créer ?

La loi admet donc, dans de nombreux cas, que le patrimoine est divisé, et dès lors se pose la question suivante: puisqu'il peut y avoir de nombreux patrimoines, il n'est pas douteux qu'on verra des patrimoines partout où la loi les a imposés de façon distincte. Mais est-ce que les particuliers peuvent créer un patrimoine distinct ? Peut-on par sa seule volonté séparer de l'ensemble de ses biens une certaine masse même là où la loi n'a rien dit ?

Source : BIU Cujas

La jurisprudence l'admet dans certains cas, notamment quand elle permet de rendre des biens inaliénables en les donnant à une personne. L'inaliénabilité des biens donnés ou légués au donataire ou au donataire peut être créée par le donateur ou le testataire. Elle créé une véritable division dans le patrimoine du donataire ou du légataire. Elle lui constitue un patrimoine séparé.

Cas des stipulations d'inaliénabilité

Mais il est un autre cas où la jurisprudence, dominée par la conception du patrimoine-personnalité n'a pas encore donné toute son extension à cette mise à part dans le patrimoine; c'est en matière de fondation, d'affectation de biens présents et à venir à un certain but. Elle n'est consacrée que dans une certaine mesure par la jurisprudence. La jurisprudence ne permet la fondation que par l'intermédiaire d'une personne morale ou physique et quand elle accorde à une personne le droit de faire une fondation par elle-même, elle ne reconnaît un patrimoine séparé qu'à partir du moment où une reconnaissance d'utilité publique a été accordée à cette affectation.

Cas des fondations

De plus elle exige certaines conditions pour assurer cette séparation. Il n'y aura divers patrimoines entraînant séparation des biens affectés à un but du patrimoine général d'un individu que si deux conditions sont réunies:

Conditions requises pour qu'il y ait création de patrimoines séparés par la volonté des parties

1° Il faut une affectation de l'ensemble des biens à un but. Il faut un intérêt nouveau, ne correspondant pas à l'intérêt personnel de l'individu. Il faut qu'en dehors du patrimoine général de l'individu il y ait une raison pour créer un patrimoine particulier. 2° Et il faut qu'il y ait, d'autre part, une certaine preuve extérieure de cette affectation. Il faut un acte révélant cette affectation du patrimoine; une publicité de fait ou de droit peut exister pour cela. La jurisprudence la réclame quand il a été stipulé conventionnellement l'inaliénabilité des biens donnés ou légués.

Rapport des personnes avec le patrimoine

Il resterait à déterminer alors les rapports des personnes avec le patrimoine. Il n'y a pas un lien indivisible entre le patrimoine et la personnalité. Le patrimoine est un ensemble de biens affecté à un but déterminé. La personnalité est seulement une aptitude à acquérir des droits. Toute personne n'a pas un patrimoine, et une personne peut avoir plusieurs patrimoines. Le patrimoine, en d'autres termes, n'est pas lié à la personnalité.

Il faut étudier maintenant:

1° La composition du patrimoine,

2°)Le fonctionnement du patrimoine.

Source : BIU Cujas

§ I - La composition du patrimoine.

Le patrimoine est l'ensemble des biens et obligations affectés à un but et ayant une valeur économique

Le patrimoine, on l'a vu, est l'ensemble des biens et des obligations affectés à un but et ayant une valeur économique, c'est-à-dire appréciables en droit. Les biens, droits et charges qui n'ont pas de valeur économique ne rentrent pas dans le patrimoine.

Intérêt de la distinction des biens patromoniques et des biens extra-patrimoniaux

Et l'intérêt qu'il y à savoir si un bien est patrimonial ou extra-patrimonial apparaît considérable On aura par la suite à déterminer quels sont les droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, et on verra que précisément les créanciers n'ont pas d'action sur les droits extra-patrimoniaux et il y a déjà un intérêt. Puis il y en a un autre , tandis que les biens patrimoniaux sont transmissibles à l'héritier, les biens extra-patrimoniaux ne le sont pas.

D'abord montrons quels sont les biens extra-patrimoniaux, puis on verra quels sont les biens patrimoniaux.

Les droits extra-patrimoniaux.

Voyons d'abord quels sont les droits et les charges qui ne rentrent pas dans le patrimoine, les droits extra-patrimoniaux.

Droits inhérents à la personnalité humaine

Il en est certains qui sont inhérents à la personnalité humaine: droit à la vie, à l'honneur, à la propriété littéraire artistique ou industrielle, droit au nom,etc.. Ces droits ne figurent pas dans le patrimoine : ils ne peuvent être saisis par les créanciers, ni transmis à titre de biens patrimoniaux, à l'héritier.

On a laissé de côté, en étudiant les droits inhérents à la personnalité humaine le droit d'auteur, et quand on l'étudiera, on verra qu'il a une nature mixte, qu'il est à la fois patrimonial et extra-patrimonial .

Droits de famille

De même les droits de famille ne rentrent pas dans le patrimoine. Il ne faut pas confondre les droits qui tiennent à la personnalité avec les droits de famille qui constituent l'état d'une personne ou représentent sa capacité. Les droits de famille ce sont ceux qui naissent de la qualité d'époux, de parents ou d'alliés. Ici encore,il faut dire que leur ensemble forme l'état de la personne et même la capacité. Par exemple, on peut citer à cet égard l'influence du mariage sur la capacité de la femme.

Les droits de famille ne sont pas des droits inhérents à la personnalité humaine, ce sont des droits indépendants de la personnalité humaine qui tiennent aux liens de famille. Et il faut constater que ces

Erratum: p. 64 l. 20: Lire ne peuvent

Source : BIU Cujas

droits sont en même temps des charges. Les individus qui bénéficient de droits de famille, à côté des prérogatives qui en résultent pour eux, se voient imposer des obligations corrélatives. Ainsi, les droits qui résultent pour chaque époux du mariage ne vont pas sans obligations. L'article 2I4 du C.C. en donne un exemple, et l'article 2I3 aussi . Le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari. Et si le mari doit protection ce qui est une charge, d'autre part, il a la puissance maritale. De même encore, la puissance paternelle qui est attribuée aux parents ne va pas sans certaines obligations: les parents doivent administrer les biens des enfants, et diriger la personne de ces enfants.

Ces droits ne font pas partie du patrimoine, pas plus d'ailleurs que les actions qui les sanctionnent. Les actions d'état qu'on verra avec le mariage et la filiation, ces actions ne sont pas dans le patrimoine; les créanciers ne peuvent les saisir; en principe elles ne sont pas transmissibles.

Mais les droits de famille comprennent des droits patrimoniaux

Mais de ce que les droits de famille n'entrent pas dans le patrimoine il ne faut pas en conclure que les droits de famille ne comprennent pas des droits patrimoniaux. Par exemple, quand un individu n'a pas organisé la dévolution de sa succession d'après sa propre volonté, quand il n'y a pas de succession testamentaire, la loi, en son lieu et place, assure cette dévolution. C'est la succession extra-testamentaire ou ab intestat.

Place des droits personnels

Pour la théorie classique du patrimoine qui voit, dans le patrimoine non seulement des biens, mais une puissance juridique de l'individu, c'est-à-dire l'aptitude à acquérir des droits, il faut comprendre dans le patrimoine, en dehors des biens qui ont été étudiés, d'autres biens immatériels comme la force de travail, l'activité, les talents, qui permettent d'acquérir des biens. Pour nous, il ne faut pas parler ici de droits personnels, car ces droits restent en dehors du patrimoine et il faut les rattacher plus ou moins à la personnalité humaine.

Les droits patrimoniaux

Voyons maintenant quelle est la composition du patrimoine proprement dit, c'est-à-dire quels sont les droits et les charges qui figurent dans le patrimoine.

Les droits patrimoniaux ont pour objet des choses du monde extérieur ou bien des actes des hommes.

On distingue 2 catégories de droits patrimoniaux

Ils peuvent consister en un double pouvoir, en une double faculté. I°) Le pouvoir d'user, de se servir, peut-être même d'abuser d'un objet faisant

Source : BIU Cujas

partie du monde extérieur, d'un objet quelconque. Le droit de propriété porte, par exemple, sur une maison. C'est ainsi, on cite souvent cet exemple que le propriétaire peut détruire complètement les perles qui lui ont été données. 2°) Le pouvoir ou la faculté d'agir d'une autre personne constitue également une autre sorte de droit patrimonial. Il en est ainsi du droit de réclamer à une personne qu'elle agisse ou qu'elle n'agisse pas, de l'obliger à faire ou à ne pas faire quelque chose. Les droits patrimoniaux correspondent donc à deux catégories de droits la première, celle qui apparaît comme étant un droit sur une chose, c'est le droit réel; la seconde, c'est la possibilité d'exiger de quelqu'un une action ou une abstention, c'est le droit personnel. Etudions donc successivement les droits personnels et les droits réels.

I. Les droits personnels

Les droits personnels, on les appelle aussi droits de créance et obligations et comme l'expression d'obligation est très souvent employée, c'est elle qu'on va conserver. C'est qu'après tout le mot de droit personnel est équivoque. On emploie en effet, ce terme en quatre sens, du moins en droit civil. D'abord, on dit souvent que le droit inhérent à la personnalité est un droit personnel. En second lieu, on qualifie de droit personnel un droit qui est intransmissible, et on dit souvent qu'il est attaché à la personne. On qualifie aussi de droit personnel un droit saisissable sur lequel les créanciers n'ont pas d'action; on l'appelle aussi droit exclusivement attaché à la personne, mais le véritable sens, la véritable expression de droit personnel doit être prise avec une signification spéciale; le droit personnel, c'est le droit de créance, c'est le droit qui a pour but de réclamer d'une autre personne un fait ou une abstention.

Définition du droit personnel

Le droit personnel, pour bien le définir, est un rapport juridique existant entre deux ou plusieurs personnes déterminées, en vertu duquel un fait est exigé de l'une d'elles. Et on fait remarquer que dans le fait rentre le fait d'agir et le fait de ne pas agir, c'est-à-dire l'exécution d'un fait actif ou passif. C'est donc un droit à l'encontre d'une ou de plusieurs personnes. Le titulaire du droit personnel a une créance, l'autre partie a une dette, l'une est créancier, l'autre est débiteur

Le titulaire du droit personnel a une créance, et on parle alors couramment du droit de créance; l'autre a une dette, on dit que le débiteur a une obligation, de sorte qu'il en résulte que le droit de créance

Source : BIU Cujas

est le droit personnel vu du côté du créancier, l'obligation étant le droit personnel vu du côté du débiteur.

Il en résulte que très souvent, presque toujours même on confond ces divers termes, on parle de droits comme on parle d'obligations. Mais il ne faut rien exagérer; du moment qu'on arrive à se comprendre, cela est l'essentiel.

Définition de l'obligation

L'obligation, si on veut la définir, c'est un rapport juridique entre deux ou plusieurs parties déterminées, et en vertu duquel l'une est tenue d'exécuter un fait actif ou passif. C'est un lien de droit entre deux personnes au moins, le débiteur et le créancier. Le débiteur est lié au créancier, il n'est pas livre d'agir ou de ne pas agir, d'exécuter ou de ne pas exécuter ce qu'il a promis; il doit exécuter.

Dans l'obligation, au fond, il y a trois éléments il y a le créancier qui est le sujet actif, le débiteur qui est le sujet passif, enfin il y a un objet L'objet peut être un fait ou une abstention. Mais pour mieux distinguer ces faits, la formule toujours employée, et qu'on trouve dans les textes du code civil notamment dans l'article II26 du code civil, est la suivante:" Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner ou qu'une partie s'oblige à daire ou à ne pas faire". C'est la distinction entre les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.

Obligation de donner

Mais il faut faire attention que donner ici ne signifie pas faire une donation. Nous n'avons qu'un seul verbe pour exprimer ce que les Romains exprimaient en deux "dare et donare". Or l'obligation de donner ici,c'est dare. Deux substantifs correspondent aux deux termes latins: donation et dation. Dare consiste à transférer la propriété d'un meuble ou d'un immeuble, ou à constituer un privilège une hypothèque ou une servitude.

Obligation de faire

L'obligation de faire, cela comprend toutes les actions humaines. Ce peut être le fait de construire une maison, un mur. Ce peut être de la part d'un artiste, de jouer une pièce , de donner une leçon, ce peut-être, pour un louage de service, d'accomploir un certain travail.

Obligation de ne pas faire

Enfin, l'obligation de ne pas faire, c'est toute inaction. Il en e st ainsi, par exemple, de l'obligation de ne pas construire un mur susceptible de géner la vue du voisin, ou encore de l'obligation, de la part d'un membre de la comédie française, de ne pas jouer sur d'autres scènes que celle de la comédie française.

Source : BIU Cujas

II. Les droits réels Ils établissent un rapport direct entre une personne et une chose

Les droits réels semblent assez différents des droits personnels. On définit d'ordinaire le droit réel, le droit qu'une personne a directement et immédiatement sur une chose. Il n'apparaît donc que deux éléments dans le droit réel: le sujet actif et l'objet. Le propriétaire d'une maison semble le seul objet, dans ce cas, de la propriété portant sur cette maison, et, en ce qui concerne l'usufruit, la situation est exactement la même; l'usufruitier est le titulaire du droit, et la chose est la maison sur laquelle porte le droit d'usufruit. Il semble qu'il n'y ait aucun intermédiaire entre la chose et le sujet et c'est parce qu'il y a essentiellement la chose, la res qu'on a appelé ce droit, droit réel. Comme propriétaire d'une maison un individu peut l'habiter, il n'a besoin de l'intervention d'aucune personne pour exercer son droit.

Mais cette définition du droit réel a le tort de ne pas aller au fond des choses, elle ne procède pas à une analyse suffisante du droit réel.

Le droit réel est opposable à tout le monde

Le droit réel établit un rapport direct entre une personne et une chose, mais il faut ajouter un troisième élément: c'est un droit entre une personne et une chose, droit qui est opposable à tout le monde.

C'est qu'en effet, les droits n'existent qu'entre les personnes et quand on protège, même ce qui n'est pas une personne, un animal, c'est encore une personne qu'on protège et tout droit doit être un rapport entre des personnes. Ici il y a des personnes; elles n'apparaissent pas tout de suite, mais elles existent. Quelles vont être les personnes ? Le sujet passif, c'est tout le monde autre que le propriétaire de sorte qu'on en arrive à reconnaître, dans le droit réel, les trois éléments du droit personnel; il y a un sujet actif, le propriétaire, l'usufruitier le titulaire de la servitude, puis il y a un sujet passif, tout le monde qui est obligé de laisser jouir, abuser le propriétaire de sa chose, et il y a un objet.

Ce qui caractérise le droit réel, c'est que tandis que le droit personnel existe à l'égard des personnes déterminées, en nombre limité, au contraire, le droit réel est un droit qui permet d'exercer les facultés qui y sont attachées à l'égard de tout le monde. On peut donc dire que le droit personnel ouvre un droit à l'égard de certaines personnes, tandis que le droit réel est un droit à l'égard de tout le monde. Le droit personnel peut consister dans la possibilité d'exiger d'une autre personne un fait, ou une abstention, le droit réel est seulement un droit négatif à

Source : BIU Cujas

l'égard d'autres personnes, et il permet toujours d'exiger une certaine abstention. C'est un droit universel c'est-à-dire qui est opposable à tous, et c'est un droit négatif, il permet d'imposer, à l'égard de toutes les personnes, une abstention. Il impose une abstention à tous ceux qui ne sont pas propriétaires par rapport au propriétaire. Les non propriétaires ne doivent pas venir troubler le propriétaire dans sa propriété.

On s'explique très bien que, pendant longtemps, on n'ait pas vu, dans le droit réel, un rapport entre deux personnes, mais un droit entre une personne et une chose, car c'est seulement ce qui apparaît tout d'abord. On ne voit pas les sujets passifs, car leur rôle est si faible qu'il s'efface devant l'importance du droit reconnu au propriétaire. Mais c'est parce que, en réalité, le droit s'oppose à tout le monde, que le propriétaire a un droit certain.

Prenons par exemple le cas d'un individu qui est mis en possession d'un droit sans raison, prenons le cas d'un voleur. C'est ce caractère du droit réel qui distingue la propriété du voleur. Le propriétaire et le voleur sont en possession d'un objet ils ont tous deux un rapport direct avec la chose. Pour tous deux, il y a un sujet actif et un objet, mais tandis que le droit du propriétaire existe à l'égard de tout le monde, le droit du voleur n'existe pas à l'égard de tout le monde, et la meilleure preuve, c'est qu'il n'existe pas à l'égard du propriétaire qui a été volé.

Ce qu'on vient de dire de la propriété, on pourrait le redire de tous les droits réels.

C'est là le caractère universel on dit parfois absolu de la propriété. Mais le mot absolu est pris dans un autre sens, dans notre droit, quand on se demande s'il y a un droit absolu, c'est-à-dire sans limite. Ici, le mot d'universel veut dire opposable à tous. Mais ce caractère n'est-il pas commun aux droits réels et aux droits inhérents à la personnalité ? Ces droits supposent aussi une obligation négative, universelle, à l'égard d'autres personnes: il y a un sujet actif et même un objet. Ce sont des rapports obligatoires pour toutes personnes de ne pas agir. Mais, en réalité, il y a entre les droits inhérents à la personne, et les droits réels une différence fondamentale, c'est que les droits inhérents à la personnalité ne représentent pas une valeur patrimoniale. Etil faut en dire de même pour l'état des personnes. On dit volontiers que l'état des personnes est opposable à tout le monde, mais l'état des personnes ne présente

Source : BIU Cujas

pas non plus une valeur économique, ce qui n'empêche pas d'ailleurs qu'une atteinte aux droits inhérents à la personnalité ou une atteinte aux droits de famille puisse donner lieu à une réparation pécuniaire.

Donc les droits réels ont une nature obligatoire comme les droits personnels, où donc va-t-on alors chercher la différence ? La différence essentielle, on va la rencontrer dans un instant; tandis que le droit réel est opposable à tout le monde, le droit personnel ne l'est qu'à l'égard de certaines personnes déterminées, et ce sont ces personnes qu'on appelle débiteurs.

Il ne faut pas créer une troisième catégorie de droits patrimoniaux: les droits intellectuels, ces derniers n'étant à la vérité que des droits réels

On a récemment voulu établir un troisième terme dans la distinction des droits patrimoniaux; on a dit que certains droits n'étaient ni des droits personnels, ni des droits réels et on a créé alors la classe des droits intellectuels. Il s'agit ici de droits qui ne semblent pas susceptibles de propriété aussi complète que les autres. Il s'agit, par exemple, du droit d'auteur, de la propriété littéraire ou artistique, du droit de l'inventeur, des droits qui appartiennent sur un office ministériel ou sur un fonds de commerce. Ce sont, dit-on, des droits intellectuels. En réalité, il ne faut pas hésiter écarter ce troisième terme de la distinction. Ces droits intellectuels peuvent avoir une nature mixte, produire certains effets qui les rapprochent des droits personnels, mais, en réalité, ils sont des droits réels. Et en étudiant la propriété littéraire, artistique ou industrielle, les droits des officiers ministériels sur leurs offices, on verra qu'il y a là de véritables droits réels. Seulement, si on a voulu créer une troisième classe de droits, c'est qu'on apporte trop de rigorisme dans la distinction des droits réels et des droits personnels. On veut trop souvent faire du droit une science, à cadres trop rigides. Or, le droit pour être vraiment vivant, doit être une science souple s'appliquant à tous les éléments de vie. Dans ces droits intellectuels, il y a une sorte de propriété, car la propriété n'est pas un droit absolu, mais relatif, et on pourra y comprendre tous ces droits intellectuels.

On s'en tiendra donc à la double distinction des droits personnels et des droits réels.

Intérêts de la distinction des droits personnels et des droits réels

Mais quel est l'intérêt de cette distinction des droits réels et des droits personnels ?

Cet intérêt réside essentiellement dans le caractère universel ou particulier, s'appliquant à une ou à quelques personnes du sujet passif. En effet, le droit de créance n'est opposable qu'à une ou à plu-

Source : BIU Cujas

Le droit réel est opposable à tous, le droit personnel n'est opposable qu'à certaines personnes déterminées

sieurs personnes déterminées, c'est là son caractère particulier, et on pourra toujours connaître le nombre des débiteurs des obligés comme celui des créanciers. Le droit réel, au contraire, est opposable à tout le monde; le créancier est bien déterminé, mais le nombre des débiteurs est illimité.

On arrive, de la sorte, à unifier le droit patrimonial. En somme, et on est allé jusqu'à le soutenir, il n'y a que des obligations, des droits personnels. Mais il faut bien les distinguer en deux catégories, selon qu'ils sont opposables à plusieurs personnes ou à tous.

Dans la théorie classique du patrimoine, on a fait ici une objection, on a dit qu'avec la théorie du patrimoine affectation on sera bien tout de même obligé d'admettre que toute personne a un patrimoine. Et, en effet, même si elle n'a aucun droit (et il faut opposer ici droit à obligation) même si elle n'a aucun bien dans son patrimoine, elle aura des éléments passifs puisque le droit réel est un droit à l'égard de tout le monde, puisque c'est un droit qui peut être opposable à tout le monde. Ce patrimoine existera donc, il sera purement passif, il contiendra toute la masse des obligations à l'égard de tous les propriétaires de France et de l'étranger , et ce sera un patrimoine évidemment, mais purement passif.

Il n'y a ici qu'à répondre d'une façon très simple: c'est que l'un des caractères de ces obligations, c'est qu'elles n'ont pas de valeur économique, et que le patrimoine ne comprend que des biens présentant une valeur économique. On ne peut dès lors formuler que toute personne ait un patrimoine.

Le droit réel est universel, mais non absolu

En reconnaissant à tout droit réel ou personnel une nature obligatoire, on en vient à ne plus isoler les titulaires des droits réels par rapport aux autres personnes. Et l'une des conséquences qu'on en tirera, c'est que le titulaire d'un droit réel n'est pas isolé, il n'a pas un droit absolu à l'encontre de tout le monde. Sans doute, on dit que le propriétaire a un droit sans limites; mais comme ce droit a pour sujet passif toutes les autres personnes, le propriétaire ne peut agir absolument à sa fantaisie pour aggraver les obligations purement passives des autres. Et pour s'en tenir au droit de propriété, le droit de propriété n'est pas un droit absolu, mais relatif.

A côté de cette différence essentielle, il y a d'ailleurs bien d'autres différences entre les droits réels et les droits personnels. En voici les principales.

Le droit réel impose une

Le droit réel, envisagé à l'égard des innombrables débiteurs, sujets passifs, n'impose qu'une

Source : BIU Cujas

abstention - le droit personnel exige un fait ou une abstention

abstention. Le sujet passif ne doit faire aucun acte sur une chose déterminée appartenant à autrui. Le droit de créance, au contraire, le droit personnel, exige un fait ou une abstention, ou, pour reprendre la formule de l'article II26, il permet d'exiger qu'on donne, qu'on fasse ou qu'on ne fasse pas quelque chose.

Et même quand l'obligation, droit personnel, consiste en une abstention, ce n'est pas une abstention comme celle du droit réel, car l'abstention du droit réel, c'est une abstention à l'égard de tout le monde, qui, à la vérité, ne restreint pas les droits du débiteur. Au contraire, l'obligation du droit personnel, quand elle consiste en une abstention, restreint les facultés du débiteur car elle limite son droit d'agir, et notamment la personne; le voisin qui a promis de ne pas construire un mur, parce que cela empêcherait le propriétaire voisin de voir clair, n'est pas libre; il est lié et de même, un secrétaire de la comédie française qui a promis de ne pas jouer ailleurs, sur une autre scène, ne peut aller jouer dans un autre théâtre. Il y a donc là une différence très importante: le droit réel impose au sujet passif une abstention qui ne restreint pas ses facultés. Le droit personnel au contraire impose une restriction des facultés.

Le droit réel ne porte que sur un corps certain le droit personnel porte sur des choses de genre

Le droit réel, et c'est un autre intérêt de la distinction, suppose nécessairement une chose déterminée.

Comment un droit sur une chose pourrait-il exister si la chose n'était pas déterminée ? On ne comprend un droit de propriété, d'usufruit, une servitude ou une hypothèque que portant sur un objet déterminé. Et tant que l'objet du droit de propriété, de la servitude ou de l'usufruit n'est pas déterminé, on n'a rien.

Le droit de créance, au contraire, peut s'appliquer à une chose indéterminée. C'est le cas, par exemple, de la vente de 20 hectares de terrain à prendre dans un grand terrain aux colonies, ou de 250 m^2 à prendre dans un terrain situé à Paris, sur lequel on va construire.

En d'autres termes, le droit réel ne porte que sur un corps certain, le droit de créance doit porter sur des choses de genre.

Seul le droit réel confère un droit de suite

Une autre différence importante au point de vue pratique, et peut être la plus importante entre le droit réel et le droit personnel, c'est que le droit réel confère un droit de préférence et un droit de suite à son titulaire; le droit personnel au contraire ne confère jamais de droit de suite, s'il

Source : BIU Cujas

confère, dans certains cas, un droit de préférence.

Le droit de suite, c'est le droit de rechercher un bien, objet d'un droit réel, partout où il se trouve, et il est tout naturel qu'il en soit ainsi. Puisque le droit réel est opposable à tout le monde on doit pouvoir le rechercher en quelques mains qu'il soit passé. Le droit réel affecte, en quelque sorte, la chose elle-même et autrefois on parlait de "jus in re". Son titulaire poursuit le bien, en vue d'exercer son droit.

Seulement ce droit de suite n'existe pleinement qu'en ce qui concerne les immeubles. Au contraire, pour les meubles, l'article 2279 aux termes duquel "en fait de meubles possession vaut titre" y met obstacle. La revendication des meubles, en principe, n'est pas possible. La transmission d'un immeuble importe donc peu au titulaire du droit, car il conserve ses prérogatives, au contraire, la transmission d'un meuble importe beaucoup au titulaire d'un droit réel, notamment au propriétaire d'un meuble, car ces transmissions peuvent déterminer la perte de son droit Le droit personnel ne confère donc jamais le droit de suite.

Le droit personnel ne donne un droit de préférence que dans des cas exceptionnels

Le droit de préférence est la faculté de se faire remettre l'objet ou sa valeur, avant tout autre personne, de se faire remettre l'objet, s'il existe encore en nature, s'il n'a pas été aliéné ou de se faire remettre sa valeur, si le bien a été vendu.

Il reste dès lors indifférent, en raison de ce droit de préférence, au titulaire d'un droit réel, que celui qui a entre ses mains le bien ait contracté des dettes. Il sera, lui, le titulaire du droit réel. Il sera réglé par préférence, il sera payé le premier. Il n'y a rien de tel pour le créancier d'un droit personnel. Les créanciers, en vertu d'un droit personnel, doivent subir le concours entre les créanciers.

Les avantages du droit de préférence et du droit de suite sont considérables. Ils se manifestent surtout quand la situation du débiteur est mauvaise, quand il est insolvable ou en faillite.

Les droits réels sont essentiellement durables les droits personnels sont temporaires

Au point de vue de la durée, les droits réels sont essentiellement durables, ils sont perpétuels s'il s'agit du droit de propriété ou des servitudes réelles; ils sont viagers pour l'usufruit ou l'usage. Ils donnent lieu à des actes de jouissance réitirés et ils sont susceptibles de possession. La possession est le fait de conserver, d'une manière permanente, les avantages qui découlent d'un droit réel, et en ce qui

Source : BIU Cujas

concerne les droits réels ils sont si importants qu'on ne peut les perdre par le non usage. Cela est vrai, tout au moins, pour le droit de propriété. La propriété ne se perd pas par le non usage.

Au contraire, les droits personnels sont essentiellement temporaires. C'est, dans une certaine mesure, la garantie de la liberté des individus. C'est ainsi que, depuis l'abrogation de l'article 1780 on ne permet plus de louer ses services pour toute sa vie. De même le créancier n'a pas droit à la possession, le créancier, en invoquant son droit, en réclamant le paiement de ce qu'on lui doit, épuise son droit. La théorie de la possession n'a pas de place en matière de droit réel, et il en résulte qu'on peut perdre, par non usage un droit particulier, et on peut le perdre par une durée plus ou moins longue. En tous cas le délai extrême est de 30 ans. Quand on n'exerce pas, pendant 30 ans, un droit personnel il est perdu: on dit qu'il est prescrit.

Les droits réels sont en nombre limité; les droits personnels sont en nombre illimité

Au point de vue du nombre des droits, des différences existent encore entre les droits réels et les droits personnels.

Les droits personnels sont sans limite, le nombre des droits réels est, au contraire, limité. On peut, en effet, énumérer tous les droits réels. On peut distinguer les droits réels principaux et les droits réels accessoires.

Les droits réels principaux

Les droits réels principaux sont ceux qui existent, d'une façon indépendante, sans se rattacher à un droit personnel. C'est la propriété, l'usufruit, les servitudes, l'amphytéose, et on peut ajouter, si on veut, l'usage et l'habitation qui ne sont que des sortes d'usufruit.

Les droits réels accessoires

Les droits réels accessoires doivent se rattacher à une créance, ils sont la dépendance, l'accessoire, d'un droit personnel. Et parmi ces droits, il faut citer le nantissement, le privilège et l'hypothèque.

Mais peut-on créer des droits réels ? Est-ce que, en dehors des droits existants, on pourrait ajouter à ce nombre assez réduit, au fond, des droits réels ? Il n'est pas douteux qu'on peut créer des droits réels, mais l'imagination humaine n'est pas sans limites car tous les droits réels qu'on connaît actuellement étaient déjà connus des Romains. Et, si on peut constater certaines modifications, pour prédiser la nature de certaines obligations, au fond, depuis le droit romain, il n'y a pas de nouveaux droits réels.

Il ne faut pas exagérer la distinction des droits réels et des droits personnels. On a vu quel-

Source : BIU Cujas

Il ne faut pas exagérer la distinction des droits réels et des droits personnels, car on passe en réalité insensiblement des uns aux autres

ques-unes des différences qui existaient entre eux. On pourrait, par des exemples, montrer que quant aux effets sur le patrimoine, le droit réel est différent du droit personnel. Pour le droit personnel, on ne peut plus parler du jus in re, pour le droit personnel, il faut parler du jus ad rem et tandis que les sujets du droit passif du droit réel ne voient pas leur patrimoine diminuer, au contraire, pour le droit personnel, les sujets passifs ont leur patrimoine diminué par l'existence de ces droits personnels.

Mais il ne faut pas exagérer la distinction des droits réels et des droits personnels. Cette distinction vient du droit romain où elle avait un rôle considérable, non pas au point de vue des droits, puisque en droit romain on ne voit pas les droits, mais seulement les actions. En droit romain, par conséquent, c'est la distinction des actions in rem et des actions in persone qu'on rencontre. Il ne faut pas croire qu'il y ait une séparation absolue entre les droits réels et les droits personnels. C'est parce qu'on l'a cru qu'on a voulu créer des droits intellectuels, mais au fond il ne faut pas établir de cloisons étanches, et il est possible d'admettre une série de degrés, une gamme très variée, indéfinie pourrait-on dire, si on voulait y faire rentrer les droits intellectuels. Mais ne voyant que les droits réels et les droits personnels on va voir qu'on peut passer d'une façon insensible, du droit personnel au droit réel. En bas, et c'est le droit personnel le plus réduit, le droit personnel peut consister dans une abstention. C'est par exemple, le cas de l'obligation de ne pas construire un mur. Ensuite, vient l'obligation, droit personnel de l'emprunteur celui qui a fait un prêt peut exiger le remboursement et comme d'ordinaire le prêt est fait à un certain terme, pendant un certain temps, il n'a plus que le droit de réclamer des intérêts. Puis, on monte un peu avec le droit personnel du locataire. Le locataire a un droit personnel, mais c'est déjà plus qu'un simple droit personnel, car ce droit est opposable au propriétaire, et quand le propriétaire vient à mourir, ou quand il vend son immeuble, les acquéreurs ou les héritiers doivent respecter le droit du locataire. On monte encore avec le droit réel, qui est le droit de privilège mobilier, et on arrive ainsi au droit réel, le moins accentué, en raison de l'article 2279. Le privilège mobilier, c'est un droit qui est opposable à tous, mais c'est un droit qui, parce qu'il porte sur un meuble, confère un droit de préférence sans droit de suite. Au degré supérieur, on trouve le droit d'emphytéose qu'on considère comme un droit réel. Il permet une opposabilité à tous,

Source : BIU Cujas

bien que pendant longtemps on ait voulu le considérer comme un droit personnel. C'est le droit de celui qui a loué un immeuble pour 99 ans et il est évident que, dans les premières années tout au moins, l'emphytéote peut se considérer comme un propriétaire. En montant encore on rencontre le droit d'hypothèque, puis le droit réel d'usufruit enfin on arrive au droit réel de propriété portant sur un immeuble et, en raison du droit d'abuser, on pourra considérer comme représentant le maximum de faculté du droit réel, le droit réel de propriété portant sur un meuble.

§ 2 - Le fonctionnement du patrimoine.

Les trois questions principales que soulève l'étude du fonctionnement du patrimoine

L'étude du fonctionnement du patrimoine nécessite l'examen de l'administration du patrimoine, c'est-à-dire des droits qu'on a sur son patrimoine, de la responsabilité du patrimoine, c'est-à-dire des droits que les créanciers peuvent avoir sur le patrimoine, enfin de la transmission et de la liquidation du patrimoine.

Cette dernière question sera laissée de côté. Mais l'étude de la transmission patrimoniale sous forme de dévolution successorale fait partie du programme de Troisième Année.

I. Quels sont les droits qu'on a sur son patrimoine.

Voyons donc d'abord quels sont les droits du titulaire sur son patrimoine, puis les droits du créancier de ce titulaire sur le patrimoine.

Quels sont donc les droits qui existent au profit d'un individu sur son patrimoine.

L'administration du patrimoine comporte trois éléments

Il s'agit de déterminer comment doit se faire l'administration d'un patrimoine. L'administration comporte, au fond, trois éléments possibles: 1° administrer, 2° aliéner, transmettre son patrimoine; 3° revendiquer un patrimoine.

A. L'administration du patrimoine proprement dite

Administrer un patrimoine, c'est prendre toutes les mesures, faire tous les actes juridiques que nécessitent la conservation et l'augmentation du patrimoine, et la possibilité de retirer du patrimoine tous les avantages qu'il est susceptible de procurer. Et, dès maintenant, il apparaît que l'administration du patrimoine est une opération qui va comprendre de nombreux actes. Et il faut faire une comparaison entre l'administration du patrimoine prise dans son ensemble, et les actes d'administration relatifs aux éléments du patrimoine.

Elle peut être le fait d'un propriétaire capable.

L'administration du patrimoine ne soulève pas de difficulté quand le propriétaire est capable. Il y a alors une unité de direction à imprimer au patrimoine, et cette unité, le propriétaire l'assure.

Source : BIU Cujas

Quand une personne a un seul patrimoine il n'y a pas de difficulté. Elle dispose des biens, elle en fait ce qu'elle veut. Les complications ne surviennent que quand une personne a deux ou plusieurs patrimoines à administrer, parce qu'il s'établit une séparation entre ces patrimoines. C'est le cas, par exemple, d'un enfant qui hérite de son père et accepte sa succession sous bénéfice d'inventaire; ou encore c'est le cas d'une femme mariée sous un régime quelconque, c'est ainsi que, sous le régime de la communauté, la femme a un patrimoine commun et un patrimoine propre; sous le régime dotal la femme a un patrimoine dotal et un patrimoine paraphernal. Ainsi donc, les difficultés ne se présentent que quand il y a plusieurs patrimoines, car il y aura alors peut-être des rapports entre ces divers patrimoines, et il faudra savoir dans quels cas ces divers patrimoines pourront s'augmenter et de quelle manière.

Le propriétaire capable peut disposer de son patrimoine

Un propriétaire capable peut tout sur son patrimoine. Il peut notamment disposer. Et c'est l'acte de disposition qui nous intéresse, mais c'est moins la disposition prise comme acte individuel, que la disposition de l'ensemble du patrimoine. Disposer, c'est modifier la composition du patrimoine en transférant à autrui des droits, ou en recevant d'autrui des droits en compensation.

Les actes de disposition se divisent en deux groupes

Ces actes de disposition, on les divise en deux catégories: les actes de disposition entre vifs, du vivant du titulaire du patrimoine, et les actes de disposition à cause de mort.

Les actes de disposition à cause de mort.

On peut toujours disposer de son patrimoine pour l'époque où on ne sera plus. Il y a alors une universalité qui est fixée à l'époque de la mort, il y a aussi des libéralités qui peuvent être faites entre vifs et n'ont d'effet qu'à la mort.

Et les actes de disposition entre vifs

Mais, pendant la vie, est-ce que le propriétaire peut aliéner son patrimoine, ou un de ses patrimoines. Il est évident que, dans la doctrine classique, on ne saurait admettre la possibilité de disposer de son vivant, de son patrimoine, puisque, dans cette doctrine qui considère le patrimoine comme une abstraction, comme quelque chose d'inhérent à la personnalité, qui en fait une production juridique de l'individu qui fait entrer dans le patrimoine la capacité d'acquérir, un individu ne peut détacher cette capacité pour la transmettre à autrui, de son vivant.

Cependant, si la doctrine classique n'admet pas cette solution pour les personnes physiques, si elle n'admet la transmission du patrimoine des personnes physiques qu'à cause de mort, elle a été

Source : BIU Cujas

obligée d'admettre qu'il y avait une transmission semblable pour les patrimoines grevés d'affectation, pour ce qu'on appelle les personnes morales. Supposons, par exemple, une société par actions. Un individu achète toutes les actions de la société, de sorte qu'il est le seul maître du capital social. Il faut bien reconnaître que tout le patrimoine de la société par actions est entre ses mains. Mais la théorie classique fait remarquer que cette transmission n'est pas définitive, parce que cet associé peut, à nouveau, disposer des actions, et alors la personnalité morale réapparaîtra. On peut encore supposer une fusion entre plusieurs sociétés; mais la théorie classique fait observer que la fusion d'une société est, pour les personnes morales, une transmission à cause de mort, car, par le fait de la fusion, la société fusionnée, par rapport à la société fusionnante, disparaît. La transmission d'un patrimoine, dans la doctrine classique, ne peut donc avoir lieu que par le fait de la disparition de son titulaire, et elle est toujours à cause de mort.

Cependant on sait qu'on peut transmettre un patrimoine et il n'y a rien d'inconcevable à déclarer, ou à admettre la transmission d'un patrimoine, dans son ensemble.

Les cas dans lesquels un individu peut disposer de son patrimoine de son vivant.
Cas de l'institution contractuelle

On laissera de côté par conséquent, la transmission à cause de mort, puisque tout le monde l'admet. Mais il y a également une transmission entre vifs. Un individu peut disposer de son patrimoine de son vivant en dehors de son testament qui vise sa mort.

Il peut tout d'abord y avoir transmission du patrimoine entre vifs pour le jour où l'individu ne sera plus. C'est le cas de l'institution contractuelle. Il en est ainsi quand, à l'occasion du mariage d'un enfant, une personne donne une partie ou la totalité de ses biens pour le jour où elle ne sera plus. C'est le cas d'un oncle qui intervient au mariage de sa nièce pour promettre de lui laisser tous ses biens. Mais cette disposition n'est possible que par contrat de mariage. Elle a effet au jour de la mort.

Cas de la donation cumulative de biens présents et à venir.
Cas de l'entrée dans une communauté universelle

Il en est de même pour la donation cumulative de biens présents et à venir, art. 1084 du C.C.

Il en est ainsi également, pour envisager le cas où l'effet de la disposition entre vifs est actuel, d'après l'art. 1836, en cas d'entrée dans une société universelle et en cas d'établissement d'une communauté universelle entre époux, art. 1526 du C.C. Il en est encore de même en cas de constitution de dot universelle au profit d'une femme mariée sous le régime dotal, art? 1542 du C.C.

Source : BIU Cujas

Mais dans tous ces cas, il y a libéralité. Prenons les cas où il n'y a pas libéralité.

Cas d'une aliénation à fonds perdus, cas du concordat par abandon d'actif

Il en est ainsi tout d'abord dans le cas d'une aliénation des biens d'une personne âgée à fonds perdu. Il en est de même, également, dans un cas qui n'a plus guère d'application depuis la suppression de la contrainte par corps, dans le cas de cession de biens prévu par les art. I265 et I270 du C.C. (On sait néanmoins que la contrainte par corps s'applique encore dans une certaine mesure. Ces textes trouvent leur application dans cette mesure. Enfin il en est ainsi dans le cas de l'art. 54I du C.Com. lorsqu'il y a concordat par abandon d'actif.

Dans tous ces cas on peut transmettre son patrimoine ou une partie de son patrimoine.

D'après la jurisprudence en transmettant un patrimoine on transmet seulement une masse active.

Mais on a fait à cette transmission du patrimoine une autre objection très importante. Quand il y a transmission apparente d'un patrimoine, a-t-on dit, ce n'est pas le patrimoine qui est transmis, mais chacun des biens formant l'objet de la libéralité ou de l'acte de disposition. Et la conséquence, dit-on, c'est qu'on a transmis une masse active, mais non une passe passive. Il en résulte que quand il y a une pareille transmission de patrimoine, la personne qui reçoit le patrimoine reçoit l'ensemble des biens qui lui ont été transmis, mais elle n'est pas tenue des dettes de la personne qui a fait cette transmission. Cette idée se retrouve chez tous les auteurs. On devient donataire de tous les biens présents, mais on n'est pas tenu des dettes de l'auteur. Et le donataire n'a même pas à payer une part des dettes proportionnelles de ce qu'il reçoit, on dit dans certains cas dans la mesure de l'enrichissement.

La vérité, c'est que cette règle est admise par la jurisprudence, qui la trouve d'une application facile, et par presque tous les auteurs. Les auteurs cependant en montrent les inconvénients.

Mais dans la pratique le bénéficiaire du patrimoine transmis est tenu aux dettes en vertu de clauses particulières

Mais si on examine les décisions judiciaires, on s'aperçoit que la question est rarement soulevée pour deux raisons. La première, c'est que, dans les différents cas qui ont été indiqués, quand il y a transmission du patrimoine, il est d'usage d'insérer une clause en vertu de laquelle on déclare que, s'il s'agit d'une libéralité, le donataire sera tenu des dettes du donateur. Et à propos de l'art. I084 du C.C. à propos d'une institution particulière qu'on appelle la donation cumulative de biens présents et à venir, le législateur a exigé qu'à l'acte de donation soit annexé un état des dettes et charges pour que le donataire sache exactement à quoi s'en tenir. C'est un

Source : BIU Cujas

cas où il y a transmission du patrimoine et où la loi impose la nécessité d'un état pour bien montrer dans quelle mesure s'opère la transmission du patrimoine.

Mais la pratique exige dans tous les cas où il y a transmission du patrimoine qu'une clause soit insérée dans le contrat qui oblige le donataire au paiement des dettes du donateur, mais qui soit précise, c'est-à-dire indiquant bien ce que le donateur laisse comme charge passive.

Et en l'absence d'une telle clause la jurisprudence la présume

D'autre part, dans le cas où cette clause ne figure pas ,la jurisprudence décide qu'elle doit être présumée par l'interprétation même de la volonté du donateur, car la jurisprudence estime, bien que la donation soit un contrat, que ce qui est essentiel, c'est la volonté du donateur.

Ainsi, et ceci complète la théorie moderne du patrimoine, un patrimoine peut être transmis dans des cas assez nombreux.

Le propriétaire capable peut faire tous ces actes d'administration

Mais ces actes de disposition, de transmission n'ont d'intérêt qu'en ce qui concerne un propriétaire, et quand on est en présence d'autres personnes, quand on est en présence d'un propriétaire qui n'est pas capable, ou d'une personne qui administre pour autrui, il est nécessaire de distinguer les actes de disposition et les actes d'administration.

Distinction entre l'administration d'un patrimoine et l'acte d'administration individuel

Mais administrer un patrimoine, ou faire un acte d'administration, ce n'est pas la même chose. L'administration d'un patrimoine est une notion différente de l'acte individuel, particulier, d'administration. Administrer un patrimoine, ce n'est pas faire, individuellement, certains actes d'administration afférents à chacun des biens compris dans le patrimoine, c'est modifier la composition du patrimoine, de telle sorte que, pour qu'un patrimoine reste toujours ce qu'il est, le bon administrateur est obligé non pas seulement de passer de simples actes d'administration, mais d'organiser, de développer le patrimoine. Et administrer, dans ce sens, c'est au besoin modifier la composition du patrimoine, de façon qu'il présente toujours la même importance,qu'il donne le maximum possible de rendement, et procure à son propriétaire toute son utilité.

Par conséquent, administrer un patrimoine, c'est quelque chose de bien différent d'un acte d'administration. On n'administre pas un patrimoine comme on administre un bien déterminé. Ainsi, on peut administrer un patrimoine en faisant des actes de disposition. Au contraire, en ce qui concerne l'administration d'un bien déterminé, il y a une opposition très nette entre l'administration et l'aliénation. Administrer un bien, en particulier, ce n'est pas en

Source : BIU Cujas

disposer. Au contraire, dans un patrimoine formant un tout, disposer d'un bien pour en assurer le maximum de rendement et la sécurité, c'est faire un acte d'administration du patrimoine et non plus d'aliénation, comme dans le cas d'un acte d'administration d'un bien particulier.

Or, la loi ne connaît que les actes d'administration pris individuellement.

Après avoir vu le propriétaire capable, la personne qui administre un patrimoine, et peut faire des actes d'administration et d'aliénation, il faut en arriver à la distinction de la loi des actes d'administration et des actes de disposition.

En ce qui concerne le propriétaire incapable il faut distinguer les actes d'administration et les actes de disposition

L'intérêt de cette distinction se présente pour les propriétaires qui sont des incapables, en raison de leur âge ou d'une infirmité mentale et pour les personnes qui ont la charge d'administrer le patrimoine d'autrui, pour les personnes qui n'ont qu'une demi -capacité, comme le mineur émancipé ou la femme séparée de biens. Les représentants chargés de l'administration des biens des incapables, le tuteur du mineur non émancipé, ou de l'interdit n'ont, en principe, que le droit de faire des actes individuels d'administration. Ils n'ont pas le droit, à proprement parler, d'administrer, dans son ensemble, le patrimoine. Les actes de disposition leur sont interdits. On peut citer à cet égard également l'art. I25 pour les envoyés en possession provisoire des biens de l'absent, l'art. 389 pour l'administration légale par les père et mère des biens de leurs enfants mineurs, l'art. 450 pour la tutelle, l'art. 48I pour le mineur émancipé, et on pourrait citer l'art. I449 pour la femme séparée de biens, enfin il faudrait citer le cas de l'héritier bénéficiaire.

On arrive ainsi à rechercher les cas dans lesquels il faut distinguer l'acte d'administration de l'acte de disposition.

Il n'y a pas à distinguer les actes de pure, de libre ou d'entière administration

Il n'y a pas à attacher d'importance à des expressions qu'emploie la loi, malgré qu'elles sont différentes. C'est ainsi que dans l'art. I48I, à propos des actes d'administration, le C.C. parle d'actes de pure administration, dans l'art. I449 il parle de libre administration, et dans l'art. I536 il parle d'actes d'entière administration. Mais qu'elle soit pure et simple, qu'elle soit entière ou qu'elle soit libre l'administration est toujours la même. La jurisprudence ne fait pas, comme le voudraient certains auteurs, de distinction.

Qu'est-ce qu'un acte d'administration

Mais qu'est-ce qu'un acte d'administration ?

Tous les auteurs ont posé la distinction des actes d'administration, par rapport aux actes d'alié-

Source : BIU Cujas

nation, au point de vue juridique.

Distinction avec l'acte d'aliénation

Un acte d'administration a pour but la conservation d'un bien. Il a pour but d'en tirer profit en le mettant en valeur, sans pouvoir le faire sortir du patrimoine et l'opposition est très nette avec les actes d'aliénation qui ont pour but de distraire les biens du patrimoine.

Il ne faut pas confondre aliénation et disposition

Et les actes de disposition, dit-on, se confondent avec les actes d'aliénation. Quand on aliène, par une vente ou une donation, il y a acte de disposition. Mais, pour M. Hémard, au contraire, l'expression d'aliénation ne se confond pas avec l'expression de disposition. L'expression d'aliénation a un sens juridique très défini. C'est tout acte qui fait sortir un bien du patrimoine. Tout acte d'aliénation n'est pas un acte de disposition, et inversement, tout acte de disposition n'est pas un acte d'aliénation. Donc on ne peut confondre les deux.

Tout acte de disposition d'abord n'est pas un acte d'aliénation. Certes, il est incontestable que la vente, la donation, sont à la fois des actes d'aliénation et des actes de disposition. Mais un bail d'une longue durée n'est pas un acte d'aliénation, cependant d'après M. Hémard, la jurisprudence et les auteurs, c'est un acte de disposition. Inversement, tout acte d'aliénation n'est pas un acte de disposition. Voici un individu qui est propriétaire de terres. A la veille d'une récolte, il est obligé de vendre sa récolte. On sait qu'une récolte sur pied est un immeuble, et cependant on a vu, en distinguant les biens meubles et immeubles et en parlant des meubles par anticipation qu'il faut considérer comme meubles par anticipation les récoltes. La vente d'une récolte par conséquent est certainement une aliénation, puisque c'est une vente et ce n'est pas une disposition.

Juridiquement, il est donc facile de donner une base à la distinction des actes d'aliénation et de disposition.

C'est le point de vue économique qui doit l'emporter dans la distinction des actes d'administration et des actes de disposition

C'est le point de vue économique qui doit l'emporter pour distinguer les actes d'administration des actes de disposition. Il faut, pour cela, tenir compte de la destination, de la fonction économique d'un bien dans le patrimoine. Ainsi, la vente d'une récolte est un acte d'aliénation, mais c'est un acte d'administration, car la destination des récoltes est d'être vendue. Si on ne veut pas opérer soi-même la récolte, il faut la faire opérer par autrui et, pour en tirer profit, il faut vendre la récolte sur pied. De même, les baux de longue durée sont des actes de disposition, car la fonction économique d'un immeuble qui fait qu'on

Source : BIU Cujas

en tire profit, c'est de le donner à autrui en location. (C'est là le seul moyen pour le propriétaire qui habite ailleurs de tirer profit de l'immeuble), mais sous condition que le propriétaire ne dispose pas pour une trop longue période, car alors le propriétaire ne pourrait plus vendre son immeuble aussi facilement; il ne pourrait plus en tirer profit en le vendant, en raison du long bail. Un long bail nuit, en effet, à la vente d'un immeuble. C'est donc du point de vue économique qu'il faut s'inspirer, et le C.C. ne dit pas le contraire, puisqu'on sait que le grand mérite du C.C. c'est de n'avoir engagé aucune théorie.

Un acte d'administration sera donc celui qui correspond à la fonction économique d'un bien dans le patrimoine, celui qui répond, par conséquent, à sa destination. Un acte de disposition sera celui qui dépassera cette fonction économique, qui ne répondra pas à son affectation.

On a ainsi étudié la situation du propriétaire capable ou non capable et la situation de la personne qui administre le patrimoine d'autrui.

Mais en parlant d'administration, on a dit qu'il y avait administration, disposition et revendication.

La revendication du patrimoine

En principe on ne revendique pas un patrimoine. Revendiquer une chose, c'est la réclamer en justice. On ne peut pas revendiquer un patrimoine, on revendique les éléments d'un patrimoine. La revendication n'est que spéciale, elle n'est pas générale. La conception classique explique cette règle d'une façon très simple en disant qu'un patrimoine ne peut être enlevé à un individu et que la revendication ne servirait de rien puisqu'un individu ne peut perdre sa faculté d'acquérir.

M. Hémard, considérant les faits, admet volontiers qu'une personne ne peut revendiquer un patrimoine, mais pour une raison de fait qui est la suivante: c'est qu'il est impossible, en dehors des exceptions formellement prévues par la loi, de voir comment un individu pourrait être dépouillé de tous les biens qui forment un patrimoine. Un individu qui possède un immeuble peut en être dépouillé, mais il ne lui servirait de rien d'invoquer une revendication générale, puisqu'il n'a qu'un immeuble et la revendication spéciale est beaucoup plus précieuse en raison des actions possessoires qu'elle confère.

Cas dans lesquels la loi permet la revendication d'un patrimoine séparé

Cependant, il est des cas où la loi permet la revendication d'un patrimoine. Il en est ainsi quand la loi permet la revendication d'un patrimoine séparé.

Il en est ainsi tout d'abord dans le cas de

Source : BIU Cujas

Cas de la pétition d'hérédité

la revendication d'un patrimoine à cause de mort. On peut réclamer, à la mort d'un individu, l'ensemble d'un patrimoine, mais il ne s'agit pas de revendication, comme la revendication en matière immobilière: ce qu'on revendique alors ce sont moins les biens eux-mêmes que le titre d'héritier, de légataire universel que le titre de bénéficiaire intégral de la succession ou d'une quote-part du patrimoine. Et cela est si vrai que l'action porte encore, dans notre droit, comme en droit romain, le nom de pétition d'hérédité. Le droit romain avait bien compris d'ailleurs la nature tout à fait spéciale de cette action; il disait que la pétition d'hérédité était une rei vendicatio generalis, c'est-à-dire que c'était une revendication générale qui portait sur l'ensemble du patrimoine du de cujus.

Cas de l'absent qui réclame ses biens aux envoyés en possession

Il y a encore un autre exemple de la revendication d'un patrimoine. Même de son vivant, une personne peut revendiquer un patrimoine, dans son ensemble. Il en est ainsi de l'absent qui reparaît, alors que ses parents ont été envoyés en possession de ses biens. Il peut réclamer ses biens, il réclame alors un patrimoine, ce n'est pas un bien individuel qu'il revendique. Il y a là une action analogue à la pétition d'hérédité, car c'est une revendication générale.

On pourrait d'ailleurs encore trouver d'autres exemples.

Ce qu'il faudra, pour cet absent, ce n'est pas de prouver qu'il était propriétaire à l'égard de l'envoyé en possession, et, de même que dans la pétition d'hérédité il faut prouver la qualité d'héritier, ici, l'absent devra prouver que c'est lui l'absent.

Cas du retour légal

Enfin, dernier cas où il faut admettre, d'après la loi, la revendication portant sur un ensemble de biens, c'est celui de l'art. 747 du C.C. C'est le cas du retour successoral. Lorsqu'un donateur a fait une libéralité à l'égard de ses parents, notamment à l'égard d'un enfant, et que cet enfant meurt sans postérité, la loi, dans l'art. 747 reconnaît au donateur le droit de réclamer les biens qu'il a donnés, dans leur ensemble.

II. Quels sont les droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur ?

Il faut examiner maintenant quels sont les droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur.

Les créanciers ont un droit sur tous les biens de leur débiteur.

Ils ont le droit d'exiger l'exécution des obligations de leur débiteur, sur les biens que celui-ci possède, lorsque l'obligation a été contractée, et sur les biens que le débiteur a acquis par la suite. Quand une personne s'est obligée, elle a obligé son patrimoine

Les créanciers ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur

Source : BIU Cujas

L'art. 2092 du patrimoine dit en effet " Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir". C'est ce qu'on exprime en ces quelques mots: " Qui s'oblige oblige le sien". On dit encore que les créanciers ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur.

Ce droit de gage général ne constitue pas un droit réel. Il en résulte que le débiteur peut vendre les biens qui lui appartiennent. Il peut en disposer, en acquérir d'autres. Le droit des créanciers plane sur l'ensemble des biens du débiteur. Il ne s'applique absolument à aucun, il ne frappe actuellement aucun des biens il ne frappera un bien déterminé que quand le créancier passera à l'exécution et voudra saisir un bien de son débiteur.

La loi du concours s'impose en règle générale aux créanciers

Il en résulte que tous les créanciers ont en principe un droit égal sur tous les biens du débiteur, sans s'occuper de l'époque de la naissance de leur créance, ou de l'entrée des biens dans le patrimoine du débiteur. Et si, lors de l'exécution, le débiteur a plus de dettes que de créances, et si lors de l'exécution les créanciers se présentent tellement nombreux qu'il n'y a pas de quoi les payer, ils devront subir la loi du concours, c'est-à-dire qu'ils seront payés en concurrence, au marc le franc, on disait beaucoup plus exactement dans l'ancien droit: au marc la livre. Le marc la livre était à l'origine des poids et mesures dont on fit par la suite des monnaies. On dirait beaucoup plus exactement de nos jours, au lieu de: au marc le franc, au centime le franc, c'est-à-dire que pour tant de francs de créance, on répartira entre les créanciers tant de centimes par franc. La loi du concours s'imposedonc aux créanciers.

Faillite et déconfiture

Le débiteur qui est hors d'état de satisfaire à ses engagements s'il s'agit d'un débiteur civil, et si la masse des saisies qui frappent ses biens révèlent une insuffisance de son actif, ce débiteur est en déconfiture. S'il est un commerçant, sans qu'il soit nécessaire que son actif soit inférieur à son passif, on dira qu'il est en faillite. Donc, le particulier qui a un actif inférieur à son passif, dont la situation est révélée par la masse des saisies, celui-là est en définitive en déconfiture. Le commerçant en faillite est seulement un commerçant qui, à un moment donné, n'a pas pu satisfaire à ses engagements.

Les créanciers privilégiés ou hypothécaires échappent à la loi du concours

Les créanciers sont donc soumis à la loi du concours. Ils se partagent l'actif de leur débiteur, au marc le franc. Mais il n'en est ainsi que pour certains créanciers, que l'on appelle les créanciers chirogra-

Source : BIU Cujas

phaires. Les créanciers chirographaires sont des créanciers en vertu d'un simple écrit qui constate leur créance, et, en l'absence d'un écrit ils ont un titre qui correspond à ce qu'on appelait en romain chirographae, c'est un titre de créance ordinaire. Les créanciers chirographaires sont donc soumis à la loi du concours, mais il est des créanciers qui y échappent. Ce sont les créanciers privilégiés ou hypothécaires, qui peuvent réclamer un privilège ou une hypothèque.

De nos jours le débiteur ne répond plus de ses dettes que sur son patrimoine

De nos jours un débiteur ne répond plus de ses dettes que sur son patrimoine.

Il en a été longtemps autrement, et les créanciers pouvaient faire emprisonner leur débiteur, lorsque celui-ci ne le payait pas. A côté de l'exécution sur les biens il y avait une exécution sur la personne, qui se réalisait par la contrainte par corps. Cette dernière a été supprimée par la loi du 22 juillet 1867. Elle ne subsiste que pour les condamnations pénales, et elle est encore ainsi d'une application plus fréquente qu'on ne le croit.

L'exécution porte indifféremment sur tous les biens du patrimoine du débiteur

L'exécution porte indifféremment sur tous les biens du patrimoine du débiteur. Si un bien disparaît le droit de gage général ne peut plus s'appliquer à ce bien Il ne le frappe plus. Si, au contraire, un autre bien apparait à la place, le droit de gage général le frappe. C'est que, pour un créancier les éléments du patrimoine d'un débiteur se ramènent à l'idée d'une valeur pécuniaire et si un bien disparaît et qu'un autre réapparait, s'il n'y a pas eu de fraude de la part du débiteur, l'acte de disposition est parfaitement valable. Par rapport au créancier et par rapport au titulaire du patrimoine, les différents éléments d'un patrimoine sont interchangeables. On dit que ce sont des choses fongibles. Ce sont des éléments qui peuvent se remplacer, car tous sont appréciables économiquement.

L'adage in judiciis universalibus pretium succedit loco rei

De ce caractère de fongibilité, les auteurs ont voulu tirer une règle qu'on exprime par l'adage suivant: in judiciis universalibus pretium succedit loco rei res loco pretiti Par judicia universalia, il faut entendre les universalités juridiques, les universalités de droit, le patrimoine par exemple. C'est pourquoi on peut appliquer cette règle au patrimoine. Le sens de cet adage est le suivant: Dans une universalité de droits, quand un objet est vendu, le prix prend la place de la chose, et quand, au contraire, un objet est acheté, la chose prend la place du prix. Il y a subrogation et on dit que la chose ainsi subrogée prend la place de la chose à laquelle elle se substitue. On parle de subrogation des biens les uns par les autres, et on dit qu'il s'agit d'une subrogation à titre universel, par opposition à la subrogation à titre particulier qui existe dans

Source : BIU Cujas

certains cas spéciaux, notamment dans le cas de l'échange ou du remploi, art. 433, 434 et 435 du C.C.

D'après M. Hémard, il n'y a pas à parler ici de subrogation à titre universel. Il n'y a de subrogation possible d'après M. Hémard que quand une même personne possède plusieurs patrimoines. Quand une personne possède un seul patrimoine, la subrogation n'a pas d'importance. Quand une personne ne possède qu'un seul patrimoine, il n'y a qu'à dire que les éléments de ce patrimoine sont choses fongibles et se remplacent les uns par les autres.

La subrogation réelle peut se présenter sous 2 formes

Au contraire, il y a une subrogation réelle qui se présente de deux sortes, à titre particulier et à titre universel. Il faut admettre l'idée de subrogation universelle, mais il y a là quelque chose de tout différent de ce que la plupart des auteurs admettent sous ce nom. Cela ne fait pas seulement allusion à la fongibilité des éléments du patrimoine, cela n'existe que quand une personne a plusieurs patrimoines.

I - La subrogation à titre particulier

Le fondement de ces deux sortes de subrogations est différent. La subrogation à titre particulier a pour fondement l'idée d'affectation patrimoniale. Elle suppose une personne qui, ayant plusieurs patrimoines, remplace, dans un patrimoine, un bien par un autre, bien déterminé. Et il faut qu'il s'agisse du remplacement d'un bien certain par un autre bien certain. Le bien subrogé prend la place du bien disparu. Voici par exemple une femme mariée sous le régime dotal. Son mari aliène un immeuble et elle achète en remploi un autre immeuble. Il y a subrogation réelle à titre particulier.

Conditions requises pour qu'elle soit valable

Pour que cette opération soit valable, il faut la réunion de trois conditions:

1°) Il faut le remplacement d'un bien par un autre. Ce remplacement est une condition nécessaire, qu'il soit immédiat, en cas d'échange de propres ou médiat comme en cas de remploi, comme dans le cas où le prix payé servira à acquérir un autre immeuble.

2°) Il faut qu'il s'agisse d'une universalité. Si il y avait subrogation réelle à titre particulier, en dehors d'une universalité, subrogation par rapport à un bien déterminé, il n'y aurait pas subrogation. Un individu achète un immeuble, il n'en a qu'un dans son patrimoine, il le vend pour en acheter un autre, il y a subrogation réelle à titre particulier.

3°) Comme ces subrogations à titre particulier peuvent présenter des dangers pour les tiers, puisqu'elles vont permettre au créancier qui avait un droit sur l'immeuble d'en acquérir un nouveau sur l'immeuble subrogé, il faudra par conséquent qu'une certaine publicité soit réalisée, que la subrogation réelle soit bien déterminée, qu'on puisse connaître l'origine des deniers

Source : BIU Cujas

ayant servi à assurer la subrogation.

2 - La subrogation à titre universel

La subrogation à titre universel a un autre caractère. Son fondement est d'origine patrimoniale. Elle existe parce qu'il y a plusieurs patrimoines, elle ne suppose pas qu'un bien déterminé vient prendre la place d'un autre: même il peut s'agir d'une somme d'argent sans individualité marquée.

A cet égard deux conditions sont nécessaires:

1°) Il faut le remplacement d'un bien par un autre, bien quelqu'il soit et non plus bien déterminé.

2°) Il faut qu'il s'agisse d'une universalité de droits.

Conditions de cette subrogation

Il s'agit de tous les cas où il y a une universalité de droits et transmission d'un patrimoine. C'est le cas du retour successoral, de la revendication par un absent de son patrimoine et du cas où la femme revendique sa dot mobilière. La femme ne peut pas seulement revendiquer les biens pris individuellement elle peut revendiquer non pas seulement un meuble déterminé, mais même une créance, une somme d'argent n'ayant pas d'individualité.

TITRE III

LES ACTES JURIDIQUES

Ce que c'est qu'un fait juridique

Les évènements qui font naître les droits, qui les modifient, qui les transmettent et les constatent sont des faits juridiques. Un fait juridique consiste dans une circonstance ou un ensemble de circonstances auxquels un effet de droit est attaché, soit par la loi, soit par la convention, soit par l'usage.

Les faits juridiques sont des évènements quelconques, qu'on classe d'ailleurs en deux grandes catégories, selon qu'ils subissent ou non l'influence de l'homme.

Il y a d'abord le fait juridique proprement dit, évènement accidentel, indépendant de la volonté de l'homme. Il en est ainsi de la naissance d'un individu, du fait d'acquérir des droits. Il en est ainsi également de la mort d'un individu qui fait acquérir des droits à l'héritier. De même, dans certains cas, l'arrivée à un certain âge, l'âge de la majorité, qui crée une pleine capacité est un fait juridique.

Mais il y a encore d'autres faits qui sont des faits juridiques. Il en est ainsi du fait de voisinage, du fait que deux personnes sont propriétaires de terrains côte à côte.

Ce que c'est

Source : BIU Cujas

qu'un acte juridique

L'acte juridique est, au contraire, dépendant de la volonté de l'homme. Il marque la volonté dans le domaine du droit et il faut opposer le fait juridique à l'acte juridique.

Intérêt de la distinction des faits juridiques et des actes juridiques

Cette division présente un intérêt considérable.

En ce qui concerne leur origine

Tandis que le fait juridique a son origine dans un évènement quelconque, en dehors de la volonté de l'homme; l'acte juridique a son origine dans le volonté de l'homme. Cette différence fondamentale dans l'origine se traduit par des conséquences très importantes puisque, en matière d'acte juridique, il faut poser le principe de l'autonomie de la volonté.

En ce qui concerne la non rétroactivité de la loi

Mais il y a d'autres différences qu'il faut indiquer en ce qui concerne la rétroactivité ou la non-rétroactivité de la loi. Quand la loi vient modifier l'effet d'un fait juridique, elle le fait à partir du moment où elle le veut car il ne s'agit que d'un fait juridique. Au contraire, pour les actes juridiques, elle ne peut agir librement, car, au fond le principe de la non rétroactivité de la loi a essentiellement pour but la sauvegarde de la liberté contractuelle, à l'égard du juge.

En ce qui concerne les modes de preuve

Il est d'ailleurs encore une autre différence entre les actes et les faits juridiques. Tandis que pour les actes juridiques, il faudra étudier leur mode de preuve, et qu'on verra qu'ils sont soumis à toute une règlementation quant à la preuve, (art. I34I et suivants du C.C.); tandis que cette preuve en est limitée, au contraire, par rapport aux faits juridiques tous les moyens de preuve sont admis.

Etude des actes juridiques

On laissera de côté les faits juridiques: ce sont les actes juridiques qu'il faut étudier.

On peut distinguer 2 sortes d'actes juridiques

Les actes juridiques sont essentiellement de deux sortes. Il y en a de licites et il y en a d'illicites; il y a des actes juridiques qui sont permis par la loi et d'autres qui ne le sont pas.

Définition de l'acte juridique

L'acte juridique, pour le définir, est un acte émanant de la volonté d'une personne, accompli par celle-ci en vue de produire des effets juridiques.

Les effets des actes juridiques

Les actes juridiques peuvent créer un droit; il en est ainsi quand une personne fait un testament et crée le droit des légataires. Un acte juridique peut modifier un droit. Un contrat d'ailleurs, modifie toujours la situation antérieure. Un acte juridique peut transmettre un droit, c'est le cas du contrat de vente; il peut enfin étendre un droit, c'est le cas de la renonciation à un droit.

Les deux sens du mot "acte"

Le mot "acte, dans l'expression "acte juridique" est pris, au fond , dans deux sens. Ici on

Source : BIU Cujas

vient de le prendre dans un sens très précis, c'est-à-dire dans le sens d'un acte émanant de la volonté de l'homme et qui produit des effets juridiques. Les Romains avaient deux termes pour distinguer l'acte dans ce sens. L'acte dans le sens d'acte écrit, l'acte envisagé en tant que produisant un effet juridique, les Romains l'appelaient le "negotium", et ils opposaient ce négotium au mot qui faisait allusion à l'acte écrit, destiné à servir de preuve ou de constatation du negotium "l'instrumentum". Il faut bien distinguer ces deux termes. On les confond toujours, mais personne ne s'y trompe. Quand on parle d'acte juridique on reconnait tout de suite s'il s'agit du negotium ou de l'instrumentum.

On distingue les actes juridiques patrimoniaux et les actes juridiques extra patrimoniaux

Les actes juridiques sont de deux sortes. On va les citer rapidement sans montrer les intérêts qui s'y attachent.

Les actes juridiques sont tantôt relatifs aux droits de famille, aux droits de la personne, et tantôt relatifs aux droits des biens. Il y a des actes juridiques pour passer mariage pour adopter un enfant, comme il y a des actes juridiques en ce qui concerne les droits d'un patrimoine, qu'il s'agisse d'une vente, d'un paiement, d'une donation. Mais on envisagera exclusivement ici les actes qui concernent le patrimoine, les biens, car pour le droit des personnes il y a des règles de droit particulières. Et il en est notamment une qu'il faut mettre en relief:tandis qu'en matière d'actes concernant le patrimoine le principe est celui de l'autonomie de la volonté, pour le mariage par exemple, on ne rencontre pas cette liberté des parties. Les contrats relatifs aux personnes sont soumis à des règles qu'on aura à étudier en étudiant les personnes.

Actes à titre gratuit et actes à titre onéreux

Parmi les différentes sortes d'actes, on distingue les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Les premiers sont faits dans une pensée de bienfaisance. Ils procurent un avantage à une personne sans équivalent fourni par l'autre. L'acte à titre onéreux suppose qu'un équivalent a été presté par chacune des parties.

Actes entre vifs et actes à cause de mort

Il y a, d'autre part, des actes entre vifs et des actes à cause de mort. Les actes à cause de mort sont ceux par lesquels une personne dispose, pour le temps où elle ne sera plus, de tout ou partie de ses biens. Ces actes ne deviennent irrévocables que par la mort de l'auteur. On les appelle actes de dernière volonté.

Les actes entre vifs produisent effet du vivant des parties contractantes. En principe ce sont tous les actes, à l'exception du testament.

Actes unilatéraux et

Les actes peuvent être encore unilatéraux ou

Source : BIU Cujas

actes bilatéraux

bilatéraux.

Un acte unilatéral est l'expression d'une volonté unique: une seule partie s'est liée et l'acte ne produira effet qu'à l'égard de cette partie. L'exemple typique est celui du testament. Et dans le droit de famille on trouve également des actes unilatéraux, comme l'émancipation et surtout la reconnaissance d'un enfant naturel.

L'acte bilatéral est l'oeuvre de deux ou de plusieurs personnes.

La convention et le contrat

On appelle conventions des actes de cette nature qui exigent l'intervention de deux ou de plusieurs personnes en vue de produire un effet juridique quelqu'il soit. L'expression de convention est donc très large. L'expression de contrat l'est un peu moins.

La confusion est souvent faite d'ailleurs entre la convention et le contrat. L'art. IIOI distingue bien le contrat de la convention, puisqu'il définit le contrat: " une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ". Le contrat, par conséquent, diffère de la convention en ce qu'il a pour but de créer des obligations. La convention peut avoir pour but d'en créer ou d'en éteindre et si tous les contrats sont des conventions, il y a des conventions qui ne sont pas des contrats. Ne sont pas des contrats, en effet, les conventions relatives à un paiement; il n'y a pas obligation, mais extinction. Et c'est encore le cas de la convention de remise de dette.

Tout rapport de droit peut faire l'objet d'un contrat. Il n'y a pas de séparation absolue à faire entre le contrat de droit privé et le contrat de droit public et il est nécessaire de poser ici le principe que l'Etat ne doit pas être traité comme une personne différente des autres; en effet, dans une certaine théorie, les contrats passés par l'Etat n'auraient pas la même nature que les autres contrats. Or, sans doute, il y a des contrats de droit public qui présentent certains caractères particuliers, comme les contrats qui lient un fonctionnaire à l'Etat, mais, en principe, les éléments ordinaires des contrats sont pareils.

Actes translatifs et actes déclaratifs

Les actes peuvent être translatifs ou déclaratifs. Et ceci est une distinction fondamentale.

L'acte translatif ou attributif est celui dans lequel les deux parties établissent leur droit à dater du jour même où l'acte est passé. Elles acceptent le passé tel qu'il est, mais à partir du moment où l'acte translatif ou attributif est conclu une situation nouvelle apparaît. Il en est ainsi en cas de vente ou de dona-

Source : BIU Cujas

tion. Le vendeur ou le donataire acceptent tous les deux le passé; ils respectent tous les droits consentis par le vendeur ou par le donateur, mais pour l'avenir, la situation est nouvelle.

L' acte déclaratif, au contraire, est celui dans lequel les droits des parties qui existaient antérieurement remontent, quant à leurs effets, à une époque antérieure. Ils sont seulement définitivement déterminés, mais leur effet remonte dans le passé et on dit volontiers que ces actes déclaratifs sont rétroactifs. L'exemple le plus simple est le partage. A la suite d'une succession ouverte le Ier janvier I929, et qui n'est liquidé que le 17 janvier I930, les droits des parties ne prendront pas date au 17 janvier I930, ils remonteront au jour où l'indivision a commencé entre les parties, à la suite de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire au Ier janvier I929. Le partage n'est pas d'ailleurs le seul acte translatif, il en est un autre très important qui est la transcription.

Actes simples et actes complexes

Les actes peuvent être simples ou cpmplexes.

L'acte simple c'est, par exemple, la vente ou la donation. C'est une opération qui se limite à un objet déterminé. L'acte complexe, au contraire, renferme en lui-même plusieurs actes. Il en est ainsi du contrat de mariage, qui, le plus souvent renferme d'assez nombreux actes juridiques: l'établissement d'un régime matrimonial entre les époux, une constitution de dot, des donations, et à la campagne on y met souvent des ventes. Et la constitution de dot, d'après la jurisprudence, est un acte complexe à un autre point de vue, non pas en ce qu'il contient plusieurs opérations, mais parce qu'il a un caractère différent selon que l'on envisage les parties ou les tiers. Enfin l'on peut citer le cas de la constitution d'une société par actions.

Actes instantanés et actes successifs

Les actes peuvent être, en dernier lieu, instantanés ou successifs.

Cette distinction, bien qu'elle ne soit jamais faite est très importante. Un acte est instantané quand il produit immédiatement les effets qu'on en attend. Ainsi, la vente transmet immédiatement la propriété du bien vendu à l'acheteur. Et il en est de même de la donation. Il s'ensuit qu'on est en présence d'un acte qui a un effet simple, car il se produit en une fois.

L'acte successif, au contraire, développe ses effets dans le temps. Il n'épuise pas en une fois ses conséquences et il dure. C'est le cas, par exemple, du contrat de louage. On loue un appartement. Le contrat va se développer pendant tout le temps que durera le contrat. Et il en est de même du contrat de société. Des personnes sont associées pendant vingt ans. Pendant vingt

Source : BIU Cujas

ans elles seront liées et les effets du contrat de société se développeront dans le temps.

Telles sont les grandes distinctions qui existent entre les actes juridiques.

Le C.C. n'a pas établi de théorie générale des actes juridiques

Le C.C. ne s'est pas préoccupé d'établir une théorie générale des actes juridiques. Il s'est borné à indiquer les conditions et les effets des actes juridiques les plus importants, et c'est surtout à propos du contrat , dans les art. IIOI et suivants, qu'on trouve les règles essentielles des actes juridiques.

Il faut donc construire une théorie essentielle des actes juridiques, théorie provisoire d'ailleurs, car il faudra revenir sur cette théorie concernant les personnes ou les biens, dès lors il faudra examiner successivement:

Plan de ce titre

Chapitre I - Les conditions d'existence et de validité des actes juridiques. On verra s'il n'y a pas lieu d'y ajouter une condition d'efficacité.

Chapitre II - La sanction de ces conditions.

Chapitre III - Les effets des actes juridiques.

Chapitre IV - Les modalités des actes juridiques.

Il resterait à étudier l'interprétation des actes juridiques; mais comme cette interprétation est surtout importante en matière de contrat, c'est en Deuxième Année qu'on l'étudiera.

Chapitre I

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITE DES ACTES JURIDIQUES.

Bien que le C.C. ne passe pas la classification il est très important de distinguer les conditions d'existence, les conditions de validité et les conditions d'efficacité

Les textes du C.C. ne distinguent pas les conditions d'existence et de validité. Ils les étudient pêle-mêle et l'art. II08 par exemple les énumère sans se préoccuper de les classer. Cependant l'importance d'une classification est très grande. C'est qu'en effet on va étudier les conditions d'existence et de validité et on verra que la sanction est différente selon qu'il s'agit des unes ou des autres.

Les conditions d'existence sont nécessaires pour qu'il y ait un acte juridique, sans elles il n'y a rien. Les conditions de validité supposent, au contraire, l'acte juridique existant, mais elles sont nécessaires pour qu'il ait toujours sa valeur. En d'autres termes, si les conditions de validité n'existent pas, bien que les conditions d'existence soient présentes, l'acte reste invalidé. On dit parfois que l'acte qui est né vivant n'est pas viable. Il faudrait ajouter une

Source : BIU Cujas

troisième catégorie de conditions, les conditions d'efficacité qui ont pour but, quand un contrat existe, lorsque les conditions d'existence sont remplies, quand un contrat est valable, quand les conditions de validité sont satisfaites, quand par conséquent l'acte existe et est valable, de lui faire produire des effets à l'égard de tout le monde. Voici un contrat de vente; les conditions d'existence, consentement et objet existent; les conditions de validité existent; c'est une personne capable qui a fait cet acte. Mais le contrat ainsi formé, ce contrat de vente qui réunit les conditions d'existence et de validité ne vaut qu'entre les parties, et s'il s'agit de la vente d'un immeuble, pour avoir toute son efficacité à l'égard des tiers, il faut qu'il soit soumis à une publicité, réalisée par la voie de la transcription au Bureau des Hypothèques. Donc les conditions d'efficacité forment quelque chose de postérieur à la réalisation du contrat, elles ont pour but de rendre efficace, à l'égard des tiers, le contrat de vente.

Etudions donc successivement les conditions d'existence et les conditions de validité.

Les conditions d'existence sont au nombre de deux: 1°) Il y a intervention de la volonté, 2°) il faut un objet.

Les conditions d'existence sont au nombre de deux:
1° Intervention de la volonté

L'intervention de la volonté est de l'essence de l'acte juridique. L'art. 1108 du C.C. parle de consentement. Cela semble faire allusion à la volonté de plusieurs personnes, mais il peut n'y avoir qu'une personne, puisqu'il y a des actes unilatéraux, de même qu'il y a des actes bilatéraux. La volonté peut être unique ou plurale.

La volonté peut-être unique

La volonté peut-être unique c'est le cas de l'acte unilatéral, du testament par exemple, et, en Seconde Année, on verra qu'une seule volonté, une volonté unilatérale peut créer des engagements. Il n'y a pas besoin d'être deux pour s'engager. Même si une personne se borne à recueillir ce que l'autre promet, il peut y avoir engagement formé par la volonté d'une seule personne. L'offre que fait un grand magasin en mettant ses prix à la devanture sont des offres de contracter, c'est un appel à tous ceux qui veulent bien payer telle marchandise tel prix. Et on peut supposer encore le cas d'une dame qui a perdu son petit chien et qui, par voie d'affiches, promet une récompense à qui le lui rendra. La promesse de récompense est, en effet, un acte unilatéral.

ou plurale.

Mais la volonté des parties est, le plus souvent plurale. Il y en a au moins deux, mais il peut y en avoir un nombre plus considérable. Seulement on n'analyse pas toujours avec assez de soin l'accord des

Source : BIU Cujas

volontés.

Les contrats d'adhésion

L'hypothèse la plus fréquente est celle dans laquelle les volontés de deux parties concourent. Les deux parties ont discuté, une vente se fait entre deux personnes à propos d'un immeuble. Puisqu'on a discuté auparavant, la volonté des parties apparaît très libre. Mais il y a une forme de contrat qui est de plus en plus importante, où l'une des parties n'a rien à discuter, elle a seulement à accepter ou à refuser. L'autre partie fait tout. Il s'agit des contrats qui se passent par voie d'adhésion à un contrat préétabli. Et il y a lieu de se demander si la volonté des adhérents est bien libre Certes, quand il s'agit d'obtenir un objet quelconque qui n'est pas une chose de première nécessité, on peut dire que la volonté des adhérents est libre. Une personne reçoit une proposition d'abonnement à un journal, elle refuse ou elle accepte, sa volonté est libre. Mais quand un individu veut aller de Paris à Marseille, il est bien obligé de passer par la compagnie du P.L.M. Il est alors obligé de payer tel prix, sans discuter, car on le renvoie au tarif général. Quand il s'agit d'un objet de première nécessité, par conséquent , la volonté n'est pas absolument libre. Et l'an prochain on verra comment la liberté des parties est sauvegardée, au moins dans les contrats où il y a plusieurs volontés, dans les actes juridiques où la volonté est plurale. Il y a des actes juridiques en effet qui se forment par le concours de volontés, ou par l'adhésion d'une volonté à une volonté pré-établie. Et dans ce cas il y a une volonté qui apparaît comme la maîtresse du contrat.

Le principe de l'autonomie de la volonté dans les actes juridiques se manifeste:

Mais le principe de la liberté de la volonté dans les actes juridiques n'en subsiste pas moins. Et c'est une liberté de forme et de fond,

L'autonomie de la volonté, droit pour la volonté individuelle, dans le domaine du droit, de faire tout ce qu'elle veut, a des limites, mais le principe demeure : on est libre de faire le contrat qu'on veut, de le faire sous la forme qu'on veut et on est libre, au fond, d'adopter telle convention, de prendre telle clause qu'on veut.

Examinons successivement ces deux libertés, de forme et de fond.

a) quant à la forme

La liberté de forme permet non seulement d'ailleurs d'abord d'adopter la forme qu'on veutpour un acte juridique, mais de l'établir par le procédé qu'on veut.

Mais il ne faut pas confondre la volonté unique ou plurale avec la forme des actes, ni avec la preuve des actes. D'une part, la forme reste indépendante de la validité. La manifestation de volonté nécessaire à l'existence d'un acte, n'a pas besoin d'intervenir dans une

Source : BIU Cujas

forme déterminée, en droit français. Il n'y a plus de symbolie ni de formalisme. Mais il en a été autrement dans l'histoire: toute l'histoire du droit français et du droit romain est là pour le prouver. Les formes ont eu alors un rôle considérable. Et Loysel jugeait les formes absolument nécessaires. Au contraire, Montesquieu représente l'excès des formes comme la honte de la raison humaine. Quoiqu'il en soit aujourd'hui il n'y a plus de symbolisme ni de formalisme. Les règles du droit ont dépouillé tout caractère symbolique. La volonté humaine peut s'exprimer comme elle le veut. La règle du droit moderne c'est l'indépendance des formes par rapport au droit. Et cette indépendance est telle qu'on verra l'an prochain que non seulement on peut contracter par écrit, mais que l'on peut contracter encore par la parole, ou par le silence.

Par exception il est encore dans notre droit des contrats solennels

Mais ici encore il y a des exceptions; il est des cas où la loi exige une certaine forme. Il y a des contrats, aussi bien en matière de droits de famille que de droits patrimoniaux, pour lesquels la loi exige que la volonté des parties soit exprimée dans un contrat déterminé, en présence d'un officier public. On est alors en présence de contrats solennels bien qu'il ne s'agisse pas, au fond, d'une véritable solennité et qu'on ferait mieux de les appeler contrats formels, c'est-à-dire de contrats pour lesquels il faut une certaine forme. Ces contrats solennels exigent l'intervention d'un officier public.

Prenons les droits de famille. Les contrats solennels seront, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel, pour laquelle il faut un acte de l'officier de l'état civil, et c'est encore le cas de l'émancipation pour laquelle la loi veut l'intervention d'un officier public: le juge de paix. Mais c'est surtout aux droits du patrimoine que cette étude est consacrée et il faut énumérer les actes solennels.

On peut constater, tout d'abord, que pour tous ces actes juridiques solennels, l'officierpublic dont l'intervention est requise est le notaire. Il faut un acte notarié pour un testament olographe ou mystique, articles 97I et 976 du C.C., en matière de donation, article 93I, en matière de subrogation, article I250 N°2, en matière de contrat de mariage, article I394, en matière de contrat d'hypothèque, article 2I27, et il y a également, à cet égard, des textes en dehors du code civil. Il faut citer, en effet, comme contrat solennel exigeant l'intervention d'un notaire, la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, article 9 de la loi du 23 Mars I855, et la cession de brevets d'in-

Source : BIU Cujas

vention, article 20 de la loi sur les brevets d'invention du 5 Juillet I844.

Ainsi il y a des actes solennels et on vient d'en donner une énumération complète, en ce qui concerne les actes intéressant le patrimoine.

Les parties ne pourraient pas, à leur volonté, étendre un acte solennel. Elles peuvent bien s'obliger à passer un contrat par devant notaire, mais par là elles ne rendent pas un acte solennel. C'est une simple question de preuve réglée entre elles ce n'est pas une question de forme.

Pour les principaux actes la loi exige une certaine publicité en vue d'en assurer la pleine efficacité. Il s'agit alors de ces conditions d'efficacité qu'on peut distinguer des conditions d'existence et de validité. Mais on les a écartées il ne faut donc pas en parler.

La volonté est tout à fait indépendante de sa preuve

La volonté est donc devenue indépendante de la forme et de son expression. La volonté, d'autre part, est indépendante de sa preuve. Il ne faut pas confondre l'existence de la volonté et sa preuve. Il est vrai qu'en fait, ne pas avoir du droit, ou ne pas avoir la preuve de ce droit, c'est quelque chose de bien voisin. Cependant il n'est pas douteux que même celui qui n'a aucune preuve du droit peut, s'il a un droit, en obtenir l'exécution, s'il se fie à la bonne foi de l'autre partie, et si celle-ci est de bonne foi, il peut lui déférer le serment et compter sur l'aveu. Mais serment et aveu sont des solutions bien précaires car c'est s'en remettre à la bonne foi de l'autre partie.

b) Et quant au fond Le principe posé par l'art. II34 du C.C.

La liberté quant au fond est la plus large qu'on puisse imaginer. L'article II34 le montre. Les conventions légalement formées, dit-il, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Par conséquent il faut dire que toutes les conventions sont permises: les parties peuvent faire ce qu'elles veulent. Mais comme la loi peut toujours commander, la loi peut interdire certaines conventions. Elle peut empêcher que les conventions qu'elle juge défavorables ou nuisibles ne soient passées.

Les limites du principe

Les conventions, il est vrai ne forment, par rapport au droit applicable, qu'une partie très minime, même d'une convention la mieux faite: on ne peut tout prévoir et celui qui voudrait tout prévoir serait déçu, car il peut se présenter une situation nouvelle qu'on n'a pu prévoir. Il en résulte que, même quand une convention est très complète, l'usage et la coutume reprennent leur empire, à défaut de la convention. Et l'autonomie de la volonté qui est considérable, va recevoir une certaine limitation puisque les parties ne peuvent pas tout prévoir. Cependant on a pu ne pas vouloir s'en référer à l'usage. L'autonomie de la volonté ne reçoit elle pas d'ailleurs échec dans les actes juridiques qui se

Source : BIU Cujas

forment par voie d'adhésion ? Quand un voyageur veut aller de Paris à Marseille il est bien obligé de se soumettre à toutes les conditions de la Cie P.L.M. N'y a-t-il pas là un certain échec à sa liberté ? Ici ce n'est plus la liberté des contrats, ici la liberté n'existe plus que d'un côté, pour la compagnie et il en est de même partout où il y a un certain monopole, qu'il s'agisse d'une police d'abonnement au gaz ou à l'électricité, ou qu'il s'agisse d'une police d'assurance.

La plus grande restriction à la volonté des parties tient à l'objet même du contrat

Mais la plus grande restriction à la volonté des parties tient à l'objet même du contrat.

La limite posée à cet égard par l'art.6 du C.C.

Elle est exprimée par l'article 6 du C.C. en ces termes " On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs".

Et on arrive ainsi, après avoir étudié la volonté et montré que l'ordre public et les bonnes moeurs forment la restriction de fond à la volonté des parties, à l'étude de l'objet. Les actes juridiques ont pour objet de créer, de modifier de transmettre ou d'éteindre un droit.

L'objet des actes juridiques

Il semble qu'il n'y ait pas grand chose à dire de cet objet, à moins qu'on ne veuille étudier chacun des modes de cessation, de modification, ou de transmission des droits et c'est toute la matière des obligations, car l'acte juridique a pour objet cette création, cette modification, cette transmission, cette exécution. Mais on le confond d'ordinaire avec l'objet du droit lui-même. Ce sont deux expressions qu'on ne sépare guère que celles de l'objet de l'acte juridique qui est cette création du droit et l'objet du droit qui est l'existence de choses extérieures.

La confusion entre ces deux sortes d'objets est courante. L'article II08 la fait en parlant de l'objet de la convention. Cependant il faut distinguer les deux choses car l'objet de l'acte juridique, le plus souvent, en lui-même, n'a rien d'illicite. C'est qu'en effet c'est l'objet du droit surtout qu'on va étudier ici c'est-à-dire la chose sur laquelle porte ce droit et il faut dire qu'une chose ne peut être objet d'un droit que sous deux conditions 1°) que l'objet soit possible et 2°) d'autre part que l'objet soit licite.

L'objet doit être - 1 - possible

Il faut d'abord que l'objet soit possible. La nature des choses l'exige car si une chose est impossible quel profit peut-on en retirer ?

Et il n'y a guère d'exemple dans la jurisprudence d'objets impossibles car, qui, sinon un fou, réclamerait une chose impossible ? Toutefois, la jurisprudence fait bien remarquer qu'il nes'agit ici que d'une impossibilité absolue et perpétuelle et elle n'admet pas qu'

Source : BIU Cujas

une impossibilité relative et temporaire soit un obstacle à l'établissement d'un acte juridique. Ainsi, l'individu qui se trouve en présence d'une impossibilité momentanée, même s'il se fait illusion, sur son caractère, pourra passer l'acte quand l'impossibilité aura cessé. De même, l'impossibilité peut n'être que relative. Un individu promet, par exemple, de faire un tableau, mais il ne sait pas peindre. On s'est demandé s'il y avait eu un engagement véritable de sa part. Sans doute, celui qui s'est engagé ainsi a eu tort de le faire et l'autre partie pourra lui demander des dommages intérêts, mais il y a bien eu un engagement d'autant qu'on a fait remarquer, avec juste raison, qu'il n'y a pas eu impossibilité absolue car l'individu peut parfaitement apprendre à peindre.

2)Licite

L'objet doit être, en second lieu, licite et on revient ici à l'article 6 du C.C.

L'art. 6 du C.C.

L'article 6 du C.C. distingue l'ordre public et les bonnes moeurs, et c'est là la réserve la plus complète qui soit apportée au principe de l'autonomie de la volonté.

La jurisprudence confond toujours l'ordre public et les bonnes moeurs

Mais la doctrine et la jurisprudence confondent l'ordre public et les bonnes moeurs. La jurisprudence les confond car elle ne parle jamais des bonnes moeurs sans parler également de l'ordre public, elle prend l'expression telle qu'elle la trouve dans l'article 6.

Faut-il faire la distinction ? La plupart des auteurs disent qu'il n'y a pas à distinguer l'illégalité de l'immoralité. On distingue cependant, tout au moins, l'acte illégal et l'acte illicite. L'acte illégal est celui qui est directement contraire à la loi, l'acte illicite serait soit contraire à la loi, soit contraire aux bonnes moeurs, et il n'est pas l'objet d'une disposition spéciale.

Intérêts qu'il y a à distinguer l'ordre public et les bonnes moeurs

Il y a à distinguer, en réalité, entre l'illégalité et l'immoralité, entre l'ordre public et les bonnes moeurs certains intérêts.

D'abord, pour rappeler la question de la rétroactivité, les lois d'ordre public sont toujours rétroactives. On ne parle pas des lois concernant les bonnes moeurs car les bonnes moeurs ce n'est pas la loi mais la civilisation qui les fait. Et, par conséquent, à ce premier point de vue on comprendrait une distinction, au moins théorique, entre les bonnes moeurs et l'ordre public. Les lois d'ordre public seraient toujours rétroactives.

D'ailleurs il faut ajouter que s'il est facile d'établir l'ordre public, les dispositions relatives aux bonnes moeurs sont difficiles à établir. En ce qui concerne les sources de ces deux notions, on découvre

Source : BIU Cujas

de façon différente ce qui est contraire à l'ordre public et ce qui est contraire aux bonnes moeurs. Les cas où l'ordre public est atteint sont indiqués par la loi, et on les connaîtra par interpétation de la loi; les cas où il existe une atteinte aux bonnes moeurs seront révélés par l'observation des faits et l'interprétation, si, il y a lieu à interprétation sera l'interprétation d'un usage, peut-être d'une coutume, mais ce sera quelque chose de différent de l'interprétation de la loi. Il n'y a rien là d'ailleurs d'absolu puisque quand une loi est douteuse il faut bien interpréter les faits, rechercher dans la vie sociale ce que la loi a dit ou voulu dire.

Au point de vue de la sanction applicable à l'égard de la cour de Cassation, cette différence reste théorique car la cour de cassation applique la même sanction dans tous les cas. Mais en matière d'ordre public, puisqu'il s'agit de l'interprétation de la loi, on est en présence d'une question de droit sur laquelle la cour de Cassation peut exercer pleinement son pouvoir de contrôle; au contraire, quand il s'agit des bonnes moeurs comme il s'agit d'une interprétation des faits il devrait en résulter que la cour de cassation n'aurait pas la même action, et que quand une cour d'appel aurait déclaré tel acte juridique contraire aux bonnes moeurs, la cour de cassation n'aurait pas de contrôle à exercer. Mais la cour de cassation, en réalité, se réserve un pouvoir de contrôle absolu, et si elle se réserve ce droit de contrôle absolu, c'est qu'elle ne fait pas de distinction entre l'ordre public et les bonnes moeurs.

La notion d'ordre public

L'ordre public est une notion assez fuyante. C'est une notion qui varie dans le temps et dans l'espace.

C'est une notion variable - Dans le temps - Et dans l'espace

Elle varie tout d'abord dans le temps. En France, en 1804, le divorce est admis; en 1816 il est supprimé; en 1884 il est rétabli et qu'il soit admis ou qu'il soit aboli, on le considère toujours comme d'ordre public.

Elle varie, d'autre part, dans l'espace. Le système héréditaire de la France est basé sur l'égalité des héritiers de même rang et degré. Mais ailleurs, dans d'autres pays, en Angleterre, notamment, l'inégalité des parts des héritiers est consacrée par le législateur.

L'ordre public n'est pas le même à quelques années de distance: il diffère selon les pays, il est par conséquent prudent d'en donner une définition générale et de la préciser dans chaque cas spécial.

Les tentatives qui ont

En effet, la plupart des tentatives qui ont été

Source : BIU Cujas

été faites pour déterminer la notion d'ordre public ont échoué. L'ordre public, dit-on souvent, consiste dans l'ensemble des règles établies par le législateur, dans l'intérêt de la société. C'est à peu près la définition qu'en donnait Portalis qui entendait par ordre public, tout ce qui, dans la loi, intéresse plus la société que les particuliers. Mais, au fond, quand on donne une définition de cette nature on s'aperçoit qu'on n'est pas plus avancé pour savoir si une disposition est d'ordre public, ou non. Comment préciser, en effet, si un texte vise plus la société que les particuliers ? Pour Mr. Hémard le mieux c'est de rechercher les caractères de l'ordre public, et d'indiquer les principales lois d'ordre public, au moins celles pour lesquelles il n'y a aucune difficulté.

été faites pour définir l'ordre public

Caractères de l'ordre public

C'est que les caractères de l'ordre public sont bien précis. L'ordre public est actuel, exceptionnel, obligatoire et territorial.

I° L'ordre public est actuel

L'ordre public est tout d'abord actuel. L'ordre public que les parties doivent respecter c'est celui qui est en vigueur au moment où leurs actes doivent produire effets, à l'époque où le contrat est passé, et même plus, à l'époque où le débat sur un acte juridique quelconque est engagé de sorte que, dans la pratique, il peut arriver que l'ordre public qui est respecté quand on passe un contrat ne soit plus respecté lors de la discussion qui s'élève entre les parties. On dit volontiers que l'ordre public a un effet rétroactif. De plus, on a vu que tout ce qui a trait à l'ordre public doit avoir une application immédiate.

L'ordre public apporte aux principes du droit une dérogation importante. Aussi ne peut-on l'invoquer que dans le cas où il a été établi par des textes formels, et là il faudra toujours cherché la pensée du législateur.

2°) Il est obligatoire

L'ordre public est, d'autre part, obligatoire. Quand cette notion d'ordre public est telle qu'elle découle de la loi ou d'une interprétation certaine de la loi, elle est admise: elle s'impose à tous. Le juge ne peut que s'incliner, et il doit même s'incliner.

3°) Il est territorial

Enfin, et c'est un caractère sur lequel on insistera en étudiant les conflits de lois, l'ordre public est territorial c'est-à-dire que, dans un pays, toutes les dispositions d'ordre public doivent s'appliquer sur le territoire national, à toutes les personnes qui se trouvent sur ce territoire. Une distinction sera faite d'ailleurs par la suite et nous verrons qu'il y a un ordre public national et un ordre public international, le premier étant appelé ordre public interne, et le second ordre public externe.

Source : BIU Cujas

L'ordre public interne et l'ordre public international

L'ordre public international est celui qui, sur un territoire donné, s'applique à tout le monde, même aux étrangers, tandis que l'ordre public interne, national est plus restreint: il ne s'applique qu'aux nationaux. La séparation est souvent délicate d'ailleurs entre les deux droits. Il suffit d'indiquer la distinction pour montrer que l'ordre public, sur un territoire donné, peut être apprécié différemment pour les étrangers et pour les nationaux.

On pourrait classer les dispositions d'ordre public d'après leurs caractères public, économique, ou moral et on verra que c'est en invoquant le caractère moral de certaines dispositions prétendues que la jurisprudence confond l'ordre public et les bonnes moeurs.

Les principales lois d'ordre public

Les lois de droit public

Les principales lois d'ordre public sont celles qui organisent et déterminent les attributions des différents pouvoirs: législatif, judiciaire, et exécutif. Ce sont des dispositions de droit public. Elles s'imposent à tout le monde, mais ici on n'envisage que les lois relatives au droit civil privé, non au droit public.

Les lois de droit privé

Parmi les lois de droit privé, il est des lois d'ordre public. Il en est ainsi d'abord de toutes celles qui se rapportent aux caractères et aux limites de la propriété foncière. Quand l'article 815 du code civil dit que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, il y a là un principe d'ordre public, car il tient à l'organisation sociale. De même, quand l'art. 637 , par crainte d'un retour au régime de l'ancien droit, prohibe les servitudes établies sur les personnes ou au profit des personnes il y a là une règle concernant des obligations politiques ou morales qui est d'ordre public.

- Lois concernant la propriété foncière

Il existe, en effet, unlien évident entre l'organisation foncière d'un pays et le régime politique et social.

Lois concernant la protection des tiers

Les dispositions de droit privé touchant la protection des tiers, sont également d'ordre public.

La loi établit des mesures pour protéger les tiers contre les dissimulations que pourraient faire les parties. Elle impose une certaine publicité. Elle oblige, quand un immeuble a été acquis, à faire transcrire l'acquisition au bureau au conservateur des hypothèques (loi du 23 mars 1855). Elle impose même, dans le code civil, une pareille mesure car, dans le C.C., la transcription était imposée pour les donations (art. 249).

Toutes ces mesures de publicité présentent un caractère d'ordre public qu'on ne peut éluder.

Règles concernant l'état et la capacité des

Il faut également considérer toutes les règles sur l'état et la capacité des personnes comme d'ordre

Source : BIU Cujas

personnes

public. Et comment pourrait-on les modifier par des conventions contraires, comment pourrait-on dire qu'un individu, à 2I ans, ne serait pas majeur ? L'état, la capacitédes personnes ne sont pas choses qui sont dans le commerce, ce ne sont pas des choses qui sont à la disposition des parties: elles sont d'ordre public.

Lois sur la protection ouvrière

Des lois nombreuses ont aussi cherché à protéger les travailleurs, et cette protection comme d'ailleurs aussi la protection des débiteurs sont autant de mesures d'ordre public. Or nombreuses sont les règles sur la protection des travailleurs: c'est la protection de l'ouvrier pour le paiement de ses salaires et c'est en ce qui concerne la règlementation du travail, toutes les règles qui sont contenues dans le codedu travail. A côté de ces lois qui rentrent dans un cadre assez précis, il y a aussi des lois d'ordre public qui ont caractère plus limité, lois qui sont établies dans l'intérêt de la collectivité. C'est le cas par exemple de la loi qui règlemente la vente des animaux atteints d'une maladie contagieuse, c'est encore la loi du 8 février I904 qui a interdit l' assurance en cas de décès sur la vie d'enfants de moins de 12 ans.

Tel est l'ordre public. La notion d'ordre public est une notion qui reste assez imprécise et contestée et cependant, en présence d'une règle établie par un texte, il n'y a presque jamais de difficultés pour dire si elle est ou non d'ordre public.

La notion de bonnes moeurs

La notion de bonnes moeurs est quelquechose de bien plus délicat à préciser.

Pour déterminer cette notion, il faut rechercher, non point un idéal de morale purement subjectif, mais ce que doit être la morale d'après l'ensemble des idées reçues. C'est une morale qui se base à la fois sur la conscience publique et sur les moeurs, c'est une morale relative.

Les bonnes moeurs comprennent les principes qui sont pratiqués couramment. C'est l'ensemble des idées qu'un peuple se fait, à un moment donné, de la loyauté dans les affaires et du respect de la moralité en l'envisageant de la façon la plus large dans la vie juridique.

La conception des bonnes moeurs n'est pas une conception abstraite, c'est une conception concrète, objective, et relative, et elle est, d'ordinaire, facile à constater: le juge la recherche dans les faits, dans les usages juridiques. Il la recherche dans les faits, notamment dans le domaine où la règle doit s'adopter. S'il s'agit d'une règle d'honnêté, deloyauté par exemple il la recherche dans les rapports entre commerçants et la notion de bonnes moeurs correspond, en réalité, à la

Source : BIU Cujas

conscience publique moyenne dans l'ensemble du pays, ou dans une portion seulement de ce pays ou des habitants du pays.

Les juges ont un très large pouvoir pour apprécier les bonnes moeurs. Ils doivent apprécier les faits, et souvent leur appréciation contient une large part d'arbitraire.

Cas dans lesquels la jurisprudence a fait intervenir la notion de bonnes moeurs Libéralités faites à une concubine Courtage matrimonial

L'idée de bonnes moeurs intervient très souvent en jurisprudence. C'est ainsi que la jurisprudence annule des libéralités qui, par exemple, seront faites à une concubine pour l'engager à continuer des relations antérieures, alors qu'au contraire elle valide les libéralités faites à une concubine, pour liquider une situation antérieure.

Mais il est un exemple encore plus frappant, c'est celui du courtage matrimonial. Dans le courtage matrimonial, il s'agit de savoir ce que vaut un contrat passé par un individu, le courtier, qui promet à une autre personne qui veut se marier de faire des démarches, en vue de lui procurer un mariage avantageux. Une rémunération pécuniaire est sipulée. Elle est, en général, fixée à un certain pourcentage de la dot qu'aura l'autre parti. Pendant de longues années, la jurisprudence a considéré que c'était là quelque chose de contraire aux bonnes moeurs. Puis la jurisprudence a changé, elle a considéré que ce qu'il fallait envisager surtout, c'était la possibilité du mariage; elle a estimé que, dans certain cas, le courtage matrimonial pouvait servir à favoriser les mariages, et elle l'a validé. On lira avec profit une étude sur ce sujet de Mr. Wahl intitulée " le courtage matrimonial " dans la revue trimestrielle de D.C. 1904 p. 471.

Contrats de boule de neige

Les contrats jugés contraires aux bonnes moeurs sont d'ailleurs de nature très variable. C'est ainsi que la jurisprudence a estimé contraires aux bonnes moeurs les contrats encourageant l'alcoolisme, les conventions entravant la liberté religieuse. Elle a aussi mais c'est une tout autre question annulé les contrats dits de "boule de neige".

Les contrats dits de "boule de neige" ont été fréquents à certaines époques, notamment après la guerre. Une personne proposait à une autre d'acheter une montre pour 200 Frs, avec cette stipulation que 40 Frs seraient versés immédiatement e, et que, le jour où l'acheteur amènerait 4 personnes versant également elles recevraient une montre. C'était très avantageux et cela se pratiquait pour les objets les plus divers. Dans le personnel domestique c'était surtout pour des chaussures ou des sous-vêtements. Il y a là un contrat qui forme boule de neige, car si une personne place ses 4 tickets, et a une montre pour 40 Frs, chacune de ses 4 autres personnes

Source : BIU Cujas

doit retrouver, à son tour, 4 nouvelles personnes, et ceci d'une façon indéfinie. Mais ce qui fait le caractère immoral de l'opération, d'après la jurisprudence, c'est qu'au bout de peu de temps on ne trouve plus preneur et les mathématiciens sont venus prouver cette impossibilité. Au bout de la 4ème série, il faudrait I2I personnes, au bout de la IOème série il faut 22 mille personnes, et au bout de la 20ème série, il faut 5 milliards 230 millions de personnes. La jurisprudence a donc annulé ces opérations. On consultera avec profit sur ce sujet une étude parue dans la Revue trimestrielle de I906 p. 32I.

Si cette notion d'ordre public et de bonnes moeurs parait imprécise, au fond, jamais la jurisprudence n'a hésité, et l'on est à peu près d'accord sur les cas où elle prononce l'annulation, pour des raisons d'ordre public et de bonnes moeurs, puisqu'elle ne sépare jamais les deux choses.

Conditions de validité des actes juridiques I) Capacité

Il y a trois conditions de validité des actes juridiques. Mais il en est une qu'on connait déjà.

Un acte juridique n'est valable que si il est fait par une personne capable. Mais on a étudié la capacité, les cas dans lesquels les personnes sont incapables et on sait que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception.

2° absence de vice du consentement

La seconde condition requise pour la validité d'un acte juridique c'est l'absence d'un vice entachant le consentement d'une des parties. On parle alors de vice du consentement, le consentement étant la manifestation de volonté envisagée comme portant sur un objet déterminé. Et il faudra étudier les vices du consentement.

3° Absence de lésion

Enfin il y a, en 3ème lieu, au moins pour certaines parties, et dans certains contrats, une 3ème condition de validité qui n'est pas une condition générale, qui n'existe pas toujours, c'est l'absence de lésion. La loi, dans certains cas, et pour certaines personnes, exige que les actes juridiques passés ne lèsent pas.

Il convient d'examiner successivement l'absence de vice du consentement, et l'absence de lésion.

Examen des vices du consentement

Il faut étudier l'absence de vice du consentement et de vice de la volonté car le vice de la volonté existe dans tous les actes juridiques et on reverra ces vices en étudiant le mariage.

On distingue 3 vices du consentement A -L'erreur

Les vices du consentement, les vices de la volonté sont la violence, l'erreur et le dol.

L'erreur est le premier des vices de la volonté. Il est assez inutile de définir l'erreur, une

Source : BIU Cujas

croyance contraire à la vérité. Il est beaucoup plus simple et plus pratique de définir l'erreur, dans ses effets, c'est-à-dire de voir quelle est son action sur la volonté, et, par conséquent, on dira que l'erreur est une croyance non conforme à la vérité qui, tantôt détruit la volonté, tantôt vicie la volonté, et tantôt reste sans action sur la volonté.

Elle peut-être destructive de la volonté

L'erreur peut-être, tout d'abord destructive de la volonté. Elle rend l'acte sans aucune valeur; on dit volontiers que l'acte est inexistant. Il n'y a plus de volonté. On est en présence d'un cas où c'est une condition d'existence qui manque. Et les exemples sont très simples. On peut supposer, par exemple, une personne qui se trompe sur l'opération qu'elle fait. C'est le cas d'une personne, notamment, qui reçoit un objet croyant à une donation, alors qu'au contraire il s'agit d'un dépôt. Dans ce cas, il n'y a pas contrat de donation, mais il n' y a pas non plus contrat de dépôt puisque l'une des parties ne voulait pas recevoir en dépôt. Il en est de même quand l'identité de l'objet n'a pas été la même pour chacune des deux parties. Une personne veut vendre un immeuble, mais l'acheteur ignore que la personne a 2 immeubles dans la même rue, elle vend l'immeuble A alors que l'acheteur croit que c'est l'immeuble B.

L'erreur est ici destructive de la volonté. Il y a une condition d'existence qui manque et non pas seulement une condition de volonté dans les 2 exemples.

L'erreur peut être un vice de la volonté Dans la plupart des contrats l'erreur sur la personne reste indifférente Elle ne vicie le consentement que dans le cas des contrats faits intuitu persone

Mais l'erreur peut être un vice de la volonté art. IIO al. 2 du C.C.

Dans la plupart des contrats, il faut bien reconnaître que l'erreur sur la personne reste assez indifférente. Qu'un commerçant vende un livre à une personne ou à une autre, cela lui est complètement indifférent. Ce qu'on envisage ordinairement, dans une opération, c'est son côté économique, c'est la vente.

Il y a cependant des contrats, qui sont des actes juridiques assez importants, dans lesquels entre la considération de la personne; on dit que ce sont des contrats faits avec intuitu personae.

Ces contrats faits intuitu personae sont d'abord tous les contrats qui contiennent une libéralité plus ou moins entière et qu'on appelle contrats à titre gratuit. Ce sont des contrats de bienfaisance. Tel est le cas d'une donation, d'une libéralité testamentaire, d'un mandat, du dépôt, et du prêt gratuit et ce peut-être surtout le cas du prêt de consommation, ou du prêt destiné à procurer le service d'une chose et c'est enfin le cas du cautionnement. Il y a d'ailleurs également des contrats à titre onéreux qui sont faits intuitu personae, car on tient compte du crédit de la personne. C'est ainsi que, dans les sociétés de per-

Source : BIU Cujas

sonnes, qui sont établies entre 2 commerçants, par exemple, pour l'exploitation d'un fonds de commerce, la considération de la personne est essentielle. On s'associe parce qu'on connaît les qualités de la personne, mais on ne s'associerait pas avec n'importe qui. Et il en est de même dans le bail à colonat partiaire, dans le louage d'ouvrage. Et il est évident que si on réclame un tableau à tel peintre, ce sera à raison de sa réputation, de son talent et il ne sera pas indifférent de traiter avec un homonyme.

Tous ces contrats sont des contrats formés en considération de la personne. Dès lors si une erreur sur la personne survient, c'est une erreur importante, et on comprend que l'erreur sur la personne vicie le consentement.

Il en est d'ailleurs de même dans un contrat qui, par sa nature n'est pas formé en considération de personne, si, en raison des circonstances les qualités prévues ont été prises en considération.

L'erreur sur l'objet n'est un vice du consentement que lorsqu'elle porte sur les qualités substantielles de la chose

L'erreur sur la personne n'est donc qu'exceptionnellement un vice de la volonté. Et il en est de même sur la chose art. 910 du C.C. Elle n'est un vice de la volonté que quand elle porte sur les qualités substantielles de la chose.

Mais quelles sont ces qualités substantielles de la chose ?

La substance d'une chose, c'est la qualité que les parties ont pris essentiellement en considération, de telle sorte que à défaut de cette qualité elle n'aurait pas contracté. Par conséquent, la substance ce n'est pas nécessairement la matière. Un individu, et c'est l'exemple classique donné par Pothier, achète des flambeaux anciens. Il les croit en argent; ils ne sont pas en argent. Avait-il considéré la matière des flambeaux comme une chose essentielle, avait-il tenu avant tout à ce que les flambeaux soient en argent ? Non répond Pothier car c'était l'ancienneté qu'il avait pris en considération. Il s'agissait de très vieux flambeaux. Sans doute s'ils avaient été en argent leur prix eut pu être plus élevé mais l'acheteur avait considéré surtout leur ancienneté. Et on pourrait répéter les exemples à propos de tableaux de maitre, et de bijoux. La qualité peut d'ailleurs résider dans la considération de l'auteur d'une oeuvre. On achète un tableau de Corot parce qu'il est de Corot, on achète un manuscrit de V.Hugo parce qu'il est de V. Hugo. C'est la considération de la notoriété, de la célébrité de la personne qui est en jeu.

Dans tous les autres cas, l'erreur ne doit pas être prise en considération. Donc l'erreur sur les qualités de la personne, quand on se trouve en présence d'un acte juridique qui n'est pas un contrat se formant intuitu

Source : BIU Cujas

L'erreur sur les motifs reste indifférente

personae ne constitue pas une condition de validité sanctionnée par la nullité.

Et l'erreur sur les qualités non substantielles, n'ayant pas d'importance, à plus forte raison l'erreur sur les motifs reste indifférente.

Le motif, le mobile, c'est la raison pour laquelle on tient à acquérir ou à vendre. On croit avoir perdu un objet; on en rachète un nouveau; tant pis si on s'est trompé et si on n'a pas perdu l'objet ancien, le nouvel objet est acheté, et la vente reste valable. Veut-on un autre exemple ? On vend un immeuble car l'immeuble était menacé d'expropriation. L'expropriation cependant ne se fait pas, la vente demeure néanmoins valable, il n'y a qu'erreur sur les motifs.

B - La violence

La violence est le second vice du consentement. Elle consiste dans le fait d'inspirer à une personne la crainte d'un mal considérable pour elle ou pour un de ses proches parents, dans le but de la déter miner à passer un acte juridique.

La violence, elle aussi, est tantôt destructive de la volonté, tantôt elle est un vice de la volon té et tantôt elle reste indépendante.

Les Romains avaient très bien dénommée la violence; ils l'appelaient metus car la violence agit par la crainte qu'elle inspire.

La violence est parfois destructive de la volonté

La violence est destructive de la volonté quand elle est telle que la volonté n'a plus existé. La pratique n'en révèle guère d'exemple. C'est, par exemple, le cas d'un individu qu'on forcerait à signer un billet, dont on dirigerait au besoin la main. La violence, en pareil cas, est destructive de la volonté. C'est une hypothèque qui est surtout théorique.

Elle est parfois un simple vice de la volonté

Au contraire, la violence vice de la volonté se rencontre assez fréquemment. Il s'agit d'une violence morale. Elle agit par des menaces dirigées contre le co-contractant, contre celui qui va souscrire l'acte juridique ou contre quelqu'un des siens.

Conditions requises pour que la violence soit un vice du consentement

La violence, d'après l'art. III2 du C.C. exige 2 conditions:

I) Il faut qu'elle soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable. Il s'agit d'une large moyenne, ni trop, ni trop peu. C'est une moyenne car il y a des personnes sur lesquelles même une apparence de violence pourrait avoir des effets. Mais c'est que la violence ici est une cause de nullité.

2) La seconde condition requise c'est que la violence fasse naître la crainte d'un mal considérable. Il faut que ce mal soit un mal très important , qu'il s'agisse d'ailleurs d'un mal à la personne ou à ses biens, qu'on veuille blesser ou tuer une personne, ou

Source : BIU Cujas

qu'on menace une personne d'incendie.

La violence est prise en considération quand elle présente ces deux caractères. Au contraire, quand ces deux conditions ne sont pas remplies, la violence n'empêche pas un contrat de se former. Et il faut, à cet égard, surtout rappeler le texte de l'art. III4 du C.C. La seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autres ascendants, la crainte révérentielle envers ses parents, le seul respect qu'on leur doit en leur qualité de parents, ne peut être invoqué comme une violence exercée pour passer un contrat.

En outre la violence légitime n'a pas d'importance. Voici un débiteur; il prétend qu'il a contracté sous l'empire de la violence car on le menace de saisie dans la mesure où le créancier exerce à l'égard de son débiteur une mesure mise à sa disposition il agit légitimement et il n'y a pas violence.

C - Le dol

Le 3ème vice de la volonté c'est le dol. Le dol est une tromperie qui a pour objet de surprendre la volonté d'une personne et de l'amener à passer un acte juridique. On l'appelle manoeuvre, artifice, Quel que soit son nom, le dol que l'art. III6 vise surtout sous le nom de manoeuvre peut être une cause de nullité. L'absence de dol est donc une condition de validité.

Le caractère essentiellement relatif du dol

Au fond cependant le dol est quelque chose d'assez relatif. Il faut, en tout acte juridique, apporter une certaine diligence et il va de soi qu'un commerçant qui connaît les défauts de l'objet qu'il vend, se gardera bien de les signaler, sinon il ne vendrait pas l'objet dont s'agit. Un marchand, cela est bien évident, n'indiquera pas tous les défauts de la chose qu'il vend, il gardera le silence. Mais, en gardant le silence, il ne commet pas nécessairement un dol. Il y a, en effet, dans tout contrat, un certain dol permis. Evidemment, il y a certains contrats où la loi exige qu'on indique toutes les conditions. Il y a des contrats pour lesquels se taire c'est commettre un dol. Il y a alors réticence. Si on veut s'assurer sur la vie, par exemple, et si on n'indique pas des maladies qui sont impossibles à découvrir au diagnostic dont cependant on est atteint, cette dissimulation va vicier le contrat d'assurance sur la vie, et celui-ci pourra être annulé. Au contraire, dans les rapports entre particuliers, il n'y a pas à exiger d'une personne quelconque l'indication de tous les défauts et qualités inhérent à un objet.

Il est incontestable aussi, que le dol varie selon les personnes. Entre deux marchands de chevaux, c'est à qui cherchera à tromper l'autre, et le dol devra être apprécié d'une manière différente de celle

Source : BIU Cujas

qu'on emploie pour apprécier le dol entre particuliers ordinaires.

Il y a donc, en définitive, des degrés dans le dol. Il y a tout d'abord le silence gardé, c'est le degré inférieur. Il a lieu dans le cas où on est obligé de parler, de dire tout ce qu'on sait: mais, en principe, le silence gardé n'est pas constitutif du dol. Puis, au-dessus il y a un second degré, c'est la déclaration mensongère; quand un grand magasin vante la qualité d'un objet à sa devanture, il fait une déclaration mensongère, la plupart du temps, mais tout dépend du point de savoir si cette déclaration mensongère a une grande importance. Enfin, au 3ème degré, il y a les manoeuvres frauduleuses proprement dites qui constituent un véritable dol.

Le dol doit être contemporain de l'acte juridique

Le dol est donc une tromperie mais qui doit être employée au temps de la formation de l'acte juridique . Si le marchand, après avoir vendu l'objet, va jusqu'à vanter sa chose, cela n'a aucune importance.

Conditions requises pour que le dol soit une cause de nullité

Le dol n'est une cause de nullité dans l'acte juridique que si:

1°) Il a un effet déterminant sur la conclusion de l'acte juridique, de telle sorte que si la victime du dol avait connu la vérité, elle n'aurait pas prêté.

2°) Le dol doit émaner de la partie avec laquelle on traite, tandis que la violence n'a pas besoin d'émaner de la partie avec laquelle on traite.

Notons que le dol peut avoir des applications différentes selon qu'il s'agit d'actes unilatéraux ou d'actes bilatéraux.

) Absence de lésion

Il faut en arriver maintenant à l'absence de lésion.

La loi exige, dans certains cas déterminés, qu'un acte juridique, ne lèse pas une des parties. Elle veut qu'il y ait, sinon une parfaite égalité entre les différentes obligations stipulées dans un acte juridique, par les différentes parties, du moins une certaine équivalence.

La lésion ne peut se concevoir que dans les actes à titre onéreux

Cette équivalence, elle l'exige lors de la formation du contrat,et la lésion, par conséquent, est le préjudice qui résulte, pour l'une des parties, de la disproportion entre la charge qu'elle assume, et l'avantage qu'elle en retire. Il en résulte que la notion de lésion ne peut se concevoir que dans les actes à titre onéreux, puisque dans les actes à titre gratuit l'autre partie ne fournit pas l'équivalent. Et même dans les actes à titre onéreux il en est pour lesquels on ne peut parler de lésion.

Source : BIU Cujas

Et commutatifs

On distingue les actes à titre onéreux en contrats commutatifs et contrats à titre aléatoire. Les premiers sont ceux dans lesquels la valeur de la prestation de chaque partie est déterminée. Dans la vente, le vendeur livre un immeuble d'une valeur déterminée, l'acheteur paie le prix, la somme fixée.

Au contraire, il y a des contrats aléatoires dans lesquels le résultat de l'opération, le bénéfice retiré par chacune des parties dépend du hasard. Il en est ainsi quand une personne fait une vente à rente viagière. Cette personne a 70 ans, elle vend un immeuble qui vaut 100.000 Frs elle obtient 15 mille francs de rente viagère. Le contrat est aléatoire. L'acheteur y gagnera si la personne meurt dans la Ière année, puisqu'il aura payé 15.000 Frs pour avoir un immeuble valant 100 mille frs, et le vendeur aura perdu. Au contraire l'acheteur aura perdu et le vendeur aura gagné si la personne vit jusqu'à 90 ans. Il y a un aléa à courir et les contrats d'assurance apparaissent, à première vue, comme des contrats aléatoires par essence.

La lésion est une cause de nullité, on dit de récision dans les contrats commutatifs mais elle n'a pas à intervenir dans les contrats aléatoires, en raison de la présence même de cet aléa. La lésion n'est donc pas, tout d'abord, dans tous les actes juridiques une cause de nullité. L'absence de lésion n'est pas toujours une condition de validité.

Dans les contrats commutatifs même la lésion n'est prise en considération que pour certaines personnes

Mais, même dans les actes commutatifs, la lésion n'a intervenir que pour certaines personnes et pour certains actes.

Et pour certains cas

Il faut, tout d'abord, faire intervenir la lésion à l'égard des mineurs, d'une façon générale, et c'est ce qu'on exprime dans la maxime "minor restituitur non tanquam minor sed tanquam lesus" Ce n'est pas parce qu'il est mineur que le mineur sera restitué, c'est en raison de la lésion qu'il aura subie. En effet, pourquoi faire annuler un acte passé par un mineur, s'il ne lui nuit pas.

La lésion intervient, d'autre part, dans certains actes juridiques, seulement les actes juridiques rescindables pour lésion sont au nombre de trois.

I° C'est d'abord l'acceptation d'une succession Lorsqu'un testament inconnu lors de l'acceptation d'une succession est découvert, par la suite, et que ce testament contient des dispositions qui absorbent ou diminuent de plus de moitié le bénéfice que l'acceptant croyait retirer de son acceptation, il y a lésion, et l'acceptation est rescindable (art. 733 du C.C.)

2°- Le partage est susceptible de récision pour cause de lésion, car la loi veut que, dans le partage, il y ait une égalité assurée entre les co-partageant

L'égalité est l'âme des partages (art. 887 du C.C.).

3° - Enfin, pour certains immeubles, la loi, dans l'art. II74, déclare que la vente est rescindable pour cause de lésion quand la lésion atteint un chiffre considérable: quand elle dépasse 7/I2.

Chapitre II

SANCTIONS DES CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITE DES ACTES JURIDIQUES.

Sanctions pénales, civiles et disciplinaires

Une sanction est un procédé qui a pour but d'assurer l'application d'une règle. Les sanctions sont d'ailleurs très nombreuses et il peut en exister en matière pénale, en matière disciplinaire et en matière civile. On n'a pas à étudier ici les sanctions pénales ou disciplinaires. La sanction pénale, c'est par exemple la sanction qui sera appliquée quand l'inobservation d'une règle déterminée crée un délit. Ainsi le dol peut constituer une escroquerie, délit pénal, réprimé par l'art. 405 du C.Pén. Une sanction disciplinaire suppose qu'un acte, acte authentique par exemple, n'a pas été rédigé comme il aurait dû l'être par un officier de l'état civil ou par un notaire.

Les 2 sortes de sanctions civiles: Nullités et inopposabilité

Nous n'avons ici à étudier que les sanctions civiles, et déjà ces sanctions civiles sont très importantes. Il y en a de deux sortes: il y a les nullités et il y a les inopposabilités.

Les sanctions relatives aux conditions d'existence et de validité des actes juridiques sont les nullités, mais à côté il y avait les conditions d'efficacité, et ce sont précisément les conditions d'efficacité qui sont sanctionnées par l'inopposabilité.

L'inopposabilité dans le droit des personnes et dans le droit des biens

L'inopposabilité, nous l'étudierons à propos de chaque situation où elle intervient en matière de droit de famille: quand il y aura inopposabilité du jugement de divorce non transcrit, inopposabilité du jugement d'adoption non transcrit. Mais nous aurons aussi à étudier en matière de biens: quand une aliénation d'immeuble n'est pas transcrite, en vertu de la loi du 23 mars I855, elle est inopposable aux tiers.

Comparaison de l'inopposabilité et de la nullité

On indique donc simplement ici les traits essentiels de l'inopposabilité, et pour le faire on compare inopposabilité et nullité. Puis on se consacrera entièrement aux nullités. L'inopposabilité est une sanction qui intervient après la création de l'acte, après sa confection, sa rédaction. La nullité, au contraire, intervient dès l'origine. C'est une sanction originaire de l'acte. On ne donne même pas d'exemples pour la nullité, puisqu'on va en avoir d'abondants pour

Source : BIU Cujas

l'inopposabilité: Une vente a été régulièrement passée entre les parties: elle est définitivement valable. Mais elle n'a pas été transcrite. C'est quelque chose de postérieur à la confection de l'acte. N'ayant pas été transcrite, elle n'est pas opposable aux tiers.

C'est la différence fondamentale qui existe entre l'inopposabilité et la nullité; l'inopposabilité laisse l'acte absolument valable, mais ne permet pas de l'invoquer contre les tiers.- La nullité, au contraire, détruit l'acte.

Il en résulte deux autres différences très importantes: Tandis que la nullité existe à l'égard de toute personne - on ne dit pas qu'elle puisse être invoquée par toute personne - l'inaliénabilité n'existe qu'à l'égard de certaines personnes, et ce sont les tiers. Entre les parties, l'acte est valable, il est inopposable aux tiers.

Enfin, en dernier lieu, la nullité détruit l'acte et doit en principe le détruire dans le passé, puisque c'est une sanction originaire, et cet acte, par conséquent, qui a ce péché originel, il faut le détruire entièrement, et il faut admettre la rétroactivité.- Au contraire, en matière d'inopposabilité il n'y a pas de pareille destruction rétroactive, mais l'acte simplement ne vaut pas à l'égard des tiers, à l'égard seulement des tiers qui invoquent son inopposabilité.

Ainsi, nous nous en tenons aux sanctions civiles, et encore nous écartons comme sanction civile l'inopposabilité; nous ne conservons que la nullité. Nous laissons également de côté d'autres sanctions que l'on aura l'occasion de revoir; sanctions consistant en des déchéances ou en des dommages intérêts.

Les Nullités.

Complexité de la théorie des nullités

Les nullités ont été constituées en une théorie fort complexe, en raison des nuances qu'on est obligé d'observer. Nous laisserons de côté les nullités de mariage qui présentent des caractères spéciaux, et que nous étudierons à part quand nous aborderons le mariage. Nous n'étudierons donc que les nullités du Droit civil, e et on laisse de côté tout un domaine très important: celui du droit commercial, car il n'est pas de jour où le tribunal n'annule une société par exemple.

Théorie des nullités.

Nous allons envisager successivement les principes, la théorie prise en elle-même - puis nous rechercherons les cas de nullité - et enfin nous étudierons les effets de la nullité.

Source : BIU Cujas

Distinction des 2 sortes de nullités correspondant à la distinction des conditions d'existence et des conditions de validité

Les principes.

A un point de vue rationnel, la sanction des conditions d'existence et des conditions de validité doit être double, Puisqu'il y a des conditions d'existence absolument essentielles, il faut que la sanction, à leur égard, soit plus énergique. Puisqu'il y a des conditions de validité d'une importance moindre, il est tout naturel que la sanction soit moins forte en ce qui les concerne. Et ainsi apparaît une distinction très simple en deux sortes de nullité:

Nullité absolue sanctionnant l'absence d'une condition d'existence ou de forme

Il y a d'abord des actes qui sont nuls parce qu'il leur manque une condition d'existence, et cette condition d'existence peut être le consentement: il n'y a pas de volonté des parties. Ce peut-être l'objet, puisque nous avons vu deux conditions d'existence. Mais il faut ajouter que la nullité absolue est la sanction aussi des prohibitions légales: par exemple; quand un acte est illicite parce qu'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs; - de même encore quand on se trouve en présence d'un acte solennel, d'un de ces actes pour lesquels la loi réclame notamment un acte notarié; s'il n'y a pas eu cet acte notarié, l'acte ne vaut rien, la nullité est absolue. Dans tous ces cas une condition d'existence, ou une condition de forme vient à manquer: la nullité est absolue.

Nullité relative ou annulabilité sanctionnant l'incapacité, le vice du consentement, la lésion

Au contraire, un acte peut être nul parce qu'il lui manque une condition de validité. Il y avait deux parties, mais l'une était incapable, elle ne pouvait pas contracter. L'incapacité, de même que le vice du consentement, de même que la lésion vont entraîner une nullité relative, nullité beaucoup moins accentuée, qui va présenter des caractères propres. Tandis qu'en cas de nullité absolue on dit: l'acte parfois est inexistant, l'acte est nul de nullité absolue, d'une nullité radicale; ici on parlera simplement d'annulabilité: l'acte est annulable. L'acte s'est formé, ses conditions essentielles existaient, mais il n'est pas parfait, il n'est pas arrivé à la perfection: la nullité est relative.

Cette distinction est très simple. Elle correspond au fond à la nature des choses, à cette nature des choses à laquelle on attache depuis le XVIIIe siècle tant d'importance, et cependant elle a été obscurcie par les auteurs.

Dans l'ancien droit, un auteur, Bouhier, dans ses Observations sur la Coutume de Bourgogne, présentait l'opposition des nullités en deux catégories d'une façon remarquable. Pothier est beaucoup moins net, et il s'ensuit que le C.C. est beaucoup moins net. En somme il y a une distinction très simple en deux catégories, et cette distinction très simple, nous allons le voir,

Source : BIU Cujas

présente un intérêt considérable.

Fondement de la distinction bipartite des nullités

L'intérêt de la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives est considérable. Cet intérêt existe à de nombreux points de vue, mais tout découle de la même idée: la nullité fait d'un acte juridique un pur fait, on dit quelque fois un néant. La nullité relative, au contraire, laisse l'acte juridique valable provisoirement, mais susceptible d'être annulé. Voilà l'idée fondamentale, et on va en déduire les conséquences.

Différence entre ces 2 nullités non pas quant à la nécessité de l'intervention du juge mais quant à son rôle

D'abord, quant à l'intervention du juge. On dit souvent que l'acte entaché d'une nullité absolue ne peut produire aucun effet, et que par conséquent il n'y a pas lieu d'en prononcer la nullité. Cette nullité , elle existe. Tandis que pour la nullité relative, comme l'acte est provisoirement valable, il faut détruire cette validité provisoire.

Mais cette différence est plus théorique que pratique. En réalité, dans notre droit, nul ne peut se faire justice soi-même, et par conséquent il faut bien qu'intervienne un juge, un tribunal, pour constater au moins la nullité. Il en résulte une conséquence qui va un peu déplacer la différence: c'est que la nullité absolue est simplement constatée par le juge, mais qu'il n'a pas besoin de la prononcer à proprement parler. C'est un pur fait qu'il relate dans son jugement, parce que la nullité absolue, non seulement le juge la constate, mais si les parties ne l'ont pas invoquée, le juge peut suppléer d'office à leur silence. Au contraire la nullité relative n'existe pas. Il faut donc que le juge la prononce, la déclare, et comme ce n'est pas unenullité qui réduise l'acte à un pur fait, il est obligé d'attendre que les parties l'invoquent.

Ainsi la différence est bien nette à ce premier point de vue, et c'est un intérêt réel: d'une part la nullité absolue est simplement constatée par le juge, qui peut y suppléer d'office si les parties ne la demandent pas; - au contraire, la nullité relative est une nullité que le juge prononceet qu'il ne peut pas suppléer d'office si les parties ne la demandent pas.

Voilà le premier intérêt. Cet intérêt est certain. Cependant, quand on expose la théorie des nullités absolues et des nullités relatives, on fait allusion seulement aux trois intérêts auxquels on arrive.

Intérêt de la distinction des nullités au point de vue des

Le second intérêt existe quand une personne veut invoquer la nullité: la nullité absolue peut être demandée par tout le monde. On dit volontiers que la nullité absolue est une nullité d'intérêt général,

Source : BIU Cujas

personnes qui peuvent les invoquer

d'ordre public, toute personne intéressée peut réclamer la nullité. Par exemple quand une donation a été faite à une congrégation non autorisée, ce n'est pas seulement le donateur qui pourra réclamer la nullité de la donation, ce sera tout intéressé, et notamment l'acheteur de l'immeuble qui a pu être donné à la congrégation.

Au contraire, en matière de nullité relative, ceux-là seuls auxquels la loi donne l'action peuvent exercer l'action en nullité relative. La nullité relative ne peut être exercée que par ceux au profit desquels la condition sanctionnée de nullité relative a été établie.

Ainsi la différence est bien nette quant aux personnes qui peuvent invoquer la nullité: tout le monde pour la nullité absolue, et certaines personnes seulement pour la nullité relative.

intérêt au point de vue de la confirmation

La troisième intérêt existe quant à la confirmation de la nullité. Puisque la nullité absolue ne laisse l'acte qu'à titre de pur fait, il est impossible de donner vigueur à cet acte. Il est impossible, par une simple déclaration de volonté des parties, de revivifier cet acte. L'acte nul de nullité absolue ne peut pas être confirmé.

Au contraire, l'acte qui n'est atteint que d'une nullité relative peut être confirmé. Il est provisoirement valable. On peut transformer ce provisoire en définitif. Bien entendu ceux-là seuls peuvent le faire qui ont le droit d'agir en nullité. Cela est très logique, puisque en matière de nullité absolue tout le monde peut invoquer la nullité, comment arriver à une confirmation, comment trouver des personnes intéressées à attaquer l'acte pour leur faire renoncer à l'action en nullité ? En matière de nullité relative au contraire, il n'y a que quelques personnes qui peuvent agir en les faisant renoncer à la nullité on arrive à éteindre complètement cette nullité relative.

intérêt quant à la prescription

En 4ème lieu, quant à la prescription: les nullités absolues ne peuvent pas, en principe, disparaître par la prescription. Il n'y a pas une prescription spéciale pour les nullités absolues. Mais il est incontestable qu'on a admis en jurisprudence, notamment dans le cas où la plus longue prescription admise en droit civil (art. 2262), la prescription trentenaire était courue, que la nullité ne pouvait plus être invoquée. La nullité absolue, par conséquent, si elle se prescrit, ne peut se prescrire que par trente ans. Au spntraire, la nullité relative est une nullité qui est soumise à une prescription de faveur, la prescription de dix ans et l'art. 1304 pose le principe de cette prescription décennale que la jurisprudence n'a jamais cessé de généraliser.

Source : BIU Cujas

Possibilité dans certains cas d'opposer à une action en nullité relative, leur prescription acquisitive

On laisse de côté d'autres prescriptions. Ceci c'est la prescription extinctive, mais nous verrons qu'une action en nullité peut être paralysée dans ses effets par la prescription acquisitive: un immeuble a été vendu par une personne qui n'avait pas le droit de le vendre, qui ne le pouvait pas: la nullité est absolue. Mais l'immeuble est acquis en vertu d'un juste titre par une personne; après dix ans de possession, avec juste titre et bonne foi, la loi décide que l'on ne peut plus recourir contre le possesseur. Pendant ces dix ans, la prescription acquisitive peut permettre d'acquérirdes immeubles par dix ou vingt ans. Supposons dix ans. Les dix ans sont courus et le délai de trente ans n'est pas encore expiré depuis le jour où la nullité a été encourue. La prescription acquisitive pourra donc paralyser l'exercice de l'action en nullité. Mais c'est tout autre chose: ce n'est pas la nullité qui se prescrit, c'est au contraire une prescription tout à fait indépendante; ce n'est plus la prescription de l'action en nullité, c'est la prescription de l'immeuble dont l'aliénation était atteinte de nullité.

Intérêt de la distinction des nullités au point de vue du juste titre en matière d'usucapion

Enfin, on ajoute un dernier intérêt, qu'on oublie souvent et qui résulte de l'art. 2267. La prescription acquisitive, dont on vient de parler, qui est établie par l'art. 2265, par dix ou vingt ans, exige pour sa réalisation deux conditions: il faut que celui qui prescrit invoque le juste titre et la bonne foi. Or un acte affecté d'une nullité relative peut servir de juste titre, un acte affecté d'une nullité absolue ne le peut pas. La nullité absolue dont il s'agit dans l'art. 2267, c'est une nullité de forme.

On verra peut-être aussi un autre intérêt, en matière de conversion par réduction.

La théorie des nullités se présente donc d'une façon assez simple. On a dit cependant qu'elle est très compliquée. Elle est compliquée parce que d'abord beaucoup d'auteurs ajoutent un troisième terme: en dehors de la nullité absolue et de la nullité relative, ils parlent d'inexistence. Puis on discute pour savoir si la loi a admis cette distinction de nullité absolue et de nullité relative.

Admission par le C.C. de la distinction des nullités en absolues et relatives

On écarte tout de suite cette question. Il n'est pas douteux que le C.C. suppose la possibilité d'une distinction entre les nullités, et il n'est pas douteux qu'il admette au moins la distinction entre deux sortes de nullités: les nullités relatives et les nullités absolues.

On prend par exemple l'art. 1117. Il parle de convention contractée par erreur, violence ou dol,

Source : BIU Cujas

donc entachée d'un vice du consentement. Il résulte de ce texte que ce n'est pas une nullité de plein droit. Par conséquent il en résulte qu'il y a des nullités qui existent de plein droit et il y en a qui n'existent pas de plein droit. Donc il suppose au moins deux nullités. Plus loin, il y ajoute qu'il y a dans ce cas possibilité d'exercer l'action en nullité ou en rescision. En d'autres termes, il suppose qu'il y a des nullités d'une énergie plus ou moins grande, et il en suppose au moins deux catégories.

L'art. 1125 nous montre la relativité de certaines nullités. Il déclare en effet que la nullité ne peut être invoquée que dans des cas prévus par la loi et par certaines personnes. Il suppose donc des nullités qui ne peuvent être invoquées que par certaines personnes, et il permet d'en induire qu'il y a des nullités que tout le monde peut invoquer.

Les art. 1338 et 1339 traitent formellement de la confirmation, l'un à propos d'un acte simplement annulable, l'autre à propos d'un acte radicalement nul. Ils disent qu'on peut confirmer un acte simplement annulable et qu'un acte absolument nul ne peut pas être confirmé.

On pourrait encore prendre bien d'autres textex, comme l'art. 2277.

La loi, le C.C. pour nous en tenir à lui, suppose au moins une distinction bipartite en nullités plus ou moins énergiques, en nullité absolue et en nullité relative. Mais on a prétendu qu'il fallait admettre une division tripartite; l'inexistence, la nullité absolue et la nullité relative.

Faut-il admettre à côté de ces 2 sortes de nullités: la théorie de l'inexistence

Au fond, la classe de la nullité relative reste la même, mais dans les nullités absolues on en reconnait de plus profondes, qui sont les inexistences. On distingue en somme nullité absolue et inexistence.

Il y aurait inexistence quand manquerait une condition d'existence essentielle: la volonté ou l'objet. Il y aurait nullité absolue quand l'acte se heurterait à une prohibition légale, serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. D'autre part, on ajoute qu'en matière d'actes solennels, lorsque l'acte n'a pas été passé en la forme légale, comme dit l'art. 1339, la nullité serait absolue.

On cite au moins un texte qui parlerait d'inexistence, c'est l'art. 146 du C.C. On invoque sa formule: " Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement." On laisse ce texte de côté, parce qu'on n'étudiera pas maintenant la nullité en matière de mariage. On comprend que certains auteurs aient pu, en rejetant l'inexistence comme cause générale de sanction, admettre l'inexistence en matière de mariage.

Source : BIU Cujas

C'est une question sur laquelle on reviendra.

Rejet de la distinction restée inexistence et nullité absolue

En tous cas, ici il faut écarter l'inexistence comme sanction générale des conditions d'existence ou de validité des actes juridiques. M.Hémard écarte l'inexistence pour une raison très simple: c'est le défaut d'intérêt de cette distinction. Quand une distinction ne présente pas d'intérêt, à quoi bon la faire. Or ici l'inexistence, malgré tout ce que l'on a pu dire, ne présente pas d'intérêt. On fait produire à l'inexistence tous les effets de la nullité absolue.

La seule chose qu'on ait trouvée, c'est que l'inexistence, le juge n'aurait même pas à la prononcer. Elle existe deplein droit; les parties n'auraient qu'à l'invoquer. Mais on est bien obligé, pour faire tomber un acte, même un acte inexistant, puisque nul ne peut se faire justice à lui-même, de recourir aux tribunaux. Cet intérêt disparaît donc.

Au contraire, on peut trouver un autre intérêt en ce qui concerne l'inexistence en matière de mariage. Cet intérêt justifierait l'admission de l'inexistence en matière de mariage.

Recherche des cas de nullité.

La formule: pas de nullité sans texte. Distinction des nullités expresses et des nullités tacites

La nullité est une sanction. C'est une sanction qui semble ne devoir résulter que des textes. En effet on pose le principe: pas de nullité sans texte. C'était une solution admise dans l'ancien droit; elle est traditionnelle. On disait: Voies de nullité n'ont point de lieu en France. Ce qu'on voulait dire par là, c'est qu'on ne pouvait admettre une nullité que là où le texte la reconnaissait.

Ce n'est pas à dire que dans l'ancien droit il n'y ait pas existé d'autres nullités. Il y avait des "lettres royaux", ou des lettres de rescision, par lesquelles on pouvait faire tomber un acte. De nos jours, ce système des lettres de rescision a disparu, et on admet encore le principe: Pas de nullité sans texte.

Il faut même dire que si certains auteurs ont admis l'inexistence, c'est en raison de la règle: Pas de nullité sans texte. Par une interprétation stricte de cette formule: on dit: Il n'y a pas de nullité sans texte. De là, s'il n'y avait que la distinction des nullités absolues et des nullités relatives, là où la loi n'est pas intervenue, il n'y a pas moyen d'admettre de sanctions. Tandis que l'inexistence n'est pas une nullité. La règle: pas de nullité sans texte, ne s'applique pas au cas d'inexistence, et on peut admettre des cas d'inexistence là où il n'y a pas de texte. L'admission de l'inexistence est un moyen de consacrer des nullités particulièrement énergiques en l'absence de texte.

Source : BIU Cujas

En réalité, si l'on ne s'est pas toujours entendu sur cette formule: Pas de nullité sans texte, c'est qu'on a voulu trop souvent n'admettre de nullité que là où il y avait une formule très nette . Mais de plus en plus la jurisprudence et la doctrine ont reconnu qu'à côté des nullités expresses il y avait des nullités implicites ou tacites.

Il y a d'abord des nullités expresses. La nullité expresse est celle qui est prononcée par un texte. A peine est-il besoin d'en citer des cas d'application, tant ils sont nombreux: art. 1110, art. 1111, art. 1116, art. 1601. Parfois on trouve l'expression: l'acte est nul; - parfois: est nul et de nul effet. La nullité est également une nullité expresse quand un texte déclare qu'un acte n'est pas valable, sauf à préciser la nature de la nullité (art. 2129 al. 2).

Mais, à côté de cela, il y a des nullités implicites. Il en est ainsi quand un acte est interdit par la loi: par exemple l'art. 686 du C.C., qui déclare qu'il n'est pas permis de faire certaines choses. L'art. 161 dit: Il est prohibé..... il est interdit .... Ou bien encore on admet que la formule: On ne peut pas..... ou bien la formule: Les parties ne peuvent pas..... est équivalente: art. 144, 295, 791, 884 etc...

En l'absence de pareilles expressions, la jurisprudence même admet que des nullités peuvent être admises en présence d'une disposition simplement impérative de la loi.

Détermination du caractère absolu ou relatif de la nullité d'après le but de la condition sanctionné par la nullité

Mais comment discerner, étant admis qu'il y a une nullité, la nature de la nullité ? Comment savoir si l'on est en présence d'une nullité absolue ou d'une nullité relative ? Ce qu'il faut, dit-on, c'est s'inspirer du but de la nullité. M. Hémard aimerait mieux dire qu'il faut s'inspirer du but de la condition sanctionnée de la nullité, par conséquent on ne prend pas seulement la nullité, on remonte à la condition dont la nullité a pour but, à titre de sanction, d'assurer l'exécution. Dès lors, si la nullité est la sanction d'une condition présentant un caractère d'intérêt général, d'intérêt social, la nullité sera absolue. Si, au contraire, on est en présence d'une nullité ne présentant qu'un caractère d'ordre privé, alors il n'y aura qu'une nullité relative. Cela correspond exactement à la distinction des conditions d'existence et des conditions de validité. Cette distinction même dans la condition impose une distinction dans les sanctions. Il est tout naturel qu'en présence d'une condition essentielle, comme une

Source : BIU Cujas

condition d'existence, la nullité, la sanction soit plus énergique.

Cette distinction des nullités en deux catégories a été exagérée. Il est certain qu'il ne faut pas voir une distinction absolument rigide. On a exagéré ici: on n'a voulu n'admettre que deux sortes de nullités: toujours absolues ou toujours relatives, et présentant toujours les mêmes caractères. En réalité, le droit est une science sociale, qui doit s'adapter aux faits. Les nullités aussi doivent s'adapter aux faits. Elles doivent s'adapter aux conditions qu'elles sanctionnent et de même que ces conditions sont très variées, les sanctions, si elles présentent certains caractères d'ordre général, doivent être plus ou moins complètes.

Nécessité d'établir une gamme dans les nullités; nullités mixtes; nullités complexes

On en conclut donc qu'il doit y avoir une gamme de nullité assez variée, et qu'il y aura des nullités absolues particulièrement rigoureuses, des nullités absolues un peu moins rigoureuses, puis qu'il y aura des nullités relatives présentant des caractères beaucoup moins stricts encore. Il n'y a pas par conséquent à faire de cloisons étanches; il n'y a pas de nullités absolues s'opposant toujours aux nullités relatives de la façon la plus complète.

Il y a, en vérité, des nullités mixtes, des nullités qui par exemple seront absolues à l'égard de certaines personnes, et relatives à l'égard des autres. On en verra en étudiant le contrat de mariage. Il y a d'autre part les nullités complexes. Il n'est pas possible de traiter de la même manière tous les contrats. Il y a des contrats, parce qu'ils se développent dans le temps, parce qu'ils n'ont pas un effet immédiat, mais ont un effet successif, qu'on ne peut pas annuler comme d'autres. On peut bien détruire complètement un contrat qui a produit un effet immédiat; on fait machine arrière. Mais on ne peut le faire pour des contrats comme le contrat de société, comme le contrat de louage, qui ont développé leurs effets dans le temps.

Les nullités, comme d'ailleurs l'inopposabilité, ont donné lieu à des travaux très importants, qu'il est nécessaire de signaler. Sur la nullité: Thèse de la Faculté de Droit de Dijon, M. Japiot, 1909: Des nullités en matière d'actes juridiques - Sur l'inopposabilité: Bastian, thèse de Paris intitulée: Essai sur l'inopposabilité. Ce sont des travaux remarquables, auxquels on peut se reporter.

Double forme sous laquelle peut être invoquée une nullité

La nullité, comme d'ailleurs l'inopposabilité peut être exercée sous forme d'exception ou sous forme d'action. On tient à le montrer, parce que autrefois des difficultés ont existé à cet égard

Source : BIU Cujas

et on a prétendu qu'il y avait des nullités qu'on pouvait opposer sous forme d'exception et qu'on ne pouvait pas opposer sous forme d'action et inversement.

Nullité invoquée sous forme d'exception

Normalement, il faut faire la distinction suivante: quand l'acte juridique, qui est atteint d'une nullité, a été ou n'a pas été exécuté. Tant que l'acte juridique infecté de nullité n'a pas été exécuté, la nullité peut être invoquée sous forme d'exception. Il manque une condition d'existence ou de validité à un acte juridique, mais aucun effet de cet acte ne s'est encore produit, ou il n'a produit que des effets partiels. On en demande l'exécution. Pour refuser d'exécuter cet acte juridique nul, il n'y a pas besoin évidemment d'intenter l'action en nullité, il n'y a qu'à opposer une exception de nullité à celui qui demande l'exécution. On lui répondra que l'acte est nul, qu'il lui manque une condition requise pour son existence ou sa validité. Puis on oppose la nullité par voie d'exception.

Nullité invoquée sous forme d'action

Au contraire, quand l'acte a été exécuté, il faut agir, il faut exercer une action, et la remise dans l'état de choses antérieur ne peut avoir lieu qu'à la suite de l'exercice d'une action. Il ne suffit pas ici d'empêcher une situation juridique de produire ses effets. Il faut les détruire.

Les effets de la nullité.

Identité des effets de la nullité absolue et de la nullité relative. Anéantissement rétroactif de l'acte

Les effets de la nullité, on n'a pas voulu qu'ils soient différents suivant que la nullité est absolue ou est relative, parce que dans un cas comme dans l'autre ces effets doivent se produire et qu'il doit y avoir rétroactivité: quid nullum est nullum produxit effectum; ce qui est nul ne peut produire d'effet.

Mais s'il en est ainsi, il faut détruire le passé, il faut admettre la rétroactivité, si la rétroactivité s'applique aussi bien aux nullités relatives qu'aux nullités absolues. Seulement est-ce que tout va sombrer d'un acte nul ? Est-ce qu'un acte nul ne pourra pas laisser subsister quelque chose ?

De la conversion par réduction

C'est la loi elle-même qui nous fournit des exemples. La loi nous montre qu'il peut y avoir ce qu'on a appelé plus haut une conversion par réduction. Un acte peut être nul à un degré supérieur; il peut valoir à un degré inférieur. Le C.C. nous en fournit des exemples: art. 976, 1318, et 1976. Il nous montre qu'un testament qui n'est pas valable parce que les formes n'en ont pas été remplies, parce

Source : BIU Cujas

que notamment il ne vaut pas comme testament mystique, peut cependant valoir à un degré inférieur, comme testament olographe, s'il est écrit entièrement de la main du testateur.

Ainsi la conversion par réduction suppose une question de forme. Elle suppose que les parties ont voulu une forme majeure, une forme supérieure, la forme de l'acte authentique, et qu'elles n'ont pas observé les conditions requises pour qu'il y ait acte authentique. Alors, l'acte qui ne vaut pas dans une forme majeure vaut dans une forme mineure, une forme atténuée. L'art. 1318 est significatif à cet égard; " L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier (il s'agit de l'officier de l'état civil, mais surtout du notaire), ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, (c'est-à-dire comme acte sous-seings privés) s'il a été signé des parties".

Ainsi un acte authentique nul en tant qu'acte authentique, qui n'a pas été pourvu de la forme majeure, vaut à un degré inférieur, comme acte sous-seing privé, forme mineure, s'il réunit les conditions des actes sous-seing privé.

Maintien dans certains cas des effets d'un acte nul. Intérêt à cet égard de la distinction entre actes instantanés et actes successifs

Mais il y a plus; même quand un acte est nul, et d'une nullité absolue, certains de ses effets peuvent être maintenus. C'est une question très délicate que celle du maintien des effets des actes nuls. Pour ce maintien, les auteurs ont invoqué des idées très diverses.

On a maintenu d'abord des actes nuls quant à certains de leurs effets, en invoquant l'exemple du mariage putatif, c'est-à-dire du mariage que les époux croyaient être valable, lorsque les parties sont de bonne foi. Le mariage putatif suppose en effet qu'un mariage nul, même de nullité absolue a été contracté de bonne foi entre les époux. Même s'il n'y a qu'un époux de bonne foi, le mariage reste putatif à son égard. Le mariage putatif produit les effets d'un mariage valable.

De même a-t-on dit, en ce qui concerne les actes juridiques, lorsqu'un acte est nul, même de nullité absolue, lorsque les parties sont de bonne foi, on peut maintenir certains effets de l'acte.

On a invoqué l'idée de responsabilité. Celui qui par sa faute ou sa négligence, a causé la nullité d'un acte, est responsable de cette nullité. Quel meilleur effet de cette responsabilité pourrait-on admettre que le maintien de cet acte ?

On a invoqué enfin l'idée d'apparence. Tous ces moyens sont des moyens incertains. Ce qu'il faut voir, c'est la réalité. Or, la réalité révèle qu'il

Source : BIU Cujas

y a en ce qui concerne les actes juridiques une distinction fondamentale à faire entre les actes successifs et les actes instantanés. Quand on a montré les différentes sortes d'actes, on a en effet distingué les actes instantanés , qui produisent immédiatement leurs effets, par exemple la vente: aussitôt tout est accompli, on paie le prix, en un instant le contrat est formé. Au contraire, on forme une société, on loue un immeuble pour plusieurs années: le contrat va dérouler ses effets dans le temps, ses effets sont très nombreux.

Tandis qu'en matière de vente, quand il y a nullité absolue, la rétroactivité est possible: on fait machine arrière, on restitue l'objet, on restitue le prix et tout est fini, l'acte est considéré comme n'ayant pas existé, au contraire, en matière de société, si l'on se trouve en face d'une société nulle de nullité absolue qui a vécu vingt ans. Comment pourrait-on détruire le passé ? - On a construit une usine, on a loué des immeubles, on a engagé des ouvriers: est-ce que tout cela peut être annulé, peut être détruit rétroactivement ? Certainement non.

C'est pourquoi la nullité, qui est certainement rétroactive quand elle existe en matière d'acte instantané, ne peut pas être rétroactive en matière d'acte successif. Il est nécessaire de maintenir le passé, et la nullité, en ce qui concerne ces actes successifs, opère à la manière d'une résolution d'une résiliation. Elle vaut seulement à partir du jour où elle a été prononcée.

Les principaux cas de nullité

Les principaux cas de nullité

Après avoir indiqué les caractères et les effets des nullités, recherchons les principaux cas de nullité, en nous attachant à celles qui sanctionnent des incapacités.

§ 1 - Nullités absolues

Il y a nullité absolue:

Cas de nullité absolue

1° - Dans les cas d'absence du consentement ou d'objet dans un acte juridique. Il en est ainsi en cas d'incapacité naturelle quand un aliéné fait un acte dans un accès de folie ou quand une personne agit sous l'empire d'une violence abolitive de volonté.

2° - Quand la volonté se heurte à une prohibition légale : il en est ainsi du pacte sur succession future qui est interdit par la loi; il en était

Source : BIU Cujas

ainsi de la convention usuraire; on peut citer encore le cas d'une contre-lettre spécifiant, en cas de cession d'un office ministériel, que l'acquéreur paiera un prix supérieur à celui accepté par la Chancellerie (art. 2 de la loi du 27 Février 1912)

3° - Dans le cas où les formes exigées par la loi pour un acte solennel, comme la donation ou le contrat de mariage, n'ont pas été observées.

4° - Quand on est en présence d'une incapacité de jouissance; celle-ci se rencontre dans des cas très rares, notamment dans ce cas d'acte gratuit accompli par un condamné à une peine perpétuelle.

5° - Dans certains cas d'incapacités d'exercice, quand elles renforcent une condamnation pénale. Tel est le cas de l'acte accompli par un condamné interdit légal.

Effets de la nullité absolue

Les effets de la nullité absolue résultent de ce que nous avons dit enfixant l'intérêt de la distinction des nullités en absolues et relatives. L'intervention de la justice est, quoiqu'on en ait dit, nécessaire pour constater la nullité absolue. Jusqu'à la constatation de la nullité l'acte a pu produire certains effets. Il a eu des conséquences et il se peut qu'il y ait des personnes qui le tiennent pour valable. Ce n'est qu'à partir de la constatation de la nullité par la justice que tout sombre. Mais en raison de la distinction des contrats immédiats et successifs, il faut admettre des restrictions à ce principe.

Enfin, même pour la nullité absolue quand la nullité est due à la faute de l'une des parties, l'autre peut lui demander des dommages-intérêts, à raison du préjudice que lui cause la nullité du contrat.

II - Nullités relatives

Ces nullités sont établies en faveur de certaines personnes que la loi veut protéger pour faire tomber des actes qui leur causent préjudice. Si un acte nul ne porte préjudice à personne, sa nullité ne sera pas demandée. Ces nullités relatives comprennent la nullité proprement dite et la rescision pour cause de lésion. Bien que celle-ci ne soit qu'une sorte de nullité relative, il faut prendre soin de les distinguer. Il y a entre la nullité relative et la rescision pour lésion des différentes caractéristiques.

Distinction de la nullité relative et de la rescision

a) La rescision pour lésion n'existe que de façon limitée pour les majeurs. - b) La lésion d'autre part n'annule pas toujours l'acte car elle n'est

Source : BIU Cujas

une cause d'annulabilité que si elle dépasse un certain taux (1/4 pour le partage; 7/12 pour la vente d'immeuble). La nullité relative est prononcée sans prendre en considération le montant du préjudice.
c) Le défendeur à l'action en rescision peut y échapper en offrant de réparer le préjudice. Ainsi, (Art. 1691) dans une vente d'immeuble , si le prix est inférieur à plus de la moitié de la valeur, il y a lésion de plus des 7/12, l'acheteur peut faire disparaître l'action en rescision en offrant les 5/12 manquant moins un dixième du prix total; il y a donc une petite différence qu'on laisse à l'acheteur. De même dans le partage, l'action en rescision peut disparaître par le paiement d'une indemnité qui doit désintéresser complètement (art. 891) le copartageant lésé, car le partage comporte une égalité parfaite. d) Enfin, si la nullité relative peut se couvrir par confirmation; il est douteux qu'il en soit de même pour la lésion. La confirmation ne peut se produire que si le vice a disparu; or, s'il a disparu il n'y a plus lésion.

Cas de nullités relatives

La nullité relative proprement dite est la sanction des vices du consentement et des incapacités d'exercice fondées sur une idée de protection.

1°- Sanction des vices du consentement

La nullité relative sanctionne les vices du consentement : on applique alors les règles ordinaires : elle doit être prononcée en justice, sur la demande de l'intéressé, de personnes déterminées, elle est susceptible de disparaître par confirmation, elle se prescrit par 10 ans à partir du moment où le vice a cessé.

2°- Sanction des incapacités d'exercice

Les nullités relatives fondées sur l'incapacité s'appliquent au mineur non émancipé, au mineur émancipé, aux aliénés, aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire, à la femme mariée.

La nullité relative constitue la sanction des incapacités et il faut reprendre l'étude de celle-ci pour la compléter par la sanction.

Reprenons donc chacune des incapacités et spécialement la sanction du défaut d'autorisation à l'égard de la femme mariée.

A -Nullité des actes du mineur non émancipé

A - Il y a nullité relative par rapport aux actes concernant le mineur non émancipé. Nous supposons que celui-ci agit seul, Si on envisage des actes accomplis par le tuteur, il ne s'agit plus de capacité mais de pouvoir. Le mineur ayant agi sans autorisation du tuteur l'acte est nul, mais pour que la nullité soit prononcée ce n'est pas assez qu'il soit incapable, il faut de plus qu'il soit lésé. Art. 1311. Le succès de l'action en nullité est subordonné à la preuve de la lésion , c'est ce qu'exprime l'adage :"Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus". La lésion

a)Nécessité d'une théorie s'il s'agit d'un acte que le tuteur aurait pu faire seul.

Source : BIU Cujas

ici présente ce caractère d'être générale, elle ne présente aucun des traits distinctifs de la lésion concernant les majeurs. Il n'est pas besoin qu'elle atteigne une certaine somme ; ni qu'il s'agisse d'un partage ou d'une vente d'immeuble. Il suffit qu'elle existe. La lésion permet au mineur d'attaquer toute sorte de convention sans qu'un minimum de lésion soit exigé. Tandis que pour les majeurs la lésion doit s'apprécier au moment où l'acte a été passé pour le mineur elle s'apprécie au moment même où il agit. Il est donc dangereux de traiter avec un mineur non émancipé, parce que si par la suite l'acte le lèse, il peut faire tomber le contrat. Le mineur peut faire tomber tous les actes qu'il passe sans être autorisé, du moment qu'il est lésé.

Capacité du mineur de s' s'obliger par ces délits

Cependant certains actes ne peuvent être attaqués pour cause de lésion, que vise l'art. 1310 C.C. : "Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit". La jurisprudence a étendu cette exception dans l'hypothèse suivante : un mineur veut emprunter et pour obtenir le prêt, il faut frauduleusement croire qu'il est capable. L'art. 1307 indique bien que la simple déclaration de majorité faite par le majeur ne fait point obstacle à la restitution, mais ici il y a plus, le mineur a employé des moyens frauduleux pour faire croire à sa majorité, par exemple il s'est servi de l'acte de naissance d'un frère majeur. Il est ainsi capable d'un délit, il en doit réparation et cette réparation devant remettre l'autre partie dans la situation où elle aurait été si l'acte n'avait pas eu lieu, la jurisprudence trouve plus simple de maintenir le contrat. La validité du contrat constitue la meilleure réparation.

b)Actes nuls en la forme n'exigeant pas qu'il y ait eu lésion

D'autre part, certains actes passés par le mineur seul sont annulables même sans lésion, parce que la loi exige pour ces actes des formalités spéciales, Ce sont des actes que le tuteur n'aurait pu faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal. Alors par exception à la règle minor.....l'acte est nul sans qu'il soit besoin de démontrer que le mineur a subi une lésion.

La règle ne s'applique donc qu'aux actes que le tuteur aurait pu accomplir seul, pourvu qu'il n'y ait ni délit, ni quasi-délit du mineur.

b)Actes du mineur émancipé

B) - Mineur émancipé.

La nullité de ces actes diffère sensiblement de la précédente, quoique les effets soient les mêmes. Les personnes qui peuvent invoquer la nullité

Source : BIU Cujas

des actes du mineur non émancipé, c'est le mineur, le tuteur, le conseil de famille. De même, pour le mineur émancipé, la nullité peut être demandée par lui-même quand il sera devenu majeur , par son curateur également, comme par le conseil de famille quand l'autorisation de celui-ci était exigée.

a)Nullité sur la seule preuve de la minorité pour les actes soumis à certaines pénalités.

Les actes du mineur sont en effet soumis à différentes formalités. L'article 484 envisage des formalités spéciales. Si le mineur ne les a pas observées, la nullité en résultera l'acte sera annulable par le seul fait de la preuve de l'état de minorité de l'intéressé.

b) nullité pour lésion pour les actes que le mineur aurait pu faire assisté de son curateur

S'il s'agit d'actes que le mineur émancipé pouvait faire avec assistance de son curateur, il faudra pour faire tomber l'acte démontrer la minorité et la lésion. On applique donc ici la règle : "mino restituitur....."

Complication d'une nullité absolue pour certains actes soumis à une solennité

Mais parfois à cette nullité relative s'en ajoute une autre, quand il s'agit d'un acte pour lequel la loi réclame une formalité solennelle. Ainsi pour l'acceptation d'une donation un acte authentique est nécessaire, art. 931, 935 C.C. Le mineur s'étant passé de cette formalité, l'acceptation est nulle de nullité absolue et il faudra la refaire dans la forme légale, art. 1339.

c) Validité des actes accomplis par le mineur dans la limite de sa capacité, sauf réductibilité de ses engagements exagérés

Les actes accomplis dans les limites de la capacité du mineur émancipé sont en principe valables. Ce sont par exemple les actes de pure administration. Ce peuvent être aussi les obligations, mais l'art. 484 du C.C. décide que lorsque le mineur contracte des obligations et que celles-ci sont excessives, les tribunaux peuvent en réduire le montant. Le mineur a souscrit à crédit un engagement important, il a passé un bail à un prix qui n'est pas en rapport avec ses facultés. L'engagement pourra alors être réduit. Mais il s'agit d'une réduction et celle-ci diffère de la nullité pour lésion. Il y a entre les deux institutions des différences. D'abord dans leur étendue, la rescision est générale, tandis que la réductibilité ne concerne que les obligations contractées par le mineur émancipé; d'autre part la lésion entraîne nullité de l'acte, tandis que l'excès dans l'obligation entraîne seulement sa réduction; l'acte subsiste. Mais dans la majorité des cas il faut bien reconnaître que les tribunaux en arrivent à annuler l'acte. Enfin la lésion n'entraîne que la rescision, tandis que (art. 485) le mineur qui a contracté des engagements excessifs peut, à la suite de réduction prononcée par le tribunal se voir retirer

Différences entre la réduction et l'annulation pour lésion

Source : BIU Cujas

l'émancipation; le mineur désormais ne pourra plus être émancipé que par mariage.

La rescision est appréciée d'après l'acte lui-même, sans qu'on envisage la fortune du mineur. La réduction pour obligation excessive n'est prononcée au contraire (art. 484) que si le mineur s'est engagé en delà de ses facultés, si sa fortune ne lui permettait pas de contracter des engagements aussi lourds Il faut donc tenir compte de la fortune du mineur.

Mais lésion et réduction pourront être demandées par les mêmes personnes.

C. Actes de l'aliéné

C. La nullité des actes de l'aliéné ne nous retiendra pas longtemps.

L'aliéné peut-être non interdit ni interné, ou interdit, ou interné.

1° Aliéné, ni interdit ni interné,

Si l'aliéné n'est ni interdit ni interné, l'acte sera annulé si on prouve qu'il a contracté dans un accès de folie. Il n'y a pas alors de volonté de sa part, donc il y a nullité absolue.

Mais si au contraire on est en présence d'un aliéné interdit ou interné, la nullité est relative. Il faut du reste reconnaître que la tendance des tribunaux est toujours de voir une nullité relative au cas de folie. Elle n'admet pas de folie complètement abolitive de volonté.

2°aliéné, interné

2°) Si l'aliéné interné passe des actes, ceux-ci peuvent être attaqués pour cause de démance sans sans qu'il soit besoin de prouver la démence au moment où l'acte a été passé. En effet l'art. 39 de la loi du 30 Juin 1838 établit à l'encontre de l'interné une présomption de folie. La nullité est alors relative et même comme l'art. 39 dit que ces actes pourront être annulés la jurisprudence décide que cette nullité n'est pas obligatoire pour le juge et que celui-ci jouit d'un pouvoir d'appréciation.

3° Aliéné interdit

3°) Interdit judiciaire: Les actes passés par l'aliéné interdits sont frappés de nullité. L'art. 502 emploie ici une expression énergique: '" Tous actes passés postérieurement à l'interdiction seront nuls de droits". Pendant longtemps on s'est demandé si cela ne visait pas une nullité absolue. Doctrine et jurisprudence se sont accordées pour dire qu'il y a là une mesure de protection entraînent seulement une nullité relative. L'expression " seuls de droit" ne fait pas allusion à l'énergie de la nullité. Elle ne vise pas la nullité absolue, elle veut dire que le juge n'a pas à examiner l'état d'esprit de l'interdit au moment qu'il est établi que l'acte est postérieur à l'interdiction. L'interdit revenant à la raison n'a pas besoin de démontrer que l'acte a été passé dans une période de

Source : BIU Cujas

démence, et s'il démontrait qu'il l'a passé dans une période de lucidité il ne pourrait soutenir que l'acte est valable. L'acte est nul de plein droit.

La nullité des actes de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne donne pas lieu à des règles particulières. L'art. 502 s'applique: " Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droits".

La nullité relative peut être invoquée par le prodigue, par le faible d'esprit, par l'interné, par l'interdit, par leurs héritiers, par le conseil judiciaire lui-même. L'acte d'autre part, peut être confirmé.

D. Femme mariée Nullité des actes passés sans autorisation du mari ou de justice

D. Nullité relative des actes passés par la femme mariée sans autorisation.

C'est envisager la sanction de l'incapacité de la femme mariée quand l'autorisation n'a été demandée ni au mari ni à la justice.

Les actes passés ainsi par la femme sont nuls. Cette nullité présente des caractères très pratiques qui sont différents suivant qu'il s'agit d'acte extra-judiciaires ou judiciaires.

Actes extra-judiciaires Caractères relatifs de la nullité des actes passés sans autorisation du mari

Actes extra-judiciaires: l'autorisation du mari n'est pas réclamée en forme solennelle comme dans l'ancien droit. Elle peut même être tacite dans certains cas. L'acte passé sans autorisation est nul, de nullité relative, art. II25. Il n'y a d'exception que quand il s'agit d'un acte pour lequel la solennité est nécessaire, par exemple si une femme mariée accepte sans autorisation une donation. L'acceptation est nulle et on considère que l'acceptation participe à la forme solennelle de l'acte, lequel est atteint d'une nullité absolue, faute d'une formalité substantielle. Hors de là la nullité de l'acte accompli par la femme n'est que relative.

personnes pouvant demander la nullité

Les personnes qui peuvent invoquer la nullité sont les personnes déterminées par la loi, art. II25 al. 2 et art. 225: " La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers". Ainsi il y a essentiellement deux ordres de personnes qui peuvent invoquer la nullité:

la femme

la femme d'abord comme tout incapable peut invoquer son incapacité; c'est la sanction de l'idée de protection contenue dans l'incapacité de la femme. Elle peut agir au cours du mariage avec autorisation du mari, ou sans autorisation d'après la dissolution. L'action en nullité ne lui est refusée que quand, pour traiter avec un tiers, elle a recouru à des manoeuvres frauduleuses pour tromper le tiers

Source : BIU Cujas

sur sa capacité. Elle a pu dissimuler son état de femme mariée, pour se faire passer pour célibataire majeure. Elle ne peut alors agir en nullité car elle s'oblige par ses délits. Ayant induit le tiers en erreur, elle lui doit réparation, la meilleure indemnisation consiste à maintenir l'acte ce qui est une réparation plus commode que d'obliger la femme à verser des dommages-intérêts.

le mari

Le mari lui aussi peut agir, parce que le fondement de l'incapacité de la femme mariée est double. Elle repose sur une pensée de protection de la femme et sur l'autorité maritale, laquelle justifie l'action du mari. Le mari peut agir de suite en nullité et en général on admet qu'il peut encore agir après la dissolution du mariage (Art. 1304, art. 225) . Ceci n'a rien de choquant quand le mariage a pris fin par la mort de la femme. Il en est autrement quand il a pris fin par divorce. C'est pourquoi il faut décider que si le mari a le droit d'agir pendant le mariage sans aucune réserve, on ne doit lui reconnaître le droit d'agir après dissolution du mariage que s'il y a un intérêt.

leurs héritiers

Les héritiers du mari et de la femme peuvent également agir. On le comprend très bien pour ceux de la femme; on le comprend moins pour ceux du mari et, à notre avis, il faut apporter à l'art. 225 la même réserve que pour le mari : ils ne pourront agir en nullité que s'ils y ont un intérêt, et un intérêt pécuniaire.

les créanciers des époux

On reconnaît que les créanciers des époux peuvent également agir en nullité. Les créanciers de la femme agissent par l'action oblique de l'art. 1166 dans le cas où leur débiteur néglige de le faire. Quant aux créanciers du mari, ils n'ont droit d'agir que si le mari a un intérêt pécuniaire à demander la nullité.

Sont exclus du droit d'agir en nullité les tiers, c'est-à-dire toutes les personnes qui ont traité avec la femme et qui auraient intérêt à faire prononcer la nullité. Si l'affaire est bonne pour la femme la nullité ne sera pas invoquée. Si elle est mauvaise pour elle, c'est-à-dire bonne pour les tiers, la nullité sera invoquée. Mais cet inconvénient est commun à tous les cas de nullité relative. Le seul tempérament qu'il comporte c'est que le tiers n'avait qu'à ne pas exécuter. Tant qu'il n'a pas exécuté le contrat il peut se refuser à l'exécuter; de même quand il connaît l'incapacité de la femme, la jurisprudence lui permet de la mettre en

Source : BIU Cujas

demeure de se prononcersur la validité de l'acte. Du reste comme la femme ne peut s'enrichir au détriment des tiers, si l'acte est annulé elle est tenue de rembourser au tiers ce dont elle s'est enrichie.

Confirmation de l'acte annulable

La confirmation: la confirmation fait disparaître la nullité relative, l'acte passé sans autorisation sera validé. La confirmation peut émaner de la femme ou du mari.

Au cours du mariage, la confirmation peut émaner des deux époux, ceux-ci ayant renoncé à la nullité l'acte devient inattaquable pour le passé et l'avenir. Si le mari seul confirme, il ne peut plus invoquer l'action en nullité, mais il n'a pas pu compromettre l'action en nullité de la femme, dont il faut assurer la protection. Elle conserve donc le droit d'agir en justice.

Il n'y a pas à supposer le cas où la femme confirmerait seule pendant le mariage; sa confirmation serait nulle comme l'acte lui-même. Si elle a confirmé avec autorisation de justice, elle ne peut compromettre l'action du mari.

A la dissolution du mariage, la femme peut ratifier, le mari ne peut ratifier que s'il y a intérêt.

Prescription decennale de l'action en nullité

La prescription des actions en nullité relative est de dix ans (art. 1304). Le délai commence à courir pour l'action en nullité de la femme, seulement de la dissolution du mariage. Pendant dix ans après la dissolution du mariage elle peut agir. Pour le mari, il semblerait logique que le délai partit du jour où il a eu connaissance de l'acte passé par la femme, mais on admet que le même délai court contre lui comme contre la femme, c'est-à-dire court à partir de la dissolution du mariage. Cette solution est illogique. Le mari ne devrait avoir que dix ans du jour où il a eu connaissance de l'acte.

Nullité des actes judiciaires faute d'autorisation: exception des voies de recours

Actes judiciaires: Le principe est le même: il y a nullité relative faute d'autorisation. Mais on n'attaque pas les jugements comme un acte ordinaire. Il n'y a pas ici d'action en nullité: "Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements". Pour les jugements, pour les arrêts, il y a des voies de procédure spéciales. La nullité sera invoquée soit sous forme d'exception en cas de poursuite irrégulière tant qu'un jugement définitif ne sera pas intervenu, ou bien sous forme d'un recours par tierce opposition ou la requête civile.

Quand on invoque la nullité de l'assignation pour défaut d'autorisation. Mais va-t-il accepter ? Il peut être dangereux pour lui d'accepter car le jugement qui interviendra ne sera pas opposable à

Source : BIU Cujas

la femme qui n'apas été autorisée. En face de la femme demanderesse le tiers n'a qu'à refuser l'instance. Il ne demande pas la nullité de l'assignation. Il soutient que la femme n'est pas recevable dans sa demande.

Mais il faut distinguer suivant que la femme est demanderesse ou défenderesse.

Cas de la femme demanderesse: Refus des débats par le défendeur

Quand la femme est demanderesse, son adversaire ne peut invoquer la nullité de l'assignation envoyée pour l'appeler devant le tribunal. Pour invoquer le défaut d'autorisation, il a un moyen, il n'a qu'à ne pas accepter le débat; sans même parler de nullité, il refuse de participer à l'instance. Il ne demande pas la nullité de l'assignation, la loi ne lui permet pas de l'invoquer, mais il soutient que la femme n'est pas recevable dans sa demande, tant qu'elle n'a pas été régulièrement autorisée. S'il accepte le débat, il court les mauvaises chances et non les bonnes; si la femme obtient gain de cause, la décision est inattaquable. Si la femme est condamnée, elle pourra attaquer la décision par les voies de recours ordinaires ou extraordinaires et elle ne manquera pas de le faire.

Cas de la femme défenderesse; mise en cause du mari

Si la femme est défenderesse, le tiers qui l'attaque à un moyen d'éviter le recours, c'est d'assigner le mari en même temps que la femme, de mettre les deux époux en cause et de conclure à ce que le mari donne son autorisation, ou qu'il y soit suppléé par l'autorisation de la justice saisie. Dans ce cas, si le tiers subit un préjudice du fait que la femme non autorisée attaque le jugement qui lui est défavorable, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même.

Chapitre II

EFFETS DES ACTES JURIDIQUES.

On n'envisagera pas ici le contenu des actes juridiques

Il ne s'agit pas d'envisager, dans ce chapitre consacrée aux effets des actes juridiques, le contenu des actes juridiques, c'est-à-dire les effets des actes juridiques en tant qu'ils constatent surtout les droits réels, en tant qu'ils transforment des droits préexistants. Un même acte juridique peut, en effet, à la fois créer un droit réel, établir une obligation, et transformer un droit préexistant.

Prenons par exemple la vente. La vente fait naître un droit réel au profit de l'acheteur. Si la propriété d'un objet mobilier ou immobilier est transmise, la propriété se fixe sur la tête de l'a-

Source : BIU Cujas

cheteur: la vente crée également une obligation à la charge de l'acheteur, l'obligation de payer le prix, et elle transforme le droit réel qui appartenait au vendeur en une obligation à la charge de l'acheteur. Mais ces effets des actes juridiques seront étudiés à propos de chaque institution spéciale.

Ni les effets des actes juridiques dans le temps

Il ne s'agit pas non plus d'envisager les effets des actes juridiques dans le temps. Il y a ici des difficultés qui peuvent s'élever pour l'application des actes juridiques, non seulement au point de vue de l'effet de la loi sur eux, mais au point de vue de la valeur des actes juridiques dans le temps. Voici, par exemple, des parties qui contractent aujourd'hui; elles veulent faire remonter les effets de leur acte au Ier Janv. c'est ce qu'on appelle la rétroactivité conventionnelle. Il ne s'agit pas de cela non plus.

On envisagera ici l'effet des actes juridiques à l'égard des personnes. Il faut distinguer à cet égard I - L'auteur de l'acte

Il faut envisager ici l'effet des actes juridiques, en se demandant à l'égard de quelles personnes un acte juridique produit ses effets. Or il convient de distinguer, quant à ces personnes, les auteurs de l'acte, les ayant-cause et les tiers. Il faut déterminer chacune de ces trois catégories des personnes intéressées directement ou indirectement à un acte juridique.

Envisageons tout d'abord l'auteur de l'acte. L'auteur ou les auteurs d'un acte juridique, suivant qu'il y a une ou plusieurs personnes dans l'acte, ce sont ceux qui ont figuré à cet acte juridique, ou qui y ont été représentés.

L'acte juridique produit tous ses effets à l'égard des personnes qui ont été partie à l'acte ou qui y ont été représentées. La représentation

Un acte juridique produit donc tous ses effets à l'égard des auteurs. Cela est évident pour les personnes qui sont intervenues à l'acte même. Mais cela fait plus de difficulté pour les personnes qui y ont été représentées . Et il faut examiner ici la représentation.

La représentation est une opération juridique par laquelle l'acte accompli, en fait, par une personne, le représentant, produit effet à l'égard d'une autre personne, le représenté. C'est le cas, par exemple, du mandataire et du mandant. Ainsi, le représentant n'est qu'un intermédiaire. Il est appelé à disparaître. Il intervient cependant comme une partie à l'acte juridique et c'est sur sa tête qu'il faudra apprécier certaines conditions. Il agit pour le compte du représenté, et tout doit passer sur la tête de ce dernier. Le représentant n'est qu'un figurant. Et il faut voir, derrière lui, le représenté.

L'utilité de la représentation est telle qu'on est étonné qu'elle n'ait pas toujours été reconnue.

Source : BIU Cujas

Le domaine de la représentation

La représentation se manifeste essentiellement dans les droits du patrimoine. Elle joue un rôle minime dans le droit de la famille, car il s'agit en général d'acte dans lesquels on ne peut pas être représenté: on ne peut en effet se faire représenter pour se marier, par ex. et il en est de même pour l'adoption ou pour la reconnaissance d'un enfant naturel.

Cependant il y a des actes qui ne répugnent pas, même en matière de droit de famille, à l'idée de représentation, mais on n'a pas parlé du testament qui a cependant certains rapports avec le droit de la famille. Le testament doit être l'oeuvre d'une volonté libre, et pour lui on ne comprendrait pas la représentation.

Utilité de la représentation

La représentation existe surtout dans les actes patrimoniaux. Elle permet l'accomplissement d'actes juridiques qui n'auraient pas pu avoir lieu sans elle, dans le cas par exemple où une personne se trouve dans un lieu déterminé, dans le cas où elle est malade.

D'autre part la représentation supplée au défaut de capacité. La représentation, en effet, permet au tuteur de représenter le mineur ou l'interdit. Et ici la représentation a un intérêt considérable elle est non seulement conventionnelle, comme en matière de mandat, mais elle est même légale puisque le tuteur est le représentant légal du mineur. La représentation est même, dans une certaine mesure, parfois obligatoire. Ainsi les avoués représentent légalement et obligatoirement les partis devant les tribunaux. Eux seuls, en effet, ont le droit de postuler et de conclure. Postuler c'est rédiger les actes de procédure; conclure c'est présenter des conclusions au tribunal actes par lesquels on établit les demandes des plaideurs. La représentation est, en effet, obligatoire en justice. Et il est encore un autre cas où il faut qu'un avoué intervienne, c'est dans le cas de la vente d'un immeuble devant les tribunaux (art. 705 du C.P.C.).

Historique de la représentation Les législations primitives ne connaissaient pas la représentation

L'introduction de cette institution ne l'avaient pas admise. Le droit romain, lui non plus, ne la connaissait pas, et cela s'explique par le formalisme même dont était entourée la formation des contrats. Pour que la volonté fut efficace, il fallait qu'elle eût revêtu une forme déterminée, et seule la personne qui avait figuré dans la cérémonie de l'acte, qui avait été, en apparence, partie pouvait avoir des droits. Les actes juridiques, par conséquent, ne produisaient effet qu'à l'égard des parties. En Droit romain, triomphait, au fond, le principe de la non

Source : BIU Cujas

représentation, mais par des détours ingénieux, la pratique était cependant arrivée à éviter les inconvénients notamment en matière de tutelle, de l'absence de toute représentation, au moins en ce qui concerne la famille. On n'avait pas aperçu les inconvénients que pouvait représenter l'absence de représentation pour cette raison qu'en droit romain la représentation existait dans la famille, du fait que c'était le chef de famille qui traitait, par l'intermédiaire de son fils, comme par l'intermédiaire de son esclave, de sorte que tous les contrats étaient ramenés sur lui et qu'il y avait une véritable représentation.

Le droit moderne au contraire a consacré le principe de la représentation. Dans la représentation l'acte passé par le représentant est censé fait par le représenté. Conséquences de cette idée

Le Droit moderne a consacré au contraire le principe de la représentation et si on trouve dans le code de commerce des dispositions qui semblent aller à l'encontre du principe de la représentation, on peut dire que, dans son ensemble, la représentation est partout admise.

Elle a pour résultat que l'acte passé par le représentant est réputé fait par le représenté. Il s'ensuit que les conditions d'existence et de validité vont être examinées essentiellement par rapport au représenté. Cependant, il y a des conditions qu'on est bien obligé d'envisager par rapport au représentant.

Le représenté doit avoir la capacité de conclure l'acte , puisque c'est lui qui traite, puisque c'est en son nom que le contrat est passé. Le représentant peut, au contraire, être un incapable et c'est ce que prévoit l'art. 1790 du code civil quand il déclare que la femme et le mineur émancipé peuvent être mandataires. En effet ils ne s'engagent pas, ils ne sont que les porte paroles du représenté, ils ne sont que des agents de transmission. Il y a là un point qu'il faut bien noter: un mineur qui ne peut pas contracter pour lui, peut parfois contracter pour un autre, quand il est mandataire d'un mineur émancipé par exemple.

Le représenté, d'autre part, est bien celui qui figure au contrat, mais comme pour certains vices du consentement, c'est seulement lors du contrat qu'on s'aperçoit s'ils existent; il faudra bien déterminer la validité de la manifestation de volonté à la base du contrat d'après le représentant. Il faudra qu'il ait consenti à l'acte que son consentement n'ait été ni détruit ni vicié par l'erreur ou la violence, à peine de nullité, et selon les cas de nullité absolue ou de nullité relative.

Il faut en somme, quand il y a représentation, que certaines conditions se trouvent réunies sur la tête du représentant et du représenté, et il faut,

Source : BIU Cujas

quand il y a nullité, que la nullité puisse être invoquée par le représenté, et par le représentant. Ceci n'a d'ailleurs d'intérêt que pour les nullités relatives, dont les bénéficiaires sont limités.

La représentation peut-être légale ou conventionnelle.

La représentation peut-être légale

La loi tout d'abord impose à certaines personnes d'en représenter d'autres. Tel est le cas du tuteur, quand la tutelle est obligatoire. Et il en est aussi ainsi dans le cas d'une tutelle légale, sinon obligatoire.

ou conventionnelle

La représentation conventionnelle a sa source dans le mandat (art. I884 du C.C.).

Le mandat peut revêtir les formes les plus variées. On a indiqué tout à l'heure le cas du mandat donné à l'avoué. C'est un mandat conventionnel mais obligatoire. On est obligé de prendre comme représentant devant le tribunal un avoué, mais on peut prendre l'avoué qu'on veut.

La gestion d'affaires

Si le géré, dans la gestion d'affaires, et le gérant vont jouer un rôle analogue au mandataire et au mandant, il faut rapprocher de la représentation la notion de gestion d'affaires, qui joue un rôle considérable dans notre droit.

La gestion d'affaires est une opération par laquelle une personne, le gérant d'affaires, effectue des actes pour une autre personne, le géré qui ne l'en n'a pas chargé, en vue de lui rendre service. Une personne est absente, son absence dure longtemps: pendant son absence, sa maison menace ruine, un voisin va chercher un entrepreneur et lui demande de consolider la maison. Personne n'avait chargé le voisin d'agir ainsi. Il est intervenu seul. Il a géré l'affaire d'autrui et il est normal, s'il l'a bien gérée, que l'autre personne ratifie l'opération. C'est ce qu'on appelle la ratification de la gestion d'affaire. Or, la ratification, une fois qu'elle est intervenue, fait de la gestion d'affaires une sorte de mandat: elle transforme la gestion d'affaire en un véritable mandat. C'est qu'on exprimait dès le Droit romain dans la formule suivante:"rati habitio mandato equiparatur". La ratification équivaut au mandat.

