

COURS DE DROIT CIVIL

L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ

DES

PERSONNES

PAR

Gérard GALOPIN

Professeur à l'Université de Liège

PT hane

NOUVELLE ÉDITION

LIÈGE

IMPRIMERIE H. VAILLANT-CARMANNE (s. A.)

8, rue Saint-Adalbert. 8

—
1911



BIBLIOGRAPHIE

DRAMARD. *Bibliographie raisonnée du droit civil*. Paris. 1879.

MARCHAL et BILLARD. *Bibliographie générale des livres de droit et de jurisprudence* (paraît chaque année). Paris.

Le centenaire du code civil. Paris. 1904.

Livre du centenaire. 2 vol. Paris. 1904.

Traité élémentaire.

ARNTZ. *Cours de droit civil*. 2^e édit., 4 vol. Bruxelles. 1879.

LAURENT. *Cours élémentaire de droit civil*. 4 vol. Bruxelles. 1881.

THIRY. *Cours de droit civil*. 4 vol. Liège. 1892.

BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de droit civil*. 10^e édit., 3 vol. Paris. 1908.

PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil*. 5^e édit., 3 vol. Paris. 1908.

SURVILLE. *Eléments d'un cours de droit civil*. 2^e édit., 3 vol. Paris. 1910.

Traité approfondis.

LAURENT. *Principes de droit civil*. 33 vol. Bruxelles. 1876.

AUBRY et RAU. *Cours de droit civil*. 4^e édit., 8 vol. Paris. 1869. Une 5^e édition est en cours de publication.

BAUDRY-LACANTINERIE (sous la direction de). *Traité théorique et pratique de droit civil*, par un groupe de professeurs de droit, 25 vol. Paris. Se publie, depuis 1895, sous la forme de traités isolés qui se vendent séparément et dont plusieurs ont eu déjà trois éditions.

- BEUDANT. *Cours de droit civil*. Paris. 1896 (en cours de publication).
DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. *Cours analytique de code civil*. 2^e édit., 9 vol. Paris. 1881.
DEMOLOMBE. *Cours de code civil*, 31 vol. Paris (sans date).
GUILLOUARD. *Traité divers sur le contrat de mariage, etc., faisant suite au grand ouvrage de Demolombe*. 19 vol. Paris. 1888.
HUC. *Commentaire théorique et pratique du code civil*. 15 vol. Paris. 1892.
-

Revue.

- Revue de droit belge*. Bruxelles. 1890.
Bulletin de la Société d'études législatives. Paris. 1902.
Revue critique de législation et de jurisprudence. Paris. 1851.
Revue trimestrielle de droit civil. Paris. 1902.
-

Recueils de jurisprudence.

- Belgique judiciaire*. Bruxelles.
Flandre judiciaire. Gand.
Journal des tribunaux. Bruxelles.
Jurisprudence de la Cour de Liège. Liège.
Pasicrisie belge. Bruxelles.

DALLOZ. *Jurisprudence générale*. Paris.
SIREY. *Recueil général des lois et arrêts*. Paris.
-

Encyclopédies.

- BELTJENS. *Encyclopédie de droit civil*. Bruxelles. 1907.
PICARD. *Pandectes belges*. Bruxelles.

DALLOZ. *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*. — *Supplément au répertoire*. Paris.
FUZIER-HERMAN. *Répertoire général alphabétique du droit français*. Paris.
WEISS. *Pandectes françaises*. — *Supplément en cours de publication*. Paris.
-

ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa.
Arg. art.	Argument tiré de l'article.
B. J.	Belgique Judiciaire.
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation.
Cass. fr.	Arrêt de la Cour de cassation de France.
Cbn.	Combinés.
C.	Code.
C. c.	Code civil.
C. proc.	Code de procédure civile.
Col.	Colonne.
Comp.	Comparez.
D.	Dalloz. Cette abréviation : D. 1890, 1, 89, signifie : Dalloz, année 1890, première partie, page 89.
J. L.	Jurisprudence de la Cour de Liège.
P.	Pasicrisie.
R. belge.	Revue de droit belge.
R. crit.	Revue critique.
R. trim.	Revue trimestrielle.
S.	Sirey.
Supp.	Supplément.
T.	Tome.
Vo.	Verbo.

Tout article cité sans indication spéciale est un article du code civil.

INTRODUCTION ⁽¹⁾

CAPTANT. *Introduction à l'étude du droit civil*. 2^e édit., Paris. 1904.

1^{re} PARTIE. — DE L'INTERPRÉTATION ET DE L'APPLICATION DES LOIS CIVILES ⁽²⁾.

1. **Mission du légiste.** Le légiste a une double tâche. Elle est tout d'abord de déterminer le véritable sens de la loi. C'est l'objet de l'*interprétation* proprement dite. Elle est, en second lieu, de résoudre les difficultés que la loi n'a point prévues. C'est l'objet de l'*application* des principes de la loi.

CHAPITRE I. — DE L'INTERPRÉTATION PROPREMENT DITE.

2. **Définition. La loi et l'équité.** L'interprétation est le diagnostic de la volonté législative exprimée dans une formule, c'est-à-dire dans un texte.

On ne peut apporter dans l'interprétation de la loi d'autre préoc-

(1) La théorie générale des lois, écrite au titre préliminaire du code civil, ne rentre pas dans le cours de droit civil; elle se répartit entre le cours d'encyclopédie du droit et celui de droit international privé. Quant à l'histoire de la confection du code civil, il appartient au cours d'introduction historique au droit civil.

(2) Ouvrages à consulter: GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris. 1899; la préface du *Cours élémentaire* de LAURENT; le compte-rendu de ce Cours: *Revue critique*, 1879, p. 599.

cupation que celle de découvrir la volonté de son auteur. Le rôle de l'interprète ne consiste pas à rechercher ce que le législateur aurait dû vouloir, mais ce qu'il a voulu. Lors donc qu'il n'y a *aucun doute* sur la volonté législative, l'interprète n'a qu'à s'incliner, sauf à signaler, s'il y a lieu, la défectuosité de la loi, et à demander qu'elle soit réformée. « Il n'est pas donné à l'équité de prévaloir contre les lois positives qui régissent les sociétés. Elle leur est au contraire subordonnée et soumise dans son application. » D. 1903, 1, 366, col. 2.

3. **Le texte et l'esprit de la loi.** L'esprit de la loi, c'est la volonté du législateur. Le texte de la loi a pour objet de révéler son esprit. Or, la raison commande d'admettre que le législateur a choisi avec réflexion les mots les plus propres à traduire fidèlement sa pensée et son vouloir. Avant tout donc, c'est au texte qu'on doit demander la révélation de la volonté législative; il en est l'expression en forme authentique.

Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit. Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. Ces deux maximes signifient simplement qu'on ne peut supposer que le législateur se soit exprimé en termes inexacts ou d'une manière trop absolue.

4. **Les termes techniques.** Toute science a sa langue; le droit a la sienne. On ne peut raisonnablement supposer que le législateur n'est pas resté fidèle aux notions traditionnelles de la science juridique et aux définitions qu'il a données lui-même. En général donc, on doit préférer la signification *technique* des termes de la loi à leur signification usuelle ou vulgaire.

5. **L'argument a contrario.** Lorsque la loi statue d'une manière évidemment restrictive, par exemple, par forme de proposition négative, sur une hypothèse donnée, elle dispose, par cela même, en sens inverse, pour l'hypothèse contraire. Ainsi la capacité de succéder est accordée par l'art. 725 à l'enfant simplement conçu sous la condition qu'il naisse viable.

En dehors de ce cas, l'argument *a contrario* n'est point

concluant par lui-même, parce qu'on ne doit point chercher dans un texte la solution d'une question que ce texte n'a pas eu pour objet de décider.

6. Texte n'exprimant pas fidèlement la volonté du législateur. Exclusion de l'interprétation judaïque. Il peut arriver qu'un texte même parfaitement clair et précis ne soit pas l'expression fidèle de la volonté du législateur. Il peut aussi se rencontrer que dans tel cas le législateur ait employé tel terme non dans son acception technique, mais dans son acception vulgaire. Il est clair que l'esprit doit toujours l'emporter sur la lettre. On a dit avec raison qu'il serait contradictoire à la nature de la loi de l'interpréter autrement que comme un acte de volonté. *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* Point de fétichisme du texte!

Mais, évidemment, c'est à celui qui prétend que le législateur s'est mal exprimé, qu'il incombe d'en administrer la preuve.

La démonstration que le texte ne rend pas fidèlement la pensée du législateur a fréquemment pour résultat soit d'en étendre, soit d'en restreindre la signification. L'interprétation est dite alors *extensive* ou *restrictive*, selon les cas. On interprète restrictivement l'art. 108 en ne l'appliquant pas à la femme mariée séparée de corps ; on interprète extensivement l'art. 109 en l'appliquant aux mineurs émancipés comme aux majeurs.

7. Recherche de l'esprit de la loi en dehors de son texte. Procédés d'interprétation. Les procédés d'interprétation juridique se classent de la manière suivante :

1^o Il y a tout d'abord l'étude de *l'économie de la loi*, c'est-à-dire le rapprochement du texte à interpréter avec les autres textes conçus dans le même ordre d'idées. *Incivile est, nisi tota lege perspecta... judicare vel respondere.* Les divers textes relatifs à la même matière ou à des matières analogues ne doivent jamais être envisagés isolément, mais respectivement aux autres, comme formant chacun la fraction d'un ensemble cohérent dans toutes ses parties. Ainsi l'interprétation de l'expression *tout traité* à l'art. 472 suppose le rapprochement de cet article avec ceux

qui le précèdent et ceux qui le suivent dans la matière des comptes de la tutelle.

2^o Il y a une autre étude aussi importante que celle de l'économie de la loi: c'est l'étude de la *tradition*, c'est-à-dire de l'ancien droit. Très souvent l'ancien droit est le plus sûr procédé d'interprétation de la loi actuelle. Quand le législateur reproduit purement et simplement une règle du droit antérieur, il est manifeste qu'il entend lui conserver le sens et la portée que les anciens auteurs lui donnaient autrefois. *Posteriorēs leges ad priores pertinent nisi contrariæ sint*. C'est ainsi, par exemple, que les fameux art. 883 et 1167, qui ne font que consacrer des règles traditionnelles doivent être interprétés avant tout par la tradition.

M. Géný a observé avec raison que lorsqu'on recourt à l'histoire pour éclairer un texte du code, ce n'est pas la *pure vérité historique* que l'on a à rechercher, mais seulement l'*état d'esprit historique* du législateur de 1804, dans la mesure où il a déterminé sa volonté souveraine. Ce sont donc les œuvres de Pothier et de Domat qu'il faut étudier, plutôt que les textes mêmes du droit romain et du droit coutumier.

3^o Le troisième facteur de l'interprétation juridique consiste dans la recherche des motifs ou du but de la loi (*ratio legis*), soit dans les travaux préparatoires qui en ont amené la rédaction, soit dans le droit antérieur. La raison d'être de la loi en détermine la portée. *Cessante legis ratione, cessat ejus dispositio*. La règle *Ubi lex non distinguit*, qui défend de restreindre l'application d'un texte conçu en termes généraux, est uniquement fondée sur le respect dû à la volonté du législateur. Elle ne peut donc faire obstacle à une interprétation restrictive, lorsque la formule trop large de la loi dépasse évidemment son but ou se trouve en opposition manifeste avec son motif. D. 1903, 1, 363, col. 1. Laurent lui-même enseigne que le juge peut et doit distinguer quand le motif sur lequel la loi est fondée rend la distinction nécessaire.

Le législateur ne statue pas seulement pour le présent, mais

encore pour l'avenir. Aussi ne faut-il appliquer la maxime *Cessante legis ratione* qu'avec beaucoup de circonspection; une disposition légale peut avoir un contenu qui dépasse la prévision *concrète* qui a été celle du législateur.

4° L'interprète ne peut faire fi des notions de justice et d'utilité sociale, négliger l'appréciation des conséquences auxquelles on aboutirait en entendant la loi dans tel sens ou dans tel autre. Lorsqu'une loi est vraiment susceptible de deux sens, il faut repousser l'interprétation qui ferait consacrer une injustice ou une absurdité. C'est une maxime universellement reçue que *la conscience des résultats auxquels on s'expose* est un facteur légal de l'interprétation juridique.

8. **Autorité des travaux préparatoires de la loi.** Il importe tout d'abord de distinguer entre les travaux préparatoires du code civil et ceux des lois qui ont été faites depuis la chute du régime français dans nos provinces.

Les *travaux préparatoires du code* sont loin d'avoir l'autorité que certains auteurs leur ont prêtée. Aucun de ces travaux, en effet, n'a été l'œuvre du législateur lui-même. Le législateur, sous la constitution de l'an VIII, c'était exclusivement le Corps législatif, et ce corps de *muets*, ainsi qu'on l'a appelé, votait les projets qui lui étaient présentés, sans pouvoir les discuter ni les amender. La discussion des projets se concentrait dans le sein du Conseil d'Etat et du Tribunat, et ni l'une ni l'autre de ces assemblées ne faisait la loi, à proprement parler. On se tromperait donc gravement en considérant les opinions émises au Conseil d'Etat ou au Tribunat comme un commentaire officiel du code civil. Quant aux discours prononcés devant le Corps législatif par les orateurs du Gouvernement ou du Tribunat, ils n'expriment que des commentaires individuels que le Corps législatif n'a pas entendu s'approprier par son vote. On a d'ailleurs remarqué qu'ils renferment un assez grand nombre d'erreurs manifestes.

— Les *travaux préparatoires de nos lois belges* émanent tous de l'une ou l'autre des trois branches du pouvoir législatif. A ce titre, ils méritent d'être consultés avec soin. P. 1861, 1, 227.

Mais ils n'ont pas tous la même valeur. C'est principalement aux *exposés des motifs* et aux *rapports des sections ou commissions* qu'il faut s'attacher pour découvrir la pensée vraie de la loi. Les discussions parlementaires ne reflètent que trop souvent des opinions isolées émises sans réflexion. Elles fournissent des arguments à tous les systèmes; on y trouve à peu près tout ce qu'on veut y chercher!

CHAPITRE II. — DE L'APPLICATION PROPREMENT DITE.

9. Distinction entre l'interprétation et l'application de la loi. Il arrive souvent que l'interprète ne trouve dans le code aucune disposition qui ait pour but de trancher la question qui lui est soumise. Et cependant l'art. 4 commande au juge de la résoudre! Cette injonction implique pour le juge le devoir de rechercher ce que le législateur aurait voulu statuer si sa pensée s'était portée sur l'hypothèse. De là, la nécessité de recourir aux principes du droit civil et de raisonner par analogie.

10. Les principes du droit civil. Le code civil n'est pas une œuvre didactique comme les *Institutes* du droit romain. Rarement il procède par des formules générales et abstraites, mais par des solutions précises et concrètes à des cas particuliers. La tâche du légiste est d'induire les principes de chaque matière, c'est-à-dire les idées générales dont le législateur s'est inspiré, du rapprochement des diverses décisions d'espèces renfermées dans le code. Les principes connus, il lui reste à déterminer leur portée respective et à déduire de chacun les conséquences logiques qu'il comporte. Dans ce double travail d'induction et de déduction, le juge se trouve souvent et très heureusement guidé par l'autorité de la tradition. L'enfant simplement conçu est considéré comme étant déjà né, toutes les fois qu'il y a de son intérêt; nul ne peut, sans juste cause, s'enrichir aux dépens d'autrui; nul ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même; voilà des *principes* que le code civil a consacrés par les applications qu'il en a faites.

Il faut bien se garder de confondre les *vrais principes du droit* qui se dégagent du rapprochement des solutions légales, avec les *simples conceptions ou constructions juridiques* qui ne sont dues qu'à l'esprit de système de chaque interprète. Tel est, par exemple, l'ordre hiérarchique établi par la plupart des auteurs entre les parents et les alliés débiteurs d'aliments, à l'imitation de l'ordre hiérarchique établi par le code entre les parents appelés à recueillir une succession.

Il y a aujourd'hui une très heureuse réaction contre l'abus des constructions juridiques.

11. Les arguments a fortiori ou a pari ratione. Il arrive que les principes, pas plus que les textes, ne donnent la solution de la difficulté. Le juge recourt alors au raisonnement par analogie. Ce procédé trouve encore sa base dans l'art. 4.

Ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet. Le raisonnement par analogie consiste à appliquer une disposition légale à un cas qu'elle ne prévoit point, mais dans lequel se rencontre au même degré que dans celui qu'elle prévoit le motif, la *ratio legis*, qui a dicté sa décision. C'est par une application analogique des règles de la tutelle que l'on comble la lacune de l'art 389 sur les pouvoirs de disposition du père administrateur légal des biens de son enfant mineur.

Le raisonnement par analogie ne doit pas être confondu avec l'interprétation extensive (supra n° 6). Cette dernière ne fait qu'*élargir*, dans le sens de la volonté du législateur, la *formule d'un texte* trop restrictivement conçue. Le raisonnement par analogie vise à *créer*, avec la décision de la loi pour un cas donné, une *règle nouvelle* et distincte, fondée sur l'identité de raison juridique.

Exceptio est strictissimæ interpretationis. Le raisonnement par analogie n'est légitime qu'autant que la disposition légale que l'on veut étendre d'un cas à un autre n'a pas un caractère exceptionnel. Les dispositions dérogatoires au droit commun doivent toujours être restreintes au cas en vue duquel elles ont été édictées. Mais on doit bien se garder de considérer comme une excep-

tion telle disposition qui constitue elle-même une *règle égale* à celle dont elle restreint le champ d'application. C'est ainsi, par exemple, que l'art. 46 n'a nullement le caractère d'une disposition exceptionnelle.

12. **L'esprit juridique.** L'esprit juridique est une chose aussi réelle et aussi malaisément définissable que le sens artistique ou le sens historique. C'est un sens particulier qui fait apercevoir les dispositions légales qui ne font que consacrer des règles générales, des principes, et permet de les distinguer de celles qui n'établissent que des mesures spéciales, des exceptions. Le développement de l'esprit juridique est le but même de l'enseignement du droit!

2^{me} PARTIE. — GÉNÉRALITÉS SUR LES PERSONNES.

13. **Terminologie.** I. *Personne.* On entend par personne tout être, réel ou fictif, considéré comme sujet de droits et d'obligations.

Il y a deux sortes de personnes: les personnes *physiques*, qui sont les êtres humains, et les personnes *civiles, juridiques* ou *morales*, qui sont des êtres de raison créés ou reconnus par la loi.

En principe, tout droit implique un titulaire actuellement existant, une personne physique ou morale. Ce qui n'existe pas ne peut pas avoir de droit. Art. 725 et 906. D. 1903, 2, 379, note 2. *Comp. R. trim.*, 1909, p. 611.

On trouve des exceptions à ce principe dans les art. 1048, 1050, 1053 et 1082 qui permettent expressément la substitution fidéicommissaire et l'institution contractuelle au profit de personnes futures, d'enfants à naître.

II. *Droits civils.* L'expression droits civils a deux sens. *Lato sensu*, et par opposition aux droits *politiques*, elle désigne indis-

tinctement tous les droits sanctionnés par la loi civile, la loi qui régit les rapports des particuliers les uns avec les autres. *Stricto sensu*, elle ne désigne que ceux de ces droits qui sont à considérer comme particuliers à notre législation nationale par opposition à ceux qui sont communément envisagés comme découlant de la loi naturelle et se retrouvent semblables dans les législations de tous les peuples civilisés; on appelle les premiers *droits purement civils*, tel le droit de contracter adoption, les seconds *droits civils naturels*, tel le droit de contracter mariage.

III. *Droits extrapatrimoniaux et droits patrimoniaux*. Les droits civils, *sensu lato*, se divisent en droits d'*ordre moral*, comme les droits de famille, et les droits d'*ordre pécuniaire* qui se divisent, à leur tour, en droits *réels* sur les choses ou sur les productions intellectuelles et en droits *de créance* ou d'*obligation*.

Les droits qui ont un objet pécuniaire s'appellent *droits patrimoniaux*; l'ensemble *abstrait* des droits pécuniaires de chaque personne s'appelle le *patrimoine*. On englobe tous les autres droits, tels que le droit au nom et les droits de famille, sous la rubrique *droits de la personnalité*. *R. trim.*, 1909, p. 501.

IV. *Jouissance et exercice des droits civils*. *Avoir la jouissance des droits civils*, c'est avoir l'aptitude légale à les acquérir. *Avoir l'exercice de ces droits*, c'est avoir l'aptitude légale à les faire valoir soi-même et sans le secours de personne. Tous ceux qui jouissent des droits civils n'en ont pas le libre exercice; par exemple, le mineur ordinaire n'exerce ses droits civils que par l'intermédiaire de son *représentant* légal, et la femme mariée n'exerce les siens qu'avec l'*autorisation spéciale* de son mari ou de la justice.

Il y a des droits qui ne comportent point la distinction de la jouissance et de l'exercice; ce sont ceux qui ne sont pas susceptibles d'être exercés par un représentant du titulaire, par exemple, le droit de se marier, le droit de tester. La privation de l'exercice de ces droits aboutit forcément à une privation de jouissance.

CHAPITRE I. — DES PERSONNES PHYSIQUES.

14. **Attribution de la personnalité.** Tout être humain est une personne. Les difformités physiques et les infirmités intellectuelles, si graves qu'elles soient, n'empêchent point la personnalité.

L'enfant *mort-né* n'est pas une personne.

De plus, il résulte des art. 314, 3^o, et 725, 2^o, que l'enfant *non viable* n'est pas considéré comme une personne. Un enfant n'est pas viable lorsqu'il naît conformé de telle façon que la prolongation de son existence est matériellement impossible.

La question de savoir si un enfant est né vivant et viable présente parfois une importance considérable. C'est une pure question de fait qui est tranchée par les tribunaux, à la suite d'une expertise médicale.

15. **Commencement et fin de la personnalité.** L'enfant n'a d'existence propre, ni par conséquent de personnalité, que du moment de sa *naissance*.

Toutefois, l'enfant simplement conçu est considéré comme figurant déjà au nombre des personnes, lorsque son intérêt l'exige. *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur.* A la différence du droit romain, le code n'a pas formulé cette règle d'une manière générale, mais il l'a consacrée par d'importantes applications en matière de succession, de donation et de legs. Art. 725 et 906. On doit décider, par argument de ces textes, que la règle romaine subsiste encore aujourd'hui dans toute son ampleur, c'est-à-dire dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant est en cause. Cass., 28 février 1881, P. 1881, 1, 134 ; Cass. fr., 13 juillet 1886, D. 1887, 1, 119.

L'attribution de la personnalité à l'enfant simplement conçu n'est que provisoire ; elle est subordonnée, quant à ses effets définitifs, à la condition qu'il naîtra vivant et viable. Art. 314, 3^o, 725, 2^o, et 906, in fine.

La *mort naturelle* seule fait cesser la personnalité. La mort civile elle-même, avant son abolition par l'art. 13 de la Consti-

tution, n'effaçait pas complètement la personnalité de celui qu'elle frappait.

16. Marque de la personnalité. Chaque être humain reçoit une désignation légale qui est un des éléments principaux de son identité et qui comprend le *nom* et le ou les *prénoms*.

17. Etat des personnes. On appelle *état* d'une personne certaines qualités qui lui sont inhérentes et que la loi prend en considération pour lui conférer des droits et des obligations. Rigoureusement toute qualité produisant des effets de droit devrait porter le nom d'état. Mais le législateur du code, art. 3, distingue entre *l'état et la capacité* et réserve le nom d'état aux qualités des personnes envisagées exclusivement sous le double rapport de la nationalité et de la famille. Quant au *status civitatis*, on est belge ou étranger, et conséquemment, sauf exception, on jouit ou on ne jouit pas de tous les droits civils. Quant au *status familiae*, on est ou non marié, on a ou non des parents légitimes, naturels ou adoptifs, et en conséquence on a ou on n'a pas les droits et les devoirs qui dérivent du mariage, de la parenté ou de l'alliance.

L'état des personnes est hors du commerce. Cette maxime, qui résulte de l'art. 6, signifie que l'état ne peut s'acquérir ni se perdre par prescription, et qu'en général il est impossible de faire des conventions ou des renonciations sur des questions d'état. Bruxelles, 21 janvier 1884, P. 1884, 2, 285; Cass. fr., 4 novembre 1901, S. 1903, 1, 273; Cass. fr., 25 novembre 1901, S. 1903, 1, 353.

Mais il importe de bien distinguer l'*état* considéré en lui-même des *droits* qui en résultent. Ceux-ci ont le plus souvent un caractère purement pécuniaire et sont dès lors prescriptibles et susceptibles de transaction ou de renonciation; tel le droit de succession.

18. Possession d'état. L'état des personnes est susceptible de *possession*, en prenant ce mot dans un sens large. Posséder un état, c'est jouir *en fait* du titre et des avantages qui y sont attachés

et en supporter les charges. Arg. de l'art. 321. La loi attache certaines conséquences juridiques à la possession de l'état d'époux et à celle de l'état d'enfant légitime ou naturel. Art. 196, 197, 320, 340 a, 341 a.

19. Capacité des personnes. Au sens exact et ordinaire du terme, la capacité consiste dans *l'aptitude légale à l'exercice des droits civils*, c'est-à-dire à l'accomplissement des actes de la vie civile. Il ne s'agit pas ici de la capacité *physique* ou *de fait*; il ne s'agit que de la capacité *juridique* ou *de droit*.

Les questions de capacité sont distinctes des questions d'état. L'émancipation, l'interdiction, la mise sous conseil judiciaire, la séparation de corps, sont autant de questions de capacité et non d'état. Cette distinction présente d'ailleurs peu d'importance, car les questions de capacité sont, elles aussi, des matières d'ordre public, c'est-à-dire au-dessus des conventions et renonciations des particuliers. Comp. D. 1900, 2, 161, note.

Le défaut de capacité constitue l'incapacité.

20. Classification des incapacités. I. Les incapacités sont *totales, générales* ou *spéciales* à des actes déterminés. L'incapacité de l'interdit judiciaire est totale; elle s'applique à tous les actes de la vie civile. Celles du mineur, de la femme mariée, de l'interdit légal, de l'individu sous conseil judiciaire ne sont que générales; elles subissent chacune des limitations et des exceptions plus ou moins considérables.

II. Parmi ces incapacités, les unes exigent la *représentation* de l'incapable, ce sont celles du mineur non émancipé, de l'interdit judiciaire et de l'interdit légal; les autres n'exigent que l'*habilitation* de l'incapable, ce sont celles du mineur émancipé, de la femme mariée, de l'individu sous conseil judiciaire.

III. La plupart de ces incapacités sont établies *dans l'intérêt des personnes qu'elles concernent*; c'est par mesure de protection, à raison de leur jeune âge ou de leurs infirmités intellectuelles, que la loi prive du libre exercice de leurs droits les mineurs, les interdits judiciaires et les individus sous conseil judiciaire. Au contraire, l'incapacité du criminel frappé d'interdic-

tion légale est une *mesure de précaution prise contre lui* pour l'empêcher de corrompre ses gardiens.

On étudiera plus tard le fondement de l'incapacité de la femme mariée.

21. **La capacité est la règle.** La capacité est de droit commun, l'incapacité est d'exception. Cette règle, formulée par l'art. 1123 à propos des contrats, s'applique à tous les actes juridiques. L'incapacité étant l'exception, il suffit donc toujours de rechercher les cas dans lesquels une personne est déclarée incapable par la loi.

22. **Observation sur le sens du terme « incapable ».** Il est arrivé au législateur d'employer le terme *incapable*, d'une manière peu exacte, pour désigner des personnes qui sont privées de la *jouissance* même d'un ou de plusieurs droits. Ainsi l'art. 725 énumère les personnes qui sont *incapables de succéder*, et les art. 902, 906 et 911 parlent de personnes qui sont *incapables de recevoir des libéralités*, alors que le code entend leur *refuser absolument le droit* d'acquérir par succession ou par donation entre vifs ou testamentaire, et non pas seulement *l'exercice de ce droit*.

CHAPITRE II. — DES PERSONNES CIVILES OU MORALES.

MICHOUD. *La théorie de la personnalité morale*. 2 vol. Paris. 1906 et 1910.

SALEILLES. *De la personnalité juridique*. Paris. 1910.

INSTITUTS SOLVAY. *La personnification civile des associations*. Bruxelles. 1907.

23. **Division.** Il y a deux grandes classes de personnes morales : 1^o les personnes morales du *droit public* ; 2^o les personnes morales du *droit privé*.

Les personnes morales publiques sont :

a) Les organes constitutionnels de l'administration publique (l'Etat, les provinces et les communes) et le *Congo belge*.

b) Les établissements publics. On appelle ainsi certain services publics, les cultes, la bienfaisance, etc., qui ont été détachés de l'administration générale de l'Etat, de la province ou de la

commune et confiés par la loi à des *organes spéciaux* investis eux-mêmes d'une personnalité distincte. Cette matière rentre dans le cours de droit administratif.

Les personnes morales privées se divisent en deux catégories :

a) Les *institutions d'utilité publique*. On appelle ainsi certaines *associations* ⁽¹⁾ *d'initiative privée de bienfaisance, de secours mutuels, d'étude d'intérêts professionnels*, etc. Telles sont les congrégations hospitalières de femmes, l'association de la Croix rouge, les caisses de prévoyance des ouvriers mineurs, les sociétés mutualistes, les unions professionnelles, etc.

b) La plupart des *sociétés commerciales*, certaines *sociétés civiles à forme commerciale*, et les *sociétés et entreprises pour l'exploitation des mines*.

24. **Concession de la personnalité.** L'attribution de la personnalité civile à une association quelconque ne peut résulter que d'une disposition de la loi. Le *droit d'association* consacré par l'art. 20 de la Constitution n'emporte *aucune attribution d'individualité juridique* à la collectivité des associés ⁽²⁾.

L'intervention de la *loi* pour conférer la personnalité civile revêt, suivant les cas, des formes différentes. Tantôt la personnalité est accordée de plein droit, par une *disposition générale de la loi*, à toutes les associations d'une certaine catégorie qui remplissent des conditions déterminées. Tantôt elle n'existe qu'en vertu d'une *disposition spéciale de la loi* (c'est le cas pour l'association de la Croix rouge, loi du 30 mars 1901), ou que moyennant une *reconnaissance spéciale de l'autorité administrative, faite conformément à la loi* (c'est le cas pour les sociétés mu-

(1) L'*association* est le genre, la *société* ou association à but lucratif est l'espèce; la société est, selon les cas, de *nature civile* ou *commerciale*.

(2) Si le droit d'association n'implique aucune attribution de droits *propres à la collectivité des associés*, il n'entraîne non plus aucune déchéance des droits *individuels de chacun des associés*. C'est ce qu'on perd trop souvent de vue, sous l'empire de considérations étrangères à la science du droit.

tualistes, loi du 23 juin 1894, et pour les unions professionnelles, loi du 31 mars 1898).

La jurisprudence française interprète certains textes du code civil, de la matière des sociétés, comme attributifs de la personnalité civile à toutes les *sociétés proprement dites*, c'est-à-dire à toutes les *associations à but lucratif*. Chambéry, 20 février 1905, D. 1907, 2, 118. Cette interprétation a été rejetée par le législateur belge dans les travaux préparatoires des art. 2, 3 et 136 des lois des 18 mai 1873 et 22 mai 1886, sur les sociétés commerciales. NYSSENS et CORBIAU, *Sociétés commerciales*, t. I, n° 355. Cass., 18 mai 1910, P. 1910, 1, 280.

Les seules sociétés qui jouissent de la personnification civile en Belgique sont: 1° les sociétés commerciales déterminées par l'art. 2 des lois des 18 mai 1873 et 22 mai 1886; 2° les sociétés à forme commerciale pour l'exploitation des mines, minières et carrières, dont il s'agit à l'art. 136 des lois des 18 mai 1873 et 22 mai 1886; 3° les sociétés ou entreprises civiles pour l'exploitation des mines, dont il s'agit à l'art. 8, in fine, de la loi du 21 avril 1810. Les biens sociaux appartiennent *en propre à l'être moral* qui personnifie les associés collectivement.

Les autres sociétés commerciales, c'est-à-dire les associations commerciales momentanées et les associations commerciales en participation, et toutes les autres sociétés civiles, par exemple les sociétés pour l'achat et la revente de terrains et les sociétés pour l'exploitation de l'enseignement, n'ont point d'individualité juridique distincte de celle des associés. Les biens sociaux appartiennent *en commun à tous et chacun des associés individuellement*.

25. Spécialité de la personnalité. Etre abstrait, la personne civile n'est susceptible d'être le sujet de droits et d'obligations que dans le *domaine des biens*. Dans ce domaine, elle diffère encore profondément de la personne physique. La vie juridique dont elle est investie se *limite* à la sphère d'action en vue de laquelle elle a été créée par la loi ou conformément à la loi. La destination statutaire de chaque personne civile fixe la mesure de ses droits.

C'est ce qu'on appelle le principe de la *spécialité de la personnification civile*.

Ce principe est organisé par la législation administrative, quant aux *établissements publics*; il l'est par les lois organiques qui leur sont propres, quant aux *institutions d'utilité publique*. Une règle commune aux établissements publics et aux institutions d'utilité publique est que les libéralités qui sont faites à leur profit n'ont d'effet qu'autant qu'elles sont autorisées conformément à l'art. 910 du code civil ou à l'art. 76 de la loi communale.

Le principe de spécialité n'a reçu aucune organisation particulière dans son application aux *sociétés civiles ou commerciales, revêtues de la personnification civile*. Ces associations ont donc tous les droits pécuniaires indispensables pour atteindre leurs fins. Mais il reste toujours des actes juridiques qui, à raison de leur nature et de leur but intrinsèque, se trouvent être en contradiction avec l'objet même de ces sociétés civiles ou commerciales, celui pour lequel la loi leur a reconnu la personnalité.

26. Capacité des personnes civiles. La capacité des *établissements publics* est réglée par la législation administrative qui organise ce qu'on appelle la *tutelle administrative*. La capacité des *institutions d'utilité publique* est réglée par les lois organiques qui leur ont conféré la vie juridique.

Les *associations à but lucratif revêtues de la personnification civile* ne sont frappées d'aucune incapacité proprement dite. Elles exercent leurs droits patrimoniaux par des représentants (administrateurs, gérants ou directeurs) dont les pouvoirs sont déterminés par les statuts sociaux ou par la loi.

27. Extinction des personnes civiles. Conséquences. Les personnes civiles ne meurent pas comme les personnes physiques, puisque leur existence est purement abstraite. Elles ont des causes d'extinction qui leur sont propres, telles que le retrait d'autorisation, l'arrivée d'un terme, la dissolution prononcée par les tribunaux ou par le consentement des associés. Toutefois, il importe d'observer que les sociétés mutualistes, les unions professionnelles et les associations à but lucratif revêtues de la person-

nification civile sont réputées exister comme telles, après leur dissolution, *pour toute la durée de leur liquidation*. Le patrimoine de l'être moral continue donc de rester distinct de celui des associés jusqu'à la clôture de la liquidation des affaires sociales. Cass., 17 mai 1906, P. 1906, 1, 249.

Que devient le patrimoine d'une personne morale qui cesse d'exister? Il faut distinguer :

Si l'établissement supprimé était un établissement public, les biens qui lui appartenaient rentrent dans le domaine de la personne morale (État, province ou commune) dont cet organe avait été détaché. Si la personne morale éteinte était une institution d'utilité publique, la dévolution de ses biens est réglée par la loi ou conformément à la loi qui lui avait accordé la personnification.

S'agissait-il d'une association à but lucratif, la personne morale disparue est remplacée par les associés. La fiction de personnalité, qui interposait la société, être moral, comme un écran entre les associés envisagés individuellement et les biens sociaux, une fois écartée par le double fait de la dissolution et de la liquidation, l'actif social n'est plus qu'une *masse indivise* que les associés *copropriétaires* vont se partager proportionnellement à leurs droits et conformément aux stipulations de l'acte de société.

3^{me} PARTIE. — GÉNÉRALITÉS SUR LA FAMILLE.

28. **Notion.** Dans son sens ordinaire, qui est le plus large, la famille est l'ensemble des personnes qui sont unies par la parenté ou par l'alliance.

CHAPITRE I. — DE LA PARENTÉ.

29. **Classification et définition.** La parenté est *réelle* ou *fictive*. La parenté véritable résulte de la filiation. La parenté fictive ou adoptive a sa source dans le contrat d'adoption. Il ne

sera pas question ici de la parenté adoptive ; elle sera étudiée à part.

La parenté véritable est le lien qui existe entre les personnes qui descendent les unes des autres ou d'un auteur commun. Art. 736.

Les parents sont légitimes ou illégitimes, directs ou collatéraux, paternels ou maternels.

30. **Parenté légitime ou illégitime.** La parenté est légitime ou illégitime, suivant que la filiation d'où elle dérive est elle-même légitime ou illégitime.

La filiation *légitime* est celle qui a sa source dans le mariage. Toutefois l'enfant conçu hors mariage est aussi regardé comme légitime, lorsqu'il vient à naître après la célébration du mariage de ses père et mère.

La filiation *illégitime* est dite *adultérine* ou *incestueuse* lorsqu'elle est entachée d'adultère ou d'inceste ; dans les autres cas, on l'appelle filiation *naturelle simple*. L'expression *enfants naturels* est quelquefois prise par le code, *sensu lato*, pour désigner tous les enfants illégitimes, sans distinction ; le plus souvent, elle est employée, *sensu stricto*, pour désigner les enfants naturels simples, à l'exclusion des enfants adultérins ou incestueux.

Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce adultérin ou incestueux, sont *légitimés* par le mariage subséquent de leurs père et mère.

31. **Parents directs ou collatéraux.** Les parents *directs* sont les ascendants et les descendants, c'est-à-dire les personnes qui descendent les unes des autres. Les parents *collatéraux* sont les personnes qui, sans descendre les unes des autres, descendent d'un auteur commun.

32. **Parents paternels ou maternels.** Les parents directs ou collatéraux se divisent en *parents paternels* ou *de la ligne paternelle*, d'une part, et en *parents maternels* ou *de la ligne maternelle*, d'autre part. Le mot *ligne* désigne ici un côté de la famille, le côté paternel et le côté maternel. Art. 733 et 752.

Les parents paternels d'une personne sont d'abord son père, puis tous les parents *tant maternels que paternels* de son père.

Ses parents maternels sont d'abord sa mère, puis tous les parents *tant paternels que maternels* de sa mère.

Les parents d'une personne peuvent se rattacher à elle par son père et par sa mère à la fois; ils sont alors ses parents paternels et maternels tout ensemble. On nomme parents *consanguins* les parents paternels, parents *utérins* les parents maternels, et parents *germains* les parents paternels et maternels. Ainsi deux frères issus du même père et de la même mère sont des frères germains; deux frères issus du même père, mais n'ayant pas la même mère, sont des frères consanguins; deux frères ayant la même mère, mais n'ayant pas le même père, sont des frères utérins.

33. **Calcul de la proximité de parenté.** Les art. 735 à 738 tracent les règles de cette matière à propos des successions. Ils distinguent dans la parenté la *ligne* et le *degré*.

1^o La *ligne* est la série des parents. Elle est directe ou collatérale.

La ligne *directe* est la série des parents directs. Elle est *descendante* ou *ascendante*, suivant qu'on la considère d'en haut ou d'en bas, c'est-à-dire suivant qu'on descend d'une personne à sa postérité ou qu'on remonte d'une personne à ses auteurs.

La ligne *collatérale* est la série des parents collatéraux. Elle est ainsi nommée parce qu'elle se compose de deux lignes directes descendant, l'une à côté de l'autre (*a latere*), de l'auteur commun; sa représentation graphique forme un angle dont l'auteur commun occupe le sommet. Art. 736.

2^o Dans chaque ligne la parenté se compte par *degrés*, c'est-à-dire par *générations*. Art. 735.

Pour les parents en ligne directe, le calcul n'a jamais varié: il y a autant de degrés que de générations pour aller d'un parent à l'autre. Art. 737.

Pour les parents en ligne collatérale, il existait autrefois deux modes de computation: l'un du droit canonique, suivant lequel on ne comptait les générations que *d'un seul côté* de l'auteur commun, en ayant soin, lorsque les parents se trouvaient à une distance inégale de cet auteur, de compter du côté le plus éloigné; l'autre du

droit romain, suivant lequel on devait compter les générations *de chaque côté*, c'est-à-dire en remontant de l'un des parents à l'auteur commun et en redescendant de l'auteur commun à l'autre parent. L'art. 738 a donné la préférence au système du droit romain. D'après ce mode de procéder, l'oncle est parent au troisième degré avec le fils de son frère ou de sa sœur, puisqu'il existe entre eux un intervalle de trois générations.

Les art. 174 et 738 appellent *cousins germains* les parents collatéraux au quatrième degré. C'est là une acception toute spéciale du mot *germain*, qui n'est nullement en harmonie avec celle qui lui est donnée par les art. 733 et 752. Il n'y a pas à distinguer entre les enfants issus de frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins; ils s'appellent tous cousins germains par cela seul qu'ils sont au quatrième degré. Bruxelles, 11 juillet 1868. P. 1871, 2, 212; Cass. fr., 19 novembre 1895, D. 1896, 1, 316.

On entend par *cousins issus de germain*; ceux qui, par l'ordre des générations, sont enfants de cousins germains; ils sont entre eux au sixième degré. Cass. fr., 3 janvier 1888, D. 1888, 1, 52.

34. **Effets de la parenté.** La parenté est la source d'un grand nombre de droits, d'obligations et d'incapacités. Les effets de la parenté ne se produisent pas toujours avec la même énergie.

D'abord il faut tenir compte de la *qualité* de la parenté. La plénitude d'effets n'appartient qu'à la parenté légitime. Toutes les parentés illégitimes (naturelle, adultérine ou incestueuse) sont des parentés amoindries ou déchues, qui ne produisent que des effets très bornés.

Ensuite il faut tenir compte de la *proximité du degré*. A mesure que la parenté s'éloigne, le nombre de ses effets va en diminuant. Ils ne se produisent au complet que dans les rapports immédiats du père ou de la mère avec l'enfant. Ils cessent entièrement à partir du douzième degré.

CHAPITRE II. — DE L'ALLIANCE OU AFFINITÉ.

35. **Définition.** Les auteurs la définissent généralement: le lien qui existe entre chaque époux et les parents de l'autre. Cette formule est trop étroite: elle omet de comprendre les époux eux-mêmes parmi les alliés, alors qu'ils sont les éléments essentiels de l'alliance et en forment le premier anneau. P. 1868, 1, 16, col. 2. La véritable définition est celle-ci: le lien qui s'établit par le mariage entre les deux époux et entre chacun d'eux et les parents de l'autre.

Tous les parents du mari sont les alliés de la femme, et réciproquement tous les parents de la femme sont les alliés du mari. Mais le lien civil de l'alliance est restreint à ces personnes. Il n'y a point d'alliance entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre. Il n'y en a point non plus entre l'un des époux et les alliés de l'autre. *Affinitas non parit affinitatem*. C'est donc une erreur de croire que les maris de deux sœurs sont alliés entre eux. Cass. fr., 15 avril 1905, D. 1905, 1, 533.

L'alliance ne naît que du mariage; le concubinage n'en engendre aucune. Mais, d'autre part, les parents naturels de l'un des époux sont, aussi bien que ses parents légitimes, les alliés de l'autre époux; c'est en ce sens qu'on peut parler d'une alliance naturelle. Comp. *R. crit.*, 1908, p. 583.

36. **Lignes et degrés de l'alliance.** L'alliance emprunte à la parenté ses lignes et ses degrés. Chacun des époux est allié aux parents de l'autre dans la même ligne et au même degré que celui-ci est leur parent. Ainsi la femme est l'alliée, au second degré, en ligne collatérale, du frère de son mari.

37. **Effets de l'alliance.** L'alliance imite la parenté non seulement dans ses formes, mais aussi dans ses effets; comme la parenté, elle produit des droits, des obligations et des incapacités. Toutefois ses effets sont moins nombreux que ceux de la parenté. Ainsi le droit de succession manque à tous les alliés, sauf au conjoint; ainsi encore l'autorité paternelle leur manque absolument.

38. **Durée de l'alliance.** L'alliance périt-elle avec le mariage qui l'a fait naître? Cette question est très controversée, à raison

du silence du code. Les uns, et ils forment la majorité, soutiennent que l'alliance subsiste et continue de produire tous ses effets, sauf ceux qui sont exclus par un texte spécial. Cass., 5 novembre 1896, P. 1897, 1, 10; Orléans, 15 novembre 1893, D. 1894, 2, 113; *R. crit.*, 1895, p. 1. Les autres, au contraire, décident en principe que la dissolution du mariage entraîne la cessation de l'alliance, et que dès lors celle-ci ne produit plus d'effets; ils n'admettent d'exception à ce principe que dans certains cas déterminés par la loi soit d'une manière expresse, comme à l'art. 206, 2^o, soit d'une manière virtuelle, comme aux art. 161 et 162. Cass., 26 octobre 1905, P. 1906, 1, 33; Evreux, 6 février 1908, D. 1908, 2, 181.

La seconde opinion nous paraît préférable. L'alliance doit logiquement durer aussi longtemps que l'union conjugale, mais ne pas lui survivre. *Cessante causa, cessat effectus*. C'était la décision du droit romain et du droit coutumier. *Morte ma fille, mort mon gendre*.

Le principal intérêt de la controverse se présente dans la matière de l'obligation alimentaire établie par l'art. 206: cette obligation subsiste-t-elle après le divorce entre chacun des ex-conjoints et les père et mère de l'autre?

4^{me} PARTIE. — GÉNÉRALITÉS SUR L'ACTE JURIDIQUE.

39. **Divers sens du terme « acte ».** La signification du mot *acte* dépend du qualificatif qui lui est sous-entendu: *juridique*, *matériel* ou *instrumentaire*.

Un acte *juridique*, *negotium juris*, est une manifestation de volonté en vue de réaliser des effets juridiques, de faire naître, de modifier, de transmettre ou d'éteindre un droit ou une obligation.

Un acte *matériel* est un fait qui n'engendre qu'accidentellement des conséquences juridiques. Des actes de possession d'un objet sont des actes matériels.

Un acte *instrumentaire*, *instrumentum*, est un écrit, authentique ou privé, dressé en vue de faire la preuve d'un acte juridique ou d'un acte matériel entraînant des conséquences juridiques.

Le mot *acte* est employé tantôt dans le sens d'acte juridique, comme dans les art. 481 et 502, tantôt dans le sens d'acte instrumentaire, comme dans les art. 75 et 931. Il y a des textes, l'art. 778 par exemple, où il se trouve employé successivement dans ces deux sens.

Il n'est question à présent que des actes juridiques; on traitera des actes matériels et des écrits probatoires dans la théorie des preuves.

40. **Divers sens du mot « titre ».** Le mot *titre* a trois sens. Dans le premier, il est l'équivalent d'*acte juridique*, comme aux art. 550 et 690. Dans le second, il est l'équivalent d'*acte instrumentaire*, comme aux art. 46 et 695. Dans le troisième, il est synonyme de *qualité*, comme à l'art. 778.

41. **Classifications des actes juridiques.** I. *Actes non solennels ou consensuels* et *actes solennels*. Cette distinction sera expliquée plus loin (n° 52).

II. *Actes unilatéraux* et *conventions*. Les actes juridiques unilatéraux sont ceux qui n'exigent que la *volonté d'une seule personne* pour se former. En général, les actes juridiques sont l'œuvre de *deux ou plusieurs volontés* qui s'unissent sur un même point, ce sont des conventions c'est-à-dire des accords de volontés entre diverses personnes; la volonté de chacune, étant conforme à celle des autres, prend le nom de consentement. Les personnes qui figurent dans un acte juridique en qualité d'auteurs de cet acte prennent le nom de *parties*.

III. *Actes d'administration* et *actes de disposition*. Les actes juridiques relatifs à la gestion d'un patrimoine se divisent en actes d'administration et en actes de disposition ou de propriété selon l'expression de l'art. 1988.

Le mot *administrer* a un sens large où il est synonyme de *gérer*, par exemple aux art. 450, al. 2, et 1421; c'est le sens vulgaire. Il a un sens étroit où il est employé par opposition à

disposer, par exemple aux art. 125, 223, 389, 481, 803, 1449 et 1536; c'est le sens technique.

La distinction des actes d'administration et des actes de disposition sert à déterminer les actes que peuvent faire: 1^o ceux qui n'ont sur leurs propres biens qu'une *capacité limitée*, comme le mineur émancipé, art. 484, et l'individu sous conseil judiciaire, art. 513; 2^o ceux qui n'ont sur les biens d'autrui dont la gestion leur est confiée que des *pouvoirs limités*, comme le père à l'égard des biens de ses enfants mineurs, art. 389, et le mari à l'égard des biens propres de sa femme, art. 1428. *La distinction est variable et change de portée selon la qualité de la personne qu'on envisage.* Telle personne ne peut faire que les actes de *pure administration*; telle autre peut faire les actes de *libre ou entière administration*.

Indépendamment des actes conservatoires qu'elle comprend toujours, la pure administration se reconnaît aisément par la distinction des revenus et des capitaux; elle se limite aux actes qui concernent les *revenus*. L'entière ou libre administration, au contraire, comprend les actes qui portent sur les *capitaux* aussi bien que sur les revenus: en recevoir le paiement et en faire emploi. Mais de nombreuses questions de détail s'élèvent pour une foule d'actes qui ne présentent pas le caractère d'actes de disposition proprement dits; il s'agit, par exemple, des demandes et des défenses en justice, en matière mobilière ou immobilière, au possesseur ou au pétitoire.

Le *bail*, qui est un acte d'administration en principe, est traité comme un acte de disposition quand il dépasse la durée de neuf ans. Comp. *R. trim.*, 1909, p. 5. La *vente*, qui est un acte de disposition en principe, est un acte de pure administration quand elle n'a pour objet que des meubles dont la destination même est d'être vendus, par exemple des fruits, des marchandises, des choses hors de service ou sujettes à un prompt dépérissement.

42. Distinction des conditions d'existence et de validité des actes juridiques. Il est essentiel de ne pas confondre les conditions d'existence et les conditions de validité des actes

juridiques. Les conditions d'existence sont celles sans lesquelles un acte ne peut pas se former. Les conditions de validité sont celles dont l'absence n'empêche pas l'acte de se former, mais entraîne sa nullité.

43. **Existence de règles communes à tous les actes juridiques.** Les actes juridiques sont très variés; chaque catégorie a ses règles spéciales. Mais il existe un petit nombre de *règles élémentaires communes à tous les actes juridiques* ou qui ne subissent que des modifications très rares. Ce sont ces règles communes que l'on va exposer dans les chapitres suivants.

CHAPITRE I. — DE LA VOLONTÉ CRÉATRICE DES ACTES JURIDIQUES.

44. **Distinction entre l'absence de volonté et les vices de volonté.** Par définition même, la condition essentielle de tout acte juridique est la volonté d'une ou plusieurs personnes. Or, il se peut: 1^o qu'un acte juridique soit accompli matériellement, mais que la volonté de son auteur ou de l'un de ses auteurs fasse absolument défaut, qu'il n'y ait qu'un semblant de volonté; dans ce cas, *l'acte existe en fait, mais non en droit*; 2^o que la volonté ne fasse point défaut, mais qu'elle soit entachée d'un certain vice prévu par la loi; dans ce cas, *l'acte juridique se forme, mais il est annulable* à la requête de la partie dont la volonté a été viciée.

§ 1. — DE L'ABSENCE TOTALE DE VOLONTÉ.

45. **Cas d'absence de volonté.** L'absence de volonté peut résulter :

1^o Du *défaut de raison*. Une personne manquant de raison par suite d'une *cause physiologique*, est hors d'état d'avoir une volonté juridiquement efficace sur un sujet quelconque. Cette cause peut être l'enfance, la démence ou l'ivresse. Il ne faut pas confondre l'enfance et la minorité; l'enfance s'apprécie selon chaque individu, tandis que la minorité est fixée uniformément par la loi. Art. 388.

2° D'une *erreur sur la nature de l'acte à accomplir ou sur l'identité de la chose* qui fait l'objet de l'acte. Ces deux sortes d'erreurs sont destructives de la volonté.

§ 2. — DES VICES DE LA VOLONTÉ.

46. **Enumération.** Les vices de la volonté, aux yeux de la loi, sont l'erreur, le dol et la violence.

Parmi les règles applicables aux vices de la volonté, les unes sont *communes à tous les actes juridiques*, les autres sont *spéciales à des actes déterminés*, soit au mariage, soit aux contrats ordinaires, soit aux testaments, soit à l'acceptation ou à la répudiation des successions. Les règles générales se trouvent exprimées dans le code à propos des contrats. Art. 1109 et suiv.

47. **Les trois degrés de l'erreur.** Il y a trois degrés de l'erreur : 1° l'erreur *destructive* de la volonté (supra n° 45); 2° l'erreur *vice* de la volonté ; 3° l'erreur *indifférente* comme telle. Il est impossible de déterminer d'une manière générale la distinction à faire entre les erreurs du deuxième degré et celles du troisième; ce n'est qu'à propos de chaque matière que cette détermination peut se faire. On appelle généralement *substantielle* l'erreur qui rend l'acte juridique annulable. D. 1909, 2, 211, note 8, 223, note 1, et 226, note 2.

Une seule observation générale peut être faite : *l'erreur de droit* est de nature à vicier le consentement aussi bien que *l'erreur de fait*; les dispositions légales qui viennent au secours de celui qui a été victime d'une erreur ne distinguent pas entre l'erreur de droit et l'erreur de fait (1).

48. **Définition et effets du dol.** Le dol est une tromperie résultant de manœuvres frauduleuses commises dans la conclusion d'un acte juridique. *En matière de mariage, trompe qui peut.* En toutes autres matières, le dol n'est une cause d'annulation que sous

(1) Sur la maxime *Nemo jus ignorare censetur*, voir *R. trim.*, 1907, p. 513.

ces conditions: 1^o il faut qu'il ait eu pour résultat d'entraîner la conclusion même de l'acte juridique qui n'aurait pas été accompli sans lui (*dol principal* ou *déterminant*); 2^o *s'il s'agit d'un contrat*, il faut, en outre, que le dol soit émané de la partie adverse. En dehors de ces conditions, c'est-à-dire si le dol n'a eu pour résultat que de *modifier* les clauses d'un acte juridique déjà arrêté en principe (*dol incident*), ou si, s'agissant d'un contrat, il émane d'un *tiers*, le dol n'est plus une cause d'annulation; il ne donne naissance qu'à une action en dommages-intérêts contre l'auteur des manœuvres frauduleuses. D. 1909, 2, 226, note 4.

Le dol n'est une cause d'annulation qu'à raison de l'erreur qu'il détermine chez l'auteur de l'acte. Ne fait-il pas ainsi double emploi avec l'erreur comme vice du consentement? Non, parce qu'il est possible que le *dol* entraîne l'annulabilité de l'acte, alors que l'*erreur non substantielle* qu'il a causée serait sans influence sur le sort de cet acte si elle était due à une cause fortuite.

49. Définition et effets de la violence. La violence est la contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour la déterminer à accomplir un acte juridique. Cette contrainte peut résulter de voies de fait ou de menaces. Elle agit par la *crainte* qu'elle inspire. C'est en définitive la crainte éprouvée par la victime de la violence qui constitue le vice du consentement, bien plus que les actes extérieurs qui l'ont fait naître.

La violence ne détruit pas la volonté; elle lui enlève seulement sa liberté. En effet, la victime de la violence reste toujours maître de ne pas donner le consentement qu'on veut lui arracher, sauf à subir le mal dont elle est atteinte ou menacée. *Coactus voluit, sed tamen voluit.*

§ 3. — DE LA LÉSION.

50. Définition et effets de la lésion. La lésion est le préjudice pécuniaire qu'un acte juridique peut causer à son auteur. *En*

principe, la lésion n'est pas une cause d'annulation des actes juridiques. Art. 1118. Cette règle souffre exception, dit le texte :

A l'égard de certaines personnes; ces mots font allusion aux mineurs, qui peuvent, d'une manière générale, attaquer pour cause de lésion les actes juridiques dans lesquels ils se sont engagés eux-mêmes;

Ou pour certains contrats; ces mots font allusion au partage, qui est rescindable pour lésion de plus du quart, et à la vente immobilière, qui est rescindable, en faveur du vendeur, pour lésion de plus de sept douzièmes. Art. 887 et 1674. Ces deux contrats sont les seuls contre lesquels un majeur puisse agir en annulation ou rescision du chef de lésion.

CHAPITRE II. — DE LA FORME DES ACTES JURIDIQUES.

51. **Caractère non formaliste du droit moderne.** En principe, les actes juridiques n'ont besoin pour s'accomplir d'aucune formalité. La volonté ou les volontés nécessaires à leur formation peuvent être *manifestées d'une manière quelconque*, verbalement ou par écrit, expressément ou tacitement.

En général donc, les écrits ne sont dressés que *ad probationem*, c'est-à-dire que l'écrit que l'on fait d'un acte juridique n'est qu'un instrument de preuve préparé contre des rétractations ou dénégations éventuelles. Cet écrit n'est-il pas dressé, *théoriquement* l'acte existe tout de même et produit tous ses effets; la seule conséquence théorique de son omission est que celle des parties, qui devra plus tard fournir la *preuve* de la formation de l'acte juridique, manquera du mode le plus facile et devra recourir à l'un des autres modes autorisés par la loi. Cass., 14 octobre 1909, P. 1909, 1, 395.

52. **Distinction des actes consensuels et des actes solennels.** Exceptionnellement, certains actes juridiques doivent être faits dans des formes déterminées; la volonté ou les volontés nécessaires à leur formation ne peuvent *se manifester que de la manière prescrite par la loi*. C'est la forme légale seule qui peut donner l'existence à l'acte. *Forma dat esse rei*. Ces actes sont

dits *solennels*, par opposition à tous les autres qu'on appelle *consensuels* parce que la simple volonté ou *consentement* des parties suffit pour leur perfection. Leur solennité est prescrite surtout afin d'assurer la pleine indépendance des parties.

Les principaux actes solennels sont : le mariage (art. 75 et 165), le contrat pécuniaire de mariage (art. 1394), la donation entre vifs (art. 931), le testament (art. 969 et suiv.), la constitution d'hypothèque (art. 76 de la loi hypothécaire). Presque toujours, la solennité prescrite par la loi consiste dans la passation d'un acte notarié. Quelquefois, la loi se contente d'un acte privé ; c'est le cas pour le testament olographe (art. 970). Pour le mariage, la solennité consiste dans la célébration par un officier de l'état civil.

Quand un écrit est dressé non simplement pour la preuve, *ad probationem*, mais pour la formation même d'un acte juridique, on dit qu'il est fait *ad solemnitatem*.

53. Distinction des formes solennelles et des formes habilitantes. Il ne faut point confondre les formes solennelles prescrites pour la manifestation de la volonté des parties dans certains actes juridiques, avec les *formes habilitantes requises par la loi pour la protection des incapables* qui se trouvent représentés ou assistés dans les actes juridiques. Le défaut d'accomplissement des formes solennelles empêche l'acte juridique de se former, tandis que l'inobservation des formes habilitantes ne fait point obstacle à l'*existence* de l'acte, mais seulement à sa *validité*.

54. Distinction des formes solennelles et des formalités de publicité. Avec les formes solennelles, il ne faut pas confondre non plus les *formalités de publicité imposées par la loi pour porter certains actes à la connaissance des tiers*, c'est-à-dire des personnes qui n'y ont pas été *parties*. Ces formalités de publicité ne sont requises ni pour l'*existence* ni pour la *validité* de l'acte, mais seulement pour le rendre opposable aux tiers. Malgré leur inobservation, l'acte n'en produit pas moins ses effets entre les parties.

CHAPITRE III. — DE LA LIBERTÉ CIVILE OU DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.

55. **Principe.** Le principe peut se formuler de deux manières : *Tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis. La volonté privée est autonome, sauf les limites fixées par la loi.* Art. 537. al. 1^{er}, 1134, 1156 et suiv., 1387.

Il existe un assez grand nombre de limitations particulières. Il existe une limitation *générale* portée par l'art. 6 : ce texte, qui est mal rédigé, défend les actes juridiques, conventions ou actes unilatéraux, contraires aux lois d'ordre public ou aux bonnes mœurs.

56. **Lois d'ordre public et lois d'intérêt privé.** Il résulte clairement de l'art. 6 que les lois civiles se divisent en deux grandes catégories : celles auxquelles les particuliers ne peuvent déroger, parce qu'elles sont d'ordre public, c'est-à-dire d'intérêt social ; celles auxquelles ils peuvent déroger, parce qu'elles sont d'ordre privé, c'est-à-dire d'intérêt individuel. *Bulletin de législation comparée*, 1904, p. 423.

Il est impossible de fournir une notion bien précise des lois d'ordre public ; on doit se borner à des généralités. Une disposition légale est d'ordre public lorsqu'elle est fondée sur des considérations, des idées que le législateur regarde comme essentielles à la conservation, à l'harmonie de la société telle qu'il la comprend et qu'il la veut. Il appartient au juge de rechercher, en interrogeant les motifs et le but des diverses dispositions légales, si elles intéressent la société dans son ensemble plutôt que les personnes envisagées individuellement. D. 1908, 2, 33, note.

Parmi les *lois civiles* d'ordre public figurent certainement : 1^o celles qui règlent l'état et la capacité des personnes ; 2^o celles qui organisent la propriété foncière ; 3^o celles qui imposent aux parties des défenses ou des mesures dans l'intérêt des tiers. Au contraire, ne sont généralement que d'intérêt privé les lois qui ont pour objet de déterminer les conséquences des actes juridiques ; presque toujours elles ne statuent que pour interpréter la

volonté des parties ou pour la suppléer. Art. 111 et 1387. Aussi les appelle-t-on lois *supplétives* ou *interprétatives* par opposition aux lois d'ordre public qui sont *impératives* ou *prohibitives*.

57. Ordre public international ou national. Les lois civiles d'ordre public se divisent en lois d'ordre public absolu ou *international* et en lois d'ordre public relatif ou *national*. Les premières s'imposent à tous sans distinction de nationalité; les secondes ne s'imposent qu'aux belges, en ce sens qu'elles n'excluent pas l'application des lois de leur patrie aux étrangers qui se trouvent sur notre territoire. L'art. 147 est d'ordre public international, l'art. 148 n'est que d'ordre public national. Cette matière rentre dans le cours de droit international privé.

58. Les bonnes mœurs. L'art. 6 dit qu'on ne peut pas déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs. Ils s'exprime inexactement: une loi qui intéresse les bonnes mœurs est évidemment d'ordre public; la seconde partie de l'article ferait donc double emploi avec la première. La vérité est que l'art. 6 veut dire par sa finale qu'on ne peut faire de convention ou de disposition contraire aux bonnes mœurs, c'est-à-dire à la conscience publique. Ainsi serait inopérante une convention par laquelle on prétendrait s'exonérer de son dol ou de sa faute lourde (équivalant à un dol).

Le caractère d'immoralité d'un acte juridique est nécessairement une question de fait à apprécier par les juges. La seule règle doctrinale que l'on puisse poser à ce sujet est que ce n'est pas seulement dans chacun de ses éléments particuliers qu'il faut envisager l'acte, mais *dans son ensemble et surtout dans son but*.

CHAPITRE IV. — DE CERTAINES MODALITÉS DES ACTES JURIDIQUES.

59. Actes purs et simples et actes affectés d'un terme ou d'une condition. D'ordinaire les actes juridiques sont *purs et simples*, c'est-à-dire que la volonté des parties est exempte de toute restriction. Par suite, quel que soit l'acte juridique

accompli, ses effets se réalisent *immédiatement* et *définitivement*.

Parfois les actes juridiques sont affectés d'un *terme* ou d'une *condition* qui en modifie l'efficacité. Le code traite de ces modalités à propos des contrats. Art. 1168 à 1188.

§ 1. — DU TERME.

60. **Définition.** Le terme est un événement futur, mais de réalisation certaine, qui suspend soit l'exigibilité, soit l'extinction d'un droit, et qui produit son effet sans rétroactivité. L'arrivée du terme s'appelle *échéance*; on dit que le terme est échu ou qu'il ne l'est pas. Avant l'échéance on dit du terme qu'il *court*.

Le terme comporte deux éléments constitutifs:

1^o C'est un *événement futur*. Sur ce point, il y a similitude complète entre le terme et la condition.

2^o C'est un *événement inévitable*. Le terme arrivera à coup sûr. Mais son échéance peut être *déterminée* ou *indéterminée*. Le terme à échéance déterminée s'appelle *terme certain*; le terme à échéance indéterminée s'appelle *terme incertain*, expression équivoque. Le type du terme incertain est le décès d'une personne désignée.

Les effets du terme se produisent toujours *sans rétroactivité*. Quand les parties emploient un terme initial ou final, elles veulent simplement *limiter la durée* des effets de l'acte; elles ne veulent pas davantage.

61. **Effets du terme suspensif ou initial.** *Avant l'échéance.* Le cours du terme ne suspend pas la *naissance* du droit, mais seulement son *exercice*. Le droit s'est formé définitivement au moment même où l'acte juridique s'est passé.

A l'échéance. L'échéance permet au titulaire du droit d'en réclamer l'exercice. On dit que le droit est *exigible*.

62. **Effets du terme extinctif ou final.** *Avant l'échéance.* Le droit s'exerce comme s'il était pur et simple.

A l'échéance. Le droit cesse d'exister, mais *pour l'avenir seulement*; les effets qu'il avait produits jusque là restent acquis.

§ 2. — DE LA CONDITION.

63. **Définition.** La condition est un événement futur et incertain qui suspend soit la naissance, soit la résolution d'un droit, et dont l'accomplissement a un effet rétroactif. L'arrivée de la condition s'appelle *réalisation*, et le défaut de réalisation prend le nom de *défaillance*; on dit que la condition est réalisée ou est défaillie. Jusqu'à sa réalisation ou sa défaillance, on dit que la condition est *pendante*.

La condition comporte deux éléments constitutifs:

1^o C'est un *événement futur*. Si, par suite d'une erreur, les parties s'étaient référées à un événement passé, pris comme terme ou comme condition, en réalité leur acte juridique ne serait affecté d'aucune modalité.

2^o C'est un *événement incertain*. Se réalisera-t-il, ne se réalisera-t-il pas? On n'en sait rien. C'est là le trait *caractéristique* de la condition; c'est par là qu'il diffère essentiellement du terme qui est inévitable.

64. **Corrélation entre la condition suspensive et la condition résolutoire.** Toute condition suspensive implique, par une corrélation nécessaire, une condition résolutoire inverse, et réciproquement. Dès l'instant, par exemple, que l'une des parties devient propriétaire sous condition suspensive, l'autre partie n'est plus propriétaire que sous condition résolutoire.

65. **Rétroactivité des conditions accomplies.** La rétroactivité de la condition accomplie est un principe du droit français. Art. 1179. Il s'applique dans les rapports des parties avec les tiers aussi bien que dans les rapports des parties entre elles. On discute beaucoup sa raison d'être en théorie; on ne peut méconnaître son existence en droit positif. *R. trim.*, 1906, p. 240, et 1907, p. 753.

A. — *Effets de la condition suspensive.*

66. **Avant la réalisation.** Le droit affecté d'une condition suspensive n'a pas encore d'existence définitive. Il peut être comparé à l'enfant simplement conçu, dont la personnalité est encore

incertaine. Le propriétaire ou le créancier sous condition suspensive ne sont donc, à proprement parler, ni propriétaire ni créancier tant que la condition est encore pendante.

Toutefois, le code considère le droit conditionnel comme un *élément du patrimoine*, lorsqu'il est constitué non par un testament, mais par un acte entre vifs. Art. 1040, 1179 et 1180. Il est *transmissible*; il passe aux héritiers, à la mort de son titulaire; celui-ci peut le céder ou y renoncer, de son vivant. Il peut être l'objet de *mesures conservatoires*; le propriétaire ou le créancier hypothécaire conditionnel peut faire opérer la transcription ou l'inscription de son titre, agir en vérification d'écriture, etc.

Il ne faut pas confondre le droit conditionnel, qui est un élément du patrimoine, avec le *droit éventuel* (art. 791 et rubrique des art. 135 et suiv.), qui n'est qu'une *simple espérance*. Les droits éventuels sont ceux des héritiers présomptifs et ceux des légataires avant la mort du *de cujus* (*is de cujus successione agitur*). Il ne peut être question d'en disposer, ni de leur appliquer des mesures conservatoires, tant que la succession n'est pas ouverte.

67. A la réalisation. En cas de la réalisation de la condition, le droit qu'elle suspendait prend naissance *avec rétroactivité*, ce qui signifie que l'acte conditionnel est réputé *avoir produit ses effets dès le moment où il a été consenti*. Tout se passe comme si l'acte avait été pur et simple dès le début.

68. A la défaillance. En cas de défaillance de la condition, l'acte conditionnel devient *inutile*. Il n'avait pas encore produit d'effets, et il est maintenant certain qu'il n'en produira jamais.

B. — *Effets de la condition résolutoire.*

69. Avant la réalisation. L'acte juridique est en tous points semblable à un acte pur et simple. Le droit naît et peut s'exercer immédiatement. Les Romains disaient très exactement: *Obligatio pura quæ sub conditione resolvitur*.

70. A la réalisation. Non seulement l'acte cesse de produire

pour l'avenir de nouveaux effets, mais *ceux qu'il avait déjà produits sont anéantis*. Les choses doivent être remises dans le même état que si l'acte n'avait jamais été fait. C'est la conséquence de la rétroactivité de la condition accomplie.

71. **A la défaillance.** L'acte juridique est comme s'il avait été pur et simple dès le début, comme s'il n'avait jamais été menacé de résolution. Ses effets déjà réalisés sont consolidés, et il peut en produire d'autres indéfiniment.

CHAPITRE V. — DE LA REPRÉSENTATION DANS LES ACTES JURIDIQUES.

72. **Notion de la représentation.** Le terme *représenter* est un terme technique qui désigne l'*intervention d'une personne accomplissant un acte juridique au nom et pour le compte d'une autre personne, sans être elle-même touchée par les effets de cet acte*. En fait, c'est le représentant qui agit, mais, en droit, c'est le représenté; le représentant n'est qu'un instrument. L'acte une fois accompli par le représentant, la situation est la même que si le représenté l'avait accompli personnellement. Les effets de l'acte passent, pour ainsi dire, par dessus la tête du représentant pour se réaliser exclusivement en la personne du véritable intéressé.

Le représentant s'appelle *mandataire*. Selon les cas, le mandataire est constitué par la *loi* ou la *justice* en vertu d'une disposition de la *loi*, ou par le *contrat* défini en l'art. 1984.

La *procuracion* (écrit qui constate le pouvoir du mandataire conventionnel) doit être donnée par *acte notarié*, toutes les fois que l'acte à passer au nom du mandant est assujéti à l'authenticité comme *forme solennelle*, c'est-à-dire comme condition d'existence. Ce principe se dégage du rapprochement des art. 36, 66 et 933, al. 2.

73. **Cas où la représentation n'est pas admise.** En principe, tout acte juridique est susceptible d'être accompli par un représentant.

Par exception, il est quelques actes qui, à raison de leur *nature*

essentiellement personnelle, comme le testament, ou en vertu d'une *disposition de la loi*, comme le mariage et le divorce (art. 75, 264 et 294), ne peuvent être accomplis que par l'intéressé lui-même.

74. **Distinction de la capacité et du pouvoir.** La question de *capacité* (supra n° 19) s'élève au sujet de celui qui agit en son propre nom et pour son propre compte; la question de *pouvoir*, au sujet de celui qui agit au nom et pour le compte d'autrui. L'acte juridique qui émane d'un *incapable* est simplement *annulable* et deviendra valable par une confirmation ou par la prescription; l'acte qui émane d'un individu *sans pouvoir* est *entièrement sans effet* à l'égard du véritable intéressé, qui peut seulement lui donner la vie en se l'appropriant par une ratification.

CHAPITRE VI. — DE L'EFFET ESSENTIELLEMENT RELATIF DES ACTES JURIDIQUES.

75. **Inefficacité des actes juridiques à l'égard des tiers.** En principe, les actes juridiques ne produisent d'effet que pour les *parties* et leurs *ayants cause* ou *ayants droit*. Art. 1122 et 1165.

Aux parties et à leurs ayants cause, on oppose les *tiers*. *Res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest.*

Ainsi qu'il vient d'être enseigné au chapitre précédent, on est considéré comme partie à un acte non seulement lorsqu'on y a figuré *personnellement*, mais aussi lorsqu'on y a figuré par un *représentant* légal, judiciaire ou conventionnel.

76. **Définition et distinction des ayants cause.** Le terme ayant cause suppose l'idée d'une transmission ou succession qui s'est opérée d'une personne à une autre. Celui qui a transmis le droit s'appelle *auteur*, celui qui l'a acquis s'appelle *ayant cause*. Les Romains disaient: *Auctor meus a quo jus in me transiit*. L'ayant cause est donc celui qui, sans avoir figuré à l'acte soit par lui-même, soit par un représentant, a *succédé* à l'une des personnes qui ont été parties à cet acte.

Les ayants cause se divisent en deux grandes classes, d'après

l'étendue de leur titre: les uns sont des *ayants cause universels* ou à *titre universel*, les autres des *ayants cause à titre particulier*. Les premiers sont ceux qui ont acquis le *patrimoine de leur auteur* ou une *quote part de son patrimoine*. Ce sont les héritiers et les légataires ou donataires universels ou à titre universel. Les ayants cause à titre particulier sont ceux qui n'ont acquis de leur auteur que *des biens individuellement déterminés*.

La distinction des ayants cause et des tiers n'est pas toujours immuable. La même personne peut être classée suivant les circonstances dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. L'héritier, par exemple, est en principe un ayant cause; mais lorsqu'il est en même temps *réservataire* et qu'en cette qualité il intente l'action en réduction des libéralités du défunt, il exerce alors un droit qui lui est propre et, dans ces conditions, doit être considéré comme un *tiers*.

77. Ayants cause universels ou à titre universel. En principe, les ayants cause universels ou à titre universel s'identifient avec les parties elles-mêmes; leur personne ne se distingue pas de celle de leur auteur, le défunt. *Heres et defunctus una eademque persona esse intelliguntur*. Ils peuvent invoquer tous ses actes et on peut les leur opposer.

Acquérant son patrimoine, ils sont tenus des dettes dont il est grevé. Art. 873, 1009 et 1012. D. 1907, 2, 209, note. On doit observer toutefois qu'un ayant cause à titre universel n'est tenu des obligations de son auteur que *proportionnellement* à la quote part du patrimoine qu'il a été appelé à recueillir.

78. Ayants cause à titre particulier. Au point de vue actif, l'acquéreur d'un bien déterminé doit être considéré comme ayant reçu, par une cession implicite (art. 1018 et 1615), les droits que son auteur avait acquis comme *accessoires nécessaires* du bien transmis. Bruxelles, 31 mai 1906, P. 1906, 2, 222. Comp. Trib. Liège, 24 décembre 1909, P. 1910, 3, 114.

Au point de vue passif, l'acquéreur d'un bien déterminé n'est point tenu des dettes de son auteur. *Aes alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est*. Il n'y a pas de restriction

à faire pour les dettes qui incombait à l'auteur relativement à la chose formant l'objet de la transmission (1). Cass. fr., 19 mars 1900, D. 1900, 1, 283.

Si l'acquéreur d'un bien déterminé ne succède pas aux obligations proprement dites de l'aliénateur, sa qualité d'ayant cause se manifeste cependant en ce qu'il subit l'effet des actes par lesquels l'aliénateur avait restreint antérieurement le droit qui est devenu l'objet de la transmission. Notamment, il est tenu de respecter toutes les *charges réelles* qui se trouvaient *déjà imprimées sur la chose*, du chef de son auteur, au jour où la transmission s'est opérée entre eux. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet.*

Tout acquéreur à titre particulier a ainsi une double qualité selon le temps qu'on envisage: *ayant cause* pour la période *antérieure* à son acquisition, *tiers* pour celle qui est *postérieure*. Douai, 21 mars 1907, D. 1908, 2, 372.

79. Qualité des créanciers ordinaires ou chirographaires.
Quoique, d'après les art. 2092 et 2093 reproduits par les art. 7 et 8 de la loi hypothécaire, les créanciers aient pour gage le patrimoine de leur débiteur, ils ne sont pas à proprement parler des ayants cause, le rapport d'auteur à ayant cause impliquant en soi l'idée de transmission. Néanmoins on s'accorde à les considérer d'une manière générale comme des *ayants cause universels de leur débiteur*. On a pour cela deux raisons: d'abord, l'art. 1166 leur donne qualité pour exercer de son chef tous ceux de ses droits pécuniaires qu'il néglige de faire valoir; ensuite, il est de principe que, sauf le cas de l'art. 1167, ils ne peuvent critiquer les actes juridiques par lesquels il a changé ou change la composition du patrimoine qui leur sert de garantie et à l'aide duquel ils se feront payer s'il ne les paie pas volontairement.

Mais l'art. 1167 protège les créanciers contre les actes faits par leur débiteur *en fraude* de leurs droits. Si le débiteur n'agit

(1) Il y a cependant à tenir compte de la disposition de l'art. 1743, en ce qui touche le bail.

pas de bonne foi, si ses actes sont *destinés* à diminuer le gage de ses créanciers, ceux-ci sont fondés à en poursuivre l'annulation à leur égard. Quand ils exercent ce droit que les romanistes appellent l'action *Paulienne*, les créanciers lésés ne se gèrent plus comme des ayants cause de leur débiteur ; ils exercent, au contraire, un droit qui leur est propre et doivent ainsi être considérés comme des *tiers*.

CHAPITRE VII. — DES ACTES INEXISTANTS, DES ACTES NULS ET DES ACTES ANNULABLES.

80. **Division et terminologie.** Les actes juridiques valables ont une efficacité pleine et entière.

Les actes juridiques atteints d'invalidité peuvent être divisés en trois catégories : les actes *inexistants*, les actes *nuls de plein droit*, les actes *annulables*.

Le législateur n'emploie nulle part le terme *acte inexistant* ; il parle toujours d'*actes nuls* ou d'*actes annulables*. Ce second terme a un sens très précis, mais il est loin d'en être de même du premier qui est synonyme tantôt d'*acte inexistant*, par exemple à l'art. 1601, al. 1, tantôt d'*acte nul de plein droit*, par exemple à l'art. 896, tantôt enfin d'*acte annulable*, par exemple à l'art. 502, in fine.

§ 1. — DES ACTES INEXISTANTS.

81. **Définition.** L'acte inexistant est celui auquel il manque un élément indispensable à sa formation d'après la nature même des choses ou les dispositions de la loi. Si l'expression *acte inexistant* ne se rencontre pas dans le code, on en trouve l'idée précise dans l'art. 146 : *Il n'y a pas de mariage* lorsqu'il n'y a point de consentement.

On s'explique que le législateur n'ait pas écrit de disposition générale sur les actes inexistants : de tels actes ne sont que des semblants, de simples apparences d'actes juridiques. Le législateur n'avait pas à organiser la théorie du néant.

82. **Conditions d'existence des actes juridiques.** 1^o Un

élément essentiel à la formation de tout acte juridique, quel qu'il soit, est la *volonté* de l'auteur ou des auteurs matériels de l'acte. Cela est évident, puisque, par définition même, les actes juridiques sont des actes accomplis *en vue* de produire des effets juridiques. L'absence complète de volonté chez l'auteur ou l'un des auteurs matériels de l'acte est donc une cause d'inexistence. Ainsi l'acte juridique accompli par un fou est inexistant. D. 1886, 2, 73, note.

2° Un second élément essentiel, commun seulement à certains actes juridiques, est l'accomplissement des *solennités* prescrites par la loi pour la manifestation de la volonté. On l'a déjà dit : *Forma dat esse rei*. La volonté qui n'est pas exprimée dans les formes légales est évidemment sans existence aux yeux de la loi. Ainsi est inexistant le mariage célébré seulement à l'église. D. 1903, 1, 137, note; S. 1903, 1, 257, note.

3° Les autres éléments essentiels varient suivant les divers actes juridiques; ils sont déterminés pour chaque acte par sa définition particulière. Ainsi, dans le mariage, la différence de sexe est un élément essentiel; un mariage contracté entre deux personnes du même sexe est inexistant. Dans la vente, l'objet est un élément essentiel; si, au moment de la vente, la chose vendue était périée en totalité, la vente serait inexistante. 1601-1

83. **Conséquence de l'inexistence.** Un acte juridique inexistant, comme ce terme même l'exprime, *équivalent au néant*; c'est un mort-né. Son inefficacité est indépendante de toute décision judiciaire; on n'a pas à faire intervenir les juges pour *casser* un acte qui n'existe pas. Sans doute, s'il y a contestation entre deux personnes sur le point de savoir si cet acte, dont l'existence matérielle est prouvée, a ou non l'existence juridique, les juges devront intervenir pour trancher le différend, *nul ne pouvant se faire justice à soi-même*; mais ils se borneront à constater l'inexistence juridique de l'acte, on ne concevrait pas qu'ils l'annulassent.

§ 2. — DES NULLITÉS.

84. **Nullités expresses et nullités virtuelles.** A la différence de l'acte inexistant, l'acte nul réunit tous les éléments essentiels à

sa formation. Mais il se trouve *infirmé* par la loi à raison d'un vice dont il est atteint.

Il n'y a pas au code civil d'article annulant *d'une manière générale* tous les actes contraires à ses dispositions. D'autre part, et cela à la différence du code de procédure civile (art. 1030, al. 1), le code civil ne décide pas qu'aucun acte ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas *formellement* prononcée par la loi.

Il est universellement reconnu que certaines dispositions du code civil sont sanctionnées par la nullité sans que le code civil l'ait dit en termes exprès. L'art. 6 en est le plus bel exemple. De là cette distinction des nullités en nullités *expresses* ou *textuelles* et nullités *tacites* ou *virtuelles*.

Les dispositions *prohibitives*, celles qui défendent un acte ou ne le permettent que sous certaines conditions, emportent ordinairement la peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée. L'invalidité de l'acte est, en effet, la sanction naturelle de la prohibition de la loi. Le rapprochement des art. 217 et 225 est particulièrement concluant à cet égard; l'art. 225 ne prononce pas la nullité, il la suppose prononcée par une disposition précédente qui ne saurait être que l'art. 217.

85. Nullités absolues et nullités relatives. Les nullités *absolues* ou *radicales* sont celles que la loi a établies par des raisons d'*ordre public*, c'est-à-dire d'intérêt social. Telle est la nullité des actes d'un interdit légal. Les nullités *relatives* sont celles que la loi n'a établies que comme mesures de protection d'*intérêts privés*: tantôt c'est un incapable que la loi veut secourir ⁽¹⁾, comme l'interdit judiciaire, tantôt c'est une personne dont

(1) Il est universellement reconnu que les dispositions du code civil relatives à la protection des incapables sont d'ordre public. Bruxelles, 20 juillet 1903, B. J. 1903, col. 913; Cass. fr., 8 avril 1903, D. 1903, 1, 295. Mais si la protection des incapables est une nécessité d'ordre public, ce n'est pas à dire que la nullité qui assure cette protection soit d'ordre public également; il est certain, au contraire, qu'elle ne concerne que les intérêts particuliers de l'incapable.

le consentement a été vicié ou qui a subi une lésion.

La *nullité absolue* présente les caractères suivants :

1^o *Elle peut être invoquée par quiconque y a intérêt.*

2^o *Elle ne peut être couverte, c'est-à-dire effacée par une confirmation soit expresse, soit tacite, émanée des intéressés. Confirmer un acte entaché de nullité, c'est renoncer au droit de se prévaloir de cette nullité. L'accord unanime de tous les intéressés ne saurait couvrir une nullité d'ordre public parce qu'il rencontrerait la même prohibition de la loi qui a déjà frappé l'acte primitif. Comp. Gand, 14 décembre 1873, B. J. 1873, col. 135; Cass. fr., 2 juin 1902, D. 1902, 1, 346; Chambéry, 13 janvier 1909, D. 1909, 2, 221.*

La *nullité relative* présente ces deux caractères opposés à ceux de la nullité absolue :

1^o *Elle ne peut être invoquée que par les personnes en faveur desquelles elle a été établie.* Art. 225 et 1125. A l'égard de toutes les autres, l'acte est aussi solide que s'il n'était affecté d'aucune cause de nullité.

2^o *Elle est susceptible de se couvrir par une confirmation expresse ou tacite émanée de celui ou de ceux à qui appartient le droit d'agir en nullité.* Art. 1304 et 1338. L'acte confirmé est validé avec effet rétroactif.

86. Nullités de plein droit et nullités par voie de jugement. La nullité *de plein droit* se produit automatiquement par la seule force de la loi, sans formalité judiciaire. Le cas échéant, les juges constateront la nullité, ils ne la prononceront point. Les actes inexistants et les actes nuls de plein droit se trouvent confondus *dans le même néant*; il n'y a de différence entre eux que dans la *cause* qui les rend stériles: pour l'acte inexistant, c'est l'absence d'un élément essentiel à sa formation; pour l'acte nul de plein droit, c'est la volonté de la loi, comme à l'art. 1131.

La nullité *par voie de jugement* ne se réalise qu'en vertu d'une sentence judiciaire qui casse l'acte réprouvé par la loi. L'acte n'est pas annulé par la loi elle-même; il reste efficace, produit provisoirement tous les effets d'un acte valable, jusqu'au jugement qui, en prononçant la nullité, l'anéantit. Il est donc plutôt *annulable*.

que nul. Mais une fois annulé par la justice, il est considéré comme n'ayant jamais eu d'existence juridique; l'annulation opère *avec rétroactivité*. Tous les effets que l'acte avait produits jusque là sont réputés nonavenus à moins que, par exception, la loi n'ait statué autrement.

Le droit d'obtenir de la justice une sentence d'annulation s'appelle *action en nullité* ou *rescision*. Art. 1117. En droit moderne, les termes action en nullité et action en rescision sont synonymes.

La distinction des nullités en nullités de plein droit et nullités par voie de jugement est traditionnelle. Elle se trouve consacrée par le rapprochement des art. 1117 et 1131. Le législateur belge l'a appliquée à l'art. 23 de la loi du 24 décembre 1903 sur les accidents du travail.

87. **Nullités de droit.** Il faut se garder de confondre la nullité de droit avec la nullité de plein droit. Quand la loi dit, comme à l'art. 502, qu'un acte est nul *de droit*, elle veut exprimer que les juges n'ont aucun pouvoir discrétionnaire pour le maintenir ou l'annuler selon les circonstances de fait. Comp. art. 503.

§ 3. — DES ACTES NULS DE PLEIN DROIT ET DES ACTES
ANNULABLES.

88. **Comment opèrent les nullités absolues et les nullités relatives.** Il est indubitable que les *nullités relatives* n'opèrent pas par le seul effet de la loi; elles n'engendrent qu'une action en nullité qui doit être portée devant les tribunaux. Art. 1117.

Il est indubitable également qu'*en matière de mariage* les *nullités absolues* n'opèrent pas de plein droit; les mariages entachés de nullité absolue restent efficaces tant que l'annulation n'en a point été prononcée par la justice. Art. 184 et suiv.

Il y a controverse quant aux *nullités absolues en toutes autres matières*. La question ne semble pas susceptible d'une solution invariable. Il est des cas où la formule du législateur paraît bien exclusive de toute formalité judiciaire, par exemple à l'art. 1131.

Cass., 4 juin 1903, P. 1903, 1, 276. Il en est d'autres où le texte se borne à déclarer la nullité d'une manière pure et simple, par exemple aux art. 943, 944 et 945, et alors le doute devient très sérieux.

La question ne présente pas d'ailleurs un intérêt considérable, car si toute nullité absolue doit être prononcée par jugement, il faut reconnaître que l'action en nullité ne peut s'éteindre que par la *prescription trentenaire* de l'art. 2262. B. J. 1873, col. 135.

5^{me} PARTIE. — GÉNÉRALITÉS SUR L'ABUS DE DROIT.

89. **Distinction de l'acte illicite par sa nature et de l'acte illicite par l'intention méchante de son auteur.** Le fait d'outrepasser les limites de son droit est illicite de sa nature même. Le fait d'exercer son droit d'une manière dommageable pour autrui ne peut être illicite que s'il n'a d'autre but que celui de nuire.

C'est une règle classique qu'il est permis d'exercer son droit alors même que par là on nuirait à autrui. *Qui jure suo utitur nemini facit injuriam*. Mais c'est une autre règle classique également qu'il n'est pas permis d'exercer son droit dans le *seul but de nuire* à autrui. B. J. 1909, col. 1079, note 46. *Malitiis non est indulgendum*. L'intention de nuire, étant nécessairement illicite par elle-même, rend illicite l'usage d'un droit quelconque, quand elle en devient le but unique. « Le droit, étant la première condition de l'ordre social, ne saurait être employé dans la seule intention de nuire à autrui, c'est-à-dire pour accomplir un acte antisocial. » Ce principe, *sagement appliqué*, est le correctif nécessaire des doctrines trop individualistes de la plupart des civilistes modernes. SALEILLES, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 325. Comp. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905 ;

RIPERT, *R. crit.*, 1905, p. 352; DE VISSCHER, *L'abus de droit*, Gand, 1909.

L'abus de droit fait l'objet d'une disposition générale dans le nouveau code civil allemand, art. 226, et dans le nouveau code civil suisse, art. 2 in fine.

90. **Généralité de la règle sur l'abus de droit.** La règle qu'il n'est pas permis d'exercer son droit dans le seul but de nuire à autrui ne se limite pas au droit de propriété; elle est susceptible de s'appliquer aux autres *droits patrimoniaux* et même aux *droits de famille*. Le législateur belge en a visé expressément l'application à la matière de la puissance paternelle dans l'art. 1^{er}, II, § 9, 1^o, de la loi du 30 novembre 1896 sur les droits successoraux du conjoint survivant: «Le conjoint est exclu ou déchu du droit d'usufruit s'il est privé de tout ou partie des droits attachés à la puissance paternelle, à raison de l'abus qu'il en a fait.»

91. **Conditions d'application de la règle.** L'application de la règle suppose nécessairement:

1^o Que le droit a été exercé d'une *manière dommageable* pour autrui;

2^o Que le *seul mobile de l'acte incriminé a été l'intention de nuire*, sans intérêt appréciable pour son auteur. Cette preuve, qui incombe au demandeur, est extrêmement difficile. On trouve cependant dans la jurisprudence un certain nombre de cas où elle a été faite. Cass. fr., 10 juin 1902, D. 1902, 1, 454; *R. crit.*, 1906, p. 324; Gand, 22 juin 1907, P. 1907, 2, 313.

Il y a des *droits qui ne sont pas susceptibles d'abus*, parce que leur exercice a toujours en lui-même un but utile, partant légitime, indépendamment de toute volonté de leur auteur. Tel est le cas du propriétaire qui oblige son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës, du patron qui, sans motif apparent, donne congé à son ouvrier en observant le délai convenu, ou qui refuse d'embaucher un ouvrier syndiqué, etc. Comp. *R. trim.*, 1905, p. 127, et 1908, p. 289 et 365; *R. crit.*, 1905, p. 352, et 1909, p. 144.

6^{me} PARTIE. — GÉNÉRALITÉS SUR LES PREUVES.

92. **Notion et importance des preuves.** On appelle preuves les divers moyens admis par la loi pour convaincre les juges.