Par application de l'art. I375 du C.C. d'ailleurs si le géré, celui à qui on a rendu ce service d'ami ne veut pas ratifier l'opération il n'en est pas tenu. Il est tenu seulement dans la mesure du profit procuré par l'acte du gérant et ce profit n'est pas toujours égal à la dépense faite. Si ,par la suite, l'immeuble réparé vient à être détruit par une cause indépendante, s'il ne reste rien, la dépense de réparation n'en aura pas mpins été faite.

Source : BIU Cujas

II. Les ayants-cause

Les ayants-cause constituent la deuxième catégorie de personnes à considérer. On appelle ayant-cause les personnes qui tiennent des droits patrimoniaux d'une autre personne, de l'auteur qui les leur a transmis sur son patrimoine, intégralement ou partiellement. Ils tiennent donc leurs droits d'ailleurs Il y a une transmission qui s'opère. On dit qu'ils succèdent à l'auteur, le mot de successeur étant pris dans un sens très variable.

On distingue 2 sortes d'ayants-cause

Un acte juridique, en principe, produit tous effets à l'égard des ayants-cause des auteurs, comme des auteurs eux-mêmes. Mais il faut distinguer 2 sortes d'ayants-cause. Il y a les ayants-cause à titre universel et les ayants à titre particulier.

A) Les ayants-cause à titre universel

Les ayants-cause à titre universel ont acquis des droits sur le patrimoine entier de leur auteur ou sur une quote-part de ce patrimoine. Ils sont représentés par leur auteur dans tous les actes passés, et les actes accomplis par leur auteur produisent effet à leur égard.

a) Les héritiers ab intestat

Ces ayants-cause sont d'abord les héritiers proprement dits. On les appelle héritiers ab intestat, c'est-à-dire deux qui recueillent d'une succession d'une personne, en dehors de tout testament, par application des règles de la dévolution légale.

Ils recueillent tout le patrimoine de leur auteur. Exceptions à ce principe

Les héritiers ab intestat sont tenus entièrement, de même qu'ils profitent entièrement de tous les droits qui appartenaient à leur auteur, au de cujus comme on dit. Les héritiers cependant se trouvent dans certains cas dans l'impossibilité d'invoquer le droit de leur auteur. Il y a, en effet, des droits qui ne peuvent se transmettre, d'abord en raison de leur nature. C'est le cas d'une créance viagère. Un parent laisse à une personne sa fortune, si ce parent a contracté une rente viagère, celle-ci cessera avec sa vie.

De même il y a des textes de lois qui reconnaissent que certains contrats ne peuvent passer à l'héritier. On groupe ces contrats sous le nom de contrats se formant intuitu personae c'est-à-dire par considération de la personne. Une personne a donné par exemple un mandat à une autre, de vos parents: vous héritez de ce parent, il n'est pas dit que cette personne aura la même confiance en vous qu'en votre parent, et le mandat disparaîtra à la mort. Il en est ainsi surtout en matière de louage de service. Une personne a commandé un tableau à tel artiste, un de ses enfants ne pourrait l'exécuter. Et il en est de même encore en matière de société, surtout de société de personnes qui sont basées essentiellement sur la considération de la personne, car dans ces sociétés les

Source : BIU Cujas

associés sont responsables les uns les autres de leurs actes d'une façon illimitée.

b) Les héritiers testamentaires

Les ayants-cause universels ce sont encore les héritiers testamentaires ou contractuels.

Tandis qu'on dit qu'en Droit français il y a une seule sorte de succession, la succession ab intestat, en réalité il y en a trois, la succession ab intestat, la succession testamentaire et la succession contractuelle.

Examinons tout d'abord les successeurs testamentaires. Il s'agit de ceux qui reçoivent, par un testament, tout ou partie d'une succession. Ce sont les légataires universels ou à titre universel.

c) Les héritiers contractuels

Les héritiers contractuels sont ceux qui, dans le cas où la loi n'annule pas, et même valide de véritables faits sur succession future, ont un droit de succession qui dérive du contrat. Une jeune fille se marie, elle a un oncle à héritage. Cet oncle, pour donner encore plus de valeur aux espérances de la jeune fille, dans le contrat de mariage, lui promet toute sa succession. Et l'intérêt est considérable puisque l'oncle ne pourra plus disposer à titre gratuit de ce qu'il a donné. L'institution contractuelle est une véritable succession, et l'institué contractuellement est un héritier contractuel.

d) Les créanciers chirographaires

Enfin en troisième lieu, on range parmi les ayants-cause à titre universel les créanciers chirographaires. En effet, les créanciers chirographaires n'ont pas un droit qui porte sur un ou quelques biens déterminés du débiteur. Leur droit est un droit de gage général qui plane sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, qui ne frappe individuellement aucun des biens de ce patrimoine, et il va en résulter des conséquences importantes pour ces créanciers chirographaires.

I) Le créancier chirographaire va être, en premier lieu, obligé de suivre les fluctuations du patrimoine de son débiteur, il ne pourra demander que les éléments individuels de ce patrimoine ne changent pas. Il y a d'ailleurs des exceptions possibles mais, en principe, les créanciers chirographaires doivent accepter tous les actes de leurs débiteurs.

2) Le créancier chirographaire, en second lieu, jusqu'au jour de l'exigibilité de sa créance, n'a pas le droit de s'immiscer dans la gestion du patrimoine de son débiteur. Il ne peut pas lui opposer qu'il n'a pas le droit de faire tel acte, sauf la réserve du cas de fraude, ou du cas de faillite, s'il s'agit d'un commerçant. Au temps de l'exigibilité de la créance, les créanciers vont acquérir

Source : BIU Cujas

des droits, mais seulement pour l'avenir. Ils ne peuvent revenir sur le passé s'il n'y a pas eu de fraude. Ils ne peuvent prétendre que les actes que le débiteur a accomplis sont sans valeur à leur égard, bien que ces actes leur portent préjudice, s'il n'y a pas eu de fraude.

4) Enfin, peu importe la date de la naissance de la créance. Les créanciers chirographaires sont tous mis sur le même pied et traités de même. Ils suivent tous la loi du concours, ils sont payés au marc le franc.

B) Les ayants-cause à titre particulier

Les ayants-cause à titre particulier, au contraire, sont des personnes qui ont le droit de faire porter sur un bien, individuellement déterminé, leur action. Ils ont d'abord un droit qui est précisé sur un bien. C'est un acheteur, on lui a livré un bien déterminé, il pourra le réclamer, mais il ne pourra réclamer que ce bien-là seul. C'est encore cas du créancier hypothécaire qui a reçu un bien déterminé en garantie. On peut encore citer le cas du donataire et du légataire à titre particulier.

Ils subissent les conséquences des actes accomplis par leur auteur antérieurement à la naissance de leur droit, à la vente, à la donation, ou au legs. Mais, par la suite, ils ont un droit propre, un droit réel comme le créancier hypothécaire notamment.

Celui qui transmet une partie de son patrimoine à un ayant-cause à titre particulier, doit être considéré comme lui ayant transmis un droit qu'il avait sur cette partie de son patrimoine. Vous vendez un immeuble alors que vous veniez de l'acheter. Le nouveau propriétaire peut exercer le recours que vous aviez à exercer contre votre vendeur. Ceci au point de vue actif. Et au point de vue passif, si le droit transmis était grevé de droits réels, si l'immeuble qu'on vous a vendu était grevé d'une hypothèque, le propriétaire qui l'a vendu ne peut, par sa seule volonté, débarrasser l'immeuble des hypothèques qui le grèvent. Il faut que l'acquéreur supporte les charges, au moins quand il s'agit de charges réelles, c'est-à-dire de charges qui constituent des droits réels. La situation est tout autre, en effet, si une personne a promis de verser à une autre telle somme d'argent.

Il est un seul cas où un ayant-cause à titre particulier est obligé par une charge personnelle. C'est le cas du locataire (art. 1740 du C.C.). Quand un immeuble a été donné en location, à bail, par le propriétaire, si le propriétaire vend son immeuble, bien que le locataire n'ait qu'un droit

Source : BIU Cujas

personnel, son droit est opposable au nouveau propriétaire. C'est une solution traditionnelle, qui remonte au droit romain, et qui ne rencontre aucune difficulté en présence de l'art. I740.

III. Les tiers

La dernière catégorie des personnes qui reste à envisager ce sont les tiers. Il faut les définir par élimination.

Ce sont ceux qui ne sont ni les auteurs ni les ayants-cause. Ce sont des personnes qui n'ont pas figuré à un acte juridique, et qui n'y ont pas été représentées. Ce sont les personnes qui ne tiennent pas leur droit d'une transmission émanant d'un des auteurs de l'acte.

L'acte juridique n'a pas d'effet à l'égard des tiers

Un acte juridique n'a pas d'effet à l'égard des tiers et ce principe est posé d'une façon très nette dans plusieurs textes du C.C. mais surtout dans l'art. II65 du C.C. qui déclare que "les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. II2I".

L'acte juridique, par rapport aux tiers est une chose qu'il leur est étrangère, il est "res inter alios acta". C'est chose faite entre d'autres parties. Une chose, un acte passé entre certaines personnes ne peut ni nuire ni profiter à d'autres personnes.

Un acte juridique ne peut nuire aux tiers

Un acte juridique d'abord ne peut pas nuire aux tiers, et l'art. III9 l'indique. C'est une solution de bon sens. On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même. On ne peut que s'engager pour soi. C'est un principe d'équité et aussi de bon sens. Si on promet le fait d'autrui, la personne n'engage pas autrui, de même qu'on ne peut promettre qu'autrui sera débiteur. Voici donc la première partie de la formule de l'art. II65: un acte juridique ne peut pas nuire au tiers.

Mais il peut leur profiter dans certains cas

Mais est-ce que la formule va être aussi absolue de l'autre côté: va-t-on dire que, dans la même mesure, un acte juridique ne peut profiter aux tiers? Il n'est pas douteux qu'on peut rendre un tiers créancier sans son autorisation, car il est toujours agréable d'être créancier. La loi l'indique dans l'art I236: on peut payer la dette d'autrui car c'est toujours quelque chose d'agréable pour autrui, et: art. I274: on peut, par novation, opération qui éteint l'obligation, éteindre la dette d'autrui.

Donc le principe de la relativité des actes juridiques c'est-à-dire de leur effet entre les parties seulement, et non à l'égard des tiers, comporte en ce qui concerne la faculté de créer des droits au profit des tiers, de très nombreuses exceptions.

Source : BIU Cujas

On peut rendre une personne créancière malgré elle. Et le cas est très fréquent, aussi bien dans les contrats individuels que dans les contrats collectifs. En ce qui concerne les contrats individuels, c'est le cas d'une personne, qui souscrit une assurance sur la vie sur la tête d'une autre, et, en cequi concerne les contrats collectifs, c'est le cas d'un syndicat qui passe un contrat au profit d'un ouvrier syndiqué, et qui décide que le contrat sera applicable même aux non syndiqués.

Telles sont les différentes personnes à l'égard desquelles un acte juridique produit ou non des effets.

Chapitre III

LES MODALITÉS DES ACTES JURIDIQUES.

Les modalités des actes juridiques. I) Le terme

On n'indiquera ici que des notions générales, car on reviendra, en seconde année, sur le terme et la condition. Au contraire, on ne reviendra pas sur le mode.

Le terme est une expression qui peut être prise dans des acceptions différentes.

Ier sens du mot terme: Modalité qui suspend les effets d'un acte juridique

C'est une modalité qui a pour but de suspendre l'accomplissement des effets d'un acte juridique, mais qui ne suspend pas l'existence de l'acte. Une personne doit payer dans 6 mois une dette. La dette existe, mais elle n'est pas exigible.

Mais, si c'est en ce sens que l'art. I295 dit que le terme retarde l'exécution de l'engagement, l'art. II86 a peut-être tort de dire que celui qui doit à terme ne doit rien. La vérité c'est qu'il ne doit rien car on ne peut exiger sa créance, mais il est débiteur.

2ème sens du mot terme: Délai qui sépare la conclusion du contrat de son exécution

Dans une seconde acception, le terme désigne l'espace de temps qui s'écoule entre le moment de la conclusion d'un acte juridique, et le jour où il doit s'exécuter. On parle du terme, mais on devrait parler du délai. Et on tient compte à la fois du jour initial et du jour final. Le jour initial;on l'appelle le dies a quô, c'est-à-dire le jour à partir duquel un acte juridique produit ses effets, et le jour final, on l'appelle le dies ad quem; c'est le jour vers lequel tend l'exécution de l'obligation. Au fond, on doit tenir compte de ces deux délais, et, en matière de prescription, on verra que les deux délais ont leur importance.

3ème sens du mot terme : Evènement jusqu'auquel l'exi-

Enfin, dans une dernière acception, le mot terme c'est l'évènement pris comme échéance, et jusqu'auquel l'exigibilité est suspendue.

On prendra ici l'expression dans son premier

Source : BIU Cujas

gibilité est suspendue

sens de modalité en vertu de laquelle un acte juridique ne doit recevoir son exécution qu'à un jour déterminé.

Le terme peut être suspensif

Le terme peut être suspensif ou extinctif. Il y a terme suspensif quand l'accomplissement des effets d'un acte juridique ne doit commencer qu'à partir d'un évènement donné, ou d'un jour fixé. Ainsi les legs évidemment ne partent que de la mort du testateur, même si le testament est connu, s'il est déposé chez un notaire, s'il est fait sous une forme authentique par exemple. De même, un effet de commerce est payable à trois mois ou à six mois. Il y a encore là terme suspensif.

ou extinctif

Il y a terme extinctif ou résolutoire, quand on fixe la limite, le délai des effets d'un acte. C'est ainsi qu'il est fréquent qu'un legs soit consenti à un mineur, jusqu'à sa majorité. On verra d'ailleurs l'an prochain qu'au fond on peut ramener ces 2 termes à un seul.

Les effets du terme diffèrent selon qu'il s'agit du terme suspensif ou du terme extinctif

Les effets du terme, bien entendu, varient selon qu'on est en présence du terme suspensif ou du terme extinctif, mais le terme n'a pas d'influence sur l'existence de l'opération de l'acte; il n'a d'effet que sur son exécution. Un propriétaire à terme est déjà créancier, propriétaire: son droit est né dès le jour de la conclusion de l'acte juridique, mais il ne peut l'exécuter.

Le terme extinctif suppose la situation inverse. On fait, par exemple, un bail de 9 ans. Tant que durera le bail de 9 ans, le rapport de bail existe et il produit tous ses effets, mais ses effets cesseront à partir du jour où le terme extinctif sera réalisé. Le terme extinctif met fin aux rapports de droit qui n'existeront plus pour l'avenir.

Exceptionnellement, il est des droits qui ne peuvent être soumis au terme

Il y a d'ailleurs des droits qui ne peuvent être soumis à cette modalité. Ainsi l'acceptation ou la renonciation à une succession ne peut être que pure et simple, elle ne peut être faite à terme. De même, l'adoption d'un régime matrimonial par des époux dans un contrat de mariage ne comporte pas de terme. Dans les rapports de famille encore, le terme n'a pas à intervenir. On est enfant légitime ou non, mais on ne peut l'être à terme.

II. La condition

La condition est quelque chose de tout différent. Un acte conditionnel est celui dont l'existence dépend d'un évènement futur et incertain. Il y a donc une différence profonde avec le terme.

Les différents sens du mot

Le mot de condition est pris d'ailleurs, lui aussi, dans des acceptions différentes. On envisage tantôt la modalité, la subordination d'un rapport

Source : BIU Cujas

de droit à un évènement futur et incertain, ou bien on envisage, et c'est le second sens, un évènement dont dépend l'existence du rapport juridique. Il s'agit, par exemple, d'un père qui a fait une donation ou un legs si son enfant se marie. On prend en considération la modalité même, c'est-à-dire la subordination du rapport de droit à cet évènement qu'est le mariage, ou bien on appelle condition, le mariage lui-même.

Pour qu'il y ait condition, il faut donc qu'il s'agisse d'un évènement futur. Il n'y a pas, par suite, de véritable condition quand l'évènement est déjà arrivé. La question est de savoir si l'ignorance par les parties de la réalisation de la condition ne permettra pas de valider un droit conditionnel.

Il faut, en second lieu, qu'il s'agisse d'un évènement incertain. Si les parties ont prévu un évènement qui doit certainement arriver onn'est plus en présence d'une condition, mais d'un terme. Par ex. on donne à une personne une somme quelconque, si un tiers vient à mourir. Ce tiers mourra certainement un jour. Ce n'est plus une condition: c'est un terme, seulement c'est un terme incertain.

La condition peut-être:

De même que pour le terme, on distingue une condition suspensive, et une condition résolutoire ou extinctive.

Suspensive

La condition suspensive est celle dans laquelle l'existence d'un rapport de droit est subordonnée à un évènement futur et incertain.

ou résolutoire.

Elle est extinctive ou plutôt résolutoire quand les effets d'un acte juridique sont, dès à présents obtenus, mais que sa disparition, son extinction, dépend d'un évènement futur et incertain.

L'exemple le plus simple est celui qu'il faut toujours invoquer quand on parle de la condition résolutoire, c'est l'exemple de la vente à réméré, c'est-à-dire de la vente avec faculté de rachat. Dans ce cas on vend un immeuble, mais bien que la vente soit actuelle, définitive, le vendeur se réserve, pendant une période de deux ans, de racheter l'immeuble au prix même de la vente. Le contrat a été définitif en ce sens que la propriété de l'immeuble a été transférée, mais il y a condition résolutoire. L'une des parties: le vendeur, peut détruire entièrement le contrat, non par sa seule volonté, car il faut que le contrat reproduise la condition du reméré, et il y aura ici condition résolutoire extinctive.

Les conventions impossibles immorales ou

Mais il convient de laisser de côté la condi-

Source : BIU Cujas

illicites annulent un acte à titre onéreux; elles sont réputées non écrites dans une libéralité.

tion, en indiquant seulement que les conditions impossibles , illicites et immorales, dans un acte à titre onéreux art. 1172 du C.C. rendent nulle toute l'opération, tandis qu'au contraire, les conditions impossibles illicites ou immorales, quand elles interviennent dans une libéralité, sont réputées non écrites. La libéralité subsiste, la condition disparait:art. 900 du C.C.

Effets de la condition. Tant que la condition est en suspend

La condition doit être envisagée dans ses effets, à plusieurs moments.

Tant que la condition est en suspend, il y a incertitude sur les rapports de droit subordonnés à la condition. S'il s'agit d'une condition résolutoire, tant que la condition est en suspend l'acte juridique produit ses effets, la vente a réméré produit toutes ses conséquences. Une vente en cas de condition suspensive tant que la condition n'est pas arrivée, reste en suspend et on ignore si l'acte juridique produira les effets voulus.

Lorsque la condition défaille

Si la condition vient à défaillir, s'il s'agit d'une condition résolutoire l'acte devient pur et simple. Il y avait une vente a réméré et le réméré pouvait être exercé dans les deux ans. Les deux ans sont passés, la condition est accomplie et le contrat de vente devient définitif.

S'agit-il de la condition suspensive ? En raison de la défaillance de la condition, les effets de l'acte juridique ne se produiront pas et la donation faite "si tel navire arrive à bon port" par exemple, ou si telle personne se marie, quand le navire a sombré, si la personne meurt célibataire, ne peut plus être exécutée. Il n'y a plus place pour la donation.

Lorsque la condition se réalise

Enfin, dernière situation: la condition peut s'accomplir: une personne se marie, le navire arrive à bon port; l'incertitude a cessé, la condition est remplie. Elle produit un effet très important qui est un effet rétroactif c'est-à-dire que les effets de l'acte, lors de l'arrivée de la condition, remontent au jour où il a été conclu.

S'agit-il d'une condition résolutoire ? Le rapport de droit disparaît, et les choses sont remises dans l'état où elles auraient été si la condition n'avait jamais existé. Ainsi l'art. 1183 du C.C. le dit; le vendeur a réméré est censé avoir toujours vendu; l'acheteur est censé avoir toujours été propriétaire.

S'il s'agit d'une condition suspensive, l'acte est considéré comme ayant produit ses effetsdepuis le jour où il y a eu déclaration de volonté des parties.

Source : BIU Cujas

III. Le mode

Il reste à examiner le mode.

Cette expression de mode ne figure pas dans le code civil, qui parle toujours de la condition, du terme, mais jamais du mode. Le C.C. confond d'ailleurs le mode et la condition. Cependant depuis le droit romain on emploie l'expression de: donation sub modo C.a.d. faite sous un mode. Et il y a des textes comme les art. 953 et 954 du C.C. qui visent le mode sous le nom de charge.

Il se rencontre surtout dans les actes à titre gratuit

Le mode ou charge se rencontre surtout dans les actes à titre gratuit. Il est imposé à un légataire ou à un donataire, mais il peut l'être dans un acte à titre onéreux, à un vendeur, et il est imposé dans l'intérêt du disposant ou du tiers. C'est par ex. le cas d'un testateur qui fait à une personne un legs mais qui lui demande de servir une rente à un de ses domestiques ou à une vieille parente, c'est encore le cas d'une personne qui lègue un immeuble mais qui, voulant assurer le sort d'une personne qui lui est chère, réserve à cette personne une rente viagère.

Différence entre le mode et

En droit, le mode ne se confond ni avec la condition résolutoire, ni avec la condition suspensive.

a) la condition suspensive

Le mode diffère d'abord de la condition suspensive en ce qu'il ne suspend en aucune façon le droit du donataire, du légataire, ou du vendeur. La vente est définitive: elle produit ses effets. La naissance des droits du propriétaire n'est pas retardée. Le don, le legs, la vente sont exécutés, et il n'y a que le mode qu'il importe au légataire au donataire ou l'acheteur d'exécuter.

b) La condition résolutoire

Le mode diffère aussi de la condition résolutoire car il n'opère pas, de plein droit, comme la condition résolutoire. La résolution de l'acte, si la condition n'est pas exécutée, devra être demandée en justice. L'inexécution est une cause de révocation de toute libéralité pour inexécution des charges.

LES PREUVES

Le C.C. traite de cette matière aux articles 1315 et suivants

Le code civil traite de la matière des preuves dans les art. 1315 et suivants. Sous ce titre " De la preuve des obligations et de celle du paiement", à la vérité, le législateur traite de la preuve de toutes les conventions, de celles qui transmettent les droits réels, de celles qui créent les obligations, comme de celles qui les éteignent. Il n'a pas fait, cependant, une théorie générale des preuves et, cette théorie générale des preuves pouvait d'ailleurs aussi bien trouver sa place dans le code de procédure que dans le

Source : BIU Cujas

code civil. En effet, la procédure est constituée par l'ensemble des règles, des formalités, qui ont pour but la réalisation des droits. Le droit civil doit traiter uniquement, en principe, de ces droits, pris en eux-mêmes. Il dit les cas dans lesquels ils existent, et il précise comme ils existent. Aussi la place naturelle du système des preuves semble plutôt être dans le code de procédure que dans le droit civil, dans le code civil.

Les raisons qui expliquent que le C.C. se soit occupé de cette matière

Il y a en somme trois questions à envosager:

I° - le droit et c'est du droit civil,

2° - la preuve du droit et ceci n'est plus purement du droit civil,

3° - le mode d'exercice du droit, l'action. C'était la seule question qui était envisagée dans le droit romain, puisqu'en droit romain on ne recherchait pas si on avait un droit mais une action.

De ces trois problèmes, du droit, de la preuve et de l'action, le droit civil n'a à connaître que le premier, ce qui explique, cependant que le législateur se soit préoccupé des preuves, dans le code civil, c'est que, pratiquement, l'absence de preuve équivaut à l'absence de droit. Et dès lors, il est naturel que le législateur en soit venu à confondre la preuve et le droit pris en lui-même. Un droit n'acquiert vraiment son entière efficacité que s'il est prouvé.

Mais la raison pour laquelle le législateur de I804 a traité la matière des preuves dans le code civil est beaucoup plus simple: c'est que POTHIER traitait la preuve à la matière des obligations. POTHIER, après avoir étudié les obligations, s'était attaché à montrer quels étaient les moyens d'en constater l'existence, et, une fois de plus, le législateur a suivi son inspirateur, POTHIER. Il aurait fallu, au contraire, étudier la théorie des preuves, d'une façon générale, indépendamment de son rapport avec les conventions. Il aurait fallu lui donner l'ampleur la plus grande ce qui n'aurait pas empêché de revenir sur la preuve, à propos de chaque matière où des règles spéciales pouvaient être nécessaires.

On trouve dans le C.C. à côté d'une théorie générale de preuves donnée à propos de la preuve des conventions des modes de preuve spéciaux.

Il y a, en effet, pour certains droits patrimoniaux, comme pour les droits de famille, des modes de preuve d'un caractère spécial, de sorte qu'à côté de la théorie générale des preuves, il y a des règles de preuve spéciales et l'on en trouve dans le code civil lui-même. Le code civil établit bien, dans l'article I3I5 le système général des preuves, à l'occasion de la preuve des conventions, des obligations, mais en dehors de là, à différentes reprises, il revient sur les règles de preuves. Ainsi, à propos des

Source : BIU Cujas

personnes, il étudie la preuve de l'état et de la capacité des personnes dans les actes de l'état civil, et on aura à étudier cette année spécialement des actes de l'état civil. Il étudie une preuve d'un caractère spécial pour la filiation et il étudie aussi, en ce qui concerne le mariage, des règles de preuves tout à fait originales. A côté de la théorie générale des preuves, on peut donc dire qu'il y a des règles propres concernant les actes de l'état civil, la filiation et le mariage.

Et, si on en vient maintenant aux biens, c'est-à-dire à tous les droits patrimoniaux, on voit qu'à côté de la théorie générale des preuves des articles 1315 et suivant, il y a des règles particulières en ce qui concerne la preuve de la propriété et aussi la preuve des créances.

Ici il faut envisager seulement la théorie générale des preuves, c'est-à-dire celle qui domine toutes ces matières. On donnera ici seulement les idées générales et on reviendra, à propos de chacune des situations qui ont été indiquées sur les preuves spéciales.

La matière de la preuve soulève de gros problèmes

La matière de la preuve soulève trois questions générales, trois gros problèmes qu'il faut bien dégager, et qui se ramènent aux trois questions suivantes:

1°) qui doit prouver ? (le fardeau de la preuve);

2°) que doit-on prouver ? (le fait probatoire

3°) comment doit-on prouver ? (le procédé de preuve).

I) qui doit prouver ?

La première question est celle du fardeau de la preuve. A la charge de qui doit être mise la preuve ? Prouver, c'est faire reconnaître la vérité d'une allégation. Et la preuve est faite en Justice. Prouver, c'est forcer la conviction du juge en lui montrant que certains faits se sont réalisés et en le lui montrant au moyen de procédés approuvés et d'ailleurs licites. Les preuves sont donc les différents moyens par lesquels on arrive à convaincre le juge des allégations qu'on présente devant lui.

La charge de la preuve est en principe au demandeur

La charge de la preuve est d'après l'article 1315 du code civil à celui qui l'invoque (article 1315, en matière d'obligation). Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et on peut dire que quiconque allègue, en justice, un fait de nature à modifier la situation normale, l'état normal, d'après laquelle il résulte qu'on n'est pas créancier d'une autre personne, celui qui réclame une modification dans une situation acquise,

Source : BIU Cujas

doit prouver le fait ou la situation qui modifie. Ainsi une personne se prétend créancière d'une autre, cette prétention tend à modifier l'état normal des choses d'après lequel chacun ayant sa liberté, n'est ni créancier ni débiteur.

La loi n'impose jamais qu'une preuve positive

On ne peut imposer à autrui la preuve de l'inexistence d'un droit d'une obligation, car d'abord, la preuve supposerait une modification apportée à une situation antérieure, et c'est à celui qui invoque cette situation à l'établir . Et il y a une preuve négative qu'on ne peut imposer. Il y aura donc une limite en ce qui concerne la preuve: on peut se contenter de prouver qu'on n'a pas accompli tel acte tel jour, mais au fond la loi n'impose jamais une preuve négative, elle impose toujours une preuve positive, ce qui ne veut pas dire d'ailleurs qu'il s'agisse toujours d'un fait positif, car on peut imposer la preuve d'un fait négatif.

Le défendeur quand il invoque une exception a la charge de prouver cette exception

Quand le demandeur a établi le changement de la situation normale, quand il a établi le fait d'où résulte pour lui un droit, une situation avantageuse, le défendeur a la possibilité de détruire cette preuve du fait. Il peut à son tour venir dire, non pas que le fait n'a pas existé, mais que, si le fait a existé, s'il est débiteur du demandeur, il est depuis intervenu un fait qui doit paralyser le droit du créancier, par exemple, la prescription est acquise ou bien il a été débiteur mais il s'est acquitté. Les rôles sont alors intervertis, "reus in excipiendo fit actori". Le défendeur quand il invoque une exception pour détruire ou paralyser le droit du demandeur, se transforme en demandeur.

Cas exceptionnels dans lesquels aucune preuve n'est possible

Cette règle s'explique très bien, surtout en matière de contrat, car les contractants peuvent se ménager un mode de preuve, ils peuvent, quand la convention est passée, exiger qu'elle soit constatée par écrit; Mais, il n'y a plus moyen de se ménager une preuve en présence d'un délit ou d'un quasi délit; on ne peut se ménager la preuve d'une collision entre automobiles qui est purement accidentelle. Il faut introduire une nouvelle idée; il y a des faits pour lesquels il n'est pas besoin de présenter une preuve établie par avance, car on ne le peut pas. Une idée de risque au point de vue de la preuve intervient. Et il arrive parfois qu'aucune preuve n'est possible, en matière d'accident pour établir que la faute de l'accident incombe à tel ou tel des auteurs de la collision. Dans ce cas il arrivera que la loi elle-même partage la responsabilité.

On a ainsi examiné la première question con-

Source : BIU Cujas

cernant le fardeau de la preuve qui doit prouver ? Il faut examiner maintenant la seconde question, celle du fait probatoire, que doit-on prouver ?

II. Que doit-on prouver ?

On doit prouver les allégations faites, on doit prouver soit un fait pur et simple, soit un fait juridique, soit un acte juridique, soit une situation juridique.

On doit prouver un fait pur et simple un fait juridique ou une situation juridique

Prouver un fait pur et simple c'est établir certains actes de l'homme, de soi-même ou d'autrui ou certains évènements extérieurs. Prouver un fait juridique c'est prouver un fait d'ou résulteront des conséquences au point de vue civil. Prouver un acte juridique, c'est prouver qu'il est intervenu entre deux ou plusieurs personnes une convention quelconque ou un fait volontaire comme en matière d'acte unilatéral, et c'est prouver, dans une certaine mesure une question de droit, c'est prouver que tel fait étant constaté on pourra en tirer des conséquences, on pourra déduire de la coutume ou de la loi des solutions ayant une valeur juridique.

Parfois il peut y avoir des difficultés pour savoir comme on doit prouver, et on fait une distinction entre la preuve du fait et la preuve du droit.

Différence entre la preuve du fait et la preuve du droit

La preuve du fait est possible par tous les moyens. La preuve du droit, que ce droit soit contenu dans un fait juridique, dans un acte juridique, ou dans une situation juridique est, au contraire, soumis à certaines règles. Notamment, d'après les articles 1341 et suivants du code civil, la preuve des actes juridiques ne peut être faite que d'une façon déterminée. Mais ici on envisage le fait même. Or, le législateur français n'a pas limité le fait à prouver. Il permet librement la preuve du fait pure et simple, il permet librement la preuve même d'un fait juridique ou d'une situation juridique. Toutefois, la preuve est alors plus difficile car une situation juridique, résulte d'un ensemble de faits et tandis que la preuve d'un fait est la preuve d'un seul acte, au contraire, la preuve d'une situation juridique, c'est la preuve d'un ensemble d'actes. Malgré tout, le législateur pour ce fait probatoire, n'établit pas de limite. Au contraire, quand on arrive aux actes juridiques il ne permet la preuve que de certains faits.

D'ou il faut se demander comment on peut prouver, mais il faut indiquer auparavant l'opposition entre la preuve du fait et la preuve du droit et en montrer l'intérêt.

Intérêt de cette distinction

La preuve du droit a une grande importance, par rapport à la preuve du fait, en raison de ce que la

Source : BIU Cujas

Cour de Cassation considère qu'elle contrôle l'application du droit en France, mais qu'elle n'a pas à contrôler l'application du fait. Les magistrats, dit-on, sont souverains appréciateurs du fait. Au contraire , la Cour de Cassation juge seulement le droit. Or il est un droit que la cour de Cassation considère comme du fait, c'est le droit étranger. Quand il s'agit d'appliquer en France une loi ou une coutume française, la Cour de Cassation dit qu'il s'agit du droit, mais quand il s'agit d'appliquer le droit étranger, elle dit que c'est du fait et l'importance en est considérable car, sur l'application de la loi étrangère, le contrôle de la cour de Cassation ne s'exercera pas comme par rapport au droit français.

Mais comment prouve-t-on ? Quels sont autrement dit les procédés de preuve.

III. Les procédés de preuve

Rationnellement, on peut se demander, étant donné que les preuves sont des éléments de conviction que les parties viennent soutenir aux juges pour établir la validité de leurs allégations, si le droit positif doit accepter, en cette matière, tous les procédés de preuve, ou s'il ne doit pas poser ici une règlementation quelconque ? Convient-il de déterminer les éléments de conviction que les parties sont obligées de présenter aux juges, ces éléments, au fond, sur lesquels les juges devront baser leur conviction, ou ne conviendrait-il pas de s'en remettre à la simple conviction du juge ?

Historiquement et rationnellement on conçoit 2 systèmes de preuve.

Historiquement et rationnellement on conçoit deux systèmes opposés, c'est un système intermédiaire que le code civil a adopté.

I° Le système de la preuve libre

Il y a d'abord le système de la preuve libre. Dans ce système la loi n'intervient pas et n'a pas à intervenir pour régler les bases sur lesquelles le juge doit asseoir sa conviction. La loi ne restreint en aucune façon les modes de preuve. Chacun déterminera son droit comme il le pourra il n'y a pas de procédé de preuve imposé par la loi.

C'était là le système des législations primitives, et c'est encore le système qui est appliqué en matière pénale, où l'on trouve le système de la preuve d'un délit par tous les moyens; aucune limite n'est apportée à cette preuve dans l'intérêt de la justice et de l'ordre public.

Ce systèmes, dans son application au droit civil a sans doute des avantages. Il n'apporte aucune entrave à la possibilité d'établir une conviction. Mais il a de grands inconvénients, il donne aux juges un pouvoir discrétionnaire et il permet l'arbitraire du juge. Ces inconvénients sont d'ailleurs tels que depuis

Source : BIU Cujas

longtemps on lui a préféré un système diamétralement opposé, le système de la preuve légale.

2) Le système de la preuve légale

Dans le système de la preuve légale, la loi établit les procédés de preuve, les moyens de conviction que les parties sont autorisées à faire valoir et, non seulement la loi détermine ces procédés de preuve, mais elle règle leur degré d'autorité. Elle règle la mesure dans laquelle le juge devra les admettre.

L'avantage de ce système c'est de mettre les parties à l'abri de l'arbitraire du juge. Mais tout système à ces inconvénients, celui-ci a naturellement les siens. Il a notamment l'inconvénient de rendre automatique l'office du juge, de matérialiser à l'excès une opération qui est une opération intellectuelle; se former une conviction. On réduit le rôle du juge à une fonction mécanique, c'est pourquoi le code civil, avec la plupart des législations modernes, a adopté un système mixte.

Le Droit civil a adopté un système intermédiaire

Le droit civil, comme le droit moderne, en matière civile, réalise une conciliation entre le système de la preuve libre et le système de la preuve légale. Il fait sa part à chacun de ces deux systèmes et il arrive à éviter ainsi les inconvénients de l'un et de l'autre. Il institue une solution intermédiaire et cette solution intermédiaire repose sur les trois grands principes suivants:

D'abord les éléments de preuve susceptibles d'être produits en justice sont limités, règlementés, il en est certains qui sont restreints à des hypothèses déterminées. Par exemple, en principe, la preuve testimoniale n'est pas librement admise. Les parties sont invitées à se procurer, par avance, pour éviter toute difficulté, une preuve très nette de leur droit, et c'est la preuve écrite. Donc, premier principe: les éléments de conviction susceptible d'être produits en justice, sont limités, réglementés, les procédés de preuve sont établis par la loi.

En second lieu le droit civil, et le droit civil moderne comme l'ancien droit civil français, en restreignant le nombre des preuves qui peuvent être apportées devant le juge, laissent à ce dernier une liberté entière et souveraine pour apprécier l'autorité de chacune de ces preuves; il y a par conséquent des hypothèses dans lesquelles la preuve testimoniale peut-être admise, et là ou elle peut-être admise le juge peut apprécier comme il le veut l'autorité qui s'attache aux différents témoignages présentés.

Enfin le troisième principe est le suivant: pour atténuer cette autorité souveraine du juge, pour

Source : BIU Cujas

l'empêcher de s'exercer arbitrairement, pour qu'elle ne se réalise qu'en pleine connaissance de cause, et qu'on ait la preuve que le juge ait eu cette connaissance de cause, toute décision judiciaire doit être motivée. On veut éviter là que la conviction du juge ne soit surprise.

Tels sont les différents procédés de preuve.

Les règles concernant le fardeau de la preuve - le fait probatoire et les procédés de preuve peuvent elles faire l'objet de conventions contraires ?

Le législateur les a établis dans les conditions qu'on va indiquer, mais, auparavant, il convient de rechercher si ces trois problèmes du fardeau de la preuve, du fait probatoire, et du procédé de preuve, sont établis par la loi d'une façon rigoureuse, de sorte qu'il n'y ait pas moyen pour les parties d'y échapper, en d'autres termes, si ces trois règles sont susceptibles de conventions contraires.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, il n'est pas douteux, et toujours on l'a admis, que les parties peuvent déroger aux règles établies dans les articles 1315 et suivants. Elles peuvent, alors que normalement c'est au créancier à prouver son droit, modifier la situation et proclamer que le droit sera présumé exister dans des conditions à préciser. Et c'est ce qui résulte des clauses de non responsabilité.

les clauses de non responsabilité

Quand dans un contrat, par exemple dans un contrat de transport, au lieu d'exiger de l'une des parties, en principe de l'expéditeur, la preuve que la chose n'est pas arrivée à destination, on stipule dans le contrat de transport que ce sera au transporteur à prouver que la chose est arrivée à destination, c'est au transporteur à prouver qu'il a livré le colis. Mais on peut dire au contraire que ce sera à l'expéditeur ou au destinataire à prouver qu'il n'a pas reçu la chose, il y a alors une clause de non responsabilité. Il en est ainsi lorsqu'on met la preuve à la charge d'un autre que celui qui doit normalement supporter la charge de la preuve. On n'insistera d'ailleurs pas sur la facilité de modifier le fait probatoire car la pratique n'en revèle pas d'application .

Il est fréquent de rencontrer des modifications relatives aux procédés de preuve

Au contraire, les modifications relatives aux procédés de preuve sont assez fréquents.

Certaines parties ne peuvent pas décider, quand la loi leur impose un acte solennel ou un acte notarié, dans certains cas, qu'elles se passeront de cet acte notarié, car la solennité est d'ordre public. Mais quand il s'agit d'un acte que les parties peuvent passer librement entre elles, elles peuvent stipuler que l'acte doit être passé d'une façon solennelle. Prenons le cas d'un bail; il peut être stipulé entre le propriétaire et le locataire que le bail devra être passé par acte notarié. Et on peut

Source : BIU Cujas

y avoir intérêt car la force exécutoire résulte de l'acte notarié.

Etude des différents procédés de preuve

Il faut en arriver maintenant à l'étude des différents procédés de preuve. On reviendra sur ce sujet en matière de conventions, l'an prochain, car là, cette étude acquiert toute son importance. Mais il faut, dès cette année, envisager la preuve de l'état et de la capacité des personnes, c'est-à-dire, la preuve par les actes de l'Etat civil.

Les différents modes de preuve peuvent se ramener à deux :

Les différents modes de preuve peuvent se ramener à deux, 1° les preuves proprement dites, 2° les présomptions. On se place alors au point de vue de la nature de la preuve et de la façon dont les preuves opèrent.

On peut aussi distinguer les preuves selon le procédé par lequel le juge se forme une conviction Le juge peut se former une conviction, par son expérience personnelle, il va constater lui-même un fait matériel. Par exemple, on peut citer à cet égard les articles 295 et suivants du C.C. dans le cas d'une descente sur les lieux, ou d'une visite des lieux, article 4I du code de procédure civile. Il en est souvent ainsi pour les procès relatifs aux servitudes et aussi pour l'établissement des dommages causés à la propriété. L'expertise est également un mode de preuve qui tient à l'expérience personnelle du juge, car le juge qui désigne un expert n'est pas lié par la solution donnée par l'expert, le juge s'en remet à l'expérience d'une personne compétente, mais quand il aura le fruit de cette expérience dans un rapport il n'est pas obligé de s'en tenir aux conclusions de ce rapport il peut prendre une décision tout opposée. C'est seulement sa propre expérience qu'il doit prendre en considération.

En second lieu, le juge peut s'éclairer par la foi des témoignages il s'en remet alors aux attestations d'une partie ou d'un tiers, et c'est le domaine proprement dit desproeuves; car par témoignages on entend toute attestation de l'homme, écrite ou orale, concernant un fait antérieur.

Un témoignage peut émaner d'une des parties, du défendeur ou du demandeur. Par exemple, l'aveu est un témoignage, mais les divers témoignages ne sont pas admis librement dans tous les cas.

Enfin, il y a un dernier procédé pour le juge de se former une conviction ce sont les présomptions. Par les présomptions, le juge ou la loi tirent des conséquences d'un fait connu à un fait inconnu. C'est un procédé de conviction basé sur le raisonnement, article I349 du C.C.

I) Les preuves proprement dites

On se bornera ici à distinguer la preuve et la

Source : BIU Cujas

présomption et l'on va établir ici ce que sont les preuves et les présomptions.

Mais, en ce qui concerne les preuves proprement dites, à chaque procédé de preuve, correspond une procédure spéciale, et ceci montre le lien profond qu'il y a entre la preuve et l'action. Il y a une procédure pour l'aveu judiciaire, et une procédure pour le serment. Il y a une procédure pour la preuve testimoniale;et là,elle a un nom spécial:c'est la procédure d'enquête.Pour l'aveu et le serment on parle de la procédure relative à l'aveu et au serment.

La preuve par les écrits se fait de façon différente selon les écrits. Pour les actes sous seing privé, la preuve se fait par la procédure de la vérification d'écriture, pour les actes authentiques, la preuve se fait par la procédure de l'inscription de faux. Ceci pour les preuves proprement dites seulement Il n'y a pas en effet de procédure spéciale pour les présomptions.

Les preuves,pour commencer par elles sont:l'aveu, le serment et les écrits.

a) L'aveu

L'aveu c'est la reconnaissance faite par une partie d'un fait allégué par son adversaire. L'aveu semble un élément de conviction définitif et irréfragable, car, après tout, celui qui le fait fait un sacrifice, puisque en avouant quelque chose, il avoue un fait favorable à son adversaire.

Cependant, on ne peut pas toujours tenir compte de l'aveu. L'aveu est, en matière de convention, la meilleure des preuves, mais ce n'est plus une preuve en certaines matières, notamment en matière de divorce, quand il s'agit de prouver la mauvaise conduite d'un époux. S'il y a aveu de cet époux, le divorce ne va-t-il pas se transformer ? Si on ne restreignait pas la valeur de l'aveu en matière de divorce on arriverait à établir le divorce par consentement mutuel. Or le divorce par consentement mutuel n'est pas reconnu par la loi.

b) Le serment

Le Serment, c'est l'affirmation d'un fait, en prenant Dieu à témoin. Il présente un caractère à la fois religieux, puisqu'il invoque une autorité supérieure, et civile parce que la violation du serment constitue un délit réprimé par la loi

décisoire

Il y a deux sortes de serment au point de vue de la force probante, le serment décisoire et le serment supplétoire. Le serment décisoire est déféré par l'une des parties en vue de terminer un procès, il décide du procès (cf. articles I357 et I358 du code civil). Un plaideur, en quelque espèce de contestation que ce soit n'est pas parvenu à établir l'existence de son droit, et comme il a confiance en

Source : BIU Cujas

la bonne foi de son adversaire il lui dit: " Je n'ai pas pu établir que vous êtes mon débiteur, prouvez-moi que vous n'êtes pas mon débiteur". Si l'autre partie jure qu'elle n'est pas débitrice, le procès est gagné par elle. Mais l'autre partie peut référer le serment, c'est-à-dire répliquer: jurez-moi, vous-même, que vous êtes mon créancier. Si le serment référé est prêté par le créancier, il est considéré comme ayant un droit de créance, sinon il perd son procès.

ou supplétoire

Le serment peut-être, en second lieu, supplétoire (articles I357 et I360 et suiv.) c'est le serment qui est déféré par le Juge. Il est déféré d'office. Le juge n'est pas parvenu, dans une affaire donnée à se faire une conviction. Il dit à une partie: " vous prétendez être créancière, jurez-le ". Mais si l'autre partie jure, le juge n'est pas tenu de lui donner gain de cause, car le serment supplétoire supplée à l'insuffisance de la preuve, mais n'est pas un élément décisif, et le juge malgré le serment prêté peut dire que la personne qui a prêté serment n'est pas créancière.

c) La preuve testimoniale

La preuve testimoniale résulte de l'audition d'une personne qui dépose sur un fait qu'elle a vu ou entendu. Ces personnes sont appelées des témoins. La preuve testimoniale est admise d'une façon limitée, dans notre droit, pour les faits juridiques. Pour les faits purs et simples, elle est admise sans restriction. Pour les actes juridiques, les articles I34I et suivants la limitent. Depuis la loi du Ier Avril I928, qui est venue modifier l'article I34I du C.C. la preuve testimoniale est librement admise, au-dessous de 500 francs, c'est-à-dire pour tous litiges, pour tour acte juridique ne présentant pas une valeur de plus de 500 francs. Au-dessus, il faut une preuve écrite (articles I34I et suivants)

Cas limités dans lesquels elle est admise

Mais le législateur a du admettre, même en matière d'actes juridiques, des exceptions assez nombreuses. Il permet la preuve testimoniale, en cas d'impossibilité pour le créancier de se proocurer une preuve écrite, en cas de perte par cas fortuit, ou de destruction de la preuve écrite. Et il admet encore le droit de faire la preuve par témoins toutes les fois qu'il y a un commencement de preuve par écrit. Et l'article I347 du C.C. définit la preuve par écrit de la façon suivante: " On appelle preuve par écrit tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée de celui qui le représente et qui rend vraisemblable le fait allégué".

Trois conditions sont donc nécessaires pour

Source : BIU Cujas

qu'il y ait commencement de preuve par écrit, il faut:

I°) qu'il s'agisse d'un écrit,

2°) d'un écrit rendant vraisemblable le fait allégué.

3°) d'un écrit émanant de celui contre lequel la demande est formée.

La jurisprudence a considérablement étendu le champ de la preuve testimoniale.

La jurisprudence a d'ailleurs considérablement étendu le champ de la preuve testimoniale. La preuve testimoniale est de plus en plus largement admise, même en matière civile, car en matière commerciale, la preuve testimoniale est toujours admise, mais en matière civile la jurisprudence reconnait, qu'il faut considérer comme un commencement de preuve par écrit des écrits non signés, des papiers domestiques, des registres domestiques, et même un procès-verbal d'interrogatoire sur faits et articles.

La preuve testimoniale est l'objet d'un règlementation spéciale en certaines matières, en matière d'état et de filiation des personnes. Elle est également réglementée en ce qui concerne les actes solennels.

d) La preuve littérale

La preuve littérale enfin, c'est la preuve essentielle, elle découle des écrits rédigés en vue de servir de preuve. La preuvelittérale constitue donc une preuve établie par avance pour prouver le droit, c'est ce qu'on appelle une preuve pré-constituée.

L'écrit est désigné sous le nom d'acte. Il prend le nom de titre quand il constitue un fait générateur de droit, quand il établit, modifie, ou transforme un droit. Il est appelé quittance quand il éteint un droit.

Les actes sont rédigés en originaux et copie. Il n'est pas besoin de définir ce que c'est qu'une copie, on retrouvera d'ailleurs cette question en matière d'actes de l'état civil.

Les actes sont: authentiques

Les actes sont authentiques ou sous seing privé.

L'acte authentique est rédigé par un officier public compétent avec les solennités requises et ce n'est pas seulement celui qui est rédigé par le notaire qui est un acte notarié; ce sont encore tous les actes qui sont dressés par les Officiers de l'Etat Civil. Mais l'acte authentique rédigé par un notaire présente certains avantages: il confère la force exécutoire à la convention qu'il contaste. La force exécutoire consiste dans la possibilité, pour le porteur du titre exécutoire, de recourir à la force publique pour faire établir, exécuter ses droits. L'exécution du droit constaté, est donc mise sous la sauvegarde des agents de la force publique.

Source : BIU Cujas

Le contenu d'un acte authentique a une force probante très grande: il ne tombe que devant une inscription de faux. On ne peut prouver que ce qui a été constaté par un notaire, et ce que ce notaire avait mission de constater ne s'est pas réalisé, en agissant contre le notaire pour crime de faux.

ou sous seing privé
Force probante de l'acte s.s.p.

Au contraire, l'acte sous seing privé ne fait pas preuve jusqu'à inscription de faux , ou plutôt il ne fait cette preuve que quand il a été reconnu par les parties. Une fois que les parties ont reconnu la sincérité de l'acte authentique, ou quand le sous seing privé a été vérifié en justice, alors il fait preuve jusqu'à inscription de faux, mais quand il n'y a pas de reconnaissance ou de vérification d'écriture, l'acte sous seing privé peut être contesté.

Force probante de l'acte s.s.p. quant à sa date

En ce qui concerne sa date, l'acte sous seing privé, en fait foi à l'égard des tiers, d'une façon qu'il faut indiquer. En vertu de l'article I328 du C. C. un acte sous seing privé enregistré, c'est-à-dire qui aura été présenté à l'administration de l'enregistrement, dont le contenu ou la substance, dit l'article I328, est constaté dans les actes dressés par les officiers publics. a pleine valeur pour sa date .Il en est de même quand l'une des parties figurant à l'acte authentiqur vient à mourir,l'acte a alors pleine foi en ce qui concerne sa date.Mais la date varie dans les différents cas,pour l'enregistrement notamment,la date fait foi à partir du jour de l'enregistrement ou de l'acte lui-même,si l'acte a été enregistré dans les délais normaux et quand il y a mort d'une partie,c'esr la mort de la personne qui fait foi.

2) Les présomptions

Les présomptions sont tantôt simples et tantôt légales.

simples

Les présomptions simples ou de l'homme sont abandonnées à la prudence du magistrat qui déterminera les faits inconnus d'après les faits connus Mais il faut que les présomptions, conformément à l'article I353 du C.C. soient graves, précises et concordantes.

ou légales

Les présomptions légales sont des présomptions qui résultent d'un texte de loi: elles sont attachées à certains faits ou à certains indices, elles déplacent le fardeau de la preuve ou tiennent lieu de preuve. Elles sont, par conséquent, moins des modes de preuve que des dispènses de preuve. Et on le verra notamment à propos de l'article 3I2, d'après l'article 3I2 qui introduit en France la maxime "pater is est quem nuptiae demontrant" c'est-à-dire qui établit la présomption de la paternité du mari pour les enfants nés de sa femme. C'est comme si il y avait en cette matière une dispense de preuve. Le fardeau de la preuve est modifié.

La force probante de ces présomptions

Ces présomptions ont une force qui varie selon qu'elles sont des présomptions relatives ou

Source : BIU Cujas

varie selon qu'il s'agit des présomptions relatives

des présomptions absolues.

Les présomptions relatives qui sont encore appelées présomptions de droit, présomptions juris tantum, sont des présomptions qui ne valent que jusqu'à preuve contraire, ainsi dans les articles 720 et suivants du C.C. au point de vue du droit de succession, le législateur a établi des présomptions de survie c'est-à-dire des présomptions de décès. Quand deux personnes se trouvent mourir dans un même accident, naufrage, incendie, et si certaines conditions sont réalisées, l'une est réputée morte avant l'autre, car la loi la présume plus forte. C'est une présomption simple, juris tantum, qui souffre la preuve contraire.

et des présomptions absolues

Au contraire, il y a des présomptions absolues, juris et de jure qui ne peuvent être détruites par la preuve contraire. Et la principale des présomptions résulte de l'autorité de la chose jugée telle qu'elle est établie par l'article 1351 du C.C.

DE LA PREUVE DE L'ETAT ET DE LA CAPACITE DES PERSONNES.

Nous avons étudié les règles générales de la preuve, des droits civils, quels qu'ils soient; nous reviendrons l'an prochain, sur les différents modes de preuve. Mais nous étudions cette année, la preuve spéciale de l'état et de la capacité des personnes.

Importance de la question:

Cette preuve spéciale de l'état et de la capacité des personnes a une grande importance, car elle intéresse à la fois l'Etat, l'individu et les tiers.

Elle intéresse d'abord l'Etat. L'Etat a, en effet, un grand intérêt à connaître ce qu'est la capacité, l'état des citoyens, l'identité des individus, leur âge. Et son intérêt s'affirme pour le mariage, le service militaire et le régime électoral.

L'individu, d'autre part, est le premier intéressé à savoir exactement comment il pourra prouver son identité, son âge, sa filiation.

Enfin les tiers sont intéressés aussi dans la question puisque, d'après l'état et la capacité d'une personne, ses pouvoirs de contracter seront modifiés. Ils sauront par l'âge la capacité, s'ils doivent traiter avec tel individu et les conséquences qu'ils encoureront, notamment s'ils sont en présence d'une femme mariée ou d'un mineur. Il est

Source : BIU Cujas

donc intéressant que la loi organise un système de preuve assez simple de l'état et de la capacité d'une personne.

Ce sont essentiellement les actes de l'état civil qui font connaître l'état et la capacité. Qu'est-ce que les actes de l'état civil?

Le moyen par lequel on arrive à connaître l'état et la capacité c'est essentiellement l'acte de l'état civil. Mais si les actes de l'état civil constituent ce procédé normal régulier de preuve de l'état et de la capacité, ce n'est pas le seul, car il y a des faits qui ne sont pas constatés par les actes de l'état civil, et il y a d'autres moyens de preuve que les actes de l'état civil. Et il faut rechercher quels sont les uns et les autres.

Les actes de l'état civil sont des écrits authentiques où sont constatés, par un officier spécial, qu'on appelle officier de l'état civil, les évènements qui constituent l'état d'une personne et influent sur sa capacité. Ce sont des titres qui fournissent la preuve de la capacité, preuve officielle des faits les plus importants de la vie civile. Mais ils ne prouvent qu'une partie des faits relatifs à l'état et à la capacité.

Les lacunes au système

Cependant il y aurait un grand avantage à ce que tous les faits relatifs à l'état ou àla capacité fussent prouvés d'une manière certaine, et pour qu'il en soit ainsi il faudrait la réunion de deux conditions: il faudrait que tous les faits susceptibles d'influer sur l'état ou la capacité d'une personne fussent constatés par des actes officiels qui en seraient la preuve. Et, d'autre part, il faudrait que tous ces actes officiels fussent centralisés en un même endroit au nom de chaque individu et qu'il fût facile de les retrouver. Or actuellement il est loin d'en être ainsi; d'une part, tous les faits relatifs à l'état et à la capacité ne sont pas constatés par des actes officiels , et d'autre part, il n'existe pas une complète centralisation. Il convient de reprendre chacun de ces points.

I) Tous les actes susceptibles d'établir ou de modifier l'état et la capacité d'une personne ne sont pas constatés par l'officier de l'état civil

D'une part, avons-nous dit, tous les actes susceptibles d'établir ou de modifier l'état et la capacité d'une personne ne sont pas constatés par un officier de l'état civil.

Parmi ces actes de l'état civil il est d'abord un acte concernant l'état qui peut être dressé par une personne autre que l'officier de l'état civil, c'est la reconnaissance d'un enfant naturel. La loi exige bien un acte authentique mais ce peut être un acte notarié, et on peut reconnaître un enfant naturel chez un notaire. Or, en pareil cas, il n'y a pas de constatation à l'état civil et même bien que l'article 62 du C.C. dise que la reconnaissance doive

Source : BIU Cujas

être mentionnée en marge de l'état civil, on admet que si cela concerne la reconnaissance par un acte devant l'officier de l'état civil, la reconnaissance par acte notarié n'a pas besoin d'être mentionnée en marge de l'acte de l'état civil. La reconnaissance faite par l'officier de l'état civil est publique, puisqu'elle est mentionnée en marge, au contraire la reconnaissance faite chez le notaire peut rester cachée.

Il y a d'autre part, beaucoup de faits relatifs à l'état civil qui ne sont pas mentionnés sur les registres de l'état civil. Certes les faits essentiels: naissance mariage, décès figurent aux actes de l'état civil, mais, en réalité, en 1804 il n'y avait guère qu'eux, en raison de l'origine des actes de l'état civil. Mais il y a bien d'autres actes qui influent sur l'état et la capacité. Or ils ne sont pas tous mentionnés. Voyons donc quels sont ces actes en dehors de la naissance, du mariage, du décès qu'on trouve sur les registres de l'état civil.

C'est que la loi a exigé certaines mentions, quand certains faits surviennent il faut faire une mention en marge de l'acte de naissance ou de mariage. Il y a des faits qui doivent être mentionnés sur les actes de l'état civil. Ainsi, il va de soi qu'en ce qui concerne le divorce, depuis la loi du 18 Avril 1886, l'indication du divorce survenu entre les époux doit être faite en marge de l'acte de mariage. Il y a donc une indication du divorce (article 251 du C.C.). Par contre, il n'y a aucune mention en ce qui concerne la séparation de corps qui est seulement l'objet d'une publicité spéciale, établie par l'article 250 du C.C., lequel a été modifié d'ailleurs par une loi du 19 Décembre 1928.

En matière de capacité, la séparation de biens n'est pas inscrite sur les registres de l'état civil, mais elle est l'objet d'une publicité spéciale, article 1445 N° 1 du C.C., et 872 du C.C. Il en est de même pour la nomination d'un conseil judiciaire, et pour l'interdiction. On verra qu'il y a une mesure de publicité qui est établie par l'article 501 du C.C. Mais cette publicité ne se fait pas par les actes de l'état civil.

De même encore, l'émancipation a été longtemps sans figurer aux actes de l'état civil. Et il faudrait parler également de l'adoption. Mais comme on reviendra sur toutes ces mesures, le mieux est d'indiquer quels sont les actes qui se rapportent à l'état et à la capacité des personnes et qui figurent sur les actes de l'état civil.

Source : BIU Cujas

Ce sont les trois actes essentiels: naissance, mariage et décès, puis c'est le divorce, c'est l'adoption, article 331 du C.C. la légitimation, dans les cas où elle donne lieu à une inscription, c'est-à-dire quand la reconnaissance est faite devant l'officier de l'état civil, loi du 25 Avril 1924.

En dehors de là, on a vu l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire et on pourrait y ajouter la mesure qui constitue l'internement.

Tous les actes officiels relatifs à l'état et à la capacité des personnes ne sont pas centralisés, en un seul lieu, sur un même registre, pour un même individu

Donc tout ce qui intérèsse l'état et la capacité ne figure pas aux actes de l'état civil, mais en outre tous les actes officiels relatifs à l'état et à la capacité des personnes ne sont pas centralisés en un seul lieu, sur un même registre pour un même individu. Et c'est là un vice d'organisation beaucoup plus grand que le précédent. Si tous les faits de la vie civile concernant l'état et la capacité d'une personne étaient centralisés sur un seul registre pour un même individu on arriverait facilement à les retrouver. Or il n'en est rien: le principe du code civil et du droit civil moderne c'est que les actes doivent être inscrits sur le registre de la commune où ils sont faits. Mais les faits qui concernent un individu peuvent être contractés dans un endroit quelconque, dans des endroits divers, et tous les actes de la vie civile peuvent, théoriquement au moins, se passer dans des villes différentes. Dès lors, il est très difficile de savoir tout ce qui concerne l'état ou la capacité d'une personne. Pour le savoir il faudra se reporter aux registres, et on ne sera jamais sûr, en réalité, de connaître la situation exacte d'une personne.

Essais faits par le législateur pour arriver à une certaine centralisation.

Il est vrai que le législateur a reconnu les inconvénients de ce défaut de centralisation et qu'il a commencé à réaliser une certaine centralisation des actes concernant l'état et la capacité. Et il y est arrivé par le moyen des actes de naissance, de mariage et de décès. Le législateur a essayé surtout une centralisation par l'acte de naissance, et comme l'acte de naissance contient des mentions en marge, et contiendra l'indication du décès , tout ce qu'il fera pou la centralisation par le mariage, ou par le décès, aboutira à un résultat heureux.

Par l'acte de naissance

C'est la loi du 17 Août 1897 qui a commencé à organiser cette centralisation.

Par l'acte de naissance, on connaîtra le mariage d'un individu, sa situation d'enfant naturel, sa légitimation ou bien son adoption. Voilà donc des faits qu'on pourra connaître par l'acte de naissance.

Par l'acte de mariage

Par l'acte de mariage, le législateur a cherché à opérer également une certaine centralisation.

Source : BIU Cujas

Depuis 1886, le divorce est connu par l'acte de mariage, article 251 du C.C. al. 2. Puis la mention qu'il n'a été rédigé aucun contrat de mariage figure dans l'acte de mariage et on pourra connaître ainsi, dans une mesure très relative d'ailleurs, la capacité de la femme mariée. Si une femme mariée est mariée sans contrat, elle aura la capacité de femme mariée sans contrat, c'est-à-dire qu'elle aura la capacité d'une femme mariée sous le régime de la communauté légale.

Enfin il faudrait citer l'autre texte l'article 139 al. 4 article 2 al. 1 in fine de la loi du 13 Juillet 1907. D'après cette loi, quand les pouvoirs accordés par la loi à la femme sur ses gains et salaires lui sont retirés par ce qu'elle en abuse, il faut qu'une mention en soit portée sur l'acte de mariage.

Par le registre des décès

Enfin la loi a organisé une certaine centralisation au moyen du registre des décès. La loi du 20 Novembre 1919 qui a modifié l'article 80 du C.C. a exigé, en cas de décès d'une personne hors de son domicile, la transcription de l'acte de décès au lieu de son dernier domicile, et l'article 86 dernier alinéa exige une transcription de même nature en cas de décès pendant un naufrage maritime. Il faudrait, pour être complet, citer l'inscription requise sur le registre tenu au ministère des affaires étrangères (Cf article 47 et 48 al. 2 du C.C.).

On est ainsi parvenu à grouper, autour de l'acte denaissance, presque tous les renseignements, puisque, par l'acte de naissance, on connait l'acte de mariage et l'acte de décès qu'on connait la reconnaissance d'un enfant naturel, la légitimation, l'adoption, le divorce, et les autres faits qui viennent d'être indiqués, notamment l'existence d'un contrat de mariage. Enfin on connait le retrait des pouvoirs accordés à la femme. En outre, au domicile d'un individu, on pourra connaître son décès.

Proposition de création d'un casier civil

Mais cet essai de concentration reste insuffisant. Il y a encore trop de faits qui ne sont pas connus ou qui ne peuvent l'être que très difficilement. Pour donner toute facilité aux parties comme aux tiers, il aurait fallu organiser une sorte de casier civil; comme il y a un casier judiciaire où sont portées toutes les condamnations d'un individu. Il y aurait donc ainsi un casier civil. Mais l'établissement de ce casier civil rencontre de grandes difficultés. En effet, le casier judiciaire est heureusement une exception; le casier civil, au contraire, existerait pour tout le monde. Il y aurait là un travail considérable. Faudrait-il le confier

Source : BIU Cujas

aux officiers de l'état civil ? Toutes les municipalités s'y refusent en raison des charges que cela leur imposerait et des responsabilités que cela leur conférerait.

Actuellement on cherche à utiliser surtout le livret de famille

D'autre part, il faudrait alors constituer un casier civil mais comment l'établirait-on ? serait-ce par un registre ou par des fiches ? Il est à supposer que ce serait par des fiches, mais l'organisation en rencontrerait de grandes difficultés, et il semble que l'opinion y soit défavorable et qu'actuellement on songe simplement à améliorer le système du livret de famille, espérant pouvoir obtenir par là certains résultats.

Le livret de famille est celui qui est remis au mari, pour les époux, le jour du mariage. Le livret de famille qui constitue une pièce d'identité porte mention du mariage, et, en dehors du mariage, il porte le nom des parents, la naissance des enfants, et leur mort, s'il y a lieu. On cherche en ce moment à développer le livret de famille et il y a une tendance très favorable à ce livret de famille. Mais il y a une hostilité marquée, dans l'opinion des chambres, en ce qui concerne le casier civil.

Puisqu'il y a deux modes de preuves de l'état et de la capacité, il faut étudier d'abord les actes de l'état civil; puis, en second lieu, il faudra voir quels sont les autres moyens qui sont de nature diverse d'ailleurs qui permettent de prouver l'état et la capacité des personnes.

Etude des actes de l'état civil.

Les actes de l'état civil ont été définis précédemment. Il faut seulement montrer l'évolution qu'a subi l'institution des actes de l'état civil en France.

L'organisation des actes de l'état civil est due au clergé

L'organisation des actes de l'état civil est dûe au clergé. Elle remonte au 13ème siècle. Les curés avaient coutume d'inscrire, dans chaque paroisse, sur un registre, les mariages et les cérémonies des obsèques. Cela leur rapportait un certain bénéfice, mais une autre raison les dominait. Ils avaient été invités, à plusieurs reprises, à dresser de tels registres pour assurer l'observation des règles de droit canonique concernant les empêchements au mariage, entre certains parents. Dans ces registres du clergé il n'était question que des cérémonies religieuses. On ne se préoccupait pas, par conséquent, de la naissance mais du baptême, du décès mais des obsèques et comme il n'y avait pas d'autres actes de la vie religieuse on ne s'occupait pas de

Source : BIU Cujas

ce qui pouvaient influer sur l'état et la capacité, en dehors de là.

Au 15° siècle, la royauté s'avisa que dans cette rédaction par les curés il y avait une véritable preuve de l'état et elle comprit l'intérêt qu'elle avait à organiser des modes de constatation des cérémonies religieuses pour en faire la preuve des actes de la vie civile.

L'ordonnance de Villers-Cotterets de I539

L'ordonnance de Villers-Cotterets de I539 règlementa la tenue des registres de baptême article 5I, elle obligea à inscrire ces actes sur un registre qui était un véritable recueil de feuillets se tenant entre eux, ce qui était déjà un grand progrès, puisqu'avant on rédigeait les actes sur les feuilles volantes. L'acte régulièrement inscrit faisait pleine foi: il avait la valeur d'un acte authentique. La loi considère alors le curé comme une sorte d'officier de l'état civil. Cela était naturel puisque l'église était alors unie à l état. Les registres devaient être visés par un notaire. Mais l'ordonnance s'appliquait seulement aux actes de baptêmes où on mentionnait le temps et l'heure de la nativité. On l'appliqua aux actes de sépulture relatifs aux possesseurs de bénéfices ecclésiastiques. La pratique d'ailleurs en généralisa assez vite l'application à tous les actes de sépulture, mais c'est toujours le baptême et la sépulture qui furent l'objet de la rédaction d'un écrit et on peut se demander s'il n'y avait pas une fraude possible, si par exemple on ne pouvait retarder un baptême ou la sépulture. Pour les baptêmes, les règles canoniques étaient très fidèlement observées. Or, ces règles imposaient un baptême très rapproché de la naissance, si bien qu'on constatait seulement le baptême sans doute, mais que la naissance ne devait pas remonter beaucoup plus haut.

L'ordonnance de Blois I579

Le Concile de Trente, en I553, prescrivit dans toute la chrétienté la tenue de registres de baptêmes et de mariages, et l'Ordonnance de Blois de I579, art. 8I vint généraliser et exiger la tenue de registres de baptême et de mariage ainsi que de sépultures, en indiquant que les extraits en seraient seuls reçus comme preuve de l'état civil et qu'à la fin de chaque année les registres devraient être déposés au greffe du baillage.

L'ordonnance de I667

L'ordonnance sur la procédure de I667, sous Louis XIV, réglementa différemment les registres et c'est là que le C.C. est allé chercher les règles fondamentales des actes de l'état civil actuellement en vigueur.

Source : BIU Cujas

Pour empêcher qu'aucune feuille ne fût intercalée dans les registres, il fallait que chaque feuille soit cotée et paraphée par le procureur du roi. Chaque registre était tenu en double. Il y avait un registre à la paroisse, et un autre registre déposé au greffe du baillage. C'était le premier qui était l'original et faisait pleine foi.

L'ordonnance de 1736

C'est seulement avec l'Ordonnance de 1736 que les deux registres apparurent comme deux originaux ayant même valeur, pourvu que l'inscription des actes y ait été faite en même temps.

Sécularisation des actes de l'état civil au 18e siècle

Ainsi, dans l'ancien droit, il existait une publication des actes de la vie religieuse, mais non de la vie civile. Et les difficultés étaient apparues avec la révocation de l'Edit de Nantes. A partir de cette révocation, en 1685, les pasteurs ou ministres protestants, ne pouvaient plus dresser des actes concernant les cérémonies religieuses ayant une valeur légale. Après 1685, il leur fut défendu même de tenir aucun registre. Il en résulta que le mariage des protestants devint impossible dans sa célébration. Mais des atténuations durent être apportées à la rigueur du principe. Des registres continuant à être tenus, l'Etat, à cette époque, aurait dû en profiter pour dresser des actes de l'état civil pour les dégager de toute ingérence confessionnelle. Il ne le fit pas, mais en 1687, les procestants reprirent le libre exercice de leur culte et, par l'Edit de 1787 on organisa un essai de laïcisation. On donna à certains agents le droit de dresser les actes de la vie civile. Mais c'est seulement, en réalité, avec la Révolution qu'apparut la sécularisation définitive des actes de l'état civil.

Le décret de 1792 a confié la tenue et la rédaction des registres de l'état civil aux municipalités

La constitution de 1791 l'avait nettement proclamé, puisqu'elle déclarait que la loi ne considérait le mariage que comme un contrat civil, il fallait le constater officiellement, en dehors de toute ingérence religieuse. Ce fut seulement le décret des 20-21 septembre 1792 qui réalisa la sécularisation complète, en confiant la tenue et la rédaction des registres de l'état civil aux municipalités. Il n'était pas défendu aux curés et aux pasteurs de dresser des registres de baptêmes de mariages et d'inhumations. Mais depuis 1792 ils n'eurent plus une valeur légale. Ils ne valaient que comme modes de preuve ordinaire.

Mais à la suite de la destruction des actes de l'état civil pendant la Commune, à Paris, pour reconstituer les registres de l'état civil des municipalités

Source : BIU Cujas

parisiennes, on eut recours aux registres des paroisses.

L'organisation actuelle des actes de l'état civil doit être étudiée en envisageant les acteurs aux actes de l'état civil, c'est-à-dire ceux qui y interviennent, puis il faudra envisager les formalités, enfin la force probante de ces actes.

Les personnes qui interviennent aux actes de l'Etat civil.

Ces personnes sont:

Etudions donc tout d'abord les acteurs aux actes de l'état civil, c'est-à-dire ceux qui prennent part à la confection des actes de l'état civil, et qui sont l'officier de l'état civil, les parties, les déclarants et les témoins.

I)L'officier de l'état civil

Les officiers de l'état civil interviennent pour donner à tout acte de l'état civil sa valeur, son authenticité et sa force probante. Et c'est parce qu'ils sont rédigés par un fonctionnaire public que les actes de l'état civil ont une si grande force probante.

Il faut se demander quel est cet officier de l'état civil, quelle est sa compétence et son rôle.

Depuis la loi du 28 Pluviôse an VIII c'est le maire qui est officier de l'état civil

Depuis la loi du 28 Pluviôse an VIII, c'est le maire qui est officier de l'état civil. En cas d'empêchement, il doit se faire suppléer et différentes lois sur l'organisation des municipalités ont réglé ces suppléances. Les règles actuelles ont été fixées par la loi municipale du 5 avril 1884 art. 81, 82 et 84.

Le maire est remplacé dans l'ordre des nominations et par les conseillers municipaux dans l'ordre du tableau

Le maire est remplacé par ses adjoints en cas d'empêchement, mais le remplacement doit se faire dans l'ordre des nominations. Le premier adjoint doit être appelé tout de suite à défaut du maire. Le deuxième adjoint à défaut du maire et du premier adjoint et, en cas d'empêchementdu maire et des adjoints, la tâche incombe aux conseillers municipaux dans l'ordre du tableau. L'ordre du tableau, c'est lerang des conseillers municipaux, en raison du nombre de voix qu'ils ont obtenues aux élections. La loi a ainsi établi en de suppléance un ordre rigoureux. Et elle l'a fait pour deux raisons.

I° Pour une raison juridique: les adjoints et les conseillers municipaux n'ont pas, en raison de leur seule fonction la qualité d'officiers de l'état civil, c'est la loi qui leur confère ce pouvoir, en faisant passer la capacité de la tête du maire sur leur propre tête.

Source : BIU Cujas

2° Pour une raison d'ordre pratique: on a voulu éviter l'arbitraire dans la suppléance, on n'a pas voulu que le choix appartînt entièrement au maire. Mais l'organisation de cette suppléance va disparaître complètement en raison de l'existence de la délégation.

Suppléance et délégation

A côté de la suppléance qui a lieu en cas d'empêchement ou d'absence du maire ou des adjoints et qui est réglée avec soin, d'après un ordre rigoureux, il y a, en effet, possibilité pour le maire de déléguer ses fonctions, et, à côté de la suppléance, il y a la délégation. Or, pour la délégation, aucun ordre n'est imposé par la loi. Il y a là une différence fondamentale entre la suppléance et la délégation; de sorte que chaque fois qu'il y a un mariage, et que ce mariage est célébré par un conseiller municipal, quel qu'il soit, le mariage est toujours valable, car s'il n'y a pas suppléance, il y a toujours délégation.

La distinction entre la délégation et la suppléance a été introduite à la suite du procès des mariages de Montrouge

La différence ou la distinction de la délégation et de la suppléance a été introduite à la suite du procès fameux des mariages de Montrouge.

A Montrouge, sous l'empire de la loi municipale du 18 juillet 1837, qui ne faisait pas la distinction entre la suppléance et la délégation, on avait pris l'habitude d'aller chercher n'importe quel conseiller municipal pour les mariages. On n'observait pas les règles de la suppléance, seule établie par la loi de 1837. On ne s'occupait ni de la nomination des adjoints nide l'ordre du tableau des conseillers municipaux, et malgré les observations réitérées du Parquet de la Seine, jamais la mairie de Montrouge ne supprima cette pratique.

Le Parquet, un jour, demanda la nullité d'un mariage célébré à Montrouge. L'émotion fut considérable, car il était évident que si le tribunal était saisi il ne pourrait pas ne pas admettre la nullité. Le Tribunal civil de la Seine, le 23 février 1883, a prononcé, en effet, la nullité de tous les mariages qui n'avaient pas été célébrés dans les conditions de suppléance réglées par la loi de 1837.

L'opinion publique s'émeut, car ce n'était pas quelques mariages qui allaient tomber, mais d'innombrables mariages qui avait été conclus sans qu'on se fut occupé des règles de la suppléance, et il était à craindre que beaucoup de gens mariés ne chercheraient pas à se remarier. La Cour de Cassation, par un arrêt du 7 août 1883 S. 1884 I. 5, eut recours à un subterfuge Elle créa la distinction de la suppléance et de la délégation: elle dit que tous les mariages étaient valables,

Source : BIU Cujas

car, en l'espèce, il n'y avait pas eu suppléance, mais délégation. Les mariages étaient nuls, avec la suppléance qui devait imposer un ordre déterminé, mais s'il y avait délégation il n'y avait plus aucun ordre et tout était valable. Ainsi fut terminée cette affaire des mariages de Montrouge. Et la loi du 5 Avril 1884 qui était alors en préparation, recueillit cette distinction.

La compétence de l'officier de l'état civil est purement territoriale

La compétence de l'officier de l'état civil est purement territoriale, elle n'est pas personnelle. L'officier de l'état civil n'est compétent que pour les faits de la vie civile qui se sont réalisés sur le territoire de sa commune. Il n'aurait pas le droit d'instrumenter hors de ce territoire, même au profit de ses administrés, et il est compétent sur son territoire, même pour des étrangers qui ne sont pas domiciliés dans sa commune, sauf pour certains actes qui exigent un certain domicile pour être accomplis, tels que le mariage, art. 74 du C.C. qui exige un mois de domicile, et l'adoption qui, d'après l'art. 360, doit se faire au domicile de l'adoptant.

Rôle de l'officier de l'état civil

Quant au rôle de l'officier de l'état civil c'est un rôle de constatation, sauf le cas du mariage où l'officier de l'état civil célèbre le mariage. En dehors de là, l'officier de l'état civil doit vérifier le fait et l'attester par un acte écrit. Pour la naissance, il devait autrefois se faire présenter l'enfant. Mais il y avait là une pratique qui avait été absolument abrogée par l'usage, car la vie de l'enfant était en jeu, surtout qu'il fallait présenter l'enfant dans les trois jours de sa naissance. Aussi la pratique s'était-elle établie de demander la délivrance d'un certificat, par le médecin de la famille, dans les grandes villes.

Pour les décès, il y a de même un certificat qui est demandé. Mais ce doit être un médecin de l'état civil ayant son domicile dans la commune qui le donne.

L'officier de l'état civil ne possède aucun pouvoir de juridiction

Aucun pouvoir de juridiction n'appartient à l'officier de l'état civil. L'officier de l'état civil n'est pas juge de l'exactitude ou de l'inexactitude des déclarations qui lui sont faites. Ainsi, lors de la rédaction d'un acte de naissance, s'il survient une personne qui déclare à l'officier de l'état civil qu'il n'y a pas d'enfant né, l'officier de l'état civil n'en doit pas moins rédiger l'acte, sans avoir à procéder à une vérification imposée par la loi. Il peut faire une enquête officieuse, mais il peut ne pas la faire. S'il a des doutes il peut s'adresser au procureur de la République et s'il y a une rectifica-

Source : BIU Cujas

tion à effectuer, elle doit se produire alors que il y aura eu une instance civile, art. IOI du C.C. l'officier de l'état civil n'a pas de pouvoir de contrôle.

II. Les parties à l'acte de l'état civil

Les parties dans l'acte de l'état civil, ce sont les parties que l'acte concerne. Mais il n'en est ainsi qu'en matière de mariage, d'adoption et de reconnaissance d'un enfant naturel.

Dans les actes de l'état civil où il s'agit d'une naissance ou d'un décès, la personne dont il s'agit ne peut jouer qu'un rôle passif. Quand une personne joue un rôle actif, en cas de mariage, d'adoption ou de reconnaissance d'un enfant naturel il s'agit d'un acte de volonté. Il n'est pas indispensable, sauf en matière de mariage, que les parties comparaissent elles-mêmes; elles peuvent se faire représenter; mais il faut que le représentant soit muni d'un titre authentique en vertu du principe de la correspondance des formes en matière de représentation, de sorte que le représentant doit avoir une procuration authentique pour passer un acte authentique.

On a vu qu'en matière de mariage, la comparution personnelle des parties est nécessaire. Pendant la guerre, cependant, il y a eu une exception à ce principe, sous forme du mariage par procuration. Le mariage par procuration a été admis pour les soldats et les marins présents sous les drapeaux, ou pour les prisonniers de guerre.

Pour la constatation des divorces, les parties sont dispensées d'une intervention directe. L'acte de divorce pourra être dressé en dehors des parties, des anciens époux, à la suite de la signification faite à l'officier de l'état civil du lieu de leur mariage, art. 352 al. 2, et pour l'adoption, art. 359.

III. Les déclarants

Les déclarants, ce sont les parties qui viennent révéler un acte à l'officier de l'état civil. Ils interviennent seulement en matière de décès ou de naissance, alors que l'intéressé joue un rôle passif.

Pour les naissances, les déclarants, art. 56 du C.C. ce sont les parents et les personnes qui ont assisté à l'accouchement. Pour les décès, les déclarants sont normalement les plus proches parents, les voisins la personne chez qui l'individu est mort, art. 78 ancien du C.C. D'après l'art. 78 nouveau qui résulte de la rédaction de la loi du 7 février I924, la loi dit que la déclaration sera faite et que les déclarants seront un parent du défunt ou d'une personne possédant sur son état civil les renseignements les plus exacts et les plus complets qu'il sera possible.

Quand une déclaration est faite à l'officier de l'état civil par une personne présentant les condi-

Source : BIU Cujas

tions prévues par les art. 56 et 78 l'officier de l'état civil doit rédiger un acte sans se faire juge de la régularité du fait, tout au plus doit-il déléguer un médecin pour constater la naissance ou le décès. Il ne peut refuser son ministère. Mais pour obliger l'officier de l'état civil à instrumenter, il ne suffit pas de l'avertir d'une naissance ou d'un décès, il faut lui faire une déclaration. La déclaration est donc une requête d'une personne ayant qualité pour attester un fait de naissance ou de décès.

Aucune condition n'est requise pour être déclarant, mais la pratique exige la majorité, sauf cependant la disposition de la loi du Ier juillet I918 qui, aux armées, permet la déclaration faite par un tuteur.

IV. Les témoins

Les témoins sont des personnes qui interviennent pour affirmer un fait dont elles attestent la réalisation. Il y a deux sortes de témoins: les témoins du fait principal: le mariage, la naissance, le décès, et les témoins de la rédaction de l'acte relatant ce fait, de sorte qu'il peut y avoir des témoins du fond et des témoins de la forme. Les témoins en matière d'actes de l'état civil sont à la fois l'un et l'autre.

Des lois successives ont restreint les exigences relatives aux témoins des actes de l'état civil

Les témoins étaient toujours exigés autrefois dans les actes de naissance, de mariage et de décès. Pour les décès, depuis longtemps, on n'exige plus de témoin. Et on n'exige plus de témoins pour la reconnaissance d'un enfant naturel que quand cette reconnaissance est faite par acte notarié, car alors il s'agit d'un témoin de l'acte notarié. Pour les actes de naissance, la loi n'exige plus de témoin, depuis la loi du 24 février I924, art. 56 al. 2 du C.C. Dans les actes de mariage d'ailleurs, la loi du 29 Février I922 a modifié la rédaction de l'art. 76 et elle n'exige plus qu'un seul témoin. Les témoins ici sont des témoins instrumentaires, c'est-à-dire que ce sont des témoins de la forme comme du fond. Ces témoins ont un rôle double; ils certifient l'identité des déclarants, la sincérité de leurs déclarations et ils contrôlent la formule des déclarations faites avec ce que l'officier de l'état civil inscrit sur les registres.

Et parce qu'ils jouent le rôle de témoins instrumentaires, la loi exige d'eux certaines conditions de fond, mais depuis que l'art. 37 du C.C. a été modifié par la loi du 16 décembre I897, tout majeur peut-être témoin, et il est indiqué dans l'art. 37 que c'est sans distinction de sexe, et la femme comme le mari.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

LES FORMALITES DE REDACTION DES ACTES DE L'ETAT CIVIL

Indications fournies par l'acte de naissance

Il détermine
I) l'âge et le lieu de naissance
2) Le nom

L'acte de naissance fixe la naissance. On saura par lui, le moment exact à partir duquel l'individu sera majeur, car la majorité se compte d'heure à heure. Par lui, on pourra déterminer les autres éléments qui dépendent de l'âge, c'est-à-dire la capacité testamentaire et la capacité matrimoniale.

Le lieu de naissance aura aussi son importance: certains actes doivent y être faits, notamment au point de vue militaire. L'acte de naissance individualise l'enfant, il précise son sexe et lui donne un nom, dans des conditions à préciser selon qu'il est légitime ou naturel. Il lui attribue également des prénoms.

La loi du 11 Germinal an XI a réglementé le choix des prénoms

Le choix d'un prénom n'est pas absolument libre Il est règlementé par la loi du 11 Germinal an XI. Il y avait eu, en effet, à cet égard des abus. Déjà dans l'ancien droit, La Bruyère se moquait des prénoms donnés. Pour les grands, disait-il, c'était César, Pompée ou Annibal. Et pourquoi n'aurait-on pas donné le nom de Jupiter ou d'Adonis ? De même, pendant le droit intermédiaire, les noms les plus singuliers furent donnés. Il y avait d'abord les souvenirs contemporains. Ainsi un garçon s'appelait Sans-Culotte, une fille s'appelait Liberté-Chérie. Pour ceux que la question intéresseraient, on peut renvoyer au Manuel des prénoms de M. Edouard Lévy. On y verra qu'un garçon a été appelé Jean-Marion Epinard, une fille Réséda, un autre garçon Charles-Cerfeuil-Laurier-Vert. Il y avait donc eu des abus. Et c'est pourquoi la loi du 11 Germinal an XI, qui n'a jamais été abrogée, stipule dans son art. 1er qu'à partir de la publication de la présente loi, les noms en usage dans les différents calendriers, les noms connus de l'histoire ancienne, pourront seulementêtre pris comme prénoms sur les registres de l'état civil; et il est interdit à l'officier de l'état civil d'en adopter d'autres. Cela ne va pas parfois sans difficulté. C'est ainsi qu'à Paris, un M. Poirier, ayant voulu donner à son fils un nom célèbre, celui de Kléber, l'officier de l'état civil s'y refusa. Par dépit, le père déclara qu'il s'appellerait Poirier tout court. De même, dans certaines mairies, on a vu refuser les prénoms d'Henriette et de Lucette. Le Parquet donne chaque année des mercuriales des infrac-

Source : BIU Cujas

tions à la loi de Germinal.

Le texte de la loi de Germinal an XI est d'ailleurs très large, puisqu'on peut faire des emprunts à tous les calendriers, et qu'on peut emprunter les noms à l'histoire ancienne. Mais où commence l'histoire ancienne ? On peut y faire rentrer l'histoire romaine, sans doute, et l'histoire de la Révolution et on sait aussi que, pendant la guerre on appela un certain nombre de filles Joffrette.

3)L'acte de naissance peut faire la preuve de la filiation

L'acte de naissance peut faire la preuve de la filiation. Il en est ainsi pour l'enfant légitime. L'officier de l'état civil indique le père et la mère et déclare que l'individu est né de telle femme, épouse de tel individu. Mais, pour les enfants naturels, que décider ? Va-t-on mentionner dans l'acte de naissance les noms du père et de la mère s'ils sont indiqués ? On le fait, à la campagne. Quand les noms du père et de la mère sont indiqués par le père qui reconnaît l'enfant; il n'y a pas de contestation. L'officier de l'état civil n'a qu'à indiquer les noms. Mais, à l'absence de reconnaissance, autrefois, quand le déclarant indiquait le nom du père sans avoir mandat, l'officier de l'état civil se refusait, le plus souvent à l'inscrire, et il en était ainsi même depuis que la loi de 1912 avait permis de rechercher la paternité. Mais depuis que l'art. 57 a été modifié par la loi du 7 février 1924 l'officier de l'état civil doit inscrire les noms " L'acte de naissance dit ce texte nouveau énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant naturel ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet. " Par à contrario, on a dit que si ces noms étaient indiqués, il fallait en faire mention.

Pour le nom de la mère, des difficultés se présentent, car celle-ci ne peut venir faire de déclaration. Supposons que les déclarants ne soient pas munis d'une procuration. L'officier de l'état civil à qui on indique le nom de la mère doit-il l'inscrire ? Cette mention n'équivaut pas à une reconnaissance de la part de la mère, car l'acte de naissance n'est une véritable preuve de la filiation qu'à l'égard des enfants légitimes. Du moins en résultera-t-il un commencement de preuve qui permettra d'entendre des témoins, pour confirmer la filiation de l'enfant, et l'officier de l'état civil aura-t-il facilité à la recherche de la filiation maternelle.

Source : BIU Cujas

On admet aujourd'hui que l'officier de l'état civil doit indiquer le nom de la mère, quand il lui est fourni par les déclarants, et cela par interprétation de l'art. 57, modifié par les dispositions de la loi de 1924.

Indications fournies par l'acte de décès

Par l'acte de décès, l'officier de l'état civil doit constater le décès, et donner le permis d'inhumer, art. 77 du C.C.

Il constate le décès et le moment exact du décès

D'abord il constate le décès. L'art. 79 du C.C. modifié par une loi du 7 février 1924, porte que l'acte de décès doit énoncer le jour, l'heure et le lieu du décès. Cette exigence n'apparaissait pas dans le texte primitif du C.C. et on se demandait si les déclarants venaient indiquer les jour, heure et lieu si l'officier de l'état civil devait les inscrire. En pratique, le plus souvent, on disait qu'il fallait les inscrire et l'administration allait plus loin, elle prétendait que l'officier de l'état civil devait provoquer, à ce sujet, les déclarations des déclarants. En l'absence d'un texte on disait qu'il y avait là un oubli du législateur, et de l'art. 77 du C.C. on tirait un argument en disant: puisqu'aucune inhumation ne peut être faite sans l'autorisation donnée par l'officier de l'état civil, et qu'il ne peut la délivrer que avant 24 heures après le décès, il faut bien qu'il sache le jour et l'heure du décès.

Parfois cependant la date et l'heure du décès ne peuvent être prouvés. Voilà un individu qui est trouvé pendu dans un bois, ou il s'agit d'un noyé, comment déterminer ces indications?

Il ne doit pas indiquer les circonstances du décès

Mais l'acte de décès ne contient pas les circonstances du décès, art. 85 du C.C. Cependant on trouve dans certaines instructions du ministère de la guerre, notamment dans une instruction du 23 Juillet 1894, que le genre de mort doit être indiqué dans l'acte de décès des militaires quand l'acte de décès est constaté par les autorités militaires. Cette instruction est absolument illégale et, depuis la loi du 2 juillet 1915, une seule chose peut figurer dans l'acte de décès; c'est la mention dont cette loi a autorisé l'insertion dans les actes de décès des soldats morts pour leur pays. Dans l'acte de décès il faut faire figurer la mention: Mort pour la patrie. Cette mention doit être insérée d'office si l'officier de l'état civil sait la mort aux armées.

L'acte de décès énonce les prénoms noms date et lieu de la naissance ainsi que

Il faut ensuite que l'acte de décès énonce les prénoms, nom, date et lieu de naissance, ainsi que le domicile de la personne décédée. Mais ces indications ne sont pas toujours aisées à obtenir, notamment la profession et le domicile de la personne décédée. Quant aux prénoms, noms et domicile du père et de la

Source : BIU Cujas

le domicile de la personne décédée Cas particuliers où il y a déclaration judiciaire de décès

mère décédée, c'est encore plus difficile à connaître. Toutes ces indications sont cependant requises par l'art. 79 du C.C.

Mais il y a des cas où l'on est obligé de recourir à la déclaration judiciaire de décès. On en a parlé à l'occasion de la question de l'absence. Il y a des cas où le décès d'une personne ne peut être normalement constaté, soit qu'il y ait disparition, sans preuve du décès, et alors il faut recourir à la procédure d'absence, soit qu'il y ait disparition avec certitude du décès, mais sans possibilité de constatation et on a cité les lois qui ont admis une déclaration judiciaire de décès; on sait que c'est la loi du 3 janvier I9I3 art. 7 pour les accidents de mines, qu'il y a une loi pour les accidents survenus en mer, et qu'il y a eu toute une série de lois pour les périodes de guerre. Après les guerres de Napoléon, après la guerre de I870-7I et après la guerre de I9I4-I9 des dispositions ont permis la déclaration judiciaire de décès, en abrégeant les délais, et il a fallu établir, récemment, des dispositions spéciales pour la disparition des aviateurs, loi du 3I mai I924, art. 58.

Règles de forme des actes de l'état-civil

Les règles de forme des actes de l'état civil doivent être envisagées par rapport aux actes de mariage, comme aux actes de naissance, et aux actes de décès.

Ils doivent être tenus sur des registres et non sur des feuilles volantes. On a voulu éviter les dangers de perte et les possibilités de fraude.

La loi exige que les feuillets de ces registres qui sont sur du papier timbré, à la charge de la commune, soient numérotés et paraphés. La loi exige qu'ils ne présentent pas de lacune. Les ratures doivent être approuvées dans les conditions précisées, c'est-à-dire en marge des actes, et non à la suite des derniers mots de l'acte. Il peut y avoir un ou plusieurs registres. L'art. 40 du C.C. permet aux petites communes de n'avoir qu'un seul registre, pour tous les actes de l'état civil. En tête on met les actes denaissance, au milieu les actes de mariage, et, à la fin, les actes de décès. Il y a d'ailleurs une table, mais il n'y a qu'un seul registre.

Les registres doivent être tenus en double

Il faut que les registres soient tenus en double. Chaque registre est un original. Il doit être signé par les parties quand l'acte est fait, et en leur présence, et un registre est envoyé, à la fin de l'année, au greffe du tribunal civil de l'arrondissement où il doit être conservé. On diminue ainsi les chances de perte par incendie, puisqu'un registre est à la mairie, et un au greffe du tribunal civil.

Source : BIU Cujas

Mais comme il y a certaines communes où l'hôtel de ville et le tribunal civil sont en face l'un de l'autre, les risques ne sont pas aussi diminués qu'on pourrait le croire. On a même cité en Haute Loire, Issingeaux et Brioude, où l'hôtel de ville et le tribunal civil étaient situés dans le même immeuble.

Pendant la guerre de 1914-1919 beaucoup de registres furent détruits, mais grâce à ces doubles on arriva encore à connaître les actes de l'état civil. Pour l'arrondissement de Verdun, on avait pris soin de transporter les registres à Dijon, et comme beaucoup de communes étaient occupées et que beaucoup de registres ont été détruits dans les communes, on a pu ainsi reconstituer ces registres, et pendant la guerre on a pu obtenir des actes de l'état civil, en s'adressant à Dijon.

Des tables annuelles sont dressées sur chacun des doubles, et il est des tables décennales qui sont rédigées d'ordinaire, avec le plus grand soin, par les municipalités.

Les actes de l'état civil sont publics

Les actes de l'état civil sont publics, mais leur publication n'est complète que pour les actes de mariage et les actes de décès. L'art. 75 du C.C. a été modifié, à cet égard, à plusieurs reprises.

Toute personne peut se faire délivrer des copies des actes de décès ou de mariage et il peut aussi en être délivré des extraits. Une copie, c'est une reproduction intégrale de l'acte, c'est une expédition conforme à l'acte, in extenso. Un extrait n'est que la reproduction partielle, analytique des mentions essentielles de l'acte. Les extraits contiennent le nom de la commune où l'acte est dressé, la copie littérale de l'acte, les mentionset les transcriptions du titre en marge et on doit citer simplement ce qui est relatif aux pièces produites à l'officier de l'état civil qui a dressé l'acte et ce qui concerne la comparution des témoins. Ces extraits peuvent être demandés dans des buts divers, même pour toucher une pension. On a permis la délivrance de bulletins sur papier libre et sans force probante.

Cette publicité est toutefois restreinte, pour les actes de naissance

La publicité qui est très large pour les actes de mariage et les actes de décès, est, au contraire, restreinte pour les actes de naissance. Il en est ainsi depuis que la loi du 30 novembre 1906 a modifié l'art. 57 du C.C. La loi distingue entre la copie et l'extrait. Soit au greffe du tribunal civil, soit à la mairie du lieu de naissance, on ne peut obtenir que dans des conditions précises une copie d'un acte de naissance ou d'un acte de décès. Les copies ne sont délivrées sans aucune formalité qu'à l'intéressé lui-même et à certaines personnes énumérées par la loi: le

Source : BIU Cujas

procureur de la République, les ascendants, les descendants en ligne directe, le conjoint, le tuteur ou le représentant légal de la personne. Les autres parties qui voudraient avoir un acte de naissance d'un individu doivent obtenir l'autorisation de l'intéressé. C'est sur la demande écrite de l'intéressé que la copie pourra être délivrée. Cette autorisation d'ailleurs sera, sur la présentation de cette demande écrite de l'intéressé, accordée par le juge de paix du canton où l'acte a été dressé et, s'il se refuse à donner cette autorisation, elle ne pourra être accordée que par le président du tribunal, statuant par la procédure du référé. Mais toute personne peut se faire délivrer un extrait, une analyse de l'acte de naissance. Cet acte contient l'année, le jour l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, ses nom, prénoms, la profession et le domicile de ses parents, de son père et de sa mère, tels qu'ils résultent des énonciations de l'acte de naissance, et des énonciations contenues en marge.

C'est qu'il y avait eu des abus. Quand on soupçonnait la naissance illégitime d'un enfant, c'est-à-dire quand on pensait qu'un individu qui se présentait aux élections, avec une certaine notoriété était un enfant naturel, on demandait son acte de naissance, et on avait ainsi la preuve, si réellement il était un enfant naturel, de sa filiation illégitime. Et la loi du 30 novembre 1906, devant le discrédit qui rejaillissait sur les enfants, du fait de la présentation de leur acte de naissance, a limité la possibilité de l'obtention de l'acte de naissance.

La publicité de l'acte de naissance peut être en effet préjudiciable à l'enfant. En effet, s'il n'y avait pas , sur l'acte, l'indication du nom du père et de la mère, on en concluait immédiatement qu'il s'agissait d'un enfant illégitime ou naturel. Telle était la situation. On a voulu supprimer cela. On y est arrivé et avec la formule de la loi résultant de l'art 57 il n'est pas douteux que, pour les enfants légitimés, on ne peut plus connaître leur situation antérieure, car il faut indiquer dans l'extrait seulement le résultat des énonciations de l'acte et des mentions de l'acte de naissance, ou des mentions contenues en marge de cet acte. Maintenant on indique le nom du père et de la mère, sans dire si l'enfant est naturel ou légitimé. Mais si la situation a été modifiée pour les enfants légitimés, pour les enfants naturels il aurait fallu décider que, dans l'extrait on n'indiquerait jamais le nom du père et de la mère. On l'avait

Source : BIU Cujas

demandé mais le législateur n'a pas cru devoir aller jusque-là.

La législation des extraits et des copies des actes de l'état civil n'est pas exigée.

Les extraits des actes de l'état civil étaient autrefois légalisés, conformément à l'art. 45. Depuis une loi du 9 août 1919, les extraits et les copies sont certifiés conformes et valent sans légalisation du juge de paix ou du président du tribunal. Il n'est plus nécessaire de faire légaliser que quand les actes sont destinés à être produits devant les autorités à l'étranger, art. 45 du C.C.

Les actes de l'état civil contiennent de nombreuses mentions en marge

Les actes de l'état civil contiennent de très nombreuses mentions en marge.

Si on tient compte du formulaire général des actes de l'état civil, on s'aperçoit qu'il n'y a pas moins de 22 mentions possibles en marge des actes de l'état civil. L'officier de l'état civil doit, en principe, les faire d'office. C'est d'office que l'officier de l'état civil qui a constaté un fait qui donne lieu à une mention doit porter cette mention en marge, dans l'acte qui a été dressé, au même lieu, et si un officier de l'état civil rédige un acte qui comporte une mention sur un autre acte qui n'est pas dressé au même lieu, il doit, dans un délai de trois jours, s'adresser au Procureur de la République de son arrondissement, et c'est le procureur de la République qui prend soin d'assurer l'inscription de la mention dans les communes ou dans les greffes où il faut la faire .

Des circulaires ont établi les conditions dans lesquelles ces mentions devaient s'opérer. Elles donnent lieu à de grandes difficultés, mais elles engagent la responsabilité de l'officier de l'état civil.

Tel est l'ensemble des formalités de rédaction des actes de l'état civil.

Force probante des actes de l'état civil.

Les 2 faces du problème

Quand on parle de la force probante des actes de l'état civil, de la foi qui leur est due, on fait allusion à leur valeur comme preuve et, au fond, on est en présence de deux questions: d'une part, il faut se demander dans quelle mesure les parties peuvent contester l'exactitude des actes de l'état civil, et dans quelle mesure le juge est lié par les énonciations d'un acte de l'état civil. Ce sont deux faces d'un même problème, posé dans le premier cas à l'égard des parties, dans le second cas à l'égard du juge.

3 situations doivent être distinguées

En principe, il faut dire que l'état civil des individus est pleinement prouvé par les actes de l'état civil. Il y a là une preuve légale préconstituée. Mais

Source : BIU Cujas

cela n'empêche pas d'envisager la force de cette preuve: le juge est-il lié, doit-il tenir pour vraies les énonciations des actes ? Il est très simple de s'en rendre compte en établissant une distinction entre trois situations.

Il y a d'abord des cas où un acte de l'état civil fait foi jusqu'à inscription de faux, il est des cas où les actes de l'état civil font foi jusqu'à preuve contraire, et il est des cas où les actes de l'état civil ne font pas foi. Il convient de reprendre chacun de ces trois cas.

Ière situation L'acte de l'état civil fait foi jusqu'à inscription de faux

Tout d'abord, il est des cas où l'acte de l'état civil fait foi jusqu'à inscription de faux, art 45 du C.C. Ce texte ferait supposer que c'est le seul cas possible, puisqu'il est dit que les actes de l'état civil font foi, aussi bien leur copie que les extraits, jusqu'à inscription de faux. En réalité, tout dans un acte de l'état civil, ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux. Les seules mentions qui ont cette énergie ce sont celles de ce que l'officier de l'état civil doit constater ou vérifier, c'est-à-dire ce qu'il avait mission de constater. Ainsi dans un acte de naissance l'officier de l'état civil constate le sexe de l'enfant et, bien que ce soit le médecin qui lui ait indiqué, cette mention fait foi jusqu'à inscription de faux.

Il faudra recourir à l'inscription de faux pour en détruire la portée. Or un acte est réputé faire foi jusqu'à inscription de faux quand il est impossible de l'attaquer sans accuser de faux l'officier de l'état civil qui l'a rédigé ou une autre personne.

Il peut s'agir d'un faux matériel ou d'un faux intellectuel

Il en est ainsi quand la contradiction relevée, si elle réussissait, avait pour but l'établissement d'un crime de faux, mais il peut y avoir un faux matériel ou un faux intellectuel. Le faux matériel serait commis par des personnes ayant altéré matériellement l'acte de l'état civil. On aurait, par exemple; gratté ou remplacé la date de la naissance par une autre, ou le nom ou le sexe par un autre. Le faux matériel peut être fait par un tiers ou par l'officier de l'état civil, tandis que le faux intellectuel est uniquement l'oeuvre de l'officier de l'état civil. Il consiste en une rédaction non conforme aux déclarations faites, aux indications reçues par lui. Mais il y a aussi un faux intellectuel dans la délivrance par un officier de l'état civil ou un de ses employés d'un acte de l'état civil ou d'un extrait, ou d'une copie non conforme aux registres.

L'inscription de faux ne sera donc possible que

Source : BIU Cujas

lorsqu'il y aura un faux matériel ou intellectuel en fait.

La procédure de l'inscription de faux est une procédure compliquée et dangereuse

L'inscription de faux est une procédure très dangereuse pour celui qui l'intente. Elle est très compliquée , art. 212 et suivants du C.Pr. Civ., sous le nom de faux incident civil. Celui qui s'inscrit en faux est menacé d'une forte amende s'il ne fait pas la preuve du faux, et cela se comprend car il attaque un fonctionnaire. Or c'est une personne qui doit être placée au-dessus de tout soupçon, et bien entendu plus on attaque une personne ayant une fonction importante plus la repression doit être sévère.

L'acte de l'état civil ne fait foi jusqu'à inscription de faux que de ce que l'officier de l'état civil a constaté.

L'acte de l'état civil fait donc foi jusqu'à inscription de faux de tout ce que l'officier de l'état civil a constaté. Il en est ainsi de ce que l'officier de l'état civil a constaté par lui-même, ou par une personne compétente. C'est ainsi que la constatation faite par le médecin du sexe de l'enfant fait foi jusqu'à inscription de faux. Il peut paraître bizarre que la déclaration du médecin ait cette valeur.

La même force probante est attachée aux extraits qu'aux copies

L'art. 45 attribue cette force probante non seulement aux registres, mais aux extraits et aux copies, et il y a là un point qui déroge aux règles ordinaires des preuves, car d'après l'art. 1334 du C.C. on peut toujours exiger la présentation de l'original. Or l'original ici ce sont les deux registres, c'est la minute et la minute seule, de droit commun, fait foi. La raison qui a imposé la reconnaissance de la force probante aux extraits, c'est le danger qu'il y aurait dans la présentation effective des registres. Il faudrait leur faire quitter la mairie ou le greffe du tribunal civil et il y aurait là des dangers de perte ou de destruction.

Dès lors, supposons qu'une erreur se glisse dans un extrait. Pour établir la vérité, on pourra bien demander au tribunal de faire procéder à une vérification, mais il y a une preuve plus simple. S'il y a une erreur dans un acte de l'état civil délivré par le greffe, on demandera un autre extrait. Si la même erreur s'y trouve, il faudra alors faire procéder à une vérification. Mais s'il n'y a pas la même erreur, ou si l'erreur vient du copiste, on demandera au greffier de faire la rectification. On ne s'adressera au tribunal que s'il y a eu erreur sur les registres.

2ème situation L'acte de l'état civil fait foi jusqu'à preuve contraire

En second lieu, l'acte fait foi seulement jusqu'à preuve contraire, sans qu'il soit besoin de recourir à cette formalité compliquée de l'inscription de faux, quand il s'agit de déclarations faites par

Source : BIU Cujas

les parties sans que l'officier de l'état civil ait l'obligation de les mentionner. Ici il n'y a plus d'accusation de faux contre l'officier de l'état civil, ni contre qui que ce soit. Les déclarants ont fait une fausse déclaration, soit de bonne soit de mauvaise foi. Si les déclarants ont agi de mauvaise foi, cela peut constituer un délit, mais les déclarants n'étaient pas investis, par la loi, d'une autorité spéciale, d'autant qu'on n'exige d'eux aucune condition d'aptitude particulière. Il en résulte que les mentions qui figurent ainsi sur les registres de l'état civil font seulement foi jusqu'à preuve contraire. On a dit, par exemple, que le déclarant pourra dire que l'enfant était né de telle femme mariée sans avoir reçu pour cela aucun mandat. Il y a là seulement une affirmation qui peut être détruite par la preuve contraire.

De même, voici des déclarants qui ont affirmé que le décès était arrivé dans telles conditions. En principe, on ne doit pas le dire. Mais la valeur de cette énonciation est toute relative; on pourra la détruire par la preuve contraire.

3° situation L'acte de l'état civil ne fait pas foi

Enfin, il est des cas dans lesquels un acte de l'état civil ne fait pas foi. Il en est ainsi pour les déclarations ou les énonciations qui n'auraient pas dû y figurer, car il y a défense formelle de la loi de les indiquer. Ainsi, on ne doit pas indiquer, dans l'acte de naissance la filiation adultérine ou incestueuse d'un enfant. Il ne s'agit pas seulement du fait de faire figurer dans l'acte les circonstances d'où elle résulte, l'affirmation que l'enfant est adultérin ou incestueux n'a aucune valeur. Il est rare d'ailleurs qu'il y ait de telles indications pour la filiation adultérine ou incestueuse. Mais on a vu souvent des actes portant une mention relative à la viabilité de l'enfant. Il s'agissait d'une femme qui faisait une déclaration et voulait se ménager une preuve que l'enfant ne pouvait pas avoir de droit de succession. Mais la déclaration que l'enfant est né viable ou n'a pas de rapport avec l'acte de naissance, car c'est une question d'ordre médical et aucune foi ne peut y être attachée dans l'acte de naissance.

Page 135 in fine au lieu de: Mais il y a des actes que le tuteur peut faire seul et que le mineur émancipé ne peut faire même avec l'assistance de son curateur

Lire: Mais il y a des actes que le tuteur ne peut faire seul et que le mineur émancipé peut faire avec l'assistance de son curateur.

Source : BIU Cujas

Preuve de l'état et de la capacité en dehors des actes de l'Etat civil.

3 cas sont à envisager

S'il fallait étudier tous les moyens de preuve de l'état et de la capacité, en dehors des actes de l'Etat civil, il faudrait envisager la preuve de la filiation. Mais on étudiera spécialement cette preuve, à l'occasion de la famille. Il faudrait aussi étudier les modes de preuve spéciaux de mariage. Mais on a laissé de côté l'acte de mariage, et il y a un mode preuve du mariage, autre que l'acte de l'Etat civil, c'est la possession d'état. Il faut donc rechercher ici comment les acte de l'état civil peuvent être complétés modifiés ou rectifiés.

On envisagera tout un ensemble de cas d'insuffisance et d'inexactitude des actes de l'état civil. Il peut se présenter, en effet, en cette matière, des cas très divers qu'on peut ramener à trois.

I) L'acte de l'état civil est valable, mais il est inexact. Pour le rendre complètement exact on recourt à la procédure en rectifications des actes de l'Etat civil.

2° - L'acte a été dressé, mais il est nul, ou il n'existe plus, ou il n'a jamais existé. Il faut employer la même procédure de reconstitution des actes de l'Etat civil.

3°- Enfin il se peut qu'on se trouve dans un cas tel que l'acte de l'état civil qui existe ne peut être prouvé, et il y aura une procédure spéciale, celle de la suppléance aux actes de l'Etat civil.

Il faut donc étudier:

I° - La rectification des actes de l'Etat civil.

2° - La reconstitution des actes de l'acte de l'Etat civil.

3° - La suppléance aux actes de l'Etat civil.

I. De la rectification des actes de l'Etat civil

La rectification des actes de l'Etat civil est possible, qqelle que soit la mention qui fasse défaut. Elle est possible pour les mentions qui font foi jusqu'à inscription de faux, à condition qu'il ne se présente pas un faux, car s'il y avait un faux la rectification ne serait qu'accessoire à une procédure de faux. Il s'agit seulement d'une erreur matérielle sur un fait qui vaut jusqu'à inscription de faux. La rectification est en outre possible pour

Source : BIU Cujas

les faits faisant foi seulement jusqu'à preuve contraire, et la rectification résulte de cette preuve contraire. Enfin la rectification est possible, à fortiori, pour les mentions qui ne font pas foi du tout. Elle peut même être ordonnée d'office pour les énonciations interdites, et c'est à la demande du Ministère public que cette rectification est opérée.

La rectification des actes de l'état civil peut revêtir deux formes. La rectification judiciaire Elle peut intervenir - A titre accessoire

La rectification des actes de l'Etat civil peut encore être faite de deux façons: il y a une rectification administrative et une rectification judiciaire.

L'une et l'autre supposent d'ailleurs un acte inexact.

Pour nous en tenir à la rectification judiciaire, il faut remarquer que, dans de nombreuses hypothèses, la rectification ne se présentera qu'à titre subsidiaire c'est-à-dire qu'elle ne fera pas l'objet essentiel du procès en cours, elle sera l'accessoire d'une poursuite engagée. C'est le cas, par exemple, d'un enfant qui est désigné sur son acte de l'Etat civil comme étant né sans père ni mère connus, et qui réclame sa filiation à l'égard de telle mère ou de tel père. L'action qu'il intente n'est pas une action en rectification d'Etat civil. On y aboutira évidemment si l'enfant peut prouver qui est son père ou sa mère, mais il exerce une action en réclamation d'état, et c'est seulement subsidiairement, à la suite du succès de cette action, qu'il obtiendra la rectification de son acte de naissance.

- ou à titre principal

La demande principale en rectification d'un acte de l'état civil, doit seule nous occuper ici car pour tout ce qui concerne la rectification d'état on le verra avec la filiation.

Il est possible soit qu'un acte de l'état civil soit incomplet, et qu'on y opère des additions, soit qu'il soit inexact, et on y apporte alors des rectifications.

Il est incomplet, quand il y manque une signature, celle de l'officier de l'Etat civil ou d'un déclarant, et il est inexact quand il contient des erreurs de fait, le nom par exemple est mal orthographié, il se peut aussi qu'il contienne des énonciations prohibées; par exemple, il indique que telle personne est le père d'un enfant naturel. Ceci peut arriver à la campagne, où l'on a pu vouloir jouer une mauvaise farce à une personne, ou bien l'acte de l'état civil indique que l'enfant est adultérin ou incestueux.

Quelles sont les personnes

La rectification d'un acte de l'Etat civil appartient à tout intéressé c'est-à-dire à toute

Source : BIU Cujas

qui peuvent demander la rectification d'un acte de l'Etat civil

personne ayant un intérêt actuel, d'ordre pécuniaire ou moral. Or, quand on a donné à un enfant un prénom mal orthographié il s'agit d'un intérêt moral L'intérêt pécuniaire apparaîtrait s'il s'agissait d'établir, d'après l'acte de naissance, une filiation pour réclamer une situation. C'est une action en justice. Elle peut être exercée par tout intéressé.

Le ministère public peut-il sans l'intervention d'aucun intéressé provoquer la rectification d'un acte de l'état civil? Il n'y a aucun doute dans les cas où la loi a chargé formellement le ministère public de cette rectification

Mais le Ministère public, peut-il, dans tous les cas, sans intervention d'un intéressé, provoquer la rectification d'un acte de l'Etat civil ? C'est là une grosse question qui a soulevé de grandes discussions. Dans certaines hypothèses, il n'y a pas de doute, tout le monde reconnaît qu'il y a des cas où le ministère public doit intervenir. Il en est ainsi quand la loi le charge formellement de la rectification d'un acte de l'état civil.

Le premier cas est celui de la loi du 10 décembre 1850 - art. 3, pour le mariage des indigents. Cette loi dit que le Ministère public doit, d'office, poursuivre la rectification, pour faciliter le mariage de l'indigent.

Le deuxième cas est prévu par l'art. 199 du C.C. D'après ce texte, quand une fraude a été commise dans la rédaction d'un acte de mariage, et qu'aucun époux ne l'a découverte, le Ministère public peut agir.

Le troisième cas résulte de la loi du 10 juillet 1850, lorsque la mention de l'existence ou de la non existence d'un contrat de mariage a été omise dans l'acte de mariage. On admet qu'alors le Ministère public peut intervenir. La loi du 10 juillet 1850 exige que dans l'acte de mariage on indique s'il aété fait ou non un contrat de mariage et comme le but cherché est la sécurité des tiers, on considère que le ministère public peut poursuivre la rectification d'un acte de mariage qui ne contient aucune mention affirmative ou négative.

Quid du cas où il n'existe pas de texte?

Mais hors de ces cas pour lesquels il n'y a pas de doute, le ministère public peut-il poursuivre la rectification d'un acte de l'état civil ?

Pour soutenir l'affirmative, on s'est appuyé sur la loi du 20 avril 1910, relative à l'organisation judiciaire, et on a invoqué l'art. 46 de cette loi qui dit que le Ministère public surveille l'exécution des lois et prescrit, d'office, cette exécution, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Or, il est d'ordre public que l'état civil des citoyens soit officiellement constaté, qu'il ne renferme pas d'erreur, et par conséquent,

Source : BIU Cujas

il appartient au Ministère public, s'il y a des erreurs ou des ommissions, de les faire disparaître.

Mais la jurisprudence a jugé dangereuse l'ingérence continuelle du Ministère public dans les affaires privées. Et elle exige que l'ordre public soit tout à fait intéressé. Elle n'admet pas, dans tous les cas, l'intervention du ministère public. Elle ne la permet que dans les cas où il n'est pas douteux que l'ordre public soit intéressé. Et s'il s'agit de la rectification orthographique d'une mention ne présentant pas d'intérêt pour la société ou pour les tiers, le Ministère public n'a pas à intervenir.

Il en est résulté que le Ministère public voit son intervention admise dans des cas nombreux. On l'admet d'abord dans tous les cas, où des actes de l'état civil renferment des mentions interdites art. 85 du C.C. " Dans tous les cas de mort violente, ou dans les prisons et maisons de réclusion, ou d'exécution à mort, il ne sera fait, sur les registres, aucune mention de ces circonstances, et les actes de décès seront simplement rédigés dans les formes prescrites part l'art. 79".

Si, sur un acte de l'état civil, on disait qu'un individu a été guillotiné , par exemple, le Ministère public pourrait faire supprimer cette mention.

Il y a également intervention du Ministère public, dans tous les casoù l'action en rectification n'est que la suite d'une action exercée pour faux. Ici il y a un fait qui intéresse la société. Il est vrai qu'il ne s'agit que d'une action dépendante du faux. A la suite du faux on n'a pas fait opérer la rectification, le Ministère public pourra intervenir; c'est seulement l'exécution de la procédure de faux qui a précédé.

En l'absence de faux, il y a une question d'ordre public, toutes les fois que l'intérêt de l'Etat est en jeu. Et il est en jeu quand, dans un acte de l'état civil, un garçon est porté comme femme, ce qui permet ainsi d'éviter le service militaire. Le ministère public fera procéder, d'office, à la rectification.

On peut encore supposer que, dans un acte, il y a des faits qui n'intéressent personne, mais même si ces faits n'ont pas d'intérêt, et que le Ministère public estime, que pour la bonne tenue des registres, il doit intervenir, il le peut .

Il y a bien d'autres cas où le Ministère public intervient, notamment quand il y a une usurpation de titre ou de nom. Mais il faut alors qu'une poursuite correctionnelle ou criminelle ait précédé

Source : BIU Cujas

l'intervention du Ministère public.

Procédure de la demande en rectification

Depuis la loi du 20 novembre 1919 qui est venue modifier les art. 99 et ss. du C.C. l'action en rectification est portée, non plus devant le tribunal civil, mais devant le Président du Tribunal. Et c'est seulement si le Président e stime que l'affaire est importante qu'il la fera passer devant le Tribunal.

Quand l'affaire vient devant le Tribunal, le Ministère public intervient toujours. Mais si le Président n'a pas renvoyé devant le Tribunal, l'affaire n'en doit pas moins, dans la pensée du législateur, être communiquée au Ministère public pour avis. Il y a lieu alors à une ordonnance de renvoi, si le Président est saisi, et à jugement rectificatif, si le tribunal intervient. L'un et l'autre sont susceptibles d'appel en vertu des art. 999 et suivants qui forment un chapitre spécial intitulé " De la rectification des actes de l'état civil".

On peut rectifier non seulement les actes de l'état civil, mais encore les jugements déclaratifs de naissance ou de décès

Ce ne sont d'ailleurs pas seulement les actes de l'état civil qui peuvent être rectifiés; on peut rectifier les jugements déclaratifs de naissance ou de décès. Les jugements déclaratifs de décès interviennent, on l'a vu, à la suite d'accidents maritimes etc.. Et ces jugements déclaratifs interviennent encore quand la déclaration n'est pas faite dans les trois jours de la naissance.

Le jugement ou l'arrêt de rectification ne corrigent pas l'acte de l'état civil qui contenait une erreur ou une omission. En fait, on l'inscrit sur les registres de l'Etat civil ou plutôt on le transcrit et une mention en marge de l'acte modifié en est faite - art. 101 du code civil et 857 du C.P.C.

Il n'y a pas lieu à rectification d'un acte de naissance qui n'a pas été dressé dans les trois jours. Il y a rectification quand il y a déjà un acte existant, s'il n'a pas été fait de déclaration dans les trois jours de l'accouchement. Il faut un jugement déclaratif de naissance qui n'est pas rectificatif.

Autorité relative du jugement de rectification

Le jugement qui intervient en rectification de l'acte de l'état civil a d'autre part, art. 100 du du C.C. une valeur et une autorité relative. Il ne pourra être opposé qu'à ceux qui y ont été parties, non aux tiers, de sorte qu'il pourra se présenter des cas curieux.

Un enfant est inscrit comme étant né de père et mère inconnus. Il intente une action en rectification d'état civil, car il a fait antérieurement

Source : BIU Cujas

la preuve qu'il est né de tel père. Cette action en rectification il l'intente contre deux frères, et il oublie de mentionner ses soeurs. En raison de l'art. 100, il sera le frère de ses frères, mais il ne sera rien à ses soeurs. Cela est singulier, mais c'est l'application de l'autorité relative. Et ici il n'y a pas de doute: l'art. 100 impose l'autorité relative.

B. La rectification administrative

La rectification d'un acte de l'état civil, quand elle est faite par une ordonnance, un jugement ou un arrêt, suppose des frais et il peut paraître scandaleux qu'un enfant qui est porté sous un prénom qui n'est pas le sien, soit, de par la faute d'un officier de l'Etat civil, obligé de payer tous les frais. Et on avait proposé de laisser à la charge de l'Etat les frais, c'est-à-dire de ne pas réclamer de frais à celui qui agit en rectification. Mais cette demande a été écartée car on a fait remarquer que cela augmenterait le nombre des demandes en rectification. Et comme, à la suite de la guerre, il y a eu beaucoup d'actes qui ont été dressés dans des conditions déplorables, on a introduit à côté de la rectification judiciaire, la rectification administrative.

Elle s'explique par les inconvénients que présente la rectification judiciaire

La rectification administrative s'explique par les inconvénients de la rectification judiciaire. La rectification judiciaire est coûteuse et, s'il s'agit d'une rectification orthographique, elle peut entraîner des frais hors des proportions avec l'intérêt en jeu.

Cette rectification judiciaire, d'autre part, est incertaine, car il y a des tribunaux qui admettent trop facilement la rectification, et d'autres qui, se considérant comme les gardiens des actes de l'état civil, ne veulent permettre que rarement la rectification. Or il est arrivé, au cours de la guerre de 1914-19, que de nombreux actes avaient été mal rédigés. A la suite de la mobilisation générale des officiers d'état civil, souvent mal préparés à leurs fonctions étaient restés dans les communes. Les secrétaires de mairie, généralement les instituteurs, étaient partis de sorte que les actes de l'état civil ont été souvent très mal rédigés.

C'est pourquoi deux lois sont intervenues, une du 30 Sept. 1915, l'autre du 18 avril 1918 et elles ont permis de rectifier gratuitement, rapidement, pratiquement les actes de décès des militaires, et ont confié le soin de cette rectification aux Ministères de la Guerre et de la Marine. C'est d'ailleurs une législation mal faite comme toute notre législation de guerre.

Source : BIU Cujas

A dire vrai, les inconvénients de la rectification judiciaire n'étaient peut-être pas invincibles. On aurait pu obtenir des garanties, faire surveiller la rédaction des actes. Quoi qu'il en soit, ce système de rectification administrative existe encore. Il est soumis à des conditions qu'il faudra préciser avant de montrer son mode de réalisation.

Conditions auxquelles obéit la rectification administrative. a) Il faut qu'il s'agisse d'actes de décès de militaires. b) Il faut qu'il s'agisse d'actes ayant été dressés depuis le 2 août 1914

La rectification administrative ne vaut que pour les actes de décès, ce qui exclut les actes de naissance et les actes de mariage. Il ne vaut que pour les actes de décès qui contiennent des lacunes ou des erreurs, et pourvu que le fait du décès, et l'identité du décédé ne soit pas douteuse.

Elle ne vaut que pour les militaires et les marins de l'Etat, ou les personnes employées à la suite des armées, et cela exclut les marins de commerce.

Il faut enfin qu'il s'agisse d'actes ayant été dressés depuis le 2 août 1914, et par conséquent cette rectification est soumise à des conditions assez strictes. Elle ne s'impose jamais, et l'administration peut ne pas l'accorder. En fait, la rectification administrative donne toujours lieu à une instruction assez sérieuse de l'affaire, et il y a eu beaucoup de rectifications administratives, il y en a même eu trop, car il y a eu des erreurs, du fait de la rectification.

La rectification administrative peut avoir des objets divers

La rectification administrative peut avoir pour objet des modifications, des additions ou des suppressions.

Il peut y avoir tout d'abord des modifications dans le prénom ou l'orthographe d'un nom, l'âge, le domicile et, avant la guerre, dans les titres et distinctions honorifiques. Il peut y avoir lieu à des additions: la date du décès était inconnue, mais on arrive à la déterminer. Il y a lieu à rectification et beaucoup de rectifications ont eu lieu afin de faire insérer dans l'acte de décès des militaires morts depuis 1914, la mention "mort pour la patrie". Enfin une suppression peut avoir lieu quand on a indiqué une mention en trop, ou quand on a fait état d'une filiation reconnue inexacte.

La rectification administrative peut-être opérée d'office

La rectification administrative peut être opérée d'office. Elle l'est par le Ministère de la Guerre ou de la Marine, qui au reçu de l'acte de décès, aux armées, aperçoit l'erreur et procède à la rectification de l'erreur, sur la demande du maire qui fait transcrire l'acte, et sur la demande des parties intéressées. La rectification n'est pas opérée directement par les soins du Ministère de la guerre ou de la Marine. Il faut qu'on passe par le

Source : BIU Cujas

maire de la commune où était domicilié le décédé.

Mais, même si le Ministère lui signale une lacune ou une erreur, le maire n'en doit pas moins transcrire l'acte original, l'acte contenant la lacune ou l'erreur, puis il fait, en marge, la mention additive la suppresion demandée par le Ministère de la Guerre ou de la Marine.

II. De la reconstitution des actes de l'Etat civil Il peut en être ainsi dans le cas où un acte de l'état civil est nul

Arrivons maintenant à la reconstitution des actes de l'Etat civil. La situation est différente. Un acte de l'Etat civil est nul, ou bien il a été dressé et a été perdu, ou bien il n'a jamais existé.

C'est qu'en effet un acte de l'état civil, d'une part, peut être nul. Il ne faudrait pas croire que toutes les formalités établies par la loi en matière d'acte de l'état civil ait été à peine de nullité. La loi ne dit rien à cet égard, elle ne précise pas les cas de nullité. Et ici encore il faut se demander si on va admettre la nullité de toutes les mentions requises par la loi. Non certes. Il faut rechercher quelles sont les mentions substantielles, c'est-à-dire fondamentales et, en l'absence d'un texte formel, ce ne seront que ces mentions substantielles qui entraîneront la nullité de l'acte. Dès lors il y a un grand intérêt à déterminer les énonciations substantielles dans l'acte. Quelles sont-elles ?

Les éléments essentiels d'un acte, tiennent d'abord à l'officier de l'état civil. Un acte de l'Etat civil rédigé sans qu'il y ait eu un officier de l'Etat civil est un acte absolument nul. Et il en est de même quand l'officier de l'état civil est incompétent. C'est le maire d'une commune voisine, qui, pour faire plaisir, pour rendre service, va à la mairie et signe un acte. Il n'était pas compétent, l'acte est entièrement nul.

De même, il y a nullité quand un registre n'existe pas, quand il n'y a pas le registre. Le cas est très rare. Il ne s'est réalisé que dans des circonstances exceptionnelles, ou bien il faut supposer un acte de l'état civil dressé sur une feuille volante, au café, par exemple, et qu'on a oublié de recopier. Cette feuille volante, d'après la jurisprudence, vaut comme commencement de preuve par écrit, et des exemples s'en sont rencontrés pendant différentes guerres, notamment en 1870 et en 1914.

Telles sont les mentions essentielles. Par conséquent la nullité d'un acte de l'état civil ne résultera pas d'autres conséquences, elle ne résultera pas, par exemple, du fait que l'officier de l'état

Source : BIU Cujas

civil ou un déclarant n'a pas signé.

La pratique n'a révélé de difficultés qu'à propos de la signature de l'officier de l'état civil. L'omission de la signature de l'officier de l'état civil a semblé à beaucoup devoir entraîner la nullité. Mais il faut rappeler, à cet égard, une Ordonnance du 26 novembre 1823, qui a déclaré qu'il n'y avait pas d'inexactitude et qu'un acte était parfaitement régulier quand l'officier de l'état civil l'avait signé plusieurs jours, même plusieurs mois après. Donc cet acte peut être validé après coup, par conséquent, c'est qu'il n'est pas absolument nul. Et on comprend très bien alors qu'un jugement vienne simplement le rectifier, en ajoutant ou en disant qu'on ajoutera une signature.

C'est la solution qui est admise. D'ailleurs il est rare que l'officier de l'état civil ne signe pas les actes. Dans les cas où cela se présente c'est qu'on l'a oublié. Et ce n'est qu'en fin d'année, par exemple au moment où il y a une certaine surveillance exercée par les Parquets qu'on s'aperçoit de l'omission. Mais, si la personne est morte, que faire ? Il ne faut pas considérer l'acte nul, mais admettre qu'on peut rectifier l'acte.

Ou dans le cas où l'acte de l'état civil n'a jamais existé ou n'existe plus

L'acte, d'autre part, peut n'avoir jamais existé ou ne plus exister. Peut-on le reconstituer ? En principe, il semble que cela n'est pas possible. Un acte ne peut être produit, il faudra donc faire la preuve par d'autres moyens que par l'acte de l'état civil s'il y a d'autres moyens. Un jugement pourrait-il faire la preuve de ce que contenait l'acte, quand l'acte a existé ? Il a été détruit. Quelle preuve peut-on admettre ?

La jurisprudence admet qu'on peut, au fond, prouver la perte d'un acte, car, il s'agit de l'inexistence d'un acte, mais il faut que cette preuve soit bien établie. Et alors on pourra admettre la preuve, même par témoins, de ce qu'aurait pu contenir l'acte de l'Etat civil. L'art. 46 du code dit en effet que quand il n'aura pas existé de registres, ou que les registres seront perdus, la preuve en sera reçu par titres et témoins, et que les mariages les naissances et les décès pourront être prouvés par les registres et les témoins. La jurisprudence applique ici l'art. 46 du C.C. et elle admet la reconstitution d'un acte de l'état civil en cas de perte ou d'inexistence. Elle va même plus loin. Elle assimile à l'inexistence des registres, le cas où les registres ont été tenus régulièrement. Par exemple, pendant quelque temps, on n'a pas tenu de registres. La jurisprudence a admis l'équivalence entre la te-

Source : BIU Cujas

nue irrégulière, par suite de l'absence de certains actes, et l'irrégularité consistant en des ratures ou des mutilations. Elle rapproche et assimile les mutilations les ratures et la destruction.

Enfin, la jurisprudence a admis, quand un intéressé prétend qu'il y a eu une omission dans un acte qui est le sien, qu'il faut assimiler la preuve par témoins, et toutes preuves, s'il s'agit de la naissance et du décès, si l'individu n'est pas parmi les personnes qui pouvaient faire la déclaration. Il s'agit d'un acte isolé, sinon on serait dans le cas où le registre n'a pas été tenu pendant quelque temps.

La preuve par témoins est écartée par la jurisprudence en ce qui concerne les actes de mariage.

Toutefois pour les actes de mariage, la jurisprudence fait remarquer d'abord, en fait, que si celui qui invoque un acte de mariage dit qu'il n'y a pas eu acte de mariage, c'est sa faute, car on sait qu'il en faut un. Mais pour l'acte de naissance et pour l'acte de décès le principal intéressé n'est pas là.

D'autre part, en droit il existe un texte, l'art. 1994 qui écarte, d'une façon absolue, la preuve par témoins pour les mariages. Ainsi, quand il n'y a aucune preuve qu'un acte a été dressé ou bien qu'aucun acte n'a été rédigé on peut arriver à prouver qu'il aurait dû être dressé des actes et quel est le contenu de ces actes.

La double preuve exigée par l'art.46 du C.C.

L'art. 46 suppose dans ces différents une double preuve. Il faut d'abord une preuve préalable concernant l'inexistence de la perte des registres ou une mutilation ou une omission. Mais il faut ensuite la preuve d'un fait principal c'est-à-dire la preuve de la naissance ou du décès et ce fait principal peut-être établi par tous les moyens(art. 46).

Le jugement qui intervient en cette matière à une valeur absolue

En vertu de l'art. 46 un acte va donc pouvoir être reconstitué à titre d'acte de l'état civil par un jugement.

Mais ce jugement quelle autorité va-t-il avoir? Puisque la loi dit que c'est un acte de l'état civil, il faut lui donner une valeur absolue. Il vaudra à l'égard de tous. Il va en résulter, il y aura un grand intérêt à savoir si on est en présence d'un jugement rectificatif, ayant une valeur relative ou d'un reconstitution ayant une valeur absolue.

La reconstitution des actes de l'état civil disparus pendant la commune

La reconstitution a été permise, à la suite de la guerre, et dans des cas spéciaux. Il faut la laisser de côté dans ses inconvénients qui ont abouti à la loi du 15 décembre 1923. Il faut seulement rappeler, en raison de son intérêt considérable, la reconstitution des actes de l'état civil pendant la commune Le 24 Mai 1871 la cité brûlait, le Palais de Jus-

Source : BIU Cujas

tice, l'Hôtel de ville, et toutes les archives furent incendiées. Ces incendies étaient dus plus, il faut bien le reconnaître, à des malfaiteurs de droit commun qu'aux membres de la commune. Mais tous les anciens registres des paroisses, depuis François Ier, qui n'existaient qu'en seul exemplaire déposés au palais de justice disparurent, et tous les registres en double exemplaire de I792 à I859, furent incendiés puisque le palais de justice et l'hotel de ville brûlèrent.

La perte était considérable. Seuls furent sauvés les registres qui se trouvaient dans les mairies d'arrondissement, depuis le Ier janvier I860. Cette perte avait un intérêt historique considérable, pour les anciens registres, et elle avait un intérêt pratique plus grand que les registres de la période antérieure à 1860. Une loi du 18 juillet I87I prit des mesures provisoires, en vue de reconstituer les registres de l'état civil. Ces mesures furent ordonnées par la loi février I87I; On procéda par voie administrative. Une commission spéciale avait été établie. On rechercha partout, dans les registres des paroisses, on demanda les titres des particuliers, les actes de naissance qui avaient été délivrés. Mais on n'arriva jamais à la reconstitution complète, même pour la période immédiatement antérieure à I860. Et, en I896, on abandonna les travaux, la commission ne trouvant plus d'aliments. Mais il fut bien établi qu'on pourrait encore par la suite, procéder à une reconstitution partielle, dans les conditions établies en I896.

III. La suppléance aux actes de l'état civil

Enfin, il est des cas où il est impossible de se passer d'acte de l'état civil. Voici un enfant qui ne peut retrouver les actes concernant ses parents. Comment faire ? S'il veut se marier, par exemple, on ne peut l'en empêcher.

La loi du 11 juillet I929.

Des lois successives ont modifié à cet égard les art. 70 et suivants du code civil, et, à l'heure actuelle, l'art. 7I tel qu'il résulte de la loi du 11 juillet I929, permet de remplacer l'acte de décès des père et mère de l'enfant qui pourra ainsi se marier, sans avoir à fournir le consentement de ses parents, par un acte de notoriété. Ainsi, dans ce cas, il y a suppléance par un acte de notoriété. Et on verra les art. I49 et I55 du code civil qui prévoient la suppléance d'un acte de l'état civil, par le serment.

La loi du 16 novembre I9I6

Mais, pendant la guerre, alors qu'une grande partie des Français ne pouvaient pas se procurer les actes de l'état civil qui se trouvaient en pays envahis, la loi du 16 novembre I9I6 a réglé la sup-

Source : BIU Cujas

pléance aux actes restés dans les pays envahis. Et elle l'a fait par des moyens d'acte de notoriété (loi du 16 novembre 1916 art. Ier). Ces actes de notoriété étaient reçus dans les conditions prescrites aux art. 70 et 71 du code civil et c'était le juge de paix quiles dressait, sans aucun frais.

Ces actes de notoriété n'ont plus d'application de nos jours, mais, dans la pratique, on les rencontre encore, puisque bien des mariages se sont faits sur ces actes. Mais il ne subsiste aujourd'hui que les actes de notoriété prévus par les art. 70 et 71.

DEUXIEME PARTIE

LES DROITS DE FAMILLE

Les droits de famille comprennent les relations juridiques entre les parents et les enfants et les mesures de protection des incapables. Qu'est-ce que la famille

Les droits de famille comprennent le mariage, les relations juridiques entre les parents et les enfants, et l'organisation des mesures de protection des incapables. Mais qu'est-ce que la famille, comment s'est-elle développée, et que comprend-elle ?

La famille n'est certes pas ce qu'elle était à Rome ou dans l'ancien droit, et l'histoire révèle qu'elle a subi des transformations nombreuses, transformations qu'il faut retracer en recherchant, d'une part, si la famille n'est pas allée en diminuant de compréhension, si non n'a pas confondu longtemps, et si on ne confond pas encore le lien de famille et le lien de parenté.

En un sens large, la famille c'est l'ensemble des personnes unies par le mariage, la parenté ou l'alliance, et c'est confondre, dans une certaine mesure, le lien de parenté et le lien de famille. Or il y a là deux choses différentes.

Distinction du lien de famille et du lien de parenté

Il faut le montrer, mais auparavant il convient de rechercher si, dans l'histoire, elles ont été distinguées.

Le lien de famille et la parenté diffèrent cependant quant à leur nature, quant à leur origine quant à leurs effets, et quand à leur mode d'établissement.

Quant à leur nature

D'abord par la nature, la famille dans tous les temps, s'est présentée comme une organisation sociale, et elle était un groupement reconnu par la coutume ou par la loi. Elle a varié dans le temps et l'espace, tandis que la parenté est un lien naturel, fondé sur la naissance, et essentiellement sur la communauté

Source : BIU Cujas

de sang.

Quant à leur source

Quant à leur source, quant au fait qui les établit, le lien de famille apparaît comme un lien volontaire, le lien de parenté est un lien naturel. A la base du lien de famille, il y a un acte de volonté, le mariage, l'adoption, ou la reconnaissance d'un enfant qui peut être obtiendra le rang d'enfant légitime par la légitimation. Au contraire, le lien de parenté dérive de la procréation, et il n'est pas purement volontaire.

Quant à leurs effets

Les effets de la famille, d'autre part, sont surtout des effets sociaux, les effets de la parenté sont des effets naturals, ce sont des effets naturels, en réalité, que les empêchements au mariage entre parents proches, entre des personnes qui sont des parents à un degré très voisin et , ce sont encore des effets naturels que les obligations de garde et d'éducation, ainsi que le devoir alimentaire. Au contraire le lien de famille produit des effets sociaux. C'est tout d'abord le droit de puissance paternelle sur les enfants, et ce sont les obligations des parents à l'égard des enfants, enfin c'est surtout le droit de succession.

La législation française ne fait pas de distinction quant à la preuve, en ce qui concerne le lien de famille, lien volontaire et le lien de parenté, lien naturel

Notre législation enfin pourrait reconnaître un dernier intérêt à la distinction, mais elle ne l'admet pas, c'est en ce qui concerne la preuve. Puisque le lien de parenté est un lien naturel, résultant de la procréation, il semble que, puisque c'est un fait pur et simple, la preuve devrait être possible par tous les moyens. Au contraire, le lien de famille, basé sur la volonté, ne devrait pas pouvoir être prouvé par tous les moyens. Mais ceci n'est pas admis par le législateur français.

Historique de la famille Le régim du matriarcat

La confusion a été faite à peu près de tous les temps à cet égard. Evidemment, à l'origine des temps, les tribus ne connaissaient qu'une proximité sexuelle d'où résultait une parenté collective, non individuelle. L'enfant était un fils de la tribu, il n'était à personne, et se rattachait simplement à la tribu. Il n'y avait pas de famille, tout se résumait dans la tribu. Puis, une transformation s'opéra dans la notion de la parenté et la famille apparut à la suite de cette transformation. La parenté de collective, devint individuelle, et c'est le régime du matriarcat qui se présente. C'est un progrès considérable. L'enfant se rattache à la mère. Toute la parenté est maternelle. Le père c'est le parent mâle, le plus proche de la mère, ce qui ne veut pas dire que ce soit le père réel, c'est souvent le frère de la mère, mais la famille apparaît déjà par le rattachement à la mère.

Source : BIU Cujas

Le régime du patriarcat

Toutefois, c'est seulement quand le patriarcat sera admis, que la famille existera réellement On va, en effet, établir un lien durable entre la mère et le mari. Le mariage va se développer, et on attribuera au mari la paternité des enfants nés de la mère. C'est du régime du patriarcat que date seulement le lien familial.

La famille à Rome

La famille romaine est fondée sur l'idée d'autorité: sur la patria potestas. La famille alors c'est la famille patriarcale, c'est une institution qui a une unité sociale, politique, religieuse et économique. Elle est soumise à la souveraineté du pater familias. Elle forme un groupe distinct ayant sa vie propre, sa vie religieuse, sa vie économique propre. Elle se suffit au point de vue économique. Le travail est réparti par voie d'autorité et les services s'accomplissent par la coopération familiale.

La propriété est familiale. A l'époque classique, il est vrai que la famille romaine a perdu son caractère politique, que son caractère religieux a été altéré, mais elle reste une communauté sociale et économique.

La notion de propriété va disparaître, avec le développement de la propriété privée, à côté de la propriété familiale; c'est l'agnation, la cognation etc... Mais il suffit d'avoir montré que la famille romaine constitue, à l'origine, une communauté sociale, politique et économique.

La famille dans l'ancien droit

A ce type romain on peut opposer le système de la famille dans le code civil. Il faut laisser l'ancien droit. En effet, dans les pays de droit écrit c'est la famille romaine qui est consacrée et dans les pays de coutumes on applique une conception voisine car elle est dominée par l'idée d'autorité.

La famille dans le C.C.

Dans le code civil, au contraire, on rencontre des idées assez différentes car on reconnaît à chaque membre de la famille des droits individuels, quant à sa personne, quant à son patrimoine. Mais l'idée de puissance subsiste en 1804, quant à l'autorité du mari comme chef de la famille, et comme chef de la communauté.

Quant à l'autorité du père sur les enfants, le code civil confond le lien de parenté et le lien de famille. Il y a une seule famille, celle qui dérive de la volonté par le mariage, ou l'adoption. Il n'y a qu'une seule famille, c'est la famille légitime. Le C.C. ne reconnaît pas encore le droit des enfants naturels à figurer dans la famille, et comme on ne peut pas cependant ne pas se préoccuper des enfants à l'égard de la mère, si, dans le C.C. on

Source : BIU Cujas

reconnaît des droits aux enfants naturels, c'est par rapport à la mère.

Transformations subies par la famille depuis le code civil

A cette époque encore la famille constitue une certaine unité économique. Il y a plus de cent ans, la famille était encore un organe de protection. Dans la famille on avait encore un travail organisé qui suffisait souvent à nourrir la famille tout entière. En 1804 on filait encore, on tissait, on tuait le bétail nécessaire pour fournir la viande aux membres de la famille, et on récoltait à peu près ce qu'on consommait.

De nos jours, cette situation a complètement changé. Cette unité économique de la famille a disparu. L'usine a contribué à la destruction du foyer familial car il faut que la femme travaille ainsi que les enfants, bien avant 21 ans, et il en résulte l'abandon du foyer familial.

D'autre part, les droits des individus se sont accentués. La notion d'autorité qui paraissait encore bien étendue, dans le code civil, a diminué, et on a vu apparaître l'idée de protection de la femme et des enfants. Le devoir d'obéissance pour les uns et pour les autres est moins accentué. Le divorce a rendu moins solide le lien du mariage et la femme participe, de plus en plus, à l'administration des biens communs, et il y a une séparation de plus en plus nette entre les patrimoines des époux, d'une part, et les patrimoines des parents et des enfants d'autre part.

L'idée de puissance a fait place à une idée de protection, et on en est venu à considérer que le père avait, à l'égard des enfants, moins des droits que des devoirs, et qu'il exerçait une fonction sociale, à l'égard de la femme et des enfants.

Le rôle de la famille est très limité aujourd'hui. Elle n'est plus un groupement religieux ou économique. On dit volontiers que la cellule sociale est devenue l'individu, et tout une série de fonctions qui appartenaient autrefois à la famille sont passées à l'Etat.

De ce rôle de la famille on a voulu conclure en deux sens opposés. 1° On a voulu reconstituer la famille moderne sur un type nouveau.

2° On a voulu la détruire complètement.

Certains économistes, notamment l'école de le Play ont voulu reconstituer la famille moderne sur un

Certains économistes, notamment l'école de le Play, ont voulu reconstituer la famille en constatant que ce sont les peuples chez lesquels la famille est le plus solide, qui sont les peuples les plus forts, et que partout où la famille est fortement organisée, la moralité est

Source : BIU Cujas

type nouveau

respectée. Le Play voulait rendre la famille stable, pour empêcher qu'elle se désagrège. C'est la théorie de la famille souche de Le Play.

Critiques de la théorie de Le Play

Cette théorie est encore invoquée dans bien des livres, mais elle est inacceptable car tout évolue, la famille comme le reste et il n'est pas sûr que la restriction du domaine de la famille soit aussi gravé en réalité.

A l'opposé, certains auteurs ont préconisé la destruction de la famille

A l'opposé, la doctrine socialiste et communiste estime que le véritable obstable ou collectivisme et au communisme, c'est la famille. La famille consacre, en effet, l'inégalité entre la famille légitime et la famille naturelle, et surtout l'inégalité qui résulte du droit de succession, enfin elle maintient, par l'éducation des idées politiques sociales et religieuses contraires aux tendances collectivistes ou communistes.

Certes la famille a eu son utilité disent-ils, mais cette utilité a disparu aujourd'hui. Il faut la supprimer, la remplacer. Et chez les Soviets on admet, sans doute, encore le mariage mais on encourage l'union libre. Le socialisme admet une vie de couples plus ou moins unis, s'écoulant, pour les jeunes, dans les Hôtels, et, pour les vieillards, dans les Hospices. Mais que fait-on de l'enfant ? Il est à tout le monde. Jusqu'à deux ans il est à la mère, mais, à partir de deux ans, les parents doivent céder l'enfant à l'Etat, ainsi que tous leurs droits sur lui. L'enfant va dans une école dans un atelier d'apprentissage en vue de recevoir l'instruction et l'éducation, les malades vont dans les hôpitaux, et lesvieillards dans les hospices. Quant aux adultes, bien entendu, ils vont travailler Naturellement, tout ceci s'accompagne de restaurants, de théâtres, de cinémas, et on voit combien l'on peut broder sur ce thème.

Critique de cette théorie

Le plus grand défaut du socialisme, toujours le même, c'est de trop faire abstraction de la nature humaine. Quoi qu'on en puisse dire, le rôle de la famille n'est pas inutile. La famille conserve sa place entre l'individu et l'Etat, et c'est elle qui doit être la véritable cellule sociale.

Malheureusement, ces idées si simples et si naturelles sont surtout défendues en France, par ceux qui veulent les utiliser pour un but religieux elles n'en sont pas moins vraies. Certes la famille s'est resserrée, mais faut-il s'en plaindre? La vie sociale moderne est si agitée que le besoin se faut sentir plus vivement d'un petit cercle fermé où règne l'affection et la confiance. Et la famille qui reposait autrefois sur un rapport de

Source : BIU Cujas

domination reste un groupement social, surtout parce qu'elle est un groupement moral.

Ce n'est plus une institution de production. Son but est limité la communauté de vie. Elle règle seulement la consommation, mais elle peut contribuer à la réalisation de buts moraux et idéaux.

De nos jours la famille est surtout un groupement qui repose sur des liens moraux

Elle se réduit de plus en plus à un petit groupe. Elle comprend le père, la mère, les enfants mineurs et certains collatéraux proches, frères et soeurs ou leurs descendants. Elle comprend moins encore quand on parle du bien de famille, mais , même ainsi limitée, la famille a des droits et des obligations, chacun de sès membres a des droits et des devoirs et l'idée à laquelle il faut arriver, c'est que le rôle de la famille est considérable, mais qu'elle est devenue un groupement présentant surtout un intérêt moral. Il n'y a pas ici, de lien juridique véritable, mais des liens moraux qui sont si puissants qu'ils assigent un rôle considérable à la famille dans la société, car ils correspondent véritablement à un besoin de la nature humaine.

Le législateur a écarté la distinction entre ce lien de parenté et le lien de famille En ce qui concerne la preuve

De cette distinction entre les liens de parenté et les liens de famille devraient résulter des conséquences très importantes. Or, ces conséquences sont nettement écartées par le code civil et on n'aura pas à y revenir, mais il faut noter dans quelle mesure le code civil les a écartés.

Si on admettait la distinction entre le lien de famille et la parenté, il en résulterait d'abord que lelien de parenté, pourrait toujours être prouvé: au contraire, le lien de famille devrait n'être prouvé que sous certaines conditions. Or, le code civil a admis que le lien de parenté ne pouvait être prouvé par tous les moyens, et il a établi un régime assez complexe de preuve de la filiation, alors que la procréation est un fait qui devrait être prouvé par tous les moyens, le C.C. n'en admet pas la preuve par tous les moyens.

En ce qui concerne les effets

Et, puisque la famille repose sur une idée de lien volontaire, quand il n'y a pas, à la base de l'entrée dans la famille une volonté, on ne devrait pas admettre que des effets aussi complets soient produits. Or le législateur, à cet égard, a écarté cette distinction lorsqu'il admet que l'enfant qui est simplement reconnu en justice, c'est-à-dire par une reconnaissance forcée a autant de droits que l'enfant qui a été reconnu volontairement. L'enfant naturel qui a fait établir en justice, sa filiation a, à l'encontre de son père ou de sa mère, les mêmes droits que l'enfant reconnu volontairement par son père ou sa mère.

Il faut donc laisser de côté cette distinc-

Source : BIU Cujas

tion entre le lien de famille et le lien de parenté, distinction qui est très importante, mais qui a été écartée par le législateur.

D'où trois chapitres à parcourir.

Chapitre I - Le mariage,

Chapitre II - La filiation

Chapitre III -Organisation de la protection des incapables dans la famille.

Chapitre I

LE MARIAGE

Définition du mariage

Le mariage est un contrat solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union qu'ils ne peuvent rompre que dans des cas prévus par la loi.

De cette définition, il résulte que le mariage est un contrat, que c'est un contrat solennel, qu'il établit une union d'existence et de destinée et qu'il a une indissolubilité relative.

Le mariage est un contrat

Le mariage, tout d'abord, est un contrat il est le résultat d'un accord de volonté, et, comme tous les contrats, il crée des obligations.

On l'a contesté pour dire, soit qu'il était une institution créée par la loi, et non un contrat, en montrant que sa formation n'était pas absolument libre comme celle des autres contrats, ou bien en soutenant que le mariage était un Etat. Mais ces objections ne mettent pas obstacle à la qualité du contrat de mariage.

Il est d'une part exact que le mariage n'est pas un contrat réglé par les parties, l'autonomie de la volonté n'y est pas absolue, mais cela ne veut pas dire qu'on ne soit pas en présence d'un contrat, et si on prend la définition de l'art. IIOI du C.C. du contrat, on voit que le mariage y entre entièrement; c'est une convention, en effet, par laquelle, une ou plusieurs parties s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire, ou à ne pas faire une chose. L'art. IIOI couvre donc ce contrat qu'est le mariage.

D'autre part, reconnaître que le mariage est un état n'aboutit pas à lui refuser le caractère de contrat, car quand on dit que le mariage est un état, on veut dire qu'il a une durée indéterminée, c'est tout.

De l'idée de contrat on a voulu déduire l'impossibilité pour les époux de rompre le mariage par volonté unilatérale cela est très juste. Il n'y a plus dans le droit français divorce par le consen-

Source : BIU Cujas

tement d'un seul. Mais, avec l'idée de contrat, il faudrait admettre le divorce par consentement mutuel, et, de même que dans un contrat le mutuel dissentiment peut faire disparaître le contrat, le mutuel consentement desparties pourrait faire disparaître le mariage. Or il n'en est pas ainsi dans notre droit, car le divorce par consentement mutuel n'est pasadmis.

Le mariage est considéré par certains auteurs comme un contrat civil

Le mariage est un contrat civil, c'est-à-dire que le mariage est laïcisé, qu'il n'a plus, au regard de la loi, le caractère religieux, libre aux parties de le considérer comme tel, si elles le veulent, mais il faudra d'abord que le mariage civil ait eu lieu, avantqu'on célèbre le mariage religieux.

Il en a été longtemps autrement en France. Le mariage n'est devenu une institution laïque que depuis la Révolution française. Au cours de l'ancien droit jusqu'à la fin de l'Empire romain, l'Eglise ne put pas imposer le mariage religieux, mais, à partir du Xème siècle, profitant d'un affaiblissement de la royauté, elle imposa son autorité, tant pour la législation du mariage que pour la juridiction matrimoniale. Tout mariage était religieux. L'Eglise en posait les conditions, les effets, et le droit canonique était très complet sur ce sujet. Avec la réforme, un mouvement de réaction se dessina. Tous les français n'étaient plus catholiques, et le pouvoir royal en prit l'occasion pour tenter de recouvrér une certaine autorité dans les questions matrimoniales. C'est la juridiction matrimoniale d'abord qui fut ressaisie. Ce fait fut facilité par cette circonstance que les juges royaux avaient presque toujours gardé compétence à l'égard des problèmes pécuniaires. Le pouvoir législatif fut reconquis par la suite, et des ordonnances royales, prescrivirent les procédés suivants. On permit aux parents de deshériter les enfants qui s'étaient mariés sans leur consentement, ordonnance de I556. On admit la déchéance des droits héréditaires, même ordonnance, on admit le mariage de non-catholiques. Mais la sécularisation complète devait partir de la Révolution française.

La constitution de I79I porte que la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil, et un décret organisa la célébration du mariage devant un officier public.

Une loi du 18 Germinal an IO, établissant le Concordat posa, pour la Ière fois, la règle de l'antériorité du mariage civil.

Source : BIU Cujas

Le Code civil ne fit qu'adopter ces principes du droit intermédiaire, mais il n'a pas reproduit la formule de I79I, en reconnaissant cependant très nettement que le mariage est un contrat civil. En effet dans les art. I99 et 200 il a confirmé le régime de l'antériorité du mariage civil, par rapport au mariage religieux, il est interdit au curé ou au desservant de procéder au mariage religieux sans avoir la preuve du mariage civil, et la loi de I905 sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat qui a abrogé la loi de I8II n'a pas modifié les textes pénaux antérieurs .L'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux est donc définitivement acquise

Le mariage est un contrat solennel

Le mariage est, d'autre part, un contrat solennel; il doit être célébré par un officier public, et il est soumis à des conditions de forme.

Beaucoup d'auteurs disent que dans le mot "célébré" il y a un souvenir du temps où le mariage était religieux. Et il est vrai que la législation du mariage moderne se rapproche beaucoup de la législation canonique.

Le mariage n'est pas un contrat consensuel, dans lequel la volonté des parties domine, et, depuis la loi du 25 septembre I792 qui a été reproduite par le code civil dans l'art. 75, le mariage estdressé par un officier de l'Etat civil, au nom de la loi, dans la maison commune, en présence de témoins.

Il en résulte que les promesses de mariage n'ont plus l'autorité qu'elles avaient dans le droit canonique

Il en résulte que les promesses de mariage n'ont plus l'autorité qu'elles avaient, en droit canonique. Elles ne sont pas tenues comme créant des obligations entre les époux, et il n'est pas douteux qu'elles ne peuvent pas avoir de force obligatoire, puisque, dans le mariage, la liberté des parties doit être entière. Peu importe que les promesses de mariage aient été faites en famille, d'une façon plus ou moins solennelle, elles laissent pleine liberté à la volonté des futurs époux.

Leur importance dans le droit moderne

Mais, ainsi qu'en tout autre matière, il peut y avoir des abus, et une rupture abusive des promesses de mariage peut donner lieu à des dommages-intérêts. C'est encore l'art. I382 qui réapparait, pourvu que ses conditions soient présentes et ces conditions d'application de l'art. I382 sont qu'il y ait d'abord une faute, commise par une partie et, en second lieu, que cette faute ait causé un préjudice, enfin il faut qu'il y ait un rapport de cause à effet entre le préjudice et la faute. Mais il faut bien reconnaître que quand le préjudice et la faute sont établis, la relation existe,

Source : BIU Cujas

et par conséquent les deux conditions essentielles sont la faute et le préjudice.

Cas où la rupture de fiançailles constitue un délit civil.

Or, il y aura faute, à rompre une promesse de mariage ou des fiançailles, faute constituant un délit civil, quand la rupture aura lieu avec l'intention de nuire à une autre personne, sans motif, par caprice ou par légèreté, quand on ne pourra invoquer de motif sérieux, et ici on pourra faire intervenir les usages mondains, car il faudra tenir compte de la situation sociale des parties, du préjudice résultant des dépenses engagées en vue du mariage: achat de mobilier, de vêtements etc... Puis, à ce préjudice matériel s'ajoute l'atteinte portée à la considération. C'est à celui qui invoque la faute ou le préjudice qu'il appartient de le prouver.

Effet attribué aux promesses de mariage par la jurisprudence au cours du I9ème siècle avant le vote de la loi de I912.

Mais les promesses de mariage ne sont pas absolument dans notre droit, dépourvues de tout effet. Au cours du I9ème siècle, la jurisprudence avait dit qu'elles pouvaient servir de base à la réparation du préjudice causé à la mère abandonnée quand il y avait eu un enfant, à la suite de séduction dolosive, c'est-à-dire de promesse de mariage. Et la loi du 16 novembre I912 qui a permis, en modifiant l'art. 340, dans des cas limitativement déterminés, la recherche de la paternité, dans son N° 2, déclare que l'une des raisons qu'on peut invoquer pour prouver la paternité c'est la séduction accomplie à l'aide de manoeuvres dolosives, l'abus d'autorité, les promesses de mariage ou fiançailles.

La recherche de la paternité naturelle

La solennité du mariage a longtemps eu pour conséquence l'exigence de formalités nombreuses

La solennité du mariage a longtemps eu pour conséquence la nécessité de procéder à des formalités nombreuses. Ces formalités étaient gênantes, coûteuses, et elles avaient dégoûté le milieu ouvrier du mariage. L'union libre s'était développée, et comme il est établi par des statistiques que les unions illégitimes sont moins prolifiques que les unions légitimes, le législateur a cherché à faciliter le mariage.

Mais le législateur a cherché de plus en plus à les réduire pour faciliter le mariage

Le point de départ est une loi de I850 qui a dit à l'officier de l'état civil de réunir tous les papiers nécessaires au mariage des indigents. Les résultats de cette loi ont été très heureux.

Mais nombreuses sont les lois qui sont venues encore simplifier les conditions de forme ou de fond du mariage. Pour ne pas embrouiller les choses, on étudiera seulement le mariage en I930, tel qu'il existe actuellement. On se contentera de citer la date des principales lois qui ont établi ces modifications. Ce sont la loi du 20 Juin I896, encore timide,

Source : BIU Cujas

la loi du 21 juin 1907 plus avancée, la loi du 9 août 1919 la loi du 28 février 1922, la loi du 7 février 1924, la loi du 26 mars 1924, la loi du 8 avril 1927, la loi du 17 juillet 1927, la loi du 4 février 1928, la loi du 31 mars 1929, enfin la loi du 11 juillet 1929. Ces lois ont eu un résultat heureux puisque, d'après les statistiques on voit que de 1897 à 1907, c'est-à-dire avant la loi de 1907, il y avait 297.000 mariages en France par an; de 1908 à 1912 il y a eu un relèvement du nombre des mariages: 308.000 mariages en moyenne. Après la guerre, mais il est vraiqu'il y avait eu une longue période d'abstention à liquider, il y a eu en 1920 622.727 mariages. Depuis 1922, on arrive, avec l'Alsace-Lorraine, à une moyenne de 350.000 mariages par an. Cette moyenne a été d'ailleurs dépassée, mais il semble qu'elle a une tendance à baisser.

Le mariage est une union d'existence et de destinée entre un homme et une femme

Le mariage est en outre une union d'existence et de destinée entre un homme et une femme. Il est inutile d'en dire plus.

Cependant tous les auteurs disent plus. Portalis, notamment, avait proposé une définition qui a été très critiquée, c'est, avait-il dit, l'union de l'homme et de la femme, en vue de la pro-création, et pour partager le poids de la vie et s'aider. On a dit que cette définition comprenait dans la définition les effets du mariage et qu'elle faisait par trop ressentir le poids du mariage. Alexandre Dumas fils a dit que ce devait être un bien lourd fardeau puisqu'il fallait être deux ou trois pour le supporter. Or, il ne faut pas faire rentrer les effets du mariage dans sa définition: de plus, avec cette définition, entre personnes âgées ou le mariage in extremis ne serait pas un mariage, car il n'a pas pour but ni la procréation ni le partage du poids de la vie. Et cette définition ne justifie-t-elle la demande de ceux qui veulent que le mariage puisse être dissous quand les époux n'ont pas d'enfant ? Le droit au divorce serait alors admis en présence d'un époux impuissant .

C'est une union légitime Distinction du mariage et de l'union libre

C'est parce que le mariage constitue au contraire une union légitime entre un homme et une femme et qu'il se distingue de l'union libre et du concubinage. La loi civile n'a pas pu reconnaître l'union libre. C'est un pur fait, qui n'est soumis à aucune condition, qui n'est pas obligatoire, et qui ne produit aucun effet. Toutefois est-il bien exact qu'elle ne produit aucun effet ? L'union libre, en effet, ne présente-t-elle pas certains avantages ? Elle n'entraîne pas l'incapacité de la femme, les

Source : BIU Cujas

parties peuvent se faire des donations réciproques, puisque l'ancienne règle " don de concubin à concubine ne vaut" n'existe plus. Mais le concubinage est toujours nuisible à la femme et le législateur n'a pas pu l'encourager surtout en raison des enfants. Cela n'empêche pas cependant que la loi a reconnu certains effets au concubinage. Ainsi la législation sur les loyers est venue accorder le droit de prorogation aux personnes qui vivaient le locataire dans les lieux loués quand il s'agit d'un locataire mobilisé, et on trouve cette disposition dans la loi du Ier avril 1926. De même, les secours qui ont été attribués à la compagne du militaire ont été accordés aux concubines, ainsi que les allocations. Il y a là, par conséquent, une tendance de la législation à reconnaître des effets atténués au concubinage.

Le mariage est indissoluble sauf le cas du divorce

Le dernier caractère du mariage, c'est qu'il est, en principe indissoluble. Cependant il a fallu admettre le divorce, dans les conditions qu'il nous faudra préciser.

Et, en faisant rentrer l'indissolubilité dans les caractères relatifs au mariage il faudra étudier:

1° - les conditions d'existence et de validité du mariage ainsi que la preuve du mariage.

2° - la sanction de ses conditions

3° - La dissolution oule relachement du lien matrimonial.

Conditions de formation du mariage.

Il faut distinguer, en cette matière, les conditions d'existence et les conditions de validité

En ce qui concerne les conditions de formation du mariage, on utilisera le même plan que pour l'étude desactes juridiques. Quand on a étudié les actes juridiques, on a vu qu'il était possible de classer ces conditions en deux catégories, en y attachant, comme intérêt, une sanction différente. Il faut étudier ici, par conséquent, d'abord les conditions d'existence du mariage, puis on étudiera les conditions de validité du mariage.

Intérêt de cette distinction

L'intérêt de cette distinction c'est donc qu'en principe, une nullité absolue sera rattachée aux conditions d'existence, alors qu'une nullité relative sera attachée aux conditions de validité. Mais il ne faut pas considérer la théorie des nullités comme constituant un cadre rigide, et on va voir qu'il y a des exceptions, et qu'après tout le législateur, ici comme partout, cherche à obtenir, par une sanction, qui se modèle sur la condition même, l'exécution de cette condition, l'observation de cette condition.

I- Conditions d'existence du mariage

Etudions donc tout d'abord les conditions d'e-

Source : BIU Cujas

xistence du mariage.

On peut distinguer trois catégories de condition d'existence

Il faut diviser les conditions d'existence du mariage en trois catégories. Ces trois catégories sont, en principe, sanctionnées par la nullité absolue, mais cela n'est pas absolument vrai pour tout le monde.

La première catégorie c'est celle des conditions absolument essentielles. Elles le sont à ce point que des auteurs prétendent qu'elles sont sanctionnées par l'inexistence. Il y a ensuite des conditions moins essentielles dans la forme ou le fonds, qui sont sanctionnées par une nullité absolue. Enfin on verra les empêchements au mariage, dont certains sont susceptible d'entraîner une nullité absolue, alors que d'autres n'entraînent aucune sanction véritable. Tout cela est assez complexe . Et on essaie de donner plus de lumière dans ces questions en rattachant ces conditions à leur sanction.

Ière catégorie Conditions absolument essentielles Elles sont au nombre de trois.

La Ière catégorie, a-t-on dit, comprend les conditions absolument essentielles. Elles sont au nombre de trois. Ce sont:

I°- la différence de sexe,
2° - le consentement des époux,
3° la célébration du mariage.

I° La différence de sexe

La différence de sexe est une condition dont l'évidence n'a pas besoin d'être soulignée. Les tribunaux cependant ont eu à se prononcer à cet égard, mais ils l'ont fait sur l'avis d'experts médecins et bien qu'au fond ce sont l'acte de naissance qui fasse la preuve du sexe. Pour ceux que la question intéresse on peut citer un arrêt de la cour de cass. du 6 avril 1903 S. 1904 -I - 273. On y voit affirmer qu'il suffit que le sexe soit reconnaissable et diffère de celui de l'autre conjoint, pour que la condition d'existence soit remplie.

II- Le consentement des époux

La seconde condition essentielle c'est le consentement des époux. Il y a là une condition qui est formellement réclamée par la loi. Il n'y a pas mariage quand il n'y a pas consentement. Et c'est même le texte d'où on a voulu tirer toute la théorie de l'inexistence, en invoquant la formule même- " Il n'y a pas mariage ". D'ailleurs on reviendra sur ce point en ce qui concerne la sanction de ces conditions.

Ce consentement doit être donné en forme solennelle

De même que pour tout contrat, le consentement est une condition essentielle, mais il s'y ajoute encore, en matière de mariage, une exigence, car le consentement doit être donné en forme solennelle. L'art. 75 du C.C. dans sa dernière partie, s'exprime en effet de la façon suivante " Il (l'officier de l'Etat civil) recevra, de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et

Source : BIU Cujas

femme: il prononcera, au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur le champ".

Le consentement est exigé lors de la célébration du mariage

Le consentement est exigé lors de la célébration du mariage. Il ne suffirait pas d'un consentement antérieur. Et c'est pourquoi les mariages par procuration ne sont pas valables.

Il en résulte l'interdiction des mariages par procuration

On ne peut se marier par mandataire. La liberté absolue des parties doit subsister jusqu'au dernier moment, jusqu'au "oui" sacramentel.

Exceptions apportées à cette interdiction pendant la guerre

Toutefois à cette impossibilité il a été apporté des exceptions pendant la guerre. La loi du 4 avril 1915, votée à une époque où le régime des permissions militaires n'avait pas été encore organisé, avait permis le mariage par procuration des marins et militaires présents sous les drapeaux, et une loi du 19 août 1915 a permis celui des militaires et des marins prisonniers. Un tel mariage n'était admis que pour des causes graves, et il fallait l'autorisation du Ministère de la Justice et de la Guerre ou de la Marine.

L'intérêt des mariages des mobilisés, en temps de guerre, pouvait être d'abord de légitimer un enfant, puis de permettre de réparer le dommage qui avait pu être causé à une fille séduite, ou encore de permettre à cette fille séduite l'attribution d'allocations et, en cas de décès, l'attribution d'une pension.

Une loi du 7 avril 1917 a même permis de reconnaître valable en faveur de la femme et de l'enfant à légitimer un mariage célébré, de bonne foi, par procuration, après le décès du mandant.

Les intentions du législateur étaient louables mais il les avait réalisées d'une façon maladroite. Il aurait été très simple de célébrer le mariage, en présence de la future épouse, de sesparents et de ses futurs parents, après la lecture d'une déclaration authentique faite par le conjoint mobilisé, devant les autorités militaires jouant le rôle d'officiers de l'état civil aux armées. Au lieu de cela, on fit intervenir un mandataire, un représentant, et on lui conféra un rôle tel, que, pendant un certain temps, il était le maître de la situation. Sa maladie,sa mort son absence empêchaient le mariage. Et une circulaire ministérielle était venue ajouter encore aux inconvénients de ce système, en exigeant des conditions rigoureuses pour être mandataire. On avait voulu échapper au ridicule et on y tomba complètement. On ne voulait pas en effet qu'il s'agisse d'un parent ou d'un allié de la future épouse, il fallait un majeur, du

Source : BIU Cujas

sexe masculin. Toutes ces conditions furent critiquées et ridiculisées, mais il ne reste pas moins qu'un certain nombre de mariages furent célébrés de la sorte.

A partir du jour où le régime des permissions fut organisé ce fut un moyen d'obtenir quelquefois plus rapidement un tour de permission, et la loi sur les mariages par procuration ne fut plus appliquée qu'aux prisonniers de guerre.

Il en découle également l'impossibilité du mariage des aliénés

Le consentement des époux étant nécessaire, il faut en conclure l'impossibilité du mariage des aliénés, mais il faudra alors prouver l'aliénation. Et c'est une preuve difficile quand il n'y a pas interdiction judiciaire.

Cependant la jurisprudence dit qu'après l'interdiction judiciaire l'individu peut se marier, dans un intervalle lucide. Mais alors il faut prouver l'intervalle lucide, et cette preuve est très difficile.

3ᵉ la célébration du mariage.

La troisième condition essentielle c'est la célébration du mariage, devant l'officier de l'état civil.

Elle doit se faire selon des formes indiquées et établies dans le long art. 75.

La célébration doit se faire dans la maison commune, en présence de deux témoins

La célébration du mariage doit se faire dans la maison commune, en présence de deux témoins, parents ou non, un témoin par chaque époux. En cas d'empêchement grave, la réquisition du Procureur de la République du lieu de l'arrondissement dans lequel est célébré le mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. Et il en est ainsi en cas de péril de mort imminent.

L'officier de l'état civil célèbre le mariage devant les parties qui comparaissent personnellement

L'officier de l'état civil célèbre le mariage devant les parties qui comparaissent personnellement: il n'y a plus de mariage par procuration. On sait qu'il faut deux témoins.

Le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des 2 époux a son domicile ou sa résidence

La compétence de l'officier de l'état civil est territoriale. Le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des époux a son domicile ou sa résidence, résidence établie par un mois au moins d'habitation continue, à dater de la publication. Les époux ont donc le choix entre leur domicile réel et un domicile matrimonial qui existe pour chacun d'eux. En fait, le mariage est, le plus souvent, célébré au domicile de la femme, que ce domicile soit le domicile réel ou le domicile matrimonial.

Rôle de l'offi-

L'officier de l'état civil joue un rôle actif et c'est toujours l'art. 75 du C.C. qui le dit.

La célébration du mariage débute par la lecture

Source : BIU Cujas

cier de l'état civil dans la célébration du mariage

des textes sur les droits et les devoirs des époux, qui sont fixés par lès art. 212-213-214 du C.C.

Puis l'officier de l'état civil interpelle les époux, et, s'ils sont mineurs, il interpelle leurs ascendants quand ils sont présents, pour leur demander s'ils autorisent le mariage. Il interpelle également les époux sur l'existence d'un contrat de mariage, et, s'il en a été rédigé un, il en demande la date ainsi que le nom et le lieu de résidence du notaire-rédacteur. D'ailleurs il lui est fourni une pièce à cet égard.

Quand l'officier de l'état civil a constaté un défaut de concordance entre les pièces qui lui ont été remises et les affirmations des parties, il doit s'adresser, le plus vite possible, aux époux et, s'il s'agit d'indigents, il doit demander la rectification, s'il y a lieu, dans les conditions précisées par la loi de 1850 modifiée par la loi de 1929.

Puis il demande aux époux s'ils acceptent de se prendre pour mari et pour femme, il reçoit leurs déclarations successives et il prononce, après avoir reçu les deux "oui" nécessaire, le mariage: au nom de la loi il déclare que les parties sont unies par le mariage.

Etablissement de l'acte de mariage

Et le mariage étant célébré à ce moment, il en dresse immédiatement acte. L'acte de mariage doit donc être rédigé aussitôt après la formation du mariage. Il est établi d'avance par l'officier de l'Etat civil, et il est signé par l'officier de l'Etat civil, par les époux, par les ascendants qui donnent leur consentement, en présence de l'officier de l'état civil, et par les témoins.

L'art. 76 du C.C. modifié en 1907, 1919 et 1922 énumère les énonciations qu'il doit contenir, et il n'y a qu'à renvoyer à ces énonciations qu'on va retrouver d'ailleurs en déterminant les pièces qu'il faut remettre à l'officier de l'état civil avant le mariage.

La mention du mariage doit être faite en marge de l'acte de naissance

La mention du mariage doit être faite en marge de l'acte de naissance, par application du même texte.

Les pièces qui doivent être fournies à l'officier de l'état civil

Mais quelles sont les pièces à fournir à l'officier de l'état civil ? - Il y a, de ce côté, bien des difficultés qui ont été soulignées dans un livre de M. Edouard Lévy paru en 1913. Elles sont nombreuses. Toutefois elles ont diminué depuis le C.C. et toutes les lois qui sont intervenues, depuis lors, n'ont eu pour but que de faciliter le mariage car le C.C. exigeait véritablement trop de choses ?

Il faut distinguer à cet égard les majeurs de 25 ans et les majeurs jusqu'à 25 ans.

de la célébration du mariage

Les majeurs de 25 ans n'ont qu'à produire une

Source : BIU Cujas

A) en ce qui concerne les majeurs de 25 ans. Expédition d'un acte de naissance

expédition de leur acte de naissance, pourvu que cette expédition n'ait pas plus de trois mois cf. l'art. 7I du C.C. dans sa dernière modification, par la loi du 11 juillet I929. Il faut, en effet qu'on puisse tenir compte des mentions les plus récentes, qui se trouvent sur l'acte de naissance. Mais un acte de notoriété pourra suppléer à l'acte de naissance cf. les art. 70 et 7I modifiés par la loi du 11 juillet I929.

Certificat de publication et de non opposition

Un certificat de publication et non opposition doit être envoyé d'office et sans délai, par l'officier de l'état civil de chacun des lieux où doit se faire la publication du mariage, par application de l'art. 69 modifié par la loi de I9I9. Ce ne sont pas les époux qui ont à fournir ce certificat, il est envoyé d'office par l'officier d'état civil des communes où les publications sont faites. Et il est inutile de l'envoyer, quand les époux habitent la même commune.

B) en ce qui concerne les majeurs jusqu'à 25 ans et les mineurs

Les majeurs jusqu'à 25 ans, sauf en cas de second mariage ou de subséquent mariage, et les mineurs doivent produire un acte constatant le consentement de leur père et mère, quand ceux-ci sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou un acte de consentement des ascendants ou du conseil de famille. La preuve du décès , de la disparition ou de l'absence des parents doit être rapportée, mais il peut y êtresupplée dans les conditions prévues à l'art. I50 modifié en I924.

Acte constatant le consentement des personnes qui doivent donner leur autorisation au mariage

A défaut des consentements des père ou mère, il faudra l'acte de notification qui leur a été fait tel que le prévoit l'art. I54, texte de I927.

A défaut de consentement, il faut l'acte de notification

Mais toutes ces productions sont rendues inutiles par la présence des parents qui doivent donner leur consentement.

Situations spéciales qui obligent à la remise d'autres pièces

Il y a , en outre, certaines situations spéciales qui obligent à la remise d'autres pièces.

S'il a été fait un contrat de mariage, par exemple, il faut un certificat du notaire qui a reçu ce contrat.

S'il y a eu des oppositions à mariage, il faut une expédition du jugement donnant mainlevée de l'opposition.

Et s'il y a eu une dispense à raison de l'age, de la parenté, de l'alliance, ou une dispense tenant au délai de viduité, il faudra une expédition du décret qui a accordé la dispense.

L'acte de prédécès du conjoint, doit être donné encore, en cas de second mariage ou de mariage subséquent. Et si le futur mari est militaire, il faut l'autorisation de l'autorité militaire.

Source : BIU Cujas

La loi de I850 est venue faciliter le mariage des indigents, en rendant plus facile l'accomplissement des formalités requises

La réunion de ces nombreuses pièces est souvent difficile et c'est pourquoi, au milieu du siècle dernier, une loi du 10 décembre I850 était intervenue pour faciliter le mariage des indigents, et pour obliger le ministère public, en principe, ou l'officier de l'état civil à fournir les pièces dans les conditions déterminées.

La loi de I850 était déjà très large. Une loi du 3I Mars I929 est venue la modifier, et il en résulte que, quand les pièces sont réclamées par l'officier de l'état civil, elles seront visées pour timbre et enregistrées gratis. De même pour les expéditions, il n'y avait pas de texte cf. les art. 4 et 5 de la loi de I850 mais cette loi a été modifiée en I929 . Et ce sont aussi tous les extraits, tous les actes de notoriété qui sont facilités au profit des indigents. Mais qu'est-ce qu'un indigent ?

L'art. 6 considère comme telles les personnes qui justifient d'un certificat d'indigence à elles délivrées par le commissaire de police, ou par le maire, sur le vu d'un extrait du rôle des contributions constatant que les partis intéressées paient moins de 10 francs, ou d'un certificat du percepteur de leur commune portant qu'elles ne sont pas imposées.

Les formalités sont, dans ce cas, simplifiées et il faut donner autant de certificats d'indigence qu'il y a d'officiers de l'état civil devant lesquels les publications doivent être faites.

Telles sont les conditions essentielles du mariage qui entraînent, pour certains auteurs, l'inexistence, et, pour M. Hémard la nullité absolue.

2ème catégorie Conditions essentielles qui entraînent en principe la nullité absolue. Elles sont au nombre de deux

Les conditions essentielles entraînent en principe la nullité absolue. Et c'est, en la forme, la publicité et au fond, la puberté. Reprenons chacune de ces conditions.

I° Publicité du mariage Importance de cette condition

La publicité du mariage est réalisée avant le mariage ou au moment de la célébration du mariage.

Cette condition est requise dans l'intérêt des époux, mais surtout pour la famille et pour les tiers à qui il faut connaître le mariage. La famille pour qu'elle sache si elle ne doit pas faire opposition au mariage, et les tiers, afin de savoir s'ils ne connaissent pas un motif d'opposition. En outre, les tiers sont intéressés dans la question puisqu'à partir du mariage la femme devient incapable et que des modifications importantes sont apportées à la composition du patrimoine des époux, après le mariage.

Publications du mariage avant le mariage

Avant le mariage des publications doivent être effectuées pour porter à la connaissance de toutes les personnes le projet de mariage. Le public même est averti

Source : BIU Cujas

et les parents, l'officier de l'état civil pourront rechercher s'il n'y a pas de cause qui empêchent le mariage.

Les art. 63 - 64 et 66 à 69 du C.C. règlent les formes de ces publications. Elles ont été modifiées en 1907 et en 1919. Elles ont toujours été en se simplifiant.

Les publications sont établies à la demande des époux ou de leur représentant. Elles contiennent les mentions indiquées par l'art. 63 du C.C. c'est-à-dire l'énonciation de tout ce qui est de nature à intéresser la famille et le public. Il n'est pas besoin du nom des parents.

Lieu de la publication

Le lieu de la publication, c'est le lieu où le mariage doit être célébré, art. 165 du C.C. C'est le domicile des ascendants quand il y a mariage entre mineurs ou c'est le lieu du dernier domicile ou de la dernière résidence pour les époux art. 167, sinon c'est le lieu de la naissance. Il peut donc y avoir plusieurs communes dans lesquelles il faudra faire les publications.

La publication ne vaut que pour un an

La durée de l'effet de la publication est limité par l'art. 65 du C.C. Cette publication ne vaut que pour un an. Si le mariage n'est pas célébré dans ce délai, une nouvelle publication devra être effectuée.

Comment s'effectue la publication

La publication se fait par voie d'affichage. Une seule affiche doit être apposée. Elle doit rester affichée 10 jours et le mariage peut être célébré après le 10 ème jour. Toutefois, d'après l'art. 169 du C.C., il peut y avoir des dispenses et ces dispenses sont surtout accordées en cas de mariage in extremis.

Publicité du mariage au moment de sa célébration

Au moment de la célébration du mariage, d'autre part, il y a une certaine publicité qui est réalisée. Cette publicité est réalisée à la fois par l'obligation de se marier dans un lieu déterminé, et par les formalités du mariage.

Elle est réalisée par l'obligation de se marier dans un lieu déterminé

Le mariage d'après l'art. 74 du C.C. doit avoir lieu dans la commune où l'un des époux a son domicile ou sa résidence établis par un mois au moins d'habitation continue, à dater de la publication.

Le mariage est fait dans la maison commune. Et il y a là une certaine publicité qui est réalisée, en vertu de l'art. 75. Le mariage a lieu devant l'officier de l'état civil art. 165, sauf en cas d'empêchement art. 75, al. 2. Le public doit être admis, art. 165 et il faut deux témoins parents ou non, art. 75, homme ou femme, art. 37 du C.C. Les témoins viennent précidément affirmer l'identité des époux.

Telle est la publicité qui existe en matière de mariage. C'est une condition essentielle qui est sanc-

Source : BIU Cujas

tionnée par la nullité absolue.

2° La puberté

La puberté est une autre condition de fond dont la sanction est également la nullité absolue.

La puberté c'est l'état d'une personne qui est apte au mariage. Elle est fixée par la loi dans l'art. I44 - à 15 ans pour les filles et à 18 ans pour les garçons.

Importance de cette condition

Elle est établie dans l'intérêt des époux afin qu'ils contractent mariage en connaissance de cause, dans l'intérêt de la famille et pour que les époux aient acquis une santé suffisante qui leur permette de perpétuer l'espèce dans les meilleures conditions.

La production de l'acte de naissance prouve l'âge et, par conséquent, la puberté. Certaines législations étrangères sont plus exigentes. Ainsi le code civil allemand impose l'âge de 16 et 2I ans. Le code civil suisse est encore plus exigeant et, dans la république soviétique où on ne fait pas de différence entre le mariage et l'union libre, en ce qui concerne l'union libre il n'y a pas d'âge mais, pour le mariage on exige que la femme soit âgée de 16 ans.

La puberté légale n'est pas toujours la puberté réelle.

La puberté légale n'est pas toujours d'ailleurs la puberté réelle il peut y avoir des cas où il y ait contradiction entre l'une et l'autre. Et des dispenses peuvent être accordées en cas de grossesse de la future femme. Le chef de l'état accorde cette dispense qui rend le mariage possible avant l'âge légal de la fille ou du garçon. Le Président de la République accorde, par décret, cette dispense à la suite d'un rapport qui lui est transmis par le ministère de la justice sur la demande de l'intéressé. L'intéressé doit s'adresser au Procureur qui la transmet au Procureur général, lequel la transmet au Ministère de la justice.

Les dispenses ici sont rares et elles sont rarement accordées avant 14 ou 17 ans. Et elles ont donné lieu à de grandes discussions.

3ème catégorie Les empêchements au mariage

Il faut en arriver maintenant aux empêchements au mariage.

Les empêchements au mariage ne vont plus avoir, quant à la sanction, la nullité des conditions antérieures. Tandis que pour les conditions antérieures c'était la nullité absolue, et même l'inexistence, pour certains auteurs, ici il n'y a guère que deux empêchements qui entraînent la nullité absolue, les autres n'ont pas de sanction. Et ces empêchements sont allés en diminuant; il y en a de moins en moins.

Qu'est-ce que les empêchements au mariage

Les empêchements sont des conditions de fond qui mettent obstacle au mariage quand ils sont connus de l'officier de l'état civil, mais leur énergie est dif-

Source : BIU Cujas

férente.

les empêchements ont une efficacité qui varie selon les cas

La parenté ou l'alliance entre les futurs époux, l'existence d'un mariage antérieur non dissout emportent seuls nullité absolue, et c'est ce qu'on appelle pour cela des empêchements dirimants, c'est-à-dire des empêchements qui font tomber le mariage. Les autres empêchements n'existent plus sauf un, c'est celui qui provient de l'existence assez proche d'un mariage antérieur. Il s'agit du délai de viduité, il ne concerne que la femme. Les autres empêchements ont disparu.

Le nombre des empêchements au mariage a diminué de plus en plus

Avant la loi du 15 Décembre 1904, il y avait un empêchement qui tenait à la complicité d'adultère. L'époux coupable d'adultère ne pouvait se marier avec son complice. Il le peut depuis 1904.

D'autre part, autrefois, les époux divorcés ne pouvaient plus se remarier ensemble. C'est ce que déclarait l'article 295 du C.C. Mais ce texte avait semblé assez dur. On voulait que les époux ne se fassent pas un jeu du mariage car il y a des monomanes du divorce. Des lois successives avaient cependant élargi la possibilité pour les époux divorcés de se remarier et en 1919 en 1924 on avait admis la possibilité du remariage, dans certaines conditions. Enfin une loi récente du 4 Janvier 1930 est venue modifier l'article 196 du C.C. en permettant aux époux divorcés qui se remarient d'adopter le régime matrimonial qu'ils veulent. Et c'est bien la preuve qu'ils peuvent se remarier. Aucune condition n'est exigée d'ailleurs à cet égard. Voilà donc un empêchement au mariage qui entraînait une nullité absolue qui a disparu.

Notre droit ne connait pas d'empêchements d'ordre confessionnel

Notre droit ne connait pas d'autres empêchements notamment il ne connait pas d'empêchements d'ordre confessionnel. Un prêtre peut se marier, au point de vue du droit civil. La cour de Cassation l'a décidé. On l'a longtemps contesté en invoquant le concordat. Mais même avant la loi de 1905 qui a opéré la séparation de l'église et de l'état, il n'était pas douteux qu'un prêtre pouvait se marier.

Notre droit ne connait plus aujourd'hui que deux empêchements au mariage entraînant une nullité absolue.

Il ne reste donc que deux empêchements au mariage qui entraînent la nullité absolue: 1) la parenté et l'alliance entre les époux et 2) l'existence d'un mariage antérieur non dissout.

Examinons tout d'abord cette seconde condition.

A) L'existence d'un mariage antérieur non dissout

L'absence d'un mariage antérieur non dissout est une condition essentielle de la formation du mariage. C'est une condition négative, article 147 du C.C. On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

Source : BIU Cujas

La méconnaissance de cette condition entraîne crime de bigamie

Cette disposition quand elle est méconnue, entraîne le crime de bigamie qui est punissable des travaux forcés à temps, d'après l'article 340 du Code pénal.