Nul plaideur n'est cru sur sa parole, en justice. Nul ne peut y tirer profit d'un fait juridique ou matériel qu'il allègue qu'après l'avoir établi conformément aux règles légales. C'est exactement la même chose de n'avoir point le droit que l'on réclame ou de ne pouvoir fournir la preuve du fait juridique ou matériel d'où il dérive. *Actore non probante, absolvitur reus.*

CHAPITRE I. — DU FARDEAU DE LA PREUVE.

93. **Principes généraux.** C'est au demandeur à démontrer le bien fondé de sa prétention; le défendeur peut se borner à lui opposer une simple dénégation. *Actori incumbit probatio.* Mais quand le demandeur a fourni la preuve qui lui incombe, le juge doit lui donner gain de cause, à moins que le défendeur ne fasse valoir quelque moyen de défense dont celui-ci doit à son tour établir l'existence. *Reus in exceptione fit actor.* Art. 1315.

On a résumé ces deux règles en disant que le fardeau de la preuve incombe à celui des plaideurs qui allègue un fait contraire à la situation acquise par son adversaire. D. 1906, I, 255, note 6.

94. **Dispense de preuve en cas de présomption légale.** Il arrive *exceptionnellement* que la loi décharge du fardeau de la preuve un plaideur qui se trouve dans une situation déterminée. En pareil cas, le plaideur n'a pas à prouver l'acte juridique ou le fait matériel qu'il allègue; *il lui suffit d'établir qu'il est bien dans la situation prévue par la loi.* On dit alors qu'il existe une présomption légale en sa faveur. Art. 1352, al. 1.

95. **Caractères des présomptions légales.** Une présomption légale est une conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu. Art. 1349. *Præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit.*

Il n'y a pas de présomption légale sans loi qui l'établisse; tout texte qui établit une présomption est de stricte interprétation. On doit toujours se garder d'appliquer une présomption légale, par des arguments *a pari* ou *a fortiori ratione*, à des cas pour lesquels elle n'a pas été faite.

96. **Force variable des présomptions légales.** Les présomptions légales n'ont pas toujours la même force. D'ordinaire la loi se borne à dispenser un des plaideurs du fardeau de la preuve; elle laisse à l'autre plaideur le droit de rétablir la vérité, en combattant la présomption légale. On appelle *simple* ou *juris tantum* la présomption légale qui peut être détruite par la preuve contraire.

Exceptionnellement la présomption légale ne comporte pas la preuve contraire, c'est-à-dire que celui contre lequel elle s'élève n'a pas le droit de la détruire, en démontrant qu'elle est fausse dans le cas particulier où il se trouve. On dit alors que la présomption légale est *irréfragable* ou *juris et de jure*. Art. 1352, al. 2.

CHAPITRE II. — DES MOYENS DE PREUVE.

97. **Enumération.** Les moyens de preuve admis par le code civil sont:

1^o *L'aveu*. Art. 1354 et suiv. L'aveu est la reconnaissance par une personne de la vérité d'une allégation dirigée contre elle. La procédure destinée à provoquer l'aveu judiciaire s'appelle *l'interrogatoire sur faits et articles* (art. 324 et suiv. c. proc.).

2^o *Le serment*. Art. 1357 et suiv. Le serment *décisoire* est celui qui est prêté par un plaideur sur l'invitation de son *adversaire*. Ce dernier, faute de preuve en sa faveur, l'a déféré à son adversaire pour en faire dépendre le jugement de la cause. Le serment *supplétoire* est celui qui est prêté par un plaideur sur l'invitation du *juge*. Ce dernier n'a pu le déférer qu'à titre de supplément d'information, pour faire compléter une preuve insuffisante.

3^o *Les témoignages*. Art. 1341 et suiv. En principe, les déclai-

rations des témoins ne peuvent porter que sur des faits dont ils ont *personnellement connaissance*. Par exception, il arrive que les témoins peuvent déposer sur des faits qu'ils connaissent seulement *par ouï dire*. La preuve testimoniale s'appelle alors *preuve par commune renommée*. Les déclarations des témoins sont reçues au moyen d'une procédure particulière qui s'appelle *l'enquête* (art. 252 et suiv. c. proc.).

4° *Les présomptions de fait ou indices*. Art. 1353. Les indices sont des *circonstances de fait* qui servent à former la conviction du juge à l'aide de déductions appuyées sur le *raisonnement*. La loi appelle présomptions de fait ou de l'homme les déductions tirées de ces indices.

5° *Les écrits dressés pour servir de preuve*. Art. 1317 et suiv. Les écrits dressés en vue d'être utilisés comme preuve sont de deux sortes : les *actes sous seing privé* et les *actes authentiques* ou *actes publics*. Les premiers sont ceux que les *parties* dressent elles-mêmes, en leur propre et privé nom ; les seconds sont ceux qui sont dressés par un *officier public* dans l'exercice de ses attributions.

98. **Force probante de l'acte sous seing privé et de l'acte authentique.** L'acte privé ne présente en lui-même *aucune garantie de sa provenance*. Rien ne prouve ni ne permet de supposer la vérité de la signature dont il est revêtu. De là les règles suivantes de l'art. 1323 : la personne à laquelle on oppose un acte privé peut se borner à le méconnaître ; elle *dénie* sa signature, si l'acte est présenté comme émanant d'elle-même ; elle se borne à déclarer qu'elle *ne reconnaît pas* la signature de son auteur, si l'acte est opposé à un héritier ou autre ayant cause de son prétendu signataire. Cette simple déclaration suffit pour *enlever* provisoirement à l'acte méconnu toute force probante ; c'est alors à l'adversaire qui veut se prévaloir de l'écrit à établir qu'il émane bien de son signataire apparent. Art. 1324. Cass. 19 mars 1906, P. 1906, 1, 169. Cette démonstration se fait au moyen d'une procédure spéciale appelée *vérification d'écriture* (art. 193 et suiv. c. proc.).

L'acte qui a la forme authentique se présente *accompagné de signes extérieurs qui garantissent sa provenance*. La fabrication d'un faux en écriture de cette forme est aussi difficile à commettre que facile à découvrir. De là cette règle traditionnelle que l'acte qui a la forme authentique *fait par lui-même preuve de son authenticité*, en ce sens qu'il est réputé émaner de l'officier public qui paraît l'avoir reçu. *Scripta publica probant se ipsa*. C'est à l'adversaire qui nie l'authenticité, à démontrer la fausseté de l'acte, et il ne peut faire cette preuve que par la voie périlleuse de l'*inscription en faux* (art. 214 et suiv. c. proc., art. 448 et suiv. c. inst. crim.).

La force probante du *contenu* de l'acte authentique dépend de deux distinctions. Il faut d'abord exclure les énonciations que l'officier public n'a insérées qu'*en excédant les limites de ses attributions légales*. Celles-ci n'ont absolument aucune valeur.

Quant aux énonciations qui ont été *régulièrement insérées dans l'acte*, il faut de nouveau distinguer. Ont une force toute spéciale celles qui expriment le *témoignage personnel* de l'officier public, qu'on ne pourrait contester sans que sa sincérité fut mise en doute. L'officier public est un témoin *privilegié* dont l'attestation ne peut être combattue qu'au moyen de la procédure spéciale de l'inscription en faux. Au contraire, il n'est pas nécessaire de recourir à la voie de l'inscription en faux pour contester la *sincérité des déclarations faites par des particuliers*, et que l'officier public rédacteur de l'acte s'est borné à recueillir.

CHAPITRE III. — DE LA RECEVABILITÉ DES DIVERS MODES DE PREUVE.

99. **Distinction.** Il y a à distinguer entre les questions d'état et de capacité des personnes et les questions relatives aux droits patrimoniaux. En matière d'état et de capacité, des règles particulières sont tracées par le premier livre du code, au titre II, au titre V (art. 194 à 200), et au titre VII (ch. II et III). En ma-

tière de droits patrimoniaux, ce sont les dispositions générales du troisième livre, art. 1316 à 1369, qu'il faut toujours appliquer.

Entre ces deux systèmes il existe des différences considérables. On n'exposera ici que les notions générales sur les modes de preuve relatifs aux questions d'ordre patrimonial (droits réels et droits de créance ou d'obligation).

100. **Ecrits, aveu et serment.** La preuve *littérale* a été préparée avant toute contestation, par précaution contre l'avenir. Aussi le code lui accorde-t-il toute sa confiance. Elle est de droit commun.

L'*aveu judiciaire* et le *serment* sont aussi des modes de preuve du droit commun. Art. 1356 et 1357.

101. **Témoignages et présomptions de fait.** Il faut distinguer selon qu'il s'agit de *faits matériels* ou d'*actes juridiques*.

La *preuve testimoniale* ⁽¹⁾ et la *preuve par indices* ⁽²⁾ sont toujours de droit commun à l'égard des faits matériels. Elles ne sont de droit commun à l'égard des actes juridiques que dans trois catégories de cas :

1^o Lorsque la valeur de l'objet de l'acte juridique ne dépasse pas cent et cinquante francs. Art. 1341.

2^o Lorsqu'il a été impossible de se procurer une preuve écrite de l'acte qu'on demande à établir ou lorsque la preuve écrite qu'on s'était ménagée a péri par cas fortuit. Art. 1348.

3^o Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, tel qu'il est défini par l'art. 1347. Les témoignages et les présomptions servent alors, non à remplacer la preuve littérale, mais à la compléter.

(1) La preuve *par commune renommée* ne devient de droit commun que lorsqu'il s'agit d'établir la consistance d'un mobilier non inventorié, contre celui qui était *tenu* d'en faire dresser l'inventaire. Comp. Trib. Gand, 14 décembre 1904, P. 1905, 3, 292; D. 1905, 1, 481, note 5.

(2) La preuve par indices ou présomptions humaines est généralement mise sur le même rang que la preuve testimoniale. Art. 1353.

7^{me} PARTIE. — GÉNÉRALITÉS SUR LA DOUBLE JURIDICTION DES TRIBUNAUX ET SUR L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.

CHAPITRE I. — DE LA JURIDICTION GRACIEUSE ET DE LA JURIDICTION CONTENTIEUSE.

102. **Principe de la plénitude de juridiction contentieuse et de la limitation de juridiction gracieuse.** Les tribunaux n'ont pas d'autres pouvoirs que ceux qui leur sont attribués par la loi. L'art. 92 de la Constitution leur confère la *plénitude de juridiction contentieuse* en matière civile. Le code civil ne leur confère de *juridiction gracieuse que dans certains cas déterminés*. Cass., 22 novembre 1897, P. 1898, 1, 22.

Leur juridiction contentieuse consiste dans le pouvoir de connaître des contestations et de les juger.

Leur juridiction gracieuse consiste à accomplir certains actes d'autorité en dehors de tout procès, tels que l'envoi en possession des biens d'un absent, la nomination d'un conseil judiciaire, d'un curateur à succession vacante, d'un administrateur provisoire, l'homologation d'une délibération de conseil de famille, etc. B. J. 1905, col. 257; D. 1906, 1, 337, note.

Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de recevoir les actes auxquels les particuliers doivent ou veulent faire donner le caractère authentique. De droit commun, cette juridiction gracieuse appartient exclusivement aux notaires. Art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat.

CHAPITRE II. — DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.

103. **Principe de l'autorité de la chose jugée.** Le code présente comme une *présomption légale* l'autorité que la loi attribue à la chose jugée en matière contentieuse. Art. 1350. Cela signifie que la loi tient pour vrai ce qui a été jugé; c'est

une traduction indirecte de l'adage: *Res judicata pro veritate habetur*.

Ce qui a force de chose jugée, c'est uniquement le *dispositif* du jugement, c'est-à-dire la partie qui contient la décision rendue par le juge; la même autorité n'appartient pas aux *motifs*. Cependant il est universellement admis qu'on peut recourir aux motifs du jugement pour interpréter le dispositif et en préciser l'étendue.

104. **Principe de la relativité de la chose jugée.** Tout procès s'engage entre des personnes déterminées, qui y sont *parties*. Le jugement obtenu par l'une d'elles contre les autres ne doit pas plus profiter ou nuire à des *tiers* que s'il s'agissait d'une convention que ces parties auraient conclue entre elles au lieu de plaider sur leurs droits respectifs. Art. 1351. L'effet des jugements se trouve ainsi soumis, quant aux personnes, à la même règle de relativité que celui des actes juridiques, et pour une cause identique. *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*.

105. **Questions d'état.** En général, il n'y a pas de raison de refuser l'application du principe de la relativité de la chose jugée aux jugements rendus sur l'état des personnes. Le code en fait lui-même l'application aux jugements de rectification des actes de l'état civil. Art. 100.

On a cependant fait une objection tirée de l'*indivisibilité de l'état*. L'état est indivisible; on a telle qualité ou on ne l'a pas: on est belge ou étranger, enfant légitime ou enfant naturel, mais on ne peut pas être l'un et l'autre en même temps. Donc la première décision donnée sur la question de nationalité, de légitimité, doit faire loi pour tout le monde. Sinon, il pourrait survenir un second jugement incompatible avec le premier, et la personne serait tout à la fois belge et étrangère, enfant légitime et enfant naturel, ce qui serait absurde.

Cette objection procède d'une erreur sur la manière de comprendre le principe de l'indivisibilité de l'état. L'état est

indivisible, en ce sens seulement que chaque individu ne peut pas, *dans ses rapports avec une personne déterminée*, avoir deux qualités différentes, passer pour belge et pour ne l'être pas, passer pour légitime et pour ne l'être pas. Mais l'indivisibilité de l'état est parfaitement compatible avec le *caractère relatif de l'autorité des jugements*. Il peut être prouvé contre Pierre que l'enfant est légitime sans que cette preuve soit *opposable à Paul*. Comme le dit un auteur, il ne s'agit pas de diviser l'état, mais de distinguer à l'égard de quelles personnes on a réussi à l'établir. Rien n'empêche qu'une personne soit traitée comme ayant des états différents dans ses rapports avec des *personnes différentes*.

106. Exceptions au principe de la relativité de la chose jugée. Par exception, l'autorité de la chose jugée est *absolue*, le jugement rendu est opposable à tous, dans deux séries de cas :

1^o *Cas où l'action en justice était réservée à une personne déterminée.* Il arrive parfois qu'une disposition spéciale de la loi réserve à une personne déterminée le droit d'agir pour faire juger la question. En pareil cas, ce qui est jugé pour elle ou contre elle produit nécessairement un effet absolu, puisque *aucune autre personne* ne peut soulever à nouveau le débat. Il en est ainsi dans le cas de l'action en désaveu de paternité, que le mari seul peut intenter de son vivant.

2^o *Cas où le jugement est non déclaratif mais constitutif.* En général, les jugements sont simplement déclaratifs d'une situation préexistante. Mais il en est un petit nombre qui sont constitutifs d'une situation nouvelle. Tels sont les jugements qui prononcent une nullité de mariage, une séparation de corps, une séparation de biens, une interdiction judiciaire, une mise sous conseil judiciaire. Ces jugements ne sont pas simplement des actes de juridiction, destinés à mettre fin à un litige, ce sont en même temps des *actes d'autorité*, et comme tels ils doivent avoir une efficacité absolue. Puisqu'ils confèrent une *qualité nouvelle*, ils la donnent nécessairement à l'égard de tout le

monde, comme pourrait le faire un acte d'émancipation. Il n'y a donc aucune contradiction à admettre l'application du principe de la relativité aux jugements déclaratifs rendus en matière d'état et à l'écarter pour les jugements constitutifs d'état.

8^{me} PARTIE. — GÉNÉRALITÉS SUR LA SUPPUTATION DES DÉLAIS.

107. **Définitions.** Le *jour civil* comprend l'espace des vingt-quatre heures qui s'écoulent depuis minuit jusqu'au minuit suivant.

Les *jours fériés*, jours de repos pour les fonctionnaires publics, sont les dimanches, la Noël, l'Ascension, l'Assomption, la Toussaint, le 1^{er} janvier, le 21 juillet, le lundi de Pâques et le lundi de la Pentecôte. Art. 57 de la loi du 18 germinal an X; arrêté du 29 germinal an X; avis du Conseil d'Etat des 13-20 mars 1810; arrêté du 30 novembre 1814; lois du 27 mai 1890 et du 7 mars 1891.

Les *mois civils* doivent être pris tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien. Sénatus-consulte du 22 fructidor an XIII. Les délais de mois se comptent de *quantième à quantième*, sans égard à leur durée variable et inégale.

Le *jour bissextile*, qui fait nombre dans les délais de jour, est censé, dans les délais d'années, se confondre avec le jour qui le précède.

Les délais qui comprennent un certain nombre d'années, de mois, ou de jours, se comptent par *jours* et non par *heures*. Art. 2260.

108. **Dies a quo, dies ad quem.** Le jour auquel un délai commence, le *dies a quo*, n'est pas à comprendre dans le délai. *Dies a quo non computatur in termino*. Cette règle rationnelle

s'applique même dans les cas où la loi fait courir le délai à *compter de ou à partir de tel jour*. Cass. fr., 15 juillet 1907, D. 1908, 1, 101.

Au contraire, le jour du terme *ad quem* doit être compris dans le délai, en ce sens que ce jour est le dernier pendant lequel on peut valablement faire l'acte auquel s'applique ce délai, et que le lendemain de ce jour n'est plus un jour utile.

Les délais ne comportent pas d'extension à raison des jours fériés qui s'y rencontrent. *Tous les jours d'un délai comptent, qu'ils soient utiles ou non.*

TITRE I.

De la jouissance et de la privation des droits civils ⁽¹⁾.

CHAPITRE I. — DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

SECTION 1. — Des belges.

Art. 8.

109. **Principe absolu.** Tout belge, sans distinction d'âge ni de sexe, jouit des droits purement civils aussi bien que des droits civils naturels.

SECTION 2. — Des étrangers.

Art. 11 et 13.

110. **Classification.** Dans le système du code civil, les étrangers se répartissent en trois catégories : 1^o ceux qui jouissent de tous les droits civils indistinctement ; 2^o ceux qui ne jouissent que des droits civils naturels et de certains droits purement civils ; 3^o ceux qui ne jouissent que des droits civils naturels seuls.

(1) La matière de la nationalité appartient au cours de droit public.

111. **Etrangers jouissant de tous les droits civils indistinctement.** Ce sont ceux qui satisfont aux deux conditions fixées par l'art. 13, c'est-à-dire qui ont été autorisés par le Roi à établir leur domicile en Belgique et qui y ont une résidence effective.

L'autorisation royale est personnelle et révocable. Elle est *personnelle*, car telle est la règle en matière d'autorisations; elle ne profite donc pas aux membres de la famille de l'étranger. Elle est *révocable*, car c'est une faveur, et toute faveur est révocable de sa nature.

Les deux conditions de l'autorisation et de la résidence sont exigées *cumulativement*; l'accomplissement de la première ne saurait suppléer à l'absence de l'autre. La jouissance des droits civils est toujours subordonnée au fait de la *résidence* sur le territoire belge. Il ne faut pas d'ailleurs confondre la résidence, qui comporte des voyages d'affaires ou de plaisir, avec l'habitation continue, qui ne comporte aucun éloignement.

L'étranger qui réunit les deux conditions légales ne cesse pas d'être étranger, mais il acquiert la plénitude des droits purement civils, en même temps qu'il a déjà les droits civils naturels. Il peut donc exiger la *cautio judicatum solvi* s'il est attiré en justice par un étranger ordinaire, comme il ne peut être tenu de fournir cette caution lorsqu'il est demandeur en justice contre un belge. Art. 16. Bruxelles, 11 juin 1890, P. 1890, 2, 402; Bordeaux, 27 juillet 1893, D. 1893, 2, 583.

112. **Etrangers ne jouissant que des droits civils naturels et de certains droits purement civils.** Ce sont ceux que protège un traité conclu entre leur nation et la Belgique. Art. 11. Indépendamment des droits civils naturels, ils jouissent des droits purement civils déterminés par le traité. L'art. 11 est assez mal rédigé, mais sa pensée n'est pas douteuse: il attribue à l'étranger non pas tous les droits civils accordés aux belges dans le pays de cet étranger par sa *loi nationale*, mais seulement ceux dont les belges jouissent dans le pays de cet étranger en vertu d'un *traité passé entre ce pays et la Belgique*.

Le plus important des traités conclus conformément à l'art. 11 est celui qu'on appelle la convention internationale de La Haye, du 17 juillet 1905. L'une de ses dispositions principales supprime pour les nationaux des divers Etats contractants la nécessité de la *cautio judicatum solvi*. Il est obligatoire en Belgique en vertu de la loi du 20 avril 1909.

113. Etrangers ne jouissant que des droits civils naturels. A ne considérer que le rapprochement des art. 8, 11 et 13 et la rubrique des art. 17 et suiv. : *De la privation des droits civils par la perte de la qualité de belge*, on devrait décider que le principe du code à l'égard des étrangers est la privation de tous les droits civils indistinctement. Mais à ce compte le code civil aurait été une œuvre de réaction extrême, aussi dure que la loi des XII tables ! La vérité est que le code civil n'a fait que maintenir en notre matière les règles de l'ancien droit français. Dans le dernier état de cet ancien droit, tel que Pothier et Domat l'exposent, on distinguait, à l'égard des étrangers, les droits civils en deux catégories : les *droits naturels*, qu'on ne leur refusait point, et les *droits purement civils*, dont ils n'étaient pas admis à jouir. Le code civil, qui est avant tout une œuvre *traditionnelle*, a entendu conserver cette ancienne distinction. Son système est de laisser les droits civils naturels à tous les étrangers indistinctement, comme dans l'ancien droit français ; *il les leur octroie par cela seul qu'il ne les leur refuse point*. Quant aux droits purement civils, le code entend que les étrangers *continuent d'en être privés* ; c'est ce qui résulte manifestement de la combinaison des art. 8, 11 et 13, et de la rubrique des art. 17 et suiv., où l'expression *droits civils* est employée dans le sens restreint que Pothier et Domat lui donnaient autrefois. Bruxelles, 13 décembre 1856, P. 1857, 2, 149.

Si les étrangers ordinaires ne jouissent pas de nos droits purement civils, ils continuent de jouir chez nous des droits dont leur état civil est la source *selon leur législation nationale*. C'est, en effet, un principe de droit international que l'état et la capacité de l'étranger restent régis en Belgique par les lois de la nation à

laquelle il appartient. Arg. de l'art. 3, al. 3. Ce principe ne souffre de restriction qu'à l'égard des droits qui seraient contraires à nos lois d'ordre public absolu ou international (supra n° 57). Comp. Gand, 24 décembre 1902, B. J. 1903, col. 859 et 897.

114. **Modifications au système du code civil.** Nombre de droits qui étaient purement civils dans le système du code et qui, comme tels, étaient refusés aux étrangers ordinaires, leur ont été accordés par des lois postérieures. La tendance de notre législation civile est d'assimiler les étrangers aux nationaux sans condition aucune. Il faut citer particulièrement la loi du 27 avril 1865, abolitive des art. 726 et 912 du code, qui accorde aux étrangers le droit de succéder, de disposer et de recevoir à titre gratuit, comme les belges, et l'art. 2 additionnel de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, qui accorde l'hypothèque légale au mineur étranger et à la femme étrangère sur les immeubles que le tuteur ou le mari possède en Belgique.

On ne peut plus guère citer comme droits purement civils, refusés aux étrangers, que le droit d'adopter et celui d'être adopté, le droit d'administrer une société mutualiste, art. 12 de la loi du 23 juin 1894, et le droit de diriger une union professionnelle, art. 4 de la loi du 31 mars 1898.

CHAPITRE II. — DE LA PRIVATION DE CERTAINS DROITS CIVILS ET DE L'INTERDICTION LÉGALE.

115. **Mort civile. Privation de certains droits civils.** D'après le code civil combiné avec l'ancien code pénal, toute condamnation à une peine perpétuelle emportait la *mort civile*. La loi ne laissait au condamné que les droits civils qui étaient strictement nécessaires à la conservation de son existence physique. La mort civile a été abolie par l'art. 13 de la Constitution. Les art. 22 à 33 du code ont été ainsi abrogés.

Les art. 19, 31, 32, 33, 378 et 382 du code pénal et l'art. 4 de la loi du 28 mai 1888 sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes instituent comme *peine accessoire*

des crimes et de certains délits la privation, perpétuelle ou temporaire, des droits politiques et de quelques droits civils : les droits de puissance paternelle et ceux d'être membre d'un conseil de famille, tuteur, subrogé-tuteur, curateur, conseil judiciaire, administrateur provisoire.

116. **Interdiction légale.** C'est la privation de l'exercice de la plupart des droits civils pécuniaires, à titre de conséquence légale de la condamnation à une peine criminelle. Elle est réglée par les art. 20 à 24, 89 et 90 du code pénal.

L'interdiction légale commence aussitôt que la condamnation est devenue irrévocable. Elle dure aussi longtemps que la peine qu'elle accompagne.

Elle enlève au condamné la *capacité d'administrer ses biens et d'en disposer entre vifs, à titre gratuit ou onéreux*. Elle ne lui enlève pas la capacité d'exercer ses droits purement moraux, tels que le droit de se marier, de consentir au mariage de ses enfants, de reconnaître un enfant naturel. Elle ne lui enlève pas non plus la capacité de *recevoir par donation entre vifs ou par testament*, ni celle de *disposer de ses biens par testament ou par institution contractuelle*.

Il est nommé au condamné un tuteur (le code pénal dit improprement un *curateur*) pour gérer ses biens ; cette nomination et cette gestion sont soumises aux dispositions du code civil relatives à la tutelle des interdits.

En principe, les revenus du condamné doivent être capitalisés pour être remis plus tard à qui de droit. Cependant le tuteur doit en faire application au profit de la famille du condamné, dans les cas où cette obligation incombe à ce dernier. Art. 203 à 207 et 212. C'est que le mariage du condamné n'est pas rompu, et que ses liens de famille ne sont nullement altérés.

Les actes passés par le condamné, en violation de la loi de son incapacité, sont frappés d'une *nullité absolue* ou d'ordre public. La raison en est que l'interdiction légale ne constitue point, comme l'interdiction judiciaire, une mesure de protection établie au profit de l'interdit, mais une précaution prise contre lui

dans l'intérêt de la vindicte publique. Le but de la loi ne serait donc pas atteint si la nullité ne pouvait être invoquée que par l'interdit ou son représentant.

TITRE II.

Des actes de l'état civil.

ROLAND et WOUTERS. *Guide de l'officier de l'état civil*. 5^e édit. Gand, 1905.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

117. **Définition.** On entend par *actes de l'état civil* des écrits (*instrumenta*) rédigés sur des registres publics tenus dans chaque commune par un fonctionnaire spécial appelé *officier de l'état civil*, à l'effet de constater les principaux faits relatifs à l'état civil des personnes.

La constatation commode et certaine de l'état et de la capacité de chaque individu n'est pas seulement importante pour l'individu lui-même; elle est aussi du plus haut intérêt pour tous ceux qui veulent traiter avec lui et pour l'administration de l'Etat.

118. **Insuffisance d'organisation.** Les registres de l'état civil devraient contenir la constatation de tous les faits qui créent ou modifient l'état et la capacité des personnes. Il n'en est malheureusement pas ainsi. Les registres ne renferment que la constatation des *naissances, mariages, décès, divorces, adoptions, reconnaissances d'enfants naturels* ⁽¹⁾ et *déclarations de nationalité*. Les faits relatifs à la capacité des personnes ont leurs modes de preuve particuliers et ne sont pas inscrits sur les registres communaux: *l'émancipation*, qui se fait toujours devant le juge de paix, est constatée par le greffier sur les registres de la justice de paix;

(1) La reconnaissance d'un enfant naturel ne revêt pas nécessairement la *forme* d'un acte d'officier de l'état civil; elle peut être reçue par un notaire, auquel cas elle reste secrète.

l'interdiction, la mise sous conseil judiciaire, la séparation de corps, la séparation de biens, la faillite, résultent de jugements ou d'arrêts qui sont conservés au greffe du tribunal ou de la cour.

L'insuffisance du système actuel ne tient pas seulement au *trop petit nombre d'actes* inscrits sur les registres; elle est encore aggravée par leur *dispersion*. Ils restent disséminés dans les différentes communes où ils ont été dressés. Ainsi une personne née à Liège s'est mariée à Bruxelles et est morte à Gand; son acte de naissance, son acte de mariage et son acte de décès se trouvent chacun dans une commune différente et restent sans aucun lien entre eux. Le système de l'avenir est celui de la concentration, au lieu de la naissance de chaque personne, de tous les renseignements concernant son état et sa capacité.

119. Division de la matière. Nous répartissons les diverses dispositions du titre II en deux chapitres: le premier comprendra les règles relatives aux registres et aux actes de l'état civil; le second renfermera les règles générales sur la preuve des faits relatifs à l'état civil ⁽¹⁾.

CHAPITRE I. — DES REGISTRES ET DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

SECTION I. — Règles communes à tous les actes de l'état civil.

§ 1. — DES OFFICIERS DE L'ÉTAT CIVIL ET DES PERSONNES QUI CONCOURENT A LA CONFECTION DES ACTES.

I. — *Des officiers de l'état civil.*

120. Qui est officier de l'état civil. Le code civil ne dit pas à qui appartient la qualité d'officier de l'état civil; il se réfère sur ce point à la législation administrative. C'est à l'art. 93 de la loi communale du 30 mars 1836 qu'il faut recourir aujourd'hui.

⁽¹⁾ L'étude des règles concernant les faits de l'état civil survenus en pays étrangers, art. 47 et 48, appartient au cours de droit international privé.

En principe, les fonctions d'officier de l'état civil sont remplies, dans chaque commune, par le bourgmestre. Si le bourgmestre ne désire pas exercer lui-même ces fonctions, le collège échevinal peut, à sa demande, désigner un échevin à l'effet de les remplir en son lieu et place. En ce cas, le bourgmestre n'a plus la qualité d'officier de l'état civil; il ne lui est pas loisible d'agir simultanément avec l'échevin délégué.

Il peut arriver que l'officier de l'état civil se trouve momentanément empêché d'exercer ses fonctions; il est alors remplacé par le bourgmestre, ou par un échevin ou un conseiller, dans l'ordre des nominations respectives. Si l'échevin délégué est empêché, il doit donc être remplacé par le bourgmestre, à moins que celui-ci ne soit lui-même empêché. La loi ne prescrit *aucune forme* particulière pour constater l'empêchement du titulaire. Cass., 12 mars 1890, P. 1890, 1, 203.

121. Fonctions de l'officier de l'état civil. Les attributions ordinaires de l'officier de l'état civil sont de:

- 1^o constater les naissances et les décès et en dresser acte;
- 2^o recevoir, concurremment avec les notaires, les reconnaissances d'enfants naturels et en dresser acte;
- 3^o procéder aux publications et à la célébration des mariages et en dresser acte;
- 4^o prononcer les divorces et en dresser acte;
- 5^o tenir les registres de l'état civil, c'est-à-dire écrire sur ces registres tout ce qu'ils doivent contenir, savoir: *a)* tous les actes que l'officier de l'état civil rédige en cette qualité; *b)* certains actes rédigés par d'autres officiers publics, tels que les actes d'adoption; *c)* divers jugements, tels que ceux qui ordonnent la rectification d'un acte de l'état civil ou l'insertion d'actes omis; *d)* les mentions qui doivent être faites, dans certains cas, en marge d'actes de l'état civil;
- 6^o veiller à la conservation des registres courants et de ceux des années antérieures déposés aux archives de la commune, et en délivrer des extraits à tout requérant.

122. **Compétence territoriale.** La compétence de l'officier de l'état civil est exclusivement *territoriale*, c'est-à-dire qu'il ne peut exercer ses fonctions que *dans les limites du territoire de sa commune, et qu'à raison de faits accomplis sur ce territoire*. Mais, dans cette étendue territoriale, sa compétence est absolue, c'est-à-dire indépendante du domicile des intéressés.

Par exception, la compétence de l'officier de l'état civil est subordonnée quelquefois à *certaines conditions de domicile ou de résidence de l'un ou l'autre des intéressés*. Il en est ainsi en matière de célébration des mariages.

123. **Cas où l'officier doit s'abstenir.** La loi n'a pas songé à interdire à l'officier de l'état civil de dresser des actes intéressant ses parents ou ses alliés. L'autorité administrative lui a bien prescrit de s'abstenir quand il s'agit de sa femme, ses père et mère ou ses enfants. Art. 4 de l'arrêté du 8 juin 1823. Mais la violation de cet arrêté royal serait insuffisante pour entraîner une nullité qui ne résulte d'aucun texte législatif.

Il est des choses que le législateur n'a pas besoin de dire. Voit-on un bourgmestre célébrer son propre mariage! De l'avis général, la nullité s'imposerait dans tous les cas où l'officier aurait reçu un acte le concernant personnellement. *Nemo testis idoneus in re sua*.

II. — Des personnes qui concourent à la confection des actes.

124. **Parties intéressées et déclarants ou comparants.** Les actes sont dressés sur les déclarations des personnes dont ils constatent ou modifient l'état, ou de certaines personnes déterminées par la loi. Les premières s'appellent *parties intéressées*, les secondes *comparants* ou *déclarants* (elles *comparaissent* devant l'officier pour lui *déclarer* les faits que l'acte doit constater).

Les parties et les comparants peuvent, en général, se faire représenter par un mandataire. Mais la procuration donnée au mandataire doit être *spéciale*, c'est-à-dire *ad hoc*; elle doit, de plus,

être *authentique*, c'est-à-dire notariée. Art. 36 et 38. Il est des cas où les *parties* sont obligées de comparaître en personne devant l'officier et où par suite elles ne pourraient se faire représenter par un fondé de pouvoirs. Art. 36, 75, 264 et 294.

Toute personne peut être *déclarant*, les mineurs aussi bien que les majeurs, les femmes aussi bien que les hommes.

125. **Témoins.** Le code ne dispose pas d'une manière générale que l'officier de l'état civil doit être assisté de témoins dans *tous* les actes de son ministère. Il ne lui impose cette assistance que pour les actes de naissance et les actes de mariage. Art. 56 et 75. *Contra*: Bruxelles, 1^{er} février 1908, P. 1908, 2, 192.

Les témoins doivent être *âgés de vingt et un ans*. Il n'est pas requis qu'ils aient la qualité de belge. Ils peuvent être parents des intéressés. Les *femmes* comme les hommes peuvent être témoins; toutefois *le mari et la femme* ne peuvent être témoins dans le même acte. Art. 37 nouveau.

A l'incapacité des individus âgés de moins de vingt et un ans, il faut ajouter la déchéance qui frappe certains condamnés, en vertu des art. 31 et suiv. du code pénal.

L'art. 78 qualifie de *témoins* aux actes de décès des personnes qui y sont les comparants ou déclarants. Il veut indiquer par là que ces déclarants doivent réunir les conditions exigées des témoins.

Les témoins aux actes de l'état civil sont des témoins *instrumentaires* et non *certificateurs*. Leur rôle n'est pas de certifier l'identité des comparants, mais simplement d'attester la fidélité de la rédaction de l'acte par l'officier de l'état civil. Art. 38.

§ 2. — DES REGISTRES DE L'ÉTAT CIVIL, DE LA RÉDACTION
DES ACTES, ET DE LEUR PUBLICITÉ.

I. — *Des registres de l'état civil.*

Art. 40, 41, 43 et 44.

126. **Tenue des registres.** Les actes doivent être inscrits non sur des feuilles volantes, mais sur des *registres annuels*.

Chaque commune doit avoir ses registres. Art. 40. En pratique, il y a d'ordinaire un registre spécial pour chaque espèce d'actes.

Les registres doivent être préalablement *cotés* par première et dernière, et *paraphés* sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance. Art. 41. Ces précautions ont pour objet d'empêcher les intercalations, les suppressions et les substitutions de feuillets. D. 1907, 1, 335, note.

Les registres doivent être tenus *en double*, c'est-à-dire que les actes doivent être inscrits dans les mêmes termes et en même temps sur deux registres qui renferment ainsi l'un et l'autre des actes originaux. Art. 40.

Les registres sont *clos et arrêtés* par l'officier de l'état civil, à la fin de chaque année. L'un des doubles est déposé aux *archives de la commune*, l'autre est envoyé au *greffe du tribunal de première instance*. Art. 43.

La loi exige parfois la production de certaines pièces à l'officier de l'état civil dont on requiert le ministère. Ces pièces, qui doivent demeurer annexées aux actes qu'elles concernent, sont jointes à celui des registres qui est déposé au greffe du tribunal. Art. 44.

Outre les registres destinés à l'inscription des actes de l'état civil, il y a, dans chaque commune, un registre des *publications de mariage* qui n'est pas soumis à la formalité de la tenue en double. Il est déposé à la fin de chaque année au greffe du tribunal. Art. 63.

127. Tables annuelles et décennales. Il y a deux sortes de tables *alphabétiques* des registres de l'état civil : les unes sont *annuelles*, dressées en double par l'officier de l'état civil, dans le mois qui suit la clôture des registres ; les autres sont *décennales*, dressées en double par le greffier du tribunal, pour chaque commune séparément, dans les six mois qui suivent l'expiration de chaque dixième année. Décret du 20 juillet 1807 et arrêté du 31 décembre 1851.

II. — *De la rédaction des actes de l'état civil.*

Art. 34, 35, 38, 39 et 42.

128. Règles de forme. Les comparants ont le droit de se

servir, pour *faire leur déclaration*, de l'une des langues usitées en Belgique. D'autre part, à défaut de loi particulière, l'officier de l'état civil jouit du même droit pour *dresser l'acte de la déclaration* qui lui est faite. Art. 23 et 109 de la Constitution. Cass., 19 mai 1873, P. 1873, 1, 181.

Le code trace une série de règles sur la rédaction, l'écriture et la passation des actes. Art. 34, 38, 39 et 42.

Afin de simplifier le travail des officiers de l'état civil et de prévenir des irrégularités, l'autorité administrative fait imprimer d'avance sur les registres qui leur sont délivrés la formule des divers actes à rédiger. La rédaction ne consiste plus qu'à remplir les blancs qui ont été ménagés dans le texte imprimé.

L'art. 34, qui détermine les mentions que les actes *doivent* contenir pour fixer l'identité de ceux qui y sont dénommés, *n'exclut pas* d'autres mentions complétives, telles que celles des titres de noblesse et d'autres accessoires honorifiques du nom. Trib. Liège, 4 juin 1898, J. L. 1898, p. 212.

Les actes doivent être signés par l'officier de l'état civil, les comparants et les témoins; ou mention doit être faite de la cause qui empêche les comparants et les témoins de signer. Art. 39.

129. Règles de fond. L'art. 35 pose les deux principes qui gouvernent le fond des actes de l'état civil:

1^o L'officier ne peut insérer dans les actes que *ce qui lui est déclaré* par les comparants; il n'a pas à suppléer à leur silence par ses renseignements personnels. Son ministère est *passif*; il n'est qu'une espèce de greffier constatant les déclarations qui lui sont faites.

Ce principe subit exception dans quelques cas où la loi impose à l'officier de faire lui-même certaines vérifications ou démarches et de les relater dans ses actes.

2^o L'officier ne peut insérer dans les actes que *ce qui doit lui être déclaré* par les comparants; il n'a pas à acter des déclarations que la loi n'exige point. Quelles sont les déclarations que les comparants doivent faire? Le code le dit implicitement pour chaque

espèce d'actes en indiquant les *énonciations* que ces actes doivent contenir. Ces énonciations, il les détermine suivant le but que chaque acte est destiné à atteindre, c'est-à-dire suivant la *preuve* qu'il doit fournir.

III. — *De la publicité des registres.*

Art. 45, al. 1.

130. **Raison de la publicité.** La sécurité des conventions, qui est d'intérêt général, exige que chacun puisse se renseigner sur l'état et la capacité des personnes avec lesquelles il se trouve en relation. Nul ne saurait avoir un motif légitime de cacher la situation qu'il occupe dans la société et dans la famille. De là cette règle que les registres de l'état civil, qui contiennent les principaux documents relatifs à l'état des personnes, sont publics.

131. **En quoi consiste la publicité.** La publicité des registres ne consiste point en ce que les particuliers sont admis à les consulter, comme on prend communication d'un ouvrage dans une bibliothèque, mais seulement en ce qu'ils peuvent s'en faire *délivrer des extraits* par les officiers et greffiers qui en sont dépositaires.

Celui qui demande la délivrance d'un extrait n'a pas besoin de justifier à cet effet d'un intérêt quelconque. Le dépositaire des registres est tenu de déférer à sa réquisition, sans pouvoir exiger de lui autre chose que le coût de l'extrait tel qu'il est réglé par l'arrêté du 24 mai 1827.

En droit, l'extrait doit être la copie entière et littérale de l'acte inscrit sur les registres de l'état civil; la loi, en effet, ne parle point d'*extraits des actes*, comme on le dit parfois improprement, mais bien d'*extraits des registres*. Dans la pratique cependant, les officiers et les greffiers se bornent à délivrer de simples résumés des actes.

§ 3. — DE LA SURVEILLANCE DES REGISTRES ET DE LA
RESPONSABILITÉ DES OFFICIERS DE L'ÉTAT CIVIL ET DES GREFFIERS.

Art. 50 à 53.

132. **Vérification des registres.** L'art. 53 impose au *procureur du Roi* l'obligation de vérifier les registres de l'état civil lors du dépôt annuel qui en est fait au greffe du tribunal de première instance, selon l'art. 43.

L'art. 135 de la loi provinciale du 30 avril 1836 dispose, en outre, que les *commissaires d'arrondissement* doivent prendre inspection des registres de l'état civil, dans les communes, au moins une fois par an.

La mission de surveillance qui incombe au procureur du Roi et au commissaire d'arrondissement ne les autorise point à rectifier les irrégularités qu'ils découvrent. Ce pouvoir n'appartient qu'au tribunal de première instance. Art. 99. Mais, comme on le verra plus loin, le procureur du Roi a qualité pour en provoquer l'exercice, aussi bien que les parties intéressées.

133. **Responsabilité pénale et civile.** L'observation des prescriptions légales concernant les registres de l'état civil est garantie par la responsabilité pénale et civile des fonctionnaires chargés de l'exécution de ces prescriptions.

L'art. 50 de notre code et divers articles du code pénal concernent leur responsabilité pénale. Il suffit ici d'observer : 1^o que toute infraction aux règles des art. 34 à 49 de la part des fonctionnaires qui y sont dénommés est punie de l'amende établie par l'art. 50. Cass., 23 juillet 1894, P. 1894, 1, 275; Limoges, 13 février 1895, D. 1895, 2, 398; 2^o que cette amende est de *nature pénale* et non civile ou disciplinaire et que, dès lors, elle est régie, sauf exception, par tous les principes du droit pénal. Trib. Bruxelles, 29 juillet 1904, P. 1905, 3, 9. Comp. D. 1893, 1, 305, note.

Les art. 51 et 52, relatifs à la responsabilité civile des officiers de l'état civil et des greffiers, ne font qu'appliquer le principe général posé dans les art. 1382 et 1383.

§ 4. — DE LA NULLITÉ ET DE LA RECTIFICATION DES ACTES
DE L'ÉTAT CIVIL

I. — *De la nullité des actes.*

134. **Silence volontaire de la loi.** C'est à dessein que le code ne prononce *en aucun cas* la nullité des actes de l'état civil faits en violation des dispositions de forme ou de fond indiquées plus haut. Cela se comprend : il n'y a pas d'actes plus importants que ceux qui constatent l'état des personnes ; il ne fallait donc rien statuer a priori de trop absolu, d'autant plus que presque toujours la cause de la nullité aurait été le fait exclusif de l'officier de l'état civil et qu'on aurait rendu les intéressés victimes de la négligence ou de l'ignorance de ce fonctionnaire. Cass., 23 février 1885, P. 1885, 1, 65. Comp. Bruxelles, 1^{er} février 1908, P. 1908, 2, 192.

135. **Pouvoir discrétionnaire des tribunaux.** On s'accorde en doctrine et en jurisprudence à reconnaître que le code a voulu investir les tribunaux du pouvoir d'apprécier souverainement la validité de l'acte d'après les *circonstances de fait* qui ont occasionné l'irrégularité commise. Ainsi c'est aux juges à dire, dans chaque cas particulier, quelle conséquence doit avoir l'absence de la signature de l'un des comparants ; les juges rechercheront si cette irrégularité est le résultat de l'inattention ou d'une inadvertance, ou si elle doit être attribuée à un changement de volonté du comparant non signataire. Cass. fr., 28 novembre 1876, D. 1877, 1, 367 ; Paris, 14 août 1894, P. 1895, 4, 17 ; Toulouse, 16 mai 1899, D. 1901, 2, 116.

136. **Actes informes.** Il y a dans tout acte instrumentaire des formalités *substantielles*, c'est-à-dire des formalités qui sont de l'essence même de l'acte et dont l'inobservation le vicie au point qu'il doit être considéré comme n'existant pas. Ce principe doit être appliqué aux actes de l'état civil, mais avec beaucoup de prudence. Les seules formalités substantielles de ces actes sont : 1^o l'intervention d'un officier de l'état civil ; l'acte qui aurait été dressé par un *intrus* ne serait pas un acte de l'état civil ; 2^o l'inscription sur les registres de l'état civil ; l'acte qui aurait été inscrit

sur une *feuille volante* n'aurait aucune existence légale; le code, en effet, ne connaît que les registres et les extraits qui en sont tirés. Art. 45, 194 et 319. Cette seconde condition est cependant très discutée.

Il est certain que l'absence de signature de l'officier au bas de l'acte *inscrit sur les registres* n'empêche pas cet acte d'avoir l'existence légale. L'autorité judiciaire décide, selon les circonstances, s'il y a lieu de l'*annuler* ou de le *rectifier*. Courtrai, 5 mai 1883, P. 1883, 3, 219.

II. — *De la rectification des actes.*

Art. 99 à 101.

137. **Principe de la stabilité des actes.** Une fois l'acte de l'état civil rédigé et signé, l'officier ne peut plus *rien* y changer, même du consentement des personnes dont l'état fait l'objet de l'acte. Toute rectification soit de forme, soit de fond, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement et de la manière déterminée ci-après.

138. **Cas où il y a lieu à rectification.** *Rectifier un acte*, c'est y faire des additions, suppressions ou modifications quelconques. Comp. B. J. 1897, col. 445, note, et J. L. 1906, p. 289.

Aucun texte ne limite le pouvoir de rectification des tribunaux au cas où l'acte a été entaché d'omission, d'erreur ou d'irrégularité *dès son origine*. Ils peuvent donc faire réparer les falsifications ou altérations qui ont été pratiquées *après la passation de l'acte*. Ils peuvent même ordonner le changement d'un acte régulièrement dressé et non altéré, lorsqu'il n'est *plus conforme à la vérité*, comme dans le cas d'un changement d'état par l'effet d'un jugement ⁽¹⁾ ou d'un changement de nom ou de prénom confor-

⁽¹⁾ Il ne faut pas confondre les simples actions en rectification d'acte de l'état civil avec les actions en réclamation d'état dont il sera question au titre VII. Il arrive souvent qu'une question d'état est préjudicielle à une question de rectification d'acte. Cass. fr., 24 février 1908, D. 1908, 1, 254, note 1.

même à la loi du 11 germinal an XI. Comp. Termonde, 5 mars 1898, P. 1898, 3, 153; Marche, 17 décembre 1909, P. 1910, 3, 267.

La jurisprudence belge, qui autorise l'insertion des titres de noblesse dans les actes de l'état civil, n'admet pas que le défaut de mention de ces titres donne ouverture à une action en rectification. Elle se fonde, pour le décider ainsi, sur ce que les titres de noblesse *ne font pas partie intégrante du nom de famille*, et que dès lors le demandeur en rectification n'est pas fondé à se plaindre de l'inobservation de l'art. 34. Trib. Liège, 4 juin 1898, J. L. 1898, p. 212; B. J. 1908, col. 420, note. La jurisprudence française est plus large; elle autorise l'action en rectification en faisant valoir que la législation nobiliaire considère les titres de noblesse comme des *accessoires honorifiques du nom de famille*, et que dès lors ceux qui les possèdent sont fondés à les faire mentionner partout où leur propre nom doit lui-même être énoncé. Cass. fr., 26 octobre 1897, D. 1897, 1, 584.

Il peut advenir que les registres ne contiennent pas l'acte qui devrait s'y trouver, soit que l'officier de l'état civil ait refusé de recevoir une déclaration faite tardivement, soit qu'il ait rédigé l'acte sur une feuille volante. En pareil cas, il ne s'agit pas, à proprement parler, de rectifier un acte mais de *rectifier les registres* eux-mêmes et d'en réparer les omissions. Un avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI décide que les additions d'actes entiers dans les registres sont soumises aux mêmes règles que les rectifications proprement dites ⁽¹⁾.

139. **Qui peut agir en rectification.** Les dispositions des art. 99 et 100 impliquent que le droit de demander à la justice la rectification d'un acte de l'état civil appartient à *toute personne intéressée*. Mais sans intérêt, pas d'action. D'ailleurs, la loi ne distinguant point, tout individu qui a un intérêt *personnel* à ce que l'acte soit rectifié peut agir, que son intérêt soit *pécuniaire*

(1) Sur la reconstitution des registres égarés ou détruits, voir B. J. 1896, col. 766, et *Moniteur belge*, 1900, p. 1901 et 5422, 1904, p. 5667.

ou simplement *moral*. Ainsi l'individu dont le nom a été usurpé dans un acte de l'état civil peut poursuivre la rectification de cet acte. Cass., 6 décembre 1900, P. 1901, 1, 70. De même la personne dont le nom a été mal orthographié ou qui se plaint du groupement inexact des lettres de son nom ou de l'omission de la particule *de* ou *du*, peut faire rectifier l'acte dans lequel ces fautes ou ces omissions ont été commises. Verviers, 15 juin 1907, P. 1908, 3, 290.

140. **Droit d'agir du ministère public.** Le procureur du Roi peut-il poursuivre d'office la rectification des actes de l'état civil? Les textes de notre matière ne le disent point; l'art. 99 veut seulement qu'il soit *entendu*. Mais indépendamment de certaines lois spéciales, comme la loi du 16 août 1887 relative au mariage des indigents, il faut toujours tenir compte de la loi d'organisation judiciaire du 20 avril 1810, dont l'art. 46 dispose que le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois civiles dans les *dispositions qui intéressent l'ordre public*. La jurisprudence a conclu avec raison de cette disposition que le ministère public peut agir d'office en rectification des actes de l'état civil dans tous les cas où l'ordre public y est directement intéressé, c'est-à-dire quand un intérêt social est en jeu ⁽¹⁾. Cass., 10 juin 1908, B. J. 1908, col. 859; Verviers, 23 février 1910, P. 1910, 3, 265; D. 1908, 2, 33, note; *R. droit belge*, 1908, p. 179.

141. **Comment s'exécute la rectification.** L'acte rectifié reste tel qu'il a été dressé sur les registres; on ne lui fait subir aucune modification *matérielle*. Il importe, en effet, que l'acte demeure intact, puisque le jugement de rectification ne peut être opposé à ceux des intéressés qui n'ont pas été mis en cause.

La rectification s'opère par l'accomplissement de deux formalités: 1^o la transcription intégrale du jugement *sur les registres courants*; 2^o la mention, *en marge de l'acte rectifié*, de la date de

(1) Le fait qu'un acte attribue indûment à telle personne la particule «*de*» (qui n'est pas une marque de noblesse) ne porte aucune atteinte à l'ordre public! D. 1906, 1, 339, note.

ce jugement et de son objet; cette mention est faite tant sur le double du registre déposé au greffe que sur celui qui est resté aux archives de la commune ⁽¹⁾. Art. 49 et 101. A l'avenir il ne sera plus délivré d'expédition de l'acte qu'avec la mention des rectifications ordonnées. Art. 857 c. proc. et avis du Conseil d'Etat du 4 mars 1808.

142. **Autorité relative du jugement de rectification.** L'acte de l'état civil régulièrement dressé par l'officier a une autorité *absolue*, il fait preuve de son contenu à l'égard de tous. Le jugement de rectification n'a qu'une autorité *relative*, il n'est opposable qu'aux intéressés qui ont figuré dans l'instance; la question jugée demeure entière à l'égard des autres. L'art. 100 ne fait ainsi qu'une application du principe de l'art. 1351 sur l'autorité des jugements.

C'est afin d'éviter les résultats singuliers que l'application de ce principe peut entraîner que l'art. 99 permet au tribunal d'ordonner la mise en cause de toutes les personnes intéressées à contester la prétention du demandeur en rectification.

§ 5. — DE LA FORCE PROBANTE DES ACTES INSCRITS SUR
LES REGISTRES ET DES EXTRAITS DES REGISTRES.

Art. 45, al. 2, modifié par la loi du 2 juin 1894.

1. — *De la foi due aux actes.*

143. **Principe.** Les actes de l'état civil inscrits sur les registres sont revêtus du caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique. Aussi font-ils foi jusqu'à inscription de faux. Art. 45, al. 2. Comme on l'a dit précédemment (n° 98), un acte fait foi jusqu'à inscription de faux lorsque la loi le tient pour vrai jusqu'à ce que le contraire ait été *démontré par la voie de l'inscription en faux*.

(1) Lorsque le jugement de rectification vise, non un acte déjà inscrit, mais l'*omission* d'un acte, il doit être mentionné à l'endroit des registres où aurait dû être inscrit l'acte omis.

La généralité de notre texte n'est qu'apparente. Plusieurs distinctions sont nécessaires. Il y a cependant un point sur lequel il n'existe aucune difficulté: c'est que la présomption d'après laquelle *tout acte inscrit sur les registres de l'état civil est réputé émaner de l'officier* ne peut être renversée que par la voie de l'inscription en faux.

144. **Énonciations régulières ou irrégulières.** Il faut tout d'abord distinguer entre les énonciations que l'acte renferme conformément aux prescriptions légales et celles qu'il ne devrait pas contenir d'après ces mêmes prescriptions. Les énonciations qui *n'auraient pas dû être insérées dans l'acte* sont toujours dénuées de *toute force probante*, peu importe qu'elles aient été l'œuvre exclusive de l'officier de l'état civil ou que celui-ci ne les ait faites que d'après les déclarations des comparants. Cass., 3 juin 1907, P. 1907, 1, 262; B. J. 1910, col. 495.

145. **Énonciations faisant pleine foi ou seulement jusqu'à preuve contraire.** Les diverses énonciations qui figurent régulièrement dans l'acte de l'état civil ne sont pas toutes revêtues de la même autorité.

Celles qu'on ne peut contester sans attaquer par là même la *vérité de l'officier de l'état civil* parlant en cette qualité, sans soutenir en d'autres termes que l'officier a commis un faux, tout au moins matériel, dans l'exercice de ses fonctions, font *foi jusqu'à inscription de faux*. Il en est ainsi des énonciations relatives à des faits que l'officier de l'état civil a relatés comme les ayant personnellement accomplis, ou comme s'étant passés en sa présence et ayant été constatés par lui, *propriis sensibus, de visu aut auditu*, en vertu de la mission à lui confiée par la loi.

Il en est autrement des énonciations qui se rapportent à des faits qui ont été déclarés à l'officier par les comparants et que celui-ci s'est borné à constater d'après leur déclaration. Celui qui les conteste ne s'attaque nullement à l'officier public, il laisse sa personnalité en dehors du débat; il n'incrimine que le *témoignage de simples particuliers*. Ce n'est pas à dire que ces énonciations

n'aient aucune force probante; elles font foi, car le but des registres de l'état civil ne serait qu'imparfaitement atteint si les actes ne faisaient aucune preuve de la vérité des déclarations qui y sont relatées, mais elles font *foi seulement jusqu'à preuve contraire*, c'est-à-dire qu'on peut les combattre sans devoir recourir à la voie de l'inscription en faux. Trib. Gand, 21 juin 1893, P. 1894. 3, 6; Paris, 31 juillet 1890, D. 1891, 2, 129.

Cette distinction qui n'est pas écrite dans notre *texte* résulte de son *esprit*. L'autorité particulière qui s'attache aux actes de l'état civil est due uniquement à l'intervention de l'officier de l'état civil, dont la véracité est garantie à la fois par le caractère dont il est revêtu et par les peines sévères qui l'atteindraient s'il venait à commettre un faux. Elle ne peut dès lors appartenir qu'aux énonciations qui expriment le témoignage personnel de ce fonctionnaire et n'a, en dehors de là, aucune raison d'être. Cass. fr., 8 janvier 1907, D. 1907, 1, 95.

Cette distinction est d'ailleurs consacrée au *titre de la paternité et de la filiation*. Si l'art. 319 montre que l'acte de naissance fait preuve de la *filiation maternelle légitime*, l'art. 323 prend soin de préciser le degré de cette preuve, en n'imposant pas à l'enfant inscrit sous de faux noms l'obligation d'attaquer son acte de naissance par la *voie de l'inscription en faux*, pour établir sa filiation véritable.

146. Enonciation faisant simple commencement de preuve. Le système du code a été modifié, comme on le verra plus loin (n° 154), par le nouvel art. 341 *a*, au sujet de la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel.

II. — *De la foi due aux extraits.*

147. Principe spécial à la matière. Il résulte de notre art. 45, al. 2, que les extraits certifiés conformes aux registres et dûment scellés ont la même force probante que les actes inscrits sur les registres. C'est là un principe propre à la matière des actes de

l'état civil. D'après le droit commun de l'art. 1334, les expéditions des actes authentiques ne font point foi de leur conformité aux originaux; celui à qui on oppose une expédition d'acte authentique peut exiger que le tribunal ordonne l'apport de la minute et vérifie si des erreurs ou des fraudes n'ont pas été commises dans la reproduction. Selon notre art. 45, au contraire, *les extraits des registres font foi de leur conformité aux registres*; celui à qui on oppose un extrait des registres ne peut demander que le tribunal ordonne la représentation des registres (1). En établissant cette règle particulière, le code s'est préoccupé d'éviter les inconvénients que le déplacement des registres aurait nécessairement entraînés; il n'a pas voulu, pour satisfaire un intérêt particulier, exposer des documents d'intérêt général à des chances de perte ou de destruction, et entraver momentanément la délivrance des extraits.

148. **Conditions d'application.** Pour qu'ils aient une autorité propre et complète, les extraits doivent satisfaire à trois conditions :

1^o Qu'ils aient été délivrés par un *dépositaire légal* des registres, c'est-à-dire par l'officier de l'état civil ou le greffier du tribunal, ou par son suppléant en titre.

2^o Qu'ils soient *certifiés conformes aux registres* par le dépositaire qui les délivre. Les greffiers, dépositaires d'extraits annexés aux registres selon l'art. 44, sont dans l'usage de délivrer des copies de ces extraits; ce ne sont pas là des extraits des registres, mais de simples copies de copies qui ne rentrent pas dans les termes de l'art. 45.

3^o Qu'ils soient *revêtus du sceau* de l'administration communale ou du tribunal de première instance, suivant les cas. L'ancien art. 45 ne soumettait point les extraits à cette formalité, mais à celle de la légalisation par l'autorité judiciaire, ce qui entraînait des embarras et des lenteurs. A la formalité de la légalisation, la loi

(1) S'il prétend la non conformité de l'extrait, il doit en justifier; il fera cette justification en produisant un autre extrait présentant des divergences avec le premier; dans ce cas, les juges ne sachant auquel des deux extraits accorder confiance devront bien ordonner la vérification des registres eux-mêmes.

du 2 juin 1804 a substitué celle de l'apposition d'un sceau officiel qui garantit tout aussi bien, et plus aisément, l'authenticité de la signature de l'officier de l'état civil ou du greffier du tribunal.

La formalité de la légalisation des extraits n'a pas disparu complètement; elle subsiste encore, en vertu des usages ou des conventions diplomatiques, pour les extraits destinés à servir à l'étranger. La légalisation de ces extraits continue à être donnée conformément aux dispositions de notre ancien art. 45 et de la loi du 11 mai 1866.

SECTION 2. — Règles propres aux actes de naissance et aux actes de décès ⁽¹⁾.

§ 1. — DES ACTES DE NAISSANCE.

I. — Règles ordinaires.

Art. 55 à 57.

149. **Objet de l'acte de naissance.** L'acte de naissance a pour objet de constater l'*individualité* du nouveau-né. Art. 57. Il a en outre pour objet de constater sa *filiation maternelle*, lorsqu'il est né d'une femme mariée. Art. 319.

150. **Délai de la déclaration.** La naissance d'un enfant doit être déclarée à l'officier de l'état civil du lieu, dans les trois jours de l'accouchement. Art. 55.

Lorsque la naissance n'a pas été déclarée dans les trois jours, elle ne peut plus être inscrite qu'*en vertu d'un jugement*. Avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI.

151. **Qui doit faire la déclaration.** L'obligation de déclarer la naissance incombe *tout d'abord* au père. L'art. 56 ne distingue pas entre le père légitime et le père naturel; mais il faut observer que le père naturel ne peut être *tenu* de déclarer la naissance

(1) Les règles spéciales aux actes de mariage seront réunies à la théorie du mariage lui-même.

que lorsqu'il est légalement connu, c'est-à-dire lorsqu'il a reconnu l'enfant pendant la grossesse de la mère.

A défaut du père, c'est-à-dire lorsque le père est décédé, absent, empêché, ou, s'il s'agit d'un enfant naturel, lorsqu'il n'avoue pas sa paternité, la déclaration doit être faite par les médecins, sages-femmes ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement. Pour le cas particulier où la mère serait accouchée hors de son domicile, l'art. 56 *ajoute* aux personnes qu'il vient de déterminer la personne chez laquelle l'accouchement a eu lieu.

L'art. 56 n'établissant *aucun ordre successif* entre les personnes qu'il déclare tenues de faire la déclaration à défaut du père, on doit en conclure que l'obligation pèse simultanément et cumulativement sur ces différentes personnes.

Le code civil n'avait sanctionné par aucune peine l'obligation de la déclaration de naissance. Cette lacune n'a été comblée qu'imparfaitement par le code pénal: l'art. 361 de ce code ne prononce de peine que contre ceux qui, *ayant assisté à l'accouchement*, n'ont pas fait la déclaration qui leur était imposée par la loi civile. Le père qui a omis la déclaration, bien qu'il fût en état de la faire, n'est donc punissable que s'il a assisté à l'accouchement. Liège, 8 décembre 1900, J. L. 1900, p. 339. *Contra*: Bruxelles, 1^{er} juin 1886, P. 1886, 2, 261.

152. **Présentation de l'enfant.** L'art. 55 dispose que la déclaration de naissance doit être accompagnée de la *présentation* de l'enfant à l'officier de l'état civil, afin que celui-ci s'assure s'il est ou non nouveau-né, du sexe masculin ou du sexe féminin, vivant ou mort. Cette prescription légale n'est pas observée dans la pratique. Dans les grandes villes les naissances sont vérifiées à domicile par des médecins délégués par l'officier de l'état civil.

153. **Déclarations que l'acte doit contenir.** L'art. 55 indique les déclarations que l'acte de naissance doit contenir.

C'est au déclarant à choisir les *prénoms* de l'enfant. Son choix n'est pas absolument libre. La loi du 11 germinal an XI dispose que les noms en usage dans les différents calendriers et ceux des

personnages connus de l'histoire ancienne pourront seuls être reçus comme prénoms sur les registres de l'état civil destinés à constater la naissance des enfants ⁽¹⁾.

La déclaration des noms, prénoms, profession et domicile des père et mère ne souffre aucune difficulté, lorsque la mère est une femme mariée. L'enfant étant né légitime, l'acte de naissance est destiné à prouver sa filiation maternelle, aussi bien que son individualité. Art. 319.

154. Indication des père et mère naturels. Si l'enfant est illégitime et que sa filiation soit *adultérine* ou *incestueuse*, il est clair que le déclarant n'a pas à révéler ce caractère et que l'acte ne peut le constater. Arg. de l'art. 335.

Si l'enfant est *naturel simple*, il est certain également que le nom du *père* ne doit pas être indiqué, à moins que ce ne soit le père lui-même qui fasse la déclaration de naissance et avoue sa paternité. Art. 340 *a*. Mais en ce cas l'officier reçoit vraiment deux actes distincts, qu'il réunit dans un même cadre : un acte de naissance et un acte de reconnaissance. Art. 334.

Que décider en ce qui concerne la *mère*? L'officier de l'état civil doit-il exiger du comparant l'indication de la mère naturelle et refuser de dresser l'acte de naissance tant que cette indication ne lui est fournie?

Aucun texte du *code civil* n'imposait au comparant l'obligation de faire connaître la mère naturelle. L'art. 57 dit, il est vrai, que l'acte de naissance doit énoncer les noms des *père et mère*. Mais tout le monde reconnaît qu'en parlant du père, ce texte ne vise que le père légitime; alors comment se pourrait-il qu'en parlant de la mère, il n'eût pas songé à la mère légitime exclusivement? Comprendrait-on, dit un auteur, que, dans un seul et même texte, le mot *père* pût signifier le *père légitime* seulement, et le mot *mère*, la *mère légitime ou naturelle*? On conçoit d'ailleurs par-

(1) L'officier qui inscrit dans un acte de naissance des prénoms exclus par le législateur viole l'art. 35 et s'expose ainsi à la peine comminée par l'art. 50.

faitement que l'art. 57 n'ait songé qu'aux père et mère légitimes : c'est que l'acte de naissance de l'enfant naturel, à la différence de celui de l'enfant légitime, n'a point pour objet de prouver sa filiation, art. 319 et 334 et suiv., et que, dans le système du code civil, les actes de l'état civil ne doivent contenir que ce qu'ils doivent prouver, c'est-à-dire des *énonciations destinées à faire foi*. D. 1908, 2, 12, note 1.

Ce que le *code civil* ne prescrivait point, le *code pénal de 1867* avait entendu l'imposer par son art. 361. Il résulte, en effet, des travaux préparatoires de cet article que le déclarant à l'acte de naissance de l'enfant naturel est *tenu* de déclarer le nom de la mère, et qu'il est passible, en cas de refus, des peines édictées pour défaut de déclaration de naissance. Cass., 19 mai 1873, P. 1873, 1, 181. Mais le législateur du code pénal de 1867 n'avait aucunement voulu modifier les principes du code civil sur les modes de preuve de la filiation naturelle et les conditions de leur recevabilité; il n'avait eu d'autre but que de donner à l'enfant naturel *un renseignement tel quel*, une simple indication dénuée de toute force probante.

La *loi civile du 6 avril 1908* a fait mieux; elle est venue au secours des enfants naturels en tempérant la rigueur de la plupart des dispositions des art. 334 à 342. Depuis le nouvel art. 341 *a*, 2^o, l'énonciation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel constitue un *adminicule de preuve* qui rend l'enfant recevable à exercer contre cette femme une action en déclaration de maternité et à en faire la preuve par tous moyens quelconques, témoignages et présomptions humaines.

II. — Règles spéciales.

155. **Enfant trouvé.** Renvoi à l'art. 58.

156. **Enfant né pendant un voyage en mer.** Renvoi aux art. 59 à 61.

157. **Enfant mort-né.** Lorsque l'enfant lui est présenté sans vie, l'officier de l'état civil n'a pas à recevoir la déclaration que lui ferait le comparant, soit que l'enfant est né vivant, soit qu'il

est né sans vie. Il doit se borner à dresser, sur les registres des décès, un acte constatant simplement qu'il lui a été présenté un enfant *sans vie*. Décret du 4 juillet 1806. La question de savoir si l'enfant est né mort ou vivant peut avoir une importance capitale en matière de succession et de donation, art. 725 et 906, et la loi n'a pas voulu qu'elle pût être préjugée dans un sens ou dans l'autre par la déclaration d'une personne qui peut avoir intérêt à trahir la vérité.

APPENDICE AU § 1. — DES ACTES DE RECONNAISSANCE
D'ENFANTS NATURELS.

Art. 62.

158. **Acte ad hoc. Mention spéciale en marge de l'acte de naissance.** La reconnaissance d'un enfant naturel est un aveu de paternité ou de maternité. Elle peut avoir lieu au moment même de la déclaration de la naissance de l'enfant. Elle est alors constatée dans l'*acte de naissance*, lequel prouve ainsi tout à la fois le *fait de la naissance* et la *filiation de l'enfant* par rapport à celui de ses auteurs qui l'a reconnu ou à tous les deux s'ils l'ont reconnu l'un et l'autre.

Mais elle peut aussi avoir lieu postérieurement, par un *acte distinct*. Art. 334. Cet acte peut être reçu par tout officier quelconque de l'état civil, sans qu'il soit nécessaire de s'adresser à cet effet à celui qui est dépositaire de l'acte de naissance de l'enfant. L'art. 62 veut qu'en pareil cas l'acte de reconnaissance soit inscrit à sa date sur les registres courants et qu'il en soit fait mention en marge de l'acte de naissance, conformément aux prescriptions de l'art. 49.

§ 2. — DES ACTES DE DÉCÈS.

I. — *Règles ordinaires.*

Art. 77 à 79.

159. **Objet de l'acte de décès.** L'acte de décès a uniquement pour objet de constater le fait même du décès et l'individualité de la personne décédée. Art. 79 et 85.

160. **Délai de la déclaration.** Le code n'a pas déterminé de délai précis pour la déclaration de décès, mais il semble bien résulter de la combinaison des art. 77, 78, 80 et 84 que la déclaration de décès doit être faite et l'acte en être dressé *avant l'inhumation*. Après l'inhumation, le décès ne pourrait plus être inscrit sur les registres qu'en vertu d'un jugement. Arg. de l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI. Comp. Gand, 6 janvier 1898, P. 1899, 2, 135.

161. **Qui doit faire la déclaration.** A la différence de l'art. 56 relatif aux naissances, le code ne détermine pas limitativement les personnes qui doivent faire la déclaration de décès. Il se contente d'émettre un vœu. Art. 78, al. 2. Mais il exige que la déclaration soit faite par *deux témoins*. Art. 78, al. 1^{er}. Ces deux personnes, jouant à la fois le rôle de déclarants et celui de témoins instrumentaires, doivent satisfaire aux conditions fixées par le nouvel art. 37.

162. **Vérification du décès.** Les art. 77, 80 et 84 disposent que l'officier de l'état civil doit se transporter auprès de la personne décédée pour s'assurer par lui-même du décès. Cette prescription n'est pas rigoureusement observée en pratique. Dans les grandes villes, l'officier de l'état civil délègue à un médecin le soin de constater les décès.

163. **Déclarations que l'acte doit contenir.** L'art. 79 énumère les énonciations que l'acte de décès doit contenir. Parfois l'identité du défunt n'est pas connue. On doit alors indiquer les signes caractéristiques, vêtements, bijoux, etc., qui permettront plus tard de retrouver son nom et d'agir en rectification de l'acte de décès. Gand, 24 novembre 1894, P. 1895, 2, 101.

Au nombre des énonciations exigées par l'art. 79 ne figure point l'indication du *jour et de l'heure du décès*. Ce point est pourtant très important à connaître, car c'est au moment même du décès que la personnalité cesse et que la succession s'ouvre. Art. 718. A cet égard, il est intéressant de rapprocher l'art. 57 et l'art. 79. Il y a là sans doute un oubli du législateur. Mais ce n'est pas à

l'interprète à le réparer. Néanmoins l'usage s'est établi de mentionner dans les actes le jour et l'heure du décès. Cette mention n'étant pas prescrite par la loi est par là même *dépourvue de toute force probante*.

II. — Règles spéciales.

164. **Décès dans les hôpitaux, les prisons ou pendant un voyage en mer, etc.** Renvoi aux art. 80 à 87.

165. **Cas où le cadavre ne peut être retrouvé.** Le système des art. 77, 78, 80 et 84 étant que l'acte de décès ne peut être dressé qu'après la constatation matérielle du décès par l'officier de l'état civil, il en résulte cette conséquence importante que l'officier doit refuser son ministère lorsque les déclarants du décès ne peuvent lui représenter le cadavre. Il arrive cependant bien des cas où, quoique la mort d'une personne soit *absolument certaine*, il est impossible de retrouver son corps pour faire dresser un acte de décès dans les formes du code civil. L'art. 84 de l'arrêté du 28 avril 1884 sur l'exploitation des mines a pourvu à cette difficulté pour les décès provenant d'*accidents dans les mines*. Lorsqu'on ne peut parvenir à l'endroit où sont les corps des victimes, le bourgmestre ou un autre officier de police dresse un procès-verbal constatant cette circonstance et relatant les noms des ouvriers qui ont péri. Ce procès-verbal est transmis au ministère public qui fait ordonner son *annexion aux registres* de l'état civil. Il sert ainsi d'*acte collectif de décès* pour toutes les victimes de l'accident.

La jurisprudence applique cette disposition de l'arrêté de 1884, par voie d'analogie, à toutes les hypothèses dans lesquelles il a été dressé un procès-verbal constatant l'accident ayant entraîné la mort, et dans lesquelles il a été impossible de retrouver ou d'identifier le cadavre. Besançon, 30 juillet 1878, D. 1879, 2, 35. Comp. D. 1890, 2, 305, note.

CHAPITRE II. — DE LA PREUVE DES FAITS DE L'ÉTAT CIVIL.

Art. 46.

166. **Principe.** Les faits dont la loi a organisé la constatation par les registres de l'état civil ne peuvent être prouvés que par des extraits de ces registres, à moins que les intéressés ne justifient qu'ils se trouvent dans l'un des cas où l'art. 46 autorise l'admission de tous les modes de preuve indistinctement. Cass., 10 avril 1888, et 24 mars 1890, P. 1888, 1, 194, et 1890, 1, 122.

Ce principe s'applique à tous les faits de l'état civil dont la loi a organisé la constatation par les registres, et non pas seulement aux naissances, mariages et décès. L'art. 46 figure, en effet, parmi les *dispositions générales* de notre matière. On s'explique d'ailleurs que l'art. 46 ne parle que des naissances, mariages et décès; ces faits sont les plus importants de l'état civil, et le législateur n'allait s'occuper spécialement que de ceux-là dans les chapitres suivants du titre des actes de l'état civil. Seine, 25 juillet 1896, D. 1897, 2, 84; D. 1902, 1, 529, note 2; *bon f. 2*

167. **Nature des dispositions de l'art. 46.** Les dispositions de l'art. 46, sur la preuve des faits de l'état civil, sont en harmonie avec celles des art. 1341 et 1348, sur la preuve des droits patrimoniaux; ces trois articles consacrent la même théorie.

D'une part, la preuve normale des faits de l'état civil, comme celle des faits juridiques pécuniaires, est la *preuve écrite*, par actes; la loi veut qu'on l'ait *préconstituée* en vue des difficultés futures. D'autre part, *toutes preuves quelconques* sont autorisées lorsqu'il est *justifié*, soit de l'*impossibilité* où l'on s'est trouvé de constituer le titre prescrit par la loi, soit de la *perte fortuite* du titre qui avait été constitué au vœu de la loi (supra n° 100).

Certes le *texte* de l'art. 46 est loin d'être conçu avec la même netteté que celui de l'art. 1348, mais son *esprit* n'est pas douteux: cet article est la reproduction à peu près littérale d'un texte de l'ordonnance d'avril 1667 sur la procédure civile, que les anciens

auteurs s'accordaient à interpréter de la manière la plus extensive; l'art. 46 étant une règle traditionnelle, c'est selon la tradition qu'il faut en déterminer le sens et la portée. On se gardera donc de l'interpréter restrictivement et de refuser aux magistrats le large pouvoir d'appréciation et d'extension que les commentateurs de l'ordonnance leur reconnaissaient autrefois. Aussi tous les auteurs s'accordent-ils à décider que les cas d'inexistence et de perte des registres annuels ne sont mentionnés par l'art. 46 qu'à titre d'exemples, comme étant les plus saillants parmi ceux qui peuvent se présenter. On n'hésite pas à leur assimiler le cas où les registres ont été tenus d'une manière irrégulière et intermittente et celui où des feuillets en ont été arrachés. On va même jusqu'à admettre l'extension de la finale de l'art. 46 au cas de l'omission d'un acte isolé sur des registres réguliers et complets en apparence, lorsque le réclamant justifie tout d'abord du fait extraordinaire à raison duquel l'acte qui l'intéresse n'a pas été dressé. C'est ainsi que l'on voit les tribunaux autoriser la preuve par témoins ou par présomptions humaines des décès survenus en mer par suite de naufrage. Trib. Bruxelles, 27 janvier 1874, P. 1874, 2, 414; Liège, 29 avril 1895, P. 1895, 2, 315; D. 1902, 1, 529, note 2.

168. **Moyens de suppléer aux registres.** Celui qui veut prouver un fait de l'état civil autrement que par un extrait des registres a une *preuve préalable* à administrer: celle du *fait qui justifie* l'application de la disposition finale de l'art. 46, c'est-à-dire l'impossibilité pour le réclamant de produire un extrait des registres. L'inexistence des registres, leur perte totale, leur tenue intermittente, leur lacération partielle ne sont pas difficiles à constater, mais il y a dans tous ces cas une condition sous-entendue: il faut que le fait de l'état civil qu'on veut établir se place dans la période pour laquelle il y a absence, perte, lacune ou lacération des registres. Lorsqu'on allègue l'omission d'un acte isolé, il faut que le réclamant établisse la négligence de l'officier de l'état civil ou les circonstances fortuites qui ont empêché la passation de l'acte. Gand, 23 mai 1840, P. 1843, 2, 85.

Le fait qui empêche de rapporter un extrait des registres se

prouve, dit l'art. 46, *tant par titres que par témoins*. Cette expression technique signifie que la preuve peut être faite par tous moyens quelconques, sans restriction aucune. Quand la preuve testimoniale est admise, toutes les autres le sont également Art. 1353. Les magistrats pourront donc se déterminer même par de simples présomptions.

Cette *première preuve* une fois faite, la prétention du demandeur est rendue *vraisemblable*. La loi l'autorise alors à prouver le fait de l'état civil qu'il allègue *tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins*. Ces expressions signifient également que tous les moyens de preuve sont recevables, même les présomptions humaines. Si la loi recommande à l'attention des juges les registres ou papiers émanés des *père et mère décédés*, elle n'entend pas exclure par là les autres écrits qui pourraient être produits et qui émaneraient soit des *père et mère encore vivants*, soit de *toute autre personne* ; les juges leur accorderont créance, s'ils le méritent.

169. Effet du jugement qui tient lieu d'un acte omis ou détruit. Deux principes sont à concilier pour déterminer l'effet du jugement qui remplace un acte de l'état civil :

1^o le principe résultant de l'art. 1351 que les jugements ne peuvent être opposés qu'aux parties qui ont figuré dans l'instance et à leurs ayants cause ;

2^o le principe résultant de notre art. 46 que le jugement obtenu tient lieu, pour le demandeur, de la preuve qui serait résultée d'un acte inscrit sur les registres de l'état civil.

La combinaison de ces principes engendre cette solution que si le jugement en question n'a qu'une autorité *relative*, à la différence des actes de l'état civil qui ont une autorité absolue, il produit au regard de ceux qui y ont été parties, *tous* les effets quelconques qu'un acte de l'état civil aurait pu produire. L'intérêt pratique de cette solution se manifestera dans la matière de la preuve de la filiation légitime.

APPENDICE AU TITRE II. — DU NOM DES PERSONNES.

170. **Définition.** Le *nom* proprement dit (*nom patronymique* ou *nom de famille*) sert à désigner tous les membres de la famille descendant par les mâles du même auteur. Les *prénoms* servent à distinguer les différents membres de la famille portant le même nom.

Les notions qui vont suivre ne concernent le nom qu'au point de vue *civil*. Le nom fait l'objet de règles spéciales en matière *commerciale* ou *industrielle*. D. 1909, 2, 89, note.

171. **Détermination du nom.** Le nom dérive de la filiation. Il en est la marque. Art. 321, 340 *a*, 1^o, et 341 *a*, 1^o. Aussi l'art. 57 ne parle-t-il que des prénoms qui doivent être donnés à l'enfant dans son acte de naissance. Cass., 6 décembre 1900, P. 1901, 1, 70.

L'enfant *légitime* acquiert le nom de son père de plein droit, par le fait même de sa naissance.

L'enfant *naturel* prend le nom de celui de ses auteurs qui l'a *reconnu*. S'il a été reconnu par l'un et par l'autre, il prend le nom de son père; peu importe que les reconnaissances soient simultanées ou successives. Mascara, 10 janvier 1906, S. 1907, 2, 82; D. 1910, 2, 3, note.

En fait, l'enfant *naturel non reconnu* porte le nom de la femme que son acte de naissance indique comme étant sa mère. Art. 341 *a*, 2^o. Comp. Pontivy, 5 mars 1902, P. 1902, 4, 164; S. 1903, 2, 217, note.

L'enfant *trouvé* porte le nom qui lui a été donné par l'officier de l'état civil. Art. 58. Ce nom n'est que provisoire; il le perdra pour prendre celui de son père ou de sa mère si sa filiation vient à être régulièrement constatée dans la suite.

L'enfant *adoptif* joint à son nom celui de l'adoptant. Art. 347.

Nul ne peut porter de nom ni de prénoms autres que ceux *exprimés dans son acte de naissance*. Art. 1^{er} de la loi du 6 fructidor an II. Quiconque prend publiquement un nom qui ne lui appartient pas est passible de peines correctionnelles. Art. 231 du code pénal.

172. Changement du nom. Le principe que l'acte de naissance est le régulateur du nom doit être combiné avec les règles qui ont été exposées (supra n° 138) sur la rectification des actes de l'état civil.

Les principaux cas de rectification du nom sont les suivants :

1° Lorsqu'il est établi qu'une erreur a été commise dans la passation de l'acte de naissance. Puisque le père ne pouvait porter d'autre nom que celui qu'il avait reçu lui-même dans son acte de naissance, c'est-à-dire le nom de l'aïeul, il est clair que l'enfant peut poursuivre la rectification de son propre acte de naissance en invoquant l'ensemble des actes de naissance de ses ascendants.

Le principe est que le nom patronymique a eu sa forme définitive et son orthographe fixées dans l'acte de baptême de l'ascendant inscrit en dernier lieu dans les registres de paroisses, avant la publication de la loi du 6 fructidor an II. Il n'est pas impossible de faire rectifier le nom en remontant à des actes plus anciens ; mais il faut alors une possession d'état bien caractérisée et de longue durée. Trib. Liège, 25 juillet 1902, J. L. 1903, p. 84 ; Bruxelles, 8 mai 1907, B. J. 1907, col. 737 ; Bourges, 30 janvier 1901, D. 1903, 2, 325 ; *R. trim.*, 1904, p. 65.

2° Lorsqu'un acte de reconnaissance, art. 334, ou un jugement rendu en matière de filiation vient changer l'état de l'enfant. Art. 9 de la loi du 11 germinal an XI.

3° Lorsqu'un arrêté royal autorisant le changement du nom, en vertu de la loi du 11 germinal an XI, vient à sortir son effet. Art. 8 de cette loi.

173. Influence du mariage sur le nom. Le mariage ne fait pas perdre à la femme son nom de jeune fille. C'est ce nom que doit porter l'enfant auquel elle a donné le jour, lorsqu'il est désavoué par le mari. Mais il est d'un usage à peu près universel que la femme porte comme seul nom patronymique le nom de son mari pendant le mariage et même après, pendant le veuvage. Peu importe la question de savoir si le code civil laisse

place à l'élaboration de règles coutumières en dehors des cas qu'il détermine (1); l'usage se justifie ici par la raison que chacun des époux a toujours le *droit d'indiquer son état de mariage*. La femme porte le nom et même le prénom de son mari en les faisant précéder du mot *Madame* ou *épouse*. D. 1907, 2, 73, note; *R. trim.*, 1908, p. 95. Le mari joint le nom de sa femme au sien par un *trait d'union*. Comp. Rouen, 10 novembre 1909, B. J. 1910, col. 59; *R. trim.*, 1910, p. 147.

174. **Nature du droit au nom.** Le nom est assurément une institution de police civile; il est la forme obligatoire de la désignation des personnes. Mais il s'y rattache un *droit* aussi bien qu'une *obligation*. Quelle est la nature de ce droit? Ce n'est pas un véritable droit de propriété. A la différence du nom commercial, le nom civil ne constitue pas un *bien* proprement dit; il n'est pas une chose dans le commerce. Cass., 7 avril 1888, P. 1888, 1, 166; *R. crit.*, 1902, p. 572 et 628. Mais, à côté des droits patrimoniaux, il y a les droits de la personnalité: tout homme a un droit *absolu* au respect de son individualité. Si le nom n'est pas l'objet d'un droit propre, il est protégé erga omnes au même titre que l'honneur et la liberté. D. 1904, 2, 1 et 4, notes; *R. trim.*, 1904, p. 492.

Le droit de l'homme sur son nom se dédouble en deux droits distincts: d'abord d'en réclamer le libre usage et de contraindre les tiers à cesser les actes qui en seraient la négation; ensuite d'en faire interdire l'usage à toute personne à qui il n'appartient pas et d'empêcher ainsi les confusions de familles. Bruxelles, 22 avril 1892, et 10 janvier 1900, P. 1892, 2, 285, et 1901, 2, 37; Gand, 11 mars 1908, P. 1908, 2, 346.

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 534.

TITRE III.

Du domicile.

175. **Définition et classification.** Le domicile *civil* est le *siège légal* de la personne, où elle est réputée toujours présente au point de vue de ses relations civiles.

Le domicile civil est général ou spécial. Le domicile *général*, *ordinaire* ou *réel*, est le siège légal de la personne pour la généralité de ses relations avec les tiers. Le domicile *spécial* ou *d'élection* n'est le siège légal de la personne que pour des relations spécialement déterminées.

Au domicile général on oppose la *résidence* et l'*habitation*. La résidence et l'habitation sont de purs faits que la loi ne prend pas d'ordinaire en considération. La résidence d'une personne est sa demeure habituelle, qu'elle soit ou non le centre de ses affaires. L'habitation est une demeure accidentelle et passagère.

CHAPITRE I. — DU DOMICILE GENERAL.

176. **Fixation et division.** Le domicile général de toute personne est au lieu de son *principal établissement*. Art. 102.

La loi détermine elle-même le principal établissement de certaines catégories de personnes, et n'admet pas qu'il puisse se trouver ailleurs que dans le lieu qu'elle indique; le domicile s'appelle alors *domicile légal* ou *de droit*. Le domicile qui n'est pas assigné par la loi s'appelle *domicile volontaire* ou *de fait*.

177. **Explication de l'art. 102.** Le législateur s'est préoccupé d'indiquer, au début de notre titre, que le domicile y est envisagé uniquement au point de vue des relations civiles et que les règles qui y sont tracées sont étrangères à l'exercice des droits politiques. L'opposition qu'il a voulu établir entre le domicile politique et le domicile civil explique comment il a été amené à parler du domicile de tout *belge*, *quant à l'exercice de ses droits civils*.

L'art. 102 n'a certes pas voulu dire que l'exercice des droits civils ne peut avoir lieu que là où la personne est domiciliée. En principe, chacun peut exercer ses droits civils en quelque lieu qu'il se trouve; c'est tout à fait par exception que certains droits civils ne peuvent être exercés qu'au siège légal de la personne.

D'autre part, un étranger peut, aussi bien qu'un belge, avoir en Belgique son domicile civil; on n'a pas à distinguer s'il a ou non obtenu du Roi l'autorisation de s'y fixer; la seule question est de savoir s'il y a son principal établissement. Aux termes mêmes de l'art. 13, l'autorisation royale n'est pas une condition exigée de l'étranger pour qu'il ait son domicile en Belgique, mais un moyen pour lui d'acquérir les droits purement civils qui n'appartiennent pas aux étrangers ordinaires. Bruxelles, 10 février 1903, B. J. 1903, col. 443; Namur, 18 juillet 1904, J. L. 1904, p. 293; Paris, 19 juin 1894, D. 1894, 2, 513.

178. Importance du domicile général. Les principaux intérêts pratiques de la matière du domicile se rencontrent en procédure civile:

1^o Les exploits d'huissier peuvent être signifiés au domicile aussi valablement qu'à la personne elle-même. Art. 68 c. proc.

2^o En principe, c'est le domicile du défendeur qui détermine la compétence territoriale des tribunaux. Art. 39 de la loi du 25 mars 1876 sur la compétence civile.

3^o C'est au domicile que sont centralisées les diverses opérations auxquelles donne lieu l'ouverture de la succession, de la tutelle, de la faillite. Art. 110 et 406 c. c., et 440 c. commerce.

4^o Les mesures de publicité prescrites par la loi en vue de porter à la connaissance des tiers certains faits qui modifient la capacité d'une personne doivent être accomplies au domicile de cette personne.

179. Toute personne a un domicile. Ce principe n'est pas formulé expressément par le code; il résulte de la combinaison des art. 102, 103 et 108. Les art. 102 et 103 supposent, en effet, l'un et l'autre, que tout belge a un domicile; l'art. 103 est parti-

culièrement remarquable en ce qu'il statue, non pas sur l'*acquisition pure et simple* du domicile, mais seulement sur le *changement* de domicile; sa disposition implique qu'il y a toujours un domicile préexistant. D'autre part, l'art. 108 nous indique ce domicile préexistant: c'est le domicile de droit qu'il attribue à l'enfant, du jour de sa naissance jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Toute personne a donc nécessairement un domicile, car dès lors qu'elle n'en a pas acquis un autre, elle a conservé son *domicile d'origine*.

180. **Chaque personne ne peut avoir qu'un domicile.** Toutes les dispositions de notre matière impliquent le principe de l'unité de domicile. Tel est notamment l'art. 102 qui place le domicile au lieu du *principal* établissement, qualification qui ne peut appartenir qu'à un seul; tel est encore l'art. 103 qui parle, non de l'*addition* d'un second domicile au premier, mais du *changement* de domicile, expression qui implique qu'on n'acquiert un nouveau domicile qu'en perdant l'ancien.

181. **Cas où le domicile est inconnu.** Si toute personne a nécessairement un domicile et ne peut en avoir qu'un seul, il arrive parfois que le domicile d'une personne est inconnu. C'est le cas de l'artiste lyrique qui semble n'avoir plus aucune attache au lieu de son domicile d'origine et qui va de ville en ville exercer sa profession pendant quelques mois, parfois même pendant quelques semaines. *R. crit.*, 1908, p. 134. C'est le cas aussi du propriétaire qui a dans des endroits différents plusieurs établissements paraissant d'une importance égale, et qui ne fait rien pour apprendre au public en quel lieu se trouve son établissement principal. Cass. fr., 4 août 1896, D. 1897, 1, 605. Les lois de compétence et de procédure civile prévoient cette hypothèse: elles disposent que la résidence actuelle remplace le domicile inconnu, en ce qui concerne la compétence territoriale des tribunaux et la signification des exploits d'huissier. Art. 39 de la loi du 25 mars 1876 et art. 69 c. proc.

SECTION 1. Du domicile de droit ou établi par la loi.

Art. 107 à 109.

182. **Enumération.** Les personnes à qui la loi assigne un domicile qu'elles ne sont pas libres de changer, sont : les fonctionnaires nommés à vie, les femmes mariées, les mineurs non émancipés, les interdits, et les individus qui servent ou travaillent habituellement chez autrui.

Les mineurs émancipés et les individus sous conseil judiciaire n'ont point de domicile de droit.

183. **Fonctionnaires nommés à vie.** Il est rationnel que le principal établissement du fonctionnaire nommé à vie se trouve au lieu où son service l'appelle. Art. 107.

Les fonctions conférées à vie sont les seules qui entraînent attribution forcée de domicile. L'expression *fonctions à vie* a un sens technique, qui résulte du rapprochement des art. 106 et 107 : aux fonctions conférées à vie, la loi oppose les fonctions *temporaires* ou *révocables*. Des fonctions ne sont donc à vie, au sens de la loi, que si elles sont conférées pour un temps indéfini et ne sont point révocables au gré du gouvernement. Dans l'état actuel de la législation, les seules fonctions à vie sont celles des juges civils et des notaires. Il est de jurisprudence que notre art. 107 n'est pas applicable aux juges suppléants. Cass., 15 mars 1875, P. 1875, 1, 162.

L'acceptation des fonctions résulte de la prestation du serment politique prescrit par le décret du 20 juillet 1831. Elle entraîne translation immédiate du domicile, sans qu'il soit nécessaire que le fonctionnaire ait pris autrement possession de son poste. —

184. **Femmes mariées.** La disposition initiale de l'art. 108 n'est que la conséquence de l'obligation de cohabitation que l'art. 214 impose à la femme mariée, quel que soit son régime matrimonial.

L'attribution à la femme du domicile de son mari a lieu dès

l'instant de la célébration du mariage, sans condition aucune. Le domicile du mari venant à changer durant le mariage, le domicile de la femme viendra à changer également.

185. **Situations exceptionnelles.** L'indivisibilité du domicile de la femme et du mari cesse toutes les fois que l'obligation de la vie commune, qui en est l'*unique fondement*, vient elle-même à cesser. Sans doute, l'art. 108 est conçu en termes absolus, mais l'esprit de la loi est ici en désaccord avec sa lettre; l'interprète doit distinguer, quoique le texte ne distingue pas, quand la distinction résulte du principe même sur lequel le texte est fondé. Aussi tous les auteurs enseignent-ils que la femme *séparée de corps* recouvre la faculté de se constituer un domicile propre. C'était d'ailleurs la solution de l'ancien droit, et quand on restaura la séparation de corps en 1804 on la reprit telle qu'elle avait existé jadis et sans en régler expressément les effets. Trib. Bruxelles, 27 juin 1903, P. 1903, 3, 292.

Nous ne pensons pas qu'il faille limiter au seul cas de séparation de corps la restriction que l'on admet généralement à la disposition de l'art. 108. Suivant nous, la femme mariée recouvre le droit de se choisir un domicile toutes les fois qu'elle se trouve régulièrement *affranchie du devoir de cohabitation*, comme lorsque son mari est interdit ou qu'il est absent. D. 1883, 1, 281, note; Besançon. 20 novembre 1896, D. 1897, 2, 348.

186. **Mineurs non émancipés.** Il convient de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

I. *Enfants légitimes.* Le principe consacré par l'art. 108 est que le siège légal du mineur non émancipé se trouve toujours chez la personne qui le représente dans tous les actes civils, aux termes des art. 389 et 450. Aussi une distinction très nette résulte-t-elle du texte même de l'art. 108:

Du vivant des père et mère, le domicile de l'enfant suit toujours le domicile de son père. Cass. fr., 4 avril 1905, D. 1906, 1, 97.

Lorsque l'un des père et mère est mort, l'enfant est sous tutelle et son domicile suit le domicile de son tuteur. Ce tuteur est ordi-

nairement le survivant des époux, art. 390, mais ce peut être une autre personne; même dans ce dernier cas, c'est chez cette personne que le mineur est domicilié, quoiqu'il doive habiter avec son père ou sa mère. Notre texte, en effet, ne fait aucune distinction, et sa décision absolue est en harmonie avec la disposition de l'art. 450.

II. *Enfants naturels*. D'après plusieurs auteurs, l'enfant naturel n'aurait qu'un domicile de fait qui se trouverait au lieu de son principal établissement, c'est-à-dire chez la personne qui prend soin de lui. Ces auteurs font valoir que l'art. 108, en donnant à l'enfant le domicile de ses *père et mère*, suppose qu'il s'agit d'un enfant légitime. Mais ils oublient que cet article, après avoir parlé des père et mère, parle ensuite du *tuteur*, et que dès lors il n'y a point de difficulté à admettre que si l'enfant, reconnu ou non, a un tuteur, il est domicilié de droit chez ce tuteur. Ajoutez qu'on verra sous le titre IX que la gestion du patrimoine de l'enfant naturel est toujours soumise aux règles de la tutelle.

187. **Interdits**. L'interdit, sans qu'il y ait à distinguer entre l'interdit légal et l'interdit judiciaire, a son domicile chez son tuteur que notre art. 108 et l'art. 23 du code pénal appellent improprement *curateur*. Cette attribution de domicile se justifie par la même raison que celle établie à l'égard du mineur non émancipé.

188. **Personnes qui servent ou travaillent habituellement chez autrui**. L'art. 109 est de nature à s'appliquer non seulement aux diverses espèces de serviteurs (*servent*), mais encore aux commis, secrétaires, intendants, précepteurs, etc. (*travaillent*).

Trois conditions sont nécessaires pour que ces personnes aient leur domicile chez celui qui les emploie :

1^o Qu'elles *travaillent habituellement* chez lui.

2^o Qu'elles *demeurent avec lui dans la même maison*. Cass. fr., 5 mai 1909, D. 1910, 1, 87.

3^o Qu'elles n'aient pas déjà un *domicile légal*, en vertu de l'art. 108. Notre art. 109 ne statue, en effet, que sauf les règles portées par l'article précédent.

Dès que ces trois conditions sont réunies, l'attribution de domicile s'opère de plein droit, sans qu'il y ait à prendre en considération la volonté de l'intéressé. Bourges, 29 juillet 1896, D. 1897, 2, 364.

L'expression *les majeurs*, dont se sert l'art. 109, n'est pas exacte : elle dit trop, en ce qu'elle semble comprendre les femmes mariées et les interdits ; elle ne dit pas assez, en ce qu'elle semble exclure les mineurs émancipés.

SECTION 2. — Du domicile de fait ou volontaire.

Art. 103 à 106.

189. Comment le domicile de droit se transforme en domicile de fait. Tout domicile de droit cesse avec la cause qui en avait motivé l'attribution. Ce n'est pas à dire que la personne en question se trouve désormais sans domicile ; en vertu du système de nos art. 102 à 105, elle reste domiciliée *de fait* au lieu où elle était domiciliée de droit, aussi longtemps qu'elle ne remplit pas les conditions prescrites pour le *changement* de domicile. Trib. Bruxelles, 7 avril 1894, P. 1894, 3, 163 ; Cass. fr., 5 mai 1909, D. 1910, 1, 87.

Toute personne qui n'a plus de domicile de droit a la faculté de se choisir un nouveau domicile. Il n'est pas nécessaire pour cela d'être capable de tous les actes de la vie civile ; il suffit de jouir de la liberté de sa personne, comme le mineur émancipé ou la femme séparée de corps.

190. Conditions du changement de domicile. Il résulte de l'art. 103 que deux conditions sont nécessaires pour l'acquisition d'un nouveau domicile :

1^o Le fait matériel de la translation de l'habitation dans un autre lieu. Le simple fait du transport du mobilier ne suffit pas ; il faut l'habitation effective. Cass. fr., 31 juillet 1907, D. 1908, 1, 78.

2^o L'intention de fixer dans ce lieu son principal établissement. Le principal établissement d'une personne, c'est le centre de ses

intérêts moraux et pécuniaires, de ses relations de famille et d'affaires. L'internement d'un individu dans une maison d'aliénés ou une maison pénitentiaire ne lui fait pas perdre le domicile qu'il avait au moment de son internement. Cass., 11 juillet 1907, P. 1907, 1, 327; Cass. fr., 11 février 1908, D. 1909, 1, 237.

Ces deux conditions sont requises cumulativement. L'intention de fixer son principal établissement, si catégorique qu'elle soit, reste impuissante tant qu'elle n'est pas accompagnée de la translation effective de l'habitation. Bruxelles, 10 janvier 1893, P. 1893, 2, 196; Cass. fr., 21 novembre 1893, D. 1894, 1, 60. Réciproquement, la translation réelle de l'habitation n'entraîne pas changement de domicile, si elle n'est accompagnée de l'intention de fixer le centre des intérêts et des relations au lieu de la nouvelle demeure. Cass. fr., 14 juin 1904, D. 1905, 1, 329. C'est par application de cette règle que l'art. 106 décide que le fonctionnaire temporaire ou révocable conserve son ancien domicile, à moins qu'il ne manifeste l'intention de fixer son principal établissement au lieu où ses fonctions l'obligent à résider. D. 1907, 2, 93, note 1.

L'intention requise par l'art. 103 n'est pas celle d'être *domicilié*, c'est simplement la volonté de *fixer son principal établissement*. Du moment que cette volonté existe, c'est en vain que la personne qui réside au lieu de son principal établissement prétendrait se faire considérer comme ayant encore son domicile d'origine.

191. Preuve du changement de domicile. Celui qui allègue un changement de domicile doit en fournir la preuve; c'est à lui par conséquent qu'il incombe d'établir l'existence des deux conditions requises par l'art. 103.

Le fait matériel de la translation de l'habitation est toujours facile à constater; mais il n'en est pas de même de l'intention de fixer le principal établissement. L'art. 104 offre le moyen d'en constituer la preuve écrite: faire une double déclaration à l'administration communale du lieu que l'on quitte et à celle du lieu où l'on s'établit. Mais le plus souvent ces déclarations ne sont point

faites telles que la loi les autorise ⁽¹⁾. L'art. 105 prévoit cette situation et dispose que la preuve de l'intention peut résulter des circonstances qui ont accompagné ou suivi le transfert de l'habitation. Trib. Bruxelles, 7 novembre 1904, P. 1905, 3, 20; D. 1905, 1, 330, note 2.

C'est toujours au juge qu'il appartient d'apprécier souverainement si l'intention de transférer le domicile a réellement existé. Ce pouvoir d'appréciation lui appartient même en présence de déclarations faites conformément à l'art. 104. Il se peut, en effet, que ces déclarations aient été *frauduleuses* et n'aient eu d'autre but que d'éluder une prescription légale ou de faire tort à un adversaire, par exemple, à la veille d'un procès, afin d'échapper à la compétence du tribunal du lieu où l'on est vraiment domicilié. Cass. fr., 20 novembre 1889, D. 1890, 1, 171.

192. **Observation.** La translation du domicile est réalisée dès que les deux conditions exigées par l'art. 103 se trouvent remplies. Il n'est pas nécessaire que l'habitation au lieu du nouveau domicile ait une certaine durée. Orléans, 9 août 1891, D. 1891, 2, 235. Il faut cependant observer que lorsque les déclarations autorisées par l'art. 104 n'ont pas été faites, comme alors la preuve de l'intention ne résulte que des circonstances, la durée de l'habitation dans le nouveau lieu devra être prise en considération; ce sera, en effet, l'une des circonstances les plus propres à témoigner de l'intention de la personne.

CHAPITRE II. — DU DOMICILE D'ÉLECTION.

Art. 111.

193. **Définition.** Le domicile d'élection ou domicile élu est un domicile *fictif*, indépendant du domicile réel, choisi en vue d'une ou plusieurs affaires déterminées, ordinairement pour l'exécution

(1) La déclaration de transfert de *résidence*, faite en conformité de l'arrêté royal du 30 décembre 1900, n'est qu'une formalité imposée dans un but de police et n'implique pas, *par elle-même*, l'intention du déclarant de transférer son principal établissement.

d'une convention. Le domicile élu est toujours *spécial*; il ne vaut que relativement aux actes pour l'exécution desquels il a été choisi.

Le domicile d'élection s'établit soit en désignant par son nom ou par sa qualité une *personne* habitant un certain endroit, soit en indiquant simplement une *maison* située dans un certain lieu. Le domicile d'élection peut être fixé au lieu même du domicile réel de l'élisant, aussi bien que dans tout autre lieu. Une pareille élection présenterait son utilité dans le cas où l'élisant viendrait à *décéder* ou à *changer de domicile*.

Le plus souvent l'élection de domicile est faite en vertu d'une convention entre les intéressés. Les cas d'élection imposée par la loi sont très rares au code civil; ils sont assez nombreux au code de procédure civile.

SECTION 1. — De la convention d'élection de domicile.

194. **Caractère de l'art. 111.** La disposition de l'art. 111 n'est en rien contraire aux principes généraux du droit. On doit l'interpréter à la lumière de ces principes en la rangeant parmi les lois *supplétives* dont il a été parlé dans l'introduction (n° 56).

195. **Comment la convention peut être faite.** La convention d'élection de domicile peut être *tacite* aussi bien qu'*expresse*. Cass., 28 janvier 1892, P. 1892, 1, 97. Mais il faut toujours que la volonté de l'élisant soit bien certaine, l'élection de domicile emportant renonciation aux conséquences légales du domicile réel. Trib. Gand, 22 mars 1905, P. 1906, 3, 128. Ainsi l'indication du lieu où doit se faire le paiement n'emporte pas élection de domicile du débiteur dans ce lieu.

Il est clair que l'élection de domicile peut être faite *postérieurement* à la formation de l'acte juridique dont elle concerne l'exécution, aussi bien que *conjointement* à cet acte. Mais il est clair aussi que l'élection consentie après coup peut être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui dans l'intérêt de qui elle a été faite. Nancy, 19 décembre 1895, D. 1896, 2, 475.

196. **Effets de l'élection de domicile.** Elle n'a d'effet qu'entre les parties; elle ne profite ni ne nuit aux tiers. Art. 1165. Cass. fr., 22 juin 1896, D. 1898, 1, 83.

A défaut de clause contraire dans la convention des parties, l'art. 111 détermine ainsi les effets de l'élection de domicile :

1^o Toutes les *significations*, demandes et poursuites, relatives à l'acte pour l'exécution duquel l'élection a été consentie, sont valablement faites au domicile élu. Les règles à suivre pour les significations au domicile élu sont les mêmes que pour les significations au domicile réel dont parle l'art. 68 c. proc. Cass. fr., 1^{er} juin 1893, D. 1894, 1, 175. Tous les *délais* (établis à raison des distances) que font courir ces exploits doivent être calculés d'*après le domicile élu*, et non d'après le domicile réel. Bruxelles, 25 mai 1886, P. 1886, 2, 346; Dijon, 4 août 1893, D. 1893, 2, 582.

2^o Toutes les *demandes judiciaires* relatives à l'acte pour l'exécution duquel l'élection a été consentie, sont valablement portées devant les *juges du lieu du domicile élu*. L'art. 43 de la loi du 25 mars 1876 a reproduit sur ce point la disposition de notre art. 111, en attribuant compétence territoriale aux juges du domicile élu.

Il arrive quelquefois que l'élection de domicile se réduit à la désignation d'une commune déterminée sans plus; il est évident qu'en pareil cas l'élection n'a d'autre effet que de fixer une attribution de compétence territoriale aux juges de l'endroit. Toutes les significations concernant l'exécution de l'acte en vue duquel l'élection a eu lieu, continuent à devoir être faites au domicile réel, conformément au droit commun.

197. **Limitation des effets de l'élection.** Les conséquences *légal*es de l'assimilation du domicile élu au domicile réel sont exclusivement relatives à la notification des exploits et à la compétence territoriale des tribunaux. L'art. 111 laisse sous l'empire du droit commun tout ce qui concerne l'exécution volontaire de l'acte juridique pour lequel l'élection de domicile a été faite.

Il suit de là que l'élection de domicile, simplement conçue dans les termes de l'art. 111, n'entraîne point dérogation à la règle

établie par l'art. 1247, al. 2, sur le lieu du paiement, et ne confère aucunement à la personne chez laquelle le domicile a été élu le pouvoir de toucher la créance de l'élisant. Malines, 15 juin 1909, *R. du notariat belge*, 1909, p. 712; Cass. fr., 25 janvier 1893, D. 1893, 1, 183.

198. Caractère facultatif des effets de l'élection. L'élection de domicile faite par l'une des parties a lieu le plus souvent dans l'intérêt exclusif de l'autre. Elle constitue alors un pur bénéfice pour celle-ci, bénéfice auquel elle est libre de renoncer. Arg. du mot *pourront* à l'art. 111. Cette partie peut donc, si elle le préfère, faire ses significations au domicile réel de son adversaire et l'assigner devant les juges de ce domicile.

Mais il n'en est plus ainsi lorsqu'il est établi que le domicile a été convenu dans l'intérêt commun des parties contractantes. En pareil cas, la convention a fait naître un *droit pour chacune des parties*, droit dont ni l'une ni l'autre ne peut être privée sans sa volonté. Le consentement des parties est alors nécessaire, aux termes mêmes de l'art. 1134, pour révoquer l'élection de domicile. Bruxelles, 16 avril 1897, P. 1897, 2, 350; Douai, 7 mai 1900, D. 1903, 2, 376.

199. Durée du domicile d'élection. L'élisant et ses successeurs sont liés par la *convention* d'élection de domicile et le domicile convenu subsiste tant que l'acte pour lequel il a été choisi n'est pas entièrement exécuté. De là dérivent deux conséquences :

1^o Le domicile élu ne peut pas *être changé* par la seule volonté de l'élisant ⁽¹⁾; il faut le consentement de l'autre partie. Art. 1134.

Toutefois il y a une sorte de modification qui peut être faite par l'élisant seul, sans violation de la convention : c'est le changement non du lieu du domicile, mais du *mandataire* qui y était établi. Il est toujours loisible à celui qui a élu domicile dans un endroit, de désigner dans ce même endroit un autre représentant que celui qu'il y avait institué d'abord. Il n'y a là, en effet, aucune

(1) A moins, ce qui n'arrive pour ainsi dire jamais, que l'élection n'ait été faite dans son intérêt exclusif.

atteinte au droit de son co-contractant; qu'il importe à celui-ci que l'élisant soit représenté au lieu convenu par telle personne plutôt que par telle autre?

2^o Le domicile élu *se transmet* activement et passivement aux successeurs des parties, c'est-à-dire que ceux-ci peuvent s'en prévaloir et sont tenus de le subir. Art. 1122. Ainsi donc quand l'élisant vient à mourir, le domicile élu passe à ses héritiers et s'impose à eux, en vertu de la convention conclue par leur auteur. Pau, 15 mai 1885, D. 1888, 2, 152.

En ces deux points, le domicile d'élection diffère du domicile réel: celui-ci, sauf dans les cas où il est imposé par la loi elle-même, peut être déplacé au gré de la personne; d'autre part, il n'est pas transmissible; les héritiers n'acquièrent pas le domicile réel du défunt, ils conservent le leur.

SECTION 2. — Du mandat conféré par l'élisant.

200. **Mandat que renferme l'élection.** L'élection de domicile, telle que l'art. 111 la suppose faite, renferme un mandat donné par l'élisant à un tiers. Ce mandataire, c'est la personne chez laquelle le domicile est élu. Lorsque l'élection est faite dans une maison, sans autre désignation, le mandat est conféré implicitement à la personne qui habite la maison indiquée. Gand, 16 mars 1889, B. J. 1889, col. 621; Trib. Bruxelles, 12 janvier 1898, P. 1898, 3. 77.

L'objet du mandat est *uniquement* de recevoir les significations qui seront faites à l'élisant en son domicile élu et de les lui transmettre sans retard. Douai, 20 février 1892, D. 1892, 2, 481.

Le tiers établi mandataire par l'élection de domicile en sa demeure n'est pas tenu de remplir le mandat contre son gré; il ne peut y être obligé que par son acceptation. Art. 1984, al. 2. Mais le fait d'avoir reçu les significations faites au domicile élu doit, en général, être considéré comme entraînant acceptation tacite.

Ce contrat accessoire, une fois formé par l'acceptation du tiers désigné, est régi par les *règles spéciales* du code sur le mandat. Il est révocable au gré du mandant, et prend fin par la renonciation

du mandataire, par la mort du mandant et par celle du mandataire.
Art. 2003.

201. **Influence de la cessation du mandat sur l'élection de domicile.** La cessation du mandat conféré à la personne chez laquelle le domicile a été élu n'empêche point l'élection de domicile de subsister *entre les parties contractantes*. Les significations continueront donc d'être valablement faites chez cette personne, tant que l'élsant n'aura pas fait choix, dans le même lieu, d'un nouveau mandataire et notifié ce choix à son co-contractant.

APPENDICE AU TITRE III. — DU DOMICILE DES PERSONNES MORALES.

202. **Silence du code civil.** Le code civil ne s'occupe du domicile qu'à l'égard des personnes physiques. C'est le code de procédure civile (art. 69) et la loi sur la compétence civile du 25 mars 1876 (art. 40 et suiv.) qui règlent ces deux questions concernant les personnes morales : 1^o en quel lieu doivent être faites les notifications de toute nature qu'on peut avoir à leur adresser ; 2^o quel est le tribunal compétent s'il faut les attirer en justice, ou s'il y a lieu à une déclaration de faillite. La doctrine a construit ainsi la théorie du *domicile réel* ou général et du *domicile d'élection* des personnes morales. *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, 1902, p. 193, et 1908, p. 244 ; Liège, 25 mai 1910, P. 1910, 2, 270.

TITRE IV.

Des absents.

203. **Définition.** Le mot *absent* reçoit deux acceptions différentes. Dans le sens *vulgaire*, l'absent est celui qui ne se trouve pas dans un lieu déterminé où sa présence est nécessaire, mais sur l'existence duquel on n'a aucun doute ; l'art. 840 l'appelle *non-présent*. Dans le sens *technique*, l'absent est un individu dont l'existence est devenue incertaine parce qu'il a disparu et qu'il n'a

pas donné de ses nouvelles depuis un certain temps ; on ne sait s'il est mort ou vivant ; c'est cet état d'*incertitude* qui caractérise l'absence au point de vue juridique.

Les cas d'absence se produisent rarement de nos jours. Par suite du développement des moyens d'information, il est beaucoup plus facile qu'au commencement du siècle dernier de retrouver les traces d'une personne et d'obtenir la preuve directe de son existence ou de son décès. Ajoutez que depuis le décret du 3 janvier 1813, reproduit par l'arrêté du 28 avril 1884 (supra n° 165), il ne faut plus ranger parmi les absents les individus disparus dont le décès a été *légalement constaté*, bien qu'on n'ait pas retrouvé leur cadavre.

La théorie de l'absence est à peu près complètement neuve au code civil. Elle fait naître beaucoup de difficultés ; mais la plupart ne se présentent pas dans la pratique. Presque toutes ces difficultés supposent que l'on acquiert un jour la *preuve positive de l'existence ou du décès de la personne disparue*. Or ce fait est extrêmement rare. Presque tous les absents sont des individus *décédés pour lesquels on ignore indéfiniment l'époque et le lieu du décès*.

204. **Principe général.** Il n'existe dans la loi aucune présomption générale de vie ou de mort de l'absent. A aucune époque il n'est vrai de dire, *d'une manière générale*, que l'absent soit *légalement réputé mort ou vivant*. Dès lors, en principe, quiconque prétend exercer un droit dépendant de l'existence ou du décès de l'absent doit apporter la preuve, au premier cas, qu'il existe, au second, qu'il est mort. C'est pour cela qu'il n'est jamais possible au conjoint de l'absent de se remarier. D. 1871, 1, 193, note.

Mais, dans notre opinion, ce principe général est modifié par un principe particulier relatif à la dévolution du patrimoine de la personne disparue, après la déclaration officielle de son absence, art. 120 et 123 : sa succession est réputée provisoirement ouverte du jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, au profit de ses héritiers présomptifs, de ses légataires et de tous autres qui avaient des droits subordonnés à la condition de son décès (infra n° 215).

205. **Division de la matière.** Les art. 112 à 134 et 140 s'occupent du patrimoine de l'absent; les art. 135 à 138 sont relatifs à ses droits éventuels; l'art. 139 concerne le nouveau mariage que le conjoint de l'absent aurait contracté; les art. 141 à 143 organisent la surveillance des enfants mineurs de l'absent.

CHAPITRE I. — DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU PATRIMOINE DE L'ABSENT.

206. **Trois périodes dans l'absence.** Les conséquences juridiques de l'absence, *quant au patrimoine délaissé par l'absent*, varient suivant que les probabilités de vie l'emportent sur celles de mort, ou les probabilités de mort sur celles de vie. La loi vise toujours à concilier, autant que possible, les intérêts de l'absent et ceux des personnes présentes; mais à mesure que la mort de l'absent devient de plus en plus vraisemblable, elle accorde plus de faveur aux intérêts des personnes présentes. C'est d'après ce point de vue qu'elle distingue, sous le rapport qui nous occupe, trois périodes dans l'absence:

- 1^o celle de la *présomption d'absence*;
- 2^o celle de la *déclaration d'absence et de l'envoi en possession provisoire* des biens de l'absent;
- 3^o celle de l'*envoi en possession définitif*.

SECTION 1. — De la présomption d'absence.

Art. 112 à 114.

207. **Point de départ.** Le présumé absent est celui dont l'existence est devenue incertaine, mais dont l'absence n'a pas encore été déclarée par l'autorité judiciaire. Cette expression *présomption* d'absence est impropre; l'absence n'est pas seulement *présumée*, elle existe réellement, mais elle n'a pas encore été constatée d'une manière solennelle.

La question de savoir quand un individu doit être considéré comme présumé absent est une pure question de fait. Tout ce que

l'on peut dire en droit, c'est que la période de présomption d'absence s'ouvre aussitôt que des doutes sérieux commencent à s'élever sur l'existence de la personne disparue.

La condition de cette incertitude est essentielle pour l'application des règles qui vont suivre. Aucun de nos art. 112 à 114 ne donne aux tribunaux le pouvoir de s'ingérer d'une manière quelconque dans les affaires d'un simple *non-présent*. Comp. Bordeaux, 30 juillet 1895, D. 1898, 2, 253.

208. Pouvoirs des tribunaux. La présomption d'absence ne donne lieu *par elle seule* à l'application d'aucune mesure spéciale en ce qui concerne le patrimoine de la personne qui a disparu. La loi ne permet à la justice de s'immiscer dans l'administration des biens d'un présumé absent qu'en cas de *nécessité*, c'est-à-dire si les intérêts de l'absent sont réellement en souffrance, et dans les *limites de cette nécessité même*. Art. 112

Quant à savoir quelles sont les mesures d'administration que la nécessité commande, ce n'est là qu'une question de fait pour la solution de laquelle la loi s'en est pleinement rapportée à la prudence des juges. Ils peuvent notamment, s'ils reconnaissent que le patrimoine de l'absent exige des soins incessants, en confier la gestion à un curateur dont ils détermineront les pouvoirs ⁽¹⁾. Ils ne sauraient d'ailleurs lui conférer que des *pouvoirs d'administration*, comme cela résulte du texte même de l'art. 112. Comp. Tournai, 24 novembre 1891, P. 1892, 3, 78; Bernay, 19 janvier 1909, D. 1909, 2, 145.

209. Qui peut provoquer l'intervention des tribunaux. Les juges ne peuvent pas statuer d'office; il faut que leur intervention soit requise soit par les parties intéressées, soit par le ministère public. Art. 112 et 114.

Quelles sont les personnes que l'art. 112 entend désigner par l'expression de *parties intéressées*? Celles qui ont un *intérêt*

(1) La loi du 20 décembre 1823 dispose que tous ceux qui reçoivent des deniers appartenant à des présumés absents doivent les verser à la caisse des consignations.

légal à la conservation des biens du présumé absent. Il faut reconnaître cet intérêt légal à ses créanciers, en vertu du principe général de l'art. 7 de la loi hypothécaire. Il faut le reconnaître aussi, en vertu des dispositions particulières de nos art. 120 et 123, à ses héritiers présomptifs et, d'une façon générale, à tous ceux qui seront fondés à réclamer l'envoi en possession provisoire de ses biens, après la déclaration d'absence.

La première disposition de l'art. 114, qui impose au ministère public l'obligation de veiller d'une manière générale aux intérêts des présumés absents, l'autorise implicitement à provoquer d'office les mesures nécessaires à la conservation de leurs biens si les parties intéressées n'agissent point.

210. **Représentation du présumé absent dans les partages.**

L'art. 113 prévoit une hypothèse spéciale : un présumé absent se trouve avoir des droits dans une société ou une communauté dissoute, ou dans une succession ouverte ; l'un des consorts ou cohéritiers, se fondant sur l'art. 815, veut procéder aux opérations d'inventaire, de comptes, de liquidation et de partage de cette indivision ; notre article l'autorise à poursuivre la désignation, par le tribunal, d'un notaire qui sera commis à l'effet de *représenter* le présumé absent dans ces opérations ⁽¹⁾.

La justice n'ayant à intervenir qu'en cas de *nécessité*, il n'y aurait pas lieu de faire commettre le mandataire judiciaire dont parle l'art. 113, si le présumé absent avait laissé un mandataire conventionnel muni de pouvoirs suffisants.

L'art. 113 suppose, par la généralité de ses termes, qu'un présumé absent peut se trouver intéressé dans le règlement d'une succession. Et cependant, d'après la disposition de l'art. 136, l'absent, présumé ou déclaré, ne succède point ; la succession qui s'ouvrirait à son profit, si son existence était certaine, est dévolue

(1) Le notaire commis en vertu de l'art. 113 pour représenter un présumé absent ne doit pas être confondu avec celui qui est chargé, aux termes des art. 928, 931 et 942 c. proc., de représenter de simples *non-présents* à la levée des scellés et à l'inventaire.

à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir ou à ceux qu'il aurait exclus. Comment se peut-il dès lors que l'art. 113 reçoive son application en matière de succession ? Cela est possible dans deux cas :

1^o Lorsqu'il s'agit d'une succession *ouverte au profit de l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles*, c'est-à-dire alors que son existence était certaine. Tournai, 18 octobre 1889, P. 1890, 3, 165.

2^o Lors même qu'il s'agit d'une succession ouverte depuis la disparition ou les dernières nouvelles, si les cohéritiers de l'absent, dans l'espoir de son retour, *ne veulent pas se prévaloir du droit que leur confère l'art. 136*. Comp. Liège, 8 juillet 1903, B. J. 1903, col. 945.

SECTION 2. — **De la déclaration d'absence, de l'envoi en possession provisoire, et de l'option accordée au conjoint présent.**

§ 1. — DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

Art. 115 à 119, 121 et 122.

211. **Système de nos articles.** Lorsqu'il s'est écoulé un temps considérable depuis la disparition ou les dernières nouvelles, il convient d'établir un *régime régulier et complet d'administration* du patrimoine de l'absent, et cela autant dans l'intérêt de l'absent lui-même, pour le cas où il serait encore en vie, que dans l'intérêt de ses héritiers présomptifs et de tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès. Avant que ce régime puisse être institué, il est nécessaire qu'une procédure spéciale soit suivie à l'effet de constater que l'on est toujours sans nouvelles de la personne disparue, et de la mettre en demeure, si elle existe encore, de donner signe de vie. Cette procédure spéciale aboutit à une *déclaration officielle d'absence* prononcée par le tribunal de première instance.

212. **Quand la déclaration d'absence peut être demandée.** L'époque à partir de laquelle il est permis de provoquer la déclai-

ration d'absence varie suivant que le présumé absent *n'a pas laissé de mandataire général* pour l'administration de ses biens ou qu'il *en a laissé un*. Dans le premier cas, la demande ne peut être formée qu'après *quatre années*, et dans le second, qu'après *dix années* révolues, à compter du jour de la disparition ou des dernières nouvelles. Art. 115 et 121. Cette distinction est rationnelle: la personne qui, avant de partir, a constitué un administrateur de son patrimoine, a montré, par cela même, l'intention de rester longtemps éloignée; son silence prolongé demeure plus facilement explicable que celui de l'absent qui a disparu en laissant ses biens à l'abandon.

213. Personnes qui peuvent provoquer la déclaration d'absence. Le droit de demander la déclaration d'absence appartient, dit l'art. 115, aux *parties intéressées*. Pour déterminer le sens de cette expression, il faut savoir que le *seul intérêt légal* de la déclaration d'absence consiste dans l'envoi en possession provisoire, qui en est la suite. La déclaration d'absence ne peut dès lors être demandée que par ceux qui, l'absence une fois déclarée, auront droit à l'envoi en possession provisoire (infra n° 217). Ainsi les créanciers de la succession ne figurent pas ici parmi les parties intéressées (comp. supra n° 209).

214. Procédure à suivre pour obtenir la déclaration. Le tribunal ne peut jamais accueillir *de plano* la requête en déclaration d'absence, quelles que soient les pièces produites par le demandeur. Le préliminaire indispensable est la double enquête prescrite par l'art. 116. L'enquête doit être faite *contradictoirement* avec le procureur du Roi, c'est-à-dire que ce magistrat doit y figurer, au nom de l'absent, comme contradicteur du demandeur en déclaration d'absence.

Lorsqu'il est établi que l'absent n'a pas donné de ses nouvelles depuis quatre ou dix ans, le tribunal est autorisé à déclarer l'absence, mais il n'y est pas obligé. Il peut refuser de la déclarer si les circonstances particulières de l'affaire lui paraissent expliquer le silence persistant du présumé absent. L'art. 117 lui reconnaît un *pouvoir discrétionnaire* absolu.

Le jugement de déclaration d'absence ne peut être rendu qu'*un an après le jugement qui a ordonné l'enquête*. Art. 119. Il arrive ainsi que la déclaration d'absence ne peut jamais être prononcée, au plus tôt, que cinq ou onze années après la disparition de l'absent ou ses dernières nouvelles, selon la distinction faite par les art. 115 et 121.

Le jugement ordonnant l'enquête et le jugement de déclaration d'absence doivent être *publiés* au Moniteur belge. Cette publication est une formalité substantielle de ces jugements. Cass. fr., 15 juillet 1878, D. 1878, 1, 422. Elle a pour but d'avertir l'absent, s'il est encore en vie, de la mesure qui se prépare ou qui vient d'être prise, et de le mettre ainsi en demeure de la prévenir ou de la faire cesser.

215. Effet du jugement déclaratif. La déclaration d'absence opère cet effet que la *succession de l'absent va être réputée ouverte*, d'abord pour la *possession seulement*, plus tard pour la *propriété elle-même*, à compter du *jour de la disparition ou des dernières nouvelles*. Cela est écrit plus nettement à l'art. 123 qu'à l'art. 120 : l'art. 123 autorise formellement *l'ouverture du testament* de l'absent et permet à tous ceux qui avaient des droits subordonnés à la condition de son décès de les exercer provisoirement. D. 1873, 2, 81, note.

Il n'est pas rationnel, comme le font plusieurs auteurs récents, d'admettre la fiction de l'ouverture de la succession de l'absent dans la période de la dévolution de la *propriété*, c'est-à-dire de l'envoi définitif, et de la repousser dans la période de la dévolution de la simple *possession*, c'est-à-dire de l'envoi provisoire.

§ 2. — DE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE.

Art. 120 et 123.

I. — *Quand et par qui l'envoi provisoire peut être demandé.*

216. Quand il peut être demandé. Il peut l'être aussitôt après la déclaration d'absence. Art. 120. Dans la pratique, pour

économiser du temps et des frais, on forme simultanément les deux demandes de déclaration d'absence et d'envoi en possession, et c'est un seul et même jugement qui déclare l'absence et qui accorde l'envoi en possession.

217. **Par qui il peut être demandé.** L'art. 120 dit que l'envoi en possession peut être demandé par les *héritiers présomptifs* de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Sous le nom d'*héritiers*, la loi comprend ici les successeurs irréguliers aussi bien que les héritiers légitimes. Arg. de l'art. 140.

Par *héritiers au jour de la disparition ou des dernières nouvelles*, la loi entend les personnes qui auraient succédé à l'absent s'il était réellement mort le jour où il a donné pour la dernière fois signe de vie. Il n'y a pas à considérer ses héritiers présomptifs au jour où l'envoi en possession est demandé.

Quand les héritiers se sont fait envoyer en possession, les *légataires*, les *institués contractuels* et tous ceux qui ont des *droits subordonnés à la condition du décès* de l'absent sont admis à demander la *délivrance ou mise en possession* des biens qui leur reviennent, absolument comme s'ils étaient en face d'héritiers ayant succédé à une personne décédée. Art. 123.

Il peut arriver que les héritiers s'abstiennent de réclamer l'envoi en possession, se sachant dépouillés par le testament de l'absent. Tout le monde reconnaît qu'il ne saurait dépendre des héritiers de tenir en échec les droits des autres intéressés; ceux-ci, après les avoir mis en demeure de demander l'envoi en possession, pourront s'adresser à la justice pour obtenir d'elle l'exercice provisoire de leurs droits. Ils seront alors eux-mêmes de *véritables envoyés en possession*.

218. **Transmissibilité des droits des héritiers, légataires et autres intéressés.** Le droit d'agir en déclaration d'absence et de réclamer l'envoi en possession ou l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès de l'absent *s'est fixé irrévocablement et est devenu transmissible dès le jour de la disparition ou des dernières nouvelles*. C'est toujours à la date du

dernier signe de vie donné par l'absent qu'il faut se reporter pour déterminer les personnes dans le chef desquelles ce droit a pris naissance et est devenu transmissible. Lors donc que l'un de ceux qui étaient héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, ou qui avaient des droits subordonnés à la condition de son décès, est venu à mourir avant la déclaration d'absence et l'envoi en possession, le droit qu'il avait d'agir à ces fins, sous les conditions légales, a été compris dans la dévolution de son propre patrimoine et transmis à ses propres héritiers ou autres successeurs; ceux-ci l'exerceront *jure hereditario* en son lieu et place, à l'égal de ses autres droits pécuniaires. Bruxelles, 23 novembre 1842, P. 1843, 2, 250.

II. — *Effets de l'envoi en possession provisoire.*

219. **Administration de la succession.** L'art. 125 dit que l'envoi en possession provisoire n'est qu'un *dépôt*. Cette expression peu exacte n'est employée que pour marquer le *caractère précaire* de la possession des envoyés; les biens leur sont confiés autant dans l'intérêt de l'absent que dans le leur. Les envoyés sont des *administrateurs ordinaires, comptables* envers l'absent s'il vient à reparaître, ou envers ses véritables successeurs si son décès vient à être prouvé. Art. 130 et 131. De là, la double obligation qui leur est imposée de fournir *caution* et de faire dresser *inventaire* du mobilier et des titres de l'absent. Art. 120, 123 et 126.

Actes d'administration. Les envoyés ont le droit et le devoir de procéder à tous les actes qui rentrent dans la classe des *actes d'entière ou libre administration*. Art. 125. C'est au tribunal qu'il appartient de décider si tout ou partie du mobilier de l'absent sera *vendu*. Art. 126, al. 2.

En leur qualité d'administrateurs, les envoyés ont l'obligation de faire emploi du prix provenant de la vente du mobilier et des fruits échus au moment de l'entrée en possession, ainsi que de tous les capitaux disponibles, tels que les deniers comptants trouvés chez l'absent et les sommes provenant du recouvrement de ses créances.

Actes de disposition. Simples administrateurs, les envoyés ne peuvent faire aucun acte de disposition des immeubles de l'absent. Art. 128. Toutefois en cas de nécessité, par exemple lorsqu'il s'agit d'emprunter pour faire de grosses réparations, l'art. 75, al. 2, de la loi hypothécaire leur permet d'hypothéquer les biens de l'absent, moyennant l'accomplissement des formalités prescrites pour l'hypothécation des biens des mineurs et des interdits.

Demandes et défenses en justice. Les envoyés sont les représentants de l'absent vis-à-vis des tiers. L'art. 134 leur donne qualité pour *défendre* en son nom à toutes les actions intentées par des tiers. Quant à l'*exercice actif* des actions appartenant à l'absent, le code n'en dit rien. On admet généralement qu'ils peuvent intenter toutes les actions patrimoniales de l'absent. Arg. de l'art. 817, al. 2.

220. **Jouissance de la succession.** Les envoyés ont la *jouissance* de la succession et le code leur permet d'en *garder les revenus*, même au cas où l'absent de retour leur réclamerait ses biens, sauf la *portion* indiquée par l'art. 127 qui devrait lui être restituée ⁽¹⁾. Cette restriction régit d'ailleurs tous les cas dans lesquels les envoyés sont tenus de rendre les biens dont ils ont eu la jouissance. Art. 130.

221. **Partage provisoire de la succession.** Les envoyés en possession sont admis à exercer tous les droits qui devaient s'ouvrir pour eux au décès de l'absent. Les cohéritiers envoyés en possession peuvent donc procéder à un partage provisoire de la succession. Dans ce partage, ils se doivent réciproquement le rapport des dons et legs non préciputaires qui leur ont été faits par l'absent. Le rapport des libéralités non préciputaires est, en effet, une opération incidente de tout partage de succession.

⁽¹⁾ Les revenus dont parle l'art. 127 sont seulement ceux qui ont couru depuis l'envoi en possession. Comp. art. 126, al. 2, in fine. Trib. Gand, 3 janvier 1883, P. 1883, 3, 265.

§ 3. — DE L'OPTION ACCORDÉE AU CONJOINT PRÉSENT.

Art. 124, 126 et 127.

222. Dissolution ou continuation de la communauté. En principe, la déclaration d'absence d'un individu marié produit les effets déterminés par les art. 120 et 123 sans restriction aucune; la succession de l'absent étant fictivement ouverte depuis le jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, *son régime matrimonial se trouve réputé dissous à dater de cette même époque*; il y a lieu d'en opérer la liquidation, et tous ceux qui ont sur ses biens des droits subordonnés à la condition de son décès, *y compris l'époux présent*, sont admis à les exercer provisoirement. Si l'époux présent doit souffrir l'application des art. 120 et 123, il peut lui-même la réclamer dans la mesure de ses droits légaux et conventionnels; il peut notamment demander l'envoi en possession de l'usufruit héréditaire qui lui est accordé par la loi du 20 novembre 1896 et la délivrance des libéralités que son conjoint lui a faites par contrat de mariage ou par testament. Sur les biens qui lui seront ainsi attribués, l'époux aura les droits d'un envoyé en possession provisoire et il sera soumis aux mêmes obligations, notamment à la charge de donner caution et de faire inventaire.

Quand le mariage a été contracté sous un régime de communauté, les choses peuvent se passer autrement. L'art. 124 accorde alors à l'époux présent la faculté d'*opter entre la dissolution provisoire de la communauté et sa continuation*. En prenant ce dernier parti, il empêche l'envoi en possession au profit des divers intéressés, lesquels se trouvent dès lors dans la même situation que s'il n'y avait pas eu de déclaration d'absence.

L'art. 124 est *spécial au régime de communauté*; mais il s'applique à la communauté *conventionnelle* aussi bien qu'à la communauté *légale*.

Aucune forme spéciale n'est imposée à l'époux présent pour son option en faveur de la continuation de la communauté. Plusieurs auteurs décident aussi qu'aucun délai ne lui est fixé; il

semble cependant résulter du texte de l'art. 124 qu'il doit prendre parti avant que l'envoi provisoire ne soit ordonné, puisque la loi lui permet seulement d'*empêcher* cet envoi.

L'époux qui opte pour le maintien de la communauté est soumis à l'obligation de faire inventaire, comme les envoyés en possession provisoire. Art. 126. Mais il n'est pas tenu de donner caution ; aucun texte ne l'y oblige.

223. **Pouvoirs de l'époux présent.** L'époux qui opte pour la continuation de la communauté *prend* ou *conserve l'administration* des biens communs et des biens propres de l'absent. Art. 124. La femme qui *prend* une administration qu'elle n'avait pas auparavant, ne peut être traitée que comme un envoyé en possession provisoire, c'est-à-dire un *administrateur ordinaire*. Au contraire, lorsque le mari *conserve* une administration qui lui appartenait déjà, il la garde *telle qu'il l'avait en vertu de son contrat de mariage* et continue de l'exercer avec les mêmes pouvoirs que précédemment.

L'art. 127 donne au conjoint présent la même quotité de revenus que celle attribuée aux envoyés en possession provisoire.

SECTION 3. — De l'envoi en possession définitif.

§ 1. — QUAND ET PAR QUI L'ENVOI DÉFINITIF PEUT ÊTRE DEMANDÉ.

224. **Quand il peut être demandé.** La période de l'envoi définitif n'est qu'une seconde phase de la période d'absence déclarée. Elle commence *trente ans* après l'envoi provisoire ou l'option de l'époux présent pour la continuation provisoire de la communauté. Elle commence même plus tôt, dès qu'il s'est écoulé *cent ans* depuis la naissance de l'absent. Art. 129. Il n'est pas nécessaire, dans ce second cas, que l'envoi provisoire ait été obtenu préalablement ou qu'il y ait eu continuation provisoire de la communauté ; la demande d'envoi définitif est recevable dès que l'absence est déclarée.

Pas plus que l'envoi provisoire, l'envoi définitif n'a jamais lieu de plein droit ; il doit être demandé en justice. Le tribunal

peut, s'il le juge utile, ordonner une enquête à l'effet de s'assurer si l'absent n'a point donné de ses nouvelles depuis le jugement de déclaration d'absence; mais cette mesure d'instruction ne lui est point imposée par la loi.

225. Par qui il peut être demandé. Les mêmes personnes qui pouvaient demander l'envoi en possession provisoire peuvent seules demander l'envoi en possession définitif. L'expression *ayants droit* de l'art. 129, en effet, ne peut se rapporter qu'aux personnes déterminées par les art. 120 et 123. Le système de la loi est toujours que l'absent est réputé mort à partir de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Il peut arriver que l'envoi provisoire et même l'envoi définitif aient été accordés à d'autres qu'aux véritables ayants droit; certains parents sont en mesure de prouver qu'à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent ils étaient ses héritiers présomptifs à l'exclusion de ceux qui ont été envoyés en possession ou conjointement avec eux. Ils peuvent réclamer tant qu'ils ne sont pas atteints par la prescription; ils réclameront l'envoi en possession en concours avec les envoyés primitifs ou même de préférence à eux, selon les cas.

D'après le droit commun de la prescription, ils doivent agir dans les trente ans, à compter de l'envoi provisoire; leur action sera donc rarement recevable après l'envoi définitif. Il existe une disposition de faveur à l'égard des enfants et descendants de l'absent: l'art. 133 ne fait courir contre eux le délai de la prescription trentenaire qu'à compter du jour de l'envoi définitif. Mais cet article a soin d'ajouter que la restitution qu'ils obtiendront après l'envoi définitif n'aura lieu d'ailleurs que *comme il est dit en l'art. 132*, c'est-à-dire qu'ils devront prendre les biens dans l'état où ils se trouveront.

§ 2. — EFFETS DE L'ENVOI EN POSSESSION DÉFINITIF.

226. Fin du régime de l'envoi provisoire ou de la continuation de la communauté. Après l'envoi en possession définitif, toutes les mesures qui avaient été prises dans l'intérêt de

l'absent durant la période précédente prennent fin; les *cautions* sont déchargées et le *partage définitif* de la succession peut être demandé. Art. 129.

Quant aux *cautions*, il faut même observer que l'expiration du temps après lequel l'envoi définitif peut être obtenu opère *par elle seule* leur libération pleine et entière. Art. 129.

La *communauté* qui avait continué provisoirement par suite de l'option faite par l'époux présent est néanmoins réputée s'être dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent; elle doit être liquidée dans l'état où elle se trouvait à cette époque.

227. Double qualité des envoyés définitifs. L'expression *envoi en possession définitif* n'est pas rigoureusement exacte. L'art. 132 commande de faire une distinction suivant que l'on envisage les rapports des envoyés avec les tiers et leurs rapports avec l'absent de retour ou ses véritables héritiers au jour de son décès prouvé ⁽¹⁾.

A l'égard des tiers, les envoyés ont la qualité de *propriétaires incommutables* des biens de l'absent. *Tous leurs actes de disposition*, non seulement les actes à titre onéreux mais également les actes à titre gratuit, seront maintenus quoiqu'il arrive; les tiers acquéreurs seront toujours à l'abri. Et il en sera ainsi même des actes de disposition que les envoyés auraient accomplis avant le *jugement d'envoi définitif*; c'est que leurs droits remontent toujours à la date de la disparition ou des dernières nouvelles.

Dans leurs rapports avec l'absent de retour ou ses véritables héritiers au jour de son décès prouvé, ils n'ont qu'une *propriété révocable*; ils sont tenus de *restitution* envers eux dans la mesure des capitaux dont ils se trouvent enrichis, *quatenus locupletiores facti sunt*. Certes, à l'exception des fruits qui leur appartiennent en totalité aux termes de l'art. 127, ils ne peuvent rien conserver du patrimoine de l'absent; mais ils sont quittes en

(1) Ceux-ci peuvent être différents des personnes qui avaient la qualité d'héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et qui ont obtenu l'envoi en possession.

restituant ce qu'ils ont encore entre les mains, sans que leur patrimoine personnel puisse être entamé par la restitution qu'ils ont à faire.

C'est exclusivement en faveur des envoyés que l'art. 132 dispose que les *biens existants sont restitués dans l'état où ils se trouvent*; il veut les affranchir de toute responsabilité des transformations ou dégradations qui en ont diminué la valeur. Il peut se faire qu'au lieu d'avoir subi des dégradations, les biens de l'absent aient reçu des *améliorations* par le fait des envoyés. Ce serait méconnaître l'esprit de l'art. 132 que de le retourner contre les envoyés pour déroger au principe que nul ne peut, sans juste cause, s'enrichir aux dépens d'autrui.

SECTION 4. — De la cessation de la déclaration d'absence.

Art. 130 à 132.

228. **Preuve de l'existence ou du décès de l'absent.** Le jugement de déclaration d'absence cesse d'avoir effet soit par la preuve acquise de l'*existence* de l'absent, soit par la preuve acquise de son *décès*. L'absence prend fin alors immédiatement, *sans formalité aucune*, et le droit commun reprend son empire. Cependant quand l'absent s'est borné à donner de ses nouvelles sans reparaître et sans constituer de mandataire, le tribunal peut encore ordonner, s'il est nécessaire, les mesures que comporte la présomption d'absence. Art. 131 in fine.

La restitution des biens à l'*absent reparu* ou à ses *véritables héritiers au jour de son décès* est régie par les art. 127, 130 et 131 lorsque l'absence prend fin durant la seconde période, et par l'art. 132 lorsque l'absence ne cesse que durant la troisième période, c'est-à-dire depuis l'envoi définitif.

CHAPITRE II. — DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS DE L'ABSENT.

229. **Transition.** Après avoir traité dans les art. 112 à 134 des droits qui faisaient *partie du patrimoine* de l'absent au moment

de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, c'est-à-dire des droits qui lui étaient *acquis* à cette époque, sans distinction entre les droits purs et simples, à terme ou conditionnels, le code s'occupe dans nos art. 135 à 138 des droits *éventuels* qui compé- taient à l'absent, c'est-à-dire des droits qui n'étaient pas encore des éléments de son patrimoine, mais de *pures espérances*, au jour où son existence est devenue incertaine (supra n° 66).

SECTION 1. — Règle générale de l'art. 135.

230. **Son fondement.** Pour acquérir un droit il faut exister au moment où il vient à s'ouvrir (supra n° 13). D'autre part, tout demandeur doit faire la preuve du bien fondé de sa prétention; et il n'existe aucune loi qui décide que pour fonder un droit sur l'existence d'une personne à une époque déterminée, il suffirait de prouver qu'elle a été en vie antérieurement (supra nos 93 et 95). Trib. de l'empire d'Allemagne, 10 juin 1890, D. 1893, 2, 43. C'est en vertu de ces principes que l'art. 135 dispose que quiconque réclame un droit échu à un individu dont l'existence est actuelle- ment incertaine doit prouver que cet individu existait quand le droit a été ouvert; jusqu'à cette preuve il doit être déclaré non recevable dans sa demande.

231. **Son application à la matière de l'absence.** Il résulte de l'art. 135 que nul n'est recevable soit comme mandataire d'un absent, soit comme envoyé en possession de son patrimoine, à réclamer des *droits quelconques* qui lui sont échus *depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles*, puisque son état d'absence empêche précisément de démontrer qu'il était vivant lors de leur ouverture et qu'il les aurait donc *acquis*. Personne ne pouvant agir du chef de l'absent, *tant que l'incertitude règne sur son existence*, les droits qui s'ouvrent à son profit reviennent naturellement à ceux au préjudice desquels l'absent les aurait recueillis.

Les art. 135 et 136 n'emploient pas le terme *absent* et le remplacent par cette périphrase: *un individu dont l'existence n'est pas reconnue*, afin d'écarter toute distinction entre le cas

de *simple présomption d'absence* et le cas de *déclaration d'absence*. Trib. Bruxelles, 22 mars 1900, P. 1900, 3, 211; Alger, 25 octobre 1897, D. 1899, 2, 291; Nîmes, 22 mars 1909, D. 1909, 5, 41.

**SECTION 2. — Application de la règle de l'art. 135
aux droits successifs ouverts depuis le commencement
de l'absence.**

Art. 136 à 138.

232. **Exclusion de l'absent.** S'il s'ouvre une succession, dit l'art. 136, à laquelle soit appelé un individu en état d'absence déclarée ou simplement présumée ⁽¹⁾, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. L'art. 136 *procède comme si l'absent était décédé* et règle les vocations héréditaires en conséquence. Aussi faut-il décider que lorsque la succession dont il s'agit est de celles où la représentation est admise par les art. 740 et suiv., les enfants de l'absent peuvent invoquer ce mode spécial de succéder pour y venir à sa place. (*Les successions*, n° 39).

Ceux qui héritent au lieu et place de l'absent, conformément à l'art. 136, viennent à la succession en vertu de leur *propre vocation héréditaire*, et nullement en qualité d'envoyés en possession de la vocation de l'absent. Il ne peut donc être question de les soumettre à l'accomplissement des formalités et des mesures de précaution prescrites par les art. 115 et suiv. D'autre part, l'art. 136 ne les astreint lui-même à aucune formalité ni à aucune garantie de

(1) Des difficultés de fait peuvent s'élever sur le point de savoir si une personne, qui n'est pas présente au jour de l'ouverture d'une succession, est en état d'absence présumée. Pour que les art. 135 et 136 s'appliquent, il faut que l'existence de cette personne soit réellement *incertaine*. Audenarde, 15 mai 1903, B. J. 1903, col. 1902; Cass. fr., 8 mars 1904, D. 1904, 1, 246. S'il y a simple *non-présence*, ses droits seront réservés et il y aura lieu de prendre pour elle les mesures conservatoires prescrites par le code de procédure civile.

restitution ; ils ne sont donc pas obligés de faire inventaire et de donner caution. Liège, 29 novembre 1888, J. L. 1888, p. 753.

233. Caractère résoluble de l'exclusion de l'absent.

L'exclusion prononcée contre l'absent par l'art. 136 n'est déterminée que par l'incertitude qu'il y a sur son existence ; elle n'a plus de raison d'être lorsque cette incertitude vient à cesser. Aussi n'est-elle pas irrévocable ; l'art. 136 ne l'opère que sous la *réserve* formulée par l'art. 137 : l'absent, lorsqu'il reparaît, ou ses ayants cause, lorsqu'ils parviennent à prouver qu'il existait au moment de l'ouverture de la succession, sont en droit de réclamer la restitution de l'hérédité dont il a été exclu. La vérité est alors reconnue, et ceux que l'art. 136 avait appelés au lieu et place de l'absent se trouvent n'avoir jamais été héritiers.

Pour produire un effet utile, la réclamation de l'absent ou de ses ayants cause doit avoir lieu avant que la prescription ne soit accomplie. Ceux qui recueillent à l'exclusion d'un absent en vertu des art. 135 et 136 ne sont point, en effet, à son égard de simples *possesseurs précaires* comme les envoyés en possession dont il a été question précédemment ; ils possèdent *pro suo*, et par conséquent la prescription peut courir à leur profit. C'est ce que la finale de l'art. 137 exprime formellement, en se référant d'ailleurs aux règles du droit commun sur le délai de la prescription.

L'art. 138 applique à ceux qui ont recueilli une succession au lieu et place d'un absent, le principe général de l'art. 549 d'après lequel le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. L'ancienne règle romaine, *Fructus augent hæreditatem*, est ainsi abrogée. La bonne foi dont il s'agit à l'art. 138 consiste dans la croyance que l'absent était décédé lors de l'ouverture de la succession.

234. Sort des actes accomplis par l'héritier apparent.

Quelle est la position de l'absent qui reparaît, ou de ses ayants cause qui justifient de son existence au moment de l'ouverture de la succession, par rapport aux actes qui ont été accomplis par l'héritier apparent, c'est-à-dire par celui qui avait recueilli la

succession au lieu et place de l'absent? Sont-ils tenus de les respecter?

La question ne souffre aucune difficulté en ce qui concerne les *actes d'administration*. Il résulte, en effet, de l'art. 136 que l'héritier apparent a possédé légalement la succession pendant toute la durée de l'absence. Dès lors, il a eu *légalement qualité pour l'administrer*.

Mais la question est très vivement controversée en ce qui concerne les *actes de disposition*. Le code ne l'a résolue par aucun texte *ad hoc*; l'art. 132 ne la concerne point. L'interprète ne peut donc la résoudre que par l'application du droit commun. Ce droit commun sera exposé plus tard, dans la matière des effets de la pétition d'hérédité à l'égard des tiers (*Les successions*, nos 202 et suiv.).

235. **Observation.** Il peut arriver que les cohéritiers d'un absent aient agi comme si son existence n'était pas encore incertaine au jour de l'ouverture de la succession, qu'ils aient provoqué eux-mêmes la désignation d'un notaire à l'effet de le représenter, et qu'ils aient procédé ainsi au partage de l'hérédité. Art. 113. Si plus tard leur *erreur est reconnue* et l'absence déclarée, la part qui avait été provisoirement attribuée à l'absent ne devra pas être comprise dans l'envoi en possession prononcé par le tribunal au profit des héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles; elle leur fera retour exactement comme s'ils s'étaient prévalus de la disposition de l'art. 136 dès l'ouverture de la succession. Trib. Gand, 21 février 1900, P. 1901, 3, 238; Liège, 8 juillet 1903, *R. notariat belge*, 1904, p. 598.

CHAPITRE III. — DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE.

Art. 139.

236. **Durant l'absence.** Les seules causes de dissolution du mariage sont le décès de l'un des époux et le divorce. Art. 227.

La simple possibilité du décès de l'absent, si vraisemblable qu'elle soit, ne suffit point pour autoriser l'époux présent à contracter un nouveau mariage. Mais il peut arriver que, par erreur ou par fraude, l'époux présent ait contracté une nouvelle union. Ce second mariage ne peut être attaqué *tant que dure l'absence*, puisque, par hypothèse même, l'existence du premier conjoint à l'époque de la célébration de ce deuxième mariage ne peut pas être prouvée.

Cette double solution se trouvait énoncée autrefois dans une maxime célèbre : « L'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un nouveau mariage ; mais elle ne doit jamais suffire non plus pour troubler un mariage contracté ».

237. **Après le retour de l'absent.** Selon l'opinion générale, l'art. 139 signifie uniquement que *tant que l'absent ne revient pas*, personne ne peut attaquer le second mariage, si ce n'est lui en intentant l'action en nullité ou en chargeant de l'intenter un fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence. L'art. 139 cesse de s'appliquer *dès que l'absent est de retour* ; le droit commun reprend alors son empire, et la nullité du second mariage peut être demandée par tout intéressé et par le ministère public, conformément à l'art. 184.

CHAPITRE IV. — DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DE L'ABSENT.

Art. 141 à 143.

238. **Introduction.** L'autorité sur la personne et les biens des enfants légitimes appartient collectivement au père et à la mère ; mais la mère n'en a l'exercice qu'à défaut du père, c'est-à-dire que quand le père est physiquement ou légalement hors d'état de l'exercer. Art. 372 et 373. La tutelle ne s'ouvre qu'au décès du père ou de la mère ; normalement l'absence de l'un des père et mère n'ouvre pas la tutelle. Art. 390.

Ces principes connus, il faut distinguer entre l'absence du père et celle de la mère.

239. **Absence du père.** Il faut sous-distinguer : 1^o *La mère est présente.* L'art. 141 dispose que la mère exerce tous les droits du mari quant à l'éducation et à l'administration des biens des enfants. A notre avis, ce texte est inexact et incomplet. Il est inexact en ce qu'il considère la mère comme exerçant les *pouvoirs du père*, alors que ce sont les siens propres qu'elle exerce puisqu'il est de principe que l'autorité de la mère ne rencontre plus aucun obstacle lorsque le père est hors d'état d'exercer la sienne. Il est incomplet en ce qu'il ne parle pas de la *jouissance des biens des enfants*. On verra cependant au titre de l'autorité paternelle que l'art. 384 doit être interprété de la même manière que l'art. 373, et que par conséquent la jouissance légale des biens des enfants passe à la mère lorsqu'elle a l'exercice de l'autorité par suite de l'incapacité physique ou légale du père. Comp. D. 1891, 1, 413, note 1.

2^o *La mère était morte avant la disparition du père.* En ce cas, la tutelle était déjà ouverte et c'était le père qui était tuteur légal des enfants. Art. 390. Il y a lieu à la nomination d'un *nouveau tuteur par le conseil de famille*. Art. 142, 143 et 424.

3^o *La mère vient à mourir après la disparition du père.* Tant que la mère a vécu elle a exercé l'autorité sur les enfants à défaut du père. Art. 141. Son décès *ouvre la tutelle* qui revient de plein droit au père absent. Art. 390. La situation se trouve donc désormais la même que dans l'hypothèse précédente; aussi l'art. 142 statue-t-il de même pour les deux cas.

240. **Absence de la mère.** Le code n'a pas prévu l'absence de la mère. Il est facile de combler cette lacune :

1^o *Le père est présent.* Rien n'est changé dans sa situation; il continue d'exercer son autorité. Art. 373.

2^o *Le père était déjà mort ou il vient à mourir après la disparition de la mère.* Il convient d'appliquer la disposition de l'art. 142 par analogie.

241. **Controverse.** La plupart des auteurs se fondent sur un argument *a contrario* de l'art. 142 (*avant que l'absence du père ait été déclarée*) pour enseigner que les dispositions des art. 141

à 143 sont spéciales à la *présomption d'absence*, et que, une fois l'*absence déclarée*, il faut appliquer toutes les règles de la tutelle dans tous les cas qui peuvent se présenter. Cette doctrine nous paraît contraire à l'économie du titre de l'absence. Le code ne divise l'absence en périodes de présomption et de déclaration que pour le régime des biens; cette division il ne la fait plus dès qu'il vient à s'occuper des droits éventuels de l'absent et du remariage de son conjoint; bien plus, c'est tout à la fin du titre et dans un chapitre spécial qu'il traite de la surveillance des enfants mineurs de l'absent; n'est-ce pas marquer clairement que les dispositions de ce chapitre ne s'appliquent pas uniquement à la présomption d'absence? Aussi préférons-nous l'opinion suivant laquelle la déclaration d'absence ne change rien aux mesures qui ont été prises en vertu des art. 141 à 143.

TITRE V.

Du mariage.

GLASSON. *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes d'Europe*. Paris, 2^e édit., 1880.

242. **Définition.** Le mariage est un contrat solennel, réglé souverainement par la loi, par lequel un homme et une femme établissent entre eux une communauté absolue et perpétuelle d'existence.

Le mariage est un contrat que le seul consentement des futurs époux ne suffit pas à former, et c'est un contrat dans lequel la volonté des parties ne jouit d'*aucune autonomie*. La loi ne se borne pas à en faire un contrat solennel; elle en détermine souverainement les conditions, les effets, les causes de dissolution. C'est que le mariage intéresse au plus haut point la société toute entière, puisqu'il fonde la famille.

A la différence de l'ancien droit où le mariage civil et le mariage religieux se trouvaient confondus, le code considère le mariage

comme un contrat *purement civil* ; il ne reconnaît d'autre union conjugale que celle qui satisfait aux conditions de fond et de forme qu'il a lui-même déterminées. Le mariage religieux ne peut produire aucun effet légal, et le mariage civil produit tous ses effets légaux, encore qu'il ne soit pas suivi du mariage religieux.

Le mariage est une *union perpétuelle, consortium omnis vitæ*. « C'est l'intérêt social qui le veut, parce qu'il veut des familles stables, parce qu'il veut les enfants élevés par les parents, parce qu'il veut, pour les parents eux-mêmes, la discipline morale de la vie de famille, et que tout cela n'existera plus le jour où la dissolution sera libre. »

Le but normal du mariage est la procréation et l'éducation des enfants. Mais ce but n'est pas de son essence aux yeux de la loi ; le code civil admet le mariage *usque in extremis vitæ momentis*.

Il ne faut pas confondre le mariage avec le contrat pécuniaire de mariage. Art. 1387. Le mariage établit l'*union des personnes* ; le contrat de mariage détermine le *régime des biens* des époux. L'union des personnes n'entraîne pas nécessairement l'union des biens ; les époux peuvent se marier sous divers régimes qui laissent leurs patrimoines dans une indépendance plus ou moins complète.

243. Fiançailles. Autrefois les promesses de mariage formaient un contrat préparatoire au mariage, le *contrat de fiançailles*, qui produisait certains effets juridiques. Elles ne sont plus reconnues par le code civil, et dès lors elles ne sauraient plus engendrer d'obligations pour les fiancés, puisque tout ce qui touche au mariage échappe au pouvoir des volontés individuelles. Le code n'admet aucune atteinte à la liberté du mariage ; il faut que l'échange des consentements devant l'officier de l'état civil soit pleinement libre. On a parfaitement exprimé le principe que toute promesse de mariage est nulle, en disant que *le mariage n'est pas dans le commerce*. Art. 6, 1133 et 1228.

Souvent cependant on voit les tribunaux allouer des dommages-intérêts à l'occasion de mariages manqués. Mais le fondement de ces condamnations n'est pas l'inexécution de la promesse de mariage, promesse qui n'a aucune valeur légale, ce sont les *cir-*

constances, dans lesquelles la rupture est intervenue, circonstances qui sont constitutives de la faute dommageable dont il est question à l'art. 1382. En d'autres termes, s'il est vrai que la rupture d'une promesse de mariage ne peut jamais être envisagée en elle-même comme une *faute contractuelle*, il est certain également que, suivant les circonstances de forme, de temps, de lieu, etc., dans lesquelles elle se produit, elle peut constituer la faute *délictuelle* prévue par l'art. 1382 et donner ainsi à la personne offensée le droit de demander la réparation du préjudice matériel et moral qu'elle a éprouvé. Bruxelles, 7 novembre 1906, B. J. 1907, col. 956; Trib. Liège, 16 février 1907, J. L. 1907, p. 17; Grenoble, 24 mars 1908, D. 1910, 2, 134.

244. Division des conditions du mariage. Les diverses conditions requises par la loi ne le sont pas toutes avec la même rigueur : elles se divisent en conditions d'*existence*, conditions de *validité* et simples conditions de *célébration*. La théorie des conditions d'existence et des conditions de validité sera exposée au chapitre IV. Quant aux simples conditions de célébration, il suffit d'observer qu'elles n'ont d'autre effet civil que d'empêcher l'officier de l'état civil de célébrer le mariage ; il doit refuser son ministère, mais si, par ignorance ou par fraude, il passe outre, le mariage est valable.

245. Empêchements dirimants ou prohibitifs. L'absence d'une des conditions exigées pour le mariage constitue un *empêchement*. Les empêchements sont dirimants ou simplement prohibitifs.

Les *empêchements dirimants* (de *dirimere*) sont ceux dont la violation entraîne l'inexistence ou la nullité du mariage.

Les *empêchements prohibitifs* (de *prohibere*) sont ceux qui font obstacle à la célébration du mariage, mais qui ne permettent pas de le faire annuler si, en fait, il a été célébré. La sanction des empêchements prohibitifs consiste simplement dans une peine encourue par l'officier de l'état civil et même, dans certains cas, par les époux.

Il ne faut pas confondre la distinction des empêchements dirimants et des empêchements prohibitifs avec celle des nullités

absolues et des nullités relatives. Il n'y a pas de concordance entre elles ; un empêchement dirimant entraîne nullité absolue ou relative, selon les cas ; un empêchement prohibitif n'entraîne jamais nullité.

246. **Réformes du législateur belge.** Les règles du code civil sur les conditions de capacité des futurs époux et sur les formalités du mariage étaient trop rigoureuses. Leur application entraînait des retards parfois considérables. Il arrivait que ces retards induisaient les personnes de la classe ouvrière à vivre en concubinage ; bien des ouvriers considéraient le mariage comme une affaire de luxe qu'ils n'avaient pas le temps d'accomplir. Les lois du 16 août 1887, du 26 décembre 1891, du 30 avril 1896, et du 7 janvier 1908 ont été portées en vue de faciliter les mariages et d'extirper ainsi la plaie sociale du concubinage chez les pauvres.

CHAPITRE I. — DES CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE.

SECTION 1. — Différence de sexe.

247. **Défaut de sexe déterminé.** Le mariage ne peut être contracté qu'entre deux personnes de sexe différent. Art. 75. Il faut que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de son conjoint. L'identité de sexe ou, ce qui revient au même, le *défaut de sexe déterminé* chez l'un des époux, empêche le mariage d'exister. D'autre part, le défaut ou l'imperfection de *certaines des organes caractéristiques du sexe* sont sans influence sur la validité du mariage. Arg. de l'art. 313. Verviers, 1^{er} juillet 1893, J. L. 1894, p. 324 ; Lyon, 16 mai 1906, D. 1907, 2, 21.

SECTION 2. — Age de la puberté.

Art. 144 et 145.

248. **Règle et exception.** L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage. Art. 144.

D'après l'art. 145, le gouvernement est autorisé à permettre le

mariage avant l'âge de la puberté légale, pour des *motifs graves*. La loi l'a laissé juge de la gravité des motifs. Celui que l'on fait valoir le plus ordinairement est la grossesse de la femme.

SECTION 3. — Consentement des futurs époux.

Art. 146.

249. **Sans consentement pas de mariage.** Le mariage est un contrat. Or la base essentielle de tout contrat est le consentement des parties contractantes, c'est-à-dire le concours de leurs volontés. Aussi l'art. 146 dispose-t-il qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.

Le consentement des époux étant une condition *sine qua non* de l'existence du mariage, il en résulte que les personnes qui sont entièrement privées de l'usage de la raison soit par la folie, soit par l'imbécillité, ne peuvent pas se marier.

L'imbécillité est permanente; la folie n'est pas nécessairement continue. Le fou peut avoir des intervalles lucides. Le mariage est possible pendant un de ces intervalles, puisque l'impossibilité de consentir vient à cesser.

250. **Interdiction judiciaire.** Le fou qui est frappé d'*interdiction judiciaire* est incapable de se marier, même quand il se trouve dans un intervalle lucide, c'est-à-dire *en état de consentir*. Cela résulte nettement de l'art. 174, 2°. Dans cet article, le code permet à certains collatéraux de faire opposition au mariage de leur parent en se fondant sur son état de démence, mais en même temps il les oblige à demander son interdiction dans un bref délai. Qu'est-ce à dire, sinon que l'interdiction une fois prononcée établira d'une manière définitive l'obstacle qui empêche leur parent de contracter mariage?

251. **Mise sous conseil judiciaire.** Il n'existe aucun empêchement *particulier* au mariage de l'individu placé sous conseil judiciaire.

SECTION 4. — **Consentement des ascendants ou de la famille.**

Art. 148 à 160.

252. **Age de la majorité matrimoniale.** La majorité matrimoniale, sous le code civil, ne concordait pas toujours, pour les garçons, avec la majorité ordinaire. La loi du 30 avril 1896 est venue supprimer toute différence, à cet égard, entre les garçons et les filles; aujourd'hui la capacité civile de contracter mariage est fixée, pour tous et dans tous les cas, à l'âge de *vingt et un ans accomplis*. A l'appui de cette réforme, on a fait valoir que des parents indignes, surtout dans les classes laborieuses, abusaient de leur autorité à l'égard de leurs fils âgés de moins de vingt-cinq ans; on a cité des cas, relativement nombreux, de refus de consentement pour des motifs tantôt futiles, tantôt inavouables, dictés souvent par l'intérêt pécuniaire, cyniquement avoué, des parents eux-mêmes.

Les dangers de cette innovation se trouvent écartés par une excellente disposition du nouvel art. 152, qui autorise les parents à opposer un veto efficace au mariage de leur enfant, âgé de plus de vingt et un ans et de moins de vingt-cinq, à la condition de faire admettre les motifs de leur veto par l'autorité judiciaire. On remarquera que ce recours des parents à la justice est autorisé à l'égard du mariage des *filles* aussi bien que des *garçons*; il arrive ainsi que les règles uniformes de la loi nouvelle modifient différemment les anciennes règles du code sur le mariage des fils et des filles.

253. **Observation préliminaire.** Dans les règles qui vont suivre, la loi assimile toujours à l'ascendant défunt l'ascendant qui est dans l'*impossibilité de manifester sa volonté*. Les seuls cas d'impossibilité de manifester la volonté sont ceux d'aliénation mentale, d'interdiction judiciaire et d'absence au sens technique. La simple non-présence de l'ascendant, et même le fait qu'il est

en voyage dans des pays lointains, ne constituent pas des cas d'*impossibilité* de manifester la volonté ⁽¹⁾.

C'est tout à fait surabondamment qu'à la différence des anciens textes du code, nos nouveaux textes, sauf un seul, l'art. 151, prévoient spécialement l'hypothèse de l'absence. Cette hypothèse, en effet, rentre tout naturellement parmi les cas d'impossibilité de manifester la volonté.

§ 1. DE L'HABILITATION NÉCESSAIRE AU MINEUR.

254. **Distinctions à faire.** Avant la puberté légale, le mariage est impossible, sauf l'effet des dispenses d'âge. Après la puberté, mais avant la majorité civile, le mariage est possible, mais seulement avec le consentement des ascendants ou de la famille.

L'habilitation nécessaire au mineur est réglée par une théorie propre à la matière. Pour en saisir tous les détails, il est nécessaire de faire plusieurs distinctions. Il faut distinguer d'abord si le mineur dont il s'agit est *enfant légitime* ou *enfant naturel*; il faut distinguer ensuite si ce mineur a encore des *ascendants* ou s'il n'en a *plus*, les cas d'impossibilité de manifester la volonté étant toujours assimilés au cas de décès.

I. — *Personnes dont le consentement est nécessaire.*

A. — Mariage d'un enfant légitime.

255. **Cas où l'enfant a encore un ou plusieurs ascendants.** Lorsque l'enfant a encore ses *père et mère*, il doit solliciter le consentement de l'un et de l'autre. Si l'un d'eux l'accorde tandis que l'autre le refuse, c'est la volonté du père, chef de la famille, qui l'emporte; en cas de dissentiment, dit l'art. 148, al. 1, le consentement du père suffit. Mais il faut toujours que la mère soit consultée directement aussi bien que le père, car ce n'est qu'en cas de dissentiment que la volonté du père l'emporte.

(1) On ne doit tenir aucun compte de certaines observations manifestement erronées, qui ont été faites dans les discussions de la loi de 1896 à la Chambre des représentants, *Annales parlementaires*, 1895-1896, p. 920.

L'officier de l'état civil doit donc refuser de célébrer le mariage tant qu'il n'a pas la preuve que la mère a été consultée.

Si *le père ou la mère est mort* ou si l'un des deux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit, dit l'art. 149, al. 1. Le mineur qui n'a plus que sa mère est donc dispensé de consulter ses aïeuls de la ligne paternelle.

Si *le père et la mère sont morts* ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent. S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement; il n'y a pas à faire prévaloir ici la ligne paternelle sur la ligne maternelle. Il suit de ces diverses règles de l'art. 150 que le consentement d'un seul aïeul, voire même de l'aïeule maternelle, peut être suffisant pour le mariage.

On reconnaît généralement qu'à défaut d'aïeuls et d'aïeules, le droit de consentir au mariage passe aux bisaïeuls et bisaïeules.

La constatation du *dissentiment* dans les divers cas prévus par les art. 148 et 150 peut avoir lieu de l'une des manières tracées par l'art. 148, al. 2. Il est raisonnable d'admettre que cet article a entendu autoriser le notaire et l'officier de l'état civil à procéder dans les formes de la sommation respectueuse. Comp. *R. notariat belge*, 1898, p. 182, et 1905, p. 417.

256. Cas où l'enfant n'a plus aucun ascendant. Lorsqu'un enfant mineur dont tous les ascendants sont morts ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, veut contracter mariage, c'est par le consentement de son conseil de famille qu'il doit être habilité. Art. 160.

B. — Mariage d'un enfant naturel.

257. Cas où l'enfant reconnu a encore ses père et mère ou l'un d'eux. L'enfant naturel reconnu se trouve vis à vis de ses père et mère dans la même situation qu'un enfant légitime; les dispositions contenues aux art. 148 et 149 sont applicables à l'enfant naturel. Art. 158.

L'art. 158 ne renvoie pas à l'art. 150. C'est qu'il n'existe entre l'enfant naturel et les parents de ses père et mère aucun lien *légal* de nature à conférer les avantages attachés à la parenté légitime. Or, dans le système de notre titre, la nécessité de l'autorisation des aïeuls et aïeules est une mesure de protection pour l'enfant qui veut contracter mariage.

258. **Cas où l'enfant n'a pas été reconnu ou a perdu ses père et mère.** L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, sont incapables de se marier sans avoir obtenu le consentement d'un tuteur nommé spécialement pour cet objet. Art. 159.

L'art. 159 ne dit pas qui doit nommer ce tuteur *ad hoc*. Il faut décider dès lors que sa nomination appartient au conseil de famille de l'enfant, par cette raison que tel est, d'après l'art. 405, le mode ordinaire de nomination du tuteur. C'est à tort que certains auteurs attribuent la nomination du tuteur *ad hoc* à la justice : les tribunaux n'ont de juridiction gracieuse que dans les cas spécialement déterminés par la loi. Comp. Dinant, 21 juin 1894, P. 1894, 3, 347.

Il n'existe d'ailleurs aucune bonne raison pour expliquer comment la loi veut ici que le consentement soit donné par un tuteur *ad hoc* nommé par le conseil de famille, alors que pour l'enfant légitime qui n'a plus d'ascendant c'est le conseil de famille qui est appelé à consentir lui-même au mariage.

II. — Nature du pouvoir des ascendants.

259. **Pouvoir propre.** La prérogative des père et mère et autres ascendants de consentir au mariage de l'enfant mineur est attachée à leur qualité même. Elle ne subit *aucune* atteinte en cas de divorce ou de séparation de corps. Elle reste toujours indépendante de l'autorité tutélaire et même de la puissance paternelle proprement dite. Aussi faut-il décider, malgré l'énormité de la solution, que le père qui est *destitué de la puissance paternelle* sur l'un de ses enfants demeure investi du pouvoir de

consentir au mariage de sa victime tout comme de ses autres enfants.

260. **Pouvoir absolu.** Lorsqu'un ascendant refuse son consentement, sa décision est *souveraine*; l'enfant n'a aucune voie de recours contre elle. *R. crit.*, 1909, p. 144.

A ne consulter que nos textes, la délibération du conseil de famille qui accorde ou refuse le consentement est aussi une décision souveraine; le code civil n'autorise pas le pouvoir judiciaire à la réformer. Mais on se demande si l'art. 883 du code de procédure n'a pas changé cet état de la législation. La question est très controversée; elle sera examinée au titre de la tutelle.

III. — *Formes du consentement et moment où il doit exister.*

261. **Mode oral et mode écrit.** Le consentement ne peut être donné que de deux manières:

1^o Soit de vive voix, à l'instant même de la célébration du mariage, par une déclaration faite à l'officier de l'état civil. Celui-ci devra en faire mention dans l'acte de mariage. Art. 76, 4^o.

2^o Soit par écrit, dans un acte authentique antérieur à la célébration du mariage. Cet acte doit contenir les diverses énonciations déterminées par l'art. 73, notamment les nom, prénoms, profession et domicile du *futur époux*. On discute si ces mots s'appliquent au mineur même auquel le consentement est donné ou à la personne qu'il est autorisé à épouser. Cette difficulté de *texte* ne doit pas nous arrêter, car ceux-là mêmes qui admettent la première interprétation décident néanmoins que l'acte de consentement doit désigner clairement le *futur conjoint de l'enfant*. Ils se fondent avec raison sur l'*esprit* même de la loi. Un consentement général ou donné en blanc ne serait pas en réalité un consentement, mais une pure abdication du droit de consentir.

En principe, l'acte de consentement doit être passé devant notaire, les notaires ayant seuls qualité pour authentifier les actes civils. Art. 1^{er} de la loi organique du notariat. Par exception, en cas d'indigence, l'acte peut être passé devant l'officier de l'état civil du domicile ou de la résidence de l'ascendant, sans témoins.

Art. 4 de la loi du 16 août 1887, interprété par l'art. 9 de la loi du 26 décembre 1891 ⁽¹⁾.

262. Moment où le consentement doit exister. Le consentement des ascendants ou de la famille doit exister au moment même de la célébration du mariage. C'est alors, en effet, que le mineur contracte; c'est donc à ce moment qu'il doit être habilité. Si le consentement a été donné à l'avance dans un acte authentique, il faut que celui qui l'a exprimé le maintienne jusqu'à la célébration; il demeure entièrement libre de le révoquer tant que le mariage n'est pas célébré. D'un autre côté, si l'ascendant qui a consenti par avance vient à mourir avant la célébration, son consentement est non avenu, et l'enfant doit s'adresser à celui ou à ceux que la loi appelle à consentir à défaut du prédécédé.

§ 2. — DE LA SOMMATION RESPECTUEUSE IMPOSÉE AU MAJEUR.

263. Notion générale. Le mariage n'intéresse pas seulement les époux; il intéresse aussi leur famille et principalement leurs père et mère qui en sont les chefs. Il est donc juste que ceux-ci soient admis à faire entendre leur voix. Art. 371. Aussi tout enfant majeur, légitime ou naturel, ne peut-il contracter mariage qu'en justifiant qu'il a demandé le *conseil* de ses père et mère. Art. 151 et 158. Il est tenu de faire cette justification soit en rapportant leur consentement, selon l'un des modes déterminés ci-dessus et alors le mariage peut être célébré immédiatement, soit en produisant l'original de la sommation respectueuse par laquelle il leur a notifié sa demande de conseil, et alors la célébration du mariage devient possible un mois après cette notification (sauf l'application des règles ci-dessous sur le *recours*, n° 268, et sur l'*opposition*, n° 310). Art. 152 et 158.

L'utilité de la formalité de la sommation respectueuse est surtout préventive. Peut-être n'a-t-on jamais vu d'enfant se désister

(1) Quant à l'acte de consentement passé en pays étranger, renvoi au cours de droit international privé.

d'un projet de mariage sur les conseils de ses père et mère rapportés au procès-verbal de la sommation. Mais il est permis d'affirmer qu'il en existe plus d'un qui a abandonné l'idée d'un mariage disproportionné pour ne pas devoir se mettre publiquement en conflit avec ses parents.

264. Ascendants à consulter. La loi du 30 avril 1896 n'impose plus la sommation respectueuse que vis-à-vis des *père et mère seuls*, et encore faut-il que ceux-ci ne soient pas dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Il n'est plus jamais question d'adresser des sommations respectueuses aux aïeuls et aïeules, au cas de décès des père et mère. Art. 151.

Par une exception établie uniquement en faveur des *indigents*, la sommation respectueuse cesse d'être exigée, lorsque le père ou la mère, dont le conseil devrait être demandé, n'a pas de demeure connue en Belgique. Cette exception est organisée par l'art. 153, al. 2 et suiv.

265. Officier compétent. Le code civil n'emploie pas l'expression *sommation respectueuse* qui était usitée dans l'ancien droit; il la remplace par celle d'*acte respectueux* qui semble moins blessante pour les parents. Par la même préoccupation, il déroge à la règle de procédure civile qui veut que toute sommation ou notification, judiciaire ou extrajudiciaire, soit faite par huissier; la demande de conseil doit être faite, au nom de l'enfant, par *deux notaires* ou par *un notaire assisté de deux témoins*. Art. 154.

Par exception, l'enfant *indigent* peut faire dresser l'acte respectueux par l'officier de l'état civil de son domicile ou de sa résidence; cet acte est ensuite notifié aux père et mère par l'*officier de l'état civil* de leur domicile ou de leur résidence, ou par son *délégué*. L'officier de l'état civil instrumente sans devoir se faire assister de témoins. Art. 153, al. 1 (1).

266. Formes de la demande de conseil (2). L'officier public,

(1) Les dispositions de la loi du 30 avril 1896 ont été expliquées par une circulaire du ministre de la justice du 24 juillet 1896.

(2) Voir notre Cours de droit notarial, nos 220 et suiv.

notaire ou officier de l'état civil, instrumente au nom de l'enfant; il est son mandataire officiel. Aussi n'est-il pas nécessaire que l'enfant assiste à la demande de conseil. Bruxelles, 22 mai 1878, P. 1879, 2, 91. Il n'est pas nécessaire non plus que le notaire soit porteur d'un mandat écrit.

La demande doit être faite en *termes formels et respectueux*. Art. 151. Il faut donc, d'une part, qu'elle exprime nettement l'intention de l'enfant de se marier avec telle personne déterminée, et, d'autre part, que l'expression de cette intention n'ait rien d'injurieux pour les père et mère.

La demande doit être faite à la *personne même de chacun des père et mère*, à moins que ces derniers ne se trouvent pas à leur domicile ou n'en défendent l'entrée. Cette règle résulte de l'art. 154, qui exige que le procès-verbal mentionne la réponse des parents; l'officier public doit donc demander à voir chacun des père et mère. La restriction apportée à la règle résulte du droit qui appartient à l'enfant majeur de se marier malgré ses parents; les père et mère paralyseraient ce droit d'une manière indéfinie en évitant systématiquement la présence de l'officier public. Aucun texte d'ailleurs n'impose à l'officier l'obligation de prévenir les parents de sa démarche. Trib. Bruxelles, 8 août 1903, P. 1904, 3, 41; Paris, 31 mai 1905, 2, 373.

267. Procès-verbal de la demande. Il doit être dressé un procès-verbal de la demande de conseil, dans lequel l'officier public indique si elle a pu être faite à la personne même de chacun des père et mère, auquel cas il est fait mention des réponses, ou si, au contraire, elle a dû avoir lieu à leur domicile. Art. 154. Ce procès-verbal n'est, au fond, qu'un procès-verbal de sommation: les père et mère sont sommés de donner leur consentement ou de dire pourquoi ils refusent. Le code a bien changé la dénomination de l'acte, mais il n'aurait su en changer le caractère intrinsèque. Aussi nous paraît-il certain que l'officier public doit y observer les formes prescrites par les lois de procédure civile pour les procès-verbaux de sommations ou notifications.

Le procès-verbal doit être dressé en trois originaux : l'un pour le requérant, les deux autres pour chacun des père et mère. Les vices de l'un des originaux suffisent à entraîner la nullité de la notification, malgré la régularité des autres. Ce principe n'a jamais été contesté en procédure civile. Aussi est-ce tout à fait improprement que les originaux destinés aux notifiés, dans l'espèce aux père et mère, s'appellent *copies*.

On décide souvent que l'officier public ne commet aucune nullité en remettant directement les copies au bourgmestre ou à un échevin, sans s'être adressé d'abord à un voisin, lorsqu'il lui a été impossible de faire la notification au domicile même des père et mère. Comp. Trib. Bruxelles, 6 janvier 1899, P. 1899, 3, 237. Cela ne nous paraît pas juridique, par la raison que le code civil qui charge le notaire de *notifier* la sommation respectueuse, ne le dispense nulle part d'observer les règles essentielles des notifications. Il y a d'ailleurs un dilemme décisif : ou bien l'art. 68 du code de procédure civile est applicable à l'acte respectueux, et alors toutes ses prescriptions doivent être observées à peine de nullité ; ou bien il ne l'est point, et alors on ne voit pas en vertu de quel texte ou de quel principe le notaire pourrait faire la notification aux père et mère en parlant au bourgmestre ou à un échevin de leur commune.

268. Réitération de la demande. Les nouveaux art. 151 et 152 ne prescrivent plus la réitération de la demande. L'enfant doit seulement observer un délai d'un mois avant de contracter le mariage dont il s'agit. C'est le temps que la loi lui impose pour réfléchir ! Rien ne l'empêche d'ailleurs de remplir durant ce délai les formalités préliminaires du mariage. Trib. Bruxelles, 8 août 1903, P. 1904, 3, 41 ; Seine, 15 avril 1897, D. 1898, 2, 419.

Aucune disposition légale ne prononce de péremption en matière de sommation respectueuse. C'est là une différence avec la matière de la publication de mariage. Gand, 25 avril 1902, B. J. 1902, col. 1358. Comp. Trib. Bruxelles, 23 février 1907, B. J. 1907, col. 444.

§ 3. — DU RECOURS JUDICIAIRE DES PÈRE ET MÈRE
DE L'ENFANT MAJEUR QUI N'A PAS VINGT-CINQ ANS ACCOMPLIS.

269. **Distinction. But du recours.** Il ne faut pas confondre le *droit de recours* introduit par le nouvel art. 152 avec le *droit d'opposition* établi par les art. 173 et suiv. Le premier n'exclut pas le second; le nouvel art. 172 a laissé intact le système organisé par le code civil au chapitre des oppositions au mariage. Trib. Bruxelles, 23 octobre 1896, P. 1897, 3, 31.

Le but du recours est de paralyser l'effet de la sommation respectueuse, en obtenant un jugement qui ordonne de surseoir à la célébration du mariage au-delà du délai légal déterminé ci-dessus. En d'autres termes, il tend à faire fixer un *sursis judiciaire* qui prolonge le *sursis légal* établi par l'art. 152, al. 1; ce sera un nouveau temps de réflexion imposé à l'enfant.

270. **Qui peut exercer le recours et à l'égard de qui.** Le droit de recours n'appartient qu'au père, et, à défaut du père, à la mère. Il n'y a pas à distinguer entre les parents légitimes et les parents naturels. Art. 152, al. 2, et 158. L'expression *à défaut du père* signifie s'il est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Le droit de recours n'appartient jamais aux aïeuls et aïeules.

Le recours ne peut être exercé qu'à l'égard de l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis.

271. **Mode d'exercice du recours.** Le recours se pratique par une assignation en justice donnée à l'enfant dans les quinze jours de la notification de sa sommation. Le recours ne doit pas être signifié à l'officier de l'état civil, mais il est prudent de le lui dénoncer, par voie d'opposition, pour en assurer l'efficacité.

L'instruction de la demande est soumise par l'art. 152 à des règles tout à fait exorbitantes du droit commun: point d'avoués ni de formalités de procédure, débats et avis du ministère public en chambre du conseil; seul le jugement définitif doit être rendu en audience publique. Liège, 15 juin 1903, B. J. 1903, col. 951.

272. Pouvoirs des juges. Les juges ne peuvent se déterminer que par des considérations puisées dans l'intérêt de l'enfant. S'ils estiment que le recours des père et mère n'est inspiré que par *leur intérêt égoïste*, ils doivent permettre de passer outre à la célébration du mariage. Tournai, 17 septembre 1906, P. 1907, 3, 111. S'ils reconnaissent, au contraire, que le mariage projeté doit compromettre gravement *l'avenir de l'enfant*, ils doivent ordonner de surseoir au mariage. Trib. Bruxelles, 15 décembre 1906, P. 1907, 3, 179; Verviers, 1^{er} février 1909, J. L. 1909, p. 79; Louvain, 24 décembre 1909, P. 1910, 3, 301. Mais jamais le sursis ne peut dépasser la *vingt-cinquième année révolue de l'enfant*. A compter de cet âge, le droit de l'enfant majeur ne peut plus être entravé par le recours de ses parents à l'autorité judiciaire.

SECTION 5. — Dissolution du lien conjugal antérieur.

Art. 147.

273. Principe de la monogamie. Pour pouvoir se marier il faut être *libre*, c'est-à-dire célibataire, veuf ou divorcé.

Un premier mariage non dissous, même quand il est nul et tant que la nullité n'a pas été prononcée par les juges, forme un empêchement à la célébration d'un second mariage avec un nouveau conjoint. L'art. 147, en effet, ne distingue pas si le premier mariage est valable ou nul. Mais si le second mariage est néanmoins contracté, ce second mariage devient définitivement valable lorsque les époux obtiennent l'annulation du premier. Le mariage annulé, en effet, est censé n'avoir jamais existé. 