Les cas en sont d'ailleurs rares. Il s'en est révélé surtout pendant la guerre car des demandes d'allocations de plusieurs femmes qui se disaient épouses d'un même mobilisé s'étaient produites. Cependant, ces cas de bigamie devraient être évités par l'insertion de l'acte de mariage, en marge de l'acte de naissance. Les cas de bigamie seraient moins fréquents si ces mentions étaient toujours effectuées, mais elles ne le sont pas toujours, et si elles l'étaient toujours, il faut bien reconnaître d'ailleurs qu'il y aurait toujours un procédé qui permettrait la bigamie, c'est de prendre l'acte de naissance d'un frère célibataire, au moins quand il porte un prénom identique. Cela a permis, dans certains cas, la bigamie. On verra d'ailleurs les articles 70 et 71 à cet égard.

B) L'existence d'un lien de parenté ou d'alliance entre les époux

La seconde cause, ou le second empêchement dirimant, entraînant la nullité absolue et qui a une importance bien plus grande, c'est l'absence d'un lien de parenté ou d'alliance entre les époux.

Toutes les législations l'exigent, pour des raisons qui, après n'avoir plus été contestées, le sont de plus en plus, de nos jours: pour des raisons physiologiques. Surtout on prétend que les unions entre parents affaiblissent la race mais il est à noter que cette raison ne vaut pas à l'égard des alliés. Mais on fait intervenir aussi en cette matière des raisons morales: la vie de famille ne présenterait plus la même moralité si les personnes qui vivent sous un même toit pouvaient se marier.

C'est donc la parenté et l'alliance qui entraînent des empêchements au mariage.

a) La parenté Légitime

La parenté est un empêchement au mariage, en ligne directe, et ici la prohibition est absolue article 151 du C.C. Et c'est aussi la parenté en ligne collatérale légitime: le mariage est prohibé entre frères et soeurs, article 162 entre oncles et nièces, entre tantes et neveux au troisième degré entre grand oncle et petites nièces et entre grande tante et petit neveu qui sont au quatrième degré. Dans tous ces cas les empêchements existent.

naturelle

En ce qui concerne la parenté naturelle l'empêchement est absolu article 161. Mais il est limité aux frères et soeurs en ligne collatérale article 162. Il n'existe aucune disposition concernant l'alliance naturelle.

Mais faut-il une parenté légale établie par une

Source : BIU Cujas

reconnaissance ou par un jugement ? Il semble, quoique le texte ne parlent pas de parenté légale, dans les articles I6I et I62 qu'il faut une parenté établie.

ou adoptive

La parenté adoptive constitue aussi un empêchement au mariage article I54 du C.C. Il y a là une raison de moralité à laquelle s'ajoute souvent une raison physiologique car beaucoup d'enfants adoptés sont des enfants naturels.

b) L'alliance

L'alliance, en ligne directe, article I6I du C.C. est également un empêchement au mariage. Mais l'alliance en ligne collatérale ne l'est plus que d'une façon limitée, d'après l'article I62, depuis la loi du Ier Juillet I9I4.

De nos jours, les beaux frères et les belles-soeurs ne peuvent se remarier ensemble, lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissout par le divorce. Mais, quand le mariage a été dissout par la mort d'un époux les beaux-frères et belles soeurs peuvent se marier.

Mais il y a des dispenses possibles en ligne collatérale, article I84, pour les parents, à l'exclusion des frères et soeurs, et pour les alliés, dans des cas très réduits, puisque maintenant les mariages, entre beaux frères et belles soeurs sont permis. Et la chancellerie accorde toujours largement les dispenses.

Empêchement résultant du délai de viduité

Il reste à parler d'un empêchement au mariage qui a longtemps constitué un empêchement dirimant entraînant la nullité absolue mais qui de nos jours n'entraîne plus la nullité absolue c'est l'empêchement qui résulte du délai de viduité, lois de I907, de I9I9 de I922 et du 4 Février I928, qui sont venues modifier l'article 228 du C.C.

Il faut distinguer ici selon que la femme est veuve ou divorcée.

Cas de la femme veuve

Quand la femme est veuve elle doit attendre, pour se remarier, 300 jours avant la dissolution de son mariage. On disait autrefois 10 mois. Le législateur a mis ici en concordance les délais établis pour l'établissement de la paternité, qui sont de 300 jours, avec le délai de viduité. En effet, 300 jours cela ne faisait pas exactement 10 mois. Mais, bien entendu, ces délais s'appliquent à la condition que la femme n'ait pas accouché depuis la mort de son mari.

Ce délai est établi pour éviter la confusion de parts, la turbatio partis, et afin qu'il n'y ait pas de doute sur la paternité, à l'égard de l'enfant.

La loi de I928 a même permis d'abroger ce délai et il y a dans cette loi, une nouvelle cause de dis-

Source : BIU Cujas

pense, quant au délai de viduité établi par la loi du 4 février 1928.

Cas de la femme divorcée

Quant à la femme divorcée, il a fallu établir des délais spéciaux pour elle car on ne pouvait imposer un délai de 300 jours après le prononcé du divorce. S'il s'agit du cas où le divorce a été prononcé à la suite d'une séparation de corps, alors il a fallu 3 ans de séparation de corps pour que le divorce soit prononcé, et alors le mariage peut avoir lieu aussitôt après la transcription du jugement de divorce. Si le divorce a été prononcé directement, le délai part de l'ordonnance du président du tribunal qui fixe un domicile séparé à la femme et, d'ordinaire, quand la transcription intervient il s'est écoulé plus de 300 jours, même s'il y a eu simplement jugement et même si on n'a pas fait appel.

Enfin, si le mari meurt avant que le divorce ait été prononcé, ou avant que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit devenu définitif, la veuve pourra se remarier dès qu'il se sera écoulé trois cents jours depuis qu'est intervenue l'ordonnance visée à l'alinéa Ier du présent article.

Conditions et preuve du mariage.

Il y a deux conditions de validité du mariage

Il y a deux conditions de validité du mariage.

1°- l'Absence du vice du consentement,

2°- Le consentement des parents. C'est là une condition tout à fait propre au mariage.

Ière condition: absence d'un vice du consentement

L'absence d'un vice du consentement n'a pas, en effet, en matière de mariage, la même portée que pour les actes juridiques. La violence est prise en considération, dans des conditions différentes de celle du droit commun et le dol, au contraire n'a pas lieu d'intervenir.

Particularités que présente cette Ière condition dans la matière du mariage

D'après l'art. 180 du C.C., le mariage ne peut être attaqué que pour erreur. On y ajoute la violence mais le dol ne figure pas dans le texte.

L'absence d'un vice du consentement présente, en matière de mariage, un caractère particulier.

1) En raison de l'importance du mariage, on ne peut permettre de l'attaquer aussi facilement qu'un acte juridique ordinaire.

2) Le mariage d'ailleurs est un acte solennel, et la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, assure, presque toujours, la manifestation sincère de la liberté des parties. Et comme le mariage ne peut pas finir par le mutuel dissentiment, il ne faut pas que, sous prétexte d'un vice du consentement, les époux se séparent par une sorte de mutuel dissen-

Source : BIU Cujas

timent, s'entendant pour simuler un vice du consentement, de sorte que le mariage serait dissous.

Il convient donc de n'admettre les vices du consentement que d'une façon limitée et le dol doit être écarté. Il n'y a d'autres vices du consentement que l'erreur sur la personne, art. I80, et la violence.

Le dol n'est pas un vice du consentement en matière de mariage

Le dol n'est pas un vice de consentement dans le mariage. Le législateur a pensé que si des désillusions après le mariage permettaient de faire dissoudre celui-ci, il y aurait trop de désunions. Les illusions avant le mariage sont évidemment fréquentes, et Loysel disait déjà " qu'en mariage, il trompe qui peut" Il visait par là seulement les simulations avant le mariage. Il faudrait dire, en réalité, que, dans les tractations en vue du mariage, "il trompe qui peut". L'institution du mariage aurait été atteinte si le dol avait pu détruire le mariage. Ici chacun doit se défendre.

La violence est, au contraire, un vice du consentement, en matière de mariage

La violence et l'erreur sont, au contraire, des vices du consentement, en matière de mariage.

Pour que le mariage soit valable il faut qu'il y ait absence de violence, de contrainte physique ou morale, agissant sur la personne qui va se marier, art. I80, al. I, qui l'empêche d'agir en pleine liberté.

Il est difficile de concevoir une contrainte physique, en dehors de la célébration du mariage puisque la solennité demandée par la loi fait que la violence pourrait disparaître, devant l'officier de l'état civil.

Ce qui existe surtout, c'est la crainte morale provenant de la crainte d'un mal considérable, et de nature à faire impression sur une personne raisonnable.

La contrainte jouant le rôle de violence peut provenir d'un tiers ou de la partie elle-même, art. IIII Elle est réalisée de façons assez diverses. Cependant la jurisprudence n'en révèle pas d'exemples.

Il ne faut pas confondre la violence et le rapt

Il ne faut pas confondre d'ailleurs la violence avec le rapt. Le rapt est un acte de violence, mais antérieur au mariage, et qui peut laisser toute indépendance à l'époux enlevé, quand il se marie.

La crainte révérentielle n'est pas une cause de violence

Il ne faut pas tenir compte, non plus, de la crainte révérentielle envers les parents et les ascendants. Parfois, un enfant, fille ou garçon, craint de leur déplaire et se marie dans cette crainte. La seule crainte révérentielle ne constitue pas une violence, car elle n'est que la conséquence d'une autorité légitime, art. III4.

L'erreur sur la personne

Il faut en arriver maintenant à l'absence d'erreur sur la personne.

Source : BIU Cujas

est encore un vice du consentement en matière de mariage

Erreur sur la personne physique

L'art. I80 ne vise que cette erreur dans l'al.2 En quoi consiste l'erreur sur la personne ?

Pothier admettait une erreur sur l'identité physique, qui pouvait être une cause de nullité du mariage Au cours des travaux préparatoires, Napoléon a déclaré: " si je veux épouser une blonde aux yeux noirs et qu'on me donne une brune aux yeux bleus, il n'y a pas mariage". Mais n'admettre que ce cas, n'est-ce pas restreindre beaucoup la nullité, et le vice du consentement ? Ne doit-on pas aller plus loin ?

Erreur sur la personne civile

La jurisprudence va, en effet, plus loin. Elle admet qu'il y a une erreur suffisante quand celle-ci porte sur la personne civile. Par exemple, un chevalier d'industrie se fait passer pour membre d'une famille honorable: Napoléon disait qu'il y avait erreur sur la famille.

Erreur sur une qualité substantielle de la personne

Mais il faut encore aller semble-t-il plus loin. On trouve, même dans des décisions judiciaires, une solution plus complète d'erreur sur la personne qui entraîne nullité du mariage. Il s'agit d'erreur sur une qualité substantielle de la personne.

La jurisprudence ne l'admet pas cependant complètement. Elle limite souvent l'erreur, vice du consentement, à l'erreur sur l'identité physique et civile Ainsi à propos d'un arrêt très important des chambres réunies du 24 Août I862 - S. I862 - I - 34I, la Cour de cass. n'a pas voulu admettre l'erreur substantielle à l'égard du mariage d'une jeune fille avec un forçat libéré. De même, elle a rejeté la nullité d'un mariage contracté entre une jeune fille catholique et un moine ou un prêtre. Cette solution était celle qui avait été proposée par Napoléon, dans la séance précitée plus haut. Napoléon disait en effet; " s'il y a eu erreursur la qualité, il y a mariage. J'ai épousé une femme et, six mois après, je m'aperçois qu'elle n'est pas la fille de son père, il n'y a pas erreur sur la personne, autrement ce serait un jeu. Tant pis pour l'homme.

Et Napoléon concluait. Votre article est immoral, vous regardez le mariage comme une partie de pêche.

Critique de la jurisprudence en cette matière

L'erreur sur la personne en matière de mariage doit donc comprendre l'erreur sur l'identité physique, l'erreur sur l'identité civile, et il fautmême aller plus loin. Or quand on se rappelle les conditions dans lesquelles la loi et la jurisprudence circonscrivent le divorce, on est étonné de trouver une jurisprudence si exigeante pour prononcer la nullité d'un mariage, alors qu'elle se montre si facile pour admettre la dissolution d'un mariage, par le divorce, en fondant le divorce sur une injure grave. Pourtant la distance est

Source : BIU Cujas

très faible entre la nullité d'un mariage, surtout avec les effets du mariage putatif, qui entraînent une sorte de dissolution, et le divorce, à la suite d'un mariage qui n'a pas effet rétroactif. C'est pourquoi il faut admettre que, dans les cas où la jurisprudence n'a pas admis la possibilité de la nullité du mariage, et où on admet le divorce, il pourrait y avoir nullité, surtout dans le cas précité d'une jeune fille catholique mariée avec un prêtre.

L'erreur sur la nationalité doit elle être envisagée comme une erreur fondamentale ?

L'erreur sur la nationalité doit-elle être envisagée comme une erreur fondamentale ?

Le tribunal civil de la Seine, le 4 avril 1918, S. 1918 - 2 - 134, a eu à régler la question. On peut très bien admettre qu'en période de guerre, la dissimulation, par un des époux, de sa nationalité entraîne une erreur substantielle. Ce serait le cas, par ex. d'un allemand qui se serait fait passer pour un français ou un alsacien-lorrain durant la dernière guerre.

2ème condition de validité; consentement des parents Cette condition a vu sa rigueur s'atténuer, avec le temps. Motif de cette exigence

La seconde condition de validité, plus importante d'ailleurs, c'est le consentement des parents.

Le consentement des parents est une condition dont la rigueur n'a cessé d'aller en satténuant. Des lois se sont succédées, en effet, nombreuses à cet égard, lois de 1913, de 1919 de 1922 de 1924 et plus récemment la loi du 17 Juillet 1927 qui a apporté un principe nouveau à la matière.

Le consentement des parents a toujours passé pour une condition essentielle, à l'égard des futurs époux jeunes. Ce consentement leur permet de profiter de l'expérience de leurs parents, c'est-à-dire des personnes qui leur portent le plus grand intérêt, et d'éviter un mariage hâtif ou irraisonné, et, à l'égard des époux plus vieux, car ici on parlera des mineurs de 25 ans, donc de majeurs, il est toujours bon qu'ils reçoivent un avis, un conseil qu'ils ne suivront peut être pas, mais qui les fera réfléchir.

Le mariage, au surplus, fait pénétrer une nouvelle personne dans la famille, et confère à cette personne des droits à l'égard de la famille: droit à des aliments et droit de succession à l'égard de l'époux, droit dont la famille est privée. Il est donc naturel que la famille intervienne et elle ne le peut que par l'intermédiaire des ascendants.

Notre législation a beaucoup varié sur ce point, au cours du 19ème siècle et depuis le 20ème siècle elle se montre très large, à certains points de vue.

Avant d'examiner les personnes dont le consentement est nécessaire, ainsi que le caractère et les formes de ce consentement, il faut dire que la loi

Source : BIU Cujas

du 17 juillet I927 est venue supprimer la suprématie de l'homme par rapport à la femme. Elle est venue donner plus d'autorité à l'avis de la mère et de l'aïeule et a introduit un principe nouveau, d'après lequel le dissentiment vaut consentement.

Par conséquent, il faut examiner successivement:

I° - quelles sont les personnes qui doivent consentir au mariage.

2° - quels sont les caractères et les formes de ce consentement.

Les personnes qui doivent consentir au mariage

En ce qui concerne les personnes qui doivent consentir au mariage, il faut envisager successivement:

A - la situation de l'enfant légitime mineur,

B - la situation de l'enfant naturel mineur,

C - la situation de l'enfant mineur adoptif,

D - la situation de l'enfant majeur.

A) En ce qui concerne l'enfant légitime mineur

L'enfant légitime mineur peut se trouver, en ce qui concerne ses parents, dans des situations diverses.

a) Si l'enfant a ses père et mère vivants, il doit leur demander à chacun leur consentement

D'abord il peut avoir ses père et mère vivants, et en état de manifester leur volonté, et alors l'art. I48 règle la question: le consentement de l'un et de l'autre est nécessaire.

En cas de dissentiment entre le père et la mère le partage emporte consentement, et il n'y a plus à faire, comme autrefois, de distinction entre le père et la mère. Mais, quoi qu'il arrive, il faut toujours demander le consentement de l'autre. Il ne suffirait pas de réclamer le consentement du père ou de la mère, il faut que les deux donnent leur consentement.

La loi de I927 a précisé les conditions dans les quelles ce consentement devait être donné ou refusé, art. I48 al. 2 et 3 du C.C.

Telle est la première situation dans laquelle les père et mère sont vivants.

b) si l'un des parents mort ou hors d'état de manifester sa volonté le consentement de l'autre suffit

La seconde situation est celle dans laquelle le père ou la mère est mort, ou hors d'état de manifester sa volonté, qu'il soit interdit ou déchu de la puissance paternelle, peu importe: le consentement de l'autre père ou mère suffit.

C'est l'article I49 du C.C. qui l'indique, et cet article I49 précise les conditions dans lesquelles devra se faire la preuve du décès de l'autreparent, ou de son impossibilité de manifester sa volonté.

Une loi de I905 avait décidé qu'en temps de guerre, la mère aurait la puissance paternelle et, déjà à cette époque, les pères étant mobilisés, les enfants pouvaient se marier, souvent avec le seul consentement de la mère, sans qu'on eut la possibilité de prouver que le consentement du père avait été demandé.

Source : BIU Cujas

c) si le père et la mère tous deux vivants sont divorcés ou séparés de corps deux consentements sont requis, mais le dissentiment vaut consentement

La troisième situation est celle dans laquelle le père et la mère étant tous deux vivants sont divorcés, ou séparés de corps. Leur consentement est requis, mais il faut admettre, depuis la loi du 17 juillet 1927, que leur dissentiment vaut consentement. Il n'y a plus à faire état, comme auparavant, de ce fait que le divorce a été prononcé en faveur de l'un ou de l'autre.

L'art. 152 du C.C.a été ainsi complètement supprimé par la loi du 17 juillet 1927, et on en revient au droit commun, où le dissentiment vaut consentement.

d) si le père et la mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur consentement, il faut s'adresser aux ascendants

La quatrième situation est celle dans laquelle le père et la mère étant décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il faut s'adresser aux aieux, aux ascendants.

L'article 150, également modifié par la loi du 17 juillet 1927, fait remonter le droit de consentir au mariage aux aieux ou aieules, et on prend l'ascendant le plus proche, dans la ligne paternelle ou maternelle. S'il y a des ascendants au même degré, ces ascendants doivent être consultés, mais ici encore le dissentiment vaut consentement, et le dissentiment, aussi bien dans la ligne qui l'emporte, que dans les deux lignes, de sorte qu'il arrivera que si un enfant a perdu son père et sa mère, ou si ils sont hors d'état de manifester leur volonté, il faut s'adresser au grand-père ou à la grand-mère du côté paternel, ou du côté maternel, et la règle que le dissentiment vaut consentement fait décider que le consentement d'un seul des quatre grands parents l'emportera sur le refus des trois autres.

d) s'il n'y a plus aucun ascendant susceptible de manifester sa volonté il faudra l'autorisation du conseil de famille

Enfin, la dernière situation à envesager est celle dans laquelle il n'y a plus aucun ascendant: ils sont tous morts ou hors d'état de manifester leur volonté. L'autorisation du conseil de famille sera nécessaire, art. 159 du C.C.

Le conseil de famille, ce pouvoir de haute tutelle, doit autoriser l'enfant à se marier. Au conseil de famille c'est la majorité qui l'emportera et il y aura une décision du conseil de famille à prendre. Ici on vise à la fois la protection de l'enfant et l'intérêt de la famille. Le conseil de famille prendra une décision définitive; contre laquelle il n'y aura pas de voie de recours possible.

Telle est la situation de l'enfant légitime mineur.

B) En ce qui concerne l'enfant naturel mineur

Le second cas à envisager est celui de l'enfant naturel mineur.

Les enfants naturels, même mineurs, n'ont pas

Source : BIU Cujas

a) situation de l'enfant naturel reconnu

de famille, car ils n'entrent pas dans la famille de leurs parents. Quand l'un des parents de l'enfant l'a reconnu ou y a été obligé par une reconnaissance judiciaire, l'enfant ne se rattache qu'au père ou à la mère qui l'a reconnu, mais n'entre pas dans la famille.

Il doit obtenir le consentement de celui de ses parents qui l'a reconnu

L'enfant naturel mineur reconnu, n'ayant pas de famille, doit obtenir le consentement de celui de ses parents qui l'a reconnu, d'un seul si un seul l'a reconnu. Si l'un des deux parents qui l'a reconnu est mort ou hors d'état de manifester sa volonté, le droit de consentir au mariage passe à l'autre. En cas de dissentiment des parents, depuis la loi de 1927, ce dissentiment vaut consentement.

b) situation de l'enfant naturel non reconnu

La situation est plus délicate pour l'enfant naturel non reconnu, puisqu'ici il n'y a pas du tout de famille. Cependant, pendant longtemps, on lui a reconnu un conseil de famille.

Il doit être autorisé par le tribunal

La législation a même été assez curieuse, à cet égard, à un moment donné. D'après la loi du 21 Juin 1907, l'enfant légitime et l'enfant naturel, privés d'ascendants devaient obtenir l'autorisation du conseil de famille. Malheureusement, une loi du 2 juillet 1907, qui vint prouver qu'il n'y a pas toujours harmonie parfaite entre les décisions du Parlement, alors que la loi du 21 mai 1907 avait parlé du conseil de famille des enfants naturels, supprima ce conseil de famille. Alors fallait-il, pour l'enfant naturel, une autorisation du conseil de famille ? Il semblait logique de dire que l'enfant naturel n'aurait plus besoin d'autorisation. Telle n'était pas cependant la pensée des auteurs de la loi du 2 juillet 1907 et ils préparèrent un nouveau texte qui n'aboutit pas d'ailleurs tout de suite. Et une loi du 10 mars 1913 modifiant l'article 159 al. 2, déclare que les enfants naturels devront obtenir le consentement du conseil de famille prévu par l'article 389 § 13. On n'a pas voulu se déjuger. Mais à l'article 389 § 13 on s'aperçoit que le conseil de famille n'existe plus, que c'est le tribunal. C'est donc le tribunal qui aujourd'hui, doit intervenir pour autoriser l'enfant naturel non reconnu. C'est une solution déplorable. Pourquoi ? c'est qu'il y a là un procédé qui fait apparaître quand l'enfant naturel se marie, qu'il est enfant naturel. En effet il n'y a que lui qui soit astreint à demander une autorisation au Tribunal.

C) en ce qui concerne l'enfant mineur adoptif

La troisième situation à envisager est celle de l'enfant mineur adoptif. Depuis la loi du 19 juin 1923 qui a complètement transformé le régime de l'adoption, un enfant mineur peut être adopté.

Source : BIU Cujas

Il doit obtenir l'autorisation de l'adoptant

Il reste dans sa famille d'origine, mais il passe sous la puissance paternelle de l'adoptant, et c'est à ce dernier qu'il appartient de l'autoriser à se marier. On pourrait estimer que ses parents d'origine devraient aussi l'autoriser. Mais on considère qu'en ayant donné leur consentement à l'adoption, ils ont renoncé au droit d'autoriser l'enfant à se marier. Mais cette autorisation leur revient, quand l'adoptant vient à mourir.

Quand l'adoption est faite par deux époux, chacun étant adoptant doit donner son autorisation, mais depuis la loi de 1927, le dissentiment vaut consentement.

D) En ce qui concerne l'enfant majeur

Quant à l'enfant majeur, le consentement des parents ou plutôt le consentement de l'un d'entre eux n'est nécessaire que dans certaines conditions, ou, plus exactement, le consentement fait place à quelque chose de différent.

Il doit justifier qu'il a fait appel à l'avis de ses parents

La loi demande à cet enfant, non pas d'obtenir le consentement de ses parents, mais de justifier d'une certaine intervention des parents. Il lui faut justifier qu'il a fait appel à leur avis, jusqu'à 25 ans, et pourvu que le majeur de 25 ans ne contracte pas un second mariage ou un subséquent mariage, car alors on estime qu'il a l'expérience nécessaire.

La loi exige seulement en cette matière une notification faite par l'enfant à ses parents de son projet d'union

Jusqu'à 25 ans, le majeur doit, à défaut du consentement de l'un de ses père et mère vivants, et capables, ou du consentement du survivant, quand il est enfant légitime, ou de celui de ses parents, qui l'a reconnu, quand il s'agit d'un enfant naturel, faire notification à défaut de consentement, de l'union projetée à celui de ses parents dont il n'a pas le consentement. Une simple notification ici suffit; elle a remplacé un système assez compliqué d'actes respectueux. L'enfant mineur de 25 ans devait, autrefois, par l'intermédiaire d'un notaire, faire des actes respectueux à ses parents, afin de leur demander leur consentement. Les notaires n'aimaient pas à se charger de cette mission, et on a remplacé ce système par une simple notification. C'est toujours un notaire qui peut la faire, mais le notaire n'a plus à demander l'autorisation des parents, il vient seulement leur faire une notification. Et si on a eu recours à un notaire c'est qu'on a considéré qu'il était le véritable conseiller de la famille.

Mais cette notification n'a plus rien des caractères de l'ancien acte respectueux. Il ne faut plus réitérer la déclaration au père et à la mère et le notaire l'a fait sans témoins.

En cas de refus des parents

Si le père ou la mère ou le survivant sont en dissentiment, ce dissentiment vaut consentement,

Source : BIU Cujas

un délai de 15 jours doit s'écouler avant la célébration du mariage

s'il y a refus des parents, des deux parents ou du survivant, la loi a imposé, dans l'art. 154 N° 5, modifié par la loi de 1927, un certain délai: le mariage ne peut être célébré avant 15 jours. Il faut que 15 jours s'écoulent depuis la notification. Ainsi l'enfant majeur, jusqu'à 25 ans, aevra faire une notification, et attendre 15 jours on estime que pendant ces 15 jours il réfléchira.

Conditions de forme et de fond requises par la loi, en ce qui concerne le consentement des parties.

Il faut en arriver à l'examen des conditions de forme et de fond requises par la loi, pour constater le consentement des parties.

A) conditions de fond.

Ces conditions de fond visent les caractères du consentement et du refus.

Le consentement doit être concomittant au mariage.

Le consentement doit être donné au moment du mariage, car c'est à ce moment qu'il faut se placer pour déterminer les personnes qui sont appelées à consentir.

Il est révocable et spécial.

En conséquence, le consentement est révocable. S'il a été donné avant la célébration du mariage, il peut être modifié. Il est, d'autre part, spécial: il faut le demander à chaque parent, pour chaque enfant. Un parent ne pourrait donner une autorisation générale pour le mariage de son enfant, quel que soit le mariage.

Le refus ou le retrait d'autorisation est, pour les parents un droit absolu dont ils ne peuvent abuser

Enfin le refus et le retrait d'autorisation peut donner lieu à des dommages intérêts d'après certains auteurs. Mais ici, après avoir admis la possibilité de dommages intérêts, on s'est demandé s'il n'y avait pas, dans le droit de consentir au mariage, un droit dont on ne peut abuser, c'est-à-dire dont l'exercice est toujours légitime et, après avoir admis que des dommages-intérêts peuvent être accordés; on s'est demandé s'il n'y avait pas lieu d'écarter ici l'application de la théorie de l'abus du droit. De même qu'il est certain droits dont on n'abuse jamais, notamment le droit de réponse, on peut dire en effet que le droit d'autoriser ou de refuser le mariage, droit exercé par un des parents, est un droit absolu dont les parents ne peuvent abuser.

B) Conditions de forme.

Le consentement des parents est donné oralement ou par écrit

Le consentement est donné oralement ou par écrit.

Normalement, il est donné sous forme orale. Il s'agit moins d'une autorisation que d'une assistance devant l'officier de l'état civil le jour du mariage où les parents donnent leur autorisation, lors de la célébration du mariage.

Mais l'autorisation peut être donnée par écrit, devant un officier de l'état civil, ou un agent diplomatique consulaire à l'étranger.

Quand le conseil de famille ou le tribunal intervient, il faut que la délibération du conseil de

Source : BIU Cujas

famille, ou le jugement du tribunal soit produit par une expédition délivrée par le greffier du juge de paix, en ce qui concerne la délibération du conseil de famille, ou par le greffier du tribunal, en ce qui concerne le jugement du tribunal.

Preuve du fait que les ascendants qui ont donné leur consentement sont bien ceux qui devaient le donner.

Des difficultés peuvent se présenter en ce qui concerne la preuve du fait que les ascendants qui ont donné leur consentement sont bien ceux qui devaient le donner. On produira à cet égard les actes de décès, on aura recours aux déclarations de l'autre conjoint, ou au serment de l'enfant.

Le certificat prénuptial

On a proposé d'établir une nouvelle condition, relativement au mariage; c'est ce qu'on appellerait le certificat prénuptial.

On s'est demandé si, dans l'intérêt de la race, pour favoriser la natalité il n'y aurait pas lieu d'admettre, qu'avant de se marier, les futurs époux devraient se présenter devant un médecin et lui demander un certificat, constatant qu'ils avaient la capacité de se marier.

Les hygiénistes se sont montrés ardents pour mettre en valeur le rôle considérable de ce certificat. Mais, dans les pays où il est admis, d'une façon assez limitée d'ailleurs, et sans qu'on en ait fait une véritable condition du mariage, il ne constitue qu'une pièce qu'on remet à l'officier de l'état civil, ou que chaque époux déclare connaître, en ce qui concerne l'autre. La vérité c'est que les résultats de ces certificats ne semblent pas encourageants. D'une part, au point de vue moral, il est bien certain que l'examen prénuptial froisse des sentiments respectables. D'autre part, on peut se demander s'il n'y a pas là une atteinte à la liberté individuelle. En outre, au point de vue social, ce serait développer l'union libre car plus on met d'obstacles au mariage, et plus on développe le concubinage. Enfin on peut ajouter que cette exigeance n'empêche pas les naissances illégitimes, ni même les mariages, car il y a des certificats de complaisance que des médecins n'hésitent pas à donner.

C'est pourquoi il faut écarter ces certificats en se bornant à recommander aux futurs époux de tenir compte de leur santé respective.

Preuve du mariage.

Preuve du mariage Son importance

La preuve du mariage a une importance considérable, non seulement pour les époux, mais encore pour les enfants légitimes qui se présentent comme enfants légitimes, ou comme enfants légitimés.

Les différents modes de preu-

Le mariage devrait pouvoir être prouvé par tous les moyens, en raison de son importance. Mais la

Source : BIU Cujas

admis en cette matière

solennité du mariage même, fait qu'on a imposé la preuve, par un acte de l'état civil, et, par conséquent, si aucune exigence n'est apportée, quant à la charge de la preuve, quant au procédé de preuve, la loi exige une preuve légale: il faut l'acte de mariage.

Cependant il est des cas où l'acte de mariage n'est pas nécessaire. Dans la vie courante, une femme mariée n'a pas besoin de présenter, à chaque instant, son acte de mariage; quand il n'y a pas de contestation, elle présente son livret de famille, mais s'il y a une contestation on doit présenter l'acte de mariage.

S'il n'y a pas d'acte de mariage est-ce à dire qu'il n'y ait pas d'autre moyen de preuve ? La loi admet la possession d'état dans des conditions qu'il faudra préciser, et la preuve peut résulter, en vertu des art. 198 à 200 du code civil, d'une procédure criminelle.

Le mode régulier de preuve du mariage c'est la production de l'expédition de l'acte de mariage

Le mode régulier de preuve du mariage c'est la production de l'expédition de l'acte de mariage, dressé par l'officier de l'état civil, après la célébration du mariage, et selon les règles qui ont été étudiées précédemment. La présentation d'un acte de publication du mariage ou d'un acte résultant du mariage qui est antérieur ne suffirait pas.

Rôle de la possession des cas en ce qui concerne la preuve du mariage.

La possession d'état est appelée, d'autre part, à jouer un rôle important, en cette matière.

La possession d'état est constitué par trois éléments: Nomen Tractatus Fama

Posséder un état, c'est avoir une situation de fait qui laisse supposer une situation juridique régulière.

La possession est normalement constituée par trois éléments, qu'on exprime par la formule latine: nomen, tractatus, fama.

Nomen, c'est le nom qui indique la situation juridique.

Tractatus, c'est le fait d'être traité dans la famille comme ayant cette situation juridique.

Enfin, fama, c'est le fait d'être traité, même par la société, comme ayant cette situation juridique.

Une femme a la possession d'état de femme mariée quand elle porte le nom de son mari, quand elle est traitée par la famille et la société comme la femme de son mari, art. 321 du C.C.

La possession d'état formait la preuve principale du mariage dans l'ancien droit

La possession d'état formait la preuve principale du mariage, dans l'ancien droit "boire, manger, coucher ensemble c'est le mariage ce me semble", disait Loysel. De nos jours, la solennité du mariage a fait descendre au rang de preuve exceptionnelle la preuve par la possession d'état.

De nos jours la preuve par la possession

De nos jours, c'est seulement dans deux cas que la preuve par la possesion d'état est admise, en

Source : BIU Cujas

d'état n'est admise que dans deux cas

matière de mariage.

I° - elle constitue un supplément de preuve entre les époux, et un moyen de couvrir la nullité de l'acte de mariage et, d'après la jurisprudence, même du mariage art. I96 du C.C.

2° - D'après l'art. I97 du C.C. il faut décider également que la possession d'état peut être invoquée par les enfants qui sont issus du mariage, alors que leurs parents sont morts, alors qu'ils ne se rappellent pas le lieu où ils se sont mariés.

La preuve du mariage peut résulter en dernier lieu d'une procédure criminelle

Enfin, et c'est le dernier mode de preuve, la preuve du mariage peut résulter d'une procédure criminelle.

L'application en est très rare. D'après les articles I98 à 200, en cas de destruction d'un acte de mariage, par le fait délictueux d'un officier de l'état civil, ou d'un tiers, un jugement de condamnation contre l'officier de l'état civil ou le tiers peut servir à prouver la célébration du mariage. Ce jugement sera inscrit sur les registres de l'état civil, il aura l'autorité absolue de la chose jugée, bien qu'il se borne à reconnaître un fait préexistant, car c'est un jugement constitutif de droit, et le mariage ainsi constaté, à la suite de cette procédure criminelle, produit tous ses effets civils, du jour de sa célébration.

SANCTIONS DESCONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITE DU MARIAGE.

Les sanctions des conditions d'existence et de validité du mariage sont de plusieurs sortes.
I° les sanctions pénales
A) A l'égard des parties contractantes

Les conditions d'existence et de validité du mariage sont sanctionnées à la fois pénalement, civilement et disciplinairement.

Les sanctions pénales atteignent les parties et l'officier de l'état civil, parfois même les huissiers, en matière d'opposition, les parties contractantes. On a déjà vu, en effet, qu'il y avait une sanction contre elles dans l'article 340 du code pénal, en ce qui concerne la conclusion d'un nouveau mariage, avant la dissolution du premier: il y a alors crime de bigamie. Les parties contractantes sont pénalement responsables, de même que les personnes sous la puissance desquelles se trouvait le candidat au mariage. Une amende peut les frapper proportionnellement à leur fortune, d'abord quand il n'y a pas eu célébration du mariage, publiquement, devant l'officier de l'état civil du domicile de l'un des époux, d'après l'art. I65 du C.C. qui adopte une formule qu'on va retrouver. Lors même que la contravention ne serait pas jugée suf-

Source : BIU Cujas

fisante, dit l'art. I93 à propos de l'art. I65, pour faire prononcer la nullité du mariage (par exemple la célébration a été faite devant un officier public incompétent) il est admis qu'en pareil cas la nullité ne s'impose pas au juge: elle est facultative.

Une condamnation à une amende frappe les parties ou les personnes sous la puissance desquelles les futurs époux se trouvaient, quand les règles imposées pour la publication du mariage ou quand les délais n'ont pas été observés. L'art. I92 doit alors s'appliquer Cette amende est prononcée à la requête du procureur de la république, d'après la fortune des parties.

B) A l'égard de l'officier de l'état civil

Mais c'est surtout à l'égard de l'officier de l'état civil que les sanctions sont établies.

Il y a d'abord une amende dont le maximum est de trois cents francs, dans les deux cas prévus par les art. I92 et I93. En cas de complicité de bigamie art. 340 du C.P. une peine véritable peut être prononcée contre l'officier de l'état civil.

Il faudrait indiquer également toutes les sanctions établies par les textes à l'égard de l'officier de l'état civil qui n'aurait pas rédigé régulièrement l'acte de l'état civil, par exemple en cas d'inscription d'un acte de mariage dans des conditions irrégulières, il y a d'après l'art. I92, une amende, et même il peut y avoir une condamnation pénale contre l'officier de l'état civil. Et il faudrait citer surtout tous les cas d'inobservation des règles concernant la publication et la délivrance de certificats de non opposition art. I92, 68, I56 et I57 du C.C.

II. Les sanctions civiles

Les sanctions civiles de toutes les conditions d'existence et de validité du mariage, sont, d'une part l'opposition et, d'autre part, la nullité.

On pourrait dire d'ailleurs qu'il y en a d'autres: ce serait le refus de la part de l'officier de l'état civil de procéder au mariage, mais cela doit être placé dans l'opposition même et, en fait, toutes les fois que l'officier de l'état civil est prévenu qu'il existe une nullité possible contre le mariage, il ne procède pas au mariage et aussi il ne sera pas responsable. Mais s'il écoute toute personne qui vient lui dire qu'il y a un obstacle au mariage, sans raison, il pourrait être tenu de dommages-intérêts envers l'époux et les tiers.

Il convient d'examiner ici seulement l'opposition et la nullité.

A. L'Opposition.

L'opposition doit être considérée comme un acte par lequel certaines personnes déterminées font connaître à l'officier de l'état civil l'absence d'une

Source : BIU Cujas

condition requise pour le mariage projeté. L'opposition met obstacle au mariage. Elle existait déjà dans l'ancien droit.

Comme la régularité du mariage intéresse à la fois la société et la famille, il semble que ce droit d'opposition devrait a partenir à tout intéressé. Dans l'ancien droit il en était ainsi. Mais les inconvénients ont paru si grands à cette solution que déjà le droit révolutionnaire avait limité ce droit d'opposition. Le droit intermédiaire avait réduit la faculté de faire opposition, et le code civil a encore accentué cette restriction. En fait, la nécessité d'une restriction apparait d'autant plus grave que la pratique révèle que chaque fois que l'officier de l'état civil reçoit une opposition, il refuse de célébrer le mariage, car il ne veut pas se faire juge de la vérité du cas invoqué, car il ne veut pas engager sa responsabilité civile ou pénale.

Mais il faut noter que si l'officier de l'état civil peut, à juste titre, sans engager sa responsabilité, se refuser à procéder au mariage quand une opposition régulière intervient, il y a lieu de se demander s'il peut se refuser à procéder au mariage quand il reçoit simplement un avis officieux. Cet avis, il peut le recevoir, en effet, d'une personne quelconque qui vient le prévenir, sans observer les formes de l'opposition, ou qui n'avait pas le droit de faire opposition. Il peut alors ne pas en tenir compte. Cependant il en tient toujours compte, quand l'avis officieux émane du ministère public. En effet, le ministère public qui est le gardien de l'ordre public est chargé de surveiller les actes de l'état civil.

La loi, en effet, n'admet l'opposition que de la part de certaines personnes et impose certaines formes pour l'opposition.

L'officier de l'état civil doit tenir compte d'une opposition régulière. Il faut donc étudier les caractères de l'opposition, ses formes et ses effets.

I. Caractères de l'opposition

L'opposition était permise dans l'ancien droit à tout le monde, pour tout motif. Elle est limitée dans notre droit: elle ne peut être formée que par certaines personnes, et le plus souvent, pour des cas déterminés.

L'opposition ne peut être formée, dans notre droit, que par certaines per-

S'il s'agit des ascendants, ils peuvent invoquer l'absence d'une condition d'existence ou de validité du mariage, et l'art. 173 laisse même supposer qu'ils peuvent le faire, dans le seul but de

Source : BIU Cujas

sonnes

retarder le mariage. Il ont le droit d'invoquer, d'après l'art. I73, eux, ascendants, cette absence d'une condition, sous forme d'opposition dans un ordre qui est établi ainsi que suit: le père, la mère et à défaut du père et de la mère, les aieux et aieules peuvent former opposition au mariage de leurs enfants ou descendants, même majeurs.

Les ascendants

Il est à noter qu'il n'y a pas un rapport absolu entre l'ordre pour donner le consentement, et l'ordre pour former opposition. On veut qu'il y ait une possibilité assez large d'invoquer le vice tenant à l'absence d'une condition requise, par rapport aux ascendants. Mais, quand un ascendant a formé opposition, et qu'à la suite de cette opposition un jugement de main-levée est intervenue, il n'y a plus place pour cette opposition, art. I73 du C.C. in fine.

Le conjoint

Le conjoint peut, d'après l'art. I72 former opposition pour un seul motif: un mariage antérieur.

Les collatéraux

Les collatéraux, d'après l'art. I74, a défaut d'aucun ascendant, ont le droit de former opposition. Mais ce droit n'est ouvert qu'à certains collatéraux, frères ou soeurs, oncle ou tante, cousin germain ou cousine germaine, ce qui exclut les neveux et nièces, et tous les cousins autres que les cousins germains. Il faut d'ailleurs que ces parents soient majeurs, et c'est seulement dans deux cas que l'opposition peut être formée par eux.

Ils ne peuvent former opposition que dans 2 cas particuliers

Ils peuvent former opposition tout d'abord quand le consentement du conseil de famille requis par l'art. I60 n'a pas été recueilli. Ceci suppose qu'il s'agit d'un enfant mineur, sans ascendant.

Le second motif pour lequel lesparents précités peuvent faire opposition c'est lorsque cette opposition est fondée sur l'état de démence du futur conjoint, et l'art. I74 ajoute que cette opposition ne sera jamais reçue qu'à charge par l'opposant de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans un délai fixé par le jugement.

Le tuteur et le curateur avec l'autorisation du conseil de famille

Le tuteur et le curateur ont également le droit de former opposition dans les deux cas indiqués mais il faut qu'ils aient de plus une autorisation du conseil de famille.

Le ministère public

Enfin on s'est posé la question de savoir si le ministère public ne pouvait pas, dans tous les cas, former opposition au mariage. Pratiquement, l'opposition, de sa part, n'est pas nécessaire, et, le plus souvent, quand le ministère public envoie un avis officieux faisant connaître à l'officier de l'état civil qu'il y a vraisemblablement l'absence d'une condition requise pour le mariage, l'officier de l'état civil

Source : BIU Cujas

en tient toujours compte.

Mais le ministère public peut-il former opposition ? La jurisprudence l'admet en tenant compte qu'il est le gardien de l'ordre public. Art. 46 de la loi du 20 avril 1910.

2. Forme de l'opposition

La forme de l'opposition est déterminée par les textes.

L'opposition doit être faite par exploit d'huissier.

Elle doit être faite par exploit d'huissier.
Les mentions

C'est un acte extra-judiciaire qui doit indiquer la qualité de l'opposant et les motifs de l'opposition. La qualité de l'opposant a son importance puisqu'il s'agit d'un collatéral ou d'un tuteur ou d'un curateur, et que ce sera seulement dans les deux conditions déterminées que l'opposition sera valable.

L'opposition doit être signée de l'opposant et de l'huissier

L'opposition doit être signée de l'opposant et de l'huissier, articles 66 et 76 du C.C. La signature doit être apposée sur l'original et surtoute copie pour qu'il n'y ait pas de doute sur la personnalité. L'opposition est faite dans le lieu où le mariage doit être célébré.

L'opposition doit être signifiée aux futurs époux et à l'officier de l'état civil
Sanction du défaut de signification

L'acte est signifié à la fois aux futurs époux et à l'officier de l'état civil et l'officier de l'état civil doit apposer son visa sur l'original qui est conservé par l'huissier et l'opposant, art. 66 du C.C.

La sanction du défaut de signification, si par exemple, il n'y a pas eu de signification faite à l'officier de l'état civil, c'est l'inopposabilité de l'opposition.

Mais il y a une autre sanction prévue par l'article 176 qui établit que toutes les conditions de forme imposées sont exigées à peine de nullité, de sorte qu'en cas d'annunabilité de l'opposition, il y aura interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant l'opposition.

3. Les effets de l'opposition

Les effets de l'opposition sont essentiellement de mettre obstacle à la possibilité du mariage, et de rendre nécessaire un jugement ou une main levée de l'opposition.

Le mariage n'est pas possible tant qu'il n'y a pas de main levée de l'opposition

Le mariage n'est pas possible tant qu'il n'y a pas de main levée. Quand l'opposition est régulière, l'officier de l'état civil ne peut pas ne pas en tenir compte. Mais quand elle est irrégulière, l'officier de l'état civil peut ne la considérer que comme un avis officieux, et sous sa responsabilité il peut en tenir ou ne pas en tenir compte.

Si l'opposition est régulière, le mariage ne pourra être célébré qu'après une main levée. Cette main levée peut être donnée par l'opposant lui-même D'ordiraire elle l'est par un jugement.

Source : BIU Cujas

La main levée de l'opposition peut être donnée par l'opposant lui-même

Elle peut être donnée par l'opposant qui a formé l'opposition régulière. S'il s'aperçoit qu'il s'est trompé, il pourra lever l'opposition. Et, à cet égard, un acte quelconque, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur la personnalité de l'opposant et la manifestation de sa volonté, sera valable.

Mais elle est normalement donnée par un jugement

Mais la main-levée de l'opposition est normalement donnée par un jugement car celui qui a fait opposition en général ne veut pas se déjuger.

Le tribunal compétent sera celui du domicile élu dans l'opposition. Ou bien ce sera le tribunal du domicile réel de l'opposant.

La procédure est simplifiée: on emploie, non pas la procédure ordinaire qui est relativement compliquée, mais la procédure sommaire, dit le code civil.

Le tribunal devra se prononcer, art. I77, dans les I0 jours, sur la demande en main levée. Il n'y a pas de raison de retarder longuement la célébration du mariage.

Le jugement relatif à l'opposition n'est susceptible d'aucune opposition

Il n'est pas admis d'opposition sur le jugement relatif à l'opposition, le mot d'opposition étant pris, dans le premier sens, comme désignant une voie de recours. Au contraire, l'appel est permis. L'opposition suppose une voie de recours contre un jugement par défaut. Or, ici la question a paru trop grave au législateur pour permettre le défaut. Si on fait défaut on n'aura qu'une voie de recours: l'appel. Et l'article I78 dit qu'il doit être statué sur l'appel rapidement, dans les 10 jours.

L'appel sera jugé, par conséquent, dans un délai très rapide. Quelles en seront les conséquences.

Les conséquences de l'opposition injustifiées

Il peut y avoir, à la suite d'une opposition des frais qui ont été occasionnés. L'opposant, s'il succombe devra payer tous les frais. Si l'opposition est rejetée, l'opposant pourra être condamné aux frais et même à des dommages-intérêts.

Seuls les ascendants ne sont pas tenus au paiement de dommages-intérêts, et on le comprend car ils peuvent avoir des raisons très légitimes d'agir. Ils peuvent avoir invoqué l'absence d'une condition de validité ou d'existence qui n'était pas réelle pour retarder le mariage, mais on reconnait qu'ils ont le droit de faire opposition pour retarder seulement le mariage.

Telle est l'opposition, la première sanction des conditions de validité.

B. Les nullités de mariage.

La deuxième sanction, plus importante, et qui suppose le mariage accompli: c'est la nullité.

La nullité, en matière de mariage, devrait se

Source : BIU Cujas

Différences qui existent entre la théorie générale des nullités et la théorie des nullités en matière de mariage

modeler sur la théorie générale des nullités. Cependant elle offre des différences sensibles avec les nullités ordinaires.

Certes, on va retrouver ici la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives, les nullités absolues que toute personne peut invoquer, qui ne peuvent pas se prescrire, et les nullités relatives qui ne peuvent être invoquées que par certaines personnes, qui se prescrivent normalement par dix ans, etqui peuvent être confirmées. Mais les caractères de ces nullités ne sont pas toujours les mêmes, et cela tient à la gravité dela nullité.

Quand un acte est atteint de nullité absolue ou relative, en général, les conséquences ne sont pas désastreuses, même s'il s'agit d'un acte successif. En matière de mariage, au contraire, les conséquences de la nullité sont graves: les époux ont vécu en concubinage et les enfants sont des enfants naturels. La rigueur de la nullité doit donc être atténuée et, puisque le mariage est un acte successif, on a permis qu' il soit valable dans le passé: c'est le mariage putatif et il y a des nullités qui, bien qu'absolues, sont susceptibles de disparaître.

A côté de la nullité absolue ne faut-il pas reconnaître la possibilité de l'inexistence? Le principe qu' il n'y a pas de nullité sans texte

Mais à côté de la nullité absolue, ne faut-il pas reconnaître la possibilité de l'inexistence, de cette inexistence qui a été rejetée en tant que sanction pour les actes juridiques en général ? Ne doit-elle pas être admise en matière de mariage.

Il faut poser ici un principe. En étudiant les nullités, on a vu, àpropos de la théorie générale des nullités, qu'il y avait des nullités expressément établies par la loi, et des nullités virtuelles, qui n'étaient pas formellement exprimées par la loi mais qui résultaient, soit de l'emploi de certains mots, par la loi, soit de la nature des conditions dont-elles assuraient l'observation.

Il y a donc des nullités absolues et des nullités relatives qui ne sont pas établies par la loi: il y a des nullités virtuelles.

Cependant, on dit que la Cour de Cassation a proclamé le principe qu'il n'y a pas de nullité sans texte et qu'elle l'applique d'une façon, rigoureuse en matière de mariage.

Cette règle, l'ancien droit l'admettait complètement et on fait remarquer que le législateur a eu si bien l'attention appelée sur la nullité en matière de mariage que le chapitre IV est intitulé " des demandes en nullité de mariage". On a soutenu en conséquence le maintien de la règle qu'il n'y avait pas de nullité de mariage sans texte, quand on était partisan de l'inexistence.

Source : BIU Cujas

Les arguments qui ont été invoqués en faveur du maintien de la règle qu'il n'y a pas de nullité sans texte ne sont pas décisifs. D'abord, cette règle n'est inscrite nulle part dans notre droit, et on est bien obligé d'admettre des nullités, et même des inexistences en l'absence de textes. Il est vrai que si la théorie de l'inexistence a été consacrée par certains textes, cela ne voudrait pas dire qu'il n'y a pas d'inexistence sans texte.

D'autre part, il semble que le chapitre IV intitulé " des demandes en nullité de mariage" n'ait indiqué que certaines causes de nullité de mariage, car cet article vise non pas les cas de nullité, mais les personnes qui ont le droit de demander la nullité. L'interprétation du C.C. doit se faire en matière demariage , de manière à diminuer les causes de nullité. Sans doute, il y a des nullités virtuelles, à côté de nullités expresses. Mais, en tenant compte des conséquences malheureuses de la nullité du mariage il ne faut admettre, en cette matière, la nullité qu'avec une grande circonspection. Une prohibition n'entraînera pas nécessairement une nullité. Il faudra rechercher le but de la condition, se demander, s'il a un caractère impératif, avant de voir quelle est sa sanction.

Il faut donc passer en revue:

I° - les causes de nullité

2° - les effets des nullités avec les conditions d'existence de ces nullités.

I. Les causes de nullité

En ce qui concerne les causes de nullités il faut distinguer les nullités absolues des nullités relatives, en écartant la sanction d'inexistence.

Les conditions d'existence indiquées sont sanctionnées par la nullité absolue, certains auteurs disent par l'inexistence. Or les conditions d'existence sont généralement sanctionnées d'une façon absolue, mais il y en aquoique sanctionnées de nullité absolue, peuvent disparaître.

Les cas dans lesquels l'infraction à la loi n'entraîne pas nullité

Il n'y a pas tout d'abord nullité dans les cas suivants:

1° - A défaut de notification. La notification n'a pas été faite, par un enfant majeur, mais mineur de 25 ans, qui a entre 2I et 25 ans; il n'y a pas nullité.

2° - Le défaut de publication n'entraîne pas nullité. La sanction en est une amende pour l'officier de l'état civil, de trois cents francs, une amende pour l'époux et pour les personnes sous la puissance desquelles il se trouvait: mais il n'y a pas nullité.

3° - quand l'officier de l'état civil procède au mariage avant la levée de l'opposition, le mariage

Source : BIU Cujas

reste valable, mais il a été célébré, sous la responsabilité civile et pénale de l'officier de l'état civil.

4° - L'état militaire qui exige une autorisation de l'autorité militaire et supérieure, n'entraîne pas, en cas de défaut d'autorisation, nullité: il y a seulement une sanction disciplinaire.

5° - Le mariage contracté avant l'expiration du délai de viduité n'est pas nul; il doit être maintenu, En effet, de deux choses l'une, ou bien la femme est en état de grossesse, et il faut accepter la situation, ou bien la femme ne l'est pas, et la confusion de parts n'est pas à éviter.

6°) S'il y a parenté adoptive, il peut y avoir impossibilité de mariage et refus de l'officier de l'état civil de procéder au mariage. Mais le mariage célébré, il n'y aurait pas nullité.

Il n'y a plus à citer ici le cas d'abus du divorce, visé par l'art. I95 du C.C., parce que si, avant le 4 janvier I930, il y avait là une condition du mariage, cette condition a été supprimée.

On est en présence d'empêchements simples ou prohibitifs non d'empêchements dirimants qui entraînent la nullité.

Seuls en effet les empêchements dirimants ont un effet énergique, et entraînent la nullité.

Théorie du mariage inexistant

Mais arrivons à la question du mariage inexistant. Faut-il admettre le mariage inexistant ?

Les trois premières conditions du mariage qui sont la différence de sexe, le consentement des époux, et la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, sont souvent traitées de conditions sanctionnées par l'inexistence et non par la nullité absolue. M. Hémard estime qu'il n'y a pas à parler de mariages inexistants: la nullité absolue existe et on a admis qu'il n'était pas besoin d'un texte pour prononcer une nullité absolue.

Arguments invoqués par les partisans de cette loi

Or, pour la jurisprudence, et pour certains auteurs, en vertu de la règle qu'il n'y a pas de nullité sans texte, dans ces trois cas où la nullité n'est pas prononcée par la loi, il est nécessaire d'admettre l'inexistence. La règle qu'il n'y a pas de nullité sans texte s'impose, mais il peut y avoir une inexistence et l'inexistence n'est pas soumise à la règle qu'il n'y a pas de nullité sans texte.

On invoque l'art. I46 du C.C., après avoir invoqué les travaux préparatoires qui déclarent qu'il n'y a pas de mariage, sans consentement. Cela fait allusion, dit-on, non pas seulement à la nullité absolue mais à l'inexistence et la loi ne peut annuler un mariage qui n'a jamais été célébré.

Il ne faut pas admettre ici l'inexistence. D'abord

Source : BIU Cujas

Critique de cette théorie

on a vu qu'il fallait rejeter la règle qu'il n'y a pas de nullités sans texte. Et la prétendue inexistence doit être confondue avec la nullité absolue. Il ne faut pas tenir compte des travaux préparatoires. On a fait grandement état de l'opinion de Napoléon qui, certes était un grand capitaine mais n'était pas un grand jurisconsulte, et les travaux préparatoires pourraient prouver que les rédacteurs du code ont écarté la conception d'inexistence et la nullité absolue.

Il faut rappeler d'autre part que la distinction entre l'inexistence et la nullité n'a pas d'intérêt, au fond, et qu'elle présente même un danger. On peut se demander si l'inexistence doit permettre le mariage putatif, autorisant le maintien des effets du mariage, et on a soutenu que l'inexistence ne laissait pas place pour le mariage putatif.

D'autres auteurs, au contraire, font toujours produire des effets au mariage, au moins dans les rapports pécuniaires des époux et il n'y a plus de différence entre l'inexistence et la nullité absolue.

L'inexistence a-t-on dit, d'autre part parfois, n'a pas besoin d'être demandée. Est-ce bien vrai ? Est-il permis de se faire justice à soi-même, et, quand il y a inexistence, l'intervention du juge n'est-elle pas nécessaire. Elle est nécessaire chaque fois qu'il y a un titre provision est due au titre. S'il s'agit d'un défaut de célébration par un officier de l'état civil, si on a rédigé un acte quelconque, l'acte de mariage ne vaut rien: provision n'est pas due au titre. Au contraire s'il y a mariage entre deux personnes ayant deux sexes identiques ou s'il y a absence totale de consentement, cela n'empêche pas la rédaction d'un acte de mariage. Et si un acte de mariage a été dressé, provision est due au titre, et il faut faire intervenir le juge pour détruire l'autorité qui a été attachée à l'acte de mariage: foi est due à l'acte de mariage, à l'état civil. On dit volontiers que la jurisprudence consacre l'inexistence. M. Hémard estime que, depuis un arrêt de la cour de cassation du 12 novembre 1844 - S. 1845 - I - 246, il n'y a pas un arrêt absolument net en ce sens. Sans doute des arrêts de cour d'appel parlent, de temps en temps, de mariages qui n'existent pas, mais cette formule peut parfaitement s'expliquer par nullité absolue. Le seul arrêt ou le mot de mariage inexistant soit employé, est un arrêt de la chambre civile du 2 avril 1902 - S. 1903 - I - 273. Il y est parlé de mariage inexistant. Mais la cour de cassation ne semble pas en faire une classe à part.

Les différents cas où on admet l'inexistence et où

Reprenons les différents cas ou l'on admet l'inexistence, et où il y a seulement nullité absolue.

L'identité de sexe est un cas vraiment rare. On

Source : BIU Cujas

il y a nullité absolue

peut citer le cas d'un arrêt de la cour de cass. où il fallait savoir s'il y avait impuissance ou identité de sexe.

L'absence totale de consentement est un cas également rare.

La seule hypothèse qui s'est présentée est celle du mariage d'un dément, ou en état d'imbécilité notoire. On peut citer à cet égard un arrêt de la cour de cass. du 9 Novembre 1887 - S - 1887 - I - 61. Dans ce cas de démence, la cour de cass. se fonde-t-elle sur l'inexistence ? Non elle admet seulement la nullité relative en déclarant que les collatéraux du dément n'ont pas le droit d'agir pour inexistence ou nullité absolue.

Un arrêt de la cour de Bastia du 8 février 1888, il est vrai, a établi que c'était une nullité absolue. Il s'agissait d'un individu atteint d'imbécilité congénitale. Mais elle n'a pas parlé d'inexistence.

Quant au défaut de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, en France, les tribunaux n'ont pas eu à intervenir. Nul en effet n'est censé ignorer la loi et on sait bien que le mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil. C'est seulement pour les mariages contractés à l'étranger, ou devant un consul étranger en France, que la nullité absolue a été soulevée Cass. 20 juillet 1900 S. 1900 - I - 225. Cet arrêt a admis l'idée de nullité absolue et de mariage putatif, tandis que la cour d'appel avait rejeté le mariage putatif en se basant sur l'inexistence.

Les conditions d'existence du mariage qui sont sanctionnées par la nullité absolue

Les autres conditions d'existence du mariage sont sanctionnées par la nullité absolue.

Il faut citer tout d'abord l'impuberté qui entraîne la nullité absolue et qu'une dispense accordée, après coup, ne ferait pas disparaître.

L'art. 184 permet à tout le monde d'invoquer cette nullité. Mais elle peut se couvrir art. 185: elle cesse d'exister six mois après l'arrivée de la puberté légale. Et elle cesse également, si c'est la femme qui est impubère, lorsque celle-ci, est en état de grossesse, car alors la puberté réelle s'est produite avant la puberté légale. L'article 186 enlève le droit d'agir en nullité aux ascendants qui ont consenti au mariage.

La bigamie est, d'autre part, une cause de nullité absolue art. 147 du C.C., à condition, bien entendu, que le premier mariage ne soit pas nul, car si le premier mariage était nul, le second serait valable.

Source : BIU Cujas

L'inceste est également un vice qui, résultant de la parenté ou de l'alliance au degré prohibé, entraîne une nullité absolue. Il faut en conclure que l'obtention d'une dispense après le mariage ne supprimerait pas la nullité. Toutefois, il n'en est ainsi qu par rapport à la parenté légitime ou naturelle. La parenté adoptive ne donne pas lieu à nullité.

Des vices de forme

Le vice de forme est une cause de nullité qui tient 1) au défaut de publicité, 2°) à l'incompétence de l'officier de l'état civil. Ce que le législateur veut c'est que les mariages soient publiés mais pour avoir une possibilité d'appréciation il a permis au juge de ne pas prononcer la nullité art. I93 du C.C. et c'est pourquoi on a placé le défaut de publication dans les cas qui n'entrainaient pas nécessairement nullité.

Il en est de même de l'incompétence de l'officier de l'état civil qui tient à ce qu'aucun des époux n'avait, dans la commune où l'officier de l'état civil exerce ses fonctions, son domicile, soit à ce fait que l'officier de l'état civil n'avait pas compétence.

Le vice de forme peut d'ailleurs se couvrir à l'égard des époux, par la possession d'état, art. I96 du C.C.

Cas de nullités relatives

Les nullités relatives sont très réduites. Il n'en existe que pour le vice du consentement, c'est-à-dire seulement pour l'erreur sur la personne et la violence (art. I8I).

Enfin il y a nullité relative pour défaut d'autorisation des parents, notamment à l'égard des mineurs (art. I82) Et l'article I83 qu'il faut lire avec soin précise les conditions de la confirmation de cette nullité.

Effet des nullités de mariage

En ce qui concerne leurs effets, les nullités de mariage doivent être envisagées.

I°- avant le jugement de nullité

2° - après le dit jugement.

Avant le jugement, il faut montrer que la nullité produit les conséquences normales des nullités de droit commun et, à cet égard, on opposera les nullités absolues aux nullités relatives.

Après le jugement de nullité, le mariage est détruit, mais la loi assure le maintien de certains de ces effets, par la théorie du mariage putatif.

I. Effets de la nullité avant sa prononciation

I. Examinons donc les effets de la nullité avant sa prononciation. Il s'agit d'une cause de nullité d'un mariage, et ses effets, avant la prononciation du jugement, sont dominés par la distinction

Source : BIU Cujas

des nullités relatives et des nullités absolues.

Ils sont par la distinction des nullités absolues et des nullités relatives

Les nullités absolues ordinaires peuvent être invoquées par tout intéressé. En principe, elles ne sont pas susceptibles de confirmation, et la prescription ne les atteint pas. Or pour toutes ces conséquences d'une application très pratique, on s'aperçoit qu'il y a ici des exceptions.

Les dérogations apportées en cette matière aux règles ordinaires des nullités absolues.

D'abord, en ce qui concerne les personnes qui peuvent agir en nullité absolue, le droit de tout intéressé d'invoquer ces nullités n'est pas complet. La règle est posée par l'article 184 du code civil: la nullité peut être exercée, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. Cela vise la nullité absolue résultant de l'impuberté, de la bigamie, de l'inceste. L'article 186 vient dire que la nullité ne peut être demandée par le père et la mère, par les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage, de sorte que quand ces personnes n'ont pas consenti, elles ont le droit de demander la nullité. La famille cela vise le conseil de famille, et l'article 187 ajoute une autre condition, au moins pour certaines personnes il faut que ce ne soit pas du vivant des époux que la nullité soit invoquée, car tant qu'ils vivent, les époux savent mieux que personne s'il faut agir.

En ce qui concerne les personnes qui peuvent agir en nullité

En ce qui concerne l'intérêt exigé pour pouvoir agir.

Analysant ces textes, et y ajoutant l'art. 191 qui vise le vice de forme, la clandestinité, et l'incapacité, on voit qu'il faut un intérêt né et actuel pour pouvoir invoquer la nullité.

Il est certaines personnes qui peuvent agir sans justifier d'un intérêt pécuniaire né et actuel

De ces différents textes il semble résulter une condition qui peuvent agir, sans justifier d'un intérêt. Et que leur intérêt soit pécuniaire ou moral peu importe: que ce soit du vivant des époux ou après leur mort, le droit d'agir leur appartient.

Il en est ainsi d'abord des époux, même de celui qui est l'origine de la nullité, et il en est ainsi du premier conjoint, quand il s'agit de la bigamie. Il en est ainsi également des père et mère et des ascendants. Tous peuvent agir, et aucun ordre n'est établi pour leur donner la préférence, dans l'exercice de l'action en nullité. Il n'y a pas à distinguer entre la proximité de parenté ni à établir de présséance du père sur la mère. Leur droit est égal. Il faut ajouter le conseil de famille quand il n'y a plus d'ascendant (art. 186 du C.C.).

Mais l'intervention du conseil de famille ne doit-elle pas être limitée ? On l'admet. Elle doit être limitée, au cas de mariage d'un impubère. En s'en tenant à l'art. 186, le conseil de famille n'existe

Source : BIU Cujas

d'ailleurs que quand il y a minorité, et quand la majorité est arrivée son intervention n'a plus de raison d'être. Il ne peut donc s'agir que du conseil de famille d'un époux impubère. Pour l'autre époux aucune question ne doit intervenir.

Il suffit, pour toutes ces personnes, d'un intérêt quelconque, pécuniaire ou moral.

Mais il est au contraire des personnes qui ne peuvent agir en nullité de mariage qu'en justifiant d'un intérêt né et actuel

Mais il est certainement d'autres personnes qui, au contraire, ne peuvent agir en nullité de mariage qu'en invoquant un intérêt né et actuel. Il leur faut justifier de cet intérêt, et s'il s'agit de collatéraux ou d'enfants nés d'un autre mariage, il faut que ce soit après la dissolution du mariage prétendu nul, puisqu'on ne leur permet pas d'agir, du vivant des deux époux.

Reprenons la condition relative à l'intérêt né et actuel.

Il faut un intérêt né et actuel. Par conséquent un intérêt simplement éventuel, résultant d'une succession à échoir à une personne ne suffirait pas. Il y a là une condition qui est normalement réclamée pour intenter une action. Il faut, pour agir en justice, un intérêt né et actuel, et un intérêt de cette nature ne peut être que pécuniaire. Ce sera par exemple pour obtenir la succession d'un époux prédécédé, pour empêcher le survivant de recueillir les droits qui lui sont accordés par le C.C., en l'absence de dispositions testamentaires. Un intérêt moral est tenu pour insuffisant.

Cependant la jurisprudence a parfois admis que, dans la demande en nullité de mariage avait un but indirect , parfaitement juste, comme le but de contester la légitimation d'un enfant, elle a dit qu'un intérêt moral suffisait (Chambre civile - 20 avril 1885 - S. 1886 - I. 313).

Mais il ne faut pas limiter à ces collatéraux et aux enfants d'un autre mariage le droit d'agir. C'est, d.'après les articles 191 et 186, tout intéressé qui peut agir.

Il s'ensuit que tout créancier et le conjoint divorcé même, pourraient agir en nullité s'ils y ont un intérêt né et actuel, et après le décès d'un époux.

Les enfants du mariage

En ce qui concerne les enfants du mariage actuel, il est rare qu'ils aient un intérêt à agir. Cependant une hypothèse de ce genre a été révélée par un arrêt de la Chambre civile du 15 juin 1887 - (S. 1890 - I - 446). Voici quelle était l'espèce. Des époux s'étaient mariés à l'étranger. Ils revinrent en France et, croyant que leur mariage à l'étranger était

Source : BIU Cujas

nul, ils se marièrent en France. Ils reconnurent un enfant naturel lors de la célébration du mariage, légitimé par mariage subséquent. Des collatéraux, voulant faire tomber la légitimation, attaquèrent le second mariage, et c'était leur droit semble-t-il pour faire tomber la légitimation. Ils l'attaquèrent après la mort de l'un des deux époux. L'enfant légitimé attaqua le premier mariage, pour assurer le maintien du second.

Les créanciers

En ce qui concerne les créanciers il n'y a aucune raison de s'opposer à ce qu'ils puissent demander la nullité, s'ils justifient d'un intérêt pécuniaire né et actuel. Ainsi un créancier d'une femme mariée ne peut obtenir l'exécution de l'obligation de celle-ci, parce qu'il s'agit d'une obligation contractée sans autorisation. La nullité du mariage aurait pour résultat de restituer la pleine capacité à la femme mariée en faisant disparaître son incapacité. De même un tiers acquéreur d'un immeuble du mari peut demander la nullité du mariage, pour se débarrasser de l'hypothèque légale qui existe au profit de la femme mariée, tant qu'elle est femme mariée. Si, au contraire, il n'y a plus mariage, l'hypothèque devra disparaître.

Les collatéraux et les enfants d'un autre mariage - Pour qu'ils puissent agir il faut que le mariage soit dissous par la mort d'un des époux, en principe du moins.

Une autre condition est réclamée des collatéraux et des enfants d'un autre mariage, c'est que le mariage soit dissous par la mort d'un des époux. Mais la jurisprudence a interprété de telle manière l'art. I87 qu'elle en est arrivée à le modifier. Elle considère que ce texte écarte l'exercice de l'action en nullité, du vivant des époux, mais que dans le cas où l'enfant où les collatéraux ont un intérêt pécuniaire servant de base à leur demande, le but de ce texte n'est pas d'exclure l'action, du vivant des deux époux. Elle a ainsi modifié le texte en écartant complètement la deuxième condition de la formule de l'art. I86.

Le ministère public Il ne peut agir que du vivant des époux

On a cité enfin le ministère public parmi les personnes qui peuvent invoquer la nullité, en matière de mariage. Il doit être mis à part. Les articles I84, I90 et I91le mentionnent spécialement. Il résulte de ces textes que si la jurisprudence maintenait la condition relative à la non existence de l'un des époux, pour l'exercice de l'action en nullité de la part des collatéraux et des enfants d'un autre mariage, pour le ministère public, c'est uniquement du vivant des époux qu'il doit agir, car le ministère public n'intervient que parce que l'ordre public est intéressé; il y a un trouble causé par la vie en com-

Source : BIU Cujas

mun de ces deux personnes dont le mariage est nul, et le scandale n'existe que de leur vivant. Quand ces personnes sont mortes, il n'est pas utile de revenir sur le scandale passé. Il est donc naturel que le ministère public agisse seulement, du vivant des époux et le ministère public est toujours demandeur; il n'a pas à intervenir comme défendeur.

Critique de la rédaction de l'art. 190 du C.C.

Mais il faut reprendre la formule de l'art. 190 "(Le procureur du roi), le procureur de la république, le ministère public dit le texte peut et doit demander.." Il semble donc qu'il y ait là non seulement un pouvoir, mais encore une obligation de demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et de les faire condamner à se séparer. En réalité, ce que veut dire le texte ce n'est pas qu'il y ait là une obligation pour le ministère public, c'est qu'il peut, du vivant des deux époux, et qu'il doit du vivant des deux époux. C'est de cette interprétation qu'on tire la solution: il ne pourrait le faire après leur mort.

D'autre part, la loi dit que le ministère public doit faire condamner les deux époux à se séparer. C'est inexact, car même s'il fait prononcer la nullité, sauf le cas de bigamie, où on les séparera en en mettant un en prison, comment les séparerait-il ? Il ne peut pas les empêcher de vivre en concubinage, et, par conséquent, la formule de l'art. 190 est encore fausse, à ce point de vue.

Telles sont les personnes qui peuvent invoquer la nullité absolue en matière de mariage.

Les nullités absolues en matière de mariage peuvent se couvrir dans certains cas exceptionnels

Ces nullités absolues ne peuvent se couvrir, mais il y a, à cette règle, des exceptions. Ces nullités ne peuvent se couvrir normalement, car le caractère d'ordre public des conditions que ces nullités absolues sanctionnent, ne permet pas de confirmation.

Cependant, on a déjà vu qu'il est des confirmations importantes et fréquentes. Il y a des cas exceptionnels où l'on admet qu'une nullité, même absolue, peut se couvrir, c'est quand un fait nouveau survient et prouve qu'il n'y a plus lieu de maintenir la nullité absolue. Ainsi, en cas d'impuberté (art. 185 du C.Civ.) la grossesse de la femme couvre la nullité résultant de son défaut d'âge. Mais elle ne couvre pas celle qui résulte du défaut d'âge du mari.

Un vice de forme peut être également couvert, art. 198 mais il est sans grand intérêt de le dire car la nullité absolue qui existe en matière de vice de forme, de clandestinité, est une nullité facultative, de la part du tribunal appelé à se prononcer, et, s'il

Source : BIU Cujas

y a la moindre chance de confirmation, la nullité ne sera pas prononcée.

Les nullités absolues ne peuvent se prescrire.

Il n'y a pas de prescription des nullités absolues.

Les dérogations apportées, en cette matière, aux règles des nullités relatives

En ce qui concerne les nullités relatives, on verra qu'elles sont encore plus déformées, par rapport au type normal des nullités relatives qu'on rencontre dans la théorie des actes juridiques.

Les nullités relatives résultent d'un vice du consentement, ou du défaut d'autorisation des parties. Elles ne peuvent être invoquées que par certaines personnes, et sont susceptibles de confirmation et de prescription, d'ailleurs très réduites, qui peuvent venir empêcher l'exercice de l'action en nullité. Pour qu'il y ait vice du consentement, défaut d'autorisation, il faut donc qu'il n'y ait ni confirmation ni prescription, et ces modes de confirmation et de prescription sont assez faciles à réaliser.

Elles ne peuvent être invoquées que par certaines personnes

En cas de vice du consentement, la nullité peut être demandée par l'époux dont le consentement a été obtenu, à la suite d'un acte de violence, ou par suite d'une erreur sur la personne, c'est lui seul qui peut agir (art. 180 du C.Civ.). Le mariage, contracté par erreur dans la personne, ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur, et il faut appliquer la même solution à la violence. Mais il n'en est pas d'exemple.

Tandis que, de droit commun, en cas d'erreur, on permet aux créanciers et aux héritiers de la personne dont le consentement a été vicié d'agir en nullité, ce droit ici leur est refusé. La loi, dans l'art. 180, a fait de l'actionen nullité, pour vice du consentement, dans un mariage, une action exclusivement attachée à la personne, qui ne rentre pas dans le droit de gage général des créanciers dont on a parlé précédemment, même si elle doit comporter des conséquences purement pécuniaires dont les créanciers et les héritiers doivent profiter, même si l'action est transmise aux héritiers.

L'action qui ne peut être exercer par les créanciers ou les héritiers, c'est l'action qu'il s'agit de mettre en mouvement. Mais si l'intéressé, c'est-à-dire l'époux dont le consentement a été vicié, a intenté la poursuite, s'il a commencé à agir lui-même, le droit des créanciers et des héritiers réapparaîtra, car ils ne feront que continuer ce qu'avait fait leur auteur, et alors ils peuvent terminer l'action intentée par lui.

Sont susceptibles de confir-

La nullité pour erreur ou pour violence est sus-

Source : BIU Cujas

mation

a)Nullité pour erreur ou violence. Elle est susceptible de confirmation

ceptible de confirmation (art. I8I du C.Civ). Ce texte dit que, du jour où le vice a cessé, la demande n'est plus recevable, et du jour aussi où il y a eu cohabitation continue pendant 6 mois à partir du moment où l'époux a recouvré sa pleine liberté.

La confirmation peut être expresse ou tacite

Il y a là une confirmation tacite. Une confirmation expresse reste d'ailleurs possible, bien que la loi ne la prévoit pas. Elle est possible bien qu'on soit en une matière qui est considérée comme d'ordre public. Mais en pratique on rencontre seulement une confirmation tacite de 6 mois de cohabitation continue.

Cette nullité est prescriptible par 30 ans

Cette nullité est-elle soumise à la prescription ? On ne peut plus parler de la prescription de l'art. I304, de la prescription de l'action en nullité relative car l'art. I304 établit une prescription de faveur, par 10 ans, qui vaut seulement en matière de contrat. Il faut en revenir à la prescription générale de l'art. 2262, à la prescription la plus large du droit civil, qui est une prescription de 30 ans. Il faudra 30 ans depuis la cessation du vice, même s'il n'y a pas cohabitation continue entre les époux.

b) nullité pour défaut d'autorisation des parents

L'autre nullité relative est la nullité pour défaut d'autorisation des parents.

Les personnes qui peuvent l'invoquer

Elle ne peut être invoquée que par certaines personnes dont le consentement était requis (art.I82 du C. Civ.) et par l'enfant ayant besoin de ce consentement, puisque c'est une mesure de protection à son égard. Ces personnes sont d'abord le père ou la père, et ce peuvent être les ascendants ou le conseil de famille.

L'action intentée par le conseil de famille est poursuivie par le tuteur, ou par un membre du conseil de famille, spécialement désigné à cet effet.

La nullité peut être effacée par une confirmation

Cette nullité est donc limitée, quant à son exercice, et elle peut être effacée par une confirmation.

La confirmation est expresse ou tacite.

La confirmation peut-être expresse

Il y a confirmation expresse quand, après coup, après la célébration du mariage, les parents donnent leur autorisation.

ou tacite

Mais la loi prévoit aussi une confirmation tacite. La confirmation tacite résulte, d'après l'art. I83, du fait qu'un an s'est écoulé, depuis le moment ou les parents qui devaient consentir au mariage ont eu connaissance du mariage, ils ont donc un an pour agir en nullité. S'ils n'agissent point pendant cette année le mariage est définitivement valable, ou bien il y a confirmation tacite.

Source : BIU Cujas

Mais n'est-on pas en présence d'une véritable prescription. Si un an s'est écoulé sans qu'il y ait eu réclamation de la part de l'époux non autorisé depuis le moment où il a atteint sa majorité ? En réalité, il y a ici un véritable cas de prescription, et cela confirme que la prescription, au fond, est une confirmation implicite, tacite.

en réalité d'une véritable prescription

Faits particuliers desquels la jurisprudence déduit la ratification tacite

La ratification des parents ou la confirmation tacite ne peut-elle résulter d'autres faits ? La jurisprudence l'admet facilement. Il y aura ratification tacite, et les décisions judiciaires y voient même une ratification expresse, en cas de visite des parents qui n'ont pas consenti au mariage, chez les nouveaux mariés, surtout en cas d'acceptation du parrainage d'un enfant. Donc la nullité qui résulte du défaut d'autorisation des parents peut disparaître par la confirmation tacite, et par la prescription.

II. Effets de la nullité du mariage après le prononcé de cette nullité

Il faut examiner les effets de la nullité du mariage, après le prononcé de cette nullité.

Le principe

La nullité étant prononcée va anéantir le mariage pour la vie, et détruire ses effets, dans le passé. Il ne faut pas oublier, en effet, le principe de la rétroactivité de la nullité. Les mêmes effets sont produits par la nullité absolue et par la nullité relative, quand elle est prononcée. Il n'y a pas eu mariage les prétendus conjoints ont vécu en concubinage, et voici les résultats qui en découlent.

Ses conséquences

a) à l'égard des époux

A l'égard des époux d'abord, il n'a existé entre eux aucun devoir découlant du mariage et, s'il y a eu condamnation de l'un des époux pour adultère, cette condamnation a été prononcée à tort. De même, les époux ne se sont jamais dû d'aliments. Si la nullité a été prononcée après la mort de l'un des époux, le survivant n'a pas le droit de succession. Les conventions matrimoniales tombent, elles n'ont aucun effet, et il faudra liquider la communauté de fait qui a pu se réaliser entre leurs biens, d'après les règles générales de la communauté de fait, on fera un règlement, au mieux, en partageant proportionnellement aux apports. Les donations faites entre les époux ou aux époux, à l'occasion du mariage, par un tiers, doivent tomber. Enfin les époux, dernière conséquence, peuvent se remarier. Il semblerait qu'il ne dût pas y avoir de délai de viduité pour la concubine. Mais, malgré tout, on admet l'application du délai de viduité.

A l'égard de la femme, pendant le mariage, elle n'a pas été frappée de l'incapacité de la femme mariée, et les actes de la femme sont valables, si aucune autre cause de nullité ne les atteint. L'hypothèque légale de la femme mariée tombe, puisque la femme n'était pas

Source : BIU Cujas

femme mariée.

b) A l'égard des enfants

A l'égard des enfants nés avant la nullité du mariage cette nullité les rend illégitimes, et si le mariage est nul pour inceste ou pour bigamie, il s'agit d'enfants incestueux ou adultérins.

Théorie du mariage putatif

Ces conséquences sont vraiment graves et elles ne sont pas toujours méritées. Qu'elles s'appliquent à l'époux ou aux époux qui savaient l'existence d'une cause de nullité de mariage, rien de mieux, mais quand l'un des deux époux ignorait la cause de nullité, ou quand les deux époux l'ignoraient, ils ont simplement commis une erreur de fait ou de droit: est-il juste de leur faire supporter les conséquences de l'erreur qu'ils ont commise ?

Le droit canonique avait déjà admis que la bonne foi des deux époux devait leur permettre d'invoquer les effets du mariage. La loi a consacré, dans le code civil, cette solution. Elle exige essentiellement la bonne foi. Elle exige la bonne foi d'un seulement des époux, et si l'un des époux seulement est de bonne foi, les enfants en profiteront, ils seront tenus pour des enfants légitimes.

Mais si aucun époux n'est de bonne foi les enfants en supportent les conséquences. Cela est-il juste ? On peut se demander, en effet, s'il n'y aurait pas lieu d'admettre, d'une façon beaucoup plus large, la théorie du mariage putatif. Le mariage putatif c'est le mariage qu'un époux pensait être valable. Or il n'y a mariage putatif d'après le code civil que quand il y a bonne foi de l'un des époux au moins. L'époux de bonne foi en profite et les enfants aussi. La pratique exige, en outre, une autre condition: il faut qu'il y ait eu célébration du mariage. Mais ne devrait-on pas admettre que, dans tous les cas où il y a eu célébration du mariage, la bonne foi de l'époux doit être prise en considération ?

En somme, le mariage est un acte successif qui développe ses effets dans le temps. Quoi qu'on fasse, on ne peut pas faire marche en arrière et détruire ce qui a été accompli, et tandis que pour les actes instantanés, nuls, on peut détruire tout le passé, pour les actes successifs on ne le peut pas, et la nullité des actes successifs agit, à leur égard, comme une résolution c'est-à-dire que les effets passés sont maintenus, et que les effets à venir seront détruits.

On pourrait admettre la solution qui est adoptée par le code civil suisse en matière de mariage, mais telle n'est pas la conception du code civil

Source : BIU Cujas

français.

La conception du mariage putatif dans le code civil français Conditions requises pour qu'il y ait mariage putatif

Dans le code civil français, le mariage putatif est celui qu'un des époux, ou tous deux croyaient valable lors de la célébration. Dès lors deux conditions sont requises.

I° La bonne foi d'un des époux au moins.

2° La célébration du mariage

Il vaut pour tous les mariages nuls de nullité absolue ou relative, et, selon la jurisprudence et la majorité de la doctrine en cas d'inexistence.

La bonne foi des époux doit s'apprécier lors du mariage

Il suffit qu'au temps de la célébration du mariage lors du consentement des époux, la bonne foi d'un époux ait existé, et par conséquent, ici comme en matière de prescription, la mauvaise foi survenant par la suite la "malafides superveniens" n'empêche pas le mariage de valoir comme mariage putatif.

La jurisprudence et la législation tendent à n'exiger que la célébration du mariage

Il faut noter ici que, de plus en plus, la loi et la jurisprudence en viennent à la conception indiquée d'après laquelle on exigerait seulement la célébration du mariage.

La jurisprudence, d'une part, en est venue à présumer la bonne foi. Or présumer la bonne foi c'est la rendre facilement admissible, c'est mettre la charge de la preuve du côté de ceux qui viennent prétendre la mauvaise foi. (Cass 15 nov. I9I3.D. I9I4.I.28I). Ainsi la jurisprudence présumant la bonne foi, facilite encore l'application de la théorie du mariage putatif.

Mais d'autre part la loi du 25 Juin I9I9 art. I0 al. 3, relative aux militaires et aux marins disparus pendant la guerre, n'exige pas, pour qu'un mariage contracté par la femme d'un disparu si celui-ci reparaît, soit putatif, il y ait eu bonne foi. Voilàun cas où quoi qu'il s'agisse d'une loi d'une application limitée dans le temps, le législateur n'a pas exigé la bonne foi.

En cas de mariage putatif, la nullité opère à la manière d'une dissolution

Les effets du mariage putatif se produisent à l'égard des époux comme des enfants(art. 20I du C. Civ.) La nullité opère à la manière d'une dissolution; quand il y a mariage putatif. La légitimité des enfants résulte ainsi de la seule bonne foi de l'un de leurs parents.

Mais prenons les deux cas qui sont susceptibles de se présenter; ou les époux sont de bonne foi ou un seul est de bonne foi.

Effets du mariage putatif. Dans

Si les deux époux sont de bonne foi, le mariage, dans le passé, opère comme une dissolution.

Source : BIU Cujas

le cas ou les 2 époux sont de bonne foi

Quant à l'avenir, le mariage ne s'applique plus, sauf le délai de viduité. Ainsi dans le passé tout ce qui a été fait demeure: l'incapacité de la femme mariée subsiste; les devoirs des époux ont existé, les conventions matrimoniales seront appliquées, et il faudra liquider le régime adopté par les époux, régime conventionnel ou légal. Les donations seront conservées. Si, pendant ce temps, un droit de succession est né au profit d'un époux, il pourra le réclamer, à titre de conjoint survivant. Les enfants nés du mariage seront légitimes, et les enfants légitimés par le mariage conserveront le bénéfice de leur légitimation.

Dans le cas où un seul des époux est de bonne foi

Que décider si un seul des époux est de bonne foi ?

Le mariage, d'après l'art. 202, ne produit ses effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants du mariage.

L'époux de bonne foi gardera les donations qui lui ont été faites, même par son conjoint, et cela même s'il s'agit d'une donationmutuelle que se sont faites l'un à l'autre les deux époux. L'époux de bonne foi pourra réclamer l'application des conventions matrimoniales acceptées par l'autre époux. Mais la loi ne lui impose pas. La pratique décide que ce n'est pas une obligation. Si le conjoint qui est de bonne foi trouve plus avantageux de liquider les opérations faites entre les époux, d'après les règles de la communauté de fait, cet époux de bonne foi pourra se prononcer pour cette liquidation, d'après les règles de la communauté de fait. Les droits successoraux du conjoint survivant doivent appartenir au conjoint de bonne foi, quand la nullité a été prononcée, après le décès de l'époux de mauvaise foi.

Tous les droits sur les enfants seront gardés par l'époux de bonne foi; il aura notamment le droit de puissance paternelle. La femme de bonne foi pourra opposer son incapacité pour les actes passés sans autorisation, et elle pourra invoquer son hypothèque légale.

L'époux de mauvaise foi se verra, au contraire, refuser tous ces droits. On lui reconnaît seulement un droit à l'égard de ses enfants. On lui accorde les droits du parent naturel, et si l'autre conjoint est prédécédé, on lui donne tous les droits du parent légitime.

Quant aux enfants, la bonne foi d'un seul des parents leur vaudra de conserver la qualité d'enfants légitimes ou légitimés.

Source : BIU Cujas

Le mariage putatif produit effet jusqu'au jour du jugement d'annulation du mariage

Le mariage putatif produit effet jusqu'au jour du jugement d'annulation du mariage.

C'est une exception au droit commun d'après lequel un jugement remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Un jugement est déclaratif, il est rétroactif et il vaut à partir de la demande même. Or ici, il y a un jugement qui est constitutif, et parce que le mariage est un acte successif, on ne fait produire un jugement ses effets qu'à partir de la prononciation. On dit que le jugement qui prononce la nullité du mariage est un jugement qui n'est pas déclaratif, mais constitutif de droit. C'est la distinction entre les actes déclaratifs et les actes constitutifs de droit, appliquée au jugement.

L'autorité d'un jugement de nullité de mariage

On en arrive ainsi à la dernière question qui est celle de savoir quelle est l'autorité d'un jugement de nullité de mariage ?

Il n'y a pas à transcrire un tel jugement sur les registres de l'état civil.

Ce jugement va-t-il avoir une autorité relative d'après l'art. I35I, ou une autorité absolue ?

Le jugement qui prononce la nullité du mariage à une autorité absolue

Ce fait qu'on est en présence d'un jugement constitutif de droit et non pas déclaratif de droit doit donner la solution.

La jurisprudence admet, contrairement à la solution consacrée en ce qui concerne les jugements en matière d'état, qu'ici le jugement a une autorité absolue, toutefois la jurisprudence, c'est peut-être beaucoupdire, car on ne peut citer qu'un arrêt de la Cour d'Agen (D. I89I.I.I55). Cet arrêt parle de l'autorité absolue d'un jugement de nullité relative d'un mariage. Au fond cela n'a pas d'intérêt. L'autorité est absolue car on est en présence d'un jugement constitutif de droit, destructif d'un état antérieur ayant lui-même un caractère absolu. La nullité du mariage crée donc un état nouveau, et il faut bien reconnaître ici un effet absolu puisqu'après tout le ministère public peut agir (art.I90 et I9I) et s'il y avait autorité relative, à quoi servirait l'intervention du ministère public ? D'autre part un deuxième mariage doit être possible après la nullité du premier. Or si l'on admettait l'autorité relative, comment permettre un second mariage ?

Au contraire le jugement qui rejette la nullité a une autorité relative

Mais la question de savoir si un jugement qui prononce la nullité a une valeur absolue ou relative n'efface pas la question de la valeur absolue ou relative d'un jugement qui rejette la nullité d'un mariage. Il faut dire que ce jugement a une autorité relative.

Source : BIU Cujas

LES EFFETS DU MARIAGE

Le mariage produit des effets nombreux, car il règle la situation du ménage, le sort des époux et des enfants dans la famille et il était dès lors naturel que le législateur apportât une certaine solennité à sa célébration.

Les divers effets du mariage.

En ce qui concerne les rapports des époux entre eux, il y a des effets assez nombreux, et ce sont surtout dans les rapports des époux qu'il faut étudier les effets du mariage, bien qu'il convienne d'en faire un tableau complet.

Entre les époux, on peut distinguer des effets quant à la personne et des effets quant aux biens.

Les effets quant à la personne consistent dans les devoirs réciproques des époux, et dans les devoirs propres de la femme et du mari. Mais par correspondance à ces devoirs, il y a des droits qu'il faut étudier, droit de puissance maritale, droit et obligation pour la femme de porter le nom de son mari.

Les effets sur les biens seront laissés de côté ici sauf un. On a déjà, en effet, étudié l'incapacité de la femme mariée, et on étudiera, en 3ème année, les régimes matrimoniaux. Enfin on reviendra sur l'obligation alimentaire.

Il faut voir ici seulement la situation créée par le lien de famille, les rapports des époux et des biens à l'égard de la famille largement entendue. En ce qui concerne les rapports des époux et de leurs enfants, c'est la puissance paternelle, les devoirs des parents envers les enfants, et les devoirs des enfants envers leurs parents, c'est la question de la légitimité et de la légitimation. Pour les biens c'est le droit de jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants.

Quant aux effets du mariage à l'égard de la famille, c'est, quant aux personnes, l'alliance, et ensuite, quant aux biens, l'obligation alimentaire qu'on étudiera comme un effet essentiel, de la filiation.

Il faut étudier ici seulement les effets qui se limitent aux époux, c'est-à-dire les devoirs et les droits des époux.

I. Les devoirs des époux.

Les époux s'unissent pour fonder un foyer. Ils vivront ensemble et élèveront leurs enfants. Il en résulte des devoirs réciproques entre eux et, à côté, des devoirs propres à chacun des époux: devoirs qui

Source : BIU Cujas

résultent de cette idée que le mariage est une association et qu'à toute association il faut un chef.

A. Les devoirs réciproques des époux. Ils sont énumérés par l'art. 212 du C.C.

A. Il y a d'abord les devoirs réciproques. L'art. 212 les énumère " Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours assistance".- Lors de la révision du C.C. à l'occasion de la célébration du centenaire du C.C., un écrivain, Paul Hervieu s'étonna que l'amour ne figurât pas parmi les devoirs réciproques des époux et il demanda qu'il fût inséré dans le C.C. au nombre des obligations des époux. C'est tout l'apport nouveau qu'a donné la célébration du centenaire du C.C. Paul Hervieu, sur la demande qui lui en fut faite, définit l'amour de la façon suivante. Par amour, dit-il, il faut entendre toutes les manifestations de ce sentiment: tendresse constante, soins dévoués. Mais cela n'est-il pas compris dans le secours et l'assistance ? Il faut aussi comprendre continue Paul Hervieu, l'accomplissement de ce qu'on appelle le devoir d'époux. Toutes ces manifestations sont dues par un époux à l'autre. Le C.C. devait mentionner l'amour. Ce n'est pas que jamais la jurisprudence ni la doctrine ne s'en soient occupées. La jurisprudence a, en effet, considéré, très souvent que l'inaccomplissement de ce devoir d'époux était une injure grave motivant le divorce. Parmi les vieux auteurs, Pothier (Tome III - 5ème Partie) disait que le mari est obligé d'aimer sa femme, de supporter ses défauts de faire de son mieux pour les corriger par la voie de la douceur, d'avoir pour elle une complaisance raisonnable, sans favoriser ses mauvaises inclinations". Mais ce sont des obligations qui concernent plutôt le for de la conscience que le for extérieur. La proposition de Paul Hervieu n'eut aucun succès. En effet, l'amour est-il un devoir moral ? Il est alors inutile d'en parler. Est-ce une obligation juridique ? Mais alors le divorce par consentement mutuel, et même le divorce par volonté unilatérale d'un époux serait rendu possible par le fait qu'il viendrait dire qu'il n'a pas reçu sa part d'amour.

Le C.C. impose 4 devoirs réciproques aux époux

Il faut étudier les obligations qui figurent dans le code civil, en y ajoutant celle qui est visée par l'art. 214 et qui dit que la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. En revanche, le mari doit recevoir sa femme et lui fournir ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie, conformément aux facultés de son état. Cela fait donc en réalité 4 obligations.

I° La cohabitation
2° La fidélité
3° Le secours
4° L'assistance.

Source : BIU Cujas

I° La cohabitation

Voyons tout d'abord la cohabitation. Il n'y a de foyer, entre les époux, que quand il y a cohabitation. Le mari a la liberté de choisir le domicile conjugal, mais, par contre, l'art. 214 dit qu'il doit recevoir sa femme et lui offrir une habitation, un entretien conformes à ses besoins et à ses facultés à lui mari. Ainsi donc la femme a pour domicile légal le domicile du mari.

Toute séparation de fait, entre les époux est sans valeur

Les époux doivent vivre ensemble et toute séparation amiablement réglée entre les époux, toute séparation de fait sera sans valeur.

La nature même du mariage l'impose, et aussi l'art. 307 du C.C. qui déclare qu'il ne peut y avoir, entre les époux, autre chose qu'une séparation de corps et que cette séparation de corps ne peut avoir lieu par consentement mutuel des époux. Il faut que les causes de séparation de corps soient invoquées et admises par le tribunal. Le conjoint qui a accepté la séparation de fait n'est pas lié par elle. Même s'il l'a exécutée pendant un certain temps, il peut exiger la reprise de la vie commune.

La séparation judiciaire

Cependant la jurisprudence a établi, pendant un certain temps, entre la séparation de fait et la séparation de corps, une séparation judiciaire. Il s'agit du cas où un tribunal autorise une femme mariée à résider séparément à la suite des mauvais traitements qu'elle subit de la part du mari, à la suite le plus souvent de l'entretien d'une concubine au domicile conjugal. Il n'y a pas demande en séparation de corps: la femme ne veut contre le mari, ni la séparation de corps, ni le divorce. Les devoirs des époux, autres que la cohabitation, ne sont pas atténués par cette séparation judiciaire. Il subsiste la fidélité, le secours et l'assistance, il y a seulement une suspension momentanée de l'obligation de cohabitation, car le tribunal qui l'a autorisée estime qu'elle amènera la réflexion de chacune des parties et que, finalement, tout rentrera dans l'ordre qui est la reprise normale de la vie conjugale. Il se peut aussi que la séparation judiciaire soit accordée parce que le juge prévoit seulement la séparation de corps ou le divorce D'ailleurs, le tribunal qui a permis cette séparation d'un caractère provisoire, peut la modifier. L'obligation de cohabitation peut donc cesser par des procédés plus nombreux qu'on ne le pense d'ordinaire, d'abord par cette séparation judiciaire, puis par la séparation de corps ou la demande en divorce. Au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce la cohabitation cesse, à partir du moment où la femme obtient le droit, l'autorisation d'avoir une résidence séparée du domicile conjugal.

Source : BIU Cujas

La sanction de l'obligation de cohabitation

Mais ce qu'il est surtout intéressant d'étudier dans le devoir réciproque des époux c'est leur sanction. La loi n'a pas organisé de sanction spéciale de l'obligation de cohabitation. Il y aura lieu, par conséquent, d'en venir aux règles générales et les sanctions ne manquent pas. Cela ne veut pas dire d'ailleurs qu'on arrivera toujours à un résultat heureux.

On pourra recourir d'abord à la sanction de toute atteinte des devoirs des époux, c'est-à-dire au droit de l'époux qui supporte un dommage du fait de la cessation de l'obligation de cohabitation, de demander la séparation de corps ou le divorce. Ce sera la femme qui agira contre le mari qui refuse de la recevoir ou ce sera le mari qui agira contre la femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal qu'elle a quitté.

Mais il y a bien d'autres sanctions. D'abord, des dommages-intérêts pourront être réclamés par l'époux délaissé si, par suite de cet abandon, il n'a plus les ressources qu'il pouvait avoir au domicile conjugal, ou si l'autre époux le laisse manquer de tout, et ici il faut appliquer l'art. 1382.

Il existe encore une autre sanction qui a un grand effet, c'est la sanction employée par les tribunaux sur les biens de l'époux en défaut. Le mari refuse de recevoir sa femme au domicile conjugal. Celle-ci réclame une pension alimentaire et le tribunal la fixe, d'après ses besoins. Si c'est au contraire la femme qui ne veut pas revenir au domicile conjugal, et si la femme a des biens qui lui sont propres, entre les mains de son mari, le mari pourra garder pour lui tous les revenus de ses biens. Il peut refuser de donner quoique ce soit à la femme, jusqu'au retour de celle-ci sous son toit.

La jurisprudence a quelquefois prononcé, contre la femme qui refusait de revenir chez son mari, une astreinte plus ou moins élevée. Une astreinte c'est une condamnation qui consiste en une somme d'argent à payer par jour de retard. L'époux en fuite qui a des biens susceptibles de saisie est mis en demeure de rentrer au domicile conjugal, et s'il ne le fait pas il devra payer 100 ou 1000 francs par jour de retard. Cette mesure de contrainte a eu parfois un résultat mais elle suppose des conjoints ayant une certaine fortune?

Enfin, les tribunaux ont admis qu'il pouvait même y avoir un recours contre la personne. La question reste très discutée dans son principe, car c'est assurer l'exécution de l'obligation de cohabitation

Source : BIU Cujas

manu militari, et l'emploi de l'exécution manu militari n'a pas grand effet: la femme entre par la porte et sort par la fenêtre: quant au mari il s'en va à la première occasion. C'est pourquoi c'est un procédé auquel on a eu parfois recours pour intimider, mais en général ce moyen ne réussit guère.

2) La fidélité

La deuxième obligation réciproque des époux c'est la fidélité. Il n'est pas besoin de la définir. Mais quelle est sa sanction.

Sanction de cette obligation

Elle est double: elle est à la fois pénale et civile.

a) Sanction pénale

Contrevenir à cette obligation, c'est commettre le délit d'adultère. Or l'adultère entraîne une sanction pénale établie par l'art. 339 du C.Pen. C'est un délit privé, c'est-à-dire qu'il ne peut être poursuivi d'office par le ministère public.

La répression de l'adultère est beaucoup plus sévère pour la femme que pour le mari

Mais il faut montrer que la répression de l'adultère pour la femme est beaucoup plus sévère que pour le mari.

Le code pénal part de l'idée que l'adultère de la femme est beaucoup plus grave, car il risque d'introduire dans la famille des enfants qui n'auraient pas dû lui appartenir. Le mari, par sa faute, ne risque pas une pareille conséquence. D'où des différences nombreuses entre l'adultère de la femme et celui du mari.

I°) L'adultère de la femme est toujours punissable, en quelque lieu qu'il soit accompli. L'adultère du mari n'est punissable qu'en cas d'entretien de la concubine au domicile conjugal.

2°) D'autre part, la femme, en cas d'adultère, est passible d'une amende et d'un emprisonnement qui va jusqu'à 2 ans; le mari est passible seulement d'une amende de 1000 à 2000 francs.

3°) La complicité est punissable en cas d'adultère de la femme, non en cas d'adultère du mari.

4°) Enfin, dernière différence, la loi admet une excuse de provocation pour le mari qui tue sa femme surprise en flagrant délit d'adultère, tandis qu'en cas d'adultère du mari, une telle excuse n'est pas admise en faveur de la femme.

b) sanction civile de l'obligation de fidélité

Une sanction civile a été établie pour l'obligation de fidélité.

L'adultère d'abord, est une cause péremptoire du divorce. Les tribunaux n'ont pas le droit d'appréciation. S'il y a adultère ils doivent prononcer le divorce.

L'adultère, est d'autre part, un délit civil entraînant une condamnation à des dommages- intérêts

Source : BIU Cujas

et on s'est demandé quelle était, en cette matière, la valeur d'une promesse d'indemnité, dans le cas où le conjoint, surpris en flagrant d'adultère par l'autre conjoint accepte de lui payer une indemnité. C'est une convention immorale qui ne doit avoir aucune valeur, même si, par la suite, le tribunal doit allouer des dommages-intérêts.

3)Le devoir de secours

La troisième obligation entre les époux, c'est le devoir de secours.

Il oblige chaque époux à fournir à l'autre tout ce qu'il lui faut pour vivre, selon ses facultés et son état (art. 2I4 du C.Civ.) Par là on exprime l'obligation d'entretien.

L'obligation aux charges du ménage est souvent réglée par le régime matrimonial. Elle comprend aussi l'obligation alimentaire entre époux, et l'obligation d'entretien. Il n'y a rien de plus à en dire.

Quant à l'obligation alimentaire entre époux on l'étudiera avec l'obligation alimentaire en général quand on en arrivera aux effets de la filiation.

L'obligation est réciproque et elle pèse sur celui qui peut la supporter

Si un conjoint ne peut fournir sa part contributoire aux charges du ménage, l'autre devra y contribuer pour le tout. L'obligation est réciproque entre les conjoints, et elle pèse sur celui qui peut la supporter;

Après la séparation de corps cette obligation de secours subsiste mais elle se traduit par le paiement d'une pension alimentaire.

Sanction de cette obligation

La sanction du devoirs de secours réside, comme pour les autres devoirs, dans le droit de demander la séparation de corps ou le divorce.

La loi du 13 Juillet I907

Mais il a été ajouté des sanctions, en raison de la loi du 13 juillet I907, puis par une loi plus récente, du 7 février I924 sur l'abandon de famille modifiée par une loi du 3 avril I928. On sait que la loi du 13 Juillet I907 a permis à la femme de saisir arrêter les produits du travail de son mari, si celui-ci ne lui fournit pas ce qui est nécessaire à sa subsistance, et elle a permis au mari de faire saisie-arrêt sur les produits du travail de la femme, dans la mesure où chacun doit contribuer aux charges du ménage. Cette saisie-arrêt réciproque, permise par la loi, évite, sans doute, des difficultés mais elle en soulève aussi. Du moins, si les époux vivent en commun, elle empêche l'undes deux conjoints, d'ordinaire le mari, de prendre tout son salaire pour le dissiper. Mais cette saisie a surtout un intérêt si les époux vivent séparés de fait, et qu'il n'y a pas moyen de les obliger à prendre parti: ils ne veulent ni repren-

Source : BIU Cujas

dre la vie commune ni demander la séparation de corps ou le divorce. Notons que les formes de cette saisie-arrêt ont été très simplifiées.

La loi sur l'abandon de famille du 7 février I924 modifiée le 3 avril I928

Quant à la loi sur l'abandon de famille, loi du 7 février I924, modifiée par la loi du 3 avril I928 elle permet de faire condamner toute personne qui est tenue de fournir une pension alimentaire à son conjoint, et qui est restée pendant 3 mois sans la payer. La condamnation peut être un emprisonnement de 3 mois à un an, ou une condamnation à une amende de 100 à 2000 francs.

I) L'obligation d'assistance

La dernière obligation est celle d'assistance. Elle consiste dans la charge de donner des soins à l'autre conjoint. L'un d'eux est infirme ou malade il faut le soigner: c'est à son conjoint de lui donner les soins nécessaires. Il lui faut supporter les exigences de cette assistance qui peuvent être très lourdes, en cas de maladie ou d'infirmité. Les difficultés, en cette matière, sont rares. Cependant on peut signaler un arrêt de la chambre des requêtes du 4 mars I902 (S. I902.I.388) qui a dit que la femme devait supporter les violences d'un mari neurasthénique .

Sanctions de cette obligation

Ici les mêmes sanctions peuvent s'appliquer, droit de demander la séparation de corps ou le divorce, droit de demander des dommages-intérêts. Mais, en réalité, ces obligations ne reçoivent pas de sanction, en fait.

B. Les devoirs propres des époux. Ils sont énumérés par l'art. 2I3 du C.C.

B. On a parlé de devoirs propres des époux. Ils ont pour but d'assurer l'unité de direction du ménage. L'art. 2I3 les énumère. Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. Le mari, dont on vaétudier la puissance maritale, est le chef du foyer. Sa force physique, son importance ne doivent pas lui faire oublier qu'il a à protéger la femme, et c'est l'idée de protection de la femme quilimite l'idée de puissance maritale. De même, sans doute, la femme doit obéissance à son mari, mais cette obligation a des limites. Au fond ces devoirs propres des deux époux vont fonctionner à propos des droits de puissance du mari, et on verra, en envisageant les droits du mari, que fixer les droits du mari, c'est limiter les devoirs de la femme.

II. Les droits des époux.

Le droit de puissance maritale

On pourrait les étudier en tant que corrélatifs aux devoirs, mais on n'insistera que sur le droit de puissance maritale car c'est lui seul qui, en pratique donne lieu à des difficultés. C'est ce droit pour le mari qui est le droit essentiel et on n'envisagera ici

Source : BIU Cujas

que le droit de puissance maritale quant à la personne et aux biens de la femme, et on y ajoutera, s'il est possible la constitution d'un bien de famille.

Causes de son affaiblissement dans le droit moderne

La puissance maritale est un ensemble de droits appartenant au mari. Son affaiblissement est dû à des raisons sociales, morales et économiques, à des raisons sociales: le développement de l'individualisme; à des raisons morales: le développement de la personnalité de la femme, enfin à des raisons économiques: le travail séparé de la femme hors du domicile conjugal, et la disparition du rôle économique de la famille, comme organe de protection.

A vrai dire on oublie très souvent que la puissance maritale du mari ne lui est pas conférée dans son intérêt, mais dans l'intérêt du ménage et de la famille, et c'est pourquoi il faut, malgré toutes les critiques, laisser subsister la puissancemaritale car, dans toute association, il faut un chef. Ce qui n'empêche pas qu'on devrait supprimer l'incapacité de la femme mariée.

Les attributs de la puissance maritale

Les attributs de la puissance maritale sont nombreux. Ils sont allés en diminuant. On peut les ramener à trois idées.

Tantôt la femme suit la situation juridique du mari, tantôt le mari a la prépondérance dans le ménage, tantôt enfin le mari a la surveillance de la femme.

Le droit de correction a disparu

Mais les droits de puissance maritale sont allés en s'atténuant. Le droit de correction, notamment, a disparu. On l'a vu dans l'ancien droit. Beaumanoir disait que le droit de correction devait exister à l'égard de la femme, et Dumoulin spécifiait qu'il devait être modéré et il ajoutait "sans que mort s'ensuive" Le droit de correction appartenait donc au mari, mais on admettait déjà des limites.

Ainsi que le droit, pour le mari de diriger la conscience de sa femme

On admettait aussi le droit du mari de diriger la conscience de sa femme. Aujourd'hui la liberté de conscience de la femme est absolue, le mari ne peut ni empêcher , ni entraver la pratique de religion par sa femme.

Mais reprenons les trois points indiqués.

I°) La femme suit la condition juridique de son mari.
a) La femme prend le nom de son mari

I°)La femme, tout d'abord suit la condition juridique du mari et c'est parce qu'elle suit cette condition qu'elle prend le nom de son mari. Il n'y a pas là, pour elle, un droit, mais une obligation.

Elle prenait autrefois entièrement la nationalité du mari. D'après le code civil (art. I2 et 19 anciens), la femme acquérait, en principe, la nationalité du mari. Mais la loi récente sur la nationalité du 10 août I927 a modifié cette situation. C'est qu'on avait beaucoup critiqué l'attribution absolue ou à peu près

Source : BIU Cujas

absolue de la nationalité du mari à la femme et voici les solutions auxquelles la loi du 10 août 1927 est arrivée.

b) Elle prend dans une certaine mesure la nationalité de son mari loi de 1927

Elle permet à la femme maintenant de conserver sa nationalité, sous des conditions à préciser. Supposons une femme étrangère qui épouse un Français; elle ne devient française que sur sa demande expresse, ou si sa loi nationale lui accorde nécessairement la nationalité de son mari. Supposons maintenant la situation inverse, une Française épouse un étranger. Elle ne devient pas, en principe étrangère. Elle conserve la nationalité française, sauf si, volontairement, elle acquiert la nationalité de son mari, ou bien encore si la femme habite avec son mari à l'étranger et que la loi du mari impose à la femme la nationalité de celui-ci. Ainsi des modifications assez importantes ont été apportées à la règle ancienne, la femme ne suit plus la nationalité de son mari.

La femme acquiert le domicile du mari

Mais la femme acquiert toujours le domicile du mari. On l'a vu dans l'art. 214: le choix du domicile conjugal est laissé au mari et il exerce ce choix librement.

2°) le mari a la prédominance dans le ménage A ce titre il exerce la puissance paternelle

Il faut en arriver maintenant à la 2ème situation: le mari a la prédominance dans le ménage. Le mari est le chef de l'association légale, et, à ce titre, il exerce la puissance paternelle et administre les biens du ménage.

La puissance paternelle appartient, de droit, au père et à la mère, mais, en cas de désaccord, on comprend que l'un d'eux puisse l'emporter, et que ce soit le père.

Exception à ce principe, en matière de consentement au mariage

Seulement il faut se rappeler qu'en matière de mariage le désaccord vaut consentement, de sorte que la loi du 19 juillet 1927 qui a modifié l'art. 148 du C.C. a supprimé la prééminence du père sur la mère. Pour donner le consentement, le partage entre eux emporte le consentement, et il suffit que l'un d'eux consente, pour que l'enfant puisse se marier.

Mais c'est le père, comme mari qui a l'exercice de la puissance paternelle avec ses différences conséquences.

Et administre les biens du ménage

Quant à l'administration des biens du ménage, elle est confiée au mari. Il concentre entre ses mains la gestion de ses biens personnels, des biens de la communauté et des biens personnels de la femme, sous le régime de la majorité des Français qui est celui de la communauté des meubles et acquêts, et, sous les autres régimes. S'il en est théoriquement autrement, il faut reconnaître que, dans les faits, la femme laisse, le plus souvent, le mari administrer

Source : BIU Cujas

ses biens. Voici une femme dotale, une femme séparée de biens; elle a des biens qui sont indépendants de ceux de son mari; elle pourrait les administrer, mais elle laisse le mari le faire, soit tacitement et c'est une administration de fait, où elle donne à son mari à cet égard un pouvoir, et le mari administre comme un mandataire.

3) Le mari a le droit de surveiller sa femme

3° Enfin, dernière série de cas, le mari a le droit de surveiller sa femme.

On admet qu'il y a là une conséquence du devoir d'obéissance de la femme. Cela peut donner lieu dans la pratique à des difficultés. En effet, on reconnaît bien que le mari a le droit de contrôler les visites de sa femme qu'il s'agisse de visites faites ou reçues. On reconnaît également qu'il peut surveiller la correspondance échangée par sa femme.

En ce qui concerne les visites reçues par la femme

Quant au contrôle des visites, on lui permet de les interdire, pourvu que cette interdiction n'aille pas jusqu'à la séquestration, ou jusqu'à un refus de voir les parents de la femme. En cas d'abus, quand il y a refus de voir les proches parents, sous prétexte de mauvaise influence sur la femme, il peut y avoir intervention de la justice.

Le contrôle de la correspondance a donné lieu à de grandes difficultés, de même que l'autorisation pour l'exercice d'une profession.

En ce qui concerne la correspondance de la femme

Voyons tout d'abord le contrôle de la correspondance. D'abord, la femme est propriétaire des lettres qu'elle reçoit et c'est un principe que l'on examinera avec la propriété des lettres missives; les lettres privées sont inviolables. Mais le mari a le droit d'en prendre connaissance. C'est une exception au principe de l'inviolabilité des lettres missives. Le mari peut connaître ce que des tiers ou des parents écrivent à sa femme. Mais pour qu'il en soit ainsi il faut qu'il n'y ait pas séparation de corps entre les époux, et aussi que la femme n'exerce pas une profession dans laquelle le secret professionnel est exigé, car ce secret serait violé sauf à savoir si le mari peut accorder ou refuser l'autorisation d'exercer la profession.

Le mari peut même produire en justice les lettres adressées à sa femme. Il suffit qu'il ne les ait pas obtenues par violence, ou par fraude. La femme ne peut produire aussi les lettres émanant de son mari que si elle ne les a pas obtenues par un moyen illicite.

En ce qui concerne l'exercice d'une profession par la femme

Reste le cas d'autorisation relatif à l'exercice d'une profession par la femme.

On a déjà vu cette question et on l'a résolue. Le

Source : BIU Cujas

plus souvent, le mari autorise tacitement sa femme en lui laissant prendre une profession, il intervient notamment à l'achat d'un fonds de commerce. On sait qu'en cette matière une autorisation générale ne vaudrait rien; il faut une autorisation spéciale.

Mais quand cette autorisation est accordée, elle est générale, car elle vaut pour tous les actes de la profession, et la loi du 13 juillet 1907 n'a rien modifié à cet égard: une autorisation reste nécessaire.

La seule question discutée encore est celle de savoir si elle peut être remplacée par l'autorisation de justice et les tribunaux se sont arrogés, en cette matière, un droit de contrôle.

Droit pour les époux de constituer un bien de famille

Mais en ce qui concerne les droits des époux il y a un droit spécial à étudier, c'est le droit de constituer un bien de famille.

Le bien de famille est une institution américaine appelée "homestead" qui a un but de prévoyance, qui tend à constituer un ensemble de biens affectés aux besoins de la famille, et absolument soustrait à l'action des créanciers.

Il a été introduit dans notre droit par la loi de 1909

Introduit par la loi du 12 juillet 1909 ce bien de famille a reçu des modifications de la loi du 14 Mars 1928. Il n'a pas pris, en France, le développement qu'on en espérait, car les avantages qu'on lui reconnaît ne sont pas si réels qu'on le pensait. Le but essentiel c'est d'assurer l'insaisissabilité des biens constitués en biens de famille.

Voyons donc les conditions d'établissement et le régime de cette institution.

Conditions d'établissement du bien de famille Qui peut le constituer

Il ne peut en exister qu'un par famille. Or, qu'est-ce que la famille ? C'est la famille se réduisant au ménage, et c'est pourquoi c'est à propos des enfants du mariage qu'on étudiera le bien de famille. La formule ici, dans l'expression de bien de famille, comprend le mari, la femme, et les descendants en ligne directe.

Le bien de famille peut être constitué par le mari ou par la femme. Toutefois, par exception, on permet au grand-père ou à la grand-mère de le constituer, quand ils ont la garde d'un petit-fils ou d'une petite-fille, à la suite de la mort de ses parents. Le père ou la mère d'un enfant naturel, peut également constituer un bien de famille, et il en est de même du père ou de la mère d'un enfant adopté. Les tiers enfin peuvent constituer au profit d'une famille déterminée, par une donation , un bien de famille.

Ce que peut comprendre

Ce bien de famille doit toujours comprendre une

Source : BIU Cujas

le bien de famille

maison, mais il peut s'étendre à des terres sans valeur. Il ne doit pas dépasser 40.000 francs. Mais s'il a été constitué pour une maison qui a été achetée 10.000 francs, il peut être augmenté, jusqu'à concurrence de 40.000, sans que ce chiffre puisse être dépassé.

Formes de la constitution

En cette matière, il faut un acte authentique, il faut une déclaration reçue par un notaire. Au fond, il peut y avoir une véritable donation; c'est pourquoi la nécessité d'un acte notarié se comprend. Cependant un testament olographe suffirait à constituer un bien de famille.

La constitution du bien de famille est soumise à publicité. Elle doit être affichée, pendant deux mois, à la justice de paix, et à la mairie de la situation des biens constitués en bien de famille. Elle doit être homologuée, à l'expiration du délai, par le juge de paix, et il doit être procédé à une transcription au bureau des hypothèques de l'arrondissement.

Le régime de ce bien de famille

Quel est le régime de ce bien de famille ?

Il est essentiellement caractérisé par l'insaisissabilité. On ne peut saisir ni le capital, ni les revenus du bien de famille.

Quant à son inaliénabilité, elle est relative. Le propriétaire du bien de famille ne peut en disposer à sa volonté. Le mari doit toujours obtenir le consentement de la femme, devant le juge de paix. Et en présence de mineurs, quand il y a une inaliénation, il faut une autorisation du conseil de famille.

En bref, on ne peut l'aliéner et l'hypothéquer, que sous des conditions bien précises.

Au décès du propriétaire il peut rester dans l'indivision, à la demande du conjoint survivant, ou à la demande des descendants, et il en résulte que les enfants et le conjoint survivant peuvent vivre sur le bien de famille, après la dissolution du mariage.

Chapitre V

DISSOLUTION ET RELACHEMENT DU LIEN MATRIMONIAL

Le lien matrimonial peut être dissous par le décès d'un des époux, et par le divorce. Il est relâché par la séparation de corps.

Les seconds mariages et la protection des enfants du 1° lit

La dissolution par décès laisse subsister, en ce qui concerne le conjoint survivant, certaines incapacités relatives, toutes établies comme des mesures de protection des enfants d'un premier lit. Le législateur est favorable au second mariage, surtout à une

Source : BIU Cujas

époque de dénatalité, mais il prend desmesures de protection pour les enfants du premier lit. D'abord on atténue ou on supprime le droit de correction par rapport à ces enfants, art. 381-382 C.C. On prend quant à la mère tutrice qui se remarie des mesures de précaution (art. 396-400). Surtout il y a limitation au droit de disposer de la part du conjoint qui se remarie au profit de son second conjoint. L'art. 1098 fixe la mesure dans laquelle le conjoint qui se remarie peut disposer au profit du second conjoint et limite ce droit au profit des enfants du premier mariage. Enfin la mère survivante doit respecter un délai de viduité. Pourtant les msures qui réduisent les droits du conjoint survivant qui se remarierait n'ont fait que diminuer . C'est toujours la même idée de faveur pour les secondes noces que nous avons trouvée, dans la loi du 4 janvier 1930 qui a modifié l'art. 295.

Laissons donc de côté les secondes noces et n'étudions que la dissolution par le divorce et le relâchement du lien matrimonial par la séparation de corps. Il faut les étudier ensemble en commençant par montrer leur développement historique qui permet d'en apprécier la valeur.

Historique du divorce et de la séparation de corps depuis l'antiquité à la révolution

Toutes les législations anciennes ont admis le divorce. Le droit romain l'a admis sans intervention judiciaire et a admis la répudiation de la façon la plus large, au profit de l'un ou l'autre époux. Le divorce par consentement mutuel paraissait naturel et le christianisme naissant n'eût guère d'influence sur le principe que le mariage est susceptible de dissolution. Le droit germanique admettait le divorce en permettant surtout au mari une répudiation absolument libre. Ce n'est qu'au XII° siècle en France que l'Eglise parvint à faire reconnaître la règle d'indissolubilité du mariage. Alors seulement l'accord se fait entre les Pères de l'Eglise sur la portée d'une parole de Jésus Christ diversement rapporté par les Evangiles. La conception canonique du mariage est que les époux en se mariant sont en rapport direct avec Dieu, le prêtre, dans la mariage, n'est qu'un simple intermédiaire sans rôle actif, c'est Dieu qui unit les époux et "quod Deus conjunxit homo non separet". On admet toutefois la séparation de corps au profit du mari en cas d'adultère de la femme et de nombreux cas de nullité qui tempèrent les inconvénients que présenterait une indissolubilité absolue. Quand il n'existait par un cas de nullité antérieure ou concomittan

Source : BIU Cujas

te au mariage , on pouvait invoquer une cause postérieure (non consommation du mariage, abandon d'un époux par l'autre). Les protestants et les juifs s'étaient vus imposer ce régime bien que la Loi Juive connaisse le divorce et la répudiation que les protestants acceptent largement le divorce.

Le divorce sous la révolution

Le droit intermédiaire devait bien entendu imposer la liberté en matière de mariage. Une loi du 20 septembre 1792 admet le divorce et abroge la séparation de corps. Les causes de divorce pouvaient être l'abandon d'un des époux, l'aliénation mentale, l'émigration, l'absence de nouvelles pendant 5 ans, l'incompatibilité d'humeur et de caractère, le mutuel dissentiment, le dérèglement notoire des moeurs.

Les formes étaient très simples: une déclaration devant l'officier de l'état civil. Mais on abusa de ces facilités. M. Olivier Martin (La crise du mariage pendant la Révolution) a montré le dérèglement des moeurs auquel on avait abouti. On divorçait comme le déclara plus tard Talma " dans un soupir". On venait ensemble devant l'officier de l'état civil et on se séparait, quelquefois meilleurs amis qu'on n'avait jamais été. Le nombre des divorces en vint à dépasser celui des mariages, c'était surtout les femmes qui demandaient le divorce. Elles en vinrent parfois à le demander dans l'intérêt de la famille, la femme d'un émigré pouvait, en effet, en demandant le divorce conserver le patrimoine dans la famille.

Le divorce et la séparation de corps dans le C.C. de 1804

Le C.C. de 1804 maintint le divorce et rétablit la séparation de corps, mais il s'écarte des exagérations du droit intermédiaire. Lors de la discussion , Bonaparte demanda le maintien du divorce, peut-être avec l'espoir que Napoléon s'en servirait un jour. Il trouva à côté de lui Cambacérès, tandis que les autres rédacteurs du C.C. y étaient hostiles.

Le C.C. part du principe de l'indissolubilité et n'admet que trois cas de divorce: adultère, sévices excès et injure grave, condamnation à une peine infamante, tout en conservant le divorce par consentement mutuel, mais en le soumettant à de telles conditions qu'il devait être exceptionnel. Il exigeait l'abandon d'une partie du patrimoine aux enfants et le renouvellement de la demande au bout d'un an. Les formes du divorce étaient compliquées, longues et coûteuses; des déchéances nombreuses étaient attachées au divorce (impossibilité d'épouser le complice de l'adultère - défense aux époux de se remarier - perte des avantages matrimoniaux contre l'époux contre qui le divorce avait été prononcé). Au lieu d'atteindre un nombre con-

Source : BIU Cujas

sidérable de divorces, comme en I793, les divorces devinrent rares et dans un trimestre de I805, il n'y en eut que vingt. Ce système a été maintenu en Belgique où existe le divorce par consentement mutuel.

Abolition du divorce en I8I6 Maintien de la séparation de corps

La Restauration a supprimé le divorce. La Charte de I8I4 avait fait de la religion catholique la religion d'Etat et il fallait appliquer les règles admises par l'Eglise contraires au divorce. En outre, la Restauration marquait sans cesse sa haine contre le régime de la Révolution, et une loi du 8 mars I8I5 vint par ces quatre mots supprimer tout ce qui concernait le divorce: " Le divorce est aboli". Du moins la séparation de corps subsistait et beaucoup de textes concernant les deux institutions se trouvaient maintenus pour elle seule. La Charte de I830 avait rejeté la religion d'Etat, aussi le divorce fut-il l'objet d'une proposition de rétablissement; on ne put obtenir le vote de la Chambre des Pairs. En I8I4, la Constituante écarta le divorce. Avec la Troisième République un mouvement d'opinion important se fit en faveur du divorce. Naquet y attache son nom; dès I876 il propose le rétablissement du divorce et finit par obtenir le vote de la loi du 27 juillet I884 rétablissant le divorce. Il avait mené une campagne à Nevers dans tout le pays en faveur du divorce. Le public se passionna pour cette question que par des réunions, de articles, des pièces de théâtre on s'efforçait de rendre populaire. La loi de I884est moins accentuée que l C.C. en ce qui concerne les causes du divorce. Une loi de I886 vient faciliter la procédure et depuis des lois sont intervenues nombreuses, qui ont modifié les textes du divorce: la loi du 16 février I893 a élargi la capacité de la femme séparée de corps; l'art. 298 a été modifié en I904 pour permettre à l'époux adultère d'épouser son complice; la loi du 6 janvier I908 a facilité la conversion de la séparation de corps en divorce, puis est venue la loi du 26 Juin I9I9 sur la transcription, celle du 9 décembre I922 modifiant l'ar 296, celles du 2 février I928, du I9 décembre I928, du 4 janvier I930.

Le rétablissement du divorce en I884

Lois postérieures

Le divorce a été consacré dans la plupart des législations étrangères. Autour de la France deux pays y restent réfractaires, à raison de leurs tendances catholiques: l'Espagne, et l'Italie.

Le nombre des divorces

La valeur du divorce reste contestée. On doit cependant reconnaître qu'il est entré dans les moeurs. Alors qu'en I886 il y avait un peu plus de 2000 divorces, en I9I3 on arrivait à 15.000; le maximum a été atteinte en I922: 27.684. Par la suite, on oscille

Source : BIU Cujas

autour de 20.000 (I927: I8487). Il y a deux statistiques du divorce assez intéressantes à comparer parce qu'elles ne concordent pas. La statistique du Ministère de la Justice est établie d'après les jugements rendus. Celle du ministère du Travail est établie d'après les transcriptions opérées sur les registres de l'état civil. Il y a donc un certain nombre de jugements de divorce qui ne sont pas transcrits. Le divorce a pénétré dans les moeurs et dans tous les milieux de la société. Certes on divorce beaucoup moins à la campagne. A Paris on compte I20 divorces pour 1000 mariages, dans la Lozère 20 divorces pour 1000 mariages. La moyenne est pour la France de 7 %. La proportion des demandes accueillies par les tribunaux est considérable (80 à 90 %). Le divorce est d'une pratique constante, la littérature s'en est emparée. On a proposé d'étendre encore le divorce: on demande le divorce par consentement mutuel. On a aussi critiqué le divorce. Tandis que les frères Margueritte en proposant l'élargissement; Bourget au contraire s'est élevée contre . Et l'on trouve contre le divorce d'autres dramaturges comme Paul Hervieu et des sociologues comme Durkheim.

La séparationde corps est devenue moins fréquente à mesure que le divorce s'est développé et la regression de la séparation de corps s'accentue; elle n'est plus que le prélude du divorce. On divorce à tout âge, mais il a surtout lieu dans les 5 à 10 premières années de mariage.

Appréciation du divorce

Que vaut le divorce ? Il faut prendre parti à cet égard et se demander s'il n'aurait pas mieux valu l'indissolubilité absolue du mariage. Certes mieux vaudrait que toutes les unions fussent heureuses. Mais en partant de l'indissolubilité du mariage, principe qu'il faut maintenir, il y a des cas où la vie commune est impossible et où une rupture complète du mariage est préférable. Les bonnes moeurs ne peuvent que gagner à ne pas laisser se perpétuer un état d'être déplorable qui fait tort aux époux et nuit à la bonne éducation des enfants.

La séparation de corps est un remède insuffisant, elle ne tranche pas dans le vif. Les époux ne peuvent refaire leur vie. Le célibat leur est imposé et le plus souvent on aboutit âl'union illégitime surtout quand la cause de la mésintelligence est dans l'adultère de l'un des époux. Avec le divorce la situation est plus nette. A une époque où on se préoccupe plus de ses droits que de ses devoirs, le divorce permettant un nouveau mariage ne peut qu'être admis. C'est comme le dit M. Planiol "un mal nécessaire" et une bonne législation est obligée de consacrer à la

Source : BIU Cujas

fin la séparation de corps et le divorce.

Il faut, pour juger sainement la question, faire abstraction ici de ses croyances religieuses personnelles. Les catholiques ne condamnent le divorce que parce qu'il est contraire à la théorie de l'Eglise. Mais pour colorer cette condamnation on y joint d'autres raisons seulement le catholicisme n'est pas religion d'Etat et on ne peut imposer ses solutions à une minorité qui ne professe une autre croyance. Aux catholiques à ne plus s'en servir et si un des époux obtient le divorce malgré la volonté de l'autre après la séparation de corps (en effet trois ans apres la séparation peut être convertie en divorce à la demande de l'un des époux), c'est à celui qui est catholique convaincu à supporter les effets du divorce sans profiter de l'avantage qu'il confère.

L'intérêt des enfants dit-on est sacrifié dans le divorce * Est-ce toujours vrai ? (Cf. La victime de Vanderen). Est-ce qu'un intérieur désuni, où les enfants sont tiraillés entre les parents qui se font des scènes, est plus moral qu'une rupture absolue ? Le divorce, suivant Planiol, ne peut qu'améliorer le sort des enfants et souvent cette remarque est vraie. Il faut donc admettre le divorce, et c'est l'avis de tous les jurisconsultes, à l'exception d'Ambroise Colin dans le Cours de Droit civilpublié avec M. Capitant (voir la note où les deux auteurs indiquent leur dissentiment sur ce point).

Nous examinerons successivement:

I. Les causes du divorce et de la séparation de corps.

II. La Procédure.

III. Les effets du divorce et de la séparation.

I. Causes du divorce et de la séparation de corps.

Identité des causes de divorce et de séparation de corps. Tendance de la jurisprudence à considérer celle-ci comme moins grave que le divorce et pouvant être prononcée pour

Ces causes sont identiques pour le divorce et la séparation de corps. La loi laisse aux époux un choix à faire; suivant leurs convictions religieuses, leur intention de se refaire une nouvelle vie, ils adoptent l'un ou l'autre. C'est celui qui attaque qui souvent en décide, mais l'autre ne perd pas pour cela le droit d'opter pour une solution différente. Les tribunaux se sont reconnus le droit de décider ce qu'il convenait d'admettre pour les époux, comme ils considèrèrent longtemps la séparation de corps comme un diminutif du divorce, ils se montrent moins exigents

Source : BIU Cujas

des causes plus légères

pour la séparation de corps que pour le divorce. Il semble qu'ils maintiennent encore cette interprétation un peu singulière, étant donné que les cas sont les mêmes. Il semble que cette interprétation ait été maintenue même depuis que la séparation de corps est l'antichambre du divorce. En effet trois ans après la séparation de corps, l'un quelconque des époux peut réclamer la conversion. La Chambre Civile de la Cour de Cassation (8 janvier 1900 S. 1900.I.497) avait même décidé que l'époux débouté d'une demande en divorce pouvait valablement former par la suite une demande en séparation de corps.

Cette conception en ce qui concerne la séparation de corps et le divorce, diminutif du divorce, n'est pas possible pour toutes les causes du divorce. Il y a en effet des causes péremptoires; on ne peut donc dans ce cas admettre une gradation entre séparation de corps et divorce. Ce n'est que là où il y a une appréciation de la part des tribunaux que cette gradation est possible, notamment quand il y a excès, sévices, injures graves.

D'ailleurs, au cours d'un procès en divorce, la demande peut être transformée en séparation de corps: art. 239 al. 2: " Le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps". C'est l'application de la règle très simple: qui peut le plus.

A l'inverse, au cours d'une instance en séparation de corps, le divorce ne peut pas être demandé. La raison en est une raison de procédure. Les formalités de la procédure de la séparation de corps ne sont pas les mêmes que celles du divorce. La comparution personnelle devant le président n'est pas requise, tandis qu'elle est nécessaire dans le divorce.

Caractère judiciaire du Divorce et de la séparation. Nullité de toute séparation amiable

Le divorce et la séparation de corps doivent donc être demandés en justice. La séparation amiable, la séparation de fait n'est pas permise par le C.C. bien que la séparation de fait puisse produire certains effets en pratique.

Faut-il étendre le nombre des causes de divorce ?

Mais n'y aurait-il pas lieu d'étendre le domaine des causes de divorce et de séparation de corps?

Le C.C. admettait les mêmes causes de divorce que la loi de 1884, mais il admettait le divorce par consentement mutuel, lequel était soumis à des conditions si nombreuses qu'il était très rare qu'on y eût recours. A quoi bon l'admettre, étant donné la facilité actuelle du divorce, à cause de l'interprétation très large de l'injure grave par la jurisprudence ? Les causes de divorce supposent toutes une faute de la

Source : BIU Cujas

part d'un des époux, un manquement à ses devoirs. D'autres causes ont été adoptées par d'autres législations. La loi de I792 en admettait d'autres, dont certaines n'ont plus d'application comme l'émigration; l'incompatibilité d'humeur était une cause très générale, qui avait une application si étendue, que la législation de I792 avait rendu inutiles toutes les autres causes car elle peut les couvrir toutes: l'adultère ne revele-t-il pas par lui même cette incompatibilité ? L'abandon volontaire était une cause spéciqle, elle rentre aujourd'hui dans l'injure grave de même que l'absence. Il n'y a qu'un cas qui n'est plus admis et qui est très discuté, c'est la folie. Ne devrait-on pas admettre le divorce pour folie incurable ? Il y a sur ce point de grandes discussions et des propositions de lois nombreuses. Les deux opinions se sont affrontées sans qu'on se soit nettement prononcé. Les aliénistes déclarent rarement qu'une folie est incurable et quand un des conjoints se trouve frappé d'aliénation mentale si faibles que soient ses chances de guérison, n'est-ce pas le devoir de l'autre de le soigner et de ne pas l'abandonner ? Si on ouvre la porte à la folie pourquoi une autre maladie ne serait-elle pas une cause de divorce, par exemple la tuberculose ou tout autre maladie contagieuse grave ? Les médecins aliénistes disent qu'il est bien difficile de préciser ce qu'est un fou, où est la différence entre la neurasthénie aiguë et la folie. Notre droit n'a pas encore admis la folie comme cause de divorce, et il n'y a pas de raison de l'accepter.

Appréciation des causes légales de divorce; l'interprétation excessive de la notion d'injure grave par la jurisprudence

La limitation des causes de divorce n'est pas si stricte qu'elle pourrait le paraître. A côté des deux causes péremptoires précises (adultère et condamnation à une peine afflictive et infamante), il y a une cause assez souple, l'injure grave, car les excès et sévices c'est encore limité. La jurisprudence ici s'est vraiment substituée àla loi pour interpréter de la façon la plus large l'injure. Ce qui est d'autant plus curieux qu'il semblerait qu'une interprétation stricte dût être de rigueur comme en droit pénal. Au contraire, la jurisprudence définit très strictement l'injure en ce qui concerne l'application de l'art.29 de la loi du 29 juillet I88I sur la presse tandis que pour le divorce elle étend chaque jour la notion de l'injure grave. A raison de cette extension de la notion d'injuregrave, à côté des causes déterminées de divorce (adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès, sévices) il y a une cause indéterminée très large qui permet de divorcer très faci-

Source : BIU Cujas

lement (l'injure grave). Cela rappelle un peu l'extension des causes de nullité du mariage dans le droit canonique et cela explique que la jurisprudence admette difficilement les nullités de mariage, alors que l'injure grave permet si facilement de détruire le mariage.

I° L'adultère égalité de l'homme et de la femme au point de vue de cettecause de divorce. Caractère péremptoire de cette cause de divorce

I° L'adultère: les deux art. 229 et 230 du C.C. sont identiques et un seul texte suffirait à dire la même chose: Art. 229: " Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme".

Art. 330: " La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari".

Cette dualité de textes s'explique historiquement. Ce n'est que depuis le 29 juillet 1884 que la femme peut librement demander le divorce contre le mari; pour adulter auparavant elle ne pouvait demander le divorce, comme elle ne peut poursuivre l'adultère du mari, que s'il y a entretien de concubine au domicile conjugal. L'adultère du mari depuis 1884 permet le divorce comme pour la femme. Mais l'adultère ne peut être poursuivi contre le mari que s'il a eu lieu au domicile conjugal. Le mari peut donc réclamer beaucoup plus facilement que la femme l'aide du commissaire de police pour faire constater l'adultère de sa femme. La preuve de l'adultère se fait par un constat du commissaire de police. Une enquête est alors inutile. Une enquête peut au contraire être ordonnée faute de constat. C'est une cause péremptoire de divorce. L'adultère établi, le tribunal ne peut que prononcer le divorce.

2° Excès sévices injures graves Large pouvoir d'appréciation du juge

2° Excès, sévices et injures graves de l'un des époux. Ce sont les mauvais traitements matériels, les actes de brutalité, les voies de fait, la violence et c'est aussi la tentative de meurtre, la sequestration. La jurisprudence réclame des actes répétés, sauf en cas d'attentat à la vie. Il faut des actes graves, intentionnels(et non pas commis sous l'empire d'une maladie). Les juges ont un pouvoir d'appréciation très large d'ailleurs. C'est à la suite d'une enquête par la preuve testimoniale que les excès, sévices et injures graves seront établis.

Interprétation très large en jurisprudence de la notion d'injure grave

L'injure grave est une cause de divorce extrêmement souple. Ce n'est pas seulement une parole blessante une atteinte matérielle se réalisant par une voie de fait. C'est toute offense verbale ou écrite, ou même résultant de la façon d'agir. Les tribunaux ont un pouvoir absolu d'appréciation et ils ont fait de cette injure grave la véritable sanction de l'inobservation des devoirs existant entre époux. C'est une cause non péremptoire de divorce. Bien qu'établi , le juge peut

Source : BIU Cujas

ne pasprononcer le divorce. C'est une cause indéterminée très large: tout acte volontaire des époux contraire aux obligations du mariage constitue une injure grave, pourvu qu'elle émane d'un époux. On ne tiendrait donc pas compte d'une injure antérieure au mariage. Toutefois il faut que l'injure soit volontaire. Mais la jurisprudence est allée plus loin. Elle admet comme injure grave tout manquement à un devoir grave d'un des époux. C'est la faute conjugale: refus de consentir à la célébration du mariage religieux quand celui-ci avait été convenu - refus du devoir conjugal - abandon volontaire d'un époux par l'autre, refus de la femme de venir au domicile du mari; refus du mari de recevoir les parents ou les enfants de sa femme, refus en effet contraire à un devoir qui va de soi quand on épouse une femme qui a déjà été mariée. L'adultère quand il n'est pas établi, la tentative d'adultère est une injure grave. La jurisprudence va beaucoup plus loin: même des faits antérieurs au mariage peuvent être considérés comme injurieux, tel l'erreur sur l'intégrité judiciaire de l'époux - sur l'intégrité corporelle-sur la croyance religieuse et il y a là une question de fait que le juge de fait tranchera souverainement; la Cour de Cassation n'a pas à intervenir. Au fond on en est arrivé avec cette conception à permettre le divorce par consentement mutuel (il suffit aux époux de s'entendre pour créer une cause de divorce) et le divorce par incompatibilité d'humeur. On aboutit au divorce de la façon la plus large.

3° peine afflictive et infamante

La 3ème cause de divorce est la condamnationà une peine afflictive ou infamante. C'est une cause péremptoire, mais des conditions expresses sont requises: il faut qu'il s'agisse d'une peine afflictive et infamante (travaux forcés, réclusion; déportation - détention même quand la peine est politique); prononcée pendant le mariage,(mais une condamnation anrérieure pourrait constituer une injure grave), prononcée par un tribunal français; devenue définitive, (une condamnation par contumance ne suffit pas) et qu'elle ne soit pas effacée (par l'amnistie, ou la prescription). La condamnation est établie par un certificat du greffier du tribunal qui l'a prononcée.

Particularités concernant la preuve en matière de divorce et de séparation

Le système général de preuve consacré par la loi, comporte en ce qui concerne le divorce et la séparation de corps quelques particularités.

Il comporte d'abord un certain nombre de restrictions. L'aveu du défendeur qui est la preuve par excellence n'est pas admise, ici parce qu'elle aboutirait au divorce ou à la séparation de corps par

Source : BIU Cujas

consentement mutuel. Il en est de même du serment déféré par l'une des parties de l'autre. A l'inverse, l'extension des modes de preuve est admise en ce qui concerne la parenté et les lettres missives.

Les parents et domestiques peuvent (art. 268-283 du C.P.C.) en droit commun être "reprochés". En matière de divorce, ils peuvent être entendus (art. 245 al. 2). Cela dans l'intérêt de la famille car pour connaître les discussions intestines il n'y a que les parents ou domestiques qui peuvent les révéler. Les descendants seuls sont écartés.

Les lettres missives, pièces confidentielles, peuvent être produites dans la procédure de divorce ou de séparation de corps, mais à condition d'être parvenues entre les mains du mari ou de la femme de façon légitime. Si c'est de façon illégitime, on considère que les lettres missives ne peuvent être invoquées. Mais les lettres qui tombent de la poche sont considérées comme obtenues de façon régulière.

Procédure du divorce et de la séparation de corps.

Les formalités à remplir pour obtenir le divorce et la séparation de corps sont à peu près les mêmes. La loi a cherché à les unifier. Et cela est d'autant plus logique que, de nos jours, la séparation de corps conduit au divorce.

Différences entre la procédure du divorce et celle de la séparation de corps

Mais il n'y en a pas moins des différences importantes entre la procédure de la séparation de corps et celle du divorce et, avant d'étudier, dans son ensemble, la procédure commune à ces deux institutions, il faut indiquer nettement les traits propres à chacune de ces deux procédures.

I° Quant à la comparution personnelle

D'abord, le demandeur en séparation de corps n'est pas tenu de présenter sa requête, en personne, devant le président du tribunal civil. Il peut faire présenter cette requête par un représentant, notamment par un avoué. L'art. 876 du C.Pr.Civ. n'exige la présentation personnelle qu'en matière de divorce, et non en matière de séparation de corps. C'est pourquoi on a vu, que, quand on avait commencé une instance en séparation de corps, on ne pouvait la reprendre sous forme d'instance en divorce. A cet égard une proposition de loi a été faite au cours des dernières années au Sénat mais elle n'a pas abouti. Son but était de faciliter le divorce.

2° Quant au sursis de 6 mois prévu par l'art.

2°La séparation de corps ne peut être retardée par un sursis de 6 mois, comme peut l'être le divorce

246 du C.Civ.

art. 246 du C.Civ. Ce texte ne vise, en effet, que le divorce. Lorsque la demande en divorce a été formée, le tribunal ne peut pas prononcer immédiatement le divorce. " Lorsque la demande en divorce a été formée que pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'art. 232 dit ce texte, le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce; dans ce cas il maintient ou prescrit l'habitation séparée, et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut excéder 6 mois". Donc, en matière de divorce, un sursis de 6 mois peut être imposé, par le président du tribunal, qui estime que tout espoir de réconciliation entre les époux n'est pas irrémédiablement perdu.

3° Quant à la transcription du jugement

3° Le jugement qui prononce la séparation de corps n'est pas soumis à transcription, alors qu'on aura à étudier la transcription du divorce sur les registres de l'état civil. C'est là d'ailleurs une question assez complexe qui a fait l'objet de modifications de la part du législateur, au cours de ces dernières années. On sait que c'est à partir de cette transcription que le divorce produit ses effets.

4° Quant aux mesures de publicité

4° Mais il faut signaler encore d'autres différences. D'abord, quand la séparation de corps est demandée, il n'y a pas lieu aux mêmes insertions que celles qui sont faites en matière de divorce, dans les journaux d'annonces judiciaires.

5° Le tuteur de l'interdit judiciaire peut avec l'autorisation du conseil de famille, demander la séparation de corps, non le divorce

Il faut dire aussi que le tuteur de l'interdit, d'après l'art. 307 du C.Civ. al. 2 peut "avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation". Ce texte ne s'applique qu'en matière de séparation de corps; on ne l'admet pas en matière de divorce. Le tuteur de l'interdit judiciaire peut poursuivre, avec l'autorisation du conseil de famille, la demande en séparation de corps, non le divorce.

6° L'acquiescement n'est permis qu'en matière de séparation de corps non en matière de divorce

Enfin dernière différence: l'art. 249 parle du divorce matière d'acquiescement. L'acquiescement suppose un jugement rendu. Les parties ont discuté la séparation de corps ou le divorce puis, l'une d'elles, ayant obtenu gain de cause, l'autre accepte le jugement. L'art. 249 déclare que "Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement, à moins qu'il n'ait été rendu sur conversion de séparation de corps".

En effet, l'acquiescement s'il était permis en matière de divorce, n'aboutirait-il pas , quand une partie ne s'est pas défendue, au divorce par consentement mutuel ? Dès lors on comprend que l'acquies-

Source : BIU Cujas

cement au jugement de divorce ne soit pas permis. On ajoute d'ailleurs que le divorce est d'ordre public et qu'on ne peut admettre l'acquiescement en matière d'ordre public.

Pour la séparation de corps, au contraire, l'acquiescement est possible, car il n'y a pas une séparation véritablement définitive.

Mais alors comment comprendre que la conversion de la séparation de corps puisse être l'objet d'un acquiescement ? Pourtant l'art. 249, modifié par la loi de 1922 est formel à ce sujet: on ne peut pas acquiescer à un jugement de divorce, mais on peut acquiescer à un jugement de séparation de corps et à la conversion de la séparation de corps en divorce.

Etude des règles communes à la procédure de la séparation de corps et du divorce

Donc les différences sont nombreuses entre la procédure de la séparation de corps et celle du divorce. Mais, en dehors de là, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent. Et il faut envisager particulièrement deux des parties de la procédure de divorce et de la séparation de corps: la première concernant la pièce principale: la demande en justice, la seconde concernant l'instance; puis il faudra voir le jugement et l'exécution du jugement.

Les raisons pour lesquelles on étudie les règles relatives à la procédure de la séparation de corps et du divorce, en droit civil

Mais tout d'abord une question préliminaire se pose: comment se fait-il qu'on étudie des règles de procédure en droit civil, et comment se fait il qu'il y ait, dans le code civil, un ensemble de règles sur la procédure dans les art. 234 et suiv. du chapitre intitulé: procédure du divorce.

Il existe, en effet, un code de procédure civile, et, d'ordinaire, les dispositions de procédure y sont toutes comprises. Pourquoi en est-il autrement en matière de divorce et de séparation de corps.

a) La procédure en ces matières est tout à fait exceptionnelle

On a donné des raisons diverses de cette place de la procédure du divorce dans le code civil. Ces raisons ont une certaine valeur, mais la véritable raison ne doit pas être cherchée là.

On dit d'ordinaire que la procédure du divorce est quelque chose de tout à fait différent de la procédure ordinaire. Et c'est bien vrai. Il y a, en matière de divorce, une tentative de conciliation qui n'a rien de commun avec le préliminaire de conciliation qui doit toujours précéder l'instance. Et puisque la procédure est tout à fait différente il était naturel qu'on en vint à l'idée d'en traiter séparément.

Mais il y a dans le code de procédure civile de nombreuses procédures spéciales. Donc cet argument ne porte pas.

On invoque comme second argument le lien intime qui existe en matière de divorce entre le fond et la

Source : BIU Cujas

b) Il existe en ces matières un lien intime entre le fond et la forme

forme entre les causes et les effets du divorce et la procédure. Et ceci est un argument excellent, il est très juste. Ici la forme est intimement liée au fond.

Mais cela était encore beaucoup plus vrai au temps du code civil, alors qu'on entendait, par la procédure même, rendre le divorce particulièrement difficile, pour qu'il soit moins fréquent. Depuis la simplification de la procédure du divorce, par la loi qui est venue la modifier en 1886, l'argument a une moindre portée car la forme maintenant a moins d'action sur le fond. La loi de 1886 a en effet rapproché la procédure du divorce de la procédure de droit commun. Et cet argument encore n'a pas une valeur absolue.

c) La véritable raison est une raison historique

Au fond la véritable raison est bien plus simple. C'est que quand le code civil a été fait il n'y avait pas encore de code de procédure civile, et comme le législateur voulait que le divorce put fonctionner dès l'application du code civil, il était bien obligé, en raison de la procédure un peu spéciale d'établir des règles de procédure particulières dans le code civil. Le législateur de 1804 ignorait, en effet, quand serait promulgué un code de procédure civile: or il voulait assurer d'une manière certaine l'application des règles du divorce.

Examen des deux premières parties de la procédure du divorce.

Examinons donc les deux premières parties de la procédure du divorce: la demande en justice et l'instance.

Il faut préciser successivement les conditions de fond, les conditions de forme et montrer combien peuvent être nombreuses les mesures provisoires qui tiennent à la demande en justice.

1. La demande en justice

Conditions de fond requises quant à la demande en divorce

Examinons tout d'abord quelles sont les conditions de fond requises. Qui a le droit d'intenter l'action en divorce, et comment peut-on l'intenter?

Qui a le droit d'intenter l'action en divorce ou en séparation de corps

Chacun des époux a le droit d'agir en divorce ou en séparation de corps. Il peut invoquer des causes propres à sa demande, et à ces causes peuvent s'opposer des causes propres à la demande de l'autre: adultère ou injures graves. Il se peut aussi que les deux demandes qui s'opposent soient fondées sur une cause différente. Il se peut également que l'un demande le divorce et l'autre la séparation de corps.

La demande ainsi faite par un époux, demande principale est suivie en général par l'introduction d'une demande reconventionnelle qui peut intervenir sans aucune formalité, quand la première demande est en cours, et qui peut intervenir en tout état de cause, même en appel.

Le droit d'agir en divorce ou

Les époux ont seuls le droit d'agir. La demande

Source : BIU Cujas

en séparation de corps est un droit strictement personnel aux époux

est considérée comme ayant un caractère strictement personnel et, par conséquent, il faut en refuser l'exercice aux créanciers et aux héritiers des époux, et il en serait ainsi même si l'instance était en cours, lors du décès de l'un d'eux.

Tant que rien de définitif n'est intervenu, même si le jugement est prononcé, pourvu qu'il ne soit pas définitif, le divorce n'est pas acquis. C'est là une solution établie par une loi du 16 juin 1919, qui est venue modifier l'art. 244 du C;Civ. "L'action s'éteint également, dit ce texte, par le décès de l'un des époux, survenu avant que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit devenu définitif" Ainsi même après une procédure de divorce, tant que le jugement n'est pas définitif si l'un des deux époux est mort l'autre aura encore tous les droits du conjoint survivant.

Toutefois exceptionnellement le tuteur de l'interdit judiciaire peut agir en séparation de corps avec l'avis du conseil de famille

Le tuteur de l'interdit judiciaire ne peut pas non plus agir en divorce. Mais l'art. 307 al. 2 lui permet, après l'avis du conseil de famille, d'agir en séparation de corps. Et c'est là une différence qui a été signalée entre la procédure du divorce et celle de la séparation de corps. La loi n'a pas voulu que l'aliéné, s'il revient à la raison, puisse être divorcé sans l'avoir voulu. Cette raison qui avait une valeur absolue, tant que la conversion de la séparation de corps en divorce n'était pas admise, n'a plus qu' une valeur relative puisque le tuteur de l'interdit judiciaire, avec l'autorisation du conseil de famille, peut agir en séparation de corps, et que cette séparation de corps pourra être transformée en divorce. Sans doute, le tuteur ne peut pas demander la conversion, mais l'autre partie le peut, et alors l'interdit judiciaire sera divorcé l'avoir voulu, car le tuteur aura formé la demande, et le conjoint aura demandé la conversion.

Quelle est la capacité requise pour agir

Le divorce et la séparation de corps sont donc des actes qui touchent à la personne, et la question de la capacité pour agir doit être fixée, au moins pour les incapables qui ont certains droits par rapport à leur personne. Reprenons donc la liste de ces incapables pour voir dans quelle mesure ils peuvent former une demande en divorce ou en séparation de corps.

La femme n'a besoin d'aucune autorisation pour agir

La femme voit cesser à cet égard son incapacité. Cela est naturel car le mari ne donnerait pas l'autorisation, et l'autorisation de justice est sans utilité puisque, au début de l'instance, quand la demande est formée, le président du tribunal civil intervient. Cette intervention sert en quelque sorte d'autorisation de justice à la femme.

Source : BIU Cujas

Le mineur émancipé par le mariage a le droit d'agir

D'autre part, le mineur émancipé par le mariage doit avoir le droit d'agir, ne serait-ce que pour la même raison. Et c'est en raison aussi du caractère personnel de l'action en divorce ou en séparation de corps: on lui a permis de se marier, on doit lui permettre de divorcer ou de se séparer de corps.

Le cas est discuté en ce qui concerne la personne pourvue d'un conseil judiciaire

Quant à la personne pourvue d'un conseil judiciaire, on discute à son égard. On fait remarquer que s'il est vrai que l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire tient à l'impossibilité dans laquelle elle est de gérer son patrimoine, l'acte le plus dangereux pour la personne pourvue du conseil judiciaire c'est l'action en justice, et que l'art. 499 qui lui défend de plaider, lui défend d'agir en divorce et en séparation de corps, car agir en divorce et en séparation de corps c'est plaider. On a vu les tribunaux décider que la personne pourvu d'un conseil judiciaire devait obtenir l'autorisation de son conseil, et même des tribunaux lui ont fait nommer un conseil ad hoc.

Mais ici l'interdiction de plaider n'a pas de rapport avec l'action en divorce et en séparation de corps. L'interdiction de plaider ne vise, en effet, que ce qui concerne les biens de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Ce sont les actes de dissipation, de prodigalité qu'on a visés mais le divorce ou la séparation de corps ne semblent pas avoir d'effets à cet égard.

Quid des aliénés ?

Enfin il y a le cas des interdits. L'aliéné qui n'est ni interdit ni interné peut évidemment agir en divorce ou en séparation de corps. Quant à l'aliéné interdit et non interné, son tuteur peut agir en séparation de corps mais non en divorce. Il ne s'agit bien entendu qu'un interdit non interné que dans la mesure où il a des intervalles lucides, et il semble qu'il peut former une demande en divorce ou en séparation de corps dans un intervalle lucide. Mais la procédure est longue et l'intervalle lucide ne durera pas autant. C'est pourquoi on a refusé à l'interdit judiciaire, à l'aliéné interdit mais non interné, le droit d'agir en divorce. M. Hémard estime qu'il faudrait le lui reconnaître en vertu de l'art. 327 al. 2 en disant que le tuteur ne peut agir et que, par conséquent, il faut bien reconnaître ce droit à l'interdit non interné, puisqu'on ne peut l'en priver.

Quant à l'interné non interdit, en vertu de la loi du 30 juin 1838, on admet qu'il peut demander le divorce, mais il lui faut, pour le procès, un mandataire ad litem.

Source : BIU Cujas

En ce qui concerne l'interdit légal c'est le tuteur qui doit agir sur la demande de l'interdit

L'interdit légal se voit refuser le droit d'agir en divorce, mais son tuteur doit être considéré comme ayant le droit d'agir puisque l'art. 234 al. 3 dit: " que " en cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit ici la solution est intermédiaire. Il faut la réquisition ou l'autorisation de l'interdit qui ne peut agir lui-même, mais le tuteur ne peut agir qu'avec son intervention.

Le tribunal compétent pour prononcer le divorce - rations-materiae

Le divorce ou la séparation de corps sont de la compétence exclusive des tribunaux civils. C'est ce qu'on appelle la compétence matière ou ratione materiae.

Quant un tribunal répressif vient de prononcer une condamnation à une peine afflictive et infamante il ne peut, même sur la demande de l'une des parties, prononcer le divorce. Un tribunal répressif n'a pas compétence pour prononcer le divorce.

ratione personae

Quant à la compétence ratione personae qui est déterminée par le lieu de la situation des biens, ou par le domicile des parties, le tribunal civil compétent c'est le tribunal du domicile du défendeur. C'est la règle générale de compétence: "actor sequitur forum rei". Le demandeur doit assigner devant le tribunal du défendeur. Et le tribunal du défendeur c'est, normalement ici, le tribunal du domicile conjugal, mais ce peut être un autre tribunal, si les époux vivaient depuis un certain nombre d'années séparés.

Tellessont les conditions de fond de la demande en divorce ou de la séparation de corps.

Conditions de forme de la demande en divorce ou en séparation de corps.

Quant aux conditions de forme, elles sont précisées par la loi.

Il faut une requête rédigée par un avoué, requête qui est faite au président du tribunal du domicile du défendeur, et par laquelle le demandeur expose les faits sur lesquels il veut baser sa demande.

La requête

Cette requête a pour but d'assigner le conjoint devant le tribunal, art. 234 du C.Civ. C'est l'époux en personne qui doit présenter sa requête quand il s'agit du divorce, mais, en matière de séparation de corps, la requête peut être présentée par un représentant, notamment par l'avoué qui a rédigé la demande. Une loi du 30 mars 1915 permettait la représentation par un avoué en ce qui concerne la demande en divorce comme la demande en séparation de corps, mais cette loi n'a plus d'application.

L'art. 235 du C.Civ. dit que lors de la présentation de la requête, le président doit faire au requérant les observations qu'il croit convenable, notamment

Source : BIU Cujas

s'il estime que la reprise de la vie commune est encore possible.

Il est rare que le président arrête une demande en divorce ou en séparation de corps, et la loi attache une telle valeur à l'intervention du président qu'elle déclare qu'en cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat: président du tribunal ou juge en faisant fonction, se transportera assisté du greffier au domicile de l'époux demandeur.

La tentative de conciliation

La loi veut une comparution personnelle en matière de divorce qui sera suivie d'une tentative de conciliation. Il ne s'agit pas ici du préliminaire de conciliation qui doit précéder toute instance de droit commun et qui doit avoir lieu devant le juge de paix. Ici on est dans l'instance. Le préliminaire de conciliation d'ordinaire précède l'instance. Au contraire, la tentative de conciliation, en matière de divorce, fait partie de l'instance et la tentative de conciliation est faite devant le président du tribunal civil, non devant le juge de paix.

Au bas de la requête présentée lors de la comparution des parties, ou de la non comparution, le président doit mettre une autorisation de citer à l'autre époux. Il indique le lieu et l'heure où les deux époux devront comparaître devant lui, art. 235 du C.Civ. et il commet un huissier pour notifier la citation de sorte qu'il soit bien certain que la citation parvienne à l'intéressé. La citation est faite sous pli fermé. Elle était même autrefois avant que les actes d'huissier ne soient simplifiés.

Il doit y avoir un délai de 3 jours francs au moins, plus un délai de distance pour que la partie citée comparaisse.

La conciliation va être alors essayée par le président du tribunal civil, art. 238. La conciliation suppose la comparution des parties en personne et celles-ci ne peuvent ici normalement se faire représenter par un avocat inscrit ou par un parent. L'art. 817 du C.Pr. l'interdit formellement.

Le président qui réunit les deux époux va essayer de les concilier. Ici encore il y arrive rarement. Puis il peut recommencer, s'il le veut, la tentative de conciliation. Il peut ajourner à 20 jours les époux pour leur permettre de réfléchir art. 238 al. 6. Il donne un délai aux parties qui ne peut dépasser 20 jours. Les parties reviennent alors devant lui au bout de 20 jours pour une tentative de réconciliation.

Si la conciliation se fait tout est terminé et il n'y a pas même de procès verbal de conciliation;

Source : BIU Cujas

Le permis de citer

A défaut de conciliation, le président dresse un procès verbal de non conciliation, et permet de citer devant le tribunal. C'est le permis de citer visé par l'art. 238 al. I.

La citation devant le tribunal

La citation doit intervenir dans les 20 jours de l'ordonnance rendue par le président, et si elle n'intervient pas dans les 20 jours, il faut une nouvelle ordonnance du président. On veut que la demande suive un cours très régulier. Or il peut y avoir déjà des délais très importants puisqu'il peut y avoir une deuxième tentative de conciliation dans les 20 jours. C'est pourquoi la citation doit avoir lieu dans les 20 jours de la non conciliation.

Au cours de la procédure le président du tribunal peut être appelé à prendre des mesures provisoires importantes A) A l'égard des époux

Au cours de cette procédure, le président du tribunal civil peut être appelé à prendre des mesures provisoires assez importantes.

La demande en divorce ou en séparation de corps va avoir des effets à l'égard des époux et des enfants.

En ce qui concerne la résidence séparée des époux

Elle a d'abord des effets par rapport aux époux. La vie commune, quand il y a divorce ou séparation de corps est impossible et il faut que soit admise une séparation de résidence. C'est une nécessité. Le président va autoriser la femme à vivre hors du domicile conjugal, il va lui ordonner de se rendre à une résidence provisoire, art. 236 du C.Civ. Le pouvoir du président, à cet égard, est discrétionnaire. D'ordinaire, la femme se retire chez ses parents, ou dans une famille parente ou amie. La résidense qui lui est assignée est obligatoire, art. 241. Elle doit y justifier de sa présence, et c'est là que tous les actes de procédure doivent lui être notifiés.

Mais il arrive que le domicile conjugal soit conservé par la femme comme résidence séparée.

Il en est ainsi d'abord quand il y a abandon de la femme par le mari et il en est ainsi encore quand, au domicile conjugal, la femme exerce un commerce et était seule commerçante.

En ce qui concerne la manière dont il sera pourvu aux besoins des époux

La cessation de la vie commune oblige aussi à pourvoir aux besoins des époux, et à leur entretien.

Le plus souvent, ce sera le mari qui sera obligé de fournir à la femme des aliments pour vivre. Mais il arrive aussi que, quand c'est la femme seule qui a la fortune, une pension soit accordée au mari. Il se peut également que le président du tribunal permette à la femme de toucher certains de ses revenus et de les garder alors que les conventions matrimoniales ou le régime de communauté imposait l'administration par le mari.

Source : BIU Cujas

La femme, quand elle est commerçante, n'a pas besoin de pension, mais elle peut avoir besoin d'une autorisation spéciale du président du tribunal.

Cette pension alimentaire est appelée provision alimentaire art. 238 al. 2. Elle comprend tout cequi est nécessaire à l'époux pour vivre, lui et les enfants dont il a la charge.

En ce qui concerne la sauvegarde des biens de la femme

Pour sauvegarder les intérêts pécuniaires des époux, le président peut, dès la première ordonnance, en vertu de l'art. 242 al. I faire apposer les scellés sur les biens propres de la femme, quand le mari en a l'administration et même sur les biens communs art. 242 al. 2. Le but c'est qu'il soit procédé à un inventaire pour que tous les droits de la femme soient sauvegardés. Les biens, au cours de cet inventaire, seront évalués, et si le mari en conserve l'administration, alors le mari sera gardien judiciaire, al.3 de l'art. 242. Il est tenu de conserver, il est tenu de rendre, il devient responsable et il ne peut plus aliéner.

Il y a d'ailleurs d'autres mesures qui doivent être prises. On peut obtenir le dépôt des valeurs, on peut permettre, entre les mains d'un débiteur de la communauté, de faire une saisie arrêt, et autoriser la femme à toucher certains revenus de ses propres, même sous le régime de la communauté.

B) Les mesures provisoires relatives aux enfants

Par rapport aux enfants, il y a des mesures provisoires pendant cette première période de la demande en divorce et de la séparation de corps.

La garde provisoire des enfants peut être établie dans les conditions de l'art. 238 al. 2 mais on ne peut enlever la puissance paternelle au père. On peut confier à la mère les enfants; souvent on les confie aux grands parents ou on les remet dans un établissement d'éducation et d'instruction.

La lutte entre les époux est parfois très grave pour ces mesures provisoires, et la jurisprudence a été obligée, en cette matière, souvent d'ordonner une astreinte. Cette astreinte a pour but d'obliger l'un des époux à rendre l'un des enfants, quand la garde a été confiée à l'autre. Et la loi a même du prendre des mesures bien plus énergiques. Elle a dû faire un texte spécial, art. 357 du C.Pén. depuis la loi du 5 février 1901 modifiée par la loi du 23 mars 1928. La loi non seulement permet une astreinte, mais elle donne la possibilité de faire condamner à un an de prison et à 16 ou 5000 francs d'amende le père ou la mère qui n'obéit pas à l'ordonnance du président confiant la garde des enfants à l'un d'eux. Ce n'est plus une astreinte c'est même une mesure pénale.

L'instance

La seconde partie de la procédure du divorce ou

Source : BIU Cujas

de la séparation de corps c'est l'instance. Ici la procédure va véritablement commencer. Jusqu'ici on n'avait été que devant le président; on va aller devant le tribunal. Des mesures provisoires peuvent être ordonnées et le jugement est susceptible de voies de recours.

La procédure se développe devant le tribunal civil. Le défendeur peut former une demande reconventionnelle. L'enquête et la contre enquête

La procédure va se développer. On est devant le tribunal civil. L'assignation de l'époux défendeur, effectuée par l'époux demandeur, a porté l'affaire, du président du tribunal au tribunal. La cause, art. 238, sera instruite dans la forme ordinaire, le ministère public entendu.

Le défendeur peut, à son tour, former une demande reconventionnelle ou se contenter de soutenir l'irrecevabilité de la demande, ou encore invoquer une fin de non recevoir.

L'affaire va revenir à l'audience. S'il s'agit d'une cause péremptoire, bien prouvée, la solution est rapide. Mais il s'agit de sévices, d'excès ou d'injures graves, une enquête est nécessaire des témoins seront entendus par un seul juge, le juge commissaire, assisté d'un greffier qui recueillera les dépositions des témoins. L'enquête entend les témoins du demandeur mais le défendeur peut présenter des témoins, c'est la contre enquête.

L'audience

Quand l'enquête et la contre enquête seront terminées l'audience publique aura lieu, et, d'après l'art. 239 al.4 le tribunal pourra ordonner l'huis clos. Il y a application des règles de la procédure ordinaire, mais des règles spéciales n'en sont pas moins applicables à la procédure du divorce.

D'abord, l'art. 247 établit des mesures de publicité spéciales, en cas de défaut du défendeur.

Puis l'art. 329, dernier alinéa, interdit la reproduction des débats par la voie de la presse, sous peine d'une amende de 100 à 2000 francs, édictée par la loi sur la presse. On veut éviter les scandales. Mais ce sont seulement les débats qui ne peuvent être publiés; au contraire le jugement peut l'être.

Un sursis de 6 mois peut être ordonné par le tribunal, art. 246 du C.Civ. Evidemment, il s'agit ici d'un cas analogue à celui qu'on a vu à propos du président du tribunal remettant à 20 jours une nouvelle tentative de conciliation. Le tribunal n'a pas perdu tout espoir de réconciliation entre les époux et, pour le divorce seulement, il peut renvoyer à 6 mois le prononcé du divorce.

Il y a cependant un cas où il ne pourrait procéder à ce renvoi car il n'est pas justifié c'est quand la demande en divorce est fondée sur une condamnation à une

Source : BIU Cujas

peine afflictive ou infamante de l'un des époux, et cette réserve est faite par l'art. 246 lui-même.

Après le sursis le tribunal ne peut que prononcer le divorce.

Les mesures provisoires qui peuvent intervenir au cours de l'instance

Mais des mesures provisoires diverses, en ce qui concerne la demande en divorce et la séparation de corps, peuvent intervenir, au cours de l'instance.

Ici encore, par conséquent, on va prendre des mesures provisoires, mais peut être avec une autorité plus grande, car c'est le tribunal qui en décidera: le tribunal qui est mieux au courant de la situation des époux que ne pouvait l'être le président du tribunal, après un rapide examen de la demande.

A côté des demandes nouvelles faites par les époux, en ce qui concerne leur situation personnelle ou celle de leurs enfants, il intervient souvent des mesures modificatives de celles qui ont été prises par le président. Ici c'est le tribunal qui intervient. Cependant le président peut encore intervenir, en cas d'urgence, par voie de référé, art. 238 al. 5 et même la jurisprudence étend très largement le droit du référé du président; elle l'applique même à la pension alimentaire et à la garde des enfants.

Les fins de non recevoir en matière de divorce

La preuve étant faite de la cause de divorce ou de séparation de corps, le demandeur peut voir encore sa demande rejetée si le défendeur invoque une fin de non recevoir, c'est-à-dire un obstacle juridique qui s'oppose à l'admission de la demande.

Les fins de non recevoir de droit commun peuvent intervenir en cette matière, mais il y a aussi des fins de non recevoir spéciales en matières de divorce et de séparation de corps.

Les fins de non recevoir du droit commun

Les fins de non recevoir du droit commun sont lesexceptions. C'est tout d'abord l'exception de choses jugées. Le défendeur peut opposer que déjà le demandeur s'est vu refuser le divorce, pour la même cause, devant un autre tribunal.

De même, il y a fin de non recevoir de droit commun en cas de péremption d'instance, c'est-à-dire quand trois ans se sont écoulés depuis le dernier acte de procédure.

Enfin on s'est demandé s'il ne pouvait y avoir prescription de l'action. Mais, sur ce point, il n'y a pas de jurisprudence, car la péremption de l'instance suffit. Il y aurait une prescription de 30 ans. Or il y a une autre raison pour que jamais la jurisprudence n'ait fait jouer la prescription c'est qu'il y a une autre fin de non recevoir qui s'applique avant le délai de 30 ans c'est la reconciliation des époux.

Source : BIU Cujas

Fin de non recevoir spéciale au divorce et à la séparation de corps

Mais il y a une fin de non recevoir spéciale au divorce et à la séparation de corps. Il y a d'abord une réconciliation des époux. C'est une renonciation évidente à la demande en divorce. Elle suppose la reprise de la vie commune. Celui des époux qui avait à se plaindre à pratiqué l'amnistie, il a oublié. Mais une nouvelle demande en divorce est possible, si un fait nouveau survenait et même s'il s'agissait de faits anciens inconnus à l'époux qui a pardonné.

L'abandon par la femme de sa demande en divorce de la résidence qui lui est assignée, art. 241, est encore une fin de non recevoir.

Il n'est pas utile de citer le décès du conjoint car alors l'instance est devenue impossible, art. 244 modifié par la loi du 28 juin 1919.

Enfin peut-on considérer comme une fin de non recevoir la réciprocité des torts des époux. Les deux époux ont été condamnés à une peine afflictive et infamante, pour le même crime, peuvent-ils invoquer cette cause de divorce, et la réciprocité de leurs torts, l'égalité de leur déshonneur, ne doit-elle pas amener à faire rejeter leur demande ? C'est en effet le seul cas où la jurisprudence admet que la réciprocité de torts soit une fin de non recevoir.

Mais la jurisprudence n'admet pas, au contraire que l'adultère des deux époux soit une fin de non recevoir, pas plus que la distribution réciproque d'excès de sévices et d'injures graves. Iln'y a réciprocité de torts, admise par la jurisprudence, que dans le cas d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, art. 232 du C.Civ.

III. Le jugement et son exécution.

Le jugement ou l'arrêt de divorce ou de séparation

L'instance est terminée par un jugement rendu publiquement. Elle peut être terminée par un arrêt, quand une voie de recours a été exercée.

Le jugement qui rejette le divorce ou la séparation de corps ne nous retiendra pas. Il est, comme tout jugement, susceptible de voies de recours, mais ne donne pas lieu à aucune exécution. Il met seulement obstacle à une nouvelle action qui serait repoussée par l'exception de chose jugée pourvu bien entendu qu'il s'agisse de la même cause de divorce.

Nous n'étudierons donc que le jugement qui prononce le divorce ou la séparation de corps. Il est susceptible de voies de recours, mais il est quant à son exécution soumis à des règles spéciales, au moins quant au jugement de séparation de corps.

Le dispositif du jugement

Le jugement de divorce ou de séparation de corps

Source : BIU Cujas

renferme des motifs et un dispositif. D'après la loi du 19 mars 1924 modifiant l'art. 253 du C.C. le dispositif doit contenir, en dehors du prononcé du divorce, en dehors des mesures concernant les enfants et les époux mesures cette fois définitives à la différence de celles prises par le président et le tribunal lui-même au cours de l'instance. Le dispositif doit contenir mention de l'ordonnance du président accordant à l'un des époux une résidence séparée. Cette mention, qui sera transcrite sur le registre de l'état civil, est importante à deux points de vue. C'est en effet de cette ordonnance assignant aux époux une résidence séparée que partent tant le délai de viduité pour la femme divorcée qui veut se remarier (art. 296 C.C.), que le délai du désaveu à l'égard de l'enfant conçu après la date de l'ordonnance, enfant qui est un enfant adultérin en principe mais qui peut être légitimé (art. 331 al. 2, 2°). L'importance de cette ordonnance a amené le législateur à exiger que le dispositif en contienne la mention.

Voies de recours dont le jugement est susceptible

Le jugement est susceptible de voies de recours qu'il faut étudier avec soin, qu'il s'agisse d' un jugement de divorce ou de séparation de corps. Mais il y a cependant des différences à ce point de vue entre les deux jugements. L'une est relative à l'acquiescement, une autre à la suspension des délais.

Interdiction de l'acquiescement à un jugement prononçant le divorce

Le législateur a prohibé l'acquiescement en matière de divorce. Art. 249 du C.C. Acquiescer, c'est renoncer à exercer une voie de recours et si le législateur a interdit l'acquiescement en matière de divorce c'est qu'il a craint qu'à la suite de l'exercice d' une action en divorce il n'y ait possibilité pour les époux d'arriver au divorce par consentement mutuel. Aussi cette règle ne s'applique-t-elle pas à la séparation de corps et une loi du 9 Décembre 1922 a modifié l'art. 249 du C.C. pour dire qu'au cas de conversion de la séparation de corps en divorce l'acquiescement est possible. Celui qui voudrait acquiescer à un jugement ou à un arrêt de divorce ferait donc un acte nul (à moins que le divorce ne soit prononcé après séparation de corps).

Interdiction du désistement

La même règle doit-elle s'appliquer au désistement ? Le désistement est tout différent de l'acquiescement. C'est la renonciation à une voie de recours, déjà formée puis il semble logique d'appliquer au désistement la même règle qu'à l'acquiescement.

Délais particuliers en matière d'opposition au jugement

En ce qui concerne l'opposition au jugement, le législateur a fixé des délais particuliers en matière de divorce.

Source : BIU Cujas

L'opposition est une voie de recours contre un jugement par défaut. Les jugements par défaut sont fréquents en matière de divorce (une chambre du Tribunal de la Seine a pu en prononcer 140 dans son après-midi.)

L'opposition pour un jugement par défaut est fréquente et le législateur a voulu empêcher qu'on pût arriver à obtenir le divorce contre une personne sans qu'elle en ait eu connaissance .Tandis que le délai normal d'opposition est de huit jours, quand il y a eu signification à personne ou à domicile par un huissier commis, il faut ici qu'il y ait un délai d'un mois (art. 247) au lieu de huit jours. Si la signification à personne n'a pas pu avoir lieu, le délai d'oppositionest de huit mois à dater du dernier acte de publicité (art. 247 alinéa final). Si bien que l'époux qui ne veut pas le divorce a un moyen très simple à la disposition pour le retarder, c'est de faire défaut. D'autant plus qu'en matière de divorce (art. 248 al. 2) le délai d'opposition est suspensif: tant qu'un délai d'un mois ou de huit mois est en cours, on ne peut pas poursuivre l'exécution du jugement. En effet, comme il y a encore des voies de recours, il ne faut pas que l'exécution ait pour résultat de faire qu'une partie puisse se remarier au risque d'être ensuite déclarée bigame, si par la suite le divorce n'est pas prononcé.

L'appel: Effet suspensif du délai en matière de divorce

En ce qui concerne l'appel, le délai est suspensif et non pas seulement l'appel lui-même. En matière de divorce, le délai d'appel, délai de droit commun de deux mois, empêche l'exécution du jugement qui se réalise par la transcription; art. 252 al. 2 Tant que l'appel est possible, le divorce ne peut être exécuté. Le droit commun s'applique en matière de séparation de corps, le dommage étant moins grand, puisque le mariage n'est pas rompu.

Effet suspensif du délai de cassation même pour la séparation de corps

Pour le pourvoi en cassation, voie extraordinaire de recours, le délai est suspensif aussi bien pour le divorce que pour la séparation de corps (art. 248 in fine). Le texte est formel.

Point de départ des effets du divorce

Les effets du jugement définitif n'ont pas toujours la même portée, suivant qu'il s'agit du divorce ou de la séparation de corps, car la séparation de corps n'est pas transcrite et dès lors elle vaut dès le jour où le jugement de séparation est devenu définitif. Il en est autrement pour le divorce, qui produit ses effets tantôt dès le jour du jugement, tantôt du jour de la transcription.

Dans le C.C. le divorce étant rendu, en exécu-

Source : BIU Cujas

tion du jugement (ou de l'arrêt qui l'avait confirmé,) il était ensuite prononcé par l'officier de l'état civil devant lequel devaient comparaître les époux. L'officier de l'état civil intervenait pour dissoudre le mariage comme pour le prononcer; c'était une application de la règle de correspondance des formes.

Le système de la transcription dans la Loi de 1886

La loi de 1886 remplaça cette solennité de la prononciation du divorce à l'état civil, qui n'était pas tout agrément pour les époux, par la transcription du jugement sur les registres de l'état civil. Elle exigeait la transcription dans le délai de deux mois, de sorte que faute de transcription dans les deux mois le divorce était sans effet et il fallait recommencer toute l'instance. Les effets du divorce commençaient à courir du jour de la transcription, sauf relativement aux rapports pécuniaires des époux pour lesquels ils remontaient au jour de la demande en divorce.

Le jugement de divorce étant créateur d'un nouvel état de choses (distinction des jugements déclaratifs de droits et des jugements créateurs de droit); il semble qu'on n'aurait pas dû admettre cette rétroactivité. Si on l'admet en 1886, c'était par protection des intérêts de la femme. Dans le régime de 1886 si les deux époux n'avaient pas obtenu la transcription dans les deux mois, tout était à recommencer, et ceci était d'autant plus désastreux que la transcription incombait aux avoués qui pouvaient se tromper et commettre une faute dont les conséquences retombaient sur les époux. Toutefois quand on pouvait penser que la transcription avait été empêchée par force majeure, la transcription restait possible.

Système de la loi de 1919: distinction suivant qu'il s'agit des effets à l'égard des tiers ou à l'égard des époux

La loi du 26 juin 1919 a supprimé ces règles et est revenue à une solution logique en faisant partir les effets du divorce tantôt du jour de la demande, tantôt du jour où le jugement est définitif, tantôt du jour de la transcription. La solution peut n'être pas parfaite, elle est du moins la moins mauvaise.

A l'égard des tiers, c'est la transcription qui rend le jugement opposable. Entre époux les effets se produisent soit à partir de la demande en divorce, soit à partir du jugement définitif.

Publicité du jugement publicité commune au divorce et à la séparation de corps par

A la différence du divorce, la séparation de corps n'impose pas la transcription. Pour elle il y a une certaine publicité par voie d'affichage. La publicité du jugement de divorce exige en outre une insertion dans les journaux et la transcription.

La publicité se réalise par trois affiches

Source : BIU Cujas

voie d'affichage

(art. 872-880 C.Pr.C.) Mais la loi du 19 Décembre 1928 a modifié l'art. 250 du C.C. et tandis qu'auparavant un extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce devait être affiché aux tableaux exposés dans l'auditoire des tribunaux civils et dans les chambres des notaires et des avoués, depuis cette loi, l'affichage dans les Chambres des avoués et notaires n'est plus requis. L'art. 311, in fine, indique les mêmes formalités pour la séparation, en renvoyant à l'art. 1445 C.C. L'affichage est donc imposé pour le jugement de séparation de corps comme pour le divorce, mais une insertion dans les journaux n'est requise que pour celui-ci, art. 250 2ème al. : " Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département." Ce sont les journaux d'annonces judiciaires, à Paris comme dans les départements.

divorce: insertion dans un journal d'annonces légales

Aucun délai n'est fixé pour cet affichage et cette insertion. Aucune sanction n'est prononcée. En fait la mesure est toujours exécutée, puisqu'elle est faite par les avoués. L'affichage et l'insertion doivent avoir lieu au domicile du mari et c'est l'époux gagnant qui doit faire cette publicité.

Mention en marge de l'acte de mariage

Mention du jugement ou de l'arrêt du divorce en marge de l'acte de mariage doit être faite conformément à l'article 49 C.C. (a. 251 al. 2). Ici c'est sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré que cette mention est requise. Si l'un des époux est commerçant, la loi du 18 mars 1919 art. 5 § 2 exige en outre que mention soit faite sur le registre du commerce.

Point de départ des effets du divorce et de la séparation quant aux rapports pécuniaires des époux

C'est du commencement de l'instance que partent les effets du divorce ou en séparation de corps en ce qui concerne la liquidation des intérêts pécuniaires entre époux (art. 252 dernier alinéa). En ce qui concerne la séparation de corps le commencement de l'instance est le jour où est lancée l'assignation devant ce tribunal par l'époux demandeur. Pour le divorce ce l'est également le jour de l'assignation devant le tribunal civil. Le point de départ de ces effets est très important, puisqu'à partir de ce moment le mari ne sera plus libre de faire tous les actes dur la communauté. D'ailleurs même s'il a fait antérieurement des actes frauduleux ceux-ci pourront être attaqués.

point de départ quant à la personne des époux

C'est du jour où le jugement est définitif que le divorce et la séparation de corps produisent effet quant à la personne des époux. C'est de ce jour que l'union est rompue par le divorce. En conséquence une réconciliation n'aurait plus d'effet. L'adultère

Source : BIU Cujas

n'existe plus, et si un des époux se remarie, bien qu'il ne puisse le faire avant la transcription, il n'est pas bigame. En cas de décès après que le jugement est devenu définitif mais avant la transcription, il n'y a pas dissolution par décès, mais par divorce ce qui est important au point de vue successoral.

La transcription du divorce sur les registres de l'état civil

La transcription, spéciale au divorce, ne s'applique qu'au dispositif du jugement (art. 251 C.C. C'est dans cette partie du jugement que sont contenues les mentions essentielles, le prononcé du divorce, la mention de l'ordonnance du tribunal qui assigne une résidence séparée aux époux.

Elle a lieu au registre de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. Mention en marge de l'acte de mariage doit être faite dans les conditions de l'art. 49. Le système de la transcription a varié, nous ne l'examinons que dans les conditions prévues par la loi de 1919.

Mécanisme de la transcription; pièces à produire pour l'obtenir

La transcription est réalisée par voie de copie du dispositif du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce et mention est faite en marge de l'acte de mariage, de sorte que connaissant le mariage de deux personnes, on connaît par là même leur divorce. La transcription est opérée à la suite d'une signification faire par l'avoué de la partie qui a obtenu le divorce dans les quinze jours de la décision définitive. Cet avoué c'est celui du gagnant; il agit au nom de son client et doit joindre à la signification les pièces qui établissent le caractère définitif du jugement et qui varient suivant qu'il s'agit d'un arrêt, d'un jugement, qu'il y ait eu ou non voie de recours: tantôt il faut un certificat de non-pourvoi, art. 252 al. 2.- Que faut-il donc donner exactement: si c'est un jugement, c'est un avoué de première instance qui doit obtenir du greffier la délivrance d'un certificat de non opposition. Il n'a pas besoin de justifier d'un non pourvoi, car s'il s'agit d'un jugement par défaut on a recours à l'opposition et s'il est contradictoire on aura recours à l'appel (art. 548 C.P.C).

Si c'est un arrêt , c'est un avoué d'appel qui devra remettre à l'officier de l'état civil un certificat de non pourvoi. En cas de pourvoi, contre un arrêt prononçant le divorce, il faut attendre que le greffier de la Cour de Cassation, dans le mois du prononcé de l'arrêt adresse un extrait de cet arrêt à l'avoué d'appel du gagnant (qui a obtenu l'arrêt de divorce en appel). Il faudra donc attendre un mois à par-

Source : BIU Cujas

tir de ce mois, il y aura quinze jours pour faire la signification à fin de transcription. Les signification sont toujours faites, mais elles ne le sont pas toujours dans le délai.

L'avoué de la partie perdante a le droit aussi de poursuivre la transcription, art. 252 al. 7. En fait c'est toujours l'avoué du gagnant qui, soit dans le délai de quinzaine, soit passé ce délai requiert la transcription. Cependant la loi décide que l'avoué qui ne requiert pas le divorce dans le délai de quinzaine est passible d'une amende quand il est en faute. On peut dire qu'il n'y a pas en fait application de cette pénalité. Aucun délai de forclusion n'est stipulé faute de transcription dans le délai ou après. Autrefois il y avait un délai fatal de 2 mois. Il était naturel de le supprimer parce qu'en supposant que la transcription n'ait pas eu lieu dans les deux mois, on faisait supporter aux parties la négligence de l'avoué qu'il était cependant naturel de charger de ce soin l'avoué.

La réquisition à fin de transcription est adressée à l'officier de l'état civil du lieu de célébration, du mariage, ou en cas de mariage à l'étranger à l'officier de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile. Mention doit être faite en marge de l'acte de mariage. L'officier doit procéder à la transcription dans un délai de cinq jours, non compris les joursfériés, à peine d'une amende qui ne doit pas dépasser 100 frs. La transcription produit effet entre les époux, mais surtout à l'égard des tiers.

Effets de la transcription 1°)entre époux

Entre époux: c'est du jour de la transcription au plus tôt que les époux peuvent se remarier. L'art. 296 C.C. (1. 4 Févr. 1928) le dit pour la femme divorcée tenue d'observer le délai de viduité. Même solution pour le mari, qui du moins peut se remarier immédiatement. On a admis cette règle pour que l'officier de l'état civil connaisse sûrement le moment où les époux peuvent se remarier, et pour la femme pour qu'il puisse se rendre compte si le délai de viduité est révolu.

2° à l'égard des tiers

A l'égard des tiers, la transcription est très importante. Le divorce ne leur est opposable qu'à partir de la transcription, mais seuls les tiers peuvent se prévaloir du défaut de transcription car elle a été établie dans leur seul intérêt. Les époux ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription.

La transcription obtenue a un effet définitif. Une nullité qui atteindrait la signification du jugement

Source : BIU Cujas

à l'officier de l'état civil ne détruirait pas la transcription. Une fois opérée elle est valable pour toujours. Le défaut de transcription n'atteint d'ailleurs pas la validité du divorce. Le divorce reste acquis: il a été prononcé, il est définitif et quel que soit le délai écoulé la transcription peut être requise. Les époux sont divorcés, leur divorce est valable entre eux, mais n'est pas opposable aux tiers. Les tiers sont les personnes autres que les époux qui ont pu ignorer le divorce et traiter avec les époux les croyant encore mariés. Mais les tiers ne sont pas obligés d'admettre l'inopposabilité du divorce et il peut y en avoir qui aient intérêt les uns à admettre la validité du divorce et à considérer les époux comme divorcés, les autres à l'inopposabilité. De là un conflit et on comprend très bien qu'il puisse y avoir combinaison des deux règles.

Effets du divorce

Ils doivent être examinés

Il faut examiner les effets du divorce à l'égard des époux, à l'égard des enfants, et à l'égard des tiers.

I. A l'égard des époux.

I. A l'égard des époux

Dans les rapports des époux le divorce emporte dissolution du mariage, de sorte que, le passé restant acquis, les effets du mariage ne cessent que pour l'avenir.

Si cette dissolution du mariage a eu lieu, par la faute de l'un des époux, il va encourir certaines déchéances: déchéances aussi bien pécuniaires qu'autres, mais des déchéances pécuniaires surtout.

Il faut énumérer d'abord ces déchéances puis, on verra que l'époux coupable peut même être tenu à des dommages-intérêts. Cela est rarement admis d'ailleurs, mais des dommages-intérêts peuvent être admis, dans certains cas, à partir du jour du jugement du divorce.

Au fond, ce sont là des effets essentiels du jugement de divorce. Par là le divorce diffère beaucoup des nullités du mariage.

Il peut y avoir intérêt pour les époux, dans certains cas, à demander le divorce plutôt que la nullité du mariage parce que, tandis que la jurisprudence admet très largement les causes de divorce, elle restreint les causes de nullité de mariage.

Il faut montrer quelles sont les déchéances qu'entraîne le divorce quant à la personne d'un époux et quant à ses biens.

Source : BIU Cujas

a) Les effets du divorce sur la personne des époux
En ce qui concerne la capacité de la femme et son domicile.
En ce qui concerne le nom

a) Chaque époux reprend d'abord sa liberté, par le divorce.

La femme redevient capable, si elle est majeure et, si elle est mineure, elle reste émancipée. Le mari n'a plus de pouvoir à son égard.

La femme cesse d'avoir pour domicile celui de son mari, mais elle en avait déjà un séparé depuis l'ordonnance du président.

La femme reprend également son nom patronymique et le mari ne peut plus avoir le droit d'ajouter au sien le nom de sa femme. L'article 299 al. 2 l'indique: par l'effet du divorce chaque époux reprend l'usage de son nom. Il en sera ainsi, même quand le mari ou la femme sont connus dans un commerce, sous les deux noms réunis. Cependant, comme l'article 299 al. 2 n'est pas considéré comme étant d'ordre public, on a pu juger que le mari pouvait permettre à sa femme de porter, malgré tout, son nom.

Disparition des droits et obligations qui dérivent de la qualité d'époux

Tous les droits qui dérivent de la situation d'époux disparaissent, de même que toutes les obligations. Cependant, il peut y avoir encore droit à une pension de la part de l'époux coupable pour l'époux innocent.

De même, l'alliance peut subsister dans une certaine mesure.

Chaque époux peut se remarier

Chaque époux peut se remarier. Le mari le peut, dès la transcription du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce. Quant à la femme, elle doit attendre l'expiration du délai de trois cents jours qui part de l'ordonnance qui, au cours de l'instance, a autorisé le domicile séparé des époux. Il s'ensuit que la femme, dans certains cas, quand le divorce a duré assez longtemps, peut se remarier, après la transcription du jugement. Il en est surtout ainsi quand il y a eu un arrêt, c'est-à-dire un jugement prononcé en appel, et que c'est la cour d'appel qui a statué car cela suppose toujours un certain laps de temps.

Ajoutons que le délai prend fin, d'après l'art. 296 - modifié par une loi du 4 février 1928, en cas d'accouchement survenu depuis la transcription du jugement.

Chaque époux peut épouser son complice, un tiers ou son ex-époux

Chaque époux peut épouser son complice, un tiers ou son ex-époux.

Les époux divorcés peuvent se remarier ensemble. Aucune limitation ne leur est imposée, depuis la loi du 4 janvier 1930 qui est venue modifier l'art. 295 du C.C. et supprimer ce qu'on appelait les conséquences de l'abus du divorce. Auparavant, ce second mariage n'était possible que sous certaines conditions, car le

Source : BIU Cujas

législateur avait craint que, par le moyen du divorce suivi d'un remariage, les époux n'en vinssent à changer leur régime matrimonial qui, en droit français, est immuable (art. 1395 du C.C.). La loi du 4 janvier 1930 ne craint plus cette atteinte. Il n'y a guère lieu de penser d'ailleurs que des époux en viennent à divorcer, pour changer de régime.

b) Effets du divorce sur les biens des époux
Cessation des droits pécuniaires qui découlent de la situation d'époux pour l'avenir.
Exception relative au droit de pension des veuves des militaires et fonctionnaires de l'Etat

b) Les effets du divorce sur les biens des époux sont surtout relatifs au changement de régime qui est applicable à leurs biens.

Les droits pécuniaires qui découlent de la situation d'époux cessent pour l'avenir et il n'y aura plus de droit de succession entre époux: si l'un d'eux vient à mourir, l'autre ne pourra réclamer les droits du conjoint survivant (art. 767).

De même, le droit à des aliments cesse, en principe, mais il est maintenu au profit de l'époux innocent.

Le droit à pension des veuves des militaires et fonctionnaires ou employés de l'Etat devrait également cesser, mais la loi du 14 avril 1924 qui a complètement renouvelé le régime de ces pensions et retraites accorde le droit à pension à celui des deux époux qui a obtenu le divorce. Comme on peut divorcer plusieurs fois, comme il peut y avoir, pour un même fonctionnaire, plusieurs femmes divorcées, ces différentes femmes survivantes pourront se partager la pension si le divorce a été obtenu à leur profit.

L'obligation alimentaire subsiste au profit de l'époux qui a obtenu le divorce, à titre d'indemnité

L'obligation alimentaire subsiste, au profit de l'époux qui a obtenu le divorce, à titre d'indemnité, mais c'est une obligation ou un droit à aliment qui présente des caractères un peu spéciaux. Il faut, pour que l'époux innocent puisse la réclamer, que ses ressources soient insuffisantes, il faut que l'époux innocent n'ait pas des avantages matrimoniaux suffisants, et c'est à la fois d'après ses besoins et les moyens de l'autre partie, que la pension alimentaire sera accordée.

C'est d'abord d'après les besoins du demandeur, de sorte que la pension pourra varier d'après les ressources de l'époux en faveur duquel le divorce a été prononcé, sans d'ailleurs, d'après la loi, qu'il y ait possibilité de dépasser le tiers des revenus de l'époux coupable. C'est une dette qui incombe à l'époux coupable et est transmissible contre ses héritiers. Les héritiers de l'époux coupable pourront être obligés de payer, dans la mesure où la situation de leur auteur présentait une certaine solvabilité, une pension à l'époux innocent.

Le régime matrimonial est

Le régime matrimonial, d'autre part, est dis-

Source : BIU Cujas

dissous

sous. Une liquidation doit intervenir. Chaque époux reprend ses biens propres, et s'il existait, entre les époux, une communauté, cette communauté devrait être liquidée.

Mais la loi du 26 Juin 1919 est venue, en ce qui concerne les effets du divorce sur les biens des époux, introduire une règle importante. Le jugement de divorce est constitutif de droits, de sorte que l'état de chose nouveau qui est créé devrait partir, au plus tôt, du jour où le jugement de divorce est devenu définitif. Il ne devrait produire effet qu'à partir de ce moment. Or l'article 252 al. 5 décide que ce jugement remonte, quant à ses effets, entre les époux, pour leurs biens, au jour de la demande. Au fond, il y a trois dates pour leseffets du divorce: entre les époux quant à leurs rapports pécuniaires: à partir du jour de la demande en divorce, ou à partir du jugement définitif, à l'égard des tiers à partir de la transcription.

Le but de la réforme de 1919 qui a fait remonter les effets du divorce au jour de la demande a été d'empêcher qu'un époux, en principe le mari, ne mette à profit ce temps pour fairecertaines opérations qui lui seraient favorables: cela a été d'empêcher qu'à partir du jour où la demande en divorce est introduite par la femme, le mari ne puisse profiter, en revenus, des biens propres ou de la moitié des biens tombant en communauté, du chef de la femme. Il y a ici une rétroactivité du jugement de divorce qui est limitée aux époux, et même aux rapports pécuniaires entre époux.

Le divorce entraîne des déchéances à l'égard de l'époux coupable

Le divorce entraîne, d'autre part, des déchéances à l'égard de l'époux coupable, c'est-à-dire de celui contre lequel le divorce a été prononcé. L'époux innocent ne subit pas ces déchéances, et il peut avoir un intérêt à défendre à une instance pour que, ou bien le divorce soit prononcé en sa faveur, ou bien qu'il soit prononcé aux torts réciproques des époux. Dans ce dernier cas, il y a deux époux coupables, et toutes les déchéances s'appliquent.

L'époux coupable est déchu de tous les avantages matrimoniaux

Ces déchéances visent toutes le patrimoine.

L'article 299 dit que la déchéance s'étend à tous les avantages que l'autre époux avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage, et cette déchéance est une déchéance de plein droit. La loi considère que l'époux coupable s'est montré ingrat envers l'époux innocent, mais au lieu d'appliquer les règles de la révocation pour cause d'ingratitude qui suppose un jugement, ici la loi les applique de plein

Source : BIU Cujas

droit, sans que le jugement de divorce ait à en parler. Ainsi les avantages matrimoniaux sont caducs, ils tombent.

Il en est ainsi non seulement des donations mais aussi de ce qu'on appelle des avantages matrimoniaux qui ne constituent pas toujours une véritable libéralité, mais qui en présentent certains caractères.

Pour les donations: 1° s'il s'agit de donations par contrat de mariage, il était naturel puisqu'elles sont irrévocables qu'elles fussent anéanties par la culpabilité de l'un des époux. 2° les donations faites pendant le mariage sont, au contraire, essentiellement révocables et pour elles il n'est pas besoin d'une révocation spéciale. L'époux coupable voit la révocation s'appliquer de plein droit. Cette révocation ne s'applique pas à l'époux innocent, mais puisqu'il s'agit d'une donation révocable, l'époux non coupable la révoquera après le divorce.

Il faut entendre par avantages matrimoniaux tous les gains de survie qui sont accordés à un époux, gains qui s'appliqueront, le divorce étant prononcé, quand l'époux coupable décèdera. Les avantages matrimoniaux sont aussi le préciput, droit de prendre avant le partage certains biens, ce sont les stipulations de clause de partage inégal de communauté art. 1520, qui vont même jusqu'à l'attribution totale de la communauté à l'un des époux. Il suffit, à cet égard, de renvoyer au texte relatif aux régimes matrimoniaux, en mentionnant l'art. 1518 qui vise formellement le divorce.

Ces avantages subsistent, au contraire, au profit de l'époux innocent

Au contraire ces avantages, ces bénéfices résultant des donations ou des avantages matrimoniaux subsistent au profit de l'époux non coupable. C'est une sorte de peine civile qui frappe l'époux coupable, et par conséquent, il ne peut être question d'une telle peine quant aux rapports des époux et des tiers.

Aucune déchéance ne peut rejaillir, du fait du divorce, sur les tiers

La déchéance ne peut rejaillir sur les tiers et si un époux coupable a constitué des droits réels à un tiers sur les biens qui lui ont été donnés par son conjoint, les tiers pourront encore invoquer ces droits, si ils ont été consentis jusqu'au moment de la transcription.

II. A l'égard des enfants

II. A l'égard des enfants.

Le divorce ne modifie ni la parenté, ni les droits et obligations des parents.

Les effets du divorce ne sont pas ici aussi complets qu'entre les

Il n'y a pas ouverture de la tutelle, l'administration légale subsiste, c'est-à-dire le régime qui est appliqué à la gestion des biens des enfants quand les deux époux vivent.

Source : BIU Cujas

époux

Ce sont les droits des parents vis-à-vis des enfants qui sont changés, et comme il était naturel l'époux coupable va subir des déchéances qui n'atteindront pas l'époux innocent. Mais ces déchéances sont moindres qu'autrefois.

Certes, il n'y a pas de déchéance à propos des droits essentiels des parents sur leurs enfants, car on peut être un mauvais époux et être un très bon père de même qu'on peut être une très mauvaise épouse et une très bonne mère. C'est pourquoi le divorce n'a pas à l'égard des enfants des effets aussi complets qu'entre les époux.

Innovation apportée en cette matière par la loi du 17 juillet 1927

Depuis la loi du 17 juillet 1927 qui est venue modifier l'art. 252 du C.C. à cet égard, en réglant le consentement des parents au mariage, de sorte que le dissentiment vaudra consentement, il n'y a plus d'inégalité entre les époux même divorcés, et l'époux divorcé contre lequel le divorce a été obtenu pourra consentir au mariage de son enfant, et son consentement l'emportera sur la volonté de l'autre époux qui aura obtenu le divorce.

Les droits des enfants ne sont en rien modifiés

Les droits des enfants sont maintenus. L'art. 304 le dit et cela était bien naturel " La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage, d'aucun des avantages qui leur étaient assurés, par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y aura ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu divorce".

Les enfants, en effet, n'ont rien fait et la peine civile qui frappe les époux ne doit pas atteindre les enfants. Mais on ne peut attribuer les biens des parents aux enfants par cela seul qu'il y a divorce.

L'époux coupable perd donc aujourd'hui des droits beaucoup plus limités qu'autrefois puisqu'autrefois il perdait le droit de consentir au mariage, et que cela a disparu.

Les droits perdus par l'époux coupable à l'égard des enfants

Il perd cependant certains droits à l'égard de ses enfants.

Perte du droit de jouissance légale.

Il n'a plus le droit de jouissance légale sur les biens de son enfant, (art. 386 du C.C.). Cet art. 386 ne vise que le divorce, mais c'est une disposition d'un caractère pénal et il en fait déduire que l'époux coupable, en matière de séparation de corps ne perd pas le droit de jouissance légale.

Perte du droit d'adoption

D'après l'article 348 al.2, le droit de

Source : BIU Cujas

consentir à l'adoption est perdu par l'époux coupable. " Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des époux au profit duquel le divorce ou la séparation de corps a été prononcé et qui a la garde de l'enfant suffit".

Attribution du droit de garde

Mais le père, quand il est l'époux coupable ne conserve pas nécessairement l'administration légale. Toutefois elle n'est pas perdue pour lui, dans tous les cas. La vérité c'est que le droit de garde n'est plus nécessairement conféré à celui qui a obtenu le divorce. Les enfants en bas âge sont confiés à la mère, même si le divorce a été prononcé à ses torts, surtout s'il n'y a rien qui puisse influer sur les enfants.

Donc l'époux qui a été coupable peut obtenir la garde. C'est l'intérêt des enfants qui en décidera. Il subsistera seulement au profit de l'autre époux le droit de visite et le droit de surveillance.

Les avantages que possède en cette matière l'époux innocent

L'époux innocent gagne cependant, au fait que le divorce a été obtenu par lui, certains avantages;

D'abord il va avoir à lui seul la jouissance légale des biens de ses enfants.

Puis il aura seul le droit de consentir à l'adoption et, s'il n'a pas véritablement le droit de garde, ce droit de garde est réglé d'ordinaire d'une façon qui lui est plus favorable; notamment si les enfants sont confiés à l'autre époux ou à un tiers, on lui reconnaîtra un droit de visite plus large.

Tel est le divorce dans ses effets à l'égard des époux et des enfants.

III. Les effets du divorce à l'égard des tiers

III. A l'égard des tiers.

Pour les tiers, c'est à partir de la transcription du jugement de divorce que l'art. 352 fait partir les effets du divorce - Loi de 1919 in fine. On sait qu'à cet égard mention de la transcription doit être faite en marge de l'acte de mariage pour renseigner les tiers.

Les effets de la séparation de corps

Effets de la séparation de corps.

Quant à la séparation de corps, elle peut être considérée, de nos jours, comme ayant un double effet: elle relâche les liens du mariage et elle conduit au divorce. Il faut donc étudier le relâchement du mariage puis la conversion de la séparation de corps en divorce.

I. La séparation de corps relâche les liens du mariage

La séparation de corps ne dissout pas le mariage. Elle fait cesser la vie commune, mais c'est un effet qui existait déjà depuis que chaque époux avait un domicile séparé. Désormais le domicile et la rési-

Source : BIU Cujas

dence seront séparés.

La femme aura pleine capacité. Il faudra liquider le régime matrimonial entre les époux et même s'il y avait séparation de biens, il pourrait y avoir place à une certaine liquidation.

Il y a encore place, cependant, pour une réconciliation des époux. Particulièrement, la subsistance du mariage permet la reprise de la vie commune.

Tous ces effets distinguent la séparation de corps et le divorce. Seuls les effets communs sont relatifs à la déchéance et tous ne sont pas pareils?

Les effets communs à la séparation de corps et au divorce

Ces effets communs avec le divorce se rattachent à la même idée de peine civile.

L'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée est déchu des droits patrimoniaux qui lui valait la qualité d'époux, et des droits dérivant de la puissance paternelle. Mais les droits patrimoniaux ne sont refusés qu'à l'époux coupable séparé de corps, c'est-à-dire à celui qui a rendu nécessaire la séparation de corps.

Déchéance des droits patrimoniaux pour l'époux coupable

Ces avantages relatifs aux droits patrimoniaux ne disparaîtront, à l'égard du second époux, que quand la séparation sera prononcée aux torts réciproques des deux époux.

Les déchéances pécuniaires vont assez loin. Bien que les époux soient encore mariés ils n'ont plus de vie commune: Le droit de succession ne subsiste plus complétement. C'est seulement celui contre lequel la séparation de corps n'a pas été prononcée, qui peut invoquer le droit de succession (art. 767 al. I et 2.).

De même, la loi de 1924, à propos des pensions de retraites des militaires ou fonctionnaires, dit que le droit de réclamer la retraite appartient à l'époux contre lequel n'a pas été prononcé le jugement de séparation de corps ou de divorce. Il est assez singulier que ce droit de pension appartienne encore à l'époux divorcé. Au contraire, en matière de séparation de corps, on comprend que ce droit subsiste car on est encore en présence d'époux, puisqu'il y a eu seulement relâchement des liens du mariage. Tandis qu'en matière de divorce, les ex-conjoints ne sont plus des époux, alors que cependant on donne un droit à l'époux divorcé.

En ce qui concerne les droits qui se rattachent à la puissance paternelle on applique

Quant aux droits qui se rattachent à la puissance paternelle, en général on applique les mêmes règles qu'en matière de divorce.

Cependant, il y a au moins une exception puisque l'art. 386 ne prive du droit de jouissance légale que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé,

Source : BIU Cujas

en général les mêmes règles qu'en matière de divorce

sans faire allusion à la séparation de corps. Donc en matière de séparation de corps, le droit de jouissance légale subsiste au profit des deux époux, même au profit de celui contre lequel la séparation de corps a été prononcée.

La séparation de corps, faisant cesser la vie commune, rejaillit sur les devoirs des époux

La séparation de corps fait cesser la vie commune et par conséquent elle va rejaillir sur les devoirs des époux. L'article 108 al. 2 dit que la femme séparée de corps n'a plus le domicile légal de son mari. L'obligation de co-habitation a cessé, et, évidemment, sa cessation entraîne la disparition du devoir d'assistance distingué du devoir de secours.

Le devoir d'assistance, qui suppose des soins donnés à l'autre époux implique nécessairement une cohabitation. Si les époux sont séparés, la séparation de domicile d'avec la séparation de résidence nécessite la suppression du devoir d'assistance.

Néanmoins le devoir de secours peut subsister

Le mariage étant dissous il n'y a plus lieu à contribution de l'époux aux charges du ménage puisqu'il n'y a plus ménage. Le devoir de secours subsiste néanmoins, et l'époux dénué de ressources, bien que séparé de corps, peut obtenir une pension alimentaire même si la séparation de corps a été prononcée contre lui.

Maintien du devoir de fidélité

De même, le devoir de fidélité subsiste et par conséquent, l'adultère peut encore être puni, au moins contre la femme, car l'adultère du mari n'est punissable que s'il y a eu entretien de la concubine au domicile conjugal. Or il n'y a plus de domicile conjugal: l'adultère du mari n'est donc plus possible. Mais comme l'adultère de la femme peut être puni, en quelque lieu qu'il se produise, il reste possible:

Il peut donc y avoir des enfants adultérins et incestueux. Mais la loi a permis de les légitimer.

L'inégalité de l'homme et de la femme, au point de vue du devoir de fidélité s'accentue donc ici, et les féministes font remarquer que c'est la loi de l'homme qui a établi cette grande différence.

Conséquences de la séparation de corps sur le nom des époux

On comprendrait que les époux séparés de corps conservent le nom l'un de l'autre. La loi a cru bon de laisser ici tout pouvoir au tribunal.

La femme séparée de corps retrouve sa pleine capacité

La femme recouvre sa pleine capacité (art. 311 modifié par la loi du 6 février 1893). Par conséquent la femme séparée de corps n'a plus à réclamer l'autorisation du mari ni de justice, même lorsque la séparation a été prononcée à ses torts, à elle, femme.

La séparation de corps entraîne la

Toutefois, quand les époux ont adopté le régime dotal, il subsiste encore certains effets de l'inaliénabilité de la dot de la femme.

Notons que la séparation debiens entraîne la

Source : BIU Cujas

liquidation du régime matrimonial

liquidation du régime matrimonial entre les époux. La séparation de corps va amener une séparation de biens entre les époux. On établira le compte respectif des époux s'ils sont mariés sous le régime de la communauté, et la femme aura l'administration de ses biens ainsi que la jouissance: il n'y a plus de communauté.

La séparation de corps laisse place à la reconciliation des époux

Mais il reste encore place, avec ce simple relâchement des liens du mariage, à une reconciliation entre les époux. Les époux séparés de corps ont pu trouver des avantages à la vie commune antérieure, et il arrive fréquemment qu'un éloignement momentané ait sur eux un effet salutaire.

Mais comment la réconciliation va-t-elle apparaître ? Les époux, très souvent, reprennent la vie en commun en raison des enfants. Pour cette reprise de la vie commune aucune condition de forme n'est requise. Il suffit du consentement des époux, et la jurisprudence admet même une réconciliation qui ne se traduirait pas par la reprise de la vie commune.

Condition que doit remplir la réconciliation pour être régulière

Des difficultés pourraient en naître. Cependant la jurisprudence a dit que la naissance d'un enfant, non désavoué par le mari ne suffisait pas pour être considérée comme constituant une réconciliation. Mais la loi a soumis la réconciliation à des dispositions très rigoureuses qui font, qu'en pratique, la réconciliation régulière faisant cesser la séparation est très rare. Les statistiques déclarent qu'on ne voit que 2 % de ces réconciliations régulières visées par l'art. 311 in fine.

Cette réconciliation, en effet, exige d'abord un acte notarié, puis un affichage de l'extrait notarié, une mention en marge de l'acte de mariage, et en marge du jugement de séparation de corps. D'autre part et c'est ce qui empêche la plupart des époux de le faire, il faut une publication par la voie des journaux. Les époux ne peuvent s'y résoudre.

La réconciliation est donc assez difficile. Elle n'est opposable aux tiers que si elle est régulière et, en pratique, la réconciliation régulière est peu fréquente. En conséquence, l'incapacité de la femme mariée ne sera pas opposable aux tiers.

2° La séparation de corps conduit au divorce

Le second effet de la séparation de corps, c'est de permettre la conversion de la séparation de corps en divorce.

Cet effet a tout à fait transformé le caractère de la séparation de corps. La séparation de corps apparaît désormais comme un état temporaire, comme une étape avant le divorce. Quand la séparation de corps a duré 3 ans, sans que les époux se soient réconciliés elle peut être convertie en divorce. Le

Source : BIU Cujas

C.C. l'admettait déjà, dans une mesure d'ailleurs différente de celle qui est admise de nos jours. Une loi de 1884 avait encore élargi la faculté de conversion, mais c'est surtout une loi du 6 juin 1908 qui a conféré une étendue encore plus large à la conversion de séparation de corps.

La conversion de la séparation de corps en divorce est un droit

La conversion d'après l'art. 310 est de droit, c'est-à-dire que quand elle est demandée par l'un des époux elle doit être accordée. Elle est donc obligatoire pour le tribunal. Certes, les époux notamment des époux catholiques, pourront ne pas aller jusqu'au divorce, ils peuvent s'en tenir à la séparation de corps, la loi ne leur impose pas le divorce. Pour les époux, la conversion est facultative mais si l'un des deux époux veut demander le divorce, peu importe que ce soit celui qui a obtenu ou contre lequel a été prononcée la séparation de corps qui le veuille, le tribunal doit prononcer le divorce.

Donc, facultative pour les époux, ne s'imposant qu'en cas d'accord des époux, la conversion est obligatoire pour les tiers.

La demande de conversion peut être rejetée s'il y a eu réconciliation

Est-ce à dire quele juge n'ait ici qu'un rôle purement passif ? Doit-il nécessairement accorder le divorce sans pouvoir le refuser? Il peut rejeter le divorce en prétendant que les époux se sont réconciliés. C'est le moyen le plus fréquent employé par les tribunaux pour ne pasprononcer le divorce. C'estqu'en effet la réconciliation, même irrégulière produit des effets. Si la réconciliation a été régulière, conforme à l'art. 311, dernier alinéa, le tribunal ne peut que rejeter la demande de conversion. Mais si la réconciliation a été irrégulière le tribunal peut également en tenir compte.

Le moyen indirect employé parfois par les tribunaux peut rejeter la demande de conversion

Puis, il y a un autre moyen indirect pour les tribunaux d'empêcher que la procédure de la conversion en cours n'aboutisse. Ce moyen les tribunaux l'emploient quelquefois. Il consiste à régler certaines questions accessoires au divorce d'une façon tout à fait défavorable à l'époux qui demande la conversion, quand l'autre époux ne la demande pas et y est opposé. Alors l'époux qui demandait la conversion, qui avait obtenu une pension, et qui voit cette pension supprimée, ou bien qui voit des droits disparaître, notamment le droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants, ou qui voit ses droits de garde limités, pourra écarter la demande de conversion, et demander à ne pas poursuivre la conversion. Seulement, après avoir refusé de continuer la demande en conversion, cet époux pourra l'intenter par la suite.

Source : BIU Cujas

Procédure de la conversion

La procédure de la conversion est réglée par l'art. 310 du code civil. Il faut une demande introduite par une assignation à 8 jours francs. Les jours francs, ou délais francs, sont des délais où on ne compte ni le jour où cesse le délai, ni le dernier jour ni le "dies a quo" , c'est le point de départ, ni le "dies ad quem", c'est-à-dire le dernier jour. Il y a un moyen de reconnaître les délais francs: un délai est franc quand il court d'une signification àpartie ou à domicile, c'est-à-dire lorsqu'un acte est signifié.

La demande en conversion doit être introduite par une assignation à huit jours, à partir d'une ordonnance rendue par le président du tribunal. L'ordonnance nomme un juge rapporteur. Il y a un rapport fait sur la conversion. Il faut que ce soit en chambre du conseil que les débats commencent. La chambre du conseil c'est la réunion du tribunal à huis-clos, non en audience publique. Le ministère public doit être entendu . Le jour de la comparution est fixé par l'ordonnance du président. Mais le jugement est rendu en audience publique.

Le texte ajoute que si la cause a lieu en appel, elle sera débattue et jugée de la même façon, en chambre du conseil, avec un rapport, et le ministère public entendu, l'arrêt étant rendu en audience publique.

Condition requise pour laconversion

La conversion suppose une seule condition il faut l'écoulement d'un laps de temps de trois ans, qui part du jour où la séparation est devenue définitive, et comme ici il n'y a pas de transcription, c'est à partir du jour où le jugement de séparation a acquis l'autorité de la chose jugée ?

Les effets de la conversion de la séparation de corps en divorce

Les effets de la conversion sont qu'il va y avoir divorce, et comme il y a divorce, il faudra une transcription.

L'alinéa 2 de l'article 310 règle le sort des dépens, c'est-à-dire des frais relatifs à la demande de conversion. Ils sont à la charge de celui des époux contre lequel la séparation a été prononcée, et sont partagés par moitié si la séparation de corps a été prononcée aux torts réciproques.

Source : BIU Cujas

TITRE II

LA FILIATION

Ce que c'est que la filiation

La filiation est le rapport entre deux personnes dont l'une est le père ou la mère, et l'autre le fils ou la fille. Envisagée par rapport au père, c'est la paternité, envisagée par rapport à la mère, c'est la maternité.

En cette matière il faut distinguer la filiation paternelle et la filiation maternelle

Pour établir la filiation il faut distinguer d'abord le rattachement au père, puis à la mère. C'est qu'en effet la filiation maternelle est un fait beaucou plus facile à prouver que la filiation paternelle. La filiation maternelle sera établie, pourvu qu'on établisse le fait de l'accouchement, et le fait de l'identité de l'enfant. Il faut montrer, par conséquent, que telle femme est accouchée d'un enfant, et que l'enfant dont elle est accouchée est bien celui qui prétend être son fils.

La maternité est donc établie d'une façon assez simple. Au contraire, pour la paternité, il n'est pas de preuve directe possible. Ce n'est plus un fait aussi simple à constater. On disait, au temps des travaux préparatoires, que "la nature a enveloppé la paternité d'un voile et n'a fait que des demi - confidences, même à la mère", et que, par conséquent il fallait établir la paternité par une voie indirecte c'est-à-dire par voie de présomption.

Il s'agit donc de présmptions et la plus forte, c'est l'aveu exprès ou tacite du père ou de la mère. Si la femme est mariée l'aveu implicite paraît naturel: il y a une présomption bien simple de paternité du mari. La preuve contraire, en raison des particularités que présente la situation de femme mariée doit être difficile.

Si la femme n'est pas mariée, il faudra, en principe, exiger l'aveu exprès de paternité de la part de l'individu auquel on veut l'attribuer.

Ainsi il est une distinction très simple et toute naturelle à établir entre la filiation maternelle et la filiation paternelle.

Et la filiation légitime de la filiation naturelle

Il en est une autre établie par le code civil qui se justifie beaucoup moins; c'est la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle. Dans les deux cas, la paternité reste un fait qui n'est pas susceptible de preuve directe. La paternité est

Source : BIU Cujas

aussi difficile à prouver. Cependant le législateur a fait une situation de faveur aux enfants légitimes. Cela d'ailleurs était conforme aux intentions de Napoléon qui disait que l'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée, et qui avait insisté pour que fut admise la prohibition de la recherche de la paternité naturelle. Il en est résulté, dans le code civil, une aggravation de la situation de l'enfant naturel et une défaveur à son égard? Ce n'était, au fond, que la conséquence de notions introduites par le législateur de 1804, savoir de la confusion entre la question de paternité et la question de filiation. Le législateur français n'a pas admis cette distinction; il veut que le lien de famille et la parenté soient prouvés à peu près de la même façon.

Il est vrai qu'une loi du 16 novembre 1912 est venue modifier de fond en comble notre législation à cet égard, non que l'article 340 admette entièrement la recherche de la paternité naturelle, mais cet article a reconnu, dans des cas très nombreux, la faculté pour un enfant, de faire établir sa filiation naturelle, même à l'égard du père. Ainsi la filiation naturelle, c'est-à-dire qui existe en dehors du mariage, filiation quant au père ou quant à la mère, n'en restera pas moins, même depuis la loi de 1912, établie d'une façon plus difficile.

Il faut distinguer d'ailleurs plusieurs sortes de filiation naturelle

La filiation naturelle doit d'ailleurs être divisée car il y a plusieurs sortes de filiation naturelle.

Il y a la filiation naturelle simple, c'est-à-dire qui résulte d'un lien de parenté entre un fils ou une fille et un père ou une mère sans qu'entre le père et la mère il y ait aucun lien.

Il y a d'autre part la filiation adultérine ou incestueuse dont la loi prohibe, en principe, la preuve. Cependant, la prohibition de la preuve de la filiation adultérine ou incestueuse a reçu des atténuations considérables depuis qu'on peut légitimer les enfants adultérins ou incestueux.

D'ailleurs les enfants adultérins ou incestueux ne sont pas privés de tous les droits. Sans doute, ils n'ont pas un droit de succession comme les enfants naturels simples, mais ils ont droit à des aliments.

La filiation adultérine est établie à l'égard d'un père ou d'une mère qui sont unis par un lien de mariage. La filiation incestueuse résulte de la paternité entre un fils ou une fille, et un père ou une mère quand ils sont unis par un lien de parenté qui ne permet pas le mariage.

Source : BIU Cujas

Il resterait à indiquer qu'il y a, en dehors de cette filiation maternelle et paternelle légitime et naturelle, la filiation adoptive, mais on en a parlé avec les différents liens de parenté.

Plan de l'étude de la filiation

L'étude de la filiation doit être poursuivie en recherchant:

Chapitre I - Les modes de preuves de la filiation.

Chapitre II - Les actions en matière de filiation, c'est-à-dire qui peut agir et comment on agit ?

Ces deux chapitres ont pour but de montrer comment s'établit la filiation, en recherchant les modes de preuve, en étudiant l'action et la procédure.

Chapitre III - Les moyens spéciaux qui peuvent permettre d'établir certaines filiations, de relever notamment les enfants naturels de cette parenté naturelle: c'est la légitimation et l'adoption.

Chapitre IV - Les effets de la filiation.

Chapitre I

MODES DE PREUVES EN MATIERE DE FILIATION.

En ce qui concerne les modes de preuves, en matière de filiation, il faut distinguer entre la filiation maternelle et la filiation paternelle et puisqu'il est impossible d'étudier la filiation maternelle et la filiation paternelle ensemble, on envisagera successivement la filiation maternelle légitime et la filiation maternelle naturelle. On pourrait étudier ensemble les filiations légitime et naturelle, en montrant qu'il y a une famille légitime et une famille naturelle. Mais pour la compréhension des différents modes de preuves et des actions qu'on rencontre en cette matière, il faut faire à cet égard un rapprochement.

Section I

Preuve de la filiation maternelle.

On envisagera tout d'abord les preuves de la filiation maternelle, qu'elle soit légitime ou naturelle. En effet la filiation maternelle n'est pas traitée de la même manière par le législateur selon qu'elle est légitime ou naturelle.

Bien qu'il ne s'agisse que de faits à prouver qui sont essentiellement, pour les deux filiations maternelle, le fait de l'accouchement et le fait de l'identité de l'enfant, le code civil a établi des

Source : BIU Cujas

règles différentes et la jurisprudence les a encore accentuées.

§ I - Preuve de la filiation maternelle légitime.

Il faut, en cette matière prouver 3 choses:

La filiation maternelle légitime vise à établir la filiation entre un enfant et une femme mariée qui prétend ou qu'on prétend être sa mère.

Ici il faut prouver trois choses:

Iᵉ l'accouchement de la mère.

2ᵉ L'identité de l'enfant avec celui qui réclame la qualité d'enfant légitime.

3ᵉ Le mariage de la mère.

I. Le mariage de la mère

La preuve du mariage on l'a étudiée à l'occasion du mariage. Il faut supposer le mariage de la mère acquis.

Il ne reste donc à envisager seulement que la preuve du fait de l'accouchement, et la preuve du fait de l'identité, et, au fond, le mariage étant mis de côté, il y a les mêmes preuves à faire pour la filiation légitime que pour la filiation naturelle.

2 et 3 L'accouchement et l'identité de l'enfant

Le mariage étant acquis comment vont être établis l'accouchement et l'identité ?

La loi ne s'est pas préoccupée de distinguer ces deux faits. Elle n'envisage , dans les articles 3I9 et suivants, que la preuve de l'accouchement, et il en résulte que, pour prouver l'identité, il faut en venir aux preuves du droit commun. La loi ne se préoccupant pas de l'identité, laissant le soin de prouver d'après le droit commun, puisque l'identité est un fait, et que les faits juridiques peuvent se prouver par tous les moyens, et que le moyen par excellence de prouver un fait, c'est la preuve testimoniale, on pourra prouver l'identité de l'enfant par tous les moyens, et le mode de preuve le plus fréquent en cette matière sera la preuve testimoniale. Il semble, que la meilleure preuve pour l'identité doive être la possession d'état. Mais la loi ne distingue pas, et tous les moyens de preuves peuvent être admis.

Au contraire, les articles 3I9 et suivants établissent des règles à l'égard de la preuve de l'accouchement d'une femme mariée.

Le mode normal de preuve est alors l'acte de naissance, pourvu qu'il ne soit pas contesté. Mais il n'aurait pas été juste de n'admettre que ce mode de preuve, car c'est l'enfant qui en aurait subi les conséquences. Or, l'enfant ne pouvait rien sur son acte de naissance. Il était donc nécessaire, pour ne pas rendre l'enfant responsable du défaut de rédaction de

Source : BIU Cujas

l'acte, d'admettre la possession d'état et la preuve par témoins.

Comment se prouve l'accouchement

Il faut étudier ces trois modes de preuve en tant qu'ils visent le fait de l'accouchement.

A) L'acte de naissance est le mode normal de preuve

L'acte de naissance est le mode de preuve normal. Il prouve la naissance de l'enfant et l'accouchement et, quand il est régulier, c'est-à-dire quand il a été dressé dans les formes prescrites par la loi il semble que son autorité doive être absolue. Mais il faut se rappeler la force probante des actes de l'état civil. L'autorité de cette preuve, il faut le remarquer aussi, ne repose pas sur la qualité de l'officier de l'état civil. Certes il y a des mentions qui font foi jusqu'à inscription de faux, mais ce ne sont pas celles qui nous intéressent.

La présomption d'autorité de l'acte de naissance, des déclarations qui y sont contenues et émanent des déclarants, tient à ce que, d'ordinaire, les personnes qui déclarent une naissance n'ont pas intérêt à dire des choses fausses, et il y a d'ailleurs un certain contrôle. Certes, une loi récente a supprimé la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil, car elle n'était jamais faite, mais, dans les grandes villes, et notamment à Paris, il faut un certificat médical ou un médecin de la préfecture de police se présente pour voir si l'enfant est vivant et nouveau-né. La préfecture avait demandé la suppression de ce certificat, car il lui coûte environ 2 à 300.000 francs par an. Mais on n'a pas fait droit à sa demande.

Les déclarations contenues dans l'acte de naissance et émanant des déclarants peuvent néanmoins être combattues par la preuve contraire

Ces déclarations, toutefois, n'ont que la valeur de déclarations, et on peut combattre les déclarations contenues dans un acte de naissance, lesquelles sont l'oeuvre des personnes qui sont intervenues le plus souvent des parents, parfois la sage-femmen et ce n'est que les déclarations que l'officier de l'état civil a lui-même faites, comme celle de la date de l'acte de l'état civil, qui valent jusqu'à inscription de faux. Dès lors, on pourra attaquer les déclarations des comparants, car elles n'ont pas plus de valeur du fait, ni elles sont constatées par un officier de l'état civil. Elles ne valent que comme témoignages, jusqu'à preuve contraire. On pourra les détruire par une preuve contraire, notamment testimoniale.

Ainsi l'acte de naissance est un premier moyen de preuve du fait de l'accouchement. C'est d'ordinaire une preuve très forte. Mais on a pu ne pas avoir dressé l'acte de naissance. On aura recours

Source : BIU Cujas

alors à la possession d'état ou, à la preuve testimoniale.

B) La preuve par la possession d'état

La possession d'état semble être la meilleure des preuves, car c'est une preuve durable. Elle consiste en ce que l'enfant a passé pour l'enfant légitime d'une femme mariée qu'il soutient être sa mère. D'une façon générale, comme l'indique l'art. 32I du C.C. la possession d'état s'acquiert par une succession suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir, et cette définition résume, au fond la définition de l'ancien droit, et comprend les éléments constitutifs de la possession d'état, que d'ailleurs le texte indique, par la suite, et qui se résument dans les trois termes sacramentels: nomen, tractatus fama.

Les 3 éléments de la possession d'état

Nomen

Nomen l'art. 32I l'indique, c'est le fait par un individu qui se réclame comme enfant de telle mère d'avoir toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir, car porter le nom de la mère quand l'enfant est légitime, c'est également porter le nom du père.

Tractatus

Tractatus, c'est le fait d'avoir été traité par la mère à l'égard de laquelle l'enfant cherche à établir sa filiation légitime comme un fils ou une fille, et c'est le fait d'avoir été traité comme tel, même par la famille.

Fama

Enfin fama, c'est le fait d'avoir été reconnu dans la société comme le fils légitime de telle mère, art. 32I du C.C.

Conditions requises pour que la possession d'état ait sa pleine efficacité

La possession d'état doit exister, pour avoir pleine valeur, à l'égard de la mère, à la fois à l'égard du père et à l'égard de la mère.

Elle doit être continuelle, l'art. 32I l'indique, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas avoir été interrompue. C'est la durée de la permanence de la possession d'état qui lui confère toute sa valeur.

Il a semblé que la jurisprudence, depuis un arrêt de la Chambre des requêtes du 9 juin I9I5 (D.I9I6-I-237) n'exigeait plus le caractère constant de la possession d'état de sorte qu'une interruption n'en aurait pas moins permis à l'enfant de réclamer la situation d'enfant légitime. Cet arrêt de la cour de cassation exige que la possession soit non pas ininterrompue, mais avérée, c'est-à-dire notoire, et un fait peut être notoire sans avoir toujours été constant.

La preuve de chacun des faits qui cons-

Pour établir chacun des faits qui constitue la possession d'état, la preuve est libre. Il suffit que, par des moyens quelconques, on démontre l'existence d'un ensemble de faits, concordants, permettant d'établi

Source : BIU Cujas

...tue la possession d'état est libre

au moins en l'absence d'un acte de l'état civil, qu'un enfant a porté le nom de son père, qu'il a été traité comme un enfant légitime par son père et par sa mère, par la famille et par la société. Au fond, la possession d'état n'est rien d'autre, après tout qu'un aveu prolongé qui fait considérer l'enfant comme un enfant légitime. De cette idée on va conclure que partout où la preuve de la filiation par un aveu est impossible, la possession d'Etat n'aura pas lieu. Il en est ainsi pour la filiation adultérine ou incestueuse, où la possession d'état ne peut être invoquée.

Valeur de la possession d'état comme mode de preuve

Supposons établi le fait d'où résulte la possession d'état, quelle sera l'autorité de cette possession d'état ? Quand la possession d'état est corroborée par l'acte de naissance, l'art. 322 déclare qu'elle a une autorité irréfragable: nul ne peut réclamer un état contraire à celui qui lui donne son titre de naissance et une possession d'état conforme. Il faut, bien entendu, que l'acte de naissance soit régulier, et il faut que la preuve du mariage soit établie d'une façon définitive. Enfin il faut aussi que l'identité de l'enfant dont l'état est en question ne soit pas contestée.

Quand la possession d'état est corroborée par l'acte de naissance elle a une autorité irréfragable

La possession d'état peut donc jouer un rôle important, mais il faut que toutes ces conditions soient réunies - Cf. Cour de Paris - 22 Nov. 1922 S. 1923-2-33).

Quand la possession d'état est contraire à l'acte de naissance c'est l'acte de naissance qui l'emporte

Quand la possession d'état ne correspond pas à l'acte de naissance, quand elle lui est contraire, c'est l'acte de naissance qui l'emporte: foi est due au titre; la possession d'état n'aura donc pas d'effet.

C'est surtout en l'absence d'un acte de naissance d'ailleurs que la possession d'état joue un rôle important comme preuve (art. 320 du C.C.) A défaut de titre, la possession d'état suffit. La possession d'état, quand elle existe, à défaut de titre, a été établie par tous les moyens possibles, mais on a le droit de la détruire, par l'emploi des mêmes moyens, Ainsi une enquête a pu établir les différents faits qui constituent la possession d'état, mais une contre-enquête peut venir établir le contraire.

Mais à défaut de titre, la possession d'état suffit

Il faut en arriver à la preuve par témoins. Elle est permise par l'art. 323 du Code Civil.

C)La preuve par témoins

En ce qui concerne la maternité légitime, la loi n'indique que deux cas dans lesquels la preuve par témoins est possible. Mais il faut en ajouter un autre. D'ailleurs quand la preuve par témoins est possible la loi exige quelque chose de plus: elle veut

Source : BIU Cujas

qu'il y ait déjà un moyen de vérifier la preuve testimoniale; c'est ce qu'on appelle un adminicule préalable. Cet adminicule préalable consiste, d'après l'art. 323 dans un commencement de preuve par écrit, à défaut de titre et de possession d'état. Il s'agit, par exemple d'un enfant qui n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil, ou dont on ne connaît pas l'acte de naissance: c'est un enfant trouvé. Il a été inscrit comme né de parents inconnus. On pourra recourir à la preuve testimoniale s'il y a un commencement de preuve par écrit. De même en est-il quand il y a un acte de naissance contesté. C'est le cas d'un enfant, par exemple, qui a été inscrit sous de faux noms.

Les cas où elle est admise

Mais on est unanime à décider que d'autres cas doivent être ajoutés à ceux qui viennent d'être mentionnés.

Il faut ajouter en troisième lieu, en effet, le cas où il y a possession d'état sans acte de naissance et où l'enfant rejette sa possession d'état, car la possession d'état ne s'impose pas à lui, et puisque d'autres personnes peuvent la contredire, pourquoi lui, ne pourrait-il le faire.

Enfin, quatrième cas, la preuve testimoniale est possible quand la possession d'état et le titre sont contraires. Il faut alors trouver un autre moyen de preuve, le titre ne l'emportant que jusqu'à preuve contraire, sauf le droit pour l'enfant de démontrer que l'acte de naissance est mensonger, et que sa possession d'état est seule véritable.

La preuve testimoniale doit être étayée par un adminicule préalable

La preuve testimoniale se fait par voie d'enquête. Mais une enquête est toujours dangereuse. Le législateur en 1804 la craignait beaucoup. Il avait le souvenir des enquêtes de l'ancien droit, où les témoins étaient achetés et où, comme il fallait beaucoup de témoins, c'était le plus riche seul qui avait beaucoup de témoins et les témoins les plus affirmatifs. C'est pourquoi le législateur a exigé un adminicule préalable, c'est-à-dire qu'il a exigé qu'il existe un certain élément de démonstration insuffisant sans doute pour établir à lui seul la preuve de la filiation légitime, mais qui tout au moins sera suffisant pour enlever toute crainte de subordination des témoins.

Cet adminicule préalable est de 2 sortes

Cet adminicule préalable est d'ailleurs de deux sortes.

Il y a d'abord le commencement de preuve par écrit et c'est le principal. Mais d'après l'art. 323 al. 2 il peut consister en des présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants et graves, pour déterminer l'admission.

Source : BIU Cujas

Il y a par conséquent deux adminicules préalables et ces deux adminicules préalables ont des caractèrestout à fait spéciaux.

Ce peut être a)un commencement de preuve par écrit

D'abord, le commencement de preuve par écrit dont il est question, et qui est défini par l'article 324, ce n'est pas le commencement de preuve par écrit normal, celui qui est admis par l'article 1347 du code civil. La simple lecture de ces deux textes le montre. D'après l'art. 1347 du C.C. un commencement de preuve par écrit, c'est tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qui le représente, et, deuxième condition, il faut que ce commencement de preuve par écrit rende vraisemblable le fait allégué. Ici le commencement de preuve par écrit est tout différent. C'est tout titre de famille, registres papiers domestiques du père ou de la mère, actes publics ou privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, et non pas seulement de celui auxquels on l'oppose ou qui aurait intérêt dans la contestation, si il était vivant. L'adversaire de l'enfant se verra donc opposer des pièces qui n'émanent pas de lui.

Cela se justifie car, pour les actes ordinaires, la seule personne à qui on ait intérêt à opposer un acte et qui ait intérêt à le contester c'est celle avec laquelle on a traité, ou ses représentants. Ici, il ne s'agit pas seulement du père ou de la mère, c'est tout l'intérêt de la famille qui est en jeu. La famille a intérêt à ce que l'enfant qui n'est pas d'elle ne pénètre pas chez elle, et toute la famille étant intéressée au débat, tout titre émanant d'une personne ayant pu contester la filiation paternelle ou maternelle de l'enfant doit pouvoir être invoqué, et constituer un commencement de preuve par écrit.

Ainsi la notion de commencement de preuve par écrit de l'art. 324 du Code civil est très compréhensive, bien plus compréhensive que celle de l'art. 1347. On pourra se servir même de lettres missives émanées d'un membre de la famille.

Il est d'ailleurs en cette matière une autre dérogation qui est apportée au droit commun, dans l'intérêt de l'enfant.

Le commencement de preuve par écrit est d'ordinaire l'adminicule préalable admis pour faire la preuve par témoins, mais ce commencement de preuve par écrit de droit commun peut être établi par une procédure spéciale: la procédure d'interrogatoire sur faits et articles. Ici il y a un autre adminicule préalable qui consiste en des présomptions et indices qui résultent de faits constants et graves susceptibles de justifier

Source : BIU Cujas

l'admission de la preuve testimoniale.

b) ou des présomptions ou indices constants avérés et graves

Il faut des présomptions et indices constants et on fait remarquer qu'il ne s'agit pas seulement d'indices qui ont une durée ininterrompue. On y ajoute le fait que ces indices, ces présomptions soient avérés non contestés, et il faut, en second lieu, que ce soit des faits graves. Une marque de reconnaissance qui aura été signalée et qui pourra être un signe corporel, ou encore une marque du linge de l'enfant trouvé, soigneusement notée par l'assistance publique, ou encore les circonstances dans lesquelles l'enfant a été abandonné, pourront constituer des présomptions et indices.

Mais il ne faudra pas tenir compte de tous les éléments invoqués par les parties; notamment la jurisprudence n'admet pas volontiers la ressemblance du visage ou de la voix ou des indices héréditaires plus ou moins accentués. Ce sont les juges qui ont à tenir compte de tous ces éléments et à apprécier s'ils sont graves.

En somme, le système de la preuve libre, n'est pas ici celui du fait de l'accouchement, en matière de filiation maternelle légitime, mais on s'en rapproche beaucoup car l'un des moyens indiqués peut presque toujours être invoqué.

Section II

Preuve de la filiation maternelle naturelle.

Les 2 preuves qui doivent être faites en cette matière.

La filiation maternelle naturelle devrait, logiquement, être prouvée de la même façon que vis-à-vis d'une femme mariée, car les mêmes faits se retrouvent, fait de l'accouchement et fait de l'identité, la preuve du mariage ayant disparu évidemment, puisqu'il s'agit d'un enfant naturel.

Notre législation civile traite à cet égard L'enfant naturel plus rigoureusement que l'enfant légitime.

Or le C.C. traite différemment l'enfant naturel vis-à-vis de la mère, et elle le traite d'une façon défavorable. Napoléon avait déclaré, en effet, qu'il n'y avait pas d'intérêt pour l'Etat à constater la filiation naturelle. Cela est d'ailleurs inexact car il y a toujours intérêt à la manifestation de la vérité, quelle qu'elle soit. Napoléon confondait ici le lien de parenté et le lien de famille.

Mais il va de soi qu'il y a une autre question. Que la filiation puisse être facilement prouvée, c'est justice, mais que les mêmes droits soient accordés, à l'enfant naturel et à l'enfant légitime, c'est tout autre chose. Il faut donc donner la même facilité de preuve à l'enfant naturel qu'à l'enfant

Source : BIU Cujas

légitime, mais si le législateur avait permis très librement la preuve de la filiation naturelle maternelle, on aurait compris qu'il n'eût pas accordé, à ces deux filiations, les mêmes effets.

La jurisprudence s'est longtemps laissée influencer par cette pensée du législateur. Sans doute, elle a fait des concessions, avec le temps, mais il reste néanmoins des différences sensibles entre les modes de preuve de la filiation légitime et ceux de la filiation naturelle.

Pendant longtemps la jurisprudence a affirmé que l'acte de naissance n'avait pas de valeur en ce qui concerne la filiation naturelle maternelle

Pendant longtemps on a affirmé que l'acte de naissance n'avait pas de valeur en matière de filiation naturelle maternelle. L'acte de naissance a été longtemps considéré par la jurisprudence comme n'étant pas un mode de preuve de la filiation maternelle naturelle. On tirait argument surtout de l'art. 334 du C.C. d'après lequel la reconnaissance sera faite par un acte authentique, quand elle ne résultera pas de l'acte de naissance. Donc, disait-on, l'acte de naissance à lui seul ne peut établir la filiation naturelle: il faut qu'il contienne une reconnaissance.

C'est naturel, d'ailleurs, ajoutait-on, cela va de soin, puisqu'en fait ce n'est pas la mère qui fait la déclaration à l'officier de l'état civil, en fait, en effet, elle ne le peut pas. S'il en est autrement en cas de filiation légitime, c'est que la procréation d'un enfant dans le mariage est un fait honorable, tandis que celle d'un enfant naturel ne l'est pas, et par conséquent, en cette matière, il y a lieu de craindre une dissimulation.

Cet argument a une valeur très discutable pour cette raison très simple qu'en général il n'y a pas grand intérêt pécuniaire à prouver la naissance d'un enfant naturel, et que c'est surtout pour les enfants légitimes que la preuve a un intérêt, car, généralement, les personnes qui ont un enfant naturel n'ont pas de fortune.

La jurisprudence a généralement dit que la preuve de l'accouchement ne pouvait être faite par l'acte de naissance - (Cassation 3 avril 1872 - S. 1872-I-126). L'acte de naissance de l'enfant dont l'identité n'est pas contestée ne fait pas preuve, a-t-elle dit, vis-à-vis de la femme désignée comme mère.

Mais la jurisprudence admet actuellement tant d'exceptions à ce principe qu'on

Mais la jurisprudence a, par la suite, admis de nombreuses exceptions à ce principe et comme ces exceptions visent, en réalité, tous les cas qui se présentent en fait, onpeut dire que l'acte de naissance, de nos jours, est un moyen de preuve de la filiation naturelle maternelle.

Source : BIU Cujas

peut dire que l'acte de naissance, de nos jours, est un mode de preuve de filiation naturelle maternelle

On prend comme exemple celui qui est déduit de l'art. 336 du C.C. On a tiré de ce texte la preuve que l'acte de naissance pouvait permettre d'établir la filiation maternelle naturelle, en cas de reconnaissance du père, dans le même acte. Un père déclare son enfant naturel à l'officier de l'état civil. Il le reconnaît comme son enfant, et il déclare que cet enfant est né de telle femme, avec qui il n'est pas marié: art. 336 du C.C.! La reconnaissance du père, sans indication et aveu de la mère, n'a effet à l'égard de la mère. Ainsi, en modifiant l'art. 336 en supposant l'aveu de la mère qui ne peut être qu'implicite, on arrivera à pouvoir se servir de l'acte de naissance.

Un aveu implicite suffit donc, et la jurisprudence va jusqu'à dire que cet aveu résulte de ce que la mère n'a jamais contesté la teneur de l'acte de naissance.

La jurisprudence en est arrivée à cette solution grâce à une interprétation hardie de l'art. 336 du C.C.

C'est une interprétation qui n'a rien de très juridique, mais qui est très heureuse et on arrive à supprimer, dans l'art. 336 la condition de l'aveu de la mère et à donner à l'enfant, dans des cas très nombreux, quand il est reconnu par le père naturel, le droit, s'il y a indication de la mère naturelle de prouver sa filiation maternelle naturelle.

Il faut appliquer la même solution dans le cas où le mariage est nul et où ce mariage ne vaut pas comme mariage putatif, et aussi dans le cas de désaveu de paternité, art. 1347. Mais ici il ne s'agit plus de la preuve de l'accouchement, mais de la preuve de l'identité.

En réalité, l'acte de naissance vaut à la fois pour prouver le fait de l'accouchement, et le fait de l'identité

Il en résulte que l'acte de naissance que la jurisprudence semblait avoir écarté comme mode de preuve de la filiation maternelle vaut à la fois pour prouver le fait de l'accouchement et le fait de l'identité - (Chambre civile 22 octobre 1902- S. 1902-I- 485).

La possession d'état n'est pas visée par le code civil, à propos de la filiation maternelle naturelle. N'est-elle pas cependant la meilleure des preuves, étant donné que ce n'est pas la preuve d'un moment, que c'est une preuve continue, ininterrompue, constante ? Dans le droit intermédiaire on déclarait que c'était précisément la meilleure preuve de la filiation naturelle.

La possession d'état n'est pas, en principe admise ici comme mode de preuve par la

Mais la jurisprudence n'a pas voulu l'admettre comme mode de preuve. Elle considère que la possession d'état est un mode de preuve exceptionnel, et comme l'art. 341 exige un adminicule préalable elle veut qu'il y ait un adminicule préalable et, en pareil cas, il faut recourir à la preuve par témoins.

Source : BIU Cujas

jurisprudence

Elle fait remarquer aussi que l'art. 32I qui parle de la possession d'état ne vise que la filiation légitime.

Cependant elle admet la possession d'état dans deux cas quand elle est conforme à l'aveu de la mère, en cas de reconnaissance du père conformément à l'art. 336 du C.C. et, d'autre part, quand la possession d'état constitue un commencement de preuve en matière de recherche de filiation naturelle maternelle.

Cas exceptionnels où la possession d'état est admise comme mode de preuve

Par conséquent la preuve testimoniale est admise, en ce qui concerne la recherche de la maternité naturelle. C'est la preuve par enquête. L'art. 34I permet cette preuve testimoniale, à condition qu'il y ait un commencement de preuve par écrit. Il n'y a plus par conséquent deux adminicules préalables comme pour la filiation légitime; il y en a seulement un qui est un commencement de preuve par écrit.

On a même prétendu que le commencement de preuve par écrit ici n'est pas celui de l'art.324 très large, très compréhensif mais celui de l'art. I347, celui qui émane de la personne contre laquelle on l'invoque.

En réalité, il serait singulier qu'employant dans l'art. 34I le mot de commencement de preuve par écrit, le législateur ait eu l'idée non de se référer à l'art. 324 qu'il venait d'établir, mais à l'art. I347 qui non seulement n'était pas établi mais encore qu'il ne connaissait pas.

La reconnaissance des enfants naturels.

La reconnaissance est un mode de preuve de la filiation spécial à la filiation spécial à la filiation naturelle, mais qui vaut aussi bien pour la filiation paternelle que pour la filiation maternelle

La reconnaissance des enfants est un mode de preuve de la filiation qui est commun à la filiation maternelle et à la filiation paternelle. Elle n'a de valeur que par rapport à la filiation naturelle, ici, par conséquent, à la filiation maternelle naturelle.

C'est le mode de preuve par excellence de la filiation naturelle. Elle consiste dans une déclaration présentant un caractère solennel, émanant du père ou de la mère qui affirment la filiation d'un enfant à leur égard.

C'est un acte volontaire. On n'envisage ici que la reconnaissance, oeuvre de la volonté du père ou de la mère, mais on appelle aussi reconnaissance forcée la recherche de la paternité ou de la maternité.

Voyons ici la reconnaissance qui émane de la mère, mais, en principe, tout ce qu'on dira de la re-

Source : BIU Cujas

connaissance, à l'égard de la mère, s'applique à la reconnaissance à l'égard du père, et même plus facilement car la preuve de la paternité ne peut être qu'indirecte et quelle meilleure preuve que celle dans laquelle un individu se reconnaît le père ?

Dans l'ancien droit la reconnaissance était le mode de preuve par excellence de la filiation paternelle

Dans l'ancien droit, il faut rappeler que la reconnaissance n'était tenue pour valable qu'en ce qui concerne la paternité. La reconnaissance était, dans l'ancien droit, le mode de preuve par excellence de la paternité, car la reconnaissance par la mère n'était pas acceptée. Il y avait à cela une raison historique. Un édit d'Henri II, de février 1556, pour éviter les suppressions d'enfants, avait imposé aux filles-mères des déclarations de grossesse et ces déclarations de grossesse devaient être faites à peine de poursuite en infanticide, si l'enfant venait à mourir. Il en résultait que la reconnaissance par la mère était inutile: lesdéclarations de grossesse remplaçaient la reconnaissance.

Il faut donc étudier la reconnaissance surtout à l'égard de la mère mais, à l'occasion, on parlera de la reconnaissance du père.

La reconnaissance est une institution dont il faut préciser la nature etvoir les caractères. Il restera alors à dire quelques mots de ses effets.

Nature de la reconnaissance Les 2 conceptions qui s'opposent à cet égard

La nature de la reconnaissance est particulièrement délicate à préciser car ici deux conceptions s'opposent très nettement. On peut concevoir la reconnaissance comme un mode de preuve analogue à l'aveu: c'est la conception de la reconnaissance aveu, ou bien on peut traiter la reconnaissance comme un acte de volonté par lequel un enfant est admis dans la famille: c'est la conception de la reconnaissance admission.

La conception de la reconnaissance aveu

Ces deux conceptions s'opposent très nettement. Considérée comme un aveu, la reconnaissance a une valeur contestable. C'est un aveu que rien ne confirme, que rien ne garantit. Elle a moins d'autorité à cet égard, semble-t-il, que l'acte de naissance auquel cependant la loi, en ce qui concerne la filiation naturelle maternelle n'attache pas une grande importance, bien que la jurisprudence ait fini par lui accorder un rôle considérable pour la preuve de l'accouchement ou de l'identité.

D'ordinaire l'aveu, comme mode de preuve du droit commun, a une grande importance, car l'intérêt de celui qui avoue n'est pas d'avouer. Si un débiteur reconnaît sa dette, il permet au créancier de le pour-

Source : BIU Cujas

suivre. Ici, au contraire, on est en présence d'un aveu qui peut profiter et ouvrir soit un droit de puissance paternelle, soit un droit de succession.

Et la conception de la reconnaissance admission

Considérée au contraire comme un acte de volonté admettant l'enfant dans la famille, la reconnaissance est un acte par lequel le père ou la mère, admettant l'enfant dans la famille, lui donne des droits qu'il n'aurait pas sans cela. Né hors mariage, l'enfant ne faisait pas partie de la famille: la reconnaissance l'y fait entrer. La reconnaissance n'est plus la simple constatation d'un lien de filiation, d'un lien de parenté, elle établit un lien de famille, elle est une demi-adoption. Cette deuxième conception, en législation, serait peut-être préférable. Est-celle qu'a adoptée le législateur du code civil ?

Quelle a été la conception du législateur?

Il faut se le demander en examinant les conséquences qu'entraînerait la conception de la reconnaissance-aveu et la conception de la reconnaissance-admission et en comparant ces solutions avec les conséquences admise par le législateur. On verra alors qu'au fond, le législateur n'a admis complètement ni l'une ni l'autre de ces conceptions; il a adopté à la fois l'une et l'autre en consacrant les conséquences que l'une ou l'autre impose.

Les conséquences de la théorie de la reconnaissance aveu.
a) La reconnaissance est un acte unilatéral

La reconnaissance n'est-elle qu'un aveu ? Elle va constituer un acte unilatéral émanant de son auteur sans que la volonté de l'autre, de l'enfant reconnu, ait à intervenir, l'enfant aura seulement la possibilité d'attaquer la reconnaissance pour la contester, notamment s'il la juge mensongère; mais il lui faudra prouver le mensonge de la reconnaissance. Il faudra un procès pour établir que la reconnaissance ne correspond pas à la réalité. Mais il y a souvent un intérêt pour l'enfant à contester sa reconnaissance, car on peut ne pas tenir à être reconnu par un individu dont la moralité est douteuse, tout en étant un enfant naturel.

Telle est la première conséquence: l'acte est unilatéral.

b) toute personne qui est capable de comprendre l'aveu qu'elle fait peut reconnaître un enfant naturel

2ème conséquence de la même idée: parce que c'est un aveu, et que pour faire un aveu il suffit, au point de vue de la capacité, de le comprendre, toutes les personnes qui peuvent comprendre leur acte d'aveu pourront faire une reconnaissance, et notamment un individu aliéné, dans une période lucide, peut faire une reconnaissance et même le mineur non émancipé, s'il sait ce qu'il fait, peut reconnaître un enfant naturel.

c)La reconnaissance doit être irrévocable.

En troisième lieu, la reconnaissance étant un aveu doit être irrévocable. Quand elle est intervenue, elle ne peut être reprise. Si on reconnaît un enfant

Source : BIU Cujas

naturel, on ne peut révoquer cette reconnaissance.

d)Elle présente un caractère déclaratif et rétroactif

Enfin dernière conséquence: la reconnaissance étant un aveu, doit présenter un caractère déclaratif et par conséquent rétroactif. Elle présente un caractère déclaratif, c'est-à-dire qu'elle ne vaut pas seulement à partir du jour même où elle est faite. Si un individu reconnaît un enfant qui a 10 ans, ce n'est pas quand l'enfant est reconnu qu'il est l'enfant de l'auteur de la reconnaissance, mais à partir de sa naissance même.

La rétroactivité va s'ensuivre. La reconnaissance concerne, par conséquent, un acte qui avait une valeur antérieure et, par application de la règle "infans conceptus".. il faut dire que la reconnaissance pourra être aussi bien antérieure au mariage que concomittante ou postérieure au mariage.

La reconnaissance étant déclarative, elle ne crée pas le lien de filiation, elle se borne à en constater l'existence.

Ces solutions de la reconnaissance-aveu sont toutes admises par la jurisprudence

Ces solutions sont toutes acceptées par la jurisprudence interprétant les textes relatifs à la reconnaissance, les art. 334 et suiv.

Les conséquences de la conception de la reconnaissance admission

Est-ce à dire que le législateur ait entièrement admis la conception de la reconnaissance-aveu. Il est précisément d'autres conséquences qui semblent se rattacher à la reconnaissance-admission qui sont consacrées par la jurisprudence.

Montrons donc ce que devraient être les conséquences de cette théorie de la reconnaissance-admission. Elles seront directement inverses des conséquences de la théorie de la reconnaissance aveu.

a)La reconnaissance serait un acte synallagmatique

Dans ce cas en effet la reconnaissance est un acte d'admission dans la famille, c'est un acte de volonté par lequel on fait entrer un enfant dans la famille. On est alors en présence d'un acte créateur de droits nouveaux. Alors ce n'est peut-être pas un acte unilatéral. Il faudrait le consentement de celui qui est reconnu et, à défaut du consentement de celui qui est reconnu, avant la naissance ou lors de sa naissance, cas dans lesquels il ne peut y avoir de consentement, ne faudrait-il pas faire intervenir des personnes susceptibles de représenter les intérêts de l'enfant: ce devrait être un acte synallagmatique.

b)La reconnaissance exigerait la pleine capacité.

D'autre part, l'enfant intéressé ne devrait-il pas n'être reconnu que par une personne ayant, au point de vue des actes de volonté, la pleine capacité ce qui amènerait à écarter toutes les reconnaissances faites par des mineurs des femmes mariées ou des interdits ?

Source : BIU Cujas

c) La reconnaissance serait révocable

En troisième lieu si l'on était en présence d'un acte de volonté, devant , en principe, émaner des parties, cet acte ne devrait-il pas être révocable, car ce que la volonté particulière a fait, elle devrait pouvoir le défaire ?

d) Elle serait un acte translatif. Toutes ces conséquences sont rejetées par la jurisprudence. Mais il est d'autres conséquences de la théorie de la reconnaissance admission qui sont consacrées par la jurisprudence

Enfin comme il s'agit d'un acte créateur de droits ne faudrait-il pas décider qu'on est en présence d'un acte non déclaratif mais translatif.

Mais toutes ces conséquences sont écartées par la jurisprudence appliquant la loi.

A l'inverse, il en est d'autres, à côté, qui semblent dériver de cette conception.

Certes, on va le voir tout à l'heure, en précisant les caractères de la reconnaissance, la reconnaissance est un acte unilatéral qui n'exige pas d'autre capacité que celle de comprendre ses actes. C'est un acte déclaratif et rétroactif, mais il y a des règles qui ne peuvent être rattachées qu'aux conséquences de la reconnaissance admission et qui sont consacrées par la jurisprudence.

a) La prohibition de la reconnaissance des enfants adultérins et incestueux art. 335 du C.C.

D'abord l'art. 335 prohibe la reconnaissance des enfants adultérins et incestueux. On permet à ces enfants d'exercer certains droits sur le patrimoine de leurs parents, notamment, à la mort de ceux-ci, ils ont droit à des aliments sur le patrimoine du parent décédé, mais la reconnaissance, en cette matière est exclue. Si la reconnaissance était un simple aveu elle devrait être admise. Au contraire c'est la théorie de la reconnaissance admission qui empêche d'admettre ces enfants dans la famille.

Il faut noter toutefois que cette prohibition a été atténuée par deux lois successives qui sont venues modifier l'art. 321 et qui sont arrivées à permettre la filiation adultérine et incestueuse dans la mesure où elle peut conduire à la légitimation des enfants.

b) La règle que la reconnaissance d'un enfant naturel par l'un des époux, pendant le mariage ne peut nuire ni à l'autre époux, ni aux enfants du mariage art. 337 du C.C.

De même, d'après les règles de l'art. 337, la reconnaissance faite, pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant le mariage, d'un autre que son époux ne peut nuire ni à cet époux ni aux enfants nés du mariage. Or, dire que cette reconnaissance ne peut nuire ni aux enfants nés du mariage ni au conjoint cela ne peut s'expliquer pa la reconnaissance-aveu car il y aurait alors effet rétroactif, en conséquence les enfants ne pourraient se plaindre. Pour écarter l'effet rétroactif, il faut admettre la reconnaissance-admission.

L'art. 337 suppose un enfant antérieur au mariage. L'autre conjoint et les enfants ne peuvent être lésés par la reconnaissance de cet enfant. En respec-

Source : BIU Cujas

tant les droits des enfants du mariage et du conjoint, le législateur a adopté la conception de la reconnaissance admission.

c) L'application par la jurisprudence à la reconnaissance de la théorie des vices du consentement. Le C.C. a donc consacré une théorie mixte

Enfin, la jurisprudence a appliqué à la reconnaissance la théorie des vices du consentement et pour qu'elle ait pu appliquer cette théorie c'est qu'elle a considéré la reconnaissance comme un acte de volonté permettant l'entrée de l'enfant dans la famille car si c'était un aveu il n'y aurait pas application de la théorie des vices du consentement.

Donc c'est une théorie mixte qui a été adoptée par le code civil. Le code civil part de l'idée de reconnaissance-aveu, il en applique les conséquences essentielles, mais il consacre certaines conséquences qui ne peuvent se rattacher qu'à la reconnaissance admission.

Ceci va permettre de préciser les caractères de la reconnaissance. Cette étude des caractères de la reconnaissance va montrer en même temps quelles sont les conditions de la reconnaissance d'un enfant naturel.

Les caractères de la reconnaissance

Ces caractères sont les suivants:

La reconnaissance est un acte personnel, déclaratif, irrévocable, et formaliste et on va prendre occasion de ces quatre caractères pour montrer chacune des conditions de la reconnaissance.

I) C'est un acte personnel

D'abord c'est un acte personnel, individuel, tant à l'égard de son auteur que par rapport à l'enfant reconnu.

- A l'égard de l'auteur de la reconnaissance

Au regard de celui qui l'accomplit d'abord, la reconnaissance doit être faite par l'auteur même qui veut être déclaré le père ou la mère, mais, bien entendu, comme on le verra tout à l'heure, puisque un acte authentique permet cette reconnaissance, une procuration pourra être donnée pour faire une reconnaissance, à la condition qu'elle soit authentique, en vertu du principe de la correspondance des formes. L'art. 336 d'ailleurs l'indique: " La reconnaissance du père, sans indication émanée de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père" et on a vu quelle interprétation la jurisprudence en donnait. Il semble, à prendre le texte tel quel, que la solution est évidente. Cela n'empêche pas que le père ou la père puissent reconnaître par un même acte un enfant naturel, seulement les effets de cette reconnaissance seront individuels; ils devront être envisagés séparément pour chaque parent.

Mais ce que la loi veut dire c'est que le père ne peut reconnaître un enfant pour la mère, et que la

Source : BIU Cujas

mère ne peut reconnaître un enfant pour le père.

Après la mort du père ou de la mère le droit à la reconnaissance ne passe pas aux héritiers ni aux créanciers

Après la mort du père ou de la mère, le droit à la reconnaissance ne passe pas aux héritiers, car c'est un acte exclusivement personnel, c'est un droit essentiellement attaché à la personne, pendant la vie du père ou de la mère. Il en résulte que le créancier d'une partie ne peut exercer ce droit. Par exemple, un enfant naturel n'a pas de fortune les créanciers n'ont pas la faculté de le faire reconnaître, pour obtenir leur paiement.

La solution exceptionnelle tiré par la jurisprudence de l'art. 336 du C.C.

Donc, le droit de reconnaître un enfant n'est possible que de la part du père ou de la mère. Mais est-ce que l'art. 336 ne contient pas une solution exceptionnelle ? La doctrine prétend que c'est une solution exceptionnelle ? La doctrine prétend que c'est une solution évidente, mais la jurisprudence en a tiré beaucoup.

Par l'argument a contrario, elle a dit que la reconnaissance avec l'indication et l'aveu de la mère pouvait, avoir effet à l'égard de la père, et elle n' exige pas en cette matière un aveu formel, mais elle se contente d'un aveu implicite, de sorte que le seul fait que la mère n'ait pas protesté contre cette indication d'une reconnaissance, vaut établissement de la filiation, ou permet d'établir la filiation à son égard. La vérité c'est qu'il faudrait exiger un aveu expres de la mère.

La solution de la jurisprudence va d'ailleurs à l'encontre de ce qu'elle admet, en principe, par rapport à l'acte de naissance.

A l'égard de l'enfant reconnu

Mais le caractère personnel n'existe pas seulement à l'égard de l'auteur de la reconnaissance, il existe aussi à l'égard de l'enfant reconnu: la reconnaissance est personnelle.

Voilà deux jumeaux, ne faudra-t-il pas une reconnaissance pour chacun d'eux ? On l'admet, au moins quand la reconnaissance est postérieure à la naissance, car quand on reconnaît un enfant naturel, avant sa naissance, sans savoir s'il naîtra deux jumeaux ou deux jumelles, en pareil cas il y a une individualisation, c'est l'individualisation par la mère qui porte encore l'enfant, et la reconnaissance antérieure à la naissance est valable. Le législateur n'a pas pensé àcette hypothèse. On a soutenu qu'en n'en disant mot il l'a écartée. Mais c'est inexact. Rationnellement comment aurait-il pu l'écarter ? On objecte que si la reconnaissance est un aveu, elle ne vaut que par rapport à un fait certain. Or voici le fait n'était pas certain. Mais, par faveur pour les enfants, on admet la reconnaissance antérieure au mariage.

Source : BIU Cujas

On ne peut toutefois reconnaître un enfant comme adultérin et incestueux

Mais si la reconnaissance doit être personnelle par rapport à l'enfant reconnu, il faut qu'il ne s'agisse pas d'un enfant adultérin ou incestueux. La prohibition de l'art. 335 est une prohibition absolue, de sorte que, et ce sont les sanctions de l'art.335, un officier de l'état civil à qui on vient déclarer un enfant et auquel on indique que l'enfant est adultérin ou incestueux, ne doit pas mentionner la qualité d'adultérin ou d'incestueux de l'enfant. La reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est, en principe, nulle, d'une nullité absolue, de sorte que toute personne intéressée pourra invoquer la nullité (S. I927.I.30I).

Quelle est la portée de l'art.335 du C.C. Cas des enfants incestueux

Mais quelle est la portée de ce texte qui prohibe la reconnaissance d'une filiation adultérine ou incestueuse ?

La reconnaissance d'un enfant incestueux est valable, dans certains cas. Elle l'est quand le mariage des parents a été célébré, après l'obtention d'une dispense. On pourra alors légitimer l'enfant, bien qu'il soit incestueux. Donc, tant que le mariage n'a pas eu lieu, une décision judiciaire peut annuler la reconnaissance puirsque c'est un mariage entre personnes au degré prohibé. La nullité de la reconnaissance de l'enfant adultérin ou incestueux n'aura d'ailleurs d'effet que si le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée, au jour de la célébration du mariage. On reviendra sur cette question, mais cela ne concerne que le cas où des dispenses peuvent être accordées.

L'obtention, après coup, de dispenses, si le mariage a eu lieu, empêche toute action contre la reconnaissance, et par là, si elle ne valide pas directement la reconnaissance, elle la valide indirectement: la reconnaissance ne peut être attaquée.

cas des enfants adultérins - a matre

S'agit-il d'enfants adultérins, la situation est plus compliquée. Il peut y avoir des enfants adultérins par leur père ou par leur mère.

L'enfant adultérin par sa mère est l'enfant qui est né d'une père mariée lors de la conception de l'enfant sans que le mari soit le père. Ces enfants adultérins a matre restent légitimes tant que le mari ne les a pas désavoués, et même si le mari exerce l'action en désaveu, en raison des art. 3I2 à 3I8 du C.Civ. l'exercice de l'action en désaveu étant soumis à des conditions assez strictes, ce n'est pas parce que le père soi-disant légitimeintente le désaveu que le désaveu sera admis. En fait d'ailleurs il est fréquent que, dans l'acte, on n'indique que le nom du père véritable. Un enfant dont le père seul

Source : BIU Cujas

est dénommé ainsi est fréquemment adultérin, et son acte de naissance révèle, par lui-même, le vice de sa filiation. Le mari n'étant pas mis en cause, puisque dans l'acte de naissance on indique le véritable père, sans mentionner la mère. Il n'a pas à intenter l'action en désaveu, bien que sa femme ait accouché d'un enfant pendant le mariage.

Supposons maintenant le cas d'un enfant adultérin du côté du père. Il s'agit d'un enfant né d'une femme célibataire et d'un père marié. L'enfant est reconnu par la mère seule. Il est souvent aussi reconnu d'ailleurs par le père véritable qui se garde bien de dire qu'il est marié: il indique qu'il est célibataire. Il s'agit de plus souvent d'un individu qui est marié, mais séparé de fait par rapport à sa femme, et qui vit en concubinage, avec une autre femme. Le cas éxiste encore dans l'hypothèse où la femme mariée est internée.

2) La reconnaissance est un acte déclaratif

Le second caractère de la reconnaissance c'est d'être un acte déclaratif.

La reconnaissance d'un enfant naturel n'est pas un acte générateur d'obligations. C'est un acte qui constate le lien de filiation, qui n'a rien de contractuel et qui, par conséquent, va avoir un effet rétroactif.

De ce caractère d'acte déclaratif on peut faire découler le caractère unilatéral de la reconnaissance

De ce caradtère d'acte déclaratif, on peut faire découler le caractère unilatéral de la reconnaissance. La reconnaissance est valable, par conséquent, en dehors de l'intervention de l'enfant, sauf le droit pour l'enfant de l'attaquer par la suite.

La reconnaissance est possible aussi, du fait que c'est un acte déclaratif, même après la mort de l'enfant.

La reconnaissance est possible même après la mort de l'enfant

Une reconnaissance posthume, en général, se présente de la façon suivante: elle n'a plus pour but d'établir de droit moral sur l'enfant, elle a seulement pour but, quand l'enfant naturel a fait fortune, de se faire attribuer cette fortune. On a vu parfois jusqu'à trois pères venant prétendre à reconnaître l'enfant naturel qui avait laissé une succession opulente. La reconnaissance est ici purement intéressée. On a vu d'ailleurs une mère reconnaître un prétendu enfant naturel qui était au service militaire pour faire profiter d'une exémption un autre enfant, bien à celle cette fois, à une époque où la présence d'un fils aîné sous les drapeaux pouvait avoir des effets par rapport à un second fils.

On a objecté contre la reconnaissance posthume, non seulement la crainte possible que la reconnaissance ne soit entachée de suspicion très légitime, mais

Source : BIU Cujas

encore que la légitimation n'est pas possible après la mort (art. 332 du C. Civ.) Mais ici la raison en est bien simple. La légitimation, à la différence de la reconnaissance crée un droit nouveau. Elle est un acte translatif et, par conséquent, il n'est pas possible de la faire remonter dans le passé.

C'est encore le caractère déclaratif de la reconnaissance qui fait qu'elle peut émaner d'un incapable

Quant à la question de capacité c'est également la nature d'acte déclaratif de la reconnaissance qui fait qu'un mineur même non émancipé, peut reconnaître un enfant naturel de même qu'un interdit ou une femme mariée. D'ailleurs, l'art. 337 le suppose nécessairement.

Ces solutions sont impliquées par la nature de la reconnaissance aveu.

De ce fait de la constatation d'un simple fait, il y aurait cependant quelque chose qui devrait être exigé. C'est une certaine différence d'âge entre la personne qui reconnaît et celui qui est reconnu. La jurisprudence en a rarement tenu compte, elle s'est bornée à dire que la reconnaissance était alors mensongère.

Et qui entraîne sa rétroactivité

Enfin, le fait de la filiation dont il sera fait la preuve devra produire ses conséquences à partir du moment de la naissance et même remonter à l'époque de la conception: la reconnaissance a un effet rétroactif.

Quand un enfant est reconnu après sa mort en raison de cette rétroactivité, le père ou la mère qui l'a reconnu pourra réclamer sa succession.

Les limites qui sont apportées aux effets de la reconnaissance posthume

Toutefois il était nécessaire d'apporter des limites à la reconnaissance posthume, et on a unanimement décidé qu'une reconnaissance posthume ne permettrait pas au père ou à la mère d'attaquer le mariage d'un enfant naturel, d'en demander la nullité pour défaut de consentement. En réalité, le consentement n'a pu être donné puisqu'on ne connaissait pas le père ou la mère, et cela en raison de leur faute. L'art. 159 du C. Civ. justifie d'ailleurs ces solutions: l'enfant naturel dont les parents ne peuvent manifester leur volonté, parce qu'ils ne l'ont pas reconnu, est assimilé à l'enfant dont les parents sont décédés.

3) La reconnaissance d'un enfant naturel est un acte irrévocable

Le troisième caractère de la reconnaissance d'un enfant naturel c'est qu'elle est un acte irrévocable. La reconnaissance, une fois faite, ne peut être retirée, par une déclaration contraire de celui qui l'a faite.

D'ailleurs il est rare qu'on ait vu intervenir des révocations, et la question ne s'est guère présentée en jurisprudence.

Source : BIU Cujas

La révocation de l'acte dans lequel la reconnaissance a été faite entraîne-t-elle révocation de cette reconnaissance

La question qui s'est présentée est un peu différente. Quand la reconnaissance intervient dans un acte, par lui-même révocable, la révocation de cet acte n'entraîne-t-elle pas la révocation de la reconnaissance ? Voici notamment un testament qui contient la reconnaissance d'un enfant naturel. Puisque la reconnaissance peut être faite par un acte authentique, tout testament authentique pourra contenir une reconnaissance. Supposons une reconnaissance faite par un testament authentique. Le testament authentique n'a de valeur définitive qu'à la mort de son auteur. Jusque-là, il peut être révoqué, et il n'y a pas correspondance de forme: un testament authentique peut être révoqué même par un testament olographe. Supposons un testament authentique, contenant une reconnaissance d'enfant naturel, si le testament est maintenu, la reconnaissance sera valable, mais, par la suite, il intervient un testament olographe qui ne mentionne pas cette reconnaissance. Que décider dans ce cas ? Si le testament postérieur venait révoquer formellement la première disposition, on pourrait se demander s'il n'y a pas lieu de dire que la reconnaissance est annulée, mais s'il n'y a rien, dans l'intérêt de l'enfant naturel, on admet la validité de cette reconnaissance, car la reconnaissance est un acte irrévocable. La reconnaissance acquiert, par le fait qu'elle est contenue dans un acte authentique, une valeur indépendante de l'acte qui la contient

De l'annulation de la reconnaissance

Mais l'irrévocabilité de la reconnaissance n'empêche pas l'annulation de la reconnaissance. La reconnaissance peut être nulle, elle peut être annulable, ou elle peut être contestée, comme mensongère.

La reconnaissance peut être nulle

1° La reconnaissance tout d'abord peut être nulle.

Elle est nulle, d'une nullité absolue, quand elle a été faite sans forme, ou quand elle émane d'un aliéné, dans un moment de folie.

La nullité absolue va permettre de détruire complètement la reconnaissance. On applique ici les règles ordinaires de la nullité absolue.

La reconnaissance peut-être annulable

2° Mais la jurisprudence applique aussi, en cette matière, les règles de la nullité des vices du consentement. Une reconnaissance peut aussi être nulle, de nullité relative, disons annulable. Le consentement est vicié. Il n'est guère plus question ici d'incapacité, puisqu'on l'a dit, les incapables quand ils savent ce qu'ils font peuvent faire une reconnaissance, il ne serait donc question que d'une incapacité de jouissance non d'exercice qui est une incapacité absolue.

Source : BIU Cujas

Mais les vices du consentement, dol, violence, erreur, sont-ils admissibles ? Si la reconnaissance n'était qu'un aveu, le dol et la violence ne devraient pas être admis, car l'auteur de la reconnaissance, bien que son consentement ait été obtenu par dol ou par violence, ne conteste pas du tout la reconnaissance Il n'a reconnu un enfant naturel que sous l'empire du dol ou de la violence, mais c'est tout de même son enfant. Si donc c'était un aveu, il ne faudrait pas admettre ces vices du consentement. C'est seulement avec la théorie de la reconnaissance admission qu'on peut attaquer la reconnaissance faite par dol, violence, ou erreur.

La reconnaissance peut être mensongère

3° La reconnaissance en troisième lieu, peut être contestée comme mensongère.

Elle peut être contestée, dans ce cas, par toutes les personnes qui y ont intérêt, art. 339 du C.Civ. Ces personnes c'est essentiellement, en dehors de l'enfant, les membres de la famille qui ont intérêt à ne pas voir venir à une succession l'enfant naturel. Ce peut être aussi l'auteur même de la reconnaissance. Ceci peut paraître assez singulier. Il faut supposer que l'auteur de la reconnaissance a commis une erreur de fait.

Mais la jurisprudence a toujours refusé au ministère public le droit d'agir. En effet, l'ordre public ici n'est pas intéressé, à proprement parler, et la jurisprudence de la Cour de cassation est en ce sens (Chambre civile le 17 décembre I9I4 S. I9I4.I. I53).

La reconnaissance est forcément mensongère quand après une première reconnaissance d'un enfant naturel, il en intervient une seconde. Mais, provisoirement, que faut-il décider ? Un enfant est reconnu par tel père, puis, quelque temps après, un autre père le reconnaît. L'officier de l'état civil, s'il connaît la première reconnaissance, peut-il refuser la seconde ? On admet que non. Mais, quant à leurs effets, on décide que c'est la première reconnaissance qui l'emporte, car la deuxième ne peut plus trouver place, puisque l'enfant a déjà un père, et si le second père veut faire valoir sa reconnaissance, il faut qu'il prouve que la première reconnaissance est mensongère.

4)La reconnaissance est un acte formaliste: elle doit être faite par un acte authentique

Enfin la reconnaissance est un acte formaliste: un acte authentique est nécessaire pour cette reconnaissance. C'est encore une conséquence de la théorie de la reconnaissance admission. C'est parce qu'il s'agit d'un acte grave, que la loi veut l'intervention d'un officier public.

Cet officier public c'est, normalement, l'offi-

Source : BIU Cujas

Les officiers publics qui interviennent en cette matière sont: l'officier de l'état civil

cier de l'état civil. L'officier de l'état civil est l'officier public qui reçoit le plus grand nombre de reconnaissances d'enfants naturels dans les actes de naissance, dans les actes de mariage, ou dans un acte séparé, cela est avantageux puisque la reconnaissance ainsi faite, devant l'officier de l'état civil ne coûte rien; mais les notaires peuvent aussi faire des reconnaissances d'enfants naturels, de même que les greffiers, car il peut y avoir des reconnaissances faites en justice.

Les notaires

Les notaires reçoivent donc les reconnaissances d'enfants naturels. L'acte doit être rédigé en minute, mais l'inconvénient c'est que le notaire exige le paiement de frais, l'avantage, d'autre part, c'est que la reconnaissance d'un enfant naturel, chez un notaire, est un acte secret, puisque les actes notariés ne sont pas publics; au contraire, la reconnaissance devant l'officier de l'état civil, est un acte public.

Les greffiers

Les greffiers peuvent recevoir en justice des reconnaissances, par exemple lors d'une tentative de conciliation devant le juge de paix, ou en justice, devant le tribunal, et aussi bien en matière civile que pénale.

Un acte authentique est donc exigé en cette matière pour constater la reconnaissance, et pour éviter les tentatives de violence ou de fraude.

La valeur de la reconnaissance s.s.p.

Mais une reconnaissance peut encore être faite par un acte authentique comme un testament. Toutefois une reconnaissance ne pourrait être faite par un acte sous-seing privé comme un testament olographe.

Est-ce à dire que la reconnaissance par acte sous-seing privé soit absolument sans valeur ? Certes non, car d'une part, elle pourra servir de commencement de preuve par écrit, et elle pourra constituer un élément lors de la preuve testimoniale admise par le tribunal.

Les effets de la reconnaissance.

Il reste à parler des effets de la reconnaissance.

La reconnaissance fait preuve de l'accouchement, mais non de l'identité de l'enfant

La reconnaissance fait preuve de la filiation naturelle, quelle soit paternelle ou maternelle. Mais il est impossible de reconnaître un enfant légitime, car la reconnaissance contredirait son titre d'enfant légitime.

Toutefois, la preuve de l'identité de l'enfant n'est pas faite par la reconnaissance. La reconnaissance d'un enfant ne fait preuve que de l'accouchement à l'égard de la mère et à l'égard du père.

Comment se fait la

Mais la preuve de l'identité pourra se faire d'une façon très facile. Si l'acte de reconnaissance

Source : BIU Cujas

preuve de l'identité

est postérieure à la naissance comme il est établi par acte authentique, on admet que l'enfant qui a entre les mains la grosse de l'acte notarié, établissant sa reconnaissance, fera la preuve de son identité car les actes notariés ne sont pas publics, et tout le monde n'a pas pu se procurer cette grosse. Il y a donc là la preuve que c'est bien lui qui est l'enfant dont il s'agit.

En réalité, dans tous ces cas, c'est moins de l'acte de naissance que résulte la preuve de l'identité que des circonstances qui accompagnent la reconnaissance.

Ainsi donc, malgré la reconnaissance, l'identité doit être prouvée.

Si elle était contestée il faudrait l'établir, et la jurisprudence admet ici tous les moyens de preuve, sans exiger aucun adminicule préalable.

La reconnaissance a un effet absolu erga omnes

Enfin, il faut dire que la reconnaissance a un effet absolu: elle existe à l'égard de toute personne: elle vaut erga omnes.

Section II

Modes de preuves de la filiation paternelle.

Comment concevoir la démonstration de la filiation paternelle, puisqu'en cette matière il n'y a pas de preuve directe, à moins qu'on arrive à prouver que le père a eu commerce avec la mère, ce qui est encore possible, mais encore faudrait-il prouver que le mère est le seul à avoir en pareil commerce, et cela est plus difficile. A moins de faire ces deux preuves comment arriver à établir la paternité ?

Entre la filiation naturelle et la filiation légitime, on comprend qu'il y ait une différence en ce qui concerne l'établissement de la preuve. Pour la filiation légitime, en effet, il y a l'aveu du père qui résulte du mariage. Par le mariage, le mari avoue qu'il est ou qu'il sera le père de tous les enfants que sa femme mettra au monde, et la preuve c'est que quand le père déclare que les enfants ne sont pas de lui, on appelle cette action l'action en désaveu.

Il y a donc attribution de la paternité des enfants de la femme au mari. C'est ce qu'on exprime dans la maxime fameuse: Pater is est quem nuptiae demonstrant, c'est-à-dire le père est celui-là que le mariage indique.

Pour la filiation naturelle, il n'y a plus une pareille présomption. On est alors en présence du

Source : BIU Cujas

seul aveu concernant le commerce du père et de la mère et comment admettre, en dehors de cet aveu, une filiation ?

Tel est le système rigoureux mais cohérent et logique que la loi de 1912 modifiant l'art. 330 du C.Civ. est venue modifier, pour la filiation paternelle naturelle.

En cette matière il faut étudier.

§ 1 - La filiation paternelle légitime

§ 2 - La filiation paternelle naturelle

Les faits qui doivent être établis pour prouver la filiation paternelle légitime

§ 1 - La filiation paternelle légitime.

Pour l'établissement de cette filiation il y a quatre faits à prouver, mais on peut les ramener à trois, en considérant la preuve à l'égard de la mère comme un seul fait, bien qu'elle renferme deux preuves.

Il faut prouver d'abord que tel enfant est né de telle mère, mais ici il faut prouver, d'une part, l'accouchement de la mère, et, d'autre part, l'identité de l'enfant avec celui dont la mère a accouché.

Il faut, en second lieu, prouver que telle femme était mariée, lors de la conception de l'enfant, et non lors de sa naissance, car il faut se rappeler la maxime "infans conceptus....." Mais cette preuve on l'a étudiée avec la preuve du mariage.

La présomption pater is est quem nuptiae demonstrant

Enfin, il faut prouver que l'auteur de la conception est le père. Cette dernière preuve est celle à laquelle répond la maxime "pater is est": l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; art.312 al. 1 du C.Civ. il y a une présomption légale de paternité à l'égard du père.

Fondement de la présomption établie par l'art.312 du C.Civ.

Mais sur quoi repose cette présomption ? On dit d'ordinaire qu'il y a une double présomption: 1° une présomption de cohabitation 2° une présomption de fidélité. On suppose que le mari a eu commerce avec sa femme et qu'il est seul à avoir eu ce commerce.

Cette présomption peut n'être pas toujours exacte. Cependant la loi établit qu'on est en présence d'un enfant légitime, de sorte qu'il faudrait peut être fonder la présomption de paternité art. 312 al. 1 sur une autre idée, sur l'idée d'une reconnaissance anticipée.

Le père qui est le mari se reconnaît le père de tous les enfants qui naîtront. C'est une reconnaissance collective et indéterminée. Elle s'applique à tous les enfants nés ou à naître de la femme au cours du mariage.

Une fois cette présomption admise, il serait

Source : BIU Cujas

Deux hypothèses doivent être distinguées en ce qui concerne la preuve de la filiation paternelle légitime

logique, au moins en apparence, de toujours l'appliquer, sans se préoccuper de la manière dont la filiation a pu être établie à l'égard de la mère. Mais le code civil a une autre conception. Il n'indique pas, dans l'art. 312 al. I, une présomption régulière, s'appliquant dans tous les cas, mais une présomption qui ne vaut que dans le cas où la filiation maternelle est normalement établie.

Or la filiation maternelle est établie par l'acte de naissance ou par la possession d'état ou par ces deux modes réunis. On sait d'autre part que la preuve testimoniale peut être admise, en ce qui concerne la filiation maternelle. Mais la présomption ne doit s'appliquer, dans toute son étendue, que quand la preuve de la filiation maternelle est normale, et n'a rien de suspect. On peut dire, en effet, qu'il est sage autant que pratique de faire une différence selon que la filiation maternelle est prouvée normalement par l'acte de naissance, par la possession d'état, ou par la preuve testimoniale. C'est pourquoi il faut étudier la filiation paternelle légitime en distinguant deux cas:

I° La filiation maternelle est établie par l'acte de naissance.

2° La filiation maternelle est établie par la possession d'état ou par la preuve testimoniale.

Première hypothèse: la filiation maternelle est établie par l'acte de naissance L'art. 312 du C.C. s'applique sans réserve

Dans le cas où la filiation maternelle est établie par l'acte de naissance, l'art. 312 al. I s'applique sans réserve: l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. L'enfant est réputé issu des oeuvres du mari et aucune démonstration n'est nécessaire pour établir sa filiation à l'égard du père, peu importe les mentions qui peuvent être contenues dans l'acte de naissance, même si l'acte de naissance est muet sur le père, s'il ne dit pas que le père est le mari, et même s'il indique un autre père.

Cette présomption de paternité est-elle absolue, juris et de jure ou est-elle relative juris tantum ?

La plupart des législations modernes en ont fait une présomption relative, tombant devant la preuve contraire, devant des raisons plausibles. Notre code civil, au contraire, a laborieusement construit une théorie des démonstrations à faire pour établir l'application de la règle contraire à l'art. 312 al. I et il s'ensuit que l'art. 312 al. I ne peut être considéré ni comme une présomption absolue, ni comme une présomption relative. Il y a un système tout différent pour faire tomber cette présomption. Etudions donc d'abord la portée de l'art. 312 al. I puis il faudra voir quels sont les moyens qui existent pour faire

Source : BIU Cujas

tomber cette présomption, c'est-à-dire les moyens de désavouer l'enfant, en d'autres termes le désaveu.

La portée de la présomption de l'art. 312 Les délais dans lesquels la conception doit avoir eu lieu pour que cette présomption s'applique

Pour que la règle de l'art. 312 s'applique il faut que l'enfant ait été conçu pendant le mariage. Cette présomption est basée sur la durée la plus courte et la plus longue de la gestation, 180 à 300 jours.

Dans l'ancien droit il y avait là une question de fait qui était soumise à l'appréciation des juges et il y avait eu des scandales; des arrêts avaient admis que certaines femmes avaient eu une gestation de 12 mois, d'autres de 7 mois. Un médecin, le docteur Courtois ayant été consulté dit que la durée minima de la gestation était de 186 jours, et la durée maxima de 286 jours. On avait proposé de prendre une moyenne puis, par faveur, on réduisit les 186 jours à 180, et on allongea les 286 jours à 300. Ces chiffres ont été écartés par le code civil allemand pour ne pas prendre les chiffres du droit français. Les allemands se sont adressés en effet aux maîtres de l'obstetrique qui leur ont indiqué 181 à 302 jours. Mais, le code civil suisse qui est venu après le code civil allemand a adopté les mêmes chiffres que le code civil français.

Comme l'indique l'art. 312, l'enfant qui est né plus de 180 jours après la célébration du mariage ou moins de 300 jours après la dissolution du mariage est réputé conçu dans le mariage: il est réputé légitime vis-à-vis du mari de la mère qui est le père.

La computation du délai se fait de jour à jour

La computation du délai se fait de jour à jour et non d'heure à heure.

La computation du délai n'impose pas de tenir compte du jour du mariage ou de la dissolution du mariage. Ce n'est pas un délai franc. Mais c'est un délai où on ne compte pas le dies a quo c'est-à-dire le point de départ.

Les enfants précoces bénéficient de la présomption de l'art. 312 du C.C.

A côté de l'enfant présumé conçu par mariage, en vertu de la présomption de l'art 312 il faut mettre, en vertu de l'art. 314, les enfants précoces qui sont nés avant le 180ème jour qui suit le mariage. Cet enfant, est né au cours du mariage, mais il est réputé conçu avant le mariage. Il est attribué au mari. Mais quelle est la qualité qu'on lui attribue, et quel est ici le fondement de la présomption ?

Justification de l'application de cette présomption aux enfants précoces

Quand l'enfant est né moins de 180 jours après le mariage il est difficile d'appliquer la double présomption de cohabitation et de fidélité puisque rien n'obligeait les époux à habiter ensemble et que le devoir de fidélité n'existait pas. Au contraire, l'idée de reconnaissance anticipée s'applique très bien

Source : BIU Cujas

et peut justifier la solution. Il y a en effet, à cet égard, un changement dans la jurisprudence. Longtemps la jurisprudence n'avait pas voulu qualifier cet enfant de légitime, elle disait qu'il était légitimé. Cette solution avait une importance considérable au moment où l'on ne pouvait légitimer les enfants adultérins et incestueux , et d'autre part si l'enfant n'était que légitimé comme l'admettait la jurisprudence, toute personne y ayant intérêt pouvait contester la légitimation, tandis que si cet enfant était traité d'enfant légitime il n'y avait que les personnes ayant l'exercice de l'action en désaveu qui pouvaient attaquer sa légitimité.

Un arrêt de la chambre des requêtes du 9 janvier 1930 (Gaz. Pal., Ier février 1930) a déclaré que cet enfant précoce, né avant le 180ème jour après le mariage, était un enfant légitime. Donc on ne pourra contester sa légitimité qu'à la condition d'intenter la procédure du désaveu.

L'enfant tardif né plus de 300 jours après la dissolution du mariage bénéficie également de la présomption Les limites à apporter à ce principe

Mais il y a aussi les enfants tardifs, c'est-à-dire ceux qui sont nés plus de 300 jours après la dissolution du mariage.

Tout enfant qui est né dans les 300 jours après la dissolution du mariage est un enfant légitime.

Mais il est nécessaire d'apporter une exception. Voici un mari qui meurt laissant sa femme enceinte. La femme accouche le lendemain de la mort du mari, et, dans les 300 jours après la dissolution du mariage, il naît un nouvel enfant. Il n'est pas possible de l'attribuer au mari. Mais on n'a pas à dire que la présomption ne s'applique plus, car c'est le bon sens même.

La combinaison de ces différentes solutions amène des conflits de paternité Conflit de paternités légitimes

La combinaison de ces différentes solutions amène des conflits de paternité qui sont assez fréquents, conflits de paternités légitimes, ou conflit de paternité légitime et de paternité naturelle.

Il peut d'abord y avoir un conflit de paternités légitimes.

Voici le cas: Une femme, en dépit de l'empêchement prohibitif du délai de viduité de 300 jours établi par l'a. 328 du C.Civ. a pu se remarier tout de suite après son veuvage. Le cas est rare, cependant il s'est réalisé, la femme s'étant remariée avec des papiers se référant à sa soeur. Dans les 300 jours qui suivent la dissolution du premier mariage, et après le 180ème jour qui suit le second mariage, elle a eu un enfant: à qui est-il ? Il n'est cependant pas possible d'attribuer deux pères à l'enfant: il faut choisir. En droit anglais, on a adopté une solution pra-

Source : BIU Cujas

tique, c'est l'enfant qui choisit son père: en droit allemand on fait une sous-distinction si l'enfant est né moins de 270 jours après la dissolution du premier mariage il est de ce premier mariage, mais s'il est né plus de 270 jours après la dissolution du premier mariage son père est le second mari.

En droit français, on n'admet qu'une solution qui est après tout tout à fait logique: on s'en remet aux tribunaux du soin de décider. Il y a ici deux présomptions de paternité, la présomption de paternité pour l'enfant qui est né moins de 300 jours après la dissolution du mariage, puis la présomption relative aux enfants nés plus de I80 jours après la conclusion du second. Elles sont d'égale force, elles se neutralisent, il faut donc écarter toute valeur donnée à l'une et à l'autre et le juge aura à décider.

ou de paternité légitime et de paternité naturelle

Voilà un exemple de conflit de paternités légitimes.

Passons au conflit de paternité légitime et de paternité naturelle. Une femme se marie, elle accouche avant le I80ème jour d'un enfant qui, depuis l'arrêt de la Cour de cassation de I930 est tenu pour légitime. Mais cet enfant est reconnu par un autre père. La question est alors de savoir si l'enfant peut être reconnu car, depuis la jurisprudence nouvelle puisque l'enfant est légitime il ne peut être reconnu. Au contraire, avec la jurisprudence antérieure qui admettait que l'enfant était légitimé on pouvait admettre qu'il pouvait être reconnu car la légitimation repose sur une reconnaissance et il peut y avoir une reconnaissance d'enfant naturel tandis qu'on ne peut reconnaître un enfant légitime. Actuellement donc, il n'y a plus de place pour la reconnaissance de cet enfant et la présomption de paternité de l'art. 3I2 doit l'emporter. Il en était autrement quand l'art. 3I4 faisait de cet enfant un enfant légitimé et non un enfant légitime.

Le désaveu permet d'écarter la présomption de l'art. 3I2

Il faut en arriver maintenant à l'examen des cas dans lesquels la présomption peut être écartée c'est l'étude du désaveu. On envisagera d'abord les conditions du désaveu et il faudra ensuite examiner l'instance et la procédure.

Le désaveu est un acte dont le but est de faire tomber la présomption de paternité du mari. Il est rigoureusement réglementé de sorte qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les règles ordinaires des présomptions absolues ou relatives. L'art. 3I2 du C.Civ. repose sur l'idée d'une reconnaissance anti-

Source : BIU Cujas

cipée qui permettrait peut être une rétractation plus facile, mais le législateur n'a admis la rétractation de la part du mari prétendu père, que dans des cas spéciaux.

En cette matière il faut distinguer 3 situations

Le désaveu est généralement étudié d'après une distinction qui paraît très simple selon qu'on désavoue par la preuve de la non paternité, ou par une simple déclaration. Mais cette distinction n'est pas toujours bien marquée, et, d'autre part, elle n'est pas absolue, c'est pourquoi il faut recourir à une distinction très simple entre les enfants conçus pendant le mariage, et les enfants conçus avant le mariage et nés depuis le mariage et les enfants conçus et nés depuis le mariage.

I) L'enfant est conçu pendant le mariage

Les trois cas de désaveu

Le désaveu est permis dans trois cas qu'on indique sous les formules suivantes:

I° Impossibilité physique de cohabitation

2° Impossibilité morale de co-habitation.

3° Existence d'une demande en divorce ou en séparation de corps art. 6I2 al. 2.

Le désaveu peut être basé sur l'impossibilité physique de co-habitation

Le désaveu peut être tout d'abord basé sur l'impossibilité physique de co-habitation. Elle résulte de l'éloignement des époux, ou de l'effet de quelque accident. La loi vise ici l'impuissance accidentelle du mari ou l'impossibilité de procréation par suite d'un éloignement. Le mari s'est trouvé éloigné de sa femme, il a été dans l'impossibilité d'être l'auteur de l'enfant.

Cette expression a été l'objet d'un développement peut-être excessif. On a dit et jugé qu'il y avait éloignement quand entre le mari et la femme il y avait une distance qu'on ne pouvait franchir en I2I jours. Mais quel est le point de la terre ou on ne puisse aller en I2I jours ? Il en résulterait que le désaveu ne pourrait plus jamais être admis. La jurisprudence est allée beaucoup plus loin, elle a admis, sans se préoccuper de ce délai de I2I jours, que quand le mari fait un grand voyage on peut considérer que si sa femme est restée en France et a un enfant il y a un éloignement qui rend impossible la paternité. Elle a admis même des modes de preuve assez curieux. Ainsi, un mari a pu prouver qu'il était resté en Amérique qu'il n'avait pris aucun billet dans une compagnie de transport. Elle a décidé une distance qu'on peut parcourir même en I2I jours, par conséquent peut constituer l'éloignement prévu par l'art. 3I4 du C.C.

On a décidé de même que l'emprisonnement du mari ou son internement dans une maison d'aliénés pouvait constituer un éloignement. Cependant il y a un

Source : BIU Cujas

exception. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Besançon du 8 mars 1899 - S - 1988 - 2 - 175 a décidé que l'enfant mis au monde par la femme d'un aliéné interné pendant toute la période de la gestation n'en était pas moins de l'aliéné interné, bien qu'il ne fût jamais sorti de l'établissement, et bien qu'il n'ait jamais vu sa femme qu'au parloir, et devant témoins.

Quant à l'impuissance, la loi l'admet, mais elle distingue l'impuissance accidentelle de l'impuissance naturelle et n'admet plus que la première. Elle a craint ici les scandales de l'ancien droit, et les difficultés d'application. L'impuissance accidentelle résulte d'une maladie interne ou externe du mari, mais la jurisprudence n'en révèle pas beaucoup d'exemples.

2° L'impossibilité morale de co-habitation Il s'agit ici de l'adultère corroboré par:

La deuxième cause de désaveu c'est l'impossibilité morale de co-habitation.

L'ancien droit ne qualifiait tel que l'adultère, mais l'adultère ne suffit pas, de nos jours, à exclure l'enfant de la famille. Ce n'est pas parce qu'une femme a un amant, que son enfant n'est pas du mari. Il faut y adjoindre d'autres faits qui viendront établir l'impossibilité pour le mari d'être le père.

Ces faits sont prévus par la loi, par l'art. 313. Il y a surtout le recel de la naissance, en dehors des indices de non paternité.

Le recel de la naissance

Il y a d'abord le recel de la naissance. On a caché la naissance et la grossesse au mari. Si la femme l'a cachée, c'est que l'enfant n'est pas du mari. L'art. 313 à cet égard est assez précis. Il semble qu'il y a là une preuve morale de l'impossibilité de cohabitation.

Et des indices de non paternité

Le mari pourra alors proposer des faits propres à déterminer qui n'est pas le père. Il y a des décisions qui ont admis même à cet égard, en dehors d'une preuve qu'on a considérée comme absolue, résultant de la couleur de l'enfant, des éléments pouvant être invoqués à titre d'argument, savoir la mésintelligence publique et prolongée des époux. Il faut d'ailleurs qu'il s'agisse d'une réunion de plusieurs faits, et qu'on soit en présence d'une situation durable entre le mari et la femme.

L'adultère doit être combiné avec le recel ou des indices de non paternité, par conséquent, et l'adultère est d'ailleurs quelquefois considéré par la jurisprudence comme résultant du seul fait du recel.

3° Le désaveu peut résulter d'une demande en séparation de corps ou en divorce

La troisième cause de désaveu c'est l'existence d'une demande en séparation de corps ou en divorce. En cas de jugement ou même de demande, soit en divorce soit en séparation de corps, le mari peut désavouer

Source : BIU Cujas

l'enfant né plus de 300 jours après l'autorisation reçue par les époux d'avoir un domicile séparé, ou moins de I80 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la reconciliation.

La décision du jugement qui autorise les époux à avoir un domicile séparé, au début de l'instance, donne donc ouverture à un nouveau délai pendant lequel il y a une présomption de non paternité du mari, présomption d'ailleurs juris tantum.

Cette présomption cesse en cas de rejet de la demande en divorce ou en séparation de corps. Si la demande est admise, la présomption de paternité réapparaît. Cela est naturel en matière de séparation de corps, puisque l'obligation de fidélité subsiste, puis que le mariage n'est pas rompu.

Mais en cas de divorce, une fois le divorce transcrit la femme n'est plus mariée et l'enfant n'est plus couvert par l'art. 3I2 al. 2 de sorte que si le délai de 300 jours depuis la séparation des époux est expiré l'enfant n'a plus besoin d'être désavoué.

Mais il y a là une présomption relative juris tantum. Si on établit la réunion des époux, tant que dure le mariage, si on invoque la réconciliation il n'y a plus lieu à désaveu, il faut appliquer la présomption pater is est.

Il s'agit d'un désaveu par simple déclaration

On est ainsi en présence d'un désaveu par simple déclaration, tandis que le désaveu par impossibilité physique ou morale de co-habitation était un désaveu par la preuve de la non paternité.

Aucun désaveu n'est nécessaire dans un cas prévu dans l'art. 3I3 complété par la loi du 30 décembre I9I5 al. 3 Il n'y a plus désaveu si l'enfant est légitimé par un nouveau mariage de sa mère.

4° Enfant conçu avant le mariage fins de non recevoir opposables au mari

La troisième situation est celle où l'enfant est né en mariage et conçu avant. On fait ici allusion à l'arrêt de I930 précité. Un enfant est né avant le I80ème jour du mariage: il est légitime. La règle pater is est s'applique et pour écarter la paternité, maintenant il faudra recourir au désaveu. Il est décisif sur simple déclaration, mais il tombe devant les faits invoqués par l'art. 3I4. En outre, si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage le désaveu n'est plus possible, cela est naturel. Si le mari a assisté à l'acte de naissance et si l'acte de naissance est signé par lui l'enfant ne peut être désavoué. Enfin, quand l'enfant n'est pas déclaré viable, il n'y a pas place pour le désaveu car l'intérêt du désaveu disparaîtrait.

Le désaveu n'est pas possible d'ailleurs si le mari a tacitement ou expressément manifesté sa

Source : BIU Cujas

volonté de renoncer au désaveu.

L'art. 314 du C.C. n'établit pas limitativement les cas où le mari ne peut plus désavouer l'enfant. On a invoqué parfois l'assistance du mari au baptême de l'enfant.

Enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage

Quant aux enfants tardifs conçus et nés après le mariage, qui sont nés plus de 300 jours après la dissolution du mariage, ils viennent tard mais au point de vue de la paternité, ils viennent à temps. Il est manifeste que ces enfants échappent à la présomption de l'art. 312; ce sont des enfants conçus après le mariage. Cependant l'art. 315 emploie en ce qui les concerne une expression telle qu'on les considèrerait comme légitimes. La légitimité d'un enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, dit ce texte, pourra être contestée. Ce n'est pas nécessairement une preuve de non légitimité.

On a qualifié ces enfants d'enfants légitimes et jamais la jurisprudence n'a eu à statuer de sorte que l'enfant qui est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage est encore un enfant légitime, si bien qu'en supposant l'absence, la disparition du mari, si la femme met au monde des enfants ils sont légitimes puisque le mariage n'est pas dissous même s'il y a une impossibilité certaine, tous les enfants ont pour père le mari. Si même il n'y a pas de doute sur la dissolution du mariage, la femme mariée qui, après la mort de son mari, met au monde des enfants a des enfants légitimes.

Donc la filiation paternelle légitime est très fortement établie par la présomption de l'art. 312, quand la filiation maternelle est établie par l'acte de naissance.

2° hypothèse: la filiation paternelle est prouvée par la possession d'état ou par la preuve testimoniale

Il en est autrement quand la filiation paternelle est prouvée soit par la possession d'état soit par la preuve testimoniale. La situation apparaît alors moins solide, car ce qui est naturel c'est que l'enfant ait un acte de naissance qui indique sa mère.

L'art. 46 du C.C. doit être appliqué néanmoins quand l'acte de naissance n'a pas été dressé parce qu'aucun acte de l'Etat civil n'a été dressé, ou bien parce que ces actes sont perdus ou égarés; comme on ne pouvait faire supporter les conséquences de l'impossibilité de prouver la filiation maternelle à l'enfant, on admet que la preuve de la naissance peut être faite par tous les moyens, tant par registre ou papier domestique que par témoins et, en cas d'absence, de non tenue des registres la preuve de la fi-

Source : BIU Cujas

liation maternelle vaudra pour l'enfant comme s'il avait un acte de naissance.

En dehors de cette hypothèse l'enfant qui n'a pu établir par un acte de naissance sa filiation maternelle doit recourir à la possession d'état ou à la preuve testimoniale.

La preuve par la possession d'état

S'il recourt à la possession d'état il sera dans la même situation que si la preuve de la maternité résultait de l'acte de naissance, car la possession d'état, à l'égard de la femme mariée, ne peut exister que si elle existe à la fois à l'égard du mari et à l'égard de la femme. Il faut que le nom du père soit porté par l'enfant "nomen", que l'enfant soit traité par le père et par la famille comme un enfant légitime "tractutus" et qu'il soit traité de même dans la société "fama".

De plus, quand un enfant peut invoquer la possession d'état, une notion particulière fait que sa situation est très forte. La possession d'état suppose, en effet, un long délai puisque la possession doit être constante, et le délai dans lequel peut être exercé le désaveu est très court.

La preuve de la filiation qui est établie en dehors de la possession d'état et de l'acte de naissance peut être combattue par tous les moyens

Il reste à envisager le cas où la filiation de l'enfant est établi par la preuve testimoniale à l'égard de la femme mariée.

L'enfant a cherché à établir sa maternité à l'égard d'une personne qu'il prétendait être sa mère. Il n'a ni possession d'état ni acte de naissance. L'art. 325 du C.C. répond en ce qui concerne le fait de savoir quelle est sa situation, d'une façon ambiguë. Il déclare que la preuve contraire pourra se faire par tous les moyens que l'enfant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, et qu'il n'a pour père le mari.

C'est un désaveu mais qui présente trois caractères particuliers.

I° c'est un désaveu spécial,
2° c'est un désaveu libre,
3° c'est un désaveu préventif.

C'est ce qu'a mis en relief un arrêt de la Ch. civile du 20 juillet I92I - (D. I92I.I.233). C'est un désaveu spécial qui est soumis à certaines règles qu'indique l'art. 325: c'est un désaveu libre et préventif, c'est-à-dire que le père qui va écarter, en pareil cas, la présomption de paternité, peut être même avant que ne soit établie la filiation à l'égard de la mère, agit pour en détruire l'effet. Il désavouera en prouvant, par tous lesmoyens, que la maternité ne concerne pas sa femme, ou que, si sa

Source : BIU Cujas

femme est la mère, ce n'est pas lui qui est le père.

Ces trois caractères, surtout le dernier, demanderaient à être étudiés spécialement.

§ 2 - La filiation paternelle naturelle.

Avant la loi du 16 Novembre 1912, l'art. 340 du C.Civ. interdisait la recherche de la paternité

Avant la loi du 16 Novembre 1912, l'art. 340 du C.Civ. interdisait la recherche de la paternité. On ne pouvait pas prouver la filiation paternelle naturelle. On n'empêchait pas, bien entendu, la reconnaissance, mais la preuve en justice, de la filiation paternelle naturelle n'était pas admise. C'était là l'une des dispositions les plus caractéristiques et les plus critiquées du code civil.

Le système du code civil était bien simple. Le fait de la paternité n'est pas susceptible de preuve directe. Or les modes de démonstration indirecte sont très incertains, en dehors de l'aveu exprès ou tacite, l'aveu exprés résultant de la reconnaissance, et l'aveu tacite résultant, en cas de mariage, du fait du mariage, pour la paternité légitime. Dès lors, comm en matière de filiation paternelle naturelle il n'y avait plus de lien de mariage, il était nécessaire d'interdire la recherche. L'art. 340 la reconnaissait seulement possible en cas d'enlèvement, ce qui était un cas très rare.

Cette interdiction était une innovation de la période intermédiaire

Fait digne de remarque, c'était là une innovation de la période intermédiaire.

Cette interdiction avait été introduite par réaction contre l'ancien droit

Cette interdiction de la recherche de la paternité a été introduite, par réaction contre l'ancien droit. L'ancien droit admettait la recherche de la paternité naturelle, non pas pour faire entrer les bâtards dans la famille, car c'était un adage bien connu que "bâtard ne succède pas", mais pour obliger le père à nourrir l'enfant et même la mère " celui qui a fait l'enfant le doit nourrir" disait Loisel et, d'après un usage ancien, sur la seule affirmation d'une fille-mère, que l'auteur de sa grossesse était tel individu, cet individu était condamné à pourvoir aux frais de gésine. Il lui devait des aliments. On formulait cette obligation dans la maxime "creditur virgini parturienti, asserenti se praegnantem esse ex aliquo" c'est-à-dire la fille qui est enceinte est crue quand elle vient affirmer qu'elle est enceinte des oeuvres de tel individu. On disait d'ailleurs toujours simplement pour citer l'adage "creditur

Source : BIU Cujas

virgini praegnanti". On accordait toujours créance aux dires de la fille honnête.

Mais il n'en faut pas conclure que cette déclaration fit preuve de la paternité. Elle n'avait qu'un intérêt. C'était d'obliger le père prétendu à payer les frais de gésine. Mais, pour établir la paternité, il fallait recourir aux modes de preuve et aux procédés du droit commun.

Ce système de la libre recherche de la paternité dans l'ancien droit, combinée avec la règle créditur virgini praegnanti avait occasionné des scandales. Des filles de bas ordre cherchaient à attribuer des enfants dont elles n'avaient pas voulu aux plus riches de leurs amants, et, dit un auteur " des filles éhontées mentaient à leur conscience, au milieu des convulsions les plus pénibles de l'enfantement".

Un décret de l'an II règlementa ce mode de preuve: tout mode d'établissement de la filiation naturelle, en dehors d'un titre authentique, était interdit.

Comment s'explique la rigueur du système révolutionnaire en cette matière

Comment expliquer cette interdiction, alors que le droit intermédiaire s'est montré favorable, en toute matière, à l'égalité, alors que les hommes de la Révolution voyaient sans défaveur les enfants naturels ? Y a-t-il eu ici un revirement de législation ? Non. Mais, à notre point de vue, la Révolution a fait fausse route. L'exagération de ses idées humanitaires l'avait entraînée à une assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime. Or, une pareille assimilation devait entraîner une restriction de la preuve de la filiation paternelle. Pendant longtemps, en effet, cela a été un fait bien établi que plus la filiation naturelle a d'effet, plus on fait à l'enfant naturel une situation favorable, et plus il faut se montrer strict dans la preuve de la filiation naturelle. C'est qu'en effet il n'est guère de matière om il y ait autant à craindre les erreurs et le chantage.

La loi de Brumaire avait justement pour but d'empêcher que les enfants naturels auxquels on reconnaissait des droits très larges, ne parvinssent à entrer dans la famille et le système de la loi de Brumaire s'explique par cette idée qu'on ne pensait établir qu' un régime provisoire. On parait au plus pressé, et on voulait réformer cette législation, lors du code civil.

Le système du C.C.

Mais le code civil maintint le droit nouveau introduit par la loi de Brumaire. L'art. 340 était net: la recherche de la paternité était interdite. C'était la défense absolue de la recherche de la paternité, aggravée par le fait qu'on estimait alors que des aliments

Source : BIU Cujas

ne pouvaient être réclamés au père car, indirectement c'était parvenir à la recherche de la paternité.

A cette interdiction il y avait une seule exception, en cas d'enlèvement, quand l'époque de l'enlèvement coïncidait avec celle de la conception, et on admettait ici une interprétation très stricte, à tel point qu'on n'avait pas voulu assimiler le viol à l'enlèvement, à la différence d'ailleurs de la loi de 1912.

Comment on justifiait l'art. 340 du C.Civ.

La justification de cet art. 340 avait été tentée de bien des façons, mais c'était surtout l'intérêt général qui était l'argument essentiel. On disait que la société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus. On montrait les scandales qui avaient eu lieu dans l'ancien droit, quand la recherche de la paternité était admise. On ajoutait qu'il ne fallait pas mettre en opposition l'intérêt individuel de l'enfant, avec l'intérêt social.

Critiques des arguments invoqués en faveur du système de l'art. 340 du C.Civ.

La vérité était que tout cela était confusion

D'abord il n'est pas vrai que la société n'ait pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus. La société a toujours intérêt à la reconnaissance de la vérité, où qu'elle soit.

Quant au scandale devant les tribunaux, ceux-ci n'entendent-ils que des discours d'honnêtes gens ? N'y a-t-il pas aussi des scandales en matière de divorce ou de séparation de corps ?

Il est exagéré, d'autre part, de déclarer qu'il est impossible de faire la preuve, en justice, par voie d'enquête, de la paternité. Il y a des moyens indirects de prouver la paternité et, sans vouloir faire du concubinage un diminutif du mariage, on peut reconnaître qu'il résulte du concubinage notoire une présomption qui, certainement, ne vaut pas la présomption du mariage, mais qui, tout de même, peut permettre d'établir que l'enfant né de la concubine est bien l'oeuvre du concubin.

La règle de l'art. 340 était des plus discutée. Elle était condamnée par tout le monde: l'opinion lui était contraire. Les jurys absolvaient les infanticides, et c'était dans un sentiment de défaveur très marqué à l'égard du père.

La littérature, elle aussi, était unanime en faveur de l'enfant naturel, depuis Alexandre Dumas fils jusqu'à Maupassant, en passant par Victor Hugo, et de Le Play à d'Hassonville, en passant par Jules Simon. Pour Alexandre Dumas fils, c'était d'ailleurs une question personnelle puisqu'il était enfant naturel, et il faut connaître d'autre part le père de Maupassant.

Source : BIU Cujas

Les tempéraments apportés par la jurisprudence à la rigueur de l'art.340,avant la loi de 1912

Des projets nombreux avaient été présentés, mais la situation était rendue tolérable par suite d'une jurisprudence hardie qui était venue suppléer à l'insuffisance de la loi, ou plutôt qui était venue apporter des tempéraments à la rigueur de l'art. 340, tempéraments à l'interdiction de la recherche de la paternité naturelle, qu'il faut montrer, car ce sont ces précédents jurisprudentiels qui expliquent le mieux la loi; d'ailleurs ils n'ont pas perdu toute autorité, même depuis la loi de 1912.

Ces tempéraments étaient dus à une interprétation très audacieuse de la jurisprudence.

Au début la jurisprudence avait appliqué strictement l'art. 340

Au début, la jurisprudence avait appliqué strictement l'art. 340. Elle avait refusé toute demande d'indemnité, en invoquant qu'il n'y avait là qu'un détour pour ne pas appliquer l'art. 340, qu'il n'y avait là qu'un moyen cherché pour tourner l'art. 340.

Puis la jurisprudence commença à accorder des dommages-intérêts à la mère, pour frais de gésine, basés sur l'art.1382

Plus tard, la jurisprudence accorda des dommages-intérêts à la mère, pour lui payer les frais de gésine.

Elle les basait sur l'art. 1382: elle exigeait une faute et un dommage.

Elle refusait, au contraire, dans cette seconde période, à l'enfant de lui fournir des aliments.

Dans la seconde moitié du XIXème siècle la jurisprudence en vint à accorder même des aliments à l'enfant

Dans la deuxième moitié du XIXème siècle,elle en vint à accorder des dommages-intérêts à la mère et des aliments à l'enfant.

Etait-ce juridiquement exact ? Oui pense M. Hémard car autre chose est l'action en recherche de la paternité formée par l'enfant, et autre chose l'action en dommages-intérêts intentée par la mère, ou l'action pour des aliments intentée par l'enfant.

Demonlombe avait essayé de justifier cette jurisprudence, et il faisait remarquer que ce que la mère ou l'enfant invoquent en pareil cas, ce n'est pas la paternité, mais la grossesse. Cela pouvait paraître un peu subtil, car c'est la grossesse qui crée la paternité.Malgré tout, les décisions judiciaires se contentaient de cet argument.

On validait également l'engagement pris par le père envers la mère ou l'enfant de nourrir l'enfant

D'une part, on avait validé l'engagement pris par le père envers la mère ou l'enfant, engagement de nourrir la mère, engagement de nourrir l'enfant pris envers la mère, mais qui pouvait, par la suite, être pris envers l'enfant.La jurisprudence validait ces engagements. Elle déclarait qu'il y avait un engagement qui n'allait pas à l'encontre de l'art. 340.

Mais, en l'absence de tout contrat passé entre le père et la mère, la jurisprudence avait admis

Source : BIU Cujas

d'abord des demandes en dommages-intérêts , tant de la mère que de l'enfant, puis d'aliments de la part de l'enfant. Les demandes en dommages-intérêts formulées par les filles-mères étaient très fréquentes.

Les tribunaux d'abord n'accordèrent une indemnité que s'il y avait eu promesse de mariage

Au début, les tribunaux n'avaient accordé une indemnité que s'il y avait une promesse de mariage, dont la preuve pouvait être rapportée par la femme. La promesse de mariage chose singulière, n'était pas admise comme constituant un engagement certain et valable, on ne lui attribuait qu'une autorité pour établir la faute, dans l'action en dommages-intérêts de la mère.

Indemnité fondée sur II42 puis sur I382

La jurisprudence s'était d'ailleurs référée à l'art. II42 qui établit des dommages-intérêts contractuels, de sorte qu'elle admettait que la promesse de mariage constituait un avant contrat, sinon un contrat Seulement les critiques de la doctrine furent si vives, en raison des contradictions qu'il y avait eu d'autres matières à ne pas admettre que la promesse de contrat fut un avant contrat, que la jurisprudence déclara qu'il n'y avait pas là de responsabilité contractuelle, mais une responsabilité délictuelle, fondée sur l'art. I382.

En réalité, même en se basant sur l'art. I382, même envoyant dans la promesse de mariage, dans la promesse ayant amené la séduction de la fille, le moyen d'établir la faute ce n'en était pas moins reconnaître une valeur à la promesse de mariage, alors qu'en d'autres matières on ne voulait pas que cette promesse fut reconnue.

Cette promesse de mariage la jurisprudence fut alors amenée à en préciser les caractères.

La jurisprudence avait admis assez largement, avant la loi de I9I2 la séduction dolosive ouvrant le droit à des dommages-intérêts

Elle décida que la promesse de mariage à elle seule n'avait pas d'effet mais que s'il était permis aux parties de rompre, à tout moment, l'union projetée du moins, la rupture devait-elle être considérée comme une faute, quand elle intervenait après la séduction. Autrement dit, seule la promesse de mariage ne pouvait servir à rien. Mais ici il y a toujours séduction puisqu'on suppose le cas où un enfant est né. C'est la séduction dolosive, et il faut voir à cet égard combien la jurisprudence en était arrivé à admettre facilement la séduction dolosive. On peut citer à cet égard un arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre I907 (S. I909.I.553).

La séduction dolosive même avait été étendue. La séduction seule ne pouvait pas servir de base à une demande en dommages-intérêts de la part de la mère, mais la séduction dolosive le pouvait, soit avec promesse de mariage, soit avec abus d'autorité de la part

Source : BIU Cujas

du maître à l'égard d'une personne qui était sous ses ordres. La jurisprudence avait admis d'une façon assez large, avant la loi du 16 novembre I9I2, par conséquent, cette faute résultant de la séduction dolosive.

D'autre part, la jurisprudence en était arrivée à accorder à l'enfant des aliments. Elle invoquait surtout, en pareil cas, l'engagement du père à l'égard de la mère de lui fournir ce qui était nécessaire à l'enfant, quand la mère était morte, et que l'enfant subsistait.

La loi du 16 novembre I9I2 est venue régulariser cette jurisprudence et permettre en outre, dans certains cas la recherche de la paternité

La loi de I9I2 est venue régulariser cette situation en disant que, dans certains cas, non seulement des dommages-intérêts pouvaient être réclamés par la mère, que non seulement des aliments pourraient être dus à l'enfant, mais que la recherche de la paternité serait admise dans des cas qu'elle précisait. Cette loi a donc eu une très grande importance. Elle a révisé le principe de l'art. 340 ou plutôt elle est venue y apporter des exceptions très importantes qu'il faut analyser.

Cette loi est d'ordre public

Cette loi est une loi d'ordre public: elle règle une question relative à l'état des personnes.

C'est, d'autre part, une loi qui vient apporter des exceptions, puisqu'elle indique restrictivement les cas dans lesquels la recherche de la paternité naturelle est admise, de sorte qu'en dehors des cas qu'elle énumère, et qui sont au nombre de cinq, la recherche de la paternité n'est pas admise.

Cette loi a un caractère rétroactif

Il faut rappeler aussi, en raison du caractère d'ordre public de cette loi, et en raison de ce qu'elle règle une situation juridique, que cette loi est de celles qui rétroagissent. En effet, quand on est en présence d'un état de droit, d'une situation juridique créée par la loi, la loi peut venir la modifier, et cette loi pourra s'appliquer, même dansle passé. La loi du 16 novembre I9I2 s'est appliquée non seulement immédiatement à tous les enfants naturels nés postérieurement à sa promulgation, mais encore aux enfants naturels nés antérieurement à sa promulgation, et elle est rétroactive car quand un enfant est reconnu volontairement, par la reconnaissance, ou forcément, par une recherche de paternité, l'effet de la reconnaissance remonte dans le passé. Pour les enfants nés ou conçus antérieurement à la loi du 16 novembre I9I2, l'effet de la loi s'est appliqué, à partir du jour de leur naissance.

Les cas dans lesquels la recherche de la paternité est admise en vertu

Quels sont les cas dans lesquels la recherche de la paternité est admise, de nos jours, depuis la loi de I9I2 ?

Source : BIU Cujas

de la loi de 1912.

A la différence de la recherche de la maternité, la recherche de la paternité n'est admise que dans certains cas. Elle est enfermée dans un cadre assez étroit.

La recherche de la paternité est cependant dans certains cas, plus facile que la recherche de la maternité, c'est quand on n'exige pas le commencement de preuve par écrit. Or pour la preuve testimoniale, en matière de recherche de la maternité, il faut toujours un commencement de preuve par écrit.

La loi de 1912 a prévu cinq cas qui peuvent être groupés en deux catégories

Les cinq cas prévus par l'art. 340 peuvent être groupés en deux catégories.

Il y a d'abord les cas où un aveu implicite du père permet la recherche de la paternité. Il en est ainsi en cas d'aveu écrit de paternité, en cas d'entretien et d'éducation de l'enfant.

Mais il y a des cas où sans aveu implicite du père, quand il y a des présomptions sérieuses, l'art. 340 admet la recherche de la paternité. Il en est ainsi d'abord quand il y a enlèvement ou viol, quand il y a séduction et en cas de concubinage.

Intérêt que présente cette distinction

Cette distinction n'est pas sans intérêt car l'aveu implicite du père, supprime la preuve préalable de la maternité, dans le cas où il y a aveu implicite du père il n'y a pas lieu à la recherche de la maternité préalable, puisque la paternité se prouve par l'aveu du père. Au contraire, dans les cas où on n'admet que des présomptions graves, il faut la preuve préalable de la maternité.

Dans un premier groupe de cas il y a aveu implicite du père

Reprenons ces hypothèses.

D'abord il y a aveu implicite du père dans le cas d'un aveu écrit de paternité, et dans le cas d'entretien et d'éducation de l'enfant.

a) Aveu écrit de paternité

Au fond, en cas d'aveu écrit, l'aveu peut être exprès ou implicite. Ce qu'on veut c'est que l'aveu exprès ou implicite ne soit pas équivoque. Le législateur ici n'a fait que transformer l'action en vue de réclamer des aliments, dérivant d'une promesse écrite, en un droit de prouver la paternité, c'est-à-dire d'établir la filiation paternelle.

L'aveu doit être non équivoque

Il faut un aveu non équivoque. Ce n'est pas là seulement d'après la Cour de cassation une question de fait. La Cour de cassation y voit une question de droit, et elle pourra voir si les conditions de l'aveu sont réunies.

L'aveu sous-seing privé n'est pas une reconnaissance

Cet aveu sous-seing privé n'est pas une reconnaissance, puisque la reconnaissance ne peut avoir lieu que par acte authentique, puisqu'elle est un acte formaliste.

Source : BIU Cujas

Un acte sous-seing privé quelconque peut être invoqué. Cet acte sous-seing privé, est le plus souvent une lettre contenant soit un aveu exprès de paternité, soit un aveu implicite, résultant de ce que le père promet de donner tout ce qu'il faut à la mère, pour l'entretien de l'enfant.

Il s'agit ici d'une promesse d'entretien. Dans le second cas, au contraire, il n'y a pas promesse.

b) Entretien et éducation de l'enfant

Il faut en arriver au cas d'entretien et éducation de l'enfant.

Ici, il n'y a plus besoin de promesse, puisque le père a entretenu l'enfant, puisqu'il a pourvu à son éducation, et la jurisprudence a été sur ce point tout à fait modifiée, car la jurisprudence antérieure exigeait un engagement. Le fait que le père avait entretenu, éduqué l'enfant ne suffisait pas pour entraîner l'obligation; il n'y avait que la possibilité de réclamer des dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382.

La loi désormais donne à l'enfant le droit de réclamer sa filiation paternelle, du fait qu'il a été élevé par tel individu qu'il entend faire déclarer comme son père. Il y a ici une sorte de possession d'état mais limitée à un seul élément de la possession d'état qui est le tractatus. C'est le fait d'être traité par le père, et vis-à-vis des parents du père, comme étant son enfant naturel.

Voilà les deux cas de la recherche de la paternité naturelle permis par l'art. 340 qui se rattachent à l'idée d'aveu implicite. En ce cas, il n'y a pas besoin de preuve préalable de la maternité.

Dans un second groupe de cas il y a des présomptions graves

Il reste le cas des présomptions graves qui établissent que tel homme est le père de l'enfant.

a) Cas de l'enlèvement ou du viol

Il en est ainsi d'abord en cas d'enlèvement ou de viol. Le cas de l'enlèvement qu'on rencontre dans les romans n'est pas très fréquent. Quand il y a un enlèvement, la cohabitation de la mère et du ravisseur n'a pas besoin d'être démontrée, et l'enlèvement implique une possession exclusive qui, dans une certaine mesure, constitue une garantie de fidélité.

Quant au viol, était-il bien utile de l'assimiler à l'enlèvement ? Il faut un viol judiciairement établi, ce qui exige, par conséquent, des poursuites, même en cour d'assises, et le viol ne suppose pas, au même titre que l'enlèvement, une séquestration prolongée permettant d'établir une présomption de fidélité. C'est seulement un enlèvement momentané. Dès lors, fallait-il assimiler le viol à l'enlèvement, d'autant que, généralement, l'enfant n'a pas grand intérêt à être reconnu par un père à la suite de viol:

Source : BIU Cujas

ce sont là, en effet, des crimes de chemineaux.

d) Cas de la séduction

Le deuxième cas où il y a présomption grave est celui de la séduction. Mais la loi ici, utilisant la jurisprudence antérieure, n'admet que la séduction dolosive. La loi la prévoit dans l'art. 340 2° en ces termes " Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manoeuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles et s'il existe un commencement de preuve par écrit, dans les termes de l'art. 1347" Dans ce cas la preuve de la paternité naturelle est possible.

Conditions requises pour que ce cas se réalise

Il faut donc trois conditions pour que ce cas se réalise I° Il faut une séduction prouvée par la grossesse et l'accouchement 2° il faut une séduction dolosive, 3° il faut un commencement de preuve par écrit.

Le législateur n'a fait ici qu'adopter la solution antérieure de la jurisprudence qu'il est allé prendre dans l'arrêt de la Cour de cassation de 1907. Il s'agissait, dans cette espèce, d'une action en dommages-intérêts exercée par la mère contre le père, et non d'une action en recherche de paternité. Mais, le législateur a fait plus: il a posé le droit de l'enfant de réclamer sa filiation.

La preuve de la séduction résulte de la grossesse et de l'accouchement. La preuve de la séduction dolosive est soumise au droit commun. La séduction est dolosive quand elle intervient d'abord à la suite de promesse de mariage ou de fiançailles, dit la loi, promesse qui vient décider la fille. La séduction dolosive peut venir aussi de manoeuvres dolosives proprement dites, et d'abus d'autorité: maître à l'égard de sa domestique, ou de son ouvrière.

La séduction enfin qui est dolosive ne peut servir à la recherche de la paternité que s'il y a un commencement de preuve par écrit. Le législateur a bien précisé qu'il s'agissait ici du commencement de preuve par écrit résultant de l'art. 1347, c'est-à-dire émanant de celui à qui on l'oppose: ce n'est pas celui de l'art. 324, qui résulte de papiers domestiques. Mais la jurisprudence, depuis 1912, a plutôt tendance à étendre cette notion en notre matière.

c) Le concubinage

Le dernier cas où les présomptions graves sont considérées comme suffisantes, pour permettre la recherche de la paternité naturelle, c'est le cas du concubinage.

Source : BIU Cujas

Conditions qu'il doit remplir pour ouvrir le droit à la recherche de la paternité

L'art. 340 exige le concubinage notoire pendant la période légale de la conception. Il faut qu'il y ait concubinage, qu'il soit notoire et que l'époque de la conception se rapporte à l'époque du concubinage.

Le concubinage notoire des parents, pendant la période légale de la conception semble établir, en effet, les deux faits sur lesquels on fait reposer d'ordinaire la présomption de paternité de l'art. 3I2; il établit le fait de la cohabitation, et le fait de la fidélité. Dans cette conception d'après laquelle il y a un aveu implicite en cas de concubinage, n'y a-t-il pas en effet une sorte d'aveu du père vivant en concubin avec la mère ? Deux personnes vivent ensemble au vu et au sus de tout le monde, elles vivent surtout à l'égard des tiers comme des époux. Peu importe d'ailleurs qu'elles vivent comme des époux ou cpmme des concubins. Ces personnes passent souvent pour des personnes mariées, mais elles peuvent vivre comme de simples concubins, que ce soient de faux ménages ou que ce soient despartisans résolus de l'union libre.

La communauté d'habitation n'est pas nécessaire

La cohabitation doit-elle s'apprécier ici comme en matière de mariage ? Faut-il une communauté d'habitation ou d'existence.

La jurisprudence estime qu'il n'y a pas besoin d'une cohabitation constante du père et de la mère, même si la mère vit au dehors du domicile du père, si c'est l'amant qui va chez la maîtresse ou la maîtresse qui va chez l'amant. La chambre civile a dit que l'art. 340 4° permet, dans ce cas, la recherche de la paternité naturelle, 7 février I922 (S. I922.I. 32I).

Au fond l'individu en état de concubinage accepte le risque des enfants: il est naturel qu'on les lui attribue. On voudrait espérer qu'en rendant ainsi le concubinage un peu plus dangereux, par le fait que lesenfants peuvent être attribués au père, on arrivera à diminuer le concubinage. Mais c'est là semble-t-il, un espoir chimérique.

La recherche de la paternité peut être écartée dans certainscas

La recherche de la paternité naturelle est donc admise dans les cinq cas indiqués.

Mais cette recherche peut être écartée dans certains cas.

I° En cas d'inconduite notoire e la mère

Elle l'est d'abord en cas d'inconduite notoire de la mère. Mais est-ce lors de la conception ou à toute époque ? Il semble que ce soit seulement lors de la conception. Car une fille peut être sérieuse à une époque, et ne plus l'être à une autre.

Mais on s'est demandé si, en cas d'inconduite notoire, au moment de la conception, l'aveu du père

Source : BIU Cujas

suffisait ? Il n'y a pas de raison de l'empêcher.

2° L'éloignement du père

D'autre part, l'éloignement du père est également une cause de non recevabilité de l'action en reconnaissance, forcée judiciaire de paternité. L'art. 340 du C.Civ. dit, en effet, que "l'action en reconnaissance de paternité ne sera pas recevable, 2° si le père prétendu était, pendant la même période soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelqu' accident dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant". On reproduit ainsi en partie un cas de désaveu de l'art. 312 du C.Civ.

Il faut l'éloignement du père. Est-ce que l'éloignement de la mère serait suffisant , l'éloignement de la mère qui, par exemple, vivait en état de concubinage avec un autre individu ? Ce n'est pas l'inconduite notoire puisqu'elle est installée avec un autre individu . On est en présence d'un cas où il ne semble pas qu'il y ait éloignement du père.

Il s'agit ici de cas de non recevabilité et non de fins de non recevoir.

Il s'agit ici de cas de non recevabilité.

Il ne faut pas parler de fins de non recevoir, car, en procédure, les fins de non recevoir ont des caractères très précis et notamment il faut les opposer au début de l'instance, au seuil de l'instance " in limine litis". Ici on n'est pas en présence de telles fins de non recevoir et si le père n'a pas invoqué ces causes, au début de l'instance, il peut les invoquer par la suite.

Le demandeur à la recherche qui est de mauvaise foi peut être puni des peines du chantage Subsistance, en cette matière de la jurisprudence antérieure à la loi de 1912.

La recherche de la paternité ne va pas sans danger. On aura à voir l'art. 3 de la loi de 1912, quand on étudiera l'action en matière de filiation. D'après cet art. 3 le demandeur de mauvaise foi, celui qui veut rechercher une paternité qui n'est pas réelle peut être puni des peines du chantage.

Mais il subsiste, depuis l'application de la loi du 16 novembre 1912, la possibilité d'invoquer la jurisprudence antérieure à cet effet. En effet, la loi est bien venue consolider la jurisprudence, et même la modifier en tous points, puisqu'il ne s'agissait pas de la recherche de la paternité naturelle. Dans le cas d'abord où l'art. 340 n'est pas applicable, la jurisprudence antérieure peut être invoquée et même depuis la loi de 1912 il y a encore une application de cette jurisprudence antérieure dans les cas où la loi n'est pas applicable.

Dans les cas où la loi est applicable, où la recherche de la paternité pourrait être admise, la jurisprudence antérieure ne doit-elle pas encore s'appliquer, tant en ce qui concerne la mère, qu'en ce qui concerne l'enfant ? Il faut répondre affirma-

Source : BIU Cujas

tivement. Il se pourrait qu'une fille craint les aléas d'une action en justice se contente d'un engagement du père pris à son égard, ou d'une action en dommages-intérêts si cette action est de nature à lui fournir ce dont elle a besoin.

Dans le cas où l'art. 340 ne serait pas applicable et où la fille-mère craint qu'on ne lui oppose un cas de non recevabilité, notamment l'inconduite notoire ne pourrait-elle faire état des engagements du père à son égard ? Dans ce dernier cas la difficulté serait plus grande. Cependant d'une façon générale il faut dire que l'application de la loi du 16 novembre 1912 n'a pas rendu inutile le recours à l'ensemble de la jurisprudence qui lui était antérieure.

Les actions en matière de filiation.

Les intérêts et les intéressés qui sont en jeu en ce qui concerne les actions en matière de filiation

Il ne s'agit pas seulement ici de la recherche de la paternité ou de la maternité, il s'agit aussi de leur contestation et ainsi on peut dire qu'après avoir étudié les modes de preuve de la filiation, on en arrive à voir la mise en oeuvre, l'exercice en justice de ces modes de preuve.

La filiation est un fait juridique qui entraîne des conséquences nombreuses, utiles aux uns, nuisibles à d'autres et qui, par conséquent, est de nature à donner lieu à une action de la part de nombreuses personnes, qu'il s'agisse de protéger des intérêts pécuniaires ou moraux.

Selon les cas ces intéressés sont, en dehors de l'enfant qui réclame ou conteste sa paternité ou sa maternité, les parents du père ou de la mère ou les héritiers de l'enfant; les parents du père ou de la mère ont intérêt à prouver ou à contester la filiation mais parfois ce sont de véritables tiers par rapport à l'enfant qui auraient grand intérêt à établir qu'il est ou non l'enfant de tel père ou de telle mère. Une personne, par exemple, a fait une donation. Or il y a dans l'art. 960 du C.C. une cause de révocation des donations spéciales pour survenance d'enfant, c'est-à-dire que quand des personnes ont fait une donation alors qu'elles n'avaient pas d'enfant, s'il leur survient un enfant, la donation est révoquée. Le tiers donataire a ici grand intérêt à contester la reconnaissance volontaire ou forcée de l'enfant.

En cette matière il faut distinguer

En principe, on peut dire que toute personne intéressée peut agir, mais ceci n'est pas tout à fait vrai, et il y a des actions pour lesquelles l'intérêt ne suffit pas. Il ne s'agit pas d'admettre, ici les mêmes règles qu'en toute matière d'action

Source : BIU Cujas

d'état. Il y a des règles spéciales et il faut distinguer entre deux catégories d'actions; les actions en réclamation d'état, et les actions en contestation d'état. Mais cette distinction si simple et si naturelle a été compliquée par le C.C.

Les actions en réclamation d'état

Les actions en réclamation d'état, de filiation ce sont celles par lesquelles une personne réclame une filiation différente de celle qu'elle a l'air d'avoir, en apparence. Elles ne comportent pas de désignation spéciale quand elles tendent à établir la filiation légitime, et quand elles ont pour but la filiation naturelle on les appelle actions en réclamation ou en recherche de paternité ou de maternité.

Et les actions en contestation de filiation

Quant aux actions en contestation de filiation, ce sont celles par lesquelles une personne ou l'enfant lui-même viennent contester, discuter l'état que l'enfant a ou paraît avoir. Ici c'est l'inverse, c'est en matière de filiation légitime que les actions ont un nom. Elles n'en ont pas, au contraire, en matière de filiation naturelle. En ce qui concerne la filiation légitime, en effet, on parle de contestation de légitimité, et d'action en contestation de légitimité, de désaveu, et d'action en désaveu.

Il y a contestation de légitimité si on entend que l'enfant issu de telle femme n'est pas né dans des conditions qui rendent applicable la règle de l'art. 312 al^{a}. 2.

Il y a action en désaveu de paternité quand la conception de l'enfant, pendant le mariage, n'étant pas douteuse, les conditions d'application de la présomption de paternité de l'art. 312 étant remplies, les circonstances rendent inadmissible son application certaine.

Ce sont ces actions d'état, de filiation actions en contestation d'état, en réclamation d'état qu'on a à étudier dans la pratique, dans leur exercice.

Les restrictions apportées par la loi ou par la jurisprudence à l'exercice des actions en matière de filiation

Ces actions ont pour but de faire établir un fait qui est indépendant de la volonté des intéressés: ce fait, c'est la filiation de l'enfant. Il semble qu'on devrait en conclure que toute personne intéressée à établir ou à contester la filiation le pourrait sans qu'il y ait de doute à cet égard.

Or le législateur français n'a pas admis cette règle et il y a apporté des dérogations.

D'une part, la loi permet au mari seul, en principe, d'intenter l'action en désaveu, en raison de son importance, et elle permet à l'enfant seul de rechercher sa paternité, c'est-à-dire d'exercer l'action en recherche de paternité - loi du 16 novembre 1912.

Source : BIU Cujas

La jurisprudence d'autre part, a établi en cette matière des règles spéciales en ce qui concerne l'exercice de l'action en recherche, en réclamation d'état de sorte qu'il faut étudier I) A qui appartient l'action en matière de filiation 2) D'autre part, les règles spéciales de compétence et de procédure auxquelles sont soumis les actions en matière de filiation, quand elles peuvent être exercées, quand celui qui agit a le droit d'agir; on étudiera ainsi à propos de la filiation, la compétence en matière d'actions d'état. Il faudra donc voir comment s'exercent ces actions de filiation: ce sont les règles qu'on applique à toutes les actions d'état, et il restera alors à rappeler certaines règles qu'on connaît déjà, et qui ont une grande importance, ce sont les règles relatives à l'autorité des jugements en matière de filiation. Le problème peut d'ailleurs être généralisé et on peut étudier l'autorité des actions en matière d'état. Signalons qu'on a déjà étudié cette question en ce qui concerne l'état et qu'on l'a rappelé à propos du nom et de la filiation.

Il y a donc trois questions à étudier.

I° - A qui appartiennent les actions en matière d'état ?

2° - Contre qui sont-elles exercées ?

3° - Comment s'exercent les actions en matière de filiation, c'est-à-dire la compétence et la procédure.

4° - Enfin on dira quelques mots de l'autorité des jugements en matière de filiation.

Qui a le droit d'exercer les actions en matière de filiation

Les actions en matière de filiation n'appartiennent pas à tout intéressé, laloi, la jurisprudence aussi en restreignent l'exercice. La loi ne permet, en principe qu'au mari d'agir en désaveu et l'enfant seul a l'action en recherche de paternité, en principe. Quant à la jurisprudence on verra qu'elle a, par des moyens divers, limité l'exercice de l'action en réclamation de filiation.

Les restrictions légales apportées à l'exercice des actions

Envisageons d'abord les actions que la loi a elle-même limitées . Envisageons d'abord les restrictions légales, puis on verra les autres cas.

Or, dans les restrictions légales rentre d'abord une action en contestation de filiation: le désaveu, et une action en réclamation: l'action en recherche de la paternité naturelle.

I)L'action en désaveu
Le mari seul en principe, a le droit

C'est le mari seul, en principe, qui a le droit d'intenter l'action en désaveu. Il n'y a que lui qui puisse désavouer, rejeter de la famille, en principe, un enfant couvert par la présomption de paternité de

Source : BIU Cujas

d'intenter l'action en désaveu Exceptionnellement, en cas de décès du mari les héritiers peuvent agir en désaveu quand le père est mort dans le délai utile pour exercer l'action. Justification de ces règles spéciales à notre matière

l'art. 312 al. I.

Cependant, en cas de décès du mari, les héritiers, dans des cas qu'on aura à préciser, et qui sont établis par l'art. 317, peuvent agir en désaveu: l'action n'est pas entièrement intransmissible. Elle peut être intentée par les héritiers quand la mort du mari présumé père intervient avant l'expiration du délai utile pour exercer l'action. On sait que ce délai est très bref. Il est normalement de deux mois. On le verra quand on étudiera la procédure des actions en matière de filiation.

Comment justifier cette dérogation aux règles du droit commun ?

Comment a-t-on pu admettre que le mari seul puisse agir en désaveu, étant donné qu'il peut y avoir un intérêt pour la famille à rejeter de son sein un individu qui n'en fait pas partie ?

La raison qui est logiquement invoquée c'est que le mari est seul au courant des faits sur lesquels repose la filiation paternelle. Seul il sait exactement à quoi s'en tenir sur les rapports conjugaux. Cela est assez conforme d'ailleurs à la conception du C.C., puisque dansle C.C. la preuve de la paternité ne peut se faire qu'indirectement et que la preuve fondamentale en la matière c'est l'aveu du père . L'aveu est tantôt exprès par la reconnaissance, et tantôt tacite ou présumé par l'art. 312 du C.C.

Mais cette raison ne doit pas être jugée suffisante car le désaveu peut ne pas être exercé dans des cas où la non paternité du mari est évidente. Supposons un enfant né pendant une absence du mari, plus de 300 jours après son départ. Il n'est pas vrai de dire qu'en pareil cas le mari soit seul au courant des rapports conjugaux. Dans ce cas tout le monde sait qu'il n'est pas le père de l'enfant.

Admettons cependant que telle ait été la raison d'où soit parti le législateur de 1804. Elle aurait dû conduire à cette solution que le C.C. a écartée. Si le mari était seul au courant des faits servant de base à la filiation à son égard, l'action en désaveu ne devrait jamais être transmissible, car en quoi le fait pour les héritiers de succéder au patrimoine du mari peut-il les mettre au courant de ces faits intimes que sont les rapports conjugaux? D'autant plus qu'il est d'autres actions relatives à l'état des personnes qui sont intransmissibles, même si le principal intéressé vient à mourir en les ayant exercées, et on l'a vu pour l'action en divorce et en séparation de corps.

Source : BIU Cujas

C'est pourquoi, rejetant cette raison, on admet comme fondement de la limitation de l'action en désaveu au mari par une autre idée: Cette raison c'est que le désaveu est une cause de scandale, puisqu'il faut prouver l'adultère de la mère. C'est une action très grave qui est susceptible d'entraîner la destruction du foyer et le mari seul, tant qu'il vit au moins, doit être juge de la question de savoir s'il faut déclancher ce scandale; comment d'autres parents ou des tiers pourraient-ils venir apporter le scandale dans la famille ?

- Cette raison paraît sérieuse. Mais alors se révèle l'illogisme du législateur français car une fois le mari mort le scandale sans doute est toujours à craindre, mais il n'y a plus à craindre la destruction du foyer. Alors est-ce que tout le monde ne devrait pas avoir le droit d'établir un fait tout au moins tous ceux dont il en dépend un droit ?Pourquoi le limiter aux héritiers comme le fait l'art. 317, et encore au cas où le mari avait intenté l'action de son vivant ? Le C.C. allemand, une fois la mort du mari, au contraire, permet aux héritiers d'agir. Mais il faut croire que, malgré tout, si le foyer n'est plus détruit les craintes de scandale sont très réelles puisque le C.C. suisse s'est ici encore rapproché du droit français.

A la vérité il n'y a pas de solutions purement logiques dans le C.C. et peut être d'ailleurs ne pouvait-il y en avoir. Il faut seulement adopter les solutions les moins dangereuses. C'est ce qu'eût fait le C.C. de 1804 et le C.C. suisse.

L'action en contestation de légitimité, au contraire peut être invoquée par tout intéressé.

L'action en désaveu est ainsi réservée au mari. Mais il y a grand intérêt alors à savoir quand on est en présence d'une action de désaveu ou en présence d'une action, en contestation de légitimité car si l'action en désaveu est réservée au mari, au contraire l'action en contestation de légitimité peut être invoquée par tout intéressé.

Il faut donc déterminer avec précision quand il y a action en contestation de légitimité et quand il y a désaveu; or, il est des cas contestés.

Distinction de l'action en désaveu et de l'action en contestation de légitimité Intérêt de la distinction

Un autre intérêt est d'ailleurs attaché à la distinction de l'action en désaveu et de l'action en contestation de légitimité. La première est atteinte par une prescription, où à la suite de l'expiration d'un délai préfix, très court tandis que cette prescription ou ce délai préfix ne s'applique pas à l'action en contestation de légitimité.

Il est en outre une autre distinction entre le désaveu et l'action en contestation de légitimité qui

Source : BIU Cujas

est plus discutable, mais qui est parfois admise. Le mari peut renoncer expressément à l'action en désaveu, dans l'intérêt du ménage tandis qu'on n'admet pas la renonciation à l'action en contestation de légitimité.

Cet intérêt est discutable car il semble que s'il y a une question d'ordre public, en matière d'action en contestation de légitimité qui empêche qu'on renonce à l'action, comment l'action en désaveu n'a-t-elle pas le même caractère, et comment le mari peut-il y renoncer ?

Lescas dans lesquels il y a action en désaveu ou action en contestation de légitimité

Mais comment distinguer l'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité ? Dans le cas prévu par l'art. 317 du C.C. il s'agit d'un désaveu. Or l'art. 317 du C.C. parle de contestation de légitimité: alors on ne peut s'en tenir à l'expression de la loi, et tout le monde admet que l'art. 317 prévoit lecas du désaveu.

Cas de l'enfant précoce

Depuis l'arrêt de la Chambre civile du 8 janvier 1930, l'enfant précoce est légitime et on ne peut agir contre lui que par l'action en désaveu, tandis qu'auparavant la jurisprudence disait qu'il était légitimité, et par conséquent tout intéressé pouvait contester sa légitimation, de plein droit, par l'action en contestation de légitimité.

Ce cas de contestation de légitimité n'existe donc plus. Mais il y en a d'autres.

Cas de l'enfant tardif

D'abord il y a le cas de l'enfant tardif, c'est-à-dire l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage. Il n'y a pas de doute, et l'art. 315 emploie très exactement l'expression de contestation de légitimité. Il s'agit d'une action en contestation de légitimité, qui peut être intentée par tout le monde.

Cas de l'enfant conçu pendant l'absence du mari

En présence d'un enfant conçu pendant l'absence du mari, la question reste très discutée. La cour de cass. dit qu'en principe l'enfant est couvert par la présomption de l'art. 312 al. I, au moins quand le nom du père est indiqué dans l'acte de naissance. Seulement le résultat est assez curieux, c'est que si c'est une action en désaveu, et que personne autre que le mari présumé père ne puisse agir pour détruire la présomption de paternité, comme le mari est absent, comme il n'y aurait que les héritiers qui pourraient agir, à condition que le mari ait intenté l'action de son vivant, personne ne peut intenter le désaveu. Pour intenter le désaveu, en admettant qu'on le pût si le mari était mort, il faudrait prouver la mort. Or, personne ne le peut. Il va en résulter les conséquences suivantes. La femme dont le mari est absent peut impunément

Source : BIU Cujas

mettre au monde des enfants pendant l'absence de son mari. Ils seront couverts par la présomption "pater is est" et ils resteront enfants légitimes si le mari ne revient pas. C'est absurde, et c'est pourquoi la majorité de la doctrine estime que, dans ce cas, l'enfant ne devrait pas bénéficier de la présomption de paternité de l'art. 3I2, car celle-ci s'applique seulement dans le cas où le mariage est certain, établi. Or, quand il y a absence, le mariage est douteux, puisque le mariage suppose l'existence des deux époux et qu'ici il n'y a pas certitude sur l'existence du mari. Il faudrait admettre dans ce cas qu'il y a action en contestation de légitimité, permettant à tous les intéressés, de rejeter l'enfant de la famille.

Cas où l'enfant n' a établi sa filiation maternelle que par témoins

Il y a un autre cas où on discute sur le point de savoir si on est en présence d'une action en désaveu ou d'une action en contestation de légitimité, c' est le cas de l'art. 325 du C.C. Lorsque l'enfant n'a établi sa filiation maternelle que par témoins. La loi parle alors de contestation de légitimité, mais depuis l'arrêt du 20 Juillet I92I, la C. de Cass. qualifie malgré tout l'action exercée en vertu de l'art. 325 d'action de désaveu, et on n'a pas à répéter que le désaveu est spécial libre et préventif. Ce caractère préventif permet au père, même avant que la preuve de la filiation maternelle ne soit faite par l'enfant ou par la mère, de désavouer l'enfant. Le père a le droit de prévenir l'action. Il établit la filiation maternelle, et il conteste la filiation paternelle réglée d'après l'art. 3I2 du C.C.

Le mari seul est donc admis à exercer l'action en désaveu.

Exercice de l'action en désaveu lorsque le mari est incapable

Mais le mari peut être un incapable. S'il s'agit d'une incapacité qui est atténuée, d'un mineur émancipé ou d'une personne pourvue d'un conseil judiciaire, il n'est pas douteux que l'action personnelle qu' est le désaveu peut être intentée par ce mari présumé père, malgré sa minorité, malgré qu'il soit pourvu d'un conseil judiciaire, ou malgré qu'il soit mineur émancipé.

Mais supposons qu'il y ait une pleine incapacité il s'agit d'un mari qui est interdit judiciaire ou légal. S'il est interdit judiciaire, peut-il agir en désaveu dans un intervalle lucide, ou devra-ton dire que le tuteur va le représenter, et exercer pour lui l'action en désaveu ? Si la règle que le mari seul a le droit d'exercer l'action en désaveu était fondé sur l'impossibilité pour une autre personne d'être au courant des rapports conjugaux il faudrait ne pas autoriser

Source : BIU Cujas

le tuteur à agir. Ce serait une action absolument personnelle. L'action en désaveu n'appartiendrait qu'à l'interdit, et si l'interdit était dans une période de folie, personne ne pourrait agir.

La jurisprudence permet au tuteur d'agir pour l'interdit

La jurisprudence permet cependant au tuteur d'agir. Elle estime que la représentation de l'interdit, comme celle du pupille est générale. Le tuteur exerce toutes les actions de la vie civile de l'interdit, sans se borner aux actions pécuniaires et pour refuser au tuteur l'exercice de l'action en désaveu. Il faudrait un texte.

Les raisons invoquées par la jurisprudence

Les tribunaux d'ailleurs ont invoqué des raisons pratiques à l'appui de leur opinion. Ils ne dissimulent pas ce qu'il y a de singulier à pousser si loin l'idée de représentation, mais ils observent que si on ne permet pas au tuteur d'agir, dans bien des cas, l'action en désaveu n'aurait jamais pu être intentée car elle est enfermée dans des conditions assez rigoureuses de délai. Si ce délai très court se trouve, à un moment où le mari présumé père est en état d'aliénation mentale, personne ne pourra désavouer l'enfant. Si personne ne peut désavouer l'enfant pendant le délai imparti pour agir, le droit de désaveu ne sera pratiquement jamais exercé.

Critique de cette solution

La valeur de ces arguments est très discutable. D'abord il serait facile d'établir un moyen pour le mari, présumé père d'agir dans le délai. On se demande en effet si ce sont des délais de prescription ou des délais préfix qui entraînent la forclusion. La jurisprudence admet que ce sont des délais préfix, de sorte qu'ils s'appliquent sans suspension. Au contraire, s'il s'agissait de délais de prescription il faudrait appliquer la suspension de la prescription, en raison de l'incapacité, et dès lors on éviterait l'inconvénient qu'il y a, et que montre très bien la jurisprudence, à ce que l'interdit soit forclos, avant d'avoir pu exercer l'action.

Mais il y a, d'autre part, des inconvénients à reconnaître au tuteur le droit d'agir en désaveu. Supposons que ce tuteur, comme le permet l'art. 507 du C.C. ce soit la femme. La voit-on agir en désaveu? Si le tuteur est une autre personne, ce tuteur peut rester inactif, il a pu s'entendre avec la mère, de même qu'inversement on peut craindre un zèle intempestif de la part du tuteur qui a à surveiller la fortune de l'interdit et qui, peut-être, sera tenté, souvent, de rejeter de la famille de l'interdit un enfant pour n'avoir pas à payer les frais d'entretien et d'éducation. Donc soit qu'il agisse, soit qu'il n'agisse pas, il y a des inconvénients à reconnaître au tuteur le

Source : BIU Cujas

droit d'agir en désaveu.

Enfin la jurisprudence ici semble s'être plu à rendre incohérentes les solutions, dans ces matières relatives à l'interdit judiciaire. En effet, il faut se rappeler les solutions relatives au divorce et à la séparation de corps. Le tuteur d'un interdit ne peut suivre une instance en séparation de corps (art. 307 al. 2 du C.C.) qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et, par conséquent, il peut agir mais il y a une surveillance qui est exercée. Il ne peut jamais intenter l'action en divorce et il peut toujours, d'après la jurisprudence, intenter l'action en désaveu. Il y a donc trois cas différents, et trois solutions différentes. On ne peut pas véritablement concevoir plus d'incohérence.

La jurisprudence ne se préoccupe pas du cas de l'intervalle lucide. Le tuteur représente toujours l'interdit, même dans le cas où l'interdit a des intervalles lucides, et où il peut exercer l'action en désaveu dans un intervalle lucide. Il faudrait admettre la même solution qu'en matière de séparation de corps: permettre au tuteur d'agir, sauf l'intervention soit de l'interdit, dans un intervalle lucide, soit de son conseil de famille.

La jurisprudence étend à l'interdit légal le traitement de l'interdit judiciaire - critique de cette extension

Quant à l'interdit légal, la jurisprudence le traite comme l'interdit judiciaire, seulement ici la situation n'est plus la même, la situation est différente. Le prétendu père qui est vivant jouit de toute sa raison et il a pu être condamné pour un délit très grave, mais se rendre très bien compte s'il est ou non le père de l'enfant. On peut dire, par conséquent, qu'il a été au courant des rapports conjugaux, qu'il sait à quoi s'en tenir, et on ne comprend pas qu'il soit déchu de la faculté d'exclure un bâtard de la famille.

La solution de la jurisprudence se maintient donc en contradiction avec les solutions admises pour le divorce ou la séparation de corps, car c'est le tuteur de l'interdit légal qui introduit l'action, sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit art. 234 al. 2. Cette solution est admise aussi en matière de séparation de corps comme en matière de divorce, mais elle est écartée ici, par rapport à l'action en désaveu.

Telle est l'action en désaveu.

2)L'action en recherche de paternité natu-

Pour l'action en recherche de paternité naturelle, on ira beaucoup plus vite. L'art. 340 permet, dans certains cas, la recherche de la paternité naturelle

Source : BIU Cujas

relle en principe elle est réservée à l'enfant

mais, en principe, cette action est réservée à l'enfant qui peut agir durant sa minorité, et après sa majorité, et cette action est intransmissible. La mère cependant ou son représentant légal, le tuteur qui a pu lui être donné peut agir pendant sa minorité.

La mère cependant peut agir pendant la minorité ou le tuteur

La mère, quand elle existe, a le droit d'agir même quand elle est mineure.

Le tuteur ne peut intervenir qu'à défaut de la mère quand elle est vivante. On y ajoute le cas où la mère est interdite ou se trouve absente. En cas de reconnaissance par la mère on ne permet pas d'agir, la mère étant vivante.

En cas de non reconnaissance par la mère, il y a absence totale de filiation de l'enfant naturel telle qu'elle est réglée par l'art. 389 du C.C. L'action ne peut être intentée contre l'enfant, par suite de l'application de certains textes. Il y aurait cependant intérêt à invoquer la filiation contre l'enfant. Il en est ainsi dans le cas prévu par l'art. 960 du C.C. quand on voudrait faire tomber une donation. Le père est le défendeur à cette action.

Quid du cas où l'enfant est un incapable ?

La loi n'a pas prévu le cas de l'enfant interdit. En pareille hypothèse il semble que personne ne puisse agir à sa place. Mais la mère doit le pouvoir.

Si l'enfant est un mineur émancipé l'enfant peut agir puisqu'on a supposé qu'il pouvait agir pendant sa minorité.

Tels sont les cas prévus par la loi de l'action en désaveu et de l'action en recherche de paternité naturelle.

En ce qui concerne les autres actions la jurisprudence distingue a) les actions en contestation d'état, en dehors du désaveu. Elles peuvent être intentées par tout intéressé b) Les actions en réclamation d'état

Quant aux autres actions, une distinction est faite par la jurisprudence qui a établi à cet égard un système complexe. La loi ne disant plus rien, elle distingue entre l'action en contestation d'état et l'action en réclamation d'état.

Pour les actions en contestation d'état, le désaveu étant mis à part, la jurisprudence admet que ces actions sont régies par le droit commun, et qu'elles appartiennent à tout intéressé. Ainsi en est-il de l'action en contestation de légitimité, de l'action en contestation de filiation naturelle. Ces actions peuvent être intentées par tous ceux qui ont intérêt à ce qu'un prétendu enfant naturel ne conserve pas cette qualité (art. 339 du C.C.).

Pour les actions en réclamation d'état, la jurisprudence les déclare souvent personnelles et elle en restreint l'exercice. Elle peut d'ailleurs invoquer en sa faveur que les solutions qu'elle a données, dans les cas très rares ou la recherche de la paternité

Source : BIU Cujas

était admise avant 1912 étaient justifiées puisque la loi de 1912 est venue ratifier ces solutions, pour l'action en recherche de la paternité naturelle.

Il reste donc à examiner l'action en réclamation d'état puisque, l'action en contestation de filiation peut-être intentée par tout intéressé.

En ce qui concerne les actions en réclamation de filiation, la jurisprudence distingue l'action en recherche de la maternité légitime, et l'action en recherche de la maternité naturelle.

L'action en recherche de la maternité légitime peut être intentée en principe seulement par l'enfant. Les héritiers le peuvent également dans certains cas visés par les art. 329 et 330 du C.C.

En principe, seul l'enfant peut exercer l'action en recherche de la maternité légitime.

Mais les héritiers le peuvent également dans les cas qui sont indiqués par les art. 329 et 330 du C.C. L'art. 329 vise le cas où l'enfant est décédé mineur ou le cas où les héritiers agissent dans les cinq ans qui suivent sa majorité.

Quant à l'art. 330 il permet à l'héritier d'agir lorsque l'action a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne se soit désisté formellement ou n'ait laissé passer le délai de la péremption d'instance, c'est-à-dire le délai à partir du dernier acte de procédure.

L'action en recherche de la maternité naturelle est personnelle à l'enfant

L'action en recherche de la maternité naturelle, en équité, devrait être traitée comme l'action en recherche de la maternité légitime. Cependant la jurisprudence, soutenue par la majorité de la doctrine, a apporté des limitations à ce principe que la maternité naturelle peut être prouvée par tous les moyens ou transmise. La loi n'ayant rien dit, la jurisprudence dit qu'on est en présence d'une action personnelle à l'enfant. Elle invoque l'art. 341 du C.C. pour dire que c'est une action intransmissible c'est-à-dire qui ne passe pas aux héritiers. La maternité, par conséquent, ne peut être recherchée que par l'enfant naturel, et ses héritiers ne pourront pas rechercher cette filiation après son décès.

Faut-il appliquer ici les deux cas prévus par les art. 329 et 330 du C.C. ? On hésite beaucoup à le faire. Mais si on fait ainsi une distinction entre la filiation naturelle et la filiation légitime on fait remarquer que cette distinction se justifie très bien, car la filiation légitime est quelque chose d'honorable. On ne craint pas, en cette matière, les scandales de la filiation naturelle qui, au contraire, en présente toujours. La vérité c'est que la jurisprudence et la majorité de la doctrine confondent toujours 2 choses: le fait de la filiation à prouver, et la moralité de cette preuve. Cependant les héritiers du mari ont l'action en désaveu, dans des cas limités, mais où le scan-

Source : BIU Cujas

dale est possible.

L'art. 340 al. 10 est le grand argument qui vient renforcer la solution de la jurisprudence. C'est que la jurisprudence en ce qui concerne la recherche de la paternité déclare qu'elle n'appartient qu'à l'enfant. La même solution est appliquée en matière de maternité et en matière de paternité. Il y aurait bien des objections à faire à cet égard, notamment des objections tirées de l'art. 325 du C.C. mais il faut indiquer ici seulement contre qui l'action peut être intentée.

Contre qui l'action peut-elle être intentée ? Cas du désaveu si l'enfant est en bas âge elle sera intentée contre un tuteur ad hoc

L'action en désaveu obéit à des règles particulières, en raison du délai même du désaveu.

Quand l'enfant est en bas âge et que le mari de sa mère poursuit le désaveu, on ne peut songer à assigner le rôle de défendeur à la mère car la mère peut être influencée par le mari. C'est pourquoi l'art. 312 du C.C. permet de nommer un tuteur ad hoc spécialement désigné pour représenter l'enfant, et servir de défendeur. Ce tuteur sera nommé par le conseil de famille, car il y a un conseil de famille ici. On est en présence d'un enfant légitime et c'est un conseil de famille normalement constitué.

La mère doit cependant figurer à l'instance

Mais si la mère ne peut être nommée défenderesse, si ce n'est pas elle qui va répondre à l'action, son mari doit exiger qu'elle soit présente (art. 318). Elle doit figurer à l'instance pour empêcher toute collusion entre le mari et le tuteur.

L'action peut être intentée contre les héritiers même renonçants

L'action peut être exercée contre les héritiers. Ainsi donc si la transmissibilité active n'est pas possible la transmissibilité passive l'est. Mais s'il n'y a pas d'héritiers, c'est-à-dire si tous les héritiers ont renoncé, pourra-t-on agir contre eux Il peut s'agir en effet d'une succession vacante ou en déshérence. Peu importe, les héritiers n'en sont pas moins des membres de la famille et à ce titre il faut considérer qu'ils doivent être obligés de jouer le rôle de défendeurs à l'action en désaveu.

Cas de l'action en recherche de la paternité ou de la maternité

En ce qui concerne l'action en recherche de paternité ou de maternité, elle est intentée contre le père ou contre les héritiers, et contre les héritiers même renonçants, en tant que membres de la famille.

Exercice des actions d'état

On vient de voir quels étaient les titulaires des actions d'état. Il faut voir maintenant quels sont les modes et les délais d'exercice des actions d'état. On verra qu'ils varient selon les titulaires de ces actions. Puis on montrera la compétence et la procédure qui sont toujours identiques, quels que soient les titulaires, en matière de filiation.

Source : BIU Cujas

Les modes et délais d'exercice, des actions d'état

Déterminer les modes d'exercice des actions en matière de filiation c'est rechercher à quel titre ces actions sont exercées

D'abord la question des délais d'exercice des actions en matière d'état est incluse dans celle des modes d exercice. Déterminer les modes d'exercice des actions, en matière de filiation, c'est rechercher, en effet, à quel titre ces actions sont exercées. Or, parmi les titulaires de ces actions, parmi les personnes qui sont intéressées à agir, les unes agissent pour établir leur état même, et leur principal objectif est purement moral. Au contraire, d'autres visent à établir, non pas l'état en soi, mais l'état dans le but d'en tirer des conséquences précuniaires d'ordre patrimonial, à leur profit. Ces autres personnes invoquent un intérêt pécuniaire. Tandis qu'il y a des cas où la jurisprudence présume qu'un intérêt est purement moral, il y en a d'autres, au contraire, où elle présume que l'intérêt est purement pécuniaire. Ce n'est pas la loi qui a établi cette présomption, mais la jurisprudence y a supplée.

Distinction de l'intérêt moral et de l'intérêt pécuniaire dans les actions en matière de filiation

Pour les actions en réclamation d'état une distinction est nettement établie par la jurisprudence. L'enfant qui réclame sa filiation est toujours présumé agir dans un intérêt moral; au contraire, les autres héritiers, notamment les héritiers de l'enfant sont présumés agir dans un intérêt pécuniaire.

Pour l'action en contestation d'état, aucune présomption n'est érigée. Il appartiendra aux juges de déterminer si l'intérêt qui fait agir un individu est moral ou pécuniaire.

Cependant, en matière de désaveu, il existe une présomption. Quand l'action est intentée par le mari, le désaveu satisfait à un intérêt moral. Au contraire, quand le désaveu est intenté par les héritiers du mari, il correspond à un intérêt pécuniaire, et cette présomption, on veut la baser sur la loi. On la trouve dans l'art. 317 du C.C. qui fait varier le délai du désaveu. Le délai pour intenter le désaveu, d'après ce texte, à l'égard des héritiers, court à compter du moment où ils ont à souffrir un préjudice pécuniaire, par suite de la mise en possession des biens de son prétendu père, au profit de l'enfant. Or dit-on, en pareil cas, ces héritiers agissent en vertu d'un intérêt pécuniaire, et, par un argument a contrario on dit que le père, au contraire, doit être considéré comme agissant en vertu d'un intérêt moral.

Ces présomptions jurisprudentielles ou légales présentent des inconvénients comme toute présomption Une présomption, en effet, par là même qu'elle établit de plein droit, une solution risque de porter à faux, et il n'est pas plus vrai qu'un enfant réclame toujours son état pour un intérêt moral. qu'il n'est juste que

Source : BIU Cujas

les autres intéressés soient toujours inspirés par un intérêt pécuniaire. Est-ce que les héritiers, les descendants de l'enfant, quand ils réclament l'état, s'il s'agit de descendre qui établissent l'état de leur auteur, n'agissent pas pour eux-mêmes dans un but moral, puisqu'ils font ainsi établir leur propre filiation ?

Quoi qu'il en soit, ces présomptions jurisprudentielles ou légales sont admises, elles sont consacrées par la jurisprudence et par la pratique.

Intérêt du point de savoir si l'on agit en vertu d'un intérêt pécuniaire ou d'un intérêt moral.

Or l'intérêt qu'il y a à se prononcer pour un intérêt moral ou pour un intérêt pécuniaire est considérable, car l'action présente des différences essentielles, dans l'un et l'autre cas; et il y a quatre caractères essentiels qui vont d'ailleurs préciser la nature de l'action d'état.

Au point de vue du caractère patrimoniale ou extra patrimonial

D'abord, l'action qui présente un caractère moral est exclusivement personnelle. Elle ne peut rentrer dans le gage des créanciers; elle est extra patrimoniale. Les créanciers ne pourront invoquer cette action, en se prévalant de l'art. II66 du C.C.

Au contraire, quand l'action en matière de filiation vise à protéger un intérêt pécuniaire, elle a un caractère patrimonial, elle peut être invoquée par les créanciers de celui de la filiation duquel il s'agit, quand il n'intente pas l'action. C'est une première différence au point de vue du caractère patrimonial ou extra patrimonial.

Au point de vue de la transmissibilité de l'action

Il en est une seconde, au point de vue de la transmissibilité de l'action. Quand l'action en filiation est exercée dans un intérêt moral, l'action est intransmissible. Au contraire, quand il y a un intérêt pécuniaire, l'action peut être transmise aux héritiers.

Quand la loi restreint aux héritiers la liste des intéressés qui peuvent intenter l'action d'état, que faut-il entendre par héritiers ? S'il y a ici une action présentant un intérêt pécuniaire, il faudra dire que ce sont les héritiers envisagés au point de vue pécuniaire, indépendamment des liens du sang; et voilà la conséquence importante qui en résulte. Si on suppose qu'il y a aussi un légataire universel qui n'est un successeur qu'au point de vue des biens, les héritiers du sang n'auront droit à rien, s'ils ne sont pas appelés à recueillir les biens. Ce sera le légataire universel qui aura tous les droits. Cela ne laisse pas d'être fâcheux. Un mari, par exemple, meurt à un moment où l'action en désaveu peut appartenir aux héritiers; Il a laissé tous ses biens à un tiers, légataire universel. Le légataire universel seul peut

Source : BIU Cujas

agir en désaveu, alors que les parents du sang qui ne recueillent rien, car ils ne sont pas réservataires, n'auront pas le droit d'agir. Il n'y aura pas moyen d'expulser de la famille un intrus, s'il y a connivence entre le légataire universel et l'enfant ou sa mère, à plus forte raison si c'est la mère qui est légataire universelle, et la famille devra supporter toutes les conséquences qui en résulteront et pourront être pleines d'inconvénients, si l'enfant vient réclamer une succession collatérale.

Sans doute le légataire universel peut bien intenter l'action en désaveu. Il y a un intérêt car l'enfant, quand il se trouve en présence d'un légataire universel, diminue de moitié de la part de ce légataire universel. L'enfant a droit en effet à une réserve de moitié de la succession. Les droits du légataire universel se ramènent donc à la moitié et, par le désaveu, le légataire universel fera tomber le droit de l'enfant et obtiendra la totalité de la succession, puisque l'enfant sera déclaré ne pas être le fils du mari. Mais c'est là un nouvel intérêt de la distinction des actions selon qu'elles ont un but moral ou pécuniaire.

Au point de vue de la question de savoir si on est en présence d'un droit en dehors du commerce ou non

La troisième différence vise la question de savoir si on est en présence d'un droit hors du commerce ou non.

L'action en matière de filiation, envisagée au point de vue purement moral, est en dehors du commerce. La conséquence qui en résulte c'est qu'on ne peut y renoncer, on ne peut transiger en ce qui la concerne. En effet, une renonciation en matière de question d'état est sans valeur. On ne se désiste pas valablement d'une pareille action. L'aquiescement formel est impossible.

L'action, en matière de filiation, au contraire, change de caractère si elle présente un intérêt pécuniaire. Alors, puisqu'elle est patrimoniale, elle est dans le commerce, elle peut être l'objet d'une renonciation. Une transaction est possible, comme un désistement ou un acquiescement. Elle était dans le patrimoine, elle devient aliénable, et la différence est absolue dans les deux cas.

La renonciation par l'enfant à l'exercice d'une action de filiation d'ordre moral, est opposable

Mais une question très délicate s'est posée à cet égard. Supposons une renonciation à l'exercice d'une action de filiation d'ordre moral. Elle ne vaut rien par rapport au titulaire qui agit en vertu d'un droit moral. Mais cette renonciation qu'il a faite doit-elle avoir effet à l'égard des autres titulaires qui n'ont qu'un intérêt pécuniaire ? Un enfant re-

Source : BIU Cujas

aux héritiers qui ont une action d'ordre pécuniaire

nonce à une action en recherche de paternité ou de maternité. Sa renonciation n'a aucun effet à son égard, car il agissait en vertu d'un intérêt moral et puisqu'il s'agit d'une action qui est en dehors du commerce, sa renonciation ne vaut rien. Mais cette renonciation qui ne vaut rien à son égard ne peut-elle être considérée comme valable à l'égard des héritiers vis-à-vis desquels l'action n'a qu'un intérêt pécuniaire ?

On répond affirmativement en invoquant les art. 329 et 330 du C.C.

Que la renonciation soit expresse ou tacite

L'art. 330 suppose que l'enfant qui a intenté une action en réclamation d'état est mort après avoir commencé à exercer l'action. Les héritiers peuvent suivre l'action commencée, à moins que l'enfant ne s'en fut désisté formellement ou qu'il n'eut laissé passer trois années sans poursuite, à partir du dernier acte de procédure. Donc, tant que l'enfant vit, s'il a renoncé à son action en réclamation d'état, il peut revenir sur sa décision. Mais ses héritiers ne le peuvent plus, après sa mort. N'en résulte-t-il pas qu'on est en présence d'une action à laquelle l'intéressé principal ne peut pas renoncer, mais pour laquelle, s'il y a renoncé, cela peut avoir des effets dans les cas précisés par l'art. 330 à l'égard de ses héritiers qui n'invoquent plus qu'un intérêt pécuniaire ? L'art. 329 confirme cette solution.

Quand l'enfant est décédé sans avoir commencé une action en réclamation d'état ses héritiers ne peuvent agir qu'autant qu'il est décédé mineur ou dans les 5 ans après sa majorité. L'enfant, la loi le suppose, est devenu majeur, il est resté 5 ans sans agir. Il est présumé avoir voulu renoncer, car s'il vivait il pouvait encore l'intenter, il pouvait encore agir en réclamation. Une fois qu'il est mort et que le délai de 5 ans est expiré personne ne peut plus agir. Ainsi une renonciation présumée tacite qui ne vaudrait pas à l'égard de l'enfant ayant un intérêt moral, vaut à l'égard des héritiers, puisqu'ils n'ont qu'un intérêt pécuniaire.

En ce qui concerne la prescription

Enfin, dernière différence entre les deux modes d'exercice de l'action morale ou pécuniaire: envisagée de son côté moral, l'action en matière de filiation est imprescriptible, quel que soit le laps de temps qui s'est écoulé, rien n'est changé à l'état, à la filiation qu'il se soit écoulé 10 - 20 ou 30 ans cela n'empêchera pas que telle femme soit la mère de tel enfant, ni que tel enfant soit le fils de

Source : BIU Cujas

tel père. Envisagée, au contraire, de son côté pécuniaire, l'action doit être prescriptible; une renonciation prolongée pendant un temps déterminé peut faire présumer la renonciation des intéressés à se prévaloir d'un intérêt pécuniaire existant en leur faveur. L'art. 328 du C.C. donne cette solution, d'une façon très nette: l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant, et, à contrario, on en a conclu qu'à l'égard des autres intéressés, l'action n'était pas imprescriptible.

On peut très bien admettre cet argument tiré à contrario de l'art. 328 et la raison de cette différance peut être cherchée dans l'idée même de renonciation. La renonciation est possible, en présence d'un simple intérêt pécuniaire, elle est impossible lorsqu'il s'agit d'un intérêt moral. Or après tout, la prescription est une sorte de renonciation à l'exercice de ses droits. On a dit que si la prescription de l'action d'état était impossible envisagée en soi, au point de vue purement moral c'est qu'il ne s'agit que d'un pur fait. Mais cet argument ne vaut rien car qu'il s'agisse d'un intérêt pécuniaire ou d'un intérêt moral la filiation est toujours un fait ou un ensemble de faits.

Les délais rigoureux qui sont imposés quant à l'exercice de l'action en désaveu et de l'action en réclamation d'état sont des délais préfix et non des prescriptions

Toutefois, il y a , à ce principe de l'imprescriptibilité de l'action d'état, envisagée de son côté moral, des exceptions, puisqu'il y a des cas où ilsemble qu'une prescription atteigne une action en matière de filiation, puisque des délais sont imposés pour les exercer. Il y a en effet deux actions qui doivent être intentées dans un délai déterminé, c'est l'action en désaveu, et c'est l'action en réclamation d'état de la part de l'enfant à l'égard de son père.