274. Seconde célébration du même mariage. Le seul objet de l'art. 147 est de consacrer la prohibition de la *bigamie*. Aucun texte ne s'oppose à ce que des époux qui ont des *raisons sérieuses* de douter de la validité de leur mariage en la forme, fassent procéder à une célébration nouvelle de leur union, sans devoir requérir au préalable l'annulation judiciaire de la première célébration. Trib. Bruxelles, 9 mars 1878, P. 1879, 3, 49; Orléans, 14 avril 1886, D. 1887, 2, 95.

SECTION 6. — Absence de parenté et d'alliance
au degré prohibé.

Art. 161 à 164.

275. **Prohibition absolue en ligne directe.** Entre *parents* ou *alliés*, *légitimes* ou *naturels*, en ligne directe, le mariage est toujours prohibé, à tous les degrés. Art. 161. Ainsi un homme ne peut pas épouser la fille que sa femme (défunte ou divorcée) aurait eue d'une autre union. Ainsi encore un fils naturel ne peut pas épouser la femme légitime de son père (défunt ou divorcé).

276. **Prohibitions en ligne collatérale.** Entre *parents* ou *alliés*, *légitimes* ou *naturels*, en ligne collatérale, le mariage est prohibé au deuxième degré. Art. 162. Il n'y a pas à distinguer entre les frères et sœurs germains et les frères et sœurs consanguins ou utérins.

Le mariage est également prohibé entre *parents légitimes* au troisième degré. Art. 163. Cette prohibition est spéciale à la parenté légitime; l'art. 163 ne mentionne pas, comme le font les art. 161 et 162, les parents naturels et les alliés à côté des parents légitimes.

La jurisprudence française interprète les expressions de l'art. 163 *oncle, tante, neveu, nièce*, comme comprenant le grand-oncle, la grand'tante, le petit-neveu, la petite-nièce. Cass. fr., 28 novembre 1877, D. 1878, 1, 209.

277. **Observation relative à la parenté naturelle.** Il est clair que la parenté et l'alliance ne constituent des empêchements de mariage qu'autant qu'elles sont régulièrement *prouvées*. Mais il y a cette particularité relativement à la parenté naturelle que le titre de la paternité et de la filiation n'admet que deux preuves de la parenté naturelle: la reconnaissance volontaire et un jugement de reconnaissance forcée. Art. 334 et suiv.

Ordinairement quand la loi parle des enfants naturels, elle ajoute les mots *légalement reconnus*. Elle ne l'a pas fait dans les art. 161 et 162, mais cette omission est indifférente, puisque le

droit commun s'applique toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé. Il faudrait un texte spécial pour déroger ici aux règles du titre VII sur la preuve de la parenté naturelle, et ce texte n'existe pas, sauf cependant le nouvel art. 341 c., al. 2. Là où la filiation n'est pas constatée légalement, on ne voit pas comment elle pourrait être invoquée pour constituer un obstacle à la célébration du mariage.

278. **Observations relatives à l'alliance.** 1^o Les empêchements de mariage dérivant de l'alliance ne se produisent qu'après que l'alliance elle-même est venue à cesser (supra n^o 38). Tant que l'alliance subsiste, il y a un autre obstacle à ce que l'un des conjoints épouse un des parents de l'autre, à savoir l'existence même du mariage qui l'empêche d'épouser qui que ce soit (supra n^o 273). Mais une fois l'alliance rompue, les empêchements déterminés par les art. 161 et 162 viennent à naître, sans qu'il y ait à distinguer si l'alliance a été dissoute par le divorce ou par le décès de l'un des époux. Seine, 12 juin 1896, D. 1896, 2, 453.

2^o Le concubinage, ne produisant pas d'alliance entre les concubins (supra n^o 35), ne peut créer des empêchements de mariage entre l'un des concubins et les parents de l'autre. Ainsi il n'y a aucun empêchement de mariage entre un homme et la fille, même légitime, de la femme avec laquelle il a vécu notoirement en concubinage et dont il a eu un enfant régulièrement reconnu par lui ainsi que par la mère. *R. trim.*, 1907, p. 798.

279. **Dispenses royales.** La prohibition du mariage peut être levée par le Roi, pour des causes graves :

1^o Entre oncle et nièce ou tante et neveu. Art. 164.

2^o Entre beau-frère et belle-sœur, mais seulement lorsque le premier mariage a été dissous par la mort de l'un des époux. Loi du 28 février 1831.

SECTION 7. — Conditions établies par des dispositions spéciales.

280. **Mainlevée d'opposition.** Le mariage contre lequel il existe une opposition ne peut avoir lieu qu'autant qu'on remet à l'officier de l'état civil la mainlevée de cette opposition. Art. 68.

281. **Délai de viduité.** La femme ne peut se remarier que dix mois après la dissolution de son précédent mariage. Art. 228 et 296. Cette prohibition a été établie principalement afin d'éviter la *turbatio sanguinis* ou *partus*, c'est-à-dire l'incertitude sur la filiation de l'enfant qui viendrait à naître pendant le second mariage, moins de trois cents jours après la dissolution du premier. Art. 312 à 315.

282. **Empêchements résultant du divorce.** Il en existe encore deux depuis le remplacement de l'art. 295 par la loi du 8 février 1906 :

1^o Dans le cas de divorce *par consentement mutuel*, aucun des époux ne peut contracter un nouveau mariage que *trois ans* après la prononciation du divorce. Art. 297.

2^o Dans le cas de divorce admis en justice *pour cause d'adultère*, l'époux coupable ne peut *jamaïs* se marier avec son complice. Art. 298. Il arrive souvent que, dans les jugements de divorce pour adultère, le complice de l'époux coupable n'est pas désigné du tout ou ne l'est que par une initiale. La loi ne limite pas les moyens d'établir l'identité du complice, en vue de l'application de l'art. 298. On peut donc corroborer les indications que contient le jugement par des constatations empruntées à la procédure civile du divorce ou à la procédure pénale du chef de l'adultère. Trib. Liège, 17 février 1894, P. 1894, 3, 349; Paris, 30 octobre 1900, P. 1901, 4, 43.

La prohibition de l'art. 298 suppose nécessairement que le divorce a été admis pour cause d'adultère, et non pour cause d'injure grave. Bruxelles, 23 janvier 1882, P. 1882, 2, 103.

283. **Empêchements résultant de l'adoption.** Renvoi à l'art. 348.

284. **Empêchements résultant du service militaire.** Les officiers de tout grade ne peuvent se marier sans l'autorisation du gouvernement. En principe, les officiers subalternes ne peuvent obtenir l'autorisation de se marier que pour autant que les futurs conjoints possèdent un revenu annuel de 1600 fr., non compris le traitement de l'officier. Des dispenses peuvent être accordées dans des cas spéciaux. Arrêté royal du 13 novembre 1908, *Moniteur*, 1908, p. 6779.

Les sous-officiers et soldats en activité de service ne peuvent se marier sans le consentement par écrit du commandant de leur corps. Art. 8 et 22 du règlement de discipline militaire du 15 mars 1815. Ils peuvent contracter mariage lorsqu'ils ont achevé leur quatrième année de service ou sont envoyés en congé illimité. Art. 88 de l'arrêté du 14 janvier 1910 coordonnant les lois sur la milice (1).

Les individus soumis aux obligations des lois sur la milice et âgés de dix-neuf à vingt-huit ans accomplis, ne peuvent être mariés que sur la production d'un certificat constatant qu'ils ont satisfait aux obligations qui leur étaient imposées. Art. 103 de l'arrêté du 14 janvier 1910.

CHAPITRE II. — DES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE (2).

SECTION 1. — Des formalités préalables à la célébration.

§ 1. — DE LA PUBLICATION.

Art. 63 à 65, 166 et suiv.

285. **En quoi consiste la publication. Son but.** Aujourd'hui la publication consiste simplement dans une *affiche* par laquelle l'officier de l'état civil fait connaître le projet de mariage et la commune où il sera célébré; l'individualité de chacun des futurs

(1) Quant aux volontaires, voir l'art. 100, litt. M, de cet arrêté.

(2) La matière des formalités du mariage en pays étranger rentre dans le cours de droit international privé.

époux ainsi que de leurs pères et mères doit y être précisée. Cette affiche est apposée un jour de dimanche à la porte de la maison communale et doit y rester pendant neuf jours au moins, depuis et non compris celui de la publication. Elle est transcrite sur un registre spécial, appelé registre aux publications de mariage. Art. 63 et 64 nouveaux.

La publication est faite par l'officier de l'état civil, sur la réquisition des futurs époux, d'après les notes et renseignements qui lui sont remis à cet effet, sans qu'il soit nécessaire de produire immédiatement les pièces constatant l'exactitude des renseignements fournis ⁽¹⁾. Avis du Conseil d'Etat du 30 mars 1808.

La publication est prescrite afin que les personnes qui ont connaissance de quelque empêchement légal puissent en aviser l'officier de l'état civil, et que les intéressés puissent exercer le droit d'opposition établi par les art. 172 et suiv.

En règle générale, il faut et il suffit que la publication soit faite dans le lieu du domicile ou de la résidence de chacun des futurs époux. Art. 166 nouveau. Cette option accordée aux futurs époux entre le lieu de leur domicile et celui de leur résidence facilite le mariage des personnes qui ont une résidence différente de leur domicile.

Toutefois lorsque le domicile ou la résidence où la publication est faite n'est pas établi d'une manière continue depuis six mois, une publication supplémentaire est indispensable dans une autre commune déterminée selon les distinctions du nouvel art. 167.

Les prescriptions de cet art. 167 s'imposent aux étrangers comme aux belges; elles règlent une question de *forme* et non de capacité. Si donc un étranger veut contracter mariage en Belgique sans y avoir ni domicile ni résidence de six mois au moins, il doit, autant que cela est possible, faire opérer la publication supplémentaire dans le pays d'où il vient. Comp. Bruxelles, 11 juin 1885, P. 1885, 2, 291; circulaire du ministre de la justice, du 29 décembre 1892.

(1) Voir toutefois l'art. 103 des lois sur la milice.

286. **Délai utile pour le mariage.** Le délai pendant lequel le mariage peut être célébré *ne commence que le dixième jour* après la publication. Art. 64 nouveau. Il faut que les dénunciations d'empêchement et les oppositions au mariage aient le temps de se produire.

Si le mariage n'est pas célébré *dans l'année*, une nouvelle publication est nécessaire; *la première est périmée*. Art. 65 nouveau. C'est que de nouveaux empêchements ont pu se produire pendant un si long retard, et que les tiers ont pu croire que le projet de mariage était abandonné.

287. **Dispense de publication.** Le nouvel art. 169 permet au procureur du Roi de dispenser les futurs époux de toute publication et de tout délai lorsqu'ils ont des *raisons graves* de contracter le mariage sans aucun retard, notamment quand l'un des futurs époux se trouve en danger de mort.

Il est évident que, selon les circonstances, le procureur du Roi peut se borner à abrégé le délai de la publication, au lieu de le supprimer entièrement. Qui peut le plus, peut le moins!

§ 2. — DES PIÈCES A REMETTRE A L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL.

288. **Justifications imposées aux futurs époux.** Les futurs doivent justifier des *conditions positives* requises pour la célébration du mariage. La loi *déroge plusieurs fois au droit commun* du titre de l'état civil pour leur faciliter cette justification.

Les futurs ne sauraient être tenus de fournir une justification quelconque en ce qui concerne les *conditions négatives*, par exemple celle de n'être pas parents au degré prohibé. Seulement quand le fait d'où résulte un empêchement de mariage est établi, c'est à eux, s'ils prétendent que l'obstacle a cessé ou a été levé, de le prouver.

L'officier de l'état civil doit refuser son ministère lorsqu'il sait, par une voie quelconque, l'existence d'un empêchement légal au mariage. Seine, 20 mars 1896, D. 1899, 2, 50.

289. **Dossier du mariage.** L'officier de l'état civil doit se faire remettre les pièces suivantes:

1^o L'acte de naissance de chacun des futurs époux. Lorsque l'un des futurs se trouve dans l'impossibilité de se le procurer, il peut le suppléer par un acte de notoriété délivré selon les règles des art. 70 à 72. B. J. 1898, col. 249. C'est là une décision de faveur pour le mariage; l'acte de naissance ne peut être remplacé par ce moyen en aucun autre cas.

2^o Les actes authentiques constatant les consentements requis par la loi, lorsque les personnes appelées à habiliter le mineur ne préfèrent pas donner leur consentement dans la cérémonie même du mariage. Art. 73.

3^o L'acte authentique ou l'écrit privé constatant le dissentiment dont il s'agit aux art. 148 et 150.

4^o L'original de la sommation respectueuse, si cet acte a dû être fait. Art. 154.

5^o Les actes ou pièces constatant le décès des ascendants dont le consentement ou le conseil serait requis s'ils étaient vivants, ou prouvant l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de manifester leur volonté. Les nouveaux art. 149, al. 2, 151, al. 2, et 155 facilitent singulièrement la preuve du décès, de l'absence ou de la démence des ascendants. D'autre part, il ne faut pas oublier que les futurs époux majeurs dont les père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, n'ont pas de consentement ni de conseil à demander à leurs aïeuls et aïeules; ils n'ont donc aucune pièce à produire quant à ces derniers.

6^o Les actes des différentes dispenses qui auraient été accordées: dispense à raison de l'âge, de la parenté ou de l'alliance, ou dispense de publication.

7^o L'acte de décès du premier conjoint ou l'acte de divorce, si l'un des futurs époux a déjà été marié.

8^o Le certificat de milice si le futur époux est âgé de dix-neuf à vingt-huit ans, ou l'autorisation de ses supérieurs s'il est au service militaire.

9^o Les certificats de publication délivrés par les officiers de l'état civil des différentes communes où la publication a dû être faite. Art. 69 nouveau.

Un avis du Conseil d'Etat du 30 mars 1808 dispense les futurs époux de faire rectifier par les tribunaux les actes de l'état civil qu'ils doivent produire avant de se marier, quand ces actes ne contiennent que de simples erreurs matérielles, sans influence sérieuse sur l'identité des personnes. C'est seulement lorsque l'irrégularité est telle qu'elle laisse subsister un véritable doute quant à l'identité entre la personne à laquelle l'acte doit s'appliquer et celle qui y est désignée, qu'il y a lieu de faire procéder au préalable à la rectification de l'acte par voie de jugement ⁽¹⁾.

SECTION 2. — De la célébration du mariage.

§ 1. — DES COMMUNES OÙ LE MARIAGE PEUT ÊTRE CÉLÉBRÉ ET DE L'OFFICIER COMPÉTENT POUR Y PROCÉDER.

Art. 165 nouveau.

290. **Communes de la célébration. Règle ordinaire.** Le droit de se marier est un de ceux dont l'exercice est *localisé*. Il importe que les gens ne se marient que là où ils sont le mieux connus.

Les art. 74 et 165 du code avaient fait naître une vive controverse. Le nouvel art. 165 l'a tranchée en disposant que le mariage peut être célébré dans l'une des communes où l'une ou l'autre des parties a eu son domicile ou sa résidence au jour de la publication qui y a été faite conformément à l'art. 63 remanié.

A ne consulter que les nouveaux textes des art. 165 et 166, les parties auraient chacune libre choix entre la commune de leur domicile et celle de leur résidence, tant pour la célébration du mariage que pour sa publication, et il pourrait ainsi se faire que le mariage serait célébré dans une commune où il n'aurait pas été publié. Mais il résulte manifestement des travaux prépa-

(1) On voit qu'il faut constituer un véritable dossier en vue du mariage, réunir des pièces nombreuses et faire des frais parfois assez considérables. Aussi le législateur est-il venu au secours des indigents par des exemptions de droits de timbre et d'enregistrement et par les dispositions spéciales de la loi du 16 août 1887.

ratoires que le législateur n'a pas entendu admettre cette conséquence logique de la rédaction qu'il a adoptée. Sa volonté bien certaine a été que le mariage ne puisse être célébré dans une commune que si la publication légale y a été faite dix jours auparavant.

291. Communes de la célébration. Règle spéciale. *En cas de dispense de publication*, le mariage peut être célébré dans l'une des communes où l'une ou l'autre des parties a son domicile ou sa résidence. Cette règle doit être entendue de la manière la plus large; il n'est pas nécessaire que le domicile ou la résidence ait eu quelque durée, ni que la résidence soit établie par les registres de la population.

La célébration du mariage ne devient donc plus impossible lorsque l'un des futurs époux tombe dangereusement malade dans une commune où la publication prescrite par la loi n'a pas été faite. Il suffit, en pareil cas, qu'on obtienne du procureur du Roi la dispense de publication que ce magistrat peut accorder sans restriction aucune.

292. Officier compétent. Durée de sa compétence. Le mariage doit être célébré par l'officier de l'état civil *de la commune et dans la commune* du domicile ou de la résidence de l'une ou l'autre des parties.

Le nouvel art. 165 envisage le domicile et la résidence des futurs époux à la date où la publication du mariage a eu lieu. D'autre part, le nouvel art. 65 dispose que la publication de mariage reste efficace pendant toute une année, à compter de l'expiration du délai établi par le nouvel art. 64. Il suit de là que l'officier de l'état civil compétent pour célébrer un mariage, à raison du domicile ou de la résidence de l'un des futurs époux à la date de la publication, conserve cette compétence pendant une *année entière*, quels que soient d'ailleurs les changements qui interviennent dans ce domicile ou cette résidence. La durée de la compétence personnelle de l'officier de l'état civil se trouve ainsi définie par la loi elle-même avec une précision mathématique.

293. **Choix du local, du jour et de l'heure.** En général, le mariage doit être célébré dans la maison communale afin que le public puisse y assister. Art. 75. On s'accorde à reconnaître que, par exception, l'officier de l'état civil peut procéder à la célébration du mariage dans une maison particulière, lorsque l'une des parties est dans l'impossibilité de se rendre à la maison communale et qu'il y a urgence. Il faut toujours d'ailleurs qu'il y ait admission du public à la cérémonie. Comp. Cass. fr., 31 mai 1900, D. 1901, 1, 205.

Le choix du jour appartient aux parties. Art. 75. La fixation de l'heure est à la convenance de l'officier de l'état civil.

§ 2. — DES FORMES DU MARIAGE.

Art. 75, 76 et 165.

294. **Publicité de la célébration.** Le mariage doit être célébré *publiquement*. Art. 165. Le public doit donc être admis à pénétrer librement dans la salle où la cérémonie a lieu.

295. **Présence des futurs époux.** Les futurs époux sont tenus de comparaître ensemble et *en personne* devant l'officier de l'état civil, sans pouvoir se faire représenter par un mandataire. Tous les textes, en effet, parlent uniquement des parties elles-mêmes et les supposent toujours présentes devant l'officier de l'état civil. L'art. 75 est décisif à lui seul.

296. **Témoins.** L'officier de l'état civil doit être assisté de deux témoins. Ces témoins doivent satisfaire aux conditions du nouvel art. 37.

297. **Célébration.** La manière dont s'opère la célébration est déterminée par l'art. 75. Régulièrement, la déclaration des parties qu'elles veulent se prendre pour mari et femme se fait verbalement, sous forme de réponse affirmative à la question qui leur est adressée par l'officier de l'état civil. Mais rien ne s'oppose à ce que le consentement des parties soit exprimé d'une autre manière. Ainsi le sourd-muet peut manifester sa volonté par écrit ou par le langage des signes.

Le rôle de l'officier de l'état civil n'est pas seulement de constater les volontés des comparants; il est encore de les déclarer unis au nom de la loi. Le mariage n'existe que par le *prononcé* de l'union par l'officier.

298. **Acte de mariage.** La rédaction de l'*acte* de mariage sur les registres de l'état civil n'est pas une des formes solennelles du mariage. L'union est opérée dès le prononcé par l'officier de l'état civil. L'acte de mariage n'est dressé que *ad probationem*, et non *ad solemnitatem*. Art. 194. Si l'une des parties venait à mourir subitement après le prononcé de l'union et avant la rédaction de l'acte, ce ne serait plus la *formation* du mariage qui serait en jeu, mais sa *dissolution*.

Les art. 69, 76, 295, al. 2, du code et l'art. II de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 indiquent les énonciations que l'acte de mariage doit contenir.

CHAPITRE III. — DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

299. **Définition.** L'opposition est un acte d'huissier, par lequel une personne ayant qualité à cet effet fait défense à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage. L'officier auquel l'opposition est notifiée ne peut célébrer le mariage tant qu'on ne lui en remet pas la mainlevée volontaire ou judiciaire, sous peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-intérêts. Art. 68.

L'opposition est tout d'abord une suprême ressource mise à la disposition des ascendants pour *retarder* un mariage qu'ils désapprouvent, encore qu'il n'en existe aucun empêchement *légal*.

L'opposition est en outre le moyen d'éviter que l'officier de l'état civil *se fasse juge* des causes d'empêchement qui lui sont signalées. Quelle que soit sa certitude personnelle que l'empêchement allégué n'existe pas, il doit surseoir à la célébration du mariage jusqu'à ce que les *tribunaux* aient prononcé sur la question.

SECTION 1. — Des personnes qui ont qualité pour former opposition.

Art. 172 à 175.

300. **Système restrictif du code.** Autrefois le droit d'opposition était ouvert à tout le monde; aucune règle ne limitait la possibilité d'entraver méchamment les mariages. Le code empêche le renouvellement des anciens abus en n'accordant le droit d'opposition qu'à *certaines personnes* limitativement déterminées, et en le restreignant même pour quelques-unes d'entre elles à *certaines cas* spécialement déterminés. Cass. fr., 21 août 1872, D. 1872, 1, 345.

Certes toute personne a la faculté de dénoncer *officieusement* à l'officier de l'état civil les empêchements de mariage dont elle peut avoir connaissance. Mais c'est alors à l'officier ainsi informé de se renseigner lui-même et d'acquérir personnellement la conviction que l'empêchement dénoncé existe en réalité ou n'existe pas. Selon les résultats de ses investigations, il procédera à la célébration du mariage, et il encourra sa *responsabilité ordinaire* (non celle de l'art. 68), ou il refusera d'y procéder, et alors les futurs époux ne pourront triompher de son refus qu'en l'attaquant en justice.

§ 1. — DES ASCENDANTS.

301. **Caractères de leur droit.** Le droit d'opposition des ascendants est illimité. L'art. 173 décide, en effet, qu'ils peuvent s'opposer au mariage de leurs descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis ⁽¹⁾, et l'art. 176 ajoute expressément qu'ils ne sont pas tenus de motiver leur acte d'opposition. Comme on l'a dit déjà, le but du législateur est de donner aux ascendants un tout dernier moyen de gagner du temps pour amener l'enfant à réfléchir. Peut-être enfin ouvrira-t-il les yeux!

(1) On sait que la loi du 30 avril 1896, pas plus que la précédente du 16 août 1887, sur la majorité matrimoniale et la sommation respectueuse, n'a *en rien* modifié les dispositions du code civil sur l'opposition au mariage.

Mais si leur droit est illimité, son efficacité peut n'être que purement provisoire. Il est essentiel de remarquer que si l'enfant se décide à intenter une demande judiciaire en mainlevée de l'opposition, il n'est pas possible que le tribunal l'en déboute, à moins que l'ascendant ne rapporte la preuve qu'il existe quelque empêchement *légal* au mariage projeté. C'est un droit pour l'enfant qui a atteint sa majorité de se marier comme il l'entend, sous la seule condition de remplir la formalité de la sommation respectueuse vis-à-vis de ses père et mère, et la justice ne peut entraver l'exercice de ce droit que dans les limites déterminées par la loi du 30 avril 1896 ⁽¹⁾. Namur, 13 février 1901, P. 1902, 3, 128; Verviers, 14 juillet 1903, J. L. 1903, p. 270; Cass. fr., 30 juin 1879, D. 1880, 1, 135.

302. Ordre hiérarchique des ascendants. Le droit d'opposition n'appartient aux ascendants que graduellement et dans l'ordre hiérarchique déterminé par l'art. 173.

C'est au *père seul* qu'il est dévolu en première ligne.

La *mère*, même si elle n'a point été consultée pour le mariage, n'a le droit d'opposition qu'à *défaut du père*, c'est-à-dire si le père est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Bruxelles, 19 juin 1899, P. 1900, 2, 105; Namur, 13 février 1901, P. 1902, 3, 128.

A *défaut du père et de la mère*, le droit d'opposition passe aux *ascendants du second degré*. Il appartient concurremment aux aïeuls de la ligne paternelle et à ceux de la ligne maternelle, car la loi n'établit pas de prééminence d'une ligne sur l'autre. Toutefois les aïeules ne doivent être reçues à l'exercer qu'à défaut d'aïeuls dans la ligne à laquelle elles appartiennent; on ne peut croire, en effet, que la loi ait voulu admettre entre l'aïeul et l'aïeule

(1) Le plus souvent, c'est la question de nullité de la sommation respectueuse qui est soulevée par les père et mère à l'appui de leur opposition. La sommation peut être nulle soit du chef d'un vice de forme, soit du chef d'un vice de fond, par exemple si l'enfant n'a agi que sous l'empire de la contrainte. Gand, 17, mai 1902, P. 1903, 2, 197.

d'une même ligne un concours qui n'est pas établi entre les ascendants du premier degré, les père et mère.

A défaut d'ascendants du second degré, le droit passe aux bisaïeuls et bisaïeules.

303. **Père et mère naturels.** L'art. 173 ne distingue pas entre les père et mère légitimes et les père et mère naturels.

§ 2. — DU CONJOINT ET DE QUELQUES COLLATÉRAUX.

304. **Conjoint.** L'art. 172 accorde le droit d'opposition à la personne *engagée par mariage* avec l'une des deux parties contractantes. C'est le moyen, pour cette personne, de défendre son titre d'époux et de prévenir le crime de bigamie.

Aucun texte ni aucun principe ne permet de reconnaître qualité à l'*époux divorcé* pour former opposition au mariage de son ex-conjoint avec le complice de l'adultère qui a été la cause du divorce (art. 298). Sa seule ressource en ce cas est de recourir à l'*avis officiel* dont il a été parlé ci-dessus ou de provoquer l'action du *ministère public* dont il sera question ci-après. Cass. fr., 14 avril 1902, D. 1903, 1, 380. Comp. D. 1903, 2, 277, note 2.

305. **Collatéraux.** L'art. 174 accorde le droit d'opposition à quelques collatéraux: les *frères et sœurs*, les *oncles et tantes*, *cousins et cousines germains*. Les collatéraux autres que ceux désignés par l'art. 174 n'ont jamais le droit d'opposition. Ceux que cet article désigne ne l'ont que *lorsque tous les ascendants sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté*, et ils ne peuvent l'exercer que pour faire valoir *deux empêchements de mariage*:

1^o Celui qui résulte du défaut de consentement du conseil de famille, dans le cas prévu par l'art. 160. On ne comprend guère l'utilité qu'une opposition ainsi motivée peut présenter, puisqu'elle n'apprend à l'officier de l'état civil que ce qu'il sait déjà, la minorité du futur époux, et partant son incapacité, se trouvant révélée par son acte de naissance qui doit figurer au dossier du mariage.

2° Celui qui résulte de l'état de démence; encore, dans ce cas, l'opposition ne peut-elle être maintenue, si le futur époux en demande la mainlevée à la justice, qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai fixé par le tribunal. Les juges sont même autorisés, quand l'allégation de démence leur paraît manifestement dénuée de fondement, à donner immédiatement mainlevée pure et simple de l'opposition. Bruxelles, 31 octobre 1905, B. J. 1906, col. 259.

Les frères et sœurs, les oncles et tantes, les cousins et cousines germains ont tous un *droit égal*; l'art. 174 n'établit entre eux aucun ordre hiérarchique.

306. **Tuteur ou curateur.** On se demande de quel tuteur ou curateur il est question à l'art. 175. La loi venant de parler des *collatéraux majeurs* dans l'art. 174, et l'art. 175 commençant par un renvoi aux *deux cas prévus par le précédent article*, il est tout naturel de penser que ce tuteur ou curateur est celui d'un *collatéral mineur*, au nom duquel il exerce le droit d'opposition pendant sa minorité. Et c'est ainsi que Maleville, un des rédacteurs du code et son premier commentateur, comprenait cette disposition. Mais l'examen des travaux préparatoires montre que, dans la pensée du Tribunal, il s'agissait là du tuteur ou curateur *de l'un des futurs époux*. Cette interprétation que tous les auteurs adoptent par un respect exagéré de l'autorité des travaux préparatoires du code, aboutit à faire de l'art. 175, pour le second cas d'opposition prévu ci-dessus, une véritable énigme que personne encore n'est parvenu à déchiffrer.

§ 3. — DU MINISTÈRE PUBLIC.

307. **Application de la loi d'organisation judiciaire.** Le code civil ne parle pas du ministère public dans la matière du droit d'opposition. Mais l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire statue que le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois dont les dispositions intéressent l'ordre public. C'est en vertu de ce texte fondamental que le ministère public peut exercer le droit d'opposition toutes les fois qu'il

existe un empêchement de mariage, dirimant ou prohibitif, fondé sur une disposition d'*intérêt général*. Le droit d'opposition lui manque lorsqu'il ne s'agit que d'un empêchement d'*ordre privé*, comme celui qui résulte du défaut de consentement des ascendants ou de la famille. Grenoble, 14 janvier 1889, D. 1890, 2. 193.



SECTION 2. — Des formalités de l'opposition.

Art. 66, 67 et 176.

308. **Règles du droit commun.** L'opposition ne peut être faite que par ministère d'*huissier*. Il est en effet de principe, en procédure civile, que l'*huissier* est le seul officier public compétent pour toutes les sommations et significations extrajudiciaires aussi bien que judiciaires. L'acte d'opposition est dès lors soumis aux règles ordinaires des actes d'*huissier*, telles quelles sont déterminées et sanctionnées par le code de procédure civile.

L'opposition doit être *signifiée*, c'est-à-dire que l'*huissier* doit en donner copie, conformément au droit commun de la procédure civile, aux *parties*, c'est-à-dire aux futurs époux, et à l'*officier de l'état civil* de la commune où, d'après l'acte de publication, le mariage doit être célébré. Art. 66 nouveau.

309. **Règles spéciales.** En vertu des règles spéciales du code civil, l'acte d'opposition doit contenir, sous peine de nullité :

1^o L'énonciation de la *qualité* en vertu de laquelle le requérant prétend avoir le droit de former opposition au mariage. Art. 176.

2^o L'indication des *motifs* sur lesquels l'opposition est fondée, à moins qu'elle n'émane d'un ascendant. Art. 176.

Ces deux conditions sont exigées afin qu'on puisse savoir, à la seule inspection de l'acte, si l'opposition est légale.

3^o *Election de domicile*, par l'opposant, dans la commune où le mariage doit être célébré. Art. 176. Cette élection de domicile est imposée dans l'intérêt *exclusif* du futur époux contre lequel l'opposition est dirigée, afin de lui faciliter l'exercice de l'action en mainlevée. Liège, 29 juillet 1886, P. 1886, 2, 367.

4^o La *signature* de l'opposant ou de son mandataire, tant sur l'original que sur chacune des copies de l'exploit. Art. 66. Cette signature est insolite, les actes d'huissiers ne devant pas être signés par les requérants. Par cette exigence la loi a voulu décourager les opposants qui se présenteraient sous un nom d'emprunt; en les forçant à signer, elle les place dans l'alternative de commettre un faux punissable ou d'avouer leur supercherie. Cette signature est de la *substance* même de l'acte d'opposition; aussi faut-il décider, malgré le silence de l'art. 66, qu'elle est requise à peine de nullité.

L'opposant qui ne saurait ou ne pourrait signer devrait nécessairement se faire remplacer par un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique.

SECTION 3. — Des effets de l'opposition.

Art. 68.

310. **Opposition régulière.** L'effet d'une opposition régulière est de mettre obstacle à la célébration du mariage. Émanée d'un ascendant, elle peut n'être pas motivée; peu importe dès lors le motif qui s'y trouverait indiqué. Émanée d'une autre personne, l'officier de l'état civil n'est pas juge de la qualité légale que l'opposant y a prise ni du motif légal qu'il y a indiqué; c'est le tribunal qui statuera. Art. 68.

L'opposition, *par elle-même* et indépendamment du motif sur lequel elle se fonde, ne constitue qu'un *empêchement simplement prohibitif*. Les art. 180 et suiv., en effet, ne comprennent point la contravention à l'art. 68 parmi les causes de nullité du mariage. Le mariage une fois célébré, on ne se préoccupe plus de savoir, pour apprécier sa validité, s'il a été ou non contracté au mépris d'une opposition; on examine uniquement s'il existait quelque empêchement dirimant.

311. **Opposition irrégulière.** L'officier de l'état civil doit-il suspendre la célébration du mariage du moment qu'il existe une opposition quelconque par ministère d'huissier? Les auteurs

enseignent généralement que l'officier de l'état civil peut passer outre lorsque l'opposition révèle elle-même qu'elle émane d'une personne sans qualité, ou d'une personne ayant qualité mais agissant en dehors des cas où la loi l'autorise à le faire, ou encore lorsqu'une formalité substantielle ou prescrite à peine de nullité par le code civil n'a pas été observée. En réglementant minutieusement la matière de l'opposition, le législateur a voulu évidemment couper court aux oppositions vexatoires, si communes autrefois; or, pour que ce but de la loi soit atteint, il faut que l'officier de l'état civil ne soit pas obligé de tenir compte d'une opposition quelconque; autrement le législateur aurait détruit d'une main le système qu'il venait d'établir de l'autre. A quoi bon refuser à un enfant le droit de former opposition au mariage de son père, si cet enfant peut, au moyen d'une opposition illégalement formée, arriver au même résultat que si la loi lui permettait d'agir, c'est-à-dire retarder le mariage de son père jusqu'à décision de justice?

Cette interprétation laisse d'ailleurs intact le principe que les nullités comminées *par le code de procédure civile* ne sont pas encourues de plein droit, à moins d'un texte contraire (art. 173 c. proc.); l'officier de l'état civil ne peut jamais méconnaître une opposition dont la nullité dérive uniquement de la violation des formes de procédure prescrites pour les significations.

SECTION 4. — De la mainlevée de l'opposition.

Art. 177 à 179.

312. **Deux espèces de mainlevée.** La mainlevée est le retrait de l'opposition. Elle peut être consentie *volontairement* par l'opposant ou prononcée par la *justice*.

Le code n'a pas réglé la forme de la mainlevée volontaire. Il est reçu que l'officier de l'état civil peut exiger qu'elle soit donnée par acte authentique, de même qu'elle a été faite par un acte de cette nature.

313. **Mainlevée judiciaire.** A défaut de désistement volontaire de la part de l'opposant, le *futur époux* contre lequel l'opposition a été dirigée peut en demander la mainlevée à la justice. Comp. Bruxelles, 30 octobre 1876, sous cass., 19 juillet 1877, P. 1877, 1, 353. Il forme son action contre l'opposant.

La loi veut que l'action en mainlevée soit jugée avec la plus grande célérité. Art. 177 et 178. L'opposant a cependant un moyen facile de traîner l'affaire en longueur: c'est de se laisser condamner par défaut en première instance, puis en appel.

Trois questions peuvent être débattues dans l'instance en mainlevée: la nullité de l'opposition pour vice de forme, le défaut de qualité dans la personne de l'opposant, le non-fondement de l'opposition.

Au point de vue du fardeau de la preuve, c'est l'opposant qui est le véritable demandeur dans le procès; c'est donc à lui de justifier du bien fondé de l'opposition, s'il veut qu'elle soit maintenue. La mainlevée doit être accordée par la justice, dès lors qu'il ne fournit la preuve d'aucun empêchement légal au mariage.

Si l'opposition est rejetée, les opposants, *autres néanmoins que les ascendants*, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts. Art. 179.

Rien n'empêche la personne dont l'opposition a été *annulée* pour un vice de forme, de la renouveler au moyen d'un acte régulier. Au contraire, la personne dont l'opposition a été *rejetée* pour défaut de qualité ou comme mal fondée, ne peut pas en former une nouvelle; les principes sur l'autorité de la chose jugée s'y opposent.

Il résulte de la combinaison de notre art. 68 avec l'art. 548 c. proc. que l'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage que lorsque le jugement qui a prononcé la mainlevée n'est plus susceptible des voies *ordinaires* de recours établies par le code de procédure. Cass., 19 février 1872, P. 1872, 1, 131.

314. **Effet de la mainlevée.** L'acte ou le jugement de mainlevée n'a d'autre effet que de lever l'obstacle que l'opposition

avait apporté à la célébration du mariage. Aussi nous paraît-il évident que si, nonobstant la mainlevée, l'officier de l'état civil était instruit de l'existence de quelque empêchement légal, il devrait refuser de procéder à la célébration. Les parties auraient alors à l'attirer en justice pour y discuter les raisons de son refus. Ce cas s'est présenté plusieurs fois à la suite de la mainlevée de l'opposition; l'officier a refusé avec raison de célébrer le mariage que l'époux divorcé voulait contracter avec le complice de son adultère, et auquel l'ex-conjoint avait fait vainement opposition (supra nos 282 et 288).

CHAPITRE IV. — DE L'INEXISTENCE ET DE L'ANNULABILITÉ DU MARIAGE.

315. Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité.

Le mariage peut être valable, annulable ou inexistant.

Le mariage inexistant est celui qui a manqué d'un élément essentiel à son existence même, et qui dès lors n'a pas pu se former. Un pareil mariage est une simple apparence sans réalité.

Le mariage annulable est celui qui a été entaché d'un des vices déterminés par les art. 180 et suiv., et qui dès lors ne s'est formé qu'imparfaitement. Un pareil mariage existe, mais son existence est précaire; il peut être infirmé par la justice.

SECTION 1. — Des mariages inexistants.

316. **Observation préliminaire.** Dans le chapitre des demandes en nullité de mariage, le code s'occupe exclusivement des mariages simplement annulables; il laisse entièrement de côté les mariages inexistants.

Serait-ce à dire que la théorie des mariages inexistants est une conception arbitraire des interprètes du code civil? Assurément non! L'art. 146 en est la base nette et précise; il faut torturer ce texte pour le rattacher à l'hypothèse des *simples vices du consentement* ou à celle de l'*incapacité juridique de consentir*.

La théorie des mariages inexistants est d'ailleurs la seule qui permette de donner satisfaction à la conscience publique en cas de mariage entre personnes qui ne sont pas de sexe différent; aucun texte n'en prononce la nullité; il est cependant impossible d'admettre qu'un tel mariage produise des effets.

La jurisprudence, tant en Belgique qu'en France, répugne à consacrer la théorie des mariages inexistants dans l'hypothèse la plus pratique, celle du défaut absolu de consentement. Les arrêts sont très faiblement motivés; on y rencontre des confusions étranges et des méprises évidentes, même dans ceux qui semblent faire une part à la doctrine de l'inexistence. Cass., 21 février 1895, P. 1895, 1, 109; Gand, 2 juin 1902, P. 1903, 2, 8; Cass. fr., 9 novembre 1887, D. 1888, 1, 161. La plupart des arrêts font violence aux textes, si différents, des art. 146 et 180 pour voir entre eux une corrélation telle que le défaut absolu de consentement et les vices du consentement se confondraient dans une seule et même hypothèse; l'art. 180 ne serait que le développement et la conséquence de l'art. 146!

La vérité est que la jurisprudence s'est écartée du texte précis de l'art. 146, à raison des résultats funestes que la théorie de l'inexistence du mariage engendre dans son application au mariage d'un individu qui se trouvait en état de démence au moment de la célébration. *Toute personne* pourrait à toute époque demander à faire la preuve du défaut absolu de consentement pour opposer l'inexistence du mariage, et *aucune fin de non-recevoir* déduite d'une confirmation quelconque, expresse ou tacite, ne pourrait lui être opposée. Bastia, 8 février 1888, D. 1888, 2, 317; conclusions du Ministère public, B. J. 1894, col. 344.

317. Causes d'inexistence. Les causes d'inexistence du mariage ressortent de la définition même de cet acte juridique; elles sont au nombre de trois seulement: l'identité de sexe, le défaut de consentement, le défaut de solennité.

1^o Identité de sexe. On ne comprend un mariage qu'entre deux personnes de sexe différent: «L'officier recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre

pour *mari* et *femme*.» Art. 75. L'identité de sexe ou le défaut de sexe déterminé chez l'un des prétendus époux empêche donc le mariage d'exister.

2^o *Défaut absolu de consentement*. Le mariage est un contrat et un contrat ne peut se former que par le consentement des parties: « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » Art. 146. Si donc l'une des parties se trouve dans un état mental qui l'empêche *absolument* de consentir, d'avoir une volonté, il ne peut y avoir qu'un simulacre de mariage, une apparence sans réalité.

Le cas où le consentement fait absolument défaut ne doit pas être confondu avec celui où le consentement existe, mais se trouve infecté de certains vices. Le premier est régi par l'art. 146; le second est régi par les art. 180 et 181.

3^o *Défaut de solennité*. Tout le monde convient qu'il n'y a pas de mariage, aux yeux de la loi, lorsque le consentement des parties, au lieu d'être exprimé devant un officier de l'état civil, l'a été devant toute autre personne. Le mariage est un contrat solennel, le plus solennel de tous. Art. 75.

La solennité essentielle du mariage consiste dans la manifestation du consentement des parties devant un officier de l'état civil et le prononcé de leur union au nom de la loi par cet officier. Les autres formalités prescrites le sont *tout au plus* à peine de nullité du mariage; il en est ainsi notamment de la publicité de la célébration et de la compétence de l'officier de l'état civil. Art. 191.

SECTION 2. — Des mariages annulables.

§ 1. — PRINCIPES FONDAMENTAUX.

318. **Point de nullités de plein droit.** Le mariage frappé de nullité par la loi a néanmoins l'existence juridique et produit provisoirement tous les effets d'un mariage valable. Pour le faire tomber et le faire considérer comme n'ayant jamais existé, il faut former une demande en justice et obtenir un jugement d'annulation. Gand, 12 juillet 1877, P. 1878, 2, 34.

Ce principe que toute nullité de mariage, même absolue, n'opère qu'après qu'elle a été prononcée par la justice, résulte clairement de l'ensemble des dispositions de notre titre. On ne trouve aucun texte dont les termes ressemblent à ceux des articles du titre des obligations sur lesquels les auteurs ont construit la théorie des nullités de plein droit.

319. Point de nullités virtuelles. Pour qu'un mariage soit annulable, il ne suffit pas qu'il ait été contracté en violation d'une disposition prohibitive de la loi, il faut nécessairement qu'une disposition formelle de nos art. 180 et suiv. en autorise l'annulation pour ce motif. Cass., 21 mars 1910, P. 1910, 1, 155. C'est là un principe spécial à la matière du mariage: à la différence des autres matières, la *formule prohibitive* employée par les textes relatifs au mariage n'est jamais *irritante*, c'est-à-dire ne suffit jamais pour faire admettre la nullité. Il faut rejeter tout moyen de nullité qui n'est pas prévu et réglé dans le chapitre IV de notre titre. Ce principe est fondé en droit positif et en raison:

1° *En droit positif.* Il résulte manifestement de l'économie même de notre titre. Le législateur a consacré un chapitre particulier à chacune de ces matières: conditions de fond, conditions de forme, oppositions, demandes en nullité. En indiquant dans un chapitre tout spécial quelles sont les personnes qui peuvent attaquer un mariage et dans quels cas, il donne très clairement à entendre qu'il ne saurait être attaqué par d'autres personnes ni dans d'autres cas. Toutes les causes de nullité qu'il a voulu établir y sont réglementées; ce serait méconnaître sa pensée que d'en admettre d'autres.

2° *En raison.* L'annulation d'un mariage produit des conséquences si graves que, dans bien des cas, il vaut mieux maintenir une union illégale que de l'annuler. Sans doute, il importe toujours que le législateur assure le respect de ses prescriptions, mais la loi civile peut se trouver sanctionnée d'une manière efficace, en matière de mariage, sans que la sanction consiste toujours et nécessairement dans la nullité. N'y a-t-il pas toujours la responsabilité *disciplinaire* de l'officier de l'état civil? N'y a-t-il pas,

dans nombre de cas, la responsabilité *pénale* de cet officier et des parties elles-mêmes (art. 68, 156, 157, 192 et 193 c. c.; 264 et 265 c. pén.; 103 des lois sur la milice)?

La jurisprudence a consacré cette interprétation. Elle a refusé d'annuler les mariages contractés au mépris:

De la disposition de l'art. 63. Bruxelles, 30 novembre 1907, P. 1908, 2, 44; *R. trim.*, 1909, p. 130;

De la prohibition de l'art. 68. Douai, 28 décembre 1908, D. 1909, 2, 102;

De la prohibition de l'art. 296. Cass., 2 juin 1903, P. 1903, 1, 269;

De la prohibition de l'art. 298. Gand, 21 avril 1888, P. 1888, 2, 386; Paris, 3 mars 1897, P. 1897, 4, 81;

Du sursis judiciaire imposé en vertu du nouvel art. 152. Trib. Bruxelles, 26 mars 1898, P. 1898, 3, 169; *R. droit belge*, 1910, p. 419.

320. Division des causes de nullité. Leurs caractères.

Les différentes nullités que le code édicte en matière de mariage se divisent en deux classes: les nullités absolues, qui sont basées sur des raisons d'ordre public, et les nullités relatives, qui sont déterminées par de simples considérations d'intérêt individuel. Le code s'occupe des nullités relatives aux art. 180 à 183, et des nullités absolues aux art. 184 à 193. note

Les nullités absolues ont trois caractères distinctifs: elles peuvent être invoquées par *tout intéressé* et par le ministère public; elles [^] sont irréparables; elles sont *perpétuelles*, sauf l'exception établie par l'art. 185.

Les nullités relatives présentent les trois caractères opposés: elles ne peuvent être invoquées que par *certaines personnes* limitativement déterminées; elles sont susceptibles d'être couvertes au moyen de la confirmation; elles peuvent *s'éteindre* par la prescription ordinaire. x

L'action en nullité relative est *exclusivement attachée à la personne* de ceux à qui elle est accordée par la loi; elle ne peut être exercée par leurs créanciers, et elle ne se transmet point à

leurs héritiers. Les droits de famille sont, en effet, tout à fait en dehors du patrimoine, et échappent dès lors à la règle de l'art. 1166 et à celle de la transmission héréditaire. Trib. Toulouse, 24 février 1879, D. 1879, 3, 64.

§ 2. — DES NULLITÉS RELATIVES.

321. **Enumération.** Les deux seules causes de nullité relatives sont : les vices du consentement donné par les époux ou par l'un d'eux, et le défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille.

1. — *Des vices du consentement des époux.*

Art. 180 et 181.

322. **Exclusion du dol.** Aux termes de l'art. 180, les seuls vices du consentement qui soient de nature à entraîner l'annulation du mariage sont la *violence* et l'*erreur dans la personne*. Le *dol par lui-même*, indépendamment de l'erreur qu'il peut avoir produite, n'est jamais une cause de nullité de mariage. *En mariage trompe qui peut*, disait Loysel.

Admettre le dol comme un vice du consentement dans le mariage, ç'aurait été ouvrir la carrière à des interprétations extrêmement périlleuses, ç'aurait été exposer à des attaques fréquentes le contrat qui doit être le plus stable de tous.

323. **Violence.** L'art. 180 se borne à fixer le principe que la violence constitue un vice du consentement de nature à entraîner la nullité du mariage, sans déterminer aucunement les *caractères* qu'elle doit présenter pour cela. Il s'en réfère ainsi purement et simplement à la théorie écrite dans les art. 1111 et suiv., pour les contrats en général. Nous déciderons, en conséquence, avec l'art. 1114, que la seule crainte révérentielle envers les parents ne constitue pas un vice du consentement, mais aussi, avec l'art. 1111, que la violence, caractérisée selon l'art. 1112, vicie toujours le mariage, quelle que soit la personne par laquelle elle a été exercée.

324. **Erreur.** L'art. 180 n'admet qu'une seule espèce d'erreur comme cause de nullité: l'erreur dans la personne, c'est-à-dire celle qui porte sur l'identité même de la personne épousée. Il est puéril d'envisager l'hypothèse de l'erreur sur l'identité physique, qui ne s'est jamais rencontrée dans la pratique. Il ne faut étudier que l'erreur sur l'identité civile, qui se produit quelquefois.

Il y a erreur sur l'identité civile lorsque l'un des époux s'est fait agréer en s'attribuant le nom et l'état civil d'une autre personne, ou même un nom et un état purement imaginaires. La personne épousée est bien physiquement celle que l'autre époux avait en vue lorsqu'il a exprimé son consentement, mais ce n'est pas civilement celle avec laquelle il voulait contracter mariage. Trib. Liège, 6 février 1897, P. 1897, 3, 90; Paris, 12 mars 1903, D. 1903, 2, 191.

L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle porte sur l'individualité tout entière de la personne épousée et a ainsi pour résultat que l'une des parties se trouve mariée avec une personne autre que celle à laquelle elle croyait s'unir. L'erreur qui ne porte que sur une ou plusieurs des qualités physiques, civiles ou morales de la personne est sans influence sur la validité du mariage. Une femme a épousé un homme frappé d'impuissance, un époux découvre que celui auquel il est uni a encouru avant son mariage une condamnation criminelle, une catholique fervente a épousé par erreur un prêtre apostat; il n'y a dans aucun de ces cas ouverture à l'action en nullité. Cette interprétation rigoureuse des termes *erreur dans la personne* de l'art. 180 est en harmonie avec la tradition juridique et avec l'esprit restrictif du code dans la matière des nullités de mariage. L'erreur sur les qualités ne suffit pas à invalider le consentement, alors même qu'elle a été produite par des *manœuvres frauduleuses*. On conçoit très bien que le législateur n'ait pas cru devoir, pour subvenir à des infortunes individuelles, compromettre l'intérêt supérieur de la stabilité du mariage. Trib. Bruxelles, 31 mars 1888, P. 1888, 3, 233; Cass. fr., 6 avril 1903, D. 1904, 1, 395; R. trim., 1908, p. 97.

325. **Personnes ayant l'action en nullité.** L'action en nullité n'appartient qu'à *une seule personne* : l'époux dont le consentement a été vicié par la violence ou l'erreur. C'est lui seul que la loi veut protéger. Art. 180.

326. **Comment la nullité peut se couvrir.** La nullité se couvre par une *cohabitation continue pendant six mois* depuis la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur. Art. 181. En exigeant, pour qu'il y ait confirmation, que la vie commune se soit prolongée pendant six mois, le législateur a voulu éviter toute incertitude sur la volonté de l'époux et lui donner le temps de réfléchir.

Le code n'admet aucun autre mode de confirmation tacite.

327. **Observation.** On sait que la jurisprudence applique les art. 180 et 181 non seulement au cas où il y a eu vice de consentement, mais aussi au cas où il y a eu défaut total de consentement (supra n° 316). Le mariage purement apparent, à raison de l'absence de consentement, ne pourrait donc être attaqué que par l'époux dont le consentement a fait défaut, et seulement dans le délai fixé par l'art. 181.

II. — *Du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille.*

Art. 182 et 183.

328. **Cas où il y a nullité.** L'art. 182 n'ouvre l'action en nullité contre le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, que *dans le cas où ce consentement était nécessaire*. Le mariage d'un enfant *majeur* n'est donc jamais annulable du chef de défaut de consentement de ses parents.

Le mariage contracté par un enfant mineur avec le seul consentement de son père, sans que sa mère ait été consultée, est néanmoins valable, car le consentement de la mère n'est pas vraiment *nécessaire* lorsque le père est vivant et en état de manifester sa volonté. Il suffit, en effet, dans ce cas, d'une simple formalité pour vaincre le refus de la mère.

L'art. 182 ne prévoit pas l'hypothèse du mariage contracté par un enfant naturel sans le consentement du tuteur *ad hoc* qui doit lui être nommé dans le cas prévu par l'art. 159. C'est là un oubli du législateur; il a négligé de sanctionner l'incapacité de ce mineur. La conséquence nécessaire de cet oubli est que le mariage est inattaquable.

329. Personnes ayant l'action en nullité. L'action en nullité n'appartient qu'aux *ascendants ou au conseil de famille* dont le consentement était nécessaire et à *celui des deux époux* qui avait besoin de ce consentement. La nullité n'est introduite que dans l'intérêt des ascendants ou du conseil de famille dont l'autorité a été méconnue, et dans l'intérêt de l'enfant mineur qui a manqué de la protection que la loi avait voulu lui accorder. Art. 182.

Pour déterminer les ascendants qui peuvent agir en nullité, il faut se reporter *au jour du mariage*, et rechercher ceux dont l'enfant mineur *aurait dû obtenir le consentement*. Ce sont les seuls qui aient le droit d'exercer l'action; les autres n'ont point qualité pour agir.

Aucun texte ne décide que l'action en nullité qui appartient au père *passe* à la mère et, à défaut de celle-ci, aux aïeuls et aïeules, lorsque le père, qui était vivant et capable au moment du mariage, meurt ou devient incapable avant de l'avoir confirmé et étant encore dans le délai utile pour en demander la nullité.

330. Comment la nullité peut se couvrir. Elle peut se couvrir d'une manière absolue ou seulement relative. Art. 183.

La nullité se couvre d'une manière absolue par *toute confirmation expresse ou tacite* des parents dont le consentement était nécessaire. La confirmation tacite résulte de toute manière d'agir des parents envers les époux, impliquant de leur part une approbation du mariage et par suite une renonciation à l'action en nullité. Elle résulte également du *silence gardé par eux durant une année* à compter du jour où ils ont eu connaissance du fait du mariage; l'art. 183 voit dans leur inaction pendant ce délai une renonciation au droit d'agir en nullité.

La confirmation des parents a un effet *absolu*; la nullité se trouve couverte non seulement par rapport aux parents eux-mêmes, mais encore par rapport à l'époux qui avait besoin de leur consentement et qui avait peut-être déjà intenté l'action en nullité. Paris, 1^{er} février 1894, D. 1894, 2, 456.

La nullité se couvre, mais seulement d'une manière *relative* à l'époux qui se trouvait incapable, par l'écoulement d'une *année sans réclamation de sa part* depuis l'époque où il a atteint sa majorité, c'est-à-dire l'âge compétent pour consentir seul à son mariage. C'est le seul mode de confirmation tacite que l'art. 183 admette pour l'époux; il n'a d'effet qu'à son égard, il n'en a point à l'égard de ses ascendants.

Le terme *réclamation* qui se trouve employé deux fois dans l'art. 183, y désigne l'assignation en justice. Trib. Bruxelles, 4 juillet 1896, P. 1896, 3, 287.

331. **Observation.** Ni la mort de l'un des époux, ni l'arrivée à la majorité de celui qui se trouvait incapable, ne sont par elles-mêmes des obstacles à l'exercice de l'action en nullité. Au cas de mort, l'intérêt de l'action en nullité est d'effacer les effets que le mariage a produits pendant sa durée. Bruxelles, 30 juillet 1887, P. 1888, 2, 97.

Il est cependant à remarquer que le conseil de famille cesse légalement d'exister du jour de la mort ou de la majorité du mineur. L'action qui compète au conseil de famille s'éteint alors avec lui.

§ 3. — DES NULLITÉS ABSOLUES.

Art. 184 à 193.

332. **Enumération.** Les causes de nullité absolue touchent les unes au *fond* même du mariage, les autres à sa *forme*. Les premières sont: l'impuberté, la bigamie et l'inceste; les secondes sont: la clandestinité et l'incompétence de l'officier de l'état civil.

I. — *Règles propres à chaque nullité.*

333. **Impuberté.** L'art. 185 déroge au principe que les nullités absolues ne sont pas susceptibles de se couvrir; il décide que le mariage contracté par un impubère ne peut plus être attaqué *par personne*: 1^o lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux impubères ont atteint l'âge de la puberté légale; 2^o lorsque la femme impubère, mariée à un époux pubère, devient enceinte avant le jour de sa puberté légale ou dans les six mois qui suivent.

L'art. 186 prive les *ascendants* et le *conseil de famille* du droit d'invoquer la nullité résultant du défaut d'impuberté, lorsqu'ils ont donné leur consentement au mariage. Cette privation est *spéciale* à la nullité résultant de l'impuberté; les ascendants et le conseil de famille ont le droit d'invoquer les autres nullités absolues, encore qu'ils aient consenti au mariage.

334. **Bigamie.** La bigamie suppose l'existence juridique d'un premier mariage. D'autre part, l'annulation d'un mariage entaché d'une nullité quelconque opère avec effet rétroactif. De là la disposition de l'art. 189 qui implique que le second mariage est exempt du vice de bigamie lorsque le premier est considéré *comme ayant été non avenu* par suite de la sentence d'annulation dont il est frappé.

C'est la seule particularité du vice de bigamie. La cause de nullité subsiste même *après la mort* de l'un des nouveaux époux ou après celle du premier conjoint de l'époux bigame.

La difficulté relative à la bigamie, au cas d'absence du premier conjoint, a déjà été signalée (nos 236 et 237).

335. **Inceste.** L'inceste est le vice qui atteint un mariage contracté entre parents ou alliés au degré prohibé par les art. 161, 162 et 163. Il est clair que l'annulation ne peut être obtenue qu'autant que la parenté ou l'alliance est *légalement prouvée*. Cela est à observer surtout à l'égard de la parenté naturelle, dont les modes de preuve sont très limités par les art. 334 à 342. Mais il est indifférent que la *reconnaissance* de la parenté naturelle

ait été antérieure ou postérieure à la célébration du mariage incriminé.

Des dispenses de parenté ou d'alliance obtenues après la célébration du mariage seraient inopérantes; la cause de nullité subsisterait néanmoins, en vertu du principe que les nullités absolues sont irréparables.

La parenté fictive qui résulte de l'adoption n'est pas une cause de nullité, puisque l'art. 348 n'est pas mentionné dans notre chapitre des demandes en nullité de mariage.

336. **Clandestinité.** La clandestinité est le vice qui atteint le mariage qui n'est *point contracté publiquement*. Art. 191.

La publicité du mariage est un *fait complexe* qui se compose de divers éléments: la publication, l'intervalle qui doit la séparer de la célébration, le fait de la célébration à la maison communale, l'admission du public, la présence de deux témoins. Il se peut que l'un de ces éléments ait fait défaut et que cependant le mariage ait reçu toute la publicité désirable, qu'il n'ait été nullement clandestin. Aussi les juges jouissent-ils ici d'un *pouvoir discrétionnaire absolu*. Art. 193. Cass., 24 janvier 1887, P. 1887, 1, 53; Paris, 3 mars 1897, P. 1897, 4, 81. En général, ils en font un très large usage pour maintenir le mariage attaqué lorsque les époux ont agi de bonne foi et qu'aucune condition de fond ne faisait défaut. Cela est sage, car en définitive les règles de forme ne sont établies que pour assurer le respect des règles de fond!

Il ne faut pas confondre le mariage contracté clandestinement avec le mariage *tenu secret*. Le mariage tenu secret peut avoir été contracté avec toute la publicité nécessaire. Le code n'attache aucune déchéance au secret dont il plaît aux époux d'entourer leur union. Mais ils n'ont aucun intérêt légitime à cacher leur mariage, et s'il en résulte un préjudice pour les tiers, ils seront tenus de les indemniser, en vertu du principe de l'art. 1382.

337. **Incompétence de l'officier.** L'incompétence de l'officier de l'état civil peut avoir été *territoriale* ou simplement *personnelle* (supra n° 292). L'art. 191 ne fait point de distinction entre ces deux cas.

X Les juges saisis d'une demande en nullité fondée sur l'incompétence de l'officier sont investis du même *pouvoir discrétionnaire* qu'au cas d'action fondée sur la clandestinité. L'art. 193 qui leur reconnaît ce pouvoir parle, en effet, de toute contravention aux règles tracées par l'art. 165, et les règles contenues dans cet article sont relatives à la fois à la publicité du mariage et à la compétence de l'officier de l'état civil. L'assimilation établie sous ce rapport entre les deux causes de nullité s'explique parfaitement si l'on observe que les règles sur la compétence de l'officier de l'état civil se rattachent étroitement au système de publicité établi par le code; elles lui assurent toute son efficacité. Or ne peut-il pas arriver que la célébration par un officier incompétent *ratione personæ vel loci* n'ait porté qu'une atteinte très légère à la publicité du mariage? Il convient donc que les juges puissent tenir compte des circonstances dans lesquelles la contravention à la loi a eu lieu et des conséquences qu'elle a produites.

II. — *Personnes qui ont l'action en nullité.*

338. **Principe.** Les art. 184 et 191 déterminent les personnes qui ont le droit de provoquer l'annulation d'un mariage entaché d'une nullité absolue; le premier est relatif aux vices de fond, le second aux vices de forme. Ils décident l'un et l'autre que l'action en nullité appartient à *toute personne intéressée*, ainsi qu'au *ministère public*.

339. **Intérêt moral reconnu par la loi.** Les personnes qui, aux yeux de la loi, ont *toujours un intérêt moral suffisant* pour réclamer l'annulation du mariage, sont les époux eux-mêmes, leurs ascendants, leur conseil de famille, et le premier conjoint de l'époux bigame.

1^o *Les époux eux-mêmes.* Le coupable comme l'innocent, car les art. 184 et 191 ne distinguent point; et cela est rationnel, car nul ne peut être tenu de persister dans l'accomplissement d'un fait illicite.

2° *Les ascendants de l'un ou l'autre époux.* Si les ascendants ne sont pas mentionnés dans l'art. 184 comme ils le sont dans l'art. 191, il résulte de l'art. 186 qu'ils y sont compris parmi les intéressés; cet article, en leur *refusant* l'action en nullité dans un cas particulier de vice de fond, suppose nécessairement qu'elle leur appartient en général dans les cas de nullité absolue.

A la différence du droit d'opposition, le droit d'agir en nullité appartient à tous les ascendants *concurrentement* et non pas graduellement ou à défaut les uns des autres. La loi, en effet, n'établit ici aucun ordre hiérarchique.

3° *Le conseil de famille* de l'époux mineur qui n'a plus d'ascendant. S'il n'est pas nommé dans les art. 184 et 191, il résulte de l'art. 186 qu'il s'y trouve implicitement compris comme remplaçant les ascendants pendant la minorité de l'époux.

4° *Le premier conjoint de l'époux bigame.* L'art. 188 ne l'admet à agir, en vertu de son intérêt moral, que du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui. Après la mort du bigame, il lui faudrait un intérêt pécuniaire, comme celui de succéder au défunt.

340. **Intérêt personnel.** Toute personne peut agir en nullité, du moment qu'elle y a un intérêt propre, *né et actuel* c'est-à-dire actuellement existant. Le plus souvent l'intérêt des collatéraux ou des enfants d'un autre lit n'existe qu'à la mort de l'un des époux. Il s'agit alors pour eux d'exclure de la succession de l'époux décédé son conjoint et les enfants issus du mariage, ou du moins de réduire ces derniers à la part que la loi alloue aux enfants naturels. C'est ce que suppose l'art. 187 qui statue *de eo quod plerumque fit*. S'il arrivait par extraordinaire que les collatéraux ou les enfants d'un autre lit eussent un intérêt né et actuel à demander la nullité du mariage *du vivant des deux époux*, on s'accorde à reconnaître qu'ils en auraient le droit. —

Tout intérêt personnel suffit pour que l'on soit admis à agir en nullité; il n'est pas nécessaire que ce soit un intérêt de succession. Cass. fr., 15 juin 1887, D. 1888, 1, 412, et 30 juillet 1900, D. 1901, 1, 317. Ainsi il peut arriver que les créanciers

de l'un ou l'autre des époux aient intérêt à demander l'annulation de leur mariage. S. 1902, 1, 225, note.

341. **Ministère public.** Les art. 184 et 191 mentionnent tous deux le ministère public à la suite des divers intéressés. Son action se justifie parce que les causes de nullité absolue intéressent l'ordre public.

L'action du ministère public n'est recevable que *du vivant des deux époux*. Art. 190. Ses poursuites n'auraient plus d'objet après la mort de l'un d'eux et n'aboutiraient qu'à un scandale inutile. Aussi faut-il appliquer l'art. 190 par analogie aux nullités pour vice de forme.

SECTION 3. — Des effets de l'annulation du mariage.

342. **Rétroactivité de l'annulation.** Un mariage annulable existe tant qu'il n'a pas été annulé par la justice, et jusqu'à son annulation il produit provisoirement tous les effets d'un mariage valable. Une fois annulé, il cesse d'exister non seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé; il est réputé n'avoir jamais existé et tous les effets qu'il a produits sont *rétroactivement* anéantis. Arg. des art. 201 et 202. En cela l'annulation diffère de la dissolution qui n'opère que pour l'avenir. De là résultent notamment les conséquences suivantes:

1^o Les enfants issus du mariage ne sont pas légitimes. Ils sont naturels simples, adultérins ou incestueux, suivant la nature des relations qui ont existé entre leurs parents. C'est une des rares hypothèses où la filiation adultérine ou incestueuse se trouve juridiquement démontrée. L'annulation ne détruit pas la *preuve* de la filiation des enfants, telle qu'elle a été constituée par leur acte de naissance; elle ne fait que dépouiller cette filiation du *caractère légitime* qui lui avait appartenu jusqu'alors. D. 1891, 2, 153, note.

2^o La femme est censée n'avoir jamais cessé d'être capable.

3^o Le contrat pécuniaire de mariage ne reçoit aucune exécution. Les droits pécuniaires des époux se règlent comme s'il

s'agissait de deux personnes non mariées qui auraient vécu dans une communauté de fait. Paris, 10 février 1892, D. 1892, 2, 493.

Le seul effet qu'on reconnaisse au mariage annulé est d'imposer à la femme un délai de dix mois avant de contracter un nouveau mariage. Arg. de l'art. 228.

343. **Autorité du jugement d'annulation.** Ce jugement a une autorité absolue et non pas simplement relative. C'est qu'il est *constitutif d'un état nouveau*; les époux étaient mariés, ils cessent de l'être *erga omnes* (supra n° 106). Mons, 12 juillet 1900, P. 1902, 3, 123; D. 1891, 2, 153, note.

SECTION 4. — Du mariage putatif.

Art. 201 et 202.

344. **Définition.** On appelle mariage putatif le mariage que les époux ou l'un d'eux ont contracté de bonne foi, ignorant qu'il était entaché d'une cause de nullité. Par faveur, la loi décide que le jugement d'annulation de ce mariage opère *sans rétroactivité*; il agit seulement pour l'avenir et non dans le passé.

§ 1. — CONDITIONS REQUISES POUR QU'IL Y AIT MARIAGE PUTATIF.

I. — *Mariage annulé.*

345. **Dissentiment entre la doctrine et la jurisprudence.** Il résulte nettement des art. 201 et 202 que deux conditions sont requises pour l'application de leurs dispositions d'équité: 1° qu'il y ait un mariage *annulé*; 2° que ce mariage ait été *contracté de bonne foi* par les époux ou l'un d'eux.

La théorie du mariage putatif ne comporte aucune distinction entre les mariages annulés pour vice de forme ou pour vice de fond, même pour inceste ou bigamie. Mais elle suppose essentiellement que l'on se trouve en présence d'un mariage annulé, et non d'un mariage *déclaré inexistant*. Les art. 201 et 202 font, en effet, partie du chapitre IV; or dans ce chapitre il n'est pas question des mariages inexistants, mais seulement des mariages

annulables; c'est donc aux seuls mariages annulés que ces articles peuvent s'appliquer. On ne conçoit pas que le mariage contracté devant un prêtre puisse jamais valoir, à quelque titre que ce soit, aux yeux de la loi civile; c'est le néant; il n'y a là ni le *mariage*, ni les *époux* dont parlent nos textes. S'aviserait-on d'appliquer la théorie du mariage putatif au mariage contracté entre deux personnes du même sexe? La jurisprudence décide néanmoins que le mariage contracté de bonne foi devant un prêtre peut valoir à titre de mariage putatif. Trib. Bruxelles, 15 décembre 1886, P. 1887, 3, 177; Cass. fr., 30 juillet 1900, D. 1901, 1, 318; *R.trim.*, 1910, p. 408.

II. — *Mariage contracté de bonne foi.*

346. **En quoi consiste la bonne foi.** La bonne foi consiste dans l'ignorance de la cause qui faisait obstacle à la validité du mariage. La bonne foi peut résulter d'une erreur de droit, telle que l'ignorance de la prohibition du mariage entre beau-frère et belle-sœur, aussi bien que d'une erreur de fait, telle que l'ignorance du mariage dans lequel le conjoint est déjà engagé. La loi, en effet, ne fait aucune distinction. Trib. Dijon, 13 mai 1907, D. 1910, 2, 196.

347. **Moment auquel la bonne foi doit exister.** Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de la célébration du mariage. Il n'est pas nécessaire qu'elle ait continué pendant toute la cohabitation des époux. L'art. 201, en effet, traite le mariage comme putatif dès lors qu'il a été *contracté* de bonne foi. D'autre part, aucun texte n'impose aux époux qui découvrent leur erreur l'obligation de demander l'annulation de leur mariage et de se séparer. Les enfants qui naissent après la découverte de l'erreur sont donc assurés de rester légitimes.

348. **Fardeau de la preuve.** C'est à l'époux ou l'enfant qui réclame les effets civils du mariage annulé, à faire la preuve de la bonne foi. Il est, en effet, de principe que tout demandeur doit justifier de l'existence des conditions nécessaires au succès.

de sa prétention (supra n° 93). Il faut d'ailleurs observer que le code ne dispose nulle part comme règle générale que la bonne foi est toujours présumée; l'art. 2268 constitue une règle spéciale à la matière de la prescription. Trib. Bruxelles, 31 juillet 1886, et 2 juin 1905, P. 1887, 3, 184, et 1905, 3, 238.

§ 2. — EFFETS DU MARIAGE PUTATIF.

349. **Principe.** Le jugement d'annulation n'opère que comme jugement de *dissolution*.

I. — *Effets à l'égard des enfants.*

350. **Rejet de toute distinction.** Les enfants conçus avant le jugement d'annulation sont légitimes, sans qu'il y ait à distinguer si la bonne foi a existé chez les deux époux ou chez l'un d'eux seulement. Ils pourront donc porter le nom et, le cas échéant, les titres de leur père, alors même que celui-ci aurait été de mauvaise foi. Ils pourront également succéder même à l'époux de mauvaise foi et à ses parents. Cass. fr., 5 janvier 1910, P. 1910, 4, 101; *R. trim.*, 1910, p. 408.

351. **Légitimation des enfants antérieurs au mariage.** Le mariage putatif a-t-il opéré la légitimation des enfants nés avant sa célébration? Il faut distinguer si ces enfants sont nés adultérins ou incestueux ou bien naturels simples.

Sont-ils nés adultérins ou incestueux, le mariage putatif de leurs parents n'a pu les légitimer, car un mariage valable n'aurait su le faire ⁽¹⁾. Art. 331 et 335. *R. trim.*, 1910, p. 408. Conçoit-on qu'un mariage putatif ait plus d'effets qu'un mariage valable? On aboutit sans doute à cette opposition choquante que les enfants nés après le mariage sont légitimes et que les enfants nés avant ne sont pas légitimés, quoique, *de fait*, les premiers soient, tout autant que les seconds, adultérins ou incestueux; mais ce résultat est rigoureusement légal.

(1) Toutefois, il faut réserver l'application du nouvel art. 342 *b* en faveur des enfants nés de personnes entre lesquelles le mariage pouvait être autorisé par le Roi.

Sont-ils nés naturels simples, l'opinion générale est que le mariage putatif les a légitimés aussi bien qu'un mariage valable. Art. 331. Il y a cependant une raison de douter qui se tire de l'art. 202: ce texte semble limiter les effets du mariage putatif aux enfants *issus du mariage*. Les raisons de décider sont, d'une part, que l'art. 202 n'a pas pour objet de statuer sur notre question, et, d'autre part, que l'art. 201, qui contient le *principe* même de la théorie du mariage putatif, dispose d'une manière générale que ce mariage produit les effets civils d'un mariage valable *tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants*, sans distinguer entre les enfants nés avant et ceux nés depuis sa célébration. Mons, 12 juillet 1900, P. 1902, 3, 123.

II. — Effets à l'égard des époux.

352. **Distinction.** Les effets du mariage sont plus ou moins étendus suivant que la bonne foi a existé des deux côtés ou d'un seul.

353. **Bonne foi des deux époux.** Le principe que le jugement d'annulation opère *sans rétroactivité* ne subit alors aucune restriction. Tous les effets que le mariage a produits dans le passé sont maintenus et se perpétuent.

Mais il est clair, malgré la rédaction défectueuse de l'art. 201, que la sentence d'annulation équivaut à une prononciation de *divorce*: le mariage est dissous. Aussi les époux perdent-ils la qualité de conjoints et les droits alimentaire et de succession qui y sont attachés.

Il n'est pas étonnant que les deux époux ne peuvent plus succéder l'un à l'autre, alors que le droit de succession subsiste entre eux et leurs enfants: c'est que la qualité d'enfant légitime est *permanente* et survit à la dissolution du mariage, tandis que la qualité de conjoint est *temporaire* et se perd quand le mariage est dissous. Alger, 26 mai 1879, D. 1880, 2, 161. Comp. Paris, 16 janvier 1895, D. 1895, 2, 518.

354. **Bonne foi d'un seul époux.** Lorsqu'un seul des époux a été de bonne foi, les effets civils du mariage ne subsistent qu'en

faveur de cet époux et des enfants; *la rétroactivité du jugement d'annulation est maintenue à l'encontre du conjoint de mauvaise foi.* Art. 202. Seul l'époux de bonne foi conserve, sur la personne et sur les biens des enfants, les droits qui découlent de la paternité ou de la maternité légitime. Seul il a le droit de réclamer l'exécution des conventions matrimoniales; il peut, s'il le préfère, exiger qu'on liquide la communauté qui a existé entre lui et son conjoint d'après les règles des communautés de fait. Bruxelles, 23 juillet 1891, P. 1892, 2, 221.

CHAPITRE V. — DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

355. **Observations préliminaires.** Celui qui allègue un fait en justice à l'appui de sa prétention doit prouver ce fait, s'il est contesté par son adversaire (supra n° 93). Lors donc qu'une personne invoque les effets civils d'un mariage et que ce mariage est dénié, c'est à elle d'en établir l'existence, à peine d'échouer dans sa prétention. Comment fera-t-elle cette preuve? Telle est la question qui est l'objet des art. 194 à 200.

Un mariage qui n'est pas légalement prouvé demeurant dépourvu des effets civils aussi bien que celui qui a été annulé, on s'explique jusqu'à un certain point que le code ait réuni la matière de la preuve du mariage à celle des demandes en nullité.

Le système des art. 194 et suiv. ne concerne que les mariages célébrés en Belgique. Les mariages célébrés à l'étranger se prouvent d'après les règles du droit international privé.

SECTION 1. — Principe de la matière.

Art. 194.

356. **Source et étendue du principe.** L'art. 194 n'est que l'application à la matière du mariage de la théorie générale du code sur la preuve des faits constitutifs de l'état civil (supra n° 166).

L'art. 194 ne dispose pas uniquement pour le cas où l'existence du mariage est alléguée par les prétendus époux eux-mêmes.

Il signifie que ni les *prétendus époux* qui réclament le *titre* d'époux, ni les *tiers* qui invoquent les *effets civils* du mariage ne peuvent en faire la preuve qu'en représentant l'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil, sauf les cas prévus par l'art. 46, au titre des actes de l'état civil. Aussi a-t-il fallu une disposition particulière, l'art. 197, pour permettre aux *enfants* d'échapper à son application lorsque leurs père et mère sont tous deux décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

C'est *l'acte de mariage* lui-même qui doit être représenté au moyen d'un extrait des registres de célébration (supra n° 147). On ne satisferait pas à la disposition de l'art. 194 en représentant quelque autre acte de l'état civil, par exemple un acte de naissance ou un acte de décès, dans lequel les prétendus conjoints auraient reçu la qualification d'époux. Cass., 2 mai 1904, P. 1904, 1, 216; Douai, 17 février 1894, D. 1895, 2, 87.

SECTION 2. — Influence de la possession d'état dans la preuve du mariage ⁽¹⁾.

Art. 195 à 197.

357. **Comparaison entre la preuve du mariage et celle de la filiation.** La possession d'état d'époux est la situation de deux personnes qui vivent publiquement comme mari et femme, et qui sont traitées comme telles par leur famille respective et tous ceux qui les connaissent. A la rigueur, la disposition de l'art. 195 était superflue en présence du principe formulé par l'art. 194. Elle n'a eu d'autre but que de marquer la différence entre le système de notre titre et celui du titre de la filiation où la possession d'état d'enfant légitime équivaut à l'acte de naissance pour la preuve de la filiation. Art. 320.

Etant reconnu que le seul principe de notre matière est établi par l'art. 194, c'est par *a fortiori* et non *a contrario* qu'il faut argumenter de l'art. 195: la possession d'état ne peut remplacer

(1) CRÉMIEU. *De la possession d'état d'époux*. R. crit. 1909, p. 489 et 564.

l'acte de mariage *même* dans les rapports respectifs des prétendus époux. Et cela se comprend, les époux n'ont aucune raison d'ignorer la commune où leur mariage a été célébré.

Exceptionnellement les art. 196 et 197 accordent une certaine efficacité à la possession d'état d'époux : le premier l'admet comme un *complément de preuve* dans les rapports respectifs des époux ; le second l'admet comme une *preuve complète* dans l'intérêt des enfants.

§ 1. — DE LA POSSESSION D'ÉTAT COMME COMPLÉMENT DE PREUVE.

358. **Vices de l'acte de mariage.** Dans les rapports des époux entre eux, la possession constante de l'état d'époux a pour effet de couvrir tous les vices dont l'acte de célébration du mariage se trouve atteint. Art. 196. Il n'y a pas à distinguer entre les irrégularités ou les erreurs dont l'acte de mariage peut être entaché : inscription de l'acte sur une feuille volante, défaut de signature de l'officier de l'état civil, erreur dans l'énonciation du nom de l'un des époux, etc. Cass. fr., 26 juillet 1865, D. 1865, 1, 493 ; Toulouse, 26 avril 1893, D. 1894, 2, 556.

359. **Vices du mariage lui-même.** La possession d'état, qui rend l'*acte de mariage* inattaquable de la part des époux, quelles que soient ses irrégularités, couvre-t-elle également les vices dont le *mariage lui-même* peut se trouver entaché, soit les vices de fond, comme la bigamie ou l'inceste, soit les vices de forme, c'est-à-dire la clandestinité ou l'incompétence de l'officier de l'état civil ?

D'après plusieurs auteurs, la possession d'état couvrirait les irrégularités de la célébration même, aussi bien que celles de l'acte écrit. Les époux seraient donc respectivement non recevables à se prévaloir de la *clandestinité* de la célébration et de l'*incompétence* de l'officier de l'état civil. Cette interprétation est absolument contraire au *texte* même de l'art. 196 et à l'*économie* de la loi. Les expressions que l'art. 196 emploie « *acte de célébration du mariage.... cet acte* », et la place qu'il occupe parmi les dispositions relatives à la *preuve* du mariage, art. 194 à 200, dé-

montrent bien qu'il n'entend statuer que sur les vices de l'acte instrumentaire du mariage, et non également sur les vices du mariage lui-même. La pensée de nos articles est claire: la possession d'état à elle seule ne prouve pas le mariage; elle peut seulement servir de complément de preuve, quand l'écrit destiné à prouver la célébration est irrégulier. Gand, 16 juillet 1896, P. 1897, 2, 75. *Contra*: Cass. fr., 28 novembre 1899, D. 1900, 1, 472. [Contre: Renard 2^e 509]

§ 2. — DE LA POSSESSION D'ÉTAT COMME PREUVE COMPLÈTE.

360. **Motif de l'art. 197.** Les enfants qui ont à prouver leur légitimité doivent prouver tout d'abord le mariage de ceux qu'ils disent être leurs père et mère. Par exception au droit commun, l'art. 197 les admet, sous certaines conditions, à faire cette preuve en établissant que leurs auteurs ont eu la possession d'état d'époux, sans devoir représenter l'acte de célébration du mariage. La raison de cette faveur est qu'il peut arriver que les enfants ignorent dans quelle commune leurs père et mère se sont mariés, et qu'ils se trouvent ainsi dans l'impossibilité de satisfaire à la prescription de l'art. 194.

361. **Caractère exceptionnel de l'art. 197.** Comme toute disposition exceptionnelle, l'art. 197 est de stricte interprétation. On ne peut donc l'étendre à d'autres personnes qui auraient également intérêt à prouver le mariage, ni affranchir les enfants d'aucune des conditions prescrites.

362. **Conditions requises.** L'art. 197 exige la réunion de trois conditions:

1^o *Que le père et la mère soient tous deux décédés ou incapables de fait.* S'ils sont vivants et capables de fait l'un et l'autre, ou seulement l'un d'eux, les enfants pourront se renseigner sur le lieu de la célébration du mariage.

2^o *Que les enfants aient eux-mêmes la possession de l'état d'enfants légitimes.* Les enfants ont donc à faire la preuve dont l'art. 321 détermine les principaux objets.

3^o *Que leur possession d'état ne soit pas contredite par leur*

acte de naissance. Comp. D. 1907, 2, 257, note 4. La loi n'exige pas que les enfants produisent leur acte de naissance. Elle veut seulement, si les actes de naissance sont produits, que ces actes *ne contredisent pas* leur prétention en leur attribuant la qualité d'enfants naturels ou d'enfants nés d'autres personnes que celles dont ils se disent issus.

363. Effets de la réunion des conditions légales. Quand les trois conditions légales sont réunies, les enfants peuvent suppléer à la production de l'acte de mariage de leurs parents en *prouvant que ceux-ci ont publiquement vécu comme mari et femme*, c'est-à-dire ont eu la possession *constante* de l'état d'époux. Cass. fr., 28 novembre 1899, D. 1900, 1, 472.

En définitive donc, les enfants qui invoquent le bénéfice de l'art. 197 ont à prouver *deux possessions d'état*: celle d'enfants légitimes dans leur chef et celle d'époux dans le chef de leurs auteurs. L'une des deux ne peut pas s'induire de l'autre. Cass. fr., 19 juin 1867, D. 1867, 1, 342.

Il est clair que les éléments de preuve de la possession d'état d'époux, produits par les enfants, peuvent être combattus par leurs adversaires à l'aide de tous moyens de droit y compris les simples présomptions humaines. Huy, 7 mars 1889, J. L. 1889, p. 125; Cass. fr., 8 mai 1894, D. 1894, 1, 400.

364. Observation. La seule portée de l'art. 197 est de dispenser les enfants qui ont à prouver leur légitimité, de représenter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère. Rien n'empêche leurs adversaires qui succombent sur cette question de preuve, d'attaquer encore leur légitimité d'une autre manière, en soulevant, le cas échéant, la question de la *nullité du mariage lui-même*, en vertu de l'un des art. 184 ou 191.

SECTION 3. — Jugement remplaçant un acte de mariage invalidé, détruit ou altéré par une infraction à la loi pénale.

Art. 198 à 200.

365. Cas d'application. Les art. 198, 199 et 200 prévoient l'hypothèse où un fait constituant une infraction à la loi pénale,

crime ou délit, a invalidé, détruit ou altéré un acte de célébration de mariage. L'art. 198 décide que le tribunal ou la cour qui constate l'infraction commise et reconnaît le fait de la célébration du mariage, doit ordonner la transcription de son jugement ou arrêt sur les registres de l'état civil pour y remplacer l'acte invalidé, détruit ou altéré. Les art. 199 et 200 règlent, dans certains cas particuliers, l'exercice de l'action civile tendant au rétablissement de la preuve du mariage. La rédaction de ces trois articles est défectueuse; de plus, elle est obscure parce qu'elle n'est pas en harmonie avec la terminologie du droit pénal actuel. « Intéressants à étudier au point de vue doctrinal, ces articles sont restés, jusqu'à ce jour, sans applications pratiques. »

CHAPITRE VI. — DES EFFETS DU MARIAGE.

366. **Idée d'ensemble.** Les effets du mariage s'étendent partout dans le droit. Le plus important de tous est que le mariage est la *source de la parenté légitime et de l'alliance*. La parenté légitime fait naître des devoirs et des droits spéciaux, qui doivent être étudiés à propos de l'*obligation alimentaire*, de la *filiation légitime*, de la *légitimation*, de la *puissance paternelle*, de la *tutelle*, de l'*émancipation*, des *successions*. L'alliance, de son côté, engendre diverses conséquences dont les plus notables sont certains *empêchements de mariage* et l'*obligation alimentaire*.

Les principaux effets du mariage dans les *rapports des époux entre eux* sont les droits et les devoirs des art. 212 à 214, les droits alimentaire et de succession déterminés par la loi du 20 novembre 1896, les règles spéciales de quotité disponible tracées par les art. 1094 et 1098, enfin le régime de la communauté de biens établi par les art. 1400 à 1496 entre les époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage devant notaire.

Les principaux effets du mariage dans les *rapports des époux avec les tiers* sont l'autorité du mari et l'incapacité de la femme.

367. **Méthode vicieuse du code.** Avant de traiter des devoirs réciproques des époux, de l'autorité maritale et de l'incapacité de la femme, le code traite de l'obligation des époux de nourrir,

entretenir et élever leurs enfants, et de l'obligation alimentaire entre les parents en ligne directe ou certains alliés. C'est là un vice de méthode, car ces obligations ne se limitent pas à la famille légitime. Nous les étudierons sous un titre spécial.

SECTION 1. — Des devoirs réciproques des époux.

§ 1. — DU DEVOIR DE COHABITATION.

Art. 214.

368. **Définition.** La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de *le suivre partout où il juge à propos de résider*; le mari est obligé de *la recevoir et la traiter en épouse légitime* et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et sa condition sociale. Cette finale de l'art. 214 n'est que la répétition de l'obligation alimentaire qui dérive du devoir de secours établi par l'art. 212.

Le devoir de cohabitation cesse par l'effet de la *séparation de corps*, qui a précisément pour objet d'y mettre fin. La séparation de corps ne peut exister qu'en vertu d'un *jugement*. Art. 306 et 307.

Il arrive quelquefois que des époux se séparent *volontairement* et conviennent que l'un d'eux paiera une pension à l'autre. Cette séparation volontaire est nulle, de nullité absolue, comme dérogeant à une loi d'ordre public. Chacun des époux demeure donc toujours libre de la tenir pour non avenue et d'exiger le rétablissement de la vie commune. Bruxelles, 20 mai 1902, P. 1903, 2, 145; Liège, 1^{er} mars 1904, J. L. 1904, p. 89.

369. **Sanction.** Il est certain que le refus par l'un des époux de remplir son devoir en acceptant la vie commune constitue envers l'autre une *injure grave* de nature à entraîner le divorce ou la séparation de corps. Art. 231.

Que décider s'il ne convient pas à l'époux délaissé d'user de cette faculté, et s'il veut obtenir l'exécution de l'obligation dont son conjoint est tenu envers lui?

I. *Contrainte directe*. Aucun obstacle légal n'existe à l'emploi de la force publique. Le jugement qui condamne la femme à réintégrer le domicile conjugal emporte *de plein droit*, pour le mari, la faculté de recourir à la *manus militaris*, non pas sans doute pour séquestrer sa femme, mais pour la ramener au logis et la soustraire ainsi à certaines influences (1). De même le jugement qui condamne le mari à recevoir sa femme est susceptible d'exécution *manu militari*, en ce sens que la femme peut user de la force publique pour se faire ouvrir les portes de l'habitation de son mari. Paris, 7 janvier 1903, P. 1903, 4, 50. Mais si la contrainte directe est légitime, il est évident qu'elle ne peut guère être efficace ; le mari mettra de nouveau sa femme à la porte, ou celle-ci s'enfuira de nouveau de la maison conjugale !

II. *Contraintes indirectes*. 1° Le mari peut certes refuser tout secours pécuniaire à sa femme qui, sans motif légitime, ne veut pas habiter avec lui ; de son côté, la femme peut faire condamner son mari à lui payer une pension alimentaire, lorsqu'il refuse, sans raison plausible, de la recevoir ou qu'il lui rend la vie commune insupportable (infra n° 373).

2° Il est de pratique judiciaire que le conjoint récalcitrant peut être condamné à des dommages-intérêts envers l'autre, à raison de tant par jour de retard que le mari mettra à recevoir sa femme, ou que celle-ci mettra à réintégrer le domicile conjugal. Cass., 18 mai 1899, P. 1899, 1, 259 ; Lyon, 24 février 1909, D. 1910, 2, 172. La jurisprudence se fonde avec raison sur ce que le mariage est un contrat de droit civil, et que le devoir de cohabitation qu'il engendre est ainsi, non un simple devoir de conscience, mais une *obligation civile proprement dite*, dont l'inexécution peut donner lieu à des dommages-intérêts, comme toute obligation de faire. Art. 1142.

(1) Il ne faut pas confondre la *contrainte directe*, autorisée par les principes de la procédure civile sur l'exécution forcée, avec la *contrainte par corps*, qui n'a jamais existé en notre matière. GARSONNET, *Procédure civile*, III, p. 456. Comp. Verviers, 9 mars 1910, P. 1910, 3, 268 ; Quimper, 15 mars 1905, P. 1907, 4, 55.

On a objecté qu'il est absurde de parler de dommages-intérêts à raison de l'inexécution d'une obligation qui consiste dans des prestations d'une nature toute spéciale. Il a été répondu que le refus de cohabitation par l'un des époux est toujours de nature à causer à l'autre un *préjudice moral*, et qu'il peut avoir pour effet de lui causer un *préjudice matériel*; pourquoi n'en serait-il pas dû réparation? Il est faux que le préjudice moral soit en dehors de la sphère d'action du droit et qu'il ne donne jamais lieu à indemnité. D. 1908, 2, 297, note.

On a objecté aussi qu'il ne faut appliquer au mariage les règles ordinaires des contrats que dans les points sur lesquels le code n'a pas établi de règles particulières, et que le code a réglé spécialement les sanctions que comportent les divers devoirs dérivant de la qualité d'époux: la séparation de corps et le divorce. Il a été répondu que nos articles 212 et suiv. sont muets, et que la séparation de corps et le divorce admis par le titre du divorce ne sont point des *sanctions*, mais des *résiliations* du contrat; l'argument manque donc de base. Liège, 16 juin 1897, J. L. 1897, p. 221. Comp. R. droit belge, 1897, p. 133 et 199; R. crit., 1902, p. 423.

370. **Suspension du devoir.** Le devoir de cohabitation peut être suspendu par les juges *durant l'instance en séparation de corps ou en divorce*. Art. 268 c. c. et 878 c. proc. Aucun texte ne permet aux juges de le suspendre durant l'instance en nullité du mariage. Paris, 7 janvier 1903, P. 1903, 4, 50.

Indépendamment du cas de la demande en séparation de corps ou en divorce, il y en a d'autres où le refus de cohabitation est légitime: ce sont ceux où la vie commune est rendue *intolérable par les fautes de l'un des époux*. Ce n'est qu'un *droit* pour l'époux innocent de demander la séparation de corps ou le divorce contre le coupable, ce n'est jamais une *nécessité*; il ne saurait être obligé à poursuivre malgré lui une séparation de corps ou un divorce dont les conséquences seraient peut-être plus fâcheuses pour lui-même et les enfants que pour l'époux coupable. R. crit., 1897, p. 609.

Cette doctrine, qui est universellement reçue, s'appuie sur la

théorie générale des contrats synallagmatiques. Il est de principe, dans cette matière, que chacune des parties ne peut exiger la prestation qui lui est due que si elle offre, de son côté, d'exécuter l'obligation qui pèse sur elle. Ce principe de l'exécution « donnant donnant » est de nature à s'appliquer au mariage, ce contrat créant entre les époux des rapports analogues à ceux d'un contrat synallagmatique. Si l'un ne remplit pas ses devoirs, l'autre ne peut être tenu de remplir les siens. La femme peut donc se refuser au devoir de cohabitation lorsqu'elle est l'objet de mauvais traitements de la part de son mari, par exemple quand il se passe au domicile conjugal des choses de nature à blesser sa dignité d'épouse. Trib. Liège, 1^{er} février 1906, J. L. 1906, p. 171 ; Bastia, 20 mai 1902, D. 1904, 2, 231. Réciproquement, si la femme manque à ses devoirs, si par exemple elle se livre à l'inconduite, le mari peut la chasser du domicile conjugal. Montpellier, 16 janvier 1902, D. 1902, 2, 288.

Il va de soi que la séparation de fait, c'est-à-dire le refus de cohabitation, ne reste légitime qu'autant que les torts qui l'ont motivée continuent de subsister. La vie commune doit être rétablie dès que l'époux coupable s'est amendé sérieusement. Ainsi la femme doit réintégrer le domicile conjugal lorsqu'il est permis de croire qu'elle y sera traitée convenablement et honnêtement.

§ 2. — DU DEVOIR DE FIDÉLITÉ.

Art. 212.

371. **Répression de l'adultère.** Le manquement le plus grave au devoir de fidélité est l'adultère. Selon la morale, l'adultère du mari est aussi reprehensible que celui de la femme. Il n'en est pas ainsi selon la loi positive.

Tout adultère de la *femme*, quel que soit le lieu où il a été commis, et quand même il serait resté à l'état de fait isolé, est une cause de divorce ou de séparation de corps, art. 229 et 306, et un délit proprement dit de droit pénal, art. 387 c. pén.

L'adultère du *mari* ne constitue une cause de divorce ou de séparation de corps, art. 230 et 306, et un délit de droit pénal,

art. 389 c. pén., que s'il est accompagné de ces deux circonstances aggravantes: 1^o que le mari a eu des relations suivies avec sa complice; 2^o que ces relations ont eu lieu dans la maison conjugale.

La répression différente de l'adultère du mari et de l'adultère de la femme peut s'expliquer en droit pénal; elle est injustifiable en droit civil.

§ 3. — DU DEVOIR DE SECOURS.

I. — *Du vivant des deux époux.*

Art. 212.

372. Objet et durée de ce devoir. Le devoir de secours n'est au fond que l'obligation alimentaire entre époux. Celui des époux qui se trouve dans le besoin a le droit d'exiger de son conjoint qu'il lui fournisse les choses nécessaires à la vie. Ce droit est absolument indépendant des stipulations contenues dans le contrat de mariage sur la contribution respective des époux aux charges du mariage. Bruxelles, 7 novembre 1905, P. 1906, 2. 140.

L'obligation alimentaire *survit à la séparation de corps*, qui relâche seulement le lien du mariage sans le briser. Le droit d'exiger des aliments subsiste même au profit de l'époux dont la conduite a entraîné la séparation.

373. Mode d'exécution. En principe, l'obligation alimentaire du mari *s'exécute en nature*, puisque la femme doit habiter avec son mari, et que le mari est le chef du ménage. Art. 213 et 214.

Ce n'est que tout à fait exceptionnellement qu'il peut y avoir lieu au *paiement d'une pension* par le mari à sa femme. Bruxelles, 30 mai 1902, P. 1903, 2, 145; Liège, 1^{er} mars 1904, P. 1904, 2, 196; *R. trim.*, 1907, p. 798. Cette situation anormale ne se présente que lorsque la femme est fondée à se soustraire au devoir de cohabitation, ou quand le mari refuse de la recevoir ou qu'il tolère qu'elle n'habite pas avec lui. Bruxelles, 5 juin 1902, P. 1904, 2, 229; D. 1891, 2, 349, note; *R. crit.*, 1897, p. 609.

II. — *Au décès de l'un des époux.*

Nouvel art. 205, § 2 et suiv.

374. **Innovation. Son motif.** La succession de l'époux, même séparé de corps, prédécédé sans laisser d'enfants issus de son mariage avec le survivant, doit des aliments à ce dernier, s'il est dans le besoin au moment du décès.

Les dispositions des § 2 et suiv. de l'art. 205 ont été introduites par l'art. 2 de la loi du 20 novembre 1896 portant modification aux droits successoraux du conjoint survivant. Cette loi, dont l'art. 1^{er} remplace l'art. 767 du code, n'attribue *aucune réserve* à l'époux survivant dans la succession de son conjoint. D'ailleurs, sans parler du cas d'exhérédation, l'usufruit successoral qu'elle lui accorde peut se trouver *insuffisant pour assurer sa subsistance*, bien que l'hérédité comprenne des valeurs considérables. C'est pour lui tenir lieu, dans une certaine mesure, du droit de réserve qu'il mérite autant que les parents en ligne directe, qu'elle lui *assure* une créance d'aliments à charge de la succession. Elle veut, à tout le moins, empêcher que désormais l'époux survivant vienne à tomber brusquement dans la misère au décès de son conjoint fortuné.

375. **Caractères de la créance.** La créance alimentaire du conjoint survivant est absolument distincte des droits héréditaires qui lui sont conférés par le nouvel art. 767 (art. 1 de la loi du 20 novembre 1896); elle n'est pas gouvernée par les mêmes règles, notamment elle ne dépend pas de la volonté du *de cujus*.

Par une singulière *inelegantia juris*, la loi de 1896 a rattaché les dispositions de son art. 2 à l'art. 205 qui concerne l'obligation alimentaire des descendants envers leurs ascendants. Elle a procédé de la sorte, afin de montrer que la créance qu'elle accorde à l'époux survivant revêt en principe les *mêmes caractères que l'obligation alimentaire* de cet art. 205, et que dès lors les règles ordinaires de cette obligation lui sont applicables, sauf dérogation expresse ou implicite. La loi aurait atteint le même résultat en évitant la singularité qui résulte du rapprochement de l'art. 207 avec le

nouvel art. 205, si elle avait rattaché ses dispositions à notre art. 212 dont elles ne sont vraiment qu'un simple prolongement unilatéral.

376. Conditions de la créance. La pension alimentaire est due à *tout époux* survivant, même séparé de corps. Il n'y a *aucune cause d'indignité* en notre matière; le survivant séparé de corps a droit à la pension, même au cas où la séparation a été prononcée contre lui. Il est clair, d'autre part, que le survivant d'époux *divorcés* ne peut réclamer le bénéfice de notre art. 205, § 2; la succession qui s'ouvre n'est plus celle d'un époux.

Trois conditions sont requises pour l'exercice du droit aux aliments :

1^o Que l'époux prédécédé n'ait point laissé d'*enfants issus de son mariage* avec le survivant. S'il y a des descendants du mariage, c'est à ceux-ci personnellement que le survivant doit s'adresser *dans les termes du droit commun* (infra n^o 427). On a fait remarquer, avec raison, qu'il arrive ainsi que le conjoint survivant ne peut se mettre à l'abri de l'insolvabilité *éventuelle* de ses enfants.

Lorsque le défunt a laissé non seulement des enfants légitimes communs, mais encore des enfants d'un premier lit, ceux-ci sont affranchis de toute obligation alimentaire envers le conjoint survivant, puisqu'ils ne lui doivent rien personnellement n'étant que ses *filiâtres*, et que la succession qu'ils recueillent en partie est, par suite de la présence d'enfants communs, dispensée de toute charge alimentaire à son égard.

2^o Que l'époux survivant soit dans le besoin *au moment du décès* de son conjoint. Se trouve-t-il dans l'aisance à ce jour, le droit aux aliments lui manquera toujours, quels que soient les événements ultérieurs.

L'époux qui se trouve dans le besoin au jour du décès peut cumuler la créance alimentaire avec l'usufruit successoral, si celui-ci se trouve insuffisant pour assurer son existence.

3^o Que l'époux survivant *réclame* la pension *dans l'année du décès*. Art. 205, § 5.

377. Débiteur de la créance. Le débiteur de la pension, d'après nos textes, n'est pas la *personne même de l'héritier* de l'époux

prédécedé; aussi cet héritier n'en est-il pas tenu sur son propre patrimoine. Le débiteur est la *succession*, c'est-à-dire une universalité juridique séparée de plein droit, à cet égard, du patrimoine de l'héritier qui la recueille.

La pension doit être supportée par tous les successeurs universels du défunt proportionnellement à leur émolument. Si l'actif net recueilli par eux ne suffit pas à assurer le service de la pension, les légataires particuliers subiront une réduction dans la mesure où elle sera nécessaire. *Nemo liberalis nisi liberatus*. Art. 205, § 3.

378. Objet et montant de la créance. Les expressions de la loi, *aliments* et *pension alimentaire*, ont un sens technique; elles désignent en général tout ce qui est nécessaire à la vie, non seulement la *nourriture*, mais encore *l'entretien*, c'est-à-dire le logement, le vêtement, le chauffage, les frais de maladie, etc. Arg. des art. 210 et 211. Seine, 8 février 1909, P. 1909, 4. 87. Les nécessités de la vie ne sont pas les mêmes pour tous les individus; elles varient suivant l'âge, l'état de santé, la position sociale.

Les deux éléments de fixation de la pension sont: 1^o les besoins de l'époux survivant, appréciés selon le droit commun, mais uniquement *tels qu'ils existent au jour du décès*; on ne doit envisager que la situation faite au survivant par la mort de son conjoint, on n'a pas à considérer autre chose; 2^o *l'actif net du patrimoine du défunt*; la fortune personnelle des héritiers et autres successeurs universels ne peut exercer aucune influence sur le chiffre de la pension.

La pension du conjoint survivant n'est donc jamais susceptible d'*augmentation*, puisque des deux éléments d'appréciation déterminés par la loi, le premier constitue un maximum qui ne saurait être dépassé et le second se trouve absolument invariable de sa nature même. Mais comme on l'a dit ci-dessus, les règles du droit commun restent applicables dans la mesure où la loi ne les a pas modifiées. La pension peut donc être *diminuée* ou même entièrement *supprimée*, lorsque la situation financière du conjoint vient à s'améliorer soit par l'accroissement de ses ressources, soit par la diminution de ses besoins. Art. 208 et 209.

379. **Garanties de la créance.** L'art. 205, § 4, autorise l'époux survivant à exiger des sûretés suffisantes pour assurer le service de la pension, à moins que les héritiers ne préfèrent lui abandonner le capital nécessaire à cette fin.

380. **Cas du convol du survivant.** Aucun texte ne dispose, *en droit*, que l'époux survivant perd sa pension lorsqu'il se remarie. Seulement, *en fait*, son nouveau mariage aura le plus souvent pour conséquence de le mettre à l'abri du besoin, et d'amener ainsi l'extinction de la pension en vertu des règles du droit commun.

§ 4. — DU DEVOIR D'ASSISTANCE.

Art. 212.

381. **Son objet et sa durée.** L'*assistance* ne doit pas être confondue avec le *secours*; elle consiste dans les *soins personnels* à donner au conjoint quand il est malade ou infirme. Cass. fr., 4 mars 1902, D. 1902, 1, 192.

Le devoir d'assistance, supposant la vie commune, ne survit pas, comme le devoir de secours, à la séparation de corps.

SECTION 2. — De l'autorité maritale.

TURGEON. *Le féminisme français*, 2 vol. Paris, 1902.

382. **Principe de l'art. 213.** L'autorité est un élément indispensable à l'existence de toute société. Il faut donc que, dans l'association conjugale, il y ait un pouvoir dirigeant. Par la supériorité de ses forces physiques et intellectuelles, par ses aptitudes spéciales, l'homme est naturellement désigné pour jouer dans le ménage le rôle prépondérant. *Vir est caput mulieris*. Art. 213.

383. **Conséquences.** 1° La femme doit *suivre le mari* partout où il juge à propos de *résider*, même à l'étranger. Art. 214.

2° La femme ne peut se faire *naturaliser* en pays étranger sans le consentement de son mari. Bruxelles, 5 août 1880, P. 1880, 2, 319.

3° La femme ne peut exercer une *profession quelconque* sans

le consentement de son mari. L'art. 9 de la loi du 15 décembre 1872 applique cette conséquence au négoce. Il faut décider de même qu'une femme ne peut être artiste lyrique ou dramatique sans la permission de son mari. La femme ne saurait invoquer l'art. 219 pour se faire autoriser par la justice, au refus du mari; cet article, en effet, ne concerne que les actes pécuniaires déterminés par l'art. 217. L'art. 213 reste donc seul applicable à toutes les questions relatives à la profession de la femme mariée; et cela se comprend: leur solution intéresse la direction morale de la famille, elle doit dès lors appartenir exclusivement à celui qui est investi de cette direction. D. 1908, 1, 25, note 1.

Aucune loi ne spécifie la manière dont le consentement du mari doit se manifester. Aussi faut-il décider, en vertu du droit commun, que quand la femme fait le commerce ou exerce quelque autre profession au vu et su de son mari qui ne s'y oppose pas, le silence gardé par le mari constitue un consentement tacite suffisant.

4^o Le mari a le droit de *surveiller les correspondances et les relations personnelles* de sa femme. D. 1908, 1, 50, col. 1 à la note: *R. crit.*, 1908, p. 140. La surveillance du mari sur les correspondances adressées, par la poste, à sa femme est réglementée par l'arrêté royal du 31 mars 1900.

Il est clair que si le contrôle du mari sur les relations de sa femme s'exerce d'une manière blessante et sans aucun motif, il dégénère en injure grave. Cass. fr., 6 août 1907, D. 1907, 1, 512.

5^o En règle générale, la femme ne peut faire valablement aucun acte juridique sans l'autorisation spéciale de son mari ou subsidiairement de la justice. C'est la théorie de l'incapacité de la femme mariée, qui va suivre.

SECTION 3. — De l'incapacité de la femme mariée.

Art. 215 à 226.

384. **Critique du code.** L'incapacité traditionnelle des femmes a disparu à peu près complètement dans l'état de célibat, de

veuvage et de divorce; il n'en reste que quelques vestiges, par exemple aux art. 381 et 391. Des lois récentes, du 7 janvier 1908 et du 10 août 1909, ont décidé que la femme peut, comme l'homme, être témoin aux actes de l'état civil, être membre d'un conseil de famille et tutrice ou subrogée-tutrice.

Mais l'incapacité subsiste encore pleinement dans l'état de mariage. La femme devient incapable dès l'instant de la célébration du mariage, et elle ne cesse de l'être que par la mort de son mari ou par le divorce. La rigueur du code, qui n'a été atténuée par aucune loi belge, va jusqu'à maintenir l'incapacité de la femme dans le cas de séparation de corps.

Dans le système du code, si tant est qu'on puisse considérer les art. 215 à 226 comme exprimant un système juridique, l'incapacité de la femme mariée est tout d'abord une garantie de l'autorité du mari, autorité à peu près illimitée sur les biens comme sur la personne. Elle présente un second caractère qui se rattache au point de vue antique de la *fragilitas sexus muliebris*, elle est une mesure de protection des intérêts pécuniaires de la femme elle-même. La femme est un être léger et sans expérience qu'il est utile de mettre en curatelle dès qu'un curateur commode et tout trouvé se présente dans la personne du mari. Aussi l'art. 1124 range-t-il la femme mariée parmi les incapables, à côté des interdits et des mineurs. On s'explique ainsi pourquoi le code ne lui rend pas la capacité juridique lorsque son mari est lui-même incapable ou se trouve déchu de son autorité, art. 221, 222 et 224, pourquoi il exige qu'elle soit autorisée spécialement pour chaque acte en empêchant le mari de l'habiliter par voie d'autorisation générale et pour un laps de temps indéfini, art. 223, pourquoi enfin il lui donne aussi bien qu'à son mari le droit de faire annuler les actes non autorisés, art. 225.

«Ce système est une conception bâtarde, qui n'a recueilli que des critiques, et qui ne mérite pas autre chose.» Toutes les dispositions légales qui ne s'appuient que sur une prétendue infériorité de la femme devraient être supprimées. Ce ne serait pas assez: il faudrait faire disparaître encore toutes celles qui ne sont pas

une conséquence nécessaire de l'autorité maritale *limitée à la direction morale de la famille*; il devrait être permis à la femme de stipuler une séparation absolue de son patrimoine d'avec celui du mari. On ne comprend pas que l'autorité du mari *sur le patrimoine de la femme* soit toujours et rigoureusement nécessaire à la paix et à la prospérité du ménage. Pourquoi la femme mariée qui aurait conservé la libre disposition de sa fortune serait-elle fatalement en danger de manquer à ses devoirs d'épouse et de mère? La seule raison que l'on puisse admettre pour frapper la femme d'incapacité par rapport aux *actes de pur intérêt pécuniaire*, n'existe que dans l'hypothèse où elle contracte mariage en conférant à son mari des pouvoirs plus ou moins étendus sur tout ou partie de ses biens; la justice commande alors qu'elle se trouve placée dans l'impossibilité juridique de les compromettre sans le concours ou l'aveu de ce dernier. L'incapacité de la femme mariée, *quant à ses droits patrimoniaux*, devrait donc procéder uniquement de ses conventions matrimoniales; elle ne devrait être que la conséquence des pouvoirs que l'époux y aurait stipulés sur les biens présents et à venir de l'épouse. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1907, p. 641.

385. **Généralité de l'incapacité.** Pour la femme mariée, comme pour le mineur, l'incapacité est la règle, la capacité l'exception.

386. **Influence du contrat de mariage sur l'incapacité.** En principe, l'incapacité de la femme, conséquence légale du mariage, est indépendante du régime pécuniaire établi par le contrat de mariage. L'état et la capacité des personnes sont hors du commerce. Cass. fr., 22 décembre 1879, D. 1880, 1, 112.

Par exception, le contrat de mariage peut modifier l'incapacité de la femme dans les limites suivantes:

1^o Il peut la *restreindre*, en lui laissant la *libre administration* de ses biens. Art. 1536.

2^o Il peut la *renforcer*, en rendant ses *immeubles inaliénables* même avec l'autorisation du mari. Art. 1554. La stipulation de cette clause d'inaliénabilité est une mesure de précaution autorisée

par le législateur pour défendre la femme contre les obsessions auxquelles elle serait exposée de la part de son mari. Elle ne pourra aliéner ses immeubles qu'avec l'autorisation de la justice, et seulement pour certaines causes déterminées par la loi. Art. 1555 et suiv.

§ 1. — ETENDUE DE L'INCAPACITÉ.

1. — *En matière judiciaire.*

Art. 215 et 216.

387. **Règle générale.** La femme ne peut ester en justice, c'est-à-dire *plaider*, sans autorisation. Art. 215. Cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux; elle s'applique:

1^o Quel que soit le régime matrimonial auquel la femme est soumise, même lorsqu'elle est *séparée de biens*.

2^o Quel que soit le rôle de la femme dans l'instance, même lorsqu'elle y est *défenderesse*.

3^o Quel que soit l'adversaire de la femme, même lorsque c'est le *mari*. Bruxelles, 9 décembre 1893, P. 1894, 2, 139; Seine, 8 février 1892, D. 1893, 2, 469.

4^o Quelle que soit la juridiction saisie du procès, même lorsqu'il s'agit pour la femme de se constituer *partie civile dans une instance répressive*. Dijon, 8 juillet 1908, D. 1909, 2, 173.

5^o Quel que soit l'objet du procès, même lorsqu'il s'agit d'une *contestation relative à un acte que la femme a valablement accompli*, soit parce qu'elle y était autorisée, soit parce qu'elle avait la capacité de le faire sans autorisation. C'est pourquoi le texte dit *quand même elle serait marchande publique ou séparée de biens*.

388. **Exceptions.** L'art. 216 dispose, par exception à l'art. 215, que la femme n'a besoin d'aucune autorisation pour se défendre en matière répressive. Il nous paraît clair que ce texte concerne *non la défense à l'action publique dont la loi civile n'avait pas à s'occuper*, mais la défense à l'action civile exercée devant la juridiction répressive accessoirement à l'action publique.

Il est universellement reconnu que la femme doit être autorisée pour répondre à une demande de dommages-intérêts fondée sur une infraction à la loi pénale, quand cette demande est formée, non devant la juridiction répressive, mais *devant la juridiction civile*, comme le permet l'art. 4 de la loi de procédure pénale.

Mais que décider lorsque la femme est poursuivie devant le tribunal correctionnel ou de police, *par voie de citation directe*? L'erreur des civilistes qui enseignent que l'art. 216 n'est plus applicable, vient de ce qu'ils méconnaissent ce principe de procédure pénale que la citation directe devant le tribunal correctionnel ou de police, par la partie lésée, a nécessairement pour effet de mettre l'action publique en mouvement, avant toutes conclusions du ministère public. Cass. fr., 8 mai 1903, D. 1905, 1. 534. Le tribunal est si bien saisi de l'action publique par la seule citation directe de la partie civile, qu'il a le devoir d'appliquer la loi pénale au prévenu, dès qu'il estime que l'existence du délit ou de la contravention est établie, encore que les conclusions du ministère public tendent à l'acquittement. On est donc dans les termes de l'exception établie par l'art. 216, qui parle de poursuites en matière de police (simple ou correctionnelle). Mirecourt, 13 juillet 1904, D. 1904, 2, 440. Comp. *R. crit.*, 1898, p. 614.

La jurisprudence décide que la femme n'a pas besoin d'autorisation pour introduire une instance en référé. Trib. Gand, 21 décembre 1900, P. 1901, 3, 141; *R. trim.*, 1906, p. 671.

II. — *En matière extrajudiciaire.*

A. — Actes pour lesquels l'autorisation est nécessaire.

Art. 217 et 220.

389. **Règle générale.** La femme ne peut ni aliéner, ni s'obliger, ni acquérir, *en son propre nom*, sans autorisation.

I. *Aliéner.* L'art. 217 dit que la femme ne peut ni *donner*, ni *aliéner*. Le second mot eût suffi, car la donation entre vifs n'est qu'un cas particulier d'aliénation; c'est une aliénation *à titre gratuit*. Il est un autre cas d'aliénation à titre gratuit: la *renon-*

ciation; ainsi la femme est incapable de répudier une succession qui lui est échue. Quant aux aliénations à *titre onéreux*, leurs espèces les plus usitées sont la vente, l'échange, la mise en société, le partage, la transaction, le paiement.

L'art. 217 emploie le terme aliéner, sans distinguer entre l'aliénation *totale*, c'est-à-dire l'aliénation de la propriété, et l'aliénation *partielle*, c'est-à-dire la constitution des droits réels démembres de la propriété.

L'incapacité d'aliéner a pour conséquence l'incapacité d'*hypothéquer*. L'art. 217 le dit formellement; on eût d'ailleurs facilement suppléé à son silence avec l'art. 2124 (73 de la loi hypothécaire) qui ne permet la constitution d'hypothèque qu'à ceux qui ont la capacité d'aliéner.

II. *S'obliger*. L'incapacité d'aliéner engendre normalement celle de s'obliger, en vertu du principe de l'art. 2092 (7 de la loi hypothécaire). *Qui s'oblige, oblige le sien*. L'incapacité de la femme de s'obliger par elle seule résulte d'ailleurs de plusieurs articles de notre matière, notamment de l'art. 220 qui, en la déclarant capable de s'obliger sans autorisation pour *son négoce*, implique qu'en règle générale l'autorisation lui est nécessaire, et des art. 221, 222 et 224 qui exigent qu'elle soit autorisée pour *contracter*, c'est-à-dire pour s'obliger par convention. Bruxelles, 27 juillet 1908, P. 1908, 2, 330.

III. *Acquérir*. L'art. 217 prohibe toute distinction entre l'acquisition à *titre onéreux* et l'acquisition à *titre gratuit*. La loi interdit à la femme d'acquérir à titre gratuit, sans autorisation, *ne turpem quæstum faciat*. L'art. 776 fait application de la disposition de l'art. 217 à la matière de l'acceptation des successions.

390. **Observation.** Si la femme est incapable de s'obliger *par elle seule*, il est clair qu'elle se trouve valablement obligée sans autorisation toutes les fois que l'obligation vient à naître, indépendamment de sa volonté, *par l'effet de quelque règle légale*. Cela s'applique particulièrement aux obligations délictuelles, art. 1382 et 1383, et à celles qui résultent du principe que nul ne peut, sans juste cause, s'enrichir aux dépens d'autrui.

B. — Actes pour lesquels la femme n'a pas besoin d'autorisation.

391. **Division.** L'incapacité de la femme mariée n'est pas totale, mais simplement générale. La femme reste capable de toutes les manifestations ou déclarations de volonté qui n'engendrent ni aliénation, ni obligation, ni acquisition, en son propre nom. D'autre part, la règle que la femme ne peut aliéner, s'obliger, acquérir, en son propre nom, sans y être autorisée, reçoit un certain nombre d'exceptions proprement dites, les unes en vertu du code lui-même, les autres en vertu de la législation postérieure.

392. **Actes non prévus par la règle de l'incapacité.**

I. *Actes de puissance paternelle sensu lato.* L'art. 217 ne concerne point l'exercice des pouvoirs que la loi accorde à la mère sur la personne de ses enfants ou par rapport à leurs biens. C'est ainsi qu'elle reste capable d'autoriser leur mariage, de s'y opposer, de les émanciper, ou encore d'accepter les donations entre vifs ou testamentaires qui leur sont faites. Quand la femme accepte une donation faite à son enfant mineur, elle n'acquiert pas en son nom à elle, mais au nom de son enfant.

II. *Actes conservatoires.* L'art. 217 est également étranger aux actes conservatoires. On appelle ainsi les actes qui ont simplement pour objet de sauvegarder un droit, d'en empêcher le dépérissement. Ainsi la femme peut requérir une apposition de scellés, adresser des sommations à ses débiteurs, faire dresser un protêt, interrompre une prescription, faire inscrire ou transcrire des actes sur les registres de la conservation des hypothèques.

Il faut toutefois réserver l'application de l'art. 215 pour les actes conservatoires qui nécessitent une demande en justice.

III. *Dispositions testamentaires.* Le terme *aliéner*, dans son acception juridique, ne comprend point les dispositions testamentaires. Le testament, en effet, n'est qu'un *projet* durant toute la vie de son auteur; le testateur n'aliène pas ses biens en ce qui le concerne, il se borne à en priver ses héritiers pour l'époque de son décès. Les art. 226 et 905 écartent d'ailleurs toute difficulté sur ce point.

Capable de tester sans autorisation, la femme l'est également de *révoquer* le testament qu'elle a fait.

393. **Actes affranchis de la règle de l'incapacité.** *Exceptions résultant du code.* I. *Actes d'administration au cas de séparation de biens.* La femme séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit durant le mariage par l'effet de la loi ou d'un jugement, peut faire tous les actes extrajudiciaires (aliénations mobilières, obligations ou acquisitions) que comporte l'administration de ses biens. Art. 1449, 1536 et 1576.

II. *Actes concernant la profession.* La femme autorisée d'une manière quelconque à faire le commerce ou à exercer une autre profession est affranchie de la règle de l'art. 217 pour tous les actes relatifs à sa profession. Art. 220. D. 1908, 1, 25, note; *R. crit.*, 1908, p. 577. Ainsi la femme qui, au vu et su de son mari et sans opposition de sa part (supra n° 383, 3°), exerce le métier de couturière ou de modiste peut contracter librement avec ses fournisseurs et avec ses clients pour tout ce qui concerne sa profession.

III. *Révocation de donations entre époux.* La femme peut révoquer librement les donations qu'elle a faites à son mari pendant le mariage. Art. 1096.

Exceptions résultant de lois particulières. I. *Législation commerciale.* L'art. 11 de la loi du 15 décembre 1872 dispose que les femmes marchandes publiques peuvent engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles.

II. *Législation dite sociale.* La femme est affranchie de la nécessité de l'autorisation pour :

1° s'affilier à une société mutualiste reconnue, art. 11 de la loi du 23 juin 1894 sur les sociétés mutualistes;

2° s'affilier à une union professionnelle, art. 3 de la loi du 31 mars 1898 sur les unions professionnelles;

3° se faire ouvrir un livret de caisse d'épargne, opérer des retraits de fonds à concurrence de 100 fr. par mois et en disposer pour les besoins du ménage, art. 1^{er} de la loi du 10 février 1900 relative à l'épargne de la femme mariée et du mineur;

4^o toucher son salaire et en disposer pour les besoins du ménage, art. 30 de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail.

Toutes ces lois particulières ne laissent au mari qu'un *droit d'opposition* dont elles règlent l'exercice. La femme peut *se pourvoir* contre l'opposition devant le juge de paix; celui-ci en ordonne la *mainlevée* si l'intérêt soit du ménage, soit de la femme, l'exige.

§ 2. — DE QUI DOIT ÉMANER L'AUTORISATION.

394. **Habilitation par autorisation du mari ou de la justice.** Régulièrement la femme doit être autorisée par son mari. Ce n'est que si le mari refuse de l'autoriser ou est hors d'état de le faire, qu'elle peut s'adresser à la justice ⁽¹⁾.

L'autorisation maritale, ou, à défaut, celle de la justice, suffit toujours, quelle que soit la gravité de l'acte.

I. — *De l'autorisation du mari.*

A. — En matière judiciaire.

Art. 215.

395. **Application du droit commun.** L'art. 215 se borne à fixer le principe de la nécessité de l'autorisation, sans aucune condition particulière. L'autorisation peut donc être soit *expresse*, soit *tacite*. Cass. fr., 29 juin 1893, D. 1895, 1, 463.

Si le procès se meut entre la femme et le mari et que la femme soit défenderesse, elle doit être tenue pour autorisée tacitement par cela seul que son mari l'attaque. Liège, 16 mars 1889, P. 1889, 2, 376; Cass. fr., 18 mars 1878, D. 1878, 1, 201. Si elle est demanderesse, son mari doit être considéré comme l'autorisant tacitement à plaider, par cela seul qu'il accepte le débat et conclut au fond. Trib. Liège, 11 mars 1891, P. 1891, 3, 246. Comp. Trib. Gand, 1^{er} mai 1895, P. 1895, 3, 349.

(1) En cas de demande en séparation de corps ou de biens ou en divorce, la femme est autorisée dans les termes des art. 865 et 878 c. proc. et 240 c. c.

B. — En matière extrajudiciaire.

Art. 217.

396. **Autorisation expresse.** L'art. 217 exige que l'autorisation expresse soit donnée *par écrit*. En s'exprimant ainsi la loi a-t-elle voulu faire de l'autorisation expresse un acte *solennel*? On devrait le croire; le texte exprime nettement que l'écrit est de l'essence de l'acceptation expresse, qu'une manifestation de volonté purement verbale n'est pas une autorisation. Comp. art. 778. Tel n'est pas cependant l'avis de la majorité des auteurs; ils enseignent que l'art. 217 a seulement voulu proscrire d'une *façon absolue* l'emploi de la preuve testimoniale à l'effet d'établir l'existence d'une autorisation que l'on prétendrait avoir été accordée verbalement. Si l'écriture n'est exigée que *ad probationem* et non *ad solemnitatem*, il faut décider qu'en l'absence d'un écrit l'autorisation peut être prouvée par l'aveu de celui qui se prévaut du défaut d'autorisation, ou par son refus de prêter serment. Cass., 16 février 1899, P. 1899, 1, 123.

La loi n'ayant rien spécifié quant à la nature de l'écrit qui doit constater l'autorisation maritale, il en résulte qu'un *écrit quelconque* peut suffire, même une simple lettre missive. Cette facilité appartient au mari alors même que l'acte projeté par la femme doit être passé dans la forme authentique, comme une constitution d'hypothèque (1).

397. **Autorisation tacite.** A côté de l'autorisation expresse, l'art. 217 admet l'autorisation tacite *résultant du concours du mari dans l'acte*.

Le concours du mari consiste dans la participation du mari à l'acte accompli par la femme. Qui dit concours dans un acte, dit *coopération*. Cass. fr., 19 mai 1908, D. 1908, 1, 359. En cas de

(1) S'il est vrai que les *procurations* relatives à des actes qui sont assujettis à la forme authentique, doivent elles-mêmes être passées devant notaire (supra n° 72), cette règle ne concerne aucunement le mode de constatation de l'*habilitation* donnée à la femme mariée qui intervient dans un acte solennel.

contestation, c'est au créancier qui soutient que l'engagement de la femme est valable en vertu de l'autorisation tacite du mari, qu'il incombe de démontrer que les deux époux ont agi de concert, et non séparément. La juxtaposition des signatures du mari et de la femme sur un billet *dont le contexte comporte un engagement collectif* est d'ailleurs suffisante. Trib. Bruxelles, 27 mai 1896, P. 1896, 3, 222; Cass. fr., 30 décembre 1902. D. 1903, 1, 150.

L'art. 217 ne dit pas, en termes généraux, que l'autorisation du mari peut être tacite; il indique lui-même le fait qu'il considère comme emportant autorisation, et il semble ainsi exclure tous les autres. Cass. fr., 20 juin 1881, D. 1881, 1, 354. Il y a cependant une tendance de plus en plus marquée dans la jurisprudence à admettre que l'autorisation tacite du mari peut résulter d'autres circonstances que de sa participation à l'acte de la femme. Liège, 8 mars 1871, et 21 décembre 1904, P. 1871, 2, 221, et B. J. 1905, col. 107; D. 1905, 2, 250, note, col. 2; S. 1907, 1, 145, note.

398. **Observation.** L'art. 29 de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail porte, sans restriction d'aucune sorte, que l'ouvrière est capable d'engager son travail moyennant l'autorisation *expresse ou tacite* de son mari

II. — *De l'autorisation de la justice.*

Art. 218 à 224.

399. **Cas où il y a lieu à cette autorisation.** Les cas dans lesquels la justice peut suppléer à l'autorisation du mari se divisent ainsi :

1^o Les cas où le mari *ne veut pas* autoriser sa femme à agir.

2^o Ceux où le mari est *indigne ou incapable* d'exercer son autorité. La femme n'est pas alors relevée de l'incapacité établie par nos art. 215 et 217; c'est au juge qu'elle doit aller demander *directement* l'habilitation que son mari est hors d'état de lui donner. L'expression *contracter* est employée par les art. 221, 222 et 224 pour désigner en abrégé tous les actes déterminés par l'art. 217.

Il y a deux actes pour lesquels la justice ne peut habilitier la

femme en aucun cas: 1^o l'acceptation des fonctions d'exécutrice testamentaire, à moins que la femme ne soit séparée de biens, art. 1029; 2^o le compromis, c'est-à-dire le contrat par lequel des personnes conviennent de soumettre le jugement de leur différend à un ou plusieurs arbitres, au lieu de le soumettre à la justice, art. 83, 6^o, et 1004 c. proc. combinés.

400. **Cas de refus du mari.** Le mari n'a pas un droit de veto absolu sur les actes de sa femme. Si le refus qu'il lui oppose n'a pas de justes motifs, la femme peut se pourvoir devant le tribunal, qui appréciera les raisons du mari et donnera l'autorisation, s'il y a lieu. Art. 218 et 219. Bruxelles, 23 février 1898, P. 1898, 2, 291.

401. **Cas d'indignité ou d'incapacité du mari.** I. *Indignité.* Le mari qui a été condamné, contradictoirement ou par contumace, à une *peine criminelle* est privé de l'autorité maritale pendant la durée de sa peine ou pendant l'état de contumace. C'est à la justice qu'il appartient alors de pourvoir à la protection de la femme. Art. 221.

L'art. 221 parle de peines *afflictives ou infamantes*. Il n'y a plus de peines infamantes, selon notre code pénal; mais les peines afflictives existent toujours, il n'y a que leur dénomination qui ait changé, elles s'appellent à présent peines *criminelles*.

II. *Incapacité de droit.* Un incapable ne peut être appelé à protéger un autre incapable. De là les dispositions des art. 222 et 224 qui prescrivent à la femme dont le mari est *interdit* ou *mineur* de s'adresser à la justice pour obtenir l'habilitation qui lui est nécessaire. Fondées sur l'incapacité du mari, ces dispositions doivent être appliquées par analogie dans tous les cas où le mari se trouve frappé d'incapacité pour ses propres affaires, comme elles doivent toujours aussi être restreintes dans les limites mêmes de son incapacité.

Ainsi le mari placé *sous conseil judiciaire* n'a plus le pouvoir d'autoriser sa femme à accomplir un des actes énumérés par les art. 499 et 513. Il est inadmissible, en effet, que ce mari puisse autoriser sa femme à faire l'un des actes qu'il est personnellement incapable d'accomplir pour son propre compte. Mais, dira-t-on,

il se fera assister de son conseil? Il résulte de l'art. 513 que le conseil judiciaire n'a point qualité pour intervenir dans l'exercice de l'autorité maritale. Dans le système de nos articles, quand l'autorisation ne peut pas être donnée par le mari, *et par le mari seul*, il faut recourir à la justice; il ne doit pas y avoir de tiers entre les époux. Paris, 23 janvier 1902, *Mon. notariat*, 1902, p. 268. *Contra*: Bruxelles, 22 juillet 1897, P. 1898, 2, 221.

L'incapacité du mari mineur, pour ses propres affaires, subit certaines restrictions; *émancipé* de plein droit par le fait de son mariage, il est capable de faire seul quelques actes. Aussi faut-il décider, malgré la généralité de l'art. 224, que le mari peut habilitier sa femme à ester en justice en matière mobilière parce qu'il est lui-même capable d'exercer une action mobilière.

III. *Incapacité de fait*. L'art. 222 décide que la femme peut s'adresser directement à la justice pour se faire autoriser, si son mari est *absent*. La jurisprudence considère cette disposition, non comme limitative, mais comme simplement énonciative. Elle en fait application dans tous les cas où le mari se trouve, pour quelque cause que ce soit, démente par exemple, dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Elle l'applique même dans le cas de simple éloignement du mari, lorsqu'il y a urgence pour la femme d'accomplir un acte. Gand, 7 mars 1902, P. 1902, 2, 251; Bruxelles, 12 janvier 1904, *R. notariat belge*, 1904, p. 190; Trib. Liège, 24 mars 1909, P. 1909, 3, 220.

402. **Cas de l'opposition d'intérêts entre la femme et le mari.** La femme doit-elle se faire autoriser par la justice, lorsqu'elle veut contracter avec son mari? La négative est certaine; pour tous les contrats permis entre époux, la femme n'a pas besoin d'autre autorisation que de celle de son mari. « L'autorisation du mari est la règle; l'art. 217 la formule en termes généraux, sans distinguer si la femme contracte avec son mari ou avec un tiers. L'autorisation de la justice est l'exception; les causes qui la rendent nécessaires sont limitativement énumérées, et parmi ces causes on ne voit point figurer l'opposition d'intérêts entre le mari et sa femme. Aucun texte ne vient priver le mari pour ce cas particulier

de son pouvoir ordinaire, comme le fait l'art. 420 pour le tuteur. » On voit ainsi combien il est vrai que les rédacteurs du code n'ont pas eu d'idées nettement arrêtées sur la base de l'incapacité de la femme mariée!

§ 3. — DE LA SPÉCIALITÉ DE L'AUTORISATION.

Art. 223.

403. **Principe et applications.** Que l'autorisation soit donnée par le mari ou par la justice, elle doit en principe être *spéciale*. Cette règle traditionnelle n'est énoncée d'une manière expresse dans le code que pour un cas particulier, celui de la femme séparée de biens qui veut aliéner ses immeubles, art. 1538. Mais sa portée absolue est supposée par l'art. 223 qui limite aux actes d'administration l'effet des autorisations générales.

L'autorisation n'est spéciale qu'autant que l'acte pour lequel elle est donnée est précisé dans sa nature, son objet et ses conditions essentielles. Comp. Cass. 22 novembre 1860, P. 1861, 1, 45; Cass. fr., 10 mai 1853, D. 1853, 1, 160. Ainsi n'est point valable, pour défaut de spécialité, l'autorisation de cautionner des dettes dont le montant n'est pas déterminé. Trib. Bruxelles, 30 janvier 1901, P. 1901, 3, 140; Cass. fr., 3 janvier et 16 mars 1898, D. 1898, 1, 159 et 214. Ainsi encore ne satisfait point à la condition de spécialité l'autorisation d'ester en justice pour toutes les affaires relatives au commerce. Trib. Bruxelles, 30 mars 1896, P. 1896, 3, 170; Cass. fr., 30 janvier 1877, D. 1877, 1, 348. Il n'est jamais permis d'étendre l'autorisation du cas qu'elle exprime à un cas qu'elle n'exprime pas. Liège, 19 mars 1910, J. L. 1910, p. 145.

L'autorisation relative à une affaire déterminée s'applique virtuellement à tout ce que comporte la nature de cette affaire pour que le but final soit complètement atteint. Ainsi la femme autorisée à poursuivre la séparation de corps ou de biens n'a besoin d'aucune autorisation nouvelle pour les demandes incidentes qui s'y rattachent et les diverses mesures que nécessite l'exécution du jugement de séparation. Liège, 9 juin 1897, P. 1898, 2, 20; Trib.

Gand, 18 février 1908, P. 1909, 3, 212; Bordeaux, 23 avril 1894, D. 1895, 2, 114.

S'il est évident que le mari ne peut *déléguer* à un tiers le droit d'autorisation qui est un attribut de la puissance maritale, il est certain également que le mari peut donner à sa femme une autorisation spéciale par l'entremise d'un *mandataire* qu'il constitue à cet effet. S. 1909, 1, 33, note.

La femme autorisée, sans limitation, à plaider dans telle affaire peut-elle attaquer ou soutenir *en appel* le jugement rendu en première instance? La jurisprudence s'attache étroitement à la règle de procédure que l'instance d'appel constitue une *instance nouvelle* pour décider que la femme doit être autorisée à nouveau pour interjeter appel du jugement qui l'a condamnée ⁽¹⁾. Cass. fr., 22 janvier 1879, D. 1879, 1, 121; B. J. 1903, col. 914. Mais elle décide avec raison que la femme ne doit pas être munie d'une autorisation nouvelle pour résister à l'appel du jugement qui lui a donné gain de cause; la défense à l'appel constitue, en effet, une *suite nécessaire* de l'instance pour laquelle la femme a été habilitée. Cass. fr., 25 février 1879, D. 1879, 1, 158.

404. **Exception.** Il résulte très clairement du texte de l'art. 223 que la femme peut être autorisée d'une manière générale, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, à faire tous les *actes d'administration de ses biens*.

Par contrat de mariage. La capacité dont la femme se trouve alors investie constitue bien moins une exception à la règle de la spécialité de l'autorisation qu'une dérogation au principe même de l'incapacité de la femme mariée, c'est-à-dire à la nécessité de l'autorisation. Les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens totale ou partielle, voilà tout!

Pendant le mariage. Lorsque la femme ne s'est pas réservé l'administration de ses biens par quelque clause du contrat de mariage, cette administration appartient de droit au mari en vertu de l'organisation légale des divers régimes matrimoniaux, et il

(1) Doit-elle être autorisée à nouveau pour former *opposition* au jugement rendu contre elle par défaut? Liège, 20 mars 1907, P. 1907, 2, 209.

ne lui est pas permis de l'abdiquer, car l'abdication qu'il en ferait serait une des modifications du régime matrimonial prohibées par l'art. 1395. Comment donc concevoir la possibilité pour la femme de recevoir du mari durant le mariage une autorisation proprement dite de gérer ses biens? Un *mandat*, oui; une *autorisation*, non!

Les auteurs qui font cette observation oublient que l'art. 1428 du régime de la communauté, à la différence de l'art. 1549 du régime dotal, ne dispose pas que le mari *seul* a l'administration des biens personnels de la femme; il lui attribue cette administration, mais non d'une manière exclusive; il n'enlève pas à la femme la faculté de gérer ses biens elle-même, avec l'autorisation de son mari ou de la justice. Liège, 12 février 1910, B. J. 1910, col. 603; D. 1909, 1, 337, note, col. 2. Il n'y a donc vraiment aucun obstacle à ce que notre art. 223 reçoive son application sous le régime de la communauté. L'intérêt de cette question est que le mandat et l'autorisation sont choses fort différentes; la femme autorisée s'oblige elle-même, tandis que la femme mandataire n'oblige que son mari et la communauté.

§ 4. — DES EFFETS DE L'AUTORISATION.

405. **A l'égard de la femme.** L'effet d'une autorisation régulière est, ni plus ni moins, de relever la femme de l'incapacité dont elle était frappée *comme femme mariée*. De là les deux conséquences suivantes:

1^{re} Elle ne peut attaquer l'acte qu'elle a accompli, sous prétexte que l'autorisation lui a été donnée contrairement à ses véritables intérêts;

2^o Elle peut, nonobstant l'autorisation, attaquer l'acte qu'elle a consenti, par tous les moyens qu'elle serait fondée à invoquer si elle n'était pas mariée.

406. **A l'égard du mari.** Il faut distinguer suivant que l'autorisation a été accordée par lui ou par la justice.

I. En principe, les actes accomplis par la femme avec l'*autorisation de son mari* n'ont aucun effet direct contre lui. Le mari

qui donne son autorisation consent bien à ce que sa femme s'oblige, mais il n'entend pas s'obliger lui-même. *Qui auctor est non se obligat.*

Cette règle peut se trouver modifiée par l'effet des conventions matrimoniales, notamment :

1^o Sous le régime de la communauté, les obligations que la femme contracte avec l'autorisation de son mari rejaillissent sur la communauté et sur le mari lui-même. Art. 220 et 1419. D. 1903, 1, 401, note; *R. trim.*, 1910, p. 610.

2^o Sous tous les régimes matrimoniaux, le mari qui autorise sa femme à aliéner un de ses biens à elle, sans faire aucune réserve quant au droit de jouissance qui lui appartient sur ce bien, est réputé autoriser l'aliénation de la pleine propriété et renoncer ainsi à son droit de jouissance. Art. 1555.

II. Les actes accomplis par la femme avec l'*autorisation de la justice* n'ont aucun effet à l'égard du mari, puisqu'il n'y est aucunement intervenu.

Cette règle souffre exception dans les cas indiqués par l'art. 1427.

§ 5. — DES EFFETS DU DÉFAUT DE L'AUTORISATION.

Art. 225.

I. — Règles générales.

407. **Nullité de l'acte non autorisé.** L'acte accompli par la femme en violation de son incapacité est annulable. La nullité résulte des termes prohibitifs des art. 215 et 217; dire qu'un acte est impossible légalement parlant, c'est déclarer clairement que si cet acte vient à être fait il sera nul.

La nullité atteint-elle les actes que la femme a passés en se présentant comme fille, veuve ou divorcée? Il faut distinguer :

La *simple affirmation de capacité* faite par un incapable ne l'empêche pas d'invoquer la nullité dérivant de son incapacité. Arg. de l'art. 1307. Tant pis pour son co-contractant; celui-ci devait s'assurer de la capacité de la personne avec laquelle il traitait. Cass. fr., 6 avril 1898, D. 1898, 1, 305.

Mais des *manœuvres frauduleuses* employées par un incapable pour faire croire à la vérité de son affirmation le rendent irrecevable à se prévaloir encore de son incapacité. Arg. de l'art. 1310. Le dol est un délit civil et les incapables sont légalement tenus de réparer le dommage causé par leurs délits. Cass. fr., 3 juin 1902, et 8 novembre 1905, D. 1902, 1, 452, et 1906, 1, 14; S. 1907, 1, 145, note.

408. **Caractères de la nullité.** La nullité n'opère pas *de plein droit*; elle doit être prononcée par jugement. Mais la nullité est *de droit*; elle dérive du seul défaut d'autorisation, indépendamment de toute question de *lésion*. L'annulation *devra* être accordée par la justice sous la seule condition qu'il soit prouvé que l'acte non autorisé a été fait pendant le mariage.

La nullité est purement *relative*. Il en résulte: 1^o qu'elle ne peut être invoquée que par certaines personnes; 2^o qu'elle est susceptible de se couvrir.

409. **Personnes pouvant demander la nullité.** La nullité ne peut être proposée que par la femme, le mari, ou leurs héritiers. Art. 225. *Par la femme*, parce qu'elle n'a pas été protégée comme elle aurait dû l'être (1). *Par le mari*, parce que son autorité a été méconnue, et que peut-être l'acte de la femme lui a causé un préjudice pécuniaire. *Par leurs héritiers*, parce que les actions qui appartiennent à une personne passent après sa mort à ses successeurs universels.

Mais il importe toujours de maintenir l'application du principe: *Sans intérêt, pas d'action*. Or, après la dissolution du mariage, il n'y a plus d'autorité maritale à faire respecter, par

(1) Lorsque la femme d'un absent a contracté sans autorisation de justice, l'acte doit-il être annulé sur la demande de la femme, bien que l'existence du mari au jour où l'acte a été passé ne puisse pas être prouvée? L'affirmative paraît certaine, à raison de l'art. 222 qui décide formellement que la femme de l'*absent* a besoin d'autorisation. « Elle se trouve donc dans un cas où le défaut de cette autorisation doit rendre nul l'acte fait par elle, à moins qu'on ne prouve contre elle que son mari était mort. » Comp. Cass. fr., 9 mai 1882, et 7 mai 1889, D. 1883, 1, 251, et 1890, 1, 119.

conséquent plus d'*intérêt moral* en jeu; le mari et ses héritiers ne seront donc fondés à agir qu'autant que l'annulation présentera pour eux un intérêt pécuniaire, ce qui arrivera très rarement.

L'action en nullité est toujours refusée à la *personne qui a traité ou plaidé avec la femme non autorisée*. Le co-contractant est complètement à la merci de la femme, du mari et de leurs héritiers, et obligé de se soumettre à la décision que ceux-ci croiront devoir prendre. Art. 1125, al. 2.

Il est clair que l'annulation ne peut jamais être prononcée d'office par le juge. Cass., 5 décembre 1872, P. 1873, 1, 12.

410. **Confirmation de l'acte annulable.** La nullité résultant du défaut d'autorisation est susceptible de se couvrir par une confirmation, c'est-à-dire par la renonciation des intéressés au droit de s'en prévaloir. La confirmation peut être expresse ou tacite. Art. 1338. Il est à remarquer que si l'*autorisation* donnée d'avance pour faire l'acte ne peut être tacite, il en est autrement de la *confirmation* qui intervient après coup. Ainsi le fait du mari qui occupe une maison prise à bail par sa femme sans autorisation, vaut confirmation du bail. Paris, 3 août 1872, D. 1873, 2, 119.

Nul ne peut renoncer qu'aux droits qui lui appartiennent. La confirmation n'éteint donc que le droit de celui dont elle émane; elle n'a aucun effet à l'égard des autres personnes qui auraient aussi le droit d'agir en nullité.

La confirmation émanée tout à la fois du mari et de la femme rend l'acte absolument inattaquable. D'ailleurs le mari doit être considéré comme confirmant lui-même lorsqu'il autorise sa femme à confirmer. Cass. fr., 25 mai 1886, D. 1887, 1, 379.

411. **Confirmation émanée du mari seul.** Il est universellement reconnu que la confirmation donnée par le mari seul, *après la dissolution du mariage*, n'éteint pas l'action en nullité de la femme ou de ses héritiers. Mais la question est controversée lorsqu'il s'agit de la confirmation faite par le mari seul, *pendant le mariage*: la nullité est-elle couverte d'une manière absolue, à l'égard de la femme aussi bien qu'à l'égard du mari?

La raison de douter se tire de l'art. 183 qui dispose que la nullité du mariage pour défaut de consentement des parents est couverte d'une manière absolue, toutes les fois que ceux-ci ont approuvé le mariage, expressément ou tacitement. Liège, 21 décembre 1904, P. 1905, 2, 186.

La raison de décider se trouve dans le droit commun, qui n'admet pas qu'une personne puisse être privée, sans sa volonté, d'une *action en nullité qui lui appartient*. Aucun texte ne rend l'action en nullité de la femme *dépendante* de l'action en nullité du mari. L'art. 183 est une disposition tout à fait spéciale à la matière des nullités de mariage.

C'est un artifice de langage de dire que l'approbation du mari donne à l'acte de la femme ce qui lui manquait pour être valable. Il est de l'essence de l'habilitation qu'elle soit *concomittante* à l'acte accompli par la femme; on ne conçoit pas qu'on habilite quelqu'un à faire un acte qui est déjà accompli. L'approbation postérieure du mari n'est, au fond, qu'une *pure renonciation* à son action en nullité à lui; elle ne saurait donc éteindre l'action en nullité que la loi a donnée à sa femme. Bruxelles, 15 février 1875, P. 1875, 2, 131; Cass. fr., 18 avril 1893 et 10 janvier 1894, D. 1894, 1, 67 et 377; D. 1908, 2, 234, note 1.

412. **Conséquences de l'annulation.** La nullité une fois prononcée par la justice, les choses doivent être remises au même état que si l'acte annulé n'avait jamais existé. *Quod nullum est nullum producit effectum*. Lors donc qu'il s'agit d'un contrat et que des prestations réciproques ont été effectuées, la femme a droit à la restitution de tout ce qu'elle a livré. Régulièrement elle devrait de son côté rendre à son co-contractant tout ce qu'elle a reçu de lui. Mais s'il en était ainsi le droit d'agir en nullité serait bien souvent pour elle un secours illusoire. C'est pourquoi l'art. 1312 déroge à la rigueur des principes en ne l'obligeant à restituer ce qu'elle a reçu que dans la mesure du profit qu'elle en a retiré; elle n'est tenue que *quatenus locupletior facta est*. Cass. fr., 2 janvier 1901, D. 1901, 1, 16.

II. — Règles spéciales aux actes judiciaires.

413. **Droit de l'assigné par une femme non autorisée.**

Il est de principe que tout défendeur a qualité pour vérifier la capacité de celui qui l'appelle en justice. On ne peut être tenu d'accepter le débat dans des conditions inégales, d'avoir contre soi toutes les mauvaises chances, sans l'avantage des bonnes. Bruxelles, 2 mai 1888, P. 1888, 2, 281. Aussi le défendeur assigné par une femme mariée non autorisée a-t-il le droit de conclure à ce qu'avant tout la femme soit tenue de rapporter une autorisation régulière, et que, faute par elle de ce faire dans le délai imparti par le juge, elle soit déclarée non recevable dans sa demande. Cass. fr., 4 novembre 1901, D. 1902, 1, 185.

Il est même de jurisprudence que le ministère public peut conclure d'office à ce qu'il soit sursis à statuer jusqu'à ce que la demanderesse ait régularisé la procédure en se faisant autoriser. Les tribunaux se fondent pour le décider ainsi sur le caractère d'ordre public des dispositions relatives à l'autorité maritale (supra n° 85, à la note). Cass., 25 mai 1883, P. 1883, 1, 249; Cass. fr., 9 mars 1896, D. 1896, 1, 152.

414. **Voies de nullité contre le jugement.** Les jugements rendus *contre* une femme mariée non autorisée peuvent être attaqués pour cette cause par la femme, le mari ou leurs héritiers. Art. 225.

Mais le code civil n'a pas organisé d'action en nullité proprement dite contre les jugements. *Voies de nullités n'ont lieu contre les jugements*, dit un vieux brocard de procédure. Il suit de là qu'on ne peut invoquer la nullité du jugement rendu contre une femme non autorisée que dans les délais et les formes des *voies de recours établies par le code de procédure civile*. La nullité est couverte dès que les délais pour exercer les voies de recours sont expirés.

Conformément au principe des art. 225 et 1125, al. 2, la nullité résultant de ce qu'une femme mariée a esté en justice sans autorisation ne peut jamais être invoquée par son adversaire, ni prononcée d'office par le juge. Gand, 4 novembre 1905, D. 1906, 2, 212; Cass. fr., 6 avril 1898, D. 1898, 1, 305.

APPENDICE. — **Du mandat de la femme pour la gestion du ménage** ⁽¹⁾.

415. **Distinction de l'autorisation et du mandat.** L'autorisation et le mandat sont deux choses absolument différentes.

La femme qui contracte en son propre nom *s'oblige elle-même*, et elle s'oblige valablement si elle est régulièrement autorisée de son mari ou de la justice; d'autre part, l'autorisation donnée à la femme par le mari ou par la justice n'engendre, en principe, aucune obligation personnelle à la charge du mari (supra n° 406).

Au contraire, la femme qui contracte au nom de son mari, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, *ne s'oblige point personnellement*, sa personne s'efface pour faire place à celle du mari; c'est lui seul qui se trouve tenu de remplir les engagements contractés par la femme dans les limites du mandat (supra n° 72).

En un mot, la femme autorisée s'oblige elle-même sans obliger son mari, tandis que la femme mandataire oblige son mari sans s'obliger elle-même. Bruxelles, 6 février 1907, B. J. 1907, col. 1124; D. 1907, 2, 53, note 4.

416. **Mandat tacite de la femme.** Le mari est le *chef du ménage*, la femme n'en est que l'ordonnatrice aux termes des art. 213, 214 et 373. De ces rapports juridiques des époux et aussi de nos usages, il résulte que la femme ne traite avec les tiers pour les divers besoins du ménage qu'*au nom et pour le compte de son mari*. C'est la théorie traditionnelle du *mandat tacite* de la femme pour la gestion quotidienne du ménage.

Cette théorie est indépendante du régime matrimonial des époux; elle s'applique même lorsque les époux sont mariés sous le régime de la *séparation de biens* pure et simple, car sous ce régime comme sous les autres le mari reste le chef du ménage; c'est entre ses mains que la femme doit verser sa contribution aux

(1) BINET. *La femme dans le ménage*, Paris, 1904.

charges de l'association conjugale. Liège, 3 juillet 1890, P. 1891, 2, 11; Trib. Gand, 26 juin 1901, B. J. 1902, col. 584; Cass. fr., 7 juillet 1896, D. 1898, 1, 18.

417. **Objet du mandat.** Le mandat concerne toutes les dettes relatives à la dépense domestique, selon la condition des époux, le milieu dans lequel ils vivent et les exigences sociales de ce milieu. Cass. fr., 17 décembre 1901, D. 1903, 1, 153; *R. crit.*, 1903, p. 222.

Certes la femme n'a pas le pouvoir d'engager son mari dans des dépenses *étrangères* au ménage, ni dans les dépenses de ménage *excessives*; mais le mandat de la femme ne se trouve pas limité à ce qui convient selon la véritable situation de fortune des époux; les tiers sont fondés à considérer la femme comme ayant pouvoir du mari pour tous les frais d'entretien qui paraissent proportionnés aux ressources apparentes des époux, au train de leur maison et à leur rang.

Au delà de ces limites de son mandat, la femme ne représente plus le mari. C'est pourquoi les tribunaux ne doivent pas toujours condamner le mari au paiement intégral des fournitures de ménage faites à la femme; ils peuvent faire subir une réduction aux dettes qui leur paraissent vraiment exagérées. Trib. Bruxelles, 16 juin 1896, P. 1896, 3, 327; Paris, 17 juin 1899, D. 1900, 2, 205; D. 1891, 2, 257, note.

418. **Cessation du mandat.** Un mandat qui dérive de l'établissement du ménage ne peut survivre à la rupture du ménage, à la cessation de la vie commune. Le mandat tacite prend donc fin non seulement lorsque les époux *se séparent légalement*, comme il arrive pour des époux séparés de corps, mais encore lorsqu'ils *se séparent de fait*, à l'amiable ou autrement. Trib. Gand, 10 février 1909, *Flandre Judic.*, 1909, p. 213; *R. trim.*, 1904, p. 191. Il importe peu que le mari reste tenu de subvenir aux besoins de sa femme lorsque celle-ci n'est pas en faute en vivant séparée de lui; cette obligation du mari ne peut avoir pour effet de permettre aux tiers de considérer les dépenses de la

femme comme *ordonnées* par son mari ⁽¹⁾. Comp. Trib. Liège, 23 mai 1901, J. L. 1901, p. 183; Paris, 30 décembre 1896, et 25 mai 1898, D. 1897, 2, 310, et 1899, 2, 309.

Le mandat tacite de la femme est susceptible d'être révoqué *expressément* par le mari. Cette révocation ne rencontre aucun obstacle dans la loi. Il ne s'agit pas d'empêcher la femme d'acheter au comptant, mais de créer des dettes à la charge du mari par des achats à crédit. La révocation peut résulter de défenses individuelles adressées aux fournisseurs, ou même d'une défense collective faite par la voie des journaux. Mais dans cette question de la cessation du mandat de la femme, il importe toujours de tenir compte de cette règle de l'art. 2009 que le mandant ne peut opposer la cessation du mandat aux tiers qui ont traité avec le mandataire dans l'ignorance de cette cessation. Voilà pourquoi l'avertissement collectif donné aux fournisseurs par la voie des journaux n'est pas d'une efficacité certaine. *R. trim.*, 1907, p. 120.

CHAPITRE VII. — DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET DES SECONDS MARIAGES.

Art. 227 et 228.

419. **Dissolution du mariage.** Les faits qui opèrent la dissolution du mariage sont: 1^o la *mort* de l'un des époux; 2^o le *divorce* légalement prononcé. On doit assimiler aux causes véritables de dissolution la sentence qui annule un mariage putatif (supra n^o 349).

La dissolution du mariage met fin à tous les effets qu'il produisait. Néanmoins on a vu que l'alliance qu'il a établie crée certains empêchements à une nouvelle union, et continue de produire l'obligation alimentaire sous la condition déterminée par l'art. 206, 2^o.

(1) Autre est la question de savoir si les fournisseurs ne pourront pas agir contre le mari en vertu de certaines règles de la théorie générale des obligations, ou bien contre la femme elle-même comme ayant agi avec autorisation tacite de son mari. Comp. D. 1905, 2, 249, note; S. 1907, 1, 145, note.

La *dissolution* du mariage ne doit pas être confondue avec son *annulation* :

1^o Les causes d'annulation sont antérieures ou au moins concomitantes à la célébration; les causes de dissolution sont postérieures.

2^o Le mariage annulé est censé n'avoir jamais existé, et les effets qu'il a produits sont rétroactivement anéantis, sauf le cas de mariage putatif; le mariage dissous a existé jusqu'au jour de sa dissolution, et les effets qu'il a produits sont maintenus.

420. **Seconds mariages.** Sauf le cas de divorce par consentement mutuel, art. 297, l'*homme* peut contracter un nouveau mariage aussitôt après la dissolution du premier. La *femme*, au contraire, doit toujours attendre l'expiration d'un délai de dix mois, c'est-à-dire de trois cents jours, selon le calendrier républicain en vigueur lors de la confection du code civil. Art. 228. Le principal motif de cette prohibition a déjà été indiqué, c'est la crainte de la confusion de part (supra n^o 281).

La prohibition de l'art. 228 doit-elle être respectée même dans les cas où la confusion de part n'est plus à redouter? Il faut répondre affirmativement parce que le texte ne contient aucune distinction et qu'il a pour motif accessoire certaine considération de décence publique.

TITRE V *bis*.

Des obligations alimentaires dérivant de la parenté ou de l'alliance

CHAPITRE I. — DE L'OBLIGATION DES PERE ET MERE D'ELEVER LEURS ENFANTS.

Art. 203 et 204.

421. **Objet de l'obligation.** Les père et mère légalement connus ont l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

Art. 203. Ce n'est là qu'une espèce particulière de l'obligation alimentaire établie par les art. 205, § 1, et 207 entre les parents en ligne directe; c'est la dette alimentaire appropriée à ce *besoin spécial* du créancier: *l'éducation physique, intellectuelle et morale*.

La loi ne décide nulle part que l'éducation des enfants, avec les frais spéciaux qu'elle entraîne, est terminée, dès qu'ils ont atteint l'âge de la majorité. Paris, 22 février 1894, P. 1894, 4, 154. Comp. Douai, 11 décembre 1906, D. 1909, 2, 28.

Si les père et mère ont l'obligation d'élever leurs enfants, ils ne sont pas obligés de les doter. *Ne dote qui ne veut*. L'enfant qui est arrivé en âge de s'établir n'a donc pas le droit d'exiger de ses père et mère le capital dont il peut avoir besoin pour se marier, acheter un fonds de commerce ou d'industrie, etc. Art. 204. L'obligation de doter n'est qu'un *devoir de conscience* qui ne ressemble en rien à l'obligation naturelle que l'art. 1235 a en vue. Montpellier, 18 décembre 1901, S. 1905, 2, 185.

422. **Débiteurs de l'obligation.** Quoique l'art. 203 ne parle que des époux, il est certain que l'obligation incombe aussi bien aux père et mère *naturels* qu'aux père et mère *légitimes*. Cette décision rationnelle s'infère de l'art. 383 qui investit les père et mère naturels de la puissance paternelle sur la personne de leurs enfants, et aussi des art. 762 à 764 qui impliquent l'obligation pour les auteurs des enfants adultérins ou incestueux de subvenir à leurs besoins lorsque leur âge ne les met pas encore en état d'y pourvoir par leur travail. Verviers, 27 mai 1891, J. L. 1891, p. 223; Trib. Liège, 10 juillet 1897, P. 1897, 3, 281.

L'obligation incombe aux père et mère alors même que, par une cause quelconque, ils n'exercent pas la puissance paternelle. S'ils n'ont plus la direction de l'éducation, ils doivent toujours en supporter les charges.

Elle pèse *en même temps et pour l' tout* sur chacun des père et mère vis-à-vis de leurs enfants. Cass. fr., 6 août 1894, D. 1895, 1, 199. Par conséquent, si les enfants ont été entretenus et élevés par une tierce personne qui n'a pas agi *animo donandi*, cette personne

peut poursuivre le remboursement des frais raisonnables qu'elle a faits tant contre la femme que contre le mari, sans avoir à se préoccuper de leur régime matrimonial. Cass. fr., 21 mai 1890, 1, 337; Aix, 2 juin 1904, D. 1904, 2, 208.

Du principe que l'obligation imposée par l'art. 203 n'est qu'une variété de l'obligation alimentaire établie entre les parents en ligne directe, il résulte que les frais de l'entretien et de l'éducation des enfants légitimes viennent à peser sur les aïeuls et aïeules, lorsque les père et mère n'ont pas de moyens suffisants pour y satisfaire. Liège, 20 juillet 1898, P. 1899, 2, 33.

423. **Tenpérament.** Il est universellement admis, par un argument d'analogie tiré de l'art. 209, que quand un enfant a des biens personnels dont ses parents n'ont pas la jouissance légale, les frais de son entretien et de son éducation doivent être pris tout d'abord sur ses revenus, et les parents ne sont tenus de les payer sur leur propre fortune *qu'en cas d'insuffisance des revenus de l'enfant*. Trib. Bruxelles, 12 février 1907, P. 1907, 3, 185; Quimper, 2 janvier 1902, D. 1903, 2, 7. Comp. Parthenay, 20 avril 1909, D. 1909, 2, 335.

424. **Sanction de l'obligation.** L'obligation des père et mère d'entretenir et d'élever leurs enfants est une véritable *obligation civile*, et non un simple devoir de conscience; la comparaison des art. 203 et 204 ne laisse aucun doute à cet égard. L'enfant, qui est le créancier, a donc action contre ses père et mère, le cas échéant. Il agira par lui-même s'il est majeur ou émancipé, ou bien par l'intermédiaire de son tuteur ou de son subrogé-tuteur selon qu'il est sous la tutelle d'un étranger ou sous celle du survivant de ses père et mère qui manque au devoir d'entretien et d'éducation. La question devient très délicate quand l'enfant est mineur non émancipé et sous la puissance de ses père et mère; elle est alors une forme particulière de la question générale de savoir quelles sont les personnes qui ont qualité pour saisir les tribunaux des abus de la puissance paternelle (Titre IX infra). Comp. Verviers, 27 mai 1891, J. L. 1891, p. 223; Bruxelles, 19 février 1907, B. J. 1907, col. 728; D. 1908, 2, 209, note.

CHAPITRE II. — DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE PARENTS OU ALLIÉS.

Art. 205, § 1, et 206 à 211.

425. **Objet de l'obligation.** Le sens très large du terme *aliment* dans le langage juridique a déjà été fixé précédemment (n° 378). Mais quelque extension qu'on lui donne, il paraît excessif de vouloir y faire rentrer les frais de funérailles. Comp. Seine, 7 janvier 1902, D. 1902, 2, 174 et 207, note 1.

SECTION 1. — Parents et alliés entre lesquels l'obligation est établie d'une manière réciproque.

426. **Principe de réciprocité.** Il est de la nature de l'obligation alimentaire d'être *réciproque*. Art. 207, 212 et 349.

§ 1. — DES PARENTS.

427. **Parents en ligne directe.** Il faut distinguer entre les parents légitimes et les parents naturels.

I. Entre les parents *légitimes* en ligne directe l'obligation alimentaire existe à *tous les degrés*. Art. 205.

II. Quoique les art. 205 à 211 ne règlent l'obligation alimentaire que comme un des effets du mariage, il faut les appliquer aux parents *naturels*, sauf à tenir compte du principe de l'art. 756 qui limite les effets de la parenté naturelle au *premier degré*. Comp. Trib. Bruxelles, 10 janvier 1898, P. 1898, 3, 143; Bruxelles, 23 février 1907, P. 1907, 2, 181. C'est l'art. 762 qui nous permet de décider ainsi. Cette disposition suppose évidemment que les père et mère d'un enfant adultérin ou incestueux sont tenus de lui fournir des aliments; si l'obligation alimentaire grève leurs *héritiers*, ce ne peut être que parce qu'elle avait *pris naissance* contre eux-mêmes en vertu de l'art. 205. Ce point une fois acquis que les père et mère d'un enfant illégitime sont tenus de lui fournir des aliments, il faut décider que cet enfant se trouve tenu de la même obligation envers ses auteurs, conformément à la règle de réciprocité établie par l'art. 207.

« Si le code s'est occupé de l'obligation alimentaire à propos du mariage, ç'a été une erreur certaine de classification ». Prétendre, comme on le fait quelquefois, que l'art. 762 doit être envisagé isolément, sans aucune relation avec les art. 205 et 207 qui se limiteraient à la parenté légitime, c'est aboutir à des solutions monstrueuses ! Comp. Lisieux, 14 novembre 1901, D. 1902, 2, 221. La doctrine et la jurisprudence, dit un arrêt récent, ont à bon droit étendu à la parenté naturelle le principe de l'obligation alimentaire. Bruxelles, 29 mai 1903, P. 1904, 2, 57.

Il est clair que la parenté naturelle (pas plus que la parenté légitime) ne peut servir de fondement à l'obligation alimentaire que si elle est légalement constatée.

428. **Parents en ligne collatérale.** L'obligation alimentaire n'existe jamais entre parents collatéraux, *pas même entre frères et sœurs germains*.

§ 2. — DES ALLIÉS.

429. **Gendres et brus, beau-père et belle-mère.** L'art. 206 n'établit l'obligation alimentaire qu'entre les gendres et belles-filles et leurs beau-père et belle-mère. En employant le mot *belle-fille* à côté du mot *gendre*, la loi indique clairement qu'elle prend cette expression comme synonyme de *bru*. L'obligation alimentaire n'existe donc pas entre les filiâtres (beaux-fils et belles-filles) et leur parâtre ou marâtre (beau-père ou belle-mère). Grenoble, 10 février 1903, D. 1904, 2, 469.

L'art. 206 ne distingue pas entre les beau-père et belle-mère *légitimes* et les beau-père et belle-mère *naturels*, c'est-à-dire les père et mère du conjoint d'un enfant naturel. C'est donc par erreur qu'un arrêt a décidé que l'épouse d'un enfant naturel reconnu ne doit pas des aliments à la mère de son mari. Comp. Bruxelles, 29 mai 1903, et 23 février 1907, P. 1904, 2, 57, et 1907, 2, 181.

430. **Alliés au delà du premier degré.** Entre alliés, l'obligation alimentaire se limite au *premier degré*. Le contraire a été admis dans les discussions au Conseil d'Etat; mais cela importe peu, car ce ne sont pas les travaux du Conseil d'Etat qui constituent

la loi, c'est le texte voté par le Corps législatif. Or l'art. 206 est clair et précis; il ne parle que des alliés au premier degré. Comme le dit Laurent, il ne peut y avoir d'obligation légale sans une loi qui l'établisse!

§ 3. — COMMENT LES DIVERS OBLIGÉS SONT-ILS TENUS?

431. **Controverse.** Existe-t-il entre les divers débiteurs déterminés par nos art. 205 à 207 une hiérarchie que le créancier d'aliments est tenu d'observer dans ses poursuites? Y a-t-il, en d'autres termes, des débiteurs dont la dette prime celle des autres?

La plupart des auteurs enseignent que l'intention du législateur n'a pas été de faire peser l'obligation alimentaire *simultanément* sur tous les parents et alliés en ligne directe. Une telle règle, disent-ils, aurait été trop manifestement contraire à la justice. La nécessité d'un ordre hiérarchique fixée, ils organisent le système suivant: l'obligation incombe tout d'abord à la classe des descendants, puis à celle des ascendants, en troisième lieu aux gendres et brus, en quatrième et dernier lieu aux beaux-pères et belles-mères; entre les descendants d'une part, et les ascendants de l'autre, la gradation se règle suivant l'ordre des vocations éventuelles à la succession du créancier alimentaire. Bruxelles, 2 février 1900, P. 1900, 2, 359; Paris, 18 décembre 1897, D. 1898, 2, 197.

Toute cette doctrine est purement arbitraire. On peut la citer comme un bel exemple de *l'abus des constructions juridiques*. L'interprète n'a pas à organiser de hiérarchie là où la loi n'a point montré qu'elle ait voulu en établir une. Loin que nos textes prêtent quelque appui à l'opinion commune, l'art. 206 prend soin de dire que les gendres et brus sont tenus *également*, et dans les mêmes circonstances que les descendants. Il ne semble pas d'ailleurs si déraisonnable ni si contraire à l'équité que la dette alimentaire incombe concurremment aux divers parents et alliés en ligne directe du besogneux; on peut très bien la concevoir comme une charge commune à tous les membres de la famille, chacun devant la supporter dans la mesure de ses ressources. Trib. Liège, 14 juillet 1900, J. L. 1900, p. 296; Paris, 10 août 1894, D. 1895, 2, 517.

SECTION 2. — Conditions et montant de l'obligation.

432. **Conditions de l'obligation.** L'obligation ne prend naissance que sous ces deux conditions fixées par l'art. 208 : 1^o le demandeur doit être dans le besoin ; 2^o le défendeur doit être dans l'aisance.

I. Nul ne peut réclamer des aliments que s'il est *dans le b. soin*. On n'est dans le besoin que lorsqu'on ne peut pourvoir à sa subsistance ni au moyen de ses biens personnels, ni au moyen d'un travail en rapport avec son éducation et sa position sociale. Comp. Bruxelles, 6 décembre 1901, P. 1902, 2, 140 ; Bordeaux, 13 juin 1899, D. 1900, 2, 111.

Parmi les biens personnels d'un époux, il faut compter le droit qu'il peut avoir de réclamer des secours de son conjoint ou de la succession de celui-ci.

Une personne hors d'état de travailler est-elle dans le besoin dès que ses revenus ne peuvent couvrir les dépenses de sa subsistance, ou bien n'est-elle dans le besoin que lorsque tous ses capitaux sont épuisés ? Il est impossible de répondre d'une manière absolue. Le besoin, dans le sens de la loi, ce n'est pas l'indigence ; ce n'est pas non plus la simple insuffisance des revenus, lorsque ceux-ci pourraient être augmentés par une transformation opportune de la consistance du patrimoine. Les circonstances jouent un rôle décisif en notre matière. Trib. Bruxelles, 6 février 1895, P. 1895, 3, 80 ; Cass. fr., 23 février 1898, D. 1898, 1, 303 ; Trib. Bordeaux, 18 mai 1908, P. 1908, 4, 171.

II. Nul ne peut devoir des aliments que s'il est lui-même *dans l'aisance*. Il n'y a de débiteur, en notre matière, que celui-là qui est en état de payer, sans tomber lui-même dans le besoin. A l'impossible nul n'est tenu. L'aisance du débiteur doit être appréciée *d'une manière relative*, comme l'indigence du créancier. Trib. Bruxelles, 28 mai 1892, P. 1892, 3, 263.

433. **Montant de l'obligation.** La quotité de la pension alimentaire se mesure sur les besoins de celui qui la réclame et les ressources de ceux qui la doivent. Art. 208.

434. **Naissance de l'obligation.** L'obligation alimentaire naît aussitôt que les conditions légales se trouvent réunies. La sentence judiciaire qui intervient, au cas de contestation, ne crée pas la dette, elle ne fait qu'en opérer la *liquidation*, c'est-à-dire en reconnaître l'existence et la quotité. Comp. Cass. fr., 6 novembre 1899, D. 1899, 1, 559.

En droit pur, les dissipations du réclamant et ses torts envers sa famille ne peuvent être pris en considération par les juges; sa créance est indépendante des fautes qu'il peut avoir commises. Le code, en effet, n'établit aucune cause d'*indignité* en notre matière. Bruxelles, 23 juillet 1902, P. 1903, 2, 110; Anvers, 20 décembre 1904, B. J. 1905, col. 862.

SECTION 3. — Mode d'exécution de l'obligation.

435. **Mode normal.** En principe, la dette alimentaire doit s'acquitter *en argent* par le service d'une *pension*. Arg. des art. 210 et 211.

La pension est payable par anticipation, puisqu'elle est destinée à pourvoir aux besoins présents et à venir du créancier. Cass., 27 décembre 1877, P. 1878, 1, 30.

436. **Mode exceptionnel.** Par exception, le tribunal peut autoriser le paiement des aliments *en nature*; dans deux cas:

1^o Celui où le débiteur *justifie* que le service d'une pension lui causerait une véritable gêne. Art. 210.

2^o Celui où *le père ou la mère, même sans faire cette justification*, offre de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il doit des aliments. Art. 211. Trib. Liège, 30 juin 1900, J. L. 1900, p. 260.

Dans chacun de ces cas, le tribunal jouit d'un *pouvoir souverain d'appréciation*. Bruxelles, 30 mai 1901, P. 1901, 2, 313; Cass. fr., 23 janvier 1893, D. 1893, 1, 184.

SECTION 4. — Caractères de l'obligation.

437. **Obligation d'ordre public.** Elle est un des traits de l'or-

ganisation de la famille. Les dispositions légales qui l'instituent sont ainsi d'ordre public. Dès lors, toute renonciation au droit alimentaire est frappée de nullité. Huy, 12 mars 1896, J. L. 1896, p. 101 ; Limoges, 10 mars 1905, D. 1905, 2, 187. *de plein droit (art. 6.)*

438. **Obligation purement chirographaire.** Le code ne permet nulle part au créancier de la pension alimentaire, due en vertu de nos art. 205, § 1, 206 et 207, d'exiger des *garanties spéciales* qui en assurent le service. Quand le législateur entend conférer à un créancier d'aliments le droit de réclamer des sûretés pour sa créance, il prend soin de l'exprimer formellement, ainsi que le montre le nouveau § 4 de l'art. 205. La seule mission des juges saisis d'une demande de pension alimentaire, fondée sur la parenté ou l'alliance, est d'appliquer les règles tracées par nos articles 205 à 211 ; ils ne trouvent dans aucune loi le pouvoir d'aggraver la condition du débiteur en l'astreignant à donner une caution ou une hypothèque ou bien à faire le placement d'un capital affecté au service des arrérages. *R. crit.*, 1897, p. 616. La jurisprudence est cependant fixée en sens contraire ; elle part de ce faux principe qu'il appartiendrait aux tribunaux de prescrire toutes les mesures qui peuvent être utiles pour assurer l'efficacité de leurs sentences, et elle en déduit cette conséquence que les juges ont le pouvoir de condamner le débiteur de la pension à fournir une hypothèque ou d'autres sûretés spéciales pour garantir le paiement des arrérages à venir. Liège, 5 juin 1901, P. 1902, 2, 354 ; Cass. fr., 2 décembre 1895, D. 1896, 1, 198.

439. **Obligation distincte pour chaque obligé.** Lorsque, au lieu d'un seul obligé, il en existe plusieurs, on ne doit pas voir en eux les débiteurs conjoints d'une seule et même dette ; il n'y a pas identité d'obligation entre eux. Chacun est chargé d'une dette différente par son étendue, puisqu'elle a pour mesure, avec les besoins du créancier, les *facultés personnelles du débiteur*. Art. 208. Elle est donc aussi distincte que les moyens mêmes auxquels elle se proportionne. Il ne peut dès lors être question de savoir dans quelle mesure chacun des obligés peut être tenu d'exécuter

une même obligation, mais seulement quelle est l'étendue de celle qui lui est propre.

Quand le réclamant ne met pas tous ses divers obligés en cause dans une seule et même instance, il s'expose à l'éventualité de jugements successifs dans lesquels les ressources respectives des membres de sa famille seront peut-être appréciées différemment. En droit, la valeur effective des créances alimentaires que le demandeur néglige d'exercer diminue d'autant le besoin dans lequel il se trouve, par rapport à ceux auxquels il réclame une pension.

440. **Obligation intermittente et variable.** Les deux éléments d'après lesquels se déterminent la débiteur de la pension alimentaire et sa quotité sont essentiellement intermittents et variables. Aussi n'y a-t-il jamais *rien de définitif* en notre matière, ni convention, ni jugement; la pension est toujours susceptible d'être augmentée, réduite ou supprimée, selon les fluctuations de fortune des intéressés. Art. 209. Mais, du moins, la convention ou le jugement intervenus font-ils la loi des parties jusqu'à ce qu'ait été modifié le règlement qu'ils contiennent. De l'avis général, ce règlement subsiste jusqu'à ce qu'il lui en ait été substitué un nouveau. Bruxelles, 19 février 1907, B. J. 1907, col. 728. Comp. Trib. Gand, 8 novembre 1893, P. 1894, 3, 24.

L'art. 209 ne parle que du cas de diminution ou de cessation de la pension; il ne parle point du cas d'augmentation. Mais son silence est indifférent; le principe de l'art. 208 suffit à faire décider que le chiffre de la pension est susceptible d'augmentation lorsque les besoins de l'un ou les ressources de l'autre viennent à s'accroître.

La disposition de l'art. 209 s'applique distributivement entre les différents obligés. Celui dont les ressources sont diminuées peut demander la réduction ou la décharge de sa dette, sans que les autres en soient nécessairement tenus à sa place. Le créancier n'a le droit de leur demander une augmentation de secours que s'il établit que leur situation de fortune permet de la lui fournir.

Celui qui satisfait à l'obligation alimentaire dans les termes de nos articles ne fait pas une simple avance; il acquitte une dette

proprement dite. Il ne peut donc réclamer *aucun remboursement* de ses prestations, lorsque l'alimentaire revient à meilleure fortune. Le seul droit que la loi lui reconnaisse en ce cas est de réclamer sa décharge pour l'avenir. Art. 209.

441. **Obligation purement personnelle.** L'obligation alimentaire, activement et passivement, est attachée aux rapports de parenté ou d'alliance existant entre les parties. Elle est dès lors purement personnelle, c'est-à-dire ne passe pas aux héritiers *comme tels* (1). *Cessante causa, cessat effectus*. Cela s'applique aussi bien aux héritiers du débiteur qu'à ceux du créancier; les héritiers du débiteur ne peuvent être poursuivis que pour le paiement de l'arriéré, s'il y en a. Liège, 3 décembre 1890, P. 1891. 2, 157; Besançon, 8 juillet 1879, D. 1880, 2, 142.

Le code apporte une exception à cette règle en faveur des enfants adultérins ou incestueux. Privés de tout droit de succession proprement dit, ils ont droit à des aliments à charge des *héritiers* de leurs père et mère. Art. 762 à 764.

442. **Observation.** Il ne faut point confondre la constitution d'une pension alimentaire par une *convention à titre onéreux ou gratuit ou par un testament*, avec le simple règlement ou liquidation amiable de la pension alimentaire *due entre les parties en vertu de nos art. 205 à 207*. On ne peut songer à appliquer les règles spéciales de notre matière aux pensions alimentaires qui ont leur *cause*, non dans les dispositions de la loi, mais dans la seule volonté de l'homme. Cass. fr., 11 janvier 1897, et 15 décembre 1902, D. 1897, 1, 473, et 1903, 1, 295.

SECTION 5. — De la cessation définitive de l'obligation entre alliés.

443. **Principe.** L'obligation alimentaire entre alliés devrait cesser d'une manière définitive en même temps que l'alliance elle-même.

(1) La question de l'intransmissibilité ne se pose évidemment qu'à l'égard des successeurs universels qui ne sont pas *eux-mêmes* de ceux des parents ou alliés entre lesquels nos art. 205 à 207 établissent l'obligation alimentaire.

Elle devrait donc s'éteindre par la mort de l'époux qui produisait l'alliance et par le divorce prononcé entre les époux. Art. 227.

Toutefois, lorsque le mariage a été dissous par la mort, l'obligation alimentaire subsiste s'il y a encore un ou plusieurs enfants nés du mariage. L'obligation ne s'éteint définitivement de part et d'autre qu'à la mort des enfants issus de l'union. Art. 206, 2^o.

L'art. 206, 2^o, ne prévoit que le cas de dissolution du mariage par la mort. Aucun texte ne concerne l'hypothèse du divorce. Quelques auteurs, poussant jusqu'à l'absurde l'application du prétendu principe que la dissolution du mariage n'entraîne pas la dissolution de l'alliance qui en était résultée, soutiennent que l'obligation alimentaire subsiste sans restriction aucune entre chacun des ex-conjoints et les père et mère de l'autre; tous les effets de l'alliance, disent-ils, doivent continuer à se produire par cela seul qu'un texte exprès n'y a pas mis fin. D'autres veulent appliquer par analogie la disposition de l'art. 206, 2^o, en ne maintenant l'obligation alimentaire que s'il existe des enfants issus du mariage. Bruges, 23 novembre 1904, P. 1906, 3, 28.

Pour nous, le maintien de l'obligation alimentaire, dans le cas de l'art. 206, 2^o, de même que l'établissement d'empêchements de mariage, dans les cas des art. 161 et 162, sont des mesures contraires au principe que le lien entre chacun des époux et les parents de l'autre est brisé par la dissolution du mariage qui l'avait fait naître. La cause cessant, l'effet doit cesser, à moins d'une disposition spéciale de la loi qui n'existe pas ici (supra n^o 38). Il n'y a d'ailleurs aucune contradiction à admettre que l'alliance, *lien purement fictif*, se trouve rompue par la dissolution du mariage, tandis que la parenté, *lien du sang*, continue évidemment de subsister entre les enfants nés du mariage et les parents de leurs père et mère divorcés. Cass., 26 octobre 1905, P. 1906, 1, 33; Bruxelles, 14 novembre 1906, B. J. 1906, col. 1335; Orléans, 22 mars 1892, D. 1893, 2, 354; D. 1894, 2, 113, note.

444. Cas du convol de la belle-mère. L'obligation des gendres et brus envers leur belle-mère prend fin lorsque celle-ci contracte un nouveau mariage, et cette obligation une fois éteinte par le convol de la belle-mère ne revit point quand son nouveau mariage

se dissout ⁽¹⁾. Art. 206, 1^o. Limoges, 17 novembre 1896, D. 1897, 2, 463. Mais la belle-mère remariée (dont le nouvel époux n'est pas en état de la secourir) conserve le droit de demander des aliments à la femme de son gendre ou au mari de sa bru, qui est son enfant. Art. 205. Il arrive ainsi que l'exonération personnelle du gendre ou de la bru est le plus souvent illusoire ; le gendre ou la bru supportera indirectement la charge de l'obligation alimentaire, par suite de la diminution de revenus que l'acquittement de cette obligation entraînera pour son conjoint.

La belle-mère qui perd le droit de demander des aliments à ses gendres ou brus, reste-t-elle tenue de leur en fournir, le cas échéant ? La question est très douteuse. Le plus sage est de combiner à la lettre les dispositions des art. 205, 206 et 207, et de décider en conséquence qu'une personne n'est astreinte à l'obligation alimentaire que dans les termes et dans la mesure où elle peut y avoir droit elle-même. Lorsque l'art. 207 décide que les obligations résultant des dispositions précédentes sont réciproques, il établit la réciprocité non seulement au point de vue de la naissance, mais encore en ce qui concerne les causes d'extinction de ces obligations. En d'autres termes, il nous semble qu'on n'altère aucunement la pensée du législateur en sous-entendant le mot *réciproque* dans ce membre de phrase de l'art. 206 : *cette obligation cesse*.

(1) Si la doctrine et la jurisprudence ont, à bon droit, appliqué à la famille naturelle le principe de l'obligation alimentaire, il faut également lui appliquer la déchéance établie par l'art. 206, 1^o, sinon on en arriverait à cette conséquence injustifiable de faire à la famille naturelle une situation plus favorable que celle faite à la famille légitime. Le conjoint d'un enfant naturel ne doit donc plus des aliments à sa belle-mère lorsque celle-ci vient à contracter mariage. Bruxelles, 29 mai 1903, P. 1904, 2, 57.

TITRE VI.

Du divorce et de la séparation de corps ⁽¹⁾.

445. **Système du code.** Le divorce est la rupture du lien conjugal; il autorise chacun des divorcés à contracter un nouveau mariage. Art. 147 et 227 cbn. La séparation de corps ne rompt que l'unité de foyer; elle relâche simplement le lien conjugal, ne le brise point.

Partant du principe de la sécularisation du mariage (supra n° 242), le code admet le divorce comme un remède extrême pour des situations désespérées. Il le tient pour un mal, mais un mal qui peut être nécessaire, parce qu'il est le seul remède préventif d'un mal plus grave.

Le code n'autorise le divorce que pour des *fautes graves* commises par l'un des époux envers l'autre. Les maladies, les infirmités physiques ou morales de l'un des époux, ne constituent jamais des causes de divorce. Loin de pouvoir réclamer le divorce, l'autre époux a le devoir d'assister son conjoint. Art. 212. Lyon, 20 novembre 1903, D. 1904, 2, 136.

Le divorce *par consentement mutuel* n'est plus comme sous la législation intermédiaire, un divorce sans faute, un simple *distractus*; il n'est vraiment qu'une forme particulière du divorce pour quelque faute grave de l'un des époux envers l'autre. Il est maintenu uniquement pour donner aux époux, entre lesquels il existe une cause légale de divorce, le moyen de rompre leur union sans scandale et sans déshonneur pour eux-mêmes, leurs enfants et leurs familles. Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, dit l'art. 233, prouve suffisamment que la vie commune leur est insupportable

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 117, 180 et 277, 1908, p. 107.

et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce. Toutes les précautions sont prises pour qu'on ne puisse détourner le divorce par consentement mutuel de sa destination véritable: procédure longue et compliquée, épreuves multiples, sacrifices pécuniaires imposés au profit des enfants, interdiction pour chaque époux de se remarier dans un certain délai, etc.

Dans une législation bien faite, la *séparation de corps* devrait former une institution parallèle au divorce; elle devrait être soumise aux mêmes règles, sauf à celles qui sont incompatibles avec la persistance du lien conjugal. Ce n'est pas le système du code: il n'admet la séparation de corps que pour les *causes déterminées et prouvées de divorce*, il ne l'autorise point par le consentement mutuel des époux; il ne l'organise pas comme un état définitif, il ne l'établit que comme un *état essentiellement provisoire*, destiné à cesser après un temps donné et à être remplacé soit par le rétablissement complet de la société conjugale, soit par le divorce. Ajoutez que le code est d'un laconisme extrême sur la matière; il ne lui consacre que trois ou quatre articles qui sont placés à la fin du titre comme dans une sorte d'appendice. De là de très sérieuses difficultés pour déterminer celles des règles du divorce qui peuvent être étendues à la séparation de corps.

446. **Division de la matière.** Nous répartissons les dispositions du titre VI en deux chapitres: l'un consacré au divorce, l'autre à la séparation de corps.