Mais à cela on a répondu qu'il n'y a pas ici une véritable dérogation à l'imprescriptibilité, car on n'est pas en présence d'une prescription. A côté de la prescription, on place une sorte de déchéance qui aboutit au même résultat de la prescription mais qui est un délai préfix . Or il y a des différences importantes entre les délais préfix et la prescription, et, par conséquent, on ne peut traiter le délai préfix comme une prescription. Le résultat c'est qu'il n'y a pas d'exception à la règle de l'imprescriptibilité des actions présentant un caractère moral.

Différences entre la prescription et le délai préfix

Les différences entre la prescription et le délai préfix sont les suivantes:

I° Tandis que la prescription peut être suspendue en présence d'un incapable, d'une personne qui ne

Source : BIU Cujas

peut agir, ou en vertu de cette règle que celui qui ne peut agir ne peut se voir opposer la prescription: " contra non valentem agere non currit prescriptio" le délai préfix court contre toute personne, même si elle ne peut agir.

2°)D'autre part, le délai préfix, en raison de son caractère rigoureux, peut être, d'office, invoqué par le juge et appliqué par lui. La prescription, règle de faveur qui ne s'applique pas fatalement, doit être invoquée par la partie au profit de laquelle elle existe. Le juge pourra appliquer le délai en matière de désaveu, de recherche de paternité; si, au contraire, il s'agissait d'une prescription il faudrait que la partie l'invoque. Tandis qu'on peut renoncer à une prescription acquise, on ne peut renoncer à un droit acquis à la suite de l'expiration d'un délai préfix.

Les délais en matière de désaveu sont établis par les art. 316 à 318 du C.C.

Il y a donc des délais en matière de désaveu et de recherche de paternité, qui sont des délais préfix. Ils sont établis par les art. 316 à 318 du C.C. C'est un délai tantôt d'un mois, tantôt de deux mois. On comprend que le législateur n'ait pas voulu laisser trop longtemps dans l'incertitude l'état de l'enfant.

Point de départ du délai

Le point de départ du délai, est, vis-à-vis du mari, le moment à partir duquel il a pu agir. C'est un mois s'il est sur les lieux de la naissance de l'enfant ou deux mois dans les autres cas. Le délai d'un mois court de la naissance de l'enfant, si le mari est présent et le délai de deux mois court de l'époque de son retour, s'il était non présent ou de l'époque de la découverte de la fraude, si on lui a caché la naissance.

Le père peut d'ailleurs prolonger le délai en signifiant par huissier le désaveu. Alors un nouveau délai court de la signification (art. 318 du C.C.).

Vis-à-vis des héritiers, les délais partent de la prise de possession des biens héréditaires car leur intérêt est pécuniaire, et que ce n'est qu'à partir de ce moment que l'enfant donne des craintes aux autres héritiers (art. 317 du C.C.), c'est à partir du trouble apporté, par conséquent, dans la possession des héritiers. Ce trouble résulte généralement d'une mise en possession de fait, ou d'un acte judiciaire, par lequel l'enfant cherche à obtenir la délivrance des biens ou la remise des biens qu'il prétend lui appartenir.

Mais la jurisprudence va beaucoup plus loin. Elle a ici une notion du trouble qui est curieuse. Les décisions judiciaires ont affirmé que le fait seul par un enfant d'avoir un acte de naissance d'enfant légitime et une possession d'état conforme à l'acte de nais-

Source : BIU Cujas

sance constituait un trouble pour les héritiers. Il n'était pas besoin que leur possession soit mise en cause, troublée réellement. La révélation à l'héritier de l'acte de naissance, corroborée par la possession d'état constitue, d'après certaines décisions judiciaires, une menace caractérisée. Elle l'est d'autant plus que l'enfant légitime, invoquant un acte de naissance et une possession d'état a, en vertu de l'art. 724 du C.C. la saisine de plein droit des biens de son père. Il est considéré comme ayant la possession d'état de ses biens, et n'a pas besoin d'un envoi en possession pour l'obtenir.

Un enfant peut être désavoué après sa mort si on est encore dans les délais.

Les délais en matière de désaveu sont très courts. Peuvent-ils être abrégés en cas de mort de l'enfant ? Un enfant peut-il être désavoué après sa mort ? Il meurt, par exemple, 15 jours après sa naissance. On est encore dans le délai d'un ou de deux mois. L'action en désaveu est possible. On a bien invoqué que l'action en désaveu n'était pas possible pour un enfant qui n'était pas né viable, mais, en réalité, il n'y a pas de relation à établir entre les deux choses.

Les délais établis en ce qui concerne l'action en recherche de paternité naturelle

Pour l'action en recherche de paternité naturelle, l'art. 340 al. 2, depuis la loi du 16 novembre 1912 en impose l'exercice dans un délai assez court. S'agit-il de l'action de la mère ou du tuteur ? Deux ans sont alors donnés après l'accouchement, sauf le cas où la recherche de paternité est basée sur le concubinage notoire, ou sur l'entretien de l'enfant. En effet, tant que la situation de concubinage dure, tant que l'enfant est entretenu par celui qu'il ne peut considérer comme son père, il n'a pas intérêt à agir car la mère ou le tuteur peuvent espérer un mariage et une légitimation de l'enfant. Dès lors, c'est seulement à partir de la cessation du concubinage que le délai de 2 ans courra, ou à partir de la cessation de l'entretien de l'enfant. C'est un délai préfix, avec les différences qui sont attachées aux conséquences du délai préfix ou de la prescription. Quant à l'enfant, il a le droit d'agir dans l'année qui suit sa majorité. Il peut d'ailleurs agir pendant sa minorité, et on a voulu par là, en imposant un délai pour l'exercice de ces deux actions de la mère ou de l'enfant, hâter l'action, pour que les preuves ne soient pas détruites, pour qu'on puisse plus facilement établir la paternité.

Tels sont les modes d'exercice et les délais en matière d'actions relatives à la filiation.

Il faut en arriver à la question de compétence et de procédure.

Source : BIU Cujas

La compétence en matière d'actions de filiation

La compétence est réglée par la loi, pour toutes les actions en matière d'état, donc pour les actions de filiation en particulier, sans distinction.

La compétence ratione materiae

Le code civil fixe la compétence ratione materiae et c'est le droit commun qui s'applique pour la compétence ratione personae. Déjà on a appliqué cette distinction. Dans la compétence ratione materiae, on envisage le droit pour les tribunaux qui sont répartis en différents ordres de juridictions: tribunaux civils, tribunaux répressifs et tribunaux administratifs de connaître d'une affaire et, dans l'ordre des juridictions, même au point de vue civil, il faut faire une distinction selon qu'il s'agit de la compétence du juge de paix, du conseil des prud'hommes, du tribunal civil ou du tribunal de commerce: ce sont autant d'ordres différents. La compétence ratione materiae dérive donc de la matière de l'affaire.

Compétence exclusive des tribunaux civils de première instance

Or l'art. 326 pose le principe de la compétence exclusive des tribunaux civils de première instance et de l'incompétence absolue des tribunaux d'exception: tribunal de commerce, tribunaux répressifs ou administratifs. Il importe peu que l'action soit portée devant ces tribunaux d'exception, sous forme d'une demande incidente, ou d'une exception, et la règle que le juge de l'action est juge de l'exception ne s'applique plus. Cette règle basée sur la nécessité de ne pas prolonger les débats et de diminuer les frais du procès est ici écartée. La loi le rappelle, au besoin, dans des textes d'un caractère plus ou moins exceptionnel. On n'en proposera comme preuve que la loi sur le recrutement de l'armée du Ier avril 1923 art. 26. Cet article a cru devoir rappeler que les conseils de révision, chargés de dire quels étaient les individus bons pour le service, ne peut juger les questions de filiation. Quand des jeunes gens qui ont été portés sur le tableau de recensement on fait des déclarations dont l'admission ou le rejet dépend de la décision à intervenir sur une question de filiation, le conseil de révision ne peut rien décider, il est obligé d'ajourner sa décision ou de prendre une décision conditionnelle. La question devra être jugée contradictoirement et la partie qui agit contre l'enfant c'est le préfet et les tribunaux civils du lieu du domicile statuent sans délai, le ministère public entendu, sur requête de la partie la plus diligente.

Source : BIU Cujas

En cette matière le civil tient le criminel en l'état

Il faut ajouter que, contrairement au droit commun établi dans l'art. 3 du C.I.Cr. ici il n'y a plus dépendance du civil au criminel. La règle n'est plus, comme dans l'art. 3 du C.I.Cr. que le criminel tient le civil en état: ici c'est le civil qui tient le criminel en l'état. Le concours ou le conflit des juridictions civiles et répressives doit être tranché en faveur de la juridiction civile (art. 327). L'action criminelle contre un délai de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. On dit ici que la question d'état est préjudicielle à l'action publique. Elle est préjudicielle en ce sens qu'elle doit être jugée avant. Il ne sera possible, par conséquent, d'agir au criminel quand il y aura suppression d'état, que si on a agi au civil.

Il n'en est autrement que si la question d'état est accéssoire

Mais il faut que la question d'état soit en jeu d'une façon tout à fait indépendante, de sorte que si c'est accessoirement qu'une question d'état vient à se poser alors il faut admettre une exception.

Il en sera ainsi dans deux cas où la jurisprudence admet que des juridictions répressives peuvent examiner des questions d'état incidentes, lorsqu'elles constituent un élément du délit. Un tribunal correctionnel devant lequel est poursuivi un étranger pour infraction à un arrêté d'expulsion est appelé par exemple à décider de la qualité d'étranger de cet individu. Cet individu répond qu'il n'est pas étranger mais national , et que, par conséquent, on ne peut l'expulser. Le tribunal correctionnel pourra décider de la nationalité, bien qu'il s'agisse d'une question d'état car c'est un élément du délit.

Il en est de même quand un individu est accusé de parricide et qu'il prétend n'être pas le fils de la victime. Le rapport de filiation doit être apprecié par la Cour d'assises, c'est un élément du crime car le crime n'en subsiste pas moins, mais le meurtre est aggravé par cette circonstance que la victime est le père. Il faut seulement en conclure que la valeur de la décision de la Cour d'assises sera limitée. La poursuite en parricide, si le procédé est admis par la Cour d'assises, n'aura pas d'effet au point de vue civil, et, théoriquement au moins, il pourrait être décidé qu'un individu qui a été condamné comme parricide par la Cour d'assises n'était pas le fils de la victime.

La compétence ratione personae

Voilà ce qui concerne la compétence ratione materiae.

Le tribunal compétent

La compétence ratione personae vise le pouvoir pour les tribunaux d'un ordre donné de juridiction

Source : BIU Cujas

est celui du domicile du défendeur

de connaître d'une affaire, à l'exclusion des tribunaux du même ordre. Ici c'est le droit commun qui s'applique (art. 529 du C.Pr. Civ.) Entre différents tribunaux le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.

Quand l'action est intentée contre un majeur il n'y a pas de difficulté sur son domicile et c'est le tribunal de son domicile qui est le tribunal compétent ratione personae.

Quand il s'agit d'un mineur, si un tuteur ad hoc a été nommé, c'est le domicile du tuteur ad hoc qui est compétent. La Cour de cassation cependant, semble préférer toutes les fois qu'une question de paternité se pose, le tribunal du domicile du père, et cela ne va pas sans difficulté en une matière où il semble que l'état de l'enfant aurait dû l'emporter surtout , et où par conséquent on devrait adopter le domicile du tuteur ad hoc.

La procédure Il n'y a pas de préliminaire de conciliation

La procédure ici présente des particularités.

D'abord il n'y a pas en cette matière de préliminaire de conciliation devant le juge de paix, et la raison tient à ce qu'on est en présence d'une matière où la transaction n'est pas toujours possible. En effet, le préliminaire de conciliation a pour but d'amener la conciliation des parties s'opérant par une transaction. Ici, en principe, et cela est vrai entièrement quand l'action est exercée au point de vue moral une transaction n'est pas possible. On ne comprendrait donc pas le préliminaire de conciliation.

Les causes relatives à la filiation sont toujours communicables au ministère public.

D'autre part, les causes relatives à la filiation sont toujours communicables au ministère public (art. 83 du C.Pr.Civ.)

Il y a lieu à nomination d'un tuteur ad hoc

Il y a lieu encore à nomination d'un tuteur ad hoc, en cas de demande en désaveu; le tuteur ad hoc nommé pour un but déterminé représente l'enfant contre le père. Il est nommé par justice.

Les débats ne peuvent être reproduits par la presse.

Enfin, en dernier lieu, la loi de 1912 a imposé une règle assez naturelle d'après laquelle les débats ne peuvent être reproduits dans la presse, en cas de recherche de paternité.

La loi de 1912 a frappé de peines celui qui, de mauvaise foi, intentait une fausse recherche de paternité

Il faut ajouter que la loi de 1912 a établi des peines contre celui qui, de mauvaise foi, intentait une fausse recherche de paternité: ce sont des peines correctionnelles qui sont prononcées par le tribunal civil.

Mais est-ce que ces peines doivent être admises quand le tuteur ou la mère agissent pour l'enfant ? Ici ce n'est pas l'enfant qui est le véritable demandeur: on ne peut donc appliquer ces peines à l'enfant,

Source : BIU Cujas

cela va de soi.

Il reste à dire quelques mots de la question de l'autorité de la chose jugée en matière de filiation. On a étudié cette question en ce qui concerne l'action en matière d'état. On l'a étudiée d'une façon générale, et on l'a revue à propos des actions relatives au nom. Mais c'est une question qui se pose surtout en matière de filiation, et il faut rappeler la solution générale. On va arriver d'ailleurs à des solutions assez curieuses.

L'autorité de la chose jugée en matière de filiation

D'abord la jurisprudence n'admet que l'autorité relative. Mais à cette autorité relative elle apporte des exceptions: il y a des cas où elle admet une autorité absolue.

Il n'y a autorité absolue qu'en ce qui concerne l'action en désaveu

Cette autorité absolue est limitée au cas où il n'y a qu'une personne qui puisse agir, et où elle n'a pas agi. C'est le cas de l'action en désaveu. Quand le père a obtenu un jugement sur l'action en désaveu, comme seul il pouvait agir, parce que, de son vivant, il n'y a que lui qui peut agir, ce jugement a une valeur absolue.

En dehors de là les jugements en matière de filiation ont toujours une valeur relative

En dehors de là les jugements en matière de filiation ont une autorité relative. Cela est d'ailleurs curieux car il faut constater que l'acte de naissance qui est établi sur la déclaration d'une personne qui peut être absolument étrangère à l'enfant, a une valeur absolue. Il vaut erga omnes. De même, la reconnaissance d'un enfant naturel qui est un acte unilatéral vaut à l'égard de toute personne. Malgré cela un jugement, bien qu'il y ait intervention de la justice, contrôle d'un tribunal, n'a qu'une autorité relative. Les actions d'état n'en sont pas moins considérées, quand elles aboutissent à un jugement, que comme n'ayant qu'une autorité relative. L'art. 1351 qui pose en matière de contrat, la relativité de la chose jugée doit être étendu à l'action d'état en matière de filiation.

conséquences singulières de ce principe

Cette solution aboutit à des résultats parfois singuliers. Il pourra arriver ainsi qu'un enfant aura un état, une filiation différents, suivant les personnes envisagées. Un père, par exemple, laisse deux héritiers qui peuvent intenter l'action en désaveu; l'un des héritiers n'intente pas l'action, l'autre l'intente: l'enfant est désavoué par rapport à celui qui a agi; il ne l'est pas à l'égard de l'autre. De même, un enfant pourra être réputé le fils de telle personne, à l'égard d'un autre enfant, alors qu'il ne le sera pas à l'égard des autres enfants, car il n'y a eu d'action en recherche de paternité intentée que contre certains des héritiers du père.

Source : BIU Cujas

il est vraiment surprenant qu'on n'ait pas accordé une même autorité à tous les différents modes de preuve de la filiation.

Chapitre III

MODIFICATIONS DANS LA SITUATION DES ENFANTS NATURELS OU LEGITIMES.

Les modifications apportées dans la situation des enfants naturels ou légitimes résultent de la légitimation et de l'adoption

On pouvait autrefois, avant la réforme de notre législation sur la légitimation des enfants incestueux ou adultérins, étudier ces modifications en ne visant que les enfants naturels simples. Pour eux, en effet, il existait deux institutions qui permettaient de les placer dans une situation identique à celle des enfants légitimes, c'était la légitimation et l'adoption, cette dernière étant surtout employée pour les enfants naturels. Depuis la réforme récente de l'adoption, cette institution est utilisée aussi pour les enfants légitimes, et elle a révélé un intérêt fiscal, à côté de son intérêt civil.

§ I - La légitimation.

Définition

La légitimation est aujourd'hui un bénéfice de la loi par lequel un enfant né avant le mariage de ses père et mère est considéré comme né dans le mariage. Tandis que la reconnaissance d'un enfant naturel lui attribue une situation inférieure, la légitimation lui confère la plénitude des droits d'un enfant légitime: elle le fait entrer dans la famille. L'enfant légitime est assimilé à l'enfant légitime (art. 333 du C.C.)

La légitimation se fait en droit français par le mariage subséquent des parents

La légitimation est possible par mariage subséquent des parents. Il est donc possible, pour des personnes qui ont vécu en concubinage, de se constituer une famille légitime. Le mariage des parents profite aux enfants qui sont nés antérieurement. Ainsi l'union libre illégitime finit par être transformée en une union parfaitement régulière, et la situation peut profiter non seulement aux enfants à venir, mais aux enfants nés antérieurement. Le législateur pense que toute faute peut être réparée, car c'est une faute que de vivre en concubinage. Une situation irrégulière peut donc disparaître, aussi bien à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. La législation permet ainsi le reclassement social de gens qui étaient en peu en marge de la

Source : BIU Cujas

société, car la société se doit toujours de protéger la famille légitime et le mariage.

Telle est la seule forme de légitimation qui est reconnue par la loi française.

Après la guerre à titre exceptionnel il avait été admis une légitimation judiciaire

Cependant il faut mentionner qu'après la guerre, à titre exceptionnel, il avait été admis une légitimation judiciaire. Une loi du 7 avril 1917 l'avait permise, sans mariage subséquent. Tout enfant naturel dont le père mobilisé était décédé depuis le 4 août 1914, des suites de blessures reçues, ou de maladies contractées ou aggravées par son séjour sous les drapeaux, pouvait être légitimé.

Il fallait pour cela certaines conditions de forme et de fond.

Conditions de forme ou de fond requises pour cette légitimation

Il fallait tout d'abord des conditions de forme. Un jugement du tribunal civil du lieu de l'ouverture de la succession du militaire était nécessaire. Il fallait qu'il fût rendu en chambre du conseil, à la requête de la mère ou à défaut du tuteur, du subrogé-tuteur ou d'un ascendant, du père ou de la mère.

Au fond il y avait plusieurs situations possibles. Ilse pouvait que le mobilisé décédé eût fait des démarches pour son mariage, que son mariage par procuration ait été organisé et célébré, mais postérieurement au décès du militaire qu'on ignorait. Dans ce cas, les enfants naturels pouvaient être légitimés en vertu de la loi du 7 avril 1917 art. 2 Le mariage aurait dû être déclaré inexistant puisqu'un des époux manquait, mais la loi lui avait fait produire les effets du mariage putatif et, grâce à l'intervention du tribunal, les enfants étaient considérés comme légitimés.

La légitimation pouvait être également demandée s'il était prouvé que l'enfant avait été reconnu par la mère, déclaré judiciairement de tel père et que les deux parents, au jour du décès du père réunissaient les conditions requises pour contracter mariage. Ces preuves devaient être rapportées par les parents du père en ligne directe et, à défaut, par les collatéraux privilégiés. D'ailleurs tous les parents du mobilisé décédé pouvaient former une demande en légitimation. Mais il fallait que les parents interviennent.

Cette légitimation judiciaire n'a été valable que pour la durée de la guerre et deux ans après

Cette légitimation judiciaire n'a été valable que pendant la durée de la guerre, et deux ans après la cessatiob des hostilités. Elle a disparu, à partir d'octobre 1921.

Il faut seulement rappeler ses effets en tant qu'ils intéressent la situation d'enfant légitime, à

Source : BIU Cujas

dater du décès du père, mais les tiers ne pouvaient se voir opposer cette légitimation qu'après transcription sur les registres de l'état civil.

La légitimation judiciaire a donc disparu. Peut être que le principe pourrait en être repris, et on comprendrait qu'un enfant né de père et mère qui se sont promis le mariage mais n'ont pu le célébrer, par suite du décès de l'un des deux, ou de la perte, par l'un d'eux de la capacité naturelle, peut être légitimé.

La jurisprudence a longtemps admis un autre cas de légitimation automatique au profit de l'enfant né dans les I80 premiers jours du mariage mais il faut considérer maintenant cet enfant comme légitime

Avec la jurisprudence, on a longtemps décidé qu'il y avait un autre cas de légitimation autmatique au profit d'enfant né dans les I80 jours après le mariage. Cet enfant était conçu antérieurement au mariage, mais né pendant le mariage. On sait que l'arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier I930 (gaz. Palais I. Février I960) a décidé que cet enfant n'était pas seulement légitimé, mais qu'il fallait le considérer comme légitime et la situation a été entièrement transformée.

On sait , en effet, que si l'enfant est légitimé on peut contester sa légitimation, soit en attaquant sa filiation, sa reconnaissance, soit en attaquant le mariage de ses parents. Si, au contraire, l'enfant est légitime, ce n'est plus une action en contestation de légitimité; on ne peut user contre lui, que de la procédure du désaveu régie par les règles très strictes qu'on connaît. Donc il est plus facile de faire tomber la légitimation que la légitimité.

D'autre part, tandis que l'enfant légitime a tous les droits d'enfant légitime, du jour de sa naissance, et même lors de sa conception, au contraire, la légitimation ne produit effet que du jour du mariage, de sorte que la situation d'enfant légitimé est moins bonne que celle d'enfant légitime, notamment au point de vue de l'aptitude à recueillir une succession ouverte entre le moment de la naissance ou de la conception et le mariage.

La législation sur la légitimation a subi de très nombreux et très grands changements

La législation sur la légitimation , a été l'objet de grands changements. La plus grande confusion y a longtemps régné et il n'est pas sûr qu'elle n'y règne pas encore. Cette matière est rendue complexe en effet par le fait que le législateur a admis la légitimation des enfants adultérins. C'est que des lois se sont succédé sans améliorer le code civil en rendant même, on peut le dire, difficile la compréhension de certains articles du code civil.

Source : BIU Cujas

Les textes applicables à la matière

Il y a eu d'abord une première loi du 7 novembre I907, puis est venue la loi du 30 décembre I9I5, puis celle du 25 avril I924, loi de mise au point, enfin, une loi du 2I janvier I928 est venue surtout interpréter la disposition finale de la loi de I9I5, la disposition transitoire qui permettait aux parents d'enfants adultérins, mariés avant la loi de I9I5 de bénéficier de la loi. Il faut y ajouter une loi du 11 Juillet I929 qui a modifié l'art. 333 du C.Civ. en supprimant le deuxième alinéa du texte.

Cette législation est donc assez complexe et les lois successives sont venues apporter le trouble dans notre législation. On a fait aux enfants adultérins des concessions peut-être exagérées, et on en est arrivé à des solutions parfois bizarres.

Pour les étudier il faut envisager:

I° les conditions de la légitimation.

2° les effets de la légitimation.

Conditions de la légitimation Les conditions requises par le C.C. de I804

Le code civil exigeait trois conditions qui apparaissaient, en ce temps-là, très simples.

I°) Il fallait, pour qu'il y ait légitimation, qu'il s'agisse d'enfants naturels simples.

2°) Il fallait, en second lieu, les reconnaître avant le mariage, ou au moment de la célébration du mariage.

3°) Il fallait le mariage des parents (art. 33I du C.Civ.)

Modifications apportées au système du C.C. par la loi du 7 novembre I907

Ce régime de la légitimation par mariage subséquent a été modifié par la loi du 7 novembre I907 qui s'est attaquée à la première condition, qui a permis la légitimation des enfants incestueux, et, dans un cas au moins, la légitimation des enfants adultérins.

Puis par la loi du 30 Décembre I9I5.

La loi du 30 décembre I9I5 est venue élargir la légitimation des enfants adultérins. Elle a admis la légitimation après mariage, modifiant ainsi la seconde condition. On a donc maintenu les trois conditions, sauf à les modifier et c'est surtout la première qui est modifiée.

Les conditions requises actuellement pour légitimer un enfant.

La première condition, c'est qu'il s'agisse d'enfants naturels simples, d'enfants incestueux dont les père et mère peuvent se marier, et, dans certains cas seulement, d'enfants adultérins.

I° condition) Il faut qu'il s'agisse d'enfants naturels simples, d'enfants incestueux dont les

La conception du code civil de I804 était rigoureuse mais logique. L'art. 33I n'admettait au bénéfice de la légitimation que les enfants naturels simples. C'était une conséquence nécessaire de l'art. 335 du C.Civ. qui n'admettait pas la reconnaissance de l'enfant adultérin.

Les inconvénients en étaient parfois certains

Source : BIU Cujas

père et mère peuvent se marier, et dans certains cas d'enfants adultérins

et graves. Ils apparaissaient surtout par rapport aux enfants incestueux. Il suffisait quelquefois d'une dispense qui arrivait quelques jours trop tard pour que les enfants déclarés incestueux ne soient plus légitimés. On sait que le mariage n'est permis entre oncle et nièce, tante et neveu qu'avec l'obtention d'une dispense. D'ordinaire, on avait demandé la dispense, et comme on savait qu'on obtenait quand certaines conditions étaient obtenues, on avait procédé au mariage; les enfants étaient incestueux.

Déjà dès le milieu du XIXème siècle la jurisprudence avait validé la légitimation des enfants nés d'un mariage pour lequel les dispenses étaient arrivés un peu trop tard.

Malheureusement, rien ne pouvait être fait pour les enfants adultérins. La législation de 1907, invoquant la jurisprudence avait permis de légitimer les enfants incestueux, dans tous les cas où des dispenses pouvaient être obtenues et permis la légitimation des enfants adultérins, allant cette fois au-delà de ce que la jurisprudence admettait. Tandis que d'après l'ancien art. 331 il y avait une impossibilité absolue de légitimer les enfants adultérins, l'art. 331 nouveau permet la légitimation.

Cette solution se comprenait à une époque où l'art. 298 ne permettait pas le mariage de la femme adultère avec son complice. Mais quand la loi du 15 décembre 1904 est venue modifier l'art. 298 en l'abrogeant et en permettant le mariage avec le complice, il devait en résulter la possibilité de légitimer les enfants adultérins. La jurisprudence cependant s'était toujours refusée à l'admettre. Il a fallu la loi de 1907 pour que ce cas de légitimation puisse être admis.

Les 3 cas où la légitimation d'un enfant adultérin est possible.

La loi de 1915 est venue la compléter en prévoyant finalement trois cas de légitimation des enfants adultérins.

Enfants désavoués par le mari de la mère

C'est d'abord le cas d'un enfant dont la filiation adultérine est constatée par un jugement rendu à la suite de l'exercice d'une action en désaveu de paternité quand la mère épouse l'adultère se remarie avec son complice, à la suite du divorce ou de la mort de son mari. Les enfants nés de cette femme et de son complice peuvent être légitimés. Ici il s'agit d'enfants adultérins a matre.

Enfants conçus pendant l'instance en divorce ou en sé-

Mais il y a une possibilité de légitimer aussi les enfants adultérins a patre ou a matre, à la

Source : BIU Cujas

paration de corps

suite de divorce ou de séparation de corps. Les enfants nés plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal qui permet une résidence séparée des époux, qui d'ordinaire autorise la femme à avoir une résidence séparée, peuvent être légitimés. Il s'agit d'enfants dont la conception a lieu pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, c'est-à-dire d'enfants nés pendant le mariage, mais à une époque ou l'obligation de cohabitation n'existait plus. Le divorce est, par la suite prononcé, ou bien le conjoint vient à mourir: l'enfant peut être légitimé par le mariage de ses auteurs.

Le texte de l'art. 331 suppose que la procédure aboutit à la séparation de corps ou au divorce mais la même solution est admise en cas de rejet de la demande en séparation de corps ou en divorce. On considère que l'enfant n'en est pas moins adultérin. Mais si les époux se réconcilient, la situation est un peu différente et il va tout de même y avoir des situations douteuses.

Voilà un enfant qui est né plus de 300 jours après l'ordonnance du président. Pendant un certain moment sa filiation sera incertaine. L'instance a pu durer plusieurs années. Que sera-t-il ? L'enfant pendant l'instance est adultérin. Mais à qui l'attribuer? Pas au mari. Mais par la suite ne va-t-il pas y avoir conflit entre le mari et le complice ? Non, si un nouveau mariage a lieu entre le complice et la mère, alors l'enfant pourra être légitimé.

La réforme de 1907 avait conduit à des solutions assez contradictoires. On pouvait trouver des cas dans lesquels l'enfant avait deux pères. Une mère adultère se remariait, après divorce, avec son complice. L'enfant était légitimé, s'il était né plus de 300 jours après l'ordonnance du président autorisant la mère à avoir une résidence séparée. Mais, s'il n'était pas désavoué par le mari, ne continuait-il pas à avoir pour père le mari de la mère ? Il avait alors deux pères: le mari et l'amant.

La loi du 30 décembre 1915 a essayé de faire disparaître les inconvénients de la loi de 1907. Elle a établi que pour l'enfant adultérin conçu au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, il fallait écarter cette contradiction, et un alinéa a été ajouté à l'art. 313 pour faire disparaître la présomption de paternité de l'art. 312 à l'égard du premier mari, et alors il n'est plus besoin de désaveu. L'enfant, en cas de mariage, a pour père le complice. L'enfant désormais né plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal civil autori-

Source : BIU Cujas

sant la résidence séparée des deux époux, et moins de I80 jours après le rejet de la demande en divorce ou en séparation de corps ou la reconciliation des époux, sera légitimé par le mariage subséquent de sa mère avec son complice, l'enfant n'a plus deux pères.

Enfant adultérin a patre s'il n'existe pas lors du mariage subséquent d'enfant ou de descendant légitime issu du mariage au cours duquel l'enfant est conçu

La loi du 30 décembre I9I5 a ajouté un troisième cas de légitimation des enfants adultérins en dehors de la séparation de corps ou du divorce. Il s'agit d'un enfant adultérin a patre. Dans ce cas; l'enfant est celui d'un homme marié, la loi permet la légitimation s'il n'existe pas, lors du mariage subséquent, d'enfant ou de descendant légitime issu du mariage au cours duquel l'enfant est conçu. La présence d'un enfant naturel ne suffirait pas, car il n'entre pas dans la famille. Si un père qui, d'un premier mariage a eu un enfant légitime, se remarie, comme cet enfant peut invoquer les règles spéciales de la séparation de corps et du divorce, il ne peut légitimer celui-ci.

Mais supposons qu'un père a eu d'un premier mariage un enfant légitime. Il s'est remarié une seconde fois, et n'a pas eu d'enfant légitime, mais il a eu un enfant adultérin. S'il se remarie pour la troisième fois, commele mariage sous lequel l'enfant adultérin est né n'avait pas donné d'enfant légitime, la légitimation est possible. La jurisprudence interprète restrictivement le texte de la loi, et elle déclare que ce n'est pas un enfant légitime issu du mariage au cours duquel l'enfant adultérin a été conçu.

Tout cela répond à la première condition de la légitimation, savoir que la légitimation est possible, pour tous les enfants naturels simples, pour tous les enfants incestueux, dans les cas où le mariage des parents est possible, et pour certains enfants adultérins.

2° condition. Il faut que les enfants soient légitimés après reconnaissance

La deuxième condition requise pour la légitimation c'est que l'enfant soit légitimé après reconnaissance.

Mais cela n'est plus absolument vrai et il y a une légitimation par mariage subséquent, c'est-à-dire qui nécessite une reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage puis, il y a une légitimation post nuptias, quand il y a une reconnaissance postérieure.

La reconnaissance en principe doit être antérieure ou concomitante au mariage

La reconnaissance, en principe, doit être antérieure ou concomitante au mariage.

Les enfants naturels ne peuvent normalement être reconnus que lors de la célébration du mariage.

Source : BIU Cujas

Motifs de cette exigence

Le code civil avait exigé cette condition. Il avait craint, si l'on permettait la reconnaissance après le mariage, que des époux ne puissent se donner des enfants légitimes, c'est-à-dire que deux époux n'ayant pas d'enfant puissent reconnaître, après leur mariage, un enfant qui n'était pas d'eux, et éviter ainsi les formalités de l'adoption.

Mais cet inconvénient n'était pas si réel que l'avait pensé le législateur car, en cas de légitimation, la reconnaissance peut toujours être attaquée par la famille, et on peut penser qu'en cas de légitimation d'un enfant qui n'est rien, les autres parents particulièrement intéressés protesteront.

Les inconvénients de ce système

Au contraire, combien de gens en se mariant croyaient par cela seul, légitimer l'enfant qu'ils avaient eu, alors que la loi mettait obstacle à l'accomplissement de leur désir, parce qu'ils n'avaient pas pris le soin de reconnaître leur enfant naturel avant, ou au moment du mariage ? A Paris on remettait aux personnes qui demandaient à se marier une formule sur laquelle étaient indiquées les formalités à remplir, mais s'il y avait, dans cette formule, indiquée la nécessité de reconnaître les enfant naturels , avant le mariage ou lors du mariage, combien de personnes ne lisaient pas la formule, et combien aussi ne la comprenaient pas ?

On avait proposé également de questionner, lors de la célébration du mariage, les époux à ce sujet, mais cela n'était peut être pas tout à fait de bon goût, et cette proposition n'avait pas eu de succès. On répondait qu'il y avait d'ailleurs toujours le moyen de l'adoption, mais ce moyen exige certaines conditions particulières.

La loi de 1915 est venue permettre que la reconnaissance soit postérieure au mariage

La jurisprudence avait cherché à limiter la portée d'application du texte de l'art. 331. Elle s'inspirait de la formule de ce texte qui parle "d'enfants nés hors mariage" et elle estimait que cela ne concernait pas les enfants qui étaient conçus hors du mariage. Mais malgré tout, cette oeuvre était insuffisante, et la loi du 30 décembre 1915 a fait cesser les inconvénients qui résultaient de l'application de l'art. 331. Elle a autorisé la légitimation à la suite d'une reconnaissance postérieure au mariage, une légitimation qui est alors post nuptias, sauf pour les enfants adultérins.

La reconnaissance peut dès lors être, soit antérieure, soit concomitante, soit postérieure au mariage.

Quand elle est antérieure ou concomitante au mariage la légitimation résulte de plein droit du

Source : BIU Cujas

La reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage entraîne de plein droit légitimation

mariage. Avant la loi de 1915 la reconnaissance n'avait guère lieu que lors du mariage, mais il était arrivé que des officiers de l'état civil avaient mal daté la reconnaissance d'un enfant naturel, ou fait faire la reconnaissance postérieurement au mariage. La jurisprudence avait déclaré que comme l'ensemble formait un tout, la reconnaissance, même postérieuremer par acte séparé se plaçait à la date du mariage. Il était arrivé également que la reconnaissance avait été indiquée dans l'acte de mariage, ce qui n'était pas sans inconvénient car en obtenant l'acte de mariage on connaissait la situation.

La reconnaissance doit être rédigée par acte séparé

La loi du 30 décembre 1915 a déclaré que la reconnaissance devait avoir lieu par acte séparé, mais s'il y a un seul acte la nullité n'en résulte pas: on est seulement en présence d'une erreur.

La reconnaissance faite après le mariage n'emporte légitimation que moyennant certaines conditions

Mais la reconnaissance peut être faite après le mariage, et il y a alors légitimation post nuptias.

1°) Un jugement est nécessaire. Il est rendu en chambre du conseil.

2°) Il faut qu'il y ait célébration du mariage.

3°) que l'enfant ait eu la possession d'état d'enfant commun depuis le mariage.

Ainsi, dans notre législation actuelle, une reconnaissance peut être faite postérieurement au mariage, mais tandis que la reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage produit légitimation de plein droit, par mariage subséquent, pour la reconnaissance postérieure au mariage il faut un jugement, et une condition est requise: la possession d'état.

3° condition Il faut le mariage des père et mère

La troisième condition requise pour qu'il y ait légitimation, c'est le mariage des père et mère.

Il faut le mariage des père et mère auteurs de la reconnaissance. Ce mariage peut être célébré de façon quelconque: un mariage in extremis est parfaitement suffisant.

Si le mariage était nul, par application des règles du mariage putatif, il faudrait admettre que les enfants sont légitimés. Il suffira donc, en cas de mariage nul qu'un seulement des époux soit de bonne foi, pour que la légitimation subsiste, et pour que les enfants soient considérés comme légitimes.

Mais ces conditions supposent la reconnaissance suivie du mariage. Or on attaque plus facilement la légitimation que la légitimité. La légitimation pourra être attaquée soit parce qu'on attaquera la valeur de la reconnaissance, soit parce qu'on attaquera le mariage, sauf les règles du mariage putatif, de sorte

Source : BIU Cujas

que la légitimation pourra subsister en raison de la bonne foi d'un des deux époux.

Les effets de la légitimation

L'art. 333 du C.Civ. assimile l'enfant légitimé à l'enfant légitime mais il ne faut pas se tromper sur cette assimilation.

Ils ne se produisent qu'à compter du mariage

Elle ne peut être complète puisqu'il subsiste une différence très importante entre les enfants légitimés et les enfants légitimes, quant au moment à partir duquel commence la légitimation. L'assimilation des enfants légitimés et des enfants légitimes n'est donc pas complète. La légitimation ne vaut, en effet, que pour l'avenir. Elle n'a d'effet qu'à compter du mariage. C'est pourquoi l'enfant légitimé n'aura pas le droit de recueillir les successions ouvertes depuis sa conception et qu'il aurait recueillies s'il avait été légitime. La légitimation n'a pas d'effet rétroactif. On n'a pas voulu qu'elle fût appliquée à la situation antérieure, on n'a pas voulu faire "entrer dans la famille" un enfant avant le mariage.

L'enfant légitimé a les droits de l'enfant légitime

L'enfant légitimé a cependant les droits de l'enfant légitime. Ces droits ce sont d'abord tous les droits qui dérivent de la succession ab intestat. A partir du jour du mariage, il est entré dans la famille: il a les mêmes droits que l'enfant légitime. Il a droit à la réserve, qui est un moyen de protection des biens au profit de la famille. Le nom du père lui est désormais acquis mais, normalement, il l'a déjà car il ne pouvait avoir la possession d'état que s'il portait le nom du père. Il acquiert la nationalité de son père, si le père est français en vertu de la loi du IO août I927, art. Ier.

La puissance paternelle appartient au père, à la suite de la légitimation, si jusque-là elle était exercée par la mère. Si l'enfant naturel se trouvait soumis à une tutelle spéciale, relative aux enfants naturels, à partir du mariage de ses parents, ce n'est plus la tutelle qui s'applique, mais l'administration légale.

Il faut admettre aussi la révocation d'une donation pour survenance d'enfant, dans les conditions de l'art. 960 du C.Div. si on n'admet pas que la seule présence d'un enfant naturel suffit pour la révocation, et si on exige la présence d'un enfant légitime.

Il est possible de légitimer des enfants même après leur décès

A l'égard des descendants il faut signaler la disposition de l'art 332. La légitimation peut produire un effet très large et l'art. 332 permet de légitimer des enfants, même après leur décès, ce qui est important lorsqu'ils laissent des descendants.

Source : BIU Cujas

Quelles sortes de descendants ? On a discuté, il semble qu'il s'agisse seulement de descendants légitimes bien que la loi ne distingue pas. Donc la légitimation peut être opérée même après la mort d'un enfant. Cette légitimation peut ne profiter qu'aux descendants d'un enfant naturel. Elle n'est pas rétroactive; elle ne vaut, en pareil cas, qu'à partir du mariage.

§ 2 - L'adoption.

Définition

L'adoption est un contrat entre l'adoptant et l'adopté qui établit un rapport de filiation analogue à la filiation légitime.

Historique de l'institution

Dans le Droit romain, l'adoption était très répandue. Elle faisait sortir complètement l'adopté de sa famille naturelle, pour le faire entrer dans la famille de l'adoptant .

Le Droit romain

A l'origine, l'adoption, à Rome, avait pour but de permettre la continuation du culte des ancêtres. Par la suite, elle eut un rôle politique. Elle permettait la transmission des fonctions politiques, et même elle allait jusqu'à avoir un rôle social, puisqu'elle permettait aussi le transfert des charges et bénéfices appartenant à certaines personnes.

La Révolution

Le législateur de la Révolution, dans sa manie d'imitation de l'antiquité voulut la rétablir, et il la rétablit, non seulement dans la forme où elle existait en Droit romain, mais il admit une sorte d'adoption publique, par la nation, qui, en droit moderne, s'est généralisée depuis la guerre.

Le Code civil

Le premier Consul fit tous ses efforts, à un moment où il n'avait pu assurer la transmission de ses pouvoirs à un enfant, pour la faire admettre. Mais les rédacteurs du code civil y étaient hostiles, aussi l'adoption, admise dans le C.C. grâce à Napoléon, a-t-elle été soumise à une réglementation stricte.

Le C.C. y voyait l'équivalent de la paternité et de la maternité, pour des personnes arrivées à un certain âge. Mais c'était sous des conditions strictes que l'adoption était admise en 1804. Elle n'était pas admise pour les mineurs; seuls les majeurs pouvaient être adoptés.

Mais il y avait plusieurs sortes d'adoption. L'adoption était devenue un moyen d'éviter la légitimation qui s'appliquait surtout aux enfants naturels, pour les faire passer comme légitimes . Au cours du XVIIIème siècle, en effet, l'adoption était

Source : BIU Cujas

utilisée surtout au profit des enfants naturels; 60 % des adoptions avaient pour bénéficiaires des enfants naturels reconnus, et, dans les 40 % restant, il pouvait y avoir des enfants naturels non reconnus.

Le C.C. prévoyait 2 formes atténuées d'adoption:

I) L'adoption rémunératoire

2)L'adoption testamentaire

Le code civil prévoyait deux formes atténuées d'adoption:

C'était tout d'abord l'adoption rémunératoire qui était permise en faveur d'un adopté qui avait sauvé la vie à l'adoptant.

Il prévoyait, en second lieu, l'adoption testamentaire, suite d'une institution spéciale qu'on appelait la tutelle officieuse. C'était une tutelle spéciale obtenue avec le consentement des père et mère de l'enfant ou du survivant de ses père et mère, ou du conseil de famille, qui établissait ainsi un lien assez sérieux entre deux personnes normalement étrangères l'une à l'autre. La tutelle officieuse avait sa raison d'être dans l'adoption. On adoptait un mineur simplement par testament, mais il fallait une acceptation de l'adopté, après la mort de l'adoptant.

L'adoption publique a été admise par la loi du 29 juillet 1917.

Au cours de la guerre 1914-1918, une loi du 29 juillet 1917 avait repris l'idée de la révolution, d'une adoption publique. L'art. Ier de cette loi disait que la France adopte les orphelins de guerre. En réalité, il s'agissait simplement d'un ensemble de mesures ayant pour but d'attribuer certaines sommes à l'éducation des orphelins de guerre. Il s'agissait des pupilles de la nation. On verra en quoi consistaient ces mesures, en étudiant la tutelle.

Après la guerre une loi du 19 juin 1923 est venue faciliter les adoptions

Après la guerre, on eut l'idée de faciliter l'adoption des mineurs comme des majeurs, car bien des personnes étaient restées sans enfant, ou avaient perdu à la guerre les leurs. On pensa que ces personnes auraient intérêt à se créer une famille, une paternité, une maternité factices, qui leur rappelleraient leur paternité, leur maternité réelles, et on eut l'idée de faciliter les règles de l'adoption en faveur des orphelins de guerre. Un projet de loi proposé par le gouvernement et accepté le 19 juin 1923 a complètement modifié les textes du code civil, les art. 343 et suiv. Cette loi a rendu possible l'adoption des mineurs comme des majeurs, et a supprimé les formes de l'adoption rémunératoire et testamentaire. Elle a considéré qu'il était inutile de laisser subsister ces deux formes mineures de l'adoption, dès lors que l'adoption n'était pas soumise à des règles aussi strictes. Peut-être peut-on regretter seulement la disparition de l'adoption rémunératoire.

Source : BIU Cujas

Cette loi n'a d'ailleurs pas profité seulement aux orphelins de guerre, bien qu'elle ait été faite pour eux. Elle a continué à être utilisée pour rendre légitimes les enfants naturels, et elle a eu surtout, à une époque voisine de sa promulgation, une application fiscale. L'adopté est assimilé à un enfant légitime et quand s'ouvre la succession de l'adoptant, il paie les droits de mutation dus par un enfant légitime Une personne qui n'a un héritier qu'à un degré éloigné l'adopte pour lui éviter des droits plus élevés.

Les adoptions se développèrent alors à tel point que, dans le projet de budget de 1926 on eut l'idée d'insérer une modification à la loi de 1923, d'après laquelle l'enfant adoptif devait payer des droits de succession qu'il aurait dus d'après le lien de parenté légitime qui l'unissait au défunt. La Chambre écarta ce texte. Elle estima que les tribunaux qui avaient à homologuer les adoptions pourraient tenir compte de ce fait qu'une adoption n'avait comme but que d'éviter l'impôt , et elle considéra qu'il suffirait aux tribunaux de rejeter faute de "juste motif" les adoptions faites uniquement dans un intérêt fiscal.

En effet, le développement des adoptions au moins momentanément, s'était fait considérable. Alors que dans la période précédant la loi de 1923, les adoptions ne dépassaient pas le nombre de 300 par an, en 1924 le chiffre s'éleva à 1675, sur lesquels il faut noter qu'il y avait l'adoption de 734 parents légitimes ou naturels. Les chiffes des années précédentes ont baissé, mais ils restent sensiblement supérieurs à ce qu'ils étaient avant la loi de 1923.

Cela s'explique par cette raison que la loi accorde facilement l'adoption. On va le voir en examinant les conditions de l'adoption, puis on verra les effets de l'adoption.

Les conditions de l'adoption Conditions de fond. L'adoption n'est pas un droit civil réservé aux seuls Français

Les conditions de l'adoption peuvent être examinées quant au fond et quant à la forme.

Quant à la forme c'est un contrat solennel, mais il faut préciser les conditions de cette solennité.

Quant aux conditions de fond, elles sont relatives à l'adoptant, à l'adopté, et elles doivent être nettement dégagées des conditions de forme. L'adopté peut être un homme ou une femme, un individu marié ou célibataire, un étranger car un étranger peut être adopté comme un français (art. 345 du C.C.) de sorte que l'adoption n'est plus un de ces droits civils que visait le C.C. elle n'est pas réservée aux seuls nationaux.

Source : BIU Cujas

Conditions requises dans la personne de l'adoptant
a) il doit être âgé de 40 ans

L'adoptant doit de son côté réaliser 5 conditions.

L'adoptant, tout d'abord, doit être âgé de 40 ans. Cet âge a été établi pour limiter l'adoption, mais non plus comme au temps du C.C. où l'âge était de 50 ans et où on visait le cas de personnes qui ne ne pouvaient plus avoir d'enfants, ce qui était vrai d'ailleurs seulement pour la femme mais non pour l'homme. On a obéi ici à une seule pensée: faciliter l'adoption.

b) absence de descendant légitime au temps de l'adoption

La seconde condition requise c'est que l'adoptant n'ait pas de descendants légitimes, au temps de l'adoption. " L'adoption n'est permise qu'aux personnes..... qui n'auront, à l'époque de l'adoption ni enfants ni descendants légitimes", dit l'art. 344 du C.C. Par conséquent, la présence d'enfants naturels ou adoptifs ne met pas obstacle à l'adoption. L'adopté aura un frère naturel ou adopté. La naissance d'un enfant légitime de l'adoptant n'a pas d'effet sur l'adoption.

c) l'adoptant doit avoir au moins 15 ans de plus que l'adopté

Il faut que l'adoptant ait, en outre, 15 ans au moins de plus que l'adopté. C'est une condition assez naturelle, puisqu'on veut établir un lien de filiation fictif, c'est vrai, mais qui doit rappeler la filiation.

d) si l'adoptant est marié, il lui faut le consentement de son conjoint

Si l'adoptant est marié, il lui faut, en quatrième lieu, le consentement de son conjoint (art.347 du C.C.) à moins que l'autre conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté, en raison de son absence ou de son aliénation mentale.

Depuis la loi du 17 juillet 1927 qui est venue modifier l'art. 352 du C.C. en cas de dissentiment entre l'adoptant et l'adoptante, ce partage emportera consentement en matière de mariage.

Mais ici la loi ne veut pas que l'adoption apporte le trouble dans le ménage de l'adoptant. Aussi le mari adoptant, même s'il est seul à adopter, à plus forte raison si l'adoptant et l'adoptante sont mariés, doit réclamer le consentement de sa femme.

e) L'adoption doit avoir un juste motif

Enfin, en dernier lieu, l'adoption doit avoir un juste motif (art. 343 du C.C.) Ceci vise l'adoptant. Cette condition remplace une autre condition qui avait été consacrée par le C.C. aux termes de laquelle il fallait que l'adoptant ait donné des soins à l'adopté pendant sa minorité, pendant 6 ans au moins. Aujourd'hui, il suffit que des marques d'intérêts, des preuves d'affection aient été témoignées, pour constituer de justes motifs, et la notion des justes motifs est très large.

La question est très discutée actuellement encore de savoir si une adoption fondée sur un intérêt fiscal

Source : BIU Cujas

présente un juste motif. Mais il faut le dire, la question n'a pas un grand intérêt, et voici pourquoi. Le jugement qui homologue l'adoption n'a pas besoin d'être motivé et, puisqu'il n'ya pas besoin de motiver ni un jugement consacrant l'adoption, ni un jugement rejetant l'adoption, comment savoir s'il y a eu une raison tenant à ces justes motifs ? Le tribunal dit seulement que l'adoption est rejetée car elle ne repose pas sur un juste motif. Dès lors il faut prouver qu'il y a absence de juste motif, par le but fiscal.

Beaucoup d'auteurs estiment qu'il y a ici une simple question fiscale et, que les questions fiscales n'ont pas une influence nécessaire sur le droit civil? Dans bien des cas, des actes sont nuls, au point de vue fiscal, alors qu'ils sont valables au point de vue civil. Beaucoup d'auteurs disent qu'il en est ainsi en notre matière. Mais encore une fois comme le jugement n'est pas motivé, cela n'a pas grand intérêt.

Condition requise en la personne de l'adopté Aucune condition de capacité n'est requise

Les conditions requises du côté de l'adopté doivent être à leur tour précisées. On en trouve 5.

Aucune condition de capacité n'est requise.

On peut adopter (art. 345) un français, un étranger, un majeur, un mineur, et il n'y a pas d'exclusion en raison de la parenté.

La jurisprudence, avant 1923 avait, surtout vers le milieu du XIX° siècle hésité. Elle s'était demandé s'il était possible d'adopter un enfant naturel, et pendant quelque temps, elle avait dit qu'on ne le pouvait pas. Puis, elle avait reconnu la possibilité d'adopter un enfant naturel, et après la loi de 1923 - 60 % des adoptés étaient des enfants naturels reconnus. On faisait ainsi passer des enfants naturels à la situation d'enfants légitimes, pour les faire bénéficier des droits successoraux:réserve, droit à des libéralités dont bénéficient les enfants légitimes.

Actuellement d'ailleurs, il n'y a plus de doute Il y a même un texte qui justifie la possibilité d'adopter un enfant naturel, ou un parent légitime.

L'adoption pourra être préférée à la légitimation, à l'égard d'un enfant naturel; on le verra en terminant cette étude par une comparaison entre la légitimation et l'adoption.

On peut adopter un neveu ou une nièce, et ces adoptions ont presque toujours un but fiscal. On peut adopter des parents éloignés. Rien ne s'oppose à ce qu'un frère adopte sa soeur; ici le but ne peut être que fiscal. D'ailleurs la pratique jurisprudence-

Source : BIU Cujas

tielle n'en révèle pas d'exemples.

Un mari pourrait-il adopter sa femme et inversement ? On est unanime à penser que, dans ce cas, l'adoption ne peut s'appliquer, bien que les époux ne soient ni parents ni alliés. On écarte ici simplement l'adoption, pour une raison de convenance.

Un cas très fréquent d'adoption est celui de l'adoption d'un pupille par son tuteur.

Mais il n'y a pas là en ce qui concerne la capacité une condition proprement dite. L'adopté doit cependant réunir certaines conditions.

a) l'adopté doit avoir 15 ans de moins que l'adoptant

Il faut tout d'abord, puisque l'adoptant doit avoir 15 ans de plus que l'adopté, que l'adopté ait 15 ans de moins que l'adoptant.

b) Il faut que l'adopté n'ait pas encore été adopté

Il faut, en second lieu, qu'il n'ait pas encore été adopté (art 346 du C.C.). On peut adopter plusieurs enfants, mais un adopté ne peut être adopté que par un adoptant, sauf le cas ou l'adoptant est marié, et où l'adoption est faite par l'adoptant et par l'adoptante. Il faut, d'après la loi, qu'il n'y ait pas possibilité de conflit entre l'adoptant et l'adoptante, des conflits de puissance paternelle. Mais ici encore comme il ne peut y avoir que le mari et la femme, puisque la loi établit elle-même l'exercice de la puissance paternelle dans les rapports du mari et de la femme il ne peut y avoir de conflit.

Quand un tuteur aura ainsi adopté son pupille l'enfant qui lorsqu'il avait encore ses père et mère était considéré comme étant en administration légale, non en tutelle, s'il est reconnu par l'adoptant et l'adoptante, passe sous le régime de l'administration légale, après avoir eu celui de la tutelle.

Seulement, en cas d'administration légale, il n'y a pas de subrogé-tuteur. Ici il aurait fallu laisser subsister le régime antérieur, pour donner toute garantie.

c) Si l'adopté est marié il faut le consentement de son conjoint

Si l'époux est marié, il faut le consentement de son conjoint, et les réserves qui ont été faites en ce qui concerne le consentement du conjoint de l'adoptant doivent être faites, pour le conjoint de l'adopté.

d) Il faut le consentement de l'adopté

Si l'adopté est majeur, il doit consentir à l'adoption.

e)Si l'adopté est mineur il doit être autorisé

S'il est mineur, en plus de son consentement, qu'il peut donner à partir de 16 ans, devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, ou devant un notaire (art. 360) il doit être autorisé. L'autorisation ici rappelle le consentement donné par les parents ou leur représentant, en matière de mariage, mais il y a

Source : BIU Cujas

une différence. Il faut que le père et la mère véritables légitimes ou naturels, donnent l'un et l'autre leur consentement. Ici le dissentiment ne vaut pas consentement. Si l'enfant n'a plus ses parents, s'il subsiste l'un d'eux seulement, le survivant donnera l'autorisation. Si les parents sont divorcés ou séparés de corps il semble résulter de la formule de la loi qu'il faudra obtenir à la fois le consentement de celui en faveur duquel la séparation ou le divorce a été prononcé, et de celui qui a la garde de l'enfant. Si l'enfant n'a plus de parents, c'est le conseil de famille, ou le tribunal, pour les enfants naturels, qui donnera l'autorisation.

f) l'adoption doit présenter des avantages pour l'adopté

L'adoption enfin doit présenter des avantages pour l'adopté (art. 343 du C.C.) Par rapport à l'adoptant, l'adoption devait avoir un juste motif: pour l'adopté elle doit présenter des avantages.

Le Tribunal doit les apprécier. Il devra refuse l'adoption si elle est susceptible d'entraîner pour l'adopté des charges, par exemple en cas d'entrée de l'enfant adopté dans une famille besogneuse, ou d'une honorabilité douteuse. Ceci rappelle la condition requise dans le C.C. par rapport à l'adoptant. Le C.C. exigeait la bonne réputation de l'adoptant.

A quel moment ces conditions sont-elles requises

Ces conditions sont requises à des moments différents, tantôt lors du contrat d'adoption, tantôt lors du jugement d'homologation de l'adoption. L'adoption, en effet, ne doit produire des effets qu'à partir du jugement, d'après l'art. 360 du C.C. Mais, malgré tout, certaines de ces conditions doivent exister nécessairement auparavant. Puisqu'il y a un contrat, avant le jugement, il faut bien que, lors de ce contrat, les conditions principales soient fixées. C'est pourquoi il faut autant de contrats que d'adoptions, et qu'il faut que soient remplies les conditions d'âge de capacité et de consentement des parties, à cette époque. Cela est si vrai que, quand le père ou la mère adoptifs viennent à mourir, avant le prononcé du jugement, l'homologation pourra être poursuivie car l'adopté doit succéder à l'adoptant. Il y a un grand intérêt au point de vue fiscal, et au point de vue des droits à payer sur la succession. On en a conclu, en pratique, à la possibilité d'une adoption réalisée in extremis.

Les conditions requises lors du contrat d'adoption

Conditions requises au jour du jugement d'homologation

Mais il y a d'autres conditions qui sont requises seulement au jour du jugement d'homologation. Ce sont des conditions de non présence d'enfant légitime de l'adoptant, la condition de juste motif de

Source : BIU Cujas

l'adoption, par rapport à l'adoptant, enfinla condition d'avantage de l'adoption.

Telles sont les conditions de fond. Elles sont assez nombreuses, mais elles ne sont pas très rigoureuses.

Les conditions de forme de l'adoption

Les conditions de forme de l'adoption ont été précisées par la loi de 1923, et elles montrent que l'adoption est une opération en trois actes: 1° le contrat d'adoption , 2° l'homologation, 3° la transcription; c'est-à-dire l'homologation par jugement, et la transcription du jugement.

I° le contrat d'adoption

Le premier acte c'est le contrat d'adoption. Il est passé, soit devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, soit devant un notaire (art. 360 du C.C.).

Il faut voir ici le rapprochement fait par la loi entre la reconnaissance d'un enfant naturel qui se fera également devant l'officier de l'état civil ou un notaire, devant un officier public, et l'adoption.

D'après l'art. 368 du C.C. les parties sont liées à partir du contrat d'adoption. Seulement il est vraisemblable que si toutes les deux venaient à changer d'avis, le tribunal n'homologuerait pas; si le changement n'existait que d'un côté, on peut se demander si le tribunal l'accepterait. Il faut cependant reconnaître que si le changement de volonté venait de l'adoptant, l'adopté, s'il n'y avait pas de raison légitime, pourrait réclamer des dommages-intérêts.

2° L'homologation de l'adoption par jugement

Le second acte, c'est l'homologation qui est prononcée par le tribunal civil du lieu du domicile de l'adoptant. Il y a un jugement qui présente le caractère particulier de n'être pas motivé. Il s'agit d'un jugement de refus ou d'acceptation de l'adoption. Les jugements de refus sont prononcés en chambre du Conseil, tandis que les jugements d'homologation de l'adoption doivent être prononcés en audience publique. Le Ministère public doit être entendu.

Le dispositif du jugement doit contenir toutes les mentions utiles pour faire connaître exactement les conditions de l'adoption, et une publicité est effectuée par voie d'affiches et d'insertion dans les journaux au domicile de l'adoptant (art. 366 du C.C.).

Les voies de recours ouvertes contre ce jugement

Le jugement d'homologation rendu est susceptible de voie de recours.

En cas de refus de l'adoption, l'appel peut être formé par les parties, mais, d'après l'art. 365 quand il y a un jugement d'homologation, le ministère public peut former appel.

Source : BIU Cujas

Le pourvoi en cassation n'est admis, d'après ce texte, que pour vice de forme et seulement contre les jugements qui refusent l'homologation. Il n'y a pas de pourvoi possible en dehors de là, soit quant à la forme, soit quant au fond.

3° La transcription du jugement d'homologation

Le troisième acte, c'est la transcription du jugement d'homologation. Elle doit être réalisée, conformément à l'art. 367 du C.C. Dans les trois mois on transcrit le dispositif du jugement. C'est sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté que la transcription doit être opérée et, pour un enfant né, à l'étranger, la transcription se fera sur les registres de l'état civil du Ier arrondissement de Paris.

C'est à la requête de l'avoué que l'adoption doit être transcrite. Si l'avoué ne fait pas cette transcription, une amende de cent francs peut être prononcée contre lui, sans compter les dommages-intérêts pour lesquels il peut être poursuivi. Mais si l'avoué ne fait pas la transcription dans les trois mois, une des parties peut la réclamer.

La transcription est d'ailleurs accompagnée d'une mention en marge de l'acte de naissance de l'adopté. Il y a là un des procédés de centralisation que l'on a examiné. Telles sont les conditions de l'adoption. Voyons maintenant ses effets.

Effets de l'adoption. L'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant

L'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant.

Il conserve néanmoins sa famille naturelle

Il conserve sa famille naturelle. Sa parenté naturelle tenant aux liens du sang est conservée. Il garde tous ses droits. Il y a ici une différence avec l'adoption romaine qui faisait perdre à l'enfant adopté les droits qu'il avait dans sa famille. Il ne peut pas quitter sa famille naturelle, et le maintien des rapports antérieurs de cette famille naturelle a un grand intérêt, puisqu'il conserve tous ses droits alimentaires à l'égard de ses parents.

Enfin il subsiste des empêchements au mariage, dans les rapports de l'enfant adopté et de ses anciens parents.

L'adoption crée des rapports nouveaux entre l'adoptant et l'adopté

Dans les rapports nouveaux, il y a un lien de filiation qui est créé, et il faut étudier cette création du lien de filiation, de même qu'il faut étudier l'attribution de la puissance paternelle.

A) Elle crée un lien de filiation entre l'adoptant

Il y a d'abord création d'un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté. L'adopté est assimilé à un enfant légitime de l'adoptant. L'adopté obtient

Source : BIU Cujas

et l'adopté
L'adopté obtient un droit de succession par rapport à l'adoptant.
Le père adoptif a le droit de retour légal

ainsi un droit de succession par rapport à l'adoptant, mais la réciproque n'est pas vraie. C'est un cas exceptionnel où le droit de succession n'est pas réciproque.

Mais le père adoptif, à défaut de droit de succession, a, conformément à l'article 358 du Code civil, un droit de retour qu'on appelle droit de succession anomale. Dans ce cas, par exception, la loi tient compte de l'origine des biens pour en assurer la dévolution alors que de droit commun, la succession est dévolue, sans qu'il soit tenu compte de l'origine des biens: art. 732 du C.C. " La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens; pour en régler la succession. " Ici, par exception, la loi considère l'origine. C'est lorsque l'adoptant, le père adoptif a donné certains biens à l'enfant qu'il a adopté et que cet enfant vient à mourir sans descendance, que l'adoptant peut réclamer le retour des biens qu'il a donnés.

Mais la loi n'a pas permis qu'ily ait un droit de succession au profit de l'adoptant, pour éviter que l'adoption ait un motif intéressé, de la part de l'adoptant.

De l'adoption résultent des empêchements au mariage
L'adopté ajoute le nom de l'adoptant à son nom propre

De l'adoption résultent encore des empêchements au mariage, en ligne directe, au premier degré, sauf dispense dans certains cas entre les frères et soeurs adoptifs (art. 354 et 355 du C.C.).

L'adopté, d'après l'art. 351 du C.C. prend le nom de l'adoptant, en ajoutant ce nom au sien propre. Si l'adopté et l'adoptant ont le même nom patronymique aucune modification n'est apportée au nom ajouté.

Cependant, l'art. 351 alᵃ 2, vise le cas d'un enfant naturel non reconnu. Le nom de l'adoptant peut être substitué, par l'acte d'adoption, et du consentement des parties à celui de l'adopté, notamment quand on a donné à cet enfant un nom ridicule.

L'adopté n'a de lien de filiation que par rapport à l'adoptant

L'adopté n'entre pas, à proprement parler, dans la famille de l'adoptant. Il n'a de lien de filiation que par rapport à l'adoptant, et ceci montre que l'adoption a des effets moins complets que la légitimation. Il y a donc intérêt à légitimer un enfant naturel quand on le peut plutôt qu'à l'adopter.

B) Lorsqu'il s'agit de l'adoption d'un mineur, la puissance paternelle est attribuée à l'adoptant

Cet effet créateur d'un lien de filiation est seul produit en présence de l'adoption d'un majeur, Mais, quand c'est un mineur qui est adopté, un deuxième effet est réalisé, en ce qui concerne l'attribution de la puissance paternelle à l'adoptant.

La question est de savoir si ce sont tous les

Source : BIU Cujas

droits de puissance paternelle qui sont attribués à l'adoptant. On a soutenu que certains droits seulement étaient conférés à l'adoptant, que le droit de garde notamment, le droit de jouissance légale lui étaient conférés, mais que d'autres droits ne pouvaient lui être accordés. Il n'aurait pas eu ,notamment, le droit de consentir au mariage de l'adopté. Cependant il n'y a aucun doute; tous les droits de puissance paternelle passent des parents véritables aux parents adoptifs.

L'adoption peut prendre fin par:

L'adoption peut cesser dans certains cas, et on va voir au moins un de ces cas. Il en résultera alors une modification de la puissance paternelle.

une action en nullité

L'adoption peut être l'objet d'une action en nullité pour vice de forme ou de fond. Il y aura nullité relative ou nullité absolue. S'il s'agit d'un vice de forme ce sera d'ailleurs une nullité absolue, puisqu'il s'agit d'un contrat solennel.

La mort de l'adoptant

L'adoption peut également cesser en cas de mort de l'adoptant. En pareil cas l'enfant revient sous la puissance paternelle de ses parents véritables.

La révocation de l'adoption

L'adoption peut enfin cesser par la révocation. Il y a là une innovation de la loi de 1923. La loi de 1923 a écarté le caractère irrévocable de l'adoption qui avait été reconnu par le législateur de 1804 L'adoption est admise mais elle peut être désormais révoquée quand elle a des inconvénients graves. Il faut qu'il s'agisse en effet de motifs très graves.

Mais on l'admet aussi bien dans l'intérêt de l'adoptant que dans l'intérêt de l'adopté, car elle peut être demandée par l'un ou par l'autre. Si l'adopté était encore mineur, l'action en révocation devrait être intentée par son représentant qui est l'adoptant, mais bien entendu on ne peut demander à l'adoptant d'agir puisque ce serait l'intérêt de l'adopté seul qui serait en jeu. La conséquence c'est qu'en pareil cas , la révocation ne pourrait pas avoir lieu. Il doit y avoir en conséquence un représentant spécial; on nommera un tuteur ad hoc pour exercer l'action en révocation.

La révocation fait cesser l'adoption seulement pour l'avenir

La révocation fait cesser l'adoption mais seulement pour l'avenir.

Le père adoptif, quand il y a eu révocation de l'adoption conserve-t-il le droit de succession anomale ? La question ne s'est pas présentée jusqu'ici en pratique. En pareil cas, il faudrait maintenir le droit de retour au profit de l'adoptant.

Déchéance de la puissance pater-

Il peut enfin y avoir disparition de l'adoption

Source : BIU Cujas

nelle de l'adoptant

par suite de la déchéance de la puissance paternelle de l'adoptant. C'est un cas très rare, car on sait qu'on exige que l'adoption présente des avantages pour l'adopté, qu'on exige la bonne réputation de l'adoptant, et alors il n'y a pas de grandes chances qu'il y ait lieu à déchéance de la puissance paternelle. Mais s'il en était ainsi la puissance paternelle reviendrait aux parents véritables de l'enfant.

Comparaison entre l'adoption et la légitimation

Il faut maintenant rapprocher, au moins quant à leurs effets, l'adoption et la légitimation, car il y a des cas où, pour un enfant naturel, le choix se présente entre l'adoption et la légitimation.

Si la légitimation n'est plus possible, car le père naturel s'est déjà remarié et qu'alors il n'y a plus possibilité d'user de la légitimation post nuptias, il n'y a que la voie de l'adoption qui soit ouverte. Mais quand les deux voies sont possibles vaut-il mieux adopter un enfant ou le légitimer ? Comparons donc l'adoption et la légitimation.

Tandis que l'adoption créé un lien fictif, la légitimation établit un lien naturel

L'adoption est un lien fictif qui ne supprime pas le lien naturel de parenté ou de filiation. Au contraire la légitimation crée un véritable lien réel, un lien qu'on qualifie même ordinairement de lien naturel.

Tandis que l'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant, l'enfant légitimé est assimilé à l'enfant légitime

En second lieu, l'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant. Il n'a un lien de filiation que par rapport à l'adoptant, mais non par rapport à la famille de l'adoptant. Au contraire, en cas de légitimation, l'enfant légitimé est assimilé à l'enfant légitime.

Tandis qu'on peut adopter des enfants naturels et des parents légitimes la légitimation n'est possible que pour les enfants naturels

En troisième lieu, on peut adopter des enfants naturels et des parents légitimes de sorte qu'il y a là un avantage pour l'adoption. La légitimation, au contraire n'est possible que pour des enfants naturels. C'est un moyen beaucoup moins large que l'adoption qui peut avoir lieu à l'égard de tous parents légitimes ou naturels.

L'adoption est révocable la légitimation ne l'est pas

Enfin l'adoption présente un danger possible, puisqu'elle est révocable. Au contraire, la légitimation n'est pas révocable.

La légitimation peut être attaquée beaucoup

Mais, d'autre part, tandis que l'adoption ne peut être annulée que dans des cas très restreints, la légitimation, au contraire, peut être attaquée: il peut y avoir contestation d'un enfant légitimé, contestation de la légitimation, soit qu'on attaque la filiation de l'enfant, soit qu'on attaque le mariage de ses parents.

La conclusion c'est que, quand les parents le peuvent, quand ils peuvent se marier, il vaut

Source : BIU Cujas

plus facilement que l'adoption

mieux pour eux, et pour l'enfant, le légitimer que l'adopter.

Chapitre IV

LES EFFETS DE LA FILIATION - L'OBLIGATION ALIMENTAIRE.

Les effets de la filiation.

Distinction de la filiation et de la parenté

On connaît la différence qui existe entre le lien de famille et le lien de parenté. Elle se traduit, au point de vue de leurs effets. La filiation produit des effets naturels: empêchement au mariage, obligation de garde, d'éducation et d'entretien, obligation alimentaire, tandis que le lien de famille produit des effets sociaux: droit de succession et puissance paternelle.

Cette distinction n'est pas faite par le code civil

Le législateur n'a tenu aucun compte de cette distinction, et on peut le regretter.

Quand la reconnaissance est volontaire, elle devrait faire attribuer à la fois les effets naturels de la filiation et les effets créateurs d'un lien social, de la famille. Au contraire, quand la reconnaissance est forcée, l'enfant ne devrait pas entrer dans la famille, car le lien de famille a un caractère volontaire, tandis que le lien de filiation présente un caractère naturel. Pour la même raison, la preuve de la filiation devrait être encore plus facile.

Au contraire le législateur assimile toutes les reconnaissances, qu'elles soient volontaires ou forcées, il leur attribue les mêmes effets.

Sauf en ce qui concerne la filiation naturelle établie au cours du mariage.

Il n'a admis de tempérament à sa règle que dans l'art. 337 du C.Civ. D'après ce texte, l'enfant reconnu après le mariage de son père ou de sa mère n'a pas les droits de l'enfant reconnu avant le mariage. Le législateur ne veut pas que sa reconnaissance porte atteinte aux enfants nés du mariage ni au conjoint. La filiation établie au cours du mariage produit donc tous les effets de la filiation, mais non les effets qui se rattachent au lien de famille. Ici indirectement le législateur a admis la distinction entre la famille et la parenté.

Sans doute, il n'est pas juste que l'enfant reconnu au cours du mariage n'ait pas les droits d'un enfant naturel. Mais, en réalité, on n'a pas pu lui enlever tous les droits d'un enfant naturel. On lui

Source : BIU Cujas

a enlevé seulement le droit de succession, mais on lui a laissé le droit à des aliments. Seulement ces aliments ne peuvent être pris que sur les biens personnels de l'auteur de la reconnaissance et non sur les revenus du ménage.

Le code civil a réparti les enfants en 5 classes:

Le code civil, au fond, a établi pour la filiation une situation assez complexe qui fait qu'on peut répartir les enfants en cinq classes.

Ière classe: enfants légitimes et légitimés

La première classe est celle des enfants légitimes et légitimés à l'égard desquels se produisent les effets les plus complets de la filiation et de la parenté. Voyons leurs droits leurs devoirs, et les incapacités que crée cette filiation légitime.

Les droits créés par la filiation légitime

L'enfant légitime ou légitimé a droit au nom de ses parents. Il est, en principe, du vivant de ses père et mère, sous l'administration légale du père. Les parents ont le droit de jouissance légale. Ils ont le droit de former opposition à son mariage. Ils peuvent demander l'internement de cet enfant. L'enfant a droit à des aliments, et il a un droit très large à la succession de ses parents. C'est d'ailleurs un droit réciproque qui existe à l'égard des parents comme des enfants.

Les devoirs crées par la filiation légitime

Comme devoirs, les parents ont le devoir d'éducation et d'entretien. Ils doivent accepter la tutelle faire partie d'un conseil de famille et sont tenus de l'obligation alimentaire, comme d'ailleurs l'enfant es tenu à leur égard. C'est un devoir de la filiation.

Incapacité tenant à la filiation légitime

Quant aux incapacités qui tiennent à la filiation c'est l'impossibilité du mariage, l'impossibilité d'être témoin dans les actes notariés et c'est aussi l'impossibilité de siéger dans un même tribunal.

Deuxième classe: enfants adoptifs

La deuxième catégorie d'enfants est celle des enfants adoptifs.

Les enfants naturels adoptés n'ont pas d'autres droits que ceux des enfants adoptifs. A l'égard de l'adoptant ils ont tous les droits mais ils n'entrent pas dans la famille de l'adoptant. Les enfants adoptifs restent dans leur famille naturelle d'origine. On laissera de côté les effets de l'adoption.

Troisième classe: enfants naturels reconnus

Les enfants naturels reconnus volontairement ou par jugement ont les mêmes droits. Ils ont droit au nom. Il y a, à leur égard, une puissance paternelle. Leurs père ou mère, auteur de la reconnaissance, ont un droit de jouissance légale sur les biens leur appartenant. Ils ont droit à des aliments, et ils ont un droit de succession qui, pour être restreint, n'en est pas moins très réel. Ils sont frappés d'une incapacité spéciale: il y a toujours, à leur égard,

Source : BIU Cujas

l'incapacité qui résulte des empêchements au mariage, mais il y a, en plus, une incapacité qui résulte de l'art. 908 du C.Civ.; comme on a limité leur droit de succession, pour que la succession par testament ne vienne pas rendre aux enfants naturels ce que la succession légale ou ab intestat ne leur a pas accordé, il leur est défendu de recevoir au-delà de la quotité disponible.

Quatrième classe: les enfants reconnus pendant le mariage.

La quatrième classe est celle des enfants reconnus pendant le mariage. Ces enfants n'ont pas le droit de succession mais, en dehors de là, ils ont tous les droits des enfants naturels. On leur a contesté le droit à des aliments, mais ils l'ont puisque les enfants adultérins et incestueux l'ont bien.

Cinquième classe: les enfants adultérins et incestueux.

Enfin les enfants adultérins et incestueux n'ont droit qu'à des aliments, ils n'ont pas droit à la succession. Dans la successionde leurs parents, ils vont se présenter non pas comme des héritiers, mais comme des créanciers alimentaires.

Ce qu'il faut penser de la classificationadoptée par le C.C.

La solution logique serait un peu différente. Il faudrait supprimer la catégorie des enfants naturels reconnus pendant le mariage, il faudrait admettre le maintien de la situation des enfants légitimes et légitimés, car il convient de faire une différence entre l'enfant naturel et l'enfant légitime, tant que la société reposera sur la famille. Cette notion a été contestée par les philosophes du XVIIIème siècle. Leurs idées sentimentales et philosophiques étaient en faveur de l'égalité des enfants naturels et des enfants légitimes et on pense surtout à J.J. Rousseau, lequel d'ailleurs ne reconnaissait pas ses enfants naturels. D'autre part, il faut maintenir la distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes, sinon il faut généraliser l'union libre, il faut l'appliquer très largement. C'est ce qu'on a fait dans la république soviétique, en conservant d'ailleurs, cela est curieux, ses effets au mariage. Mais ne plus distinguer les enfants naturels et les enfants légitimes, c'est mettre sur le même pied les uns et les autres, c'est ainsi, qu'on l'a dit " mettre entre eux seulement l'épaisseur d'un parchemin". Le droit des enfants naturels doit donc être limité par rapport aux enfants légitimes, et cela s'explique par l'utilité sociale qui est à la base du droit de propriété et de succession.

On a montré les effets nombreux de la filiation légitime. Il en est qu'on connaît. On connaît les empêchements au mariage, et on a étudié le nom. Les autres effets, on les étudiera à propos des autres

Source : BIU Cujas

institutions. On n'envisagera ici que l'obligation alimentaire.

L'obligation alimentaire.

Définition de l'obligation alimentaire

L'obligation alimentaire consiste dans le devoir imposé à une personne de fournir à une autre des aliments. Mais, fournir des aliments, ce n'est pas seulement donner, en réalité, des aliments c'est donner de quoi les acheter.

L'obligation alimentaire suppose qu'une personne est dans le besoin et qu'une autre qui lui est rattachée par un lien, est dans un état de fortune suffisant pour fournir des aliments.

En général, cette obligation est réciproque. Le code civil ne l'a étudiée qu'à propos du mariage mais c'est une erreur car l'obligation alimentaire dérive de la parenté, et non du mariage. Il s'y ajoute d'ailleurs une obligation qui résulte du mariage entre les conjoints, puisque les conjoints ne sont ni parents ni alliés.

Cette obligation a une valeur sociale moins grande actuellement que dans le passé.

Cette obligation a une valeur sociale encore importante mais bien moins grande que celle qu'elle présentait autrefois. Quand les familles étaient très stables l'obligation alimentaire présentait une grande utilité sociale. Elle permettait l'assistance entre parents d'une manière efficace, et se traduisait surtout par la fourniture d'aliments en nature.

Mais le rôle de la famille a diminué et, à côté de l'obligation alimentaire, est intervenue, de plus en plus, l'assistance, que ce soit par des institutions privées ou par l'Etat. L'obligation alimentaire n'a de raison d'être en effet que dans des familles sinon aisées, du moins qui ont la possibilité de fournir à d'autres de tels aliments, et en outre la famille ouvrière, depuis la guerre, il faut bien le reconnaître est assez instable, et elle a perdu son rôle social.

Le devoir d'assistance est en effet, de nos jours, à la fois familial et social

Le devoir d'assistance est, de nos jours, à la fois familial et social. C'est qu'à la famille qui ne pouvait suffire aux besoins de tous ceux qu'elle englobe sont venues s'adjoindre les sociétés de secours mutuel, les caisses d'assurance, les retraites. On a reconnu un devoir d'assistance. De plus en plus, l'assistance s'est faite sociale. On secourt les indigents, les malades, par l'assistance médicale gratuite, les enfants trouvés ou moralement abandonnés, les vieillards de 70 ans, les infirmes, les incurables, quand ils sont privés de ressources. (Loi du

Source : BIU Cujas

I4 juillet I905). On secourt les familles nombreuses dépourvues de ressources, les femmes en couches, les femmes qui nourrissent leurs enfants et les pupilles de la nation. Peu à peu, par conséquent, au devoir d'assistance familiale s'est ajouté le devoir d'assistance sociale, et une grande loi sur les assurances sociales doit venir donner satisfaction à ce devoir. Elle le fera par l'intervention à la fois de l'individ lui-même qui doit être assisté de son patron et de l'Etat. Il y a là, par conséquent, trois sortes d'éléments qui contribueront à la formation de l'assurance. Ce n'est pas parce qu'une loi a été mal rédigée qu'une institution est mauvaise; on a eu seulement le tort de vouloir l'appliquer d'un seul coup, au lieu de l'appliquer par étapes.

Mais on n'étudiera ici que l'obligation alimentaire c'est-à-dire l'assistance familiale, on aura à envisager à cet égard:

I° Les conditions d'existence de l'obligation alimentaire.

2° Les caractères de l'obligation alimentaire.

3° Les modes d'exécution de l'obligation alimentaire.

I. Conditions d'existence de l'obligation alimentaire

I. Les conditons d'existence de l'obligation alimentaire visent d'abord les personnes entre lesquelles l'obligation alimentaire existe et, d'autre part, la situation juridique dans laquelle doivent se trouver ces personnes.

Les personnes entre lesquelles existe l'obligation alimentaire

L'obligation alimentaire est due entre parents en ligne directe, entre alliés en ligne directe, au premier degré, et entre conjoints.

Il ne faut pas établir de liens entre le droit à des aliments et le droit à la succession ab intestat

Mais une question de principe s'est élevée. Faut-il établir un lien entre le droit à des aliments et le droit à la succession ab intestat ? On l'a pensé en montrant qu'il en résulterait une cause de concordance dans la loi et que ce serait logique, si le droit de succession est un bénéfice, l'obligation alimentaire peut être une charge, de sorte qu'on appliquerait la règle que là où est le profit doit être la charge.

Mais, à la vérité, il ne doit pas exister de rapport nécessaire entre l'obligation alimentaire et le droit de succession ab intestat.

C'est qu'on comprendrait très bien que certains enfants naturels n'aient pas du tout de succession, car le droit de succession est un droit qui découle du droit de famille, alors qu'à tous on doit reconnaître le droit à des aliments qui est un effet du lien de filiation, de parenté et le code civil de même que les lois qui l'ont complété, l'ont admis.

Source : BIU Cujas

Mais certains successibles n'ont pas droit à des aliments. Il en est ainsi des frères et soeurs qui recueillent la succession les uns des autres, mais qui ne peuvent se demander des aliments.

D'autre part et inversement, il y a des créanciers d'aliments qui n'ont pas le droit de succession. Les enfants adultérins et incestueux ne sont pas des héritiers, ils n'ont pas de droit de succession, mais ils sont créanciers de la succession et ont droit à des aliments.

Il est tout naturel d'ailleurs qu'il n'y ait pas d'assimilation entre le droit de succession et l'obligation alimentaire car ce sont des droits d'une nature différente et qui n'ont pas les mêmes effets. On a vu leur fondement différent, on sait que le droit de succession a pour fondement le lien de famille, alors que le droit à des aliments a pour fondement le lien de parenté; le devoir d'assistance. D'autre part, leurs effets sont différents: la représentation, le principe de la fente du droit de succession n'ont rien à faire en matière alimentaire.

L'obligation alimentaire existe entre parents en ligne directe Elle n'existe pas entre frères et soeurs

L'obligation alimentaire existe entre parents en ligne directe, elle n'existe pas entre collatéraux, même entre frère et soeur.

Cela paraît singulier car les frères et soeurs viennent à la succession avec les père et mère et excluent les autres ascendants qui cependant ont droit à des aliments. Les frères et soeurs même, et ceci est plus curieux, excluent par conséquent des héritiers qui sont des héritiers réservataires, c'est-à-dire des héritiers auxquels le decujus ne peut pas ne pas laisser une certaine part des biens héréditaires, et il en est résulté que la situation des frères et soeurs a attiré l'attention de la jurisprudence.

Les frères et soeurs n'ont en cette matière qu'une obligation naturelle

La jurisprudence a reconnu qu'il n'y avait certes pas une obligation alimentaire entre frères et soeurs, mais que si des conventions étaient passées entre frères et soeurs, pour se payer des aliments, ces conventions seraient parfaitement valables et la jurisprudence a admis qu'à défaut d'obligation civile, dans les rapports des frères et soeurs, au point de vue des aliments, il y avait une obligation naturelle.

L'obligation alimentaire existe à l'infini entre les ascendants et les descendants

C'est à l'infini entre ascendants et descendants que les aliments sont dûs (art. 205 du C.Civ.)

L'obligation alimentaire existe à l'égard des parents cela est tout naturel mais cette obligation dans les rapports des parents et de leurs enfants au premier degré est bien plus large car elle comprend non seulement l'obligation de nourrir l'obligation

Source : BIU Cujas

L'obligation qui existe de la part des parents à l'égard des enfants est plus large que l'obligation alimentaire

alimentaire, mais encore, l'obligation d'entretenir et d'élever les enfants. C'est beaucoup plus que l'obligation alimentaire, c'est l'obligation aux soins d'éducation, obligation qui doit être remplie conformément à la situation sociale des parents.

L'art. 385 ajoute encore: à propos du droit de jouissance légale appelé encore usufruit légal des parents sur les biens de leurs enfants, que les parents qui ont un usufruit légal sur les biens de leurs enfants, doivent donner à ces enfants la nourriture, l'entretien et l'éducation selon leur fortune. Il s'agit d'un enfant qui a des biens personnels. La situation des parents en est améliorée puisqu'ils ont une charge moins lourde. C'est à la fois selon la fortune des parents, et selon la fortune recueillie par l'enfant que l'éducation et l'entretien doivent avoir lieu.

L'art. 203 dit que les enfants doivent recevoir des aliments de leurs père et mère. Les père et mère sont donc tenus solidairement. L'enfant pourra agir, quand il sera majeur, mais s'il est mineur c'est son représentant légal qui devrait agir, c'est-à-dire son père ou sa mère. La mère peut agir pour obtenir des aliments, quand le père n'en est pas capable.

Cette obligation alimentaire est réciproque

L'art. 207 montre que l'obligation ainsi établie entre les enfants et les parents existe réciproquement et on verra ce caractère de réciprocité avec les caractères de l'obligation alimentaire.

La loi n'a visé que les enfants nés du mariage, les enfants légitimes. Elle ne pouvait faire autrement puisque les art. 203 et suiv. sont au titre du mariage.

Le droit à des aliments des enfants adoptifs

Pour les enfants adoptifs, leur situation est réglée par les textes. On peut dire, en vertu de l'art. 356 nouveau modifié par la loi de 1919, que les enfants adoptifs ont droit à des aliments, et eux, ils ont même droit à des aliments dans leur famille d'origine, mais d'ordinaire cette famille n'aura rien et, par conséquent, le véritable droit à des aliments sera entre l'adopté et l'adoptant.

Mais on sait que l'enfant adoptif n'entre pas dans la famille de ses parents adoptifs, et à l'égard des ascendants de l'adoptant, il n'existe aucun droit de l'adopté.

Le droit à des aliments des enfants naturels

Pour les enfants naturels, il faut distinguer selon qu'il s'agit d'enfants naturels simples ou d'enfants incestueux ou adultérins.

L'art. 337 du C.Civ. qui déclare que les enfants naturels reconnus au cours du mariage ne peuvent pas

Source : BIU Cujas

avoir des droits qui nuisent à l'autre conjoint et aux enfants nés du mariage ne saurait empêcher de reconnaître un droit à des aliments au profit de ces enfants reconnus seulement postérieurement au mariage. On en traitera avec les enfants naturels simples, que ces enfants soient reconnus volontairement ou en justice, puisque la loi ne fait pas de distinction. Ici encore l'obligation est réciproque.

Il n'y a pas de texte sans doute, mais comment supposer que la loi n'ait pas admis un droit à des aliments au profit des enfants naturels, alors qu'elle en reconnaît un au profit des enfants adultérins ou incestueux, et quand la loi leur reconnaît un droit de succession dérivant du lien non seulement de parenté, mais de famille.

Mais l'enfant n'entre pas dans la famille de ses parents et le lien réciproque n'existe que dans les rapports de l'enfant naturel et de ses père et mère.

Cependant, ce droit des enfants naturels, ceux-ci le transmettent à leurs propres enfants légitimes. Un enfant naturel peut, en effet, avoir des enfants légitimes. Ces enfants légitimes ont le droit de réclamer des aliments à leurs grands-parents, alors que des enfants naturels de l'enfant naturel ne le pourraient pas.

Le droit à des aliments des enfants incestueux ou adultérins

Quant aux enfants naturels incestueux ou adultérins l'art. 762 leur refuse le droit à la succession de leurs ascendants; ils ont droit seulement à des aliments. Mais ils ne peuvent réclamer des aliments qu'à la mort de leurs parents incestueux ou adultérins sur les biens laissés à leur décès.

Il faut ajouter que quand le père ou la mère d'un enfant adultérin ou incestueux art. 764, lui a fait apprendre un art mécanique ou lui a assuré des aliments, de son vivant, l'enfant ne peut rien demander. Il y a là une idée humanitaire qui est issue des principes philosophiques du XVIII° siècle. Diderot notamment qui ne reconnaissait pas ses enfants naturels, voulait qu'ils puissent se débrouiller seuls.

Tels sont les différents bénéficiaires de ce droit à des aliments entre les parents en ligne directe.

L'obligation alimentaire existe entre les alliés en ligne directe

Entre les alliés, ce n'est qu'en ligne directe, mais d'une façon beaucoup plus limitée que le droit à des aliments est admis.

Son fondement

Il semble difficile de justifier cette obligation alimentaire. On dit qu'elle constitue un effet de l'indissolubilité du lien de famille et que quand un conjoint est tenu, l'autre l'est pareillement.

Source : BIU Cujas

Mais cette idée ne peut aller très loin.

On ajoute d'ailleurs que c'est si bien par ce mécanisme que l'autre conjoint est tenu, que c'est à condition qu'il existe des enfants du mariage créant l'alliance que l'obligation alimentaire pourra survivre au décès de l'un des époux.

Seulement comment expliquer s'il en est ainsi que d'autres effets de l'alliance, notamment les empêchements au mariage subsistent dans la mesure où l'obligation alimentaire aura disparu ?

L'obligation alimentaire n'existe qu'entre alliés au premier degré

Ce sont entre les alliés au premier degré qu'existe l'obligation alimentaire, car comment y aurait-il obligation alimentaire entre les beaux-frères et les belles-soeurs, alors que cette obligation n'existe pas entre frères et soeurs ? Ce sont donc à l'égard des belles-mères, beaux-pères, gendres, belles-filles qu'existe l'obligation alimentaire. On exclut par là le parâtre, et la marâtre , et ceci pour éviter toute équivoque.

Comment s'éteint l'obligation alimentaire entre alliés au premier degré

La doctrine a donc admis que l'obligation alimentaire n'existait qu'au premier degré, bien qu'aucun texte ne le dise, mais cette obligation entre alliés au premier degré s'éteint par certaines causes.

I) L'obligation alimentaire s'éteint d'abord par le décès de l'époux qui produisait l'alliance, alors qu'il n'y a pas d'enfants du mariage. L'adage " morte ma fille, mort mon gendre" est donc trop absolu. S'il y a des enfants du mariage, en effet en vertu de l'art. 206, l'adage ne s'applique pas.

2) En second lieu, la jurisprudence admet encore qu'il y ait cessation de l'obligation alimentaire, à la suite du divorce, mais non en cas de séparation de corps car le mariage survit à la séparation de corps

3) Il y avait autrefois un cas spécial pour la belle-mère. La belle-mère qui se remariait subissait la déchéance de l'obligation alimentaire à son profit. Mais, depuis la loi de I9I9, on a supprimé cette déchéance car notre législation moderne est favorable aux seconds mariages.

L'obligation alimentaire existe entre conjoints

Le troisième ordre de titulaires du droit à des aliments comprend les conjoints. Ici c'est moins une étude qu'un rappel qu'il faut faire, car on a étudié cette obligation.

L'obligation alimentaire entre époux dérive du devoir de

L'obligation alimentaire dérive du devoir de secours établi par l'art. 2I2 du C.C.

Normalement il n'y a pas à en parler car les époux vivant ensemble, ayant une commune résidence, il est satisfait à ce devoir par le régime

Source : BIU Cujas

secours établi par l'art. 212 du C.C.

matrimonial adopté. C'est une question qu'il n'y a pas à étudier ici; c'est la question de la contribution des époux aux charges du ménage, laquelle dépend du régime matrimonial. Elle a été modifiée par la loi du 13 juillet 1907 qui a d'ailleurs moins conféré à la femme mandataire tacite du mari un pouvoir propre, qu'elle ne lui a imposée une contribution aux charges du ménage.

L'obligation alimentaire entre époux apparaît: en cas de séparation de fait

En cas de séparation des époux, l'obligation alimentaire réapparaît. Cette séparation peut avoir lieu d'abord par les faits. C'est la séparation de fait L'obligation alimentaire ne semblerait pas pouvoir jouer alors car, en pareil cas, les époux n'ont qu'à vivre ensemble ou à demander la séparation de corps. La séparation de fait n'est pas, en effet, une situation juridique légale. Cependant, avant la procédure de séparation de corps ou le divorce, elle existe du jour où la femme ou le mari a obtenu le droit d'avoir une résidence séparée. Il faut bien pourvoir à la nourriture de l'époux qui n'est plus au domicile conjugal. Il y a là une séparation de fait conforme à la loi et une pension est accordée. Cette pension peut être parfaitement légale.

Elle ne l'est plus, au contraire, quand les époux ne vivent plus ensemble sans qu'il y ait entre eux une instance en divorce ou en séparation de corps. La séparation peut être due à la volonté d'un des époux, du mari qui ne veut plus recevoir sa femme, ou de la femme qui ne veut plus rentrer au domicile conjugal. Une pension peut alors être accordée, moins en raison du devoir d'assistance qu'à titre d'indemnité. Il y a faute de la part du conjoint qui ne veut pas revenir au domicile conjugal ou qui ne veut pas recevoir l'autre conjoint au domicile conjugal, et cette faute demande réparation, par le paiement d'une pension.

Peut-il en être de même quand la séparation de fait est l'oeuvre de la volonté commune des époux ?

En pareil cas, une convention est d'ordinaire intervenue entre eux. Il est entendu que celui qui a la fortune des ressources, paiera à l'autre une certaine somme. Mais cette convention n'a pas de valeur. Elle peut être annulée. En fait, cela n'empêcheque tant que subsiste l'accord sur la séparation, l'indemnité subsiste, mais les tribunaux ne peuvent l'accorder puisqu'il y a faute commune des deux époux qui ne veulent pas vivre ensemble.

En cas de séparation de corps

En cas de séparation de corps, le fondement de la pension qui peut être attribuée réside dans le mariage. C'est parce que les époux séparés de corps

Source : BIU Cujas

restent mariés qu'ils ont droit à des aliments et ce droit à des aliments existe même pour l'époux coupable, s'il est dans le besoin.

En cas de divorce

En cas de divorce, il n'y a plus mariage et le fondement de l'obligation alimentaire ne peut plus être trouvé dans l'idée de protection: la pension n'est plus due qu'à titre d'indemnité, en vertu de la faute commise par un des époux, et seul l'époux innocent peut réclamer une pension à l'époux coupable.

Quid de la conversion de la séparation de corps en divorce ?

Mais que décider quand la séparation de corps est convertie en divorce ? La séparation de corps a eu pour effet de faire donner une pension par l'époux innocent parce que l'époux coupable est dans le besoin et que l'époux innocent possède des biens. Va-t-il y avoir alors une transformation: Va-t-on passer à la règle du divorce ? On a prétendu que c'était impossible mais quand il y a séparation de corps convertie en divorce, il faut appliquer les règles du divorce, et l'époux innocent seul aura droit à pension.

L'obligation alimentaire survit au décès de l'un des époux

L'obligation alimentaire survit au décès de l'un des époux (art. 205 du C.C.).

Quand un époux vient à mourir, l'autre recueille un droit de succession limité et ce droit de succession peut lui être enlevé si le conjoint a fait des libéralités testamentaires qui absorbent tous les biens qu'il laisse. Le conjoint survivant a un droit de succession établi par l'art. 767 du C.C. mais s'il n'y a pas d'aliments pour l'exercer on lui reconnait alors un droit à des aliments. Il n'est plus héritier, c'est un créancier de la succession. L'intérêt c'estque, héritier, il était obligé de supporter les libéralités faites par le de cujus à des tiers, tandis qu'étant créancier il doit être payé avant les légataires, cannul ne peut se montrer libéral, c'est-à-dire faire des libéralités par legs, s'il n'est libéré: " nemo liberalis nisi liberatus". Il peut alors réclamer une pension à la succession.

La pension est définitive. Elle doit être demandée dans un délai court, c'un an à partir de l'ouverture de la succession, et jusqu'au partage.

Dans certains cas la jurisprudence reconnaît en cette matière l'existence d'une obligation naturelle

Ces obligations sont des obligations civiles alimentaires.

Mais pour les frères et soeurs la jurisprudence reconnaît, en leur faveur, à défaut d'une obligation civile alimentaire, une obligation naturelle.

L'obligation naturelle, en droit français, est une obligation qui ne permet pas d'action en justice.

Source : BIU Cujas

Une obligation naturelle peut être exécutée, mais elle doit l'être volontairement: elle ne peut l'être par des poursuites forcées. Or les frères et soeurs ne peuvent se réclamer entre eux des aliments.

Il en est ainsi en ce qui concerne les frères et soeurs

Mais s'il est intervenu une convention par laquelle un frère a promis une pension à sa soeur, il est obligé de la payer car il a transformé une obligation naturelle en obligation civile.

Le donateur et le donataire

Il faut appliquer cette solution également dans un autre cas, pour le donateur. Le donateur qui a fait une libéralité entre vifs peut demander la révocation de la libéralité (art. 955, si le donataire lui refuse des aliments. Et de cet article 955 on n'a pas tiré l'obligation civile à des aliments, on en a tiré une obligation naturelle. Le donateur ne peut poursuivre le donataire pour l'obliger à lui payer des aliments: il peut seulement demander la révocation de la donation, pour cause d'ingratitude (art. 955 du code civil).

Telles sont les conditions requises pour l'exercice de l'obligation alimentaire, au point de vue des personnes entre lesquelles existe cette obligation.

Conditions dans lesquelles doivent se trouver le débiteur et le créancier alimentaire

Mais il faut envisager maintenant les conditions dans lesquelles doivent se trouver le débiteur et le créancier alimentaire.

L'obligation alimentaire est limitée dans son étendue par deux éléments, les besoins du créancier alimentaire et les ressources du débiteur alimentaire et l'art. 208 l'indique formellement.

Il faut tenir compte des besoins du créancier alimentaire.
Il n'y a pas à faire état des causes de son indigence

Il faut d'abord tenir compte des besoins du créancier alimentaire, sans qu'on ait besoin de faire état des causes de son indigence. Un enfant, malgré les torts qu'il peut avoir envers ses parents, peut leur réclamer des aliments, s'il ne peut subvenir à ses besoins. Il y a même plus; s'il était indigne, au point de vue successoral, il conserverait néanmoins son droit à des aliments. Des auteurs ont voulu appliquer ici l'art. 727 qui prive du droit de succession un héritier dans certains conditions, par exemple quand il a attenté à la vie de son auteur, quand il a porté une accusation capitale contre son auteur. Mais ce texte établit des déchéances. Or, les déchéances sont de droit étroit, c'est-à-dire qu'elles doivent être restrictivement interprétées. Dès lors on ne peut étendre ces déchéances qui sont propres à la matière de la succession à la matière de l'obligation alimentaire.

Exception apportée à ce principe

La loi n'a établi ici qu'une déchéance à l'égard de celui des conjoints dont la faure a amené le divorce

Source : BIU Cujas

en ce qui concerne le conjoint par la faute duquel le divorce a été prononcé

et contre lequel le divorce a été prononcé (art.301 du Code civil). Il n'est pas nécessaire de viser le cas du donateur et du donataire puisqu'il y a là une obligation naturelle et non une obligation civile.

Le créancier alimentaire n'a pas besoin d'être dans le dénuement

Une pension peut être accordée encore que le créancier alimentaire ne soit pas en état complet de dénuement. Il suffit qu'il n'ait pas de quoi subvenir à ses besoins, et on tient compte de sa situation sociale pour les apprécier. La possession de biens mobiliers ou immobiliers ne suffit pas, on ne peut pas dire à celui qui demande une pension alimentaire: vendez vos biens, ou vous n'aurez pas de pension avant cette vente. Nulle part n'a été reproduite, en effet, dans notre législation, une condition établie dans l'ancien droit consistant dans l'abandon des biens du créancier alimentaire au débiteur alimentaire.

Faut-il tenir compte des personnes qui sont à la charge du créancier alimentaire ?

Mais si le créancier alimentaire vit avec d'autres personnes qui sont à sa charge, peut-il dire que ce qui lui est nécessaire c'est ce qui est nécessaire non seulement à lui, mais à ceux avec lesquels il vit ? Aucun doute n'est possible si ces personnes sont elles-mêmes créancières alimentaires à l'égard du débiteur alimentaire. Il s'agit de parents âgés par exemple.

Mais que décider si le débiteur alimentaire n'est pas tenu d'aliments envers les personnes avec lesquelles vit le créancier alimentaire ? Une mère indigente a obtenu une pension alimentaire de deux de ses enfants qui peuvent lui fournir une pension. Elle a obtenu 6000 francs, 3000 francs de chacun d'eux, mais elle est, à son tour, poursuivie par un autre enfant qui lui réclame une pension de 3000 francs. Peut-elle se retourner contre ses enfants qui ont des ressources, alors qu'il n'existe pas d'obligation alimentaire entre frères et soeurs ? La jurisprudence semble le lui refuser (Cour de Bordeaux 22 mars 1893 - D.- 1893 - 2 - 348) car accorder ainsi une pension alimentaire pour subvenir aux besoins d'un frère ce serait étendre l'obligation alimentaire. A la vérité cependant on ne peut dire que la jurisprudence se soit prononcée définitivement, car il s'agit d'une matière sur laquelle les juges se prononcent essentiellement d'après la fortune du débiteur, et peut-être que, dans cet arrêt, la fortune du débiteur ne permettait pas de payer une nouvelle somme.

C'est qu'en effet pour la fixation de la pension

Source : BIU Cujas

Le second élément à considérer c'est la fortune du débiteur alimentaire

alimentaire un second élément intervient: c'est la fortune du débiteur alimentaire.

Elle est à considérer car celui qui doit fournir une pension doit être en état de le faire, sinon on ferait deux malheureux au lieu d'un.

La quotité de la pension alimentaire est essentiellement variable.

C'est de ces deux termes que dépend la quotité de la pension, mais ils sont essentiellement variables. Les besoins peuvent se transformer et la vie chère à obligé à faire varier les pensions alimentaires d'après les besoins des créanciers.

Cas exceptionnels où la pension alimentaire est fixée d'une manière immuable

Il y a cependant des cas dans lesquels la pension est fixée d'une manière immuable. Il en est ainsi d'abord pour les enfants adultérins et incestueux, après la mort de leurs parents. Il en est de même, d'après l'art. 301 pour l'époux innocent qui a obtenu le divorce, car ici la pension peut varier, mais dans une limite fixée par la loi: on ne peut demander plus du tiers des revenus du conjoint. Il faut y ajouter encore le cas du conjoint survivant qui obtient une pension alimentaire sur la succession, cette pension alimentaire étant fixée à la mort de son conjoint.

Mais d'ordinaire comme les deux éléments susindiqués sont susceptibles de varier dans le temps, il n'y a jamais une fixation définitive de la pension, l'art. 209 du C.C. le montre sauf les trois cas indiqués, de sorte qu'il pourra y avoir, par la suite, une modification de la pension.

Il faut voir maintenant quels sont les caractères, les modes de règlement et les sanctions de l'obligation alimentaire.

II. Caractères de l'obligation alimentaire

IIᵉ. Les caractères de l'obligation alimentaire peuvent être ramenés à deux d'importance très inégale.

Iᵉ L'obligation alimentaire est réciproque.

2ᵉ Elle est personnelle.

Mais tandis qu'il y a peu de choses à dire sur l'obligation alimentaire réciproque, au contraire de longs développements sont indispensables quant aux caractères personnels de l'obligation alimentaire.

Iᵉ L'obligation alimentaire est en principe, réciproque

Iᵉ L'obligation alimentaire est, en principe, réciproque, c'est-à-dire que quand elle existe au profit d'une personne, en même temps elle est établie contre elle.

Les deux cas exceptionnels où l'obligation alimentaire n'est pas réciproque.

Il y a deux cas seulement dans lesquels l'obligation alimentaire n'est pas réciproque.

Il en est ainsi en ce qui concerne l'époux divorcé, puisque c'est seulement l'époux innocent qui peut réclamer l'exécution d'une obligation alimentaire, moins d'ailleurs à titre d'exécution d'une obligation

Source : BIU Cujas

Cas des époux divorcés

alimentaire, à proprement parler, qu'à titre de réparation d'un dommage causé. Autrement dit, quand il s'agit d'époux divorcés, l'obligation alimentaire est indemnitaire et elle n'existe qu'au profit de l'époux innocent contre l'époux coupable. La conséquence c'est qu'elle n'est pas réciproque.

Cas des enfants adultérins et incestueux

Il en est de même en ce qui concerne les enfant adultérins ou incestueux. Ils ont une créance alimentaire . Ils sont créanciers alimentaires à l'égard de leurs parents sur leur succession. Seulement, inversement, le père ou la mère de l'enfant incestueux ou adultérin ne peut lui réclamer des aliments.

2° L'obligation alimentaire est personnelle

2° Le caractère personnel de l'obligation alimentaire très important. Il faut l'envisager au point de vue actif et passif, du côté du créancier et du côté du débiteur.

A. Du point de vue actif

A. Du point de vue actif d'abord, l'obligation alimentaire est personnelle au créancier. Il va en résulter l'indisponibilité de sa créance comprenant non seulement l'insaisissabilité, l'incessibilité, mais même l'intransmissibilité.

Du point de vue passif

D'autre part, du point de vue passif, l'obligation alimentaire est personnelle du côté du débiteur, et cette personnalité a pour conséquence l'intransmissibilité passive l'absence de solidarité, l'indivisibilité s'il y a plusieurs débiteurs, et peut-être, car c'est une conséquence discutée, l'inexistence d'un ordre successif hiérarchique entre les différents débiteurs alimentaires.

Conséquence du caractère personnel de l'obligation alimentaire. La créance alimentaire est indisponible. Elle est insaisissable

Etudions ces différentes conséquences du caractère personnel de l'obligation alimentaire.

Voyons d'abord l'indisponibilité.

La créance alimentaire est insaisissable. Elle est incessible. Il est impossible de la compenser. Elle est intransmissible.

Elle est insaisissable. L'art.581 - 2° du C.Pr. C. l'indique et quoique ce texte ne vise que lesprovisions alimentaires adjugées en justice, ce qui semble ne concerner que les sommes provisoirement accordées, au début d'une instance en séparation de corps ou en divorce, il faut admettre que c'est dans tous les cas qu'il y a une pareille insaisissabilité. Donc, non seulement pour la provision alimentaire relative à une procédure de séparation de corps ou de divorce, mais à la suite d'une action en réparation d'un dommage, ou pour obtenir une pension alimentaire, dans tous ces cas, les pensions ayant un caractère alimentaire, qu'elles soient accordées par justice ou établies par conventions, sont insaisissables. D'ailleurs l'art. 581 - 4° du C.P.C. le dit, au moins pour les pensions établies

Source : BIU Cujas

par les dons et legs. Elles sont insaisissableq. Aucune saisie n'est donc possible pour ces créances alimentaires, tant qu'elles conservent le caractère alimentaire.

Une saisie ne sera pas plus valable si elle est faite sous forme de saisie-arrêt sur la créance elle-même entre les mains du débiteur alimentaire. On sait que, par cette mesure, on saisit et arrête entre les mains du débiteur le versement de la pension, dans l'intérêt du créancier saisissant. D'ailleurs s'il y avait paiement en nature on ne voit guère la possibilité de faire la saisie sur les aliments.

La saisie redeviendrait possible si la créance n'avait plus le caractère alimentaire

La saisie redeviendrait possible si la créance n'avait plus le caractère alimentaire. Le parent créancier de la pension alimentaire en capitalise les arrérages. Peut être le débiteur alimentaire pourrait-il lui opposer qu'il n'a pas besoin de ces arrérages mais quoiqu'il en soit si le créancier alimentaire a constitué un capital, avec ces arrérages ce caractère devient saisissable.

Cela se présente aussi dans le cas où le créancier d'aliment ne réclame pas plusieurs termes d'arrérages. Peut-on saisir ces différents arrérages ? La question est intéressante car on a vu des exemples dans lesquels ces arrérages représentaient des sommes assez importantes.

La jurisprudence, appliquant un principe sur lequel on reviendra relativement aux arrérages, dit que les arrérages ne se capitalisent pas, et que si plusieurs termes sont dus on peut les saisir aussitôt, le débiteur prétendant que ce n'est pas une pension utile répondant aux besoins puisque le créancier alimentaire ne les réclame pas. La saisie peut donc être possible, d'après l'art. 582, du C.P.C. même quand elle a pour cause des aliments. Ce n'est pas détourner la pension de son but que de permettre à ces marchands qui ont fourni des aliments de se payer sur la pension. On leur permet de saisir arrêter entre les mains du débiteur de la pension, les fonds qu'il doit verser. Cela a un avantage: cela permet aux pensionnés d'obtenir des aliments à crédit.

Il ne s'agit pas seulement d'ailleurs de fournitures faites depuis l'attribution de la pension alimentaire. Il peut s'agir de fournitures faites avant cette attribution. C'est un moyen donné pour faciliter aux pensionnés la fourniture d'aliments.

Mais en est-il de même des frais de justice engagés pour obtenir la pension ? Ils n'ont pas, si on veut, un caractère alimentaire, mais ils ont servi à obtenir la pension et une saisie serait pos-

Source : BIU Cujas

sible.

La dette alimentaire ne peut être compensée

La dette alimentaire ne peut être compensée. La compensation est une opération par laquelle quand, entre deux personnes existent une créance et une dette, chacune est à la fois créancier et débitrice à l'égard de l'autre. On établit l'équilibre entre la créance et la dette, et la dette ne subsiste que dans la mesure de ce qui dépasse la différence entre elles. Ici la dette alimentaire ne peut pas être compensée avec une créance du parent tenu de payer la pension. La compensation, en effet, est un paiement forcé qui n'est possible que par rapport aux créances saisissables. Or ici la créance est insaisissable : la compensation ne peut avoir lieu.

La pension alimentaire est incessible

La pension enfin est incessible. Quand la loi déclare une créance insaisissable, car elle doit recevoir une affectation spéciale en raison d'un intérêt social, l'insaisissabilité implique l'incessibilité, pour mieux assurer l'affectation envisagée, la protection ducréancier.

Cas exceptionnels où il estfait exception à cette règle

Aussi, dans les cas où la cession ne porterait pas atteinte à cette protection, il faudrait la valide Il en est ainsi quand la cession est faite à un créancier d'aliments qui doit fournir les aliments. La cession est alors valable. C'est le casnotamment où le pensionné est nourri et logé par un hôtelier; il lui cède son droit à pension.

On a parfois voulu établir un lienentre l'intransmissibilité et l'incessibilité, mais le lien n'est pas nécessaire et il y a des droits qui peuvent être considérés comme intransmissibles et qui sont cessibles, tel est le cas de la pension alimentaire.

L'intransmissibilité dérive ainsi de la personnalité de la créance alimentaire et on l'entend au point de vue actif comme au point de vue passif.

L'intransmissibilité, au point de vue actif

Au point de vue actif, l'intransmissibilité ne permet pas à l'héritier des parents, alliés, ou conjoints créanciers, d'exiger en leur qualité d'héritiers, la continuation du paiement de la pension en leur faveur. Mais si l'obligation alimentaire existe à leur égard ne pourrait-on dire qu'ils vont la continuer, car alors ils invoquent un droit propre, un droit qui leur est personnel et si c'est dans les rapports des ascendants et des descendants il faudra qu'une nouvelle action établisse par la justice un nouveau taux de pension qui précisément peut être changé parce que si les possibilités du débiteur n'ont pas changé, les besoins du créancier ont pu eux, changer et que ceux de l'héritier peuvent être moindres que ceux de son auteur.

Source : BIU Cujas

Quid du cas où le créancier alimentaire est mort avant d'avoir touché sa pension?

Quand les termes d'une pension n'ont pas été payés peut-on en réclamer le remboursement ? Un créancier alimentaire est mort n'ayant pas touché les derniers termes de sa pension. Peut-on les réclamer pour les faire tomber dans sa succession? En supposant qu'il s'agisse d'une pension fixée, la jurisprudence se refuse à accorder le paiement à la succession s'il n'y a pas eu des dépenses réellement faites par le créancier alimentaire, de son vivant, et en vue de la réception de sa pension. Si on suppose que la pension n'a pas été fixée, un procès , une instance étant encours devant les tribunaux, les héritiers pourront la poursuivre pour obtenir le paiement de ce qui était nécessaire au créancier alimentaire décédé pour vivre, depuis le jour de la demande jusqu'au jourdu décès. Ils le peuvent non seulement pour ce qui est nécessaire à l'alimentation, mais même pour procurer à la personne décédée une inhumation décente.

B) Au point de vue passif

B - Au point de vue passif, l'intransmissibilité doit-elle faire décider, d'une façon absolue, que les héritiers du débiteur alimentaire ne succèdent pas à la charge de la dette ? Longtemps la jurisprudence et la doctrine ont admis la transmissibilité passive, invoquant que la dette alimentaire était une dette de la succession. Mais, l'accord ne régnait pas pour déterminer les conditions auxquelles cette transmissibilité était possible. Les uns réclamaient pour la transmission, que la dette ait été fixée, par jugement, avant la mort du débiteur alimentaire. D'autres estimaient qu'il suffisait qu'une action ait été intentée, du vivant du débiteur, en vue d'obtenir une pension.

Depuis un arrêt de I857 la jurisprudence repousse la transmissibilité passive

Depuis un arrêt de la Cour de cassation rapporté au Dallez I857(I558) la situation a été renversée. La jurisprudence et la doctrine sont d'ailleurs de nos jours unanimes, à consacrer une situation contaire, c'est-à-dire à admettre la non transmissibilité de la dette alimentaire.

Il semble d'ailleurs que les arguments invoqués soient décisifs.

Les arguments invoqués en faveur de cette solution

D'abord, la dette alimentaire est une dette successive car elle renaît chaque jour, par suite des besoins de l'indigent et de la fortune du débiteur. Cette pension accordée en exécution de la pension alimentaire est, en effet, essentiellement variable et on peut la changer à tout instance. Elle n'a jamais un caractère définitif, sauf quand elle porte sur une succession. Elle n'a qu'un caractère provisoire, elle doit suivre les vicissitudes

Source : BIU Cujas

des besoins du créancier et les ressources du débiteur. Elle n'est jamais définitivement liquidée. Si les héritiers devaient continuer à payer les aliments dus par leur auteur, il faudrait tenir compte de la masse de la succession et la pension deviendrait définitive, au moins du côté du débiteur.

Puis la permanence de la pension alimentaire implique à la fois la permanence des besoins du créancier, et la permanence du rapport de parenté. Si les héritiers étaient tenus à titre d'héritiers, il en résulterait qu'il y aurait de nouvelles personnes obligées alimentairement, sans réciprocité. Or l'obligation alimentaire est réciproque et il n'y a à ce principe que les deux exceptions qui ont été indiquées, et qui sont relatives aux époux divorcés, et aux enfants adultérins et incestueux.

Les exceptions à l'intransmissibilité de l'obligation alimentaire - Cas des enfants adultérins et incestueux

Mais il y a trois exceptions à l'intransmissibilité de l'obligation alimentaire. I° La première existe au profit des enfants incestueux ou adultérins Les art. 762 et 764 du C.Civ. qui refusent aux enfants adultérins et incestueux un droit de succession pour leur accorder seulement un droit à des aliments, l'accordent seulement sur la succession de leur auteur. A la mort de leurs parents, ils peuvent donc réclamer des aliments à la succession. Il y a ici une transmissibilité passive qui oblige les héritiers des parents adultérins ou incestueux à payer la pension.

Cas des époux divorcés

2° D'autre part il y a transmissibilité passive en ce qui concerne les époux divorcés.

L'époux divorcé qui a obtenu le divorce en sa faveur reçoit une pension de l'époux coupable, les héritiers de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, de l'époux condamné à payer une pension alimentaire doivent continuer à payer cette pension (art. 301 du C.Civ.)Ici la dette perd son caractère personnel, car elle est devenue une dette d'un caractère purement pécuniaire, et ce caractère pécuniaire, elle le doit à ce qu'il s'agit d'une indemnité basée sur l'art. 1382 du C.Civ.

Cas du conjoint survivant

3° Enfin il y a un troisième cas où l'intransmissibilité cède c'est au profit du conjoint survivant. L'art. 767 du C.Civ. modifié par la loi de mars 1891, permet au conjoint survivant de réclamer, quand il n'a pas de fortune, une pension alimentaire à la succession de son conjoint prédécédé.

Il faut supposer, pour qu'il en soit ainsi, que ce conjoint survivant n'a pas de ressources, et que le droit de succession que lui accorde l'art. 767

Source : BIU Cujas

du C.Civ. ne lui en fournit pas suffisamment, car il a un droit de succession qui, précisément a été établi, en principe, en usufruit, pour lui permettre de vivre.

Il a donc droit à des aliments sur la succession si son droit de succession est insuffisant, c'est-à-dire s'il ne trouve pas à s'exercer. Ainsi le conjoint survivant qui n'a pas de ressources et auquel le droit de succession qu'il a sur les biens de son conjoint prédécédé n'en fournit pas, a la possibilité de réclamer des aliments à cette succession, et cela même s'il y a séparation prononcée entre les époux, si la séparation n'a pas été transformée en divorce.

La dette alimentaire n'est pas une dette solidaire ni une dette indivisible

Il existe alors plusieurs débiteurs alimentaires car la question ne présente pas d'intérêt en cas de pluralité de créanciers alimentaires. La dette alimentaire reste, parce qu'elle est personnelle, une dette ordinaire. Elle n'est pas une dette solidaire et indivisible. Il faudra rechercher si c'est une dette successive ou simultanée, c'est-à-dire s'il y a une hiérarchie entre les différents débiteurs.

Elle n'est pas une dette solidaire, sauf en ce qui concerne la dette des parents, des père et mère à l'égard de leurs enfants. L'art. 203 dit en effet que les époux contractent ensemble, par le fait du mariage, l'obligation de nourrir, d'entretenir, et d'élever leurs enfants, et de ce fait que c'est ensemble qu'ils doivent des aliments, on en conclut qu'ils sont tenus solidairement.

Mais en dehors de là la solidarité n'est pas admise car elle ne résulte d'aucun texte . Or la solidarité ne se présume pas dit l'art. I202 du C. Civ.

Il n'y a pas non plus indivisibilité.

Or s'il y avait solidarité ou indivisibilité l'intérêt serait très grand pour le créancier alimentaire. Quand il y a dette solidaire ou indivisible, en effet, le créancier peut demander le tout à l'un quelconque des débiteurs. S'il y a plusieurs débiteurs alimentaires il pourrait ne pas les appeler tous en cause, il lui suffirait de s'adresser à l'un d'entre eux, et celui-là devrait tout payer. Mais il n'y a ni solidarité ni indivisibilité. D'ailleurs d'après l'art. 208 du C.Civ. "les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui

Source : BIU Cujas

les doit" c'est-à-dire qu'il faut tenir compte de la situation de chacun des débiteurs alimentaires.

Mais deux situations peuvent se présenter.

Il se peut que la dette alimentaire soit fixée. Une mère a obtenu une pension de I0.000 francs de ses enfants. Elle a deux enfants. Chacun de ses enfants est tenu pour sa part virile, c'est-à-dire par tête, pour 5000 francs. La mère ne peut réclamer les I0.000 francs à l'un d'eux, elle est obligée, car il y a deux dettes nées séparément, qui ne sont ni solidaires ni indivisibles, de réclamer à chacun 5000 francs.

Il se pourrait d'ailleurs que le jugement qui a ordonné le paiement de la dette de I0.000 francs ait établi une proportion déterminée, ait dit que l'un des enfants paiera 8000 francs et l'autre 2000, puisqu'il est tenu compte des ressources du débiteur et qu'il est possible qu'un enfant ait une assez grande fortune et que l'autre n'en ait pas ou peu.

Si l'un des enfants devient insolvable, comme les besoins de la mère restent les mêmes, est-ce que ce que l'enfant insolvable devait payer pourra être réclamé à l'enfant resté solvable ? Il faudra ici une nouvelle action en justice, mais la mère ne pourra, de plein droit, poursuivre celui qui payait 8000 francs pour I0.000 francs.

Y a-t-il un ordre hiérarchique dans l'obligation alimentaire?

Supposons que la dette n'ait pas été fixée. Le parent indigent a plusieurs personnes qu'il peut poursuivre. Est-il obligé de les poursuivre simultanément, ou doit-il les poursuivre successivement ? La loi ne dit rien. Elle n'envisage qu'un cas qu'on a examiné tout à l'heure. Il semble que la loi mette tous les parents sur le même pied. On pourra donc réclamer aussi bien à un allié qu'à un parent. Mais les auteurs ont protesté contre cette assimilation de tous les parents. Ils ont admis un ordre de préférence, et cette gradation est effectivement parfaitement naturelle. Il faudrait demander, en premier lieu au conjoint, puis aux descendants, enfin aux ascendants, en commençant par les plus proches, et, en dernier lieu seulement, aux alliés.

Il faut noter que cet ordre ne correspond pas à la dévolution successorale, puisque le premier obligé, au point de vue des aliments, c'est le conjoint, alors que le conjoint est le dernier des héritiers ab intestat, ou plutôt qu'il est un héritier ab intestat appelé en cours avec d'autres mais d'une façon très limitée. Mais ce n'est pas comme héritier que l'obligation alimentaire est due, mais comme parent, et il n'y

Source : BIU Cujas

a pas de rapport nécessaire à établir entre la succession ab intestat et l'obligation alimentaire.

Cet ordre est-il rigoureux ?

Il semble que l'obligation alimentaire devrait d'abord porter sur les ascendants plutôt que sur les descendants. L'obligation alimentaire de l'ascendant envers ses enfants en effet se justifie par des raisons autrement précises que celle des enfants par rapport à leurs ascendants.

La loi n'a établi un ordre de préférence qu'en ce qui concerne l'enfant adoptif dans ses rapports avec l'adoptant

A la vérité, cet ordre ne vaut qu'à titre d'indication, iln'est pas légal, ou plutôt iln'y a qu'un cas où la loi ait tabli un ordre, c'est dans les rapports de l'enfant adoptif et de l'adoptant. Dans l'art. 356 du C.Civ. il est dit que "le père et la mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut l'obtenir de l'adoptant". C'est à-dire que les parents d'origine ne sont tenus de fournir des aliments que si l'enfant ne peut pas en obtenir de l'adoptant. Il y a donc là un ordre établi. Mais en dehors de là, l'ordre n'est pas légal. On peut établir un ordre mais il n'a rien d'absolu.

D'ailleurs ce sont les ressources du débiteur qui vont tout dominer. Selon les cas, on s'adresse plutôt à la belle-mère qu'à un enfant, et si on doit partir d'une idée d'ordre hiérarchique il faut dire qu'il y a là une question de fait et non de droit.

La question est d'ailleurs dominée par une autre idée, c'est que les ressources ne sont pas tout. Il y a aussi la question de la solvabilité certaine ou incertaine. Dès lors, l'ordre hiérarchique se double d'une autre question pour la fixation des ressources du débiteur. On a voulu tirer d'un arrêt de la Cour de cassation du 2 janvier 1922 une solution contraire (Dalloz 1929.I.137) c'est-à-dire décider que la jurisprudence consacrait désormais le caractère cumulatif de l'obligation alimentaire. Il suffirait d'après cette thèse au demandeur de s'adresser à l'un ou l'autre des débiteurs alimentaires, il n'aurait pas besoin de les appeler tous en cause, et on ne pouvait l'obliger à les mettre tous en cause: il n'y aurait pas un ordre déterminé à suivre. Cet arrêt n'a d'ailleurs peut être pas la valeur absolue qu'on a voulu lui donner (Revue Trimestrielle de Droit Civil 1929, p.410). Il décide qu'une belle-fille bien que séparée de corps, peut être poursuivie et doit payer des aliments, même s'il existe des enfants solvables pouvant payer la pension. Mais il s'agissait d'une belle-fille qui était en mesure de fournir des aliments. Au fond ce que la jurisprudence établit dans cet arrêt c'est qu'au même degré

Source : BIU Cujas

on peut s'adresser à n'importe quel parent, mais il n'écarte pas définitivement tout ordre hiérarchique dans l'obligation alimentaire.

Tels sont les caractères de l'obligation alimentaire.

III. Modes de règlement de l'obligation alimentaire

III. Il faut voir maintenant les modes de règlementet les sanctions de l'obligation alimentaire.

Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour fixer l'obligation alimentaire, son mode d'exécution est à leur appréciation complète et absolue.

Par aliments, il faut entendre non seulement ce qui est nécessaire pour se nourrir, mais tout ce qui est nécessaire à l'existence, c'est-à-dire ce qu'il faut pour se nourrir, se vêtir, se loger, se soigner en cas de maladie. Donc les soins médicaux, pharmaceutiques et chirurgicaux peuvent rentrer dans la notion d'aliments. La jurisprudence y comprend même ce qui est nécessaire pour une inhumation décente.

Ces aliments sont susceptibles d'une appréciation très variable puisque les ressources du débiteur sont variables et que surtout les aliments, les sommes dûes au créancier alimentaire peuvent beaucoup varier. Donc une augmentation ou une diminution est toujours possible quant au montant de la pension alimentaire, une fois celui-ci fixé.

Le règlement peut se faire a) par une convention entre les parties

Le règlement peut se faire par une convention ou par la justice.

a) Le règlement par convention est fréquent. Les parties se mettent d'accord. En effet, comment pourrait-il ne pas y avoir règlement entre parents si proches ? Il n'y a pas alors de donation, mais détermination d'une obligation légale. Cette convention, parce qu'elle est légalement formée entre les parties à force de loi.

Elle est cependant susceptible de modifications postérieures. Par conséquent, le fait qu'il y a eu une convention ne met pas obstacle à la variabilité de la pension, mais il faut qu'il s'agisse d'une véritable pension alimentaire. S'il n'y a plus, au contraire, de pension alimentaire, il y a soit un contrat à titre onéreux, soit une véritable donation.

Il en est ainsi d'abord quand il s'agit d'une avance. Un parent s'engage à mettre à la disposition d'un autre parent une somme déterminée. Il lui fait une avance. Mais il n'y a pas là de pension alimentaire. Il y a une véritable donation qui peut être faite ainsi, car la donation n'a pas nécessairement pour objet un capital, mais aussi un usufruit, ou une rente viagère.

Source : BIU Cujas

Le règlement d'une succession entre des parents est quelque chose de tout différent du règlement par convention et quand il s'agit d'un parent qui n'est pas tenu, il peut y avoir un autre effet, c'est la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile. Ici il n'y a plus possibilité pour les tribunaux d'établir un changement. Voici un frère qui n'était pas tenu de payer des aliments à sa soeur, mais il accepte, par une convention, de lui verser une pension alimentaire. Il a transformé une obligation naturelle que la soeur ne pouvait poursuivre, en justice, en une obligation civile. L'obligation alimentaire étant transformée d'obligation naturelle en obligation civile, permet de poursuivre le paiement du montant de la convention, mais non l'augmentation de la pension car alors on en reviendrait à l'obligation naturelle.

b) Par la justice

b) Le règlement judiciaire est fréquent en matière de pension alimentaire, surtout lorsqu'il y a plusieurs débiteurs alimentaires, car chacun veut payer le moins possible et que chacun déclare que ses ressources ne lui permettant pas de payer grand chose.

Une action est alors intentée par le créancier alimentaire ou son représentant. C'est une action exclusivement personnelle que ne peuvent exercer les créanciers sur la base de l'art. 1166 du C.Civ.

Elle est de la compétence ratione materiae du juge de paix ou des tribunaux civils

La compétence ratione materiae en appartient au juge de paix qui, jusqu'à 1000 francs en dernier ressort, et 3000 francs à charge d'appel, a possibilité de régler la question. Au-dessus de 3000 francs, la compétence en appartient essentiellement aux tribunaux civils.

Le jugement qui prononce une condamnation à pension alimentaire emporte hypothèque judiciaire

Le jugement qui prononce une condamnation à pension alimentaire emporte hypothèque judiciaire, conformément à l'art. 2123 du C.Civ. c'est-à-dire qu'elle pourra être prise sur tous les immeubles du débiteur. S'il s'agit d'une pension payable à une femme à l'encontre de son mari, cette condamnation se double d'une hypothèque légale, en tant que femme mariée. La question se pose surtout pour les pensions après séparation de corps.

La pension alimentaire peut s'exécuter: en nature

L'obligation alimentaire peut s'exécuter en nature ou en argent.

L'exécution en nature est le mode le moins onéreux. Le débiteur va recevoir à sa table, dans sa maison le créancier. Il y a alors une proportionnalité exacte entre les besoins du créancier et les facultés du débiteur. Mais on sauvegarde la dignité du créancier en fournissant des aliments en argent. C'est pourquoi

Source : BIU Cujas

la loi semble préférer, à la fourniture d'aliments en nature, le paiement d'arrérages d'une pension.

La loi admet ce mode d'exécution dans deux cas. Lorsque les parents fournissent des aliments à leurs enfants

Cependant, dans deux cas, la loi admet qu'il en soit autrement.

D'abord il est naturel que les parents reçoivent toujours les enfants chez eux et leur fournissent des aliments en nature. Dans ce cas d'ailleurs, de la part d'un enfant reprenant sa place au foyer, les atteintes à la dignité sont moins à craindre. Cependant le tribunal a un droit d'appréciation (art. 2II du C.Civ.) et s'il le juge utile il peut imposer le versement d'une pension.

Lorsque celui qui doit fournir la pension ne peut la payer

D'autre part la loi, dans l'art. 2IO, reconnaît que si la personne qui doit foufnir une pension justifie qu'elle ne peut la payer, le tribunal peut ordonner qu'elle recevra chez elle le créancier alimentaire et que les aliments lui seront fournis en nature. L'impossibilité de payer une pension n'a pas besoin d'être absolue, totale. Le tribunal s'en tiendra à l'impossibilité réelle et, s'il y a lieu, il condamnera à une pension réduite.

en argent

Mais d'ordinaire, la pension est payée en argent, sous forme d'arrérages, par trimestre ou par mois, car les besoins sont successifs, et il faut adopter le paiement de la pension aux besoins du débiteur.

Les arrérages sont donc périodiques, et il va de soi qu'il sont dus au début de chaque période. Ils sont quérables, c'est-à-dire que le créancier doit aller les chercher chez le débiteur. C'est la solution normale de l'art. I247 al. 3 du C.Civ. Mais le tribunal, en raison des mauvais rapports qui peuvent exister entre le créancier et le débiteur, et que l'action n'a pu qu'aggraver, peut stipuler qu'ils seront portables, c'est-à-dire que le créancier n'aura pas à aller les chercher, ou mieux encore que les arrérages seront payables chez un intermédiaire, d'ordinaire chez un notaire.

Les aliments ne s'arréragent pas

Mais il est une règle qu'on établit en ce qui concerne les aliments; on décide que les aliments ne s'arréragent pas, c'est une règle qu'on a voulu tirer de l'ancien droit, et déjà on l'a citée pour montrer que quand il y avait une capitalisation quand des aliments s'étaient arrérages, la saisie devenait possible. Ici on peut se demander si cette règle a une portée générale.

Cette règle n'est pas cependant absolue

La jurisprudence ne l'admet pas et, selon les cas, elle écarte cette règle que les aliments ne s'arréragent pas.

Source : BIU Cujas

IV. Sanction de l'obligation alimentaire
Les sanctions civiles résident dans l'exercice des voies d'exécution

IV. Enfin il faut parler des sanctions de l'obligation alimentaire.

Les sanctions civiles ce sont les voies d'exécution. Quand un débiteur alimentaire ne paye pas le montant de sa pension, on saisira ses biens et comme il s'agit d'aliments, par application de l'art. 582 du C.Pr. Civ. on pourra saisir même des créances présentant un caractère alimentaire.

Mais la loi du 13 Juillet 1907 a prévu, dans son art. 7, des conditions spéciales pour la saisie des salaires ou revenus de l'un ou l'autre des époux quand la question se pose entre conjoints. La femme peut saisir les revenus de son mari et inversement.

Le refus de fournir des aliments, entre conjoints peut constituer une injure grave de matière à motiver une instance en séparation de corps ou en divorce.
Le système des astreintes

En cas de refus de fournir des aliments entre conjoints il y a une sanction spéciale; ce refus constitue une injure grave et peut être la base d'une demande en séparation de corps ou en divorce.

La jurisprudence avait longtemps utilité, pour obliger au paiement des pensions alimentaires le système des astreintes. Quand un débiteur alimentaire ne voulait pas payer des aliments, on l'obligeait à payer en lui disant que s'il ne payait pas dans un délai donné, il serait obligé de payer une astreinte de tant par jour de retard; Ceci ne pouvait avoir d'effet qu'à l'égard de personnes qui avaient des biens susceptibles de saisie. Or, dans les familles ouvrières, dans les rares cas où des pensions sont stipulées, on ne pouvait agir ainsi. Même, dans les familles aisées, on avait vu des débiteurs alimentaires s'efforcer de disparaître, changer de résidence fréquemment, et transformer leurs biens en valeurs insaisissables, pour se rendre eux-mêmes insaisissables.

La loi du 7 février 1924 sur l'abandon de famille

C'est pourquoi une loi du 7 février 1924 modifiée par la loi du 3 avril 1928 est venue apporter une sanction pénale en notre matière. Le débiteur alimentaire qui se refuse au paiement d'aliments peut être poursuivi pour abandon de famille.

A l'égard des enfants, l'abandon de famille était déjà prévu par l'art. 249 du C.Pen. en tant qu'abandon moral d'enfant. Ici il ne s'agit pas d'abandon moral mais d'abandon pécuniaire. Cet abandon pécuniaire entraîne un emprisonnement de trois mois à un an, et une amende de 100 à 2000 francs, puis la privation de droits civils, la déchéance de la puissance paternelle ou maritale.

Conditions requises pour qu'il y ait abandon de famille

Mais trois conditions sont requises pour qu'il y ait abandon de famille. I° Il faut d'abord qu'il s'agisse d'un abandon dans les rapports des enfants ou des parents en ligne directe. Donc l'abandon de

Source : BIU Cujas

famille ne s'applique pas dans les rapports entre alliés.

2° Il faut qu'il y ait une condamnation par un jugement définitif.

3° Il faut enfin une inexécution volontaire pendant trois mois au moins.

Cette législation sur l'abandon de famille n'a eu qu'une application limitée, mais chaque fois qu'elle a été appliquée, elle s'est montrée efficace.

Source : BIU Cujas

TITRE III

ORGANISATION DE LA PROTECTION DES INCAPABLES DANS LA FAMILLE.

Les différents systèmes de protections instituées par la loi en faveur des incapables

Pour chaque incapable, la loi a établi un régime de protection qui est organisé dans la famille; et par l'intermédiaire de la famille. Il en est ainsi pour le mineur émancipé ou non, pour le prodigue, pour le faible d'esprit, et, pour les aliénés. Mais la loi a été obligée de prendre des mesures de protection qui dépassent la famille.

A cet égard il existe tout un ensemble de mesures d'organisation: il y a la puissance paternelle, la tutelle, la curatelle et l'émancipation, le conseil judiciaire, enfin l'internement et l'interdiction.

Nous avons étudié les différentes incapacités, il faut voir maintenant l'organisation de ces différentes mesures de protection, et, dès le début, bien situer le rôle respectif de la tutelle et de la puissance paternelle.

Rôle respectif de la tutelle et de la puissance paternelle

Quand un enfant a ses père et mère il n'y a pas de tutelle. Il n'y a place que pour la puissance paternelle et l'administration légale, et c'est le père qui est administrateur légal. Un enfant d'ailleurs qui a ses père et mère peut être émancipé, si bien que, même quand les père et mère sont vivants il peut y avoir curatelle.

Quand un des parents disparaît, il y a nécessairement tutelle: l'administration légale disparaît. Il n'y a administration légale que du vivant des père et mère.

Quand un des parents a disparu, la puissance paternelle subsiste, comme pouvoir sur la personne de l'enfant, mais la tutelle remplace l'administration légale, sur les biens des enfants, et il y a place également pour la curatelle des mineurs émancipés.

Quand l'enfant n'a plus ni père ni mère il

Source : BIU Cujas

n'y a plus place pour l'administration légale ni la curatelle, mais la tutelle vise à la fois la personne et les biens.

Chapitre I.

LA PUISSANCE PATERNELLE.

Définition

La puissance paternelle est l'ensemble des droits attribués aux père et père sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs non émancipés.

Son fondement

Son fondement est double. Il est à la fois dans une idée d'autorité des parents, à l'égard des enfants, et dans une idée de protection des enfants.

Historique

Selon les législations, c'est l'une ou l'autre de ces idées qui l'a emporté jusqu'au droit intermédiaire où ces deux idées se sont fondues.

Le droit romain

On sait combien , à Rome, le principe de l'autorité du paterfamilias avait pris le dessus, et combien la patriapotestes était organisée dans l'intérêt du chef de famille. Si les tempéraments avaient été apportés par l'institution de divers pécules, l'autorité du pater familias demeurait toujours.

L'ancien droit

Dans notre ancien droit, les pays de droit écrit avaient adopté la patria potestas, mais le droit coutumier avait adopté la règle qu'en France puissance paternelle n'a lieu. Cela voulait dire que la puissance paternelle, à la mode romaine, n'existait plus. On conférait des droits restreints aux parents. On avait cherché à donner à la puissance paternelle une grande souplesse pour que la personne et les biens des enfants fussent soumis au père, mais qu'il y eut une certaine protection. L'idée de protection apparaît en effet alors avec, dans une certainr mesure, le contrôle de la justice.Au fond, ce qu'on visait ce n'était pas tant la protection des enfants que de la famille. On avait en vue, non pas les droits individuels des enfants, mais les droits sociaux de la famille. On permettait d'ailleurs aux parents d'exhéréder complètement leurs enfants, c'est-à-dire de ne rien leur laisser sur leur succession, et on permettait aux parents, après la majorité des enfants, d'exercer certaines mesures à leur égard, par les lettres de cachet.

Le droit intermédiaire

Le droit intermédiaire va chercher à assurer les droits individuels des enfants en enlevant le droit d'exhérédation des parents, et en limitant très fortement un droit qui était très largement reconnu par l'ancien droit: le droit de correction. L'autorité était donc diminuée, et la protection s'accentuait.

Source : BIU Cujas

Le code civil

Le code civil va chercher à rétablir l'équilibre entreles deux idées d'autorité et de protection.

Au titre de la puissance paternelle le législateur de I804, dans les art. 37I et suiv. ne crut pas devoir trop diminuer les droits des père et mère qui paraissaient très puissants. Il comptait sur l'affection des parents pour les enfants, pour mettre tout au point. Il rappelait que la puissance paternelle n'est pas un droit qui vient des hommes mais de la nature."C'est la nature qui l'a mise au dedans de nous" disait Merlin. Aussi le code civil pensa que, pour fortifier la nation, il fallait accorder au père une autorité absolue, sans critique, dans sa maison. Sur la personne dès enfants, il accepta le droit de garde, de direction, et de correction. Sur les biens, il donna aux parents l'administration légale, la jouissance légale, mais une jouissance légale limitée qui cesse à 18 ans.

Etat du droit en cette matièfe au I9° siècle .

Au cours du XIXème siècle, l'autorité des parents se trouva diminuée par le fait des conditions économiques et sociales. La nécessité de gagner leur vie imposa aux enfants une séparation d'avec leur famille et, d'autre part, l'application stricte du code civil, le droit de correction, les droits très étendus du père, avaient causé des scandales. Il y avait, en effet, des parents à l'égard desquels la voix de la nature ne se faisait pas entendre, auxquels il aurait été nécessaire de rappeler que s'il s avaient des droits, ils avaient aussi des devoirs à l'égarddes enfants. Chaque enfant qui vient au monde a droit, en effet, d'être mis à même de devenir un bon citoyen. La société a le devoir de le protéger. Aussi a-t-on dû diminuer l'idée d'autorité des parents et sanctionner la protection des enfants.

On a admis à côté de l'intérêt de l'enfant l'intérêt social, car c'est un fait avéré que les criminels se recrutent surtout parmi ceux que de mauvais parents ont abandonnés, matériellement et moralement.Une loi très importante du 24 juillet I889 vint protéger ces enfants et prononcer, dans des cas déterminés, la déchéance de la puissance paternelle.

Etudions donc d'abord l'attribution et la perte de la puissance paternelle, puis on étudiera la puissance paternelle en elle-même.

Source : BIU Cujas

Attribution de la puissance paternelle.

L'attribution de la puissance paternelle varie suivant les enfants et, en laissant de côté les enfants adoptifs, il faut seulement envisager les enfants légitimes ou naturels.

A) En ce qui concerne les enfants légitimes

Les enfants légitimes sont soumis à la puissance paternelle des père ou mère. Pendant le mariage, c'est le père qui a la puissance paternelle (art. 372 et 373 du C.Civ.). En cas de mort d'un des parents, la puissance paternelle reste au père, si c'est la mère qui meurt; elle passe à la mère, si c'est le père qui meurt (art. 384 du C.Civ.).

Mais un des attributs de la puissance paternelle en cas de mort d'un des parents disparaît complètement: il n'y a plus lieu à administration légale, la tutelle s'ouvre nécessairement.

En cas d'absence du père, les droits passent à la mère (art. I4I du C.Civ.). Mais comme l'art. I4I ne parle pas du droit de jouissance légale, la pratique admet que le droit de jouissance légale n'appartient pas à la mère, en cas d'absence du père. En cas d'impossibilité pour le père de manifester sa volonté ou d'empêchement de le faire, la puissance paternelle passe , en fait, à la mère et pendant la guerre, au temps où tous les pères étaient mobilisés, une lois du 3 juillet I9I5 a établi les droits de la mère à défaut du père empêché.

En cas de divorce ou de séparation de corps, il faut rappeler que c'est l'époux qui a obtenu le divorce qui a la garde des enfants (art. 302 du C.Civ.) à moins que l'intérêt des enfants n'exige qu'on ne les confie à l'autre conjoint. C'est le cas des enfants en bas âge. Ils sont confiés à la mère, même si c'est elle l'épouse coupable, contre laquelle le divorce a été prononcé. Mais l'intérêt des enfants peut amener à les confier à un tiers, ou à des parents. Chacun des parents n'en conserve pas moins le droit de veiller à l'éducation des enfants (art. 303 du code civil), mais il subsiste une obligation à la charge de celui qui a la garde des enfants, c'est de contribuer aux sommes à payer pour l'entretien et l'éducation des enfants.

Il faut rappeler à cet égard que quand l'enfant a été confié à un parent, si ce parent ne veut pas permettre les visites de l'autre parent, la loi du 5 décembre I90I modifiant l'art. 357 du code pénal a érigé en délit le fait de la non représentation d'enfant. Il n'y avait jusqu'alors que le système des astreintes qui n'avait d'effet que si le parent soumis à l'as-

Source : BIU Cujas

treinte avait des biens en France qu'on pût saisir.

Ces solutions ne sont que provisoires, elles sont toujours susceptibles de modifications. Elles visent le droit de garde, le droit de correction, et même l'administration légale, car quand il y a divorce ou séparation de corps, l'administration légale subsiste: il n'y a tutelle qu'à partir de la mort d'un des parents.

B) En ce qui concerne les enfants naturels

Pour les enfants naturels, le C.C. n'avait accordé aux parents naturels que la partie des droits découlant de la puissance paternelle. Il leur avait refusé la jouissance légale. Mais une loi du 2 juillet 1907 a rapproché à cet égard, sans les assimiler, la situation des enfants naturels et celle des enfants légitimes.

Différences entre la situation des enfants naturels et ceux des enfants légitimes

Il subsiste pourtant entre les deux, deux différences importantes.

D'abord l'attribution de la puissance paternelle n'a pas lieu de préférence au père. La préférence pour le père existe bien, quand il y a une reconnaissance simultanée faite par le père et la mère, mais quand le père reconnaît l'enfant après que la mère l'a reconnu, c'est la mère qui conserve la puissance paternelle.

D'autre part, l'étendue de la puissance paternelle a été accrue, mais si le droit de jouissance légale a été accordé aux parents naturels, l'administration légale reste propre à la famille légitime. Supposons (art. 383) que deux parents aient reconnu en même temps un enfant naturel. Le père a la puissance paternelle. Si la reconnaissance a été successive, le parent qui a reconnu l'enfant le premier a la puissance paternelle. Or d'ordinaire c'est la mère qui reconnaît la première l'enfant. Mais l'art. 383 dit que si l'intérêt de l'enfant l'exige les tribunaux ont le droit d'en décider autrement.

En cas de mort du parent qui avait le premier reconnu l'enfant, la puissance paternelle passe à l'autre.

Mais, c'est surtout la perte de la puissance paternelle qu'il faut étudier.

Perte de la puissance paternelle.

Ses causes:

Elle trouve des causes naturelles dans la majorité de l'enfant ainsi que dans son émancipation. Elle peut aussi avoir sa source dans un dessaisissement volontaire de la part des parents, ou dans la déchéance de la puissance paternelle.

Source : BIU Cujas

La majorité de l'enfant

La majorité, tout d'abord, fait disparaître la puissance paternelle. Sans doute, il reste encore certaines obligations relatives aux droits des parents, comme celle de consentir au mariage ou de donner leur avis à propos du mariage de l'enfant. Il est vrai que déjà un des attributs de la puissance paternelle a cessé d'exister, puisque le droit de jouissance légale cesse à 18 ans.

L'émancipation

L'émancipation d'ailleurs peut faire cesser la puissance paternelle, à partir de 15 ans révolus. On sait que l'émancipation peut s'opérer par le mariage. On verra par la suite comment s'organise l'émancipation (art. 477 du code civil) quand elle est volontaire, du fait du père et de la mère.

La déchéance de la puissance paternelle

Le dessaisissement de la puissance paternelle est lié à la déchéance de la puissance paternelle. Cette déchéance a été établie par la loi du 24 juillet 1889.

L'état du droit avant la loi de 1889

Une loi sur la déchéance paternelle était réclamée depuis le milieu du XIX° siècle. Cette déchéance n'était cependant pas une mesure absolument inconnue de la législation.

Les textes

Le législateur l'avait organisée dans le C.C. en cas de mort civile de la part du parent qui avait la puissance paternelle. En 1810, le code pénal avait établi une mesure de déchéance de la puissance paternelle dans l'art. 335 al. 2 du C.pénal qui déclarait déchu de la puissance paternelle le père condamné pour avoir facilité ou encouragé la prostitution ou la corruption de ses enfants. C'était une déchéance relative qui n'avait d'effet qu'à l'égard de l'enfant prostitué ou corrompu.

Une loi du 7 décembre 1874 avait aussi établi une déchéance facultative contre les parents qui avaient livré soit gratuitement, soit à prix d'argent, leur enfant de moins de 16 ans à des individus exerçant la profession de saltimbanques, d'acrobates, de charlatans, de montreurs d'animaux ou de directeurs de cirques.

Mais ces cas avaient une application forcément assez restreinte et dans nombre d'hypothèses les enfants matériellement ou moralement abandonnés n'étaient pas protégés.

L'oeuvre de la jurisprudence concernant les abus de la puissance paternelle

La jurisprudence avait fait ce qu'elle avait pu. A défaut de loi, elle avait admis des abus de la puissance paternelle, abus qui permettaient l'intervention des tribunaux et qui consistait dans les mauvais traitements qu'on faisait subir à des enfants, lorsque ces mauvais traitements avaient mis leur vie

Source : BIU Cujas

en danger. On avait admis de même que le fait de rendre des enfants témoins de spectacles immoraux ou offensants pour les moeurs était un abus de la puissance paternelle.

Dans ces deux cas, on enlevait aux parents coupables la puissance paternelle et on la remettait à un ascendant, à un collatéral, ou même à un étranger, à des associations de bienfaisance, dans la majorité des cas.

On avait encore admis que l'interdiction par le père et la mère, sans motif plausible, de toute communication des enfants avec les grands-parents pouvait donnerlieu à l'intervention de la justice, cette dernière venant lever le veto imposé par les parents.

En dehors de là, l'action des tribunaux ne pouvait s'exercer, malgré l'indignité des parents; et les tribunaux n'avaient pas grand pouvoir, car ils ne pouvaient être saisis que par lesparents proches. Or , bien souvent, les enfants qui ont des parents indignes ont des grands-parents qui le sont aussi. Les tribunaux étaient donc saisis très rarement. C'était par des lettres anonymes que le ministère public connaissait les actes qui étaient ainsi commis à l'égard des enfants. Il n'en restait pas moins que l'action de la justice était très insuffisante.

Les sociétés de bienfaisance avait essayé d'obtenir des faveur leur permettant de s'occuper de ces enfants, mais souvent les parents nedemandaient pas mieux que de leur donner les enfants en bas âge, et dès que les parents pouvaient travailler, les parents les reprenaient. Il n'y avait que l'administration publique qui, à Paris avait, grâce au décret de I8II, la possibilité d'éviter de tels agissements car les parents devaient restituer à l'Assistance publique les dépenses faites pour les enfants.

La loi de I889

La loi de I889 est venue mettre un terme à cette situation fâcheuse. Elle a permis assez largement la déchéance de la puissance paternelle.

Ses inconvénients

Mais elle avait de grands inconvénients car celle-ci n'était possible que dans des cas assez limités, et ses effets étaient rigides, indivisibles. Alors qu'on a vu, au lendemain du C.C. le code pénal admettre une déchéance partielle, la déchéance ici était totale. On ne permettait pas une déchéance partielle, et il en résultait que, dans bien des cas, les parents autres que le père ou la mère hésitaient à intenter l'action, car il leur semblait que la sanction fût trop forte.

D'autre part, on avait donné à la loi de I889

Source : BIU Cujas

un caractère pénal, et les personnes qui pouvaient agir étaient en nombre limité.

Comme on ne pouvait éviter ces inconvénients, on ne s'adressait pas au ministère public, aussi a-t-il fallu modifier la loi. Ces modifications ont été nombreuses. On citera seulement les différentes lois qui ont modifié le système, puis on étudiera le régime de la déchéance de la puissance paternelle, tel qu'il existe actuellement.

Les différentes lois qui sont intervenues en la matière

La loi du 5 août 1916 a eu un rôle limité. Une loi du 19 avril 1898 a eu pour but, non seulement, d'établir la déchéance en cas de crime ou de délit commis contre l'enfant, mais encore par l'enfant. Une loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux d'enfants n'a pas été sans influence sur la déchéance de la puissance paternelle. Puis est venue une loi très importante du 15 novembre 1921. Il faut rappeller encore la loi du 7 février 1924 sur la déchéance pour abandon de famille. Mais on sait que c'est un abandon matériel, en cas de non paiement par les parents des aliments auxquels ils ont été condamnés. Enfin, est intervenue la loi du 23 juillet 1925 qui a été insérée dans la loi de 1889, et la loi du 17 juillet 1927.

Le système établi par ces lois

Mais voyons le système dans son ensemble.

La loi du 24 juillet 1889, intitulée loi sur la protection des enfants matériellement ou moralement abandonnés a eu pour but d'enlever la puissance paternelle aux parents indignes. Elle vise donc la déchéance de la puissance paternelle. Mais elle a eu aussi pour but de la conférer à autrui, à d'autres parents, aux associations de bienfaisance même à des particuliers charitables qui consentent à se charger de l'éducation de ces enfants matériellement ou moralement abandonnés. Il peut y avoir alors dessaisissement ou délégation de la puissance paternelle. Il faut concilier ces différentes lois pour avoir une idée d'ensemble de la déchéance.

La déchéance de la puissance paternelle ne s'applique pas à la seule puissance paternelle. Son étendue est beaucoup plus large. Elle vise tous les droits des père et mère sur la personne ou sur les biens de leurs enfants. Elle peut être légale ou judiciaire.

Il faut envisager successivement son domaine d'application et ses caractères.

Domaine d'application de la déchéance de la puissance pa-

La déchéance de la puissance paternelle peut exister de plein droit. Elle est obligatoire aux termes de l'art. Ier de la loi de 1889 en cas de

Source : BIU Cujas

ernelle.

a déchéance
e la puissance
aternelle
eut exister
e plein
roit.
lle peut
tre facul-
ative

ui peut pro-
oquer la déché-
nce de la puis-
ance paternelle

e contrôle du
ribunal

aractères
e ces déché-
nces
a déchéance
eut être
artielle

condamnation pénale encourue par les parents pour attentat commis sur la personne de l'enfant, ou par rapport à la moralité de l'enfant. La déchéance s'effectue de plein droit, sans que le tribunal ou la cour d'assises ait à la prononcer. L'attribution de circonstances atténuantes des parents n'y met pas obstacle.

Elle est facultative pour le tribunal, à la suite d'une condamnation encourue pour des actes constituant des brutalités à l'égard des enfants ou des tiers.

En cas d'absence de toute condamnation, s'il y a inconduite notoire ou ivrognerie habituelle des parents, généralement du mari, ou encore mauvais traitements compromettant la santé de l'enfant, les tribunaux peuvent prononcer la déchéance. Il est à noter que la jurisprudence entend très largement l'expression de mauvais traitements, elle a repris, à cet égard, son interprétation d'abus de la puissance paternelle.

La déchéance peut être provoquée par les parents du mineur, jusqu'au degré de cousin germain, c'est-à-dire jusqu'au 4ème degré. Il n'y a pas ici d'ordre hiérarchique. L'intervention d'un parent proche ne pourrait faire supprimer l'action exercée par un parent plus éloigné.

Le tribunal qui est le tribunal répressif souvent, et qui peut être le tribunal civil, siégeant en Chambre du conseil, a à rechercher les conditions dans lesquelles les mauvais traitements sont intervenus, il exerce par conséquent un large contrôle.

Les caractères de ces déchéances ont varié. Jusqu'à la loi de I889 la déchéance était absolue. Elle s'appliquait à tous les attributs de la puissance paternelle. Depuis la loi de I889 la déchéance peut être relative ou partielle. Cette déchéance s'étendait, d'après la loi de I889, à tous les droits constituant la puissance paternelle et à tous les enfants. La loi du 15 novembre I92I a admis une déchéance partielle qui porte surtout sur le droit de garde et qui peut être limitée à un seul enfant.

D'après l'art. Ier de la loi de I889, modifié par les lois de I925 et de I927, la déchéance de la puissance paternelle enlève le droit de garde: le droit pour la mère d'exercerla puissance paternelle quand le père à disparu (art. I4I); le droit de consentir au mariage et de faire opposition au mariage (art. I48 à I50) , le droit de consentir à l'adoption (art. 348), le droit de garde d'éducation et de correction (art. 372) le droit d'administration légale, le droit de jouissance légale sur les biens des enfants mineurs; le droit pour le père de nommer un conseil à la mère survivante, le

Source : BIU Cujas

droit de nommer un tuteur par testament, le droit d'émancipation, le droit d'accepter des donations faites à l'enfant. L'art. Ier renvoie à une série d'articles qui prévoient ces divers droits, et des lois spéciales sont venues s'y ajouter: loi sur l'apprentissage, lois sur les engagements militaires, sur le recrutement de l'armée. Il y a là d'ailleurs une énumération qui n'est pas limitative car le texte dit "notamment les droits qui sont énumérés à tels articles". C'est une énumération par conséquent que les tribunaux peuvent étendre.

La puissance paternelle étant retirée au père ou à la mère, il reste à pourvoir aux intérêts de l'enfant.

Dessaisissement et délégation de la puissance paternelle

Comment organiser la tutelle puisqu'on doit l'établir. Si la mère vit, il serait possible de lui attribuer la puissance paternelle, mais la loi précise que cette attribution n'est pas nécessaire, car la loi redoute l'influence du père sur la mère. Mieux valait par conséquent laisser les tribunaux juges de déterminer les conditions de l'attribution de la puissance paternelle. C'est pourquoi la loi a permis des délégations de la puissance paternelle. Trop d'enfants, en effet, ne trouvent pas dans leur famille de quoi s'entretenir, s'éduquer, et les enfants moralement abandonnés doivent être protégés, tout comme les enfants matériellement abandonnés. Ceux qui sont matériellement abandonnés, l'assistance publique s'en charge; ceux qui sont moralement abandonnés, sont recueillis par des associations ou des personnes charitables qui, avant la loi de 1889, n'avaient pas de droits véritables sur les enfants, qui n'avaient de droit que tant que les parents le voulaient bien. On sait, en effet, qu'il n'y avait à cet égard que l'assistance publique qui, en vertu d'un décret du 18 janvier 1811, pouvait se faire rembourser les dépenses d'éducation et d'entretien, de sorte que les parents n'abusaient pas de cette faculté.

On se heurtait d'ailleurs, avant la loi de 1889, aux principes de l'incessibilité de la puissance paternelle. Quand on voulait obtenir la délégation de la puissance paternelle, le principe de l'incessibilité s'y opposait. La loi de 1889 est venue admettre à la fois le dessaisissement volontaire des parents, et la délégation. La délégation est toujours judiciaire, le dessaisissement peut être volontaire, mais le dessaisissement ou la délégation ne s'opèrent que sous le contrôle de la justice. Il y a là une matière administrative qui est organisée pour les enfants con-

Source : BIU Cujas

fiés à l'assistance publique par la loi du 27 juin 1904.

La restitution de la puissance paternelle

Il faut signaler la restitution de la puissance paternelle, établie par l'art. 15 de la loi de 1889. Les mauvais parents peuvent s'amender. Ils peuvent, après avoir commis un acte entraînant, de plein droit, la déchéance de la puissance paternelle, le regretter et tout faire pour que leur soit accordée, à nouveau, la puissance paternelle. La puissance paternelle peut, en effet, leur être restituée avec tous ses droits et l'art. 15 de la loi de 1889 établit les conditions dans lesquelles cette restitution a lieu.

Etendue de la puissance paternelle.

La puissance paternelle comporte des droits qui sont ceux qui dérivent normalement de la parenté. A côté des droits propres au père et à la mère, notamment ceux qui concernent l'entretien et l'éducation que le père et la mère doivent à leurs enfants, les premiers droits, les droits généraux, ce sont le droit de consentir au mariage, le droit d'émanciper l'enfant, le droit de consentir à l'adoption par un tiers. Ces droits, il n'y a pas à en parler puisqu'ils ont été ou seront étudiés à propos des institutions auxquelles ils se refèrent.

Les seconds sont des droits spéciaux propres à la puissance paternelle, c'est le droit de garde, le droit de correction pour la personne de l'enfant et, pour les biens de l'enfant, c'est le droit d'administration et la jouissance légale.

Les droits sur la personne de l'enfant.

Les droits sur la personne de l'enfant sont:

Le droit donne aux parents les moyens de remplir leur devoir d'éducation à l'égard de l'enfant mineur non émancipé en leur conférant un droit de garde et de correction. L'éducation comprend, en effet, la formation du caractère de l'enfant, le choix d'une religion la direction de leur instruction, l'apprentissage d'un métier ou la préparation à une profession ou une carrière. Pour en permettre le succès, il faut que l'enfant soit sous la garde des parents. Il faut que l'enfant soit soumis à une action énergique de la part de ses parents.

Le droit de garde

Le droit de garde consiste dans le maintien de l'enfant à la maison, et dans la surveillance de tous ses actes. Les parents, les père et mère peuvent empêcher l'enfant de quitter la maison. Ils peuvent le ramener au domicile, même de force. Mais l'enfant a le droit de s'enrôler, sans autorisation, quand il a atteint sa 20ème année. Evidemment d'ailleurs l'émancipation met fin au droit de garde, et c'est pourquoi

Source : BIU Cujas

on a parlé du mineur non émancipé.

La garde est un droit et un devoir pour les parents.

La garde est obligatoire pour les parents

Elle est obligatoire. Le Code pénal faisait un délit de l'abandon de l'enfant. Mais cela avait eu pour résultat certains crimes qu'on voulut éviter, en facilitant l'abandon sans répression. Il y avait, en effet, de fréquents infanticides. Aussi, dès le début du XIX° siècle, un décret du 19 Janvier I8II concernant les enfants trouvés et abandonnés, ainsi que les orphelins pauvres, avait organisé les tours. Le tour était un appareil mobile dans lequel on pouvait déposer un enfant, sans être vu. Il en existait dans chaque hospice destiné à recevoir les enfants, et tout le monde connaît ces tours. L'imagerie et le roman populaire en ont perpétué le souvenir.

La disparition des tours, à dater de I823, n'empêcha pas l'abandon des enfants, sans poursuite pénale. La loi du 27 Juin I904 sur le service des enfants assistés a reconnu la possibilité du dépôt d'enfants âgés de moins de 7 mois, sans que les personnes qui les abandonnent puissent être tenues de fournir aucune indication, sur le nom notamment de l'enfant, sur le lieu et la date de naissance. Aucune enquête administrative ne doit être faite et l'enfant devient un pupille de l'assistance publique. Il ne semble pas d'ailleurs que cette admission ait eu des conséquences défavorables. On avait craint des fraudes des crimes, crimes d'enlèvement ou de suppression d'enfants. En réalité il faut reconnaître que ce système a eu plutôt pour effet d'éviter les avortements et les infanticides.

Le droit de garde est incessible.

Le droit de garde reste incessible. Il le devient cependant dans les conditions qu'a prévues la loi de I889 qui permet le dessaisissement volontaire de la puissance paternelle.

Etendue du droit de garde

Garder un enfant, c'est le surveiller. Les parents règlent les relations de l'enfant, ils peuvent examiner sa correspondance, mais ils ne peuvent abuser de leurs droits et l'abus le plus fréquemment envisagé par les tribunaux, c'est celui de correspondance avec les grands parents, sous prétexte qu'ils exercent une mauvaise influence sur les enfants.

Sanction du droit de garde

Les sanctions de ce droit de garde en dehors de celles qui sont établies par les art. 334 et 335 al.2 du code pénal, et de la loi de I874, sont dans la loi de I889.

Mais il faut noter d'autres sanctions.

D'abord en ce qui concerne l'instruction, la loi du 28 mars I882 sur l'enseignement primaire obli-

Source : BIU Cujas

gatoire a soumis à des sanctions le fait par les parents de ne pas envoyer les enfants à l'école, mais ces sanctions n'ont pas d'efficacité. Elles consistent d'abord dans un appel devant la commission scolaire, où on demande des explications au père. Souvent le père ne vient pas, ou c'est pour injurier la commission. On inscrit à la porte de la mairie le nom ou les prénoms du père et de l'enfant. Mais cette mesure n'a pas d'effet, pas plus d'ailleurs que les peines de simple police, auxquelles on peut recourir.

Au contraire, une mesure qui a eu des effets c'est l'application de l'art. 1384 al. 3 et 6 qui déclare les père et mère responsables des délits commis par leurs enfants, à moins de prouver qu'ils n'ont pu les empêcher.

Le droit de correction

Enfin il y a une dernière sanction qui réside dans le droit de correction. Le droit de correction ne pouvait guère être défini par le législateur. Cependant il est nécessaire. C'est que son contenu est très variable: tout dépend du milieu social et des mœurs.

Le code civil ne l'a envisagé qu'au point de vue de l'incarcération de l'enfant, mais le droit de correction comprend les châtiments corporels, pourvu qu'ils n'aillent pas jusqu'aux blessures de l'art. 309 du code pénal et que cela ne constitue par des voies de fait, telles que la loi de 1898 les a définies.

Il faut faire rentrer dans le droit de correction le droit de exhéréder les enfants dans une certaine mesure.

C'est dans le droit de correction qu'il faire entrer le droit des parents d'exhéréder leurs enfants, mais avec cette différence que le droit ne permet l'exhérédation que dans une certaine mesure. L'enfant qui n'est pas indigne, en vertu de l'art. 727 du C.C. doit avoir une réserve, c'est-à-dire que ses parents ne doivent pas disposer entièrement de tout leur patrimoine, et si c'est un enfant unique, il doit avoir la moitié de la succession laissée par chacun de ses parents.

L'incarcération surtout avait attiré l'attention du législateur qui en a réglementé les conditions.

Les personnes qui peuvent demander l'incarcération de l'enfant

D'abord qui peut demander l'incarcération ?

Le père peut agir par voie d'autorité

Elle peut être demandée par le père pour une cause légitime, et le père peut agir par voie d'autorité ou de réquisition. Il agit par voie d'autorité, pour les enfants de moins de 16 ans, qui n'ont pas de biens personnels et qui n'exercent pas de profession, pourvu que le père ne soit pas remarié (art. 376 et 380 du C.C.).

Le père agissant par voie d'autorité n'a pas

Source : BIU Cujas

de motif à invoquer et le président du tribunal qui sera appelé à donner un ordre d'arrestation ne peut pas s'y refuser.

ou par voie de requisition

Quand une des conditions sus-énoncées fait défaut, le père ne peut agir par voie d'autorité, il ne peut agir que par voie de réquisition. Le père dépose une plainte près du président du tribunal, et le président a un droit d'appréciation souveraine (art. 377 du C.Civ.). L'ordre d'incarcération doit être donné par le président, mais il peut être levé, révoqué , sur la demande de l'enfant, par le premier président de la cour d'appel du ressort du tribunal. Cette révocation ne doit être exercée que sur des motifs très sérieux.

La mère agit toujours par voie de requisition

Quand la mère exerce la réquisition, car seule elle ne peut agir que par voie de réquisition, il faut qu'elle obtienne l'assentiment des deux plus proches parents paternels (art. 38I du C.C.) et à défaut des parents paternels, on fera appel aux alliés ou aux amis du père. Il en est ainsi quand le père est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté; mais la mère remariée ne peut agir.

Pour les enfants naturels on applique les mêmes règles que pour l'enfant légitime, au profit de celui qui a la puissance paternelle mais dans la mesure où ces règles peuvent s'appliquer, car il n'y a pas de parents paternels.

Les enfants sur lesquels l'assistance publique a des droits sont soumis à un régime spécial.

Durée de l'incarcération

L'incarcération se réalise à la suite d'une autorisation demandée au président du tribunal. Elle a une durée maxima d'un mois, quand il y a incarcération par voie d'autorité ou de six mois, quand il y a incarcération par voie de réquisition.

Caractère de l'incarcération

Ce n'est pas une peine. L'enfant la subit dans une colonie pénitentiaire ou dans une école professionnelle agricole, ou encore dans une école de réforme.

Cependant le système du code civil est suranné et inefficace. Il faudrait organiser plus d'établissements pédagogiques qu'il n'en existe au lieu d'établissements d'un caractère pénitentiaire.
Il faut plus corriger que punir. L'insuffisance du code civil serait ressentie dans les faits si toutes les associations de bienfaisance n'intervenaient pas pour prévenir , amender et non pour réprimer. Ce sont les institutions véritables de réforme et de rééducation des enfants.

Source : BIU Cujas

L'administration légale.

Il n'y a administration légale que du vivant des père et mère légitimes

Il n'y a administration légale que du vivant des père et mère, et exclusivement au profit du père d'un enfant légitime. Mais d'ordinaire, l'administration légale ne trouve pas d'aliment car un enfant mineur qui a encore ses père et mère n'a pas de patrimoine. Normalement, en effet, si des biens avaient pu lui advenir, avant qu'il les ait recueillis, ses parents les auraient reçus. Les successions en effet viennent généralement de membres de la famille, et les plus proches parents sont le père et la mère.

Cas où il peut y avoir administration légale

Il y a cependant des cas où un enfant qui a encore ses père et mère peut avoir un certain patrimoine. Il devient de plus en plus fréquent qu'à partir d'un certain âge les parents constituent un certain patrimoine à leurs enfants, car, d'une part, l'enfant, s'il gère lui-même ses biens, peut s'habituer à administrer pour le temps où il sera pleinement capable. D'autre part, comme le droit des père et mère cesse à partir de 18 ans, et qu'ils n'ont plus alors à compter dans leurs revenus ceux des biens de l'enfant, ils peuvent faire une déclaration d'impôt sur le revenu au nom de l'enfant et ne sur le minimum impossable (10.000 Frcs).

Il y a cependant d'autres cas où sans que ce soient le père ou la mère qui aient constitué un patrimoine à l'enfant, l'enfant a néanmoins un patrimoine. L'enfant peut recevoir des dons ou legs. Quand un tiers n'a pas grande confiance dans le père, il préfère faire la donation ou le leg à l'enfant.

Enfin un enfant peut avoir un frère ou une soeur marié qui vienne à mourir, il a un droit à leur succession. Ce sont autant de cas dans lesquels un aliment est donné à l'administration légale, et ces cas deviennent de plus en plus nombreux.

Motifs qui ont fait instituer l'administration légale

Pourquoi avoir crée une institution indépendante de la tutelle ? On a voulu que le père ait des pouvoirs plus larges que le tuteur. En outre, on a pensé que tant que le père et la mère étaient là, il y avait une garantie, d'abord dans l'affection des parents, et quand le père administre légalement, il y a un contrôle qui peut être exercé par la mère. Dès lors, on s'explique que des garanties moindres soient prises à l'égard du père administrateur légal qu'à l'égard du tuteur.

L'administration légale n'est pas applicable aux enfants naturels

La tutelle, en effet, est seule applicable aux enfants naturels. La loi de 1907 a établi la tutelle pour les enfants naturels, et elle n'a jamais

Source : BIU Cujas

permis l'administration légale. Cependant, les dispositions qui concernent la tutelle des enfants naturels sont dans le texte fondamental relatif à l'administration légale l'art. 389 du C.Civ. C'est que, pendant très longtemps, on a discuté sur lespouvoirs de l'administrateur légal et, en l'absence d'un texte la jurisprudence et la pratique avaient apporté des restrictions à l'assimilation de l'administrateur légal et du tuteur. Ces dispositions sont devenues légales depuis la loi du 6 avril 1910 qui, incorporée dans l'art. 389, en a fait un des textes les plus longs du C.Civ.

C'est cet article qu'on va étudier et auquel on aura constamment à se reporter.

Il faudra examiner successivement en cette matière:

1° Les conditions de l'administration légale,

2° Le fonctionnement de l'administration légale.

Conditions d'application de l'administration légale. Les titulaires de l'administration légale

L'administration légale est confiée au père légitime, du vivant des époux, à la mère légitime quand le père en a été déchu, à celui des deux parents qui, en principe a la garde des enfants, après le divorce ou la séparation de corps. Mais en cette matière c'est l'intérêt des enfants qui domine.

Les parents naturels n'y ont pas droit: la tutelle est seule applicable aux enfants naturels.

L'administration légale peut être enlevée au père ou à la mère en vertu d'une clause d'une donation

L'administration légale peut cependant être enlevée au père ou à la mère qui y a droit. Elle disparaît, en effet, pour des causes nombreuses. Elle peut même aller à un tiers. Une clause d'une donation faite à un enfant légitime peut porter que le père ou la mère n'auront pas l'administration légale des biens. Il faudra alors nommer un tiers administrateur; ce ne sera plus un administrateur légal mais un administrateur soumis au contrôle du tribunal et, faute de cet administrateur, nommée par le testateur ou le donateur, le tribunal a le devoir d'en nommer un. En effet, si on ne permettait pas au donateur ou au testateur de nommer un administrateur autre que l'administrateur légal qu'est le père, peut-être que le tiers n'aurait pas fait la donation, et mieux vaut, à l'égard de l'enfant, une telle nomination que pas de donation.

Perte du droit d'administration légale

Le droit d'administration légale ne disparaît du côté du mineur que par l'émancipation ou la majorité et, du côté du père, il disparaît par la mort de l'un des époux art. 390 du C.Civ. puisqu'il ne peut y avoir administration légale que du vivant des deux époux.

Source : BIU Cujas

D'autre part, l'interdiction dupère comme l'interdiction de la mère, entraîne la perte de l'administration légale, de même la dation d'un conseil judiciaire. L'absence du père peut faire donner à la mère l'administration légale.

Enfin la déchéance de la puissance paternelle est une cause de la disparition de l'administration légale, et même depuis que la loi de I889 a modifié la déchéance de la puissance paternelle, la déchéance de l'administration légale peut être prononcée seule, puisque si la déchéance de la puissance paternelle peut être absolue, elle peut être aussi partielle.

La loi du 6 avril I9I0 a posé deux principes qui dominent le fonctionnement de l'administration légale Premier principe: le père ou lamère administrateur légal accomplit seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé du conseil de famille

Le fonctionnement de l'administration légale n'était pas organisé par le code civil. C'est la loi du 19 avril I9I0 qui a posé des principes très nets applicables à la matière. Cette loi a posé en effet deux principes et ce sont ces deux principes qu'il faut définir.

Le premier principe c'est que le père ou la mère, administrateur légal, accomplit seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé du conseil de famille.

Par conséquent pour connaître les pouvoirs de l'administrateur légal, il faut se reporter à la tutelle.

Ainsi (art. 389 al. 6) le père ou la père administrateur légal peut faire tous les actes d'administration. Remarquons qu'il peut accepter une donation ou une succession pour l'enfant. Mais une succession échue à un mineur, ne peut être acceptée que sous bénéfice d'inventaire. On peut d'ailleurs y renoncer. Le père ou la mère administrateur légal peut aliéner les meubles corporels et les valeurs mobilières jusqu'à concurrence d'une valeur ne dépassant pas I500 francs; ce sont des actes que peut faire le tuteur seul ou autorisé du conseil de famille. C'est la loi sur la tutelle qui a établi cette limite de I500 francs répétée par plusieurs lois notamment celle du 27 février I889.

Pour tous les actes pour lesquels le tuteur a besoin de l'intervention du tribunal, l'administrateur légal devra faire intervenir le tribunal

Au contraire, pour tous les actes pour lesquels le tuteur a besoin de l'intervention du tribunal donnée de quelque façon que ce soit, il faut également ici l'intervention du tribunal et de l'administrateur légal. Il y a incontestablement un inconvénient qui fait souvent regretter aux parents qui ont constitué un certain patrimoine à leur fils, la soumission à l'administration légale car pour les valeurs mobilières supérieures à 1500 francs, venant du père ou de la mère, il faudra obtenir l'autorisation du

Source : BIU Cujas

tribunal, le ministère public entendu.

Il en est ainsi d'abord pour l'aliénation de valeurs mobilières de plus de 1500 francs. Or combien de titres maintenant sont supérieurs à cette somme. De même, les immeubles, sans condition de chifre, et les meubles incorporels ne peuvent être aliénés par l'administrateur légal qu'avec l'autorisation du tribunal.

De même encore il n'est possible de constituer des droits réels sur les biens de l'enfant notamment une hypothèque, qu'avec l'autorisation du tribunal. Pour convertir un titre nominatif en titre au porteur, au-dessus de 1500 francs, il faudra l'autorisation du tribunal.

Il faudra également l'autorisation du tribunal pour emprunter.

Elle est requise également en ce qui concerne la transaction acte grave, par lequel deux parties mettent fin à un différend en se faisant des concessions réciproques. On est d'accord à exiger ici l'intervention du tribunal mais on ne réclame point, comme le veut l'art. 467, en plus de l'autorisation du conseil de famille, l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République.

Le tuteur est obligé d'employer les capitaux et en admet, de même, que l'administrateur légal est obligé d'employer les capitaux au-dessus de 1500 francs. Mais ici il n'y a pas de sanction. Le tribunal souvent, quand il y a vente d'un immeuble, donne des indications en ce qui concerne le placement du prix.

En cas de conflit d'intérêt entre l'administrateur légal et l'enfant il y a lieu à nomination d'un administrateur spécial

En cas de conflits entre le père et l'enfant, entre l'administrateur légal et l'enfant, on procède à la nomination d'un administrateur spécial, car il existe une règle du droit français en vertu de laquelle nul ne peut être celui qui autorise quand il s'agit d'un contrat passé avec lui-même; nemo potest auctor esse in rem suam, c'est-à-dire: nul ne peut être celui qui autorise pour un contrat avec lui. Le père doit faire, par exemple, un contrat avec son enfant. Ils ont tous deux des intérêts opposés. Si le père passait le contrat, ne serait-il pas tenté de sacrifier les intérêts de l'enfant ? Il faut car il ne peut être auctor in rem suam, faire intervenir un administrateur spécial pour un but déterminé, un administrateur ad hoc nommé par le tribunal en chambre du conseil.

L'administrateur légal doit agir en bon père de famille

Le père ou l'administrateur légal doit agir en bon père de famille; c'est dire que sa responsabilité est normale. Mais pour établir sa responsabilité en

Source : BIU Cujas

tiendra compte de ce qu'il est un mandataire légal non salarié . Or la responsabilité est moindre pour un mandataire non salarié que pour un mandataire salarié.

Tel est le prèmier principe: les actes qui peuvent être accomplis librement par l'administrateur légal sont ceux que le tuteur peut faire seul ou autorisé. Les actes qui sont interdits en matière de tutelle sont également interdits en ce qui concerne l'administration légale.

2ème règle. Toutes les règles de la tutelle ne doivent pas être étendues à l'administration légale car les organes ne sont pas les mêmes dans les deux cas

Mais il y a une seconde règle qui est toute différente de la première. Les règles de la tutelle, en effet, ne doivent pas être étendues à l'administration légale, car les organes ne sont pas les mêmes dans les deux cas.

Ici il n'y a pas de subrogé-tuteur, comme en matière de tutelle, car la mère existe, et la mère a une fonction de surveillance qui a semblé suffisante au législateur.

Il n'y a pas non plus de Conseil de famille. Le père et la mère sont vivants. Il serait choquant que le conseil de famille vienne surveiller le père.

Il n'y a pas non plus d'hypothèque légale de l'enfant sur les immeubles du père ou de la mère, administrateur légal. Au contraire, en matière de tutelle, le pupille a, sur les biens de son tuteur, une hypothèque légale qui vient garantir les créances qu'il peut y avoir, lors de l'apurement des comptes du pupille, à l'égard du tuteur.

Il faut noter aussi qu'il n'y a pas besoin d'inventaire, comme en matière de tutelle mais quand le droit de jouissance légale accompagne l'administration légale, cet inventaire pourra être dressé.

Il n'y a pas non plus de réddition de compte, il y a lieu seulement à la restitution.

On confond souvent à tort l'administration légale et la tutelle

Il faut d'ailleurs rappeler qu'il est nécessaire de distinguer avec un grand soin l'administration légale de la tutelle. La confusion entre les deux est courante. On en trouve un cas dans une décision judiciaire du tribunal civil d'Auxerre du 2I août I928 S - I929 - 2 - I63. Une erreur avait été commise. En immatriculant des titres au nom de l'enfant, c'est-à-dire en mettant ses titres au nominatif, au lieu de mettre l'enfant sous l'administration légale de son père, on l'avait mis sous la tutelle de son père, et cela pouvait avoir des conséquences. Il fallait donc rectifier l'erreur. Tandis qu'en matière de tutelle, en effet, le tuteur doit faire mettre les valeurs mobilières au nominatif, l'adminis-

Source : BIU Cujas

trateur légal n'a pas besoin de le faire. Seulement, bien souvent, lorsque l'enfant est jeune et que le père a la jouissance légale, comme les impôts sont moins lourds sur les titres nominatifs, le père a intérêt à mettre les titres nominatifs. Dans l'hypothèse sus-indiquée on s'est adressé au tribunal pour faire une rectification. Mais la rectification judiciaire est toujours chère, puisqu'il faut toujours faire intervenir l'appareil judiciaire et il était possible de faire tout autrement. D'abord, on pouvait recourir à un acte de notoriété rectificatif, avec transfert, sous une forme ne donnant pas lieu à la perception de l'impôt. C'est un acte dressé par un notaire qui est relativement peu coûteux, et par lequel le notaire déclare qu'il est de notoriété publique que, le père et la mère étant vivants, l'enfant est sous l'administration légale. On pouvait encore, car il y a en cette matière une loi très importante du 23 mars 1926 relative aux titres nominatifs (art. 45 et suivants) faire délivrer un certificat de propriété, sans visa ni frais. C'était le moyen le plus pratique, mais ce fait qu'on a eu recours à un jugement alors qu'il n'était pas nécessaire montre que la confusion entre l'administration légale et la tutelle est courante.

Le droit de jouissance légale.

Définition

Le droit de jouissance légale c'est le droit qui appartient au père ou à la mère d'un enfant mineur non émancipé, de profiter des revenus des biens de cet enfant jusqu'à 18 ans, art. 384 du C.C.

Les titulaires du droit de jouissance légale

Ce droit de jouissance légale appartient au père durant le mariage, et au survivant des époux, après la mort de l'un d'eux, à celui au profit duquel le divorce a été prononcé, en cas de divorce. Quand le divorce a été prononcé aux torts réciproques des époux, le droit de jouissance légale disparaît complètement.

Il n'y a pas une dépendance complète entre l'administration et la jouissance légale

Il n'y a pas une dépendance complète entre l'administration légale et la jouissance légale.

D'une part, la jouissance légale peut subsister quand l'administration légale a disparu. Il en est ainsi en cas de décès d'un des parents: il n'y a plus place qu'à la tutelle, le droit de jouissance légale subsiste. Il en est ainsi encorequand il y a divorce. Mais il se peut que l'administration légale n'existe plus. C'est le cas où le divorce est prononcé aux torts réciproques. D'autre part,

Source : BIU Cujas

l'administration légale peut encore subsister quand le droit de jouissance légale n'existe plus, quand l'enfant a 18 ans. Le droit de jouissance légale cesse de 18 à 2I ans, mais le père conserve l'administration légale.

Origine du droit de jouissance légale
La garde noble

Ce droit de jouissance légale a son origine dans notre ancien droit où il est issu de la garde noble étendue. La garde noble, c'était le droit des ascendants nobles de recueillir les revenus des biens échus par succession à leurs enfants moyennant le service féodal et l'éducation de l'enfant. Comme les charges féodales, notamment les services de guerre et le service de la justice ne pouvaient pas être exécutés par l'enfant en bas âge, c'étaient les parents qui les supportaient et ils recevaient, en compensation de ces charges, le bénéfice des biens qui en étaient grevés.

La garde bourgeoise

Par imitation, la garde bourgeoise avait été attribuée sur les biens roturiers, au survivant des père et mère. D'ordinaire cette garde ne pouvait porter que sur les biens dévolus à l'enfant à la suite de la mort d'un de ses parents.

Le droit intermédiaire avait aboli ce droit de garde, aussi bien de garde noble que de garde bourgeoise.

Fondement du droit de jouissance légale

Le C.C. de I804 le rétablit et même l'étendit. On peut se demander comment, de nos jours, un tel droit a pu survivre. Mais une idée nouvelle semble être intervenue. A côté de l'idée de protection de l'enfant, il y a aussi survivance de la conception rigoureuse de la puissance paternelle. En d'autres termes, il y a ici une idée d'autorisation, à côté de l'idée de protection. L'idée d'autorité est intervenue en effet certainement pour en permettre la reconnaissance, car il ne suffit pas d'expliquer le droit de jouissance légale par l'idée d'une compensation pour les parents des dépenses faites pour leurs enfants, pour l'éducation de leurs enfants puisque, même si les enfants n'ont rien, les parents sont tenus du devoir d'éducation. Il n'est pas possible non plus de dire qu'on veut éviter aux parents une réddition de compte, car, malgré tout, il pourra y avoir compte à établir puisqu'à partir de I8 ans on doit les revenus, il y a donc toujours un compte à faire.

Quelle que soit l'explication, basée à la fois sur l'idée de protection et sur l'idée d'autorité on estime que l'enfant sera mieux protégé si on donne quelque chose aux parents et il y a là d'ailleurs une institution qui est entièrement entrée dans

Source : BIU Cujas

nos moeurs. Elle a également été acceptée par toutes les autres législations, notamment par le code civil allemand, et par le code civil suisse. Elle est si bien entrée dans les moeurs que la loi du 2 Juillet 1907 incorporée dans l'art. 389 du C.C. avec l'administration légale, a attribué le droit de jouissance légale aux parents du mineur, enfant naturel.

Il faut étudier le droit de jouissance légale en envisageant son étendue, sa nature, et ses effets.

Etendue du droit de jouissance légale

Quelle est tout d'abord l'étendue du droit de jouissance légale ?

Quant aux biens il est universel

C'est, quant aux biens, un droit que supportent tous les biens de l'enfant. Il a par conséquent un caractère universel.

Quant aux personnes qui peuvent l'exercer

Le père l'exerce seul, durant le mariage. La mère en profite indirectement. Elle ne l'aurait qu'en cas d'incapacité du mari d'exercer la puissance paternelle, si le mari était absent, aliéné ou déchu de la puissance paternelle. A la dissolution du mariage, l'époux survivant le conserve et, si c'est le père qui est mort, la mère l'acquiert. En cas de divorce, l'époux innocent seul le garde. Il subsiste au profit du père, en cas de séparation de corps, et il disparait quand le divorce est prononcéaux torts réciproques des époux. Mais si la séparation de corps est prononcée aux torts réciproques, il subsiste au profit du père, puisque le mariage n'est pas dissous.

Les parents naturels y ont droit. C'est le parent naturel qui a la puissance paternelle qui en reçoit le bénéfice. Mais la loi lui impose à cet égard une obligation (loi du 2 juillet 1907). Le père, dans ce cas, en effet, est le tuteur légal, puisqu'il n'y a pas d'administration légale pour les enfants naturels. Il doit faire nommer, dans les trois mois de son entrée en fonction, un subrogé tuteur. S'il fait nommer, dans ce délai, un subrogé-tuteur, la jouissance légale lui appartient du jourou les biens sont parvenus dans le patrimoine du mineur. Au contraire, s'il ne fait pas procéder à la nomination du subrogé-tuteur dans ce délai, il n'a la jouissance légale qu'à partir du jour de la nomination du subrogé-tuteur (art. 389 al. 12).

Les biens qui n'entrent pas, par exception, dans le droit de jouissance légale des père et mère

En principe la jouissance légale s'étend donc à tous les biens de l'enfant. Mais si elle est universelle l'art. 384 en écarte cependant certains biens. Il y a, en effet, des biens qui ne peuvent pas entrer dans le droit de jouissance légale des père et mère.

Les biens qui sont acquis

Il en est ainsi tout d'abord des biens qui sont acquis par un travail séparé de l'enfant distinct de celui des père et mère (art. 387). C'est un encourage-

Source : BIU Cujas

par un travail séparé de l'enfant

ment donné à l'enfant. Il faut l'inciter au travail en lui permettant d'en recueillir les fruits.