Les dispositions des art. 234 à 263, modifiées par la loi du 11 février 1905, qui règlent la procédure du divorce pour cause déterminée, et celles des art. 281 à 293, qui règlent la procédure du divorce par consentement mutuel, sont étrangères au cours de droit civil.

CHAPITRE I. — DU DIVORCE.

SECTION 1. — Du divorce pour cause déterminée.

§ 1. — DES CAUSES DU DIVORCE.

Art. 229 à 232.

447. **Enumération.** Les seules causes de divorce sont : 1^o l'adultère ; 2^o les excès, sévices et injures graves.

448. **Adultère.** *Tout* adultère commis par la *femme*, même isolé, même en dehors de la maison conjugale, est pour le mari une cause péremptoire de divorce. Art. 229.

L'adultère du *mari* ne devient, comme tel, une cause de divorce pour la femme qu'autant qu'il est accompagné de cette double circonstance aggravante que le mari *a tenu sa concubine dans la maison commune*. Art. 230. Deux conditions sont donc nécessaires pour qu'il y ait légalement adultère du mari :

1^o Qu'il ait tenu *avec une femme déterminée des relations suivies*. L'expression *sa concubine* implique la continuité d'un commerce coupable avec la même personne. Cass., 19 octobre 1896, P. 1896, 1, 291.

2^o Que ces adultères successifs aient été commis *dans la maison commune*. La maison commune s'entend de l'habitation où la femme a l'obligation de suivre son mari et le droit d'être reçue. Art. 214. Si le mari n'habite qu'un appartement, ce n'est pas la maison tout entière, c'est seulement cet appartement qui constitue la maison commune. Cass., 9 mars 1896, P. 1896, 1, 122. Mais il n'y a pas à examiner si la femme habite effectivement cet appartement avec le mari ; il suffit que le mari l'habite pour qu'il soit la maison commune au sens de l'art. 230, puisque la femme a le droit d'y entrer. Cass., 21 octobre 1889, P. 1889, 1, 320 ; Liège, 13 janvier 1903, P. 1904, 2, 92.

Des faits isolés d'adultère du mari, même commis en dehors de la maison commune, *peuvent* être une cause de divorce, lorsqu'ils ont été entourés de *circonstances particulièrement offen-*

santes pour la femme. Les tribunaux admettent alors le divorce, non en vertu de l'art. 230 pour adultère, mais en vertu de l'art. 231 pour *injure grave*. Cass., 15 avril 1897, P. 1897, 1, 145.

449. **Excès, sévices ou injures graves.** Les excès et les sévices sont de mauvais traitements matériels. Le mot injure doit être entendu à l'art. 231 dans un sens très large; il désigne *toute blessure morale* causée par l'un des époux à l'autre, tout fait ou toute abstention de l'un des époux qui est de nature à atteindre l'autre dans sa dignité ou dans ses affections. Cass. fr., 13 janvier 1908, D. 1908, 1, 102. Les sévices et les injures doivent être *graves* pour servir de fondement à une demande en divorce. Les juges sont souverains appréciateurs de cette question de gravité; ils doivent prendre en considération l'âge, la condition sociale, l'éducation et les habitudes des époux, les circonstances qui ont précédé ou accompagné les voies de fait ou les injures, les causes qui les ont provoquées, la publicité qu'elles ont reçues, etc. Liège, 7 juin 1905, J. L. 1905, p. 186, et 28 juillet 1908, P. 1909, 2, 339; Trib. Bruxelles, 22 juillet 1910, B. J. 1910, col. 1145. La seule formule générale qu'on puisse donner est qu'un fait ne doit être retenu comme injure grave qu'autant qu'il est de nature à porter une *atteinte profonde* au lien conjugal, à rendre intolérable le maintien de la vie commune.

Les excès, sévices ou injures graves ne peuvent constituer une cause de divorce que si l'époux qui les a commis était *responsable* de ses actes. Les juges, saisis d'une demande en divorce, ont le devoir de vérifier, même d'office, l'*imputabilité* aussi bien que la matérialité des faits soumis à leur examen. Cass., 24 avril 1902, P. 1902, 1, 211; *R. crit.*, 1903, p. 226.

Comme exemples intéressants d'injure grave, on peut citer: 1^o le refus de se prêter à la célébration religieuse du mariage après la célébration par l'officier de l'état civil. Bruxelles, 17 juillet 1889, P. 1889, 2, 408; Rouen, 29 avril 1910, P. 1910, 4, 125; 2^o le refus volontaire de consommer le mariage. Liège, 15 mars 1902, P. 1902, 2, 232; Bruxelles, 4 avril 1905, P. 1905, 2, 197; 3^o les habitudes invétérées d'ivrognerie. Gand, 19 décembre 1901,

P. 1902, 2, 144; Trib. Liège, 13 janvier 1905, J. L. 1905, p. 40; 4^o les relations inconvenantes de l'un des époux avec une tierce personne. Bruxelles, 22 février 1893, P. 1893, 2, 414; 5^o le refus persistant et *injustifié* du mari de recevoir sa femme, ou de celle-ci de rejoindre son mari. Gand, 9 novembre 1905, P. 1906, 2, 198; Paris, 20 juillet 1904, D. 1906, 2, 351. Les juges doivent d'ailleurs vérifier s'il ne résulte pas des circonstances qu'il y a collusion entre les époux pour éviter les règles du divorce par consentement mutuel sous les apparences d'un divorce pour cause déterminée. Trib. Liège, 14 janvier 1904, P. 1904, 3, 98.

450. **Faits antérieurs au mariage.** Ces faits ne peuvent jamais servir de fondement à une demande en divorce, ni à raison de leur *nature propre*, ni à raison de cette circonstance que le coupable les aurait *dissimulés* à son fiancé. L'art. 231, en effet, ne parle que des injures graves de l'un des *époux* envers l'autre. D'un autre côté, le dol n'est pas plus une cause de divorce qu'il n'est une cause de nullité du mariage (supra n^o 322). Ainsi en est-il de la dissimulation par la femme de son état de grossesse, de la dissimulation par le mari de son état d'impuissance. Comp. Dax, 30 novembre 1906, D. 1907, 2, 135; D. 1905, 2, 67, note 1.

451. **Inapplicabilité de l'art. 232.** Le code civil établissait comme cause péremptoire de divorce la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. Art. 232. Cette disposition est devenue *inapplicable* depuis la suppression pure et simple des peines infamantes par le code pénal de 1867. Si les peines *afflictives* d'autrefois subsistent encore aujourd'hui sous la dénomination nouvelle de peines *criminelles*, il n'existe plus aucune peine à laquelle la loi attache elle-même la note d'*infamie*, et dès lors l'art. 232 ne trouve plus de matière à laquelle il puisse s'appliquer. Trib. Bruxelles, 14 mars 1908, B. J. 1908, col. 485.

Mais il est essentiel d'observer que la condamnation de l'un des époux à une peine criminelle ou même seulement correctionnelle peut être l'occasion d'une demande en divorce pour *injure grave*. C'est que *la plupart* des faits qui entraînent de semblables condamnations sont déshonorants par eux-mêmes et offensants

ainsi pour le conjoint à *raison de la solidarité qui confond l'honneur des deux époux*. La turpitude de l'un peut être une injure grave pour l'autre, suivant leur condition et leur moralité respectives. En pareil cas la cause du divorce ne se trouve pas dans la condamnation en elle-même, mais dans les *faits* qui l'ont motivée ; le jugement sert seulement de *preuve* des faits honteux reprochés au coupable. Bruxelles, 12 août 1879, P. 1880, 2, 293. Comp. Courtrai, 24 novembre 1904, B. J. 1905, col. 44.

§ 2. — DE LA DEMANDE EN DIVORCE.

I. — *Qui a le droit d'agir.*

452. **Nature de l'action.** L'action en divorce, à raison de sa source et de son but, est essentiellement attachée à la personne de l'époux offensé. A lui seul de décider s'il faut poursuivre la dissolution du mariage ou bien pardonner au coupable. Aussi est-il de jurisprudence que le tuteur d'un interdit judiciaire ne saurait former une demande en divorce au nom de son pupille, malgré la généralité de la règle qui résulte de la combinaison des art. 450 et 509. Cass., 11 novembre 1869, P. 1870, 1, 3.

453. **Extinction de l'action.** L'action en divorce s'éteint *par le décès de l'un des époux*, survenu à quelque phase que ce soit de la procédure, tant que le divorce n'est pas prononcé par l'officier de l'état civil. Tendant *uniquement* à la dissolution du mariage, elle n'a plus d'objet dès que le mariage se trouve dissous par la mort de l'un des époux. Quant à la maxime romaine: *Actiones, quæ morte vel tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent*, elle est étrangère au droit moderne.

Peut-être l'époux offensé, si c'est lui qui a survécu, ou ses héritiers, s'il est prédécédé, auraient-ils un intérêt pécuniaire à intenter ou à continuer l'action afin de profiter des déchéances édictées par les art. 299, 386 et 1518 contre l'époux coupable. Mais ces déchéances ne sont aucunement l'objet de l'action en divorce ; elles ne sont que des *conséquences légales du divorce*

prononcé par l'officier de l'état civil, prononciation qui ne se conçoit pas entre deux époux dont l'un serait décédé. Ainsi que le dit Laurent, il ne saurait y avoir quelque effet du divorce, alors qu'il n'y a pas de divorce ⁽¹⁾. Aix, 24 octobre 1894, D. 1896, 2, 449. Comp. Bruxelles, 2 janvier 1902, P. 1902, 2, 63.

II. — *Modes de preuve.*

454. **Principe.** La preuve des faits matériels qui servent de fondement à la demande en divorce demeure, en principe, soumise aux règles du droit commun. Le juge peut donc admettre des présomptions humaines. Liège, 30 mars 1898, P. 1898, 2, 271. Mais il existe quelques règles exceptionnelles.

455. **Preuves interdites.** L'*aveu* et le *serment* ne peuvent servir de modes de *preuve* dans les matières où le simple consentement des parties ne peut pas remplacer la sentence du juge. Si les époux veulent divorcer de commun accord, il faut qu'ils remplissent les épreuves et subissent les effets du divorce par consentement mutuel, tels qu'ils sont réglés par la loi. Bruxelles, 17 juillet 1889, P. 1889, 2, 408.

Si l'aveu du défendeur doit être repoussé comme preuve complète, il peut être admis comme simple *complément de preuve*. C'est ce qui résulte de l'art. 244 qui exige qu'il soit dressé procès-verbal des aveux de l'une ou de l'autre partie; à quoi bon conserver les traces d'un aveu que le tribunal ne pourrait aucunement prendre en considération? Trib. Bruxelles, 3 janvier 1903, P. 1903, 3, 155 et 157.

456. **Témoignages admis à titre exceptionnel.** Contrairement au droit commun des art. 268 et 283 c. proc., il n'y a que les *descendants* des époux qui puissent être *reprochés*. Les

⁽¹⁾ La seule ressource pour les héritiers de l'époux offensé est d'intenter une nouvelle demande judiciaire, une action en révocation des libéralités reçues par l'époux coupable; mais il faut pour cela qu'ils se trouvent encore dans le délai fixé par l'art. 957 pour l'exercice de l'action révocatoire du chef d'ingratitude.

ascendants, les collatéraux et les domestiques ne peuvent l'être. Art. 251.

457. **Production de lettres confidentielles.** Malgré la règle traditionnelle selon laquelle une lettre missive ne peut être produite en justice sans l'assentiment de son auteur et du destinataire, la jurisprudence autorise en notre matière la production des lettres confidentielles écrites par l'un des conjoints ou par un tiers, à la seule condition que la partie qui veut s'en prévaloir n'ait pas employé un moyen *illicite* pour se les procurer. Liège, 10 janvier 1889, J. L. 1889, p. 27; Bruxelles, 15 juillet 1899, P. 1900, 2, 5; Trib. Bruxelles, 9 juin 1906, B. J. 1906, col. 793; D. 1903, 1, 555, note, col. 2.

Le droit du mari sous ce rapport est plus étendu que celui de la femme. L'autorité maritale lui permet de contrôler et d'intercepter la correspondance de sa femme. Il peut dès lors se procurer des preuves tirées de cette correspondance, par des moyens qui seraient illicites s'ils étaient employés par sa femme vis-à-vis de lui. Bruxelles, 19 juin 1909, P. 1909, 2, 313; D. 1908, 1, 50, note 1; *R. trim.*, 1910, p. 411.

§ 3. — DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES QUI
PEUVENT ÊTRE PRISES DURANT L'INSTANCE.

458. **Généralités.** Le mariage subsiste toujours; il doit continuer dès lors à produire ses effets. Il n'y avait pas de raison pour le législateur de décider d'une *manière générale* que les divers effets du mariage seraient suspendus dès le jour de l'introduction de l'instance en divorce. En principe donc, quel que soit son rôle dans le procès, demandeur ou défendeur, le mari conserve l'autorité maritale, l'exercice de la puissance paternelle et tous les droits pécuniaires qui dérivent de ses conventions matrimoniales. D. 1907, 2, 114, note, col. 1.

Toutefois l'état de guerre que la demande en divorce déclare entre les époux commandait au législateur d'autoriser la justice à ordonner certaines mesures provisoires concernant la cohabitation des époux et la garde des enfants, et d'autoriser la femme

à pratiquer des mesures conservatoires de ses intérêts pécuniaires. De là les art. 267 à 269, relatifs à la résidence de la femme et à l'éducation des enfants, et l'art. 270, relatif à l'apposition des scellés sur les effets de la communauté.

I. — *Mesures provisoires concernant les personnes* ⁽¹⁾.

A. — Résidence et pension alimentaire des époux.

Art. 268 et 269.

459. **Mesures en faveur de la femme.** La femme, demanderesse ou défenderesse, peut quitter le domicile du mari pendant la poursuite et demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Art. 268.

I. *Résidence de la femme.* Il est clair que si le mari et la femme se sont accordés pour désigner la résidence, le tribunal n'a pas à intervenir à cette fin; l'ordre public n'est nullement intéressé au mode de désignation de la résidence de la femme demanderesse ou défenderesse en divorce. Bruxelles, 23 mai 1908, P. 1908, 2, 231. Ce n'est que dans le cas de contestation que la femme doit faire désigner par le tribunal la maison dans laquelle elle sera tenue de résider ⁽²⁾.

La résidence assignée à la femme forme pour elle un *domicile provisoire* où le mari doit lui notifier les actes de la procédure (supra n° 185). Bruxelles, 21 décembre 1892, P. 1893, 2, 128.

La femme a l'obligation de justifier de sa résidence dans la maison qui lui a été indiquée par le tribunal toutes les fois qu'elle en est requise par son mari. A défaut de cette justification, le mari peut lui refuser le paiement de la pension alimentaire, et lui oppo-

⁽¹⁾ Les dispositions des art. 267 et 268 qui attribuent au *tribunal* la connaissance de ces mesures ne sont pas exclusives de la compétence du *juge des référés* dans les cas *urgents*. Art. 806 c. proc. et 11 de la loi du 25 mars 1876. Bruxelles, 19 juillet 1906, P. 1907, 2, 185; Liège, 26 mai 1909, P. 1909, 2, 321.

⁽²⁾ Cette désignation peut toujours être modifiée par le tribunal. Trib. Bruxelles, 4 juillet 1901, P. 1902, 3, 186.

ser, si elle est demanderesse, une *fin de non procéder* qui l'empêchera de poursuivre le procès aussi longtemps qu'elle n'aura pas régularisé sa situation en réintégrant la résidence dont il s'agit ou en faisant agréer par le tribunal les motifs qui en expliquent l'abandon. Le défaut de résidence de la femme ne peut entraîner qu'une simple *suspension* de sa poursuite; il n'a jamais pour conséquence d'en entraîner la *déchéance*. Bruxelles, 21 décembre 1886, P. 1887, 2, 64; R. trim., 1907, p. 595.

II. *Pension alimentaire due à la femme*. Conformément au droit commun en matière d'obligation alimentaire, la femme ne peut réclamer une pension provisoire que *s'il y a lieu*, c'est-à-dire si elle est sans ressources suffisantes. Bruges, 18 novembre 1895, P. 1896, 3, 103; Cass. fr., 6 juin 1905, D. 1906, 1, 76.

La pension doit comprendre une provision *ad litem*; on entend par là les fonds nécessaires pour faire l'avance des frais de justice et la consignation des honoraires de son avocat. C'est là, en effet, un *besoin* qui provient de la situation où la femme se trouve. Gand, 26 mars 1902, P. 1902, 2, 357; D. 1901, 2, 181, note 1.

460. **Injonction au mari de quitter le domicile commun.** D'ordinaire l'intérêt de la femme est de quitter le domicile commun. Mais il peut arriver que son intérêt soit d'y rester, séparée de son mari. Le tribunal peut-il, sur sa demande, ordonner qu'elle restera au domicile conjugal et que son mari devra le quitter?

On aurait tort de conclure du silence de nos textes que cette mesure ne peut jamais être prise, comme attentatoire en elle-même à l'autorité maritale. Il nous paraît indubitable que l'art. 268 consacre implicitement, en l'appliquant au cas le plus usuel, cette décision que le devoir de cohabitation des époux est suspendu pendant l'instance en divorce et que le tribunal en règle la suspension de la manière la plus opportune. Trib. Bruxelles, 25 novembre 1905, B. J., 1906, col. 57.

Mais cela ne suffit pas pour que la mesure en question soit possible dans tous les cas où la femme y a intérêt. Le tribunal trouve bien dans notre art. 268 le pouvoir de suspendre l'autorité du mari sur la *personne* même de la femme, mais il ne trouve dans

aucun texte le pouvoir de suspendre le droit de propriété du mari sur son *patrimoine à lui*, ni les droits qui lui appartiennent, en vertu de ses conventions matrimoniales, sur les *biens de la communauté* et sur les *biens personnels de sa femme* ⁽¹⁾. A nos yeux, la légalité de la mesure de l'expulsion du mari suppose essentiellement que la jouissance de la maison conjugale appartient séparément à la femme, d'après le régime établi en son contrat de mariage. Comp. Bruxelles, 29 janvier 1902, P. 1902, 2, 253; Cass. fr., 25 février 1901, P. 1903, 4, 22.

461. **Mesures en faveur du mari.** L'art. 268 n'étant pas *limitatif*, mais l'expression de cette règle que le devoir de cohabitation se trouve suspendu pendant l'instance en divorce, il faut décider que le mari peut demander que la femme soit tenue de quitter le domicile commun et d'aller résider là où le tribunal le jugera convenable. Bruxelles, 10 juillet 1899, P. 1900, 2, 85.

Le mari peut aussi exiger une provision *ad litem*, s'il n'a pas de ressources suffisantes pour soutenir le procès. Son droit résulte du principe de l'art. 212 que les époux se doivent mutuellement des secours, et du fait que ses *besoins* se trouvent augmentés par le procès dans lequel il est engagé. Liège, 23 janvier 1894, P. 1894, 2, 147, et 14 décembre 1909, J. L. 1910, p. 36.

B. — Garde des enfants.

Art. 267.

462. **Exception au principe de l'art. 373.** En principe, c'est au *mari* seul, demandeur ou défendeur, que les enfants doivent rester pendant l'instance. Toutefois le tribunal peut, sur la demande de la mère, de la famille ou du ministère public, ordonner que les enfants ou quelques-uns d'entre eux seront confiés à la *mère* ou à une *tierce personne*. Le tribunal ne doit s'inspirer, dans cette question, que du plus grand avantage des enfants. Art. 267.

(1) Sur quelle disposition légale le tribunal pourrait-il s'appuyer pour empêcher le mari de dire à la femme: la maison est à moi, c'est à vous d'en sortir?

L'art. 267 n'accorde pas le droit d'intervention à *tout membre* de la famille, mais seulement à la *famille*. Celle-ci n'a d'autre représentant légal que le *conseil de famille* dont le titre de la tutelle règle la composition et le fonctionnement. Trib. Bruxelles, 22 juillet 1899, P. 1899, 3, 302.

II. — *Mesures conservatoires relatives aux biens.*

Art. 270 et 271.

463. **Mise sous scellés et inventaire du mobilier commun.**

L'art. 270 accorde à la femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse, le droit d'exiger la mise sous scellés et l'inventaire des effets mobiliers de la communauté, partout où ils se trouvent. Liège, 28 décembre 1909, J. L. 1910, p. 305. Les scellés levés et l'inventaire dressé, le mari reprend la possession des effets communs, mais a la charge, dit le texte, de représenter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire.

Le but de cet article n'est pas seulement d'autoriser la femme à s'assurer la constatation exacte de l'avoir de la communauté; il est principalement de lui permettre de paralyser, pendant tout le procès, les *pouvoirs de disposition* que le droit commun de l'art. 1421 attribue au mari sur le mobilier commun. Aussi la finale de l'article ne doit-elle pas être envisagée comme laissant au mari la libre alternative de conserver les meubles en nature ou de les vendre sauf à répondre de leur valeur. Elle n'a vraiment qu'un seul objet: le constituer *gardien judiciaire* du mobilier inventorié comme d'un mobilier saisi; cette qualité de gardien avec les conséquences spéciales qu'elle peut entraîner, il la conservera jusqu'à la fin du procès. Art. 1962. Liège, 20 juillet 1900, J. L. 1900, p. 236 et 273; Trib. Bruxelles, 7 juillet 1894, B. J. 1895, col. 1288.

464. **Controverse.** L'art. 270 a fait naître deux difficultés. Il ne parle que de la femme commune en biens; peut-il être invoqué par la femme *non commune* ou *dotale*, pour faire apposer les scellés sur les meubles qui lui appartiennent et dont le mari a

la jouissance en vertu de ses conventions matrimoniales? Il ne parle que de l'apposition des scellés et de l'inventaire; la femme peut-elle avoir recours à d'autres mesures conservatoires de ses droits pécuniaires, telles que des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de la communauté ou du mari? Ces deux questions peuvent se résumer en une: l'art. 270 est-il limitatif?

Les uns lui reconnaissent ce caractère, en s'attachant rigoureusement au principe que les divers effets du mariage ne sont pas suspendus durant l'instance en divorce. Trib. Bruxelles, 30 mai 1906, P. 1907, 3, 18; Bruxelles, 11 novembre 1909, P. 1909, 2, 414. Les autres, adoptant la même interprétation que pour l'art. 268, considèrent que l'objet de l'art. 270 est de consacrer, en l'appliquant au cas le plus intéressant, cette règle que la femme qui plaide en divorce peut prendre ou provoquer toutes mesures conservatoires quelconques de ses intérêts pécuniaires. Ils argumentent à fortiori de l'art. 869 c. proc. qui statue à l'égard de la femme demanderesse en séparation de biens; il semble, en effet, que la femme, demanderesse ou défenderesse en divorce, doit pouvoir se protéger contre la haine ou la cupidité de son mari, aussi bien que la femme qui ne poursuit qu'une simple séparation de biens ⁽¹⁾. Trib. Liège, 4 juin 1908, P. 1908, 3, 158; Bruxelles, 2 juillet 1909, B. J. 1910, col. 129.

465. **Application de l'action Paulienne.** Durant l'instance en divorce, la femme n'a aucun moyen légal d'empêcher le mari d'aliéner les immeubles de la communauté ou de contracter de nouvelles dettes à la charge de la communauté. Elle doit attendre que le divorce soit prononcé; elle attaquera alors les aliénations et les obligations que le mari aurait consenties *en fraude* de ses droits. Art. 271.

L'art. 271 est au fond entièrement *inutile*, bien qu'il ait les allures d'une disposition exceptionnelle. Sous le régime de communauté, en effet, la femme se trouve vis-à-vis du mari dans la

(1) Il est un moyen facile d'éviter la difficulté: il suffit que la femme qui plaide en divorce introduise parallèlement une demande en séparation de biens et conclue à l'application *directe* de l'art. 869 c. proc.

situation d'un créancier en face de son débiteur. Or il est de principe, d'après l'art. 1167, que les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Étant admis que l'art. 271 n'est qu'une application anticipée du principe de l'art. 1167, il faut décider que la femme divorcée devra se soumettre à toutes les conditions ordinaires de l'action Paulienne, comme elle pourra exercer cette action même contre des actes antérieurs à l'ordonnance dont il est question au texte. Trib. Bruxelles, 10 juin 1903, P. 1903, 3, 296. *Comp. R. trim.*, 1910, p. 423.

§ 4. — DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN DIVORCE.

466. **Définition.** On entend par fins de non-recevoir les moyens que l'époux défendeur peut opposer à la demande, non pas pour contester les faits qu'on lui reproche, mais pour faire écarter la demande, quoique ces faits soient prouvés ou susceptibles de l'être.

Le code ne mentionne qu'une seule fin de non-recevoir: la *réconciliation* des époux. En existe-t-il d'autres? On va l'examiner ci-après.

I. — *Réconciliation des époux.*

Art. 272 à 274.

467. **Fondement et portée de l'art. 272.** L'art. 272 n'est qu'une application du principe qu'il nous est toujours permis de renoncer à un droit établi uniquement en notre faveur. La réconciliation éteint l'action en divorce parce qu'elle implique le *pardon* par l'époux offensé et par suite sa *renonciation au droit de demander le divorce* (1). Cass., 23 mai 1872, P. 1872, 1, 348.

Le pardon pour être efficace doit avoir été donné librement et en parfaite connaissance de cause. Paris, 23 juin 1909, D. 1910,

(1) Selon les cas, la non-comparution du demandeur à un acte de la procédure peut être interprétée comme impliquant renonciation à l'action. Arg. de l'art. 266. Bruxelles, 4 avril 1905, P. 1906, 2, 200.

2, 143. Il n'éteint donc l'action en divorce que quant aux griefs qui étaient *connus* de l'époux offensé au moment où il a consenti à pardonner. Liège, 18 janvier 1899, J. L. 1899, p. 65; Bruxelles, 26 juin 1906, P. 1906, 2, 287.

Le pardon peut être accordé expressément ou tacitement; les tribunaux apprécient souverainement les faits d'où peut résulter le pardon tacite. Cass., 22 novembre 1906, P. 1907, 1, 49. Ces faits ne doivent laisser aucun doute sur la volonté de l'époux offensé, puisqu'il s'agit d'en déduire une *renonciation* à l'action. Gand, 12 avril 1907, P. 1908, 2, 24; Verviers, 15 janvier 1908, P. 1908, 3, 145. On décide généralement que le simple fait de la vie en commun n'est pas, à défaut de circonstances qui en précisent la portée, un élément suffisamment caractéristique de la réconciliation. Bruxelles, 24 janvier 1906, P. 1906, 2, 145; Douai, 18 mars 1907, D. 1907, 2, 294.

468. **Preuve du pardon.** L'époux défendeur qui invoque le pardon comme fin de non-recevoir doit en prouver l'existence. *Reus in exceptione fit actor*. Cette preuve il peut la faire par tous moyens, même par simples présomptions humaines. Art. 274. Cass., 30 avril 1896, P. 1896, 1, 172; Bruxelles, 5 février 1909, P. 1909, 2, 153. L'aveu et le serment ne sauraient inspirer ici la même méfiance que lorsqu'il s'agit d'établir les faits servant de base à la demande; aussi aucun texte n'empêche-t-il de les recevoir comme modes de preuve.

469. **Rétractation du pardon.** Le pardon est *conditionnel de sa nature*. Dès que l'époux coupable retombe dans de nouvelles fautes, le pardon s'efface et les anciens torts revivent. Art. 273. Les fautes nouvelles peuvent servir de base à une nouvelle demande en divorce quoiqu'elles ne soient pas assez graves par elles-mêmes et à elles seules pour la motiver; on leur joint les fautes anciennes, pour les apprécier toutes ensemble. C'est en ce sens qu'il faut entendre la seconde disposition de l'art. 273, autrement elle serait absolument superflue. Bruxelles, 16 mars 1901, P. 1902, 2, 80.

Il est clair d'ailleurs que des torts *tout à fait minimes* ne sau-

raient avoir pour effet d'annihiler le pardon accordé et la renonciation qui en était la conséquence.

II. — *Réciprocité des torts.*

470. **Principe.** Les art. 229, 230 et 231 disposent que l'adultère, les excès, sévices ou injures graves sont pour les époux des causes *réci-proques* de divorce. Lors donc que l'un des époux invoque et établit l'existence de l'une de ces causes, il est fondé à obtenir le divorce, à moins qu'un autre texte ne lui retire le droit qu'il tient de ces articles. Or aucun texte ne déclare la demande en divorce non-recevable à raison de la réciprocité des torts. Donc cette fin de non-recevoir n'existe pas. Cass., 22 novembre 1906, P. 1907, 1, 49; Bruxelles, 5 février 1909, P. 1909, 2, 153.

Il serait sans doute injuste, quand les époux sont également coupables, que l'un d'eux obtint seul le divorce et fit encourir à son conjoint les déchéances qui en résultent sans les subir lui-même. Mais il y a un moyen facile d'éviter ce résultat: que le défendeur réponde à la demande de son conjoint en l'actionnant lui-même en divorce. Le tribunal saisi des deux actions pourra les admettre l'une et l'autre, et par suite chacun des époux encourra les déchéances attachées par la loi à la prononciation du divorce. Bruxelles, 2 janvier 1902, P. 1902, 2, 63.

471. **Tempérament.** Le principe que la réciprocité des torts ne constitue pas une fin de non-recevoir contre l'action en divorce, ne fait pas obstacle à ce que le tribunal prenne en considération les torts respectifs des parties pour apprécier le *degré de gravité des sévices ou des injures* sur lesquelles le demandeur fonde son action. Au nombre des circonstances dont on a parlé sous l'art. 231, il faut placer la conduite du demandeur lui-même qui peut avoir provoqué les torts du défendeur. Trib. Liège, 27 novembre 1901, P. 1902, 3, 253; Trib. Bruxelles, 22 juillet 1910, B. J. 1910, col. 1145.

Ce système de compensation ou, pour mieux dire, de *circonstances atténuantes*, n'est jamais admissible au cas d'*adultère*, parce que la loi ne subordonne pas à la *gravité* de l'adultère le

succès de la demande en divorce fondée sur cette cause, et ne laisse par suite aucune place à l'appréciation des juges. Liège, 21 décembre 1888, P. 1889, 2, 180; Bruxelles, 27 mars 1908, P. 1908, 2, 287. Comp. B. J. 1909, col. 849.

III. — *Prescription.*

472. **Inapplicabilité de la prescription.** Ordinairement les faits qui servent de base à la demande en divorce constituent de véritables délits de droit pénal. On s'est demandé si le défendeur ne pourrait pas échapper à l'action en invoquant la prescription civile établie par la loi du 17 avril 1878, sur la procédure pénale. La négative est certaine, par la raison que cette prescription ne s'applique pas à toutes les actions civiles qui sont nées du délit, mais seulement à celle qui, fondée sur l'art. 1382, a pour objet la réparation du dommage causé par l'infraction. Trib. Bruxelles, 20 juin 1885, P. 1885, 3, 340.

IV. — *Absence ou démente de l'époux coupable.*

473. **Cas de l'absence.** On admet généralement que l'incertitude sur l'existence de l'époux coupable n'est pas une cause de non-recevabilité de l'action en divorce. Verviers, 1^{er} février 1905, J. L. 1905, p. 53.

474. **Cas de la démente** (1). Il est de jurisprudence que l'action en divorce n'est point recevable contre un aliéné, bien que les faits sur lesquels elle est fondée soient *antérieurs* à son état de démente et par conséquent à son irresponsabilité. Cass., 7 mars 1907, P. 1907, 1, 154.

(1) Il est universellement reconnu que l'action en divorce ne peut être intentée *du chef d'un aliéné*. Elle ne saurait l'être par l'aliéné lui-même, à raison de son état mental; elle ne saurait l'être non plus par son représentant légal, à raison de la nature même du droit dont il s'agit. Quelque graves qu'aient été les fautes du conjoint, l'action en divorce reste donc nécessairement suspendue pendant toute la maladie de l'aliéné. Trib. Bruxelles, 22 février 1896, P. 1896, 3, 138.

Ce n'est pas notre opinion. Le code accorde à l'époux offensé le *droit* de recouvrer sa liberté, art. 147, 227, 2^o, et 229 et suiv. cbn.; et ce droit il ne le paralyse provisoirement ou définitivement que dans certains cas déterminés, art. 269 et 272. Il n'existe aucun texte qui dispose que l'action en divorce *sommeille* pendant la *maladie physique ou mentale* de l'époux coupable. Il en faudrait un pour que les tribunaux eussent le pouvoir de suspendre l'exercice d'un droit fondé sur les dispositions précises de la loi.

Si l'époux coupable ne peut répondre à l'action ni par lui-même, sa maladie l'empêchant de comparaître devant les juges, ni par son représentant légal, celui-ci n'ayant point qualité à cet effet, il sera jugé *par défaut*, conformément au droit commun. Art. 149 et 150 c. proc. Ce n'est pas à dire que le demandeur obtiendra le divorce *sans preuve*! Le ministère public et le tribunal lui-même devront *vérifier* d'office les motifs de sa demande. Art. 246 à 257.

§ 5. — DE LA PRONONCIATION DU DIVORCE.

Art. 264 à 266.

475. **Effet du jugement.** Le divorce ne résulte pas de plein droit du jugement ou de l'arrêt qui le permet. L'œuvre du juge a besoin d'être complétée par celle de l'officier de l'état civil. La sentence qui donne gain de cause au demandeur se borne à *admettre* ou *autoriser* le divorce, elle ne le *prononce* pas; le demandeur doit en requérir la prononciation par l'officier de l'état civil. C'est cet officier qui noue le lien du mariage, c'est lui qui doit le dénouer!

476. **Qui peut requérir la prononciation et dans quel délai.** Contrairement au droit commun d'après lequel les jugements appartiennent également à toutes les parties en cause, ce n'est qu'à la *partie qui a triomphé* qu'il appartient de requérir la prononciation du divorce. Art. 264.

Contrairement au droit commun d'après lequel on peut différer

pendant trente ans l'exécution d'un jugement qu'on a obtenu, l'époux en faveur duquel le divorce a été admis doit *se présenter* endéans les deux mois devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce, l'autre partie dûment appelée. Art. 264. Ces deux mois ne courent qu'à compter du jour où la sentence judiciaire est devenue *irrévocable* ⁽¹⁾. Art. 263 et 265.

Le délai imparti par les art. 264 et 265 est un délai fatal. Mais il faut bien observer que ce qui doit être fait dans ces deux mois, ce n'est pas la *prononciation* même du divorce, mais la *réquisition* à l'officier de l'état civil de le prononcer. Le demandeur conserve le bénéfice du jugement qu'il a obtenu dès qu'il a fait les diligences nécessaires dans le délai de la loi. Gand, 13 novembre 1897, P. 1898, 2, 77.

477. Effet de l'expiration du délai. Le demandeur qui laisse expirer le délai déterminé par les art. 264 et 265 sans avoir fait les diligences nécessaires, est déchu du bénéfice du jugement qu'il a obtenu, et son inaction est considérée comme un *pardon tacite*. Art. 266.

Il faut appliquer à ce pardon tacite toutes les règles qui ont été exposées sous les art. 272 et 273. La *cause nouvelle* qui, selon l'art. 266, peut motiver la reprise de l'action en divorce peut donc consister dans des faits identiques à ceux qui ont été *précédemment* invoqués par l'époux demandeur, soit que ces faits aient été commis après le jugement qui a admis le divorce, soit que ces faits aient été commis antérieurement *s'ils n'ont pas été connus du demandeur*. Trib. Liège, 24 décembre 1897, J. L. 1898, p. 46.

478. Officier compétent. L'art. 264 se borne à dire que le divorce doit être prononcé par *l'officier de l'état civil*. Il ne semble pas que l'emploi de l'article défini, *l'officier*, au lieu de

(1) L'officier de l'état civil ne peut donc prononcer un divorce à la suite d'un arrêt de cour d'appel rendu par défaut qu'après l'expiration du délai pour le pourvoi en cassation. Bruxelles, 2 janvier 1907, P. 1907, 2, 84.

l'article indéfini, *un* officier, révèle suffisamment la volonté du législateur d'établir une règle spéciale de *compétence personnelle*, et de déroger ainsi au principe que la compétence de l'officier de l'état civil est indépendante du domicile des intéressés. La jurisprudence est cependant fixée en sens contraire. Elle décide que le seul officier de l'état civil compétent pour prononcer le divorce est celui du domicile des époux au moment de l'intentement de l'action. Cass., 20 mars 1905, P. 1905, 1, 162. Comp. *R. crit.*, 1886, p. 227.

479. **Prononciation du divorce.** Le divorce ne peut être prononcé qu'*en présence de l'époux demandeur* et qu'après que l'époux défendeur a été *appelé* ⁽¹⁾ devant l'officier de l'état civil par exploit d'huissier. Art. 264.

L'officier de l'état civil déclare au nom de la loi que le mariage est dissous, et il dresse acte de la comparution du demandeur et du prononcé de la dissolution, dans la forme ordinaire des actes de l'état civil.

SECTION 2. — Du divorce par consentement mutuel.

§ 1. — DES CONDITIONS REQUISES POUR L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE.

Art. 275 à 280.

480. **Age des époux.** Il faut que le mari ait plus de vingt-cinq ans, la femme plus de vingt-un ans et moins de quarante-cinq. Art. 275 et 277.

481. **Durée du mariage.** Il faut que le mariage ait duré plus de deux ans et moins de vingt. Art. 276 et 277.

482. **Consentement des ascendants.** Il faut que les époux soient autorisés par leurs père *et* mère ou, à leur défaut, par les

(1) L'autre partie n'est dûment appelée que par exploit d'huissier. Mais il n'y a aucune raison de droit qui commande de lui laisser le délai des *ajournements* pour comparaître. Comp. Gand, 13 novembre 1897, P. 1898, 2, 77.

aïeuls *et* aïeules. Art. 278. L'autorisation ne peut-être donnée que par acte authentique, de la manière déterminée par l'art. 283, 3^o.

Il résulte du rapprochement des art. 283, 3^o, 285 et 289 avec l'art. 278 que le seul but de la finale de cet article est d'exprimer que si les père *et* mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls *et* aïeules les remplacent. Il n'y a jamais lieu d'appliquer ici les règles du titre du mariage relatives au *dissentiment* entre les père et mère ou entre les aïeuls et aïeules.

Les père et mère, les aïeuls et aïeules, dit l'art. 283, in fine, sont présumés vivants jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès. Cette disposition signifie que la preuve du décès d'un ascendant ne peut être administrée que selon les règles du titre des actes de l'état civil. Il n'est jamais permis d'appliquer par analogie les règles *exceptionnelles* écrites au titre du mariage. De même l'absence d'un ascendant ne peut être établie par un simple acte de notoriété. Liège, 3 septembre 1900, J. L. 1900, p. 265.

483. **Actes émanés des époux.** Il faut que les époux aient dressé divers actes :

1^o Inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles. Art. 279.

2^o Acte de liquidation de leurs droits respectifs, c'est-à-dire des droits résultant de leur contrat de mariage et des libéralités qu'ils s'y étaient faites. Art. 279. Ce texte écarte la prohibition des pactes sur succession future en permettant aux époux de transiger sur tous leurs droits respectifs, sans faire de réserve quant aux gains de survie et aux institutions contractuelles.

3^o Acte de leur accord sur ces trois points : *a*) à qui les enfants nés de leur union seront confiés pendant le temps des épreuves et après le divorce prononcé ; *b*) dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves ; *c*) quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas des revenus suffisants pour subvenir à ses besoins. Art. 280.

La loi n'exige point que ces divers actes soient passés en forme authentique. Ils acquièrent d'ailleurs un caractère de certitude par le dépôt que les époux doivent en faire eux-mêmes entre les mains des deux notaires qui remplacent le greffier auprès du président du tribunal lors des quatre épreuves prescrites par la loi. Art. 283.

§ 2. — DE LA PRONONCIATION DU DIVORCE.

Art. 290 et 294.

484. **Intervention du tribunal.** La procédure du divorce terminée, le tribunal doit vérifier d'office, le ministère public entendu, si toutes les conditions, formalités et épreuves prescrites par la loi ont été régulièrement remplies. Liège, 2 avril 1896, J. L. 1896, p. 139. Dans l'affirmative, il doit admettre le divorce et renvoyer les époux devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. Art. 289 et 290.

485. **Délai de la prononciation du divorce.** L'art. 294 veut que dans les vingt jours du jugement les époux se présentent ensemble et en personne devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce. Ce délai passé, le jugement doit être considéré comme non avenu.

486. **Prononciation du divorce.** La prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, en présence des deux parties, est constatée par un acte dressé dans les formes ordinaires des actes de l'état civil.

SECTION 3. — Des effets du divorce.

§ 1. — GÉNÉRALITÉS.

Art. 227, 2^o, et 304.

487. **Date des effets du divorce.** Les différents effets du divorce ont un point de départ unique et précis: la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. Art. 227, 2^o. *Ils ne rétroagissent point*, pas même au jour du jugement d'admission. Namur,

6 juin 1900, J. L. 1907, p. 118. De là diverses conséquences dont les plus notables sont celles-ci :

1^o *L'incapacité de la femme* ne cesse qu'à l'instant de la prononciation du divorce.

2^o Le *devoir de fidélité* subsiste jusqu'à ce moment. La femme qui l'aurait violé aurait commis le délit d'adultère. Art. 387 c. p.

3^o Le délai de dix mois, dit *délai de viduité*, ne court que du jour de la prononciation du divorce.

4^o Il en est de même du délai de trois cents jours établi par l'art. 315 pour la *légitimité* des enfants nés après la dissolution du mariage.

5^o Les *conventions matrimoniales* des époux ne sont dissoutes qu'au moment de la prononciation du divorce.

6^o Si l'un des époux meurt avant, il meurt marié, son conjoint recueille les *droits héréditaires* attachés au titre d'époux, et la prononciation du divorce est impossible.

488. **Indépendance réciproque des époux divorcés.** Le divorce met fin à *tous les droits et tous les devoirs* résultant du mariage, sans distinction entre les deux conjoints.

La femme perd le droit de porter le nom de son mari, et celui-ci ne peut plus continuer à joindre à son nom le nom de sa femme.

489. **Faculté de se remarier.** Aux yeux de la loi, les divorcés ne sont plus époux ; ce sont d'anciens époux qui ont recouvré l'un et l'autre une pleine liberté. Les divorcés sont donc libres de contracter chacun de son côté une nouvelle union.

Depuis la loi du 8 février 1906 qui a remplacé l'art. 295 du code, les divorcés peuvent se remarier entre eux. En ce cas, ils ne sont tenus d'observer, ni le délai de trois ans fixé par l'art. 297, ni même le délai fixé par les art. 228 et 296, si l'épouse n'a pas contracté dans l'intervalle un autre mariage dont la dissolution remonte à moins de dix mois. Dans l'acte du remariage, l'officier de l'état civil devra énoncer le lieu et la date de la première union.

490. **Situation des enfants.** Les enfants issus du mariage

dissous par le divorce, conservent, avec leur qualité d'*enfants légitimes*, tous les droits et tous les devoirs attachés à cette qualité. Art. 304. Ce point allait de soi, puisque le divorce laisse intacts tous les effets que le mariage a produits dans le passé.

Mais le divorce des parents soulève plusieurs questions relatives à l'exercice de la puissance paternelle *sensu lato* sur les enfants. Pour l'instant il suffit de dire que le divorce laisse subsister la puissance paternelle et peut seulement entraîner quelques modifications à son exercice selon les dispositions des art. 280, 1^o, 302 et 303.

§ 2. — DES EFFETS SPÉCIAUX AU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

I. — *Empêchements de mariage.*

491. **Renvoi.** Les dispositions des art. 296 et 298 ont été expliquées dans la matière du mariage (supra nos 281 et 282).

II. — *Déchéance pécuniaire infligée à l'époux coupable.*

Art. 299 et 300.

492. **Nature de la disposition de l'art. 299.** L'époux coupable perd tous les avantages que lui avait faits son conjoint, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage. Cette déchéance n'est en définitive qu'une *révocation pour cause d'ingratitude* qui s'opère *de plein droit*, contrairement au droit commun des art. 957 et 1046.

493. **Etendue de la déchéance.** La déchéance s'applique d'abord aux *donations de biens présents ou à venir* que l'époux innocent a faites à l'époux coupable *par le contrat de mariage*. Elle s'applique ensuite aux *donations entre vifs ou testamentaires* que l'époux innocent a faites à l'époux coupable *pendant le mariage*. Il semble que la loi aurait pu se dispenser d'en prononcer elle-même la révocation et laisser ce soin à l'époux offensé, les libéralités entre époux étant essentiellement révocables *ad nutum*. Art. 895 et 1096. La loi a craint que certaines circonstances n'empêchent l'époux offensé d'exercer son droit de

révocation; elle a agi elle-même pour assurer à tout événement le châtiment du coupable.

Il est universellement reconnu que la déchéance ne s'applique pas aux libéralités que l'époux coupable a reçues de l'*innocent* antérieurement au mariage et en dehors du contrat de mariage, ni à celles qu'il a reçues des *parents de l'innocent* même par contrat de mariage ou pendant le mariage. L'art. 299, en effet, est de stricte interprétation. Gand, 31 juillet 1886, P. 1887, 2, 10.

494. **Controverse.** La déchéance prononcée par l'art. 299 s'applique-t-elle aux clauses de communauté conventionnelle qui ont pour résultat d'enrichir l'un des époux au détriment de l'autre?

Les auteurs français enseignent généralement l'affirmative, tout au moins quant aux clauses de partage inégal des biens communs. La jurisprudence belge est fixée en sens contraire, avec raison. C'est qu'il est de principe dans la matière de la communauté que les clauses de communauté conventionnelle ne sont point réputées des stipulations avantageuses entre époux, mais des stipulations à titre onéreux entre associés. Art. 1525 et arg. *a contrario* des art. 1496 et 1527. Là où il n'y a point de stipulation avantageuse, comment peut-il être question d'appliquer une déchéance qui n'atteint que des avantages? Ajoutez que dans l'exposé des motifs de notre titre les avantages de l'art. 299 ont été expressément qualifiés de *libéralités*. Cass. 29 octobre 1874, P. 1875, 1, 7. Comp. S. 1892, 2, 68, note.

Il est cependant une clause de communauté conventionnelle dont la loi fait perdre le bénéfice à l'époux coupable: l'art. 1518 décide implicitement que l'époux contre lequel le divorce est prononcé perd son droit au *préciput* stipulé dans le contrat de mariage. Cette déchéance lui est infligée à titre de *réparation civile*, pour avoir amené, par sa faute, la dissolution anticipée de la communauté, et pour avoir ainsi privé son conjoint des profits que celui-ci pouvait légitimement espérer de la continuation de l'association pécuniaire établie par le contrat de mariage.

495. **Moment où s'opère la déchéance.** La déchéance ne se produit qu'au moment où le divorce est prononcé par l'officier

oui
non

de l'état civil. Il est vrai que l'art. 299 frappe l'époux contre lequel le divorce aura été *admis*; mais l'interprétation de ce texte se trouve dominée par le principe que le divorce n'existe que par l'effet du dictum de l'officier de l'état civil qui le prononce. Art. 264.

496. **Mode d'action de la déchéance.** La déchéance se produit *de plein droit*; il n'est besoin d'aucune déclaration judiciaire ou formalité quelconque. Mais elle n'a *aucun effet rétroactif* à l'égard des tiers qui ont traité avec le donataire. Il faudrait un texte pour la faire rétroagir au préjudice des tiers, et ce texte n'existe pas.

497. **Inutilité de l'art. 300.** L'époux innocent *conserve* les avantages qui lui ont été faits par son conjoint, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu. *Mais rien n'est changé à leur nature, ni à leurs modalités; ils restent après le divorce révocables au gré du donateur ou subordonnés à la condition de survie du donataire, s'ils l'étaient auparavant.*

III. — Pension alimentaire accordée à l'innocent.

Art. 301.

498. **Fondement de l'art. 301.** Le divorce prononcé, il n'y a plus d'époux; le devoir de secours, établi par l'art. 212, ne subsiste donc plus entre les divorcés. Mais le principe de l'art. 1382 devait conduire à tempérer la rigueur de cette solution absolue. Si le mariage avait subsisté, l'époux sans fortune serait resté à l'abri du besoin; ce sont les fautes de son conjoint qui ont amené la rupture anticipée de l'union conjugale. L'art. 301 satisfait à la justice en permettant à l'innocent de réclamer que le coupable soit condamné à lui servir une pension alimentaire à titre d'*indemnité du préjudice matériel* que le divorce lui cause. Cette créance d'aliments ressemble assez bien à celle que le conjoint survivant peut réclamer à charge de la succession du prédécédé, mais elle en diffère essentiellement en ce qu'elle n'a nullement un

caractère d'ordre public. Cass. fr., 28 juillet 1903, D. 1904, 1, 37; *R. trim.*, 1904, p. 549; D. 1908, 2, 297, note.

499. **Condition de la pension.** La pension n'est due à l'innocent que si le divorce le fait tomber *dans le besoin*. S'il n'est pas dans le besoin au jour du divorce, aucune pension alimentaire ne pourra à aucune époque lui être accordée.

D'autre part, l'art. 301 n'exige nullement que l'époux innocent formule sa demande au cours même de l'instance en divorce; elle peut être l'objet d'une instance ultérieure. Trib. Bruxelles, 30 avril 1910, P. 1910, 3, 194.

500. **Montant de la pension.** La pension ne peut jamais excéder le tiers des revenus du coupable.

De ce que l'époux innocent ne peut réclamer de pension alimentaire que s'il était dans le besoin au moment du divorce, il est logique de conclure qu'il ne peut pas demander dans la suite une augmentation de celle qui lui a été allouée, sous prétexte que ses *besoins* se sont accrus.

Mais de ce que la pension alimentaire peut être accordée par un jugement postérieur au jugement d'admission du divorce si les besoins de l'époux existaient à cette époque, il est aussi logique de conclure qu'elle peut être augmentée si les *ressources* du coupable s'accroissent, pourvu qu'elle ait été insuffisante dès l'origine et que les juges n'aient été empêchés d'en attribuer une plus considérable que par la limitation légale au tiers des revenus. Bruxelles, 16 novembre 1899, P. 1900, 2, 284; Trib. Bruxelles, 30 avril 1910, P. 1910, 3, 194.

501. **Cessation ou réduction de la pension.** La pension est révocable, dit l'art. 301, dans le cas où elle cesserait d'être *nécessaire*. Il faut décider de même qu'elle est réductible lorsque les besoins viennent à *diminuer*. Trib. Bruxelles, 20 mai 1902, P. 1904, 3, 84.

L'obligation de servir la pension ne prend pas fin, ni par le second mariage que contracte le créancier (si ce nouveau mariage ne le met pas à l'abri du besoin), Liège, 21 décembre 1898, P. 1899, 2, 197, ni par la mort du débiteur (elle reste proportionnée aux

forces de sa succession). D. 1903, 1, 593, note; R. trim., 1904, p. 164.

IV. — *Amoindrissement de la puissance paternelle du coupable.*

A. — Education des enfants.

Art. 302 et 303.

502. **A qui les enfants sont confiés.** En principe, les enfants doivent être confiés à l'*époux qui obtient le divorce*. Art. 302. Mais ce n'est pas là une règle absolue; le même article réserve au tribunal le pouvoir d'ordonner, *dans l'intérêt des enfants*, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés à l'autre époux, quoique coupable, ou à une tierce personne.

Celui des père et mère qui se voit privé de l'éducation des enfants reste tenu de contribuer, en proportion de ses facultés, aux frais de cette éducation. Art. 303.

503. **Qui peut provoquer la sentence.** Le tribunal ne peut statuer d'office. D'après l'art. 302, ce n'est qu'au *conseil de famille* et au *ministère public* qu'il appartient de demander que les enfants ne soient pas confiés à l'époux qui obtient le divorce. La *famille* à l'art. 302, comme à l'art. 267, désigne non chacun des membres de la famille, mais le *conseil de famille* tel qu'il est organisé au titre de la tutelle. P. 1897, 2, 34, note.

504. **Caractère révocable de la sentence.** Quelle qu'elle soit, la mesure ordonnée est toujours révocable et *susceptible d'être modifiée suivant les circonstances*. C'est, en effet, l'intérêt des enfants qui est le régulateur suprême, selon les termes mêmes de l'art. 302; or cet intérêt peut changer et exiger que le tribunal modifie sa sentence. Trib. Gand, 23 juillet 1902, B. J. 1903, col. 424.

505. **Droit de surveillance des parents.** L'art. 303 prend soin de décider que, quelle que soit la personne à laquelle les enfants sont confiés, les père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation.

Ce droit de surveillance est réservé à l'époux coupable aussi

bien qu'à l'époux innocent. Il implique nécessairement la faculté de visiter les enfants. Sans doute le tribunal a toujours le pouvoir, en vertu de l'art. 302, de *régler les visites* des parents comme il le juge bon pour le plus grand avantage des enfants; mais il ne saurait aller jusqu'à *interdire complètement* au père ou à la mère de voir ses enfants; ce serait violer la disposition précise de notre art. 303. Bruxelles, 16 juillet 1890, P. 1891, 2, 143. Comp. Cass. fr., 7 mai 1900, D. 1901, 1, 452.

L'art. 303 serait vide de sens s'il n'avait pour sanction la faculté de recourir au tribunal pour faire ordonner telle mesure nouvelle ou faire modifier telle mesure prise. Il arrive ainsi que l'époux coupable, qui ne peut prendre de conclusions sur la garde des enfants lorsque le tribunal statue sur l'action en divorce, se trouve fondé à agir dans la suite, en vertu de la disposition précise de notre art. 303. Comp. Liège, 23 juillet 1896, P. 1897, 2, 34; Trib. Bruxelles, 20 février 1908, B. J. 1908, col. 307.

B. — Jouissance légale des biens des enfants.

Art. 386.

506. **Déchéance de l'époux coupable.** Ce n'est pas seulement le droit de diriger l'éducation des enfants qui est perdu pour l'époux coupable, à moins que le tribunal ne le lui restitue provisoirement en vertu de l'art. 302; il subit encore une autre déchéance celle du *droit de jouissance légale* des biens des enfants. Art. 386.

§ 3. — DES EFFETS SPÉCIAUX AU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

I. — *Empêchement de mariage.*

507. **Renvoi.** La disposition de l'art. 297 a été rapportée dans la matière du mariage (supra n° 282).

II. — *Déchéance pécuniaire infligée aux deux époux.*

Art. 305.

508. **Attribution aux enfants.** La *propriété de la moitié des biens* meubles et immeubles de chacun des deux époux est acquise *de plein droit* aux enfants nés de leur mariage, et cela à dater du jour du premier acte de la procédure en divorce. Les père et mère conservent néanmoins la *jouissance* de cette moitié jusqu'à la *majorité* de leurs enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à leur fortune et à leur rang. Art. 305. Trib. Bruxelles, 7 mars 1905, B. J. 1905, col. 555.

Les termes clairs et précis de la loi confèrent aux enfants un véritable *droit de copropriété* sur tous les biens de leurs parents, et non pas seulement un droit de créance à concurrence de la moitié de leur fortune. Les tiers auxquels l'un des époux divorcés viendrait à vendre certains des biens qu'il avait au jour de l'ouverture de la procédure, seraient donc exposés au danger d'éviction. Trib. Bruxelles, 4 avril 1888, P. 1888, 3, 189.

Cette attribution aux enfants constitue un avantage *purement légal*. On ne peut l'assimiler à un acte volontaire de disposition entre vifs auquel s'appliqueraient les art. 843 ou 920. Bruxelles, 28 mars 1898, P. 1898, 2, 254.

III. — *Amoindrissement de la puissance paternelle.*

509. **Rappel de l'art. 280.** Les époux ont dû régler eux-mêmes, par convention préalable, à qui les enfants nés de leur union *seront confiés* après la prononciation du divorce:

Cette convention n'a point privé celui des époux qui n'a pas la garde des enfants du droit de surveiller leur entretien et leur éducation, et du droit de recourir à la justice pour réprimer les abus qui seraient commis. Il faut interpréter l'art. 280 par l'art. 303.

CHAPITRE II. — DE LA SÉPARATION DE CORPS.

510. **Règle d'interprétation.** « Le code régleme la séparation de corps avec une brièveté toute voisine de l'obscurité. » Comment résoudre les nombreuses difficultés qu'il a laissées sans solution ?

Il n'est certes pas permis d'étendre indistinctement à la séparation de corps toutes les dispositions du divorce compatibles avec le maintien du lien conjugal, sous le prétexte que la séparation de corps doit être envisagée comme le *divorce des catholiques*, c'est-à-dire de ceux qui ne veulent pas contracter un nouveau mariage.

Mais il ne faut pas non plus poser en règle absolue qu'on ne peut recourir à aucune des dispositions du divorce pour compléter la législation, *manifestement insuffisante*, de la séparation de corps. L'insertion du chapitre de la séparation de corps dans le titre du divorce suffit à prouver qu'on doit combler ses *lacunes* par celles des règles du divorce qui ne sont pas en opposition avec la nature même de la séparation de corps (supra n° 445) ou avec ce principe général du droit qu'on ne peut pas étendre les causes légales de déchéance d'un cas à un autre.

SECTION 1. — Des causes de séparation.

Art. 306 et 307.

511. **Identité des causes de divorce et de séparation.** Il résulte de l'art. 306 qu'il y a *identité* entre les causes de divorce et les causes de séparation ; il suffit donc de se reporter à l'explication des art. 229 à 232. On doit se garder de croire que la séparation soit plus facile à obtenir que le divorce ; il n'y a pas deux catégories de fautes, les unes de nature à entraîner divorce ou séparation, les autres de nature à n'entraîner que séparation ; le code n'en connaît qu'une seule qui comprend l'adultère, les excès, sévices ou injures graves. La jurisprudence française décide cependant que des faits insuffisants pour faire admettre le divorce

peuvent être jugés assez graves pour justifier la séparation de corps.

L'époux offensé a le droit absolu entre la demande en divorce et la demande en séparation. Mais il ne lui est pas libre d'instaurer successivement les deux demandes s'il échoue dans l'une d'elles, pas plus qu'il ne lui est permis de réclamer le divorce après qu'il s'est décidé pour la séparation de corps et qu'il l'a obtenue. Arg. des art. 306 et 310. Trib. Liège, 11 janvier 1908, B. J. 1908, col. 327.

512. Exclusion du consentement mutuel. La séparation ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Art. 307. Cette disposition signifie deux choses :

1^o Que les juges ne peuvent pas prononcer la séparation de corps sur le fondement du consentement mutuel des époux ;

2^o Que les époux ne peuvent pas non plus faire une convention obligatoire en vertu de laquelle ils seront séparés de corps. Pareille convention et toutes ses clauses accessoires seraient nulles, de nullité absolue.

SECTION 2. — De la demande en séparation.

Art. 307 c. c. et 875 à 880 c. proc.

513. Qui a le droit d'agir. Comme l'action en divorce, l'action en séparation de corps est essentiellement *personnelle* et *intransmissible*. Trib. Bruxelles, 22 février 1896, P. 1896, 3, 138.

514. Modes de preuve. Il y a lieu d'appliquer ici tout ce qui a été enseigné dans la matière du divorce.

515. Mesures provisoires et conservatoires pendant l'instance. I. Il résulte de l'art. 878 c. proc. que c'est au président du tribunal qu'il appartient de fixer la *résidence de la femme* durant l'instance.

La *fin de non-procéder* établie par l'art. 269 ne peut être étendue de la matière du divorce à celle de la séparation de corps. Notre art. 307 et l'art. 879 c. proc. excluent, en effet, l'application de toute règle spéciale de procédure. Gand, 28 juin 1888, B. J. 1889, col. 774 ; Bruxelles, 26 février 1906, P. 1906, 2, 201.

II. Il est de jurisprudence constante qu'on doit étendre à la séparation de corps les règles établies par l'art. 267 sur la *garde des enfants* durant l'instance en divorce. Gand, 23 mai 1891, P. 1892, 2, 97.

III. La jurisprudence admet également que la femme qui plaide en séparation de corps peut prendre ou provoquer toutes les mesures conservatoires qui sont admises durant l'instance en divorce. Trib. Bruxelles, 16 février 1906, P. 1907, 3, 90.

516. **Fins de non-recevoir.** Les dispositions des art. 272 à 274 ne sont, à bien prendre, que des dispositions de droit commun. Aussi est-il universellement reçu qu'on doit les étendre à la séparation de corps.

517. **Prononciation et publicité de la séparation.** C'est le tribunal qui *prononce* la séparation de corps; l'officier de l'état civil n'a pas à intervenir comme en matière de divorce.

A la différence du divorce, la séparation de corps doit toujours être rendue publique dans les formes tracées par l'art. 880 c. proc.

SECTION 3. — Des effets de la séparation de corps et de la persistance du mariage.

§ 1. — EFFETS PRODUITS PAR LA SÉPARATION.

Art. 311.

518. **Date des effets de la séparation.** D'après l'opinion commune, la séparation de corps ne produit ses effets que quand le jugement *est passé* en force de chose jugée, c'est-à-dire après que les délais des voies de recours sont *expirés*. Grenoble, 25 novembre 1902, D. 1903, 2, 56. C'est une erreur; il n'existe aucun texte de notre matière qui déroge à ce principe de procédure civile qu'un jugement a force *actuelle* de chose jugée *tant qu'il n'est pas attaqué*, quoiqu'il puisse l'être. Notamment ce n'est pas le *délai d'appel*, mais seulement l'*appel interjeté* qui a pour effet de remettre en question l'autorité de ce qui a été jugé. Art. 457 c. proc. Cass., 20 novembre 1900, P. 1901, 1, 61.

L'intérêt de cette question peut se présenter particulièrement au sujet des droits successoraux du conjoint survivant.

519. **Cessation du devoir de cohabitation.** C'est là son effet principal. Le mariage n'est pas dissous, mais le lien des corps est rompu, comme l'expression même l'indique. *Divortium a toro et mensa*.

De la cessation du devoir de cohabitation, il résulte que le devoir d'*assistance* vient à cesser également, et aussi que la femme est libre de se choisir un *domicile* et de le déplacer à son gré.

520. **Séparation de biens.** La séparation de corps entraîne toujours comme conséquence légale la séparation de biens. Art. 311. Le régime pécuniaire adopté lors du mariage par les époux est donc dissous et remplacé par celui de la séparation de biens. La femme est remise à la tête de son patrimoine; elle peut faire sans autorisation tous les *actes d'administration* de ses biens. Art. 1449. Ce résultat se produit même lorsque la séparation de corps a été prononcée au profit du mari.

La séparation de biens qui résulte de la séparation de corps en est la *conséquence nécessaire et légale*. Elle se produit donc de plein droit, sans que le tribunal ait à la prononcer et sans qu'il puisse l'empêcher.

La séparation de biens *résultant d'un jugement* remonte, quant à ses effets, au jour de la demande en justice, c'est-à-dire que la communauté est censée avoir été dissoute et le mari avoir perdu tous ses pouvoirs, du jour où la demande en séparation de biens a été formée. Art. 1445, al. 2. En est-il de même de la séparation de biens *résultant de la séparation de corps*? Non, car il n'y a ni texte ni principe qui autorise à admettre ici une *fiction* de rétroactivité. L'art. 1445, al. 2, est spécial à la séparation de biens *demandée* par la femme et *prononcée* par jugement selon les règles des art. 1443 et suiv. D'autre part, le jugement de séparation de corps n'est pas *déclaratif* d'un état préexistant des parties, mais *constitutif* d'un état nouveau pour elles; il n'y a dès lors aucune raison pour qu'il rétroagisse, l'effet ne pouvant précéder

la cause, les conséquences d'un nouvel état ne pouvant se produire avant que cet état soit créé. Verviers, 21 mars 1894, J. L. 1894, p. 122; Bruxelles, 13 juillet 1910, B. J. 1910, col. 983.

521. Cessation du droit héréditaire et du droit à indemnité d'accident de travail. L'art. 1 de la loi du 20 novembre 1896, qui a remplacé l'art. 767 c. c., dispose que tout droit de succession cesse d'exister entre les époux séparés de corps. Il ne fait point de distinction entre l'époux *innocent* et l'époux *coupable*.

L'art. 6 de la loi du 24 décembre 1903, sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail, exclut du droit à l'indemnité qu'il détermine le conjoint survivant séparé de corps. Il ne fait non plus aucune distinction entre l'époux *innocent* et l'époux *coupable*.

522. Déchéance du préciput conventionnel. L'art. 1518 décide pour la séparation de corps comme pour le divorce: l'époux *coupable* perd son droit au préciput stipulé dans le contrat de mariage.

523. Amoindrissement de la puissance paternelle. Comme pour l'art. 267, il est de jurisprudence constante que les art. 302 et 303 peuvent être étendus du divorce à la séparation de corps. Gand, 18 décembre 1873, P. 1874, 2, 129; Cass. fr., 1^{er} août 1883, D. 1885, 1, 206.

Il est d'ailleurs possible de fonder la plupart des décisions que les tribunaux rendent au sujet de la garde des enfants, non sur l'application directe et absolue de l'art. 302, mais sur un principe devenu incontestable aujourd'hui, à savoir que si les tribunaux ne peuvent prononcer la *déchéance* de la puissance paternelle que dans les cas spécialement prévus par la loi, ils ont toujours le pouvoir de remédier, par des *mesures essentiellement provisoires*, aux abus qui seraient commis dans l'*exercice* de la puissance paternelle (renvoi au titre de la puissance paternelle).

Si les art. 302 et 303 se trouvent applicables à la séparation de corps comme au divorce, il n'en est pas de même de l'art. 386 qui enlève le droit de *jouissance légale* à celui des père et mère contre lequel le divorce est prononcé. *R. trim.*, 1902, p. 594.

524. **Limitation de l'art. 299 au seul cas de divorce.**

L'art. 299 peut-il être étendu à la séparation de corps? La jurisprudence française l'admet, par des raisons qui sont plus de législation que de droit positif. Cass. fr., chambres réunies, 23 mai 1845, D. 1845, 1, 225. La jurisprudence belge est fixée dans le sens contraire. Cass., 20 mai 1847, P. 1848, 1, 7; Liège, 24 février 1897, P. 1897, 2, 409. Les deux principales raisons du système belge sont les suivantes:

1^o L'art. 299 prononce une déchéance; or les dispositions qui établissent des déchéances sont essentiellement de droit étroit. Quand le code civil a voulu rendre certaines peines communes au divorce et à la séparation de corps, il a pris soin de s'en exprimer, comme le prouve le rapprochement des art. 298 et 308. On admet unanimement que l'art. 386 ne peut pas être étendu à la séparation de corps; il y a *même raison juridique* de limiter l'application de l'art. 299 au seul cas de divorce.

2^o Il importe peu que le divorce et la séparation de corps résultent des *mêmes fautes*, il existe entre eux une différence profonde: le divorce opère la dissolution du mariage, tandis que la séparation de corps le laisse subsister et ne crée qu'un *état temporaire* destiné à cesser bientôt soit par la réconciliation des époux, soit par le divorce. On comprend que la loi, qui désire le rapprochement des époux, n'ait apporté dans le règlement de leurs intérêts que les changements indispensables et résultant nécessairement de la séparation.

L'art. 299 étant reconnu inapplicable à la séparation de corps, naît la question subsidiaire de savoir si l'époux innocent ne peut pas se fonder sur les art. 953 et 955 pour obtenir *de la justice* la révocation des donations qu'il a faites *par contrat de mariage* à son conjoint. Cette question met en jeu l'interprétation de l'art. 959 qu'on étudiera sous le titre des donations et des testaments. La jurisprudence autorise l'action en révocation, en décidant que cet art. 959 ne s'applique pas aux donations faites par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage. Bruxelles, 26 juin 1899, P. 1900, 2, 53; Trib. Gand, 5 juin 1907, P. 1908, 3, 266; Bordeaux, 27 novembre 1890, D. 1892, 2, 539.

§ 2. — EFFETS DE LA PERSISTANCE DU MARIAGE.

525. **Principe.** Le mariage n'étant pas dissous, tous les effets du mariage autres que ceux dont il vient d'être traité au paragraphe précédent, continuent à se produire dans les rapports respectifs des époux et à l'égard des tiers.

526. **Devoir de fidélité.** Les époux séparés se doivent toujours *fidélité*. Toutefois ce devoir est désormais dépourvu de sanction pénale en ce qui concerne le mari, puisqu'il n'est punissable que s'il a entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qu'il n'y a plus de maison conjugale.

527. **Devoir de secours.** Le devoir de *secours* continue de subsister, *sans limitation aucune*. Il n'y a pas à distinguer entre l'époux innocent et l'époux coupable, pas plus qu'il n'y a à appliquer les restrictions faites par l'art. 301 à l'octroi d'une pension alimentaire au divorcé innocent. Le principe de la débiton de la pension alimentaire est toujours et exclusivement dans l'art. 212, *puisque le mariage n'est pas dissous*. On voit souvent cependant les tribunaux fonder sur l'extension de l'art. 301 à la séparation de corps la condamnation de l'époux coupable à servir une pension alimentaire à son conjoint. Liège, 14 janvier 1903, P. 1903, 2, 308. Ce soutènement nous semble absolument superflu. Comp. D. 1908, 2, 297, note.

528. **Incapacité de la femme.** La femme séparée de corps reste *incapable*. La séparation de biens, conséquence légale de la séparation de corps, lui rend seulement la *capacité d'administrer* son patrimoine.

SECTION 4. — De la cessation de la séparation de corps.

529. **Causes de cessation.** La séparation de corps peut cesser de deux manières: 1^o par la *réconciliation* des époux; 2^o par la *conversion du jugement* de séparation de corps en jugement d'admission de divorce.

§ 1. — RÉCONCILIATION DES ÉPOUX.

530. **Facilités données par la loi.** Le consentement mutuel des époux, qui ne peut pas fonder la séparation de corps, peut au contraire la faire cesser. La séparation cesse dès que les époux *sont d'accord* pour reprendre la vie commune. En d'autres termes, il se réconcilient quand ils le veulent et comme ils le veulent; ils n'ont aucune formalité à remplir, sauf ce qui sera dit ci-après au sujet du régime matrimonial. Cass. fr., 24 février 1908, D. 1908, 1, 410.

531. **Nécessité du consentement des deux époux.** Le consentement des deux époux est nécessaire pour faire cesser la séparation. L'époux qui a obtenu la séparation ne peut pas, par sa seule volonté, la faire cesser en déclarant qu'il y renonce. Sans doute il était libre, tant que le procès durait, de se *désister*, et l'abandon de son action aurait empêché la prononciation de la séparation; mais le jugement une fois rendu vaut *pour les deux parties*. Il crée une situation nouvelle pour les époux; *elle appartient à chacun d'eux*, comme la situation qu'ils se seraient créée par une convention si la loi autorisait les séparations amiables. Et de même que les conventions ne peuvent être révoquées que d'un commun accord, de même un commun accord est nécessaire pour faire cesser la séparation.

532. **Rétablissement du régime matrimonial.** Le rétablissement des effets du mariage par la seule réconciliation des époux n'est pas absolu. La *séparation de biens*, qui est la conséquence légale de la séparation de corps, continue de subsister. Les époux ne peuvent se replacer sous le régime matrimonial qu'ils avaient adopté originairement, qu'en observant les formes et les conditions prescrites par l'art. 1451 au titre du contrat de mariage.

§ 2. — CONVERSION DE LA SÉPARATION EN DIVORCE.

Art. 310.

533. **Pourquoi cette conversion est permise.** L'art. 310 fait de la séparation de corps un état provisoire, essentiellement

temporaire, destiné à prendre fin par la réconciliation des époux ou par le divorce. Il ne fallait pas, a-t-il été dit dans l'exposé des motifs du code, que l'époux qui a choisi, comme plus conforme à sa croyance, la voie de la séparation, pût maintenir *pour toujours* l'autre époux, dont la croyance peut n'être pas la même, dans une interdiction de contracter un nouveau mariage. Sans doute, a-t-on répondu, la séparation de corps a des inconvénients graves : c'est un état qui n'est ni le mariage, ni la liberté ; mais du moment où on l'admet dans les lois par respect pour les opinions religieuses de ceux qui ne veulent pas du divorce, il y a une véritable contradiction à en faire la *préface du divorce imposé à l'époux innocent sur la demande du coupable*.

534. **Qui peut demander la conversion.** Cette faculté n'appartient qu'au *défendeur originaire*, à l'époux coupable. Le *demandeur originaire*, l'époux innocent, n'est pas admis à réclamer la conversion, parce qu'il est considéré comme ayant épuisé son droit en optant pour la séparation ⁽¹⁾.

Il résulte du système de la loi que si *chacun des époux* a demandé la séparation et l'a *obtenue*, tout est consommé ; ni l'un ni l'autre n'est fondé à réclamer la conversion. Gand, 23 février 1904, P. 1904, 2, 247.

Par exception à la règle qu'il consacre, l'art. 310 refuse le droit d'agir en conversion à la *femme* contre laquelle la séparation de corps a été prononcée pour cause d'*adultère*. Ici encore on retrouve cette inégalité choquante que l'adultère du mari n'est pas mis sur la même ligne que l'adultère de la femme.

535. **Conditions de la conversion.** Deux conditions seulement sont nécessaires :

1^o Que la séparation de corps ait duré *trois ans*. C'est là le seul temps d'épreuve qu'il est permis à l'époux offensé d'imposer

(1) Il peut se faire que, depuis la séparation, il se soit produit ou qu'il ait été découvert des *faits nouveaux* de nature à entraîner le divorce. L'époux outragé peut alors, si bon lui semble, demander le divorce en vertu du droit commun des art. 229 et suiv., sans se préoccuper de l'art. 310.

à son conjoint avant d'arriver à la réconciliation ou au divorce.

Quel est le point de départ de ce délai de trois ans? D'après les uns, ce délai ne commence à courir que du jour où le jugement de séparation de corps est devenu définitif par l'expiration du délai d'appel. Trib. Liège, 21 décembre 1906. J. L. 1907, p. 68; Trib. Bruxelles, 1^{er} mai 1909, B. J. 1909, col. 714. D'autres décident plus exactement que, sauf à tenir compte de l'effet suspensif de l'appel interjeté ⁽¹⁾, le délai court à partir du jour où le jugement de séparation a été prononcé. L'erreur de l'opinion contraire provient d'une confusion qui a déjà été signalée (n^o 518) entre l'effet du délai d'appel et l'effet de l'appel interjeté. Bourges, 3 novembre 1890, D. 1891, 2, 277. Comp. Trib. Bruxelles, 30 avril 1910, B. J. 1910, col. 701.

2^o Que l'époux qui a obtenu la séparation ne consente pas *immédiatement et sans restriction aucune* à reprendre la vie commune. Il ne peut demander aucun délai, ni formuler aucune condition. L'unique moyen pour lui d'éviter le divorce est de renoncer à la séparation et de rétablir la vie commune dès la mise en demeure qui lui est adressée. Cass., 20 février 1902, P. 1902, 1, 160. Comp. Liège, 13 novembre 1909, P. 1910, 2, 282. Mais aussi libre à lui, dès le lendemain du rétablissement de la vie commune, d'intenter une nouvelle demande en séparation, si le conjoint continue sa vie de désordre.

536. **Mission du tribunal.** Le tribunal ne peut refuser la conversion pour quelque raison que ce soit, dès que les deux conditions légales sont réunies. Son rôle consiste uniquement à *donner acte* de la substitution de l'*admission du divorce* à la séparation de corps.

La dissolution du mariage doit être prononcée ensuite par l'officier de l'état civil, comme en matière de divorce pour cause déterminée, selon les art. 264 à 266; la seule différence est que la réquisition du ministère de l'officier émanera de l'époux cou-

(1) Cet effet suspensif s'évanouit d'ailleurs lorsque le jugement est confirmé en appel.

pable et non de l'innocent. Trib. Liège, 23 mars 1906, B. J. 1906, col. 597.

537. **Effets du divorce.** Le jugement obtenu par le défendeur originaire, en vertu de l'art. 310, ne fait que convertir le jugement antérieur de séparation de corps en jugement de divorce. *Les situations respectives des parties restent déterminées comme elles l'avaient été par le jugement de séparation.* Le divorce n'est pas prononcé *contre l'époux innocent*, quoiqu'il se réalise *malgré lui*; ce qui arrive est tout simplement la substitution du divorce à la séparation qu'il avait demandée. Verviers, 20 janvier 1904, J. L. 1904, p. 169; Cass. fr., 4 février 1889, D. 1889, 1, 250.

Ce principe doit gouverner l'application de toutes les dispositions qui déterminent les effets du divorce pour cause déterminée. Ainsi il ne suffit pas de décider que l'époux innocent, malgré lequel le divorce se réalise, ne subit point les déchéances comminées par les art. 299 et 386; il faut décider en outre que ces déchéances se réalisent à son profit, au détriment de son conjoint qui requiert la prononciation du divorce. Ypres, 28 février 1902, P. 1902, 3, 340. Ainsi encore, l'époux innocent peut réclamer une pension alimentaire en vertu de l'art. 301; mais il doit faire statuer à cet égard par la justice, eût-il déjà obtenu des aliments pendant la séparation, la pension lui accordée alors ayant été fondée sur l'art. 212 et ne pouvant plus subsister après la rupture du lien conjugal. Liège, 6 novembre 1893, P. 1894, 2, 210. Comp. Bruxelles, 9 novembre 1897, P. 1900, 2, 142.

Ce principe doit également gouverner l'application de la règle de procédure civile que les frais du procès sont à la charge de la partie qui succombe. Art. 130 c. proc. C'est donc au défendeur originaire en séparation à supporter les frais du jugement de conversion. Verviers, 21 mai 1890, P. 1891, 3, 71; Gand, 23 février 1904, B. J. 1904, col. 393.

P=369.

TITRE VII.

De la filiation ⁽¹⁾.

538. **Définition.** La *filiation*, au sens étroit de ce mot, est le rapport juridique qui rattache l'enfant à ses père et mère. Ce rapport se nomme *paternité* ou *maternité* quand, au lieu de le considérer du côté de l'enfant, on l'envisage du côté du père ou de la mère.

On distingue trois espèces de filiation : la filiation *légitime*, la filiation *illégitime* ou *naturelle* et la filiation *adoptive* ; cette dernière dérive du contrat d'adoption dont il n'est question qu'au titre VIII. A cette classification il convient de joindre une quatrième espèce : la filiation *légitimée* par mariage subséquent.

Aucune filiation ne produit d'effets qu'autant qu'elle est *légalement prouvée*. Ce n'est là que l'application d'une notion élémentaire : nul ne peut tirer profit d'un fait qu'il allègue, qu'après l'avoir établi conformément aux règles tracées par le législateur.

539. **Règles générales sur les effets de la filiation.** I. En principe, les effets de la filiation sont indépendants du *mode de preuve* qui a été employé pour la constater.

II. En principe, les effets de la filiation sont indépendants de l'*époque* à laquelle elle a été constatée.

540. **Objet et esprit du titre VII.** L'objet principal du titre VII est d'organiser la *preuve* de la filiation. Ses deux premiers chapitres traitent de la filiation légitime, son troisième de la filiation illégitime et de la légitimation.

La nature même des choses devait entraîner des différences dans les modes de preuve de la *filiation maternelle* et de la *filiation paternelle*. La maternité, qui se manifeste par la grossesse et l'accouchement, est seule susceptible d'une *preuve directe*. La paternité, qui ne se révèle par aucun signe extérieur, ne saurait s'induire que de *probabilités*.

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1908, p. 125.

Il y avait aussi des raisons de distinguer, quant aux preuves à exiger, entre la *filiation légitime* et la *filiation illégitime*. Autant la maternité et la paternité sont honorables pour les personnes mariées, autant elles le sont peu pour les autres. Il fallait assurément se montrer rigoureux à l'égard de la preuve de la filiation illégitime, quand elle n'est pas avouée par les parents eux-mêmes.

On verra que si le code a favorisé la filiation légitime en facilitant la preuve de la maternité et en établissant tout un système de présomptions sur la date de la conception et son auteur, il n'a gardé aucune mesure dans l'hostilité qu'il a témoignée à la filiation illégitime en limitant les modes de preuve de la maternité et en prohibant la recherche de la paternité.

541. **Division de la matière.** Nous répartissons les dispositions du titre VII en trois chapitres ayant pour objet : 1^o la filiation légitime ; 2^o la filiation illégitime ; 3^o la légitimation.

CHAPITRE I. — DE LA FILIATION LÉGITIME.

542. **Éléments de cette filiation.** En raison, la filiation n'est légitime que lorsque l'enfant a été *conçu pendant le mariage* de ses père et mère. Peu importe la date de la naissance, c'est la date seule de la conception qui est à considérer. En droit cependant, il résulte de l'art. 314 que l'enfant qui a été *conçu avant le mariage* est lui aussi légitime, lorsqu'il est né pendant le mariage ou plus exactement *après la célébration du mariage*. La légitimité de cet enfant est *beaucoup plus fragile* que s'il avait été conçu pendant le mariage ; c'est néanmoins une *légitimité* proprement dite, et non une simple légitimation.

543. **Ordre des textes.** La preuve de la filiation légitime nécessite tout d'abord celle du *mariage* de l'homme et de la femme que l'on dit être les père et mère. Notre titre n'avait plus à s'en occuper ; les art. 194 et suiv. en avaient tracé les règles. Il avait à régler la preuve de la *maternité de l'épouse* et les présomptions relatives à la *paternité du mari*.

Logiquement il aurait dû s'occuper des modes de preuve de la

maternité avant d'établir les présomptions relatives à la paternité ; il ne l'a pas fait. Nous suivrons cependant l'ordre des textes, mais en retenant bien que les dispositions des art. 312 et suiv. supposent toujours la filiation maternelle *prouvée* selon les règles des art. 319 et suiv.

SECTION 1. — Des diverses présomptions légales concernant la conception pendant le mariage et la paternité du mari.

§ 1. — DES PRÉSOMPTIONS CONCERNANT LA CONCEPTION PENDANT LE MARIAGE.

Art. 312, al. 2, 314 et 315.

544. **Période légale de la conception.** La date de la naissance se prouve par l'acte de naissance ou les autres moyens de preuve autorisés par les principes du titre des actes de l'état civil.

Mais comment prouver que la conception d'un enfant a eu lieu pendant le mariage de sa mère ? La question serait sans difficulté si les grossesses avaient une durée fixe et invariable ; mais cela n'est pas, certaines gestations ne durent qu'un peu plus de six mois, d'autres se prolongent pendant près de dix mois.

S'inspirant des données les plus larges de la physiologie au commencement du siècle dernier, le législateur admet *300 jours* comme maximum, et *180 jours* comme minimum de la durée possible des grossesses ; ce qui correspond exactement à dix et à six mois du calendrier républicain qui était en vigueur à l'époque où le code civil a été rédigé. La conception de l'enfant ne peut pas être antérieure à la limite assignée à la gestation la plus longue, ni postérieure à celle assignée à la gestation la plus courte ; *elle se place nécessairement dans l'intervalle qui les sépare*. Cet intervalle paraît être de 120 jours ; en réalité il est de 121 jours, car la loi a entendu y comprendre, comme jour où la conception a été possible, le 180^e jour ayant précédé la naissance. Art. 314.

Toutes les fois que s'élève la question de savoir si un enfant a

été conçu avant, pendant ou après le mariage, il faut donc remonter dans le passé, à partir de l'accouchement, et compter 300 jours, puis redescendre jusqu'à 180 jours avant la naissance. C'est ce laps de temps qui s'écoule entre le 300^e et le 180^e jour avant la naissance de l'enfant, qui constitue la *période légale de la conception*, c'est-à-dire la période pendant laquelle l'enfant est légalement présumé avoir été conçu.

545. **Mode de calcul des délais de gestation.** Comment se calculent ces délais? Suivant l'opinion commune, ils doivent être comptés non pas *d'heure à heure*, mais *de die ad diem*, encore que la computation par jours amène des résultats singuliers. Quand la loi établit un délai par *jours*, elle entend parler du *jour civil* allant de minuit à minuit, qui forme l'unité normale du temps, et qui se distingue par son nom dans la semaine et son quantième dans le mois. D'autre part, il est de raison et de tradition pour la supputation des délais de jours, que le jour où s'est produit le fait qui leur sert de point de départ ne compte pas; c'est le lendemain qui est le premier jour du délai. Ainsi l'enfant né plus de 300 fois 24 heures après la dissolution du mariage est réputé néanmoins avoir été conçu pendant le mariage s'il est né avant la fin du 300^e jour. Cass. fr., 8 février 1869, D. 1869, 1, 181.

546. **Date légale de la conception.** Il n'est pas nécessaire que le mariage ait duré pendant tout le temps qui s'est écoulé entre le 300^e et le 180^e jour avant l'accouchement, pour que la conception soit réputée avoir eu lieu pendant le mariage; il suffit que le mariage ait existé à un moment quelconque de cette période légale. *La conception est toujours réputée avoir eu lieu au moment de la période le plus favorable pour l'enfant.*

§ 2. — DE LA CONTESTATION DE LÉGITIMITÉ.

547. **Caractère des présomptions précédentes.** Les présomptions sur la durée de la gestation et la date de la conception sont irréfragables, *juris et de jure*. On ne peut donc être reçu à prouver d'aucune manière que l'enfant conçu pendant la période

légale n'a pas été conçu pendant le mariage, si sa mère a eu l'état de femme mariée *à un moment quelconque de cette période*. Le législateur a pensé avec raison qu'il fallait proscrire tout arbitraire de la part des juges dans une matière aussi importante, et qu'il valait mieux couvrir l'illégitimité de quelques enfants que de rendre incertaine la légitimité du plus grand nombre.

548. Enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage. Il est certain que cet enfant n'a pas été conçu pendant le mariage, puisque le délai de la gestation la plus longue était déjà expiré quand il est né; il devrait donc être illégitime de plein droit. Tel n'est pas le système de l'art. 315; l'illégitimité de cet enfant est certaine sans doute par la date même de sa naissance, et les tribunaux devront *nécessairement le déclarer illégitime*, dès qu'ils en seront requis par quelque intéressé; mais il ne sera illégitime, aux yeux de la loi, qu'autant qu'il aura été déclaré tel par la justice. *R. trim.*, 1909, p. 386.

Le droit de contester la légitimité de cet enfant est ouvert à toute personne intéressée ⁽¹⁾. Toutes les fois qu'une personne aura *intérêt* à faire constater que l'enfant n'est pas légitime, ce droit lui sera reconnu, par cela seul que la loi n'a rien dit pour restreindre l'usage de l'action en justice.

549. Enfant né plus de 300 jours après l'absence du mari. On discute vivement le cas de cet enfant. L'opinion préférable est de lui appliquer le système de l'art. 315. Sans doute, l'absence laisse subsister le mariage, en ce sens que le conjoint de l'absent ne recouvre ni sa liberté, ni sa capacité; mais il faut aussi tenir compte du principe général qui domine la matière de l'absence: la vie et la mort de l'absent sont également incertaines. Or la légitimité est attachée au fait de la conception *pendant le mariage*; l'enfant qui prétend que sa filiation est légitime doit dès lors établir qu'à l'époque de sa conception le *mariage de sa mère existait encore*; comme il est par hypothèse hors d'état de faire cette preuve, il doit être traité à l'égal d'un enfant conçu après

(1) Appartient-il au ministère public? Cons. B. J. 1907, col. 116.

la dissolution du mariage (1). Cass. fr., 19 décembre 1906, D. 1907, 1, 289.

§ 3. — DES PRÉSUMPTIONS DE LA PATERNITÉ DU MARI.

Art. 312 et 314.

550. **Condition d'application.** Pour que l'une ou l'autre des présomptions de paternité s'applique au mari, il faut évidemment que la maternité de sa femme soit établie par des *preuves à lui opposables*. On voit ainsi qu'il y a à distinguer selon que l'enfant fait la preuve de sa filiation maternelle par son acte de naissance selon l'art. 319, ou par témoins selon l'art. 323; dans le premier cas, son titre est un acte de l'état civil à *autorité absolue*; dans le second, il doit avoir soin d'appeler le mari en cause pour que le jugement à intervenir lui soit opposable, les jugements n'ayant qu'une *autorité relative*.

I. — *Présomption de l'art. 312, al. 1.*

551. **Raisons de cette règle.** L'art. 312, al. 1, dispense l'enfant conçu pendant le mariage de toute preuve de sa filiation paternelle. *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Cette présomption légale de la paternité du mari a une double base juridique: d'abord la cohabitation habituelle et obligée des époux, ensuite et surtout la fidélité que la femme doit à son mari; sans doute la mère a pu être une épouse infidèle, mais la loi doit prendre pour règle le fait ordinaire et non pas le fait exceptionnel.

552. **Cas où la présomption s'applique à deux maris.** Il est possible qu'un enfant ait légalement deux pères. Supposons, en effet, qu'une femme se remarie malgré la prohibition des art. 228 et 296, et qu'il lui naisse un enfant *plus* de 179 jours après la célébration de son second mariage et *moins* de 300 après la dissolution du premier; la présomption de paternité de l'art. 312 pèsera à la fois sur les deux maris successifs. Aucun

(1) On ne peut pas le traiter comme *adultérin*, puisqu'il n'est pas prouvé que le mari vivait encore au jour de sa conception.

texte ne détermine la manière de trancher le conflit. La solution la plus généralement admise est celle qui donne au juge le soin de décider, d'après les circonstances particulières de chaque espèce, à quel mari l'enfant doit se rattacher; le juge tranche *en fait* une question qui est insoluble *en droit*.

553. **Enfants protégés par la présomption.** La présomption profite à tous les enfants conçus pendant le mariage, sans aucune distinction ni restriction. Même les enfants conçus pendant une *séparation légale* des époux, soit la séparation de corps, soit l'instance en divorce ou en séparation de corps, naissent sous la protection de l'art. 312, al. 1; l'état de séparation légale n'affaiblit en rien la présomption de paternité qui pèse sur le mari. C'est là une lacune déplorable dans la législation!

II. — *Présomption de l'art. 314.*

554. **Règle sous-entendue dans l'art. 314. Son motif.** L'enfant conçu avant le mariage et né après a pour père le mari. Cette présomption n'est pas écrite en termes exprès dans la loi, mais l'art. 314 la renferme implicitement, puisqu'il oblige le mari à exercer contre l'enfant dont s'agit l'*action en désaveu*, s'il prétend ne pas en être le père. Ainsi, à défaut d'un désaveu, cet enfant est attribué au père. C'est là une présomption différente de celle de l'art. 312, car cet article parle seulement de l'enfant *conçu* pendant le mariage; l'enfant dont parle l'art. 314 a été conçu avant le mariage, il est seulement *né depuis*.

La présomption de l'art. 314 se justifie par une considération de fait: ordinairement quand un mariage a lieu, la femme étant enceinte, l'homme n'ignore pas cette situation; s'il se marie, c'est que c'est lui qui est l'auteur de la grossesse, et le mariage n'est qu'un moyen de régulariser des relations illégitimes.

555. **Nature de la règle.** L'enfant qui vient au monde avant le 180^e jour du mariage naît-il *légitime* ou simplement *légitimé*?

Plusieurs auteurs, frappés de cette considération que la qualité de légitime ne lui appartient pas par son origine, étant né de deux personnes non mariées au jour de sa conception, enseignent

qu'il naît simplement légitimé en vertu d'une légitimation ne différant de la légitimation ordinaire qu'en ce qu'elle résulte du seul fait du mariage, sans autre condition de forme. Cass. fr., 28 juin 1869, D. 1869, 1, 335. Comp. D. 1909, 2, 68, note.

Ce système est un nouvel exemple de l'abus des constructions juridiques. On ne veut pas respecter la loi telle qu'elle est, mais telle qu'on imagine qu'elle devrait être. La loi dans sa toute puissance décide que l'enfant né pendant le mariage naît légitime, comme celui qui a été conçu en mariage. Par cela seul que sa naissance est postérieure au mariage et qu'il n'est pas désavoué, elle ferme les yeux sur le vice de sa conception qu'elle reporte fictivement à la *date même de la célébration du mariage* ⁽¹⁾. Notre doctrine résulte de l'économie même du titre VII : 1^o l'art. 314 se trouve rangé parmi les textes relatifs à la filiation légitime, et non parmi ceux qui traitent de la légitimation ; 2^o il est placé sous une rubrique qui ne saurait avoir d'autre raison d'être que de constater que la naissance pendant le mariage suffit pour conférer la qualité d'enfant légitime. Cass., 29 novembre 1906, et Liège, 19 juin 1907, B. J. 1907, col. 611 et 849.

L'intérêt de la controverse est que si l'enfant qui nous occupe ne profite que d'une simple légitimation, il tombe sous l'application de l'art. 331 qui prohibe la légitimation des enfants issus d'un commerce adultérin ou incestueux. S'il naît légitime, au contraire, il importe peu qu'en se reportant à l'époque de sa conception on constate que les rapports de ses auteurs ont été entachés d'adultère ou d'inceste.

§ 4. — DE L'ACTION EN DÉSARTEU.

I. — Généralités.

556. **Définition.** A la différence des présomptions sur la durée de la gestation et la date de la conception, les présomptions établies par les art. 312, al. 1, et 314 ne sont pas *juris et de jure*,

⁽¹⁾ Sur la combinaison de cette règle avec l'art. 6 de la loi du 24 décembre 1903 (accidents du travail), voir Cass., 12 mars 1908, B. J. 1908, col. 769.

mais seulement *juris tantum*. On appelle *désaveu* de l'enfant la destruction de la présomption de paternité établie à l'égard du mari de sa mère.

557. **Distinction.** Il existe une différence capitale entre les deux présomptions de paternité. La présomption établie par l'art. 312, al. 1, ne peut tomber que devant une *preuve contraire* de la non-paternité du mari. Celle établie par l'art. 314 tombe devant la *simple déclaration* du mari; la justice le croira sur parole, sauf à son adversaire à lui opposer certaines fins de non-recevoir déterminées par la loi.

558. **Cas où le droit de désaveu est réglé limitativement par la loi.** L'exercice du droit de désavouer l'enfant est régi par des dispositions différentes, selon la manière dont la filiation maternelle se trouve établie. Cette filiation est-elle établie selon le mode normal, par l'*acte de naissance*, art. 319, le désaveu ne peut être exercé que selon les *règles spéciales* tracées aux art. 313 à 318; *tout est alors de rigueur*. Cette filiation n'est-elle prouvée que selon le mode subsidiaire, par *témoins*, art. 323, l'exercice du droit de désaveu n'est soumis à aucune règle particulière; l'art. 325, in fine, permet à *toute personne* qui se trouve être adversaire de l'enfant de fournir *librement* la preuve de la non-paternité du mari.

On n'étudie à présent que la théorie des art. 312 à 318. L'hypothèse prévue par les art. 323 et 325 sera étudiée dans la section suivante.

559. **Fin de non-recevoir contre toute action en désaveu.** La non-viabilité de l'enfant constitue une fin de non-recevoir, non seulement contre l'action en désaveu formée dans le cas de l'art. 314, mais encore contre l'action en désaveu formée dans les cas des art. 312, al. 2, et 313.

Cette fin de non-recevoir n'est exprimée par la loi que pour le cas particulier de l'art. 314; mais cela importe peu parce qu'elle n'est que l'application d'une règle de droit commun; *sans intérêt, pas d'action*. L'enfant non viable, comme l'enfant mort-né, étant

légalement réputé n'avoir pas existé, on ne saurait avoir d'intérêt à le désavouer.

II. — *Distinction du désaveu par preuve contraire ou par simple déclaration.*

A. — Désaveu par preuve contraire.

Art. 312, al. 2, et 313.

560. **Enumération limitative des causes de désaveu.** Les seules causes de désaveu de l'enfant conçu pendant le mariage sont :

1^o L'impossibilité physique de cohabitation résultant de l'éloignement ou de quelque accident;

2^o L'adultère de la femme joint au recel de la naissance et à l'impossibilité morale de cohabitation.

Il résulte du texte et de l'esprit des art. 312, al. 2, et 313 que leur énumération des causes de désaveu est essentiellement *limitative*.

L'art. 313 prend soin de préciser que l'*impuissance naturelle* n'est jamais une cause de désaveu. C'est que cette impuissance ne saurait être constatée d'une façon bien certaine, et qu'il vaut mieux dès lors éviter les scandales que sa vérification ne manquerait pas de provoquer.

561. **Première cause. Impossibilité physique de cohabitation.** Le mari doit établir que, *pendant toute la période légale de la conception*, il lui a été *physiquement impossible* de cohabiter avec sa femme soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident. Art. 312, al. 2.

L'*éloignement* doit avoir été tel qu'il soit possible de prouver d'une manière certaine qu'aucune réunion, même momentanée, n'a eu lieu entre les époux. Il peut d'ailleurs y avoir eu éloignement autrement que par la longueur de l'espace à franchir, comme lorsque l'un des conjoints a été incarcéré dans des condi-

tions telles que tout rapprochement a été impossible. Besançon, 8 mars 1899, D. 1899, 2, 268.

L'*accident* doit avoir rendu le mari impuissant pendant toute la période légale de la conception. Mais le législateur s'est gardé de vouloir détailler les faits susceptibles de produire l'*impuissance accidentelle*. Aussi est-il généralement admis que le mot *accident* comprend non seulement les blessures et les mutilations, mais encore les *maladies internes*; toujours faut-il que les unes et les autres rendent certaine l'impossibilité d'engendrer. Trib. Bruxelles, 21 mars 1885, P. 1885, 3, 164.

En résumé, les termes de l'art. 312 « soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident » doivent être entendus d'une manière très large, comme ne voulant exclure que l'*impuissance naturelle* visée par l'art. 313.

562. Deuxième cause. Impossibilité morale de cohabitation. Le mari doit établir trois choses :

1^o Qu'un *adultère a été commis par sa femme*. L'art. 313 ne dit pas expressément que l'adultère doit avoir été commis durant la période légale de la conception, mais cela va de soi. Cass., 7 juillet 1881, P. 1881, 1, 344.

2^o Que la *naissance de l'enfant lui a été cachée*. Art. 313 et 316, al. 3. La loi veut que la femme ait avoué par sa dissimulation frauduleuse que son mari n'a pas été l'auteur de sa grossesse. Liège, 28 février 1903, J. L. 1903, p. 89; Bruxelles, 18 juillet 1906, P. 1906, 2, 305. C'est là une condition déplorable; la loi favorise, sans s'en douter, l'impudence de la femme adultère. Aussi les tribunaux s'écartent-ils souvent de l'application stricte de nos art. 313 et 316, al. 3. Comp. Gand, 22 novembre 1898, P. 1899, 2, 170; Trib. Bruxelles, 6 janvier 1910, P. 1910, 3, 145; Cass. fr., 29 juin 1892, D. 1892, 1, 477.

3^o Qu'il *lui a été moralement impossible de cohabiter* avec sa femme pendant la période légale de la conception. Les circonstances constitutives de cette impossibilité sont laissées à l'appréciation des juges. Elles peuvent être d'ordre physique aussi bien que d'ordre moral. On cite à titre d'exemples le grand

âge du mari, son état maladif, ses mésintelligences avec sa femme, la séparation de corps (régulière ou irrégulière) qui a existé entre eux, etc.

563. **Controverse.** D'après la jurisprudence française, l'art. 313 n'exigerait pas une preuve *distincte* de l'adultère de la femme; le mari ne devrait prouver que le recel de la naissance et l'impossibilité morale de cohabitation; cette preuve faite, l'adultère se trouverait par là-même établi. Cass. fr., 31 juillet 1866. D. 1867, 1, 268. 298

La jurisprudence belge décide avec raison que l'esprit manifeste de l'art. 313 est d'exiger *trois inductions distinctes* qui se fortifient réciproquement: l'adultère de la femme; le recel de la naissance; les circonstances constitutives de l'impossibilité morale de cohabitation. Gand, 3 janvier 1908, P. 1909, 2, 371; Trib. Bruxelles, 9 mars 1908, P. 1909, 3, 28.

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les faits relatifs à l'adultère, au recel de la naissance et à l'impossibilité morale de cohabitation soient proposés cumulativement par le mari et compris par le tribunal dans un seul et même jugement d'admission à preuve. Trib. Liège, 7 mars 1896, P. 1896, 3, 156.

B. — Désaveu par simple déclaration.

Art. 314.

564. **Cause et caractère du désaveu.** Lorsqu'un enfant naît dans les 179 premiers jours du mariage, la loi présume qu'il a été conçu des œuvres du mari. Mais comme il est possible en fait que celui-ci n'en soit pas le père, la loi lui réserve le droit de désavouer l'enfant sans autre cause que sa *naissance précoce*. Peut-être le mari a-t-il été trompé et a-t-il ignoré que sa femme était enceinte lorsqu'il l'a épousée; la loi s'en rapporte à lui et ordonne aux juges de le croire sur parole. Ce système se dégage *a contrario* du texte même de l'art. 314.

Pour indiquer le caractère exceptionnel du désaveu dans le cas de l'art. 314, les auteurs l'appellent désaveu *péremptoire*.

565. **Fins de non-recevoir.** On n'épouse pas une femme qu'on sait être enceinte quand on sait ne pas être le père de l'enfant, ou, si on l'épouse dans ces conditions, on accepte sans retour la paternité de l'enfant. Telle est l'idée sur laquelle sont fondées les dispositions des 1^o et 2^o de notre art. 314.

On admet généralement que les cas déterminés par l'art. 314 doivent être considérés seulement comme des exemples, et que tout fait impliquant d'une façon certaine que le mari se reconnaît comme le père de l'enfant constitue une fin de non-recevoir contre l'action en désaveu.

III. — *A qui l'action en désaveu appartient et dans quel délai elle doit être intentée.*

Art. 316, 317 et 318.

566. **Caractère limitatif des dispositions légales.** Tout est de droit étroit en matière de désaveu. Les dispositions de la loi sont limitatives sur l'attribution de l'action et le délai de son exercice, aussi bien que sur la détermination des causes de désaveu.

567. **Attribution exclusive de l'action au mari.** Du vivant du mari, l'action en désaveu n'appartient qu'à *lui seul*. S'il s'abstient, nul, pas même son propre père, ne peut agir.

L'action en désaveu est *essentiellement attachée à la personne du mari*, comme l'action en divorce ou en séparation de corps. Elle dépend, en effet, d'une appréciation que lui seul peut faire en connaissance de cause.

568. **Transmission de l'action aux héritiers.** Après le décès du mari, l'action en désaveu passe à ses héritiers, s'il est mort se trouvant encore dans le délai utile pour l'intenter et sans y avoir renoncé.

Dans le chef du mari, l'action se caractérise principalement par un intérêt moral, de dignité familiale. Dans le chef des héritiers, elle se caractérise uniquement par un intérêt pécuniaire; elle n'a d'autre but que de protéger leurs *droits héréditaires* en

faisant écarter l'enfant de la succession du mari. Cette transformation du caractère de l'action en désaveu est mise en relief par le point de départ que l'art. 317 assigne au délai de l'intentement de l'action. Il suit de là que le mot *héritiers* de cet article doit être entendu dans son acception ordinaire comprenant tous les *successeurs universels* ou *à titre universel*: héritiers légitimes, successeurs irréguliers, institués ou légataires universels ou à titre universel. Cass. fr., 3 mars 1874, D. 1874, 1, 317.

L'action en désaveu ne passe qu'aux héritiers légitimes ou autres successeurs universels ou à titre universel du mari. Jamais elle ne peut être exercée par ceux de ses *parents légitimes* qui se trouvent exclus de sa succession, ni par ceux de ses *successeurs particuliers* qui pourraient y avoir un intérêt pécuniaire.

En dehors de son caractère pécuniaire, l'action en désaveu demeure dans le chef des héritiers telle qu'elle était dans le chef du mari. Si donc l'enfant a été conçu avant le mariage, les héritiers ont le droit de le désavouer par *simple déclaration* selon l'art. 314, tandis que s'il a été conçu pendant le mariage, ils ne sont admis à le désavouer que par *preuve d'impossibilité physique ou morale de cohabitation* selon les art. 312, al. 2, et 313.

569. **Délai du mari.** En règle générale, le mari n'a qu'un délai d'*un mois*; ce délai court à compter de la *naissance* de l'enfant. Art. 316, al. 1.

Par exception, le délai est porté à *deux mois*, lorsque le mari était absent au sens vulgaire, c'est-à-dire ne se trouvait pas sur les lieux de la naissance de l'enfant, ou lorsque la naissance lui a été cachée; ces deux mois ne commencent à courir que du jour de son *retour*, ou du jour de la *découverte de la fraude*. Art. 316, al. 2 et 3.

Le point de savoir si, pour bénéficier du délai de deux mois, le mari était ou non assez éloigné pour ignorer l'accouchement, est une question de fait abandonnée à l'appréciation des juges. Gand, 2 mai 1906, P. 1907, 2, 130; Alger, 14 novembre 1907, D. 1909, 2, 24. Il appartient également aux tribunaux d'apprécier s'il y a eu ou non dissimulation de la naissance, ainsi que

le moment où, en cas de dissimulation, la fraude a été découverte. Comp. Liège, 31 juillet 1897, et 28 février 1903, J. L. 1897, p. 284, et 1903, p. 89.

Conformément au droit commun sur la preuve, c'est au mari qui agit après l'expiration du mois de la naissance de justifier qu'il est encore recevable, en prouvant qu'il ne se trouvait pas sur les lieux lors de la naissance, ou que celle-ci lui a été cachée.

Mais, une fois la non-présence ou le recel établis par le mari, c'est au défendeur qui prétend échapper au désaveu à prouver que le retour du mari ou la découverte de la fraude remonte à plus de deux mois avant l'intentement de l'action. *Reus in exceptione fit actor*. Gand, 3 janvier 1908, P. 1909, 2, 371; Paris, 3 mars 1897, D. 1897, 2, 440.

L'hypothèse où le mari était en *état de démence* au moment de la naissance rentre dans l'hypothèse de l'*absence*. En pareil cas, le délai de deux mois ne commence à courir que du jour où le mari recouvre la raison s'il n'a pas été interdit, ou bien du jour où il obtient la mainlevée de son interdiction.

570. Délai des héritiers. Les héritiers du mari qui est mort sans avoir agi et sans avoir renoncé à son action, mais étant encore dans le délai utile, ont un nouveau délai qui est dans tous les cas de deux mois; il ne commence à courir que du jour où l'enfant s'est mis en possession réelle des biens de son prétendu père, ou du jour où les héritiers sont eux-mêmes troublés par l'enfant dans cette possession. Art. 317.

Les héritiers du mari sont-ils obligés d'attendre, pour exercer l'action en désaveu, que l'enfant manifeste des prétentions à l'hérédité, ou peuvent-ils prendre les devants? Il est raisonnable d'admettre que l'art. 317 veut seulement déterminer le délai à l'expiration duquel les héritiers sont déchus du droit d'agir, et n'entend pas les empêcher d'attaquer l'enfant dès le décès du mari, s'ils le jugent à propos; le délai est fatal en ce sens qu'il est défendu de le dépasser, il n'est pas également fatal en ce sens qu'il soit défendu de le prévenir. Observez d'ailleurs que les héritiers ont toujours un intérêt né et actuel à agir dès le décès du mari, afin

de dépouiller l'enfant de la propriété et de la possession dont il a été investi par les art. 711 et 724. Gand, 28 janvier 1893, P. 1893, 2, 234; S. 1888, 1, 97, note.

571. Prolongation du délai du mari ou de ses héritiers. L'art. 318 fournit soit au mari, soit à ses héritiers, le moyen d'allonger d'un mois le délai qui leur est imparti pour former leur action en justice.

572. Effet de l'expiration du délai. Les délais des art. 316 et 317 ne constituent pas des délais de prescription, mais de simples *délais prefix emportant déchéance* du droit d'agir. La conséquence en est que le délai de l'art. 317 court contre les héritiers même mineurs, tandis que s'il s'agissait d'une prescription véritable elle serait suspendue pendant leur minorité, en vertu de l'art. 2252.

IV. — *Contre qui l'action en désaveu doit être formée.*

573. Qui est défendeur et qui est partie intervenante. L'action doit être dirigée contre l'enfant; c'est lui qui est le véritable défendeur. Mais l'art. 318 prend soin d'exiger que la mère soit appelée au procès; son honneur et le caractère légitime de sa maternité sont en jeu.

574. Représentation de l'enfant mineur. Comment l'enfant mineur doit-il être représenté dans l'instance? L'art. 318 dispose qu'il doit y être défendu par un *tuteur ad hoc*. Cette prescription étant conçue d'une manière absolue, il faut décider qu'il y a lieu à la nomination d'un tuteur *ad hoc* encore que l'enfant se trouve déjà pourvu d'un tuteur ordinaire.

D'après la jurisprudence, ce tuteur doit être nommé par un *conseil de famille* réuni conformément aux règles ordinaires du titre de la tutelle. Bruxelles, 15 juin 1885, P. 1885, 2, 328; Cass. fr., 7 avril 1908, D. 1908, 1, 301. Cette solution parfaitement juridique (comp. supra n° 258) offre un grave danger, car le conseil de famille formé selon les règles du droit commun sera composé de personnes intéressées, pécuniairement au moins, au succès de

l'action en désaveu. La loi aurait dû se défier des parents tant maternels que paternels de l'enfant, et écarter tout soupçon de connivence ou de faiblesse en attribuant toujours la nomination du tuteur *ad hoc* au tribunal saisi de l'action en désaveu.

575. **Décès de l'enfant.** Aucun texte ne dispose que l'action en désaveu ne peut plus être intentée après la mort de l'enfant. D'autre part, le mari a toujours un intérêt moral et peut avoir un intérêt pécuniaire à faire admettre le désaveu. Trib. Gand, 11 juin 1902, B. J. 1903, col. 495; S. 1897, 1, 433, note; R. crit., 1898, p. 610.

V. — *Effets du jugement admettant le désaveu.*

576. **Condition de l'enfant.** Lorsque le désaveu est admis, il est établi que l'enfant n'a pas eu pour père le mari de sa mère. *Il ne se rattache plus qu'à sa mère elle-même*, en qualité d'enfant *adultérin* si sa conception n'a pu avoir lieu que pendant le mariage, ou bien en qualité d'*enfant naturel simple* si sa conception a pu avoir lieu avant le mariage ou après sa dissolution. Trib. Bruxelles, 18 juillet 1896, P. 1901, 3, 245. Il y a lieu, en conséquence, à la rectification de l'acte de naissance de l'enfant, conformément aux règles du titre de l'état civil.

577. **A l'égard de qui l'admission du désaveu produit effet.** Quand l'action a été intentée *par le mari ou par tous ses héritiers*, le jugement a effet *à l'égard de tout le monde*. C'est la conséquence nécessaire du système de la loi qui *réserve l'action* en désaveu au mari ou à ses héritiers; leur donnant à *eux seuls* qualité pour désavouer l'enfant, la loi a voulu leur permettre de substituer entièrement une situation nouvelle à celle qui résultait de la présomption légale de paternité.

Si, au contraire, le désaveu n'a été poursuivi que par *quelques-uns seulement des héritiers du mari*, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer le principe ordinaire sur l'autorité de la chose jugée. Le jugement intervenu n'a donc d'effet qu'entre les parties en cause; l'enfant reste légitime à l'égard de tous les tiers. En pareil cas, du reste, le tribunal est autorisé, afin de prévenir ces compli-

cations, à ordonner, même d'office, la mise en cause de tous les héritiers. Art. 856 c. proc.

SECTION 2. — De la maternité légitime.

§ 1. — DES MODES DE PREUVE.

578. **Système du code.** Pour être admis à se prévaloir de l'une des présomptions de paternité écrites aux art. 312 et 314, l'enfant doit prouver la *maternité* de la femme mariée dont il se prétend issu. Comment fera-t-il cette preuve? Telle est la question qui fait l'objet des art. 319 à 325.

Le code s'écarte ici, avec raison, de sa théorie générale sur la preuve des faits constitutifs de l'état civil. Il rappelle d'abord le droit commun par la règle qu'il trace en l'art. 319: la filiation de l'enfant légitime se prouve par son acte de naissance; puis il admet *subsidiairement* deux autres modes de preuve, par les art. 320 et 323: la possession de l'état d'enfant légitime, et la preuve testimoniale sous certaines conditions de recevabilité. Il peut arriver, en effet, que l'enfant ignore la commune où il est né, et se trouve par suite dans l'impossibilité de représenter son acte de naissance; il peut arriver aussi que sa naissance n'ait pas été déclarée à l'officier de l'état civil, ou qu'il ait été inscrit aux registre soit sous de faux noms, soit comme né de père et de mère inconnus; il serait injuste de lui faire subir les conséquences d'une négligence ou d'une fraude qui lui est complètement étrangère.

L'enfant qui demande à faire la preuve de sa filiation par la possession d'état ou par témoins, n'est pas obligé d'indiquer la cause pour laquelle il ne peut rapporter un acte de naissance.

L'acte de naissance, la possession d'état et la preuve testimoniale sont présentés par le code comme les preuves de la filiation légitime, parce qu'une fois la filiation maternelle prouvée, la filiation paternelle se trouve établie par là même, en vertu de l'art. 312, al. 1, ou de l'art. 314. Mais on ne doit pas oublier qu'un enfant ne peut se prétendre légitime et recourir ainsi aux modes de

preuve admis par nos articles, qu'autant qu'il prouve tout d'abord le *mariage* de la femme qu'il dit être sa mère (supra n° 543). D. 1907, 1, 289, note.

I. — *De la preuve par l'acte de naissance.*

Art. 319.

579. **Ce que prouve l'acte de naissance et jusqu'à quel degré.** L'art. 319 dispose que la filiation maternelle de l'enfant légitime se prouve par l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil. Cette disposition suppose que l'identité du réclamant avec l'enfant désigné dans l'acte de naissance n'est pas contestée.

En cas de contestation, le réclamant doit prouver son identité, c'est-à-dire démontrer que l'acte de naissance qu'il produit est effectivement le sien. Cette preuve, il peut la faire par toute espèce de moyens, *même directement par de simples témoignages*. L'art. 323 qu'on a voulu appliquer ici pour subordonner l'admission de la preuve testimoniale à certaines garanties préalables, concerne une hypothèse toute différente : celle où le réclamant veut prouver sa filiation par témoins, *à défaut d'acte de naissance et de possession d'état* ; on ne tombe point sous l'empire de cet article lorsque la maternité est régulièrement prouvée par un acte de naissance et qu'il n'y a plus qu'à rechercher si le réclamant est bien l'enfant pour lequel cet acte a été dressé (1).

Selon le droit commun exposé au titre des actes de l'état civil, l'acte de naissance ne fait pas foi de la filiation maternelle jusqu'à inscription de faux, mais seulement jusqu'à preuve contraire.

580. **Omissions ou énonciations irrégulières dans l'acte de naissance.** La force probante de l'acte de naissance ne se trouve pas ébranlée par les omissions ou les énonciations irrégulières qu'il peut contenir au sujet de la *filiation paternelle*, lorsque d'ailleurs la femme accouchée et le fait de la naissance se trouvent suffisamment désignés. Ainsi l'art. 319 s'applique

(1) THALLER et BONNECASE. *La vie juridique du Français*, p. 17.

alors même que l'acte de naissance désigne la mère seulement sous son nom de fille et porte que le père est inconnu, ou bien désigne la mère comme femme mariée mais assigne comme père à l'enfant un individu autre que le mari. C'est que l'acte de naissance d'un enfant légitime a simplement pour but de prouver sa naissance, c'est-à-dire le fait de sa venue au monde, et sa filiation maternelle, c'est-à-dire sa naissance de telle femme; il n'est pas destiné à fournir en outre la preuve de la filiation paternelle; celle-ci est l'œuvre de la loi seule. Comme on l'a dit très justement, c'est la loi elle-même qui écrit, dans l'acte de naissance, le nom du mari, et du même coup elle efface toutes les énonciations scandaleuses qu'on n'aurait pas dû y insérer et qui ne sauraient prendre la place de cette désignation qu'elle fait souverainement elle-même. La confirmation de cette doctrine se trouve à l'art. 323 qui ne considère l'acte de naissance comme insuffisant pour établir la filiation que lorsque l'enfant a été inscrit sous de faux noms ⁽¹⁾ ou comme né de père et mère inconnus; l'acte de naissance conserve donc sa force dans tous les autres cas, sauf, bien entendu, la faculté qui pourrait appartenir au mari d'agir en désaveu, dans les conditions et délais déterminés ci-dessus ⁽²⁾. Bruxelles, 31 mars 1900, P. 1900, 2, 296; Bastia, 28 avril 1897, D. 1898, 2, 494.

II. — De la preuve par la possession d'état.

Art. 320 et 321.

581. **Faits constitutifs de la possession d'état.** La possession de l'état d'enfant légitime consiste dans la jouissance publique de cet état et des prérogatives qui y sont attachées. Elle s'établit, dit l'art. 321, par une réunion *suffisante* de faits

⁽¹⁾ Ce qui suppose qu'à la fois le nom du père et celui de la mère sont faussement indiqués. Trib. Gand, 3 juillet 1907, P. 1908, 3, 269.

⁽²⁾ Les tribunaux décident d'ailleurs avec raison qu'un des principaux éléments du recel exigé par les art. 313 et 316, al. 3, est précisément le fait par la femme d'avoir fait inscrire l'enfant aux actes de l'état civil comme son enfant naturel. Trib. Liège, 9 décembre 1904, J. L. 1905, p. 50.

qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la *famille* à laquelle il prétend appartenir. Les *principaux* de ces faits sont :

Que l'individu a toujours porté le nom de celui qu'il prétend avoir pour père, *nomen* ;

Que ceux dont il se dit l'enfant l'ont toujours traité comme tel et ont pourvu, en cette qualité, à son entretien, à son éducation et à son établissement, *tractatus* ;

Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la famille et dans la société, *fama*.

582. **Caractères requis.** La possession d'état doit présenter deux caractères :

1^o Exister *simultanément* à l'égard du mari et à l'égard de la femme. Cela s'explique parfaitement : on ne peut passer pour être l'enfant *légitime* d'une femme que si on est considéré en même temps comme l'enfant de son mari.

2^o Etre *constante*, dit la loi, ce qui signifie continue, sans lacunes depuis la naissance, ainsi que le montre l'art. 321 par ses expressions *toujours* et *constamment*. Cette condition empêche que des époux n'éludent les règles de l'adoption en donnant la possession d'état d'enfant légitime à l'enfant qu'ils veulent s'attacher.

Conformément au droit commun, c'est au réclamant qui invoque la possession d'état qu'il incombe de prouver les différents faits d'où il prétend la faire résulter. Cette preuve il peut l'administrer par toutes voies de droit, même *de plano* par témoins. Comme il s'agit ici de faits essentiellement notoires, la loi n'a cru devoir prescrire aucune condition de recevabilité de la preuve testimoniale ; le témoin qui viendrait mentir à la justice serait aisément confondu.

583. **Pourquoi la possession d'état fait preuve.** L'admission de la possession d'état comme preuve de la filiation légitime se fonde sur cette considération pratique qu'il est extrêmement rare qu'un enfant n'ait pas en réalité l'état qu'il paraît avoir. La

loi conclut ici du fait au droit, parce qu'il y a la plus grande probabilité que le fait se trouve d'accord avec le droit.

Il faut observer d'ailleurs que la possession d'état d'enfant légitime n'est pas l'œuvre de l'enfant lui-même, mais bien de sa famille, c'est-à-dire de personnes qui, à divers points de vue, et notamment au point de vue pécuniaire, auraient intérêt à contester sa filiation.

584. **Ce que prouve la possession d'état et jusqu'à quel degré.** La possession d'état, lorsqu'elle est établie, a une force plus étendue que l'acte de naissance. D'abord elle fait preuve complète de la filiation maternelle, car elle prouve à la fois l'accouchement de la femme et l'identité de l'enfant avec celui que la femme a mis au monde, tandis que l'acte de naissance ne prouve à lui seul que l'accouchement. Ensuite elle fait *obstacle à toute action en désaveu*, puisque les faits mêmes qui la constituent impliquent une série d'aveux de paternité du mari. Ajoutez qu'on a vu, en étudiant l'art. 197, que la possession d'état d'enfant légitime contribue même à prouver le *mariage*, lorsqu'elle se combine avec la possession d'état d'époux des père et mère actuellement décédés.

S'il suffit à l'enfant, pour être admis à invoquer la possession d'état, de déclarer qu'il *n'a pas de titre* (supra n° 578), d'autre part ses adversaires sont autorisés à établir qu'en réalité le titre existe et qu'il est contraire à sa prétention. La possession d'état est alors *inopérante*, car l'art. 320 ne reconnaît à la possession d'état la vertu de prouver la filiation légitime qu'à défaut de titre. La possession d'état ne produit donc d'effet utile qu'autant qu'elle est conforme à l'acte de naissance, auquel cas elle le rend inattaquable (infra n° 592), ou qu'il n'est pas établi qu'il existe un acte de naissance, auquel cas elle dispense simplement l'enfant de toute espèce de preuve, sans le mettre à l'abri d'une *preuve contraire*.

III. — *De la preuve par témoins et de la preuve contraire.*

Art. 323 à 325.

585. **Condition de recevabilité.** Le code a organisé sur l'admission de la preuve testimoniale de la filiation une théorie toute spéciale. Jamais cette preuve ne peut être reçue *de plano*; il faut que la prétention du demandeur soit rendue vraisemblable par un *commencement de preuve résultant soit d'écrits, soit de faits matériels*. Art. 323. C'est que la preuve testimoniale est ici particulièrement dangereuse à raison de l'extrême importance des intérêts en jeu et de la difficulté presque insurmontable de convaincre d'imposture les témoins qui viendraient mentir à la justice.

586. **Commencement de preuve par écrit.** L'art. 324 indique *d'une manière limitative* les personnes dont peuvent émaner les écrits produits comme commencement de preuve. Quant aux écrits émanés des *père et mère*, il n'y a pas à distinguer si ces derniers sont vivants ou décédés, s'ils sont ou non parties au procès. Quant aux écrits émanés d'*autres personnes*, la loi n'admet que ceux qui proviennent d'un *adversaire* de l'enfant ou d'une personne *décédée* qui aurait eu un intérêt contraire à celui de l'enfant, si elle avait vécu. Cass. fr., 22 octobre 1902, D. 1902, 1, 539.

587. **Commencement de preuve par faits matériels.** Le commencement de preuve par écrit peut être remplacé, dit l'art. 323, al. 2, par des présomptions ou indices graves résultant de faits déjà constants. Cette disposition est particulièrement utile lorsque la famille à laquelle le réclamanant prétend appartenir est illettrée. Les présomptions ou indices doivent résulter de faits *déjà constants*, c'est-à-dire *déjà établis* autrement que par la preuve testimoniale, comme par l'aveu même des adversaires ou par les documents du procès. Cass. fr., 12 juillet 1900, D. 1900, 1, 461.

588. **Objet de la preuve testimoniale et modes de la preuve contraire.** L'enquête ouverte à la demande de l'enfant doit

porter sur sa *filiation maternelle*, c'est-à-dire sur l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère et son identité à lui avec l'enfant qu'elle a mis au monde. Art. 323, al. 1.

Cette enquête faite, les adversaires de l'enfant peuvent combattre sa prétention *par tous moyens quelconques*. Art. 325.

589. **Désaveu de l'enfant.** L'art. 325 ne se borne pas à autoriser les adversaires du réclamanant à prouver par tous moyens qu'il n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir; il les admet en outre, sa filiation maternelle établie, à prouver, *toujours par tous moyens quelconques, qu'il n'est pas l'enfant du mari de sa mère*. Cette disposition est d'une importance capitale: elle écarte tout le système des art. 312 à 318 sur le renversement de la présomption légale de paternité, elle *dispense les adversaires de l'enfant, quels qu'ils soient, de toutes les règles ordinaires du désaveu*.

La raison de cette disposition exceptionnelle est que la prétention de l'enfant se présente d'une manière suspecte et anormale: il n'est pas ordinaire qu'un enfant légitime n'ait *ni titre ni possession d'état*; il est juste que toutes facilités soient données au mari, à ses successeurs et à tous autres intéressés pour combattre la présomption de paternité. Le tribunal appréciera souverainement la cause, en tenant compte de toutes les circonstances.

Il importe de saisir le fonctionnement de l'art. 325, en supposant la maternité prouvée par l'enquête du demandeur. Deux situations sont à prévoir:

1^o Dans son action en réclamation d'état, l'enfant a mis en cause tout à la fois sa *prétendue mère et le mari de celle-ci*. Dans ce cas, du moment que le mari fournit la preuve qu'il n'est pas le père, il importe peu que la maternité de sa femme soit établie; la prétention de l'enfant doit être rejetée *dans son ensemble*; car, différemment, le jugement constaterait une filiation adultérine, alors que l'art. 342 *a* défend la recherche d'une semblable filiation.

2^o L'enfant n'a mis en cause que sa *prétendue mère*. Il a jus-

tifié sa réclamation vis-à-vis d'elle. L'autorité de la chose jugée ne se produisant qu'entre les parties en cause, le jugement n'a pas d'effet en ce qui concerne le mari. Aussi, plus tard, l'enfant devra-t-il agir contre ce dernier, *non pas pour démontrer la paternité, mais pour faire constater la maternité dans un jugement qui lui soit opposable*. Dans ce débat, il peut arriver que le mari allègue qu'il n'est pas le père et réussisse à le prouver. La demande formée par l'enfant sera rejetée en vertu de l'art. 325; seulement, cela n'empêchera pas la première demande, qui avait été dirigée contre la mère seule, d'avoir réussi et de conserver tout son effet. C'est là, ainsi qu'on le verra plus loin, un des cas exceptionnels dans lesquels une filiation adultérine se trouve légalement constatée, malgré les prohibitions concernant la reconnaissance volontaire et la recherche judiciaire de cette filiation. Art. 335 et 342 *a*.

590. **Rapprochement.** Il est à remarquer que les dispositions des art. 323, al. 2, et 325 ne sont pas applicables dans les hypothèses prévues par l'art. 46.

Lorsque l'enfant se trouve dans l'impossibilité de prouver sa filiation par un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil, soit parce que les registres ont été tenus d'une manière irrégulière et intermittente, soit parce que des feuillets ont été arrachés, il a le droit de prouver sa filiation maternelle par tous moyens, sans devoir rapporter le commencement de preuve, par écrit ou faits constants dont parle l'art. 323, al. 2; il suffit qu'il fasse, n'importe de quelle manière, la preuve préalable dont parle l'art. 46 (*supra* nos 167 à 169).

D'un autre côté, ses adversaires ne peuvent invoquer l'art. 325 pour combattre à leur gré la présomption de paternité qui est la conséquence légale de la preuve de la filiation maternelle. C'est que l'art. 325 n'est écrit que pour l'hypothèse où toutes les probabilités sont contre le réclamant. Ici l'absence d'acte de naissance est expliquée; il n'y a pas les mêmes raisons que dans le cas de l'art. 323 pour suspecter la filiation paternelle de l'enfant. Aussi la présomption de paternité ne peut-elle être attaquée

que par une véritable action en désaveu, selon les règles des art. 312 à 318.

§ 2. — DES ACTIONS RELATIVES A LA MATERNITÉ ⁽¹⁾.

591. **Notion générale.** Deux actions opposées peuvent être exercées au sujet de la filiation maternelle. L'une appartient à *l'enfant ou à ses héritiers* et a pour but de rechercher sa véritable filiation; elle suppose que l'enfant n'a pas la possession de son état ou que cette possession est contredite par son acte de naissance. On l'appelle action en *réclamation d'état* d'enfant légitime. L'autre appartient à tout intéressé et a pour but d'enlever à l'enfant le bénéfice de son acte de naissance ou de sa possession d'état. On l'appelle action en *contestation d'état* d'enfant légitime.

L'une et l'autre sont soumises aux règles qui vont suivre. Au fond c'est toujours la même question qui s'agit: *Quelle est la mère véritable de l'enfant?*

I. — *Cas où ces actions ne sont pas recevables.*

Art. 322.

592. **Principe de l'art. 322.** La concordance de l'acte de naissance et de la possession d'état constitue une *preuve irréfragable*, excluant tout à la fois toute *réclamation* de la part de l'enfant et toute *contestation* de la part des tiers.

La règle absolue de l'art. 322 a été écrite dans l'intérêt du repos des familles. L'acte de naissance et la possession d'état sont les preuves les plus sûres de la filiation; la loi ne veut pas que lorsque ces deux preuves se prêtent un mutuel appui, un intrigant soit recevable à les ébranler par la preuve testimoniale, qui est toujours très chanceuse. Peu importe après cela que dans quelques cas particuliers, la fin de non-recevoir établie par l'art. 322

(1) Les dispositions des art. 326 et 327 n'appartiennent pas au cours de droit civil; la première rentre dans le cours de procédure civile, la seconde dans le cours de procédure pénale.

soit en opposition avec la réalité des choses ; la loi ferme les yeux sur les inconvénients de la règle absolue et fait ce sacrifice au repos et à la stabilité des familles.

Il résulte de l'art. 322 que lorsque l'enfant a été inscrit sous de faux noms, il ne peut être admis, même par inscription en faux, à réclamer un autre état que celui qui est constaté par l'acte frauduleux, si celui-ci est confirmé par la situation de fait que l'enfant a occupée depuis dans la famille et dans la société. Il arrive ainsi que le droit de l'enfant de prouver sa filiation par témoins perd toute efficacité pratique dans les cas de crime de supposition d'enfant ou de substitution d'un enfant à un autre *avant* la rédaction de l'acte de naissance. D. 1891, 2, 129, note.

La règle de l'art. 322 doit être strictement limitée au cas où l'enfant a un acte de naissance *corroboré* par une possession d'état conforme. Il est donc évidemment permis de contester l'état de celui qui ne justifie que de la possession déterminée par l'art. 320 sans rapporter son acte de naissance. Cass. fr., 26 février 1900, D. 1900, 1, 249.

II. — *Caractères de ces actions.*

Art. 328.

593. **Inaliénabilité et imprescriptibilité de l'état.** Il est de principe que l'*état des personnes* n'est pas dans le commerce. Les actions en réclamation ou en contestation d'état sont donc inaliénables et imprescriptibles ⁽¹⁾. Il est vrai que l'art. 328 qui fixe la règle de l'imprescriptibilité ne statue qu'au sujet de l'action en réclamation d'état, mais cela importe peu, puisque le principe dont il n'est qu'une *application* commande également de décider l'imprescriptibilité de l'action en contestation d'état ; l'état des personnes étant hors du commerce ne saurait

(1) En législation, il conviendrait d'inclure toutes les actions relatives à l'état des personnes dans certains *délais prefix*, afin d'éviter de trop longues incertitudes quant à la permanence de cet état. Ce ne serait qu'une extension du système établi par le code lui-même en matière de désaveu.

pas plus s'acquérir que se perdre par l'effet de la prescription. Arg. de l'art. 2226.

De ce principe il résulte également qu'aucune renonciation au droit de réclamer un état ou de contester celui d'autrui ne peut être considérée comme valable (supra n° 17). D. 1900, 1, 249, note. Comp. *R. trim.*, 1909, p. 386.

594. **Inaliénabilité et prescriptibilité des droits pécuniaires dérivant de l'état.** Si l'état lui-même, c'est-à-dire la filiation, est hors du commerce, il en est autrement des divers *droits pécuniaires* qui en dépendent. Ces droits sont aliénables et prescriptibles comme les autres droits patrimoniaux. L'application la plus intéressante de cette distinction se présente au sujet du *droit de succéder* qui dérive de la filiation légitime.

III. — Règles spéciales à l'action en réclamation d'état.

Art. 329 et 330.

595. **A qui elle appartient.** L'action en réclamation d'état n'appartient qu'à *l'enfant*. En logique et en équité, elle devrait appartenir également à ses *descendants*, car si l'enfant a son état à lui, ses descendants ont aussi le leur, l'état de petit-fils ou d'arrière petit-fils. Mais tel n'est pas le système de la loi qui n'ouvre l'action qu'à *l'enfant*, c'est-à-dire au fils ou à la fille; tous les textes de notre matière, en effet, parlent uniquement des rapports de *l'enfant* avec son *père* et sa *mère*, et n'emploient pas une seule fois les mots *ascendants* et *descendants*.

Les descendants n'ont donc jamais l'action en réclamation d'état *de leur propre chef*; ils ne peuvent l'avoir qu'autant qu'elle leur a été *transmise* par l'enfant, *à titre d'héritiers*.

596. **Cas exceptionnels de transmission de l'action aux héritiers.** En principe, l'action en réclamation d'état ne passe pas aux héritiers de l'enfant. Par exception, elle leur passe dans les deux cas exceptionnels déterminés par les art. 329 et 330.

Lorsque l'action passe aux héritiers, elle change de caractère en leur arrivant. Tandis que dans le chef de l'enfant elle a pour

fondement un intérêt moral, elle n'est plus qu'un point d'appui à des intérêts pécuniaires dans le chef de ses héritiers. Exercée par eux, elle n'a plus vraiment pour objet l'état d'enfant légitime de leur auteur, mais seulement les avantages pécuniaires résultant pour eux de cet état. C'est ce qui explique le système des art. 329 et 330 qui n'autorisent la transmission de l'action que lorsqu'il est raisonnable de croire que l'enfant est mort *sans y avoir renoncé*.

Ce caractère nouveau de l'action, par l'effet de sa transmission, doit faire décider que le terme *héritiers* est employé par nos articles dans son sens ordinaire de *successeurs universels* ou à *titre universel*, sans distinction entre eux.

CHAPITRE II. — DE LA FILIATION ILLÉGITIME.

BARET. *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation des enfants naturels*. Paris, 1873.

CRÉMIEU. *Des preuves de la filiation naturelle non reconnue*. Paris, 1907.

597. **Réformes du législateur belge.** Le système barbare du code civil a été considérablement atténué par notre loi du 6 avril 1908 sur la recherche de la paternité et de la maternité de l'enfant naturel. Il faut aujourd'hui distinguer entre la matière de la *filiation proprement dite* et la matière de la *simple vraisemblance de la paternité*, expression empruntée aux travaux préparatoires de la loi nouvelle ⁽¹⁾.

PREMIERE PARTIE. — DES PREUVES ET DES EFFETS DE LA FILIATION ILLÉGITIME.

SECTION 1. — Des preuves de la filiation illégitime.

§ 1. — DE LA FILIATION NATURELLE SIMPLE.

Art. 334 à 341 c.

598. **Généralités.** Le seul mode normal de preuve de la filia-

⁽¹⁾ Les réformes opérées par notre loi de 1908 ont été l'objet d'un travail remarquable de M. CHAMPCOMMUNAL, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1910, p. 79.

tion naturelle, aussi bien pour la maternité que pour la paternité, est une *reconnaissance volontaire* faite par l'auteur de l'enfant, dans les formes déterminées par la loi. Art. 334.

La *recherche en justice* de la filiation naturelle, c'est-à-dire la preuve de la paternité ou de la maternité par témoins ou par présomptions humaines, n'est admise que dans certains cas *limitativement* déterminés par la loi. Art. 340 *a* et 341 *a*.

Lorsque l'action en recherche de la paternité ou de la maternité réussit, on dit que la filiation naturelle se trouve établie par une *reconnaissance judiciaire* ou *forcée*. L'expression *enfants légalement reconnus*, art. 756, est un terme technique et générique qui désigne à la fois les enfants dont la filiation se trouve constatée par une reconnaissance volontaire de leur auteur ou par un jugement.

La loi nouvelle emploie indifféremment ces expressions: *action en réclamation d'état d'enfant naturel*, *action en recherche* ou *en déclaration de paternité ou de maternité*.

599. **Comparaison avec les preuves de la filiation légitime.** I. *Quant à l'efficacité de l'acte de naissance.* L'acte de naissance de l'enfant naturel ne suffit à prouver que le fait même de la naissance et l'individualité de l'enfant; il ne forme jamais, à lui seul, une preuve complète de la maternité. Aucun texte de notre matière ne dispose pour les enfants naturels, comme l'art. 319 le fait pour les enfants légitimes, que leur filiation maternelle se prouve par l'acte de naissance. Cette différence provient de la *diversité des situations*. La naissance de l'enfant naturel est un malheur; c'est la manifestation sensible de la faute de la mère. Celle-ci, pour cacher sa honte, est souvent tentée de cacher son individualité à la sage-femme et aux personnes chez qui elle va accoucher; elle se présente sous un nom qui n'est pas le sien. Il est dès lors inadmissible que la déclaration du nom de la mère à l'officier de l'état civil mérite la même créance que lorsqu'il s'agit de la maternité d'une femme mariée.

A la différence du code, la loi nouvelle accorde une certaine valeur aux énonciations de l'acte de naissance de l'enfant naturel;

elle les accepte comme un *adminicule de preuve* suffisant pour autoriser la recherche de la maternité par toutes voies de droit. Art. 341 *a*, 2°. L'indication de la mère, qui était devenue obligatoire depuis le code pénal de 1867 (*supra* n° 154), mais qui était restée dénuée de toute force probante, a acquis ainsi un intérêt civil considérable.

II. *Quant à l'efficacité de la possession d'état.* En raison, la possession d'état qui présente les caractères déterminés par l'art. 321 est la plus sûre de toutes les preuves que l'on puisse concevoir en matière de filiation naturelle. La reconnaissance volontaire prévue par l'art. 334 est l'œuvre d'un moment, elle peut être arrachée par ruse ou par obsession. La possession d'état, au contraire, suppose un aveu répété, une *reconnaissance de tous les jours*; elle offre ainsi toutes les garanties possibles de liberté et de sincérité. Le code civil cependant se taisait *absolument* sur la possession d'état dans le chapitre de la preuve de la filiation naturelle. Aussi était-il de jurisprudence constante que la possession d'état ne pouvait être admise comme mode de preuve de cette filiation, ni vis-à-vis du père, ni vis-à-vis de la mère. Liège, 23 janvier 1901, P. 1901, 2, 191; Alger, 7 avril 1908, D. 1908, 2, 200.

A première vue, les nouveaux art. 340 *a*, 1°, et 341 *a*, 1°, semblent placer la possession d'état d'enfant naturel sur le même rang que la possession d'état d'enfant légitime. Ce n'est pas tout à fait le système de la loi nouvelle. A la différence de la possession d'état d'enfant légitime qui vaut titre, art. 320, la possession d'état d'enfant naturel n'est pas un mode de preuve susceptible d'être invoqué *contre l'enfant par quiconque y a intérêt*; elle ne peut être invoquée que *par l'enfant lui-même contre son père ou sa mère, ou leurs héritiers*. Sauf le cas particulier de l'art. 336, tel qu'il est interprété par la jurisprudence (*infra* n° 607), la possession d'état d'enfant naturel ne tient pas vraiment lieu d'un titre de filiation, c'est-à-dire d'un acte de reconnaissance, art. 334; elle n'est que le fondement d'une action judiciaire en déclaration de paternité ou de maternité, action qui, aux termes de l'art. 341 *b*, est personnelle à l'enfant et ne passe pas à ses héritiers.

I. — *De la reconnaissance volontaire.*

A. — Par qui la reconnaissance peut être faite.

600. **Caractère personnel de la reconnaissance.** La reconnaissance est l'*aveu* du fait de la procréation. Elle est par là même un acte essentiellement personnel; elle exige de toute nécessité une manifestation *propre* de volonté. Elle ne peut donc émaner que du père pour la filiation paternelle et de la mère pour la filiation maternelle. Toute autre personne, ascendant, tuteur, héritier du père ou de la mère, est sans qualité à cet égard. Paris, 11 juin 1891, et 16 mars 1899, D. 1892, 2, 533, et 1900, 2, 132.

Si la reconnaissance ne peut être effectuée par le ministère d'un représentant légal, rien n'empêche qu'elle le soit par le ministère d'un représentant *conventionnel*. Mais il faut que le mandataire soit muni d'une procuration spéciale, c'est-à-dire *ad hoc*, et authentique, c'est-à-dire notariée. Arg. de l'art. 36.

La reconnaissance est un *aveu individuel*. Chacun des auteurs de l'enfant peut toujours le reconnaître pour son propre compte, sans avoir besoin de l'assentiment de l'autre. Art. 336. Lorsque les deux auteurs de l'enfant le reconnaissent en même temps, cette double reconnaissance peut être constatée par un seul et même acte.

601. **Capacité nécessaire pour faire la reconnaissance.** La loi ne trace aucune règle particulière sur cette question. On est généralement d'accord aujourd'hui pour n'exiger de l'auteur de la reconnaissance que la simple capacité *de fait* ou *de volonté*, c'est-à-dire le discernement; on n'exige aucune capacité civile ou juridique. Sans doute la reconnaissance est un *aveu*, un *moyen de preuve*, mais cette preuve n'a point pour objet un *acte juridique* à proprement parler; elle porte sur un simple état de fait, le fait de la filiation, et, comme on l'observera plus loin, il ne faut pas confondre l'effet de la reconnaissance avec les effets de la filiation. Aussi a-t-il été jugé que la reconnaissance peut être valablement faite: 1^o par une femme mariée sans l'autorisation de son mari. Trib. Liège, 6 mai 1899, P. 1900, 3, 144; Alger, 11 jan-

vier 1900, D. 1902, 2, 476; 2^o par un individu sous conseil sans l'assistance de son conseil. Caen, 26 avril 1887, S. 1887, 2, 125; 3^o par un mineur sans l'intervention de son représentant légal. Trib. Bruxelles, 14 décembre 1900, P. 1901, 3, 312. Quant au mineur et à l'individu sous conseil, il est bien entendu qu'il faut toujours réserver la question de *discernement*.

B. — Epoque à laquelle la reconnaissance peut être faite.

602. **Principe.** La loi ne soumet la validité de la reconnaissance à aucune condition d'époque ou de délai. La reconnaissance peut donc avoir lieu dès la simple conception de l'enfant, à toute époque, même après son décès.

603. **Enfant simplement conçu.** Un enfant peut être reconnu pendant qu'il est encore *pars viscerum matris*. C'est, en effet, l'un des cas d'application du principe: *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*. Cass. fr., 2 janvier 1895, D. 1895, 1, 367. Dans cette hypothèse, l'acte de reconnaissance individualisera l'enfant par la désignation de sa mère.

604. **Enfant déjà mort.** Il n'est pas douteux qu'un enfant peut être reconnu après son décès s'il a laissé des enfants légitimes. Arg. des art. 332 et 759.

Mais la reconnaissance est-elle encore possible s'il est décédé sans postérité? Certains auteurs s'efforcent d'écarter la solution affirmative; comprend-on, disent-ils, que l'homme ou la femme qui, pendant toute la vie de son enfant, a dissimulé sa paternité ou sa maternité afin d'échapper aux charges qui en résultaient, soit encore admis à la révéler après qu'il n'y a plus de charges à supporter et lorsqu'il ne peut plus être question que d'une succession à recueillir? Il est facile de leur répondre que la loi aurait pu consacrer ce système, mais qu'elle ne l'a pas fait. La loi n'envisage pas la reconnaissance comme un *acte juridique destiné à conférer des droits nouveaux à l'enfant*, mais comme un *mode de preuve d'une filiation préexistante* d'où dérivent des droits pour les parents aussi bien que pour l'enfant. On comprend donc qu'elle puisse intervenir à un moment où l'enfant ne saurait

plus en profiter et quoiqu'il n'ait pas laissé de descendants. En définitive, la reconnaissance demeure possible dans tous les cas de décès de l'enfant, par cela seul qu'aucun texte ne vient l'interdire. Bruxelles, 12 décembre 1905, P. 1906, 2, 91; Rouen, 20 décembre 1899, D. 1901, 2, 71.

C. — Forme de la reconnaissance.

Art. 334 et 336.

605. **Principe de l'art. 334.** On ne peut pas reconnaître un enfant naturel d'une manière quelconque; un acte sous seing privé, même un testament olographe, ne suffit pas. L'art. 334 dispose, en effet, que la reconnaissance doit être faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'a pas été dans l'acte de naissance de l'enfant. L'authenticité est donc, en principe, une condition d'existence légale de la reconnaissance. Cette formalité a été prescrite dans le double but d'assurer: 1^o la pleine liberté de celui qui fait la reconnaissance; 2^o la conservation et l'irrévocabilité de la reconnaissance; l'original de l'acte sera gardé par l'officier instrumentant.

Il ne faut pas dépasser l'exigence de la loi. Il n'est pas nécessaire que la reconnaissance soit faite par un acte dressé uniquement pour cela; elle peut être consignée dans un acte qui a encore un autre objet. Il n'est pas non plus nécessaire qu'elle soit faite en termes dispositifs et par une phrase principale et détachée; des termes simplement énonciatifs suffisent dès lors qu'ils ne laissent aucun doute sur la volonté de reconnaître l'enfant. Il arrive souvent que des reconnaissances d'enfants naturels se trouvent *incidemment*, et même *implicitement*, contenues dans d'autres actes tels que des testaments publics, contrats pécuniaires de mariage, consentements à mariage. Bruxelles, 17 février 1909, B. J. 1909, col. 385; Paris, 26 février 1896, D. 1897, 2, 339.

606. **Officiers publics compétents.** Les seuls fonctionnaires publics compétents pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels sont les officiers de l'état civil et les notaires. Art. 62 et 334.

1^o Officiers de l'état civil. Leur compétence était naturellement indiquée, puisqu'il s'agit d'un acte relatif à l'état civil. Tout officier de l'état civil a qualité pour recevoir un acte de reconnaissance; il suffit qu'il instrumente sur le territoire de sa commune, peu importe le domicile du comparant. L'officier doit-il être assisté de deux témoins? Cette question dépend de celle de savoir si, *en principe*, l'officier de l'état civil doit être assisté de témoins dans *tous* les actes de son ministère (supra n^o 125).

Si la reconnaissance est faite devant l'officier de l'état civil en même temps que la déclaration de naissance, l'officier dresse un seul écrit dans lequel il constate à la fois la déclaration et la reconnaissance; il y a alors deux actes instrumentaires réunis dans un cadre unique. Si la reconnaissance est faite postérieurement à la déclaration de naissance, l'officier en dresse un acte spécial qu'il inscrit à sa date sur les registres et qui est ensuite mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Art. 62. Lorsque la reconnaissance est faite au moment du mariage des père et mère, en vue de la légitimation de l'enfant, l'officier la constate dans l'acte de célébration et, cette fois encore, il y a plusieurs actes instrumentaires dans un même cadre. Art. 331.

2^o Notaires. Leur compétence résulte de notre art. 334 combiné avec la loi organique du notariat, du 25 ventôse an XI, dont l'art. 1 dispose que les notaires sont établis pour recevoir tous les actes auxquels les particuliers veulent ou doivent faire donner le caractère authentique. Les actes notariés, à la différence des actes de l'état civil, ne sont pas communicables au public. Art. 23 de la loi du notariat. Le père ou la mère peut donc, en recourant au ministère d'un notaire, réussir à tenir la reconnaissance secrète jusqu'au jour où il lui convient de la faire apparaître. C'est pour donner satisfaction à cet intérêt peu recommandable que la loi a admis la compétence des notaires concurremment avec celle des officiers de l'état civil.

Lorsque la reconnaissance est faite par un acte notarié, elle ne doit à aucune époque être transcrite sur les registres de l'état civil, ni être inscrite en marge de l'acte de naissance de l'enfant;

l'art. 62 ne concerne que les reconnaissances faites devant les officiers de l'état civil.

3° D'une manière générale, tous les autres fonctionnaires publics sont incompétents pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels. Comp. B. J. 1909, col. 385.

Il en est ainsi des *fonctionnaires de l'ordre administratif*; ils ne dressent des actes authentiques que *dans les limites de leurs attributions administratives*. Limoges, 6 décembre 1886, D. 1888, 2, 93.

Les *juges* sont également incompétents; ils n'ont la juridiction volontaire que dans les *cas spécialement déterminés par la loi*. Toutefois il est de règle de procédure civile:

a. Que les juges *siégeant au contentieux* ont qualité pour dresser acte des déclarations qui se font devant eux au cours des affaires dont ils sont saisis. De là la disposition de l'art. 1356, al. 2. Aussi tous les auteurs récents enseignent-ils qu'une reconnaissance d'enfant naturel peut être valablement actée par les juges lorsqu'elle se présente sous la forme d'un *aveu fait en justice*. Comp. S. 1887, 1, 65, note.

b. Que le juge de paix *siégeant comme magistrat conciliateur* a qualité pour dresser acte des déclarations des parties qui se concilient devant lui. Art. 54 c. proc. Une reconnaissance d'enfant naturel peut donc être valablement actée par le juge de paix lorsqu'elle se présente sous la forme d'un *aveu inséré dans un procès-verbal de conciliation*.

Avec l'aveu de *paternité*, qui est constitutif de la reconnaissance prévue par notre art. 334, il ne faut pas confondre le simple aveu de *relations charnelles*, qui justifie les actions en pension alimentaire et en frais de gésine prévues par les nouveaux articles 340 b et 340 c. Un aveu de ces relations, fait au cours de l'instance et consigné dans le jugement, art. 340 f, ne peut être considéré comme présentant le caractère d'une reconnaissance d'enfant naturel.

607. **Exception jurisprudentielle à l'art. 334.** Le principe de l'art. 334, sur la forme authentique de la reconnaissance, n'est

pas toujours applicable à la mère. Tout aveu de la mère, *manifesté de quelque manière que soit*, — aveu exprès contenu dans un simple écrit privé, aveu tacite résultant de la possession d'état donnée par la mère à l'enfant, — devient pleinement efficace lorsque le père lui-même a reconnu l'enfant par un acte authentique et y a fait indiquer le nom de la mère.

Pour justifier cette exception au principe de l'art. 334, la jurisprudence raisonne *a contrario* de l'art. 336 et se prévaut de la généralité du terme *aveu* qui y est employé sans limitation aucune: la reconnaissance du père, avec l'indication et l'aveu exprès ou tacite de la mère, produit effet à l'égard de la mère comme du père. Liège, 7 janvier 1893, B. J. 1893, col. 754; Nîmes, 15 février 1887, S. 1887, 2, 172.

Cette interprétation de l'art. 334 tempère très heureusement la rigueur du code sur les preuves de la filiation naturelle. Mais elle encourt le reproche de chercher dans un texte la solution d'une question que ce texte n'a pas pour objet de décider. Ce n'est que dans l'art. 334 que la loi s'occupe de la *forme* de la reconnaissance; l'art. 336 a un autre et unique objet: consacrer le principe que la reconnaissance est un acte absolument individuel de la part de chacun des auteurs de l'enfant.

D. — Caractères de la reconnaissance.

608. **Titre d'état civil.** La reconnaissance n'est pas un contrat entre le père ou la mère et l'enfant; ce n'est pas non plus un acte juridique unilatéral, à proprement parler. C'est un *mode de preuve* du fait de la paternité ou de la maternité, un aveu solennel qui forme *titre d'état civil*. Bruxelles, 16 mars 1904, B. J. 1904, col. 1377.

L'acte de reconnaissance forme le titre de filiation de l'enfant naturel exactement comme l'acte de naissance forme le titre de filiation de l'enfant légitime. Il est un mode de preuve d'une efficacité absolue, opposable ou profitable à tous; c'est un acte de l'état civil et non un jugement.

On confond souvent la conséquence de la reconnaissance avec

les conséquences de la filiation. La reconnaissance n'a vraiment qu'un *effet probatoire*: prouver *erga omnes* la filiation de l'enfant auquel elle s'applique. En constatant cette filiation jusqu'alors légalement inconnue, elle lui assure les divers effets juridiques qui y sont attachés par la loi, effets qu'on ne pouvait réclamer auparavant, à défaut d'instrument de preuve. Les prétendus effets juridiques de la reconnaissance ne sont pas autre chose que les *effets juridiques de la parenté naturelle* constatée par un mode légal.

609. **Irrévocabilité de la reconnaissance.** La reconnaissance est *irrévocable* en ce sens qu'elle ne peut être rétractée au gré de celui qui l'a faite, alors même que l'enfant n'en aurait pas encore connu l'existence. Elle n'est, en effet, que l'aveu d'un fait, et l'aveu en lui-même n'est pas susceptible de rétractation. Art. 1356, al. 4. Une fois la vérité révélée, il n'est au pouvoir de personne de la rejeter dans l'ombre. Bordeaux, 25 mai 1892, D. 1894, 2, 50.

Aucun texte ne fait exception à ce principe en ce qui concerne la reconnaissance contenue accessoirement dans un testament par acte public, c'est-à-dire notarié. L'art. 895 ne déclare révocable *ad nutum* que l'acte par lequel *on dispose de ses biens* pour le temps où on ne sera plus. Dès lors si un écrit dressé dans les formes du testament public renferme non seulement des dispositions de biens, mais encore des clauses d'une autre nature, rien n'empêche ces dernières de conserver leur caractère originaire. En pareil cas, il y a véritablement deux actes distincts réunis dans un même cadre; chacun reste soumis aux règles qui lui sont propres. Plusieurs auteurs enseignent cependant qu'il est inadmissible qu'une clause quelconque renfermée dans un testament soit irrévocable avant la mort du testateur. Comp. Cass., 23 avril 1891, P. 1891, 1, 126.

610. **Rétroactivité de la reconnaissance.** La reconnaissance n'est pas *attributive*, mais simplement *déclarative* de la filiation; elle ne crée pas l'état de l'enfant, elle ne fait que le prouver. Bruxelles, 6 novembre 1907, P. 1908, 2, 51. « Il est clair,

en effet, qu'avant la reconnaissance l'enfant avait une filiation, seulement cette filiation était légalement inconnue; la reconnaissance vient la révéler et la constater». Les prétendus effets de la reconnaissance étant en réalité ceux de la filiation, il faut décider que ces effets se produisent non pas seulement à compter du jour de la reconnaissance, mais à compter du jour de la naissance de l'enfant, et même, en sa faveur, du jour de la conception. Ainsi l'incapacité de recevoir à titre gratuit édictée par l'art. 908 s'appliquera à l'enfant naturel qui a reçu une libéralité de son père ou de sa mère avant la reconnaissance dont il a été l'objet. Cass. 8 mars 1880, P. 1880, 1, 100; Dijon, 18 décembre 1891, D. 1892, 2, 217. Comp. Bruxelles, 31 janvier 1893, P. 1893, 2, 250.

Certains tribunaux montrent quelque résistance à appliquer le principe que la reconnaissance est simplement déclarative de la filiation ⁽¹⁾. Pour nous, le seul tempérament admissible concerne la matière de l'habilitation au mariage; le père ou la mère d'un enfant naturel ne peut, en vertu d'une reconnaissance faite postérieurement au mariage contracté par cet enfant, attaquer le mariage en vertu des art. 148, 149, 158 et 182 cbn. En pareil cas, le père ou la mère devrait être considéré comme ayant été au moment du mariage *dans l'impossibilité légale de manifester sa volonté*.

611. **Preuve de l'identité.** Pour qu'un enfant naturel puisse se prévaloir, ou pour qu'on puisse se servir contre lui, de l'acte de reconnaissance qui constate sa filiation, il faut, bien entendu, qu'il soit constant que cet enfant est effectivement celui auquel la reconnaissance s'applique. Si l'identité est contestée il faudra en faire la preuve. Cette preuve pourra d'ailleurs être faite par tout mode quelconque, les art. 340 et 341 étant hors de cause ici.

(1) Il n'est dit nulle part dans la loi que quand la parenté, légitime ou naturelle, est une condition de recevabilité d'une action civile (par exemple à l'art. 490), la *preuve* ou constatation de cette parenté doit préexister à l'intentement de l'action et ne peut être faite au cours de l'instance. Bruxelles, 26 juillet 1909, P. 1910, 2, 110.

Trib. Gand, 21 juin 1893, B. J. 1893, col. 963, et 1894, col. 769;
Cass. fr., 26 juin 1889, D. 1891, 1, 129.

E. — Force probante de la reconnaissance.

Art. 339.

612. **Admission de la preuve contraire.** De même que l'acte de naissance de l'enfant légitime, l'acte de reconnaissance de l'enfant naturel ne forme preuve que jusqu'à preuve contraire. Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, dit l'art. 339, peut être *contestée*, c'est-à-dire combattue ⁽¹⁾, par tous ceux qui y ont intérêt.

Il n'y a jamais de situation *inattaquable* en matière de filiation naturelle, même lorsque la reconnaissance a été suivie de la légitimation de l'enfant. Bruxelles, 31 décembre 1908, B. J. 1909, col. 573; Lyon, 7 avril 1905, D. 1906, 2, 391.

L'existence d'une possession d'état conforme à la reconnaissance n'empêcherait pas l'action en contestation de se produire. Il n'existe, en effet, dans notre matière aucun texte pareil à l'art. 322 qui est spécial à la filiation légitime. Bruxelles, 3 novembre 1905, P. 1906, 2, 116; Toulouse, 2 février 1884, D. 1885, 2, 227.

613. **Personnes autorisées à agir en annulation.** L'art. 339 accorde expressément le droit de prouver la fausseté de la reconnaissance à *tous ceux qui y ont intérêt*, et il ne fait aucune distinction entre l'intérêt *moral* ou d'honneur et l'intérêt *pécuniaire* né et actuel. *R. trim.*, 1909, p. 153.

1^o On peut citer comme ayant un intérêt moral:

a. *L'enfant lui-même.* Enfant naturel, il ne lui est certes pas indifférent de l'être de n'importe qui! Mais il ne lui suffit pas de déclarer qu'il répudie la reconnaissance; il faut qu'il *prouve* que cette reconnaissance est contraire à la vérité.

(1) Dans l'art. 339, contrairement à l'art. 315, le terme *contester* n'est pas synonymie de dénier ou méconnaître, mais de combattre. La différence des hypothèses explique la différence des significations.

b. *L'auteur de la reconnaissance.* Il ne s'agit pas pour lui de rétracter son aveu, mais d'en démontrer la fausseté. Or, cela doit lui être permis, puisqu'il y va d'une *question d'état*, c'est-à-dire d'une matière d'ordre public. Trib. Bruxelles, 31 décembre 1907, P. 1908, 3, 79; Lyon, 13 mars 1856, D. 1856, 2, 232. Tous les auteurs enseignent également, par argument des articles 1109 et suiv., que l'auteur de la reconnaissance a le droit de la faire annuler en démontrant que son consentement a été *vicié* par l'erreur, la violence ou le dol. Trib. Bruxelles, 20 février 1896, B. J. 1896, col. 332; Poitiers, 30 décembre 1907, S. 1909, 2, 313.

c. *Les parents légitimes de l'auteur de la reconnaissance.* Leur honneur familial est lésé par une reconnaissance mensongère. Paris, 14 mars 1895, D. 1895, 2, 231.

d. *Toute personne qui a déjà reconnu l'enfant*, et cela alors même que les deux reconnaissances, émanant de personnes de sexe différent, pourraient se concilier. Ainsi la femme qui s'est reconnue la mère d'un enfant naturel peut contester la reconnaissance de l'homme qui se déclare le père de l'enfant.

L'application de l'art. 339 est indispensable quand un enfant naturel a été reconnu par deux personnes du même sexe ⁽¹⁾. La première reconnaissance ne doit pas nécessairement prévaloir; il appartient aux tribunaux de décider quelle est celle des deux qui est conforme à la vérité. Liège, 22 juillet 1901, P. 1902, 2, 47; Seine, 31 octobre 1898, D. 1900, 2, 65; Le Puy, 9 juin 1905, P. 1906, 4, 64.

2° On peut citer comme ayant un intérêt pécuniaire:

a. *Les héritiers et autres successeurs ab intestat de l'auteur de la reconnaissance*, dans le but d'écarter l'enfant de la succession.

(1) Il importe d'observer que l'officier public requis, par un homme ou une femme, de constater la reconnaissance d'un enfant naturel, ne peut se refuser à dresser acte de la déclaration, en invoquant la circonstance que cet enfant aurait déjà été reconnu par un autre homme ou une autre femme. Le code n'adresse de défense aux officiers publics, en matière de reconnaissance d'enfant naturel, qu'en ce qui concerne la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse. B. J. 1891, col. 145.

b. Les donataires ou légataires de l'auteur de la reconnaissance, dans le but d'empêcher l'action en réduction que l'enfant réservataire exercerait contre eux.

Il faut d'ailleurs supposer, dans ces deux cas, que l'auteur de la reconnaissance est décédé, autrement l'intérêt en jeu ne serait pas né et actuel.

614. **Modes de preuve admissibles.** L'art. 339 n'exclut aucun des modes ordinaires de preuve *admissibles dans les questions d'état*. La preuve testimoniale et les présomptions humaines sont recevables, sans condition de commencement de preuve par écrit. Au contraire, il ne peut jamais s'agir de l'aveu du défendeur, ni du serment. Trib. Bruxelles, 31 août 1906, B. J. 1906, col. 1172; Bruxelles, 31 décembre 1908, B. J. 1909, col. 573.

La reconnaissance ne peut être déclarée mensongère par cela seul que celui qui l'a faite n'avait pas atteint l'âge requis pour le mariage à l'époque de la conception de l'enfant. L'art. 145, dont on s'est prévalu quelquefois en sens contraire, reconnaît lui-même positivement que la puberté peut exister avant l'âge de dix-huit ans pour les garçons et de quinze ans pour les filles. Trib. Liège, 3 décembre 1902, P. 1903, 3, 337.

615. **Exercice de l'action en annulation.** A la différence de ce qui est établi dans le cas de désaveu, art. 318, aucun texte de notre matière ne dispose que lorsque l'action est dirigée contre un enfant mineur, on doive lui nommer un tuteur *spécial* pour le représenter dans l'instance.

II. — *De la reconnaissance forcée ou recherche en justice de la filiation naturelle.*

616. **Distinction.** La loi fait, sous ce rapport, une distinction capitale entre la paternité et la maternité.

A. — Dans quels cas la recherche de la paternité est admise.

Art. 340 a.

617. **Principe de l'art. 340 a.** Comme dans le code civil, le principe de la matière continue d'être l'interdiction de la recherche

de la paternité ⁽¹⁾. Il n'y a pas de différence, en effet, entre la formule du code: *La recherche de la paternité est interdite, toutefois elle est admise dans tel cas*, et la formule de la loi nouvelle: *La recherche de la paternité n'est admise que dans les cas suivants*.

618. Admission exceptionnelle de la recherche. La recherche de la paternité est admise dans deux catégories de cas:

1^o *S'il y a possession d'état d'enfant naturel dans les conditions prévues par l'art. 321.* C'est malheureusement la seule réforme importante en notre matière.

2^o *Si, pendant la période légale de la conception, il y a eu enlèvement par violence, ruse ou menace, détention, séquestration arbitraires ou viol.* Sauf en ce qu'elle range le viol parmi les cas de recherche de la paternité, cette disposition ne fait que préciser la portée de l'ancien art. 340 au sujet de l'enlèvement.

619. Cas de la possession d'état. Les conditions prescrites par l'art. 321 sont que le réclamant ait eu tout ensemble *nomen, tractatus* et *fama* d'enfant du père prétendu, et cela *d'une manière continue* depuis ses premières années jusqu'au jour de l'intentement de l'action. C'est pour insister sur cette condition de la continuité que le texte de notre art. 340 *a*, 1^o, emploie le présent dans l'expression: *s'il y a possession d'état*.

La possession d'état ne doit pas nécessairement être établie à l'égard de la *mère* comme du père; il suffit qu'elle le soit à l'égard du père. Il n'est pas nécessaire non plus qu'elle ait existé à l'égard de la *famille* du père, la parenté naturelle n'existant légalement qu'au premier degré. Trib. Bruxelles, 25 avril 1910, P. 1910, 3, 379.

(1) Quand nous avons écrit dans nos éditions précédentes que la disposition de l'ancien article 340 était la plus détestable du code de Napoléon, nous n'avons pas entendu protester contre le *principe* même de la prohibition de la recherche de la paternité; nous avons voulu simplement exprimer l'indignation de tous les civilistes contemporains contre la rigueur monstrueuse de la loi qui n'admettait qu'une seule et presque illusoire exception au principe de la prohibition!

La preuve de la possession d'état peut être faite *de plano* par toutes voies de droit.

620. **Cas du viol et de l'enlèvement.** Le texte prend soin d'exiger que le viol ou l'enlèvement ait été commis *pendant la période légale de la conception de l'enfant*, telle qu'elle est déterminée par l'art. 312. Certes il n'était pas nécessaire d'ajouter que le viol ou l'enlèvement doit avoir été commis par le père prétendu !

Le texte a le mérite de rétablir la concordance entre la terminologie du code civil et celle du code pénal : l'*enlèvement par violence, ruse ou menace*, c'est le rapt des mineures qui est spécialement prévu par l'art. 368 du code pénal ; la *détention ou séquestration arbitraire*, c'est le rapt des majeures qui est prévu par l'art. 434 du code pénal sous la qualification générique d'*attentat à la liberté individuelle*. Comme sous l'ancien art. 340, ainsi qu'on l'interprétait généralement, le rapt dit *de séduction* n'est pas à considérer ; le texte marque formellement qu'il faut qu'il y ait eu emploi de moyens supprimant la *responsabilité* de la femme dans l'acte de la génération. Bordeaux, 30 juin 1885, D. 1886, 2, 151.

Si le viol et l'enlèvement dont il s'agit au texte sont des délits de droit pénal, il ne faut pas cependant que le père prétendu ait été *condamné* du chef de l'une ou l'autre de ces infractions par la juridiction répressive. Il n'est pas même nécessaire qu'il en soit reconnu *coupable* par la juridiction civile saisie de l'action en recherche de paternité. L'admissibilité de l'action n'est subordonnée qu'à la preuve de la simple *matérialité* de l'infraction ; la *culpabilité* de l'auteur de l'infraction est absolument indifférente. Ne peut-on pas supposer, en effet, que l'enlèvement ou le viol a été commis par un individu qui se trouvait en état de démence ?

B. — Moyens de défense admis par la loi.

Art. 340 d.

621. **Contestation de la recherche.** Dans le système de la loi nouvelle, tel qu'il résulte du rapprochement des art. 340 a

et 340 *d*, l'enfant demandeur en recherche de paternité a fait toute la preuve qui lui incombe dès qu'il a justifié de la possession d'état, de l'enlèvement ou du viol, dans les conditions déterminées par la loi. C'est alors au défendeur à proposer ses moyens de défense, à établir que la demande est non fondée malgré les probabilités qui se dégagent des faits et circonstances de la cause. Art. 340 *d*.

622. **Division des moyens de défense.** Les moyens de défense que l'adversaire de l'enfant est admis à proposer se divisent en deux classes :

1^o *Les moyens péremptoires spécifiés par la loi.* Le défendeur est admis à établir : *a* soit que, pendant la période légale de la conception, la mère a eu, fût-ce une seule fois, des relations charnelles avec un autre individu (c'est l'*exceptio plurium* du droit allemand); *b* soit que, pendant cette période, la mère a été d'une inconduite notoire. Ces deux cas ne se confondent pas; l'infidélité à l'amant peut très bien avoir existé sans qu'il y ait eu inconduite habituelle et notoire.

Ces moyens sont péremptoires; dûment établis, le juge n'a plus aucun pouvoir d'appréciation, il *doit* rejeter l'action en déclaration de paternité, même dans le cas où l'enfant aurait justifié de la possession d'état.

2^o *Tous autres moyens à apprécier souverainement par les juges selon les circonstances.* Ainsi le défendeur peut s'efforcer d'établir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité physique d'engendrer pendant la période légale de la conception, par exemple qu'il était éloigné de la mère pendant cette période, et qu'ainsi la possession d'état invoquée par l'enfant est trompeuse. On voit parfois, dans certaine classe de la société, un homme se mettre en ménage avec une femme enceinte ou qui vient d'accoucher, et élever l'enfant de cette femme comme s'il était de ses œuvres.

623. **Observation.** Les moyens péremptoires, pas davantage que les autres, ne sont des exceptions préjudicielles sur lesquelles les juges devraient se prononcer préalablement au débat *sur le fond*. Ce sont de purs moyens de défense. Il appartient donc

aux juges de décider, d'après les circonstances de l'action, si l'examen de ces moyens sera joint au débat sur le fond ou vidé séparément.

C. — Dans quels cas la recherche de la maternité est admise.

Art. 341 a.

624. **Principe de l'art. 341 a.** Le nouvel article 341 a améliore considérablement le système du code en disposant que la recherche de la maternité est admise dans deux catégories de cas :

1^o *S'il y a possession d'état d'enfant naturel dans les conditions prévues par l'art. 321;*

2^o *Si l'accouchement de la mère prétendue et l'identité du réclamant avec l'enfant dont elle est accouchée sont rendus vraisemblables par un commencement de preuve par écrit conforme aux dispositions de l'art. 324, ou par les énonciations de l'acte de naissance.*

625. **Cas de la possession d'état.** Le 1^o de l'art. 341 a est conçu dans les mêmes termes que le 1^o de l'art. 340 a; il doit donc être interprété de la même manière.

Sa possession d'état prouvée, l'enfant ne peut manquer de réussir dans son action; il doit obtenir un jugement déclaratif de maternité naturelle.

626. **Autres cas de recherche de la maternité.** L'enfant demandeur qui ne fonde pas son action sur la possession d'état doit prouver deux faits distincts: 1^o l'accouchement de la femme dont il se dit issu; 2^o son identité avec l'enfant que cette femme a mis au monde. Cette double preuve il ne peut l'entreprendre par témoins ou par présomptions humaines (résultant, par exemple, d'une possession d'état incomplète) que s'il justifie d'un admicule écrit rendant vraisemblables à la fois l'accouchement de sa mère prétendue et sa propre identité.

Le commencement de preuve par écrit doit sans doute préexister à l'admission de la preuve par témoins, mais la loi ne dit

nulle part qu'il doit préexister à l'introduction même de l'instance en déclaration de maternité. Rien n'empêche l'enfant, aussitôt qu'il a intenté son action, de faire interroger son adversaire sur faits et articles, en vertu de l'art. 324 c. proc., afin de puiser un commencement de preuve par écrit dans le procès-verbal même de l'interrogatoire. Bruxelles, 1^{er} décembre 1887. P. 1888, 2, 272.

627. **Nature de l'adminicule exigé par l'art. 341 a, 2^o.** Ce texte dispose que le commencement de preuve par écrit exigé de l'enfant peut résulter soit d'un écrit émané d'une des personnes désignées en l'art. 324, soit des énonciations de l'acte de naissance produit par l'enfant.

1^o *Ecrit conforme aux dispositions de l'art. 324.* La loi nouvelle tranche ainsi, en faveur de l'enfant, une controverse importante qui était née du silence de l'ancien art. 341. *R. crit.*, 1908, p. 129; *R. trim.*, 1910, p. 156. Elle admet l'enfant à invoquer non seulement des écrits de toute nature (lettres, papiers, etc.) émanés de sa mère prétendue, mais aussi des écrits *émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.* Cette solution intéresse beaucoup l'enfant, car c'est ordinairement au décès de sa mère, et pour prétendre à sa succession, que l'enfant exerce l'action en recherche de maternité.

2^o *Enonciations de l'acte de naissance produit par l'enfant.* La loi nouvelle maintient bien encore le principe que l'acte de naissance de l'enfant naturel n'est point le *titre* de sa filiation. Mais elle fait de cet acte un adminicule de preuve pour l'enfant et elle opère ainsi une réforme très importante, puisque depuis le code pénal de 1867 l'acte de naissance de l'enfant naturel doit contenir l'indication du nom de la mère.

L'adminicule invoqué par l'enfant doit rendre vraisemblable le fait de l'identité aussi bien que le fait de l'accouchement. Il faut donc que l'écrit conforme à l'art. 324, ou l'acte de naissance, se rapporte à l'enfant demandeur, le concerne, c'est-à-dire que les énonciations de cet écrit, ou de cet acte, concordent avec les nom et prénom qui sont portés par l'enfant. Une lettre ou un

acte de naissance ne sont jamais tels qu'ils ne puissent s'appliquer qu'à un seul individu; tout ce que la loi demande, c'est une semi-preuve qui rende vraisemblable le fait de l'identité. D'autre part, la *conformité de nom et prénom* est manifestement une condition indispensable de l'application de l'art. 341 *a*, 2°. Conçoit-on qu'un aventurier portant un autre nom que celui de l'enfant, énoncé dans l'acte de naissance, puisse s'appuyer sur cet acte pour intenter une action en recherche de maternité!

628. **Difficulté non résolue par l'art. 341 *a*, 2°.** Une lettre écrite à l'enfant par un tiers, au nom de la mère ou de l'une des personnes désignées en l'art. 324, est certes de nature à être produite comme commencement de preuve par écrit. Mais une grave difficulté s'élève lorsqu'il est méconnu que la lettre a été écrite *sur l'ordre* de la mère ou de la personne en question; la preuve de l'ordre donné au tiers peut-elle être faite *de plano* par témoins? La jurisprudence ne l'admet pas, en vertu du principe qu'on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement; autoriser l'enfant à faire par témoins la preuve en question aboutirait à lui permettre indirectement de faire par témoins la preuve de sa filiation en dehors des conditions prévues par la loi. Cass. fr., 17 juin 1907, D. 1908, 1, 161.

629. **Comparaison entre l'art. 323 et l'art. 341 *a*.** En matière de filiation légitime, le commencement de preuve par écrit nécessaire pour autoriser la preuve testimoniale peut être *remplacé* par des indices graves résultant de faits avérés. Au contraire, notre nouvel article 341 *a* continue, comme l'ancien, de subordonner *exclusivement* au commencement de preuve par écrit l'admissibilité de l'action en recherche de maternité qui ne se fonde pas sur la possession d'état. Quoi qu'on ait dit, il n'y avait aucune raison sérieuse de maintenir cette différence.

D. — De l'action en recherche de paternité ou de maternité.

Art. 341 *b*.

630. **Ses caractères.** Cette action est propre à l'enfant, intransmissible et temporaire.

I. *Propre à l'enfant*. L'action en réclamation d'état est personnelle à l'enfant, en ce sens qu'elle n'appartient qu'à lui seul. S'il est mineur ou interdit, son *représentant légal* ne peut l'exercer qu'après s'être fait autoriser par le conseil de famille. Art. 341 *b*, al. 1.

En présence du texte absolu de notre art. 341 *b*, on doit refuser à tout *tiers* quelconque le droit d'agir en déclaration de paternité ou de maternité *contre l'enfant ou ses héritiers*. La controverse qui existait autrefois sous les anciens art. 340 et 341 se trouve aujourd'hui éteinte. *R. trim.*, 1902, p. 873; Alger, 7 avril 1908, D. 1908, 2, 200. On ne pourrait même plus reconnaître ce droit au ministère public qui voudrait par là mettre obstacle à un mariage incestueux. Comp. Bruxelles, 30 avril 1890, B. J. 1890, col. 1181; Grenoble, 14 janvier 1889, D. 1890, 2, 193.

II. *Intransmissible*. Plus rigoureux que l'art. 329, notre art. 341 *b*, al. 4, dispose que l'action *ne passe pas aux héritiers* de l'enfant. Toutefois, sous les mêmes restrictions que celles de l'art. 330, il autorise les *descendants* de l'enfant à *continuer l'action commencée* par leur auteur. Comp. Lyon, 4 janvier 1910, D. 1910, 2, 257.

Aucune disposition n'empêche l'enfant d'intenter son action en réclamation d'état *contre les héritiers* de son père ou de sa mère décédés, si le délai légal fixé ci-après n'est pas encore expiré.

III. *Temporaire*. L'action ne peut être intentée *après les cinq années qui suivent la majorité de l'enfant*, dit l'art. 341 *b*, al. 2. C'est là une sage dérogation au principe consacré par l'art. 328 que les actions d'état sont perpétuelles ⁽¹⁾. S'il y a possession d'état (dans les conditions prévues par l'art. 321), le délai est *prolongé*

(1) L'action en réclamation d'état d'enfant naturel soulèvera fréquemment des problèmes extrêmement délicats, notamment en ce qui concerne l'administration des preuves, et provoquera des troubles fâcheux, aussi bien pour les familles que pour la société; ces inconvénients seront d'autant plus graves que l'action sera exercée plus tardivement. Il importe qu'on ne vienne pas trente, quarante ou cinquante ans après la naissance de l'enfant intenter des actions vis-à-vis desquelles il sera difficile, pour ne pas dire impossible, de se défendre. (Comp. *supra* n° 593).

jusqu'à l'expiration de l'année qui suit le décès du père ou de la mère prétendus. Art. 341 *b*, al. 3.

Le délai établi pour l'exercice de l'action est un délai *préfix*, c'est-à-dire de déchéance, et non un simple délai de prescription susceptible de suspension ou d'interruption.

631. **Controverse.** Les faits qui servent de fondement à l'action en déclaration de paternité naturelle dans les cas de l'art. 340 *a*, 2^o (enlèvement et viol), constituent de véritables délits de droit pénal. On s'est demandé, dans les discussions à la Chambre et au Sénat, si le défendeur ne pourrait pas échapper à l'action en invoquant la courte prescription civile établie par la loi du 17 avril 1878, sur la procédure pénale (1). Il a été démontré à l'évidence que l'action ne sera pas plus éteinte par la prescription qu'elle ne le serait par un acquittement prononcé par la juridiction répressive à raison de la folie de l'auteur de l'enlèvement ou du viol (*supra* n^o 620).

E. — Des effets de la reconnaissance judiciaire.

Art. 341 *c*, al. 1.

632. **Vice de langage.** A l'imitation de la plupart des auteurs, le nouvel art. 341 *c*, al. 1, parle *des effets* de la reconnaissance. La vérité est cependant que la reconnaissance n'a qu'un seul effet, *un effet probatoire*. Les prétendus effets de la reconnaissance résultent en réalité de la filiation constatée par la reconnaissance. Qu'il s'agisse d'une reconnaissance volontaire ou d'une reconnaissance forcée, les droits et les devoirs de l'enfant vis-à-vis de son auteur sont identiques, car c'est du fait même de la filiation

(1) C'était une question identique à celle que nous avons signalée dans la matière du divorce. Comme nous l'avons fait observer (n^o 472), l'action civile soumise à la courte prescription établie par la loi de procédure pénale, c'est *uniquement* « l'action pour la réparation du dommage causé par l'infraction » (art. 3 et 21 à 23 de cette loi *cbn.*), c'est-à-dire l'action en dommages-intérêts qui a son fondement dans l'art. 1382 c. c. HAUS, *Principes généraux du droit pénal*, 3^e édition, II, n^o 1440; THIRY, *Cours de droit criminel*, 3^e édition, n^o 558.

qu'ils découlent, et non du mode de reconnaissance qui l'a constatée.

633. **Portée de l'art. 341 c al. 1. Solution d'une controverse.** Sous le code civil, on se demandait si l'art. 337 était applicable à la reconnaissance forcée aussi bien qu'à la reconnaissance volontaire, en d'autres termes si la restriction exceptionnelle apportée par cet article aux droits de l'enfant naturel (infra nos 644 et suiv.) s'appliquait au cas où la filiation est constatée par un jugement rendu sur une action en réclamation d'état, comme au cas où elle est reconnue volontairement par un acte authentique. Cette question était vivement controversée. B. J. 1904, col. 1382; *R. crit.*, 1906, p. 67. Le premier alinéa du nouvel art. 341 c a pour objet de la résoudre en appliquant purement et simplement le principe que les effets de la filiation sont indépendants du mode de preuve employé pour la constater.

634. **Autorité du jugement.** On sait qu'en principe les jugements, même en matière de questions d'état, n'ont qu'une autorité relative. Faut-il décider en conséquence que le jugement rendu sur l'action en recherche de paternité ou de maternité naturelle ne prouve la filiation que dans les relations seulement des parties en cause? A notre avis, il faut admettre que le jugement a une autorité absolue lorsqu'il a été rendu contre le père ou la mère eux-mêmes ou contre tous leurs héritiers. C'est que le nouvel art. 341 b décide formellement que l'action en réclamation d'état est *personnelle* à l'enfant, c'est-à-dire qu'il a seul qualité pour rechercher sa filiation. Dès lors nous devons dire de l'action en réclamation d'état d'enfant naturel, comme de l'action en désaveu d'enfant légitime (supra n° 577), que la loi, en réservant l'action à une personne unique, a voulu lui permettre de faire produire au jugement un effet absolu, puisque jamais aucune autre ne pourra soulever à nouveau le débat.

§ 2. — DE LA FILIATION ADULTÉRINE OU INCESTUEUSE.

Art. 335, 342 *a* et 342 *b*.

1. — *Des prohibitions légales et des conditions de leur application.*

635. **Principe.** L'art. 335 interdit la *reconnaissance volontaire* des enfants adultérins ou incestueux; l'art. 342 *a* interdit la *recherche* de la paternité ou de la maternité lorsqu'elle doit avoir pour résultat de constater une filiation adultérine ou incestueuse ⁽¹⁾.

La loi nouvelle persiste à considérer comme un scandale la révélation, dans un acte authentique ou dans un jugement, d'un fait aussi immoral que l'adultère ou l'inceste. Il est certain que la loi, qui se montre si craintive de scandales, ne l'est pas toujours autant. Elle autorise en mainte occasion la preuve de l'adultère et de l'inceste, pour le divorce et la séparation de corps, pour le désaveu, pour la nullité du mariage. On ne peut nier que les père et mère d'un enfant adultérin ou incestueux ont des devoirs envers lui; et, comme le dit Laurent, *il n'y a pas de plus grand scandale que de dénier l'action en justice à ceux qui ont un droit, sous prétexte de scandale. Le respect du droit est le plus grand des intérêts sociaux*. Nous ne critiquons pas le code civil en ce qu'il n'a accordé aux enfants adultérins ou incestueux qu'une simple *créance d'aliments* contre leurs père et mère. Art. 762, al. 2. Nous nous bornons à signaler une *incohérence législative*: d'une part, la loi reconnaît aux enfants adultérins ou incestueux une créance alimentaire; d'autre part, elle leur interdit l'emploi des modes de preuve organisés par elle pour constater les filiations illégitimes!

⁽¹⁾ On sait que pour déterminer si un enfant est naturel simple, adultérin ou incestueux, il faut se reporter à *l'époque de sa conception*, sauf dans le cas spécial de l'art. 314. On sait aussi que la conception d'un enfant doit toujours se placer, d'après les présomptions légales de notre matière, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance, *au moment le plus favorable à l'enfant*.

636. **Atténuation du principe.** Les prohibitions des art. 335 et 342 concernaient tous les enfants incestueux *sans restriction aucune*, aussi bien que les enfants adultérins. Notre art. 342 *b* est venu tempérer très sagement la rigueur du code civil en disposant que les prohibitions des art. 331, 335 et 342 *a* ne concernent plus les enfants nés de personnes parentes ou alliées entre lesquelles le mariage peut être autorisé par dispense royale.

La loi nouvelle n'a pas changé la notion juridique de l'inceste. Ces enfants ne cessent pas d'être incestueux; mais, à la différence des autres, il peuvent *être reconnus* volontairement ou judiciairement et *être légitimés*.

La loi nouvelle n'a atténué en rien les prohibitions du code civil au sujet des enfants adultérins. Ces enfants ne peuvent jamais être reconnus, même après la dissolution du mariage dans lequel leur père ou mère se trouvait engagé.