Les biens donnés ou légués à l'enfant sous condition que ces parents n'en profitent pas

En second lieu, des biens peuvent être donnés ou légués à l'enfant sous la condition que les parents n'en profitent pas (art. 387 in fine). Souvent c'est le père qui est exclu et, quand dans une libéralité, une donation ou un legs, le père est exclu si, par la suite, le droit de jouissance passe à la mère, il n'y a pas, exclusion de celle-ci Il faut d'ailleurs à cet égard une clause expresse.

On s'est demandé si une pareille clause était valable en ce qui concerne la réserve réclamée par l'enfant. Un grand parent donne des biens sous condition que le père n'aura pas la jouissance légale. Sur ces biens l'enfant a une certaine réserve et on a dit que le père ainsi privé du droit de jouissance légale pouvait s'attendre à ce que son droit s'exerce sur les biens de l'enfant. La jurisprudence a sans difficulté écarté cet argument. La réserve est une institution qui ne doit profiter qu'à ceux en faveur desquels elle est instituée. Or ici, si on permettait au père qui compte sur les biens de l'enfant d'attaquer la donation, elle serait révoquée. On aboutirait à ce résultat que le père, au profit duquel la réserve n'est pas établie, quand les biens dont donnés par un parent de la mère, profiterait d'une institution qui n'est pas établie en sa faveur, et l'enfant au profit duquel elle a été établie se verrait retirer, pour la jouissance, le bénéfice de la réserve.

Cas d'indignité du titulaire de la jouissance légale

Enfin il est un cas où les biens échappent à la jouissance légale le père ou la mère exclu comme indigne d'une succession n'a pas le droit de jouissance légale si cette succession est attribuée à l'enfant (art. 730 du C.C.).

Les charges qu'entraîne le droit de jouissance légale charges de l'usufruitier universel

Le droit de jouissance légale n'est pas tout bénéfice. Il compte des charges indiquées par l'art. 385.

Ce sont d'abord celles auxquelles sont tenus tous les usufruitiers. On va voir en étudiant la natude du droit de jouissance légale qu'il donne droit seulement aux fruits des biens de l'enfant. On l'appelle de ce fait usufruit légal. Toutes les charges de l'usufruitier doivent être supportées par le père et la mère. Il s'agit d'ailleurs d'un usufruit universel, de sorte que les charges sont celles de tout usufruitier universel.

Frais d'entretien de nourriture d'éducation

En second lieu les parents doivent nourrir, entretenir et éduquer les enfants selon leur fortune.

Source : BIU Cujas

de l'enfant

Qu'est-ce que cela veut dire ? Est-ce que cela se refère à l'enfant ou au père ? Cela ne peut se référer aux parents car l'art. 385 n'établit pas le devoir déducation. Ce devoir doit comporter l'obligation de fournir à l'enfant ce dont il a besoin. Ce qui est visé ici c'est la fortune de l'enfant. Les parents peuvent ne pas avoir de fortune. L'enfant peut recevoir une certaine fortune. C'est d'après celle-ci que doivent être fournies la nourriture et l'éducation.

Intérêts et arrérages des capitaux

En troisième lieu la loi vise les intérêts et arrérages des capitaux du mineur. Mais ceci rentre dans les charges de l'usufruit.

Frais funéraires et de dernière maladie

Enfin il faut signaler les frais funéraires et de dernière maladie. Cela ne peut pas s'appliquer à l'enfant car le devoir d'entretien et le devoir alimentaire comprend non seulement les aliments à fournir mais encore ces frais. Par conséquent, ce que vise ce texte ce sont les frais funéraires et les frais de dernière maladie de la personne dont le mineur recueille la succession.

Durée du droit de jouissance légale

Le droit de jouissance légale cesse à 18 ans, de sorte que de 18 à 2I ans, quand les parents vivent, le droit de jouissance légale a disparu, et le droit d'administration légale subsiste seul. La charge reste, par conséquent seule, et c'est ce qui fait que, dans la pratique, on dit que quand un enfant a perdu un de ses parents, le droit de jouissance légale ayant disparu, le parent survivant cherche à marier l'enfant dès I8 ans.

Mais de 18 à 2I ans que faire des revenus ? Ils serviront à l'enfant mineur mais tout ce qui n'est pas nécessaire à la vie de l'enfant devra être capitalisé.

Raisons pour lesquelles on a fait cesser ce droit de jouissance légale à 18 ans

Pourquoi a-t-on fait cesser à 18 ans le droit de jouissance légale ? On en donne deux raisons.

La première, c'est qu'il ne fallait pas que les parents aient un intérêt à ne pas marier l'enfant, en conservant le droit de jouissance jusqu'à 2I ans. Il fallait aussi, d'une façon plus générale, qu'il n'ait pas intérêt à s'opposer à l'émancipation de l'enfant.

Il y a également une autre raison: on veut qu'à sa majorité l'enfant trouve une certaine somme pour s'établir.

Telle est l'étendue du droit de jouissance légale. Passons à sa nature et à ses effets.

Nature du droit de jouissance

Le droit de jouissance légale, on l'a défini,

Source : BIU Cujas

légale c'est un usufruit légal universel

un usufruit universel, un usufruit légal. Cette appellation d'ailleurs on la trouve dans l'art. 389 al. IO ainsi que dans les art. 60I et 730 du code civil.

Si on l'envisageait comme un simple usufruit, on devrait en conclure à l'application complète des règles qui concernent un usufruit universel ordinaire, sauf le cas d'une disposition formelle en sens contraire. Ainsi l'art. 60I du code civil déclare que le père ou la mère usufruitiers légaux ne sont pas tenus de fournir caution. Un arrêt de la cour de cassation de Bruxelles du 9 juillet I907 S. I907-4- 27 en a conclu, en assimilant l'usufruit légal et l'usufruit ordinaire, que le legs fait à un père de l'usufruit des biens de ses enfants jusqu'à 18 ans est sans objet. En effet si on assimile l'usufruit ordinaire et l'usufruit légal, l'usufruit n'avait pas besoin d'être donné puisqu'il appartenait déjà au père en vertu de la loi et de la puissance paternelle.

Mais c'est un usufruit d'un caractère spécial en raison de son affectation

L'assimilation de l'usufruit légal et de l'usufruit ordinaire ne va donc pas sans difficulté.(Chambre civile 27 janvier I904 - S - I907 - I I97). Les caractères même du droit de jouissance légale et son but s'y opposent. On ne peut appliquer notamment les règles de l'usufruit qui sont incompatibles avec l'affectation particulière qu'a le droit de jouissance légale.

L'usufruit ordinaire est un pur bénéfice pour l'usufruitier. L'usufruit ordinaire est organisé dans l'intérêt de l'usufruitier. C'est un droit exclusivement patrimonial. L'usufruit légal, au contraire, le droit de jouissance légale relève avant tout du droit de famille. Ce n'est pas un droit établi dans le seul intérêt de l'usufruitier. Il est établi à la fois dans l'intérêt du nu propriétaire qui est le mineur, et dans l'intérêt de l'usufruitier qui est le père. Il est frappé d'une affectation spéciale dans l'intérêt du mineur à ses besoins, et il impose des obligations particulières au père et à la mère. Dans l'intérêt de l'usufruitier, il profite au père et à la mère, pour ce qui excède les besoins de l'enfant; mais on doit lui assurer une éducation et un entretien conformes à sa fortune.

Différences entre l'usufruit ordinaire et le droit de jouissance légale

Il faut donc signaler des différences très importantes entre l'usufruit ordinaire et l'usufruit légal et c'est l'affectation spéciale, dans la mesure où elle existe, qui impose ces conséquences, différentes. Le droit de jouissance légale ne peut être ni cédé ni saisi, et il ne peut être grevé d'hypothèque, tandis qu'en matière ordinaire l'usufruit peut l'être.

Source : BIU Cujas

Seuls les parents, usufruitiers légaux, doivent gérer la fortune du mineur, ou mieux ses intérêts . Ils sont tenus d'opérer toutes les améliorations pour assurer la protection de l'intéressé. Ils doivent réaliser ce que ferait un bon père de famille, et ils ont le droit de réclamer, à la fin de l'usufruit légal, le remboursement des impenses qu'ils ont avancées pour ces améliorations. C'est ce que reconnaît la jurisprudence écartant parfois l'art. 599 al. 2.

Enfin, l'art. 385 impose, quand il s'agit d'un droit soumis à une affectation spéciale, des charges particulières aux parents.

Du caractère d'attribut de puissance légale qu'est le droit de jouissance légale, et du fait que les parents usufruitiers sont les protecteurs de l'enfant mineur, il résulte que l'usufruit légal est seulement un droit de créance. Les parents car il n'y a pas de mutation, n'auront pas de droits de mutation à payer.

On n'appliquera pas aux parents non plus, l'art 618 du Code civil relatif à l'abus de jouissance de la part de l'usufruitier. Il n'y aura pas de caution, l'art. 601 le dit, et il y aura des causes de cessation du droit de jouissance légale, des causes spéciales comme la mort de l'enfant ou l'émancipation de l'enfant, ou encore la déchéance de la puissance paternelle.

choix du père entre l'usufruit légué et l'usufruit légal

Mais avec la solution de la jurisprudence malgré l'existence du droit de jouissance légale au profit du père, il peut y avoir intérêt à recevoir un usufruit ordinaire. Supposons que le père usufruitier légal ait également reçu de la personne qui laisse les biens à l'enfant, un usufruit qui lui est donné ou légué. Selon les cas, le père aura intérêt à se prononcer pour le legs de l'usufruit ou pour la donation d'usufruit, ou pour le droit de jouissance légale.

Avantages de l'usufruit légué

Les avantages en effet du legs d'usufruit sont que ce legs peut être fait pendant la vie de l'usufruitier même quand l'enfant aura atteint 18 ans. En outre un usufruit ordinaire est cessible. C'est un droit réel. Il est susceptible d'hypothèque. Enfin l'usufruit ordinaire pourra être conservé par le père, même déchu de la puissance paternelle.

Avantages de k'usufruit légal

Au contraire, il y a des intérêts spéciaux au droit de jouissance légale, en ce sens qu'il n'y a pas de caution à fournir. En outre ce droit est insaisissable. Le père a droit au remboursement

Source : BIU Cujas

des améliorations faites. On n'applique pas l'art. 618 relatif aux abus de jouissance, et le père usufruitier légal exerçant le droit de jouissance légale n'a pas à payer de droits de mutation, quand il acquiert son droit.

Le père aura donc un choix à faire, selon les circonstances, entre l'usufruit légal et l'usufruit ordinaire qui lui a été légué.

Chapitre II

LA TUTELLE.

La tutelle et la puissance paternelle sont 2 institutions distinctes

On sait que la tutelle et la puissance paternelle ne se confondent pas. Il y a des cas où elles coexistent et des cas où la tutelle seule existe.

La coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle se présente en cas de divorce: la tutelle étant un pouvoir sur les biens, la puissance paternelle étant un pouvoir sur la personne. Il en est de même en cas d'absence du père; quand le mari est mort et en cas de déchéance de la puissance paternelle quand la puissance paternelle est confiée à la mère.

La tutelle ne devient un pouvoir sur la personne et sur les biens que quand le père et la mère sont morts. Exceptionnellement, il en est encore ainsi en cas de déchéance de la puissance paternelle, quand la puissance paternelle qui appartenait au père n'est pas confiée à la mère. Il importe peu que le décès des parents soient successif ou simultané. C'est, en principe, en cas de décès du père et de la mère qu'il y a tutelle. La tutelle s'applique aussi aux interdits, le plus souvent aux aliénés.

Définition de la tutelle

On peut donc définir la tutelle, en n'envisageant que les mineurs, une fonction juridique confiée à une personne appelée tuteur, et consistant, après la mort du père ou de la mère d'un enfant mineur, à administrer les biens de cet enfant, et, en cas de décès du père et de la mère, à prendre soin de sa personne.

Il faut noter ici le rôle de protection de la tutelle. Aucune idée d'autorité n'y intervient. On examinera l'organisation de la tutelle, les pouvoirs du tuteur, et la fin de la tutelle avec la réddition de compte.

Source : BIU Cujas

Organisation de la tutelle.

Ouverture de la tutelle

La tutelle s'ouvre, en principe, au jour du décès d'un des parents. On ne vise que les enfants légitimes issus du mariage du père et de la mère.

Si des enfants viennent à naître, après la mort du père, c'est-à-dire si, lors du décès du mari (art. 393, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre, par le conseil de famille. Il a pour objet de surveiller la situation intéressante de la mère et d'éviter toute suppression ou toute supposition de part. Lorsque l'enfant naîtra, la mère en deviendra tutrice, et le curateur au ventre deviendra de plein droit subrogé-tuteur.

Il y a également ouverture de la tutelle après déchéance de la puissance paternelle prononcée contre le père, quand le tribunal décide que la mère ne sera pas privée de la puissance paternelle.

Les textes qui régissent l'organisation de la tutelle

L'organisation de la tutelle est assez complexe. C'est une matière où les textes sont nombreux, et où des modifications successives y ont été apportées. Une loi du 2 juillet 1907 a décidé l'application de la tutelle aux enfants naturels. Pour eux, il n'y a pas d'administration légale; c'est toujours la tutelle qui s'applique. Cette loi du 2 juillet 1907 avait accordé des droits à la mère, et aussi aux femmes en matière de tutelle. Mais c'est surtout une loi du 20 mars 1917 qui a introduit, dans notre droit, le principe de l'accession des femmes aux fonctions de tutelle. Il faut encore signaler la loi du 27 juillet 1917 relative aux pupilles de la nation. La loi du 20 mars 1917 qui a permis à la femme de recevoir les fonctions de tutelle est d'ailleurs très mal rédigée. Elle a supprimé dans le code civil des textes ou des parties de texte très importantes, mais certaines des dispositions qui ont été supprimées par la loi sont considérées comme s'appliquant encore, en raison des inconséquences et des ignorances du législateur.

Quant à la loi de 1917, elle a visé la tutelle des pupilles de la nation, organisant pour eux un régime tout à fait particulier, des conseils d'un caractère communal des offices communaux et départementaux. Elle a établi un conseiller de tutelle qui en principe, d'ailleurs, ne fonctionne pas.

De même, on laissera de côté, puisque le droit administratif en envisage l'étude, la question des enfants assistés, dont la situation est réglée par une loi spéciale du 27 juin 1904.

Source : BIU Cujas

Lieu d'ouverture de la tutelle

La tutelle s'ouvre au domicile du décès du père ou de la mère auxquels l'enfant avait emprunté son domicile de dépendance. L'art. 396 l'indique et il y a à cela un grand avantage c'est que le même tribunal va pouvoir s'occuper de la tutelle et de la liquidation de la succession du père ou de la mère , dernier décédé.

Il existe 4 organes en matière de tutelle

Il y a en somme quatre organes en matière de tutelle. Il y a d'abord le tuteur. C'est le pouvoir exécutif. Il y a le subrogé-tuteur qui n'a qu'un rôle de surveillance. Il y a le conseil de famille, qui est le pouvoir délibérant, enfin il y a le tribunal qui est le pouvoir judiciaire, et qui a une fonction de haute tutelle. Il convient d'examiner chacun de ces organes: le tuteur.

I)Le tuteur

Le tuteur est l'organe essentiel de la tutelle mais il est contrôlé et aidé dans l'accomplissement de ses fonctions par le subrogé-tuteur, par le conseil de famille et par le tribunal civil. Il faut envisager successivement sa nomination, et les caractères de ses fonctions qui sont, au fond, les caractères de la tutelle.

La nomination du tuteur.

Le tuteur peut être nommé par la loi ou par les père et mère, dans un acte de dernière volonté ou encore par le conseil de famille. On distingue ainsi essentiellement trois sortes de tutelle, la tutelle légale, la tutelle testamentaire et la tutelle dative c'est-à-dire la tutelle qui est donnée par le conseil de famille. Les enfants légitimes sont les seuls pour lesquels les trois tutelles existent. On verra tout à l'heure la situation des enfants naturels.

Latutelle peut être légale

Pour les enfants légitimes la tutelle peut d'abord être légale et il y a au fond deux sortes de tutelle légales, une qui est la tutelle naturelle des père et mère, et qui passe avant tout, et l'autre qui est la tutelle des ascendants, mais elle passe après la tutelle testamentaire qui est dévolue par les père et mère.

La tutelle du père et de la mère appartient au survivant des père et mère, art. 390 du code civil, même si le père ou la mère sont mineurs et même si c'est l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. S'il y a danger pour l'enfant, il y aura lieu de poursuivre la déchéance ou la destitution de la tutelle.

Différences entre le père et la mère au point de vue

Mais des différences sont faites entre la mère et le père survivants. La plus importante c'est que la mère survivante peut refuser la charge de la

Source : BIU Cujas

tutelle . Le père ne le peut pas, ce qui ne vise, bien entendu, que les enfants légitimes, car pour les enfants naturels, la femme doit accepter la tutelle.

La tutelle n'est donc pas imposée à la mère, et, d'autre part, il y a, entre le père et la mère, cette différence que le père, prévoyant son décès, peut nommer un conseil de tutelle qui sera placé près de la mère, pour gérer les biens de

l'enfant. La loi dans les art. 391 et 392 réclame seulement ce conseil de tutelle soit nommé dans des conditions précises, soit par un acte de dernière volonté, comme le testament, soit par une déclaration faite devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devrant un notaire. Pratiquement, comme la déclaration devant notaire ou devant le juge de paix entraîne des frais, on préfère un testament olographe qui n'entraîne comme frais que le papier timbré, et encore on pourrait la faire sur papier libre sauf à payer l'amende.

Le père ne peut enlever la tutelle à la femme, mais il peut fixer d'une façon tellement étendue les pouvoirs du conseil de tutelle sur les biens des enfants qu'il ne reste plus de pouvoirs, quant à ses biens, à la mère.

Quand la mère trouve à se remarier elle doit recevoir une nouvelle investiture. On n'a pas conservé, en droit moderne, la maxime de l'ancien droit: " qui épouse la femme ou la mère, épouse la tutelle". On l'a soumise à certaines conditions dans les art. 395 et 396 (car il faut sans cesse se reporter ici au code civil) et c'est assez naturel, puisque le second mari pourrait ne pas avoir d'affection pour les enfants ou il pourrait ne pas leur porter l'intérêt réclamé de la part d'un tuteur. Par conséquent, avant ses secondes noces, la femme qui se remarie doit faire convoquer le conseil de famille qui lui confirmera la fonction de tutrice. D'ordinaire d'ailleurs la tutelle est cpnfirmée, et le mari est nommé co-tuteur.

La sanction de cette obligation c'est la déchéance de la tutelle. Si la mère continue la tutelle, sans avoir fait ratifier la confirmation de sa qualité de tutrice, elle devient alors une tutrice de fait et son mari est co-tuteur de fait. La conséquence très importante c'est qu'il y a une responsabilité pour le mari et la femme, et cette responsabilité est solidaire (art. 395 et 396 du code civil).

Source : BIU Cujas

Après la mort du père et de la mère depuis la loi du 20 mars 1917 art. 403 aucune distinction n'est faite entre le mari et la femme.

Attribution de la tutelle aux ascendants

Parmi les ascendants, on attribue la tutelle d'abord aux ascendants du père, pourvu que le père l'ait conservée jusqu'à son ouverture, et que le survivant des père et mère n'ait pas désigné d'autre tuteur, si bien que la tutelle qui est légale peut devenir après testamentaire. La proximité du degré fait désigner le tuteur sans prééminence en raison du sexe.

Restamentaire.

Quand le père ou la mère survivant avait la tutelle, un testament, le plus souvent, mais ce pourrait être une déclaration devant le greffier ou par un acte notarié, peut désigner le tuteur devant remplacer le survivant des père et mère, après leur décès. La tutelle testamentaire est donc déférée par le dernier mourant du père ou de la mère tuteur. C'est une sorte de délégation de la tutelle, délégation à cause de mort, pleinement valable dans notre législation.

Toutefois, quand la tutelle testamentaire est déférée par la mère tutrice, et c'est une nouvelle inégalité entre le père et la mère, elle doit être approuvée par le conseil de famille art. 399 et 400. En principe, ce tuteur est désigné par un testament, mais ce peut être un acte notarié ou une déclaration devant le juge de paix assisté de son greffier.

ou dative

Dans tous les cas où il n'y a place ni pour la tutelle légale ni pour la tutelle testamentaire, la tutelle dative est ordonnée.

Rlle est attribuée librement par le conseil de famille. Elle est, en effet, dative c'est-à-dire qu'elle est donnée par le conseil de famille.

Il en est ainsi soit quand il y a ou qu'il n'y a pas d'ascendant, et qu'il n'y a pas de testament, soit quand le tuteur légal ou testamentaire a été exclu, soit en cas de mort du tuteur testamentaire ou datif actuellement nommé.

Il peut y avoir un cotuteur

D'ordinaire, un seul tuteur est nommé. C'est lui qui dirigera la personne du mineur et administrera ses biens. Mais on a vu que le mari de la mère peut être co-tuteur, car s'il y a co-tutelle de fait il y a aussi une co-tutelle de droit. Il en est ainsi pour la mère légitime ou naturelle art. 396 du code civil.

ou un pro tuteur

De plus une division des fonctions est parfois nécessaire. Il en est ainsi quand, et c'est le seul cas prévu par la loi, le mineur possède des biens aux colonies et que l'administration de ses biens, surtout

Source : BIU Cujas

s'ils sont situés hors d'Europe ou de l'Afrique du Nord, nécessite l'intervention d'un administrateur spécial qui est alors nommé. L'art. 417 l'appelle le protuteur. C'est un véritable tuteur dont les fonctions sont seulement relatives à certains biens. Sa nomination est obligatoire pour le conseil de famille, si le survivant des père et mère ne l'a pas désigné.

ou encore des administrateurs spéciaux

Il y a parfois des biens qui réclament une capacité particulière pour leur administration. Supposons, par exemple, qu'un établissement industriel échoie à un enfant dont les parents sont agriculteurs. Il faudra nommer un administrateur salarié spécial. Le tuteur se fait alors aider par l'administrateur salarié dont la responsabilité est différente, en raison du salaire reçu.

ou un tuteur ad hoc

Quand une affaire spéciale a besoin d'une compétence déterminée pour être réglée, on peut nommer un tuteur ad hoc . La tutelle est alors toujours dative. Quand il y a un empêchement du tuteur, le subrogé tuteur vient le remplacer, mais ce subrogé-tuteur ne le peut pas dans tous les cas et notamment quand plusieurs enfants ont le même tuteur et le même subrogé tuteur il peut être nécessaire de nommer un tuteur ad hoc pour traiter avec le tuteur, ou surveiller le tuteur.

Telle est la situation des enfants légitimes.

La tutelle des enfants naturels

Pour les enfants naturels, la tutelle est toujours applicable. Il n'y a pas d'administration légale. Depuis la loi du 2 Juillet 1907 cependant, la tutelle a été organisée alors qu'elle ne l'était pas auparavant.

La tutelle légale appartient aux deux parents à celui qui est investi de la puissance paternelle; mais, bien entendu, ici, il n'y a pas place pour la tutelle des ascendants, puisque l'enfant naturel n'entre pas dans la famille de ses parents.

Les autres dispositions concernant la tutelle des enfants légitimes sont applicables aux enfants naturels sauf en ce qui concerne le conseil de famille et les ascendants, car l'enfant naturel n'a pas de conseil de famille. Le conseil de famille, à l'égard de l'enfant naturel, est remplacé par le tribunal civil ; il en résulte que, pour les enfants naturels, il n'y a que la tutelle légale des père et mère, la tutelle testamentaire; la tutelle dative est toujours attribuée par le tribunal.

Les caractères de la tutelle

La tutelle est une véritable fonction privée. Elle est personnelle c'est-à-dire qu'elle est attachée à la personne. Elle ne figure pas dans le patrimoine.

Source : BIU Cujas

C'est une fonction privée Elle est personnelle et gratuite

Son caractère extra patrimonial la rend véritablement intransmissible et incessible, et rend les droits qui y sont attachés insaisissables. Elle ne peut être exercée par les créanciers du tuteur, elle ne leur servirait d'ailleurs à rien. C'est en effet une fonction gratuite. Aucune rémunération n'est due au tuteur. Mais si le tuteur a été obligé de faire des dépenses personnelles pour assurer sa gestion, ces dépenses lui seront remboursées (art. 47I al. I). La jurisprudence a reconnu qu'on pouvait même lui accorder une certaine indemnité, pour frais de gestion.

La tutelle est obligatoire

La tutelle est obligatoire. On ne peut, en général, refuser d'être un tuteur.

Cependant il y a des cas où elle devient facultative pour certaines personnes déterminées, et il y a également des causes d'excuses de la tutelle.

Cas particuliers dans lequel la tutelle est facultativd

La tutelle est facultative pour la mère légitime survivante. Elle ne l'est pas pour la mère naturelle; Les femmes, en général, sauf le cas de la mère naturelle, peuvent écarter la fonction de tutrice (art. 428 du C.Civ? modifié parla loi du 20 mars I9I7).

Le tuteur qui est institué après la déchéance du père peut aussi refuser la tutelle car souvent, il craint que des enfants plus ou moins abandonnés ne soient difficiles à gouverner.

Les excuses en matière de tutelle

Les excuses en matière de tutelle (art. 427 433 et 435) résultent d'abord de l'exercice de certaines fonctions publiques. L'art. 427 cite les présidents etles conseillers à la Cour de cassation, le procureur général et les avocats généraux à la Cour de cassation, les préfets etc.. (Cf le texte). L'état militaire permet également, en cas d'activité de service. de rejeter les fonctions de tutelle.

La vieillesse est une excuse (art. 433 du C.Civ.) de même que les infirmités graves (art.434), la charge de plusieurs tutelles, et aussi le fait d'avoir cinq enfants légitimes (art. 436 du C.Civ.). Enfin l'absence de parenté et d'allieance avec le mineur peut d'après l'art. 432 du C.Civ. être une cause d'excuse de la tutelle.

Le conseil de famille est juge de la validité de l'excuse, et s'il n'admet pas l'excuse, un recours est possible devant le tribunal civil et la cour d'appel (art. 489 du C.Pr.Civ.).

Capacité requise en matière de tutelle

La tutelle implique la capacité chez le tuteur. Aussi un incapable, à moins que ce ne soit le père ou la mère, ne peut être tuteur. L'incapacité vise surtout la minorité, sauf pour le père ou la mère et l'interdiction.

Source : BIU Cujas

Causes d'exclusion de la tutelle

Il y a enfin des causes d'exclusion de la tutelle qui sont établies par les art. 442 et suiv. du C.Civ., des causes qui peuvent faire exclure de la tutelle, lors de l'ouverture de celle-ci ou entraîner la destitution du tuteur.

Telles sont les règles sur la nomination du tuteur, ainsi que les règles relatives au caractère des fonctions du tuteur.

2)Le subrogé-tuteur

Il faut passer au second organe de la tutelle qui est le subrogé-tuteur.

Le subrogé-tuteur est un tuteur suppléant qui a pour mission à la fois de remplacer le tuteur en cas de besoin, et, dans tous les cas, de surveiller sa gestion.

Sa nomination en principe elle est l'oeuvre du conseil de famille

Il est nommé par le conseil de famille.

Dans toute tutelle, même dans celle des père et mère, il y a un subrogé-tuteur art. 409 du C.Civ. Cependant il n'y a pas de subrogé-tuteur dans la tutelle des enfants assistés, ni dans la tutelle des pupilles de la nation. La vérité c'est qu'on a pensé que cette tutelle des pupilles de la nation étant assumée par l'office départemental il n'était pas convenable de faire surveiller un fonctionnaire par un particulier. Mais on sait que le conseiller de tutelle créé à côté de l'office départemental n'a rien donné, en pratique, et, par conséquent, il n'intervient pas.

Le curateur au ventre devient subrogé-tuteur de droit

Il y a cependant un cas où l'on est en présence d'un subrogé-tuteur de droit. On l'a vu dans l'art. 393. C'est quand la mère a eu un curateur au ventre. Si la mère est tutrice, il devient de plein droit subrogé tuteur.

Le subrogé-tuteur doit être choisi dans la ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur

Le subrogé-tuteur doit en principe être choisi dans une ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur. Si le tuteur appartient à la ligne paternelle, le subrogé tuteur doit être choisi dans la ligne maternelle, sauf le cas de frère germain qui étant dans les deux lignes peuvent fournir un tuteur et un subrogé-tuteur (art. 421 di C.Civ.) . Le subrogé-tuteur doit en principe, être nommé avant que le tuteur n'ait commencé ses fonctions.

Caractère de la subrogée-tutelle

Les caractères de la subrogée-tutelle sont ceux de la tutelle. C'est une fonction personnelle, gratuite et obligatoire. On y rencontre les mêmes incapacités et les mêmes excuses. Toutefois la femme ne peut refuser d'être subrogée-tutrice.

Mais il faut qu'il y ait une indépendance entre le tuteur et le subrogé-tuteur et le tuteur notamment ne peut pas participer à la nomination du subrogé-tuteur. En dehors de là, la tutelle et la subrogée-

Source : BIU Cujas

tutelle commencent en même temps. Mais quand le tuteur disparaît momentanément le subrogé-tuteur doit veiller sur la personne et les biens de l'enfant.

Le subrogé-tuteur remplace le tuteur

Le subrogé-tuteur a un pouvoir de remplacement et de surveillance.

D'une part, il remplace le tuteur. Il ne le remplace pas cependant dans tous les cas et il ne doit surtout pas s'immiscer dans les fonctions de la tutelle. Il le remplace dans les cas prévus par la loi, lorsqu'il y a opposition d'intérêts notamment entre le mineur et le tuteur ainsi il le remplace (art. 450 al. 3) quand le tuteur prend à bail un immeuble du pupille.

Et le surveille

Le tuteur est d'autre part surveillé par le subrogé-tuteur. Le subrogé-tuteur assiste à l'inventaire, lors de l'ouverture de la tutelle (art. 69 du C.Civ.) le subrogé-tuteur assista à la vente des meubles et des immeubles. Il surveille l'aliénation des valeurs mobilières. Il reçoit la signification des jugements prononcés contre le tuteur (art. 455). Il doit faire inscrire l'hypothèque légale qu'a le mineur sur l'immeuble de son tuteur pour garantir la gestion de celui-ci art. 2137 du C.Civ.

Il peut exiger, à la suite de l'intervention du conseil de famille, un compte annuel, un état de situation (art. 470 du C.Civ.) Mais en pratique il ne le fait jamais.

La responsabilité du subrogé-tuteur

Ces fonctions ne vont pas sans responsabilité. Mais, en pratique, sa responsabilité est très rare, car, ou bien il s'agit d'un bon tuteur et il n'y a aucune responsabilité à encourir, ou bien il s'agit d'un mauvais tuteur et, le subrogé-tuteur, bien qu'il ait fait tout ce qu'il a pu, n'aura pu empêcher ses malversations. Le plus souvent, il aura cherché à faire prononcer la destitution du tuteur, mais il n'aura pu y arriver ou il l'aura obtenue trop tard. Il faut, dans la majorité des cas d'ailleurs qu'il demande l'avis du conseil de famille, lequel est difficile à réunir.

3)Le conseil de famille:

On arrive ainsi au troisième organe de la tutelle qui est le conseil de famille.

Le conseil de famille est une assemblée de parents , d'alliés, d'amis du mineur, ou plutôt de ses parents tenue sous la présidence du juge de paix.

Sa composition

Ce n'est pas une assemblée permanente, elle ne se reunit qu'en cas de besoin. Elle ne comprend pas le tuteur qui cependant peut assister à ces réunions, y participer, et même intervenir à ces délibérations. Il n'a jamais le droit de voter. C'est ce

Source : BIU Cujas

qui semble résulter a contrario de l'art. 425 al. 2

Le Conseil de famille est composé selon des règles déterminées par la loi. Le président est le juge de paix (art. 416). Le conseil de famille comprend les personnes désignées par le juge de paix. Ces personnes sont d'abord les frères et soeurs germains qui en font partie quel que soit leur nombre, avec les ascendants et les ascendantes. Il doit, en principe y avoir égalité entre les deux lignes, trois membres dans la ligne paternelle et trois membres dans la ligne maternelle. Le principe de la proximité du degré l'emporte. On doit préférer notamment les parents aux alliés, à égalité de degré, et quand il y a beaucoup de parents, notamment de cousins à égalité de degré, on préferera le plus âgé. Il n'y a pas de distinction en principe d'après le sexe.

Les membres du conseil de famille doivent être choisis dans la commune, art. 407, ou dans un rayon de 20 kilomètres. Mais l'art. 409 apporte une dérogation à cette règle. A défaut de parents on fait appel aux alliés et à défaut d'alliés aux amis.

Les mêmes causes d'exclusion n'existent que pour le tuteur. Pratiquement c'est le futur tuteur ou le tuteur en fonction qui priera les parents et les alliés de faire partie du conseil de famille. Ce n'est pas une fonction recherchée en France. On considère qu'il y a là un ennui. Il n'y a pas de responsabilité cependant. Aussi les irrégularités sont elles très fréquentes dans la constitution du conseil de famille. Mais les décisions prises à la minorité ne donnent guère lieu à des voies de recours.

Le lieu de réunion du conseil de famille

Le lieu de réunion du conseil de famille c'est le lieu d'ouverture de la tutelle et, par suite, c'est le lieu d'organisation de la tutelle, si le tuteur qui a été choisi n'habite pas le lieu d'ouverture de la tutelle. Le conseil de famille est convoqué par lettre, d'office, ou sur réquisition faite par le juge de paix (art. 406 du C.Civ.).

Il se réunit à la justice de paix et ses séances et délibérations, sous la présidence du juge de paix, sont des séances parfois assez longues. On en profite pour régler maintes questions en cours.

Attributions du conseil de famille

Les attributions du conseil de famille sont très diverses. Il peut nommer le tuteur, quand il n'y a ni tuteur légal, ni tuteur testamentaire. Il choisit, art. 420, le subrogé-tuteur, sauf le cas du curateur au ventre. Il prononce l'exclusion ou la destitution du tuteur ou du subrogé-tuteur (art. 446 du C.Civ.).

Source : BIU Cujas

Quant aux biens du mineur

Il règle les dépenses de la tutelle, art. 454 et 455. Il peut d'ailleurs, à l'instigation du subrogé-tuteur, demander des états annuels de situation. Mais il ne le fait guère, vu que l'art. 470 prévoit ce cas.

Il autorise le tuteur à agir pour les actes important, notamment pour les constitutions d'hypothèques, les ventes d'immeubles, pour la transaction, laquelle (art. 476 du C.Civ.) exige, de plus, l'avis de trois jurisconsultes, sans parler de l'homologation du tribunal.

Quant à la personne du mineur

Quant à la personne du mineur, c'est le conseil de famille qui consent au mariage. C'est lui qui autorise l'opposition au mariage faite par le tuteur (art. 175). C'est lui qui émancipe le mineur (art.478) c'est lui qui demande, quand un mineur émancipé a abusé de l'émancipation, le retrait de cette émancipation (art. 485); c'est lui qui, d'après l'art. 468, à la suite de sujets de mécontentements graves donnés par la conduite du mineur, permet l'incarcération de ce mineur. Mais, pour les cas graves, ces actes doivent être autorisés par le tribunal civil qui a un pouvoir de haute tutelle.

Pour les enfants naturels c'est le tribunal qui remplace le conseil de famille.

Les fonctions qu'il remplit passent pour les enfants naturels au tribunal civil, qui joue le rôle de conseil de famille. On en arrive maintenant à ce dernier organe de la tutelle qu'est le tribunal civil.

4) Le tribunal civil

Le tribunal civil doit intervenir, dans certains cas, pour homologuer les décisions prises par le conseil de famille.

Il intervient pour les actes graves concernant les biens du mineur

D'une manière générale, le tribunal n'a pas à ratifier les actes concernant la personne du mineur. C'est le conseil de famille qui agit à l'instigation du tuteur, et on ne va pas au-delà. Puis si on est en présence du père ou de la mère survivants, ils exercent la puissance paternelle complètement, et cette puissance paternelle visant la puissance de l'enfant ne donne pas lieu à l'intervention du tribunal, dans ses fonctions de haute tutelle.

Seuls sont soumis à l'homologation du tribunal les actes concernant l'administration des biens du mineur, et encore ne s'agit-il que des actes graves, relatifs au patrimoine du mineur. Ainsi il faut homologuer la décision du conseil de famille pour l'aliénation de valeurs mobilières au-dessus de 1500 francs. On verra dans quelles conditions la loi de 1880 a imposé une pareille obligation, en étudiant l'organisation de la tutelle. Elle intervient encore quand il faut convertir des titres nominatifs d'une valeur de 1500 francs en titre au porteur. Le tribu-

Source : BIU Cujas

nal intervient encore pour l'aliénation des immeubles, quelle que soit leur valeur, pour la vente ou l'échange, ou quand il faut constituer des droits réels notamment une hypothèque sur un immeuble appartenant au mineur, le tribunal intervient encore en cas d'emprunt ou de transaction.

Mais quel est le rôle du tribunal dans ces divers cas ?

Le rôle du tribunal

Le tribunal homologue et il peut refuser d'homologuer. Peut-il modifier la décision du conseil de famille, par exemple, s'il estime qu'en ce qui concerne l'aliénation d'un immeuble, il faut insérer dans le cahier des charges certaines clauses qui n'ont pas été prévues ? En réalité, la loi ne semble lui avoir donné que le pouvoir d'accepter ou de refuser. Mais, pratiquement, pour éviter un abus de son pouvoir, le tribunal suscite des modifications. Il fait des observations. On lui présente une décision du conseil de famille qui a accepté l'aliénation. Il peut dire qu'il n'acceptera la décision que sous certaines modifications. Il y a là une intervention officieuse qui est très utile.

Procédure de l'homologation

L'homologation a lieu en chambre du conseil. Des voies de recours sont d'ailleurs possibles. L'appel est possible contre la décision du tribunal. Mais dans quelle condition une voie de recours peut-elle être exercée ? Pour ces décisions du conseil de famille qui sont soumises à l'homologation, il y a là un recours près du tribunal. Les décisions du tribunal sont soumises à l'appel.

Recours possibles contre les décisions du conseil de famille

Mais les décisions du conseil de famille qui ne donnent pas lieu à l'homologation peuvent-elles être l'objet d'une voie de recours devant le tribunal ? Ce n'est pas douteux, pour les décisions atteintes d'un vice de forme. Un conseil de famille, en l'absence de toute fraude a été irrégulièrement constitué. On ne saurait prétendre à maintenir sa décision. Cependant la jurisprudence fait tout ce qu'elle peut pour ne pas admettre l'invalidité d'une telle décision du conseil de famille. Quand il y a une simple erreur dans la proximité du degré, quand il n'y a aucune fraude elle écarte toujours la voie de recours. Elle n'admet de recours qu'en cas d'erreur très grave, ou quand on prouve qu'une fraude caractérisée a été commise. (Chambre civile 13 avril 1910 S. 1911. I. 257).

Quant au vice du fond, les décisions de jurisprudence disent qu'il se résume dans une atteinte aux intérêts du mineur. Ce sont dès lors toutes les

Source : BIU Cujas

délibérations du conseil de famille qui peuvent être attaquées: celles qui concernent la personne du mineur, son mariage, son émancipation comme celle qui touche à ses biens.

L'art. 883 C.Pr.Civ. exige toutefois une condition. Seules peuvent être attaquées les décisions qui ne sont pas prises à l'unanimité, et ici on voit que l'action est possible contre les décisions du conseil de famille.

En cette matière le tribunal peut substituer sa décision à celle du conseil de famille

Mais le tribunal peut-il substituer à une délibération du conseil de famille sa propre décision. Joue-t-il, en cette matière, le rôle d'une Cour d'appel qui peut substituer sa décision à celle d'un tribunal, ou le rôle de la Cour de cassation qui ne peut que dire s'il a été bien ou mal jugé, et renvoyer au conseil de famille pour une nouvelle décision ? On admet ici que le tribunal a le rôle d'une Cour d'appel.

Jugement critique du système français de la tutelle

Telle est l'organisation de la tutelle.

Des critiques très vives ont été faites à ce système de l'organisation française de la tutelle. Avant la guerre, notamment, et surtout à une époque où l'on était encore sous l'impression produite par les nouvelles codifications comme le code civil allemand et le code civil suisse. On a proposé de remplacer, par un système d'organisation publique, le système d'organisation privée de la tutelle, en droit français. On a montré que la tutelle avait eu son rôle, mais qu'elle ne l'avait plus en raison des modifications de la famille moderne. On a ajouté que le tuteur n'était pas l'objet d'une surveillance suffisante, que le conseil de famille ne remplissait pas ses fonctions avec tout le soin qu'il faudrait. On a fait remarquer qu'il y ava des tuteurs qui ruinaient leur pupille, qu'il y avait beaucoup de cas où les membres du conseil de famille cherchaient à éviter leurs fonctions, à esquiver tout ennui et toute responsabilité à cet égard. Ne semblerait il pas, par conséquent utile d'introduire, dans notre législation, une tutelle différente, car la tutelle ne s'applique souvent pas et qu'il y a de nombreuses tutelles de fait qu'il convient d'éviter?

En réalité, les tutelles de fait existent dans les pays étrangers, comme en France. Quand un mineur a très peu de biens, le régime public des mineurs semble bien trop important. De nos jours, il faut se poser la question sous la forme suivante: doit-on supprimer le régime de la tutelle, organisation privée, pour la remplacer par une organisation publique ?

Or il semble, malgré la façon satisfaisante dont

Source : BIU Cujas

ont fonctionné les offices départementaux des pupilles de la nation, en raison de ce que le conseiller de tutelle n'a pas été appelé à fonctionner, que la tendance soit plutôt dans la conservation de la tutelle. Sans doute, la famille française est très atteinte, mais faut-il lui donner le dernier coup ? S'il y a des formalités qui ne sont pas observées, en particulier la mise au nominatif des titres du pupille, car celle-ci emporte de graves difficultés, ne pourrait-on y substituer un dépôt dans une banque, la Banque de France, si on n'a pas confiance dans un établissement privé ? D'autre part, pourquoi ne pas appliquer les textes du code civil qui ne le sont pas et obliger le tuteur à donner chaque année un état de situation? Seulement, pour cela, il faut organiser complètement les pouvoirs du tribunal, et donner à un juge plutôt qu'à un tribunal en chambre du conseil un pouvoir de décision. Il y aurait là, pour les juges, une fonction très utile à remplir.

Le fonctionnement de la tutelle.

Le tuteur est l'organe actif de la tutelle. Le subrogé-tuteur a un rôle de surveillance et, dans certains cas de suppléance du tuteur

Le tuteur est l'organe actif de la tutelle. Les autres organes n'ont qu'un rôle de contrôle et d'homologation.

Le subrogé-tuteur surveille et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il est subrogé au tuteur, qu'il est le suppléant du tuteur. Il en est ainsi notamment quand, pour un acte isolé, il y a une opposition d'intérêts entre le mineur et son tuteur. C'est aussi le cas qu'on a déjà vu du bail d'un immeuble du pupille consenti au tuteur. C'est le cas indiqué par l'art. 450 al. 3 qui n'en n'est qu'une application.

Le conseil de famille prend certaines décisions

Quant au conseil de famille, il décide au sujet des actes importants relatifs à la personne du mineur quand il n'y a pas un parent survivant qui conserve la puissance paternelle, et surtout pour la gestion des biens du pupille. Il intervient aussi, au début de la tutelle, puisque, dans certains cas, c'est lui qui nomme le tuteur et le subrogé-tuteur. C'est lui qui intervient dans des cas nombreux.

Le tribunal civil enfin intervient comme pouvoir de haute tutelle

Enfin il y a le tribunal civil qui intervient pour les actes réputés graves, et qui remplit les fonctions de conseil de famille à l'égard des enfants naturels.

Rôle du tuteur

Le tuteur est le représentant légal du mineur

Aux termes de l'art. 450 al. I du C.C. le tuteur prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes civils. En effet, le tuteur est un représentant. C'est le pupille qui est engagé par

Source : BIU Cujas

l'effet de cette institution, qui a été étudiée dans les actes juridiques, et qu'on appelle la représentation. Le tuteur, en d'autres termes, estun mandataire légal, c'est-à-dire que c'est la loi qui, de plein droit, lui donne le pouvoir de représenter le mineur, par une sorte de mandat. En étudiant les pouvoirs du tuteur on va fixer en même temps les pouvoirs des autres organes. Mais pour exposer clairement ces divers pouvoirs, pour bien voir le fonctionnement de la tutelle, il faut distinguer diverses époques; avant la tutelle, pendant la tutelle et après la tutelle.

En ce qui concerne le fonctionnement de la tutelle il faut distinguer 3 périodes

A) Avant la tutelle: il s'agit de l'entrée en tutelle, il faut se demander quels sont les pouvoirs de ces divers organes et le rôle du conseil de famille. Au cours de la tutelle, on aura à examiner comment s'opère la gestion de la tutelle. Et quand la tutelle a cessé d'exister, il faut envisager les mesures à prendre.

Ière période L'entrée en tutelle

Avant de commencer sa gestion, le tuteur doit prendre ainsi que le conseil de famille, certaines mesures pour assurer le fonctionnement utile de cette tutelle. Il y a des actes qui constituent même une obligation pour le tuteur et sont sanctionnés à son égard.

Nécessité de la convocation du conseil de famille

Quand le tuteur est légal ou testamentaire il doit, dans un bref délai, demander la nomination d'un subrogé-tuteur, notamment la convocation du conseil de famille pour que le subrogé-tuteur soit nommé et pour que les règles essentielles de la tutelle soient fixées.

Quand la tutelle est dative, ces mesures ne sont pas imposées au tuteur qui n'existe pas, mais elles doivent être prises par le conseil de famille. Le conseil de famille nommera le tuteur et prendra les mesures nécessaires pour le fonctionnement de la tutelle. Il y a là, quand le tuteur est légal ou testamentaire, une obligation pour le tuteur, et, quand il n'y a pas de tuteur légal ou testamentaire, il y a là une obligation pour les membres de la famille. Mais cette obligation on n'y satisfait pas toujours, et c'est pourquoi il y a, dans la pratique, tant de tutelles de fait.

Il faut étudier les décisions que va prendre le conseil de famille et les autres mesures qui se ramènent, au fond, à la rédaction d'un inventaire, à la vente du mobilier inutile, enfin à la conversion des titres nominatifs en titres au porteur.

Les décisions qui doivent être prises par le

D'abord il y a des décisions qui doivent être

Source : BIU Cujas

conseil de famille

Nomination du subrogé-tuteur

prises par le conseil de famille. Il faut nommer un subrogé-tuteur. Avant son entrée en fonction, le tuteur doit le faire désigner, et s'il ne le fait pas désigner, s'il commet un dol, une fraude caractérisée, il pourra encourir la peine civile du retrait de la tutelle (art. 421 du code civil).

Cela, bien entendu, concerne tous les tuteurs, car ce n'est pas parce que la tutelle est légale ou testamentaire qu'il y a un subrogé-tuteur, ou plutôt il y a un cas où la nomination du subrogé-tuteur est de droit, c'est quand il y a eu un curateur au ventre qui devient de plein droit subrogé-tuteur sinaturellement, il ne devient pas tuteur, la mère n'étant pas tutrice.

Des administrateurs spéciaux et des protecteurs

Le conseil de famille décide également s'il faut nommer des administrateurs spéciaux, notamment un pro-tuteur, si le mineur a des biens aux colonies.

Etablissement du budget du mineur

Pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un tuteur qui soit le père ou la mère, il y a lieu de fixer, pour le conseil de famille, une somme pour les dépenses annuelles relatives à l'entretien du mineur, et à la gestion du tuteur. On établit le budget du pupille (art. 454 du C.C.).

Détermination de l'obligation au placement des recettes

D'autre part, le conseil de famille détermine la somme à partir de laquelle commencera pour le tuteu l'obligation d'emploi, c'est-à-dire l'obligation de placer l'excédent des recettes. Ici il faut voir la loi du 27 février 1880, et sa sanction, dans les art. 455 et 456 du C.Civil.

Ces deux obligations n'incombent pas aux père et mère tuteurs et cela se comprend puisque, jusqu'à 18 ans, les père et mère ont la jouissance légale , et après il se peut, si tous deux survivent, que l'un d'eux ait l'administration légale et les pouvoirs de l'administrateur légal sont beaucoup plus larges que ceux du tuteur (art. 450 du code civil).

Le tuteur doit faire inventaire

Le tuteur doit faire vendre le mobilier et il doit rédiger d'abord un inventaire.

Un inventaire des biens du mineur doit, en effet, être établi dans les 10 jours qui suivent la nomination du tuteur, en présence du subrogé-tuteur (art. 451 du C.C.).

Utilité de cet inventaire

L'objet de cet inventaire est d'établir la consistance des biens appartenant au mineur pour déterminer, à la fin de la tutelle, quelle sera l'étendue des restitutions. Puis il faut aussi faire un inventaire pour fixer l'importance des ressources du mineur, pour savoir comment on va établir son budget,

Source : BIU Cujas

et l'inventaire servira souvent de base à la détermination des sommes à dépenser annuellement, fixée par le conseil de famille.

Formes de l'inventaire

Ici, il n'y a pas à parler de la forme de l'inventaire. C'est un acte notarié. Il est, le plus souvent, rédigé par un notaire, à la suite de l'ouverture de la succession qu'a amené la mort d'un parent de l'enfant. Il se confond avec l'inventaire qui est rédigé alors, en ce qui concerne la succession.

L'inventaire intervient, en cas de succession, après l'apposition des scellés. Les scellés sont levés et on rédige l'inventaire, lors de cette levée (art. 9II du C.P.C.)

Sanctions du défaut d'inventaire

Des sanctions sont établies à l'égard du tuteur qui ne fait pas rédiger inventaire. S'il a été infidèle, s'il a abusé de la situation, le retrait de la tutelle peut lui être appliqué.

De même, et c'est une sanction très énergique, le mineur ou ses représentants pourront, par la suite, établir la consistance des biens appartenant au pupille, par tous les moyens de preuve, et même par cette preuve si dangereuse qu'est la preuve par commune renommée, c'est-à-dire par les on dit. C'est là une preuve très dangereuse pour le tuteur mais que le tuteur peut discuter. Il peut opposer à cette preuve par communerenommée la réalité, s'il peut l'établir.

Enfin il y a une dernière sanction qui frappe à la fois le tuteur et le subrogé-tuteur, s'il n'y a pas eu d'inventaire (car le subrogé-tuteur devait intervenir, l'inventaire devait être fait en sa présence), ils sont responsables dans la mesure où ils ont commis une faute, et où un dommage a été subi par le tuteur.

Le contenu de l'inventaire

L'inventaire va contenir l'énumération de tous les biens appartenant au mineur, la description et l'estimation des meubles, l'état des immeubles, l'indication du lieu où ils se trouvent, et la relation des titres de propriété du mineur.

Obligation pour le tuteur de déclarer les créances qu'il avait contre le pupille à peine de déchéance

Une déclaration doit être faite aussi par le tuteur pour les dettes du mineur. Il faut, en effet, (art. 45I al. 2) s'il est dû quelque chose au tuteur qu'il le déclare tout de suite. On veut que le tuteur ne soit pas tenté de déclarer des dettes qui n'existent pas. On supposait, en I804, le cas où le tuteur ayant été payé trouvait, dans les papiers de la succession, la preuve de la libération du défunt auquel succédait le pupille et reprenait cette preuve pour réclamer à nouveau la dette. C'est donc à peine de déchéance qu'il doit déclare aussitôt la

Source : BIU Cujas

dette qu'il peut avoir à l'égard du défunt et par conséquent du pupille (art. 451 al. 2).

Tous les tuteurs doivent faire dresser un inventaire. Cette règle s'applique même au père et à la mère.

Le tuteur doit procéder à la vente du mobilier

La vente du mobilier doit être aussi poursuivie par le tuteur. Il s'agit du mobilier autre que celui que le conseil de famille a autorisé le tuteur à garder. Ce mobilier sera vendu aux enchères publiques, dit l'art. 452, en présence du subrogé-tuteur. Il s'agit du mobilier utile ou périssable qui resterait improductif et ne pourrait que perdre sa valeur. Le conseil de famille demandera la conservation de tous les meubles qui sont actuellement utiles, ou qui le seront dans l'avenir, de tous les meubles productifs et des souvenirs de famille, qu'il s'agisse de simples meubles corporels, ou de meubles incorporels. Pour les meubles incorporels, en effet, la règle doit s'appliquer. On a dit souvent que l'art. 452 ne visait que les meubles corporels. Mais ce texte s'applique aussi aux meubles incorporels quand ils sont inutiles, improductifs ou périssables. Il s'agit de titres qui ne rapportent rien, de créances susceptibles de dévalorisation. Ces valeurs peuvent être aliénées par le tuteur, à la suite de la décision du conseil de famille.

La situation particulière des père et mère à cet égard

Le père et la mère qui ont la jouissance légale sont dispensés de vendre ces biens. Ils vont en jouir, mais l'art. 453 dit qu'ils devront les restituer dans l'état où ils se trouveront. Il devront les faire estimer à leurs frais, et ils rendront la valeur de l'estimation.

Conversion des titres au porteur en titres nominatifs

Enfin, une dernière mesure devrait être appliquée, d'une façon générale, c'est la conversion des titres au porteur en titres nominatifs. Cette conversion, d'après l'art. 5 de la loi du 27 février 1880, doit avoir lieu dans les trois mois de l'ouverture de la tutelle. Mais cette formalité est rarement observée. A défaut de conversion de titres au porteur en titres nominatifs, on peut demander le dépôt de ces titres à la caisse des dépôts et consignations ou entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée, d'ordinaire dans un établissement de crédit, Banque de France ou établissement quelconque.

Absence de sanction de cette obligation

Cette mesure est rarement observée. Le dépôt est effectué parfois mais, souvent, le tuteur conserve les titres au porteur et ne les met pas au nominatif. C'est qu'en effet en cette matière la sanction n'est

Source : BIU Cujas

pas appliquée. Elle est prévue par l'art. 7 de la loi de 1880. Le subrogé-tuteur doit surveiller l'accomplissement de cette formalité et il doit, si le tuteur ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du conseil de famille. Mais, en réalité, quand le tuteur ne convertit pas les titres au porteur en titres nominatifs, quand il conserve les titres au porteur en tant que titres au porteur, il est d'accord avec le subrogé-tuteur et l'art. 7 ne joue pas.

Tel est l'ensemble des mesures qui doivent être prises à l'entrée de la tutelle.

2ᵉ période: La gestion de la tutelle

B. Arrivons à la question de la gestion de la tutelle.

La gestion de la tutelle peut porter sur la personne ou sur les biens. Mais, sur la personne, elle va venir en conflit avec la puissance paternelle.

Le principe de la plénitude des pouvoirs du tuteur

Avant d'examiner successivement les pouvoirs du tuteur sur les biens, il faut poser une règle d'ordre général. Faut-il appliquer comme principe les pouvoirs du tuteur de la façon la plus large, ou faut-il les restreindre ? Dans les art. du C.C. et dans la loi du 27 février 1880, les principaux actes, surtout les actes graves que pourrait faire le tuteur sont prévus. Dès lors la question est la suivante. L'énumération de la loi est-elle complète, limitative ? Faut-il admettre que le tuteur n'a de pouvoirs que ceux que lui reconnaît la loi, ou, inversement, faut-il poser le principe que le tuteur a tous les pouvoirs sauf ceux que lui enlève la loi ?

La jurisprudence et la cour de cassation, après des solutions ondoyantes et diverses, en sont arrivées à poser le principe de la plénitude des pouvoirs du tuteur, c'est-à-dire que le tuteur peut faire tout ce que ne lui défend pas la loi. Ce principe a été affirmé notamment par un arrêt de la Chambre civile de la cour de cassation du 13 mars 1903 (S.-1910 I.477). Donc le principe c'est le pouvoir du tuteur, l'exception c'est l'obligation de requérir certaines interventions ou des interdictions d'agir, à tel point que le législateur doit voir sa volonté obéir, mais que là où il n'a pas pensé à interdire quelque chose, il faut l'accorder au tuteur.

L'omnipotence du tuteur est allée cependant en diminuant avec le temps

L'omnipotence du tuteur est allée en diminuant avec le temps. Sans remonter au Droit romain où elle était absolue, il faut citer que l'omnipotence du tuteur était complète dans les pays de droit écrit, puisqu'elle était complète en droit romain. Elle était déjà limitée dans les pays de coutume, et le législateur de 1804 n'a fait, en conservant le principe d'un large pouvoir au tuteur, qu'accentuer la

Source : BIU Cujas

limitation, du moins le principe demeure, même depuis la loi du 27 février 1880 qui a considérablement amoindri les pouvoirs du tuteur. Le tuteur fait librement les actes pour lesquels la loi ne lui impose aucune restriction ou interdiction. C'est le principe de la plénitude des pouvoirs du tuteur qui reçoit son entière application pour les biens.

Les pouvoirs du tuteur sur la personne du pupille

a) Voyons les pouvoirs du tuteur sur la personne du pupille. On est déjà ici dans la gestion de la tutelle mais on y sera encore bien plus lorsqu'on envisagera les pouvoirs du tuteur sur les biens du pupille.

Dans le cas où le père ou la mère survivent et exercent à la fois la puissance paternelle et la tutelle

Sur la personne du pupille, les pouvoirs du tuteur peuvent se trouver en conflit avec la puissance paternelle. Quand le tuteur est le survivant des père et mère, il exerce à la fois la puissance paternelle et la tutelle. C'est alors en raison de la puissance paternelle qu'il a des pouvoirs sur la personne de l'enfant. Or les droits qui découlent de la puissance paternelle à l'égard de la personne de l'enfant sont beaucoup plus graves que ceux qui sont attribués à un tuteur. Pour la puissance paternelle il n'y a pas de contrôle du conseil de famille, lequel au contraire est exigé à l'égard du tuteur.

Dans le cas où le survivant des père et mère a la puissancepaternelle mais non la tutelle

Quand le survivant des père et mère n'est pas tuteur ou tutrice, si on suppose par exemple que la mère survivante soit excusée, ou si on suppose que le père ou la mère aient été destitués de la tutelle, mais sans être déchus de la puissance paternelle, le survivant conserve la puissance paternelle. Il a le droit de gouverner la personne du pupille, sauf évidemment à réglementer le droit de jouissance légale des père et mère qui subsiste.

Dans le cas où il n'y a que la tutelle mais plus de puissance paternelle

Enfin dernière situation: le survivant des père et mère est mort, et il faut nommer un tuteur, ou bien encore le survivant des père et mère n'est pas tuteur, parce qu'il est déchu de la puissance paternelle. Le tuteur, dans ces cas seulement a, à la fois, pouvoir sur la personne et sur les biens du mineur ?

Quels sont ces pouvoirs ?

Le tuteur a le droit de garde, d'éducation et, dans une certaine mesure, le droit de correction

Le tuteur, quand il a des pouvoirs sur la personne du mineur, peut exercer les droits de garde et le droit d'éducation et, dans une mesure limitée le droit de correction. Mais les autres droits attachés à la puissance paternelle ne lui appartiennent plus. Il n'a pas à consentir au mariage ni à permettre l'adoption: c'est le conseil de famille qui s'occupe de ces choses. Il n'a pas à permettre l'émancipation. Mais il a le droit de garde et le droit d'éducation.

Source : BIU Cujas

Il peut surveiller les relations du mineur, sous le contrôle d'ailleurs du conseil de famille, et même des tribunaux.

Quant à l'éducation, il doit donner à l'enfant une éducation en rapport avec sa situation, mais le bilan de dépenses prévu par le conseil de famille lui trace d'ordinaire des règles. Il choisit le genre d'instruction que recevra le pupille, sous le contrôle du conseil de famille. Le tribunal civil peut être saisi d'un recours contre le tuteur, quand il n'agit pas conformément aux décisions prises par le conseil de famille.

Le pupille est domicilié chez le tuteur

Les pouvoirs du tuteur sont assez grands sur la personne du pupille puisque, en vertu de l'art. 108 du code civil, le domicile du pupille est chez son tuteur. Si un parent est survivant, et si, malgré ce parent survivant, un tuteur est nommé autre que lui, c'est chez le tuteur que l'enfant aura son domicile. Ceci assure des pouvoirs assez larges au tuteur sur la personne du mineur.

Le droit de correction du tuteur est limité

Le droit de correction du tuteur est limité, comme l'indique l'art. 468 du code civil. Quand il veut faire incarcérer le mineur, ce ne peut être que par voie de réquisition, dans les conditions de l'art. 468 du C.C.

Le tuteur choisit la profession que doit embrasser le pupille sous le contrôle du conseil de famille

C'est le tuteur qui choisit la profession que doit embrasser le pupille, mais sous le contrôle du conseil de famille.

Il peut notamment acheter un fonds de commerce, mais s'il le fait il va falloir émanciper le mineur pour qu'il puisse devenir commerçant (art. 3 du code de comm.) et dès lors l'achat d'un fonds de commerce c'est la cessation même de la tutelle, le tuteur étant naturellement appelé à n'être plus que curateur.

Pour le louage de travail, le tuteur doit intervenir. Il doit consentir à l'engagement du mineur dans une industrie, dans un théâtre ou un cinéma. L'engagement militaire doit avoir reçu l'autorisation du tuteur. Il en est ainsi même quand il ne s'agit pas d'embrasser une profession car on peut s'engager dans l'armée sans avoir l'idée d'y rester. Les frais relatifs au choix de la profession sont à la charge du mineur.

Ainsi les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur sont beaucoup plus restreints que les pouvoirs qui résultent de la puissance paternelle. Mais ils ont encore une importance très réelle, en raison surtout de ce que le pupille a son domicile de droit chez le tuteur.

Source : BIU Cujas

Les pouvoirs du tuteur sur les biens du pupille

b) Mais c'est surtout les pouvoirs du tuteur sur les biens du pupille qui sont interessants à déterminer. Là s'applique le principe de la plénitude des pouvoirs du tuteur, c'est à dire que tout ce qui n'est pas défendu est permis, tout ce qui n'est pas imposé à charge de formalité, avis, délibération du conseil de famille, homologation du tribunal, le tuteur peut s'en dispenser.

Par suite, avant de connaître les pouvoirs du tuteur, il faut déterminer dans quelle mesure ils sont restreints ou interdits. Il faut déterminer les actes que le tuteur ne peut faire seul, actes qui comprennent différentes catégories. D'ailleurs il faut remarquer que dans la mesure où le tuteur agit seul, le pupille n'est pas sans protection, puisqu'il a sur les biens du tuteur une hypothèque légale qui ne peut frapper d'ailleurs que les immeubles du tuteur.

Etudions donc les actes que le tuteur ne peut faire seul, puis on reviendra au principe pour voir les actes que le tuteur peut faire seul.

Les actes que le tuteur ne peut faire seul

I. Les actes que le tuteur ne peut faire seul sont de trois sortes.

Il y a d'abord les actes qui lui sont interdits: il y a en second lieu les actes qui requièrent l'autorisation du conseil de famille, enfin il y a les actes qui exigent, en plus de cette autorisation, une homologation.

Les actes interdits au tuteur Libéralités

I° Les actes interdits au tuteur, ce sont d'abord les libéralités. On envisage ici le cas du pupille donateur. Le tuteur ne peut, au nom du pupille, faire une donation. Il ne peut faire le testament du mineur, car le testament doit être l'oeuvre de la volonté du disposant, et d'une volonté entièrement libre. Le mineur a d'ailleurs une certaine capacité, au point de vue testamentaire. Quand il a 16 ans il peut disposer de la moitié de ce dont il pourrait disposer s'il était majeur. S'il dispose de plus de la moitié, il faudra réduire à la moitié. En supposant que, devenu majeur, il n'ait pas modifié son testament, ce testament ne vaudra jamais que pour moitié, car pour connaître la valeur d'une disposition testamentaire il faut se placer au moment où elle est faite, quand le testateur rédige son acte.

Pour les donations par contrat de mariage, quand le mineur en fait, en se mariant, sa capacité (art. 1398 du code civil) quand il est autorisé par les personnes qui doivent consentir au mariage, est égale à celle d'un majeur.

Source : BIU Cujas

Le tuteur peut faire des cadeaux d'usage. Ce ne sont pas, en effet, de véritables libéralités. Ils ont un caractère spécial qui fait qu'au fond, en France, ils ne sont pas soumis aux règles des donations.

Cautionnement et compromis

Le cautionnement de la part du tuteur est interdit de même que le compromis qui est, on le sait, une convention d'arbitrage. C'est l'art. 1004 du code de procédure civile qui impose cette solution quant au compromis, convention d'arbitrage. Il déclare que le compromis n'est pas possible pour toutes les contestations soumises à communication au ministère public. Or l'art. 83 N° 6 C.Pr.Civ. déclare les affaires concernant les mineurs communicables au ministère public.

Achat par le tuteur des biens du mineur

L'achat par le tuteur des biens du mineur n'est pas non plus possible, à moins qu'ils ne soient co-propriétaires indivis tous les deux (Art. 450 al.3 et 1596 al. 2). On n'a pas voulu que le tuteur puisse se trouver avoir à faire un choix entre deux intérêts opposés, et ne soit ainsi exposé à compromettre, soit ses intérêts, soit ceux du pupille. En effet, il s'agit du tuteur acheteur d'un bien du pupille, alors qu'il n'y a pas d'indivision entre eux. Si le tuteur suit son intérêt comme acheteur, il cherchera à acheter le moins cher possible, mais s'il suit son devoir, comme tuteur, il devra chercher à vendre le plus cher possible. Il y a conflit d'intérêts. On n'a pas voulu que le tuteur soit en présence de cette situation, et l'art. 450 al. 3 exige, en pareil cas, l'intervention du conseil de famille.

Adjudication au tuteur des biens du pupille

D'autre part, l'art. 1596 interdit au tuteur de se rendre adjudicataire des biens du pupille: l'adjudication d'une cession de droits ou de créance appartenant au pupille est prévue par l'art. 450 al. 3 La loi ne veut pas, en somme, que le tuteur puisse faire un contrat avec lui-même. Quand il autorise le pupille à passer un acte avec lui il est l'autorisant, et la règle subsiste, règle qu'on formule en latin d'après laquelle nul ne peut être celui qui autorise dans une affaire qui le concerne.

Acceptation pure et simple d'une succession

Enfin l'acceptation d'une succession pure et simple n'est pas possible de la part d'un pupille art. 461 du code civil. L'acceptation d'un pupille ne peut être que bénéficiaire.

Sanction de la prohibition de ces actes

Dans tous ces cas il y a nullité absolue si, malgré la défense faite, le tuteur passe de tels actes.

Les actes qui requièrent

2° La seconde catégorie d'actes est celle de ceux qui requièrent l'autorisation du conseil de famille.

Source : BIU Cujas

l'autorisation du conseil de famille. Acceptation d'une libéralité

Il en est ainsi en cas d'acceptation d'une libéralité. Ici c'est le mineur qui est donataire. Les articles 463 et 935 du code civil exigent, pour l'acceptation d'une donation entre vifs, l'autorisation du conseil de famille, car, bien qu'une donation soit un enrichissement, il peut y avoir des raisons de moralité à ne pas accepter de libéralités de certaines personnes. Le conseil de famille en est juge. Quand les libéralités sont faites avec charge, il est naturel que le conseil de famille intervienne pour apprécier la charge. Mais que la libéralité soit avec ou sans charge l'intervention du conseil de famille est toujours nécessaire. Toutefois l'art. 935 du code civil permet au père ou à la mère, ou aux ascendants, tuteurs ou non, d'accepter les donations faites au pupille, sans intervention du conseil de famille.

Les legs à titre particulier sont acceptés également avec l'intervention du conseil de famille. Ce sont des legs qui portent sur une somme ou sur un bien déterminé. On leur oppose les legs universels de toute une succession, où les legs à titre universel d'une quotité de la succession. Quand il y a legs universel ou à titre universel, on n'est plus en présence d'une simple libéralité, c'est une succession ou une part de succession qui est dévolue. Il y a lieu à succession testamentaire et on en revient à la question des successions; successions ab intestat en l'absence d'un testament, ou succession testamentaire.

Renonciation à une succession.

L'acceptation qui ne peut être que bénéficiaire, ou la renonciation en ce qui concerne la succession, doit intervenir après l'avis du conseil de famille. Mais, en fait, l'acceptation bénéficiaire s'opère sans intervention du conseil de famille car le tuteur ne risque rien. Si le mineur accepte sans bénéfice d'inventaire il ne peut être tenu des dettes de la succession que dans la mesure de ce qu'il recueille. L'engagement pris ne peut donc lui nuire. C'est pourquoi ce n'est qu'en matière de renonciation qu'on exige l'intervention du conseil de famille. On renonce évidemment à une succession obérée alors qu'on accepte toujours une succession opulente. Cependant il peut y avoir intérêt à renoncer à unesuccession, bien qu'elle ne soit pas obérée car, en renonçant à une succession, on n'est pas tenu de rapporter, à l'égard des autres héritiers, les donations qui ont été faites. Par exemple, si le mineur se trouvait obligé de rapporter à une succession qui laisse un actif net de 10.000 francs, les 100.000 francs qu'il a reçus, comme libéralité, il ne toucherait plus que 55.000 francs, tandis

Source : BIU Cujas

qu'en renonçant, (en supposant qu'il n'y ait pas atteinte à la réserve) il conservera les 100.000 francs, renonçant aux 10.000, et il aura comme bénéfice la différence entre 55.000 et 100.000.

Le partage d'une succession

La répudiation a lieu avec intervention du conseil de famille, et il en est de même pour le partage d'une succession. Il ne peut avoir lieu, art. 465, qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Il s'agit d'une succession où le pupille est co-héritier c'est-à-dire où il y a un autre héritier. Il faut au tuteur une autorisation pour demander le partage, à moins qu'il n'y ait une demande en partage dirigée contre le mineur, ou à moins qu'il ne s'agisse d'une demande collective. L'art. 465 du C.C. a été modifié à cet égard par la loi du 15 décembre 1921.

Le partage, quand un mineur s'y trouve ne peut être qu'un partage judiciaire (art. 466 du C.C.) . Il faut que les co-héritiers soient majeurs pour qu'il y ait un partage amiable.

Le partage judiciaire entraîne des frais. Il y a de nombreuses formalités qui sont toujours coûteuses. C'est pourquoi, même quand il y a un mineur qui n'est pas très éloigné de sa majorité, les parties procèdent à un partage amiable et, à ce partage amiable accepté par tous les co-héritiers majeurs, le tuteur intervient et tous, ou tout au moins l'un d'eux, se portent fort de la ratification du partage par le mineur. Il faut , bien entendu, pour qu'il en soit ainsi, que les droits du mineur aient été entièrement sauvegardés. Il faut que le mineur n'ait pas vu ses droits compromis par le partage. Un des co-héritiers se porte alors fort, c'est-à-dire qu'il prend personnellement l'engagement de rapporter, quand le mineur sera devenu majeur, son acceptation du partage - Les frais considérables qu'entraîne un partage judiciaire, l'obligation en cas de partage judiciaire, de former des lots représentant une égalité en valeur et en nature, qu'on tire au sort, et qui généralement ne satisfont personne, font qu'un procède à un partage amiable, avec convention de porte-fort.

Les procès relatifs aux immeubles

Le tuteur a l'obligation, art. 464 du C.C. de demander l'autorisation du conseil de famille pour les procès relatifs aux immeubles (art. 464 du C.C.) et la règle s'applique quels que soient les immeubles. C'est une application de la règle ancienne "res mobilis res vilis".

La prise à bail par le tuteur d'un immeuble du mineur

Il faut également pour la prise à bail par le tuteur d'un bien du pupille, l'autorisation du conseil de famille et l'intervention du subrogé tuteur (art. 450 al. 6)

Source : BIU Cujas

Règles spéciales aux valeurs mobilières

Mais c'est surtout en matière de valeurs mobilières que la loi du 27 février 1880 est intervenue pour appliquer des règles spéciales. L'aliénation des valeurs mobilières et leur placement sont soumis à des règles précises.

D'abord l'aliénation des valeurs mobilières au-dessus de 1500 francs ne peut se faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Sous l'empire du code civil il n'y avait pas de règle de cette nature, mais en 1804, les valeurs mobilières étaient peu importantes. Déjà en 1806, une loi était intervenue pour interdire sans autorisation du conseil de famille, la vente des rentes sur l'Etat d'un revenu supérieur à 1500 francs, c'est-à-dire de 1000 francs en capital. En 1813 la règle fut étendue aux actions de la Banque de France, c'est-à-dire qu'une seule action de la Banque de France dont le nominal était de 1000 francs pouvait être vendue par le tuteur seul, mais quand il s'agissait de la vente de plus d'une action, il fallait l'intervention du conseil de famille.

Dispositions de la loi du 27 février 1880

En dehors de là on admettait la liberté du tuteur, en doctrine. Mais la jurisprudence avait innové et elle semblait exiger l'intervention du conseil de famille. Des arrêts vers 1873 - 1874 étaient intervenus qui avaient un meu modifié les modes et la nature des charges de la tutelle de sorte qu'une loi parut nécessaire, ce fut la loi du 27 février 1880. Elle a abrogé les lois antérieures: l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante pour les aliénation de valeur de moins de 1500 francs, et c'est le conseil,de famille qui fait l'évaluation de ces valeurs.

Les valeurs, ce terme doit être entendu très largement. Ce sont les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations et tous autres meubles incorporels: une créance, un fonds de commerce, un droit d'auteur, une marque de fabrique, un office ministériel, un brevet d'invention etc... Le conseil de famille doit autoriser au-dessous de 1500 francs les aliénations faites.

Il doit autoriser également au-dessous de 1500 francs la convertion des valeurs mobilières nominatives en titres au porteur.

Enfin, pour le placement des capitaux, au-dessus de 1500 francs, on applique les mêmes conditions et la loi de 1880.

Les actes qui requierent en

3° La troisième catégorie d'actes est celle des

Source : BIU Cujas

plus de l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal. Actes portant sur les valeurs mobilières du pupille. Aliénation des immeubles

actes qui exigent, en plus de l'autorisation du conseil de famille, une homologation du tribunal. Elle comprend l'aliénation des valeurs mobilières au-dessus de 1500 francs. Il faut alors l'homologation du tribunal, et il en est de même de la conversion des valeurs nominatives au-dessus de 1500 francs. Le placement au-dessus de 1500 francs est soumis à la même nécessité d'une homologation.

Il faut y ajouter, et ici on quitte la loi du 27 février 1880 pour en venir au code civil, l'aliénation des immeubles (art. 457 al. I et art. 458). Une autorisation ici est absolument nécessaire et il faut, de plus, qu'une preuve soit fournie, que les revenus du mineur sont insuffisants. S'il s'agit de vendre un immeuble pour les besoins du mineur, les conditions de la vente sont fixées par le tribunal et la réalisation de la vente doit s'opérer sous forme judiciaire (art. 459 du C.C. La forme judiciaire est exigée par les articles 953 et suivants du code de procédure civile.

Constitution de droits réels emprunts

La constitution de droits réels: hypothèque servitude, emphytéose, est également soumise à homologation. Y sont soumis aussi les emprunts qui sont un des actes les plus dangereux pour l'emprunteur. Il faut une indication très nette de la somme à emprunter. Les conditions de l'emprunt sont fixées par le conseil de famille, art. 457 et c'est le tribunal qui homologuera ces conditions.

Transaction

Enfin la transaction qu'on trouvera définie dans l'art. 2044 du C.C. est soumise à un régime spécial. Pour elle, il faut, en plus de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, l'intervention de trois jurisconsultes. La loi l'exige dans l'art. 467 du code civil. Les trois jurisconsultes sont, en général, des avocats. Ce sont des avocats qui ont plus de 10 ans de barreau, et il y a le contrôle du ministère public , mais si le législateur a employé ici le terme de jurisconsultes, c'est qu'en 1804 les barreaux n'étaient pas encore reconstitués, et qu'en droit du moins les avocats n'existaient pas.

Les actes que le tuteur peut faire seul Actes conservatoires et actes d'administration

II. Actes que le tuteur peut faire seul.

Ce sont tous ceux qu'on n'a pas compris dans la triple énumération précédente.

Ce sont d'abord les actes conservatoires, ce sont les actes d'administration. Le tuteur entretient les biens du mineur, notamment les immeubles, il y effectue les réparations, et non seulement les réparations d'entretien, mais même les grosses réparations. Il est

Source : BIU Cujas

obligé parfois de vendre les immeubles incorporels, pour payer celles-ci. Mais on sait que, pour vendre les meubles incorporels, il lui faut une autorisation spéciale.

Entretien des immeubles.

Il conclut les baux relatifs aux biens, soit qu'il s'agisse de meubles (et dans le midi il est des locations de meubles qui sont très importantes, tel est le cas notamment de la location de tonneaux) soit qu'il s'agisse d'immeubles. Or, en droit français tout bail qui n'excède pas neuf ans est un acte d'administration. Cela ne veut pas dire que le tuteur ne puisse pas faire des baux de plus de neuf ans, et que ces baux ne restent pas valables. Il ne peut pas faire des baux de plus de neuf ans, d'une façon définitivement valable. En effet, la sanction n'est pas la nullité du bail de plus de neuf ans, c'est sa réduction à neuf ans. Supposons que le tuteur ait fait un bail de 18 ans. Il aurait pu faire deux baux de neuf ans, qui auraient pu être exécutés. Ce n'est que s'il existe une période supérieure à 9 ans que le bail ne pourra être exécuté pour plus que la période de neuf ans en cours. On applique ici les règles de l'art. I429 et I430 du code civil, au titre des régimes matrimoniaux.

Conclusion des baux n'excédant pas 9 ans

Toutefois, il faut noter que cette période de neuf ans peut se trouver allongée par le fait que la loi permet le renouvellement des baux urbains deux ans avant l'échéance, et des baux ruraux trois ans avant l'échéance, de sorte qu'il peut arriver qu'au maximum un bail passé par le tuteur vaudra pour 11 ou 12 ans.

Le tuteur fait les dépenses courantes; il perçoit les revenus et même reçoit les capitaux - Il peut toucher les capitaux et en donner décharge, si importants que soient ces capitaux. Il retire de la Caisse d'Epargne les sommes déposées au nom du mineur. Il emploie les économies, art. 465 et, s'il s'agit d'économies importantes, il peut les employer, sans intervention. Mais il est rare que les économies soient importantes car on lui a fixé un budget. Si on a prévu un budget, en effet, normalement, les dépenses doivent être équivalentes aux recettes.

Le tuteur fait les dépenses courantes il perçoit les revenus et même les capitaux

Si on a établi un budget qui fait ressortir un reliquat important, il n'est pas douteux que le conseil de famille aura prévu l'emploi des économies réalisées sur les revenus du mineur.

Le tuteur exerce les actions en justice

Le tuteur exerce les actions en justice, les actions mobilières sans réserve, les actions immobilières

Source : BIU Cujas

possessoires et il y a une distinction à faire entre les actions petitoires et les actions possessoires. Il peut répondre à une action pétitoire comme il peut répondre à une demande en partage.

Il peut aliéner les meubles corporels

Il peut également aliéner les meubles corporels.

Intérêt que présente la détermination des actes que le tuteur peut faire seul.

Ainsi le tuteur peut faire seul des actes assez importants , et cette détermination de tous les actes que le tuteur peut faire, soit seul, soit avec l'autorisation du conseil de famille, et en plus des actes qu'il peut faire seul avec l'intervention du tribunal, cette détermination n'est pas sans intérêt pratique. Quand on a étudié l'administration légale, on a admis, en vertu de l'art. 389 al. 6, que l'administrateur légal peut faire seul les actes que le tuteur peut faire seul, ou autorisé par le conseil de famille. Ainsi il y avait un intérêt pratique incontestable à déterminer les actes que le tuteur peut faire seul ou avec l'autorisation du conseil de famille.

On y ajoute souvent un autre intérêt. On dit quelquefois que le mineur émancipé a la capacité de faire avec la seule assistance du curateur les actes que le tuteur a le pouvoir de faire seul. Ce serait un nouvel intérêt à la classification.

Mais si on cite cette règle, c'est qu'elle ne semble pas susceptible d être acceptée. Il n'y a pas à distinguer, en effet, entre les actes de pure administration et les actes d'administration proprement dits. Il y a des actes que peut faire, avec l'intervention de son curateur, le mineur émancipé, et que le tuteur ne peut pas faire seul. Ainsi le mineur, avec l'assistance de son curateur, peut faire des baux de plus de neuf ans: le tuteur ne le peut pas. D'autre part, le mineur émancipé fait librement emploi de ses capitaux,sous la surveillance de son curateur, mais c'est le curateur qui intervient et non le conseil de famille, tandis que le tuteur est toujours placé sous la surveillance du conseil de famille.

Quand il y a émancipation par le mariage, il résulte de l'art. 4 de la loi du 27 février 1880 qui s'est occupée desmeubles incorporels des mineurs, qu'il y a deux sortes de mineurs émancipés. Il y a le mineur émancipé à la suite de la tutelle, pour lequel la loi du 27 février 1880 est applicable, et il y a le mineur émancipé à la suite du mariage, ou au cours de l'administration légale, et, à celui-là la loi du 27 février 1880 n'est pas applicable. Or le mineur émancipé après mariage, ou le mineur qui est émancipé au cours de l'administration légale peut ven-

Source : BIU Cujas

dre librement les valeurs mobilières, convertir les titres nominatifs en titres au porteur, tandis que le mineur émancipé à la suite de la tutelle ne le peut pas. Cela provient de l'interprétation de l'art. 4 de la loi du 27 février 1880. Elle est faite pour le mineur émancipé par le mariage et la règle résulte d'un argument a contrario pour le mineur émancipé pendant l'administration légale.

Tels sont les cas où le tuteur agit seul, avec l'intervention du conseil de famille ou avec l'intervention de haute tutelle qu'est le tribunal.

La responsabilité du tuteur

Dans tous ces cas, le tuteur est responsable de ses actes, car il est un mandataire légal. Il est un représentant légal: l'art. 450 al. 2 dit que pour les actes d'administration il doit administrer en bon père de famille, et il répond des dommages- intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. La mauvaise gestion comprend tous les actes qui compromettent le patrimoine du pupille, même en dehors de toute faute caractérisée.

Comment doit s'apprécier la faute du tuteur

Seulement, on pouvait se demander si, en raison de la gratuité du mandat légal conféré au tuteur, il ne fallait pas le considérer comme seulement tenu des fautes qu'il ne commet pas dans ses propres affaires, car, de droit commun, le mandataire non salarié n'est tenu que de ses fautes, de ce qu'on appelait en Droit romain la "culpa levis in concreto" c'est-à-dire par rapport à la manière dont l'individu envisagé administre ses propres affaires. L'art. 1992 admet cette solution pour le mandataire non salarié. Or ici on a écarté cette solution. On a voulu que le tuteur, malgré la gratuité de son mandat, agisse en bon père de famille c'est-à-dire qu'il agisse comme un homme moyen, mais intelligent et soigneux, disons, car un homme moyen semble moins qu'un homme normal qu'il faut qu'il ait agi comme un homme normal. Le bon père de famille, c'est un type abstrait qui ne doit pas commettre de fautes lourdes, ni même légères et le mineur, le pupille obtiendra réparation de toute faute légère. Les Romains parlaient ici de la "culpa levis in abstracto" c'est-à-dire d'une faute jugée abstraitement, non par rapport au tuteur dont il s'agit.

Point de départ de la responsabilité du tuteur

Cette responsabilité a un point de départ différent suivant la forme d'attribution de la tutelle. C'est du jour de l'ouverture du testament, si le tuteur est présent, qu'il est engagé, qu'il est responsable, c'est du jour du décès, même donnant ouverture à la succession et à la tutelle que sa responsabilité court, en cas de tutelle légale. En cas de

Source : BIU Cujas

tutelle dative, c'est du jour de sa nomination, s'il assiste à la délibération du conseil de famille, et s'il n'y assiste pas, c'est du jour où il a eu connaissance de sa vocation, ou du jour où la notification de sa désignation lui a été faite, et ici on applique le jour même de la connaissance en cas de tutelle légale ou testamentaire, et le jour de la nomination, en cas de tutelle dative (art. 418 du code civil).

Sanctions des obligations du tuteur

On n'a pas indiqué toutes les sanctions, mais seulement certaines d'entre elles qui sont établies par la loi pour assurer la bonne et fidèle gestion du tuteur. On sait que, faute d'inventaire, lors de l'ouverture de la tutelle, le tuteur peut se voir obligé de supporter une preuve très dangereuse pour lui qui est la preuve par commune renommée, pour le mobilier du mineur. On sait également qu'il y a perte des créances du tuteur contre le pupille, si le tuteur ne déclare pas ses créances aussitôt l'ouverture de la succession, il y a également perte du droit de jouissance pour le parent qui ne fait pas nommer, dans les conditions qu'on a vues, le subrogé-tuteur. Mais il peut y avoir même des condamnations pénales, s'il y a détournement d'effets appartenant au pupille (art. 408 du code pénal). Enfin il peut y avoir retrait, destitution de la tutelle. Le retrait a lieu quand il y a gestion commencée avant la nomination du subrogé tuteur (art. 421 al. 2) quand il y a un état personnel du tuteur qui justifie le retrait, d'ordinaire l'aliénation mentale, mais ce peut être une incapacité. En fait il faut reconnaître que, bien souvent alors on ne procède pas au retrait car le subrogé-tuteur qui espère que cet état du tuteur ne durera pas gère lui-même. Enfin il y a destitution en cas de condamnation criminelle prononcée contre le tuteur, en cas d'inconduite notoire et ici les sanctions sont très réelles.

Après avoir ainsi étudié la tutelle on comprend que tant de personnes se refusent à en accepter la charge.

C - Il faut en arriver maintenant à la cessation de la tutelle. Les obligations du tuteur vont disparaître.

5e période
Cessation de la tutelle.
Causes de cessation de la tutelle

Les causes de cessation de la tutelle peuvent provenir du tuteur lui-même: il meurt, il est destitué, il devient incapable ou il lui survient une excuse qu'il fait valoir.

Il y a conservation provisoire des pouvoirs du tuteur quand il est mort: l'art. 419 du code civil

Source : BIU Cujas

oblige ses héritiers à la continuation provisoire de la tutelle.

Tout tuteur qui cesse ses fonctions doit:

Tout tuteur qui cesse ses fonctions doit restituer les biens du mineur et rendre compte. Ce sont là les deux obligations du tuteur à la cessation de la tutelle.

a) restituer les biens du mineur

a) Le tuteur doit d'abord restituer les meubles du mineur et il doit également restituer ses immeubles. La restitution se fait en nature ou en valeur. Il s'agit des biens qui ont été remis au tuteur lors de l'ouverture de la tutelle, ou acquis au nom du pupille au cours de la tutelle.

L'inventaire a précisé quels étaient ces biens. On a fait un état des meubles, puisqu'il y a une liste des meubles appartenant au mineur avec estimation, et si les meubles ont été aliénés sans emploi, leur valeur doit être rendue.

La constatation de cette remise est généralement faite par un reçu. L'art. 472 parle de récépissé.

La réddition de comptes de tutelle donne très souvent lieu à des difficultés. Il s'agit d'un compte définitif. C'est le tuteur qui doit l'établir ou ses héritiers en cas de mort du tuteur.

Seul, le père ou la mère, quand la tutelle cesse en même temps que le droit de jouissance n'a pas l'obligation de rendre compte. Il n'y a pour le père ou la mère que l'obligation de restituer les biens appartenant au mineur. Il en est ainsi également dans le cas qui se rencontre d'une tutelle gérée à forfait. C'est pour intéresser le tuteur à sa gestion. On lui demande de dépenser les recettes et il n'aura qu'à rendre les biens.

b) et rendre compte

En dehors de là il y a lieu à restitution.

b) Un compte doit être établi. C'est un compte entre deux parties qui sont, d'une part, "l'oyant compte" et d'autre part " le rendant compte". L'oyant c'est celui qui doit ouir son compte, et l'expression est reproduite dans le code de procédure civile art. 529.

L'oyant compte, c'est le pupille ou ses représentants qui reçoivent le compte. " Le rendant compte" art. 531 et suivants du C.P.C., c'est le tuteur.

L'oyant compte est donc le pupille . Il est alors en face du tuteur et n'a plus de protection, car il est majeur, seulement, bien souvent, la joie de la majorité et le souci d'obtenir vite les biens qui lui appartiennent lui font accepter trop vite les comptes du tuteur. C'est d'ordinaire sans grand danger lorsqu'il s'agit du père ou de la mère, car ceux-ci , en raison

Source : BIU Cujas

de leur affection pour l'enfant, n'abusent pas de la situation. Mais celle-ci n'en présente pas moins des dangers, et la loi a cherché à protéger le pupille.

L'oyant compte peut être un nouveau tuteur quand il y a cessation de la tutelle du côté du tuteur. Il peut s'agir aussi d'un mineur qui est devenu mineur émancipé. Le compte est alors rendu au mineur avec l'assistance de son curateur. Le mineur trouvera alors dans la personne du curateur une protection. Enfin l'oyant compte, ce peut être un héritier du pupille.

Comment se fait le règlement de comptes

Le compte peut être et est souvent rendu à l'amiable. L'art. 472 du C.C. laisse cependant supposer qu'il y a toujours un récépissé et qu'un délai de 10 jours s'écoule entre la remise du récépissé constatant que les biens ont été remboursés et le compte présenté sans qu'il y ait eu réclamation, avant qu'un traité ait été passé avec le tuteur. L'art. 472 semble donc toujours supposer un écrit et il est nécessaire qu'il y ait un écrit établissant l'état des recettes et des dépenses. S'il y a des difficultés, il faut que la justice intervienne, il faut qu'il y ait apurement du compte (art. 527 du code de procédure civile).

Le compte doit être détaillé. Il comprend les recettes, les sommes reçues pour le mineur, revenus ou capitaux, et il s'agit aussi des intérêts des sommes non employées (art. 456 du code civil). De l'autre côté figurent les dépenses qui doivent être justifiées utiles (art. 471 al. 2).

Il faut y comprendre également, d'après l'art. 471 al. 2 les frais nécessaires à l'établissement du compte quand ces frais ont été avancés par le tuteur. La balance du compte, le reliquat seul est exigible.

Le règlement du compte

D'ordinaire il y a une créance du pupille et les intérêts en sont dus à partir de la clôture du compte. Parfois aussi il y a une dette du pupille, et ici on a soumis au droit commun le pupille, c'est-à-dire que le pupille ne doit les intérêts, conformément aux règles ordinaires qu'à partir du jour de la sommation qui lui est faite de payer, et cette sommation ne peut avoir lieu qu'après la clôture du compte de tutelle (art. 474 du code civil).

Le règlement de compte se fait comme le veulent les parties, mais il est prudent de demander un écrit. Cela est surtout prudent de la part du tuteur, pour ne pas avoir de difficultés.

Source : BIU Cujas

Les mesures prises par la loi pour protéger le pupille lors de la reddition de comptes

Les traités passés par le tuteur et son ex-pupille avant la réddition de compte sont nuls. Il est fréquent qu'un pupille, pressé d'entrer en possession des biens, consente à donner décharge de sa gestion au tuteur, au lendemain de sa majorité et ne s'attarde pas à examiner le détail du compte du tuteur. Or il y a des tuteurs qui sont peu scrupuleux, et qui pourraient vouloir profiter de la situation. Aussi, par trois mesures, la loi a songé à protéger le pupille qui voudrait obtenir trop vite la réddition de compte.

D'une part, l'art. 907 al. 2 et 3 interdit toute libéralité de la part du mineur au tuteur non ascendant. Donc cette interdiction n'existe pas à l'égard du tuteur ascendant. Mais, en principe, avant l'apurement du compte de tutelle, il ne peut y avoir aucune libéralité.

En second lieu, toute transaction sur le compte de tutelle autrement que dans le cas prévu par l'art. 472 est interdite par l'art. 2045.

Enfin, art. 472, tout traité relatif à la tutelle est nul s'il est intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur avant la reddition du compte de tutelle et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte. Par traité il faut entendre tout acte intervenu entre le tuteur et le pupille ayant pour objet de soumettre le tuteur à l'obligation de rendre compte. Par conséquent, cela ne vise pas les contrats ordinaires qui sont valables, même au lendemain de la majorité. Ils sont valables encore qu'ils s'appliquent aux biens qui sont restitués ou doivent être restitués.

Sanction de ces mesures

La nullité est ici relative, car on est en matière d'incapacité, et là les nullités sont toujours relatives. L'action en nullité ne peutêtre intentée que par le pupille ou ses héritiers. Elle peut être confirmée par un acte qui n'est pas atteint du même vice délivré plus de 10 jours après les formalités requises. Cette nullité se prescrit par 10 ans, comme toute nullité relative.

L'action entre le tuteur pour faits de tutelle se présente par 10 ans

Par faveur pour le tuteur, en raison du caractère gratuit de ses fonctions, l'action susceptible d'être intentée contre lui pour faits de tutelle n'est pas prescriptible par trente ans. Par frais de tutelle on comprend tout ce qui est relatif aux obligations du tuteur: actions en réddition de comptes, actions en responsabilité du tuteur ou action en rectification de compte.

Source : BIU Cujas

Point de départ de cette prescription

Le point de départ de la prescription qui n'est pas la prescription de trente ans, mais la prescription de 10 ans (art. 475 du code civil), c'est surtout la date de la majorité, de l'émancipation ou du remplacement du tuteur. Enfin ce peut être la date du décès du pupille. La prescription, on le voit, n'a pas le même point de départ que par rapport à la prescription de 10 ans qui a lieu à l'égard des traités nuls, car la prescription de 10 ans, par rapport aux traités, part de la date du traité.

La tutelle de fait

On n'a envisagé jusqu'ici que la tutelle ordinaire. On a fait cependant parfois allusion à la tutelle de fait.

La tutelle de fait n'est l'objet d'aucune disposition dans la loi. Cependant elle est d'une application courante. Son domaine est précis, mais son fonctionnement demeure incertain.

Son domaine est précis

Son domaine est précis. Il n'y a de tutelle de fait que dans trois cas.

Le premier cas est celui où l'ancien tuteur continue sa gestion après le compte de tutelle, après sa propre démission, ou après sa destitution.

Mais ici il y a une objection très forte qui peut être faite. Après la majorité du pupille, comment appliquer encore les règles de la tutelle de fait puisqu'on n'est plus en présence d'un mineur? Malgré tout, on a admis ce cas car la tutelle de fait est ainsi résolue d'une manière plus simple que si en écartait complètement l'idée de tutelle.

Le second cas est celui où le subrogé-tuteur semble pouvoir être considéré comme le mandataire du tuteur. Or s'il était le mandataire du tuteur il pourrait administrer. Mais, en réalité il n'est pas mandataire, il agit car le tuteur est absent ou dans l'impossibilité de gérer. Le subrogé-tuteur administre, alors il y a tutelle de fait.

Enfin , le troisième cas est celui qui existe quand la femme tutrice se remarie sans consulter le conseil de famille sur la conservation de la tutelle.

Elle prend alors la tutelle de plein droit, mais si elle continue sa gestion, elle devient tutrice de fait, et son mari est co-tuteur de fait (art. 392 al. 2 et 3).

Il n'y a pas tutelle de fait dans aucun autre cas et par conséquent une tutelle irrégulière ne devient pas une tutelle de fait. Par exemple supposons que le tuteur n'ait pas fait nommer le subrogé-tuteur. Il y a une tutelle irrégulière, mais il n'y a pas tutelle de fait. La sanction du défaut de nomination du tuteur, c'est seulement la responsabilité ou la destitu-

Source : BIU Cujas

tion du tuteur. Il n'y a pas non plus tutelle de fait quand ne sont pas observées les formalités requises pour les opérations de la tutelle, quand le conseil de famille n'a pas autorisé, quand le tribunal n'a pas homologué. La tutelle reste une tutelle de droit, mais il y a des sanctions spéciales.

Le fonctionnement de la tutelle de fait reste incertain

Mais le fonctionnement de la tutelle de fait reste incertain. Il n'est guère vraisemblable de supposer que le tuteur de fait accomplit les formalités légales du code, car il accomplit ces formalités légales, s'il réunit le conseil de famille, le conseil de famille lui demandera qui l'a fait tuteur, comment il peut avoir obtenu la tutelle, et alors, ou bien il recevra une investiture normale, ou bien on lui imposera une réddition de compte et sa démission. En réalité, le tuteur de fait ne s'embarrasse pas des règles légales. Il les ignore. Seulement on est obligé cependant de lui imposer les garanties qui sont établies à l'égard du tuteur. Il est responsable de ses fautes lourdes ou légères, l'achat des biens du mineur qu'il ferait est nul, comme tout traité passé avant la réddition de compte. Les immeubles du tuteur de fait sont grevés d'une hypothèque légale au profit du mineur (art. 2135 du code civil) et on lui accorde, par une juste compensation, le bénéfice de la prescription de 10 ans de l'art. 475 du code civil.

Quelle est la valeur des actes accomplis par le tuteur de fait

Mais où la difficulté est très grande c'est de savoir la valeur des actes qu'il accomplit. On s'entend pour dire qu'ils sont nuls, mais est-ce une nullité relative ou une nullité absolue? Il n'y a pas de jurisprudence sur la question. C'est une question de doctrine. Or la doctrine est assez divisée. Si on pense qu'on est en présence d'un défaut de pouvoir, la nullité est absolue et il faut en tirer les conséquences suivantes: tout intéressé peut demander la nullité et la nullité ne peut être confirmée. Or ceci va souvent à l'encontre des intérêts du mineur et c'est pourquoi la doctrine se prononce plutôt pour une nullité relative, ne permettant l'exercice de l'action que par le mineur, de même que la confirmation. On peut, au contraire, estimer que la nullité doit être considérée comme absolue. Cependant il faut ici se rappeler que les actes nuls de nullité absolue ne tombent pas entièrement. Il n'y a pas à invoquer l'idée de bonne foi, pour les laisser subsister, car le tuteur de fait est certainement de mauvaise foi. On peut invoquer seulement l'idée d'apparence. On se rappelle le maintien des actes nuls, et de même qu'on a distingué entre les actes successifs et les actes instantanés, on peut distinguer entre les actes provenant

Source : BIU Cujas

d'une situation juridique et les actes instantanés. La nullité ne s'applique avec pleine rétroactivité que pour les actes instantanés, mais pour les actes successifs, pour les situations juridiques, comme celles d'un tuteur de fait, il n'est pas possible d'annuler tout le passé, et il faut maintenir d'abord les actes conservatoires. Ceci tout le monde l'admet. Il faut, en outre, maintenir tous les actes d'administration, et, dans la majorité des cas, le tuteur de fait n'accomplit que des actes d'administration.

Tutelle des enfants naturels.

On n'a pas parlé de la tutelle des enfants naturels. Elle doit être assimilée à celle des enfants légitimes. Les cas de dévolution sont, en principe, les mêmes: il y a tutelle légale, dative, ou testamentaire; les mêmes organes se retrouvent: il y a un tuteur, un subrogé-tuteur, et le tribunal intervient. Les pouvoirs du tuteur sont les mêmes, de même sa responsabilité; il y a même obligation de rendre compte, même hypothèque légale, mêmes obligations.

Les différences tiennent d'abord au remplacement du conseil de famille par le tribunal et au rôle du tribunal (art. 389 al. I3). Il y a des règles particulières pour la dévolution de la tutelle légale, art 389, ou dative art. 389 al. I2 et 14. La tutelle légale et la tutelle dative ne peuvent être déférées que par le tribunal, puisqu'il n'y a pas de conseil de famille.

Enfin pour les enfants naturels il n'y a jamais d'administration légale: c'est toujours la tutelle qui s'applique.

Chapitre III

LA CURATELLE DU MINEUR EMANCIPÉ

Le mineur cesse d'être en tutelle, ou sous la puissance paternelle, ou il cesse d'être soumis aux deux quand il est émancipé. Il devient alors demi-incapable. Il peut se préparer à la pleine capacité: il est mineur émancipé. Il peut se préparer à la pleine capacité. L'idée avait inspiré d'abord le législateur de I804, mais les rédacteurs du code civil ont peu suivi leur idée qui était très heureuse, savoir: créer une situation intermédiaire entre l'incapacité du mi-

Source : BIU Cujas

neur non-émancipé et la pleine capacité. Ils avaient d'abord pensé qu'il fallait que tout mineur, à partir de 18 ans, fût émancipé, de plein droit. Puis l'idée fut abandonnée. Tout mineur de 18 ans aurait été émancipé de plein droit, et son administrateur légal serait devenu son curateur.

De cette idée il n'est resté dans le code civil que deux traces. Cet âge de 18 ans a été conservé pour l'émancipation par le conseil de famille et pour fixer la cessation du droit de jouissance légale des père et mère.

Utilité de l'émancipation

L'émancipation a donc une grande utilité, de nos jours. Elle permet au mineur de faire du commerce, et elle est très fréquente à cet égard, quand on veut que le mineur, de bonne heure, soit commerçant. Mais le tuteur souvent fait émanciper le mineur pour être débarrassé de la gestion de la tutelle. Il écarte ainsi sa responsabilité, car c'est désormais le mineur qui va agir.

Mais elle est rare du vivant des père et mère, car elle complique la gestion des biens du mineur en s'ajoutant à l'administration légale. Ici il n'y a pas lieu de faire intervenir le conseil de famille, notamment dans les cas prévus dans les art. 483 et 484 du C.C.

Il faut étudier en cette matière les conditions de l'émancipation et ses effets.

I. Les conditions de l'émancipation. L'émancipation est légale

L'émancipation est légale ou volontaire. Elle est légale en cas du mariage du mineur (art. 470 du code civil). Elle résulte du mariage, car l'indépendance des époux est incompatible avec la subordination qu'implique la puissance paternelle ou la tutelle. Aucune condition de forme ou de fond n'est requise dès lors que le mariage est valable, au moins comme mariage putatif. Il y a ici une émancipation définitive, irrévocable, qui survivra à la dissolution du mariage, après la majorité. Le retrait de l'émancipation est impossible.

Normalement c'est la femme qui a moins de 21 ans lorsqu'elle se marie et qui devient mineure émancipée. Elle a alors pour curateur son mari, et si le mari est lui-même mineur émancipé, il a un curateur, et le curateur du mari sera le curateur de la femme.

ou volontaire

L'émancipation est volontaire quand elle émane du père de la mère, ou du conseil de famille pour les enfants légitimes. Pour les enfants naturels, elle émane du parent qui exerce la puissance paternelle ou du tribunal, puisque pour ces enfants, il n'y a pas

Source : BIU Cujas

de conseil de famille. Enfin pour les enfants adoptifs, elle émane de l'adoptant.

Formes de l'émancipation volontaire

De la part d'un parent, c'est-à-dire du père ou de la mère, l'adoption est possible à partir de 15 ans. Elle est faite par une déclaration de ce parent à la justice de paix, et c'est le juge de paix du domicile de l'enfant qui est compétent, puisque le domicile de l'enfant est celui de ses parents (art. 477 du code civil). Un procès-verbal est dressé sur les registres de la justice de paix, et l'expédition de ce procès-verbal servira de preuve à l'émancipation.

Le conseil de famille quand il émancipe ne peut le faire qu'à partir de 18 ans. Il le fait par une délibération, et l'expédition de la délibération du conseil de famille sert de preuve à l'émancipation.

Retrait de l'émancipation volontaire

Mais l'émancipation volontaire peut être retirée quand il y a des abus de la part du mineur émancipé. Cet abus ne peut exister, art. 484 et 485, que dans les cas d'engagements excessifs dont le tribunal a prononcé la réduction. Le mineur a montré par là qu'il n'était pas digne d'être émancipé.

Formes du retrait

Le retrait s'opère, en principe, dans les mêmes formes que l'émancipation. On applique ici le principe de la correspondance des formes. Toutefois il y a des cas où il n'est pas possible d'admettre cette correspondance. Par exemple, si le père ou la mère ayant émancipé sont morts, on ne peut opérer le retrait dans les formes de l'émancipation. Il faut recourir à une délibération du conseil de famille.

Situation du mineur émancipé après retrait de l'émancipation

L'enfant mineur émancipé, après retrait de l'émancipation, retombe sous la puissance paternelle ou en tutelle. Il ne peut plus être émancipé que par le mariage.

II. Effets de l'émancipation

Les effets de l'émancipation consistent à mettre fin à la puissance paternelle ou à la tutelle. Il y a alors curatelle.

La curatelle peut être légale. dative.

La curatelle est légale pour la femme mariée mineure émancipée. Le mari est alors curateur de droit.

La curatelle peut être dative (art. 480 du code civil). Le curateur est nommé par le conseil de famille. D'ordinaire c'est l'ancien tuteur; seulement on nomme un curateur ad hoc pour recevoir les comptes de tutelle.

Caractères et conditions de la curatelle

Les caractères et les conditions de la tutelle se retrouvent ici. La curatelle est obligatoire ou facultative et elle est gratuite. On retrouve les mêmes organes: conseil de famille ou tribunal, au

Source : BIU Cujas

moins par rapport aux enfants légitimes.

Capacité du mineur émancipé

Quant à sa personne le mineur émancipé a la liberté d'action d'un majeur, notamment il a un domicile à lui.

Le curateur assiste le mineur émancipé

Mais pour ses biens, il n'a qu'une demi-capacité. Il agit avec l'assistance de son curateur. Le curateur ne le représente plus comme le tuteur, le curateur ne se substitue pas à lui. Il l'assiste, c'est-à-dire, qu'il participe aux actes que le mineur peut faire, tels que les contrats ou les instances en justice.

Pouvoirs et obligations du mineur émancipé

En cas d'empêchement du curateur, une autorisation peut être donnée au mineur émancipé, autorisation qui doit être antérieure à l'acte. Mais il peut donner mandat et se faire représenter.

Il a quelques droits spéciaux. Il a surtout, d'après la loi, le droit de surveiller l'emploi des capitaux, art. 482 , et il a aussi le droit de faire opposition au mariage, art? 475 du code civil.

Mais il n'a pas de compte de tutelle à rendre, il n'a pas de restitution à opérer puisque le mineur émancipé est propriétaire de ses biens, et les a entre les mains. Les biens du curateur ne sont pas grevés d'une hypothèque légale, comme ceux du tuteur, et la responsabilité du curateur est toute différente de celle du tuteur. Il n'est responsable qu'en cas de défaut de remploi.

Recours du mineur émancipé contre les refus d'assistance du curateur

Le mineur émancipé a d'ailleurs un recours contre le refus d'assistance du curateur. Il peut même attaquer une décision du conseil de famille. Les recours contre le refus du curateur ou du conseil de famille sont portés devant le tribunal.

LE CONSEIL JUDICIAIRE ET L'INTERDICTION.

Le conseil judiciaire

Ce que c'est que le conseil judiciaire

Un prodigue, un faible d'esprit qui conserve toute sa liberté d'agir, quant à sa personne, est assisté pour l'administration de ses biens. Un conseil judiciaire lui est donné, au moins pour l'accomplissement des actes graves susceptibles d'atteindre son patrimoine ou de le diminuer.

En cas de double incapacité, c'est-à-dire quand une femme mariée ou un mineur est en même temps prodigue ou faible d'esprit, l'incapacité suffit à les protéger, grâce à la présence du tuteur, du mari ou du curateur. Cependant la nomination d'un conseil judiciaire pourra être utile pour le mineur à l'appro-

Source : BIU Cujas

che de la majorité, pour la femme mariée quand elle a, par son contrat de mariage, obtenu une capacité supérieure à celle qu'elle aurait eue si elle s'était mariée sans contrat. C'est le cas pour la femme séparée de biens qui a une assez large capacité.

Le conseil judiciaire est une personne qui est chargée d'assister le prodigue ou le faible d'esprit dans la gestion de son patrimoine, au moins pour les actes importants. L'état du prodigue ou du faible d'esprit n'est pas assez grave pour qu'on provoque son interdiction. Il n'y a pas lieu non plus de réquérir son internement. Il n'est pas dangereux pour autrui. Ses actes ne sont dangereux que pour lui.

Origine de cette institution

Par conséquent, le législateur n'a pas eu l'idée de conserver le système de l'ancien droit, d'ailleurs imité du droit romain. La curatelle de l'ancien droit, en effet, ne faisait du prodigue qu'une sorte d'individu ayant une capacité limitée, mais déjà il parlait d'assistance.

Au cours des travaux préparatoires, une discussion assez vive s'éleva à cet égard en 1804. Tronchet avait soutenu que la prodigalité est un bienfait pour la société, puisque le prodigue fait rentrer dans la circulation la fortune acquise par ses parents. Or, l'essentiel, c'est que l'argent circule, c'est que la fortune change de mains. Mais Portalis, au contraire, avait montré qu'il y a un danger économique à laisser des actes de prodigalités s'accomplir, car ces actes n'ont pas toute l'utilité qu'ils pourraient avoir et il lui était facile de montrer que le jeu est particulièrement dangereux de la part du prodigue. Il invoquait d'ailleurs la tradition, les dangers sociaux et familiaux de la prodigalité et, une fois de plus, par la conciliation, le code civil de 1804 a admis un régime moins sévère que l'interdiction. Un diminutif de la curatelle.

La dation d'un conseil judiciaire est propre au prodigue et au faible d'esprit Conditions de nomination du conseil judiciaire En ce qui concerne le prodigue

La dation d'un conseil judiciaire est une mesure qui est propre au prodigue et au faible d'esprit. En cette matière il convient de voir quelles sont les conditions de nomination d'un conseil judiciaire et les effets de cette nomination.

Les personnes qui peuvent être pourvues du conseil judiciaire sont le prodigue et le faible d'esprit art. 499 du C.Civ.

Un prodigue est un individu qui dilapide sa fortune sans utilité, au risque de compromettre son avenir et celui de sa famille.

Il faut donc deux conditions pour qu'on ait à faire à un prodigue il faut qu'il s'agisse d'un individu qui dilapide sa fortune et qui la dilapide sans uti-

Source : BIU Cujas

lité.

Il faut qu'il s'agisse d'un individu qui dilapide sa fortune

Il dilapide sa fortune, c'est-à-dire qu'il mange le fonds et les revenus, le capital avec les revenus. Dès lors, cette condition, comme la notion de prodigalité, est quelque chose de relatif, et un individu très riche peut accomplir des actes qui ne sont pas des actes de prodigalité, alors que ces mêmes actes, exécutés par un autre seraient constitutifs de la prodigalité. On peut citer à cet égard un arrêt de la Cour de Paris du 31 janvier 1894 (S. 1895 2.84) M. Lebaudy avait hérité de son père d'une fortune énorme pour l'époque, puisqu'elle s'élevait à plus de 27 millions. Il avait des revenus supérieurs à 1.300.000 francs. Au bout d'un an, sa mère demanda qu'il lui fût nommé un conseil judiciaire. Mais son avocat, Waldeck Rousseau fit remarquer que, malgré toutes ses folies, en un an, il n'avait dépensé que la moitié de ses revenus. En conséquence, il n'a pu être pourvu d'un conseil judiciaire. Les dépenses faites doivent donc être exagérées.

Sans utilité

De plus elles doivent être sans utilité. Celui qui, ayant une maison, la surélève, celui qui voit grand dans une entreprise n'est pas nécessairement un prodigue celui qui reboise, celui qui reconstitue un vignoble ne fait peut être pas non plus un acte dangereux. Au contraire, le joueur, celui qui, suivant la formule, fait de grosses différences, est un prodigue, quoi-que la jurisprudence ne considère pas nécessairement qu'il y ait un acte de prodigalité dans le fait de spéculer à la Bourse.

En ce qui concerne le faible d'esprit

Un faible d'esprit, c'est tout autre chose. C'est un individu dont les facultés sont inférieures à la normale de sorte qu'elles ne lui permettent pas de défendre convenablement ses intérêts pécuniaires. Il n'est pas aliéné, ni dément, il n'a seulement qu'une infirmité qui peut être naturelle, c'est le cas de l'individu complètement fou, mais il peut avoir aussi une infirmité qui est née à la suite d'une maladie, ou à la suite d'un vice tel que l'ivrognerie. Il est ce qu'on appelle un minus habens. Un tribunal jugera de l'insuffisance de ses facultés intellectuelles ou mentales. Le tribunal pourra d'ailleurs dire qu'il n'y a pas lieu à dation d'un conseil judiciaire, mais il arrive souvent que quand l'interdiction d'un individu est demandée le tribunal estime suffisante la dation d'un conseil judiciaire.

Les personnes qui peuvent faire nommer un conseil judiciaire

Le conseil judiciaire est nommé sur l'action des personnes mêmes qui peuvent faire prononcer l'interdic-

Source : BIU Cujas

tion. Par conséquent, on verra plus loin la détermination de ces personnes.

Au cours de la procédure de dation d'un conseil judiciaire, il est souvent nommé un administrateur provisoire qui gère le patrimoine du prodigue et du faible d'esprit, jusqu'au jour du jugement.

Qui peut être conseil judiciaire

Le conseil judiciaire est d'ordinaire un parent mais ce peut être un étranger. Il est toujours datif. Une femme mariée peut avoir un conseil judiciaire autre que son mari, tandis que le mari est, normalement, de droit, le tuteur de la femme interdite. Mais la femme ne peut être conseil judiciaire de son mari tandis qu'elle peut être cotutrice en cas d'interdiction; C'est qu'il y a ici une différence qui s'explique. Le mari, quand il est interdit, n'a plus la puissance maritale. Au contraire il la conserve encore quand il est pourvu d'un conseil judiciaire.

Caractère du conseil judiciaire C'est une fonction gratuite

Le conseil judiciaire exerce une fonction gratuite, en principe, mais très souvent, il est rémunéré. On est obligé de lui donner une certaine rémunération car sans cela on ne trouverait pas de conseil judiciaire. Ce n'est pas, en effet, une situation très agréable car, lorsque le conseil judiciaire a en face de lui un véritable prodigue, le prodigue est sans cesse chez lui pour lui demander l'accomplissement de certains actes.

Ce n'est pas une fonction obligatoire

C'est une fonction qui n'est pas obligatoire.

Cessation des fonctions du conseil judiciaire

Un conseil judiciaire peut d'ailleurs demander à être relevé de ses fonctions au bout d'un certain temps et il peut être révoqué par le tribunal, dans les mêmes conditions que celles de sa nomination. Il peut en effet, avoir commis des fautes graves dans l'accomplissement de ses fonctions, il peut être remplacé par un autre conseil judiciaire ou si l'interdiction a été demandée, par un tuteur.

Main levée du conseil judiciaire

La main levée du conseil judiciaire peut également être demandée par toute personne pouvant provoquer la dation du conseil judiciaire, et par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire qui estime qu'il a, pendant un certain nombre d'années, donné des preuves de sa capacité à gérer ses biens. Il n'est plus prodigue, ou bien son intelligence s'est développée; le défendeur est alors le conseil judiciaire.

Effets de la dation du conseil judiciaire Le conseil judiciaire assiste le prodigue

Le conseil judiciaire est une sorte de curateur. Il assiste le prodigue ou le faible d'esprit. Cette assistance se fait nécessairement par la présence, en cas d'instance en justice; dans les contrats elle se réalise soit par la présence, soit par une autorisation donnée par le conseil.

On n'a pas à revenir sur les cas dans lesquels

Source : BIU Cujas

digue ou le faible d'esprit

quels cette assistance est nécessaire. On les a envisagés en se préoccupant de la capacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire.

Responsabilité du conseil judiciaire

Le conseil judiciaire n'administre pas pour le prodigue ou le faible d'esprit comme le fait le tuteur. Il ne représente pas le prodigue ou le faible d'esprit, il l'assiste, autrement dit il n'a pas un rôle vraiment actif, et il en résulte qu'il n'y a pas à son égard les garanties du tuteur, puisqu'il n'a pas entre les mains les meubles ou les immeubles du prodigue ou du faible d'esprit. Le prodigue ou le faible d'esprit reste à la tête de son patrimoine, mais il ne peut, pour les actes importants, agir qu'avec l'intervention, l'assistance de son conseil. En conséquence il n'y a pas d'hypothèque légale qui grève les immeubles du conseil judiciaire. Il n'y a pas de compte à rendre de la part de ce conseil. Ce sont autant de ressemblances avec la situation du curateur. Il n'est responsable que de son dol, de sa faute lourde cependant, comme il est assez souvent rémunéré, alors il doit encourir la responsabilité de tout mandataire salarié et il est responsable de ses fautes mêmes légères.

Recours contre les décisions du conseil judiciaire

Un recours est ouvert à la personne pourvue d'un conseil judiciaire en cas de refus d'assistance sans motif légitime. Ce recours a lieu devant le tribunal civil. Il peut être écarté par le tribunal qui juge que c'est à bon droit que le tribunal a refusé l'assistance. Mais il se peut que le conseil soit censuré par le tribunal qui estime qu'il aurait dû assister. Le consril ainsi censuré s'exécute d'ordinaire, mais il peut s'abstenir. Il n'y a aucun moyen de le forcer à assister, et c'est pourquoi les tribunaux ont eu recours, en laissant de côté la destitution, à un procédé très simple; la nomination d'un conseil judiciaire ad hoc nommé uniquement pour la passassion d'un acte, et si l'obstination du conseil judiciaire est jugée illégitime de la part du tribunal, au bout d'un certain temps, le tribunal peut faire provoquer son remplacement. Un conseil ad hoc est d'ailleurs normalement nommé, en cas d'opposition d'intérêts entre le prodigue, le faible d'esprit et le conseil judiciaire lui-même.

On en arrive maintenant à l'internement et l'interdiction.

Source : BIU Cujas

L'internement et l'interdiction.

Il faut distinguer à cet égard 3 catégories de personnes

Les personnes dont les facultés mentales sont altérées, au point de vue de leur capacité, sont, soit non internées ni interdites, soit internées, soit interdites. Il y a à ce point de vue trois catégories d'incapables. Et il faut voir l'organisation de la protection de ces trois catégories d'aliénés.

Absence d'organisation de protection à l'égard des aliénés non internés et non interdits

Aucune organisation n'existe pour les aliénés qui ne sont ni internés ni interdits. On s'en remet aux parents, à la famille, mais pour les internés et les interdits il en est autrement et on va voir que deux mesures essentielles peuvent être prises.

En ce qui concerne les aliénés internés et interdits deux autres mesures peuvent être prises.

Quand l'état d'imbécilité, de démence, de furie et, ajoutons ici, puisqu'il faut prévoir bien d'autres cas la mélancolie, la neurasthénie, l'ivrognerie qui peuvent entraîner l'altération des facultés mentales, si cet état d'altération des facultés mentales, n'a qu'un caractère passager, on recourera à l'internement. Si au contraire elle présente un caractère durable on aura recours à l'interdiction. Mais, bien souvent, il n'y a qu'un commencement de procédure d'exécution: on fait nommer un administrateur provisoire, dans les conditions qu'on va préciser, mais on ne va pas jusqu'à la nomination d'un tuteur à l'interdit si bien qu'en fait trois situations sont possibles: l'internement, la dation ou la nomination d'un administrateur provisoire et la nomination d'un tuteur. Ajoutons que l'internement s'applique à tous les individus dont les facultés sont altérées mais que l'interdiction ne s'applique qu'aux individus qui ont une certaine fortune, sinon à quoi bon la procédure de l'interdiction ?

L'internement

L'internement est la première de ces deux mesures.

Il est réglementé par la loi du 30 Juin 1838

Avant la loi de 1838, le code civil n'avait rien prévu . Il y avait eu des abus, qui avaient montré les inconvénients de l'absence de toute législation. Aussi la loi du 30 juin 1838 est-elle venue fixer les conditions de l'internement et ce sont ces conditions qu'il faut examiner. C'est une loi qui, depuis le début de ce siècle n'a cessé d'être critiquée. On montre ses inconvénients, bien qu'elle fonctionne normalement mais on dit qu'au fond on n'est jamais sûr de ne pas être interné le lendemain. C'est qu'il faut penser au danger très réel des séquestrations arbitraires. Il est très délicat de les empêcher.

Comment s'effectue l'internement d'un aliéné

Le placement d'un interné a lieu d'une façon différente selon qu'il s'agit d'un aliéné inoffensif ou d'un aliéné dangereux.

Source : BIU Cujas

Inoffensif

S'il s'agit d'un aliéné inoffensif, il est interné sur une demande faite, avec justification de l'identité de l'aliéné, et justification de l'identité du demandeur qui doit être une personne parente, alliée ou en relations avec le dément. Un certificat médical de moins de 10 jours doit être produit. Il doit constater à la fois l'état d'aliénation mentale, et la nécessité de l'internement.

ou dangereux

S'il s'agit d'un aliéné dangereux, à ces personnes qui peuvent intervenir on en ajoute d'autres, et il y a surtout le ministère public. Il y a aussi, d'une façon toute différente les préfets car le ministère public n'a pas à proprement parler à agir. C'est le pouvoir exécutif qui intervient. Les autorités publiques, à Paris, c'est le préfet de police, et, dans les départements, ce sont les préfets. Ils doivent délivrer un ordre motivé et annexer à leur ordre un certificat médical. Le ministère de l'intérieur doit être immédiatement prévenu. On cherche à éviter les séquestrations arbitraires.

Quand il y a urgence cependant, les commissaires de police et le maire ont le droit de demander l'internement, mais ils doivent en référer au préfet, dans les 24 heures. Il y a là, par conséquent, des garanties qui sont très sérieuses. On verra si les projets de réforme prévoient beaucoup mieux. On verra en effet ce qu'on propose de substituer à ce régime.

La sortie de l'interné

La sortie de l'interné est réglée dans des conditions analogues, mais, bien entendu, il y a une différence qui est faite selon que le placement a été volontaire ou forcé.

En cas de placement volontaire

Le placement volontaire permet la libération sur la demande de l'interné,(1) quand il se trouve guéri. Mais sa sortie pourrait être réclamée par l'administrateur de ses biens, par un parent, le conjoint, un ascendant ou descendant. C'est qu'en effet les descendants y ont parfois un intérêt s'il y a lieu de faire un testament, alors qu'ils craignent

---

(1) Le cas s'est présenté pour un professeur de la faculté de médecine de Paris qui avait étudié sur d'autres sa maladie, et qui, un jour déterminé, est entré dans une maison de santé. A ce moment, il était tout à fait sain d'esprit; quelques jours après son entrée, il est d'ailleurs devenu complètement fou.

Source : BIU Cujas

qu'on ne soulève l'incapacité de l'interné. Mais ces mêmes personnes peuvent aussi, quand c'est l'une d'elles qui demande la sortie de l'interné, s'y opposer.

En cas de placement forcé

Quand le placement a été forcé, c'est le préfet qui décide s'il y a lieu à la sortie et il y a des mesures de précaution. Les préfets doivent décider chaque semestre s'il doit y avoir maintien de l'internement.

Les établissements d'aliénés sont de deux sortes:

Il existe des établissement d'aliénés de différentes sortes; et il y en a qui prêtent souvent à critiques. Les établissements d'aliénés sont publics ou privés. Les établissements privés ce sont les maisons de santé.

Le régime des établissements publics

Il y a un établissement public, en principe, dans chaque département ou bien chaque département a un asile où il envoie ses aliénés. Cet asile reçoit les aliénés qui sont envoyés sur l'ordre du préfet, et les frais d'internement sont payés par l'Etat, les départements et les communes selon certaines règles.

Le régime des établissements privés

Les établissements privés d'aliénés ne peuvent être ouverts que moyennant l'autorisation du gouvernement, et la surveillance de l'autorité publique doit s'y exercer. Cette surveillance est d'abord médicale. Elle est exercée par les médecins de l'établissement. Elle est en outre administrative. C'est la surveillance par le préfet qui, tous les six mois, doit décider du maintien de l'internement. Il y a enfin une surveillance judiciaire surtout exercée par le président du tribunal ou le procureur de la République qui sont tenus à visiter tous les trois mois les établissements d'aliénés privés.

Jugement critique du système établi par la loi de 1838

Des précautions sont donc prises contre les internements arbitraires car il y a bien des médecins complaisants qui donnent un certificat pour interner un parent gênant, du fait qu'il est capable de disposer de ses biens, autrement qu'on ne le voudrait. Et il y a bien des médecins incompétents, au point de vue de l'altération des facultés mentales. Ce sont là des questions délicates, et il est très difficile de savoir si un individu peut être soigné convenablement chez lui ou non.

De nombreux projets de réforme ont prétendu garantir plus sûrement que la loi de 1838 la liberté individuelle. Mais il ne faut rien exagérer. Que propose-t-on d'ailleurs de mettre à la place ? Deux certificats médicaux ? Mais si l'un ne vaut rien pourquoi en demande-t-on un second ? Ne peut-il y avoir deux médecins complaisants ou incompétents ? On propose l'intervention du tribunal, mais qu'y connaît-il ? Offre-t-il

Source : BIU Cujas

plus de garantie que le préfet ? On propose enfin l'institution d'une commission spéciale des aliénés. Cette commission pourra évidemment rendre des services, mais ces solutions s'imposent si peu que depuis 1900 on n'est pas parvenu à s'entendre sur le régime à adopter.

Les effets de l'internement L'interné est traité comme un malade.

L'interné, et ce sont alors les effets de l'internement, doit avoir le régime d'un malade. C'est, en effet, un malade. On doit chercher à obtenir sa guérison. Il peut recevoir des visites. On a même vu un cas curieux où une paternité avait été attribuée à l'interné. S'il est dangereux, il recevra des visites dans des conditions particulières. Il n'a pas droit au secret de la correspondance.

Ses biens sont gérés par un administrateur provisoire

Ses biens vont être gérés par un administrateur provisoire et par des mandataires spéciaux. Dans les établissements publics d'aliénés l'administrateur provisoire est un délégué de la commission administrative de surveillance de cet établissement art. 31 de la loi de 1838. Dans les établissements privés il n'y a pas d'administrateur provisoire de droit, et l'administrateur provisoire doit toujours être nommé par le tribunal. Le tribunal, en chambre du conseil, nommera, pour trois ans, un administrateur provisoire, mais si la nomination n'a lieu que pour trois ans , un renouvellement est possible art. 32 et 37 de la loi de 1838.

Cet administrateur provisoire n'est pas un tuteur. Les pouvoirs qui lui sont conférés sont moindres que ceux d'un tuteur, cependant ils sont calqués sur ceux d'un tuteur, notamment il y a mêmes dispenses, même excuses mêmes incapacités mêmes règles pour la destitution que par rapport à un tuteur .Ajoutons que la loi du 27 février 1880 concernant les valeurs mobilières des mineurs s'applique à cet administrateur provisoire.

Mais il y a des organes qu'on ne retrouve pas ici: Il n'y a pas de subrogé-tuteur, et il n'y a pas de conseil de famille.

Les pouvoirs de l'administrateur provisoire quant à la personne et quant aux biens

Les pouvoirs des administrateurs provisoires sont limités. Ils ne concernent pas la personne: ils ne concernent que les biens. Il est vrai que quant à la personne en raison de l'internement il y a beaucoup moins à craindre.

Quant à ses pouvoirs sur les biens, on ne lui reconnaît que le pouvoir de faire des actes conservatoires et des actes d'administration très limités. Les baux de 9 ans même ne lui sont pas permis, ce ne sont que les baux de 3 ans. L'administrateur provisoire peut également vendre le mobilier, avec l'autorisation du président du tribunal. Il peut recevoir les revenus et les capitaux.

Source : BIU Cujas

Responsabilité de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire n'a pas ses immeubles grevés de l'hypothèque légale, mais il y a certaines garanties. Pour les établissements publics, c'est le receveur de cet établissement qui est responsable et il a à cet effet déposé un cautionnement. Pour les établissements privés, la loi de 1838 prévoit qu'une hypothèque peut être constituée sur les immeubles de l'administrateur provisoire, hypothèque qui sera générale ou spéciale, et dont l'étendue sera fixée par le tribunal.

Par qui sont acquittés les frais d'internement

Les frais de l'internement sont à la charge de l'aliéné, quand il a des ressources, ou à la charge de ceux quisont tenus à son égard d'une obligation alimentaire. Quand il n'a pas de ressources, il faut que l'Etat le département ou la commune intervienne, et il s'agit de la commune du lieu de son dernier domicile.

L'interdiction

L'interdiction.

Qu'est-ce que l'interdiction judiciaire

L'interdiction judiciaire, c'est l'état d'un individu auquel on a enlevé l'administration de ses biens, par un jugement du tribunal civil, constatant son aliénation mentale. C'est une mesure de protection, tandis que l'interdiction légale qui frappe le condamné est une véritable peine.

Il convient d'examiner successivement les conditions, la procédure et les effets de l'interdiction judiciaire.

Ses conditions

Ses conditions sont relatives aux causes d'interdiction, et aux personnes qui peuvent agir en interdiction.

Les causes de l'interdiction

Les causes de l'interdiction, l'art. 489 les indique en ces termes "imbécilité, démence ou fureur". Mais au fond c'est toute aliénation ou altération mentale qui met l'individu dans l'impossibilité de se gouverner et d'administrer ses biens qui justifie l'interdiction. Il y a ici un large pouvoir du tribunal, et le tribunal peut très bien, quand une demande d'interdiction est formée devant lui, n'accorder que la dation d'un conseil judiciaire.

Il faut d'ailleurs pour qu'il y ait interdiction, non seulement qu'il y ait altération des facultés mentales, intellectuelles, mais encore que ce soit un état habituel, c'est-à-dire durable, mais non permanent, car l'interné peut avoir des intervalles lucides.

En principe le mineur ne peut être interdit

L'art. 489 du C.Civ. dit que " le majeur qui est dans un état habituel d'imbécilité, de démence ou de fureur doit être interdit même lorsque cet état

Source : BIU Cujas

présente des intervalles lucides". N'en faut-il pas conclure que le mineur ne peut être interdit ? C'est la solution de la jurisprudence, avec cette réserve qu'elle permet l'interdiction à l'approche de la majorité dans l'intérêt même du mineur, pour que le mineur aliéné ne manque pas de la protection que doit lui assurer la loi. Notamment pendant la période nécessaire pour la procédure d'interdiction jusqu'au jugement d'interdiction.

Les personnes qui peuvent provoquer l'interdiction

Les personnes qui peuvent provoquer l'interdiction sont limitativement déterminées dans les art. 490 et 491.

C'est d'abord le conjoint. Nul, mieux que lui, ne peut se rendre compte de la situation. Quand c'est la femme elle doit être autorisée de justice.

Un parent

C'est un parent à l'exclusion de tout allié mais lequel. Il semble qu'il y ait eu intention de la part du législateur de lier le droit de provoquer l'interdiction au droit de succession, au droit de succéder à l'interdit. La question s'est posée, depuis que le degré de successibilité a été ramené du 12° au 6° degré de savoir s'il n'y avait que les parents jusqu'au 6° degré qui pouvaient provoquer l'interdiction. Mais ici la question ne saurait faire difficulté. La loi du 31 décembre 1917 qui est une loi de budget et qui a modifié à cet égard l'art. 755 du C.Civ. si elle a ramené le degré de successibilité du 12° au 6° degré, a déclaré que l'individu incapable de tester aurait des héritiers jusqu'au 12° degré. Or ici l'aliéné pour lequel une demande d'interdiction est formée est bien un individu qui n'est pas en état de tester, car pour tester il faut être sain d'esprit. En conséquence, les parents jusqu'au 12° degré peuvent requérir l'interdiction.

Le ministère public

Enfin le ministère public peut demander l'interdiction des aliénés dangereux et aussi des aliénés qui ne sont pas dangereux, quand il n'y a pas de parents connus, ou que ceux-ci ne veulent pas agir pour ne pas payer les frais de la procédure d'interdiction. Le ministère public peut d'ailleurs se borner à provoquer, par l'intermédiaire du préfet, l'internement.

Procédure de l'interdiction

La procédure de l'interdiction est intéressante à étudier car, le plus souvent, on ne la conduit pas jusqu'à son terme. On se contente de la nomination d'un administrateur provisoire. On ne va pas jusqu'à la nomination d'un tuteur.

Jusqu'à la nomination d'un administrateur provisoire elle a lieu en

La procédure commence par une requête au président du tribunal du domicile de l'aliéné qui est défendeur. Il faut indiquer les causes pour lesquelles l'interdiction est demandée. Il y aura des témoins, la production de pièces justificatives art. 493. On commu-

Source : BIU Cujas

chambre du conseil

nique la requête au ministère public. Un juge rapporteur est nommé. Le rapport est lu en chambre du conseil. Le tribunal ordonne la convocation du conseil de famille dans les cas ordinaires, avec exclusion cependant du demandeur en interdiction art. 494 et 495 du C.Civ. Le conseil de famille donne un avis. Le tribunal interroge le défendeur prétendu aliéné en chambre du conseil, ou si on ne peut le faire venir, il le fait interroger par un juge commis à cet effet. Puis le tribunal nomme, en chambre du conseil, un administrateur provisoire art. 496 et 499. D'ordinaire la procédure s'arrête là.

Après cette nomination elle devient publique

Si cependant l'aliénation dure il se peut que l'on continue la procédure. En fait cela n'arrive jamais que quand l'aliéné a une certaine fortune. Alors la procédure devient publique. Une véritable instance va avoir lieu. Le demandeur en interdiction assigne l'aliéné devant le tribunal. Il y a une enquête médicale, et un jugement sera rendu en audience publique art. 498. Ce jugement peut rejeter la demande purement et simplement. Ou bien, art. 492 il peut estimer que la dation d'un conseil judiciaire est suffisante.

Valeur du jugement qui prononce l'interdiction

S'il accepte de nommer un tuteur, s'il prononce l'interdiction, il rend un jugement qui a une autorité erga omnes car c'est un jugement constitutif d'état.

Les voies de recours ordinaires sont possibles.

Publicité de ce jugement

Ce jugement doit être publié. Il doit être affiché sur le tableau dans l'auditoire du tribunal et dans les études de notaire de l'arrondissement art. 501 du C.Civ. Une loi du 16 mars 1893, a , de plus, exigé la mention de cette interdiction sur un registre tenu au greffe du tribunal du lieu de naissance de l'interdit. Cette publicité n'est pas sanctionnée parl'inopposabilité aux tiers, mais par une amende prononcée contre le greffier ou l'avoué demandeur.

Mainlevée de l'interdiction

L'interdiction peut être levée. La mainlevée de l'interdiction peut être demandée par les mêmes personnes que celles qui peuvent provoquer l'interdiction, mais il faut y ajouter l'interdit.

On admet les mêmes formes de procédure: il y a correspondance des formes dans la nomination du tuteur et dans la main levée de l'interdiction. Le tuteur est défendeur. La mainlevée peut être complète ou partielle en ce sens que le tribunal peut estimer que l'individu est un minus habens, par exemple, un faible d'esprit, et le tribunal peut lui donner un conseil judiciaire.

Les formalités de publicité sont les mêmes que pour la prononciation de l'interdiction et l'art. 512 dit que l'interdit dont l'interdiction est levée

Source : BIU Cujas

recouvre pleine capacité du jour du jugement de mainlevée.

Les effets de l'interdiction

L'interdit devient incapable. Il est placé en tutelle. On connaît cette incapacité. Il faut seulement voir les règles qui sont applicables à la tutelle. Ce sont en principe les règles de la tutelle du mineur non émancipé. L'art. 509 du C.Civ. le dit formellement. Mais cette assimilation n'est pas complète.

Il faut appliquer en principe, à la tutelle de l'interdit les règles de la tutelle du mineur

L'assimilation de la tutelle de l'interdit à celle du mineur existe au point de vue des organes de la tutelle. Il y a tuteur, subrogé-tuteur, conseil de famille et tribunal. Il y a les mêmes causes d'incapacité d'exclusion, de destitution et d'excuse du tuteur.

Le régime de la personne et le régime des biens de l'interdit est celui du pupille. Les pouvoirs et les attributions de ces organes sont identiques notamment il y a lieu de rappeler la loi du 27 février 1880 pour les valeurs mobilières de l'interdit. Enfin les obligations du tuteur sont toujours les mêmes.

Toutefois il n'y a pas à faire ici une assimilation complète entre les 2 tutelles

Mais cette assimilation n'est pas complète et il existe des différences.

En ce qui concerne la délation de la tutelle

Quant à la délation de la tutelle d'abord, la tutelle de l'interdit n'est légale que d'une façon limitée, dans le cas de l'art. 506 du C.Civ. Le mari est tuteur, de droit, de sa femme interdite. Mais il n'y a pas de possibilité de tutelle testamentaire des interdits: la tutelle des interdits est toujours dative, sauf l'exception de l'art. 506.

En ce qui concerne la composition du conseil de famille.

Il y a également des différences quant à la composition du conseil de famille. Si l'interdit est marié, sa femme doit faire partie du conseil de famille.

En ce qui concerne les pouvoirs du tuteur

Il y a encore des différences quant aux pouvoirs du tuteur. Ici on est en présence d'un malade. Il faut tout faire pour sa guérison. Il faut se préoccuper uniquement du présent, sans songer à l'avenir, comme pour le pupille. Le tuteur de l'interdit peut faire une libéralité, constituer une dot , faire une donation pour établir un enfant, après l'avis du conseil de famille et l'homologation du tribunal art. 511 du C.Civ. et, d'après l'art. 507, il peut agir en séparation de corps, après l'avis du conseil de famille.

Cessation de la tutelle de l'interdit

La cessation de la tutelle de l'interdit peut avoir lieu pour des causes différentes. Il peut s'agir tout d'abord de la mainlevée de l'interdiction. Il faut y ajouter, art. 508, qu'après 10 ans le tuteur d'un interdit peut demander à être relevé de ses fonc-

Source : BIU Cujas

tions, quand il n'est ni ascendant ni descendant car si, en ce qui concerne le mineur, la tutelle ne peut durer très longtemps, puisqu'elle trouve une limite dans l'émancipation ou la majorité, ici la tutelle de l'interdit peut durer très longtemps. On permet alors au tuteur de faire cesser la tutelle après 10 ans.

Source : BIU Cujas

III° PARTIE

LES DROITS REELS PRINCIPAUX

Définition du droit réel

Sans revenir sur la détermination de la nature des droits réels, on peut dire que le droit réel est un droit opposable à tout le monde qui établit un rapport direct et immédiat entre la personne humaine et les choses du monde extérieur.

On connaît aussi son caractère essentiel il est obligatoire, et ses attributs; il confère un droit de suite et un droit de préférence.

Le nombre des droits réels est limité par le législateur

Le nombre des droits réels est limité par le législateur, d'après l'opinion courante; mais au fond, on peut se demander s'il n'est pas possible d'ajouter à cette liste. Notre étude se restreindra d'ailleurs aux droits réels principaux, ce qui exclut les droits réels accessoires. On a fait cette distinction en son temps. On sait que les droits réels principaux sont: la propriété, les servitudes réelles ou personnelles, l'usufruit et l'enphytéose. On va étudier ces droits en distinguant la propriété et les démembrements de la propriété.

Droits réels principaux et droits réels accessoires

Quant aux droits réels accessoires ce sont: le nantissement, l'hypothèque, et les privilèges immobiliers au moins. Leur étude est du ressort de la seconde année. C'est pourquoi on limitera cette étude aux droits réels principaux.

Mais est-il possible de créer, dans notre droit, des droits réels nouveaux ? On ne trouve, dans notre droit, que les droits réels qui existaient déjà du temps des Romains. Les uns ont dit que c'était parce que l'imagination humaine, en cette matière, était très limitée. Il faut plutôt s'en tenir à cette considération que les choses ne sont susceptibles de rendre aux personnes que des services limités, déterminés, qu'on a pu apprécier dès les Romains. Ils découlent des éléments du droit de propriété. Ils n'ont pas varié, et on n'a pas créé de nouveaux droits réels, car on n'a pas trouvé de nouvelles utilités.

D'ailleurs le droit réel est opposable à tout le monde: si on avait à créer un nouveau droit réel , ce serait seulement en prenant certains éléments du droit de propriété afin de faire quelque chose de

Source : BIU Cujas

composite, et non pour créer de toutes pièces un nouveau droit réel.

On envisagera ici: 1° les droits réels en eux-mêmes.

2°) Les modes d'acquisition et d'extinction des droits réels. Mais on n'étudiera pas la protection des droits réels.

TITRE I

LES DROITS REELS ENVISAGES EN EUX-MEMES.

Envisageons donc les droits réels en eux-mêmes, c'est-à-dire examinons essentiellement la propriété et les démembrements de la propriété.

Chapitre I

LA PROPRIETE

La propriété a subi au cours des temps, une évolution constante

La propriété a subi, au cours des temps une évolution constante qui n'est pas terminée, et dont personne ne peut dire quel sera le terme, en admettant qu'il puisse y en avoir un. Cela a été l'erreur de beaucoupd'économistes du XIXème siècle que de s'imaginer que la propriété était arrivée à un point de développement maximum, et qu'aucun progrès ne pouvait être réalisé. Ils ont fait ainsi beau jeu à l'école socialiste qui a pu s'attaquer alors à un droit de propriété tout théorique.

La propriété à Rome

La propriété a-t-elle commencé a être collective ? M. Hémard est persuadé que, dans les communautés primitives, il existait déjà une propriété privée très limitée, mais qui s'est accentuée avec le temps de sorte que la propriété privée a trouvé son développement le plus complet dans le droit romain. Le droit romain nous offre une propriété très développée avec la plena in re potestas et propriété ex jure quiritium. C'est le droit romain qui a créé la propriété individuelle de telle sorte que certains disent que la propriété est absolue, sans limite. Elle portait en effet sur tout, sur les choses comme sur les hommes et même les dieux

Source : BIU Cujas

à Rome le domaine de la propriété est aussi large que possible. Ajoutons qu'à Rome enfin la propriété collective est effacée, bien qu'il faille la reconnaître aux corporations et à certains groupements.

La propriété dans l'ancien droit

Au moyen âge, la propriété collective va reparaître. La féodalité introduit un nouveau régime de propriété. Le seigneur avait d'abord été maître absolu sur ses terres. Il avait des droits très étendus, un droit perpétuel, mais il avait conféré des droits à son vassal et tandis que le seigneur avait la propriété du domaine direct, le vassal avait la propriété utile, le domaine utile. Le droit du vasszl consistait surtout à se servir des terres du seigneur. Mais ce droit devint de plus en plus solide et le vassal en vint à être considéré comme le propriétaire.

La propriété dans le droit intermédiaire

Il faut se rendre compte de ce qu'a fait la Révolution à cet égard. Il s'est produit un déplacement, un revirement de situation entre le seigneur et le vassal, et le seigneur qui, au début de la féodalité, était véritablement un propriétaire, en est arrivé à n'être qu'un créancier n'ayant droit qu'à une redevance à laquelle il faut ajouter certaines prérogatives, comme le droit de chasse, par exemple. Pothier disait que celui qui a le domaine utile s'appelle propriétaire et que celui qui a le domaine direct s'appelle seigneur. Ainsi le déplacement était déjà réalisé avant la Révolution. La Révolution n'eut qu'à supprimer non pas la propriété du seigneur mais les redevances dues au seigneur. La Révolution a eu l'illusion d'opérer un transfert de propriété du seigneur au vassal, mais au fond, elle a seulement supprimé la redevance pour en arriver à la propriété individuelle du droit moderne.

En France, en 1789, on était imbu de tout ce qui était romain, on a repris la conception de la propriété à la romaine: on en a fait un droit absolu, sans limite et on en est venu à négliger la propriété collective. Il est vrai qu'on sortait du régime des corporations qui était une atteinte à la liberté et la propriété collective s'est effacée au temps du code civil. Elle va d'ailleurs renaître et se développer. On la verra renaître de nos jours.

La notion de propriété évolue sans cesse

On a soutenu que l'évolution de la propriété s'était faite dans le sens d'une limitation continuelle de la propriété privée, aussi bien quant aux objets susceptibles de propriété, que quant au droit de propriété. Or s'il y a, par rapport à certains objets, une limitation du droit de propriété, la propriété individuelle est allée sans cesse se développant, à mesure que la

Source : BIU Cujas

créait, pour ses besoins, l'ingéniosité humaine. Il y a, en effet, des objets de propriété qui n'existent plus de nos jours. On ne s'approprie plus les Dieux ou les autres hommes comme dans le droit romain; (on sait cependant que les philosophes de l'antiquité déclaraient légitime l'esclavage et qu'Aristote disait que "l'esclavage durerait jusqu'au jour où la navette du tisserand marcherait toute seule"). Mais en revanche il y a des objets susceptibles de propriété privée qui ne l'étaient pas autrefois. Il y a d'abord le droit d'auteur, les brevets d'invention, et chaque invention ne fait qu'accroître le domaine de la propriété privée. Il y a les résultats des découvertes, le développement des valeurs mobilières et tout cet ensemble a accru le domaine de la propriété individuelle.

Si M. Hémard n'admet pas que la propriété soit allée se limitant toujours, c'est qu'il montrera que sous le nom de propriété collective on confond la propriété collective à tendances sociales et la propriété collective à tendances individuelles. Or la propriété collective à tendances individuelles est une forme de la propriété privée.

A côté de cela il y a eu des limitations au droit de propriété et on va montrer les caractères du droit de propriété, ce qu'est le droit de propriété. Mais auparavant il n'est pas mauvais de montrer le fondement du droit de propriété.

Fondement du droit de propriété

Il est intéressant en effet de voir ce que les juristes ont pensé du droit de propriété.

Le droit de propriété, au temps du C.C., était considéré comme une vérité première. Portalis écrivait, dans son exposé sur le code civil, que les domaines des particuliers sont des propriétés sacrées, qui doivent être respectées par le souverain lui-même. C'était chez lui une forte expression mais on l'a prise pour une réalité, et Demolombes dit que "Dieu qui a créé l'homme social, lui a donné les moyens d'accomplir sa destinée". Quant à Troplong il aura la conception d'une propriété immuable. Il reconnaît les transformations de la propriété, dans le passé, mais il dit qu'on a acquis une propriété qui est arrivée à un point fixe, définitif où elle restera, tant que la civilisation n'évoluera pas. Or la propriété que nous connaissons actuellement n'est plus celle que connaissait Troplong". Le droit de propriété disait-il encore sera absolu ou ne sera pas". Au contraire, le droit de propriété, comme toute institution sociale, est soumis à développement. Batbie disait au contraire que si un réformateur, par une inspiration nouvelle indiquait le moyen de réaliser le bonheur de

Source : BIU Cujas

tous en supprimant la propriété, on ne voit pas ce qu'on pourrait lui opposer pour la maintenir.

Justification de la propriété par la liberté

Mais les jurisconsultes ne s'en sont pas tenus à cette conception un peu simpliste. Beaucoup ont voulu chercher la justification de la propriété dans la liberté, notamment Beudant. Mais si elle n'est qu'une forme de la liberté, est-ce que, comme tous les hommes sont libres, tous les hommes ne doivent pas être propriétaires, et comme la liberté est égale pour tous les hommes, la propriété ne devrait-elle pas être aussi égale pour tous ? Le principe aboutit donc à des solutions contraires à la réalité.

Fondement de la propriété sur l'occupation

D'autres diront, Toullier, surtout que c'est l'occupation qui est à la base de la propriété. La propriété appartient au premier occupant. Elle a commencé ainsi. Celui qui, autrefois, a marqué les limites des terres qu'il peut cultiver doit être propriétaire.

Fondement de la propriété sur le travail

Certains veulent fonder le droit de propriété sur le travail, mais alors apparaît la fameuse question de l'héritage. Si on comprend, en effet, qu'un individu, par son travail, puisse acquérir des biens, comment admettre qu'il puisse les transmettre même à ses enfants ! Donc la justification de la propriété par le travail est insuffisante.

Fondement de la propriété sur la loi

D'autres ont imaginé la loi. Elle était présentée par les philosophes du XVIII° siècle comme le véritable moyen de justifier le droit de propriété. Ce respect de la loi se comprend très bien à une époque où la loi n'existait pas, mais on ne peut plus l'avoir devant l'abondance des lois et leur piteuse rédaction. D'ailleurs, si une loi peut justifier le droit de propriété, une nouvelle loi peut dire le contraire. Dès lors, il y aurait une grande incertitude sur le maintien de la propriété. Il n'en reste pas moins qu'il est des cas où on ne peut qu'admettre la loi comme fondement du droit de propriété. Ainsi, en étudiant la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux on verra qu'avant cette loi on laissait à l'Etat la propriété du lit des petites rivières et que, par suite d'une erreur, la loi a attribué ce lit aux propriétaires riverains.

La propriété fonction sociale

La propriété a été représentée aussi comme une fonction sociale . Elle ne serait plus seulement un droit, elle comporterait un devoir. Cette théorie a été soutenue en France par Duguit, et elle a trouvé un écho dans les pays où fonctionne le régime faciste.

Le véritable fondement de la propriété serait l'uti-

Le véritable fondement de la propriété c'est, d'après d'autres, l'utilité sociale. Cette théorie consiste à dire qu'il y a des propriétaires, car il est

Source : BIU Cujas

lité sociale

utile qu'il y en ait. La propriété individuelle est un moyen de civilisation. Elle est un stimulant au travail. Personne, sauf quelques collectivistes intégraux ne le nie, de nos jours, et même, on reconnait que la propriété privée est nécessaire, même dans le régime des Soviets. C'est qu'en effet la propriété privée est un stipulantau travail; elle permet l'épargne qui, par la constitution de capitaux, rend possibles des entreprises considérables qui amènent le développement de la civilisation. Ainsi la propriété individuelle profite même à ceux qui n'y ont pas leur part, et il faut qu'il y ait le plus possible d'objets susceptibles d'appropriation privée. L'idée n'est pas nouvelle. Stuart Mill s'exprimait en effet déjà ainsi: " supprimez la propriété, disait-il, vous aurez l'égalité, mais surtout dans la pauvreté".

En réalité on peut justifier la propriété par différents fondements selon les objets auxquelsles objets susceptibles d'appropriation privée et on elle s'applique ne peut comparer la propriété sur un immeuble à la propriété sur un meuble, sur un office ministériel, ou un droit d'auteur.

La propriété a donc un fondement qui varie, selon les auteurs. Il semble que le problème soit mal posé. Tous les auteurs raisonnent comme s'il y avait une seule sorte de propriété, comme si la propriété était un droit toujours le même, toujours identique. Or on verra qu'il n'y a pas qu'une seule sorte de propriété, mais des propriétaires. Il y a une propriété qui varie selon

Le droit de propriété est un droit relatif, comme tous les droits: la propriété doit s'adapter aux différents objets du monde extérieur. Elle sera plus ou moins complète, avec des limites plus ou moins accentuées, la propriété des immeubles paraissant présenter les caractères les plus complets, et ce fait qu'il n'y a pas une propriété partout identique permet de justifier la propriété en envisageant chacune des choses qui en font l'objet. Au lieu d'une propriété métaphysique, absolue, immuable, il faut voir une propriété relative s'adaptant à l'utilité du monde extérieur, aux besoins des individus et il faut distinguer la propriété collective à côté de la propriété individuelle.

On pourra invoquer l'occupation pour justifier la propriété des brevets. L'inventeur doit être préféré, en raison de la priorité de sa découverte, et non pas nécessairement de son travail, car il y a des découvertes qui ont été le résultat de la négligence, ou même de la paresse. De même le droit au gibier ou aux poissons peut trouver, dans l'occupation, une justification suffisante. Le travail justifie le droit d'auteur, le droit de l'artiste; c'est ce qu'on appelle la pro-

Source : BIU Cujas

priété littéraire et artistique. La loi, c'est le cas notamment de la loi du 8 avril 1898, peut expliquer le droit de propriété, et il faut ajouter que la présentation à un office ministériel, qui est l'objet d'un monnayage de la part de l'Etat, fonde le droit de propriété sur la loi. C'est parce que l'Etat avait besoin de ressources qu'il a permis, par une loi à un officier ministériel, de présenter son successeur.

Mais, au-dessus de tout cela, il y a une idée à faire intervenir: c'est l'utilité sociale. Même dans le cas où une explication suffisante du droit de propriété résultera de la loi, il est un fondement plus général du droit de propriété qui domine tous les autres, c'est l'utilité sociale. Il y a des propriétaires, car il y va de l'intérêt social et il n'y a pas nécessairement antagonisme entre l'intérêt individuel et l'intérêt social. C'est l'intérêt social qui va permettre de justifier les modifications dans les caractères du droit de propriété, qui montrera qu'il faut des formes diverses de propriété, et qui imposera la reconnaissance d'une propriété collective comme d'une propriété individuelle.

Examinons donc successivement les caractères du droit de propriété, puis on verra les formes du droit de propriété.

Caractères du droit de propriété.

Il faut chercher en cette matière à concilier:

De même que tout droit privé, le droit de propriété doit donner satisfaction aux deux intérêts en présence: l'intérêt privé et l'intérêt social. L'intérêt individuel pousse l'homme à une appropriation absolue du monde extérieur. La propriété est seulement un moyen de développer l'activité. L'homme cherchera à retirer de la chose possédée le maximum d'utilité. Il ne s'arrêtera pas à envisager les conséquences que peut avoir pour autrui l'existence de son droit de propriété. Mais l'intérêt social doit intervenir pour limiter l'intérêt individuel. Or selon les époques on s'est prononcé pour l'intérêt individuel ou pour l'intérêt social, et c'est seulement de nos jours qu'on a combiné les deux.

L'intérêt individuel

Du temps des Romains, la propriété était envisagée sous son caractère individuel: le droit de propriété était absolu, illimité. Il faut se rappeler, en effet, le caractère romain. Le Romain est épris de liberté et de domination, de liberté pour lui, de domination à l'égard des autres. Il veut être maître chez lui quand il est propriétaire, et le dominium est plena in re potestas, c'est le pouvoir le plus large sur une

Source : BIU Cujas

chose, c'est un pouvoir absolu, illimité.

Le droit féodal admettait déjà certaines limites au droit de propriété, car il était obligé de reconnaître, de plus en plus, le domaine utile.

Avec l'intérêt social

L'intérêt social apparaît avec les philosophes du XVIII° siècle. Il est assez curieux de constater que le droit de propriété envisagé au point de vue individuel strict restait discuté, et que si les uns admettaient un droit de propriété absolue, le fondant souvent sur la liberté, les autres étaient plutôt partisans d'un régime dans lequel l'intérêt social interviendrait.

Le C.C. adoptera les idées romaines et il est facile d'opposer le caractère du droit de propriété dans le C.C. et de nos jours. Dans le C.C. le droit de propriété est absolu, illimité. De nos jours, des limites sont apportées au droit de propriété individuelle. Du temps du C.C. on envisage seulement l'intérêt individuel; de nos jours on y mêle l'intérêt social.

La propriété, au temps du C.C. est définie par l'art. 544. C'est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements. Elle comprend trois éléments: l'usage, la jouissance et le droit de disposition. Elle a des caractères précis: elle est perpétuelle, absolue et exclusive.

La propriété comprend 3 éléments

La propriété comprend trois éléments: l'usage ou usus, la jouissance de la chose ou fructus, et le droit de disposer ou abusus. On pourrait y ajouter le droit d'accession qui consiste pour le propriétaire d'une chose dans le droit de s'approprier tout ce qui en est une dépendance ou un accessoire. Mais on parlera surtout des caractères de la propriété.

a) Les caractères de la propriété en 1804 dans le code civil

La propriété est perpétuelle, absolue et exclusive. On n'y ajoute rien quand on dit, avec la Déclaration des droits de l'homme, qu'elle est inviolable.

La propriété est perpétuelle. Elle n'est pas limitée dans le temps, et le propriétaire peut en disposer pour quand il ne sera plus, d'où la cessibilité et la transmissibilité qui sont les conséquences de la perpétuité.

L'absence de perpétuité a même fait considérer par certains auteurs la prétendue propriété littéraire et artistique comme n'étant pas une propriété, car il y a, en cette matière, des limites imposées dans le temps. Il n'y a pas en tout cas certainement de véritable propriété dans les concessions accordées aux compagnies de chemin de fer ou de navigation pour un temps déterminé. Sur ce point il n'y a pas de doute. Ce caractère de perpétuité ne sera pas modifié par le temps;

Source : BIU Cujas

ce sont les deux autres caractères qui seront transformés.

La propriété est exclusive

La propriété, au temps du code civil, a un caractère exclusif. Aucun autre que le propriétaire ne peut user de la chose, si peu que ce soit. Cet exclusivisme est rappelé dans les textes du C.C. Il a son expression la plus complète dans le droit de clore son fonds et d'empêcher tout autre d'y passer (articles 644 647 et 648 du C.C.). Ceci ne fait pas obstacle à ce qu'une même chose appartienne à plus d'une personne: il y a alors co-propriété.

La propriété est un droit absolu

La propriété, au temps du C.C. est, d'autre part un droit absolu. Le propriétaire peut retirer de la chose toute l'utilité qu'il est susceptible d'en retirer. Il peut tout sur son bien. Il peut en user comme bon lui semble (art. 544 du code civil).

L'étendue du droit de propriété est sans limite; elle s'étend à la surface, et en profondeur comme en hauteur. En surface, toute propriété a des limites déterminées par le titre d'acquisition. Mais, dans ces limites matérielles, le propriétaire est le maître, il peut faire ce qu'il veut. En profondeur, la propriété du dessus emporte la propriété du dessous. Les Romains disaient que la propriété allait jusqu'aux Enfers, et, en hauteur, ils disaient qu'elle allait jusqu'au Ciel. La propriété du sol comportait donc la propriété du dessus; en 1804 on considère que la propriété s'étend à l'espace atmosphérique qui correspond aux limites de la propriété.

b) Les caractères de la propriété de nos jours Les limitations apportées par ce temps au caractère absolu et exclusif du droit de propriété

Ce système n'aurait pas été d'une application longtemps possible. Dès le lendemain de la promulgation du C.C. il a fallu y apporter des tempéraments pour les mines car, si la propriété du dessus emporte propriété du dessous, le propriétaire peut s'opposer à l'exploitation de la mine. En cette matière dès la loi du 21 avril 1810 on a apporté des restrictions au droit de propriété. Puis, au cours du XIXe siècle, on s'est rendu compte qu'il fallait de plus en plus reconnaître des droits à la société et on a, d'après ceux même qui invoquaient le droit de propriété absolue, établi des servitudes sur la propriété. En réalité, on a seulement restreint le droit de propriété, on n'a pas créé des droits nouveaux, on s'est borné à limiter le droit de propriété existant; on en est arrivé à une notion différente du droit de propriété. Si son caractère perpétuel subsiste, ce n'est plus un droit aussi exclusif et un droit absolu comme en 1804.

D'abord en raison de l'utilité sociale, l'exclusivisme du propriétaire a été écarté. Mais la jurispru-

Source : BIU Cujas

dence a dû reconnaître que tout individu peut accomplir sur le domaine d'autrui, un acte qui ne lèse aucun intérêt personnel du propriétaire C'était nécessaire. Celui qui fait un usage inoffensif de la propriété d'autrui ne peut être réprimé: On ne peut l'empêcher de faire cet usage inoffensif de la propriété d'autrui. Le promeneur qui cueille des fleurs sauvages sur le terrain d'autrui ne porte aucune atteinte au droit de propriété. Comment le lui défendre ? Cependant en 1804 on disait qu'il y avait là une atteinte au droit de propriété; depuis on est arrivé à reconnaître que les actes de simple tolérance étaient permis sur la propriété d'autrui.

Le droit du propriétaire d'autre part, est limité par son propre intérêt. Il est évident qu'on ne peut plus soutenir que la propriété du sol emporte la propriété intégrale du dessous, ni la propriété de la colonne atmosphérique. Il a fallu limiter l'action du propriétaire, et son action dans le sous-sol ou en hauteur ne va pas très loin.

La propriété n'est donc pas exclusive comme au temps du C.C. et surtout elle n'est pas illimitée. Dans aucune société peut-on dire, le droit de propriété ne peut être illimité, ou s'il l'est, ce ne peut être que pour certaines choses susceptibles d'appropriation. Un propriétaire ne peut, sans envisager les conséquences qui sont de nature à être la suite de ses actes, commettre des atteintes à la propriété d'autrui. En tant que propriétaire, il est tenu de respecter le droit d'autrui, et cela est tout naturel dans la conception du droit de propriété qu'on s'est faite, propriété qui est un droit, et comporte aussi un devoir celui de respecter la propriété d'autrui.

L'utilité sociale nécessite de plus en plus ainsi des restrictions au droit de propriété et ces restrictions ce n'est pas seulement la loi qui les a admises. La jurisprudence les a acceptées en invoquant l'art. 1382, et c'est aussi la volonté du propriétaire qui peut intervenir pour restreindre le droit de propriété.

Le droit de propriété n'est donc plus un droit absolu, il est limité.

On peut distinguer trois sortes de restrictions au droit de propriété. I° les restrictions légales apportées par la loi 2° les restrictions judiciaires apportées par la jurisprudence 3°. les restrictions conventionnelles résultant par voie d'interprétation de la volonté des parties.

Source : BIU Cujas

Les restrictions au droit de propriété.

Les restrictions légales

I. Examinons tout d'abord les restrictions légales.

Pour exposer dans son ensemble la situation de la propriété en France, il faudrait étudier toutes ces restrictions. L'étude en serait longue et fastidieuse. Elle aurait un caractère purement administratif et on se bornera à les indiquer.

Les restrictions légales existent pour la propriété mobilière comme pour la propriété immobilière.

En ce qui concerne la propriété mobilière

En ce qui concerne la propriété mobilière, par exemple, on n'a pas droit de se servir d'un animal pour le brutaliser; la loi Grammont de 1850 est là pour protéger les animaux. Il y a là toute une législation et s'il s'agit de la protection des animaux domestiques, il faut citer la loi du 21 juin 1898. Puis, pour les meubles il y a également des règles spéciales. La propriété privée ne peut plus exister, ou bien elle existe dans des conditions particulières, dans certains cas. Il en est ainsi en ce qui concerne les allumettes, les cartes à jouer, les poudres, la dynamite qui sont réservés à l'Etat, ou les choses dont la fabrication constitue pour lui un monopole.

En ce qui concerne les immeubles

Pour les immeubles, les restrictions sont innombrables. Il y a une manière d'être de la propriété foncière qui est établie en partie dans un des codes récents dont on a parlé, qui est le code rural où on a fixé le régime de la propriété foncière.

Restriction d'utilité publique

Les restrictions sont d'abord en cette matière d'utilité publique. En raison de la défense nationale, on ne permet pas de construire dans un certain rayon des places fortes; pour des raisons de salubrité on oblige à l'alignement, c'est-à-dire qu'on impose l'obligation de construire les immeubles situés sur des routes ou des chemins en observant la limite séparative des fonds. Il y a des restrictions pour les constructions qui sont faites à Paris. Depuis le décret de 1884 il n'est pas permis de construire un immeuble de plus de 7 étages et ce décret impose comme maximum 20 mètres de haut. Mais on permet de construire en retrait. Actuellement on peut construire jusqu'à 30 mètres à condition d'avoir un terrain de 18mètres 66 de profondeur et une cour de 6 m 66, donc au total 25 m 32. Aux Etats-Unis il y a des villes où on a limité à 79 m; et même à Chicago depuis le 1er sept. 1911 à 61 mètres, la hauteur de construction.

Source : BIU Cujas

Il faut faire encore entrer les règles concernant le régime des chemins de fer, des cimetières, les règles relatives aux établissements insalubres et incommodes, les règles concernant le dessèchement des marais, dans toutes ces restrictions intéressant l'utilité publique.

Les besoins d'organisation de la production nationale ont imposé également des limites en ce qui concerne les mines, les carrières, les tourbières, en matière de forêts. On a, en effet, un exemple récent des dangers qui résultent de la destruction des forêts. Les forêts sont des obstacles à la marche des avalanches, elles empêchent les inondations, maintiennent et régularisent des sources, enfin rendent solides les terrains mouvants. Leur rôle a été trop souvent oublié en France.

Il faut également ranger dans ces restrictions les règles qui concernent les rivières navigables et flottables; la réparation des chemins et des routes oblige quelquefois à l'occupation de la propriété privée et quand il y a utilité publique, l'expropriation est possible.

Restriction d'intérêt privé

Les besoins fiscaux peuvent aussi limiter le droit de propriété. C'est ainsi qu'on a limité la culture du tabac et le droit des bouilleurs de crû.

Enfin il y a nombre de restrictions d'intérêt privé. On a vu seulement jusqu'ici des restrictions d'intérêt public.

Mais les restrictions d'intérêt privé doivent être également envisagées. Il faut les exposer car elles comprennent un ensemble de restrictions très pratiques qu'il faut connaître pour savoir exactement quelle est la physionomie de la propriété foncière en France.

Les restrictions légales à la propriété.

Les restrictions légales à la propriété, dans un intérêt privé résultant du voisinage

Toutes les restrictions légales à la propriété, dans un intérêt privé résultent du voisinage. Les rapport entre propriétaires voisins sont trop fréquents et susceptibles de donner lieu à trop de conflits et de divisions, pour que la loi s'en soit désintéressée. Elle a cherché, au contraire, à faciliter les relations de voisinage par des concessions réciproques, et elle a été amenée à établir des restrictions au droit de propriété. A la différence des restrictions légales d'utilité publique, ces restrictions ne sont établies que dans l'intérêt de tel ou tel immeuble.

La séparation n'est pas aussi profonde qu'on pourrait le croire entre ces deux catégories de res-

Source : BIU Cujas

trictions: c'est toujours l'utilité sociale qui est prise en considération. C'est parce qu'il est utile pour l'ensemble de la société que des limites soient établies dans les rapports entre voisins, que ces restrictions sont consacrées par la loi.

Ces restrictions sont positives ou négatives

Certaines de ces restrictions à la propriété ont un caractère positif: elles imposent des prestations, obligent à des actes en faveur du voisin; d'autres, au contraire, ont un caractère négatif et exigent simplement qu'on souffre un acte fait par le voisin et qu'on ne l'empêche pas de l'accomplir.

Ces restrictions ne constituent pas des servitudes

Ce ne sont pas des servitudes, parce qu'il n'y a de véritables servitudes que celles qui sont des droits réels indépendants. Partout où se révèle seulement un attribut du droit de propriété, on ne peut parler de servitudes.

Restrictions actives au droit de propriété

Les restrictions au droit de propriété qui consistent en un droit s'incorpore au droit de propriété c'est d'abord le droit de demander le bornage et de se clore. C'est le droit de tout voisin de demander à l'autre sa part contributoire aux frais d'établissement et d'entretien d'un mur mitoyen, et on ne peut pas s'opposer au bornage ou à la clôture. On reprendra d'ailleurs cette étude en examinant la co-propriété.

Le bornage

Le bornage est une opération qui consiste à déterminer et à fixer les limites de propriétés contiguës au moyen de bornes ou de toutes sortes de démarcations en usage dans un pays (art. 646 du code civil).

C'est une obligation légale qui est imposée aux propriétaires de fonds contigus, dans leur intérêt réciproque. Cependant la loi en parle à propos des servitudes. Mais, dans bien des cas, une confusion a été commise par le législateur de 1804 qui a traité les restrictions en droit de propriété comme des servitudes.

Son utilité

Le bornage est une opération qui facilite les relations sociales, car, entre voisins, les contestations relatives aux limites sont fréquentes. A supposer, disait La Bruyère, qu'il n'y ait que deux hommes propriétaires du monde entier qui se partagent toute la propriété entre eux, il ne devrait pas y avoir entre eux de difficultés, en raison de l'étendue de leurs terres. Cependant, disait La Bruyère, il naîtra bientôt entre eux un sujet de rupture, à propos de la démarcation des limites . Ceci est encore vrai de notre temps, et c'est pourquoi le législateur a prévu le bornage dans le C.C. c'est pourquoi il l'a imposé et réglementé.

Le tribunal compétent

Le bornage est une opération simple. Il aboutit à éviter les contestations. Il est de la compéten-

Source : BIU Cujas

pour statuer sur le bornage

ce du juge de paix. Mais quand une question de propriété s'élève, et si un propriétaire n'est pas entièrement de bonne foi, presque toujours une question de propriété est soulevée, c'est le tribunal civil qui est compétent.

Comment s'opère le bornage

L'opération de bornage consiste dans l'examen des titres de propriété afin de connaître la contenance respective des fonds, dans un arpentage, et dans la séparation par des bornes, par un fossé, une palissade ou une haie. Un procès-verbal d'abornement est rédigé à l'amiable, mais il se fait souvent après l'intervention d'experts, en cas de difficultés relatives au bornage.

Le bornage peut d'ailleurs aboutir à une rectification des limites. S'il y a un échange de parcelles il faut le consentement des deux parties. Il en résulte parfois que l'opération de bornage nécessite l'intervention d'autres voisins.

Les frais de bornage donnent souvent lieu à des difficultés à la campagne. Les frais sont répartis entre voisins proportionnellement à la contenance des terrains, s'il y a eu un arpentage, ou on établit une répartition par loyer.

La clôture

La clôture a été considérée par certains auteurs comme un attribut essentiel du droit de propriété, car c'est grâce à la clôture qu'on va se procurer des avantages très réels. Le principe est que tout propriétaire a le droit de se clore, et on va voir que si la clôture est facultative, volontaire, libre à la campagne, elle devient obligatoire ou forcée dans les villes.

Avantages de la clôture

Du moins chacun a le droit de se clore et la clôture présente des avantages légaux. Les terrains clos sont exempts de certaines servitudes, par exemple de la servitude d'extraction des matériaux pour la culture, de la servitude de drainage pour l'irrigation, au moins quand il s'agit de terrains clos consistant en parcs, jardins terrains attenant à une habitation, ces terrains sont affranchis de la vaine pâture et il y a également des limitations qui ne s'appliquent pas en matière forestière, à des terrains clos. Le propriétaire d'une habitation attenant à un terrain clos peut y chasser toute l'année, et les délits commis dans un terrain clos attenant à une maison d'habitation sont réprimés plus sévèrement que les délits commis dans un terrain non clos.

Cas où on ne peut se clore

Cependant il y a des cas où on ne peut se clore, ou bien on ne peut le faire qu'en maintenant les droits acquis.

On ne peut se clore pour éviter une servitude

Source : BIU Cujas

de passage en cas d'enclave, ni pour mettre obstacle à l'écoulement naturel des eaux.

Le droit de se clore est facultatif dans les campagnes

Le droit de se clore est absolu dans les campagnes. On peut se clore ou ne pas se clore, personne n'a rien à y voir. Dans les villes, au contraire, art. 663 du C.C. chacun peut être obligé à se clore ou plutôt chacun peut contraindre son voisin à la construction d'une clôture. La clôture est obligatoire ou forcée, mais les deux voisins, car il ne s'agit là que d'une règle d'ordre privé, peuvent convenir qu'ils ne se cloreront pas, et toute la difficulté consiste à savoir s'il n'y avait pas là une convention ayant une portée indéfinie.

La clôture, au contraire est forcée dans les villes et les faubourgs

La clôture forcée n'existe donc que dans les villes et les faubourgs. La notion de faubourg est très simple à donner. En ouvrant le dictionnaire, on voit que c'est une partie d'une ville qui se trouve en dehors de ses portes ou de son enceinte. La seule difficulté c'est qu'il n'y a pas toujours de porte ou d'enceinte.

Quant à la notion de ville, il y a là une appréciation judiciaire et une notion administrative. La ville c'est une agglomération de 2000 habitants au moins, et les tribunaux recherchent le criterium dans la nature de l'occupation des habitants. Ils considèrent comme une campagne, même une agglomération de 2000 hab. quand les occupations essentielles de ceux-ci sont agricoles.

Dès règles spéciales ont été établies pour fixer les conditions dans lesquelles un mur peut être élevé car la clôture forcée dans les villes consiste en un mur. La hauteur en est fixée par la loi (art.663). Dans les villes de 50.000 habitants et au-dessus c'est 32 décimètres et, dans les villes de moins de 50.000 habitants, 26 décimètres ou 8 pieds. Cette hauteur est calculée en prenant le chaperon, c'est-à-dire le haut du toit, chaperon qui était construit autrefois souvent en paille et qui peut être en tuiles ou en pierre. Pourquoi cette différence de hauteur suivant la population des villes ? Aucune raison sérieuse n'a jamais pu en être donnée. On pourrait peut être dire que c'est parce que la population étant plus nombreuse dans les villes, les déprédations commises dans les propriétés risquent d'être plus fréquentes, et qu'en conséquence on veut des mesures de sécurité réalisées par l'établissement de clôtures plus importantes.

La jurisprudence permet, dans les villes, d'échapper à la clôture forcée, et il faut le noter. Quand on construit un mur entre deux propriétés, il est naturel que le terrain soit pris moitié sur chacune des deux

Source : BIU Cujas

propriétés. La jurisprudence permet à celui qui nele veut pas, de ne pas participer à la construction du mur, à la condition de donner la moitié du terrain du mur, alors le mur est la propriété de celui qui l'a construit.

Restrictions au droit de propriété d'intérêt privé négatives

Les restrictions au droit de propriété d'intérêt privé qui constituent des obligations négatives consistent surtout dans l'obligation de subir, par exemple, une atteinte du voisin, le passage du voisin sur son fonds en cas d'enclave, Quand un fonds est enclavé dans un autre, il faut bien permettre au propriétaire du fonds enclavé de passer sur le fonds voisin. Il en est de même en cas d'appui, et de drainage. Ce sont là de véritables servitudes. Il faudra les étudier en envisageant le régime des eaux.

Il y a aussi des restrictions qui dérivent de la vaine pâture, les restrictions concernant le régime des eaux qu'on verra en étudiant ce régime. Enfin il y a des restrictions relatives au droit de vue, On n'envisagera ici que la vaine pâture et les restrictions relatives au régime des eaux.

La vaine pâture

La vaine pâture consiste dans le droit qu'ont les habitants d'une même commune d'envoyer réciproquement leurs troupeaux pâturer sur les terrains les uns des autres. Elle n'est possible que quand les récoltes sont rentrées. Les troupeaux y trouvent une pâture vaine, c'est-à-dire vide, par opposition à la pâture grasse des pâturages.

Le droit de vaine pâture existe encore en droit français, dans les conditions prévues par la loi du 9 juillet 1889. Au contraire, le droit de parcours a été supprimé. Le droit de parcours c'est le droit de vaine pâture exercé de commune à commune c'est-à-dire que les habitants d'une commune pouvaient envoyer les troupeaux pâturer sur le terrain d'une autre commune. Ce droit entraînait des discussions entre communes, c'est pourquoi on l'a restreint au droit de vaine pâture.

Telles sont les restrictions légales au droit de propriété. Il faut en arriver aux restrictions judiciaires.

Les restrictions judiciaires au droit de propriété.

Toutes les limitations légales au droit de propriété restent insuffisantes. Il est vraisemblable qu'elles se développeront encore. Une loi de 1930 a limité le droit de propriété pour permettre les battues

Source : BIU Cujas

des lapins de garenne, mais il est certain qu'il y aura encore de nombreuses autres lois. Les progrès incessants de l'industrie, du commerce et de l'agriculture révèleront de nouvelles applications de la propriété industrielle susceptibles de porter atteinte au droit de propriété. La liste qui a été donnée peut passer pour complète actuellement, mais elle ne le sera certainement pas toujours. En dehors de ces limitations, des atteintes légales portées au droit de propriété d'autrui sont toujours possibles. On ne peut les prévoir toutes. Mais ne peut-on se servir d'un principe pour les déterminer ?

Application en cette matière de l'art. 1382

Il semble que quand un propriétaire a satisfait à toutes les restrictions qui ont été citées, il soit libre. La liberté est pour lui la règle. Il faut bien cependant citer le principe essentiel de l'art. 1382 d'après lequel nul ne peut, par sa faute, causer un dommage. On n'exerce pas son droit de propriété quand on envoie toute sa fumée chez le voisin ou toutes ses eaux ménagères usagées chez le voisin. Il y a là une atteinte directe qui doit entraîner réparation. Cette réparation peut être l'oeuvre d'une libre interprétation du propriétaire.

On envisage ici les atteintes directes immédiates au droit de propriété. Une atteinte est portée directement sur un fonds par un propriétaire. Est-ce conforme à la loi ? L'atteinte émane, on le suppose, du propriétaire et le propriétaire qui porte cette atteinte immédiate a rempli toutes les conditions voulues par la loi. Il a élevé une usine qui est un établissement dangereux, incommode et insalubre en demandant l'autorisation. S'il ne l'a pas obtenue, il y a une sanction qui est la vente et la fermeture de l'établissement. Mais supposons que le propriétaire a obtenu l'autorisation administrative, l'usine est élevée dans des conditions légales, par le fait qu'un dommage est causé à autrui, pourra-t-on justifier une action du voisin ?

Conditions requises pour l'application de l'art. 1382 du C.C.
I) Relation de cause à effet entre la faute et le dommage

Pour quel'art. 1382 s'applique il faut trois conditions:

1°- qu'un dommage ait été causé,

2°- qu'une faute ait été commise par l'auteur du dommage.

3° - une relation de cause à effet entre la faute et le dommage.

Ici, au fond, il n'y a que deux conditions car quand il est établi qu'un dommage a été causé à un fonds voisin, qu'une faute a été commise par le propriétaire du fonds contigu, la relation de cause à effet va de soi. Par conséquent il n'y a qu'à insister sur les deux autres conditions. Mais pour la faute cela se comprend

Source : BIU Cujas

tout de suite.

2)Nécessité d'un dommage

En ce qui concerne le dommage, évidemment, il peut y avoir une dégradation commise, une altération de substance de l'immeuble voisin. Mais supposons qu'il n'y en ait pas. Il y a seulement une gêne pour le voisin ou il n'y a pas d'atteinte matérielle, mais il y a une atteinte morale. Prenons un exemple. Une construction est faite sur la limite de deux fonds. Pour pouvoir élever cette construction on creuse, et en creusant on amène la destruction de l'édifice voisin. Le propriétaire a creusé sur son fonds. Il n'a fait que ce que son droit lui permettait de faire. Doit-il des dommages-intérêts ? Il y a un dommage matériel cela n'est pas douteux. De même, un individu bâtit une villa au bord de la mer richement décorée, et son voisin ouvre sur son fonds une usine de sorte que les statutesde la villa sont ternies; ou bien encore un individu a construit une villa au bord de la mer, avec une jolie vue, et son voisin, pour le priver de la vue de la mer, élève un mur ou une fausse cheminée. Il se peut aussi qu'un propriétaire en creusant sur son fonds pour élever une construction fasse tarir une source qui alimente la maison du voisin. Dans tous ces cas il y a un dommage. On peut encore citer le cas où la fumée d'une usine rend une maison voisine inhabitable. La jurisprudence a même eu à se poser la question du dommage moral et à se demander si l'on pouvait élever une caserne à côté d'un couvent.

)Nécessité 'une faute ommise par 'auteur du ommage

La question du dommage est simple mais la question de la faute est très délicate . Supposons le dommage établi, et pour lui il n'y a pas de difficulté, mais quand y a-t-il faute ? Il y a faute quand il y a violation d'une loi ou d'un règlement. Voici un individu qui n'a pas pris les mesures qu'on lui impose pour ne pas gêner le voisin: le tuyau de la cheminée n'a pas, par exemple, la hauteur requise. Il en est de même quand un acte a été fait par le voisin, avec intention de nuire, alors que c'est volontairement qu'il a fait cet acte. Ainsi la jurisprudence a été en présence du cas d'un voisin, propriétaire d'un fonds qui, pour empêcher son voisin de chasser donnait dans les bois lui appartenant, au jour et au moment de la battue, un concert de trompes et de clairons pour faire fuir le gibier. De même encore on peut, dans le but d'enlever la vue à un voisin, élever une fausse cheminée tout à fait inutile. On peut citer encore le cas du voisin d'un constructeur d'aéroplanes qui, gêné d'avoir près de lui sans cesse des avions, établit chez lui des piquets, de sorte que si un avion venait à tomber sur son terrain l'apparsil et l'aviateur seraient considérablement endommagés. Dans tous

Source : BIU Cujas

ces cas, il y a intention de nuire. On a même jugé que le fait de laisser exprès une maison délabrée au milieu d'un ensemble de villas, dans l'intention de nuire établie du propriétaire de la maison délabrée, constituait une faute entraînant réparation.

Mais quand il n'y a ni violation d'un règlement, ni intention de nuire comment va-t-on pouvoir établir la faute ? La difficulté est telle qu'on a constitué à cet égard différentes théories avant que, à propos de l'art. 1382, ne soit admise la théorie de la faute. On a dit surtout qu'il y avait une obligation de voisinage qui, dans tous les cas où elle n'était pas respectée, devait entraîner réparation du dommage. Cette obligation de voisinage, la loi ne l'établit nulle part, mais des textes la supposent. En effet, on peut trouver dans les art. 651- 652 et dans l'art. 1370 des obligations de voisinage auxquelles la loi fait allusion, or ce ne sont que des applications particulières de l'obligation générale de voisinage. Il y en a cependant d'autres que le code civil n'a pas indiquées, et il y a surtout une obligation générale. Toutes les servitudes d'ailleurs n'ont-elles pas pour but comme les restrictions au droit de propriété d'éviter les conflits de voisinage, de forcer chacun à respecter le droit d'autrui ? Il a un principe général de notre droit qui justifie la réparation de tout préjudice causé.

Cette obligation de voisinage est maintenant écartée car on ne fait que reculer la difficulté. Jusqu'où vont en effet les obligations imposées ainsi ? Parler d'une obligation de voisinage cela est parfait, mais encore faut-il que ce soit admis. La vérité très simple s'est fait jour depuis qu'on a reconnu qu'il y avait une théorie de l'abus du droit et que tous les droits étant des droits relatifs, et non point absolus, quand on dépasse les limites de son droit on est responsable. La jurisprudence qui ne s'embarrasse pas de théories, pour appliquer sûrement la théorie de l'abus du droit, se réfère à trois idées qui consistent en une échelle descendante.

Il y a abus du droit quand un voisin commet un acte qui cause au propriétaire du fonds contigu un dommage, et cela avec intention de nuire. C'est là le premier critère: l'intention de nuire. C'est le cas le plus frappant, c'est celui du voisin du constructeur d'aéroplanes.

Le second degré c'est celui de l'utilité. Un propriétaire abuse de son droit quand il cause à son voisin un dommage, sans utilité pour lui. C'est notamment le cas indiqué du propriétaire d'une maison qui ne fait rien pour empêcher les inconvénients du voisi-

Source : BIU Cujas

nage, qui n'exerce pas d'une façon utile son droit de propriété.

Enfin il y a abus du droit de propriété quand le droit de propriété est exercé d'une façon anormale, c'est-à-dire contraire à l'usage, et ici on a une notion qui va s'adapter partout au droit de propriété. L'abus variera en effet selon les biens et selon les lieux. On peut citer à cet égard un cas curieux soumis à la cour de Bordeaux, ainsi qu'un ouvrage de M. Josserand sur la matière, intitulé :"La relativité des droits, essai sur la théorie de l'abus du droit". Le dernier criterium de l'usage est le suivant: celui qui n'use pas de son droit de propriété conformément à l'usage, d'une façon normale peut être condamné à des dommages-intérêts si, par son abus, il cause un dommage au voisin.

Voici d'ailleurs quelle était l'espèce soumise à la cour de Bordeaux: Un industriel avait installé des sécheries de morues dans un quartier bourgeois de Bordeaux, ce qui rendait le quartier inhabitable. Il avait certes obtenu l'autorisation nécessaire et il n'y avait là aucune intention de nuire, mais la cour de Bordeaux a estimé que cet industriel usait de son droit de propriété d'une façon anormale, contraire à l'usage, car il n'est pas d'usage d'établir des sécheries de morues dans une ville.

Lá jurisprudence en vertu de ces trois critères admet des cas de plus en plus nombreux d'abus du droit.

On a ainsi montré les restrictions judiciaires au droit de propriété. Elles résultent de la théorie de l'abus du droit. Il reste à parler des restrictions conventionnelles.

Restrictions conventionnelles au droit de propriété.

La propriété consistant dans la reconnaissance d'un certain nombre de facultés dont l'exercice est assuré au propriétaire: l'usus, le fructus, et l'abusus, est-ce que le propriétaire peut se priver de l'usus, du fructus ou de l'abusus, ou de ces trois éléments ensemble ?

Privation de l'usus et du fructus

Il n'y a pas de difficultés en ce qui concerne le droit de disposer de l'usus. Le propriétaire qui peut aliéner le bien peut parfaitement disposer au profit d'autrui du droit de jouir de la chose. Il en est de même du fructus, et un propriétaire dispose à la fois de l'usus et du fructus en constituant un usufruit.

L'abusus peut être retiré par des

La difficulté n'existe qu'en ce qui concerne

Source : BIU Cujas

clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité

l'abusus. Mais pour l'abusus comment le propriétaire ne pourrait-il pas disposer de l'abusus puisqu'il peut aliéner et qu'ainsi il n'a plus rien ? Le propriétaire peut-il, par sa seule volonté, sans aliéner, restreindre son droit de disposition et peut-il restreindre le droit de disposition d'autrui, c'est-à-dire de ceux à qui il transmet la propriété ? Les clauses qui ont pour but ces restrictions concernant l'abusus sont des clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité. Les clauses d'inaliénabilité tendent à restreindre le droit du propriétaire en ce qui concerne les aliénations directes, et les clauses d'insaisissabilité concernent les aliénations indirectes, c'est-à-dire par voie d'obligation. Les clauses d'inaliénabilité limitent la capacité d'aliéner, les clauses d'insaisissabilité limitent la capacité de s'obliger. Elles sont rares en matière mobilière, en raison, pour les meubles corporels, de l'art. 2279, mais elles s'appliquent en matière de meubles seulement pour les valeurs mobilières, surtout quand elles ne sont pas au porteur. Au contraire ces clauses sont relativement fréquentes pour lesimmeubles.

Elles ont des inconvénients et des avantages.

Inconvénients des clauses d'inaliénabilité

Les inconvénients c'est tout d'abord que l'inaliénabilité est d'ordinaire dangereuse; elle retient le bien entre des mains qui peuvent être moins expérimentées que d'autres. Elle empêche les biens de parvenir par la circulation entre les mains de ceux qui les feraient le mieux fructifier. L'inaliénabilité est une atteinte considérable au droit du propriétaire qui est privé d'un attribut essentiel du droit de propriété, et c'est une gêne pour le propriétaire qui ne peut vendre ni profiter d'une occasion favorable. Enfin l'inaliénabilité est clandestine. Il n'y a pas de mesure de publicité imposée, quand une clause d'inaliénabilité existe et, par conséquent, les tiers peuvent être lésés, si on leur oppose une inaliénabilité qu'ils n'ont pas connue.

Inconvénients des clauses d'insaisissabilité

Le procès de l'insaisissabilité est fait dans les mêmes conditions, mais tandis que l'inaliénabilité gêne le propriétaire, l'insaisissabilité apparaît, à son égard, comme une mesure de protection. Il pourra contracter des obligations, celles-ci ne l'obligeront pas sur un bien insaisissable. Ce ne sont donc pas les mêmes personnes auxquelles on oppose l'inaliénabilité et l'insaisissabilité: l'inaliénabilité est imposée à un acquéreur, l'insaisissabilité est imposée aux créanciers du propriétaire. Dans leur droit de gage, entraient tous les immeubles du débiteur, mais certains biens ont été soustraits à ce droit de gage, par la clause d'insaisissabilité. On a

Source : BIU Cujas

cherché à remédier à cet inconvénient en établissant des mesures de publicité, mais ces inconvénients, dans leur ensemble, sont considérables.

Avantages de ces clauses

Mais, pour faire le bilan de ces clauses, il faut parler de leurs avantages qui sont très réels. Un père de famille qui est très sérieux craint, par exemple, pour l'avenir de ses petits-enfants, car son fils est un prodigue. Il peut imposer une clause d'inaliénabilité pour être certain que ses biens parviendront à ses petits-enfants. Dans ce but, il stipule ses biens inaliénables. Un père peut également déclarer que son fils, jusqu'à sa majorité, ne pourra aliéner les biens. L'inaliénabilité est alors relative. L'inaliénabilité est établie dans l'intérêt du gratifié, dans son intérêt moral ou pécuniaire, en même temps que dans l'intérêt moral de celui qui stipule l'inaliénabilité. Mais l'inaliénabilité peut être également consentie dans l'intérêt d'un tiers, du disposant lui-même. C'est le cas d'un père qui remet à son fils tous ses biens, en stipulant une rente viagère à son profit. Il établit alorsl'inaliénabilité comme une garantie du versement de la rente viagère.

Avantages des clauses d'insaisissabilité

Quant aux clauses d'insaisissabilité, elles ont également leurs avantages. Elles protègent les personnes contre leurs engagements, contre leurs obligations. Elles sont toujours faites dans l'intérêt du gratifié. Elles n'ont en vue que les créanciers du gratifié.

L'inaliénabilité comme l'insaisissabilité peuvent être légales

L'inaliénabilité comme l'insaisissabilité, sont prévues par la loi, l'inaliénabilité l'est en ce qui concerne les biens dotaux (art. 1554 du C.C.). Il en est de même en cas de substitution conformément aux art. 1048 et suivants du C.C. Un donateur, un testateur peut rendre inaliénables les biens donnés ou légués pour toute la vie de la personne gratifiée. Cette dernière doit conserver les biens et les rendre à ses enfants.

L'insaisissabilité est prévue par la loi dans le cas où elle est un accessoire à l'inaliénabilité et en matière d'acte à titre gratuit par l'art. 581 du C.P.C. et par la loi du 12 juillet 1909.

ou conventionnelles

Mais la volonté des propriétaires peut-elle établir l'inaliénabilité et l'insaisissabilité? La jurisprudence l'admet. Cependant, en ce qui touche à l'inaliénabilité, depuis un arrêt de la cour de cassation du 20 avril 1850 (Sirey 1858-1-589) il faut distinguer les clauses d'inaliénabilité perpétuelle qui sont nulles, et les clauses d'inaliénabilité temporaire qui sont valables. Ce qui est nul, c'est une prohibi-

Source : BIU Cujas

tion absolue, perpétuelle, d'aliéner, une prohibition momentanée doit être validée, quand elle est justifiée par un intérêt légitime. Ainsi en cette matière deux conditions sont nécessaires: il faut une clause d'un caractère temporaire, et il faut un intérêt légitime à l'inaliénabilité, intérêt qui peut être d'ailleurs l'intérêt du donateur ou celui du donataire.

Il peut s'agir tout d'abord du donateur, dans la mesure où la clause garantit le versement de la rente viagère stipulée. Au contraire, c'est l'intérêt du donataire qui est en jeu quand on limite à la majorité de l'enfant l'inaliénabilité des biens qu'on lui donne. De même, l'intérêt légitime peut être celui d'un tiers. Tel peut être le cas d'un tiers légataire d'une rente viagère qui a intérêt à ce que les biens légués ou donnés ne soient pas aliénés.

Quant aux clauses d'insaisissabilité la jurisprudence en admet également la validité, à peu près dans les mêmes conditions, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une insaisissabilité stipulée au moment où un intérêt est déjà né. Elle ne distingue plus entre l'insaisissabilité temporaire et l'insaisissabilité absolue, car l'insaisissabilité vise une personne déterminée. Ce sont les obligations prises par le donateur seul qui sont visées.

D'une façon générale, elle exige d'ailleurs que ces clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité soient prévues dans des actes à titre gratuit, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle les permet dans les actes à titre onéreux.

Les différentes formes du droit de propriété.

Le droit de propriété présente des caractères différents en raison de son objet et de son titulaire

Les éléments du droit de propriété sont toujours l'usus, le fructus et l'abusus, mais ces éléments n'ont pas toujours le même degré. Aucun droit n'est absolu. La propriété, pour trouver toute son utilité individuelle ou sociale doit se modeler sur les choses elles-mêmes, et le droit de propriété peut présenter des caractères différents, en raison de son objet et de son titulaire, et il faut distinguer la propriété d'après son objet.

D'après son objet, la propriété peut être matérielle ou immatérielle

D'abord la propriété peut être matérielle ou corporelle, immatérielle ou incorporelle.

La propriété matérielle, c'est celle qui porte vraiment sur les choses du monde extérieur et des choses incorporelles peuvent être l'objet d'une propriété matérielle, par exemple les titres au porteur.

Les propriétés incorporelles sont surtout celles qui, comme le droit d'auteur, n'ont pas d'objet véri-

Source : BIU Cujas

table sur lequel elles portent comme la propriété industrielle ou le nom civil, si l'on doit y voir une propriété. C'est encore la propriété des lettres missives, la propriété des offices, et cette propriété qui en réalité n'en est pas une, la propriété dite commerciale.

Quant aux bénéficiaires la propriété est individuelle ou collective

Quant au bénéficiaire, la propriété est individuelle ou collective. D'ailleurs les propriétés distinguées d'après leur objet peuvent être aussi bien l'occasion de propriétés individuelles que de propriétés collectives. Il y a cependant des cas où les biens ne peuvent être soumis à la propriété collective. Je pense aux offices ministériels qui ne peuvent être l'objet ni d'une co-propriété, ni d'une propriété collective. Il n'y a d'exception que pour les offices d'agents de change qui peuvent être l'objet d'une société prévue par la loi du 2 Juillet 1862 modifiant l'art. 75 C.Com.

Il faut donc étudier la propriété dans ses formes et dans ses sortes. On étudiera d'abord la propriété dans ses formes, la propriété individuelle et la propriété collective, et entre ces deux sortes de propriété, on placera la co-propriété.

La propriété individuelle.

Il n'y a pas à revenir sur les éléments de la propriété individuelle. Il faut seulement envisager les différentes sortes de propriétés: la propriété matérielle ou corporelle, et la propriété immatérielle ou incorporelle.

La propriété matérielle.

Ce que c'est que la propriété matérielle

La propriété matérielle est celle qui porte sur les choses et sur les objets du monde extérieur et pour laquelle on voit bien les différents éléments de la propriété jouer. C'est la propriété mobilière ou immobilière. Il est vrai que la propriété par excellence est la propriété immobilière, foncière. La propriété immobilière, qu'elle porte sur des fonds ou sur des bâtiments, qu'il s'agisse de la propriété bâtie ou de la propriété non bâtie, semble avoir, en effet, les caractères les plus précis, beaucoup plus précis que ceux d'autres sortes de propriétés. Mais, à côté de la propriété des bâtiments, il faut placer celle des fonds où rentrent les vignobles, les prairies, les cultures industrielles, les paturages et les bois, ainsi que les eaux et les mines, sauf à préciser dans quelle mesure la mine est l'objet d'un droit de propriété.

immobilière

ou mobilière

La propriété mobilière porte sur les animaux, sur les objets mobiliers ordinaires, meubles meublants, enfin sur les valeurs mobilières quand ces valeurs mo-

Source : BIU Cujas

bilières qui sont des biens incorporels sont susceptibles d'une transmission comme les meubles corporels.

Il n'est pas question d'étudier ici chacune de ces formes de propriété. Il y aurait intérêt à le faire cependant, pour montrer la configuration de chacune d'elles. Si on avait pu étudier dans ses détails les restrictions au droit de propriété, on aurait montré cette configuration de la manière la plus intéressante. Mais on n'envisagera ici que deux sortes de propriétés matérielles particulières: la propriété des eaux et la propriété des mines.

Le régime des eaux.

On distingue différentes sortes d'eaux

Les eaux sont de différentes sortes. Il faut écarter les eaux ménagères car ce ne sont pas des eaux proprement dites, et il est possible de les évacuer sur son terrain, ou par des voies améliorées, comme le tout à l'égoût. On envisage seulement ici les eaux pluviales, de sources et courantes.

Les eaux pluviales

Le droit du propriétaire du fonds sur lequel tombent les eaux pluviales

I° Les eaux pluviales n'ont pas de maître quand elles tombent. Ce sont des res nullius quand elles sont dans l'air, à l'état de nuage. C'est à partir du moment où elles sont tombées sur un fonds qu'elles deviennent objet de propriété privée. Elles appartiennent alors au propriétaire du fonds sur lequel elles tombent. Le propriétaire peut les recueillir, les utiliser, les absorber. Il peut les abandonner à leur cours naturel, les laisser suivre la pente du terrain. S'il occupe un fonds supérieur, il peut les laisser s'écouler sur le fonds inférieur, c'est-à-dire sur le fonds placé au-dessous de lui. Le propriétaire du fonds inférieur, à son tour, peut soit se les approprier, par voie d'occupation, soit les laisser couler selon la pente naturelle du terrain.

Les propriétaires des fonds inférieurs sont obligés de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur

Les propriétaires des fonds inférieurs sont en effet obligés, d'après l'art. 640 du C.C. de recevoir les eaux qui découlent naturellement sans que la main de l'homme ait contribué à leur écoulement. C'est, d'après le C.C. une sorte de servitude. On parle d'ailleurs de la servitude d'écoulement des eaux. Il vaut mieux parler cependant de restriction au droit de propriété, car il n'y a de véritable servitude que ce qui existe en qualité de droit réel distinct. Quoiqu'il en soit, le propriétaire du fonds inférieur est obligé de supporter l'écoulement des eaux pluviales. Il ne peut rien faire pour empêcher cet écoulement. Il n'a pas le droit d'élever un mur, une digue pouvant empêcher cet écoulement. Il n'a pas le droit de se clore, art. 640 al. 2, pour empêcher cet écoulement naturel. Il y a là

Source : BIU Cujas

une obligation négative pour lui. Le propriétaire du fonds inférieur n'est tenu que de s'abstenir et si les eaux pluviales tombent si abondamment qu'elles ont formé, avec le temps, une sorte de ruisseau, si elles ont creusé la terre, le propriétaire n'est tenu que d'une obligation négative, le propriétaire du fonds inférieur n'est pas tenu d'entretenir le lit formé par les eaux, il est seulement obligé de laisser passer dans sa propriété, pour pratiquer le curage. C'est là la suite de l'obligation qui lui incombe de laisser s'écouler les eaux pluviales sur son fonds.

Le propriétaire du fonds supérieur ne peut rien faire pour augmenter la servitude du propriétaire du fonds inférieur

Le propriétaire du fonds supérieur ne peut rien faire pour augmenter la servitude du propriétaire du fonds inférieur. (Art. 640 al. 3). Il faut laisser s'écouler les eaux naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire du fonds inférieur n'est pas tenu de recevoir toutes les eaux pluviales, il n'est tenu de recevoir que les eaux pluviales qui découlent naturellement. Par exemple si pour recevoir beaucoup d'eau, un propriétaire fait certains travaux de terrassement, s'il a imposé un cours plus rapide aux eaux, s'il a établi des conduites, des rigoles déplaçant le cours naturel des eaux, le propriétaire du fonds inférieur n'est tenu de supporter ces modifications que moyennant indemnité. Ici la loi a défendu le propriétaire du fonds inférieur, mais elle l'a fait en se préoccupant essentiellement de l'intérêt de l'agriculture. Elle a cherché à le faire en invoquant certains textes notamment l'art. 641, elle a cherché à concilier l'intérêt de l'agriculture et de l'industrie avec la réparation due au propriétaire du fonds inférieur, moyennant le paiement d'une indemnité. En effet, s'il y a aggravation de l'obligation qui pèse sur le propriétaire du fonds inférieur, il est dû à ce dernier une indemnité.

Il faut laisser de côté le cas où les eaux ménagères viennent s'ajouter aux eaux pluviales. Les eaux ménagères sont soumises, en effet, à un autre régime.

Les eaux des sources Elles sont en principe, la propriété de celui sur le fond duquel elles jaillissent

2° Les eaux des sources forment une seconde catégorie d'eaux. Elles sont, en principe, la propriété de ceux sur le fonds desquels elles jaillissent, qu'elles soient naturelles ou qu'elles proviennent de travaux effectués par le propriétaire (art. 642 du C.C.) Cet article a d'ailleurs été modifié par la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux.

La propriété du sol emporte donc ici propriété des eaux, car les eaux proviennent du dessous. Ce n'est que l'application de la règle que la propriété du sol emporte propriété du dessous (art. 552 du C.C.). Mais

Source : BIU Cujas

le droit du propriétaire n'est plus absolu, comme il l'est en matière d'eau pluviale.

Cependant en cette matière, le droit du propriétaire n'est pas absolu. Cas des eaux qui ont le caractère d'eaux publiques courantes

D'abord quand la source est assez abondante pour former, dès la sortie du fonds où elle jaillit, des eaux ayant le caractère d'eaux publiques courantes, l'art. 643 défend au propriétaire de les détourner de leur cours naturel, au préjudice des usagers inférieurs. Le droit du propriétaire du fonds sur lequel elles jaillissent n'existe pleinement que pour les sources de faible débit qui ont peu d'importance, celles qui ne forment pas un véritable cours d'eau, ayant le caractère d'eau publique et courante et même pour les sources de faible débit qui ne forment pas des cours d'eau soumis à l'usage public, c'est-à-dire dans lesquels les eaux peuvent être utilisées par tout le monde: il existe des restrictions au droit du propriétaire. Voici une source qui ne forme pas un cours d'eau soumis à l'usage public; le propriétaire de cette source peut voir son droit limité dans les deux cas prévus par l'art. 642 du C.C.

Restrictions apportées au droit du propriétaire d'une source de faible débit

Il y a d'ailleurs des limitations qu'il n'est pas besoin d'indiquer. Le propriétaire sur le fonds duquel jaillit une source, même de faible débit, ne peut pas la corrompre, en rendre l'eau nuisible, ni retenir chez lui une quantité d'eau susceptible de constituer un danger pour le fonds inférieur. En outre de ces restrictions générales, il y a des restrictions précises.

Dans le cas où le propriétaire du fonds inférieur a acquis un droit sur les eaux.

Le propriétaire du fonds inférieur peut avoir acquis un droit sur les eaux et il peut imposer ce droit. Il résulte d'un titre quelconque. Il a pu être acquis par une convention avec le propriétaire du fonds supérieur, ou par la destination du père de famille. La loi, dans l'art. 642 ne vise que ce cas qui ne peut faire difficulté, mais l'acquisition peut avoir lieu par prescription.

Par prescription

Pour qu'il y ait prescription, trois conditions sont requises par l'art. 642 al. 2. Il faut d'abord que le propriétaire du fonds inférieur ait fait des travaux terminés sur le fonds où jaillit la source. Il faut, par conséquent, qu'il ait empiété sur le droit du propriétaire du fonds supérieur. Le fait que ces travaux sont en cours ne suffit pas, il faut qu'ils soient terminés et il ne suffirait pas qu'ils soient faits à proximité du fonds supérieur, car s'ils ne sont pas faits sur ce fonds, le propriétaire du fonds supérieur n'a pu songer à supprimer la servitude par rapport à son fonds.

Il faut, d'autre part, que les travaux terminés sur le fonds supérieur soient apparents, il ne

Source : BIU Cujas

suffit pas de tuyaux enfouis dans le sol et des travaux souterrains ne pourraient conduire à la prescription. Il faut une apparence en cette matière, il faut que quelque chose ait révélé les travaux. Les travaux apparents, ce seront un aqueduc, un ruisseau établi sur le fonds supérieur, et la loi exige de plus que ces travaux soient permanents.

La prescription n'est acquise qu'après 30 ans. Elle fait acquérir alors une sorte de servitude, servitude qui consiste dans le droit d'user de l'eau et la mesure où l'étendue de la servitude peuvent varier. Ce peut être une servitude de lavage, d'abreuvage ou d'arrosage. Le droit de propriété sur la source reste au propriétaire du fonds supérieur, mais l'usage de l'eau, dans une mesure déterminée, est acquis au propriétaire du fonds inférieur.

En vertu de l'usage qui en est fait par les habitants d'une commune ou d'un hameau

C'est le premier cas visé. Mais l'art. 642 al.3 prévoit un autre cas quand la source fournit aux habitants d'une commune ou d'un hameau l'eau qui leur est nécessaire, le propriétaire de la source ne peut plus en changer le cours. Il a seulement droit à une indemnité, pourvu que le droit à indemnité ne soit pas prescrit. Mais il faut que l'eau soit nécessaire aux habitants d'une commune ou d'un hameau. Ily a nécessité quand les habitants d'une commune ne peuvent se servir d'une autre eau, où ne le peuvent que dans une certaine mesure.

L'indemnité est fixée par expert. Elle est en rapport avec le préjudice causé au propriétaire. Elle cesse d'être due si les habitants ont, pendant 30 ans, exercé leur droit d'usage sans qu'aucune réclamation n'ait eu lieu. Il faut 30 ans de jouissance ininterrompue.

Tel est le régime des eaux de source. On a laissé de côté le régime spécial établi pour les eaux minérales.

Le régime des eaux courantes

3° Il faut en arriver aux eaux courantes. Les eaux courantes sont navigables ou non; flottables ou non; et ce qu'il faut essentiellement distinguer ce sont les eaux navigables ou non navigables.

Les eaux navigables comme les eaux flottables, comme les eaux non navigables ni flottables, donnent lieu à la détermination du droit de chacune des propriétés riveraines et il y a trois choses à envisager, I° le lit, 2° l'eau, 3° le cours d'eau.

Le régime des eaux navigables et flottables Tandis que le lit en appartient à l'Etat

Les eaux courantes navigables et flottables, en laissant de côté les rivières flottables, à bûches perdues, c'est-à-dire celles dans lesquelles flottent les bûches des forêts qu'on laisse suivre le courant, les cours d'eau navigables et flottables font partie du

Source : BIU Cujas

l'eau est chose commune

domaine public. Le lit du cours d'eau appartient à l'Etat. L'eau, au contraire, est une chose commune dont tout propriétaire peut user, dont le voisin peut user et même dont des personnes autres que les voisins peuvent user.

Les rivières navigables et flottables ont un accès facile, car de chaque côté il y a une certaine partie du terrain qui doit être laissé; il y a marchepied et hâlage. On y reviendra en parlant des restrictions apportées au régime des eaux.

Un régime spécial est établi en ce qui concerne les eaux susceptibles de fournir une force hydraulique

Mais pour les eaux susceptibles de fournir une force hydraulique, l'administration accorde des concessions. Elle peut permettre d'établir une prise d'eau, un moulin, une usine et le concessionnaire n'est pas un propriétaire il n'a qu'un droit de redevable et d'ailleurs si des difficultés paraissent s'élever, la question est de la compétence des tribunaux administratif. Les eaux courantes non navigables sont soumises au régime de la loi du 8 avril 1898, mais pour les cours d'eau, même pour cette eau qui s'en va, ce "chemin qui marche" la loi du 16 octobre 1919 est intervenue pour en fixer l'utilisation.

En cette matière le lit, le cours d'eau et l'eau elle-même doivent être envisagés séparément.

Le régime des rivières nonnavigables ni flottables Le lit en appartient aux riverains

Pour les rivières non navigables, flottables, ou non, le lit appartient aux riverains depuis la loi du 8 avril 1898 al. 2. Chacun des riverains a droit à la propriété de la moitié du lit, suivant une ligne qu'on suppose tracée au milieu du cours d'eau. Ce droit de propriété se traduit pour les riverains par la possibilité d'extraire de la partie du lit leur appartenant les produits naturels: vase, sable, pierres, pourvu qu'ils ne modifient pas le cours de l'eau, et à charge par eux d'opérer ou de faire opérer le curage.

Si un cours d'eau abandonne son lit, le droit de propriété deviendra définitif pour chaque propriétaire riverain, sauf leur droit de poursuivre l'exécution de travaux susceptibles de ramener la rivière fugitive dans son lit antérieur.

C'est là une innovation de la loi du 8 avril 1898

Cette attribution de la propriété du lit des rivières non navigables ni flottables est une innovation de la loi du 8 avril 1898. Avant 1898, on déclarait tantôt que le lit était une chose sans maître, tantôt que c'était une chose commune, tantôt enfin que c'était la propriété de l'Etat. Depuis la loi de 1898, il n'est plus douteux que le lit appartient aux riverains (art. 2 de la loi).

L'innovation n'était pas heureuse. Elle n'était surtout pas nécessaire. Elle a été un obstacle considérable au développement en France de la houille blan-

Source : BIU Cujas

che et de la houille verte , de la houille blanche c'est à-dire de la force hydraulique de l'eau qui court ou de la houille verte c'est-à-dire de la force hydraulique des toutes petites rivières ou des ruisseaux qui courent dans les vertes prairies. L'exploitation des forces hydrauliques a été omise par la loi du 8 avril 1898 car on se demandait si la force hydraulique n'appartenait pas au propriétaire riverain, comme le cours d'eau lui-même, et on s'adressait à chaque propriétaire riverain. La loi du 6 octobre 1919 a soumis à un régime particulier les forces hydrauliques.

L'eau de ces rivières est chose commune

L'eau des rivières qui ne sont ni navigables ni flottables appartient à tout le monde. C'est une chose commune. Une chose sans maître est susceptible de propriété privée: une chose commune ne l'est pas. L'usage en est à tout le monde, mais, bien entendu, ce sont surtout les riverains qui sont appelés à en profiter. Les autres personnes peuvent seulement en user quand un pont traverse une rive. Ils peuvent cependant y circuler en bateau.

Les riverains peuvent user des eaux courantes Limitation du droit des propriétaires riverains

Les riverains peuvent prendre les eaux courantes pour l'irrigation de leur propriété (art. 644 al. I), pour les usages domestiques, et même pour une utilisation industrielle.

Cependant leur droit a des limites. Ces limites sont d'ailleurs beaucoup plus grandes depuis la loi du 16 octobre 1919. Ils peuvent toujours se servir des eaux dans les limites et pour les besoins de leurs héritages, mais il y a pour les rivières non navigables ni flottables des règlements d'eau auxquels ils doivent se soumettre.

Les règlements d'eau sont des règlements de police des eaux qui émanent du Préfet ou du Maire, avec autorisation du Préfet. Ce sont aussi des règlements particuliers établis pour permettre à une usine ou à un moulin de fonctionner. Il s'agit d'autorisations données par l'autorité préfectorale. Ces autorisations sont toujours révocables, et ici, comme il peut y avoir des difficultés, le tribunal civil sera compétent, et il y aura toujours, selon la même formule, à concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect de la propriété privée.

La force hydraulique produite par le cours de l'eau est réglementée par la loi de 1919.

Il faut en arriver maintenant au cours de l'eau c'est-à-dire à ce qui produit la force hydraulique. Il n'est plus laissé aux propriétaires riverains. Depuis la loi du 16 octobre 1919, il faut, pour disposer de l'énergie hydraulique que fournit le cours d'eau, obtenir soit une concession, soit une autorisation et on va envisager maintenant le régime de la force hydrau-

Source : BIU Cujas

lique tel qu'il est établi par la loi de I9I9.

La loi du 16 Octobre I9I9 a eu pour objet de faciliter le développement de la houille blanche ou de la houille verte. Cette loi n'est guère applicable aux eaux navigables ou flottables car ces eaux font partie du domaine public et l'Etat se reconnaît seul maître de disposer de ces eaux. Elle s'applique surtout aux eaux provenant de rivières non navigables ni flottables.

L'utilisation de la force hydraulique n'est possible qu'en vertu d'un acte de puissance publique. Cet acte peut être une concession. Une concession est nécessaire pour toute entreprise d'une force excédant 500 kilowatts et pour une entreprise d'une force supérieure à I50 kilowatts, quand elle fournit l'énergie à des services publics ou à des associations syndicales autorisées. Elle est accordée par une loi ou un décret rendu en conseil d'Etat. A son expiration, l'installation revient à l'Etat. Ces concessions sont généralement accordées pour 75 ans; après 75 ans, l'Etat profitera des installations.

Quand il s'agit de l'organisation d'une force moindre, une autorisation préfectorale suffit. La durée ne peut non plus dépasser plus de 5 ans et, d'ordinaire, elle est beaucoup moindre. Elle peut être révoquée comme d'ailleurs la concession.

Il y a toutefois pour l'autorisation des règles dans la loi du 8 avril I898 qu'on applique encore, tandis que pour les concessions on applique entièrement la loi d'octobre I9I9. Elle n'exige ni concession ni autorisation et la loi a dû établir des règles pour les rapports des concessionnaires et des riverains. C'est la loi du 16 octobre I9I9 qui s'en occupe car pour les rapports des bénéficiaires d'autorisation et des riverains, on en est resté à la loi de I898.

Tel est, très simplifié, le régime des eaux.

Restrictions apportées au droit, des propriétaires riverains.

Mais il y a des restrictions très nombreuses qui sont apportées au droit des propriétaires riverains pour les eaux. Le régime des eaux, en effet, est complété par un ensemble de restrictions du droit de propriété qui a pour but d'amener des progrès dans l'aménagement des propriétés foncières, et ces progrès ont été réalisés par des procédés très différents.

La servitude de halage et de marchepied

On connaît les servitudes qui grèvent les propriétaires riverains des rivières navigables et flottables. Il y a d'abord la restriction visée par l'art. 556 du code civil qui parle de marchepied. De chaque côté d'une rivière navigable et flottable doit être laissé un espace: il y a un chemin de halage et de marchepied. Le

Source : BIU Cujas

halage, c'est le chemin par où on tirera les bateaux ou par lequel on fera circuler les trains de bois, les chalands etc..

Ce chemin de halage exige qu'on laisse 7 m 80 et ne permet de construction ou de clôture à une distance inférieure à 9 m 75.

Le marchepied est un chemin qui permet de passer de l'autre côté de la rivière. Le marchepied est beaucoup moins large, sa largeur est de 3 m 25.

Mais ce sont surtout les restrictions qui ont été imposées depuis le C.C. qui sont importantes. Il existe en effet, à cet égard, de véritables servitudes: servitudes d'aqueduc, d'appui, de drainage et d'assèchement.

La servitude d'aqueduc

Il y a d'abord une servitude d'aqueduc. Un même propriétaire possède des terrains où coulent des eaux abondantes, et des terrains plus éloignés où il est privé d'eau. N'y avait-il pas utilité pour l'exploitation générale à ce qu'il pût faire parvenir l'eau de l'endroit où elle abonde à celui où elle manque ? Pour cela il faut qu'elle puisse traverser la propriété d'autrui. C'est à cela qu'aboutit l'aqueduc.

L'aqueduc n'était pas prévu par le code civil. La loi du 29 avril 1845 sur l'irrigation a permis de ne pas avoir à réclamer une autorisation des propriétaires riverains. Le propriétaire pourra les contraindre à laisser passer l'eau sur leur terrain, pourvu qu'il leur accorde une juste et préalable indemnité, laquelle ne dépendra pas de la seule volonté du propriétaire intermédiaire, mais pourra être fixée par expert. Telle est la servitude d'aqueduc.

Il n'y a d'exception que pour les maisons, les jardins et les cours attenant à des habitations qu'on ne peut traverser. Il y a exception aussi dans le cas où la gêne serait supérieure à l'avantage procuré au propriétaire du fonds éloigné, par le transfert ou l'adduction de l'eau. Cette servitude ne peut être établie que pour l'irrigation des propriétés dans un bail agricole et non industriel, et elle est établie à la suite d'intervention de justice. C'est, en principe, au tribunal civil de première instance qu'il appartient d'accorder cette servitude. C'est lui qui en appréciera l'utilité. Il peut la refuser, s'il ne la juge pas utile.

La servitude d'appui

La servitude d'appui a également pour but de favoriser l'agriculture. Cependant elle a un tout autre caractère. Pour mener à bien une irrigation, il est souvent nécessaire d'élever un nouveau niveau. Daps ce but, il faut construire un barrage. Il n'y a aucune difficulté quand il s'agit d'un propriétaire riverain qui a les deux rives, c'est-à-dire dont la propriété est traversée

Source : BIU Cujas

par la rivière. Mais quand il n'est propriétaire que d'une rive, il peut, grâce à la servitude d'appui, construire un barrage, même sur les rives opposées afin de recueillir l'eau plus facilement. La loi du 11 juillet 1847 a accordé au propriétaire d'un fonds traversé par une rivière le droit d'obtenir la servitude d'appui, toujours avec l'autorisation du juge, l'intervention du tribunal de première instance, et il y aura lieu à une juste et préalable indemnité que le juge fixera, toujours en s'efforçant de concilier les intérêts des parties. Bien entendu, le propriétaire du fonds sur lequel on appuie la barrage n'aura droit à rien s'il prétend se servir également de l'eau.

La servitude de drainage

La servitude de drainage, d'asséchement suppose la situation inverse de celle de la servitude d'aqueduc. Ce n'est plus un propriétaire qui veut utiliser l'eau pour un fonds éloigné. C'est un propriétaire qui a trop d'eau et veut l'évacuer. Le code civil ne lui permettait pas de le faire. C'est la loi du 10 juin 1854 qui a permis le drainage et l'asséchement.

Elle a créé une servitude spéciale au profit des propriétaires qui désirent se débarrasser des eaux stagnantes mais des eaux amenées pour l'irrigation.

Cette servitude existe à l'égard des propriétaires des fonds inférieurs qui sont alors obligés de recevoir des eaux qui ne découlent pas naturellement des fonds supérieurs, qui en proviennent artificiellement alors que la main de l'homme est intervenue. Il faut ici encore l'intervention du juge qui a un pouvoir discrétionnaire, qui peut accorder ou non la servitude avec indemnité.

La loi de 1854 a d'ailleurs été complétée à cet égard par la loi de 1898. La loi de 1854 n'avait établi cette servitude qu'en ce qui concerne les besoins d'un fonds, ce qui excluait le cas où il y avait eu modification du cours des eaux. La loi de 1898 a obligé le propriétaire du fonds inférieur à recevoir même les eaux amenées à la suite de forages de sondages, à la suite de l'établissement d'un puits artésien. Mais la loi déclare alors qu'une indemnité soit versée au propriétaire du fonds auquel les eaux sont envoyées.

Le régime des mines.

L'utilité sociale fait séparer la propriété du sol de la

Si, aux termes du code civil, la propriété du sol emporte la propriété du dessous, la situation est changée quand, dans le sous-sol , existe une mine. La mine devrait appartenir au propriétaire de la surface, mais l'utilité sociale qu'on a prise en considération,

Source : BIU Cujas

en ce qui concerne les caractères de la propriété, influence aussi ses différentes sortes. Elle impose une organisation qui assure la productivité des mines de la manière la plus heureuse pour la société. Il est d'intérêt général, que toute mine soit exploitée dans les meilleures conditions, car le développement de l'industrie dépend du développement des minéraux, et, d'autre part, la défense nationale peut être grandement intéressée à ce qu'une quantité de charbon ou de fer suffisante lui soit fournie. Le propriétaire de la surface ne doit donc pas nécessairement être propriétaire de la mine car il n'est pas nécessairement le plus apte à l'exploiter. Il n'a pas un droit à la mine. C'est une solution traditionnelle en France qui s'est imposée à la suite de l'échec complet de l'exploitation par l'Etat dans l'ancien droit. C'est une solution qui est consacrée par tous les pays civilisés où on reconnaît que les richesses minières sont trop importantes pour la vie d'une nation pour que des mesures ne soient pas prises pour en organiser la production. L'utilité sociale intervient donc ici, et c'est elle qui a fait admettre la limitation de l'application stricte de l'art. 552 du code civil.

Les textes que réglementent la matière

Dès le lendemain de la promulgation du code civil, malgré l'art. 552, une loi du 21 avril 1810 établissait un régime spécial. Dans ce régime la propriété du sol et la propriété de la mine étaient séparées. La propriété de la mine était accordée par une concession, et il en fut ainsi jusqu'à la loi du 9 septembre 1919 qui a conservé le même principe de la séparation des deux propriétés, mais qui a donné à la concession des caractères tout particuliers, à tel point qu'on en est venu à soutenir qu'il n'existait plus de droit de propriété sur la mine.

La loi de 1919 n'a pas modifié le caractère du droit du concessionnaire. Il a toujours un droit de propriété, mais la loi a limité le droit du concessionnaire. Ce dernier n'a plus le même droit de propriété, aussi étendu, et d'ailleurs il faut reconnaître qu'il n'en a pas besoin.

Deux régimes existent d'ailleurs, à s'en tenir à la loi de 1919. On peut même se demander si une loi du 28 mai 1927 n'en a pas établi un troisième. La loi du 28 mai 1927 a institué des permis d'exploitation de mines accordés par l'Etat. On laissera l'organisation de cette loi de côté, car il n'en a pas été usé beaucoup jusqu'ici.

Source : BIU Cujas

On s'en tiendra à la loi de I8IO et à celle de I9I9. Comme la loi de I9I9 n'est pas rétroactive, il y a actuellement deux régimes des mines, au moins quant à la nature du droit du concessionnaire: le régime de la loi de I8IO et celui de la loi de I9I9.

Etudions donc ces droits des concessionnaires puis les obligations du propriétaire de la mine qui n'ont pas changé depuis la modification de I9I9 et, qui sont, en principe, les mêmes pour tout concessionnaire.

Le système de la loi de I8IO Elle institue 2 propriétés superposées

A - Quels sont donc les droits du concessionnaire de la mine ?

Envisageons tout d'abord le régime de la loi de I8IO. Dans le régime de la loi de I8IO, la propriété de la mine constitue incontestablement une propriété indépendante du sol qui la recouvre. Il y a une superposition de propriétés, superposition de la propriété immobilière de la mine et du sol. Il y a, si on veut, voisinage en profondeur.

Chacune de ces propriétés est soumise aux règles générales de l'acquisition et de la transmission de la propriété foncière. On peut vendre l'une sans vendre l'autre. D'autre part ce sont des immeubles et à ce titre on peut et on doit les saisir comme des immeubles. On peut les vendre aux enchères publiques séparément.

Dans le système de la loi de I8IO la propriété de la mine était attribuée par une concession gratuite et perpétuelle

C'est une concession qui attribuait, dans la loi de I8IO, la propriété de la mine. Le gouvernement le faisait au profit de particuliers ou de sociétés qui lui semblaient aptes à la fois financièrement et techniquement, et il visait l'intérêt général pour assurer une exploitation méthodique et fructueuse.

La concession était alors gratuite et perpétuelle. Certes le concessionnaire pouvait être aussi propriétaire du sol, mais il ne l'était pas toujours. On était alors en présence de deux propriétés entre lesquelles des conflits pouvaient exister. La loi de I8IO les avait réglés, mais surtout la loi du 27 juillet I880 avait cherché à les prévoir.

Le régime institué par la loi du 9 septembre I9I9 La concession de la mine est onéreuse et temporaire

Dans la loi du 9 septembre I9I9, la situation a changé. La concession n'est plus gratuite ni perpétuelle: elle est onéreuse et temporaire, c'est-à-dire qu'il faut payer non seulement une redevance au propriétaire de la surface, mais encore qu'il existe d'autres obligations. De plus, elle n'est plus perpétuelle: elle doit être faite pour 99 ans, au plus. Mais pour beaucoup de mines c'est bien suffisant car si le concessionnaire a exploité pendant 99 ans la mine d'une manière méthodique, généralement la mine est usée.

Source : BIU Cujas

Il faut néanmoins encore parler de la propriété de la mine. Cela est très conciliable avec la notion de propriété, droit le plus complet sur une chose qui doit d'adapter aux objets susceptibles de propriété. Or la mine est susceptible d'usus, de fructus, et d'abusus et ce n'est qu'en principe que la propriété est perpétuelle. La limitation de la durée de la concession faite au concessionnaire ne modifie pas les caractères de son droit. D'ailleurs si des auteurs écartent ici le droit de propriété, ils ne s'entendent pas sur la nature du droit qui existerait alors. Les uns parlent d'un droit d'usage, d'autres déclarent qu'il s'agit d'un droit réel de propriété.

Le droit éminent de l'Etat sur la mine

Quoiqu'il en soit il n'y a plus en cette matière une exploitation gratuite; il y a un droit éminent qui appartient à l'Etat, de sorte qu'à l'expiration de la concession, l'Etat reprendra la mine et aura le droit de conserver sans indemnité toutes les constructions qui ont été faites.

Avant, comme après la loi de 1919, une redevance était due au propriétaire du sol, mais la loi de 1919 a encore introduit une idée heureuse en permettant au gouvernement, dans des conditions qui jusque-là n'étaient pas précisées, de poursuivre la déchéance d'un concessionnaire de mine dans le cas où il n'en assurerait pas la bonne exploitation.

Obligations du propriétaire de la mine

B - Il faut en arriver maintenant aux obligations du propriétaire de la mine.

Obligation d'exploiter convenablement la mine

Le propriétaire de la mine a des obligations générales. Il est obligé d'exploiter convenablement. En cas de mauvaise exploitation, il peut être déchu. Il peut effectuer à la surface des travaux nécessaires et il en résulte des restrictions importantes pour le droit du propriétaire de la surface.

Le propriétaire de la surface a tous les droits d'un propriétaire sur l'espace qui repose sur le sommet de la mine. Il peut planter et construire et, si l'exploitation de la mine exige la démolition de ses constructions, il a droit à indemnité.

Obligation de subir la surveillance des ingénieurs de l'Etat

Le propriétaire de la mine est soumis à la surveillance de l'Etat par des ingénieurs des mines. Il peut transmettre son droit moyennant une autorisation qui lui est donnée par décret.

Obligation de payer certaines redevances notamment la

Il paie une redevance au propriétaire de la surface, qu'on appelle redevance tréfoncière. C'est un immeuble par l'objet auquel il s'applique. C'est le seul cas de survivance, dans notre droit, de la rente foncière. D'autre part, il y a une redevance qui est spécialement établie et qui s'appelle la redevance des mines. Elle est prise sur les bénéfices. En 1924

Source : BIU Cujas

redevance tréfoncière

elle avait atteint I2 % des bénéfices. En plus, l'Etat perçoit tous les impôts qui ont considérablement augmenté sur les mines.

Telles sont les propriétés matérielles. Il faut en arriver maintenant aux propriétés immatérielles ou incorporelles.

Les propriétés immatérielles ou incorporelles.

Les différentes propriétés incorporelles

Les choses sur lesquelles porte le droit de propriété ne sont pas seulement des biens corporels, ce sont aussi des biens incorporels et la liste en est assez longue et très variée. Il y a d'abord les choses ou les droits intellectuels. C'est le cas du droit d'auteur, du droit de l'inventeur et la question se pose de savoir s'il y a une propriété littéraire, artistique et industrielle. Il faut y ajouter la question de la propriété des lettres missives. Il y a aussi des propriétés incorporelles commerciales. Il y a les fonds de commerce et même il peut y avoir certains droits appartenant dans les sociétés, à des associés qui présentent un caractère tout à fait particulier. On se demande si l'on doit parler ici de propriété ou d'un simple droit de créance. Il y a la propriété commerciale. Enfin il y a une dernière catégorie de propriété immatérielle qui comprend les fonctions publiques. C'est la propriété dans la mesure où elle peut s'appliquer aux offices ministériels et on aura à se demander si la vénalité des offices est encore admise dans notre droit.

On n'étudiera pas toutes ces propriétés car, dans la plupart des cas on retrouvera l'étude de ces choses dans d'autres enseignements, mais il est nécessaire ici d'envisager le droit d'auteur, car on aura à en faire état par la suite. On laissera au contraire de côté la question des lettres missives, des fonds de commerce, de la propriété commerciale. Ces dernières sortes de propriété sont du ressort du droit commercial. Enfin on ne dira pas grand chose de la prétendue propriété des offices ministériels, car on la retrouvera au cours de procédure.

Le droit d'auteur.

Les théories qui ont été émises à l'égard du droit de l'auteur et de l'inventeur.

La propriété littéraire, artistique et industrielle a été défendue de la façon la plus énergique, au cours du XIX° siècle. Lamartine disait que la propriété littéraire est une propriété absolue,

Source : BIU Cujas

sacrée qui doit être indéfiniment transmissible; et tous les auteurs affirment qu'il n'était pas de propriété plus essentielle que celle que l'inventeur ou l'auteur tirait de son propre fonds. Cette idée a été soutenue par tous les auteurs de la fin du XVIIIème siècle. On la rencontre chez Voltaire et chez Mirabeau, et on cite volontiers le mot de Diderot qui déclare que l'auteur est propriétaire de son oeuvre. La propriété littéraire est également apparue à celui qui devait devenir Napoléon III comme une propriété, tout comme la propriété d'une terre ou d'une maison.

Ière théorie il s'agit d'un droit de propriété

Mais cette affirmation a été souvent contredite, à propos de la loi du 14 juillet I866 qui a fait de la propriété littéraire un droit spécial, en la limitant dans le temps.

Il faut déclarer que d'après les principes généraux du droit, la propriété littéraire et artistique a les mêmes caractères que tout autre genre de propriété. Il n'y a qu'une dérogation, c'est cette limitation que le législateur y a apportée qui ne permet aux héritiers de l'auteur de profiter de son oeuvre que pendant 50 ans après sa mort.

En général on accepte ce caractère. On le condamne cependant parfois, et cette notion a tellement dominé le XIX° siècle qu'on voit un arrêt de la Chambre des requêtes du 16 août I88I (S-I88I-I-225) affirmer qu'une production littéraire matérialisée par la publication constitue un bien susceptible de propriété comme tout autre bien.

Ainsi donc il y a une propriété littéraire artistique et industrielle et, à cette époque, on affirmait qu'elle avait le caractère de la propriété dans le code civil de I804, qu'elle était absolue et exclusive. Elle était en outre temporaire. On lui appliquait l'art. 544 du C.C.

2° théorie: Négation du droit de l'auteur et de l'inventeur

Par réaction contre cette théorie une seconde théorie est intervenue, surtout à la fin du XIX° siècle qui a soutenu que le droit d'auteur et celui de l'inventeur étaient inacceptables.

I° variante de cette théorie

Les partisans de cette théorie invoquaient des idées assez différentes. Il y a, en effet, des variantes dans cette théorie. Les uns disaient que l'auteur, l'inventeur n'a fait que prendre ce qu'ils ont créé dans les idées de la communauté où ils vivent. Ils ont mieux exploité que d'autres la langue et la musique et par conséquent la communauté doit seulement leur reconnaître certains droits limités.

On peut répondre à cette théorie car il y a

Source : BIU Cujas

des oeuvres qui ne sont nullement le produit de la communauté. Est-ce que la communauté allemande, par exemple, a fait quelque chose pour Wagner ? Durant un demi-siècle elle a agi, de toute sa force, pour empêcher ses oeuvres d'être jouées.

2° variante de cette théorie

C'est pourquoi on rencontre une seconde variante dans cette conception, laquelle déclare qu'il n'y a pas de propriété littéraire et artistique. Cette théorie part de la notion de droit inhérent à la personnalité humaine. L'oeuvre intellectuelle se confond, dit-on, en quelque sorte, avec la personne de son auteur, de l'inventeur. Une oeuvre, un objet d'art, c'est la pensée de l'homme qui prend corps et se révèle. Le droit dont l'auteur est investi n'est que l'émanation de sa personnalité, une forme particulière de sa liberté personnelle. Tous les biens de nature immatérielle créés par l'activité individuelle restent liés à la liberté du travail, de la production de l'individu, mais une fois que cet individu est mort, aucun droit n'existe plus au profit de ses héritiers. Il n'y a plus à parler de propriété. L'auteur ne voit pas reconnaître son droit parce qu'il est propriétaire, mais parce qu'il est auteur, et on lui attribue un droit sur son oeuvre, de même qu'il a un droit à l'honneur ou au nom civil, non pas comme il a droit à la propriété.

Conséquences de la théorie qui voit dans le droit d'auteur un attribut de la personnalité

On a tiré de nombreuses conséquences de ce caractère attribué au droit intellectuel. Le droit d'auteur, de l'inventeur, attribut de la personnalité n'est pas dans le commerce, il ne peut figurer dans le patrimoine. Dès lors les créanciers ne peuvent le saisir. Ce ne sont que les objets matériels qui figurent dans le patrimoine que les créanciers pourront saisir, mais le droit d'auteur lui-même est en dehors.

Ces droits intellectuels sont absolus et exclusifs comme l'est la propriété elle-même et ils durent ce que durent la personne, ils ne peuvent aller plus loin. Toutefois on reconnaîtra aux héritiers un certain droit limité à 50 ans.

Analyse du droit d'auteur

Il y a dans cette théorie comme dans la précédente une part de vérité. On va la montrer en analysant le droit de l'auteur et celui de l'inventeur en un droit mixte, beaucoup plus complet qu'on ne le suppose.

Voilà tout d'abord la première théorie et sa variante. Il est certain que le droit d'auteur ne se résume pas en un droit de propriété sur un corps certain qui en est le produit matériel à l'égard de l'auteur qui l'a créé. L'auteur a, par exemple, édité l'ouvrage à ses frais. Il est alors propriétaire et non auteur. Donc il faut distinguer le droit de l'auteur du droit sur

Source : BIU Cujas

les produits, le droit du romancier, et son droit sur chaque roman édité. On envisage seulement ici le droit d'auteur sur les produits réalisés par l'oeuvre; c'est alors le droit de propriété ordinaire qui s'applique.

Le droit d'auteur comprend 2 éléments: Un élément pécuniaire

Le droit d'auteur comprend en réalité deux éléments: un élément pécuniaire, et un élément moral.

Il y a un droit pécuniaire qui en représente la valeur économique et qui consiste dans la faculté de tirer de l'argent de l'exploitation de l'oeuvre. La loi doit reconnaître ce droit, et elle n'a pas manqué de le faire. L'auteur a un droit exclusif quant à la reproduction de son oeuvre, et il a le droit d'en retirer des profits pécuniaires. Auteur, il peut éditer son oeuvre, inventeur il vend le droit d'user des produits réalisés grâce à son oeuvre.

Ce droit exclusif de production et de reproduction par les moyens imaginés par l'inventeur ou l'auteur a un caractère patrimonial, puisqu'il est susceptible de procurer un avantage économique. Il est aliénable, il est cessible et c'est souvent la cession qui permet à l'auteur qui veut faire éditer son oeuvre et qui pour cela, a des frais d'en tirer parti. Enfin on comprend que ce droit soit transmissible.

Envisagé quant à cet élément le droit d'auteur présente des caractères analogues à ceux du droit de propriété

Envisagé de ce côté, le droit d'auteur présente des caractères analogues au droit de propriété, l'usus, le fructus et l'abusus et c'est surtout par l'abusus que l'auteur pourra jouir de son oeuvre.

Son droit n'est pas perpétuel, mais s'il est temporaire il n'en est pas moins un droit de propriété car il a un caractère exclusif et absolu, dans la mesure où les droits sont absolus puisqu'en principe ils ne le sont pas. On parle alors de propriété et même de transmissibilité limitée ce qui montre qu'il y a bien là un droit dont on peut tirer profit et qui est un objet de propriété.

Le droit de l'auteur et de l'inventeur peut donc être considéré comme une sorte de propriété. Mais ce n'est pas une propriété comme celle d'un bien matériel.

Voilà le côté pécuniaire. En ce qui concerne ce côté se posent certaines questions, notamment celle de savoir si le droit de l'auteur est un meuble ou un immeuble. Cette question a passionné pendant un certain moment l'opinion et la jurisprudence.

Et un élément moral

Mais, d'autre part, le droit d'auteur est aussi un droit moral et, par ce caractère, il échappe à la notion de propriété.

Il est de l'essence du droit d'auteur de présenter un caractère moral. C'est ce droit qui permet à l'auteur de ne pas publier son oeuvre, de la garder pour

Source : BIU Cujas

lui, ou qui lui permet de la détruire entièrement, avant ou après sa publication. Même quand il a cédé son droit d'auteur, il peut le reprendre. Il a cédé, par exemple, à un éditeur son droit d'auteur, et cet éditeur doit faire paraître 1000exemplaires. Si l'auteur rachète ces exemplaires et détruit son oeuvre, il n'y a rien à lui dire. Les exemples de destruction cependant sont rares, on en a vu en 1902. Un officier de marine français, Mariotte, avait mis en musique la Salomé d'Oscar Wilde avec l'autorisation d'un héritier. Un tribunal anglais déclara que cet héritier n'avait pas de droit sur l'oeuvre et reconnut seule valable une cession de ce droit fait à un musicien allemand Richard Strauss. Au lieu de plaider, Mariotte alla trouver Richard Strauss; ce dernier lui imposa les conditions suivantes: sa Salomé serait jouée trois fois au lieu de la résidence de Mariotte, à Lyon, la moitié des droits d'auteur seraient attribués à Richard Strauss, puis toute la partition lui serait remise pour être anéantie. C'est là le seul exemple de destruction qu'on peut citer et par un autre auteur ! Donc l'auteur a le droit moral de détruire son oeuvre, même s'il l'a publiée.

Cet élément moral correspond au caractère inhérent à la personnalité invoqué par la seconde théorie pour prétendre que le droit de propriété n'est pas applicable en cette matière.

Ce droit moral est rigoureusement personnel

C'est un droit moral rigoureusement attaché à la personne, inaliénable, qui ne se confond pas avec le droit pécuniaire, de sorte qu'il n'est pas transmis quand le droit pécuniaire est transmis; et cette personnalité du droit moral fait que l'auteur peut empêcher la publication, dans certaines conditions de son oeuvre. Quand Emile Zola se présenta à l'Académie, onpublia un volume contenant toutes les pages obscènes de son oeuvre. Il s'opposa à cette publication, invoquant son droit moral. On n'a pas, en effet, le droit de présenter au public l'oeuvre d'un auteur en la déformant.

Il faut reconnaître ce droit moral aux héritiers de l'auteur

Il faut reconnaître ce droit aux héritiers de l'auteur. Si on modifie l'oeuvre, si on reproduit seulement les parties qui peuvent la faire mal juger, les héritiers peuvent intervenir. On en est venu même à se demander , tandis que les éléments pécuniaires du droit de jouissance qui est dans le droit d'auteur sont temporaires, si le droit moral n'était pas perpétuel.

Telle est la solution de la jurisprudence

Donc, le droit d'auteur, le droit de l'inventeur la propriété littéraire, artistique et industrielle comprend deux éléments: un élément pécuniaire, qui consiste dans le monopole de reproduction de son oeuvre par l'auteur, qui en constitue la valeur économique, patrimoniale

Source : BIU Cujas

puis il y a un autre élément: l'élément moral qui est strictement personnel au titulaire; et la jurisprudence a reconnu que telle était bien la véritable notion du droit d'auteur. On peut citer à cet égard un arrêt de la chambre civile du 25 juin 1902 (S. 1902.I.305). Tant que l'oeuvre n'est pas publiée, on ne voit que l'élément moral, l'élément pécuniaire n'existe pour ainsi dire pas; après la publication, il y a coexistence du droit pécuniaire et du droit moral.

Le droit d'auteur est un droit mobilier

Mais faut-il faire entrer ce droit dans les meubles ou les immeubles ? On sait que le code civil a établi en cette matière une classification brutale: un bien est un meuble ou un immeuble, et comme les immeubles sont strictement déterminés par la loi, tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. Le droit d'auteur n'est certainement pas un immeuble, c'est un meuble et on verra que cela ne va pas sans inconvénient, au moins faudra-t-il dire que ce qui est meuble c'est seulement le droit pécuniaire, car le droit moral échappe à toute la distinction des meubles et des immeubles.

Le droit d'auteur est un droit réel

Mais est-ce un droit personnel ou un droit réel? La doctrine parfois n'a pas pu se décider à faire rentrer le droit d'auteur dans les droits réels, bien que si dans le droit pécuniaire, on voit une sorte de droit de propriété, il faille lui attribuer les caractères d'un droit réel. Mais parfois la doctrine a dit qu'à côté des droits réels et personnels, il y avait une troisième catégorie de droits où on rangeait les droits d'auteur et les droits intellectuels. Les droits intellectuels sont alors des droits qui ont pour objet une espèce de bien d'une nature immatérielle qui a son régime propre, et dont l'utilité est assurée dans des formes et des garanties particulières.

En réalité, comme on reconnaît à ce droit un caractère absolu, exclusif, même si on ne lui reconnaît pas les caractères de la propriété à proprement parler, il faut en faire un droit réel. La distinction des droits personnels et des droits réels est rigoureuse, et le droit d'auteur, même s'il n'est pas une sorte de droit de propriété doit être considéré comme un droit réel portant sur une chose immatérielle et l'analyse même du droit d'auteur le montre. Il y a trois éléments quant au droit d'auteur: un sujet actif, l'auteur; un sujet passif tout le monde: un objet du droit la chose immatérielle.

Le droit d'auteur est temporaire

Le droit d'auteur est temporaire, il dure tant que dure l'auteur. Après sa mort, il vaut seulement pour 50 ans (loi du 14 juillet 1866).

Il faut y ajouter quelques règles. On a reconnu

Source : BIU Cujas

Règles spéciales au droit de l'auteur et de l'inventeur

certains droits à l'auteur sur son oeuvre d'art. On peut citer à cet égard la loi du 20 mai 1920 qui reconnaît aux artistes un droit de suite sur leurs oeuvres qui passent en vente publique. Quand des oeuvres artistiques, peintures ou dessins, figurent à une vente aux enchères, un certain droit peut être prélevé par l'auteur sur le produit de la vente. L'art. 2 établit le tarif de ce droit.

Quant à l'inventeur, son droit pécuniaire de propriété est beaucoup plus limité . En demandant un brevet, l'inventeur fixe lui-même la durée de son brevet 5, 10 ou 15 ans et des règles spéciales sont applicables aux dessins, modèles et marques de fabriques.

La propriété des offices ministériels.

Enfin il faut dire quelques mots de cette propriété spéciale qu'est la propriété des offices ministériels.

Historique

Les officiers ministériels: avocats à la Cour de cassation, notaires, huissiers, agents de change, commissaires-priseurs ont-ils un droit de propriété sur leur office ?

La vénalité des offices sous l'Ancien Régime

Il faut rappeler que, sous l'Ancien Régime, on avait admis la vénalité des offices et qu'il y avait là un moyen employé par le roi pour faire argent de tout ce qui faisait partie ou non du domaine royal. On avait aliéné toutes les charges de judicature, de finances et de police et cela permettait à ceux qui achetaient ainsi un office d'avoir un certain avantage. Il n'était pas d'office, au fond, si petit soit-il, qui ne trouve acquéreur. On achetait ainsi souvent des offices ridicules: il y avait des officiers débardeurs, botteleurs de foin, contrôleurs à l'empilement du coke; il y avait les officiers inspecteurs gourmets sur les vins, les officiers essayeurs de fromages etc., et ce qu'avait fait le roi, les seigneurs l'avaient fait à leur tour.

En versant une finance au roi, l'ancien officier acquérait une parcelle de souveraineté. On ne se préoccupait ni de la capacité, ni de la moralité, et l'officier qui avait obtenu un office cherchait à faire rendre le plus possible à la fonction qu'il avait acquise. Que l'officier soit incapable ou indigne, peu importe l'office ne diminuait pas de valeur et les offices représentaient une part si considérable de la fortune publique, qu'on les considérait comme des immeubles de sorte qu'ils rentraient dans le patrimoine. Les jurisconsultes disaient que puisqu'ils étaient des immeubles, on pouvait les saisir et les hypothéquer.

Source : BIU Cujas

Oeuvre de la Révolution en cette matière

La Révolution qui supprima tous les privilèges supprima les offices mais, tandis que en ce qui concerne les charges judiciaires et de finances, la disparition fut complète, on fut bientôt obligé de rétablir certaines charges, notamment celles des notaires et des avoués car il s'était introduit dans les tribunaux des individus, des gens sans aveu qui, suivant une expression du temps " s'étaient emparés des avenues de la justice".

Le C.C.

Le code civil ne vise par les offices et souven on maintint le statu quo.

La Restauration
Loi de I8I6

C'est sous la Restauration, à l'époque où le Trésor royal avait besoin d'argent qu'on songea à rétablir le droit des officiers ministériels sur leur office. Une loi de finances de I8I6, dans son art. 9I, permit à tout officier ministériel de présenter un successeur, moyennant le versement d'un cautionnement, et on tira un profit, non pas de la cession d'un droit sur l'office, mais de l'augmentation du cautionnement. Cette loi n'a donc pas restauré l'ancienne vénalité des offices. L'exercice d'une fonction détachée dans l'Etat n'a pas été accordée, mais tout se ramène à la promesse faite par le gouvernement d'accepter un successeur présenté par le titulaire d'un office ministériel.

L'office ministériel est aujourd'hui un meuble

Est-on en présence d'un véritable droit de propriété ? La situation est toute différente de ce qu'elle était dans l'ancien droit car l'Etat exige une certaine compétence. C'est la chancellerie ou le ministère de la justice qui examine cette compétence, et, d'autre part, on ne considère plus dans notre droit l'office comme un bien immobilier: ce n'est pas un immeuble mais un meuble.

Dans le droit de l'officier ministériel il faut distinguer:

Le droit de l'officier ministériel est-il cependant un droit de propriété figurant dans le patrimoine de l'officier ministériel ? Il faut encore distinguer, dans notre droit, comme dans l'ancien droit deux éléments: il y a la fonction et il y a l'office ou si l'on préfère il y a le titre, et il y a la finance.

La fonction sur laquelle l'officier ministériel n'a aucun droit

Sur la fonction, l'officier ministériel n'a pas de droit. L'Etat n'a pas abandonné une parcelle de son droit sur la propriété. Il a seulement conféré un droit de présentation, l'Etat a seulement promis d'agréer un successeur présentant toutes les conditions de capacité requises, et des lois ont établi les conditions de cette capacité.

L'office la finance sur laquelle l'officier mi-

Mais sur l'office, sur la finance de l'office, l'officier ministériel a une sorte de droit de propriété. Ce droit a d'ailleurs été reconnu au cours des tra-

Source : BIU Cujas

nistériel a une sorte de droit de propriété

vaux préparatoires de la loi de 1816, et il a été maintes fois affirmé, lors de la discussion de l'art. II de la constitution de 1848, où on a rangé les offices dans les propriétés dont l'inviolabilité était proclamée.

Comme tout titulaire d'un droit de propriété, l'officier ministériel peut user, jouir et disposer de son bien, et son droit est perpétuel en ce sens qu'il est cessible et transmissible. C'est un élément de son patrimoine, de son activité. L'office a une valeur vénale et le droit de l'officier ministériel est opposable à tous.

L'Etat a conservé le droit d'examiner le titre du successeur. Il s'est également réservé le droit de supprimer des offices, mais au moins pour cette suppression il reconnaît qu'une indemnité est due à l'officier ministériel dont l'office vient à disparaître.

La copropriété

La propriété individuelle ne suppose pas nécessairement un seul individu. Le droit de propriété sur une chose, peut appartenir à plusieurs individus, sans que la propriété cesse d'être individuelle. Il y a alors copropriété mais non propriété collective.

Définition de la copropriété

La copropriété est donc une propriété qui appartient à deux ou plusieurs personnes, sur une même chose.

La copropriété revêt un double caractère

Mais elle revêt un double caractère: tantôt elle est accompagnée d'indivision, tantôt elle existe sans indivision. Avec la propriété sans indivision, le droit de chaque propriétaire reste déterminé sur une partie différente de la chose. C'est, pour prendre l'exemple le plus simple, le cas de la copropriété d'une maison divisée par étages ou par appartements. Dans la copropriété avec indivision, au contraire, le droit de chaque propriétaire ne porte pas sur une partie différente, mais sur une quote-part. Il y a dit-on parfois, un droit sur chaque parcelle de la chose. Mais c'est un droit que chaque propriétaire exerce d'une façon idéale et abstraite. Il a droit à une quotité, il est copropriétaire indivis, pour un tiers ou un quart. Ce droit s'exerce sur la chose entière et sur chaque parcelle de la chose.

C'est le cas notamment de la copropriété indivise d'une maison laquelle se réalise le plus fréquemment en cas de succession.

I)La copropriété dans indivision

I- Examinons d'abord la copropriété sans indivision. Elle existe en cas de maison divisée par étages ou par appartements, ou en cas de concours de propriétés.

Source : BIU Cujas

A) Cas d'une maison divisée par étages ou par appartements

Une maison peut être divisée par étages, horizontalement et même, pour un même étage, il peut y avoir une division. On peut être propriétaire d'un étage, d'un appartement, même d'une chambre dans une maison.

Cette situation ne se rencontrait guère, avant la guerre, que dans trois villes de France: à Lyon, mais surtout à Rennes et à Grenoble. Elle tenait à ce que chacun voulait conserver la propriété de son appartement, à la suite d'une succession. Les parents avaient une maison, chaque enfant voulait un étage. Elle tenait aussi à ce que, dans les villes comme Grenoble ou Rennes, chacun voulait rester le plus près possible du centre de la ville, se trouver dans son enceinte. Mais cette manière d'être de la copropriété, à Paris notamment, a pris un développement considérable.

La réglementation établie par le C.C.

Le code civil avait d'ailleurs prévu la situation car elle existait dans l'ancien droit, et l'art. 664 règle les droits des propriétaires.

Le code civil n'a cependant pas pu déterminer avec soin les droits et les obligations de chacun.

Situation particulière que présente ce cas

Ce qui est une copropriété sans indivision, c'est l'ensemble de la maison, mais chacun des étages est l'objet d'une propriété séparée et il y a là également une propriété avec indivision, et une indivision même forcée. Il y a une indivision forcée, perpétuelle en principe. Ce qui est en état d'indivision, ce sont les gros murs, le toit, dont l'art. 664 dit qu'il est à la charge des propriétaires, chacun en proportion de l'étage lui appartenant.

Inconvénients de cette copropriété

La division des maisons en étages et en appartements entraîne de gros inconvénients. Elle amène des conflits entre les copropriétaires. Ces conflits sont souvent très aigus, et ce n'est pas parce qu'ils existent entre les membres d'une même famille qu'ils sont moins violents. On a vu notamment le cas de 5 propriétaires d'un immeuble qui ne pouvaient pas s'entendre sur le choix de la peinture extérieure à donner à l'immeuble chacun voulant garder intact son droit sur son étage extérieur peint à la couleur de son goût.

A ces inconvénients il y a un remède dans l'établissement de règlements de copropriété. Ces règlements sont faits d'une façon très complète et, de nos jours, s'y ajoute la nomination d'un syndic, c'est-à-dire d'une personne chargée d'administrer et d'entretenir les parties indivises. Les inconvénients signalés ont donc été atténués par les règlements de copropriété, et par la présence du syndic, à tel point que, depuis le fonctionnement de la division des maisons par étages

Source : BIU Cujas

à Paris, il est exceptionnel que les tribunaux soient saisis d'une demande, à la suite de désaccord entre copropriétaires.

Avantages de ce mode de copropriété

Il y a, par contre, dans ce mode de copropriété, des avantages considérables. Cette division permet l'union des capitaux, et elle n'exige pas les sommes énormes que requiert une maison à Paris. Le développement de la division des maisons par étages est aussi un moyen de remédier aux difficultés et à la crise du logement, c'est même un moyen très heureux puisqu'il augmente le nombre des propriétaires.

B) Cas du concours de propriété

Le concours des propriétés représente un autre cas de copropriété sans indivision.

Cas de propriétés concurrentes relativement à des produits différents

Il se peut que le droit de propriété existe relativement à des produits différents. Un bois est composé de plusieurs essences. Les chênes seraient à telle personne, et les sapins à une autre. Il arrive également qu'une prairie appartienne à plusieurs propriétaires. La première coupe à l'un d'eux, la seconde à un autre. On parle de premières herbes et de secondes herbes. Enfin, certains étangs de la Bresse qui sont empoisonnés et mis à sec comportent le droit à l'étang par conséquent la propriété de l'étang au profit d'une certaine personne (droit d'évolage) et la propriété du terrain, en cas de mise à sec, pendant une certaine période, qu'on appelle l'assec, à une autre personne.

Cas du droit de superficie

Dans ces différents cas il n'y a pas indivision, et il n'y a pas non plus indivision quand deux propriétés différentes appartiennent à deux propriétaires. C'est le cas du droit de superficie qui appartient au propriétaire d'un terrain sur lequel se trouvent des plantations ou des constructions appartenant à autrui.

Le droit de superficie est un droit de propriété.

Le droit de superficie est un véritable droit de propriété, de copropriété. La jurisprudence n'a pas voulu admettre qu'il y eût simplement au profit du superficiaire un usufruit ou une servitude. Les droits du superficiaire sont des droits distincts.

Intérêt de la question

Voici l'intérêt très important qui résulte de la reconnaissance du droit de propriété. Si on admettait que le droit de superficie soit un usufruit ou une servitude, il pourrait se perdre par le non usage pendant 30 ans. Comme c'est un véritable droit de propriété, et que la propriété ne se perd pas par le non usage, ce droit de propriété appartenant au superficiaire ne pourra lui être enlevé par le non usage, et il y a toujours possibilité de la preuve contraire si un tiers se met en possession.

Mais que reste-t-il au propriétaire du sol ? S'il y a des plantations, s'il y a des arbres fruitiers, il pourra avoir les fruits, ou encore les prairies qui

Source : BIU Cujas

sont sous les arbres. Mais s'il y a des constructions à quoi aura-t-il droit ? S'il y a une mine découverte et exploitée dans le sous-sol, il a droit à la redevance tréfoncière. On ajoute aussi que si un trésor est trouvé il lui appartiendra, mais c'est un droit très minime en raison de la rareté de la découverte.

Dans tous ces cas il y a donc copropriété sans indivision, mais il y a des cas où la copropriété existe avec indivision.

2)La copropriété avec indivision

II. La copropriété avec indivision suppose que le droit de chaque propriétaire porte sur une quote-part abstraite d'une chose commune. La part de chacun, de chaque communiste, n'est pas déterminée, elle s'exprime par un chiffre, c'est la moitié, un tiers, un quart etc..

Il y a copropriété, car chacun a un droit de propriété que vient limiter le droit des autres. Ily a indivision, car la propriété n'est pas divisée suivant une proportion, suivant une partie de cette chose même, et sur chaque parcelle, sur chaque molécule de la chose, il y a concurrence du droit de tous les indivisaires communistes.

Cette situation diffère de la propriété collective ou corporative avec laquelle on l'a souvent confondue, elle n'est qu'une propriété individuelle.

Il y a 2 sortes d'indivision

Mais il y a deux sortes d'indivisions: l'indivision ordinaire et l'indivision forcée.

A) L'indivision ordinaire

L'indivision ordinaire existe surtout à la suite de succession, en cas de communauté entre deux époux. Si on veut préciser la nature de l'indivision ordinaire on la caractérise essentiellement en disant qu'elle est à la fois facultative et temporaire. Elle est facultative; c'est une faculté, on ajoute même une pure fafulté, et le texte qui vient le dire c'est le texte très connu de l'art. 815 du C.Civ.: " Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et le partage peut toujours être provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires." Il faut généraliser cette disposition, car elle se trouve dans le titre consacré aux successions, mais il faut la généraliser et l'appliquer partout où il y a indivision.

Elle est facultative

L'indivision est donc une faculté. On dit en général que c'est une faculté imprescriptible. C'est évident. On verra qu'aucune faculté ne permet l'exercice de la prescription. La notion de prescription, par conséquent est étrangère, inconciliable avec celle de l'indivision, et même si pendant trente ans l'indivision demeurait entre certains communistes, cette indivision n'en aurait pas moins empêché la prescription,

Source : BIU Cujas

l'acquisition du droit par un des indivisaires qui se serait mis en possession de la copropriété indivise.

En principe, les copropriétaires par indivis ne peuvent renoncer à leur droit de demander la cessation de l'indivision (art. 815 in fine). Cela est conforme à l'utilité sociale, car les propriétés qui restent indivises sont, en général, moins bien exploitées que les autres, il faut en effet le concours de tous, et le moindre sentiment entre tous les coindivisaires empêche une bonne exploitation.

On ne peut donc renoncer au droit de demander le partage. Cependant l'art. 815 permet, en cas d'indivision, de suspendre le partage pendant un temps limité. Cette convention ne peut être obligatoire au delà de 5 ans, mais elle peut être renouvelée.

Et temporaire

L'indivision est un état temporaire. Elle peut être établie par les parties ou leur être imposée, en cas de succession ou de donation, et l'on vise surtout la succession ordinaire, ab intestat et la succession testamentaire. Le partage peut donc être reculé de 5 ans, mais si un des coindivisaires le veut, le partage devra avoir lieu.

Les droits de l'indivisaire

Ces deux caractères montrent bien la nature de l'indivision, mais quels sont les droits qui appartiennent à l'indivisaire ?

Chaque propriétaire indivis a un droit exclusif sur une part abstraite de la chose

Chaque propriétaire indivis a un droit exclusif sur ce qui lui appartient c'est-à-dire sur une part abstraite, la moitié, un tiers, c'est précisément parce qu'il a un droit sur une part abstraite que l'indivision est un état qui n'assure pas une bonne exploitation. Pour les actes juridiques qu'il peut faire sur sa part, il est toujours limité par l'obligation de ne pas dépasser la quote-part à laquelle il a droit.

Il peut faire des actes

Il peut faire les actes juridiques, notamment revendiquer la propriété sur laquelle il a un droit indivis, contre tout tiers possesseur de la chose, comme il peut également disposer de sa part, c'est-à-dire user de l'abusus. Il peut établir des servitudes, des hypothèques, mais ceci appelle tout de suite une réserve, savoir qu'il ne peut le faire que dans la mesure de sa part. Or, en vertu de l'art. 883 du C.Civ. quand le partage a été opéré, un effet rétroactif est produit, de sorte que si c'est un autre coindivisaire qui a obtenu dans le partage la propriété à lui seul, tous les droits consentis par tous les autres coindivisaires tombent, car l'attributaire du bien acquiert une propriété divise, individuelle à lui seul. Sur ce bien il est réputé avoir été seul propriétaire du jour où a commencé l'indivision. Ceci fait que les servitudes et hypothèques constituées

Mesure dans laquelle ces actes sont valables

Source : BIU Cujas

par un coindivisaire sont des droits très incertains. Ils ne se précisent que le jour où le cessionnaire de la servitude, de l'hypothèque, celui qui l'a octroyée, devient propriétaire définitif. Sinon le droit du créancier hypothécaire disparaît, c'est pourquoi il a fallu modifier ces dispositions pour l'hypothèque et que, dans l'art. 2125 du C.Civ. une loi du 31 décembre 1910 est venue décider que, malgré l'art. 883, l'hypothèque constituée par tous les coindivisaires serait définitivement valable, quel que soit le résultat du partage.

Mais ses actes matériels n'ont que des effets restreints

Les actes matériels que peut faire chaque communiste n'ont que des effets restreints. C'est que l'acte matériel produit effet sur la chose elle-même, prise dans sa totalité. Or, par définition, l'indivisaire ne peut faire des actes que sur une quotité. Comment pourra-t-il faire ces actes matériels sur cette quotité seulement sur la moitié ou un tiers de chaque molécule de la chose ? Ainsi donc des actes juridiques sont possibles, non des actes matériels.

Mais quand il y a accord entre tous les coindivisaires pour ces actes matériels, la copropriété réapparait et ce que chacun d'eux ne pourra pas par exemple faire, les deux, trois ou quatre propriétaires réunis pourront le faire.

Chaque propriétaire par indivis est tenu aux obligations proportionnellement à son droit, et les dépenses communes seront réparties d'après la quote-part appartenant à chacun.

Telle est l'indivision volontaire, il faut en arriver à l'indivision forcée.

B) L'indivision forcée

L'indivision forcée va revêtir deux caractères directement opposés à ceux de l'indivision volontaire.

Elle est obligatoire et perpétuelle.

Elle est obligatoire et perpétuelle, à la différence de la précédente. Il en est ainsi sans que l'intérêt des propriétaires, ni l'intérêt général n'ait à en souffrir, car l'indivision forcée permet à la propriété de remplir tout son but, d'avoir sa pleine utilité. Ici, en effet, aucun des inconvénients de l'indivision ne va se rencontrer; il n'y aura pas atteinte à la circulation des biens, et, d'autre part, il n'y a pas d'obstacle à une meilleure exploitation. Il n'y a pas d'atteinte à la circulation des biens, car ces biens sont par leur nature, transmissibles. Ils se transmettront par la propriété même, et non d'une façon indépendante.

Cette copropriété avec indivision est tantôt naturelle et tantôt légale. Il faut se demander si elle peut être conventionnelle.

Elle peut

Elle est naturelle quand elle résulte des

Source : BIU Cujas

être naturelle caractères mêmes des biens indivis. C'est le cas des tableaux, des titres de famille dont la destination est d'être utilisés par tous les membres de la même famille, ils sont nécessairement indivis. Ce sont des biens indivis en eux-mêmes, à titre perpétuel. Tandis que, au contraire, dans d'autres cas d'indivision, on est en présence d'immeubles indivis, à titre accessoire.

Conventionnelle

L'indivision forcée peut-elle être conventionnelle ? Les parties ont-elles le pouvoir d'établir une indivision forcée entre plusieurs propriétaires?

La clause d'indivision suppose la stipulation que le bien sera en état de copropriété indivise, que seule la volonté unanime des intéressés pourra faire cesser. Mais la volonté d'un seul ne le pourra pas. Il semble qu'il y ait là une atteinte à l'art. 815 du C. Civ. Il va de soi que si tous les copropriétaires sont d'accord, l'indivision doit cesser seulement au moment où ils l'ont prévu, on écarte alors l'application de l'art. 815. La jurisprudence n'hésite cependant pas à admettre la validité de ces clauses d'indivision forcée, mais elle exige certaines conditions pour qu'elles soient valables.

Si l'indivision est imposée par la nécessité, elle veut que le bien indivis soit un accessoire indispensable d'un immeuble. Elle exige par conséquent la condition qu'il s'agisse de rapport entre des immeubles, que ce rapport soit nécessaire, et qu'il soit accessoire Il en est ainsi de biens qui sont, par leur nature, destinés à l'usage d'autres biens. C'est le cas d'une cour ou d'une allée commune.

Elle exige, si l'indivision n'est justifiée que par l'utilité, les mêmes conditions, mais elle veut une utilité sérieuse, et elle ne l'a admis que dans des cas assez précis et rares par exemple, dans certaines régions de Normandie, elle a admis qu'un pressoir à cidre qui est bien un meuble qui ne peut être considéré comme un immeuble par destination, pouvait être considéré comme la copropriété forcée indivise entre les propriétaires de terrains plantés de pommiers qui avaient acquis le pressoir. Elle a admis également pour une batteuse mécanique la même solution. Pour les associations fromagères du Jura, elle a admis encore cette même solution pour le châlet dans lequel les associations fromagères procèdent à la fabrication du fromage.

ou légale

Mais c'est surtout l'indivision légale qu'il faut étudier ici, l'indivision légale qui existe dans deux cas bien précis: l'indivision pour des parcelles de terres ou pour les choses accessoires nécessaires à l'exploitation de plusieurs immeubles contigus, et

Source : BIU Cujas

l'indivision qui existe pour les clôtures mitoyennes.

I)Cas de l'indivision qui existe entre des parcelles de terre ou des choses accessoires nécessaires à l'exploitation de plusieurs immeubles

Dans le premier cas, il y a indivision forcée, légale, copropriété avec indivision forcée, pour les parcelles de terrain ou les choses accessoires également nécessaires à l'exploitation de plusieurs immeubles. Ce sont des ruelles, des passages, des allées, des cours de ferme, des puits, des mares, des abreuvoirs communs, et la question est très pratique, à la campagne. Le partage n'en est pas possible, à moins que tous les propriétaires réunis ne l'acceptent. La dissidence d'un seul suffit pour empêcher le partage, et d'ailleurs si véritablement il s'agit d'un puits ou d'une allée commune, personne ne demandera le partage, tant que subsistera l'utilité.

Détermination de la nature du droit de chacun des copropriétaires.

Une grande difficulté est née pour préciser la nature du droit de chacun des copropriétaires. On admet qu'il y a ici une indivision, une copropriété avec indivision. C'est la solution consacrée par la jurisprudence, et cette indivision est perpétuelle. Mais on a soutenu qu'il fallait interpréter autrement cette copropriété en commun. Prenons l'exemple le plus simple. Il y a allée ou chemin commun. On peut dire que ce chemin est bien une copropriété, dans un sens, mais que chacun des riverains, comme en ce qui concerne le lit de la rivière non navigable, est propriétaire exclusif de la moitié du chemin qui borde son terrain et qu'il jouit sur l'autre partie d'une servitude de passage. Mais lui-même est grevé d'une servitude correspondante au profit des autres riverains. C'est le système qui a été établi pour les lits de rivières non navigables ni flottables. Or les rivières ne sont que des chemins qui marchent.

Les 2 thèses en présence

Pour les chemins d'exploitation rurale, il y a, en faveur de cette solution, un texte qui est l'art. 33 de la loi du 20 août 1881. D'après cet article, les chemins et sentiers d'exploitation, les chemins privés servant uniquement aux communications des différents héritages, en vue de leur exploitation, en l'absence de titres établissant la propriété, sont présumés appartenir aux propriétaires riverains. Chacun a la moitié du terrain, et est grevé d'une servitude sur cette partie, sauf à avoir une servitude sur l'autre partie.

Mais, dans la conception qui est celle de la jurisprudence, il faut écarter la loi du 20 août 1881: il y a ici une véritable copropriété avec indivision. L'indivision est forcée, perpétuelle. L'indivision diffère d'ailleurs de l'indivision ordinaire, car ici il n'y a pas à craindre une mauvaise exploitation: le chemin sert seulement de passage.

Source : BIU Cujas

Intérêts de la question

De ces deux conceptions, il faut sans hésiter adopter la seconde, et montrer les intérêts qui s'y attachent et qui sont très réels, puisque, si on admet, pour ces chemins communs, pour ces ruelles communes, ces allées communes qu'il y a copropriété avec indivision, l'autre théorie est acceptée par la loi pour les chemins d'exploitation rurale. Or avec l'une ou l'autre de ces solutions on aboutit à des conséquences différentes. On peut citer en cette matière un arrêt de la chambre des requêtes du 25 Juin 1895 (S. 1896.I.345). Supposons qu'un des deux copropriétaires ait construit et qu'il veuille établir une vue sur le chemin. On ne peut établir de vue droite qu'à un mètre 90 de la ligne séparative de deux fonds. Ici, suivant la conception indiquée, on calculera cette distance de I m 90 de façon différente. Dans la première conception, comme il y a division par moitié, il faudra la calculer à partir de la moitié du chemin. Si, au contraire, on accepte la thèse de la copropriété avec indivision, il faudra calculer le I m 90 de l'autre extrémité. Il y a là un intérêt considérable pour les allées communes, car si les chemins d'exploitation rurale ont plus de 4 mètres, pour les allées et les cours communes, la séparation est beaucoup moins large.

D'autre part, et c'est là un second intérêt, supposons qu'on admette la première opinion d'après laquelle il y a division par moitié de la propriété du chemin, chacun étant titulaire d'une servitude sur l'autre moitié et débiteur d'uneservitude sur l'autre moitié. La servitude se prescrit par le non usage pendant 30 ans. Dès lors, si le voisin n'exerce pas son droit de passage, ne va-t-il pas perdre sa servitude de sorte que la servitude disparaissant, il aura seulement son droit sur la moitié du chemin ?

Au contraire, dans la conception où il y a ici copropriété avec indivision, il n'en est plus de même puisqu'il y a une sorte de propriété individuelle, même sur tout le chemin, alors il n'y a plus de non usage possible, et ce chemin restera toujours en copropriété.

2) La mitoyenneté

Mais il faut arriver à une deuxième application légale de l'indivision forcée, qui est la **mitoyenneté**.

La mitoyenneté constitue une forme de copropriété avec indivision, à durée indéterminée. C'est la copropriété entre deux voisins qui s'exerce sous forme de clôture, de mur, de haie, de fossé. Elle est l'objet de dispositions assez précises dans le code civil, lesquelles remontent à la coutume de Paris où il y avait abondance de textes sur les murs et les haies mitoyens (art. 653 et suivants du C.Civ.). On ne peut, en aucune manière, trouver l'origine de ces dispositions dans le droit

Source : BIU Cujas

romain, où chaque propriétaire voulait être chez lui et ne construisait un fossé qu'un peu en retrait de sa propriété. D'ailleurs la propriété s'appelait alors "insula".

Les avantages de la mitoyenneté

Mais les avantages de la mitoyenneté ont été ressentis partout; surtout dans les villes. Elle procure, en effet, une économie de terrain, et, dans les cas où la construction d'un mur est nécessaire, ceci est d'autant plus intéressant que le principe est celui de la clôture forcée dans les villes.

Il nous faut voir successivement quelles sont les conditions et les effets de la mitoyenneté, il faudra y ajouter l'acquisition forcée de la mitoyenneté. A cet égard les textes du C.Civ. ont été modifiés par la loi du 20 Août 1881.

Conditions de la mitoyenneté

Quelles sont les conditions de la mitoyenneté?

Une clôture est située à la limite séparative de deux héritages, quand faut-il considérer qu'elle est mitoyenne, qu'elle est la propriété indivise de deux propriétaires contigus?

La mitoyenneté peut être établie par titre par prescription.

Une clôture est mitoyenne quand elle a été établie à frais communs, par les deux propriétaires actuels, ou par leurs auteurs. La mitoyenneté est donc établie d'abord par titre, c'est-à-dire par toute convention ou titre établissant la copropriété d'un mur ou d'un fossé avec le voisin.

La mitoyenneté peut être établie aussi par la prescription. Le mur est possédé depuis plus de 30 ans en commun par les deux propriétaires. On peut invoquer par conséquent une longue possession.

ou par des prescriptions

En l'absence de tout titre, et de toute prescription, la loi a établi une présomption de mitoyenneté, et toute clôture séparative de deux fonds, en l'absence de titre et de prescription est présumée mitoyenne. S'il s'agit d'un mur, il est toujours présumé mitoyen, sauf preuve contraire à la ville ou à la campagne, qu'il s'agisse de mur situé entre des bâtiments ou entre cours et jardins (art. 653 du C.Civ.).

La présomption de mitoyenneté, quand il y a des bâtiments s'arrête à l'héberge, c'est-à-dire à l'endroit où les bâtiments se séparent. La propriété du mur situé au-dessus de l'héberge est réputé appartenir exclusivement au propriétaire du bâtiment le plus élevé.

Pour une clôture autre qu'un mur, iln'y a présomption de mitoyenneté que si les deux héritages sont en état de clôture (art. 660 du C.Civ.) . La présomption disparaît si un héritage est clos, alors que l'autre ne l'est pas. Il est naturel alors que la clôture appartienne à celui-là seul qui est clos.

Source : BIU Cujas

ou ordinaires

A côté des présomptions légales de mitoyenneté il existe des présomptions ordinaires et ces présomptions ordinaires peuvent être combattues. Elles ne sont pas absolues. Elles comportent une preuve contraire qui peut résulter d'un titre, de prescription et d'un signe de non mitoyenneté.

Elles peuvent être combattues par un signe de non mitoyenneté

Aucune difficulté ne s'élève en ce qui concerne la prescription ou le titre, mais que faut-il entendre par signe de non mitoyenneté ? Les art. 654 et 656 du C.Civ. examinent cette question.

D'après l'art. 654 du C.Civ. pour les murs quand la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté er qu'elle présente de l'autre un plan incliné, de sorte que les eaux pluviales vont aller sur un seul des immeubles, il faut supposer que celu qui reçoit l'eau est propriétaire de tout le mur.

" Lorsque encore ajoute l'art. 654 qu'il n'y a que d'un côté un chaperon , (c'est-à-dire un toit en pierre, en tuile, ou en paille) des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur". Les filets ce sont les extrémités du chaperon qui dépassent le mur. C'est là une présomption qu'on peut invoquer. Quant aux corbeaux ce sont des pierres qui ne sont pas des pierres d'attente comme dans les maisons à Paris, mais des pierres saillantes destinées à recevoir une poutre quand le mur a été construit. La propriété du mur est à celui qui a établi cette pierre en saillie de son côté pour y faire reposer les poutres.

Le code civil vise pour les clôtures autres que les murs, le fossé mitoyen. Quand le rejet de terre est fait d'un seul côté, on suppose que le fossé appartient uniquement à celui sur le terrain duquel le rejet de terre a été fait. Sinon on ne comprendrait pas qu'il ait apporté toutes les terres sur son terrain.

Cette énumération des marques de non mitoyenneté n'est pas limitative. Le juge peut en admettre d'autres, et les présomptions que le juge pourra admettre ici sont des présomptions relatives. Il va de soi que quand deux propriétés sont closes, et que l'une a pour clôture une haie sèche et l'autre une haie vive, si la clôture séparative est constituée par de la haie vive, il y a des chances pour que ce soit la propriété de celui dont la propriété est close en haie vive.

Du conflit entre des différentes sortes de preuve de la mitoyenneté

Ces différentes sortes de preuve de la mitoyenneté peuvent être en conflit. Le titre l'emporte (art. 666 du C.Civ.) et entre la preuve testimoniale et les présomptions, le juge apprécie.

Les effets de

Les effets de la mitoyenneté doivent être considérés en envisageant ses avantages et ses charges.

Source : BIU Cujas

la mitoyenneté

Faculté d'user de la chose indivise

Les avantages consistent dans la faculté d'user de la chose indivise, qui est accordée aux propriétaires largement. Cette faculté d'utilisation de la chose peut aller jusqu'à la modifier dans la forme, par exemple on peut transformer une haie en mur. Supposons qu'il s'agisse d'un mur mitoyen, chaque copropriétaire peut lui apposer un espalier, une construction légère, il peut y adosser même (art. 657) des constructions importantes pourvu qu'il respecte le droit du voisin.

Faculté d'exhaussement

Chaque voisin peut exhausser le mur mitoyen (art. 658 du C.Civ.) soit en conservant le mur ancien, si ce mur n'est pas trop surchargé, mais alors les dépenses d'exhaussement doivent rester à celui-là seul qui utilise le mur; ou il peut reconstruire entièrement le mur pour l'exhausser, en vue d'y adosser des constructions, mais à ses frais.

L'excédent du mur doit être pris de son côté (art. 659 du C.Civ.)

Faculté de recueillir les produits de la haie mitoyenne

Quand il y a une autre clôture, chaque propriétaire a droit si c'est une haie vive, au produit de la haie mitoyenne qui ne représente pas d'ailleurs grand chose.

Faculté de modifier la forme de la clôture

Chaque propriétaire a la faculté de modifier la forme de la clôture, de combler le fossé et s'il y a des arbres dans la haie chaque copropriétaire peut en user (art. 670 al. 2).

Mais la mitoyenneté comporte des charges.

On peut s'exonérer des charges de la mitoyenneté par la faculté d'abandon

Il n'y a pas là un véritable déguerpissement

On peut s'exonérer des charges de la mitoyenneté par lafacultés d'abandon . Pourquoi ? il n'y a pas là une servitude. Les frais d'entretien sont la contre partie des avantages matériels de la mitoyenneté. Chaque propriétaire peut donc s'exonérer des charges en renonçant à ses droits. Il n'y a pas là un véritable déguerpissement.

S'il y avait un véritable déguerpissement, l'autre propriétaire, après le déguerpissement, ne devrait pas être recherché s'il avait laissé tomber le mur en ruines, tandis que, si on rejette l'idée de déguerpissement, la faculté d'abandon n'étant qu'une renonciation aux avantages matériels résultant de la mitoyenneté, par suite du refus de supporter les charges, le propriétaire qui reçoit la pleine propriété du mur ne pourra la conserver qu'à la charge de l'entretenir. S'il ne l'entretient pas, l'auteur de l'abandon peut revenir sur son abandon, et notamment si le mur s'écroule, il pourra réclamer la moitié des matériaux et la moitié du prix du mur. Avec le déguerpissement il ne le pourrait pas. Toutefois la faculté d'abandon bien qu'elle soit posée très largement par l'art.656

Source : BIU Cujas

Cas exceptionnels où la faculté d'abandon n'existe pas

du C.Civ. n'est pas absolue.

Elle n'appartient pas toujours au copropriétaire d'une clôture mitoyenne et il y a trois cas où elle n'existe pas.

I° Elle n'est pas permise quand, malgré l'abandon, le propriétaire qui abandonne continue à profiter du mur mitoyen. Il en est ainsi, d'après l'art. 656 quand chacun des copropriétaires mitoyens a des constructions adossées au mur.

Il en est ainsi, d'autre part, en ce qui concerne le fossé mitoyen, quand il sert à l'écoulement des eaux (art. 667 du code civil).

2° La faculté d'abandon n'est plus admissible quand c'est par la faute de celui qui prétend abandonner que des réparations sont nécessaires. Ce n'est pas par suite de la force majeure, de la vétusté que le mur menace de s'écrouler, c'est parce qu'il a subi des dégradations personnelles de la part du propriétaire qui veut abandonner. C'est l'application d'une idée très générale de l'art. I382 et de l'art. I383. Il pourrait abandonner le mur, mais il devrait une indemnité pour le délit ou le quasi-délit civil commis du fait de la dégradation, aussi le plus simple est-il de ne pas permettre la faculté d'a bandon.

Sur ces deux cas tout le monde est d'accord: la faculté d'abandon n'est pas possible.

3° Il est un troisième cas enfin où il ne devrait plus y avoir faculté d'abandon et où la jurisprudence cependant estime qu'en présence de la formule de l'art. 656 établissant sans réserve l'abandon, il faut l'admettre. Ce cas résulte de la combinaison des articles 656 et 663 relatifs à la clôture forcée dans les villes ou les faubourgs. Pour les clôtures situées dans les villes ou les faubourgs, on ne peut permettre la faculté d'abandon. Voilà un propriétaire qui va pouvoir abandonner la co-propriété du mur. Il l'abandonne. Est-ce que, tout de suite, en vertu de l'art. 663 obligeant à la clôture forcée, le voisin ne pourra pas lui dire: vous êtes obligé à la clôture forcée. L'art. 663 établissant la clôture forcée dans les villes et les faubourgs, comment comprendre l'abandon de la mitoyenneté d'un mur de la part d'un propriétaire qui se refuse à contribuer aux charges et aux frais qu'elle entraîne pour être ensuite obligé d'établir une clôture commune forcée ? Cependant la cour de Cassation dit qu'il faut renoncer d'abord à la mitoyenneté; puis on obligera le voisin à la clôture forcée.

En principe, nul ne peut être contraint de céder, sa propriété, sauf le cas d'expropriation, et

Source : BIU Cujas

Acquisition de la mitoyenneté

moyennant une juste et préalable indemnité (art. 545 du code civil). Mais la loi a décidé que chaque propriétaire d'un mur ou d'une clôture mitoyenne peut être obligé de céder sa part de mitoyenneté. La loi le dit pour les murs, mais pour les murs il n'y a pas de difficulté. Tout propriétaire d'un immeuble clos par un mur appartenant au voisin peut contraindre ce voisin à lui céder la moitié du mur, la mitoyenneté par conséquent, moyennant une indemnité égale à la moitié du prix du mur et à la moitié du prix du terrain lui appartenant. La raison est que la loi a voulu éviter la construction de murs les uns à côté des autres.

Acquisition de la mitoyenneté d'un mur

Acquisition de la mitoyenneté de l'exhaussement d'un mur

Mais s'il en est ainsi, en cas d'acquisition du mur entier construit par le voisin, la loi établit une autre base d'évaluation quand il s'agit d'acquérir l'exhaussement d'un mur mitoyen. Un mur est mitoyen, mais l'un des deux propriétaires mitoyens a exhaussé le mur, à ses frais, et l'autre a laissé faire. S'il a laissé faire, c'est souvent parce qu'il voulait obtenir la propriété de la partie exhaussée à un moindre prix. En pareil cas, quand il s'agit de l'acquisition de l'exhaussement, à quelque époque qu'elle ait lieu, l'indemnité fixée d'après la dépense réelle sera de la moitié du prix du terrain et de la moitié du prix de l'exhaussement.

Cette différence a été établie pour éviter les combinaisons faites par un voisin qui laisserait les frais exclusivement à la charge de l'autre propriétaire et qui, quand la valeur du mur aurait diminué, viendrait réclamer la mitoyenneté.

Cette faculté d'acquisition ne s'applique pas aux autres clôtures

Cette faculté d'acquisition, la loi l'applique seulement aux murs mais dans les villes comme dans les faubourgs, à la ville comme à la campagne. Faut-il l'étendre aux autres clôtures ? La jurisprudence s'y est toujours refusée.

Conséquences du fait qu'il y a une acquisition

Il y a ici une acquisition et parce qu'il y a un achat, une vente d'immeuble, cette vente est soumise aux formalités requises de publicité: elle doit être transcrite et le vendeur est tenu aux obligations ordinaires du vendeur; à garantie, c'est-à-dire que s'il n'était pas propriétaire, il doit une indemnité et le vendeur a les droits de tout vendeur: privilège, action résolutoire en cas de non paiement du prix.

On en a terminé ainsi avec la co-propriété, notamment avec la copropriété avec indivision.

Source : BIU Cujas

La propriété collective.

Elle est d'usage commun ou d'utilité publique

On a vu qu'il y avait nombre de cas, en étudiant les personnes, dans lesquelles des masses de biens échappent, à proprement parler, à la propriété individuelle . Elles ont alors une destination, un but, une affectation collective.

Elles sont tantôt d'usage simplement commun et ont tantôt une utilité publique.

L'usage commun c'est, par exemple, le cas d'une société qui explcite une industrie, un commerce, l'utilité publique, c'est le cas du domaine public de ce qui appartient à l'Etat, aux départements, ou aux communes.

Or, pour cette partie, cette masse de biens, comme on veut tout ramener à la propriété individuelle, comme on déclare qu'il n'y a de propriété que pour les individus ou pour les personnes, faute de trouver une personne, on en crée une: c'est la théorie de la personnalité morale. Mais on sait qu'en réalité, il n'y a pas là une véritable personne mais une manière d'être de la propriété, et il faut revenir sur ce point en montrant l'importance de la propriété collective, les buts auxquels elle répond, son utilité et il faut la comparer non avec la propriété individuelle, mais avec la propriété qui est souvent confondue avec elle: la copropriété avec indivision.

Caractères de la propriété collective

La propriété collective poursuit des buts, ou a une utilité bien précise. Elle va nous montrer une propriété, une masse de biens unifiée. On ne crée par une personne, il y a un patrimoine collectif ou qui est soumis à une propriété spéciale: à une propriété commune. Il y aura unification d'une masse de biens.

D'autre part, il va y avoir séparation du patrimoine ainsi qualifié collectif par rapport au patrimoine de ceux qui peuvent avoir des intérêts dans la propriété collective. Prenons par exemple, la société: il y aura séparation du patrimoine de la société à l'égard dupatrimoine des associés; et, de même, le patrimoine de l'Etat ou domaine public aura un caractère particulier par rapport au patrimoine des nationaux.

Suivant les temps, cette notion de propriété collective a été plus ou moins largement reconnue

Le droit romain

Suivant les temps, cette notion de propriété collective a été plus ou moins largement reconnue. Les Romains avaient connu la propriété collective, mais ils voulaient, de toute force, la faire entrer dans la propriété individuelle. Les jurisconsultes ont largement suivi leur trace et Savigny, pour suivre leur exemple, en imaginant une fiction, faisait rentrer la propriété collective dans la propriété individuelle.

Source : BIU Cujas

L'ancien droit

Notre ancien droit s'était montré beaucoup plus accommodant. Il admettant qu'il y avait une véritable propriété collective. Il distinguait la copropriété indivise de la propriété commune et de la propriété corporative.

Il distinguait la propriété en main commune

Dans l'ancien droit on reconnaissait les communautés taisibles qui groupaient des personnes ayant des intérêts communs. Entre les membres de ces communautés, on admettait qu'il y avait un lien assez puissant qui leur permettait de mettre la main à l'administration, la main commune d'où le nom de propriété en main-commune. Cette forme de propriété qui existait dans l'ancien droit, qui était appliquée notamment pour les sociétés de personnes, le code civil l'a ignorée. Les rédacteurs du code civil se sont inspirés d'idées romaines et ils n'ont pas admis ce que la tradition aurait dû leur faire admettre, l'idée de la propriété en main commune.

Et la propriété corporative

L'ancien droit, en dehors de la propriété indivise en main commune connaissait également la propriété corporative, la propriété collective dont on ne parlait guère par rapport à l'Etat, mais dont on parlait surtout pour les sociétés et les corporations, lesquelles étaient dotées alors d'une sorte de personnalité civile.

Les rédacteurs et les interprètes du code ont oublié notre passé. Ils ont bien admis la copropriété avec indivision, mais ils n'ont plus fait de distinction entre la propriété commune et la propriété corporative; il faut cependant faire cette distinction car il faut classer les propriétés collectives. S 'il y a une classification économique dont on présentera les caractères d'après laquelle il y a deux sortes de propriété collective: une propriété collective à tendance individuelle, et une propriété collective à tendance sociale, il faut admettre, au point de vue juridique la même distinction que, dans l'ancien droit, selon qu'il s'agit de propriété commune ou de propriété corporative et ceci se marque surtout dans la première distinction de la propriété collective à tendance individuelle.

Donc on examinera les propriétés collectives dans leur classification, puis dans leur création, en distinguant les propriétés collectives à tendance individuelle, et les propriétés collectives à tendance sociale, et parmi les propriétés collectives, la propriété commune et la propriété corporative.

Rapports entre la propriété collective et la copropriété indivise

Auparavant il faut indiquer la différence qui sépare la propriété collective de la copropriété indivise.

L'indivision et la propriété collective se res-

Source : BIU Cujas

semblent en ce qu'elles supposent toutes deux une pluralité de propriétaires, mais, dans l'indivision, chaque propriété indivis a un droit sur une quote part idéale: un tiers, un quart de la chose commune. Son droit n'est pas matériellement déterminé, mais il n'en porte pas moins sur un tiers ou un quart de chaque parcelle de la chose, de sorte que, pour accomplir un acte qui vaudra sur la propriété indivise, il faudra l'intervention de tous les communistes indivisaires.

Dans la propriété collective, au contraire, les propriétaires sont considérés comme ne faisant qu'un Il y a là une forme tout à fait différente de propriété. La copropriété avec indivision reste individuelle. Ici, au contraire, on est en présence d'une propriété collective, et si on veut voir la différence pratique qui existe dans les faits il faut montrer les résultats auxquels aboutit l'absence de communauté particulière dans la propriété indivise, et l'existence d'une communauté particulière dans la propriété collective. Dans le premier cas, si l'on suppose un immeuble quelconque indivis les créanciers personnels des différents indivisaires viendront en concours avec les créanciers de l'indivision même, propter rem. Au contraire, en cas de propriété collective, il y a une séparation du patrimoine collectif, par rapport au patrimoine individuel des associés, en supposant une société, de sorte qu'il y a une sorte de partage qui joue par rapport aux créanciers, personnels des associés.

D'autre part, le droit d'établir une sorte de compensation entre les dettes et les charges du propriétaire avec indivision n'est pas douteux, tandis que pour la propriété collective, il n'y a plus place pour une pareille compensation.

La gestion unifiée du patrimoine commun n'est vraiment possible que s'il y a propriété collective. On a vu qu'il n'y avait nulle part, dans notre code, une théorie générale de l'indivision. Cela est tout à fait regrettable. Au contraire, on a construit une théorie de la propriété collective qui a une gestion unifiée. Certes, en matière d'indivision, les différents communistes indivisaires peuvent donner mandat à une même personne d'accomplir un acte déterminé, mais cela ne tient pas à la nature de la copropriété, tandis qu'en cas de propriété collective l'administration est unifiée. Il y a des personnes chargées de gérer la propriété collective, le patrimoine collectif, des personnes qui diffèrent suivant qu'il s'agit d'une société, d'une association, d'une fondation, ou d'un groupement plus important comme l'Etat, ou le département.

Source : BIU Cujas

Classification des propriétés collectives. Propriété collective à tendance sociale.

La propriété collective a tantôt un but social et tantôt un but individuel.

La propriété collective à tendance sociale reste toujours, et quoiqu'il arrive, une propriété collective. Elle est perpétuellement affectée à un service public ou à un intérêt général de nature sociale. L'ordre social exige que cette propriété reste collective.

Propriété collective à tendance individuelle

La propriété collective à tendance individuelle, au contraire, n'est que momentanément une propriété collective. Elle est destinée, un peu plus tôt un peu plus tard à tomber dans le patrimoine des individus, et à redevenir une propriété individuelle.

Le critérium de la distinction

Ce qui caractérise la propriété collective à tendance sociale c'est que les biens qui sont soumis à cette propriété ne doivent jamais tomber dans le patrimoine individuel. S'il y a par exemple une fondation qui disparaît, ce ne sont pas les particuliers qui recueilleront les restes du patrimoine de cette fondation, ce sera un autre service public ou une autre fondation.

Quant à la propriété collective à tendance individuelle, au contraire, elle doit revenir à la propriété individuelle.

Cette distinction correspond à peu près à une distinction qui est admise par les auteurs entre les personnes morales publiques et les personnes morales privées. Elle n'y correspond pas tout à fait néanmoins, car il y a certains établissements considérés privés, qui, en réalité, rentrent dans la propriété collective à tendance sociale. On fait allusion ici aux associations sans but avoué, aux syndicats professionnels, aux fondations et encore, dans les fondations, y en a-t-il qui sont des personnes morales publiques. Dans ces cas on est en présence de propriétés à tendance sociale. Ce sont cependant des établissements privés.

Intérêts de la distinction

Les intérêts de cette distinction sont à peu près les suivants. Les uns sont prévus par le code civil C'est notamment le cas de l'art. 1712. Les baux d'immeuble qui appartiennent à des personnes morales publiques, à la propriété collective à tendance social sont réglementés d'une façon spéciale tandis que, pour les personnes morales privées et les propriétés collectives à tendance individuelle, c'est le droit commun qui s'applique.

L'article 2045 du code civil déclare que la transaction n'est possible que pour les propriétés collectives privées, non pour les propriétés collectives à tendance sociale.

Source : BIU Cujas

En outre, en matière hypothécaire, une hypothèque générale est accordée aux personnes morales publiques sur les immeubles appartenant à leurs comptables, en garantie de leur gestion (art. 2121 - 3°).

On pourrait trouver, en dehors de ces règles, bien des différences, notamment pour les dons et legs qui peuvent être faits aux établissements publics, aux personnes morales publiques ou privées; on pourrait en trouver encore en matière de procédure. Mais on va montrer surtout comment la répartition des différentes propriétés collectives se fait.

Répartition des différentes propriétés collectives

La propriété collective à tendance sociale comprend.

Les institutions de droit public créées en vue des services publics

Les établissements publics

A - Il y a d'abord la propriété collective à tendance sociale. Elle comprend a) toutes les institutions de droit public créées en vue des services publics; les circonscriptions territoriales: Etats, départements, communes. Au contraire, d'autres circonscriptions territoriales n'ont pas été érigées en propriétés collectives et c'est précisément le fait que les cantons et les arrondissements ne sont pas des propriétés collectives, n'ont pas de patrimoine séparé, qui a fait réfléchir sur la théorie classique de la personnalité physique et a amené certains auteurs à la combattre.

De même il y a des établissements publics, organes spéciaux, émanations de l'Etat, du département ou de la commune qui sont destinés à assurer le fonctionnement d'un service public national, départemental ou communal. Tel est le cas de l'institut de l'Académie du Collège de France, les Universités, les Facultés, etc... pour s'en tenir à ce qui concerne l'instruction.

Les syndicats professionnels les associations sans but lucratif fondations

b) Mais il y a aussi des propriétés collectives à tendance sociale qu'on range d'ordinaire parmi les personnes morales privées. C'est le cas des syndicats professionnels, des associations sans but lucratif des associations syndicales de propriétaires dans le cas où il peut en être créé d'après la loi. Il y a là des biens qui sont perpétuellement affectés à un but, au profit de membres, de bénéficiaires déterminés; c'est le cas également pour les fondations.

La propriété collective à tendance individuelle

B - La propriété collective à tendance individuelle comprend toutes les autres personnes morales privées qu'on reconnaît d'ordinaire. Elle est d'origine privée; elle se réalise par le moyen de groupements de personnes et ici intervient la double forme qui existait dans l'ancien droit sous le nom de propriété commune et de propriété corporative.

Il y a des cas où la loi doit se borner à reconnaître une certaine autonomie patrimoniale à un

Source : BIU Cujas

groupement. Il y a des cas où, au contraire, elle doit lui reconnaître une pleine autonomie patrimoniale. On dit d'ordinaire qu'il y a simple autonomie patrimoniale dans le premier cas, et personnalité morale dans le second.

Elle comprend des propriétés collectives avec une certaine autonomie patrimoniale

Dans le premier cas il y a un contrat de société formé entre deux ou plusieurs personnes et, en pareil cas, il s'agit bien d'une propriété collective à tendance individuelle, mais il n'y a pas besoin d'une organisation complète, d'une unification autonome, il suffit d'une certaine autonomie patrimoniale. Il en est ainsi en matière de sociétés de personnes, c'est-à-dire dans lesquelles chacun des associés se connaît, des sociétés où le patrimoine social n'est pas entièrement dégagé du patrimoine des associés, car notamment le patrimoine des associés répond des dettes du patrimoine social.

Et des propriétés collectives où l'autonomie patrimoniale est complète

Puis il est d'autres cas où l'autonomie patrimoniale est complète. C'est le cas dans les sociétés de capitaux, dans les sociétés par actions où le patrimoine social est tout à fait distinct du patrimoine des associés, de sorte que la responsabilité des associés est limitée et que leur patrimoine individuel ne répond pas des dettes du patrimoine social.

On pourrait insister encore sur les différences qui existent entre ces deux sortes de propriété. Mais on les verra surtout en étudiant les sociétés, lorsqu'on opposera les sociétés de personnes aux sociétés de capitaux.

Création de la propriété collective

Il faut examiner maintenant la constitution, la création de cette propriété collective.

Les règles de création des propriétés collectives qui sont également étudiées sous le nom de création des personnes morales, ont été dominées par la théorie de la personnalité, et quand on a opposé les différentes théories en matière de personnalité morale, on a vu que dans la théorie de la personnalité fiction on considérait que la qualité de personne morale attribuée à un groupement quel qu'il soit n'était l'oeuvre que de la loi. On a vu que c'était une concession de la loi. D'ailleurs on reconnaît que cette concession peut être donnée d'avance à certains groupements qui se forment en observant les règles établies.

Avec les critiques dont a été l'objet la théorie de la personnalité, on en est venu à rejeter l'idée d'une concession de la loi et à reconnaître, à admettre que cette propriété collective ou cette personnalité morale, la loi ne la créait pas, qu'elle se bornait à la reconnaître. Alors on a admis des procédés

Source : BIU Cujas

nombreux de création.

Ier Procédé la libre création

a) Il y a d'abord libre création dans le cas où la loi impose seulement, pour que l'ensemble des biens soit soumis à la propriété collective, qu'on se conforme aux règles légales et, de plein droit, la propriété devient collective. Il en est ainsi pour les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, si l'on observe les règles du code civil, du code de commerce et surtout de la loi de 1867. La société est alors une personne morale selon les uns, une propriété collective pour les autres.

Donc il est un premier mode de création qui est celui de la libre création.

2° procédé la concession

b) Mais, dans des cas assez nombreux, la loi exige encore, comme une véritable concession, car il serait dangereux de permettre la création de certaines propriétés collectives poursuivant des buts analogues à ceux de l'Etat, des propriétés collectives qui pourraient devenir une propriété dans l'Etat. C'est le cas des établissements d'utilité publique et des congrégations religieuses.

Donc en dehors de la libre création, il peut y avoir encore une concession et on verra que chacun des modes de création est à la disposition d'une autorité différente.

3°procédé: l'enregistrement

c) Après la concession, il peut y avoir lieu, pour les propriétés collectives, à l'enregistrement de la personne morale ou de la propriété collective. C'est le cas pour les sociétés d'assurance sur la vie ou contre les accidents du travail et pour les sociétés de capitalisation.

4° procédé: La déclaration

d) Enfin, se montrant beaucoup plus large, la loi permet la constitution de personnes morales ou de propriétés collectives par simple déclaration. Il en est ainsi pour les associétés ordinaires; il suffira alors d'une déclaration, mais elle est nécessaire, et une association qui ne sera pas déclarée ne constituera pas une personne morale.

Les autorités compétentes sont différentes suivant le mode de création employé

Mais à chaque forme différente de mode de création correspondent des autorités différentes pour accepter ou pour recevoir la création. On laissera de côté d'abord les cas de libre création, car, dans ce cas, il n'y a pas d'autorité chargée de recevoir les actes de création. On observe les règles établies par le code de commerce ou les lois complémentaires, et de plein droit la société est une propriété collective.

S'il s'agit de cas dans lesquels il y a lieu à concession, la concession d'une personnalité morale ou d'une propriété collective doit être donnée par une

Source : BIU Cujas

loi, parfois par un décret rendu en Conseil d'Etat, en forme de règlement d'administration publique, parfois enfin par l'approbation donnée par le préfet, dans chaque département.

Il peut y avoir lieu aussi à enregistrement. L'enregistrement, au moins pour les sociétés d'assurance et pour les sociétés de capitalisation, s'opère au ministère du travail, et pour éviter tout arbitraire commis par le Gouvernement, il faut, quand il y a refus d'enregistrement que ce refus soit motivé. On n'a pas besoin de motiver l'opération d'enregistrement quand elle est acceptée, mais quand il y a refus il faut un motif, et c'est ce motif, s'il est contesté, qui permettra d'exercer, contre l'arrêté ministériel ou l'arrêté de refus, un recours pour excès de pouvoir au conseil d'Etat.

Quant à la déclaration, elle vise essentiellement les associations. Elle est prévue par l'art. 5 de la loi du Ier juillet I90I. La déclaration d'une association doit être faite à la Préfecture ou à la sous Préfecture par les fondateurs de l'association, et le seul fait de cette déclaration a pour résultat l'attribution de la personnalité morale, de la propriété collective à l'association. Mais les associations non déclarées n'ont pas la qualité de personnes morales.

Chapitre II

LES DEMEMBREMENTS DE LA PROPRIETE.

Eléments des démembrements de la propriété

Les démembrements de la propriété sont les droits réels qui viennent restreindre le droit de propriété. Ils ne diffèrent pas de la propriété par leur nature. Ils comportent les trois éléments: usus, fructus et même abusus, car le titulaire a le droit de transférer ce démembrement à autrui.

Les droits réels sont: les servitudes, l'emphytéose, et les concessions à long terme.

Les servitudes.

Les servitudes sont personnelles ou réelles. Les unes et les autres constituent des droits réels.

Les servitudes réelles

Les servitudes réelles sont établies sur un fonds, appelé servant au profit d'un fonds, appelé "dominant". Ce sont là deux expressions métaphoriques, pour bien expliquer que les avantages résultant de la servitude réelle existent au profit du fonds dominant et, en sens inverse, que la charge de la servitude est pour le fonds servant.

Source : BIU Cujas

Les servitudes personnelles

Les servitudes personnelles sont établies au profit d'une personne: ce sont l'usufruit, le droit d'usage et le droit d'habitation.

Il en résulte des différences fondamentales entre ces deux sortes de servitudes. Tandis que les servitudes personnelles peuvent porter sur toutes sortes de biens: meubles ou immeubles, les servitudes réelles ne peuvent porter que sur des fonds, des immeubles.

D'autre part, tandis que les servitudes personnelles sont, par nature, temporaires, dépendent d'une personne, les servitudes réelles sont durables, perpétuelles, comme le fonds lui-même, puisqu'ellex existent au profit du fonds.

Les servitudes personnelles.

L'usufruit.

Les servitudes personnelles sont des droits réels

L'expression de servitude personnelle n'est pas employée par les textes du Code Civil: cela tient à plusieurs raisons. En 1804, on évitait tout souvenir de la féodalité. Le mot de servitude la rappelait; on voulait parler le moins possible de servitudes. L'article 686 du C.C. marque nettement cette préoccupation, à propos des servitudes réelles. Il faut d'ailleurs bien comprendre cette expression et éviter de faire une confusion. La servitude personnelle n'est pas un droit personnel, mais un droit réel. La qualificatif de personnelle fait seulement allusion au fait que cette servitude est attachée à une personne, et disparaît avec la personne. Mais la différence des servitudes personnelles est grande avec le droit personnel, malgré les apparences.

Distinction du louage et de l'usufruit

Extérieurement, l'usufruitier jouit du bien d'autrui; il ressemble au locataire, qui, lui aussi, a la jouissance de la chose d'autrui pour un certain temps. Supposons un locataire qui aurait loué pour toute sa vie: la situation ne serait-elle pas analogue à celle d'un usufruitier? Extérieurement, l'analogue est grande entre ces deux situations; cependant le locataire et l'usufruitier ont un droit de jouissance qui ne s'exerce pas dans les mêmes conditions. D'autre part, l'usufruitier ne doit rien au propriétaire, tandis que le locataire lui doit un loyer; le locataire n'a qu'un droit personnel; l'usufruitier a un droit réel.

L'usufruit est défini par le code civil dans l'art. 578: " L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance".

Source : BIU Cujas

Définition de l'usufruit

Critique de l'art. 578

On voit ici le danger pour le législateur de donner une définition; on lui a reproché l'obscurité de sa définition, qui est cependant très claire, mais elle est incomplète et fausse. Elle est incomplète, parce qu'elle ne mentionne pas le caractère temporaire de l'usufruit. Elle est fausse, parce que l'usufruitier ne jouit pas de la propriété comme le propriétaire lui-même, même en conservant la substance. C'est ce que nous allons voir avec les caractères de l'usufruit. Nous étudierons ensuite les droits de l'usufruitier et enfin ses obligations.

A - Caractères de l'usufruit.

Le jus abutendi de l'usufruitier et celui du nu-propriétaire

L'usufruit comprend les trois éléments du droit de propriété: l'usus, le fructus et l'abusus. Mais il faut faire ici attention, le jus abutendi ne passe pas à l'usufruitier, tel qu'il appartient au propriétaire. L'usufruitier a le jus abutendi, mais seulement sur son usufruit; sur la nue propriété, ce droit appartient au nu-propriétaire. Celui-ci est dépouillé de l'usus et du fructus; il n'a que l'abusus, il est un propriétaire nu, diminué. Il ne peut disposer de la propriété que réserve faite de l'usus et du fructus de l'usufruitier, tant que celui-ci vivra. Il lui reste la nue propriété; celle-ci n'en a pas moins un valeur économique, mais elle peut être insignifiante; si l'usufruitier est tout jeune, peut être jamais le nu propriétaire, n'aura sur sa tête la nue propriété. Le législateur n'admet pas les usufruits perpétuels, mais si l'usufruit dure de longues années, il diminue considérablement la valeur de la propriété.

L'usufruit est défavorable à l'exploitation des fonds

Au point de vue économique, la constitution d'un usufruit apparaît défavorable à la propriété. D'une part, la valeur de la nue propriété peut être insignifiante. Il arrive que si l'on vend séparément la nue propriété et l'usufruit, le montant des deux prix est au-dessous de la valeur réelle de l'ensemble de la propriété.

D'autre part, le nu propriétaire est dans une période d'expectative; il n'améliore pas son fonds, car cela servirait à l'usufruitier. Quant à l'usufruitier, il n'a pas le droit de réclamer tout ce qu'il a dépensé pour améliorer le fonds; il ne va donc pas améliorer la culture.

L'exploitation du fonds soumis à l'usufruit n'est donc pas favorable au développement de la propriété.

C'est pourquoi le législateur de 1804 avait restreint, autant qu'il l'avait pu, les usufruits. Il a dû cependant en admettre d'assez nombreux, et il en a été créé depuis 1804. L'usufruit est aujourd'hui de

Source : BIU Cujas

pratique courante. Une des applications les plus fréquentes, ce sont les usufruits légaux, et surtout celui du conjoint survivant, (article 767). Dans ce dernier cas, la loi, qui redoute l'usufruit a prévu la faculté pour les nu propriétaires de se débarrasser en quelque sorte de l'usufruitier, en convertissant son usufruit en une rente viagère.

Les droits de l'usufruitier

En ce qui concerne son droit même, l'usufruitier a l'usus, et le fructus; c'est même de là que vient son nom. L'article 578 ne parle que du fructus; c'est même de là que vient son nom. L'article 578 ne parle que de l'un de ces deux droits, le droit de jouir de la chose, et non du droit d'user de la chose. Sa définition est donc incomplète.

Caractère temporaire de l'usufruit

L'usufruit est d'abord un droit temporaire, caractère qui manque dans la définition de la loi. Il ne peut être prolongé au-delà de la vie de l'usufruitier, réserve faite d'une question délicate et rarement examinée; peut-on l'établir à temps, pendant dix ans par exemple, et décider qu'il survivra pendant ces dix années, à la mort de l'usufruitier ? Il n'y a aucune raison d'écarter cette possibilité. Cependant beaucoup d'auteurs soutiennent que l'usufruit doit s'éteindre à la mort de l'usufruitier.

L'usufruitier doit jouir en conservant la substance de la chose

L'usufruit est un droit réel de jouissance, l'article 578 l'indique très nettement, il ajoute: " à la charge de conserver la substance". Il y a une certaine contradiction à dire que l'usufruitier a le droit de jouir comme le propriétaire lui-même, puis à dire: à charge de conserver la substance. Il n'est pas vrai que l'usufruitier jouisse de la chose comme le propriétaire lui-même.

Comparaison avec le propriétaire

Le propriétaire peut altérer la chose, la détériorer, et même la détruire, ne pas en conserver la substance. D'autre part, il a droit à tous les produits de la chose, tandis que l'usufruitier n'a droit qu'aux fruits. Le propriétaire utiliser la chose à son gré, l'usufruitier est tenu de jouir de la chose en bon père de famille. Il doit respecter la destination et l'aménagement de la chose faite par le propriétaire.

L'usufruitier a le droit de préférence et le droit de suite

L'usufruit est un droit réel de jouissance. Comme droit réel, il entraîne le droit de préférence et le droit de suite. Dans les cas où il porte sur des immeubles, il est naturel, que le titulaire ait ces deux droits. Sur les meubles, au contraire, le droit de suivre la chose, de la revendiquer, aux mains des tiers, n'a pas d'effet, en vertu de l'art. 2279; il n'est plus possible ici d'exercer le droit de préférence et surtout le droit de suite. On comprend difficilement l'appli-

Source : BIU Cujas

cation du droit de suite pour certaines propriétés, comme le droit d'auteur, les offices ministériels, et même les fonds de commerce.

Il est tenu de conserver la chose

Enfin dernière caractéristique de l'usufruit, l'usufruitier est tenu de conserver la chose. Il y a des cas, cependant, où il n'est pas obligé de conserver la chose. En effet, il existe plusieurs espèces d'usufruits et les usufruits peuvent se distinguer d'abord quant à l'existence ou à la non existence de la conservation de la chose. On distingue à ce point de vue l'usufruit et le quasi-usufruit.

Distinction de l'usufruit et du quasi usufruit.

Le quasi-usufruit est l'usufruit portant sur des choses qui se consomment par le premier usage ou qui se détériorent par l'usage quoique non consomptibles par le premier usage. L'usufruit peut porter sur toutes sortes de biens; quant le conjoint survivant a droit à l'usufruit de la moitié des biens du conjoint prédécédé, son droit d'usufruit porte sur la masse des biens laissés par le défunt.

Le quasi-usufruitier doit rendre la valeur de la chose

Or, pour les choses consomptibles par le premier usage, une somme d'argent, une cave bien garnie, il n'est pas possible de les conserver; il faut, dès lors, distinguer le quasi-usufruit et l'usufruit. Dans le quasi-usufruit, l'usufruitier ne pourra pas nécessairement rendre la chose elle-même, il est obligé de rendre une somme d'argent équivalente. En d'autres termes, le nu propriétaire n'est plus propriétaire, mais seulement créancier (art. 587). Au contraire, dans l'usufruit véritable, le nu propriétaire est propriétaire, puisque l'usufruitier doit conserver la substance de la chose.

Il supporte la perte totale

Il en résulte que s'il y a une perte totale, le quasi-usufruitier sera, malgré la perte totale, obligé de rendre la valeur de la chose. Il n'avait qu'à la consommer. Il est débiteur d'une dette de genre et l'on estime que les genres ne périssent pas, "genera non pereunt". Au contraire, s'il s'agit du véritable usufruit, comme le nu-propriétaire reste propriétaire, c'est pour lui que sera la perte totale de la chose.

L'usufruit sur un troupeau

Pour certaines choses, on se demande si le droit est un usufruit ou un quasi-usufruit. Nous venons de voir les intérêts de cette question. Si l'usufruit porte sur un troupeau, l'usufruitier a le droit de jouir des avantages produits par le troupeau: la laine, le croît des animaux. Une maladie détruit le troupeau: pour qui est la perte ? La jurisprudence décide qu'il y a un véritable usufruit; la perte est pour le nu-propriétaire. L'usufruitier n'a plus aucun droit, puisque la chose est détruite, mais il n'est pas obligé de reconstituer le troupeau.

Source : BIU Cujas

Objets se détériorant par l'usage

Pour les objets qui se détériorent par l'usage, mais sans se consommer par le premier usage, l'art. 589 a établi un régime spécial. Ce n'est ni un usufruit ordinaire, ni un quasi-usufruit. L'usufruitier est tenu de restituer la chose en nature: par là, c'est un usufruit. Mais s'il ne la représente pas à l'expiration de l'usufruit, il n'est tenu que d'en restituer la valeur. Par là, c'est un quasi-usufruit. Telles sont les solutions légales.

Les parties peuvent transformer l'usufruit en quasi-usufruit

Mais la volonté des parties peut-elle, à elle seule, faire qualifier de consomptibles par le premier usage des objets qui ne le sont pas naturellement ? Il ne semble pas possible d'écarter cette solution. On admet que les parties peuvent soumettre au régime du quasi-usufruit des choses qui, normalement, devraient être régies par l'usufruit. Mais il ne faut pas considérer comme transformant un usufruit en un quasi-usufruit le seul fait que, dans le contrat qui établit l'usufruit, les parties ont estimé la chose. La seule estimation des objets ne vaut pas leur transformation en objets consomptibles.

Usufruit à titre universel ou à titre particulier

L'usufruit comporte d'autres distinctions. Il peut être à titre particulier ou universel. La différence présente un grand intérêt pour le paiement des dettes. Nous la retrouverons en troisième année, en étudiant les successions et les testaments. En matière de succession testamentaire ou ab intestat, celui qui recueille dans une succession un usufruit à titre universel est tenu des dettes du défunt; les usufruitiers à titre particulier ne sont pas tenus des dettes du défunt (art. 611 et 612).

Usufruits volontaires ou usufruits légaux

D'après leur origine, les usufruits naissent de la volonté de l'homme ou d'une disposition de la loi. Les usufruits légaux sont: l'usufruit légal des père et mère (art. 384); l'usufruit du mari sur les biens de la femme, sous le régime de la communauté, et sur les biens dotaux, sous le régime dotal; l'usufruit légal du conjoint survivant (art. 767).

Usufruit à terme ou sous condition

L'usufruit peut être à terme ou sous condition (art. 580). La modalité qui affecte un usufruit peut être expresse ou implicite. Ainsi on estime que l'usufruit accordé à un patrimoine collectif, bien que le temps pour lequel il est établi n'ait pas été fixé, est à terme implicite. D'après l'art. 619 l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans.

B - Les droits de l'usufruitier.

L'usufruitier a l'usage de la chose

Les droits de l'usufruitier sont, d'après les articles 578 et 582, le droit de jouissance, et le droit

Source : BIU Cujas

d'usage.

a) L'usufruitier a d'abord le droit d'user de la chose, la faculté de l'employer à son profit, suivant sa destination, de pêcher, de chasser sur le fonds, d'exercer des servitudes actives attachées au fonds. Il est tenu de les exercer car il ne doit pas laisser les servitudes s'éteindre par prescription. Il profite de tous les accessoires de la chose. Il a le droit de se servir de l'alluvion qui vient s'ajouter à l'objet dont il a l'usufruit (art. 596 du C.Civ.).

Il a la jouissance de la chose

b) L'art. 578 établit simplement le droit de jouir de la chose. L'usufruitier a le fructus, le droit aux fruits. La loi distingue à son égard les fruits et les produits et entre les fruits elle établit des distinctions.

Il perçoit les fruits, mais non les produits

Le fruit est un produit périodique d'une chose qui n'en altère par la substance, le capital. Le produit, au contraire, altère la substance de la chose. Au fur et à mesure qu'on le perçoit, le capital de la chose diminue. Par exemple, les minéraux extraits d'une mine, les pierres extraites d'une carrière sont des produits car à mesure qu'on les extrait, la mine, la carrière, s'épuisent peu à peu, lentement peut être, mais sûrement. L'usufruitier ne peut avoir droit aux produits qui altèrent la substance, ce que l'art. 578 lui défend.

La distinction se fait d'après l'aménagement des biens à l'ouverture de l'usufruit.

Cette règle doit être tempérée par l'idée que si la chose a reçu une destination normale résultant de l'aménagement par le propriétaire antérieur, il y a une sorte de fruit créé auquel alors l'usufruitier a droit. Ainsi l'usufruitier n'aurait pas le droit d'aménager la chose pour y percevoir des fruits, mais quand elle a été ménagée avant lui, cet aménagement lui permet d'exercer son droit sur les produits et transforme ceux-ci en fruits, est consacré par le législateur pour les bois, pour les mines et les carrières.

Application aux futaies mises en coupes réglées

Envisageons simplement les bois pour donner un exemple. Les art. 590 et suivants, distinguent entre les bois , taillis et les bois de haute futaie, l'usufruitier a le droit aux coupes des bois taillis; il n'a droit aux coupes de haute futaie, que lorsqu'elles ont été aménagées par le propriétaire antérieur et mises par lui encoupes réglées. On distingue donc très nettement. L'usufruitier aura le droit de jouir seulement des futaies mises en coupes réglées par le propriétaire antérieur, mais toujours en bon père de famille.

Dans certains cas la question présente une grande difficulté. Par exemple, comment parler d'usufruit quand un conjoint survivant recueille dans la

Source : BIU Cujas

succession le droit de prendre 10.000 fagots dans un bois déterminé. La jurisprudence a dû décider ici qu'il n'y avait aucun droit pour l'usufruitier.

Droit de l'usufruitier sur les arbres

Pour les arbres, la loi fait d'autres distinctions. Les bois de haute futaie, constituent un capital; l'usufruitier ne peut pas, sauf exception, s'en servir. Les art. 592 et 593 lui permettent seulement, pour les réparations dont il est tenu, de prendre les arbres arrachés, brisés par accident, et même d'en faire abattre si les réparations sont nécessaires, mais à charge de faire constater cette nécessité avec le propriétaire. Il peut prendre dans les bois des échalas pour les vignes.

Droit de l'usufruitier sur les arbres fruitiers

Le législateur a prévu de très nombreuses dispositions à cet égard: pour les arbres des pépinières art. 590 al. 2 pour les arbres fruitiers art. 594 les fruits appartiennent à l'usufruitier. Les arbres fruitiers morts, arrachés, brisés par accident appartiennent à l'usufruiter mais à charge de les remplacer par d'autres.

L'usufruitier n'a pas droit au trésor

Des difficultés s'élèvent en ce qui concerne certains droits. Pour les mines et carrières, l'art. 598 a réglé le droit de l'usufruitier, mais il a été modifié par la loi du 21 avril 1810. Aux termes de l'alinéa 2 de l'art. 598, l'usufruitier n'a aucun droit au trésor découvert pendant la durée de l'usufruit. Mais il s'agit ici de la part au trésor attribuée par la loi au propriétaire du fonds où il est trouvé. Si l'usufruitier a découvert le trésor, il a droit à la moitié comme inventeur.

Droit de l'usufruitier sur le lot ou la prime de remboursement

La difficulté s'est présentée d'une façon beaucoup plus pratique pour le lot ou la prime de remboursement attaché à une obligation. Certains établissements, tels que le Crédit Foncier, la Ville de Paris emettent des obligations à lots attribuées par tirage au sort. L'usufruitier a-t-il droit au lot ou à la prime de remboursement ? Il avait le droit de jouir de l'obligation, elle est remboursée, quels sont ses droits sur le lot ?

Est-ce un produit

On a d'abord soutenu que l'usufruitier n'avait aucun droit, en prétendant que c'est un produit ou même un trésor.

Est-ce un fruit ?

Une autre solution, directement opposée, estime qu'il faut analyser l'opération. Quand on a une obligation à lot, et qu'on obtient un lot ou une prime de remboursement, ce n'est pas un cadeau de la Ville de Paris ou du Crédit Foncier, le lot est attribué parce que le porteur de l'obligation a reçu un intérêt inférieur à celui qu'il aurait dû normalement recevoir, d'après le taux courant de l'argent, avec la différence, la Ville

Source : BIU Cujas

de Paris, le Crédit Foncier constituent des sommes importantes et les servent sous forme de lots. Quand un porteur reçoit un lot ou une prime de remboursement, c'est parce qu'il a accepté un moindre intérêt, c'est donc un fruit et on attribue tout le lot à l'usufruitier.

Cette solution a été soutenue dans une tout autre matière mais identique quant au raisonnement: elle a été soutenue par le fisc pour les déclarations relatives à l'impôt sur le revenu. Un individu reçoit un lot de 500.000 francs. L'administration prétendait considérer ce lot comme un revenu passible, en dehors de l'impôt considérable déjà perçu par l'Etat sur le lot, de l'impôt sur le revenu. Le Conseil d'Etat a donné tort à cette prétention du fisc par un arrêt du 28 janvier 1920 en se fondant sur le raisonnement suivant.

Ce n'est ni un fruit ni un produit

Au fond, estime le Conseil d'Etat, on n'est en présence ni d'un fruit ni d'un produit, mais de quelque chose que le législateur n'a pas prévu. Un fruit, c'est un produit périodique, tandis que le lot est unique. Un produit c'est quelque chose qui altère la substance de la chose; ici elle n'est pas altérée, mais augmentée. Il est vrai que le capital de l'obligation est remboursé, mais il n'est pas altéré.

Application de l'art. 596

M. Hémard estime qu'il faut admettre ici une idée tout autre et se baser sur un texte du code civil. Le lot constitue un accroissement de la chose, or d'après l'art. 596 l'usufruitier jouit de l'augmentation de la chose survenue par alluvion. La propriété est bordée par une rivière, une parcelle de terre vient s'y accoler, l'usufruitier a le droit d'en jouir. L'art. 596 doit être considéré comme une application de l'idée générale que l'usufruitier doit profiter de l'accroissement de la chose, en avoir l'usage et la jouissance, et le nu propriétaire en conserver la propriété. La jurisprudence est en ce sens: la jurisprudence administrative pour l'impôt sur le revenu, la jurisprudence civile pour les droits de l'usufruitier.

L'usufruitier acquiert les fruits naturels par la perception

Les fruits sont distingués par la loi en deux catégories.

Les fruits naturels résultent de l'emploi naturel de la chose. Ils sont acquis à l'usufruitier par la perception. Tant qu'ils sont unis au fond, ils appartiennent au nu propriétaire, ce n'est que la perception qui les attribue à l'usufruitier. Au début de l'usufruit, l'usufruitier va donc recueillir tous les fruits pendants par branches ou par racines, mais si la récolte vient d'être faite, il n'a droit à rien.

Source : BIU Cujas

Les fruits civils résultent de l'exploitation juridique de la chose

Les fruits civils sont les revenus périodiques produits par l'exploitation juridique de la chose. L'art. 595 les vise et indique deux modes d'exploitation: la location des biens et la cession des avantages de l'usufruit.

En principe, l'usufruitier a le droit de louer les immeubles ruraux. Ce droit lui est reconnu par la loi. Il peut aussi louer des immeubles urbains, ou même des meubles, des chevaux, des voitures, des tonneaux.

Baux permis à l'usufruitier

Pour les immeubles, on applique les mêmes règles que pour les régimes matrimoniaux. L'art. 595 renvoie aux articles 1429 et 1430. L'usufruitier peut faire des baux ne dépassant pas 9 ans. Il peut les renouveler deux ans à l'avance pour les biens urbains, trois ans à l'avance pour les biens ruraux. Le nu-propriétaire aura donc à supporter au maximum 11 ou 12 ans de bail. Si l'usufruitier a loué pour plus longtemps, le bail sera divisé en autant de périodes de 9 ans et ne sera opposable au nu propriétaire que pour la période de 9 ans en cours.

Cession de l'usufruit=

L'usufruitier peut céder ses avantages sur l'usufruit, mais il cède alors son usufruit, sans en modifier les caractères, sinon un usufruitier très âgé céderait son droit à une personne très jeune. L'usufruitier ne peut, en cédant son droit, en modifier la durée. C'est toujours sur sa tête que repose l'usufruit cédé par lui.

Les fruits civils s'acquierent jour par jour

Les fruits civils s'acquierent jour par jour (art. 586 du C.Civ) on tient compte de la durée de l'usufruit. Cette règle s'applique aux loyers aux fermages aux intérêts des sommes exigibles et aux arrérages des rentes.

Les obligations de l'usufruitier et du nu propriétaire.

Les obligations de l'usufruitier

A - Les obligations de l'usufruitier doivent d'abord retenir l'attention.

Elles peuvent être envisagées à l'ouverture de l'usufruit, pendant l'usufruit, et à la fin de l'usufruit.

a) Au début de l'usufruit

a) Au début de l'usufruit, deux obligations incombent à l'usufruitier: faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles, et fournir caution.

I° L'usufruitier doit faire dresser un inventaire des

I° La première obligation consiste dans un inventaire immédiat.

L'utilité de ces actes est de déterminer l'é-

Source : BIU Cujas

meubles et un état des immeubles

tendue de la restitution et d'éviter des difficultés entre l'usufruitier et le nu propriétaire. L'usufruitier doit rendre ce qu'il a reçu, dans l'état où il l'a reçu, mais il ne doit rendre que cela. Il est à supposer qu'il chercherait, sans cette obligation de dresser inventaire, à rendre le moins possible, alors qu'au contraire le nu propriétaire chercherait à lui demander le plus possible.

L'inventaire comprend une énumération des meubles et une estimation. L'état c'est simplement la désignation des immeubles, la constatation de leur situation et de leur contenance.

Il faut que l'inventaire et l'état, art. 600 soient faits en présence du propriétaire. Si les deux propriétaires intéressés sont d'accord et majeurs, un état et un inventaire sous-seing privé seront établis, mais quand un des propriétaires est incapable ou qu'il y a désaccord, un acte notarié est nécessaire. La pratique l'a introduit à l'instigation des notaires et la jurisprudence l'a toujours admis car elle considère que la rédaction des inventaires est une fonction normale pour les notaires. Par suite, comme l'article 600 ne dit rien, elle exige en cas de difficulté, un inventaire ouun état notarié.

Sanctions de cette obligation

Cette obligation est pourvue d'une sanction. Tant que l'état n'a pas été dressé, le nu propriétaire peut refuser la délivrance du bien. Il peut la refuser, car il ne voudra s'exécuter que si l'autre partie, c'est-à-dire l'usufruitier, exécute ses obligations.

Ce n'est pas d'ailleurs la seule sanction et, quand la délivrance a été faite, il y a une autre sanction. Il peut arriver que le nu propriétaire, mal informé, croyant qu'un inventaire a été dressé, délivre les biens objets de l'usufruit. S'il n'y avait aucune autre sanction, il n'aurait aucun moyen d'assurer l'obligation de l'art. 612. Des décisions judiciaires ont admis que l'usufruitier qui n'a dressé ni inventaire ni état est considéré avoir reçu des immeubles en bon état et doit être soumis à une preuve très facile pour le nu propriétaire qui est non seulement la preuve testimoniale, mais encore la preuve par commune renommée qui constitue une sorte de peine pour celui à l'égard de qui elle s'exerce. On a beaucoup discuté sur la question de la preuve par commune renommée. Elle ne devrait pas être admise ici. Ayant un certain caractère pénal elle ne peut être reconnue que là où elle est formellement établie. Mais, malgré tout, des décisions appliquent la preuve par commune renommée.

Quant à la solution qui admet que, pour les immeubles au moins, à défaut d'état, l'usufruitier est censé

Source : BIU Cujas

les avoir reçus en bon état, elle a été consacrée en comparant la situation du locataire et celle de l'usufruitier. Pour le locataire, il est dit, dans l'art. 1731 que s'il n'y a pas un état des lieux entre bailleur et propriétaire, le propriétaire est censé les avoir livrés en bon état. Seulement ici encore, bien que la pratique continue à étendre l'art. 1731, il faut se rendre compte que la situation du locataire et celle de l'usufruitier sont différentes. Ce n'est pas seulement parce que le locataire n'a qu'un droit personnel alors que l'usufruitier a un droit réel, mais parce que, en cas de location d'immeuble, le locataire a eu tort de ne pas exiger un état des lieux. C'était un droit pour lui, locataire, et s'il y a renoncé, c'est à ses risques et périls. Tandis que pour l'usufruitier il n'y a pas un droit de réclamer un état, c'est que le locataire qui ne fait pas un état ne nuit qu'à lui, tandis que l'usufruitier qui ne fait pas un état peut nuire à autrui. Donc on peut admettre la solution de la pratique mais non en raison d'une assimilation à faire entre l'usufruitier et le locataire.

L'usufruitier peut être dispensé de faire un inventaire des meubles et de dresser un état des immeubles.

L'usufruitier peut-il être dispensé de faire un inventaire, de dresser un état des immeubles?

Cette dispense ne se rencontre guère que quand l'usufruit est constitué par testament. Le testateur a certainement le droit de dispenser de faire inventaire et état. La conséquence c'est qu'au fond il donne des biens qu'il permet de ne pas rendre. C'est une donation indirecte peut être mais elle est valable, pourvu qu'elle ne porte pas atteinte aux droits des héritiers à réserve.

2° L'usufruitier doit fournir caution

2° La seconde obligation de l'usufruitier, au moment de l'ouverture de l'usufruit, c'est de fournir caution (art. 601 du code civil).

La caution c'est une personne qui s'engage à côté d'une autre, ici à côté de l'usufruitier, pour garantir à un créancier, qui est ici le nu propriétaire, que l'exécution des obligations sera assumée par cette autre personne qui est ici l'usufruitier.

La caution s'engage à côté de l'usufruitier envers le nu propriétaire. Son obligation de fournir caution a pour but de garantir la restitution en bon état des choses soumises à l'usufruit et d'assurer le paiement d'une somme qui pourra être due par l'usufruitier, à raison du règlement de compte intervenu entre les parties.

La caution constitue, de nos jours, une garantie archaïque. Le crédit personnel individuel, à titre de garantie, qui est peut être la plus belle forme du

Source : BIU Cujas

crédit est une forme de crédit vieille qui a eu un rôle considérable en droit romain mais qui n'a plus ce rôle de nos jours, car il a été remplacé par le crédit réel. C'est pourquoi la jurisprudence, estimant que la caution est un mode de garantie surannée, admet qu'on peut remplacer le cautionnement par une sûreté réelle. L'usufruitier pourra fournir un gage, une hypothèque, au lieu d'une caution et on invoque, en faveur de la substitution, l'article 2041, au moins pour le nantissement: " Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à trouver à sa place un gage suffisant".

Sanction de l'obligation de fournir caution

Mais supposons qu'il n'y ait pas possibilité de fournir une caution. Ici on aborde la sanction de l'obligation de fournir caution.

Il n'y a pas à proprement parler dans la loi de sanction de l'obligation de fournir caution. La loi se borne à prévoir le retard dans la fourniture de la caution et l'impossibilité de fournir caution.

Si les parties sont d'accord, il n'y a rien à faire; elles règlent à volonté la caution, la fourniture de la caution. Mais si elles ne sont pas d'accord, si un retard se produit qu'advient-il ? Le nu propriétaire n'a qu'à presser l'usufruitier de fournir caution, mais l'art. 604 dit que les fruits n'en seront pas moins dûs, à partir de l'ouverture de l'usufruit. Donc il n'y a pas de sanction et l'obligation de fournir caution ne reçoit de sanction que tant que le nu propriétaire ne s'est pas dessaisi des biens.

Le second cas prévu par la loi en cas d'impossibilité de fournir caution est le suivant. La loi permet de donner un nantissement (art. 2041 du code civil). Mais la jurisprudence va plus loin, elle permet de fournir une hypothèque sur les immeubles de l'usufruitier.

Mais supposons qu'il soit impossible de fournir un gage, une hypothèque ou une caution. L'usufruitier alors est dans une situation que règlent les articles 602 et 603 du code civil. Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre, et les sommes comprises dans l'usufruit sont placées et les intérêts lui sont rendus.

A défaut de caution de la part de l'usufruitier l'art. 603 permet, pour les meubles qui dépérissent par l'usage de les vendre et d'en placer le prix, et l'usufruitier jouit de l'intérêt. Toutefois il est permis à l'usufruitier de demander à conserver certains de ses meubles quand ils lui sont nécessaires pour son usage, à condition de garantir la restitution par la simple caution juratoire. C'est une promesse faite sous

Source : BIU Cujas

serment de conserver les meubles et de les rendre.

Dispense de l'obligation de fournir caution

Une dispense de fournir caution intervient souvent dans les actes constitutifs d'usufruit.

La dispense de fournir caution compromet certains droits du nu propriétaire et les tribunaux en sont venus à permettre d'ordonner des mesures de protection, surtout en cas de déconfiture ou de faillite de l'usufruitier. Ils sont même allés, dans d'autres cas, jusqu'à permettre au nu propriétaire malgré la défense faite, d'obliger l'usufruitier à fournir caution.

La dispense de caution est dans certains cas légale

Mais il y a des cas où la dispense de caution n'est plus seulement le résultat de la convention, mais où elle est établie par la loi. Il en est ainsi pour les usufruits légaux des père et mère sur les biens de leurs enfants (article 601 du code civil) et de l'usufruit marital, sous le régime de communauté, ou sous le régime dotal.

Il faut y ajouter un dernier cas qui va de soi. Le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit qui vend un bien en s'en réservant l'usufruit n'est pas tenu à l'obligation de fournir caution. Cela va de soi pour le vendeur, et cela est encore plus vrai du donateur avec réserve de l'usufruit, puisqu'il y a là une condition de la vente ou de la donation.

b) Obligations de l'usufruitier au cours de l'usufruit

b) Les obligations de l'usufruitier, au cours de l'usufruit, doivent être étudiées parallèlement à ses droits. Or on a vu que l'usufruitier a le droit d'user et de jouir de la chose et qu'il a le droit même d'en abuser, en vendant l'usufruit, en vendant l'émolument de l'usufruit.

Ces obligations correspondent exactement à ces droits.

D'une part, l'usufruitier est obligé de supporter les charges de l'usufruit, car elles sont la compensation de l'usage.

D'autre part, puisqu'il a le droit de ne prendre que les émoluments, et l'obligation de conserver, par conséquent il doit s'occuper de la chose et on doit y adjoindre l'obligation de jouir en bon père de famille.

L'usufruitier doit veiller à la conservation de la chose

L'usufruitier n'a pas d'obligation qui corresponde à son droit d'abusus, mais il doit veiller à la conservation de la chose, puis on verra qu'il doit supporter les charges d'usage ou de jouissance.

I° L'usufruitier doit veiller tout d'abord à la conservation de la chose. Il doit pour cela, dit l'art. 601, jouir en bon père de famille, c'est-à-dire en bon propriétaire moyen. Il doit entretenir les choses en bon état. L'art. 594 du C.C. l'oblige même, pour les arbres fruitiers, quand ils viennent à disparaître, à

Source : BIU Cujas

être arrachés ou brisés même par un accident à les remplacer. Comme compensation, il a le bois mort. Il doit faire toutes les réparations locatives. Mais ce sont là des charges, et on y reviendra.

Il doit ne pas détériorer les choses soumises à son usufruit, et la jurisprudence a dit que la détérioration devait être appréciée rigoureusement. Celui qui, étant usufruitier de terres soumises à la culture ne les engraisse pas suffisamment, est considéré comme les ayant détériorées.

Enfin l'usufruitier est tenu d'empêcher la prescription de s'accomplir, que ce soient les prescriptions acquisitives qui pourraient être exercées contre lui pour les biens proprement dits, meubles ou immeubles, ou que ce soient les prescriptions extinctives pour les créances.

Une créance se prescrit par trente ans. L'usufruitier ne doit pas laisser une créance se prescrire. Il doit faire des actes interruptifs de prescription pour permettre au créancier de conserver son droit, et il en est de même pour la prescription acquisitive.

De cette obligation il résulte que l'usufruitier a intérêt à s'assurer contre l'incendie

De cette obligation de conservation ne faut-il pas déduire qu'il y a obligation pour l'usufruitier d'assurer la chose contre les risques ? La question s'est surtout posée pour l'assurance contre l'incendie. Il n'y a aucune difficulté quand il y a une obligation dans le titre constitutif d'usufruit d'assurer mais que faut-il décider s'il n'y a pas d'obligation dans ce titre ?

A la fin de l'usufruit, l'usufruitier est tenu de restituer les choses. S'il ne les restitue pas, il ne peut éviter la restitution qu'en prouvant la perte par cas fortuit. Il lui faudra prouver la perte fortuite, ce qui n'est pas une preuve toujours facile à faire; donc l'usufruitier a intérêt à s'assurer. Mais dans quelle mesure ? Doit-il s'assurer pour l'usufruit seulement ou pour la pleine propriété ?

Pendant longtemps, les compagnies d'assurance ont cherché à faire assurer l'usufruitier pour la pleine propriété, et le propriétaire pour la pleine propriété. Elles touchaient ainsi deux primes. Mais généralement un contrat est passé où interviennent à la fois l'usufruitier et le nu propriétaire. Mais l'usufruitier a pu s'assurer seul; est-ce que le nu propriétaire a le droit de réclamer une indemnité en cas d'incendie ? La jurisprudence aurait pu ici admettre l'idée de subrogation réelle. Elle ne l'a pas fait. Elle n'admet la subrogation réelle en matière d'incendie que quand un texte l'impose. Or ce n'est qu'en faveur des créanciers privilégiés ou hypothé-

Source : BIU Cujas

caires, en vertu de la loi de 1889, qu'elle est admise. En dehors de là la jurisprudence dit que l'indemnité d'assurance n'est pas la représentation de la chose incendiée. Si elle l'admettait il y aurait substitution de l'indemnité à la chose incendiée. Elle décide qu'il n'y a pas de subrogation réelle et l'indemnité est seulement la représentation des primes versées. Elle en conclut que l'usufruitier s'étant assuré seul a seul droit à une indemnité. Mais comme l'assurance contrat d'indemnité ne peut être une cause d'enrichissement pour celui qui l'a contracté, l'usufruitier n'a pas droit à l'indemnité. Il n'a droit qu'à l'intérêt de l'indemnité.

Quant au nu-propriétaire, on a essayé de soutenir qu'il avait été représenté par l'usufruitier, que l'usufruitier étant son gérant d'affaires et qu'en ratifiant, à la suite de l'incendie, le nu propriétaire devait être considéré comme un mandant ayant donné mandat de prendre l'assurance. La gestion d'affaires consiste en ce qu'un individu accomplit un acte juridique en faveur d'autrui, dans l'intérêt d'autrui, sans en avoir été chargé, mais une fois la gestion d'affaire ratifiée, elle équivaut à un mandat. La ratification transforme la gestion d'affaires en mandat: " ratihabitio mandato aequiparatur".

Mais la jurisprudence ne l'a pas admis. Elle a décidé qu'un usufruitier qui s'assurait ne gérait pas la chose du nu-propriétaire et elle a exigé, pour que le nu propriétaire put réclamer le droit à indemnité, une stipulation formelle pour autrui faisant naître un droit en faveur dunu propriétaire.

M. Hémard estime qu'il faudrait admettre, avec la subrogation réelle, la substitution de l'indemnité à la chose incendiée, dès lors, l'indemnité viendrait prendre la place de l'immeuble brûlé dans le patrimoine de l'usufruitier, comme dans celui du nu-propriétaire, de sorte que l'usufruitier qui seul s'est assuré, toucherait les intérêts du montant de l'indemnité, et le nu propriétaire aurait droit au capital.

Il resterait à supposer le cas où le nu propriétaire seul s'est assuré et, d'après la jurisprudence, il faut le résoudre de la même manière.

On n'a envisagé que l'assurance-incendie mais on pourrait examiner de même l'assurance contre le vol et les autres assurances de choses.

L'usufruitier doit supporter les charges correspond à l'usage

2° La deuxième obligation qui correspond à l'usage, à la jouissance est de supporter les charges correspondant à l'usage.

Il n'y a aucune difficulté pour les charges ordinaires de jouissance. Ce sont les charges annuelles de l'immeuble ou des meubles (art. 608 du C.C). Ce sont

Source : BIU Cujas

tous les impôts de quelque nature qu'ils puissent être qui sont imposés à la propriété. Ces charges comprennent également les réparations locatives (art. 606, alinéa 3) Les réparationsd'entretien sont à la charge de l'usufruitier, par opposition aux grosses réparations qu'on va avoir à définir. Toutes ces dépenses sont à la charge de l'usufruitier, car un propriétaire raisonnable doit les prendre sur les revenus fournis par ces choses.

C'est une obligation personnelle mais une obligation qui tient à la détention des choses

L'usufruitier est donc tenu à des réparations d'entretien, mais y a-t-il là une obligation personnelle ou est-ce une obligation qui tient à la détention des choses ? Il semble qu'il ne devrait y avoir là qu'une obligation personnelle. Elle durerait tant que dure l'usufruit et la conséquence en serait d'une part que, pendant la durée de l'usufruit, le nu propriétaire pourrait contraindre l'usufruitier à les effectuer et qu'en raison de leur caractère personnel l'usufruitier ne pourrait s'en exonérer qu'en abandonnant les biens.

Mais la jurisprudence n'a pas admis ces deux conséquences. Elle considère qu'il n'y a pas ici une obligation personnelle pour l'usufruitier. Dès lors, dans le présent, le nu propriétaire ne peut obliger l'usufruitier à effectuer les réparations d'entretien, pendant la durée de l'usufruit, il peut seulement lui demander une indemnité à la fin de l'usufruit. Il faut prendre les détériorations en considération dans le compte à rendre et l'usufruitier peut se soustraire aux réparations d'entretien, en abandonnant le droit d'usufruit.

Cependant il en est autrement quand ces réparations d'entretien sont le résultat d'une faute commise par l'usufruitier. Il ne peut se soustraire aux conséquences de sa faute. Ce n'est pas une simple réparation qui est due à son usage continu, c'est lui-même qui a rendu nécessaire cette réparation. On applique alors l'art. 1382 et l'usufruitier est tenu.

L'usufruitier doit restituer la chose dans l'état où il l'a reçue

L'usufruitier doit restituer la chose dans l'état où il l'a reçue. Supposons que quand l'usufruit a été établi, les réparations d'entretien qui auraient dû être faites ne l'aient pas été; l'usufruitier n'a pas à les faire. Il n'est pas obligé de les faire, et s'il les fait, il faut lui reconnaître un droit de s'en faire rembourser le montant, à la fin de l'usufruit.

Les charges extraordinaires ne sont pas supportées par l'usufruitier

Mais, à côté de ces charges ordinaires, il y a des charges extraordinaires que la loi déclare n'être pas supportées par l'usufruitier.

Dans l'article 609 du code civil, on indique comme charges extraordinaires les emprunts forcés qui avaient été faits autrefois, les contributions de guerre.

Source : BIU Cujas

On y ajoute les indemnités dues quand il y a assèchement de terrain, des constructions de digues, les charges imposées au propriétaire comme, par exemple, l'obligation de réaliser le tout à l'égoût ou d'établir devant une maison un certain dallage pour faciliter l'accès de la maison.

Ces charges extraordinaires, l'usufruitier ne les supporte pas. C'est le nu propriétaire qui doit les payer; c'est du capital. L'usufruitier n'est tenu de payer que les intérêts.

Les grosses réparations ne sont pas à la charge de l'usufruitier mais du nu propriétaire

L'usufruitier n'est pas tenu de faire les grosses réparations. Les grosses réparations sont à la charge du nu propriétaire.

La loi a établi une énumération des grosses réparations qui est limitative. Les grosses réparations, dit l'art. 606, ce sont celles des gros murs, c'est-à-dire des murs ayant une importance essentielle pour l'immeuble, et ce ne sont pas seulement les 4 murs de la maison, ce sont aussi les murs de refend qui sont nécessaires à la solidité de la maison.

Ce sont également les réparation des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. Le qualificatif "entières" s'applique seulement aux couvertures et non aux poutres. Quant aux couvertures elles ne constituent, quand il y a lieu de les refaire, une grosse réparation que si c'est toute la couverture qui doit être refaite. Les réparations qui ne sont pas des grosses réparations sont des réparations d'entretien.

Enfin l'art. 606 ajoute que sont des grosses réparations les réparations qui sont rendues nécessaires pour les murs de soutainement et de clôture.

A cette énumération limitative établie par la loi, la jurisprudence a ajouté. Elle a décidé que la reconstitution d'un vignoble atteint par le phylloxera devait être considérée comme une grosse réparation, de sorte que le nu propriétaire seul y était obligé.

Si l'usufruitier fait les grosses réparations il ne peut réclamer à un propriétaire que l'augmentation de valeur qui en sera résultée à la fin de l'usufruit

Mais si le nu propriétaire est tenu de payer les grosses réparations, est-ce que l'usufruitier peut les faire à sa place et, les ayant faites à sa place, en demander le remboursement.

La jurisprudence ici ne s'est pas montrée favorable à ces réparations opérées par l'usufruitier car elle proclame que l'usufruitier qui fait de grosses réparations n'a rien à réclamer au nu propriétaire ou plutôt qu'il ne peut réclamer au nu propriétaire le montant de ses dépenses, mais seulement l'augmentation qui est résultée de ces grosses réparations pour le nu propriétaire, en vertu du principe que nul ne peut s'en-

Source : BIU Cujas

richir aux dépens d'autrui , ici de l'usufruitier. Les grosses réparations faites par l'usufruitier durant l'usufruit ne lui permettront donc de réclamer que l'augmentation de valeur qui en est résultée, de la plus-value qui sera constatée à la fin de l'usufruit. Donc si le nu propriétaire ne fait pas les grosses réparations, il y a bien peu de chances pour que l'usufruitier les fasse. Il les fera pour la réparation des poutres, car la loi lui reconnaît le droit de prendre dans les arbres de haute futaie pour cette réparation.

Obligations particulières de l'usufruitier, dans certains cas

L'usufruitier a des obligations particulières dans certains cas.

Quand un procès s'élève, il se peut que l'usufruitier doive subvenir aux frais de ce procès, cela est évident si le droit de l'usufruitier est en jeu. Si c'est un droit du précédent propriétaire qui a consenti l'usufruit qui est en jeu l'usufruitier doit supporter les charges et les frais du procès, mais il peut appeler en cause le nu propriétaire.

L'usufruitier (art. 610 et 612 du code civil) doit supporter les dettes du précédent propriétaire, en cas d'usufruit universel ou à titre universel. Il y a là quelque chose de spécial et on n'étudiera pas les obligation des usufruitiers légaux. D'ailleurs pour l'usufruit légal des père et mère on l'a étudié dans l'art. 385 du code civil.

c) Obligations de l'usufruitier à la fin de l'usufruit

c) Il reste à envisager les obligations de l'usufruitier à la fin de l'usufruit.

L'usufruit prend fin par des causes diverses. Il en est une qui doit être envisagée seulement ici car c'est une véritable sanction de l'obligation de l'usufruitier de jouir en bon père de famille.

Quand l'usufruitier abuse de lajouissance, l'art. 618 du code civil dit qu'il peut être déchu de l'usufruit. Cette déchéance peut être une déchéance absolue c'est-à-dire qu'il est, pour l'avenir, privé de l'usufruit, ou relative en ce sens qu'on lui enlève la jouissance des biens qu'il détériore et qu'on remet à un séquestre les biens, sauf à fournir les revenus des biens à l'usufruitier (art. 602 du code civil).

L'usufruitier doit à la fin de l'usufruit restituer les biens au nu propriétaire

Mais quelle est la situation de l'usufruitier à la fin de l'usufruit ?

Il doit restituer au nu propriétaire. Il est débiteur de la chose, même en cas d'usufruit proprement dit, il est débiteur de l'estimation pour le quasi-usufruit et on peut se demander si, en notre matière, l'estimation ne vaut pas vente, même quand les parties ne l'ont pas indiqué.

La jurisprudence l'admet en général. Il en résulte qu'en cas de quasi-usufruit, le quasi-usufruit

Source : BIU Cujas

n'a pas le choix entre la restitution des choses ou la de choses de même nature et la restitution de l'estimation: il doit l'estimation comme le dit l'art. 587. Les risques sont, en matière de quasi-usufruit, à la charge de l'usufruitier. Il est tenu de restituer l'estimation, il ne peut représenter les choses elles-mêmes.

Pour les choses qui se détériorent par l'usage, l'usufruitier doit les représenter à la fin de l'usufruit; si elles ne le sont pas et s'il n'y a pas eu d'estimation, il devra restituer leur valeur au moment où elles ont disparu.

Règlement de compte entre l'usufruitier et le nu propriétaire

Un règlement de compte sera nécessaire entre l'usufruitier et le nu propriétaire.

On fera figurer à l'actif ou au passif des choses différentes.

A l'actif de l'usufruitier, on fera figurer les améliorations, dans le mesure de l'enrichissement du nu-propriétaire, les grosses réparations dans la mesure de l'enrichissement du nu propriétaire. Cependant toutes les améliorations ne sont pas dues. L'art. 598 § 2 le dit, car il était à craindre que l'usufruitier ne fit des améliorations, n'élève des constructions importantes uniquement pour obliger le nu propriétaire à une restitution, à la fin de l'usufruit. Aussi l'art. 598 § 2 - dit il que l'usufruitier n'a pas droit au montant des dépenses mais seulement au montant de l'enrichissement du nu-propriétaire.

D'autre part, il faut mettre au passif de l'usufruitier les détériorations.

Les obligations du nu propriétaire

Ainsi les droits de l'usufruitier sont bien précis, et il est facile maintenant de fixer les obligations du nu propriétaire, en tenant compte de celles de l'usufruitier.

Mise en possession de l'usufruitier

Au début de l'usufruit, le nu propriétaire doit mettre l'usufruitier en possession. Il ne peut que retenir les biens soumis à l'usufruit si l'usufruitier ne veut pas faire inventaire, dresser un état ou fournir caution.

Obligation de garantie

Pendant l'usufruit, l'art. 591 al. 5 fait une obligation au nu propriétaire de s'abstenir de ce qui peut gêner l'usufruitier, et il a l'obligation de garantie s'il a vendu l'usufruit. S'il a donné, à titre de constitution de dot, un usufruit, il doit la garantie comme le vendeur et le constituant de dot.

Obligation de supporter les charges exceptionnelles

Il est tenu, pendant l'usufruit, des charges exceptionnelles qui viennent à frapper la propriété (art. 609 du code civil).

Il est tenu aussi des dommages causés à l'usufruitier et pour les grosses réparations il n'est pas

Source : BIU Cujas

tenu de les faire, d'après la jurisprudence, et la jurisprudence se montre toujours très nette à cet égard, malgré les critiques qui lui ont été adressées au sujet d'un arrêt de la cour de Paris du 27 juillet 1929 - (D. 1929 - 2 - 1, note de M. Josserand).

Obligation de procéder au règlement de comptes avec l'usufruitier

Enfin, à la fin de l'usufruit, le nu propriétaire doit procéder à un règlement de compte dans les conditions sus-indiquées.

LES SERVITUDES

Définition donnée par le code civil des servitudes

Une servitude, d'après l'art. 637 du C.Civ. est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

C'est donc une charge imposée sur un fonds appelé fonds servant, pour l'usage et l'utilité d'un fonds appelé fonds dominant. Mais le code civil a évité des expressions de fonds servant et de fonds dominant parce qu'il a voulu écarter tout ce qui rappellerait la féodalité.

Des textes font cependant allusion à ces expressions ou même à celle de fonds bénéficiaire de servitude (art. 702, 705, 707 et 709 du C.Civ.). La loi parle d'ailleurs de servitudes ou de services fonciers pour bien montrer qu'il ne s'agit pas de services personnels, et l'art. 638 a cru devoir préciser que la servitude n'emporterait aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

On peut donc dire que la servitude est une obligation imposée au propriétaire d'un fonds, en faveur d'un propriétaire d'un autre fonds, et transmissible avec la propriété de l'un et l'autre fonds.

La servitude est un droit distinct pris en lui-même

La servitude est une restriction au droit de propriété sur le fonds servant. Mais on l'étudiera ici en tant qu'elle constitue un véritable droit à part, qu'on peut traiter d'une façon spéciale.

Les servitudes entraînent incontestablement une diminution du rendement économique du fonds servant, et un accroissement correspondant du rendement du fonds dominant. Le législateur, se rendant compte de cette diminution a cherché à faire disparaître, le plus possible, les servitudes. C'est pourquoi il admet la perte des servitudes par non usage.

Nature des servitudes

Une servitude est une obligation existant entre les propriétaires de deux fonds et transmissible avec le fonds.

Dans tous les rapports de droit où l'une des parties n'est pas propriétaire d'un fonds, il n'y a pas

Source : BIU Cujas

La servitude est une obligation qui existe entre les propriétaires de 2 fonds

de servitude. Pour qu'il y ait servitude il faut qu'une obligation existe entre le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant. Dans tous les cas où il ne s'agit pas du propriétaire d'un fonds, il n'y a pas de servitude. Quand une obligation est imposée au propriétaire d'un fonds en faveur d'un locataire ou d'un tiers, d'une société quelconque, il n'y a plus de servitude. Tel est par exemple le cas du droit de passage sur un terrain qui est accordé à une société, ou encore l'obligation de ne pas construire ou de ne pas dépasser une certaine hauteur dans le réseau d'un champ de tir laquelle est une obligation personnelle ne constituant pas une servitude; et de même en est-il encore du droit de pâturage qui est acheté par certaines corporations de bouchers, lequel est une obligation personnelle, mais non rapport entre deux fonds, par conséquent non une servitude.

Ces droits peuvent avoir une longue durée mais ils ne sont pas perpétuels. Ce sont des obligations et même des droits réels car on peut créer des droits réels à volonté, mais ce ne sont pas des servitudes.

Pour qu'il y ait servitude il faut que l'obligation présente une certaine utilité

La deuxième condition requise pour qu'il y ait servitude, c'est que l'obligation présente une certaine utilité.

Il faut que l'utilité soit permanente et nécessaire, c'est-à-dire qu'elle doit exister au profit de tous les propriétaires successifs. Mais il suffit d'une utilité générale, même si cette utilité tient au caractère des personnes et quand un couvent vient à être transformé en caserne, il est bien évident que la servitude consistant à ne pas créer de jour, de vue, qui existait à l'égard du couvent, ne présente plus la même importance à l'égard de la caserne, mais son utilité n'en subsiste pas moins.

L'utilité peut être future et éventuelle

L'utilté peut être future. Elle peut être stipulée en faveur d'une maison à construire. Elle peut être éventuelle. Ainsi on a vu un propriétaire stipuler une servitude au profit d'un propriétaire voisin, s'il acquérait un immeuble.

La servitude n'existe que dans la mesure de son utilité

Une servitude ne doit d'ailleurs durer que quand elle a une utilité. Prenons la servitude de passage en cas d'enclave. Quand l'enclave disparaît pour une raison quelconque, même du fait d'unachat fait par le propriétaire enclavé, si le propriétaire de l'enclave peut désormais passer, il n'y a plus de servitude de passage. Il en est de même quand une servitude existait sur un étang qui vient à être asséché, notamment si c'est le propriétaire de l'érang qui l'assèche, il doit indemniser le propriétaire de la servitude d'abreuvage.

Source : BIU Cujas

Cette extinction peut n'être que partielle, alors la servitude est réduite. Voici un droit de passage qui existait sur un fonds. On n'en avait pas déterminé l'étendue, cependant il était permis au propriétaire sur lequel s'exerçait le droit de passage de construire. Peut-il construire de façon à empêcher le passage ? La jurisprudence a dit que, d'après la convention, il pouvait y avoir maintien de la servitude, mais qu'alors qu'autrefois on passait en voiture on ne pourrait plus passer qu'à pied.

Cette idée explique: 1° l'extinction par non usage pendant trente ans. C'est qu'alors il n'y a plus utilité. 2° l'impossibilité de la servitude de pur agrément, cette dernière conséquence d'ailleurs n'est pas tout à fait vraie. Ainsi la servitude de prospect oblige le propriétaire voisin à ne pas enlever la vue à l'autre propriétaire, et elle ne vise que le pur agrément (de la propriété, non du propriétaire personnellement).

Toute servitude impose une obligation à un fonds en faveur d'un autre fonds

Presque tout service impose une obligation à un fonds en faveur d'un autre fonds. Il en résulte, et l'art. 686 du code civil a pris soin de le dire, qu'il n'y a pas servitude soit quand un service est imposé à une personne, soit quand un service est établi en faveur d'une personne. C'est toujours la même idée qui revient. Le législateur craignait de voir le régime de la féodalité rétabli par un moyen plus ou moins direct et il voulait supprimer tout ce qui rappelait le droit de seigneurie qui grevait certains fonds. Aussi les art. 638 et 686 ont-ils supprimé tout ce qui rappelait le régime féodal, et on pourra constater qu'au fond ces articles reproduisent la même idée. Un service ne peut être imposé, à titre de servitude, au propriétaire. Il peut être imposé au fonds, non au propriétaire . Le service ne peut consister, en tant que servitude, en une obligation personnelle comme l'obligation de labourer le champ voisin, de l'ensemencer, en tant que propriétaire. On peut bien s'engager à ensemencer le champ voisin, à le labourer mais seulement pour une durée limitée. Il s'agit tout simplement alors d'une sorte de location, qui ne peut aller au-delà d'une certaine durée.

En second lieu, un service ne peut être imposé en faveur de la personne. Il est établi au profit d'un fonds, transmissible avec le fonds, mais non au profit de la personne. Cette règle, la jurisprudence en a fait des applications notamment en matière de droit de pêche et de droit de chasse. De même elle a repoussé tout ce qui était pur agrément: le droit de cueillir des fleurs ou des fruits sur le terrain d'autrui, ou le droit,

Source : BIU Cujas

assez fréquent au début du XIV° siècle de se promener sur certains terrains. Cela ne se rattache pas au bien donc ce n'est pas une servitude. On citait déjà un exemple, dans l'ancien droit, celui des servitudes imposées aux paysans de battre les fossés entourant le château pour que le seigneur ne soit pas troublé dans son sommeil par les grenouilles. Mais certains historiens disent que cette servitude n'a jamais existé que dans l'imagination des choniqueurs.

Au fond on s'explique ici toutes ces règles par le désir qu'il n'y aitpas possibilité d'un réveil du passé. Pour le droit de chasse, la jurisprudence ne veut pas en faire un droit réel, le constituer à titre de servitude; on pourra créer un droit de chasse comme droit d'usage, comme droit réel, mais non comme une servitude.

Quand ces conditions sont réunies, quand il n'est pas porté atteinte au principe des art. 638 et 686 on peut établir un servitude réelle.

Caractères de la servitude

A) Mais quels sont les caractères de la servitude ?

C'est un droit réel

I°) C'est d'abord un droit réel. Comme tel, la servitude est opposable à tout le monde, et elle entraîne le droit de préférence et le droit de suite.

C'est un droit immobilier

2°) C'est, en second lieu, un droit immobilier. Ce droit peut exister quand il y a un immeuble par nature seulement, mais non en présence d'un immeuble par destination.

C'est un droit accessoire

3° C'est un droit accessoire, en ce sens qu'en principe, on ne peut saisir une servitude, la vendre; on peut l'hypothéquer, mais seulement en même temps que l'immeuble. C'est un droit accessoire; on ne peut rien faire sur ce droit qu'en le faisant en même temps sur l'immeuble. Ce droit se transmet avec le fonds. Il est un accessoire du fonds. On parlait autrefois de servitudes "ambulantes cum domino". Elles sont inhérentes au fonds; on ne peut les détacher d'un fonds pour les transporter sur un autre. D'ailleurs elles ne seraient plus alors utiles. C'est pourquoi la perte d'un fonds entraîne la perte d'une servitude.

La servitude est un droit réel. C'est même le seul démembrement de la propriété qui présente ce caractère. Toutefois, pour l'emphytéose, la loi du 25 juin I902 a permis à l'emphytéote de créer des servitudes.

C'est un droit indivisible

4° C'est un droit indivisible. Supposons un fonds indivis. Il faudra le consentement de tous les communistes indivisaires pour constituer ou supprimer la servitude. Il faudra l'intervention de tous pour la constituer, et l'abstention de tous pour la perdre.

Source : BIU Cujas

Les servitudes confèrent à leur titulaire des actions spéciales

Les servitudes confèrent à leur titulaire des actions spéciales. C'est l'action confessoire qui est une action pétitoire correspondant à la revendication pour la propriété. Quant aux actions possessoires, c'est notamment la complainte qui permet de faire cesser le trouble de fait apporté dans la possession.

La possession d'une servitude est d'ailleurs chose bizarre. Les servitudes qui sont de nature à être possédées sont celles qui sont fondées sur un titre et, quand il n'y a pas de titre, seules les servitudes continues et apparentes peuvent être susceptibles de possession.

Mais une question s'élève quand on est en présence d'un acte accompli par le propriétaire d'un fonds à l'égard du propriétaire d'un autre fonds: est-ce que ce fait doit s'analyser en droit de propriété ou en droit de servitude ?

Il y a grand intérêt à déterminer la nature de ce droit. C'est en effet une comparaison entre la servitude, d'une part, et le droit de propriété ou de co-propriété de l'autre.

Comparaison entre le droit de propriété et le droit de servitude

La servitude est un droit limité par son objet: c'est le cas du droit de passage par exemple. Le droit de propriété est beaucoup plus étendu puisque c'est le droit le plus large qu'on puisse avoir sur une chose et que s'il dépend des usages, les usages peuvent en reconnaître largement l'exercice.

La perte par non usage pendant trente ans est possible pour la servitude. Au contraire, la propriété ne se perd pas par le non usage, pas plus d'ailleurs que la co-propriété.

Seules peuvent s'acquérir par la prescription les servitudes continues et apparentes. Après trente ans de possession, on peut obtenir la propriété ou la co-propriété.

Enfin le propriétaire d'un fonds assujetti peut, dans des cas très restreints d'ailleurs, déplacer l'assiette de la servitude (article 701 in fine). Cela se présente en cas de servitude d'enclave, de droit de passage accordé au propriétaire du fonds enclavé. Cette servitude gêne considérablement le propriétaire du fonds grevé, et, bien que la servitude s'exerce à l'endroit le plus étroit, il se peut que ce soit l'intérêt du propriétaire du fonds servant de donner un autre chemin. Un propriétaire n'a jamais à sa disposition une telle faculté.

Nature du droit de servitude

B - Mais comment qualifier la nature du droit de servitude ?

Pour les chemins et les sentiers d'exploitation

Source : BIU Cujas

la loi du 20 août 1881 (art. 33) en l'absence de titre, déclare ces chemins et sentiers d'exploitation présumés appartenir aux propriétaires riverains. L'usage en est commun à tous, mais la propriété appartient à chaque voisin. Dans les autres cas, en l'absence de texte, on s'en réfère au titre: en l'absence de titre on a recours aux indices matériels, sinon on s'en remet au pouvoir souverain du juge qui se prononcera après enquête.

Telle est la nature et tels sont les caractères des servitudes.

Classification des servitudes

C - Les classifications des servitudes se trouvent dans le code civil lui-même. Il en est d'utiles mais il en est aussi d'inutiles.

D'après leur source, on distingue les servitudes naturelles, les servitudes légales, et les servitudes conventionnelles

I - D'après leur source, l'art. 639 du C.C. distingue les servitudes naturelles, les servitudes légales et les servitudes conventionnelles.

Les servitudes naturelles dérivent de la situationdes lieux.

Les servitudes légales sont établies par un texte de loi.

Enfin les servitudes conventionnelles sont établies par un titre.

Cette distinction ne présente pas d'intérêt pratique

Cette distinction ne présente pas d'intérêt pratique et il y a lieu de la laisser de côté. On a essayé de dire que les servitudes naturelles existaient en dehors de toute loi, qu'elles étaient écrites sur le sol, mais comme la plupart des servitudes légales résultent de la situation des lieux, la distinction entre les servitudes naturelles et les servitudes légales est mal marquée. Tout ce réduirait à ce que les servitudes naturelles s'imposent plus impérieusement que les servitudes légales. Aussi faut-il distinguer seulement les servitudes légales des servitudes conventionnelles. Il y a en effet un intérêt assezgrand à le faire.

D'après leur objet, les servitudes sont urbaines ou rurales

II. La distinction des servitudes d'après leur objet est faite par l'art. 687 du code civil. Les servitudes sont établies pour l'usage de bâtiments ou de fonds. Les premières sont appelées urbaines, les secondes rurales. Cette distinction a son origine dans le droit romain, mais elle ne présente aucun intérêt de nos jours et l'art. 687 du code civil pourrait être supprimé.

Les servitudes continues et discontinues; apparentes et non apparentes

III. Au contraire, les articles 688 et 689 établissent une distinction fondamentale entre les servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes.

La servitude continue, c'est la servitude qui s'exerce sans le fait actuel de l'homme. La servitude discontinue est celle qui ne peut s'exercer que par le fait actuel de l'homme; ainsi, l'égout des toits qui

Source : BIU Cujas

permet l'écoulement des eaux pluviales établit une servitude continue, car la pluie n'est pas à la disposition de l'homme et cette servitude continue n'est heureusement pas continuelle. Au contraire, l'égout des eaux ménagères est une servitude discontinue car, pour qu'elles coulent il faut l'intervention de l'homme, il faut qu'on jette les eaux ménagères. Cette distinction est fondamentale et il faut bien distinguer ici continu et continuel.

La servitude est apparente ou non apparente suivant qu'elle se révèle par des ouvragex extérieurs comme une porte, une fenêtre, un aqueduc (art. 689) ou qu'il n'y a pas d'ouvrages extérieurs.

a) Combinons ces deux distinctions. Il y a d'abord des servitudes continues et apparentes; l'égout des toits est une servitude qui est continue, et elle est apparente car, d'ordinaire, il y a des tuyaux, des gouttières qui la marquent. Telle est encore la servitude de vue qui vise les propriétés voisines, c'est une servitude apparente, et l'on verra comment elle s'exerce.

b) Une servitude continue et non apparente est celle, par exemple, qui existe par suite d'un aqueduc. Il y a de l'eau qui coule sans le fait de l'homme, et la servitude est non apparente si l'aqueduc est souterrain. Citons également les servitudes négatives continues, comme la servitude de ne pas construire au-delà d'une certaine hauteur; servitude non altius aedificandi ou tollendi.

c) Parmi les servitudes discontinues et apparentes, on peut citer la servitude de passage, quand elle s'exerce par un chemin empierré. Elle est apparente, car le chemin est empierré, et elle est discontinue, car on ne passe pas tout le temps.

d) Enfin, comme servitude discontinue et non apparente, on peut citer la servitude de pacage, d'abreuvage, quand il n'y a pas un chemin apparent.

Il convient d'insister sur l'importance et l'intérêt de la distinction.

Intérêt de la distinction

Les actions possessoires existent toujours pour les servitudes continues et apparentes. Au contraire, quand la servitude n'est pas continue et apparente, il faut un titre pour qu'il y ait servitude.

En ce qui concerne la possession elle-même, puisqu'il est possible qu'il y ait possession en ce qui concerne l'exercice des actions possessoires, il est possible également d'acquérir, par la prescription, les servitudes continues et apparentes comme aussi de les perdre par le non usage pendant 30 ans.

Source : BIU Cujas

Etendue et exercice des servitudes

D - Les servitudes s'appliquent à toute propriété: à la propriété individuelle comme à la propriété collective. Mais, pour le domaine public, il est établi que les servitudespeuvent toujours être rachetées.

Distinction à faire entre les servitudes légales et les servitudes conventionnelles

Les servitudes doivent être distinguées en servitudes légales et servitudes conventionnelles. Cette distinction présente un intérêt en ce que les servitudes légales ont un domaine bien fixé par la loi et par les usages tandis que les servitudes conventionnelles sont laissées à la liberté des parties.

On n'est pas ici, en présence d'une restriction du droit de propriété, mais d'un droit réel distinct, et existant au profit d'un fonds: c'est un rapport entre deux fonds.

Les servitudes d'intérêt privé

Les servitudes légales qui sont intéressantes à étudier sont surtout des servitudes d'intérêt privé. Ce sont, d'ordinaire, des servitudes entre propriétaires voisins, établies avec réciprocité. C'est la servitude d'écoulement des eaux, la servitude de vue ou la servitude de la distance à observer en matière de plantations ou de construction.

Envisageons d'abord ces différentes servitudes d'intérêt privé, avec réciprocité, puis on examinera les servitudes sans réciprocité par exemple le droit de passage en cas d'enclave. On laissera decôté le droit sur les eaux des sources pour envisager les jours et vues et les distances à observer.

Les jours et vues

S'il est une faculté qui devrait bien appartenir d'une façon absolue à tout propriétaire, c'est bien celle de s'éclairer. Cependant la loi craint, entre voisins, les discussions et les indiscrétions et c'est pourquoi, pour que chacun soit mieux chez soi, et n'ait pas la tentation de gêner le voisin, des règles précises ont été édictées pour les ouvertures permettant de voir chez le voisin.

Ce que c'est que les vues

Les vues sont des ouvertures qui laissent pénétrer l'air et la lumière, ouvertures qui peuvent d'ailleurs être fermées: ce sont des fenêtres. Elles permettent de porter un regard sur le fonds voisin.

et les jours

Les jours sont des ouvertures destinés à éclairer seulement l'intérieur des pièces. Quelquefois on appelle des vues, des jours libres, par opposition aux jours de souffrance.

Les jours de souffrance

Les jours ou jours de souffrance peuvent être pratiqués dans un mur joignant immédiatement l'immeuble voisin dans les conditions que visent les art. 676 et 677 du C.Civ. Les jours doivent être à verre dormand, c'est-à-dire avec un chassis de verre scellé sur le mur et à fer maillé c'est-à-dire qu'il faut un treillis de

Source : BIU Cujas

fer qui sera scellé dans le mur, et l'ouverture des mailles est établi par l'art. 676 al. 2 : elle est d'un décimètre.

L'art . 677 établit la hauteur qu'il faudra observer pour que le jour soit possible. Cette hauteur est de 2 m 60 au-dessus du sol pour le rez de chaussée ou de I m 90 pour les étages supérieurs. Il y a ainsi des chances pour que personne ne puisse voir chez le voisin. Quand le jour éclaire un escalier on prend cette distance à partir de la marche la plus près du jour du côté du voisin.

Les vues ou jours libres

Les jours de souffrance sont donc réglés d'une manière très stricte. Mais les vues ou jours libres sont admis sous des conditions beaucoup plus rigoureuses, notamment par rapport à la distance à observer. Il faut distinguer ici les vues droites et les vues obliques.

Les vues droites

Une vue droite ou fenêtre d'aspect est celle qui s'exerce perpendiculairement au moyen d'ouvertures faites dans un mur parallèle ou à peu près parallèle à la ligne séparative des deux fonds voisins. Parce qu'elle est droite, une personne, même assise à l'intérieur de la maison, de l'appartement éclairé, peut voir ce qui se passe chez le voisin.

Et les vues obliques

Une vue oblique, au contraire, est celle dont l'axe supposé prolongé n'atteindrait pas le fonds voisin. La vue oblique s'exerce par des ouvertures faites dans un mur qui fait angle avec la ligne séparative des deux fonds.

On ne peut pas ouvrir aucune vue dans un mur joignant immédiatement l'héritage voisin. On ne peut pratiquer de vue droite qu'à une distance fixée par les art. 678 et 680. Il faut une distance de I m 90 à compter du parement extérieur du mur, jusqu'à la ligne séparative des deux fonds.

Aux vues droites, la loi assimile les balcons et autres semblables saillies sur les héritages clos ou non clos du voisin: terrasses, balustres, plates formes belvédères etc;..

L'art. 678 cependant ne s'applique pas aux lucarnes des toits, pourvu qu'elles ne permettent pas de voir chez le voisin. On ne peut pratiquer de vues obliques qu'à 0 m 60 au moins du bord de l'ouverture ou de la saillie la plus rapprochée du fonds voisin (art. 679 et 680).

Enfin dans un mur mitoyen, on ne peut même pas établir un jour de souffrance (art. 675 du C.Civ.) le mur mitoyen ne doit servir qu'à la clôture, mais la volonté des propriétaires pourrait modifier cette

Source : BIU Cujas

situation.

Sanction de ces dispositions

En cas d'inobservation d'une de ces dispositions, le propriétaire voisin peut demander la fermeture absolue du jour ne répondant pas à ces conditions, et il n'en serait autrement, le propriétaire voisin n'aurait le droit de maintenir l'ouverture non règlementaire, que s'il y avait servitude acquise par titre ou prescription.

Limitation apportée au droit de planter

Les limitations apportées pour les plantations sont d'une application constante à la campagne.

Le droit de propriétaire doit emporter la possibilité pour le propriétaire de planter jusqu'où il le veut, jusqu'à l'absolue limite de sa propriété. Mais il a fallu apporter des limites au droit de propriété, et il n'est pas permis de planter trop près de la propriété voisine.

Dès règles sont posées à cet égard par l'art. 67I du C.Civ. cet article a d'ailleurs été modifié par la loi du 20 août I88I. Il n'est permis d'avoir des arbres qu'à une certaine distance; en principe on ne devrait pas planter un arbre à moins de 0 m 50 de la ligne séparative de deux fonds, et l'art. 6I9 du C.Civ. ne tient pas compte de l'essence de l'arbre. Ce qu'on ne peut dépasser c'est une certaine hauteur de l'arbre. La distance doit être de 0 m 50 à condition que l'arbre ne dépasse pas 2 mètres de haut. Les distances sont observées dans la plantation de l'arbre mais il peut arriver qu'un arbre ayant été planté à la distance normale, vienne ensuite à dépasser la hauteur prescrite. Pour les plantations qui dépassent 2 mètres, il faut une distance de 2 mètres.

Sanction de ces obligations

La sanction de cette obligation d'observer ces distances figure dans l'art. 672 du C.Civ. Ce n'est pas la suppression complète des plantations quand l'arbre n'est pas à une distance réglementaire, mais la réduction à la hauteur de 2 mètres. Le droit pour le voisin de faire réduire les plantations à cette hauteur est absolue.

Mais s'il y a des plantations à moins de 0 m 50, on peut faire supprimer les arbres. Ce droit est reconnu de la façon la plus complète, en l'absence même de tout préjudice, même si le voisin est appelé à en bénéficier. Il n'y a d'exception que s'il y a un titre, ou destination du père de famille.

La distance se mesure, bien entendu, au centre de l'arbre, et non à partir de l'extrémité de l'arbre.

Obligations relatives à la distance à

Les constructions, tout au moins certaines constructions peuvent, par leur proximité du fonds voisin, constituer pour lui un danger. La sécurité du voisin est

Source : BIU Cujas

observer à l'égard des constructions

en jeu. Il y a à cet égard, des restrictions établies par l'art. 674. Celui qui veut creuser un puits, une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou non est obligé de laisser les distances prescrites par les règlements d'usage.

Le législateur ici s'en est remis à l'usage. Il y a en cette matière des règlements. Ce sont des règlements municipaux par lesquels les maires déterminent les conditions dans lesquelles seront faites les constructions de chemins, de fours, de fosses d'aisances etc.. Ce sont aussi les usages constants et reconnus dit la loi. Or il y a, à cet égard, des usages assez précis. Quand un mur a une certaine hauteur, on exige qu'entre le mur soit établie une certaine distance, s'il n'a pas une solidité suffisa nte.

On admet encore aussi, de nos jours, certains usages comme le tour du chat et le tour de la souris qui est encore plus petit. C'est un espace libre de 0 M I6 qui doit être laissé, pour la circulation de l'air, lorsqu'il y a construction d'un four, d'une cheminée. En l'absence de règlement et d'usage, il peut y avoir des difficultés qui sont résolues par des enquêtes et des expertises.

On laissera de côté la législation des établissements incommodes, dangereux et insalubres.

L'EMPHYTEOSE

Définition de l'emphytéose

L'emphytéose est un droit réel de jouissance, qui moyennant le paiement d'une rente annuelle: le canon emphytéotique, est établi sur un immeuble, pour une longue durée.

Traits essentiels de l'emphytéose

Les traits essentiels de l'emphytéose sont d'abord sa longue durée de jouissance, la modicité de la redevance ou du canon, et l'obligation par l'emphytéote d'améliorer le fonds ainsi donné.

Utilité de l'emphytéose

L'utilité de l'enphytéose est donc d'améliorer le fonds, de faciliter le défrichement et les plantations de terrains incultes, et, dans les colonies, surtout depuis l'application du code civil où il y avait de grands terrains non exploités, on a souvent donné des concessions par emphytéose de 99 ans.

Inconvénients de l'emphytéose

A côté de ces avantages, l'emphytéose a des inconvénients incontestables. Sans doute, pendant les premières années, l'enphytéose a planté et construit mais, quand arrivent les dernières années, il ne fait plus rien.

L'emphytéose est un droit

L'emphytéose est un droit réel de jouissance. On a discuté, sous l'empire du code civil, pour le sa-

Source : BIU Cujas

réel de jouissance

voir. Mais la loi du 25 Juin 1902 a reconnu l'existence de l'emphytéose comme droit réel immobilier, comme droit réel susceptible d'être hypothéqué, d'être saisi, et dont la durée est au moins de 18 ans, et, au plus, de 99 ans.

Conditions requises pour qu'il y ait bail emphytéotique

A quelles conditions va-t-on reconnaître quand un bail est fait pour plus de 18 ans s'il est emphytéotique ? La jurisprudence s'attache à plusieurs caractères, mais il semble résulter de la loi de 1902 qu'il n'y ait pas qu'un seul caractère.

Il faut, en premier lieu, qu'il s'agisse d'une longue durée. Il faut en second lieu qu'il y ait modicité de la redevance, sinon c'est un bail ordinaire. Il faut enfin une obligation d'améliorer le terrain donné en emphytéose. Cette condition cependant, la jurisprudence ne la considère pas comme nécessaire puisqu'elle permet de donner en emphytéose un terrain en friche.

MODES D'ACQUISITION DES DROITS REELS.

Cette étude des modes d'acquisition des droits réels semble coïncider avec l'intitulé du Livre III: " Des différents modes dont on acquiert la propriété" mais cette rubrique est inexacte, car ce livre III s'occupe non seulement de l'acquisition de la propriété, mais de l'acquisition de tous les droits du patrimoine. Nous nous bornons à étudier ici l'acquisition des droits réels.

On distingue 4 modes d'acquisition des droits réels

Des art. 711 et 712 il résulte que la propriété s'acquiert et se transmet par succession, par donation, soit entre vifs, soit testamentaire, et par l'effet des obligations ainsi que par accession ou incorporation et aussi par prescription. Le droit romain connaissait également un autre mode c'était la tradition. On étudiera ces différents modes d'acquisition des droits réels en les distinguant en quatre catégories: l'occupation: l'effet de la loi (dans lequel rentrent l'accession, la possession, la prescription et l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi) - la convention ou effet de la volonté par contrat (donation, destination du père de famille), enfin les successions et les testaments. Ce dernier mode sera étudié en troisième année.

Pour les démembrements de la propriété, est-ce que les modes d'acquisition sont les mêmes. Si l'on considère comme un droit réel l'emphytéose on voit qu'il ne peut être acquis que par une convention. Quant à l'usufruit il peut résulter de la loi, de la convention ou du testament.

Source : BIU Cujas

Modes d'acquisition originaires et modes d'acquisition dérivés

On a fait remarquer qu'il y avait des modes d'acquisition originaires et des modes d'acquisition dérivés.

Onappelle mode originaire d'acquisition, le mode d'attribution de la propriété à quelqu'un alors que ce quelqu'un n'avait pas auparavant la propriété. C'est l'occupation seule qui constitue un mode originaire. Mais les autres modes sont dérivés. On entend par là qu'avant le propriétaire actuel il y en avait un autre.

Cette distinction sert simplement à fixer la nature de l'occupation qui, elle, est certainement un mode originaire.

Les modes dérivés sont souvent divisés en modes d'acquisition à titre onéreux et mode d'acquisition à titre gratuit et pour les modes d'acquisitionet leurs éffets il y a des différences considérables entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.

On distingue enfin les modes d'acquisition dérivés en acquisition entre vifs et en acquisition à caus de mort et, dans ces derniers, entre les modes universels et à titre particulier.

Il faut en arriver maintenant à l'étude des différents modes d'acquisiton des droits réels, d'abord l'occupationpuis l'effet de la loi.

L'occupation.

L'occupation est un mode d'acquisition originaire Elle implique l'intention de devenir propriétaire

L'occupation est un mode d'acquisition originaire c'est-à-dire qu'avant l'acquisition par occupation, il n'y avait pas de propriété.

Ce mode d'acquisition consiste dans l'appropriation d'une chose qui n'appartient à personne; personne ne l'avait. Elle implique une prise de possession, une volonté, dans le sens de l'acquisition, l'intention de devenir propriétaire et on fait une distinction entre l'animus et le corpus.

L'art. 713 du C.C. n'est pas en contradiction avec l'existence de l'occupation dans notre droit -

Mais y a-t-il des choses n'ayant pas de propriétaire qui ne sont pas l'objet d'une propriété ? Evidemment il y a d'abord des choses qui ne sont pas des biens, comme l'air, la lumière et l'eau qui, en principe, ne sont à personne. Pour elles l'occupation est le mode d'acquisition normal. Pour les biens il semble que l'idée d'une occupation soit en contradiction avec l'art. 713 du C.Civ. d'après lequel les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat, et il faut reprendre ici ce qu'on a dit en parlant des biens: presque tous les biens qui ne sont à personne appartiennent à l'Etat, il n'y a jamais de choses sans maître et, dès lors, l'occu-

Source : BIU Cujas

pation ne devrait pas être considérée comme un mode d'acquisition de la propriété dans notre droit, mais l'interprétation littérale de l'art. 713 n'est pas bonne. Il faut considérer que les biens qui n'ont pas de maître ici ce ne sont pas les biens individuellement envisagés. Comment comprendre, en effet, que l'Etat soit propriétaire de tout ce qui n'est à personne ? L'Etat serait propriétaire des coquillages de la mer, du contenu des poubelles ou des choses jetées à la rue, ce ne serait pas lui faire un grand cadeau. Il serait encore propriétaire du gibier et des poissons des rivières.

L'art. 713 ne vise, en effet que les meubles et les immeubles considérés comme des universalités

Mais ce n'est pas ce que dit l'art. 713. L'attribution que l'art. 713 fait de ces biens sans maître à l'Etat ne vise que les immeubles et les meubles considérés comme une universalité.

Pour les immeubles d'abord il faut reconnaître qu'il n'y a guère de biens sans maître, au moins en France, car aux colonies la question pourrait être discutée. En France, tous les biens sont appropriés. Aux colonies, on fait rentrer dans le domaine de l'Etat tous les biens non appropriés. Il n'y aurait, et il n'y a d'immeubles sans maître, au sens de l'art. 713 que pour les immeubles dépendant d'une succession en déshérence, et alors il y a moins une attribution de l'immeuble lui-même que de la succession dans son ensemble, même si elle ne comprend qu'un immeuble.

Puis il pourrait y avoir un abandon volontaire, le cas estprévu par la loi. Un individu estime que les impôts sont trop élevés sur un immeuble et il préfère l'abandonner. Mais en pareille hypothèse, le propriétaire ce n'est pas l'Etat, il résulte d'une loi du 3 frimaire de l'anVII que la propriété des biens ainsi abandonnés, à raison de trop lourdes charges fiscales, est acquise à la commune de la situation de l'immeuble. Au fond, on peut dire qu'un immeuble n'est jamais sans maître, ou qu'il ne l'est que comme faisant partie d'une universalité.

Il en est de même pour les meubles. Pour les meubles, l'attribution des choses sans maître à l'Etat, d'après l'art. 713 ne vise que les meubles envisagés comme universalité, en cas de déshérence. Mais les objet particuliers, les res singulares qui n'ont pas de maître actuel ne doivent pas être qualifiés la propriété de l'Etat.

Les cas dans lesquels l'occupation est possible

L'occupation reste possible pour les objets sans maître, soit qu'ils n'aient jamais eu de maître, comme les res nullius; le gibier, le poisson, les choses qui ne sont pas des biens, soit que ces objets n'aient

Source : BIU Cujas

pas de maître actuel. C'est le cas des choses abandonnées des res derelictae; c'est l'abandon du particulier qui en fait une chose sans maître. Enfin, il y a des objets qui n'ont pas de maître connu; c'est le cas des choses perdues.

Il convient de reprendre ces choses en envisageant le gibier, le trésor, les choses abandonnées ou perdues, les res derelictae.

Cas du gibier

L'acquisition du gibier s'opère, pour le chasseur, par la prise de possession effective. Il a tué un gibier, il le prend. Le gibier est à lui, même s'il le tue sur le terrain d'autrui, sauf à payer une indemnité pour chasser sur le terrain d'autrui, s'il y a chasse gardée, et si le chasseur n'a pas de permis, il pourra être passible de peines correstionnelles, en raison du délit commis. Toutefois, cette règle est écartée par les statuts des sociétés de chasses: quand il y a une société de chasse qui gère un domaine, on reconnaît qu'elle a le droit de décider l'attribution du givier comme elle le veut.

Il est intéressant de constater que la jurisprudence n'a voulu considérer le gibier que comme une res nullius. Il est curieux que le gibier n'appartienne pas au propriétaire du terrain sur lequel il vit car la jurisprudence n'a pas voulu faire la distinction entre le gibier sédentaire et le gibier courant. Le gibier sédentaire: lapins de garenne notamment n'appartien pas au propriétaire du terrain sur lequel il vit. Cependant, s'il cause des dégâts à autrui, c'est le propriétaire du terrain sur lequel il vit qui est responsable.

Cas du poisson

En matière de pêche, il y a occupation par la capture du poisson, mais des lois spéciales règlent le droit de pêche en rivière et en matière maritime, et le poisson, quand il est pêché sans droit, appartient au titulaire du droit de pêche.

L'acquisition du trésor

L'art. 716 al. 2 règle l'occupation, en matière de trésor.

Le trésor, d'après cet article, c'est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut exercer de propriété et qui est découverte par hasard.

Conditions requises pour qu'il y ait trésor

On pourrait d'ailleurs écarter la condition du hasard. Elle n'est pas nécessaire, et son absence n'empêche pas qu'il y ait un véritable trésor. Ce que le hasard modifie, c'est l'attribution du trésor, de sorte qu'on peut dire qu'il y a trésor dans trois conditions:

I)Il faut qu'il s'agisse d'une chose

Il faut qu'il s'agisse d'une chose mobilière, et partant, quand les excavations mettent à jour des

Source : BIU Cujas

mobilière

objets qui sont des fragments d'immeubles, mosaïques, par exemple, il n'y a pas trésor.

Il faut qu'il s'agisse d'une chose mobilière, d'une chose cachée ou enfouie, et bien entendu cela suppose le fait de l'homme. On a parfois considéré une mine comme un trésor. Mais ce n'est pas un trésor au sens de l'art. 716.

2)Il faut qu'il s'agisse d'une chose cachée, découverte par le fait de l'homme

La révélation de la valeur d'une chose n'en fait pas un trésor. Si on révèle à un individu qu'un tableau qu'il possède a une valeur considérable, ce n'est pas là un trésor.

3)Il faut une chose pour laquelle personne ne puisse justifier d'une possession

Enfin, il faut une chose sur laquelle personne ne puisse justifier d'une possession. Ainsi à Dijon, dans un immeuble, un ouvrier en réparant une boiserie avait trouvé 1000 livres en monnaie du XVIII ème siècle. Il remit tout ce qu'il avait découvert, mais des papiers existaient avec le trésor, établissant que c'était lors de la Révolution que ces sommes importantes avait été déposées, par un intendant. Ses héritiers réclamèrent l'intégralité de la somme et l'obtinrent. Il n'y a trésor que si personne ne peut invoquer un droit de propriété sur la chose (Cour de Dijon 16 mai 1905, S.1907.I.41). En effet, s'il y avait eu trésor, l'ouvrier qui l'avait découvert en aurait eu la moitié à titre d'inventeur.

Attribution du trésor

Le trésor est attribué d'une façon différente selon que celui qui l'a découvert est propriétaire de l'immeuble ou non. Si c'est le propriétaire, il en acquiert la totalité, mais si c'est un autre, l'inventeur a la moitié et le propriétaire a l'autre moitié. S'il s'agit du propriétaire en effet on suppose qu'un jour ou l'autre il découvrira le trésor, et il y a d'ailleurs des chances pour que le trésor appartiennent à ses auteurs.

En ce qui concerne l'inventeur, on lui donne la moitié de la chose pour prix de sa recherche, de sorte que si c'est à l'instigation du propriétaire que des recherches sont faites, l'inventeur n'a rien inventé, il n'a droit à rien. Il a droit seulement à la rémunération de ses peines.

Le trésor n'est ni un fruit ni un produit

Ici il s'agit d'une acquisition par occupation et le trésor échappe aux règles d'acquisition des fruits. Cela n'est ni un fruit ni un produit, c'est un don de fortune.

Cas des épaves
Les choses abandonnées

Les épaves sont des choses qui ont donné lieu à une législation très importante et qu'annonçait d'ailleurs l'art. 717 du C.Civ. Voici une chose abandonnée. Elle peut être acquise par un tiers, par occupation, l'industrie des chiffonniers en vit, et on

Source : BIU Cujas

peut dire que c'est grâce à cette industrie que l'occupation a survécu dans notre droit. En 1804, on voulait l'écarter comme mode d'acquisition primitive, mais on fit remarquer qu'alors les chiffonniers ne pourraient plus vivre.

Les choses perdues

Mais à côté des choses abandonnées, il faut parler des choses perdues qu'on appelle parfois des épaves proprement dites. Le propriétaire a égaré l'objet, mais ce n'est pas un objet sans maître.

Distinction des objets abandonnés et des objets perdus

Il peut y avoir difficulté pour distinguer les objets abandonnés des objets perdus. Dans les deux cas, il y a délaissement de la possession, mais l'un est volontaire, l'autre ne l'est pas. Comment prouver la volonté du propriétaire ? Si un propriétaire délaisse une chose et qu'il apprend ensuite qu'elle a une valeur, il dira que ce n'est pas intentionnellement qu'il s'en est défait. Alors on s'en tient à la distinction d'après la valeur de la chose. Si un chiffonnier trouve, dans une poubelle, des objets sans valeur, il les acquiert par occupation. Au contraire, s'il trouve un couvert d'argent, la jurisprudence dit qu'il ne s'agit pas d'un objet abandonné, et s'il y a perte il peut y avoir poursuite pour vol.

Acquisition des objets perdus

Les objets perdus sont acquis d'après des modes différents selon qu'il s'agit d'épaves terrestres ou maritimes.

En ce qui concerne les épaves maritimes

Pour les épaves maritimes, on a vu, à certaines époques, des discussions sans fin. Une baleine était venue échouer sur une plage; qui en était propriétaire? C'était l'Etat car il y avait une loi à cet égard.

En ce qui concerne les épaves terrestres

Pour les épaves terrestres, il y a des règlements qui prescrivent la remise des objets perdus et abandonnés à la mairie. La possession de l'objet perdu n'entraîne pas le droit de propriété de celui qui a trouvé l'objet bien qu'en vertu des règlements, au bout d'un an l'objet lui soit remis. Le dépositaire n'est que possesseur et comme il est de mauvaise foi, car il n'ignore pas que la chose ne lui appartient pas le propriétaire peut la revendiquer pendant 30 ans.

L'effet de la loi

Cas dans lesquels il y a effet de la loi

Il faut examiner maintenant l'effet de la loi comme mode d'acquisition des droits réels.

On sait qu'il y a trois cas dans lesquels on doit considérer qu'il y a effet de la loi: ce sont l'accession, la possession, la prescription. On y ajoute l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, mais c'est un effet qui résulte de la possession.

Source : BIU Cujas

L'accession.

Définition de l'accession

L'accession est définie par l'art. 546 du C.Civ. en ces termes: " la propriété d'une chose soit mobilière , soit immobilière donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement". L'alinéa 2 ajoute " ce droit s'appelle droit d'accession".

Il en résulte que l'accession est l'incorporation matérielle d'une chose à une autre considérée comme principale.La chose incorporée va devenir l'accessoire, par rapport à la chose principale qui bénéficie de l'incorporation. Ainsi l'art. 552 al. I du C.Civ. dit que "La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous".

L'accession constitue un mode d'acquisition de la propriété qui ne présente pas de difficulté quand la chose incorporée appartient à la même personne que la chose à laquelle elle s'incorpore. Mais elle donne lieu à des difficultés quand la chose est incorporée à un bien meuble ou immeuble par un autre que le propriétaire.

Les différentes sortes d'accession

L'art. 546 du C.Civ. montre qu'on peut distinguer l'accession d'abord mobilière, et l'accessio immobilière l'accession naturelle et l'accession artificielle.

Prenons comme base la première distinction, et envisageons successivement l'accession immobilière et l'accession mobilière. L'accession sera naturelle ou artificielle, l'accession naturelle étant celle qui se réalise sans l'intervention de l'homme; l'accession artificielle se réalise par le fait du travail de l'homme.

L'accession naturelle immobilière

I. L'accession immobilière peut,être naturelle et les cas d'accession naturelle immobilière sont prévus dans les art. 556 à 563 du C.Civ.

Elle peut être relative aux fleuves et rivières

L'accession est relative soit aux fleuves, aux rivières, soit même aux animaux. L'accession relative aux fleuves, aux rivières ce sont les alluvions ou les accessions qui se réfèrent au voisinage d'un fleuve ou d'une rivière (art. 556 du C.Civ.)L'alluvion profite au propriétaire riverain et il y a cependant à faire une réserve aux termes de l'art. 558.

L'alluvion

L'alluvion est aussi appelée lai. Le relai est une partie mise à nu par l'eau courante qui se retire d'une rive vers l'autre (art. 557 du C.Civ.) Le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, et il n'y a pas lieu à indemnité pour le

Source : BIU Cujas

propriétaire dont la rive est couverte par l'eau. S'il s'agit de rivières navigables ou flottables la propriété de l'Etat est ainsi attribuée, de plein droit aux riverains.

L'avulsion

Il y a avulsion prévue par l'art. 559 du C.Civ. quand une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain est détachée par une force subite par un fleuve ou une rivière et emportée vers un champ inférieur ou sur la rive opposée. Il y a alors avulsion et le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété, à condition de former sa demande dans l'année, à moins que le propriétaire de la rive opposée n'en ait pas pris possession.

Les changements de lits et les îlots

Il faut encore parler de l'art. 560 et 561 du C.Civ.; des changements de lit et des îlots (art.563). Ces dispositions ont été modifiées d'ailleurs par la loi du 8 avril 1898.

L'accession immobilière des animaux

Il y a d'autre part l'accession immobilière des animaux. Elle est surtout d'application assez fréquente pour les abeilles (art. 9 de la loi du 4 avril 1898), incorporée dans le code rural.

L'accession immobilière artificielle

Mais c'est surtout l'accession immobilière, artificielle industrielle qui est importante, en dehors du cas où il existe le droit de superficie, droit sur les plantations et les constructions, quand il est bien établi, notamment par une convention ou un testament, que le propriétaire du sol n'est pas propriétaire de la plantation ou de la construction.

Le propriétaire du sol est propriétaire des constructions ou des plantations faites sur son terrain

Ici il ne s'agit pas de cela mais de savoir quelle est la limite de la règle qui dit que le propriétaire du sol est propriétaire de ce qui vient s'y adjoindre. Il s'agit de voir ce qui a été effectué sur le sol. Si les maisons les constructions, les plantations sont effectuées par le propriétaire du sol, évidemment le propriétaire des matériaux, des végétaux, a cessé d'en être propriétaire à l'incorporation et il n'y a qu'un droit de créance pour le propriétaire des végétaux ou des constructions. Le propriétaire du sol conformément à l'art. 552 reste propriétaire du dessus même s'il est de mauvaise foi, sinon il faudrait appliquer l'art. 2279 du C.Civ.

Une indemnité est due alors par le propriétaire du sol au propriétaire des matériaux ou des végétaux incorporés du sol.

Mais une indemnité est-elle due ? Il faut admettre le principe de l'indemnité et, puisque des plantations et des constructions ont été faites, on doit le prix des matériaux. Supposons une construction, des matériaux sur le sol d'autrui. Le propriétaire du sol devient propriétaire des objets incorporés. Mais dans quelle mesure une indemnité est-elle due par le propriétaire du sol ?

L'art. 555 le dit d'une façon très précise et

Source : BIU Cujas

très simple mais les auteurs ont obscurci la question.

Une distinction très nette doit être faite entr le constructeur de bonne et de mauvaise foi.

Il faut distinguer ici Le cas du constructeur de mauvaise foi

Le constructeur de mauvaise foi est simplement celui qui a construit ou planté sur un terrain qu'il savait ne pas lui appartenir. Le propriétaire du sol est tenu, dans une certaine mesure. Il peut d'abord exiger la remise dans l'état actuel, l'enlèvement des constructions, l'arrachement des arbres, c'est son droit absolu, et si on ne peut enlever les plantations et les constructions, le propriétaire du sol peut demander des dommages-intérêts résultant de la mise à sa charge de la démolition des constructions. D'autre part, il peut au lieu de demander par suite d'une restitutio in integrum, la remise en état de la chose avant les construc tions ou les plantations déclarer qu'il entend conserver les plantations ou les constructions. Il doit alors rembourser la valeur des matériaux et de la main-d'oeuvre sans tenir compte de la plus value du fonds.

Voilà théoriquement ce que l'art. 555 établit. Pratiquement, il en résulte que le propriétaire du sol est maître de la situation. D'ordinaire, il a intérêt à conserver les plantations et, s'il s'agit de constructions faites avant la guerre surtout, pour un prix réduit, il a tout intérêt à conserver. Mais il a aussi intérêt à laisser le constructeur de mauvaise foi croire qu'il sera obligé de démolir. Il obtient ainsi des concessions très larges, de sorte que l'art. 555 du C.Civ. est pratiquement, très favorable au propriétaire du sol.

Le cas du constructeur de bonne foi

Le constructeur de bonne foi est traité de façon toute différente. Il est en droit d'obliger le propriétaire du sol à conserver les constructions et les plantations. Ainsi, il n'y a plus d'option pour le propriétaire du sol. Il doit conserver les constructions et les plantations, mais il doit une indemnité. Il peut seulement rembourser la valeur, soit de la main-d'oeuvre et des matériaux employés, soit de la plus value obtenue par l'immeuble. L'art. 555 le dit très nettement. Au fond, ce n'est que l'application du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Il y a une option et alors ou bien la plus-value est inférieure à la dépense , le constructeur est en perte, mais le propriétaire ne s'enrichit pas puisqu'il rembourse la plus-value, ou bien la plus-value est supérieure à la dépense et le propriétaire réalise un gain, mais il ne s'enrichit pas aux dépens du constructeur car ce dernier recevra au moins ses débours.

Théoriquement, le constructeur de mauvaise foi semble mieux traité que celui qui est de bonne foi,

Source : BIU Cujas

quand le propriétaire du sol déclare qu'il entend conserver les plantations. Mais pratiquement, il en est autrement car quand le constructeur, le planteur est de mauvaise foi, le maître de la situation, c'est le propriétaire.

Portée de l'art.555 du C.Civ.

Quelle est la portée de l'art. 555 du C.Civ. Il faut distinguer selon les travaux et les personnes intéressées.

Il faut distinguer selon: les travaux accomplis

Il faut distinguer tout d'abord selon les travaux accomplis. L'art. 555 ne vise que les constructions et les plantations. Il ne vise pas les réparations d'entretien ou les grosses réparations, ni les améliorations.

L'art. 555 ne vise que les constructions et les plantations.

Il y a ici une question qui reparaît dans les termes mêmes où les Romains l'avaient posée, c'est la question des impenses qu'on divise en impenses nécessaires, impenses utiles et impenses voluptuaires. En ce qui concerne les impenses nécessaires, celui qui les a faites y a droit intégralement. Pour les impenses utiles il y a droit dans la mesure de la plus-value ou des dépenses. Il peut choisir l'un ou l'autre de ces termes. Enfin, pour les dépenses voluptuaires, il a un droit d'enlèvement. Il peut enlever les choses qui présentent ce caractère.

Quid des réparations et des améliorations

Ici il ne s'agit que d'immeubles par nature, par incorporation, car la question est autre pour les immeubles par destination et la cessation de l'immobilisation se réalise dans des conditions précises.

Et les personnes intéressées

Quant aux personnes, l'art. 555 du C.Civ. vise-t-il tous les détenteurs ou seulement les possesseurs, au sens juridique ? D'après la doctrine, ce seraient lespossesseurs au sens juridique seuls qui devraient se voir appliquer l'art. 555.

Il en résulte que le détenteur précaire, le locataire, le fermier, l'emphitéote, l'acheteur à réméré et l'usufruitier ne pourraient invoquer l'art. 555. La jurisprudence, au contraire, estime qu'il faut donner un sens large au terme possesseur. Il veut dire seulement détenteur, et elle applique à tous les détenteurs l'art. 555. Elle n'écarte l'art. 555 que pour l'usufruitier en présence de l'art. 599.

L'accession mobilière

II. Dans l'accession mobilière, il y a un ou plusieurs meubles matériellement incorporés sur une chose appartenant à des personnes différentes de celles à qui est attribuée la propriété, et si la propriété est attribuée à l'une doit-elle une indemnité à l'autre ?

Les règles posées par le C.C.

L'art. 565 répond à cette question. La loi distingue l'adjonction union de deux choses qui restent distinctes; il y a alors possibilité pour le propriétaire

Source : BIU Cujas

de la chose principale de garder le tout, sauf indemnité. On applique la même solution au mélange et à la confusion de deux choses qui ne peuvent être reconnues séparément (art. 573 et 574).

Mais il y a une accession sur laquelle les juristes romains ont longuement discuté, c'est la spécification ou formation d'un objet nouveau avec des matériaux transformés. C'est le cas pour un bloc de marbre qui est transformé en une statue (art. 575). Au fond, c'est la plus grande importance de ces choses qui détermine leur attribution et le législateur français ne fait qu'appliquer la règle que l'accessoire suit le principal. Mais en fait il faut dire que l'application de cette règle est très rare, en raison de l'applicatio de l'art. 2279 du C.Civ.; elle ne s'applique que quand la revendication mobilière est possible, c'est-à-dire en cas de mauvaise foi du détenteur ou du possesseur, ou pour les choses volées ou perdues.

Leur application est relativement rare en raison de l'art.2279 du C.C.

La possession

Définition de la possession

La possession est un mode d'acquisition des droits réels qu'il faut étudier avec grand soin.

L'art. 2228 du C.Civ. la définit en ces termes la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou exerçons par nous mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom."

Ses éléments

Cet article fait allusion à une distinction bien connue en droit romain entre l'animus et le corpus Mais il faut rejeter dans le droit romain la distinctio entre la possession et la quasi-possession, la possessi rei et la possession juris. Il y a seulement deux éléments, le corpus, rapport de fait entre une personne et une chose et l'animus quk marque la volonté du possesseur d'exercer sur la chose un droit réel.

C'estpar l'animus que la possession se distingue de la détention

C'est par l'animus que la possession se distingue de la détention.

La détention est le fait qu'une personne a une chose sous sa puissance, mais la détention ne permet pa l'éxercice d'un droit réel. En un certain sens, on peut bien dire que le détenteur possède la chose mais, en réalité, il ne la possède pas, car, pour la posséder, il faudrait contester le droit d'autrui. Or le détenteu ne conteste pas le droit d'autrui, il est un possesseur précaire, il n'exerce pas le droit à titre de titulaire de servitude, comme invoquant un droit réel, et on peut être à la fois possesseur et détenteur. Ainsi l'usufrui tier est détenteur de la nue propriété, droit réel, et il est possesseur de l'usufruit, autre droit réel

Source : BIU Cujas

démembrement de la propriété.

La détention ne produit pas d'effets juridiques

La détention ne produit pas d'effet juridique. Sans doute, le détenteur peut repousser, par la force, les actes agressifs dirigés contre la chose. Il peut repousser les actes agressifs commis par violence, exercer certaines actions possessoires, dans une mesure réduite, mais ce n'est pas parce qu'il invoque un droit réel, c'est parce que nulle part le législateur ne veut qu'un droit soit basé sur la violence, c'est que la violence doit être repoussée par la violence. Il n'y a là que l'exercice d'une sorte de droit de légitime défense; la loi veut avant tout que celui qui a été spolié soit restitué.

Sans doute, le détenteur peut parfois retenir la chose et ne la restituer qu'après le paiement de certaines dépenses mais ce n'est pas en raison de la détention qu'il a ce droit, c'est parce qu'il y a à son profit une créance dont l'origine se rattache à la détention. C'est l'application du droit de rétention.

La détention implique l'obligation de restitution

Ainsi la détention est toute différente de la possession. Elle implique l'obligation de restitution. Cette obligation résulte d'une convention passée entre le véritable propriétaire, un possesseur, et le possesseur précaire: le détenteur. En l'absence de toute convention, la loi établit une présomption. D'une part, celui qui a commencé à posséder comme un véritable possesseur, à titre de propriétaire, continue à le faire (art. 2.230) et ; inversement, art. 223I celui qui a commencé à posséder à titre précaire, continue à posséder comme précariste, à titre de détenteur. Quand on a commencé à posséder pour autrui, art. 223I, on est toujours présumé agir au même titre sauf preuve contraire. La détention apparaît en raison de cette présomption être, en un certain sens, perpétuelle tant qu'on ne l'a pas transformée en une possession véritable, elle ne crée pas le droit du possesseur au profitdu détenteur précaire ou des ayants-cause à titre universel.

Le détenteur précaire peut transformer la détention en possession seulement à l'égard de ses ayants-cause à titre particulier

L'obligation de restituer demeure sans changeme à l'égard de ce détenteur précaire et de ses héritiers e créanciers, c'est-à-dire de tous ses ayants-cause à titre universel. L'art. 2237 le dit pour les héritiers " Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu' un des titres désignés par l'article précédent ne peuvent non plus prescrire". Ils ne peuvent invoquer une longue possession les amenant à la prescription; et on ne peut changer àsoi-même le titre de sa possession, transformer une détention en possession (art. 2240).

On peut cependant conférer à autrui un droit

Source : BIU Cujas

plus étendu que celui qu'on avait. C'est le cas normal à l'égard de l'ayant-cause à titre particulier. Ceux à qui le fermier , le dépositaire ou un autre détenteur précaire ont transmis la chose à titre de propriétaire peuvent prescrire, car ils ont la possession. A l'égard des ayants-cause à titre particulier, le détenteur précaire peut donc transformer la détention en possession. Mais il ne le peut pour lui ou pour ses ayants-cause à titre universel.

L'intervention des possessions

Le détenteur précaire peut arriver aussi à se changer lui-même le titre de sa possession, art. 2238 du C.Civ. pourvu qu'il l'intervertisse. C'est l'interversion des possession. L'art. 2238 indique qu'elle peut résulter d'une cause venant d'un tiers, ou de la contradiction opposée au droit du propriétaire.

Il y a interversion d'un tiers dans cet exemple: Un fermier est en rapport avec une personne autre que le propriétaire qui lui a paru être propriétaire, le fermier achète la ferme. Il y a interversion par le fait d'un tiers.

Il y a, d'autre part, interversion par contradiction opposée au droit du propriétaire quand un fermier étant venu à mourir, ses héritiers refusent au propriétaire la restitution de l'immeuble. Ils prétendent que le défunt en était propriétaire et, au besoin, agissent en justice. Il y a interversion par contradiction opposée au droit du propriétaire.

Telle est l'opposition entre le détenteur et le possesseur. La détention, en principe, ne produit pas d'effet juridique: au contraire la possession produit des effets juridiques importants. On les indiquera tous sans distinguer l'objet sur lequel porte la possession.

Les effets juridiques de la possession

La possession donne au possesseur le rôle de défendeur

I° La possession d'abord donne au possesseur le rôle de défendeur. Quand il a à lutter contre celui qui réclame le bien, il acquiert le rôle de défendeur. Il faut qu'on agisse contre lui. Il n'a qu' un rôle d'attente, ce n'est pas à lui à prouver le droit, mais au demandeur qui réclame la chose à prouver le droit réel.

La possession donne droit à l'exercice des actions possessoires

2° La possession donne droit à l'exercice des actions possessoires. Un possesseur privé de la possession matérielle, qui est privé de la détention peut la réclamer car on peut posséder pour autrui bien qu'on ne détienne pas l'objet. C'est le cas du propriétaire à l'égard du fermier.

3° La possession à laquelle se joint la bonne foi permet au possesseur de garder les fruits produits par la chose qu'il possède.

Source : BIU Cujas

Le possesseur de bonne foi a droit aux fruits et produits
Il peut prescrire

4° Le possesseur de bonne foi peut obtenir la propriété de la chose, par prescription, et, en raison de sa bonne foi, par une prescription abrégée de 10 à 20 ans et il le peut s'il est de mauvaise foi, après 30 ans.

En matière mobilière la propriété se confond avec la possession

5° Enfin, en matière mobilière, l'art. 2279 qui pose la règle qu'en fait de meuble possession vaut titre montre que la propriété se confond avec la possession.

L'animus doit exister dans la personne du possesseur

Puisque la possession est ainsi distincte de la propriété, et qu'en principe, la possession comprend deux éléments, le corpus et l'animus, l'élément matériel et l'élément intellectuel, on n'est vraiment un possesseur que quand les deux éléments sont réunis. On dit d'ordinaire que l'animus doit exister dans la personne même du possesseur, autrement dit, on ne possède pas alieno animo; au contraire on peut posséder alieno corpore bien que ce soit un tiers qui ait acquis le corpus.

Mais l'existence de l'animus peut résulter d'un mandat. Il y a bien, dans un certain sens, acquisition alieno animo, mais le principe de la représentation veut que ce soit le mandant qui ait véritablement l'animus et que ce soit lui qui acquiert.

Mais à quelles choses s'applique la possession?

Avant de le dire, il faut préciser le rejet, dans le droit français, de la distinction de la possession et de la quasi-possession et dire pourquoi on doit conserver la distinction de la détention et de la possession.

Le droit français moderne a rejeté la distinction romaine de la possession et de la quasi-possession

Le droit français moderne n'admet plus comme le droit romain qu'il y ait une possession juris ou une quasi-possession à côté de la possession proprement dite ou possession rei.

La quasi-possession, en droit romain, consistait dans l'exercice de fait d'une servitude sur une chose. L'art. 2228 permettrait de conserver cette distinction, mais, en réalité, elle n'a pas de raison d'être car la possession est l'exercice de fait d'un droit réel et il importe peu que ce soit un droit de propriété ou une servitude. La possession peut s'appliquer à la servitude, sauf à voir que les conditions et les caractères de la possession ne sont pas les mêmes.

En généralisant, il faut dire que la possession est un rapport de fait sur une chose, existant au profit d'une personne, pour l'exercice d'un droit réel, et qu'elle porte aussi bien sur une chose pour l'exercice du droit réel de propriété que pour l'exercice de droit réel de servitude.

Source : BIU Cujas

Donc, il faut dire qu'il n'y a qu'une sorte de possession, sans distinguer la quasi-possession de la possession.

Au contraire il faut conserver la distinction entre la détention et la possession.

Mais des législations étrangères, le droit allemand, et le droit suisse ont étendu la notion de possession et en sont arrivés à confondre la détention et la possession.

Le code civil suisse déclare que la possession est la maîtrise effective de la chose, et cela peut s'appliquer aussi bien à la détention qu'à la possession. Mais il n'en faut pas moins conserver la distinction entre la détention et la possession, car le droit allemand et le droit suisse, après avoir commencé par rejeter cette distinction, ont été obligés de l'admettre indirectement. Seulement , on parle alors de "détention subordonnée", c'est la situation du détenteur précaire, ou de "détention immédiate", indépendante, et on se demande alors pourquoi faire une distinction, par la suite, après avoir rejeté une distinction qui repose sur la nature des choses ?

La jurisprudence d'ailleurs a permis de rendre tou à fait souple la conception française actuelle qui oppose la détention à la possession, de telle sorte qu' il faut bien reconnaître que, dans notre droit, le maintien de cette distinction se justifie parfaitement. Elle l'a fait surtout en faisant de certains détenteurs précaires des détenteurs réguliers, notamment à propos de la réintégrande.

Ayant ainsi montré qu'il faut rejeter la distinction de la possession et de la quasi possession, et maintenir celle de la détention qui neproduit pas d'effet juridique, et de la possession qui produit à plein des effets juridiques, que par conséquent la première distinction n'a pas d'intérêt, mais que la seconde en a beaucoup, il faut préciser à quelles choses s'applique la possession.

La possession s'applique aux immeubles et aux meubles corporels

La notion de possession ne s'applique pleinement qu'aux immeubles, car pour les meubles propriété ou possession c'est tout un. Dès lors il faut distinguer les meubles des immeubles. Il y a une possession immobilière et il y a une possession mobilière. Si la possession immobilière s'applique à tous les immeubles, en principe, la possession mobilière, au contraire, ne s'applique qu'à certains meubles, qu'aux meubles corporels.

Les meubles incorporels à l'exception ses titres au porteur ne sont pas

C'est que les meubles incorporels à l'exception de ce qui concerne les titres au porteur meubles incorporels qui deviennent, par le fait de leur incorporation dans un titre au porteur des meubles corporels, les autres meubles incorporels, les créances notamment, ne

Source : BIU Cujas

susceptibles de prescription

peuvent être possédées. Il n'y a pas de véritable possession des créances, car la possession ne peut s'appliquer que là où il y a un droit réel, et partout où il y a un droit personnel, il n'est pas possible de parl ler de possession.

pas plus que la propriété immatérielle

Va-t-on admettre la même chose pour la propriété immatérielle ? On ne reconnaîtra de possession que dans la mesure où elle constitue une propriété. Ainsi ,il ne faut pas prendre à la lettre un texte du code civil l'art. I240 qui parle du possesseur d'une créance. Il faut voir un simple rapprochement, comme on l'a vu fait en matière de nom patronymique où on n'a pas parlé de propriété et où cependant l'expression de possession du nom était admise. Il faut le faire aussi pour la filiation, l'état civil où on parle de possession d'état. Ici, en ce qui concerne le possesseur de la créance, cela veut dire seulement le titulaire apparent de la créance. Mais c'est un titulaire qui n'a pas un droit réel et, pour exercer la possession il faut prétendre user, jouir ou abuser, il faut renfermer la possession dans son application au droit réel. De même les rentes, à l'exception des titres au porteur, ne sont pas susceptibles de possession, les rentes françaises non plus, pasplus que les actions de la Banque de France.

ou les universalités

Il n'y a pas non plus de possession pour les universalités. Une universalité revêt un caractère incorporel qui s'oppose à la possibilité d'une possession véritable.

On ne possède pas une hérédité, à proprement parler, bien que cette expression soit courante. On ne possède qu'individuellement les biens faisant partie d'une hérédité, on les possède séparément.

Les servitudes, au contraire, sont susceptibles de possession

Au contraire, les servitudes sont susceptibles d'une véritable possession car là il y a un droit réel, une manifestation matérielle extérieure qui permet à la possession de s'appliquer. Ainsi la possession ne s'applique pleinement qu'aux immeubles; elle vaut surtout pour les immeubles, et quand elle s'applique aux meubles, elle se confond avec la propriété.

Etudions d'abord la possession immobilière puis la possession mobilière.

Source : BIU Cujas

a)Ses caractères

I. La possession immobilière.

Il faut étudier la possession immobilière dans ses conditions et dans ses caractères.

a) Les qualités nécessaires à la possession, ses conditions, sont prévues par l'art. 2229 du C.Civ.mais la possession doit aussi présenter certains caractères.

Elle ne s'applique qu'aux droits réels

Elle ne s'applique qu'aux droits réels, et puisque nous sommes dans la possession immobilière, elle ne s'applique qu'aux droits réels immobiliers.

Elle se conserve par l'animus et le corpus

La possession immobilière, d'autre part, se conserve par l'animus et le corpus.Mais on peut conserver la possession malgré la perte du corpus, de l'élément matériel. Cette perte, en effet, n'atteint pas la qualité du possesseur qui ne peut plus exercer d'acte matériellement sur un immeuble sur un fonds, un autre les accomplira peut-être, mais cet autre ne les accomplira qu'à titre de détenteur précaire.

Il en est tout différemment en matière mobilière car, en matière mobilière, l'intention de posséder ne suffit pas à conserver la possession du meuble. Il n'y a, en raison de la règle en fait de meuble possession vaut titre, de possession véritable que grâce à l'élément matériel, au corpus.

on peut posséder corpore alieno

On peut, d'autre part, posséder par l'intermédiaire d'autrui. Les deux éléments matériels et intellectuels, corpus et animus doivent exister pour que la possession se réalise. Cependant, on peut posséder corpore alieno, quand un bien a été remis à un tiers pour créer certains droits. Il en est ainsi du propriétaire quand il a loué, à l'égard du locataire, du fermier. Il en est encore ainsi dans d'autres cas qu'on cite quand on envisage la possession à l'égard des meubles et des immeubles. Mais ici encore une fois on n'envisage que la possession immobilière.

On peut également, quand on a donné mission de représentation à un tiers, quand on a donné mandat, que ce mandat soit légal ou conventionnel, ne pas avoir le corpus et être possesseur corpore alieno. Ainsi, on possède sans qu'il y ait véritablement prise de possession effective, et même on le peut sans savoir la prise de possession par le mandataire. Il en est forcément ainsi pour les enfants qui ont un représentant légal par le tuteur.

Mais il y a en matière immobilière aussi bien qu'en matière mobilière, corpus et animus. Les deux choses se confondent.

Celui qui a le corpus est présumé avoir l'animus. L'art. 2230 du C.Civ. dit en effet "On est toujours

présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est pas prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre".

b) Conditions de la possession

b) Les conditions de la possession sont déterminées par l'art. 2229 du C.Civ. Pour être possesseur et pour pouvoir prescrire, dit ce texte, il faut avoir une possession continue, non interrompue, non équivoque, et à titre de propriétaire.

Elles sont indiquées par l'art.2229 du C.C.

Etudions ce texte en mettant au premier plan " à titre de propriétaire".

La loi n'attache des effets complets à la possession que si la possession réunit les conditions indiquées par l'art. 2229.

La possession immobilière doit être exercée en qualité de titulaire d'un droit réel

Mais l'énumération de ce texte peut soulever des objections Est-il vrai que la possession doive s'exercer à titre de propriétaire ? Non, puisque la possession immobilière s'applique non seulement à la propriété même mais aux servitudes. Il faudrait restifier la formule et dire que la possession doit s'exercer à titre de propriétaire ou de titulaire d'un droit réel, d'une servitude.

Le possesseur qui ne possède pas à titre de propriétaire qu'est-il ? Il est détenteur. Mais justement ce détenteur précaire n'a pas l'intention de se comporter comme un propriétaire ou le titulaire d'une servitude, de sorte qu'il n'y a pas besoin de parler de cette condition dans la notion d'acquisition de la possession. Mais il faut bien indiquer les idées générales de cette possession à titre de propriétaire d'une servitude, car les principes donnés vont s'appliquer ici.

D'abord, les possesseurs précaires on en a indiqué les principaux. On en cite généralement d'autres quand on étudie en même temps la possession immobilière et la possession mobilière. Mais comme ici on n'étudie que la possession immobilière on n'a à parler comme détenteur que du fermier, du locataire, de l'emphytéote et du créancier antichrésiste. On peut y joindre l'usufruitier qui est un détenteur précaire, par rapport au nupropriétaire. Mais c'est un véritable possesseur, en matière immobilière. Il faut laisser de côté, le dépositaire, le commodataire et le créancier gagiste car ici le gage est le nantissement d'un meuble, par conséquent il porte surun meuble comme le dépôt et le commodat.

Mais ce n'est pas seulement le caractère de possession à titre de propriétaire ou de titulaire d'une servitude, qui rentre dans la définition de la posses-

Source : BIU Cujas

sion.

La possession doit être continue et non interrompue pour conduire à la prescription

N'est-ce pas aussi une condition indiquée par l'art. 2229 que la possession doit être continue et non interrompue. En réalité, il faut remarquer que la non interruption de la possession n'est pas nécessaire pour qu'existe la possession. Elle est nécessaire pour que la possession conduise à la prescription, et ce n'est pas, à proprement parler, une condition de la possession mais de l'acquisition par la possession, de la prescription.

Possession continue, cela ne veut pas dire une possession continuelle. Ce qu'il faut c'est que le possesseur se comporte comme le titulaire du droit réel correspondant à la possession invoquée, comme un propriétaire, comme le titulaire d'une servitude. Ce qui caractérise son droit, ce n'est pas le fait qu'il est continuellement en rapport de fait avec la chose, c'est qu'il exerce, qu'il jouit de son droit, dans la mesure de son droit par des actes réguliers.

En matière de servitude, comme en matière de propriété, celui qui est propriétaire d'un bien marque l'intention d'être possesseur en le labourant, en l'ensemençant par exemple. De même, le titulaire d'une servitude de pacage, n'envoie ses animaux paître que quand la saison est favorable. Il n'y a pas nécessairement, exercice continuel sans interruption d'actes de propriété.

Le vice qui correspond à l'absence de continuité, c'est la discontinuité et, pour la possession à titre de propriétaire, c'est le vice de précarité.

On en arrive ainsi aux véritables conditions de la possession immobilière. Il y a en effet des vices qui correspondent à d'autres conditions de la possession; ainsi, la condition de non équivoque correspond au vice d'équivoque, et la condition de publicité correspond au vice de clandestinité.

La possession doit être exempte de violence C'est un vice momentané

Examinons les vices de la possession.

Il ne faut pas qu'il y ait possession par violence. Celui qui possède violemment ne possède pas comme propriétaire ou comme titulaire d'un droit réel. Mais ce vice ne peut être que momentané et, par conséquent, dès que la violence a cessé le caractère paisible reparaît. C'est à la source même de la possession que doit remonter le vice de violence. La possession doit être paisible.

C'est un vice relatif

Le vice de violence est un vice relatif, il n'existe qu'à l'égard de la personne qui l'a subie. Celui-là seul qui l'a subie peut l'invoquer contre celui qui là lui a fait subir seulement.

Source : BIU Cujas

De clandestinité

C'est un vice relatif

La clandestinité qui fait que la possession n'est pas publique doit également être considérée comme un vice relatif. La possession doit se modeler sur le droit d'un ayant droit véritable du droit réel exercé. C'est un vice relatif en cela que ceux là seuls peuvent l'invoquer à l'égard desquels la publicité n'a pas existé. On en donne des exemples qui ne sont guère pratiques. D'ordinaire, les exemples en sont assez compliqués. L'exemple donné généralement est celui d'une personne ayant acquis la possession d'un terrain creusé pour partie, il y a alors clandestinité. Pour qu'il n'y ait pas clandestinité, il faudrait qu'il y ait des travaux visibles apparents.

L'exemple pratique est, au fond, celui d'un détenteur précaire. C'est le cas où il y a interversion de titres par le fait d'un tiers. Un fermier en cas d'interversion par un tiers, quand un tiers vend au fermier une propriété sur laquelle le fermier n'avait jusqu'alors été considéré que comme fermier, ce fermier ne devient un véritable possesseur que s'il fait un acte contraire au droit du propriétaire antérieur. Il faut qu'il avertisse le véritable propriétaire de son droit nouveau, et il continuerait à posséder pour l'ancien propriétaire et sa possession serait clandestine à l'égard de l'ancien propriétaire s'il continuait à lui payer des fermages.

Et d'équivoque

Enfin le vice d'équivoque qui entraîne l'absenxe de possession véritable est un vice dont on cite l'existence surtout en matière héréditaire. On veut ici qu'il n'y ait pas de doute sur le droit du possesseur. Il faut que le fait constitutif de sa possession se révèle sans hésitation possible. Il faut qu'on puisse dire qu'il est certainement un possesseur, soit au point de vue de la propriété, soit au point de vue d'une servitude. Ici encore une fois on envisage seulement la possession immobilière. Il s'agit de biens successoraux; des immeubles font partie d'une succession, un héritier appréhende les immeubles de la succession à laquelle il est appelé, avec deux autres héritiers, et les garde. Les cohéritiers, après 30 ans, réclament le partage des immeubles. Peut-on leur opposer la possession et, par suite, la possession pendant 30 ans peut-elle conduire à la prescription ?

L'héritier détenteur qui a pris la succession immobilière n'est pas un véritable possesseur car sa détention est équivoque. Il n'a pas fait un acte pour l'établir. Ce n'était pas à titre d'héritier qu'il agissait car il n'avait pas seul droit à l'immeuble. 'il n'a rien fait, on peut interpréter sa prise de

Source : BIU Cujas

possession comme étant le fait d'un gérant d'affaires, donc ce n'est pas un possesseur véritable et il n y a pas de prescription possible par 30 ans.

Seules les servitudes continues et apparentes sont susceptibles de possession

Ces règles toutefois ne s'appliquent pas entièrement aux servitudes. Les servitudes susceptibles de possession ne sont que des servitudes continues et apparentes et l'art. 690 permet alors leur acquisition par une prescription de 30 ans. Il n'y a pas de prescription, parce qu'il n'y a pas de possession véritable pour les servitudes discontinues et non apparentes.

La notion de continuité en matière de servitude est toute différente de la notion de continuité en matière de possession

Mais est-ce que la continuité de la possession est la même chose que la continuité de la servitude? Il faut se rappeler la notion de continuité en matière de servitude. La notion de continuité, en matière de servitude , est toute différente de la notion de continuité en matière de servitude, est toute différente de la notion de continuité en matière de possession. Ainsi, une servitude de puisage, de pacage, est une servitude discontinue et, cependant, la possession peut être continue. C'est que la continuité en matière de servitude, c'est la possibilité d'exercer la servitude, sans le fait actuel de l'homme, tandis que la continuité, en matière de possession même une servitude, c'est l'exercice par des actes réguliers de la servitude. Aussi, une possession continue, en matière de servitude, sera établie par une jouissance régulière, et la possession continue pourrait exister par rapport aux servitudes discontinues. La servitude de passage qui est discontinue, qui a besoin pour s'exercer du fait de l'homme, est une servitude susceptible d'une possession continue, s'il y a exercice régulier du droit de passage.

De même l'apparence en matière de servitude n'est peut être pas absolument l'apparence en matière de possession. Des servitudes non apparentes ne sont pas nécessairement des servitudes clandestines, pas plus que les servitudes apparentes ne sont toujours des servitudes publiques. La servitude de prospect qui permet d'avoir vue, au bord du m ur, par dessus la propriété d'autrui, la servitude de ne pas bâtir ne peuvent être qualifiées de servitudes clandestines. Ce sont des servitudes non apparentes, mais le propriétaire de la servitude se comporte comme un possesseur ordinaire, par le seul fait qu'il exerce cette servitude de prospect régulièrement.

La possession des servitudes, par conséquent, doit répondre à tous les éléments indiqués. Seulement la continuité, en matière de servitude, n'est pas la

Source : BIU Cujas

la continuité en matière de possession pas plus que l'apparence n'est la qualité de publicité relative à la possession.

Les actes de pure faculté et de tolérance ne permettent pas la possession

Il faut ajouter que conformément à l'art.2232 les actes de pure faculté et de simple tolérance ne permettent pas la possession.

Les actes de pure faculté sont des faits de jouissance qui constituent la suite normale d'un droit acquis sans empiètement sur un droit d'autrui. Pour qu'il y ait une véritable possession, il faut un empiètement sur le droit d'autrui. Le propriétaire qui a une maison joignant l'immeuble voisin, qui pratique des jours de souffrance est considéré comme exerçant une pure faculté et si le voisin vient à être obligé de construire, d'élever un mur, celui qui a ouvert un jour de souffrance ne peut se plaindre, car, en faisant ce jour de souffrance, il n'a pas empiété sur le droit d'autrui, il n'a pas fait un acte de possession.

Les actes de tolérance sont des actes que le propriétaire d'un fonds permet au propriétaire voisin, par tolérance, à condition qu'un droit réel ne puisse pas en naître. Un propriétaire permet ainsi qu'on puisse de l'eau à son puits, c'est une simple tolérance. Celui qui exerce un acte de pure tolérance n'est, au fond, qu'un détenteur précaire. Il détient pour son compte, mais il ne possède pas pour son compte, et la loi n'a pas pu donner grande valeur aux actes de tolérance; si elle les a permis et reconnus c'est pour faciliter les rapports de voisinage.

La possession immobilière

Les effets de droit civil de la possession immobilière

La possession des immeubles emporte de nombreux avantages. Il en est qu'on n'a pas à étudier ici.

Elle confère l'avantage d'être défendeur au possessoire. Le possesseur attend l'attaque. Il n'a pas la charge de la preuve. Elle permet d'invoquer les actions possessoires, mais cela vise la procédure et il n'y a pas lieu de s'en préoccuper en droit civil.

Mais il convient d'attirer l'attention sur deux autres effets qui, eux, sont du ressort du droit civil: 1° La possession d'un immeuble fait acquérir, en cas de bonne foi, les fruits, 2° la possession d'un immeuble conduit, après un certain temps, à la prescription. Etudions donc l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi d'un immeuble, puis la prescription.

I. Le possesseur de bonne foi

Aux termes de l'article 549 du code civil " Le simple possesseur ne fait les fruits siens que

Source : BIU Cujas

d'un immeuble acquiert les fruits

dans le cas où il possède de bonne foi"... Ainsi, quand il a la possession, de la bonne foi, quand il possède de bonne foi en vertu d'un acte translatif de propriété dont il ignore le vice il acquiert les fruits. La loi suppose un possesseur qui se croit propriétaire, il ne l'est pas, il n'est que possesseur, mais l'immeubles est frugifère, et la loi lui reconnaît le droit aux fruits. Le propriétaire véritable revendique il aura la propriété de l'immeuble, mais les fruits resteront au possesseur.

Le législateur ici n'a fait que suivre le droit romain et l'ancien droit. Il a considéré qu'il était dur pour le possesseur de rendre les fruits consommés, ou tout au moins perçus. Mais, tandis que les Romains ne permettaient que la conservation ou évitaient la restitution des fruits consommés, ce sont les fruits perçus que le possesseur peut garder en droit français. Il est difficile, en effet, de constater la consommation des fruits, et dès qu'il a une menace de revendication, le possesseur ne serait-il pas tenté de consommer tout de suite les fruits ? Aussi le code civil a-t-il dit qu'il ne serait pas nécessaire que le possesseur ait consommé les fruits. Il est suffisant qu'il les ait perçus. Il faut donc qu'il y aitperception et bonne foi.

Les fruits non encore perçus doivent être restitués au propriétaire

Il faut tout d'abord qu'il y ait perception. Les fruits non encore perçus doivent être restitués au propriétaire et il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 586 relatif à l'usufruit. Les fruits civils ne seront conservés qu'à raison de la perception, et non jour par jour, de sorte que si le possesseur de bonne foi est l'objet d'une revendication, la veille du terme d'une maison louée, seul le terme précédent perçu restera. L'art. 586 du C.C. ne concerne, en fait, que l'usufruitier et, bien que la jurisprudence l'ait étendu à d'autres situations, on fait remarquer que le possesseur de bonne foi d'un immeuble appartenant à autrui ne s'appauvrit pas en n'appréhendant pas les fruits. Cela n'est cependant pas toujours vrai, notamment si pour une récolte il a fait tous les frais et que c'est à la veille de la récolte que la revendication a eu lieu. Bien entendu en cas d'anticipation sur la récolte normale, il y a restitution des fruits.

Pour acquérir les fruits le possesseur doit être de bonne foi

Il faut, en second lieu, que le possesseur soit de bonne foi.

Le possesseur de la chose d'autrui doit avoir l'intention de se comporter en propriétaire, et cet animus domini est confirmé par l'existence d'un titre de propriété dont il ignore le vice "le possesseur est

Source : BIU Cujas

de bonne foi, dit en effet l'art. 550 du C.C. quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus".

Ce que c'est d'après l'art. 550 que la bonne foi en cette matière

Ainsi la bonne foi est définie par l'art.550 Or il y a également la prescription qui exige la bonne foi de sorte que dès maintenant on peut établir une comparaison entre la bonne foi exigée par l'article 2265 et l'art. 550.

Comparaison entre la bonne foi de l'art. 550 du C.C. et celle de l'art.2265

D'abord l'art. 550 exige un titre translatif de propriété. Il y a là un élément de la bonne foi. Au contraire, aux termes de l'art. 2265, c'est un élément distinct. Il en résulte qu'on peut invoquer le titre translatif de propriété permettant l'acquisition des fruits, même si ce titre est nul d'une nullité absolue. Si la nullité était ignorée de celui dont il s'agit, à moins bien entendu que ce ne soit une nullité d'ordre public. Il y a alors ce qu'on appelle titre putatif. Au contraire, en ce qui concerne l'article 2265, étant donné que le titre translatif de propriété est un élément distinct de la bonne foi, car il peut y avoir bonne foi sans un titre absolument valable, on n'admet pas que le titre putatif puisse servir de base à la prescription.

D'autre part, il faut dire que la bonne foi est requise en matière d'acquisition des fruits, à chaque perception, de telle sorte que comme l'indique l'art. 550 al. 2 le possesseur cesse d'être de bonne foi au moment où les vices lui sont connus, et quand il n'est plus de bonne foi il n'acquiert plus les fruits. Au contraire, par application de l'art. 2265 la bonne foi doit être appréciée quand la possession commence, et la mauvaise foi survenant par la suite n'empêche pas la prescription "Mala fides superveniens usu capionem non impedit".

Il y a donc une première condition qui est plus rigoureuse par rapport à l'art. 2265, et une seconde condition qui l'est moins. La rigueur se comprend en ce qui concerne l'exigence d'un titre translatif, car l'acquisition de la propriété ou d'un droit réel par la prescription est beaucoup plus grave que l'acquisition des fruits.

Fondement de l'art.549 du code civil

Mais quel est le fondement de l'article 549 du C.C. ?

Il est naturel de faire ici un rapprochement entre l'art. 549 et l'art. 2279.

Rapprochement entre l'article 549 du C.C.

L'art. 549 permet au possesseur de bonne foi d'acquérir les fruits, c'est-à-dire des meubles par

Source : BIU Cujas

et l'article 2279

possession. Le possesseur réunit les conditions de l'art. 2279. Il a la possession mobilière des fruits, et il semble que l'art. 549 ne soit que l'application de l'art. 2279.

En réalité, il n'en est rien et le champ d'application de ces deux articles est tout différent. L'art. 549 s'applique aux meubles accessoires d'un immeuble. Ce sont des fruits d'un immeuble. L'art. 2279 suppose un objet mobilier revendiqué comme tel, comme meuble, non comme accessoire d'un immeuble. C'est pourquoi il faut écarter l'art. 2279 et accepter la solution traditionnelle qui voit dans l'art. 549 une présomption de consommation des fruits perçus, même s'il n'y a pas une consommation réelle.

Intérêt de la question

L'intérêt de la détermination du fondement recherché est le suivant:

Si le possesseur de bonne foi devait invoquer simplement l'art. 2279, ce ne serait pas seulement les fruits qu'il devrait acquérir, mais les produits, quand ils sont meubles. Or l'art. 549 ne s'applique qu'aux fruits.

D'autre part, si visant l'acquisition par anticipation, il y avait des fruits acquis par anticipation, en appliquant l'art. 2279 il faudrait dire qu'il n'y a pas lieu à restitution, car en fait de meuble possession vaut titre, tandis qu'avec la présomption de consommation, elle ne vaut qu'en cas de possession, dans le cas où la possession est régulière.

II. Le possesseur de bonne foi peut prescrire. La méthode suivie par le législateur pour étudier la prescription

Envisageons maintenant la prescription.

La prescription envisagée c'est la prescription acquisitive. Or, dans le titre 20 du Livre 3 du code civil la prescription qui est envisagée est à la fois unepresciption extinctive et une prescription acquisitive.

La prescription extinctive, nous pourrions l'étudier aussi en matière de droits réels, mais elle a surtout de l'importance dans la matière des obligations Elle fait disparaître les droits réels ou les obligations , tandis que la prescription acquisitive les fait acquérir. Il n'y a guère de doute sur ce point. Cependant le droit romain, pour la prescription acquisitive, parlait d'usucapion. Il avait à cet égard deux termes. De nos jours encore l'expression est employée, car, en réalité, prescrire cela ne veut rien dire, tandis que le mot "usucaper" a conservé son sens normal c'est prendre par l'usage. Or prescrire, c'est prendre la possession d'un droit réel par l'usage.

On critique beaucoup le droit civil d'avoir étudié en même temps la prescription acquisitive et

Source : BIU Cujas

la prescription extinctive, mais il faut reconnaître que c'était beaucoup plus simple, dans un code, d'étudier en même temps les deux prescriptions, car il y a des règles communes, notamment la plupart des règles générales qui vont s'appliquer aux deux sortes de prescriptions acquisitives et extinctives. Donc la méthode suivie par le législateur a été parfaitement justifiée.

Les raisons qui justifient, dans notre droit l'existence de la prescription acquisitive

La prescription acquisitive sera seule envisagée ici. Elle consiste dans la possibilité pour un possesseur d'un droit réel de devenir, à l'expiration d'un certain temps de possession, le titulaire légitime du droit qu'il possède. Elle est un mode d'acquisition des droits réels, par une possession prolongée. Elle apparaît à première vue comme immorale et antijuridique. En effet, elle se fonde sur un préjugé juridique, sur un sentiment d'attente. Chacun s'attend à conserver ce qu'il possède et il est déçu s'il le perd. C'est en somme le respect des droits acquis, sans avoir à rechercher la base de cette acquisition. C'est un point de vue qui marque l'indifférence du législateur sur l'origine d'un droit. Icile temps rend légitimé ce qui ne l'était pas, juste ce qui était injuste, et il y a des raisons d'ordre juridique, social et pratique qui militent en faveur de cette prescription.

D'abord il y a un intérêt à ce que les situations de fait ne se perpétuent pas, et c'est pourquoi il faut les confirmer. Celui qui a possédé longtemps est convaincu que le droit lui appartient, et s'il est de mauvaise foi même, il est tenté de considérer seulement sa possession, pour oublier sa mauvaise foi. La force de son droit augmente à mesure que se fait plus longue la durée de sa possession. Si on envisage l'autre côté, la situation de celui qui souffre de la consolidation du droit du possesseur, ne peut-on dire qu'il n'a pas à se reprocher d'être resté 10, 20 ou 30 ans sans rien faire ?

Puis il y a lieu de supposer que quand le propriétaire va se réveiller de sa torpeur, au bout de 30 ans, après n'avoir rien fait, c'est qu'il a cherché à profiter de la négligence du possesseur à qui il a transféré un droit dans l'espérance que l'acte de transfert n'ait disparu. C'est ce qu'envisage le législateur dans l'art. 1350 - 2° quand il cite la prescription au nombre des présomptions légales.

Enfin, dans notre législation, comme le mode de transfert normal de la propriété et des droits réels est la convention, il faut que celui dont un acquéreur

Source : BIU Cujas

tient les droits soit le titulaire du droit qu'il cède. Il faut, quand on se réclame d'un auteur dont on est l'ayant-cause, qu'on prouve non seulement son droit, mais celui de son auteur, et étant donné que nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a, comme on ne peut avoir que le droit de son auteur, il faudrait remonter très loin pour savoir si le droit acquis est sérieux. La prescription permet de ne pas remonter trop loin. Il suffira de remonter 30 ans auparavant. C'est pourquoi les origines de propriété ne seraient pas très lointaines s'il n'y avait pas des causes de suspension et d'interruption de la prescription. Mais ces causes de suspension sont nombreuses, et parfois inconnues.

Il y a 2 sortes de prescription acquisitive

Il y a deux sortes de prescription acquisitive. I° La prescription acquisitive par 10 à 20 ans, sous condition qu'il y ait juste titre et bonne foi (art. 2265 du code civil). 2° la prescription normale, par le plus long délai pour l'acquisition des droits qui est la prescription de 30 ans (art. 2262) et la possession régulière profitera même au possesseur de mauvaise foi (art. 2269).

Le droit commun c'est la prescription de 30 ans. La prescription decennale est une prescription de faveur.

Ces deux prescriptions sont soumises à des règles générales mais la prescription decennale est l'objet de règles spéciales consistant surtout dans la condition de juste titre et de bonne foi. Etudions donc d'abord les règles spéciales à la prescription de 10 à 20 ans, puis celles qui sont applicables à toutes les prescriptions.

Les règles spéciales à la prescription decennale

I° Les règles spéciales à la prescription decennale se ramènent aux deux conditions qui ont été énumérées, de bonne foi et de juste titre.

a) La prescription par 10 à 20 ans exige tout d'abord la bonne foi.

Le possesseur de bonne foi est celui qui croit tenir ses droits d'un légitime propriétaire ou du légitime titulaire du droit réel invoqué. La bonne foi de l'acquéreur , du possesseur, porte sur l'existence même du droit de son auteur. Tous les autres vices qui existent dans le titre, notamment l'incapacité n'empêche pas le possesseur d'être de bonne foi.

L'article 2268 du code civil dit que la bonne foi est toujours présumée. C'est à celui qui invoque la mauvaise foi d'un possesseur de la prouver.

La bonne foi doit exister lors de l'ac-

Elle doit exister lors de l'acquisition ou lors de la prise de possession par le possesseur. Il y

Source : BIU Cujas

quisition ou de la prise de possession par le possesseur

en effet des cas où l'acquisition et la prise de possession sont distinctes. Ainsi un légataire particulier ayant obtenu un droit par testament n'acquiert la possession que par la prise effective de possession, lors de la délivrance de son legs.

Si un possesseur a été de bonne foi lors du commencement de sa possession, mais devient de mauvaise foi, il ne perd pas la possibilité d'acquérir par prescription. C'est ce qu'on exprime en disant: mala fides superveniens usacapionem non impedit".

Elle exige en second lieu an juste titre

b) Il faut, en second lieu, un juste titre et comme on l'a montré, c'est un élément distinct de la bonne foi.

La propriété doit être acquise par le possesseu en vertu d'un acte translatif de propriété ou d'un droit réel. Il faut que cet acte soit régulier en la forme, et ce sont là des conditions très précises, car, au fond, ce n'est que quand il y a un titre translatif régulier que la propriété ou le droit réel peut être acquis.

Justification de cette exigence

Cette exigence se justifie par le fait que cette possession abrégée conduisant à l'usucapion de 10 à 20 ans ne doit être obtenue qu'au profit de ceux qui ont une situation régulière ou paraissant telle. En réalité dans l'expression de juste titre il y a deux éléments: il faut un titre et il faut un juste titre.

En cette matière il faut: a) un titre c'est-à-dire un acte translatif de droits réels

Il faut tout d'abord un titre, c'est-à-dire un acte qui, en soi, et dans sa nature, soit attributif ou translatif de droits réels. Les actes translatifs on les a énoncés. L'acte translatif est celui qui a eu pour effet d'attribuer la propriété sans qu'on puisse en faire remonter les effets à une date antérieure. Il y a acte attributif, translatif en cas de vente d'échange, de donation, de legs à titre particulier. Ces opérations sont faites à non domino, il n'en sont pas moins des actes translatifs.

exemple d'actes déclaratifs

Les actes déclaratifs, au contraire, sont des actes qui font passer sur la tête d'une personne les droits d'une autre personne mais qui remontent, quant à leurs effets, dans le passé. Ainsi en est-il d'un partage ou d'une acquisition par jugement, et encore, pour le partage, en vertu de l'art. 883 du code civil, il s'agit d'un acte essentiellement déclaratif. Il faut en rapprocher la transaction.

Les jugements

Pour les jugements, ce sont des actes déclaratifs, c'est pourquoi ils remontent, quant à leurs effets, au jour où la demande a été formée. Mais les actes qui font cesser une indivision, les partages, aboutissent cependant à certains actes translatifs, de

Source : BIU Cujas

même que pour les jugements constitutifs de droits, jugements qui n'ont d'effet qu'à partir du moment où ils sont rendus, et il y a des jugements qui ont l'un ou l'autre effet. C'est le cas notamment des jugements de divorce.

Les partages

Des partages peuvent avoir lieu pour faire cesser une indivision et, en cas d'indivision, il se peut que l'indivision cesse, et qu'il y ait un acte translatif de propriété. Il en est ainsi en cas d'adjudication, mais, au fond, en cas d'adjudication, il y a un jugement et cela rentre dans la question des jugements. Il y a des jugements qui, bien qu'ils interviennent au cours d'un partage, et ce sont des jugements de licitation, produisent un effet translatif. Les jugements de licitation emportant adjudication ont un effet translatif quand l'adjudication est prononcée au profit d'un tiers, et déclaratif quand l'adjudication est prononcée au profit d'un héritier indivisaire. Un même jugement aura ainsi un effet différent selon qu'il s'agira de telle ou telle personne. Un jugement d'adjudication peut encore avoir un effet attributif à la suite d'une saisie immobilière.

b) Il faut un titre juste

En second lieu, il faut un titre juste, et on trouve un texte qui fait une application pure et simple de cette condition, c'est l'art. 2267.

Dans notre droit, les actes ne sont pas formalistes, mais il y a certains actes qui doivent être rédigés sous forme authentique. Telles sont les donations et, en principe, les testaments, à l'exception du testament olographe. Supposons que le titre du possesseur soit une donation irrégulière en la forme. Il ne s'agit, bien entendu, que de donations immobilières. Aux termes de l'art. 2267 du code civil, le titre nul pour défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de 10 à 20 ans, mais ce texte ne vise que la nullité de forme. Faut-il appliquer la même règle à la nullité de fond ? Ici on séparera les actes nuls d'une nullité absolue et les actes nuls d'une nullité relative. A la nullité absolue on applique l'art. 2267, notamment en cas de vente par un congrégation non autorisée; on n'a pas considéré qu'il y eût là un titre juste, et la prescription applicable a été celle de trente ans.

Si un acheteur achète en vertu d'un titre nul, d'une nullité contraire à l'ordre public on admet, sans hésiter, qu'il n'y a pas possibilité d'invoquer la prescription de 10 à 20 ans. Si l'acte est nul d'une nullité relative, c'est le cas d'un mineur qui vend un immeuble d'autrui , la nullité relative permet, malgré tout, le juste titre et la prescription de 10 à 20 ans. On a parlé précédemment de titre putatif, C'est un titre d'acquisi-

Source : BIU Cujas

tion qui n'existe que dans la pensée du possesseur. Ainsi une personne donne mandat d'acheter un immeuble et, croyant l'achat effectué, elle le vend à son tour. La mise en possession du second acquéreur doit-elle être considérée comme basée sur un juste titre ? Il se peut aussi qu'un immeuble ayant été légué à une personne par un testament cette personnese croit propriétaire encore même qu'un autre testament ait révoqué le premier.

La jurisprudence n'a jamais admis que le titre putatif fût un juste titre. Elle rappelle ici que s'il est vrai que le titre putatif est admis en ce qui concerne l'art. 550 du C.C. c'est que le titre putatif permet d'apprécier la bonne foi; mais quand il est un élément distinct, quand il suppose la bonne foi, le titr putatif ne suffit pas. Un possesseur croyait être propriétaire: sa bonne foi existe. Au contraire, vendre c'est un acte translatif de droit réel, c'est un élément tout à fait distinct. On considère que la bonne foi subsiste, mais il n'y a pas de titre translatif de propriété dans un titre putatif.

Le délai de la prescription decennale estde 10 ou 20 ans

L'art. 2265 distingue deux délais: 10 ou 20 ans.

Le délai est de 10 ans quand le propriétaire est présent, c'est-à-dire quand il réside dans le ressort de la Cour d'Appel de la situation de l'immeuble. On comprend que, dans ce cas, la prescription soit de courte durée, sinon, si le propriétaire est éloigné, la prescription s'accomplit seulement par 20 ans et s'il est tantôt domicilié dans le ressort de la Cour d'Appel de la situation de l'immeuble et tantôt en dehors, on applique un délai qui varie entre 10 et 20 ans.

La résidence du propriétaire se détermine par sa résidence de fait et non par son domicile de droit.

Les biens auxquels s'applique la pescription de 10 à 20 ans

Mais à quels biens s'applique la prescription de 10 à 20 ans ?

Elle s'applique aux immeubles pour la propriété, et on admettra qu'elle ne s'applique pas aux universalités immobilières. C'est que l'art. 2265 déclare que le possesseur acquiert de bonne foi, et par juste titre, et prescrit contre le véritable propriétaire. Donc on ne vise que la propriété, on ne vise qu'une action en revendication du véritable propriétaire, tandis que pour les universalités, c'est la pétition d'hérédité qui est une sorte de revendication générale.

La prescription de 10 à 20 ans fait-elle acquérir des droits réels autres que la propriété. On l'admet pour l'usufruit. Au contraire, il y a de graves discussions pour les servitudes réelles.

Source : BIU Cujas

Conditions générales de la prescription

2° Il faut en arriver maintenant aux conditions générales de la prescription, qu'il s'agisse d'une prescription decennale, ou d'une prescription trentenaire.

Il faut envisager tout d'abord le calcul du délai, les modes d'interruption et de suspension et enfin les effets de la prescription acquisitive.

Comment se calcule le délai de la prescription

a) Voyons d'abord le calcul du délai.

La prescription commence à courir le lendemain de la prise de possession. On ne compte pas le dies a quo, c'est-à-dire le jour à partir duquel la prescription devait commencer. Au contraire, la prescription est achevée le dernier jour du délai. Donc on tient compte du dies at quem, et si un laboureur a pris possession le Ier juin I9I0 d'un immeuble, en le labourant, le Ier juin I9I0 ne compte pas, et ce sera seulement le 2 juin I940 que la prescription s'achèvera.

Les jours fériés ne sont pas un obstacle à la prescription. Les délais sont assez longs pour qu'il ne soit pas besoin de les suspendre en raison des jours fériés.

La jonction des possessions

Il n'est pas besoin qu'une même personne ait possédé tout le temps. On peut, à sa propre possession, joindre la possession de son auteur. La loi permet en effet, dans l'art. 2235, la jonction des possessions. Pour compléter un délai de possession permettant d'acquérir par prescription, on pourra invoquer, non seulement le temps pendant lequel on a possédé, mais le temps pendant lequel avait possédé son auteur. La possibilité de la jonction des possessions s'explique par la raison même de la prescription, par l'intérêt social qu'il y a à consolider les situations de fait. Par "auteur" on entend ici toute personne ayant figuré dans un acte juridique ou qui y a été représentée et a transmis à une autre personne qui est son ayant-cause.

Il n'y a pas cependant à assimiler l'auteur et le prédécesseur. Un auteur est nécessairement un prédécesseur, mais un prédécesseur peut n'être pas nécessairement un auteur. Un usurpateur est dépossédé violemment par un autre. Le vrai propriétaire revendique. Le second usurpateur ne pourra invoquer la possession du premier, puisque le premier n'est pas un auteur par rapport à l'autre ou si l'on préfère que le second n'est un ayant-cause du premier. Ils ont une cause de possession différente qu'ils ne peuvent joindre.

Interruption et suspension de la prescription

b) Mais qu'est-ce que l'interruption et la suspension de la prescription ?

Source : BIU Cujas

Ce que c'est que l'interruption de la prescription

Elle consiste dans un évènement qui fait cesser l'effet utile de la possession, au point de vue de la prescription. L'interruption va avoir ce résultat qu'une nouvelle prescription devra commencer. Il faudra considérer que toute la possession passée est perdue, une nouvelle possession commence et c'est la différence essentielle qui existe avec la suspension de la prescription.

Et la suspension

En cas de suspension de la prescription, la possession ne vaut plus pour l'acquisiteur, mais tout le passé demeure. Ce n'est pas une nouvelle possession qui recommencera, quand la suspension aura disparu. Il y aura jonction des possessions. En matière d'interruption, il en est autrement.

L'interruption de la possession peut être naturelle ou civile

L'interruption peut être naturelle ou civile. Il y a interruption naturelle par perte de la possession quand le possesseur cesse de posséder, il faut même ajouter pendant plus d'un an car s'il cesse de posséder seulement pendant moins d'un an ,il a la possibilité de réclamer, par une action possessoire, la possession perdue, et s'il la réclame dans l'année, il a le droit d'invoquer lapossession antérieure.

Cas dans lesquels il y a interruption civile

L'interruption civile résulte de poursuites contre le possesseur ou de reconnaissance de la part du possesseur. On s'expliqué que la reconnaissance par le possesseur soit une cause d'interruption civile de la possession, puisque le possesseur vient déclarer qu'il possède comme détenteur précaire, comme locataire ou comme fermier, mais on comprend moins l'interruption résultant de poursuites. Cependant il fallait l'admettre. Les poursuites ne font pas perdre la qualité de bonne foi du possesseur. Le possesseur perd seulement la qualité de possesseur véritable, car la bonne foi est autre chose que la condition de possession.

Les poursuites

L'interruption au moyen de poursuites est visée par l'art. 2244. Elle peut avoir lieu par un commandement et par une saisie. Ce sont des mesures d'exécutioncommencées à l'égard d'un débiteur. Elle peut même avoir lieu par une simple citation en justice. C'est le mode régulier d'interruption de la prescription. Une assignation à comparaître devant un tribunal, par exploit d'huissier interrompt une prescription, mais il fait que la citation soit valable et régulière, dit la loi dans l'art. 2277 sinon l'interruption n'aura pas lieu.

La reconnaissance par le débiteur ou

La reconnaissancepar le débiteur ou le possesseur du droit de celui contre lequel il prescrit amène aussi l'interruption de la prescription. Cette interrup-

Source : BIU Cujas

le possesseur du droit=de celui contre qui il prescrit.

tion est la conséquence du fait qu'il n'est pas le véritable possesseur. Il détient pour le compte d'autrui.

Cas dans lesquels il y a suspension de la prescription

La suspension de la prescription se produit quand la loi empêche la prescription de courir au détriment d'une personne qu'elle entend protéger, car cette personne ne paraît pas en état d'agir pour interrompre la prescription. C'est un avantage conféré par la loi au profit de certains incapables qui, par conséquent, devraient en être titulaires, de sorte que ceux-là seuls au profit desquels la suspension est accordée devraient pouvoir en profiter.

La jurisprudence a interprété au fond largement le cas de suspension, et elle l'admet largement. La loi l'établit dans l'art. 2251 et notamment au profit du mineur et de l'interdit; au profit de la femme mariée et entre époux (art. 2253) dans certains cas (art. 2255 -2256).

Normalement, en cas de guerre, intervient une loi qui suspend toutes les prescriptions, mais la jurisprudence interprète très largement la suspension. Elle a pris une attitude qui peut sembler singulière étant donné les formules restrictives du code civil. Elle en est arrivé à admettre une règle générale qui est tout le contraire de ce qui résulte du code civil. La prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir: contra non valentem agere non currit praescriptio" et prenant l'art. 2251, elle en donne une interprétation d'où elle peut tirer cette règle générale, et les art. 2252 et suivants s'expliquent par la règle qu'on vient dénoncer.

Les effets de la prescription

La prescription a pour effet essentiel de faire acquérir la propriété ou les droits réels. Supposons qu'il s'agisse de la propriété et voyons les effets de la prescription.

La prescription fait acquérir les droits réels

La prescription permet à celui qui a possédé, pendant le temps requis pour la prescription, d'être considéré comme un véritable propriétaire et d'agir comme tel, de sorte que la prescription peut être invoquée par voie d'action et par voie d'exception. C'est quand ce possesseur de 10 ans, 20 ans ou 30 ans est attaqué, quand on agit contre lui qu'il opposera la prescription.

Elle peut être invoquée par voie d'action ou par voie d'exception

La loi n'admet pas d'ailleurs que la prescription acquise au possesseur se transforme, de plein droit en une propriété, et cela montre qu'il n'y a pas ici une acquisition par prescription sans qu'on ait à l'invoquer S'il y avait une véritable acquisition, de plein droit, si la prescription devait être considérée comme faisant acquérir absolument la propriété, la renonciation à la

Source : BIU Cujas

prescription présenterait un caractère différent. Supposons que la renonciation soit une renonciation à un droit acquis, elle serait un acte translatif. Or elle ne l'est pas. Si elle était un acte translatif, il faudrait considérer que la renonciation est un acte à titre gratuit et s'il y avait renonciation, acte translatif, la renonciation constituerait une sorte d'acte synallagmatique. Puis il faudrait transcrire et payer les droits de mutation, et les créanciers pourraient attaquer la renonciation en vertu de l'article II67 du code civil.

Elle doit être invoquée

Mais comme la renonciation n'est pas un acte translatif, il en résulte que la renonciation, en raison de ce qu'elle doit être invoquée, n'est pas un acte gratuit, c'est un acte unilatéral, donc il n'y a pas lieu à transcription, ni au droit de mutation et les créanciers n'ont pas le droit de l'attaquer. La renonciation, l'art. 2220 l'indique, n'est possible que pour la prescription acquise. On ne peut renoncer, à l'avance, à la prescription non acquise.

La prescription a un effet rétroactif

Enfin la prescription a un effet rétroactif. Quand elle est opérée elle remonte, dans ses effets, jusqu'au jour où la possession est acquise de sorte que le possesseur n'a rien à restituer même s'il est de mauvaise foi car s'il est de bonne foi, il a acquis les fruits par application de l'art. 549, et s'il est de bonne foi, il ne doit ni les fruits ni les produits.

LA POSSESSION MOBILIERE

En matière mobilière la possession se confond avec la propriété

Il n'y a de véritable possession distincte de la propriété, qu'en ce qui concerne les immeubles, car, pour les meubles, la possession se confond avec la propriété: en fait de meubles, possession vaut titre. Cependant la possession mobilière est soumise aux mêmes règles que la posession des immeubles et elle a les mêmes caractères. Elle n'en diffère qu'en ce qui concerne les effets, puisqu'elle entraîne acquisition de la propriété.

Conditions de la possession mobilière

I. Ses conditions, notamment sont celles de la possession immobilière. La possession doit être publique et il ne faut pas qu'il s'agisse d'un détenteur. Celui qui possède à titre précaire un meuble n'en est pas propriétaire. Il faut que la possession ait lieu à titre non précaire. C'est le cas en ce qui concerne le dépôt, le gage et le commodat qui ne concernent que les meubles. Dans ces cas, la possession est toujours précaire. Il n'y a pas à parler ici de différences essentielles avec la possession immobilière. Il faut

Source : BIU Cujas

que la possession soit à titre de propriétaire, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas précaire. Mais il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir si la possession doit être continue et non interrompue car c'est une condition de la possession, conduisant à la prescription, ce n'est pas un des caractères de la possession. En effet, ici il n y a pas à parler de prescription, puisque le fait de la possession vaut propriété La continuité, la non-interruption, ne concernent pas la possession en matière mobilière; si la possession existe, cela suffit pour qu'il y ait propriété.

Caractères de la possession mobilière

II. Quant aux caractères de la possession en matière immobilière, on sait qu'ils sont au nombre de trois: il faut que la possession soit paisible, publique et non équivoque, et les trois vices qui correspondent à ces trois conditions, sont le vice de violence, la clandestinité et le caractère équivoque.

Ici il n'y a guère à parler de possession paisible, pas plus que de possession continue, car il est une condition qu'on exige pour que la possession équivaille à la propriété, c'est que le possesseur soit de bonne foi. Or, comment le serait-il s'il n'avait pas la possession paisible.

Il reste à envisager le caractère non équivoque et nous le ferons en montrant la portée et le sens de la règle en fait de meubles possession vaut titre.

Les effets de la possession mobilière

III. En ce qui concerne les effets de la possession mobilière, ils sont différents de ceux de la possession immobilière. Il en est qui ne se produisent pas. C'est le cas de la prescription. Il y en a d'autres qui n'ont pas d'intérêt; il en est ainsi de l'acquisition des fruits; puisqu'on est propriétaire, il est évident qu'on acquiert les fruits.

Les deux effets qui sont attachés à la possession mobilière et qui constituent une différence fondamentale avec la possession immobilière sont:

I° que la possession mobilière équivaut à la propriété.

C'est ce que dit l'art. 2279 du code civil.

2° - à la différence de la propriété immobilière qui ne peut se perdre par le non usage, la propriété mobilière se perd par le non usage car, de même que la possession fait acquérir la propriété, la non-possession fait perdre la propriété. Or, non possession et non usage sont mêmes choses. Donc le non usage fait perdre la propriété mobilière.

Il faut en arriver maintenant à l'effet essentiel que la possession vaut propriété. C'est l'étude de

Source : BIU Cujas

la règle si importante qu'en fait de meubles possession vaut titre.

Etude de la règle posée par l'art. 2279

du code civil: en fait de meubles

possession vaut titre

Il convient de se demander d'abord ce que veut dire cette règle IIº Quel est le sens de cette maxime IIIº puis quel est son domaine d'application, à quels meubles elle doit être étendue: enfin IVº quelle est sa justification, son fondement.

Origine historique de la règle

A L'origine historique de cette règle permet d'en préciser la portée.

Il n'est pas sans intérêt de remonter au Droit romain car le Droit romain a eu une influence considérable sur l'ancien droit.

Le droit romain

En droit romain, la propriété était, en principe soumise aux mêmes règles, qu'elle soit mobilière ou immobilière. L'une et l'autre pouvaient être grevées de droits réels et être revendiquées. Il est vrai que le délai de l'usucapion des meubles était abrégé. Il était d'un an pendant la période classique, et de trois ans à l'époque de Justinien! C'était d'ailleurs un remède insuffisant. Mais l'usucapion pouvait devenir impossible, notamment quand les choses étaient volées et qu'elles passaient de main en main. Les Romains appréciaient d'une manière large la notion de vol: contrectatio fraudulosa rei alienae. Il faut d'ailleurs rappeler que l'usucapion exigeait un juste titre, en matière mobilière comme en matière immobilière Or un juste titre, comment en avoir alors que pour les meubles courants où on ne se ménage pas une preuve par titre ?

Cependant cette conception avait pu durer, car les choses mobilières n'avaient pas l'importance qu'elles ont aujourd'hui et aussi parce qu'on pouvait, en raison de la moindre circulation des meubles, se renseigner sur le titre de son auteur. De nos jours, au contraire, cela est impossible, et les besoins du commerce empêchent qu'on exige la preuve d'un titre.

L'ancien droit Avant la rédaction des coutumes

Dans l'ancien droit, avant la rédaction des coutumes, on avait admis que la revendication n'était pas possible. On exprimait cette règle en disant "meubles n'ont pas de suite" c'est-à-dire qu'on ne pouvait poursuivre les meubles, les revendiquer.

meubles n'ont pas de suite

Source : BIU Cujas

Après la rédaction des coutumes

Après la rédaction des coutumes, sous l'influence du droit romain, on admit la possibilité de la revendication et la maxime ne fut conservée qu'en matière hypothécaire. On dit alors "meubles n'ont pas de suite par hypothèque". Le créancier hypothécaire ne pouvait poursuivre les meubles; en dehors de là, la revendication mobilière était possible. On avait suivi le système du droit romain, et on permettait l'usucapion. On admettait la prescription abrégée de trois ans et en cas d'acquisition dans une vente publique on permettait au revendiquant d'obtenir la chose, en remboursant la valeur de cette chose à l'acheteur, en en payant le prix fixé dans la vente.

Meubles n'ont pas de suite par hypothèque

Au XVIII° on voit disparaître la revendication mobilière

Au XVIIIème siècle, on chercha à restreindre la prescription mobilière. Le Président Lamoignon demanda que le délai de trois ans fût ramené à 1 an. La prescription serait devenue annale. Il subsistait cependant, dans pareil cas une condition très rigoureuse, c'était l'exigence d'un juste titre. Il fallait un juste titre mais, précisément, en matière mobilière on n'en n'établissait pas, et au-dessous de 150 francs, on ne voyait pas la nécessité d'une preuve par écrit.

La pratique était arrivée d'ailleurs, par des procédés divers, à faire cesser la possibilité de la revendication. On disait qu'en matière mobilière le possesseur, par le seul fait de sa possession, était présumé avoir un titre. C'était donc supprimer la condition de juste titre. Restait alors la condition d'un an. Mais dans les villes commerçantes, notamment à Paris on en était arrivé à décider que quand il n'y avait pas eu de fraude, quand le possesseur était de bonne foi, la revendication n'était pas possible. On invoquait un texte, l'art. 182 de la coutume de Paris, et on se basait sur les besoins du commerce.

Bourjon et la maxime en fait de meubles possession vaut titre

Ainsi, en supprimant l'exigence d'un juste titre en disant que la possession faisait supposer le titre "la possession vaut titre" et Bourjon qui, dans son Droit commun de la France", est le premier auteur à se servir de cette maxime; qu'en fait de meubles possession vaut titre, en 1747, avoir vu cette maxime dans les décisions de la juridiction du Châtelet.

Nos juristes du XVIII° siècle en sont donc revenus par les moyens indiqués, en assimilant la possession à un titre, en invoquant que le commerce était impossible avec la revendication, aux solutions primitives du droit français; en fait de meubles possession vaut titre. C'est là la formule de l'art. 2279 . Bel est le sens de cette formule ? Il convient de tirer de

B. Sens de l'art. 2279 du C.C.

l'art. 2279 tout ce qu'il est susceptible de donner. Or il y a, dans cet article, un alinéa 2 qui montre qu'il s'agit d'une exception par le "néanmoins" par lequel il commence: "néanmoins, dit en effet ce texte, celui qui a perdu ou à qui a été volée une chose, peut la revendiquer pendant trois ans etc..

Deux cas doivent être distingués

Il y a donc deux solutions données par l'art. 2279: l'al I suppose un dessaisissement volontaire, l'al 2. suppose un dessaisissement involontaire, par suite de perte ou de vol.

Examinons successivement ces deux hypothèses.

A) Cas du dessaisissement volontaire

A) Tout d'abord, le dessaisissement volontaire de la possession équivaut à la perte de la propriété, et le véritable propriétaire ne peut réclamer la chose au possesseur.

Conditions requises pour que la possession vaille titre

L'art. 2279 ne s'applique cependant qu'à certaines conditions. Il faut, pour que la possession vaille titre, que ce soit une possession présentant certains caractères, et, bien que le texte n'indique rien, bien que la formule semble absolue, il faut cependant dire que la propriété n'est acquise au possesseur que sous deux conditions dont l'une va de soi.

I° - Il faut qu'il soit en possession.

2° - Il faut que ce soit un possesseur de bonne foi .

I° Il faut qu'on soit en présence d'un véritable possesseur

I° Il faut tout d'abord qu'on soit en présence d'une véritable possesseur. Or un véritable possesseur doit être un possesseur non précaire, car un possesseur précaire est un détenteur. Il faut, en outre, que le possesseur, pour être véritable possesseur, ne possède pas d'une façon équivoque. Il convient de laisser de côté deux autres caractères de la possession savoir: que la possession doit être paisible et publique, car ces conditions sont incluses dans la condition de bonne foi.

c'est-à-dire non précaire

a) D'abord la possession ne doit pas être précaire. Le possesseur qui détient pour le compte du propriétaire n'est qu'un détenteur. La chose lui a été remise par le propriétaire, mais à charge de restitution. Il a reçu le meuble en vertu d'un contrat qui l'oblige à rendre. Il s'agit du dépôt du commodat ou du gage, avec ceci de particulier que ces trois situations au moins ne peuvent concerner que la possession mobilière, puisque le gage, le commodat et le dépôt ne peuvent concerner que des meubles.

Le possesseur pour le compte d'autrui peut

Le possesseur pour le compte d'autrui, le détenteur à titre précaire, peut cependant se voir réclamer la chose, par une action personnelle en restitution: cette action personnelle en restitution est-

Source : BIU Cujas

se voir réclamer la chose par une action personnelle en restitution

elle une véritable revendication ? On a beaucoup épilogué sur la question. L'action personnelle équivaut à la revendication, et on s'est demandé si, à côté de cette action personnelle, il ne fallait pas reconnaître une action en revendication? La cour de cassation, notamment, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 5 décembre 1893 (S. 1896-I-79) a déclaré que la revendication, au fond, n'avait rien à faire ici. L'art. 2279 ne met pas le possesseur d'objets mobiliers à l'abri d'une action en restitution, quand il est obligé personnellement à restituer, mais cette règle implique, pour l'auteur de l'action en restitution la charge de justifier un lien personnel. C'est dire que la revendication n'a pas d'application, puisqu'il existe une action personnelle. La revendication est comprise dans l'action en restitution. Cela n'est pas discuté.

Celui qui n'est pas un possesseur véritable peut, en cette matière faire un possesseur

Mais si le détenteur a aliéné le meuble, son acquéreur va pouvoir réclamer la qualité de possesseur véritable et ici il se mettra à l'abri de la règle en fait de meuble possession vaut titre.

Ainsi celui qui n'était pas un possesseur peut faire un possesseur. C'est un cas où l'on peut transférer plus de droits qu'on n'en a. C'est une exception à la règle nemo plus juris transfere potest quam ipse habet.

Cependant on pourrait trouver des cas dans lesquels la jurisprudence a reconnu un véritable droit à l'application de la maxime: en fait de meubles possession vaut titre, en présence d'un détenteur précaire. On fait allusion ici à un arrêt de la chambre civile du 11 mai 1898 (S. 1898-I-481).

Ainsi, l'application de la règle en fait de meubles, possession vaut titre ne vaut que pour un possesseur véritable, et un détenteur n'est pas un possesseur véritable?

La possession ne doit pas être équivoque

b) La possession ne doit pas être, non plus, équivoque. Ce vice est difficile à trouver en matière immobilière. Au contraire, pour la possession mobilière les exemples sont courants. La possession ne doit pas être équivoque, c'est-à-dire qu'il est nécessaire que l'existence de la vraie possession ne soit pas douteuse, que le possesseur ait l'attitude d'un propriétaire, et la jurisprudence décide, par des décisions nombreuses, que la possession des meubles est équivoque quand les meubles sont entre les mains d'une servante ou d'une concubine, après la mort du maître ou du concubin; la servante ou concubine prétend avoir reçu

Source : BIU Cujas

de la main à la main à titre de don manuel les valeurs mobilières de son maître ou de son concubin, mais la communauté d'habitation entre ces deux personnes amène une équivoque sur le fait matériel de la possession. On peut panser que la servante ou la concubine n'a reçu les meubles qu'à titre de mandataire, pour exécuter les volontés de son maître ou de son concubin, pour les remettre à des parents ou pour aller toucher les coupons. Il y a là un cas qui démontre que la possession doit être véritable, qu'elle ne doit pas être équivoque.

C'est là une première condition pour l'application de la maxime en fait de meubles possession vaut titre. Mais il est encore une autre condition qui est celle de la bonne foi. On peut y faire rentrer les deux caractères de possession paisible et de bonne foi.

2°) Il faut qu'il s'agisse d'un possesseur de bonne foi

2° La possession doit être debonne foi. Cependant la loi ne le dit pas. Mais c'est une solution traditionnelle, et puis on en trouve des applications dans un texte fondamental qui est l'art. 1141 du code civil. D'après ce texte, si la chose qui doit être donnée ou livrée à deux personnes successivement est purement mobilière, si une personne a vendu deux fois de suite le même meuble, on se demande lequel des deux acheteurs du meuble sera préféré. Ce sera celui qui a été mis en possession réelle. C'est lui qui demeurera propriétaire encore que son titre soit postérieur en date, pourvu que la possession soit de bonne foi. Donc quand le propriétaire d'une chose mobilière vend cette chose successivement à deux acheteurs, le deuxième acheteur sera propriétaire, bien que son titre soit postérieur, s'il est en possession, la loi dit "s'il est en possession réelle" mais il convient de dire "s'il est en possession", car s'il n'est pas en possession, il est seulement détenteur.

La condition de bonne foi est donc exigée et, pour résumer tout ce qui précède, on peut dire qu'en ce qui concerne l'art. 2279 al. I, pour le dessaisissement volontaire, la revendication des meubles est impossible, mais elle le devient sous forme d'action personnelle, contre le détenteur à titre précaire, contre les personnes qui ne sont pas de véritables possesseurs contrele possesseur de mauvaise foi.

Délai pendant lequel la revendication des meubles est exceptionnellement permise

Mais pendant combien de temps la revendication est-elle possible dans ces divers cas ?

Il n'y a pas ici de délai spécial. La revendication doit être possible pendant trente ans. C'est

Source : BIU Cujas

le délai le plus long de la prescription extinctive et le possesseur de mauvaise foi, notamment d'un meuble ne le conservera qu'après trente ans. En matière de possession mobilière sont applicables d'ailleurs les règles qui vont empêcher le possesseur précaire d'acquérir même après trente, car l'art. 2230 est applicable. Or, d'après l'art. 2230 du code civil, on est présumé posséder à titre de propriétaire; mais si l'on possède à titre de détenteur précaire, on ne peut changer de titre à soi-même (art. 2331).

Il faut rappeler aussi ici la règle de l'art. 2268 du code civil: on est toujours présumé de bonne foi. C'est à celui qui viendra exercer la revendication de prouver aussi bien le lien personnel qui fait du possesseur apparent un détenteur précaire que sa mauvaise foi.

b) Cas du dessaisissement involontaire

B) Examinons maintenant le cas du dessaisissement involontaire. La revendication est possible en ce sens qu'il n'y a pas à rechercher la qualité de celui qui détient le meuble. Peu importe qu'il soit véritable possesseur.

La revendication est possible pendant 3 ans ou pendant 30 ans

La durée de la revendication est limitée par le texte à trois ans. Cela ne vise pas les rapports du propriétaire véritable avec l'inventeur qui a trouvé la chose perdue ou avec le voleur, mais les rapports de celui qui détient et qui n'est ni un voleur ni un inventeur, car, à l'égard de l'inventeur et du voleur, la revendication est toujours possible, tout au moins pendant trente ans. Le délai de trois ans ne s'applique pas.

Toutefois la jurisprudence en cette matière n'est pas très nette et, dans des cas nombreux, à l'égard de l'inventeur elle applique le délai de trois ans. On l'a montré en étudiant l'acquisition des choses perdues.

Mais l'article 2280 vient apporter une restriction à cette règle. Il oblige le propriétaire de meuble perdus ou volés, à indemniser le véritable possesseur autre que l'inventeur ou le voleur, quand la chose a été achetée dans certaines conditions: " Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté"...

Quelle est la nature de ce délai de 3 ans ? Dans le délai de trois ans il faut voir non plus le

Source : BIU Cujas

délai de l'usucapion, mais une sorte de délai préfix et le grand intérêt c'est que la suspension de la prescription ne sera pas possible. Ce délai s'appliquera rigoureusement. C'est une solution très heureuse car elle limite les cas où la revendication des meubles serait possible.

Raisons qui justifient les dispositions de l'art. 2279 al.2

En résumé on peut dire que, pour les meubles dont le propriétaire s'est dessaisi volontairement, la possession équivaut à la propriété et ne permet pas la revendication quand la possession n'est ni précaire, ni équivoque, ni de mauvaise foi. On peut, au contraire, revendiquer contre le possesseur précaire, équivoque, ou de mauvaise foi, et on le peut sans autre limite que la prescription. Pour les meubles dont le propriétaire a été dépossédé involontairement, la possession n'équivaut à la propriété qu'après trois ans, quand le possesseur est de bonne foi, après trente ans quand il est de mauvaise foi sauf s'il y a achat dans les conditions de l'art. 2280, c'est-à-dire dans une foire ou un marché, dans une vente publique ou chez un marchand vendant des choses pareilles, auxquels cas il faudra qu'on rembourse au véritable possesseur non précaire, non équivoque et de bonne foi le prix d'achat.

Au fond toutes ces solutions se justifient par des notions d'intérêt pratique, par les besoins du commerce, par la nécessité d'une circulation rapide des meubles. Cette rapidité est indispensable au point de vue économique. Il faut que celui qui achète un meuble sache qu'il n'est pas exposé à le restituer, sauf dans les conditions de l'art. 2280. Mais la revendication mobilière n'existe pas dans notre droit en principe quand les conditions d'acquisition des meubles sont normales.

Après avoir indiqué que ces solutions sont admises dans toutes les législations, car si les textes diffèrent, les solutions sont les mêmes (l'article 730 du code civil suisse déclare en effet que le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire,) il faut en arriver au domaine d'application de l'art. 2279.

Domaine d'application de l'art. 2279

C. L'art. 2279 du code civil, d'après ses motifs même, est exigé pour la rapide circulation des meubles, mais ne doit s'appliquer qu'aux meubles corporels.

L'art. 1141 confirme cette interprétation, sous la formule de "choses purement mobilières", or qu'est-ce donc, sinon des meubles corporels. L'art. 1141 montre

Source : BIU Cujas

d'ailleurs que les meubles corporels seuls sont soumis à l'art. 2279. L'art. 2279 ne va pas s'appliquer aux meubles incorporels, ni aux universalités de meubles, et il ne s'applique pas aux meubles non soumis à circulation, aux meubles inaliénables, c'est-à-dire aux meubles qui font partie du domaine public.

L'art. 2279 ne s'applique pas aux meubles incorporels

a) L'article 2279 ne s'applique pas aux meubles incorporels, à la transmission des meubles incorporels, notamment des valeurs constatées par des titres nominatifs. Pour la transmission de ces valeurs, il y a des formalités exigées, que ce soit le transfert pour les titres nominatifs, ou l'endossement pour les titres au porteur. Partout où il y a un mode spécial d'acquisition, où il y a des formalités de publicité pour entraîner la possession de meubles incorporels, il faut dire que l'art. 2279 ne s'applique pas.

Mais si ces meubles incorporels redeviennent des meubles corporels, si, par leur forme même, ils redeviennent des titres au porteur, s'ils constante une créance dans des cas où elle est incorporée dans un titre, le titre au porteur redevient un meuble corporel et l'art. 2279 lui est applicable. Il en est ainsi également pour les titres qui représentent des marchandises.

Quand l'endossement nécessaire pour la transmission d'un titre à ordre est fait en blanc, la transmissionà titre à ordre, vaut transmission au porteur, grâce à l'endossement en blanc.

ni aux universalités mobilières

b) L'art. 2279 ne s'applique pas non plus aux universalités mobilières, mais s'il y a un fonds de commerce, on le considère comme une universalité de fait, et, depuis la loi du 19 novembre 1919, il y a des formalités exigées pour la transmission de ce fonds.

ni à certains meubles corporels

c) Enfin il y a des meubles corporels à l'égard desquels l'art. 2279 est inapplicable car des formalités spéciales sont exigées pour leur transmission. L'article 195 du C.Com. le dit pour les navires et il en est de même pour les bateaux de navigation intérieure, loi du 5 juillet 1917, ainsi que pour les aéronefs qui sont soumis à une immatriculation spéciale (loi du 21 mai 1924).

ni aux meubles immatériels

d) On pourrait encore rappeler que, pour le droit d'auteur, il faut distinguer l'oeuvre matérielle et le droit d'auteur. L'art. 2279 ne peut s'appliquer au droit d'auteur, en temps que droit pécuniaire et moral, mais il s'applique à l'oeuvre matérialisée.

Il conviendrait d'insister sur la revendication des meubles perdus et volés si on ne devait la retrouver au cours de droit commercial. Un meuble perdu ou

Source : BIU Cujas

Conditions dans lesquelles un meuble perdu ou volé peut être revendiqué

volé peut toujours être revendiqué contre le voleur ou contre celui qui l'a trouvé, et contre tout tiers possesseur, dans certaines conditions.

Contre le voleur ou l'inventeur de la chose mobilière, l'action est ouverte pendant 30 ans. Mais la revendication n'est possible que pendant trois ans contre le possesseur qui a obtenu la chose de l'inventeur ou du voleur, contre le véritable possesseur. Mais ces délais de trente ans ou de trois ans ne sont pas, au moins pour le second, de véritables délais de prescription. Pour le premier, on dit qu'il s'agit d'un délai de prescription, mais, pour le délai de 3 ans, c'est un délai préfix.

Régime spécial concernant les titres perdus ou volés

L'application de l'article 2280 aurait été trop grave pour les titres perdus ou volés. Leur propriétaire n'aurait eu, le plus souvent, aucun intérêt à les réclamer car s'il les réclame le propriétaire doit rembourser d'après l'art. 2280 au véritable possesseur le prix de la chose. C'est pourquoi, pour les titres vendus en Bourse, on a admis qu'il fallait faire exception et que celui qui déclare immédiatement la perte par une notification, par huissier, avec indication de la nature et du numéro de ces titres au débiteur, et à la Chambre syndicale des agents de change de Paris, pour qu'on publie sa déclaration au Bulletin des oppositions, pourra revendiquer les titres. Des lois ont précisé les conditions dans lesquelles cette revendication était possible (lois de 1872 et de février 1902). Ajoutons qu'il y a eu des réglementations spéciales au cours de la guerre 1914-1919, mais ceci ressortit du droit commercial.

Fondement de l'art. 2279 Thèse de la prescription instantanée

D. Il faut en terminer en examinant le fondement de l'art. 2279.

On a donné trois explications de l'art. 2279

1° Les uns ont dit qu'il s'agissait d'une prescription instantanée. La possession vaut propriété, parce qu'on acquiert immédiatement la prescription. C'est une prescription tellement rapide qu'il n'y a pas de délai.

Mais parler d'une prescription instantanée, n'est-ce pas contradictoire, puisque la pescription s'acquiert par le temps ? Il y a donc là une explication insuffisante. Du reste, c'est peut être moins la prescription que la volonté de la loi qui fait acquérir la propriété.

Théorie de l'acquisition par l'effet de la loi

2° C'est pourquoi une seconde théorie soutient que l'acquisition des meubles a lieu par l'effet de la loi. Mais est-ce ajouter grand chose ? Cela n'explique rien. Il est incontestable qu'il y a acquisition par l'effet de la loi. Mais pourquoi cette acquisition existe-t-elle ?

Source : BIU Cujas

Théorie de la présomption légale

3° - La jurisprudence dit qu'on est en présence ici d'une présomption légale. Le fait de possession crée une présomption légale de transmission antérieure. C'est une acquisition par l'effet de la loi, mais sa raison d'être c'est qu'elle fait présumer un titre antérieur, C'est une présomption absolue, juris et de jure.

Ces trois systèmes conduisent à des solutions différentes.

Conséquences différentes de chacun de ces systèmes

Si on admet qu'il y a une véritable prescription, il va falloir exiger le juste titre et la bonne foi. La bonne foi, on le sait, est une condition requise, mais le juste titre ne dérive-t-il pas du fait que la possession vaut titre ?

D'autre part, la prescription,on l'a vu, n'est pas acquise de plein droit, si c'est une véritable prescription, il faudra que le possesseur manifeste sa volonté. Au contraire si on admet que c'est une présomption légale, il n'y a pas besoin de se préoccuper des conditions de la prescription, il suffit que le possesseur soit de bonne foi, un titre putatif suffira, il n'y aura pas besoin de manifestation de volonté de la part du possesseur, le possesseur acquerrera de plein droit un droit à la propriété.

Chapitre III

LES MODES D'ACQUISITION DES DROITS REELS PAR L'EFFET DE LA VOLONTE

Modes d'acquisition des droits réels

L'acquisition des droits se manifeste au moyen d'un titre, contrat ou donation. C'est là le mode d'acquisition le plus fréquent, Mais on peut acquérir aussi les servitudes réelles par la destination du père de famille. Etudions donc, d'une part, l'acquisition des droits réels par le contrat, par la seule volonté des parties puis on étudiera la destination du père de famille.

Le contrat

Les obligations qui ont pour but la transmission de la propriété et des droits réelssont

La propriété des biens s'acquiert, dit l'article 711 du Code civil, par l'effet des obligations. Les obligations qui ont pour but la transmission de la propriété et les droits réels sont appelés obligations de donner. Il faut d'ailleurs faire attention au sens du mot donner. Ces obligations de donner sont celles par lesquelles une personne s'engage à transférer la propriété ou un droit

Source : BIU Cujas

appelées obligations de donner

réel. Elles transférent un droit réel déjà existant; elles peuvent aussi constituer un droit réel nouveau différent. Donner c'est ici le "dare" des jurisconsultes romains, c'est transférer un droit réel, le constituer et, puisqu'on envisage exclusivement la propriété, c'est transférer la propriété. Donc, les droits réels se transmettent par l'effet de la volonté des individus, par un accord de volontés entre celui qui est le propriétaire actuel, et celui qui va le devenir , quelle que soit d'ailleurs la forme de ce contrat; qu'il y ait vente échange, apport en société ou qu'il y ait donation contrat à titre gratuit.

Les textes qui posent dans notre droit ce principe du transfert de la propriété par le seul consentement des parties

Ce que l'article 711 dit, l'article 1138 le reproduit, sous une autre forme, en précisant, dans des formules qu'il fait bien comprendre (article 1138, al.1) que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, on disait autrefois "solo consensu". L'obligation de livrer est parfaite, c'est-à-dire qu'elle est accomplie , réalisée, consommée par la seule convention des parties. Il n'est pas besoin par conséquent , comme en droit romain, de la tradition. La tradition matérielle n'a pas à exister; la formation du contrat vaut exécution du transfert de la propriété et des droits réels. Il n'y a plus de tradition nécessaire en droit français. L'alinéa 1 de l'article 1138 vient le montrer nettement quand il dit que l'obligation de livrer la chose est parfaite, par le seul consentement des parties contractantes, et l'alinéa 2 quand il dit : elle rend le créancier propriétaire (elle est exécutée par le seul fait de la convention) et met les choses à ses risques dès l'instant oùelle a dû être livrée encore que la tradition n(en ait point été faite à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Par conséquent l'obligation de livrer rend le créancier propriétaire encore que la tradition n'ait pas été faite.

Cette idée est exprimée d'une façon très claire . Le seul consentement du propriétaire, la seule volonté du propriétaire actuel, transfère la propriété à celui qui accepte le transfert, cela suffit pour que la proriété soit transférée, le jour où le consentement des parties est donné, en matière de vente, pour prendre l'exemple le plus courant dès qu'il y a accord des parties, de l'acheteur et du vendeur, dès la conclusion du contrat.

Donc la volonté des parties suffit à transférer la prorpriété et les droits réels. Il suffit que le titulaire d'un droit réel consente au titulaire nouveau le

Source : BIU Cujas

transfert de ce droit réel, pour que ce transfert ait lieu.

Le code civil renferme d'ailleurs d'autres applications de la même idée mais il suffit d'y renvoyer car il n'y a qu'à lire les textes. L'article 1583 en matière de vente le répète ainsi que l'article 938 en matière de donation. Ces deux textes viennent préciser l'existence du transfert par le seul consentement des parties, "solo consensu".

Historique du principe

Le système romain était tout à fait opposé, et il est intéressant de montrer comment on est passé du système romain au système français. L'évolution des idées, en cette matière, est aussi curieuse que celle qu'on a examinée précédemment, en ce qui concerne la possession mobilière.

Le droit romain

Cette solution, si singulier que cela puisse paraître, a étéamenée par l'évolution de la solution inverse du droit romain. En droit romain, le simple consentement ne suffisait pas à transférer la propriété, Il fallait qu'il y ait un mode d'acquisition ,et il y a une distinction fondamentale à faire, en droit romain, entre le titre d'acquisition et le mode d'acquisition.

Il distingue le titre d'acquisition et le mode d'acquisition et exigeait l'un et l'autre pour le transfert de la propriété

Le titre d'acquisition c'est l'acte juridique en vertu duquel la propriété ou le droit réel est transmis, le titre c'est le contrat.

Mais ce titre ne suffit pas; il faut qu'il y ait un mode d'acquisition qui n'existe qu'en vertu de ce titre. et ce mode c'est, normalement la tradition. Ce n'est pas, bien entendu, le seul mode, mais il fallait au moins la tradition pour ne pas parler de la mancipatio Les contrats avaient la vertu unique de créer l'obligation de donner , mais il fallait exécuter cette obligation de donner. En d'autres termes, en droit romain, il y a une distinction entre le titre d'acquisition et le mode d'acquisition.

Mais comment a-t-on pu passer du droit romain à une solution directement contraire alors que nos anciens jurisconsultes étaient nourris des principes du droit romain ?

Les exceptions admises en pratique en droit romain au principe précédent

C'est que d'abord le droit romain avait admis des exceptions à la règle et, comme toujours, il les avait admises par des fictions. Or, la fiction existait pour la tradition. Il y avait des traditions fictives, il y avait la tradition brevi manu, le constitut possessoire et la tradition de longue main, La tradition brevi manu supposait que l'acquéreur était déjà en possession de la chose, mais à titre précaire, alors on lui changeait son

Les traditions fictives

Source : BIU Cujas

La traditio brevi manu

titre de possession par un contrat, un titre d'acquisition venait modifier complètement sa situation et de possesseur précaire, de détenteur précaire, on le rendait possesseur des biens. Il n'y avait pas de possession réelle, on réputait la tradition opérée par la volonté des parties.

Le constitut possessoire

Le constitut possessoire révèle une situation contraire, quand un individu propriétaire d'une chose l'aliène, mais la conserve en sa possession , en devenant possesseur pour le compte de l'acquéreur comme locataire ou dépositaire.

La traditio de longue-main

Quant à la tradition de longue main, elle avait un autre caractère. On admettait que la tradition n'était pas nécessairement matérielle, qu'elle résultait fictivement de la mise d'une chose à la disposition de l'acquéreur en matière de vente (remise des clefs) et dès l'instant qu'il y avait assentiment des deux parties, aucune difficulté ne pouvait être soulevée.

Remise des titres au donataire en matière de donation

Enfin, on a admis le transfert de la propriété par la remise des titres en matière de donation.

Dans tous ces cas, il n'y avait pas de tradition matérielle, réelle effective, On se contentait d'une tradition feinte; Le principe restait donc sauf, il y avait à la fois titre et mode de transmission. Cette transmission fictive intervenait pour remplacer le mode.

L'ancien droit

Notre ancien Droit conserva ces solutions ces tempérament à la nécessité d'une tradition, mais on se contentait de le dire, on conservait la distinction entre le mode et le titre d'acquisition, Mais il ne subsistait guère, au fond, que le titre. Théoriquement, la tradition était nécessaire, pratiquement elle ne l'était plus.

La clause de dessaisine saisine

Même, pour qu'il n'y ait aucune difficulté là même où il n'était pas question de tradition fictive, de tradition feinte, comme dans les 4 cas qui viennent d'être indiqués, le contrat, d'ordinaire le contrat de vente contenait une clause indiquée,par le praticien qui était la clause de dessaisine saisine. Elle consistait en une déclaration que le vendeur se considérait comme dessaisi de la possession. Cette clause était devenue de style. C'est une clause qui était toujours reproduite dans les contrats de même nature; il n'y avait pas de vente qui ne contint cette clause. La distinction du titre et du mode d'acquisition subsistait donc, en principe mais les deux phases de l'opération n'en faisaient plus qu'une. Il en résulte que même les auteurs de cette époque reconnaissaient que les opérations se confondaient et Loysel le dit : "on n'a pas plutôt vendu la chose qu'

Source : BIU Cujas

on n'a plus rien .

Le C.C. Il a supprimé du droit la nécessité de la tradition

Le Code civil a semblé apporter ici un principe nouveau. Il ne distingue plus le titre et le mode d'acquisition. En réalité, il n'a fait qu'accepter les solutions pratiques de l'ancien droit. Il n'a rien innové, il a semblé prendre les choses comme elles existaient en fait et les a transformées en droit. Là où il y avait confusion entre le titre et le mode, il a dit qu'il n'y avait plus besoin de tradition et n'a réclamé que le titre. le contrat en vertu duquel la propriété ou les droits réels sont transférés, il n'y a plus besoin de tradition

C'est ce qui fait que le législateur, dans l'article 1138, emploie l'expression qui a été signal"e, Sans l'évolution sus-mentionnée du droit il n'aurait pas eu besoin d'ajouter "encore que la tradition n'en n'ait point été faite". Ainsi la propriété se transfère par le seul consentement des parties.

Il faut préciser avec soin les conditions d'application de cette règle, et il faut en montrer les exceptions. Ceci formera une première partie, savoir les conditions d'application de la règle que les droits réels se transfèrent par le seul consentement, puis on fera la critique de ce principe, on montrera ses inconvénients et les remèdes que la loi y apporte.

1 - Conditions d'application de la règle que les droits réels sont transférés par le seul consentement des parties

1ère condition L'aliénateur doit être titulaire du droit réel qu'il transfère

Cette règle suppose des conditions bien précises. Il faut : 1° - que l'aliénateur soit réellement propriétaire, ou plus exactement titulaire du droit réel qu'il transfère. Ainsi le transfert de la propriété, en cas de vente de la chose d'autrui, ne peut s'opérer par le simple consentement des parties. Cependant la vente de la chose d'autrui est fréquente. Tout le commerce repose sur la vente de la chose d'autrui. C'est le cas notamment d'un industriel qui vend des objets fabriqués, alors qu'il n'a même pas les matières pour les fabriquer. C'est le cas de la vente à terme. Le transfert de la propriété, dans ce cas, ne s'opère pas par le seul consentement des parties. Il ne s'opérera que le jour où le vendeur de la chose d'autrui sera devenu l'acquéreur de la chose d'autrui, le jour où l'industriel aura acheté les matières premières nécessaires, et créé les produits. La volonté des parties ne fait, par conséquent, que créer une obligation de livrer . L'article 1138 l'indique dans l'al. 1 quand il dit que l'obligation de livrer la chose est parfaite

Source : BIU Cujas

par le seul consentement des parties contractantes.

Voilà la première condition. Au fond, elle est l'application de la règle : nemo plus juris transferae potest quem ipse habet.

2ème condition Il faut que la chose à laquelle s'applique le droit réel soit déterminée

2° - La seconde condition c'est que la chose à laquelle s'applique le droit réel soit déterminée. On dit souvent soit individuellement déterminée. En réalité il suffit de dire, soit déterminée, c'est-à-dire qu'on ne puisse pas substituer à la chose qui a été transférée une autre chose. Ainsi il faut que la vente porte sur un corps certain. Si elle porte sur une chose de genre, la propriété n'est pas immédiatement transférée, mais cela peut s'appliquer non seulement à une chose individuellement déterminée, mais à un ensemble de choses. Notamment quand on transfère une hérédité, l'hérédité peut comprendre des biens très divers, mais il y a un transfert immédiat de l'hérédité envisagée comme universalité juridique, car c'est une chose déterminée.

Pour les contrats qui portent sur des choses de genre, la transmission de propriété ne peut être immédiate. On vend 100quintaux de blé à prendre dans un tas; la vente est immédiate, mais le transfert de propriété n'est pas immédiat. On dit généralement qu'ici la règle romaine reprend son empire, que c'est seulement par la tradition que la propriété sera transférée. Il en est souvent ainsi, mais il n'en n'est pas nécessairement ainsi. Ce qui doit primer, c'est essentiellement la volonté des parties. En effet, le droit réel, en pareil cas, n'est pas transmis par la tradition, mais par l'effet déclaratif, ce qui compte c'est la condition de détermination. C'est toujours le titre qui transfère le contrat, mais seulement à partir du moment où la chose est déterminée. Ainsi il se peut très bien qu'il y ait transfert de propriété pour 100 quintaux de blé, à partir du moment de la séparation, lorsqu'on séparera les 100 quintaux, ils seront à la disposition de l'acheteur, et la convention peut stipuler que la transmission sera alors opérée que la séparation vaudra transmission. Il pourra être dit aussi que la transmission aura lieu à partir du jour où les 100 quintaux de blé seront chargés dans un wagon ou dans une gare, bien qu'il n'y ait pas une tradition réelle, c'est-à-dire une mise en possession effective de l'acheteur.

3ème condition Il faut que l'obligation porte sur une chose actuelle

3° - La troisième condition requise pour qu'il y ait transfert de la propriété par le contrat, par le seul consentement des parties, c'est que la chose ou l'obligation de donner porte sur une chose actuelle. La vente d'une chose future ne peut transférer la propriété La propriété sera transférée, au plus tôt, lors de la

Source : BIU Cujas

naissance de la chose. C'est le cas de l'industriel qui va fabriquer des produits, Un objet est vendu, il doit être créé. Il est impossible d'admettre le transfert régulier de la propriété, par la volonté seule des parties, Il peut s'agir d'un artiste qui doit faire un tableau. ce n'est pas par le seul consentement que la propriété peut être transférée, la propriété ne peut être transférée avant d'être faite.

Intérêts de cette condition

Ceci présente de grands intérêts pratiques. On examinera la question en 2ème année, sous une autre forme, mais il faut dès maintenant esquisser la question et faire un tableau restreint des effets de l'obligation de donner.

Prenons l'exemple d'un industriel qui doit livrer des produits fabriqués ou de l'artiste qui doit faire un tableau . Est-on en présence d'une vente ? Et surtout est-ce que la vente emporte l'obligation de donner ou obligation de faire ; est-ce une obligation de faire ?

Voici les différents intérêts de la question

Si c'est une obligation de donner, à partir du moment où le portrait est fait, la vente est opérée. Il en résulte , conséquence très importante qui est prévue par l'article 1138 du code civil, que les risques sont à la charge de l'acheteur. Il en résulte également que le vendeur actuellement n'a pas le droit de détruire le portrait ou de le changer, et on trouverait d'autres intérêts en matière de faillite.

S'il y a obligation de faire, alors il n'y a véritablement transfert de la propriété du tableau qu'à partir du jour de la livraison, et même les artistes disent à partir du jour du paiement. L'intérêt c'est que les risques restent à la charge de l'artiste, L'intérêt encore c'est que l'artiste, jusqu'à la livraison, peut faire ce qu'il veut et modifier le portrait.

Cas dans lesquels le principe du transfert de la propriété solo consensu est écarté

En général on dit qu'il y a obligation de faire, mais la volonté des parties pourrait dire le contraire, et puisque c'est une obligation de faire, c'est seulement la livraison qui entraînera transmission de la propriété du tableau et transmission des risques. Mais la volonté contraire des parties peut en disposer autrement.

1)Le principe du transfert de la propriété par le seul consentement des parties peut

En effet, il faut bien préciser les cas dans lesquels la propriété et les droits réels ne se transfèrent pas par le seul consentement. S'il plaît aux individus de faire un contrat, ils peuvent dire que la transmission des droits réels n'aura lieu que par la tradition. On respectera leur volonté car le principe

Source : BIU Cujas

être écarté par la volonté des parties

que la propriété se transfère par le seul consentement n'est pas d'ordre public. On peut donc décider d'admettre dans un contrat, que le transfert de la propriété ne s'effectuera que par la tradition. Ce n'est pas seulement le désir de se conformer au droit romain qui pourrait pousser à agir ainsi, il y a des cas où on est amené à faire un contrat de vente en disant que le transfert de la propriété ne sera réalisé que par la tradition. Voilà un individu, par exemple, qui achète un meuble ou un immeuble car c'est une bonne occasion dont il veut profiter. Du jour au lendemain, il ne peut pas vendre ses biens pour se procurer de l'argent. Il achètera alors l'immeuble en déclarant que la transmission de propriété n'aura lieu que dans un certain délai, car dans ce délai il pourra payer.

Il en est ainsi dans toute vente à terme. La stipulation d'un terme, en principe, doit faire décider que le transfert de la propriété est reculé jusqu'au terme. Ce qui peut être à terme ce peut être non pas le transfert de la propriété, mais le paiement du paix.

Voilà donc un premier cas où on n'appliquera pas la règle du transfert solo consensu.

2)Cas du don manuel

Un autre cas tout à fait particulier qu'il faut bien connaître c'est celui du don manuel, c'est-à-dire le cas où une libéralité est faite, de la main à la main, portant sur une chose mobilière, Il s'agit essentiellement de titres, de valeurs mobilières, ou de meubles meublants. Or le don manuel n'a d'effet que par la tradition. La convention, le contrat par lequel on doit transférer la propriété ne réaliserait pas ce transfert, s'il n'y avait une tradition. Une simple promesse de transférer la propriété d'un meuble, à titre de donation ne peut produire d'effets et en voici les conséquences.

Si on fait un don manuel, aucune formalité n'est nécessaire. Il n'y a pas besoin d'acte. Une tradition suffit. Il n'y a pas besoin comme le dit le code civil, d'acte notarié, d'état estimatif, Si plusieurs meubles sont donnés, s'il y a don manuel, de la main à la main, la tradition seule laisse supposer la volonté. On remet un meuble de la main à la main, on n'a rien à stipuler, On n'a pas à faire d'acte notarié ni d'état estimatif. Mais si on fait une simple promesse, le don manuel n'est pas réalisé. Il faut faire la promesse par un acte notarié. Il faut un état estimatif.

On voit l'intérêt considérable de la question car les dons manuels sont d'une application fréquente. Les dons manuels échappent au fisc et, dans certaines

Source : BIU Cujas

législationsétrangères on a voulu fixer un chiffre au dessus duquel les dons manuels ne seraient pas valables. La preuve du don manuel est d'ailleurs assez délicate à faire.

Donc la tradition est la condition essentielle. Il n'y a pas besoin de prouver la convention. La tradition suppose la convention, et s'il n'y a pas tradition, la promesse d'un meuble corporel n'a pas de valeur, car on ne l'aura pas faite avec un acte notarié, avec état estimatif

II - Mais il y a des inconvénients à ce transfert de la propriété et des droits réels par le seul consentement.

Inconvénients du principe du transfert des droits réels solo consensu

Le système de la constitution des droits réels par le seul fait de la volonté a , en effet, nécessité une législation spéciale qui est venue le compléter. Il suffit, a-t-on dit, du simple consentement des parties, mais comment les tiers seront-ils mis au courant? Si le simple consentement suffit, un individu ne va-t-il pas pouvoir vendre plusieurs fois la même chose, Et s'il s'agit d'un immeuble les créanciers chirographaires ou hypothécaires qui ont contracté, parce qu'ils s'imaginaient qu'il n'y avait pas d'autres droits réels que le leur, ne seront-ils pas trompés si la propriété et les droits réels se constituent par le seul consentement des parties ? Il y a donc un inconvénient très grand à ce système, mais une institution vient rendre tout à fait apparente la transmission de propriété. Pour la rendre publique, il y a des moyens différents selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles Notons que dans le droit romain cet inconvénient n'existait même pas car il y avait tradition. Elle existait néanmoins en raison de la tradition feinte.

Le grand remède à ces inconvénients réside dans la publicité des transmissions de droits réels

On aurait pu exiger une prise de possession effective? Il était plus simple d'exiger des mesures de publicité. Le remède par excellence a cet inconvénient de la clandestinité de la constitution des droits réels des ventes de droits réels c'est la publicité, c'est l'obligation d'accomplir certaines mesures de publicité des mutations de propriété. ou de droits réels. Ce système est celui du droit français , mais il existe un autre système qui est celui du livre foncier. Il est admis dans les législations étrangères, et en Alsace-Lorraine où il se combine avec le système français du transfert de la propriété par le seul consentement. Ainsi les inconvénients de la clandestinité peuvent être écartés par la publicité.

Pour les meubles corporels le transfert de la propriété n'est établi que par la tradition

Source : BIU Cujas

On n'étudiera pas la publicité en matière immobilière, car on en fera une partie spéciale. Mais pour les meubles il semble qu'y ait pas de publicité de cette nature. Comment pourrait-il y en avoir ? Les mutations mobilières sont nombreuses. Pour se renseigner sur la situation de tels meubles, comment faire ? et s'il y avait des moyens pour le faire arriverait-on à une certitude. Prenons un meuble qui passe de main en main, la preuve est impossible et si elle n'est pas accompagnée de tradition comment être sûr ?

Pour les meubles coporels, par conséquent il faut dire, et c'est revenir à l'article 2279 que le transfert de la propriété n'est sûr que s'il est accompagné d'une mise en possession.

Cas spéciaux dans lesquels il existe une publicité des transmissions mobilières

Il y a cependant des meubles pour lesquels une véritable publicité a été organisée. Ce sont des meubles qui ne sont pas soumis à l'application de l'article 2279. C'est d'abord le cas des navires pour lesquels il faut une mutation en douane et c'est le cas des bateaux de la navigation intérieure depuis la loi du 5 Juillet 1917 pour lesquels il faut une inscription au greffe du tribunal de commerce du lieu où ils sont immatriculés, puis il y a les aéronefs, loi du 31 Mai 1924, qui doivent être immatriculés sur des registres administratifs tenus par un fonctionnaire de l'aéronautique Chaque aéronef et chaque bateau de la navigation intérieure, chaque navire a un numéro d'ordre.

Cas des navires et des aéronefs

Cas des meubles incorporels

Si maintenant on passe aux meubles incorporels il y a également une formalité à remplir, à l'exception d des cas où les meubles incorporels , valeurs mobilières, sont transformés par leur mise au porteur, en meubles corporels. Prenons par exemple les créances proprement dites, les créances à personnes dénommées, les créances sur une personne constatées par un titre. Ces créances sont soumises à des règles spéciales de transmission. L'article 1690 du C.C. exige pour la transmission une signification au débiteur. On ne pourra transmettre une créance sur une personne qu'en notifiant la transmission de la cession de créance au débiteur, ou il faudra l'acceptation par le débiteur dans un acte.

Créances à personnes dénommées

Titres nominatifs et à ordre

Les titres nominatifs sont transmissibles par une formalité spéciale qu'on appelle le transfert. Il se fait par une inscription sur les registres du débiteur, Pour les titres à ordre, il faut un endossement, L'endossement réalise une sorte de transmission, avec cette exception que quand l'endossement est en blanc, il vaut titre au porteur.

Créances non échues

Les créances non échues, peuvent se transmettre, Quand elles portent sur un immeuble, elles sont

Source : BIU Cujas

soumises à publicité. C'est surtout la cession de loyers pour plus de trois ans qui est, d'ordinaire, sujette à transcription.

Brevets d'invention

Les brevets d'invention sont également soumis à des règles spéciales. Leur transmission exige un enregistrement de la cession au secrétariat de la préfecture du département où l'acte est passé.

Fonds de commerce

Enfin pour les fonds de commerce, la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce a établi des règles spéciales.

La destination du père de famille.

Ce que c'est que la destination du père de famille

Le mot de destination du père de famille semble assez singulier. On est en présence d'un mode d'acquisition spécial aux servitudes réelles. Mais malgré tout, dans cette hypothèse, il y a un contrat tacite si bien qu'on peut dire que la destination du père de famille est un mode de transmission des servitudes. Rappelons qu'il y a 3 modes d'acquisition des servitudes: le titre ou contrat, la prescription, la destination du père de famille.

Il y a destination du père de famille quand deux fonds qui ont été réunis entre les mains d'un même propriétaire se trouvent soumis à un rapport qui constituerait une servitude, si les deux fonds étaient disjoints. Puis les deux fonds sont séparés, le rapport doit être maintenu entre les deux fonds. La destination du père de famille suppose donc un immeuble ou deux immeubles qui sont entre les mains d'une même personne. Entre ces deux immeubles ou entre deux parties d'un même immeuble est établi un rapport qui, si les deux fonds étaient séparés, constituerait une servitude. Les deux fonds sont séparés: la servitude existe. Voilà un propriétaire d'immeuble. Il achète un immeuble à côté et il établit un aqueduc de l'immeuble ancien à l'immeuble nouveau. Ce propriétaire a établi une servitude entre les deux fonds. Il vend ses deux fonds à deux personnes différentes. Dans les deux actes, il n'est pas question de servitude. Cependant le propriétaire du fonds sur lequel l'eau est amenée peut réclamer une servitude, et on peut supposer que sur un seul fonds un propriétaire établisse un aqueduc; si le fonds est divisé en deux, il y a destination du père de famille.

Conditions requises pour qu'il y ait des-

Pour qu'il y ait destination du père de famille, il faut deux conditions.

Source : BIU Cujas

tination du père de famille

I) Il faut d'abord qu'il y ait deux fonds qui aient appartenu au même père de famille, et de cecila preuve en est faite par tous les moyens possibles. 2) Il faut que la preuve soit faite que c'est le propriétaire unique qui a mis les choses dans l'état où elles se trouvent. Il faut ici deux preuves, tout le monde l'admet: I° une preuve de la réunion des biens dans les mêmes mains et 2°une preuve de la destination établie par le père de famille. Il faut un père de famille qui possède les biens dans leur ensemble, et une destination établie.

3° A ces deux conditions il convient d'en ajouter une autre car on se rappelle que la servitude doit avoir une utilité. Donc l'état de chose établi doit être tel qu'il ait une utilité pour les deux propriétés. Un propriétaire, par exemple, achète deux maisons. l'une à côté de l'autre. Il ouvre une porte de communication entre les deux maisons. Puis il vend les deux maisons séparément. La porte n'a plus d'utilité pour chacun des propriétaires; donc bien qu'on ait prétendu qu'il y avait destination du père de famille, et que la servitude devrait subsister, il n'y a plus de servitude, car il n'y a plus d'utilité.

La destination du père de famille vaut titre

Quand ces conditions sont réunies, il y a servitude. C'est ce qu'on appelle la destination du père de famille. Elle vaut titre, dit le Code civil. La destination du père de famille est aussi efficace qu'un titre, mais l'art. 692 n'assimile pas entièrement le titre et la destination du père de famille. Ainsi pour la destination du père de famille on ne transcrit pas, tandis qu'un titre constituant une servitude est soumis à transcription.

Domaine d'application de la destination du père de famille

Enfin il faudrait envisager le domaine d'application de la destination du pere de famille. En cette matière se présente une question fameuse qui est celle de savoir si on doit exiger que les servitudes soient continues et apparentes ou non. Il y a en effet un conflit entre l'art. 692 et 694 du code civil. La solution admise par la jurisprudence est qu'il faut ajouter une autre condition pour la destination du père de famille, que la servitude doit être apparente s'il y a un titre écrit de séparation des fonds et qu'elle soit continue et apparente s'il n'y a pas de titre. On peut toujours acquérir une servitude apparente même discontinue par un titre, mais sans titre, on réclame l'apparence et la continuité.

Source : BIU Cujas

LA PUBLICITE DES ALIENATIONS DE DROITS REELS IMMOBILIERS.

Intérêt de la question

La transmission des droits réels s'effectue par le seul effet de la volonté des parties, mais il n'en est ainsi qu'entre les parties et, à l'égard des tiers, il faut quelque chose de plus. C'est que le transfert de la propriété, par le seul consentement des parties aurait, à l'égard des tiers, de grands dangers. On en a montré les remèdes, et le remède par excellence consiste dans l'organisation d'un système de publicité.

Historique de la publicité des droits réels immobiliers

Ce système de publicité a varié avec le temps, et il convient d'en montrer le développement.

L'ancien droit

Dans l'ancien droit, certains pays avaient organisé une publicité des mutations immobilières: c'étaient les pays de nantissement. Ils imposaient le devest et le vest, formalités qui consistaient dans le dessaisissement de l'un et dans une investiture donnée à un autre. Sous le régime féodal, toutes les terres étaient concédées par le propriétaire éminent, à charge de fournir certains services. Quand il y avait une mutation, un transfert du domaine utile, il fallait que le propriétaire éminent, le seigneur intervint, et il investissait le nouveau propriétaire, par le système du vest et du devest.

Le devest et le vest

Avec le temps, tout cela devint fictif et les mutations immobilières s'opèrent par un jeu d'écritures qui revèlaient une publicité, par le fait d'une inscription sur les registres d'un greffier. Cette formalité était absolument nécessaire. C'était une véritable investiture.

L'appropriance par bannies

Dans certains pays, en Bretagne, il y avait l'appropriance pr bannies, c'est-à-dire parban. Il y avait trois annonces officielles qui devaient avoir lieu le domanche, à 8 ou 15 jours d'intervalle. Ces formalités avaient été complétées par une inscription sur des registres spéciaux. Il y avait donc une publicité spéciale qui était faite le dimanche après la messe.

L'Edit de Colbert de Mars 1673

Mais, dans d'autres parties de la France, il n'existait aucune publicité. Les inconvénients de ce régime étaient tels que Colbert essaya d'organiser la publicité pour les hypothèques. Un Edit de mars 1673, oeuvre personnelle de Colbert, institua, dans les bailliages et les sénéchaussées, des greffes où devaient être enregistrées les hypothèques. A cette époque, en effet, tout acte notarié emportait hypothèque. Les hypothèques étaient donc très nombreuses et très importantes.

Source : BIU Cujas

Ce qui fit échouer la réforme ce fut l'entêtement des nobles qui craignaient que cela ne revélât la situation obérée de leur patrimoine; dès août 1674, Colbert dut céder, et l'Edit fut rapporté.

L'ancien droit connaissait l'insinuation des donations

Cependant, dans l'Ancien droit, les donations étaient soumises à publicité. On avait conservé le système de l'insinuation romaine et des ordonnances royales l'avaient adopté. Une ordonnance de 1731 de Daguesseau l'organisa même d'une façon telle que les rédacteurs du C.C. n'ont eu qu'à en reprendre les dispositions.

Le droit intermédiaire

C'était au Droit intermédiaire qu'il appartenait de faire la réforme. La législation révolutionnaire se montra ici très heureusement novatrice. Ce n'est pas une législation qui a été faite sous la pression des besoins, hâtivement préparée. C'était une organisation complète qui fut réalisée par deux lois: la loi du 9 Messidor an III et surtout la loi du 11 Brumaire an VII.

La loi du 9 Messidor an 3

La loi du 9 Messidor an III ne s'occupait que de la publicité des hypothèques. Il faut surtout y voir une manifestation, car on se demande actuellement encore si elle a été appliquée.

La loi du 11 Brumaire an 7

Au contraire, la loi du 11 Brumaire an VII conserva le système de la publicité hypothécaire, et l'étendit de la façon la plus générale aux droits réels. Elle admit que toutes les transmissions de propriété ou de droits susceptibles d'hypothèques devaient être transcrites que la publicité devait en être faite dans des conditions déterminées. Cette loi, qui elle devait être appliquée, établit la transcription pour les mutations de droits réels immobiliers, et l'inscription pour les hypothèques.

Voici quelles sont les deux grandes règles du droit intermédiaire. Mais il y avait une grande lacune qui subsiste encore d'ailleurs. On appliquait la formalité pour les actes translatifs, non pour les actes déclaratifs et seules étaient soumises à transcription les mutations de droits réels immobiliers susceptibles d'hypothèque. Mais la grande loi sur la transcription en matière hypothécaire a supprimé cette dernière disposition

Le système du C.C.

Lors de la rédaction du code civil, de profondes divergences se produisirent au sein de la commission chargée de préparer le projet. Partout, notamment au conseil d'Etat, les uns étaient partisans du système de la loi de Brumaire, alors que d'autres en montraient les grands inconvénients. La lutte ne cessant pas entre les partisans et les non partisans de la loi de Brumaire a

Source : BIU Cujas

VII, on dut voter des textes en réservant la question de publicité. C'est ainsi qu'on vota l'art. II38, la question de publicité étant réservée. On arriva à la vente et la preuve que la question fut réservée se trouve dans l'art. II40 du code civil qui déclare que " Les effets de l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre de la vente et au titre des privilèges et hypothèque". Lorsqu'on traite de la vente, les mêmes discussions reprennent. L'art. I583 est rédigé, mais on n'est pas plus avancé. On ne sait pas encore si on se prononcera pour la publicité ou non " la vente est parfaite entre les parties, dit en effet notre texte, et la propriété est acquise, de droit, à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé". On écarte encore une fois la question de savoir s'il y aura publicité. Enfin on arrive aux privilèges et hypothèques. Là il y avait deux textes, l'un qui semble écarter la publicité, l'autre qui l'admet nettement. Mais ici par un escamotage juridique le texte concernant la publicité disparut. De sorte que du principe, il n'est plus question. Mais comme on ne savait pas s'il y aurait transcription ou non, les partisans de la transcription obtenaient de temps en temps des succès. C'est ce qui explique qu'il y a des textes dans le code civil qui parlent de la transcription. On peut se demander de quelle transcription il s'agit, puisque nulle part n'en figure le principe.

Il n'avait conservé la transcription que pour les donations

Du moins avait-on conservé la transcription pour les donations. Là on s'était mis d'accord car la donation n'est pas très fréquente. Du moins aussi ne conserva-t-on la transcription qu'en matière immobilière. On reprit la formule de la loi de brumaire an VII". La donation dument acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition". Et l'article suivant dit que "quand il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèque, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés".

D'autres dispositions faisaient encore allusion à la transcription, c'étaient les art. I069 et I072 pour les substitutions. La substitution c'est simplement une donation faite à une personne, à charge de la rendre à une autre, qui lui sera substituée. Il y avait également

Source : BIU Cujas

des actes à titre onéreux où l'on parlait de transcription mais il était difficile de faire opérer une transcription de ces biens, puisqu'il n'y avait aucune transcription pour ces actes (art. 2I80-2I8I- 2I89 et 2I98.)

L'avis du conseil d'Etat du 11 Frucridor an I3

Après la promulgation du code civil, les inconvénients de l'absence de publicité apparurent et les anciens partisans de la publicité invoquèrent ces textes pour dire qu'au fond la transcription était toujours réclamée. La question fut posée au conseil d'Etat et un avis intervint pour déclarer qu'en princip la transcription n'était pas nécessaire dans notre droit. C'est un avis du 11 Fructidor an XIII. Il décidait qu'une mutation, une vente immobilière n'étaient pas nécessairement soumises à transcription. Sans doute, il ne disait pas cela nettement, mais il le disait indirectement. Il déclarait que l'inscription hypothécaire n'était plus possible à partir du moment de la vente. Or s'il y avait eu une publicité relative à la transcription, il aurait fallu dire que l'inscription hypothécaire n'aurait plus été possible, seulement à partir de la transcription.

Le système du code civil était certainement contradictoire et inconséquent, il était inconséquent de parler de transcription dans les textes et de ne pas l'organiser.

Le code de procédure civile

La transmission des droits réels immobiliers était occulte. Cependant, lors de la rédaction du code de procédure civile, on est encore dominé par l'idée de transcription et l'art. 834 dit, par exemple, qu'après la transcription de la vente, et même après un délai de 15 jours suivant la transcription de la vente en cas de saisie immobilière quand il y a eu adjudication d'un immeuble hypothéqué, les hypothèques ne seront plus reçues. Ainsi on protégeait les créanciers hypothécaires contre une fraude très simple consistant à créer de nouvelles hypothèques, postérieurement à la saisie, pour les inscrire rapidement et augmenter les dettes du débiteur saisi.

L'enquête de I84I

Il fallut attendre un demi-siècle pour que ces lacunes soient comblées. En I84I une enquête fut organisée. Elle fut très poussée car il y avait un malaise hypothécaire. Mais elle fut arrêtée dans son développement par la Révolution de I848. Cependant un projet fut préparé. Il en sortit seulement le décret loi de I852, sur les sociétés de crédit foncier.

La loi belge du 16 décembre I85I

Du moins faut-il reconnaître que cette enquête ne fut pas inutile puisque les Belges prirent les textes tels qu'ils étaient sortis des délibérations de la

Source : BIU Cujas

commission et adoptèrent une loi sur le régime hypothécaire qui modifia complètement la législation du code civil existant. C'est la loi belge du 16 décembre 1851.

La grande loi française en cette matière est celle du 23 Mars 1855

Heureusement quand on vit en France cette loi et ses heureux résultats on songea à légiférer. On ne réforma pas complètement le régime hypothécaire mais on établit définitivement la transcription des mutations immobilières par la grande loi du 23 mars 1855.

Cette loi sur la transcription en matière hypothécaire va véritablement restituer dans notre droit les règles et les conditions établies par la loi de Brumaire an VII. Elle n'apas innové. Elle a élargi, à tous points de vue, l'obligation de la transcription: non seulement elle l'a posée comme principe général, mais, par une sorte d'effet en retour, elle a élargi la transcription là où elle existait, en matière de transcription immobilière.

Lois du Ier mars 1918 et du 24 Juillet 1921

Depuis cette loi sont intervenues des transformations du régime des inscriptions hypothécaires et des transcriptions. Elles résultent de la loi du Ier mars 1918 pour les inscriptions, et, pour les transcriptions de la loi du 24 Juillet 1921 qui est venue modifier la loi de 1855, dans ses articles 13 et 14.

En cette matière, il convient d'examiner tout d'abord l'organisation de la publicité, puis son domaine d'application. Il restera alors à étudier la sanction du défaut de publicité et la valeur du système français.

Organisation du système de publicité
Le droit français connaît 3 procédés de publicité des droits réels
1) L'inscription
a) La transcription

I. Il y a trois procédés de publicité en matière de droits réels. Ils sont dans le code civil et dans la loi de 1855. Ces trois procédés sont 1° l'inscription - 2° la transcription - 3° les mentions.

L'inscription sert à publier les hypothèques et, comme on n'a pas à étudier le régime hypothécaire, on les laissera de côté en rappelant que l'inscription a été modifiée, dans son organisation par une loi du Ier mars 1918.

La transcription qu'il faut étudier ici est, comme son nom l'indique, en principe, la reproduction in extenso de l'acte qui constate une mutation immobilière. L'inscription, au contraire, n'est que la reproduction des parties essentielles d'un acte.

Modification apportée à la transcription par la loi de 1921

Mais s'il en était ainsi en 1804, ce régime de la transcription a été modifié par une loi du 24 juillet 1921. Dans le code civil, la transcription méritait vraiment son nom. C'était une formalité con-

Source : BIU Cujas

sistant dans la copie littérale des actes apportés au conservateur des hypothèques et il fallait que tout acte constitutif de droits réels, à titre gratuit et, depuis la loi de 1855 de droits réels à titre onéreux, fussent transcrits. La reproduction intégrale avait ses avantages. Il y avait certes bien des mentions inutiles, bien des clauses de style qui étaient toujours reproduites, mais au moins on avait l'ensemble du texte. Comme le conservateur devait faire la transcription sur les registres il y avait une personne responsable. Si la transcription était mal faite, le conservateur devait verser des dommages-intérêts au tiers qui avait subi un préjudice.

On faisait observer qu'il était naturel de faire une distinction entre l'inscription qui reproduisait les parties d'un acte, et la transcription qui reproduisait son intégralité. Ajoutons que les formalités pour l'inscription était faites par un homme de métier, par les notaires, et alors les inscriptions étaient toujours bien faites, alors qu'au contraire pour transcrire qui aurait pu dire ce qu'il fallait transcrire ? Les parties n'ont souvent pas une grande compétence, car si les actes importants de transmission immobilière sont passées devant notaire, il y a, en France , de nombreux actes de ventes immobilières qui se passent sans la présence d'un notaire. Avant la guerre, car depuis les statistiques manquent, on en comptait 80.000. En effet, pour l'échange d'une parcelle de terrain d'une valeur réduite, puisque souvent il s'agissait de ventes d'une valeur inférieure à 200 francs, les parties ne demandent pas à transcrire, car la transcription est très coûteuse.

La formalité de la transcription a été complètement changée par la loi du 24 juillet 1921. Cette loi a conservé le nom de transcription à l'opération, mais, en réalité, il n'y a plus de transcription. On demande aux parties une copie du titre, une expédition s'il s'agit d'un acte authentique ou d'un jugement, une copie s'il s'agit d'un acte sous-seing privé. Il en résulte que quand deux parties font une vente, il faut au moins 4 exemplaires. Il faut, en matière d'actes sous seing privé, un exemplaire pour chaque partie, il faut un exemplaire pour l'enregistrement, et pour les mutations immobilières, il faut un exemplaire pour la conservation des hypothèques. Il est d'ailleurs permis d'établir cet écrit dans des conditions qui laissent aux parties le soin de tirer quatre exemplaires en même temps. Il n'est pas besoin d'une copie manuscrite, une copie dactylographiée suffit. On remet deux exemplaires au conservateur des hypothèques, et l'un est revêtu

Source : BIU Cujas

de la mention de la transcription. Il faut qu'il n'y ait nu surcharge ni grattage. Un papier spécial est fourni par l'administration, et la responsabilité du conservateur en est complètement modifiée. Elle n'exist plus qu'en ce qui concerne le fait du dépôt puisqu'il se borne à recevoir le dépôt de l'acte, à constater la réception puis à réunir les différents actes qui lui ont été remis. C'est pour cela qu'il y a un papier de dimension spéciale. Quand il y a un certain nombre, entre I95 et 200 rôles de feuilles de papier écrits, le conservateur les relie ou les fait relier.

Il n'y a plus de responsabilité a raison de la transcription proprement dite. On parle toujours de la transcription, mais en réalité il s'agit d'actes déposés par les parties qui sont réunis en volumes.

3)Les mentions

Enfin les mentions constituent la troisième formalité. C'est la publicité relative aux jugements d'annulation ou de résolution (art. 4 de la loi de I855). Ces jugements sont publiés en marge de l'acte translatif antérieur qu'ils viennent de détruire. Il y a ici un publicité analytique qui se comprend très bien, en raison de l'existence du titre originaire annulé ou résolu. L'annulation ou la résolution sont simplement mentionnées et une responsabilité nouvelle intervient, c'est celle de l'avoué qui a obtenu le jugement. C'est lui qui doit faire opérer la mention et la jurisprudence ne revèle pas de cas d'omission de cette formalité par l'avoué.

Organisation de la conservation des hypothèques

Ces publicités sont effectuées par les soins du conservateur des hypothèques, au bureau de la conservation des hypothèques.

En I804 il y avait un conservateur par arrondissement. Un décret du 23 novembre I900 avait modifié les circonscriptions en matière hypothécaire, de sorte qu'il n'y avait plus identité entre l'arrondissement et la conservation des hypothèques. A Paris d'ailleurs, on avait organisé la conservation des hypothèques sur une autre base, car on jugeait, à cette époque, scandaleux les traitements que recevaient à Paris les conservateurs des hypothèques. Ils recevaient en effet parfois jusqu'à 200.000 francs or. On opposait bien que ces conservateurs avaient des responsabilités très lourdes, mais comme ils avaient utilisé l'assurance pour éviter les conséquences de leur responsabilité, cette charge n'était pas en réalité très importante.

Un décret du Ier octobre I926 est venu complètement modifier les arrondissements. On a voulu supprimer des rouages inutiles ce qui n'empêcha pas d'ailleurs de rétablir trois ans après ce qu'on avait supprimé. Quoi

Source : BIU Cujas

qu'il en soit en 1926 on a supprimé 90 conservations des hypothèques, et cette suppression semble devoir être définitive. Le conservateur des hypothèques ne se trouvait plus nécessairement là où il y a un tribunal d'arrondissement.

Les registres tenus par le conservateur des hypothèques

Le conservateur des hypothèques tient des registres qu'on appelle registres des formalités. Au fond il y a d'abord un registre des inscriptions hypothécaires, un registre des transcriptions et des mentions, un registre de dépôt qui permettra de constater dans la reliure, si le conservateur a bien suivi l'ordre des dépôts, et un répertoire méthodique qui permet de connaître par le nom des parties, les transcriptions, les inscriptions et les mentions.

En effet, dans notre droit, la publicité est personnelle. Elle ne se fait pas par immeubles, mais par nom des parties. Les noms des parties figurent au registre d'ordre où il y a une liste alphabétique et quand un état des inscriptions et des transcriptions est demandé, on doit indiquer le nom des précédents propriétaires pour que le conservateur puisse voir si ces précédents propriétaires étaient grevés d'inscriptions, et si l'immeuble a fait l'objet de transcriptions.

Heureusement, en cette matière il existe une limite: la prescription vient compléter l'oeuvre de la publicité par le fait qu'il n'est pas besoin de remonter trop loin dans le passé. Cependant on est parfois obligé de remonter assez loin, car on ne connait pas toujours des causes de suspension de la prescription, notamment entre époux. Cette suspension peut être très longue, puisqu'elle peut durer tant que dure le mariage.

Domaine d'application de la publicité

II. Il y a trois catégories de droits réels immobiliers ou d'actes constitutifs de droits réels immobiliers qui doivent être transcrits: ce sont les actes entre vifs et à titre onéreux constitutifs de droits réels immobiliers, puis les actes entre vifs portant donation d'immeubles, c'est-à-dire les actes entre vifs, à titre gratuit, les jugements de résolution et de nullité d'actes transcrits, enfin il y a certains actes de droits personnels, qui sont soumis à transcription. On laissera de côté les cas particuliers visés par des lois spéciales, comme la transcription de l'arrêté de classement d'un monument historique, ou la transcription d'un acte constitutif d'un bien de famille.

Actes entre vifs à titre onéreux constitutifs de droits réels

Un étudiera seulement tout d'abord la publicité qui est exigée par le moyen de la transcription pour les actes entre vifs à titre onéreux constitutifs de droits réels immobiliers. Ces actes sont énumérés dans les arti-

Source : BIU Cujas

immobiliers

cles I et 2 de la loi de I855. Ce sont tous les droits réels immobiliers qui sont soumis à transcription, mais seulement ceux dont les mutations sont constatées par un acte translatif. Ici il faut distinguer avec soin les actes déclaratifs et les actes translatifs.

a) Il faut qu'il s'agisse de droits réels immobiliers soumis à transcription

Il faut d'autre part qu'il s'agisse de droits réels immobiliers. Les droits réels immobiliers sont tous soumis à transcription à l'exception de l'hypothèque pour laquelle il y a l'inscription. Comme on a classé l'emphytéose parmi les droits réels immobiliers, il faut transcrire les actes qui constituent un contrat d'emphytéose. D'ailleurs même si on n'admet pas que l'emphytéose soit un droit réel, elle est néanmoins soumise à transcription car c'est un bail de plus de 18 ans.

Il n'est pas fait ici allusion à un droit un peu spécial dont on se demande si c'est un droit réel: le droit de rétention. C'est le droit qui est reconnu, dans certains cas, à un créancier de retenir un bien appartenant à autrui pour pouvoir réclamer le montant des frais faits sur la chose. La loi ne vise pas le droit de rétention, et on se demande s'il ny a pas là une lacune du droit civil. Quoiqu'il en soit, le droit de rétention sur un immeuble n'est pas soumis à transcription.

Il faut qu'il s'agisse d'autre part d'un acte translatif portant sur un immeuble. Une vente mobilière n'est pas soumise à transcription. Or il y a des cas où on se demande si on est en présence d'une vente mobilière ou immobilière. Pour l'exploitation de certains minéraux, au lieu de demander une concession de mines, notamment pour les bauxites dont on tire l'aluminium, les contrats passés sont des contrats de cession du droit d'extraction du minerai, moyennant le versement d'une certaine somme à la tomme extraite. Y a-t-il là vente d'un immeuble ou d'un meuble ? Il semble qu'il y ait vente d'un meuble, car la vente se réalise vraiment après l'extraction et à partir de l'extraction, il s'agit d'un meuble. La jurisprudence semble distinguer. Pour que les droits des tiers ne soient pas sacrifiés, elle prétend que c'est une vente mobilière entre les parties, et immobilière à l'égard des tiers. En effet c'est une vente d'une partie du sol. Il y a une diminution dans la masse du sol et la conséquence en est que ces opérations sont soumises à transcription.

b) Il faut qu'il s'agisse d'un

La seconde condition requise pour qu'on soit en présence d'une opération rentrant dans cette caté-

Source : BIU Cujas

acte translatif

gorie c'est qu'il s'agisse d'un acte translatif. Un acte translatif c'est essentiellement une vente, mais ce peut être une promesse de vente, un échange, une dation en paiement, l'apport en société d'un immeuble et il y a des cas où il faudra transcrire un contrat de mariage, lorsqu'il s'agit de l'apport d'un immeuble en communauté.

Les actes translatifs en dehors des contrats sont les renonciations à des droits réels et les jugements d'adjudication. Mais la transcription ne vise que les actes translatifs.

Les actes déclaratifs ne sont pas soumis à transcription. Quand un partage a lieu, et que l'un des co-partageant obtient un immeuble dans son lot, c'est un acte déclaratif: il n'y a pas lieu à transcription, de sorte que les mutations qui se font à la suite des décès ne sont pas soumises à transcription, et si, à la suite de la mort de leur père, les enfants doivent partager, et du fait qu'il n'y a pas un nombre d'immeubles égal à celui des enfants, sont obligés de vendre en justice, l'adjudication sur licitation est un acte déclaratif qui ne donne pas lieu à transcription, si c'est un cohéritier ou un co-partageant qui est adjudicataire. Au contraire, c'est un acte translatif si l'adjudication est faite au profit d'un tiers.

2) Actes translatif à titre gratuit portant sur des immeubles

Les actes translatifs à titre gratuit portant sur des immeubles sont également soumis à transcription. C'est le cas des donations (art. 939) et des substitutions. Tandis que le code civil n'exigeait la transcription que pour les droits réels susceptibles d'hypothèques, la loi de 1855 a imposé la transcription des donations, en matière immobilière, dans tous les cas.

3) Jugements de résolution d'annulation et de rescision

Il y a enfin les jugements de résolution, de nullité et de rescision (art. 4 de la loi du 23 mars 1855). Cette loi impose la mention de la nullité ou de la résolution en marge de l'acte résolu ou annulé.

Il y a enfin certaines transmissions qui sont soumises à transcription. C'est le cas des baux de plus de 18 ans et des cessions de loyers de plus de trois ans (articles 2 - 4 et 5 de la loi du 23 mars 1855).

4) Baux de plus de 18 ans et cessions de loyers de plus de 3 ans

Au fond il est toute une série d'actes qui ne sont pas soumis à transcription. Ce sont tous les actes translatifs à cause de mort qui portent sur des droits réels immobiliers, qu'il s'agisse d'une succession ab intestat, testamentaire ou contractuelle, c'est-à-dire que les institutions contractuelles de l'art. 1082 du code civil ne sont pas soumis à transcription. C'est en second lieu, les actes déclaratifs comme le partage, la transaction, qui ne sont pas soumis à transcription, bien que portant sur des immeubles. Enfin ce sont les

Source : BIU Cujas

Les actes qui ne sont pas soumis à transcription

actes confirmatifs qui viennent confirmer une nullité relative en matière immobilière. Il n'y a pas à transcrire non plus les baux de moins de 18 ans.

Il reste à voir la sanction de ces conditions de la transcription.

Les effets de la transcription

La transcription opère le transfert de la propriété à l'égard des tiers. C'est là son but essentiel. Pour les mutations immobilières, les transmissions de droits réels et les constitutions de droits personnels dans les cas où le dépôt est exigé, la seule convention opère le transfert de droit entre les parties mais pour que l'opération acquiert pleine valeur à l'égard des tiers, elle doit être transcrite.

La transcription a encore d'autres effets. Elle est la première formalité exigée quand un individu veut débarrasser un immeuble des hypothèques, opérer la purge des hypothèques. Pour payer il faut d'abord transcrire (art. 2181 C.C.).

La transcription permet aussi la prescription de 10 à 20 ans des hypothèques et des privilèges sur les immeubles (art. 280 al. 4).

Enfin la formalité du dépôt arrête le cours des inscriptions hypothécaires, art. 6 de la loi de 1855.

Sanction du défaut de publicité. Distinction des effets de la vente inter partis et à l'égard des tiers

La transcription, en droit français , n'est pas absolument obligatoire. Le principe du transfert par le seul consentement domine notre droit. On sait qu'il est posé par l'art. 1138 du code civil mais le transfert n'est opposable aux tiers qu'à condition de faire la transcription.

En l'absence de transcription, même si la transcription n'est pas accomplie par la faute du conservateur des hypothèques le transfert ne vaut qu'entre les parties et le défaut de transcription aura pour effet de permettre aux tiers de l'invoquer. En fait d'ailleurs il faut reconnaître que, pour beaucoup de ventes, en France, la transcription n'a pas lieu, bien que la vente ne produise des effets complets qu'en cas de transcription. Mais les parties reculent devant la transcription, souvent, en raison des frais qu'elle entraîne. Les parties vont seulement à l'enregistrement acquitter les droits de mutation qui sont maintenant de 17.15 % alors qu'au début de l'année ils étaient encore de 25 %. La lourde charge fiscale que représente la transcription empêche souvent qu'elle soit opérée. Il en était ainsi surtout avant la loi de 1900, alors que le droit de transcription était le même pour un immeuble d'une valeur considérable et pour un immeuble représentant une faible valeur. Au contraire, depuis la loi du 27 juillet 1900, le droit de transcription est proportionnel. Il n'écrase plus, par conséquent, la vente de

Source : BIU Cujas

petites parcelles et, depuis la loi du 27 novembre I9B qui a permis l'échange de parcelles en vue du remembrement des propriétés rurales, on a vu des transcriptions plus fréquentes opérées d'une façon courante, pour de tous petits immeubles, afin d'assurer le remembrement des propriétés foncières.

La sanction du défaut de publicité des mutations immobilières est double:

La sanction du défaut de publicité est double, dans notre droit. C'est d'abord la sanction du défaut de mention, puis c'est la sanction du défaut de transcription.

I)Sanction du défaut de mention

La mention est requise pour porter à la connaissance des tiers les jugements de nullité et de résolution. Elle est établie par l'article 4 de la loi du 23 Mars I855.

Elle consiste dans une amende à la charge de l'avoué négligent

Si la mention n'a pas été effectuée, l'article 4 prononce seulement une amende contre l'avoué négligent. Il faut y ajouter des dommages-intérêts, si un préjudice a été causé. La sanction du défaut de mention n'est donc pas la même que la sanction du défaut de transcription, l'inopposabilité aux tiers. Le jugement, en l'absence de mention, est valable mais il peut y avoir des dommages intérêts dus si les tiers souffrent du défaut de mention.

Il faut reconnaître d'ailleurs que les avoués ne manquent pas d'opérer ces mentions, et les critiques qui sont adressées au législateur pour ne pas avoir établi une autre sanction manquent, en fait, de base car, en fait, il y a toujours mention des jugements de nullité et de rescision.

2)Sanction du défaut de transcription

Il faut en arriver maintenant au défaut de transcription. La sanction du défaut de publicité est établie ici par la loi du 23 mars I855 dans son article 3.

Inter partes la vente est parfaite solo consensus

Entre les parties, malgré la non transcription la vente produit tous ses effets. L'article II38 le dit: "l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes". Il en résulte que, par l'effet de la vente, l'acheteur est devenu propriétaire: il peut exiger la délivrance de l'immeuble. Il en résulte encore que les tribunaux compétents pour statuer sur les difficultés entre les parties seront les tribunaux du lieu de la situation. Si la vente n'a pas été transcrite, et que l'acheteur vient à décéder, ses héritiers recueilleront tous ses droits, ils seront propriétaires à l'égard du vendeur comme à l'égard des héritiers du vendeur. On applique seulement la règle d'après laquelle les ayant-cause à titre universel de l'acheteur ont tous les droits de l'acheteur, de même que les ayant-cause à titre universel du vendeur ont toutes les obligations du vendeur. Mais la vente n'étant pas transcrite

Source : BIU Cujas

les parties ont la possibilité de revenir sur l'opération.

Il y a évidemment là un gros inconvénient c'est que le fisc redemandera un droit de mutation. On a vendu, on revend, il faudra payer deux droits. Il faut cependant signaler le cas d'une loi de finance du 28 avril 1816 article 43. Ce texte dit qu'il n'y a lieu de payer qu'un droit fixe de deux francs, en cas de resiliement pur et simple fait par acte authentique dans les 24 heures . Dans ce cas le droit de mutation ne sera pas payé deux fois.

A l'égard des tiers le transfert des droits réels immobiliers n'est opposable que s"il y a transcription et à partir de la transcription

Mais, à l'égard des tiers, le transfert des droits réels immobiliers n'est opposable que s'il y a transcription, et à partir de la transcription.

Mais quels sont ces tiers ?

Chaque fois que ce mot est employé par le législateur il faut déterminer son sens , car, presque toujours, il a des sens différents. Les tiers varient selon la nature des opérations en cours.

Détermination des tiers au sens de la loi du 23 mars 1855.

Quels sont donc les tiers ? D'après l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 " Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservé en se conformant aux lois".

Le principe posé par l'art.3 de la loi du 23 mars 1855

Ainsi on ne peut pas opposer aux tiers les actes non transcrits, mais ne semble-t-il pas que les tiers peuvent invoquer ces droits, de sorte qu'il y a, en principe, une option à exercer pour les tiers ? Mais en fait, toujours les tiers ont intérêt à ce que le droit n'existe pas et à soulever, par conséquent l'inopposabilité.

Conditions requises pour l'application de l'art.3 de la loi de 1855

L'application de l'article 3 exige deux conditions auxquelles il faut ajouter une troisième. Mais, par contre, il faut en écarter une quatrième, qu'on indique parfois.

Il faut tout d'abord qu'il s'agisse de tiers ayant un droit sur l'immeuble. Il faut, en outre,que ce soit un immeuble soumis à publicité, puisque l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 parle de la conservation de ce droit, conformément à la loi. Cette publicité ne concerne pas seulement les transcriptions, mais même les mentions. La troisième condition c'est que le tiers en question et son adversaire tiennent leurs droits du même auteur.

Mais il faut écarter une dernière condition qui est une condition négative, car on pourrait citer beaucoup de conditions négatives et, en réalité, il n'y a de conditions que les conditions positives. Cette condition négative c'est que le tiers qui oppose le défaut

Source : BIU Cujas

de transcription n'ait pas précisément été chargé de la faire. Un tuteur par exemple aurait dû transcrire l'achat d'un immeuble d'un mineur. Il n'opère pas la transcription. Il ne peut invoquer le défaut de transcription car on ne peut se faire à soi même un droit là où on avait une obligation à accomplir, on ne peut se créer d'avantages juridiques par sa propre faute.

Reprenons ces différentes conditions.

I) Il faut qu'il s'agisse d'un droit sur un immeuble

Il faut tout d'abord qu'il s'agisse d'un droit sur un immeuble.

Le donataire peut opposer le défaut de transcription

Un acheteur, un acquéreur de la propriété d'un immeuble, un acquéreur d'usufruit, de servitudes, puisque, d'après M. Hémard il n'y a que des servitudes réelles, un emphytéote, un créancier hypothécaire ou antichrésiste, sont certainement des tiers ayant un droit sur l'immeuble. Mais il y a des personnes pour lesquelles un doute peut s'élever. Un donataire d'un immeuble, est-il un tiers ? Certes un donataire a bien sur l'immeuble un droit, et ce droit il est obligé de le soumettre à transcription, mais , en général, iln'a pas intérêt à opposer le défaut de transcription.

Au contraire les créanciers chirographaires ne sont pas des tiers au sens de la loi de 1855

De même les créanciers sont-ils des tiers ? Les créanciers hypothécaires sont certainement des tiers, mais les créanciers chirographaires ne doivent pas être considérés comme des tiers. Les créanciers chirographaires ont suivi la foi de leur débiteur; ils n'ont pas un droit sur tel immeuble plus que sur tel autre, ils ont un droit qui s'étend sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur. Les créanciers chirographaires n'acquièrent aucun droit fixé sur un immeuble déterminé, ils restent des ayant-causes à titre universel du vendeur et, par conséquent, ils ne sont pas des tiers. Qu'il y ait une lacune du droit français, c'est possible, car les créanciers chirographaires sont sacrifiés. Malgré tout, il n'y a aucun doute; ils ne sont pas des tiers. Ils peuvent cependant le devenir quand ils acquièrent un droit sur un immeuble, par rapport à cet immeuble.

Cas exceptionnels où les créanciers chirographaires deviennent des tiers

Il en est ainsi en cas de mort du débiteur, suivie de séparation des patrimoines. Les créanciers, les légataires, en vue de protéger le patrimoine du défunt, ont le droit de demander la séparation du patrimoine du défunt qui est solvable du patrimoine de l'héritier qui ne l'est pas. A partir de ce moment, les créanciers chirographaires bénéficient de la séparation des patrimoines sorte de privilège immobilier soumis à inscription; ils deviennent des créanciers privilégiés, et à partir de ce moment, ils sont des tiers.

Il en est de même en cas de faillite du débiteur.

Source : BIU Cujas

L'article 490 du Code de commerce donnant à la masse des créanciers de la faillite une hypothèque qui frappe tous les immeubles du débiteur failli, à partir du moment où il y a une hypothèque inscrite, les créanciers de la faillite deviennent des créanciers hypothécaires, mais ce n'est pas, à proprement parler, une exception, puisque les créanciers hypothécaires sont toujours des tiers.

En cas de saisie immobilière, faut-il admettre, à partir de la transcription du procès-verbal de saisie, que les créanciers chirographaires sont des tiers ? Il y a là une certaine publicité, celle que réalise la transcription du procès-verbal de saisie au greffe de la conservation des hypothèques. Mais la jurisprudence semble voir là un cas où les créanciers chirographaires ne deviennent pas des tiers. S'il en était autrement, un créancier, quand il n'a aucune hypothèque , aurait le plus grand intérêt à saisir l'immeuble. Mais, en réalité, quand un créancier hypothécaire a la possibilité de saisir c'est qu'il a un titre exécutoire et, si c'est un jugement, il a l'hypothèque judiciaire. Malgré tout, la jurisprudence continue à maintenir cette solution, et les créanciers chirographaires qui transcrivent le procès-verbal de saisie ne deviennent pas des tiers.

Il faut qu'il s'agisse d'un droit soumis à publicité et conservé en se conformant aux lois

La seconde condition requise pour être un tiers, d'après la loi du 23 mars 1855, c'est que la personne qui a un droit sur l'immeuble possède un droit soumis à la formalité de la publicité, et qu'elle l'ait conserv Ce que la loi montre bien, c'est que, pour les tiers, elle entend régler un conflit de publicité, et non un conflit d'intérêts. Il y a un droit sur un immeuble. Ce droit ne confère la qualité de tiers que s'il s'agit d'un droit soumis à publicité , et est conservé conformément aux lois.

Les intéressés qui sont exclusde la qualité de tiers par cette conditiode tiers, certains intéressés.

C'est d'abord tous les locataires dont le droit résulte d'un bail ayant moins de 18 ans, car s'il a plus de 18 ans il est soumis à publicité, et le locataire rentre dans la catégorie des tiers.

Les locataires dont le droit résulte d'un bail de moins de 18 ans

Un propriétaire apparent loue son immeuble. Après coup, le locataire s'aperçoit que son bailleur n'était pas propriétaire, car il avait déjà vendu l'immeuble. Avant que la vente ait été transcrite, le locataire n'ayant rien à faire transcrire ne peut opposer le défaut de transcription. Au contraire, s'il s'agissait d'un locataire de plus de 18 ans qui a requis la transcription, il pourrait opposer le défaut de transcription de l'acte d'acquisition de l'acheteur. Il a transcrit, il oppose

Source : BIU Cujas

son droit résultant de la transcription à celui qui n'a pas opéré la transcription.

Le cessionnaire de loyers de moins de 3 ans

De même le cessionnaire de loyers pour moins de trois ans ne pourrait opposer le défaut de transcription. Au contraire, pour le cessionnaire de loyers pour plus de trois ans il y a transcription, par conséquent il n'y a pas de difficulté.

Les légataires particuliers

Les légataires particuliers ne sont pas non plus des tiers au sens de la loi de 1855. La solution parait singulière puisque le donataire d'un immeuble est un tiers. Il n'a souvent pas intérêt à opposer la transcription, mais c'est un tiers. Par exemple un immeuble dont le défunt avait disposé par testament avait été vendu par lui, avant son décès. L'acheteur n'a pas transcrit. Le légataire ne peut opposer le défaut de transcription, car les libéralités à cause de mort que réalisent les legs ne sont pas soumises au régime de la publicité. Le légataire particulier ne satisfait pas à l'exigence de la deuxième condition.

En réalité, il faut peut être faire une distinction et il y a deux hypothèses à retenir, car il est un cas où la question ne peut se poser. Supposons que le défunt ait commencé par faire son legs, et qu'il ait ensuite vendu. La question ne peut se poser car le Code civil dit que la vente d'un bien, après le legs fait, entraîne révocation du legs. Quand on a commencé par faire un legs, par testament, lequel n'aura d'effet qu'au decès du testateur, le fait de vendre l'objet du legs vaut révocation, et la question ne se pose pas. Elle se pose dans le cas où ma vente a précédé le legs. Il y a vente, puis le vendeur lègue l'immeuble et l'acheteur ne transcrit pas. Le légataire ne peut se prévaloir du défaut de transcription: il n'est pas un ayant cause à titre universel, un légataire universel ou à titre universel, c'est un ayant cause à titre particulier. Il a bien un droit sur l'immeuble, mais ce droit n'est pas soumis à transcription. Il ne pourra donc opposer le défaut de transcription. Au contraire, le donataire à titre particulier est un tiers.

Il faut être un ayant-cause d'un même propriétaire

La seconde condition pour pouvoir réclamer la qualité de tiers et invoquer le défaut de transcription c'est qu'il faut être un ayant-cause d'un même propriétaire.

Cette condition ne figure pas dans la loi du 23 mars 1855. Cependant aucune difficulté ne doit exister à son égard. Ce que la loi de 1855 a voulu régler c'est le conflit entre les ayant-causes d'une même personne. Elle a voulu aider ceux auxquels pouvait por

Source : BIU Cujas

ter préjudice une aliénation commise par leur auteur. Elle n'a pas cependant repris la formule de la loi de Brumaire an VII qui indiquait notamment qu'il fallait avoir le même auteur. Mais l'article 26 de la loi de Brumaire an VII avait une portée très limitée. La loi parlaitseulement des ayant-cause du vendeur dont les droits n'étaient pas d'origine contractuelle, mais délictuelle, et, répétant cette formule de la loi de Brumaire an VII, la loi de 1855 a entendu élargir cette règle et permettre d'opposer le défaut de transcription, non seulement par les ayants-cause du vendeur d'origine contractuelle, mais par tous les ayan cause du vendeur. Supposons l'acheteur d'un immeuble qui a négligé de faire la transcription après vente, il se trouve un nouvel acquéreur de bonne foi. C'est un possesseur qui a acquis du non propriétaire, en vertu d'un titre régulier. L'acheteur vend l'immeuble. Le possesseur ne pourra repousser l'action en revendication, en invoquant le défaut de transcription, car ce ne sont pas des auteurs d'une même personne, il n'y a aucun lien entre eux et le défaut de transcription ne peut être opposé que par des personnes ayant un lien entre elles, tenant leur droit du même auteur.

Il ne peut s'agir d'un tiers qui était obligé d'opérer la transcription

On ne suppose pas, bien entendu, le cas d'un tiers qui est bien un tiers, mais qui était obligé de faire opérer la transcription. On a cité à cet égard le cas du tuteur mais on pourrait également supposer l cas du mari obligé de faire transcrire la vente consentie à sa femme. On applique ici une règle qu'on ne trouve qu'en ce qui concerne les actes gratuits l'art. 941 du code civil. C'est l'application du principe d'après lequel on ne peut, par sa faute, se créer une supériorité juridique.

Les conflits de propriété se règlent d'après une question de date

Il va de soi que quand la transcription aura été opérée, il pourra y avoir des conflits de propriét qui se règlent d'après une question de date. Quand il y a deux personnes ayant opéré la transcription, qu tiennentleurs droits d'un même auteur, celle qui l'emporte c'est celle qui a fait transcrire la première. Quand il y a conflit entre inscription et transcription, c'est la première effectuée qui l'emporte. Un cr ancier hypothécaire aura donc tous ses droits conservé s'il a inscrit son hypothèque avant la transcription constant l'aliénation par le propriétaire. Au contraire ses droits seront annihilés s'il inscrit l'hypothèque après l'inscription.

Telle est la sanction du défaut de publicité d droit commun, mais il y a un régime particulier pour le donations.

Source : BIU Cujas

Le Régime particulier aux donations

Les donations, dès I804, étaient soumises à transcription, car on avait reproduit ici la solution de l'ancien droit, formalité remontant au droit romain, et consistant dans l'insinuation. Or ici on va voir que la situation a changé. Le tiers ici, ce n'est plus celui qui réunit les conditions indiquées pour être tiers, conformément à l'article 94I du C.C., c'est toute personne qui a intérêt à opposer le défaut de transcription. L'art. 94I excepte, dans les cas indiqués, les personnes chargées de faire faire la transcription ou leurs ayants-cause et le donateur.

Le tiers c'est toute personne intéressée à opposer le défaut de transcription

Ainsi, contrairement à ce qu'on a vu pour la loi de I855, ce n'est plus ici un conflit de publicité, mais d'intérêts. Les personnes qui peuvent invoquer le défaut de publicité de la donation ce sont tous les tiers intéressés. Il va en résulter qu'il n'y a plus à exiger les deux premières conditions. Il n'y a plus besoin d'un droit sur un immeuble, ni d'un droit soumis à publicité, il suffit d'être un ayant cause de la même personne. Quant à la 4ème condition elle subsiste puisque c'est l'art. 94I même.

Parmi les tiers vont donc figurer les créanciers chirographaires du donateur, les légataires particuliers il n'y a aucun doute puisqu'ils ont un intérêt.

La difficulté existe pour les ayants-cause à titre gratuit du donateur autres que les légataires particuliers. La question reste discutée.

Jugement critique de la valeur du système français

Mais il faut apprécier la législation française en matière de transcription, de publicité des droits réels immobiliers.

Il semble que le régime de la publicité, tel qu'il est organisé par le code civil et par la loi du 23 mars I855 permette de connaître la plupart des droits qui peuvent être conférés par un propriétaire sur un immeuble lui appartenant. Mais est-ce suffisant ? Il y a des droits qui ne sont pas soumis à transcription, et c'est là un premier inconvénient.

Les inconvénients du système français

Les inconvénients dusystème sont, en effet, nombreux. Le système français peut être critiqué à de nombreux points de vue.

D'abord, la publicité n'est pas exigée dans tous les cas où elle serait utile. D'autre part, les effets de la publicité et du défaut de publicité ne sont pas toujours ce qu'ils devraient être et, après avoir examiné ces critiques, il faudra se demander s'il ne faut pas adopter un autre régime car, en terre française, il existe deux autres régimes de publicité, l'un en Alsace-Lorraine où on a conservé le système allemand, l'autre, en Tunisie, où on a adopté le régime de l'acte Torrens. On écartera cependant le régime de l'acte Torrens, car

Source : BIU Cujas

il convient à des pays neufs où la propriété n'est pas complètement acquise, où il y a des terres à acquérir. La France est, au contraire, un pays où la propriété est très divisée et, après avoir montré les inconvénients du régime de la publicité française, on envisagera seulement le système français.

I)La publicité n'est pas exigée dans tous les cas où elle serait utile

Les inconvénients de notre système de publicité c'est que cette publicité n'est pas exigée dans tous les cas où elle serait utile. Pour que la publicité des droits réels immobiliers fut organisée de façon satisfaisante, elle devrait être complète. Or, on connaît les actes qu'on n'a pas à transcrire. Le grand vice de la loi de 1855 c'est de ne pas avoir soumis à la publicité, les mutations par décès. La loi du 23 mars 1855, à la mort d'une personne propriétaire d'immeuble n'exige pas qu'on transcrive la mutation qui s'opère au profit des héritiers. Dès lors, quand il y a des héritiers qui ont acquis un immeuble, on ne peut savoir exactement l'origine de cette propriété, par la conservation des hypothèques car, dans notre régime la publicité se fait par noms de propriétaires. Ce n'est pas par une immatriculation de chaque immeuble que la publicité s'opère.

Cas des mutations par décès

Cas des actes déclaratifs

D'autre part les actes déclaratifs ne sont pas soumis à la formalité de la publicité.

La législation de 1855 est donc très imparfaite malgré les progrès qui ont été réalisés en 1855. Il en résulte que celui qui demande un état des transcriptions et des inscriptions n'est jamais sûr de ne pas voir omettre un autre propriétaire. Il n'est jamais sûr de savoir qui a acquis par une mutation par décès, et il ne peut compter sur le registre du conservateur pour lui faire connaître les actes de mutation par décès ou les actes déclaratifs.

Pratiquement le droit de propriété repose sur la théorie de la prescription

Le droit de propriété reste donc incertain. Pratiquement on le fait reposer sur la théorie de la prescription. Et de là viennent les longues origines de propriété des actes notariés dans le Cahier des charges des adjudications en justice. Le propriétaire veut invoquer la prescription , ils veulent se targuer d'une longue possession. Et on peut dire qu'en droit français il n'y a pas de preuve absolue du droit de propriété, mais une preuve relative, faite par le contrat et la prescription. Cependant il ne faut pas oublier que, chez nous, le délai de trente ans peut être allongé, s'il y a suspension.

On comprendrait cependant qu'il y eut un procédé permettant une preuve certaine de la propriété. C'est ce procédé qui existe grâce à l'immatriculation sur les registres.

Source : BIU Cujas

2)Les effets de la publicité ne se justifient pas

Le second inconvénient du système français c'est que les effets de la publicité ne se justifient pas. Que vaut, en effet, la distinction entre les effets de l'acte entre les parties, et à l'égard des tiers ? La transmission s'opère entre les parties, par la seule volonté, à l'égard des tiers, par la transcription. Mais, au fond, n'est-ce pas inconciliable avec la notion de droits réels, droit absolu, en ce sens qu'ils existent à l'égard des tiers ? N'y-a-t-il pas quelques contradictions à cet égard?

Essais de réforme en 1880

On avait pensé, et c'est pourquoi en 1880 on avait songé à modifier la situation, à introduire un diminutif du registre foncier.Il faut rappeler les difficultés à laquelle s'est heurtée cette tentative.

Cette oeuvre, on ne peut la faire en effet qu'à la condition de procéder à la réfection complète du cadastre.Or en France, le cadastre est très vieux. Il a été établi de 1807 à 1850. Il a coûté à cette époque 160 millions. Son prix se chiffrerait aujourd'hui par milliards et on hésite à refaire le cadastre, d'autant plus qu'une fois fait il faudrait le refaire constamment, en raison de la division des propriétés en France, on n'ose pas prendre une mesure ayant cette généralité, laquelle aurait d'ailleurs pour résultat d'obliger à la création de nouveaux services. Une commission supplémentaire du cadastre avait été instituée en 1891. Elle a étudié différentes questions, la réfection du cadastre, le transfert de la propriété immobilière. Elle a abouti à des conclusions très nettes. Elle s'est prononcée pour la remise du cadastre à jour, et par la constitution d'un registre foncier basé sur le cadastre.

Mais malgré tout, malgré des lois successives, le livre foncier n'a pas été introduit en France, et on n'a pas revisé le cadastre. Actuellement la question se pose encore plus nettement, puisque le registre foncier exite en Alsace-Lorraine.

Ceci amène à montrer ce qu'est le livre foncier et ses avantages.

Le système du livre foncier

Le livre foncier est un registre dans lequel chaque feuillet est consacré à un fonds de terre. On ne s'occupe que des fonds, sans se préoccuper des propriétaires. On individualise les immeubles et, autant il y a de fonds, autant il y a de feuilles, on dit de "feuillets réels",se référant à l'immeuble le propriétaire en est seulement le représentant passager. C'est le système inverse du système français où le registre est tenu par personne, par propriétaire, non par parcelle.

Source : BIU Cujas

Pour obtenir ce résultat il faut une complète individualisation. Il a fallu comme base un cadastre bien à jour, et il faut une correspondance entre le cadastre et le registre foncier. Le registre foncier montre, par conséquent, l'état juridique des fonds de terre, des immeubles, le cadastre montre l'état physique. Le livre foncier et le cadastre doivent être toujours en concordance.

Et, tandis qu'en droit français c'est par la convention des parties que le transfert de la propriété s'opère, sauf à n'être opposable aux tiers que par latranscription, avec le système des livres fonciers, la convention des parties n'a pas d'effet translatif. On reprend l'ancienne distinction entre le titre et le mode d'acquisition. Il y a un contrat, qui est le titre d'acquisition, et un mode d'acquisition, qui est l'immatriculation au registre foncier. Une inscription sur le livre foncier est nécessaire pour opérer le transfert, même entre les parties, et il en est ainsi, aussi bien pour la constitution de droits réels, que pour la transcription.

Comment on obtient l'inscription au livre foncier

Mais comment obtient-on l'inscription sur le livre foncier ? Etant donné que cette inscription est constitutive de droits réels on ne peut la laisser soumise aux règles ordinaires des formalités de publicité. Il faut que la certitude et la valeur de l'opération soient garanties. Aussi on ne se borne pas à confier à un fonctionnaire le soin de décider si l'inscription peut ou doit être faite, on veut que celui qui prend la décision soit un véritable magistrat de l'ordre judiciaire qui a mission de contrôler le règlement des inscriptions et le pouvoir d'admettre ou de rejeter l'inscription. Il y a un recours possible sous forme d'un appel, devant un tribunal, car c'est une décision judiciaire, mais quand cet appel a eu lieu, tout est définitif.

Le juge qui tient le registre procède à l'examen du titre. Au titre d'aliénation qui lui est présenté, il recherche si le titre a été éntaché d'un vice du consentement, si on est bien en présence d'un propriétaire.

Il y a là par conséquent une différence très grande avec notre système français.

Avant l'inscription il y a ce qu'on appelle une pré-notation, c'est-à-dire une sorte d'inscription provisoire qui est opérée, mais ce n'est pas l'inscription même, c'est une opération préalable et la transcription définitive ne sera réalisée qu'après règlement par le juge.

Source : BIU Cujas

Conséquences au système des registres fonciers

Il faut noter d'ailleurs une autre conséquence de ce système des registres fonciers. Il n'y a plus d'intérêt alors de distinguer les effets entre les parties et à l'égard des tiers. C'est l'inscription sur le registre foncier qui fait acquérir le droit, qui le transfère entre les parties comme à l'égard des tiers, et, à partir de ce moment, le droit est absolu définitif. Un recours est possible en dommages-intérêts si une faute a été commise, et ces fautes existent puisque les juges des registres ont constitué une caisse d'assurance pour se garantir contre les risques d'inscription.

La prescription n'a plus d'intérêt, une fois l'inscription opérée. Cela a ses avantages puisque les droits sont établis avec certitude: le crédit immobilier ne peut qu'y gagner.

On ne peut que souhaiter voir s'introduire en France ce système. On n'a pas montré ce qui se passe en Allemagne. Il suffit de voir ce qui se passe en Alsace-Lorraine, et il faut souhaiter qu'une prochaine unification du droit se produise sur ce point.

F I N

-:-:-:-:-:-:-:-:-

Source : BIU Cujas