637. **Condition d'application des prohibitions.** Pour qu'une reconnaissance volontaire ou une action en recherche se trouve prohibée, il ne suffit pas que la filiation soit *de fait* adultérine ou incestueuse, il faut que le vice dont elle est entachée doive apparaître *d'une manière authentique*; la reconnaissance volontaire ou forcée n'est légalement impossible qu'autant qu'elle doit aboutir à la constatation *officielle* de l'adultère ou de l'inceste.

Un enfant issu de relations adultérines peut donc être valablement reconnu par celui de ses auteurs qui n'est pas marié, l'autre restant inconnu; de même, un enfant né de relations incestueuses peut être valablement reconnu par l'un de ses auteurs, si celui-ci a soin de ne pas indiquer l'autre. Ces reconnaissances ne sont, aux yeux de la loi, que des reconnaissances d'enfant naturel simple (1). Bien plus, si l'autre parent reconnaissait l'enfant

(1) C'est donc une exagération de dire que les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent avoir de filiation légalement reconnue. La vérité est seulement que *leurs deux filiations*, paternelle et maternelle, ne peuvent être *constatées à la fois*. L'une d'elles peut être légalement constatée, comme on vient de le montrer; c'est ce qui a fait dire que les enfants adultérins ou incestueux peuvent avoir un état formé d'une seule filiation.

à son tour, cette seconde reconnaissance, frappée de nullité par l'art. 335, n'exercerait aucune influence sur la validité de la première, et la situation de l'enfant resterait intacte. D. 1908, 2, 304, note 3.

II. — *Sanctions des prohibitions légales.*

638. **Hypothèse de la reconnaissance volontaire.** En disant que la reconnaissance *ne peut avoir lieu*, l'art. 335 implique deux choses :

1^o *Le devoir pour l'officier public de refuser son ministère à la passation de l'acte.* Il est clair, en effet, que les officiers publics, qui doivent toujours procéder conformément à la loi, ne peuvent pas prêter leur ministère à un acte illégal ;

2^o *La nullité de la reconnaissance reçue illégalement.* Il est vrai que la nullité n'est pas prononcée expressément par le texte ; mais on sait qu'elle est la sanction normale des textes conçus en termes prohibitifs. Cette nullité est évidemment *d'ordre public*.

La reconnaissance étant nulle ne produit *aucun effet probatoire*, ni en faveur de l'enfant, ni contre lui. Cass. fr., 19 novembre 1907, D. 1908, 1, 15. Ainsi, d'une part, l'enfant ne peut s'en faire un titre pour réclamer des aliments en vertu de l'art. 762, et, d'autre part, personne ne peut s'en servir pour exercer contre lui l'action en nullité établie par l'art. 908. Ainsi encore, l'enfant ne peut l'invoquer comme un commencement de preuve par écrit pour rechercher sa filiation vis-à-vis de sa mère. Cass. fr., 17 juillet 1900, S. 1901, 1, 345.

La reconnaissance est un aveu, et l'aveu est indivisible de sa nature. Arg. de l'art. 1356. Il suit du principe de l'indivisibilité de l'aveu que si un homme non marié, en reconnaissant un enfant, lui indique comme mère une femme mariée, la reconnaissance est frappée de nullité ; le déclarant, en effet, ne se borne pas à avouer sa paternité, il avoue en même temps que l'enfant est adultérin. Cass. fr., 29 janvier 1883, D. 1883, 1, 319. De même si un homme marié et une femme non mariée reconnaissent un enfant *par un seul et même acte*, les deux reconnaissances sont nulles l'une et

l'autre; la raison en est qu'elles se caractérisent réciproquement; si l'enfant est adultérin par l'une, il ne peut pas être naturel simple par l'autre. *R. trim.*, 1909, p. 681.

639. **Hypothèse de l'action en recherche.** Il résulte de l'art. 342 *a* une fin de non-recevoir *d'ordre public* contre toute action en recherche de paternité ou de maternité qui devrait amener la reconnaissance judiciaire d'une filiation adultérine ou incestueuse. Ainsi l'enfant reconnu par son père ne peut pas être admis à prétendre qu'il a pour mère telle femme parente ou alliée, au degré prohibé, de l'auteur de la reconnaissance; il ne pourra rechercher sa filiation à l'égard de cette femme qu'après avoir fait tomber la reconnaissance dont il a été l'objet.

III. — *Des cas exceptionnels de filiation adultérine ou incestueuse légalement établie.*

640. **Enumération.** Déjà sous le code civil, il y avait quelques cas dans lesquels, par la force même des choses, la filiation adultérine ou incestueuse se trouvait *légalement* constatée, malgré la double prohibition des art. 335 et 342, et où par conséquent les art. 762 et 908 pouvaient recevoir leur application. Cass. fr., 3 août 1908, D. 1909, 1, 48. On citait surtout ceux-ci: 1^o Le mari a intenté une action en désaveu et a eu gain de cause; sauf l'hypothèse où la conception a été antérieure au mariage, art. 314, l'enfant est authentiquement un bâtard adultérin, car il est constaté judiciairement qu'il est né d'une femme mariée et d'un autre que de son mari. 2^o L'enfant qui se prétendait légitime a réussi en justice à prouver par témoins sa filiation maternelle; mais le mari, dans une instance ultérieure, a réussi à prouver sa non paternité (supra n^o 589); cet enfant est authentiquement un bâtard adultérin. 3^o Un mariage a été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste, et les époux n'ayant été ni l'un ni l'autre de bonne foi, leur union n'a pu valoir à titre de mariage putatif; la filiation adultérine ou incestueuse des enfants issus de ce mariage se trouve authentiquement établie par le rapprochement du jugement d'annulation avec les actes de mariage et de naissance.

Depuis notre art. 342 *b*, un nouveau cas peut se présenter: celui de la *reconnaissance volontaire ou forcée, non suivie de légitimation*, d'un enfant né de personnes parentes ou alliées entre lesquelles le mariage pouvait être autorisé par dispense royale (supra n° 636).

SECTION 2. — Des effets de la filiation illégitime.

§ 1. — DE LA FILIATION NATURELLE SIMPLE.

1. — Principes généraux.

Art. 338.

641. **Limitation de la parenté à un seul degré.** En principe, la parenté naturelle, légalement reconnue, ne produit d'effet juridique qu'entre l'enfant d'une part, son père et sa mère d'autre part; elle n'en produit ni entre l'enfant et les parents de ses auteurs, ni entre les père et mère et les descendants de l'enfant. La parenté naturelle n'a qu'un seul degré et ne va pas au delà. Art. 338 et 756 in fine. L'application la plus frappante de ce principe est la négation de l'obligation alimentaire entre l'enfant naturel et les parents de ses père et mère. Trib. Bruxelles, 10 janvier 1898, P. 1898, 3, 143.

Les dispositions des art. 161 et 162, pour le mariage, et celles des art. 759 et 766, pour les successions, sont des exceptions au principe de nos art. 338 et 756. Elles ne peuvent donc être appliquées par voie d'analogie. Comp. Seine, 29 décembre 1906, P. 1907, 4, 108.

642. **Limitation des droits de l'enfant vis-à-vis de ses père et mère.** L'enfant naturel reconnu n'a pas, vis-à-vis de ses père et mère, les mêmes droits que l'enfant légitime. La loi veut que, pour l'exemple, il se trouve toujours dans une situation d'infériorité. Art. 338 et 757. Pour faire admettre, en une circonstance donnée, des droits à l'enfant naturel, il faut toujours qu'on appuie sa prétention, soit directement, soit indirectement, sur des textes précis.

643. **Énumération des effets de la filiation.** La filiation

naturelle fait naître certains droits au profit de l'enfant, engendre à sa charge certaines obligations et le frappe de certaines incapacités. Voici les principaux effets de cette filiation :

1^o L'enfant naturel porte le nom de celui de ses auteurs qui l'a reconnu. Si sa filiation est constatée à l'égard des deux, il porte le nom de son père. Arg. des art. 340 *a*, 1^o, et 341 *a*, 1^o, cbn. avec l'art. 321 ⁽¹⁾.

2^o La filiation naturelle engendre une obligation alimentaire réciproque entre les père et mère et l'enfant reconnu.

3^o L'enfant naturel ne peut se marier, ou se donner en adoption, sans obtenir le consentement ou demander le conseil de ses père et mère, suivant les distinctions faites par les art. 158, 182 et 346.

4^o La filiation naturelle fait naître certains empêchements au mariage. Art. 161 et 162.

5^o Les père et mère naturels ont le devoir d'éducation et les pouvoirs qui en découlent sur la personne de l'enfant. Art. 383.

6^o La filiation naturelle fait naître entre l'enfant et ses parents un droit de successibilité réciproque. Art. 757 et suiv.

7^o L'enfant naturel est frappé de l'incapacité de recevoir de ses père et mère une libéralité entre vifs ou testamentaire supérieure à ce qui lui est accordé au titre des successions. Art. 908.

II. — *Restriction exceptionnelle des droits de l'enfant.*

Art. 337 et 341 *c*, al. 1.

644. **Motif de la restriction.** Les art. 337 et 341 *c*, al. 1, prévoient le cas où, durant le mariage, une reconnaissance volontaire ou forcée a lieu au profit d'un enfant que l'un des époux a eu, avant le mariage, d'un autre que de son conjoint. Il y a là, le plus souvent, une très pénible surprise infligée au conjoint; l'existence de l'enfant aurait dû lui être révélée avant le mariage. Lorsqu'il s'est marié pour fonder une famille légitime, il n'a pas

⁽¹⁾ Comment l'enfant naturel ne porterait-il pas le nom de son père, alors que la possession d'état d'enfant naturel suppose, aux termes mêmes des art. 321 et 340 *a* combinés, que l'individu a toujours porté le *nom du père* auquel il prétend appartenir?

dû s'attendre à ce qu'un enfant naturel viendrait plus tard diminuer les droits de ses enfants et les siens propres. Nos articles s'efforcent de lui donner satisfaction; ils cherchent à assurer la *paix du ménage* en décidant que l'enfant reconnu ne pourra faire valoir les droits qui dérivent de sa filiation au détriment du conjoint et des enfants issus du mariage.

645. **Principe auquel il y a dérogation.** Nos art. 337 et 341 *c*, al. 1, n'amointrissent pas la *force probante* de l'acte ou du jugement de reconnaissance. Ce sont seulement les *droits* de l'enfant naturel qu'ils diminuent à raison du temps où il a été reconnu. Le principe auquel ils dérogent est celui que les effets de la filiation sont indépendants de l'époque où elle a été constatée.

La force probante de la reconnaissance volontaire n'étant pas restreinte, la filiation de l'enfant reste établie *erga omnes* conformément au droit commun. Il résulte de là :

D'une part, que l'enfant naturel pourra opposer son titre à *tous autres* qu'au conjoint de son auteur et aux enfants nés du mariage. Seine, 27 mai 1898, D. 1899, 2, 306.

D'autre part, que le conjoint de son auteur et les enfants nés du mariage pourront eux-mêmes s'en prévaloir *contre lui* à l'effet d'établir l'incapacité civile dont il est frappé par l'art. 908.

646. **Conditions d'application.** L'application de nos art. 337 et 341 *c*, al. 1, est subordonnée à deux conditions :

1^o Il faut que la reconnaissance ait été faite au cours du mariage. Les droits de l'enfant naturel restent donc intacts lorsque la reconnaissance a été antérieure au mariage ou postérieure à sa dissolution. Douai, 26 février 1903, D. 1904, 2, 385. On voit que la famille légitime est loin d'être toujours protégée contre l'apparition inattendue d'un enfant naturel !

On doit s'en tenir à nos textes, qui sont d'une précision absolue; ils ne visent que les reconnaissances faites pendant le mariage, mais ils visent toutes celles-là. Ainsi, d'un côté, on ne peut appliquer l'art. 337 à la reconnaissance antérieure au mariage, même

à celle qui a été tenue secrète jusqu'à la célébration, comme il est si facile de le faire. D'un autre côté, l'art. 341 c, al. 1, doit être appliqué à toute reconnaissance faite pendant le mariage, même à celle où l'adminicule de preuve produit par l'enfant a eu date certaine antérieure au mariage. *R. crit.*, 1906, p. 67.

2° Il faut qu'il ne soit pas *légalement établi* que l'enfant reconnu est aussi des *œuvres de l'autre époux*. Dès qu'il est régulièrement prouvé, par une reconnaissance volontaire ou forcée, faite avant, pendant ou après le mariage, que l'enfant appartient aussi au conjoint de l'auteur de la reconnaissance, il ne peut plus être question de soumettre cet enfant à une restriction quelconque des droits dérivant de sa filiation.

C'est d'ailleurs à l'enfant, qui prétend échapper à l'application de l'art. 337, qu'il incombe de faire la preuve légale de sa filiation par rapport à l'autre époux. Il suffit qu'il ne réussisse pas à administrer cette preuve pour qu'il tombe sous le coup de notre article. Nul, en effet, ne peut tirer profit d'un fait qu'il allègue, qu'après l'avoir établi conformément aux règles légales. Bruxelles, 16 mars 1904, B. J. 1904, p. 1377.

647. **Droits enlevés à l'enfant au regard du conjoint et des enfants nés du mariage.** En principe, l'enfant ne peut faire valoir aucun des droits dérivant de sa filiation au préjudice du conjoint de son auteur ou des enfants nés du mariage. Le premier alinéa de l'art. 337 est, en effet, d'une généralité absolue: *ne pourra nuire* ni au conjoint, ni aux enfants nés de ce mariage.

Il n'y a pas à distinguer entre les droits d'ordre moral et les droits d'ordre pécuniaire. C'est une affirmation toute gratuite de prétendre, comme le font les auteurs français, que «ce sont seulement les *intérêts pécuniaires* de la famille légitime que la loi a voulu sauvegarder.» Ainsi, à notre avis, l'enfant reconnu ne peut prendre le nom des enfants légitimes. Ainsi encore l'auteur de la reconnaissance ne peut élever l'enfant au foyer conjugal sans offenser gravement son conjoint, au sens de l'art. 231.

Il n'y a pas à distinguer non plus entre les divers droits patrimoniaux, sauf quant à la créance alimentaire dont il sera question

ci-dessous. Ainsi l'enfant ne peut faire valoir aucun droit de succession à l'encontre soit des enfants nés du mariage, soit du conjoint survivant.

L'art. 337 protège les intérêts du conjoint avec la même étendue que ceux des enfants légitimes. La question n'est plus douteuse aujourd'hui que l'ancien alinéa 2 de l'art. 337 n'est pas reproduit dans le nouveau texte. La présence de l'enfant naturel ne peut donc diminuer en rien les droits héréditaires légaux, testamentaires ou contractuels, du conjoint survivant, lorsque l'auteur de la reconnaissance vient à mourir sans laisser d'enfant issu du mariage. Comp. Anvers, 15 avril 1909, P. 1909, 3, 186.

648. **Droits conservés par l'enfant, même au regard du conjoint et des enfants nés du mariage.** 1^o La règle de l'art. 337 ne protège que le conjoint et les enfants nés du mariage. Elle n'empêche aucunement l'enfant de se prévaloir de sa filiation à l'encontre des *collatéraux* de son auteur ou des *enfants nés d'un précédent mariage*. Compiègne, 20 février 1907, *R. notariat belge*, 1908, p. 123.

2^o La règle de l'art. 337 subit une exception: Toutefois, dit le second alinéa de cet article, l'enfant aura toujours le droit d'être nourri et élevé aux frais de son auteur. *Toujours*, donc alors même que l'exercice de ce droit serait de nature à léser les intérêts pécuniaires du conjoint et des enfants nés du mariage. *Le droit d'être nourri et élevé*, c'est la créance qui procède du droit commun sur les effets de la filiation (supra n^o 643, 2^o); ce n'est pas la créance qui procède de la disposition spéciale de l'art. 340 *b*; aussi ce droit subsiste-t-il pour l'enfant même après qu'il a atteint l'âge de 18 ans accomplis, tant que son éducation n'est pas achevée. Quant à l'auteur de l'enfant et à son conjoint, cette dette ayant une cause antérieure au mariage (puisque'il s'agit d'un enfant né avant le mariage) est soumise aux règles de leur régime matrimonial sur les dettes personnelles des époux antérieures au mariage.

649. **Observation. Capacité de l'enfant de recevoir des libéralités.** S'il ne faut pas restreindre la règle de l'art. 337 en

distinguant entre les *droits dérivant de la filiation*, il ne faut pas non plus l'étendre pour enlever à l'enfant la *capacité de recevoir de son auteur des libéralités entre vifs ou testamentaires dans les limites fixées par l'art. 908*. Ici, en effet, l'enfant ne réclame pas un droit attaché à sa filiation; c'est son auteur qui lui fait une libéralité dans les termes du droit commun, et l'enfant en invoque simplement l'exécution. On a objecté, il est vrai, qu'il résulte de l'art. 908 cette règle absolue que la capacité de l'enfant naturel, de recevoir des libéralités, a pour limite l'étendue de ses droits héréditaires, et que dès lors quand les droits héréditaires de l'enfant se réduisent à zéro, en vertu de l'art. 337, sa capacité comme donataire ou légataire se réduit aussi nécessairement à néant. A cela il a été facile de répondre que l'art. 908 ne renvoie qu'au titre des successions, qui accorde toujours une certaine part héréditaire à l'enfant naturel, art. 757 et suiv.; il ne renvoie pas en outre à notre art. 337 du titre de la filiation, qui empêche l'enfant de réclamer une part héréditaire quelconque au détriment du conjoint de son auteur et des enfants nés du mariage. Cass. fr., 28 mai 1878, D. 1878, 1, 401; S. 1879, 1, 337, note.

§ 2. — DE LA FILIATION ADULTÉRINE OU INCESTUEUSE.

650. **Rigueur du code.** La situation des enfants adultérins ou incestueux, dont la filiation est légalement établie, diffère de celle des enfants naturels aux points de vue suivants:

1^o Ils ne sont pas soumis à la puissance paternelle.

2^o Ils ne sont pas admis, même en l'absence de tout héritier, à recueillir la succession de leur père ou de leur mère. Ils peuvent seulement réclamer des aliments contre cette succession. Art. 762 à 764. Réciproquement les père et mère adultérins ou incestueux n'ont aucun droit sur la succession de leur enfant prédécédé.

3^o La disposition de l'art. 766 n'est pas applicable aux enfants adultérins ou incestueux.

4^o Les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent, soit par donation entre vifs, soit par testament, rien recevoir de leurs père et mère au-delà de la quotité alimentaire réglée par les art. 762 à 764. Art. 908.

5^o Sauf l'exception introduite par l'art. 342 *b*, ils sont exclus du bénéfice de la légitimation. Art. 331.

DEUXIEME PARTIE. — DES PREUVES ET DES EFFETS DE LA VRAISEMBLANCE DE LA PATERNITÉ NATURELLE.

SECTION 1. — Introduction.

§ 1. — LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE SOUS LE CODE CIVIL.

651. **Application de l'art. 1382.** Sauf la restriction faite pour le seul cas d'enlèvement, si rare dans la pratique, le code civil prohibait d'une manière absolue la recherche de la paternité. Il ne faisait aucune distinction ni quant à la *nature* de la preuve offerte, ni quant au *but* de l'action exercée. Mais la doctrine et la jurisprudence avaient heureusement réussi « dans un intérêt de justice et de moralité publiques (1) » à tempérer la rigueur de la prohibition. L'art. 340, disait-on très juridiquement, n'exclut pas l'application, en faveur de la fille séduite et devenue mère, du principe si fécond de l'art. 1382 que quiconque cause du dommage à autrui par sa *faute* est tenu de le réparer.

Assurément le simple fait de la séduction *blandis orationibus* ne saurait rendre le séducteur passible de dommages-intérêts. *Volenti non fit injuria*. Trib. Liège, 19 janvier 1904, P. 1904, 3, 106; Anvers, 18 juin 1910, P. 1910, 3, 381; Cass. fr., 23 avril 1901, D. 1901, 1, 360; Chambéry, 17 mars 1908, D. 1909, 2, 263. Mais la demande de dommages-intérêts se trouve fondée en droit, nonobstant l'art. 340, lorsqu'il est établi que la séduction n'a été opérée que par la contrainte, comme l'abus d'autorité d'un maître sur sa domestique, ou par des *manœuvres dolosives*, comme une promesse fallacieuse de mariage. La fille séduite par des moyens coupables a subi un dommage immérité; elle aurait pu intenter une action en dommages-intérêts si elle n'était pas devenue mère;

(1) *Le centenaire du code civil*, discours de M. Ballot-Beaupré, p. 34.

pourquoi en serait-elle privée par le fait de sa maternité? Alger, 13 février 1908, D. 1909, 2, 5. D'autre part, selon la rigueur des principes, il ne semble pas permis, dans l'évaluation des dommages-intérêts à allouer à la fille victime de la séduction coupable, de tenir compte de l'entretien et de l'éducation de l'enfant dont elle a la charge, cet élément du préjudice supposant nécessairement la preuve de la paternité du défendeur. Le rapprochement des art. 340 et 1382 amenait ainsi à distinguer deux choses: le préjudice causé à la fille-mère par le *fait de la séduction* et le préjudice résultant pour elle de la *charge de l'enfant*. Bruxelles, 13 décembre 1897, P. 1899, 2, 225; Paris, 16 mars 1892, D. 1893, 2, 511.

652. **Décisions de jurisprudence.** Nonobstant la prohibition de l'art. 340, il arrivait souvent que les tribunaux comprenaient la charge de l'enfant parmi les éléments du préjudice subi par la fille séduite et condamnaient le séducteur à lui servir une pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation du nouveau-né. Bruxelles, 1^{er} mars 1898, P. 1908, 2, 52, en note; Liège, 10 novembre 1909, B. J. 1909, col. 1233; Lyon, 30 décembre 1890, D. 1891, 2, 309; Rouen, 6 mai 1905, D. 1908, 2, 246.

Les tribunaux s'accordaient à respecter en un point la prohibition de l'art. 340, ils refusaient toute action alimentaire à l'enfant lui-même, personnellement, contre le séducteur de sa mère. Liège, 25 juin 1902, J. L. 1902, p. 225.

Il était de jurisprudence que la fille séduite par une promesse fallacieuse de mariage ne pouvait recourir *de plano* à la preuve testimoniale pour établir cette promesse. Elle devait produire un commencement de preuve par écrit conforme aux dispositions de l'art. 1347. Trib. Gand, 8 mai 1895, P. 1896, 3, 11; Cass. fr., 10 février 1909, D. 1909, 1, 157. Cette jurisprudence était critiquée à bon droit par plusieurs civilistes. La promesse de mariage, en effet, n'a *aucune existence* au regard de la loi civile; ce n'est pas une convention entachée de nullité absolue, c'est un pur néant (*supra* n° 243). Elle ne saurait donc tomber sous l'application de la règle de l'art. 1341 qui, de l'avis de tous, ne concerne

que les actes susceptibles de produire des *effets juridiques*. Comp. D. 1898, 2, 57, et 1908, 1, 201, notes; *R. crit.*, 1908, p. 585; *R. trim.*, 1908, p. 109, et 1909, p. 377. S. 1909, 1, 553, note.

§ 2. — LE SYSTÈME DE LA LOI NOUVELLE ET SON FONDEMENT JURIDIQUE.

653. **Les nouveaux art. 340 b et suiv.** La loi nouvelle ne porte aucune atteinte au droit de la fille séduite par des moyens coupables d'obtenir des dommages-intérêts de son séducteur. Loin de restreindre l'application éventuelle de l'art. 1382, elle la consacre expressément par la finale de son art. 340 c: *sans préjudice aux dommages-intérêts qui peuvent lui être dus par application de l'art. 1382*.

L'originalité de notre loi est d'introduire, dans la matière de la filiation naturelle non légalement reconnue, deux actions pécuniaires entièrement nouvelles:

1 L'une en faveur de l'enfant personnellement, action en pension alimentaire contre l'individu qui est vraisemblablement son père;

2 L'autre en faveur de la mère, action en indemnité des frais de gésine contre l'individu qui a été vraisemblablement l'auteur de sa maternité.

654. **La vraisemblance de paternité.** Le fondement juridique des nouveaux art. 340 b et suiv. est qu'une simple vraisemblance de paternité, insuffisante pour justifier la réclamation de *l'ensemble des droits attachés à la filiation*, peut être jugée suffisante pour fonder la réclamation d'un *simple droit de créance ou d'obligation*. C'est là une atteinte au principe suivant lequel les effets de la filiation sont indépendants du mode de preuve qui est employé pour la constater. Il y en avait une déjà au code civil, en matière de légitimité. La filiation maternelle prouvée par l'acte de naissance, art. 319, a pour effet que la présomption de paternité du mari ne peut être combattue que sous les conditions très rigoureuses des art. 312 à 318. Au contraire, la filiation maternelle prouvée par témoins, art. 323, a pour effet que cette présomption de paternité peut être combattue par tous moyens

quelconques, sans restriction ni condition d'aucune sorte. C'est ici quelque chose d'analogue. La reconnaissance volontaire ou forcée, faite selon les règles des art. 334 ou 340 *a*, procure une *certitude complète*; aussi la filiation produit-elle alors tous ses effets normaux, sauf le cas exceptionnel de l'art. 337. Au contraire, les preuves autorisées par les art. 340 *b* et 340 *c* ne paraissent procurer qu'une *simple vraisemblance*; aussi la filiation ne produit-elle que des effets limitativement déterminés.

Le premier rapport de la commission du Sénat expliquait autrement le système du projet de loi; il fondait les dispositions des art. 340 *b* et 340 *c* sur la thèse du *risque de paternité*, exposée jadis par M. Menthau, de Neuchâtel ⁽¹⁾, et développée depuis par M. Edm. Picard ⁽²⁾. Cette thèse paradoxale, inconciliable avec les dispositions des art. 340 *d*, 341 *c* et 342 *a*, n'a trouvé faveur qu'un instant; elle a été combattue au Sénat lui-même par le ministre de la justice qui avait soutenu le projet de loi; elle a été repoussée définitivement par la commission de la Chambre des représentants d'accord avec le gouvernement.

655. **Observation.** Encore que le principe sur lequel repose le système de la loi nouvelle soit celui de la *vraisemblance de la paternité*, il ne faut pas croire que nos art. 340 *b* et 340 *c* établissent une action nouvelle en déclaration de vraisemblance de paternité à côté de l'action en déclaration de paternité organisée par l'art. 340 *a*. Ils ne parlent pas du tout de réclamation de filiation, d'une *action d'état*, mais seulement de demandes de pension alimentaire et d'indemnité, de deux actions pécuniaires. Le problème à résoudre par le juge sera sans doute toujours nécessairement un problème de filiation; mais le juge ne le résoudra jamais que *pro subjecta materia*, c'est-à-dire seulement pour l'allocation d'une pension alimentaire et d'une indemnité.

(1) HALEWYCK, *Recherche de la paternité*, p. 14.

(2) PICARD, *Le droit nouveau*, p. 17. Comp. TART, *Droit nouveau*. B. J. 1910, col. 744 à 748.

SECTION 2. — Des preuves de la vraisemblance de la paternité dans les actions en pension alimentaire et en frais de gésine.

Art. 340 *b*, 340 *c* et 340 *d*.

656. **Ce que suppose la vraisemblance de la paternité.** Elle suppose *nécessairement* la preuve de relations charnelles avec la mère, pendant la *période légale de la conception*.

Un *seul fait* de relations charnelles, un fait isolé, suffit pour former la base de la vraisemblance légale. Mais ce fait ne peut être *prouvé* que selon les règles déterminées par les art. 340 *b* (pour l'action en pension alimentaire) et 340 *c* (pour l'action en frais de gésine). Comp. Nivelles, 21 mars 1910, P. 1910, 3, 236.

§ 1. — DES MODES DE PREUVE ADMIS PAR LA LOI.

657. **Principe.** En règle générale, la preuve des relations charnelles ne peut être faite que par un *aveu écrit émané du père prétendu*. Art. 340 *b*, 1^o. Il faut un écrit bien clair, ne présentant aucune équivoque; il ne suffit pas d'un simple commencement de preuve que la preuve testimoniale viendrait compléter. D'autre part, l'aveu peut résulter, non seulement d'un acte proprement dit, mais aussi de tout autre écrit quelconque, lettres missives, annotations dans des papiers, registres, etc.

Le législateur n'a pas entendu soumettre la validité de l'aveu visé par notre texte à des conditions de capacité différentes de celles qui sont exigées pour la reconnaissance volontaire prévue par l'art. 334. La validité de l'aveu n'est donc subordonnée qu'à la simple *capacité de fait* de son auteur.

Il est clair que ce n'est que le fait des relations charnelles qui doit être prouvé par écrit. Conformément au droit commun, le fait de l'identité de l'enfant vraisemblablement issu de ces relations peut être prouvé par toutes voies de droit.

658. **Exceptions.** Il résulte des nos 2, 3 et 4 de l'art. 340 *b*,

dont la rédaction est singulièrement défectueuse ⁽¹⁾, que la preuve des relations charnelles peut être faite par *toutes voies de droit*, notamment par témoignages ou présomptions humaines sans qu'il soit besoin d'un commencement de preuve par écrit, à cette condition que la preuve porte *également* sur l'une ou l'autre des *circonstances aggravantes* ci-après :

1^o Que ces relations ont eu un caractère *habituel et notoire* pendant la période légale de la conception ;

2^o Que ces relations se sont formées par un *attentat à la pudeur* consommé *sans violence* sur la personne d'une femme *qui n'avait pas encore 16 ans accomplis* ⁽²⁾.

3^o Que ces relations ont été déterminées par une *promesse de mariage*, des *manœuvres frauduleuses* ou un *abus d'autorité*.

a. Promesse de mariage. Il ressort nettement des travaux préparatoires que la preuve de la séduction de la mère par promesse de mariage peut être administrée par témoins, sans adminicule écrit. Un amendement qui exigeait un commencement de preuve par écrit des faits cotés au 4^o de notre article a été rejeté par le Sénat (Comp. supra n^o 652).

b. Manœuvres frauduleuses. Elles supposent la *tromperie*. Elles se sont exercées sur l'intelligence de la femme ; le séducteur a employé des moyens coupables pour surprendre son consentement.

c. Abus d'autorité. Il suppose la *contrainte*. Il s'est exercé sur la volonté de la femme. Il ne résulte pas nécessairement du fait que le séducteur avait autorité sur la femme ; le texte exige qu'il y ait eu *abus* d'autorité. Il faut donc qu'il soit démontré d'une manière précise que des agissements (menaces de renvoi, de retenue de salaire, tracasseries, méchancetés, etc.) du séducteur ont exercé une pression sur la volonté de sa victime. Paris, 4 juin 1892, D. 1892, 2, 558.

(1) Cette rédaction aboutit à dire que la *preuve* des relations peut résulter de leur *caractère* habituel et notoire, ou encore de la *séduction* de la mère par promesse de mariage, etc.

(2) Si l'attentat avait été consommé avec violence, ce serait l'hypothèse du *viol*, voir supra n^o 620.

§ 2. — DES MOYENS DE DÉFENSE ADMIS PAR LA LOI.

659. **Division des moyens de défense.** Dès que le représentant de l'enfant dans l'action en pension alimentaire, ou la mère dans l'action en frais de gésine, a administré la *preuve* qui lui incombait aux termes des art. 340 *b* ou 340 *c*, c'est au défendeur qu'il incombe de proposer ses moyens de défense, c'est-à-dire de détruire la vraisemblance de sa paternité. Art. 340 *d*.

De même que dans l'instancé en déclaration de paternité, les moyens que le défendeur est admis à proposer se divisent en deux classes :

1^o *Les moyens péremptoires spécifiés par la loi.* Le défendeur peut établir : *a.* soit que, pendant la période légale de la conception, la mère a eu, fût-ce une seule fois, des relations charnelles avec un autre individu ; *b.* soit que, pendant cette période, la mère a été d'une inconduite notoire. Comme il a été dit ci-dessus (n^o 622), ces deux moyens, qui ne se confondent pas, sont péremptoires l'un et l'autre ; dûment établis, l'action *doit* être rejetée.

2^o *Tous autres moyens à apprécier souverainement par les juges selon les circonstances.* Ainsi le défendeur peut s'efforcer d'établir qu'il a été frappé de l'incapacité d'engendrer par suite d'un accident antérieur à la période légale de la conception de l'enfant.

SECTION 3. — Des actions en pension alimentaire et en frais de gésine.

§ 1. — RÈGLES PROPRES A L'ACTION DE L'ENFANT EN PENSION ALIMENTAIRE.

Art. 340 *b*, et 342 *a* et *b*.

660. **Exclusion des enfants à filiation adultérine ou incestueuse.** En principe, l'enfant ne peut se prévaloir de l'art. 340 *b* contre l'homme dont les relations avec sa mère auraient été *adultérines* ou *incestueuses*. Art. 342 *a*. Il en est autrement toutefois lorsque le mariage aurait pu être autorisé entre eux par *dispense royale*. Art. 342 *b*.

661. **Condition de recevabilité de l'action.** L'action de l'enfant contre son père présumé suppose nécessairement que *sa mère est légalement connue*. Art. 340 *b*. Mais nous ne croyons pas que la reconnaissance volontaire ou forcée de la filiation maternelle du demandeur doive préexister à l'intentement même de l'action alimentaire; il suffira que la mère soit légalement connue au cours de l'instance, lorsque le défendeur excipera du défaut de preuve sur ce point (supra n° 626). Comp. Grenoble, 2 février 1897, D. 1898, 2, 57.

662. **Objet de l'action.** L'action de l'enfant a pour objet une pension annuelle pour son entretien et son éducation, à compter de sa naissance jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis. Art. 340 *b*. Conformément au droit commun, le montant de cette pension alimentaire doit être mesuré aux exigences du milieu où l'enfant est destiné à grandir, c'est-à-dire être en rapport avec la condition sociale de la mère. Conformément au droit commun encore, les juges doivent tenir compte, pour la fixation de cette pension, non seulement de la situation de fortune du père présumé, mais aussi de celle de la mère (1). La *contribution* du père n'est pas d'ailleurs nécessairement limitée à la moitié des besoins de l'enfant. Il peut même arriver qu'il ait seul à supporter tous les frais de l'entretien et de l'éducation donnés par la mère; il en sera ainsi si la mère elle-même se trouve sans ressource.

Il faut bien observer que la pension alimentaire ne peut jamais être imposée pour un temps postérieur à la dix-huitième année de l'enfant. Une fois cet âge accompli, tout est fini; l'enfant pourra tomber dans la misère la plus dure et la plus imméritée, son père présumé ne lui devra plus rien!

663. **Exercice de l'action.** L'action est exercée par le *repré-*

(1) On s'est demandé ce que devient l'obligation du père présumé lorsque l'enfant est *reconnu par un tiers*. Il faut répondre que cette obligation cesse complètement, l'action alimentaire de notre art. 340 *b* n'étant établie qu'en faveur de l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement connue. La charge d'entretenir et d'élever l'enfant incombe alors exclusivement à l'homme et à la femme qui l'ont reconnu.

sentant légal de l'enfant mineur. Quel est ce représentant légal ? La loi nouvelle ne contient aucune disposition *particulière* sur cette question. Il faut donc en rechercher la solution dans les principes qui résultent du titre de la puissance paternelle et du titre de la tutelle sur la gestion des biens des enfants naturels. Malheureusement ces principes sont l'objet d'une vive controverse !

§ 2. — RÈGLES PROPRES A L'ACTION DE LA MÈRE EN FRAIS DE GESINE.
Art. 340 *c*.

664. **Distinction de cette action d'avec l'action de l'enfant.** L'action accordée à la mère par l'art. 340 *c* est absolument *indépendante* de l'action en pension alimentaire qui appartient à l'enfant. La *mort* de celui-ci ne peut en rien altérer le droit de la mère.

665. **Objet de l'action.** L'action de la mère a uniquement pour objet les frais de son *accouchement* et de son *entretien pendant les quatre semaines* qui suivent la délivrance. Les autres dépenses qui auraient été nécessitées par suite de la grossesse et de l'accouchement ne pourraient être réclamées du père présumé qu'à *titre de dommages-intérêts proprement dits*, en vertu de l'art. 1382. Mais ce serait alors à la demanderesse de justifier ce chef de sa demande en prouvant qu'elle a été *séduite par des moyens coupables* (supra n° 653). Anvers, 18 juin 1910, P. 1910, 3, 381.

§ 3. — RÈGLES COMMUNES AUX DEUX ACTIONS.
Art. 340 *e* et *f*.

666. **Actions personnelles, intransmissibles, temporaires.** I. *Personnelles.* En disposant que ces actions sont personnelles, l'une à l'enfant, l'autre à la mère, la loi veut signifier que, malgré leur objet pécuniaire, elles rentrent dans la catégorie *exceptionnelle* visée par l'art. 1166.

II. *Intransmissibles.* L'action de l'enfant *ne passe pas* à ses héritiers ; toutefois ceux-ci peuvent *suivre* l'action commencée par

leur auteur. Art. 340 *e*, al. 1. La loi ne renferme aucune disposition semblable quant à l'action de la mère; faut-il conclure de son silence que cette action est susceptible de transmission héréditaire? Nous ne le pensons pas; l'intransmissibilité de l'action n'est, en effet, qu'une conséquence de son caractère de personnalité exclusive. Ce qu'il faut conclure du silence de notre art. 340 *e*, al. 2, c'est que les héritiers de la femme ne pourraient *suivre* l'action que celle-ci aurait introduite avant de mourir.

De droit commun, au cas de décès du père prétendu, la mère et l'enfant sont recevables à exercer leur action *contre ses héritiers*, si bien entendu le délai fixé par la loi n'est pas encore expiré.

III. *Temporaires*. L'action de l'enfant doit être intentée dans les *trois ans* qui suivent soit la naissance, soit la cessation des secours fournis directement ou indirectement par le défendeur. En établissant ce second point de départ, la loi prévient la ruse de certains séducteurs qui rempliraient spontanément leur devoir d'entretien pendant les premiers temps, avec l'arrière-pensée d'abandonner l'enfant quand celui-ci aurait atteint sa troisième année.

L'action de la mère doit être intentée dans les *trois ans* qui suivent l'accouchement.

Ces deux délais sont des *délais préfix* ou de déchéance, et non de simples délais de prescription.

667. **Procédure de ces actions.** L'art. 340 *f* organise pour ces actions un préliminaire spécial de conciliation en chambre du conseil, c'est-à-dire à huis clos. La loi a en vue d'atténuer ainsi le scandale de ces sortes de procès et d'éviter les spéculations de chantage qui pourraient s'y mêler.

C'est dans le même esprit que l'alinéa final de cet article dispose que l'instruction du procès doit avoir lieu à huis clos, lorsque le défendeur ne conteste pas le fondement de l'action et se borne à plaider sur le quantum de la pension ou de l'indemnité qui lui est réclamée.

SECTION 4. — De l'effet spécial du jugement de condamnation
à la pension alimentaire.

Art. 341 c, al. 2.

668. **Empêchements de mariage.** Le jugement qui condamne le défendeur au paiement d'aliments, en vertu de l'art. 340 b, produit les mêmes effets que la reconnaissance, en ce qui concerne les empêchements au mariage. Par une singulière *inelegantia juris* (commandée assurément par le respect de la morale publique), il y a *certitude*, et non plus *simple vraisemblance*, que le défendeur est le père de l'enfant, au point de vue de l'application des art. 161 et 162 sur les prohibitions de mariage à raison de la parenté ou de l'alliance.

Mais l'alinéa 2 de l'art. 341 c est le seul texte qui fasse exception au principe que le jugement qui condamne le défendeur au paiement d'aliments ne constitue point une reconnaissance forcée, un *titre de la filiation paternelle* du demandeur. Après ce jugement comme avant, sauf pour la matière des empêchements de mariage, la filiation paternelle de l'enfant reste légalement inconnue.

669. **Critique de la loi.** La distinction qu'a faite le législateur entre les cas de l'art. 340 a où il a admis que la paternité peut être établie d'une manière certaine, et ceux de l'art. 340 b où il a repoussé d'avance toute certitude et n'a admis d'autre résultat possible qu'une simple vraisemblance de paternité, cette distinction est purement arbitraire, sans aucun fondement rationnel. Avec les deux ministres de la justice qui sont intervenus successivement dans les discussions de la loi, nous tenons pour fausse et dangereuse cette construction juridique de *deux degrés de preuve* dans la matière de la paternité naturelle: un degré de *certitude* où la filiation produit *tous ses effets légaux*, et un degré de *simple probabilité* où la filiation ne produit qu'une *obligation alimentaire à durée limitée* et quelques *empêchements de mariage*.

C'est que dans les cas du premier degré il ne s'agit tout de

même que de *preuves purement morales*, d'une certitude subjective, et que dans tous ceux du second cette certitude subjective peut être inspirée au juge avec la *même gravité* et la *même précision*. L'induction peut être tout aussi forte dans les cas de l'art. 340 *b* que dans les cas de possession d'état, d'enlèvement et de viol; qui oserait soutenir sérieusement que la preuve de la paternité n'est pas faite à suffisance de droit lorsque l'enfant réussit à établir *l'habitude et la notoriété des relations charnelles pendant la période légale de la conception*, et que le père recherché ne sait se prévaloir des moyens péremptoires établis par l'art. 340 *d*, l'*exceptio plurium* ou l'inconduite notoire de la mère, ni *se défendre d'aucune autre manière*?

La véritable solution du problème de la recherche de la paternité aurait dû consister, non à établir une distinction dont le second terme *semble* déroger au principe qu'un individu ne peut être condamné sur de simples probabilités (*actore non probante, absolvitur reus*), mais à autoriser la recherche de la paternité dans les cas de l'art. 340 *b* aussi bien que dans ceux de l'art. 340 *a*, sauf à l'inclure dans un délai préfix bien plus limité que celui de l'art. 341 *b*, et à édicter des peines sévères contre les tentatives de chantage comme la Chambre des représentants l'avait fait tout d'abord.

Le système de la loi est un *système d'expédient*, qui peut être d'accord avec l'esprit d'une législation aristocratique comme celle de l'Allemagne, ce n'est pas un *système juridique*. Il a été imaginé par le Sénat pour réagir indirectement contre les principaux effets de la filiation naturelle légalement constatée: la double attribution du nom patronymique et du droit d'hérédité!

On a beaucoup insisté, en faveur du système de la loi, sur cette considération que jamais l'enfant reconnu par autorité de justice ne trouvera chez le père les sentiments et les soins que ce dernier réservera à ses enfants légitimes, ou même à des enfants qu'il a volontairement reconnus. « Si l'enfant a chance de rencontrer, dans ces conditions, une atmosphère de protection et d'affection ne sera-ce pas exclusivement au foyer de sa mère?

— L'art. 340 *b* réalise cette conception, avantageuse pour l'enfant, de laisser la garde et l'éducation à la mère, tout en contraignant le père de participer aux frais d'entretien dans la proportion de ses ressources ». On peut répondre qu'il suffisait pour cela que la loi sur la recherche de la paternité contint un texte pareil à celui de l'art. 302, du titre du divorce, conçu dans le même esprit. Quel obstacle pouvait-il y avoir à décider qu'en cas de jugement de déclaration de paternité l'enfant reste confié à la mère? Qui n'observe d'ailleurs que la considération dont on s'est tant prévalu s'applique exactement aujourd'hui à la reconnaissance forcée de paternité dans les cas d'enlèvement et de viol!

CHAPITRE III. — DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS (1).

670. **Définition.** La légitimation est un effet légal du mariage contracté entre les père et mère d'un enfant illégitime légalement reconnu, effet qui confère à cet enfant la qualité de légitime à partir de la célébration du mariage. La loi invite ainsi les concubins à régulariser leur situation en leur offrant la légitimation de leurs enfants comme cadeau de noces.

671. **Critique du code.** A la différence de l'ancien droit, le code n'autorise plus la légitimation par rescrit du prince. Il est fâcheux qu'il n'admette que la légitimation par mariage subséquent, car il peut arriver que le mariage soit impossible, comme si l'un des auteurs de l'enfant vient à mourir, à disparaître, etc. Il est regrettable aussi que le code exige que l'enfant ait été légalement reconnu au plus tard dans l'acte de la célébration du mariage, car beaucoup de gens ignorent en se mariant cette prescription du code, et ne savent pas même ce que c'est qu'une reconnaissance d'enfant naturel; le législateur s'est trop préoccupé d'empêcher des époux sans enfants de s'en procurer après coup au moyen d'une reconnaissance frauduleuse.

La pratique a trouvé un moyen de conférer à l'enfant qui

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1910, p. 104, 159, 172 et 196.

ne peut pas, ou ne peut plus, être légitimé un bénéfice à peu près analogue à la légitimation; ce moyen est l'adoption, mais il exige l'accomplissement de conditions rigoureuses et l'intervention de la justice.

SECTION 1. — Des conditions de la légitimation.

Art. 331.

672. **Enumération.** Les seules conditions requises par la loi sont: 1^o que les père et mère de l'enfant contractent mariage entre eux; 2^o que l'enfant ait été légalement reconnu par ses père et mère avant le mariage, ou au plus tard dans l'acte même de célébration du mariage.

673. **Première condition.** *Que les père et mère de l'enfant contractent mariage entre eux.* Il s'agit évidemment d'un mariage valable, sauf à appliquer éventuellement la théorie du mariage putatif, conformément aux art. 201 et 202.

Le mariage peut être contracté à n'importe quelle époque. Le code s'est gardé de reproduire la règle de l'ancien droit qui repoussait la légitimation en vertu d'un mariage *in extremis*.

Il n'est pas nécessaire que le père et la mère de l'enfant aient eu, lors de la conception de l'enfant, la capacité de contracter mariage ensemble, si d'ailleurs à ce moment leur commerce n'a été entaché ni d'adultère, ni d'inceste irrémédiable. Il a pu exister à l'époque de la conception un empêchement *prohibitif*, comme le délai de dix mois imposé à la femme veuve ou divorcée, ou même un empêchement *dirimant*, comme le défaut d'âge; peu importe, l'enfant sera légitimé.

Un mariage intermédiaire contracté par l'un des auteurs de l'enfant n'est pas non plus un obstacle à la légitimation.

674. **Deuxième condition.** *Que l'enfant ait été légalement reconnu par ses père et mère avant le mariage, ou au plus tard dans l'acte même de célébration du mariage.* Le code ne prescrit pas que la reconnaissance soit antérieure au mariage; elle peut être concomitante. Il n'est même pas nécessaire qu'elle

précède la déclaration par l'officier de l'état civil que les parties sont unies par le mariage; elle peut avoir lieu après l'accomplissement de cette formalité pourvu qu'elle intervienne à temps pour être consignée dans l'acte de célébration qui doit être dressé sur-le-champ, art. 75. Cass. fr., 27 décembre 1905, D. 1906, 1, 185; S. 1908, 1, 529, note.

Il arrive trop souvent que le mariage est célébré, et l'acte instrumentaire dressé, sans que les époux aient reconnu leur enfant. Plus tard ils ont beau remplir cette formalité, la légitimation est devenue impossible. Louvain, 22 juin 1910, P. 1910, 3, 243. Il en serait ainsi alors même qu'ils réussiraient à obtenir une nouvelle célébration de mariage. Cass. fr., 20 avril 1885, D. 1886, 1, 23.

675. Comment se produit la légitimation. La légitimation n'est pas un contrat entre l'enfant et ses père et mère; ce n'est pas non plus un acte juridique unilatéral de la part de ces derniers. C'est un pur effet légal du mariage. Aussi s'opère-t-elle *de plein droit* dès que les deux conditions légales sont réunies.

L'enfant n'a pas à *consentir* à la légitimation. Quel que soit son âge, majeur ou mineur, il ne peut l'empêcher; il n'a d'autre ressource, pour s'y soustraire, que d'attaquer soit le mariage lui-même, soit la reconnaissance dont il a été l'objet.

Les parents n'ont pas non plus à manifester la *volonté de légitimer* leur enfant soit dans l'acte antérieur de reconnaissance, soit dans l'acte de mariage. Quand l'art. 331 emploie l'expression *pourront être légitimés*, il veut simplement indiquer aux concubins que le mariage est le moyen légal de légitimer leurs enfants.

SECTION 2. — Des enfants auxquels la légitimation s'applique.

Art. 331, 332 et 342 b.

676. Réforme. Dans le système du code, les seuls enfants qui pouvaient profiter de la légitimation étaient les enfants *naturels simples*. Cependant, malgré le texte précis et l'esprit évident des art. 331 et 335, il était de jurisprudence à peu près invariable, en

Belgique comme en France, que l'enfant né hors mariage de personnes parentes ou alliées au degré où le mariage est prohibé se trouvait légitimé par le mariage subséquent que ses père et mère contractaient ensemble en vertu de dispenses accordées par le chef de l'Etat. Notre nouvel art. 342 *b* est venu consacrer cette jurisprudence. Aujourd'hui les seuls enfants illégitimes qui se trouvent exclus du bénéfice de la légitimation sont :

1^o Ceux dont la conception a été le fruit d'un *adultère*. Cass. fr., 25 juin 1877, D. 1878, 1, 262. Il n'y a d'ailleurs à faire aucune distinction entre eux ;

2^o Ceux dont la conception a été le fruit d'un *inceste* entre des personnes parentes ou alliées en ligne directe, ou entre beau-frère et belle-sœur lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce.

677. **Enfants décédés.** En principe la légitimation suppose que l'enfant est encore en vie. Pourquoi, en effet, la loi conférerait-elle une qualité nouvelle à quelqu'un qui n'existe plus ?

Toutefois l'art. 332 décide que la légitimation a lieu nonobstant le décès de l'enfant lorsqu'il a laissé des *descendants vivants*. La loi veut ainsi placer ces derniers dans la même situation que si leur auteur avait été légitimé durant sa vie ; ils entrent complètement dans la famille de leur aïeul et de leur aïeule, et leurs droits de succession se règlent en conséquence.

Quand l'enfant naturel n'a laissé lui-même que des enfants *naturels*, sa légitimation posthume est illusoire, malgré la généralité du terme *descendants* de l'art. 332. Elle ne saurait rattacher ces enfants naturels à leurs grands-parents, parce que, d'après l'art. 756 in fine, la parenté naturelle ne va pas au delà du premier degré.

SECTION 3. — Des effets de la légitimation.

Art. 333.

678. **Attribution de légitimité sans rétroactivité.** La légitimation assimile l'enfant à un enfant légitime. L'art. 333 ne fait aucune distinction ni réserve, l'assimilation est complète.

Mais la légitimation n'opère pas dans le passé. L'art. 333 n'établit aucune fiction de rétroactivité; la légitimation ne se produit qu'à compter du mariage et pour l'avenir seulement. Pour toute la période antérieure au mariage, l'enfant légitimé reste un enfant naturel. Ainsi il n'acquiert aucun droit aux successions collatérales qui se sont ouvertes depuis sa conception, mais avant sa légitimation, et auxquelles il n'a pas été appelé à cause de sa qualité d'enfant naturel.

SECTION 4. — De la caducité de la légitimation.

679. **Application des principes généraux.** La légitimation dépend tout à la fois de la reconnaissance de l'enfant et du mariage de ses père et mère. Elle peut donc tomber soit par l'annulation du mariage, soit par l'annulation de la reconnaissance.

L'action en nullité du mariage est régie par les art. 180 à 193; elle n'appartient qu'aux personnes qui y sont déterminées.

L'action en contestation d'une reconnaissance mensongère est régie par l'art. 339; elle appartient à tout intéressé. Bruxelles, 3 avril 1891, P. 1891, 2, 325; Rouen, 5 janvier 1887, D. 1887, 2, 145.

APPENDICE AUX CHAPITRES 2 et 3. — LA DISPOSITION TRANSITOIRE DE LA LOI DE 1908.

680. **Règle générale.** La façon dont il faut entendre le principe de l'art. 2 du code civil est un des points les plus mal élucidés du droit civil. Aussi le législateur a-t-il pris soin d'écarter toute difficulté sur l'application de ce principe à notre matière en édictant une *disposition transitoire* qui tient très prudemment compte de tous les intérêts engagés dans la réforme, et surtout de la paix des familles: *Sauf pour les cas d'action en déclaration de paternité ou de maternité fondée sur la possession d'état, la présente loi ne sera applicable qu'aux enfants nés après le trois centième jour qui suivra sa publication.* Cette publication a eu lieu le 26 avril 1908.

Il résulte de la règle générale consacrée par cette disposition transitoire qu'il faut distinguer aujourd'hui deux catégories de personnes soumises à des législations différentes :

1^o *Les enfants nés avant la publication de la loi, ou dans les trois cents jours qui ont suivi sa publication.* Ceux-là restent soumis purement et simplement aux *anciennes dispositions du code civil*. La loi nouvelle leur est complètement étrangère. *Ils ne peuvent s'en prévaloir* ni quant aux nouveaux cas d'admissibilité de la recherche de la paternité ou de la maternité, ni quant aux nouveaux moyens de preuve, pas plus qu'on ne peut la leur opposer quant à la limitation apportée à la durée de l'action en recherche de la paternité ou de la maternité. Il est clair également qu'ils ne peuvent profiter de l'action en pension alimentaire ouverte par notre art. 340 *b*, ni de la restriction apportée par notre art. 342 *b* aux prohibitions des art. 331, 335 et 342.

2^o *Les enfants nés après le trois centième jour qui a suivi la publication de la loi.* Ces derniers sont régis purement et simplement par les *nouvelles dispositions légales*. Les anciennes dispositions du code civil, même celle de l'art. 328, leur sont complètement étrangères.

681. **Exception.** La règle de l'inapplicabilité de la loi nouvelle aux enfants nés ou conçus avant sa publication n'atteint pas les *cas d'action en déclaration de paternité ou de maternité fondée sur la possession d'état*. Les réformes opérées par la loi nouvelle s'appliquent donc aux enfants qui étaient en possession de l'état d'enfant naturel, art. 340 *a*, 1^o, et 341 *a*, 1^o, au moment de la publication de la loi. Tournai, 7 juin 1909, P. 1909, 3, 404.

TITRE VIII.

De l'adoption.

682. **Définition.** L'*adoption* est un *acte solennel* qui, sans faire sortir l'adopté de la famille à laquelle il appartient par sa naissance, crée entre lui et l'adoptant *certaines rapports analogues à*

ceux qui dérivent de la filiation légitime. Elle est, en somme, le moyen de s'attacher une personne plus jeune à laquelle on veut laisser son nom et sa fortune.

L'adoption peut s'opérer de deux manières: par *contrat* ou par *testament*. L'adoption conventionnelle n'a guère pénétré dans nos mœurs; les statistiques n'en rapportent qu'une vingtaine par année. Quant à l'adoption testamentaire, elle est inconnue dans la pratique.

CHAPITRE I. — DES CONDITIONS REQUISES POUR L'ADOPTION.

SECTION 1. — De l'adoption conventionnelle.

§ 1. — CONDITIONS INTRINSÈQUES.

Art. 343 à 346 et 355.

683. **Distinction.** Il y a lieu de distinguer ici l'adoption *ordinaire* ou de droit commun et l'adoption *rémunératoire* ou privilégiée.

I. — Règles de l'adoption ordinaire.

A. — Conditions requises dans la personne de l'adoptant.

684. **Énumération.** 1° L'adoptant doit être âgé de plus de 50 ans, sans distinction entre l'homme et la femme.

2° Il doit avoir au moins 15 ans de plus que l'adopté.

3° Il doit n'avoir, au moment de l'adoption, aucun enfant légitime ou légitimé. La survenance d'un enfant légitime ou la légitimation d'un enfant naturel ne porte aucune atteinte à l'adoption antérieure.

4° Il doit avoir fourni des secours et donné des soins ininterrompus à l'adopté pendant 6 ans au moins et durant la minorité de ce dernier. Il n'y a pas lieu de rechercher pour quels motifs les soins et les secours ont été donnés; le fait matériel suffit. Gand, 23 juillet 1874, P. 1875, 2, 105.

5° S'il est marié, il doit obtenir le consentement de son conjoint, fût-il séparé de corps, et sans que la justice puisse y suppléer. Le consentement doit être donné par acte authentique, car telle est la forme ordinaire des actes relatifs à l'état des personnes.

6° Il doit jouir d'une bonne réputation.

Il n'est pas nécessaire que l'adoptant soit marié; aucun texte n'interdit l'adoption aux célibataires.

La présence d'un enfant adoptif n'empêche pas une seconde adoption; on peut donc adopter plusieurs enfants, soit en même temps, soit successivement.

B. — Conditions requises dans la personne de l'adopté.

685. **Enumération.** 1° L'adopté doit être majeur. C'est à la *tutelle officieuse* qu'il faut recourir si l'enfant que l'on veut s'attacher est mineur.

2° Il doit obtenir le consentement, par acte authentique, de *chacun* de ses père et mère ou du survivant d'eux. S'il est âgé de 25 ans accomplis, il suffit qu'il leur demande conseil par acte respectueux. Jamais il n'a à demander le consentement ou le conseil de ses autres ascendants. Il y a ainsi une certaine analogie entre l'adoption et le mariage, mais non une similitude absolue.

3° Il doit n'avoir pas déjà été adopté par une autre personne, à moins que le second adoptant ne soit le conjoint du premier. Un enfant peut donc être adopté par les deux conjoints, soit simultanément, soit successivement.

686. **Adoption des enfants naturels.** Ç'a été longtemps une question controversée que celle de savoir si l'enfant naturel *reconnu* peut être adopté par ses père et mère. La solution affirmative prévaut aujourd'hui par cette argumentation décisive que la capacité est la règle, l'incapacité l'exception, et qu'aucun de nos textes ne prohibe l'adoption de l'enfant naturel reconnu. Par l'adoption l'enfant naturel change de qualité; il devient enfant adoptif et ne tombe plus, comme tel, sous l'application de l'art. 908. La condition de l'enfant naturel n'est pas *irrémissible*, puisqu'elle peut prendre fin par la légitimation; pourquoi ne pourrait-elle

être également supprimée par l'adoption ? Cela est particulièrement utile quand la légitimation est devenue impossible. Gand, 23 juillet 1874, P. 1875, 2, 105 ; Cass. fr., 13 juin 1882, D. 1882, 1, 308.

II. — Règles de l'adoption rémunératoire.

687. **Facilités légales.** Cette adoption a pour but de récompenser celui qui a *exposé sa vie pour sauver celle de l'adoptant*. Les cas de sauvetage prévus par la loi ne sont que des exemples. L'art. 345 favorise cette adoption en supprimant quelques-unes des conditions ordinaires. Il n'est pas nécessaire :

- 1° Que l'adoptant ait 50 ans révolus ; il suffit qu'il soit majeur ;
 - 2° Qu'il ait 15 ans de plus que l'adopté ; il suffit qu'il soit plus âgé, fût-ce d'un seul jour ;
 - 3° Qu'il lui ait donné des soins pendant plusieurs années.
- Toutes les autres conditions sont maintenues.

§ 2. — CONDITIONS DE FORME.

Art. 353 à 360.

688. **Formation du contrat.** Le contrat d'adoption doit être passé devant le *juge de paix du domicile de l'adoptant*. Si les parties ne peuvent pas se présenter en personne, elles doivent se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique.

L'acte reçu par le juge de paix forme la base de l'adoption. Une fois cet acte passé, il y a *contrat* entre les parties, l'une d'elles ne peut plus se dégager sans le consentement de l'autre. L'adoption pourra se consommer désormais malgré le décès de l'adoptant et à plus forte raison malgré la survenance d'une cause d'incapacité. Montpellier, 9 mai 1882, S. 1884, 2, 158.

689. **Homologation du contrat.** Le contrat d'adoption doit être *homologué*, c'est-à-dire approuvé, par le tribunal de première instance et la cour d'appel ; la cour peut réformer le rejet prononcé par le tribunal. Ni l'un ni l'autre délai des art. 354 et 357 n'est fatal. Gand, 20 novembre 1856, P. 1857, 2, 97.

Les magistrats ont à vérifier si toutes les conditions requises par la loi sont réunies. Ils ne peuvent motiver leur décision. Ils doivent statuer non à l'audience publique, mais en chambre du conseil. Toutefois, lorsque la cour admet l'adoption, son arrêt doit être rendu à l'audience et publié par voie d'affiches. Comp. Bruxelles, 5 septembre 1873, P. 1874, 2, 318.

690. **Transcription de l'adoption.** Dans les trois mois qui suivent l'homologation de l'adoption par la cour, l'acte d'adoption doit être transcrit sur les registres des naissances du lieu où l'adoptant est domicilié. Ce qui doit être transcrit, ce n'est pas l'arrêt d'homologation, mais bien l'acte d'adoption avec mention de la date de l'arrêt. Il est cependant de jurisprudence que la transcription de l'arrêt suffit pour satisfaire à l'art. 359. Gand, 23 juillet 1874, P. 1875, 2, 105. Comp. Tournai, 23 décembre 1890, P. 1891, 3, 124.

A la différence des délais établis par les art. 354 et 357, le délai fixé par l'art. 359 est *de rigueur*; le texte dispose nettement que l'adoption reste *sans effet* si elle n'est pas inscrite dans les trois mois.

691. **Rétroactivité de l'adoption.** Tant qu'elle n'est pas inscrite sur les registres de l'état civil, l'adoption homologuée ne produit aucun effet légal et peut être révoquée du consentement mutuel des parties. Une fois inscrite, elle devient essentiellement irrévocable et ses effets remontent au jour du contrat passé devant le juge de paix.

SECTION 2. — De la tutelle officieuse et de l'adoption testamentaire.

Art. 361 à 370.

692. **Tutelle officieuse.** C'est un *contrat solennel* par lequel une personne se soumet envers un mineur aux *obligations ordinaires de la tutelle*, et s'engage en outre *à le nourrir, à l'élever gratuitement et à le mettre en état de gagner sa vie*. Cette tutelle volontaire, accessible aux femmes comme aux hommes, n'est

qu'un moyen destiné à préparer l'adoption testamentaire. De même que la tutelle ordinaire, elle ne peut prendre fin que par les causes spécialement visées dans la loi, et nullement par le fait d'une *démission volontaire* même avec acceptation du conseil de famille. Namur, 13 mai 1902, J. L. 1902, p. 188.

693. **Adoption testamentaire.** C'est la seule forme de l'adoption des *mineurs*. Elle peut être faite par toute espèce de testament, même par testament olographe. La loi la soumet à deux règles particulières qui font qu'on ne la pratique jamais: 1^o elle n'est permise qu'à celui qui a exercé la tutelle officieuse de l'enfant pendant cinq années; 2^o elle ne produit son effet qu'autant que l'adoptant vient à mourir *avant la majorité de l'adopté*; la déclaration contenue dans le testament devient caduque par la majorité de l'adopté, et l'adoption n'est plus possible que dans les formes ordinaires, par contrat devant le juge de paix.

SECTION 3. — De la nullité de l'adoption.

694. **Application du droit commun.** Si les conditions de l'adoption conventionnelle ne sont pas remplies, la justice refusera de l'homologuer. Mais il peut arriver, en fait, que la justice ait été trompée ou se soit trompée, et qu'elle ait homologué une adoption qui ne remplissait pas les conditions exigées par la loi. Y a-t-il lieu dans ce cas à l'application de la maxime: *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*? La négative est certaine, par la raison que l'homologation de la justice n'est qu'un acte de juridiction gracieuse qui laisse à l'adoption sa nature de contrat. Lors donc que la cour d'appel a accordé l'homologation, l'adoption ne devient pas pour cela inattaquable; elle peut être attaquée par une action principale en nullité si, par une fraude ou une erreur, on s'est écarté des conditions imposées par la loi. Les intéressés agiront ici comme dans les autres cas où il s'agit d'obtenir la nullité d'un contrat soit pour cause de nullité relative, soit pour cause de nullité absolue. Il peut arriver ainsi que les parents de l'adoptant fassent annuler, après sa mort, une adoption qui leur préjudicie. Cass. fr., 10 février 1892, D. 1892, 1, 329.

Les tribunaux peuvent être saisis également de la question de validité ou de nullité de l'adoption testamentaire, et ils ont à la résoudre selon les principes du droit commun.

CHAPITRE II. — DES EFFETS DE L'ADOPTION.

Art. 347 à 352.

695. **Principes de la matière.** L'adoption est une création arbitraire de la loi positive. Elle ne peut produire d'autres effets que ceux qu'il a plu au législateur de lui attribuer.

Nulle part le code ne pose le principe que l'adoption doit produire tous les effets de la filiation légitime. Il prend même soin d'éviter l'emploi des mots *père adoptif* et *fils adoptif*; sauf dans un seul article, l'art. 348, il emploie toujours les expressions *l'adoptant* et *l'adopté*.

L'adopté reste dans la famille à laquelle il appartient par sa naissance; il y conserve tous ses droits et tous ses devoirs. Ainsi l'adopté garde les droits éventuels d'hérédité qu'il avait dans sa famille naturelle; il est tenu de fournir des aliments à ses père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin, et il a le droit réciproque de leur en demander; enfin, il doit, lorsqu'il veut se marier, solliciter leur conseil, selon les règles exposées au titre du mariage.

L'adoption ne crée de relations juridiques qu'entre l'adoptant et l'adopté, et, en principe, ses effets ne s'étendent pas au delà. Ce n'est que sur quelques points particuliers que les effets de l'adoption atteignent d'autres personnes que les deux contractants.

696. **Nom de l'adopté** ⁽¹⁾. L'adopté prend le nom de l'adoptant, en l'ajoutant au sien propre. Il transmet son nom modifié aux enfants qui lui naissent après l'adoption. Mais s'il a des enfants nés antérieurement, ceux-ci conservent le nom que leur attribue leur acte de naissance. De là une situation bizarre pour

⁽¹⁾ Quid des titres de noblesse? Trib. Bruxelles, 4 février 1890, P. 1891, 3, 24; Paris, 18 juillet 1893, D. 1894, 2, 7.

les enfants qui, nés d'un même père, portent des noms de famille différents.

Lorsque l'adoption est faite par une femme mariée ou par une veuve, c'est le nom de celle-ci, et non celui du mari, que doit prendre l'adopté.

697. **Empêchements de mariage.** L'adoption crée quelques empêchements de mariage entre l'adoptant, l'adopté et certains membres de leur famille. Selon le principe propre à la matière du mariage, il faut décider que ces empêchements sont purement prohibitifs.

L'énumération de l'art. 348 est *limitative*. Le mariage reste donc possible entre toutes autres personnes.

698. **Obligation alimentaire.** Cette obligation existe entre l'adopté et l'adoptant de la même manière qu'entre un fils et son père, et elle est réciproque entre eux; mais elle ne s'étend pas à d'autres personnes.

699. **Droit de succession de l'adopté.** L'adopté acquiert sur les biens de l'adoptant, les mêmes droits héréditaires qu'un enfant légitime. Il vient donc à la succession de l'adoptant en concours avec les enfants légitimes survenus à celui-ci depuis l'adoption; il exclut les ascendants et les collatéraux de l'adoptant; il réduit les enfants naturels de l'adoptant à la portion fixée par l'art. 757.

L'assimilation établie par l'art. 350 quant au droit de succession entre l'enfant adoptif et l'enfant légitime étant absolue, il faut décider que le droit de l'enfant adoptif est garanti, comme celui de l'enfant légitime, par la *réserve héréditaire*, c'est-à-dire que son père adoptif ne peut pas le dépouiller par des donations entre vifs ou testamentaires, au delà d'une certaine limite.

Le droit héréditaire que l'adoption confère à l'adopté ne porte que sur la succession de l'adoptant. L'adopté n'a *aucun droit* sur les successions des parents de l'adoptant, pas même sur celles des père et mère de ce dernier, ni sur celle d'un co-adopté.

700. **Controverse relative aux descendants de l'adopté.** Il arrive parfois que l'adopté meurt avant l'adoptant, par consé-

quent avant d'avoir recueilli le bénéfice pécuniaire de l'adoption. Quand il laisse lui-même des enfants, ceux-ci pourront-ils plus tard prendre sa place et succéder à l'adoptant? La jurisprudence l'admet. Cass., 11 novembre 1875, P. 1876, 1, 19; Cass. fr., 10 novembre 1869, D. 1870, 1, 209. Mais elle s'appuie plus sur des considérations de sentiment et d'équité que sur des raisons de droit. Il n'est pas juridique d'invoquer la formule banale: *Adoptio naturam imitatur*, pour attribuer à l'adoption des effets que le code ne détermine point. Dans semblable matière, œuvre purement artificielle du législateur, il faut se tenir rigoureusement aux seuls résultats que donnent les textes. Or aucun texte ne dispose que les enfants de l'adopté, nés ou à naître, deviennent pour l'adoptant une descendance civile. Les art. 349 et 350 sont tout à fait *muets* à cet égard, et leur silence devient particulièrement significatif quand on les rapproche de l'art. 348 qui établit les empêchements de mariage.

701. Droit de retour successoral de l'adoptant et de ses descendants. Le droit de succession qui résulte de l'adoption n'est pas *réciproque*; l'adoptant n'acquiert pas le droit de succéder à l'adopté. En principe, les biens que l'adopté laisse à sa mort sont dévolus par la loi comme si l'adoption n'avait pas eu lieu.

Par exception, l'adoption donne à l'adoptant, et même à ses descendants légitimes, un droit de *retour successoral* applicable aux biens qu'il avait donnés à l'adopté ou que ce dernier avait recueillis dans sa succession. Par *descendants* à l'art. 351, il ne faut entendre que les enfants ou petits-enfants, issus après l'adoption, du mariage de l'adoptant; ce mot ne comprend pas ses autres enfants *adoptifs*. Cass. fr., 20 octobre 1903, D. 1903, 1, 576.

Deux hypothèses sont prévues par les art. 351 et 352 :

Lorsque l'adopté meurt sans postérité légitime, l'adoptant, s'il est encore vivant, recueille les biens qu'il lui avait donnés. Si l'adoptant est prédécédé, ses descendants reprennent les biens par lui donnés et ceux que l'adopté avait recueillis dans sa succession.

Lorsque l'adopté est mort laissant des descendants légitimes et

que ceux-ci viennent eux-mêmes à décéder avant l'adoptant, la loi appelle encore l'adoptant à reprendre les choses par lui données, mais elle n'accorde ce droit qu'à lui seul et le refuse à ses descendants.

Ce droit de retour établi par les art. 351 et 352 est un véritable droit héréditaire, identique à celui qu'établissent dans des circonstances analogues les art. 747 et 766. Il est régi dès lors par les principes qui gouvernent les *successions anormales*. On s'accorde même à penser que l'art. 351 doit, sous ce rapport, être complété par les dispositions du second alinéa de l'art. 747. L'étude de ces principes rentre dans la matière des successions.

TITRE IX.

De la puissance paternelle.

TAUDIERE. *Traité de la puissance paternelle*. Paris, 1898.

702. **Définition.** L'expression *puissance paternelle* a une double signification. Dans une acception générale, elle embrasse *tous les pouvoirs* que la loi accorde aux *ascendants* à l'égard de leurs *descendants*, sans distinction aucune. Dans une acception spéciale et technique, elle désigne uniquement les *pouvoirs que notre titre et l'art. 389* (qui a été intercalé à tort dans le titre de la tutelle) accordent aux *père et mère* sur la personne et les biens de leurs *enfants mineurs non émancipés*.

Avant de commencer l'exposé des préceptes juridiques, le code a cru devoir mettre en relief le précepte moral qui domine toute la vie de l'enfant : l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. Art. 371. Ce précepte moral n'a pas de sanction juridique.

703. **Esprit du code.** *En France, droit de puissance paternelle n'a lieu*, disait Loysel. Cela signifiait non point que dans la législation coutumière les parents n'avaient aucune autorité sur

leurs enfants, mais que leur autorité n'avait ni le même fondement, ni la même étendue que la puissance paternelle du droit romain. Le code civil organise l'autorité paternelle à l'imitation de la législation coutumière. Elle repose non plus sur une idée de domaine du *pater familias*, mais sur une idée de protection des père et mère envers leurs enfants. Aussi a-t-on observé justement que ni l'un ni l'autre des mots qui composent l'expression puissance paternelle n'est rigoureusement exact.

La puissance paternelle cesse à la majorité ou à l'émancipation. Art. 372. Etablie dans l'intérêt de l'enfant, elle doit cesser lorsque l'enfant est légalement réputé en état de se diriger lui-même.

704. **Matière d'ordre public.** La matière de la puissance paternelle n'est pas du domaine des volontés privées. Une convention matrimoniale ou une disposition testamentaire qui tendrait à réglementer cette autorité serait donc dépourvue de tout effet juridique. Cass., 6 novembre 1879, P. 1879, 1, 400.

705. **Division de la matière.** L'autorité paternelle appartient non seulement aux père et mère légitimes, mais aussi aux père et mère naturels. Seulement elle ne présente pas les mêmes prérogatives pour les uns et pour les autres. De là les deux premiers chapitres de notre commentaire; le troisième concerne la déchéance de l'autorité paternelle et l'intervention de la justice dans l'exercice de cette autorité.

706. **Co-existence de l'autorité paternelle et de l'autorité tutélaire.** La puissance paternelle et la tutelle constituent deux mesures de protection pour les mineurs non émancipés. Souvent la puissance paternelle existe seule; souvent aussi la tutelle existe simultanément.

L'enfant *légitime* peut se trouver dans l'une ou l'autre des situations suivantes: avoir ses père et mère vivants, et être uniquement sous puissance paternelle; les avoir perdus l'un et l'autre, et être sous tutelle seule; n'avoir perdu que l'un des deux, et être tout à la fois sous puissance paternelle et sous tutelle.

Pour l'enfant *naturel*, la puissance paternelle ne peut jamais

exister *seule*. S'il a été reconnu par ses deux auteurs ou par l'un d'eux, et si celui ou ceux qui l'ont reconnu existent encore, il est tout à la fois sous puissance paternelle et sous tutelle. S'il n'a pas été reconnu ou si, l'ayant été, il a perdu ses auteurs, il est sous tutelle.

CHAPITRE I. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES.

SECTION 1. — A qui appartient l'autorité et qui l'exerce. Art. 372 et 373.

707. **Attribution et prérogatives de l'autorité.** La puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère. L'enfant, dit l'art. 372, reste sous *leur* autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

Les prérogatives de l'autorité sont : 1^o la direction de l'éducation de l'enfant (on l'appelle communément le droit de garde); elle a pour corollaire le droit de correction; 2^o l'administration des biens de l'enfant; 3^o la jouissance de ses biens.

Ces trois prérogatives ne sont pas indissolublement unies. C'est ainsi que l'administration légale des biens de l'enfant prend fin dès que l'un des père et mère vient à mourir; ce n'est plus alors qu'en vertu de son droit de jouissance ou de sa qualité de tuteur que le survivant gère les biens de l'enfant.

708. **Exercice de l'autorité durant le mariage.** Le père *seul*, dit l'art. 373, exerce cette autorité durant le mariage. Mais cet article ne prévoit que le cas ordinaire, celui où le père est *capable de fait et de droit* d'exercer l'autorité. Il est évident, en effet, que si l'autorité est commune au père et à la mère, comme l'art. 372 l'exprime formellement, la mère doit être admise à l'exercer non seulement lorsque son mari est mort, mais encore lorsqu'il est dans l'impossibilité physique ou légale de manifester sa volonté, c'est-à-dire lorsqu'il est absent, dément ou interdit (supra n^o 239). Verviers, 16 juillet 1902, J. L. 1903, p. 157.

709. **Cas de la séparation de corps.** L'application littérale de l'art. 373 ne peut rencontrer aucune difficulté au cas de la séparation de corps prononcée entre les père et mère ; leur mariage continue, en effet, d'exister.

Il y a cependant à tenir compte de la disposition de l'art. 302 qui, aux termes d'une jurisprudence constante, est applicable à la matière de la séparation de corps comme à celle du divorce (supra n° 523). Tous les auteurs s'accordent ici à enseigner que le père conserve le droit de jouissance de l'art. 384 et le droit d'administration de l'art. 389, quoique l'éducation des enfants ait été confiée à la mère ou à une tierce personne en vertu de l'art. 302. *R. crit.*, 1902, p. 597 ; *R. trim.*, 1909, p. 801.

710. **Cas du divorce.** En ce cas, l'application littérale de l'art. 373 devient impossible. D'autre part, le code ne renferme que les art. 302 et 386 sur les effets du divorce en ce qui concerne l'autorité des père et mère, et l'art. 390 dispose formellement que la tutelle ne s'ouvre que par la dissolution du mariage arrivée par la *mort* de l'un des époux. Aussi existe-t-il une vive controverse sur le *principe* à suivre dans le cas de divorce.

D'après une première opinion, l'attribution de l'éducation des enfants, conférée conformément à l'art. 302, entraînerait celle de *toutes les prérogatives* de l'autorité. Courtrai, 3 juillet 1896, P. 1897, 3, 34 ; Charleroi, 23 avril 1910, P. 1910, 3, 199 ; *R. crit.*, 1902, p. 597 ; *R. trim.*, 1908, p. 349.

Suivant une autre, *le père et la mère* divorcés auraient *concurrentement* l'exercice de l'autorité, et ce serait aux *tribunaux* à trancher leurs conflits. Trib. Liège, 23 juillet 1906, P. 1907, 3, 79 ; Grenoble, 24 juillet 1900, D. 1901, 2, 121.

L'opinion qui nous paraît préférable est que le *père* continue d'avoir *seul* l'exercice de l'autorité, sauf les restrictions qui résultent de l'art. 302, quant à l'éducation de l'enfant, et de l'art. 386, quant à la jouissance de ses biens. Ce système s'appuie sur le rapprochement de l'art. 373 avec les art. 384, 386, 389 et 390, d'où il semble bien résulter que l'expression *durant le mariage* y est toujours prise dans le sens de *durant la vie* des père et

mère, puisqu'elle y est toujours opposée à celle-ci: *le survivant* des père et mère. On ne voit pas de raison pour qu'il n'en soit pas des prérogatives de nos articles comme il en est indubitablement de celles des art. 108 (pour le domicile de l'enfant) et 148 (pour le consentement à son mariage) qui ne font aucune restriction pour le cas où les père et mère sont divorcés. Comp. Avis Cons. d'Etat, 16 novembre 1899, D. 1902, 3, 18; D. 1907, 2, 313, note; *R. trim.*, 1909, p. 802.

SECTION 2. — De l'éducation de l'enfant.

§ 1. — DE L'ÉDUCATION ET DE LA CORRECTION DE L'ENFANT.

I. — De l'éducation.

Art. 374.

711. **Conséquences implicites de l'autorité.** Les père et mère sont les arbitres de l'éducation morale de l'enfant, comme de son éducation physique. A notre avis, il ne peut être question d'argumenter du principe constitutionnel de la liberté de conscience pour soustraire l'enfant à l'*autorité* de ses père et mère en matière religieuse, pas plus qu'en toute autre. B. J. 1907, col. 653. Comp. Liège, 5 mai 1909, P. 1909, 2, 219.

Les père et mère peuvent régler comme ils l'entendent les *relations* de leur enfant, lui interdire de voir telle ou telle personne. Ils peuvent examiner sa *correspondance*, et l'intercepter, au besoin, selon les règles de l'arrêté royal du 31 mars 1900. D. 1900, 2, 287, notes 6 et 7.

712. **Conséquence expresse.** Les père et mère peuvent contraindre l'enfant à *demeurer* soit auprès d'eux, soit dans l'établissement d'instruction ou l'atelier d'apprentissage où ils l'ont placé. Le ministère public a pour devoir de prêter son assistance au père ou à la mère qui revendique le bénéfice de l'art. 374, et les tribunaux n'ont à intervenir que lorsque le droit du père ou de la mère fait l'objet d'une contestation. La seule opposition de l'enfant à l'exercice du droit de son père ou de sa mère n'en-

gendre pas une contestation dont les tribunaux doivent être saisis; ce n'est que quand un *tiers* se place entre le père ou la mère et l'enfant qu'il est nécessaire que le père ou la mère obtienne un jugement ordonnant la réintégration de l'enfant sous sa garde ⁽¹⁾. *R. droit belge*, 1907, p. 124. Comp. Trib. Liège, 10 décembre 1906, J. L. 1907, p. 21.

713. **Observations sur les cas de divorce et de séparation de corps.** 1^o La personne à laquelle les enfants sont confiés conformément à l'art. 302 a le droit de *diriger leur éducation*, et par conséquent de désigner, s'il y a lieu, l'établissement d'instruction où ils seront placés. Nivelles, 4 avril 1906, P. 1906, 2, 298. 2^o L'art. 302 ne statue que pour le *temps de la vie des époux* séparés ou divorcés. Au décès de l'un d'eux, le survivant recouvre ou acquiert de plein droit l'exercice de l'autorité sur la personne des enfants. Mais il appartient toujours à la famille et au ministère public de provoquer le contrôle du pouvoir judiciaire sur la manière dont le survivant exerce son autorité (infra, chap. III). D. 1893, 2, 81, note.

II. — *De la correction.*

Art. 375 à 382.

714. **Châtiments domestiques.** Le droit des père et mère d'infliger des châtimens domestiques n'a jamais été mis en doute. Il découle naturellement de l'autorité; mais aucun texte ne le réglemente. En cette matière, il y a toujours une question de fait qui dépend des mœurs et des circonstances, et doit être laissée à l'appréciation des tribunaux.

715. **Généralités sur la détention.** C'est la suprême ressource pour vaincre les mauvais penchans de l'enfant. Quand il n'a pas quinze ans accomplis, la durée de sa détention ne peut

(1) Une ordonnance du juge des référés suffit. Mais jamais il n'est possible d'employer contre un tiers la procédure établie par l'art. 377 pour faire détenir l'enfant. Bruxelles, 14 juin 1898, P. 1898, 2, 360; Grenoble, 10 mai 1905, D. 1908, 2, 180.

jamais dépasser *un mois* ; elle peut s'élever jusqu'à *six mois* quand il a plus de quinze ans.

C'est au *président du tribunal* qu'il appartient de délivrer l'ordre d'arrestation. Selon les cas, le père procède auprès de ce magistrat par *voie d'autorité* ou seulement par *voie de réquisition*. Quand le père procède par voie d'autorité, le président exerce un *ministère purement passif*. Au contraire, quand le père ne peut procéder que par voie de réquisition, ce magistrat est appelé à examiner et à *juger la conduite de l'enfant*, et il ne statue que sauf *recours* de celui-ci auprès du premier président de la Cour. Liège, 23 mai 1892, P. 1892, 2, 387 ; Aix, 21 juillet 1905, P. 1905, 4, 161.

La procédure est toujours *secrète*. Seul l'ordre d'arrestation est écrit.

716. Détention provoquée par le père. Le père ne peut procéder *par voie d'autorité* que sous ces trois conditions : 1^o qu'il ne soit pas en état de second mariage ; 2^o que l'enfant n'ait pas quinze ans accomplis ; 3^o que l'enfant n'ait pas de biens personnels et n'exerce aucune profession.

717. Détention provoquée par la mère. A la différence du père, la mère ne peut jamais agir par voie d'autorité. Encore lui faut-il, pour agir *par voie de réquisition*, obtenir le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant.

La mère qui est en état de second mariage ne peut plus exercer le droit de correction à l'égard de ses enfants du premier lit, ou, du moins, elle ne le peut que comme *tutrice* conformément à l'art. 468.

718. Grâce de l'enfant. Le droit de grâce est de l'essence de la matière. Le père ou la mère qui a provoqué la détention est toujours maître d'en abréger la durée, sans devoir remplir aucune formalité.

§ 2. — DE L'ADMINISTRATION LÉGALE DES BIENS DE L'ENFANT (1).

Art. 389.

719. **Définition.** On appelle *administration légale* le pouvoir des père et mère de représenter l'enfant en justice et d'administrer ses biens. L'administration légale n'intéresse pas exclusivement les mineurs qui ont une fortune propre du vivant de leurs père et mère, ce qui est assez rare; elle intéresse tous les mineurs qui peuvent avoir des droits à débattre en justice, ce qui est assez fréquent, notamment à l'occasion de la responsabilité civile édictée par l'art. 1382.

720. **Laconisme du code.** Il n'existe qu'un seul texte, l'art. 389, sur l'administration des biens de l'enfant mineur dont les père et mère sont encore en vie. Ce laconisme a fait naître de très sérieuses controverses.

I. — *Caractères de l'administration légale.*

721. **C'est un attribut de la puissance paternelle.** L'administration légale est un attribut de la puissance paternelle. A ce titre seul, elle est d'*ordre public*. La personne qui gratifie l'enfant par une donation entre vifs ou testamentaire ne peut donc y porter aucune atteinte, sous la forme d'une condition opposée à la libéralité. Il a fallu un texte, l'art. 387, pour permettre au donateur ou testateur de priver les père et mère de la jouissance légale, et cependant ce n'est là qu'un droit établi dans l'*intérêt des parents*, tandis que l'administration légale est un pouvoir conféré dans l'*intérêt de l'enfant*. Gand, 14 mars 1894, P. 1894, 2, 363; Bruxelles, 11 février 1910, P. 1910, 2, 389. Contra: Orléans, 11 avril 1894, D. 1894, 2, 397; Nîmes, 16 avril 1907, D. 1908, 2, 331.

722. **Elle n'est pas une tutelle.** Comme l'ancien droit le faisait déjà, les art. 389 et 390 établissent une distinction très nette

(1) R. trim., 1910, p. 271.

entre l'administration légale et la tutelle; la tutelle ne s'ouvre que par le décès de l'un des père et mère.

De ce principe que l'administration légale n'est pas une tutelle résultent des conséquences nombreuses dont les plus importantes sont celles-ci :

1^o Les causes d'*incapacité*, d'*exclusion* et de *destitution* de la tutelle ne s'appliquent pas à l'administration légale.

2^o Il n'y a pas de *subrogé-administrateur* chargé de surveiller l'administrateur légal et de le remplacer lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux de l'enfant.

3^o L'administrateur légal n'est pas placé sous la *dépendance permanente d'un conseil de famille* appelé à régler sa gestion et pouvant, le cas échéant, la lui retirer.

4^o Les biens de l'administrateur légal ne sont pas grevés d'une *hypothèque légale* garantissant le paiement du reliquat de son compte.

5^o Si l'administrateur légal est comptable de sa gestion, ainsi que le dit l'art. 389, son obligation de rendre compte est uniquement régie par les dispositions du droit commun, et non point par les *dispositions spéciales* de la tutelle.

II. — *Qui exerce l'administration légale.*

723. **Droit commun.** Conformément à la règle tracée par l'art. 373, c'est au *père* que l'article. 389 confère l'administration des biens de l'enfant. Mais, de même que l'art. 373, l'art. 389 se trouve dominé par le principe de l'art. 372 que la mère a l'autorité aussi bien que le père. Lorsque le père est devenu physiquement ou légalement incapable d'exercer l'autorité, la mère ne rencontre plus aucun obstacle qui l'empêche de l'exercer à son tour. Aussi tous les auteurs enseignent-ils que la mère prend l'administration des biens de l'enfant quand le père se trouve en état d'absence, de folie ou d'interdiction.

Après le *divorce* comme pendant le mariage et jusqu'à la mort de l'un des époux, l'administration des biens des enfants continue d'appartenir au père. On sait, en effet, que l'expression *durant*

le mariage de l'art. 389 ne forme opposition qu'à celle de l'art. 390 : la dissolution du mariage *arrivée par la mort de l'un des époux*. A notre avis, l'administration continue d'appartenir au père divorcé, même dans ces deux cas : 1^o lorsque le tribunal a confié l'éducation des enfants à la mère ou à un tiers, car l'art. 302 est étranger à l'administration légale ; 2^o lorsque le divorce a été prononcé contre le mari, car l'art. 386 ne concerne que la jouissance légale (supra n^o 710).

724. **Observation.** Quand, à défaut du père incapable de fait ou de droit, la mère administre le patrimoine de l'enfant, elle n'est soumise, dans sa gestion, à aucune des règles des art. 215 et 217 sur l'incapacité de la femme mariée. Ce n'est pas alors l'*épouse* qui agit, mais la *mère* (supra n^o 392).

III. — *Pouvoirs de l'administrateur légal.*

725. **Actes d'administration.** L'art. 389 dispose que le père est *administrateur* des biens personnels de son enfant mineur. Le père reçoit ainsi qualité pour accomplir, *au nom de l'enfant*, tous les actes de la vie civile qui rentrent dans la catégorie des *actes de large administration*. Ces actes, il a qualité pour les faire seul, sans assistance aucune, même ceux pour lesquels il faudrait au tuteur une habilitation particulière, comme la réception des capitaux dont il s'agit à l'art. 61 de la loi hypothécaire ; notre art. 389 ne soumet, en effet, à aucune restriction le pouvoir général d'administration qu'il institue comme attribut de l'autorité paternelle.

726. **Actes de disposition.** L'art. 389 semble muet à leur égard. Certains auteurs ont un moyen commode de résoudre la difficulté, ils sous-entendent les mots *cum libera potestate* dans l'art. 389 et l'interprètent dès lors comme consacrant le principe de *l'omnipotence* de l'administrateur légal ; ce principe gouvernerait tous les actes à titre onéreux, il ne subirait de limitation que pour les actes à titre gratuit. La plupart s'attachent strictement au *texte* de la loi et à la distinction *traditionnelle* des actes d'administration et des actes de disposition ; aussi enseignent-

ils en principe que les pouvoirs de l'*administrateur légal*, selon le terme précis de l'art. 389, se limitent aux actes qui, de droit commun, art. 1988, compètent aux simples administrateurs du patrimoine d'autrui (supra n° 41). Comp. B. J. 1910, col. 1077; R. trim. 1902, p. 782, 1904, p. 553, et 1906, p. 694; D. 1910, 2, 89, note I.

Est-ce à dire qu'il soit impossible de faire, au nom de l'enfant, un acte quelconque de disposition de ses biens, alors même qu'un pareil acte présenterait pour lui des avantages évidents? Laurent le soutient ainsi en se fondant sur le silence de la loi. Sa doctrine n'est pas suivie; elle aboutit à ce résultat absurde qu'en fait, sinon en droit, les biens de l'enfant seraient placés *hors du commerce*. Le seul système qui concilie les nécessités de la pratique avec les principes du droit, est celui qui admet l'application analogique des règles de la tutelle à l'administration légale toutes les fois que l'acte à accomplir dépasse les pouvoirs ordinaires d'un administrateur. La *place* même qu'occupe l'art. 389, au début du titre *de la tutelle*, indique bien l'intention du législateur d'autoriser l'extension des règles de la tutelle aux actes de disposition qu'il est opportun d'accomplir. Aussi plusieurs textes, relatifs à divers actes de disposition intéressant des mineurs, prescrivent-ils l'observation des règles de la tutelle, sans faire de distinction entre les mineurs placés sous tutelle et ceux soumis simplement à l'administration légale; ce sont les art. 776, 838, 1718 et 2126 (75 loi hypothécaire) c. c., 953 et 954 c. proc.

Lorsque l'on applique les règles des art. 457 et suiv. à l'administration légale, il faut les lui appliquer entièrement, même dans celles de leurs dispositions qui exigent l'autorisation du *conseil de famille*. Sans doute l'administration légale est affranchie de la surveillance générale et permanente du conseil de famille (supra n° 722); mais ce n'est point soumettre le père à un pareil contrôle que de lui imposer la nécessité d'obtenir l'autorisation de ce conseil pour la passation des actes que sa qualité d'administrateur ne lui donne pas le pouvoir de faire. Certes l'institution de la subrogée tutelle est absolument spéciale à la tutelle, il ne saurait y

avoir de subrogé tuteur là où il n'y a point de tuteur ; mais il n'en est pas de même du conseil de famille ; on conçoit très bien l'intervention du conseil de famille *en dehors de la tutelle* ; ne voit-on pas le code recourir à l'avis de la famille dans la matière du divorce et dans celle de l'interdiction et du conseil judiciaire, art. 267, 302, 494 et 514 ? *R. trim.*, 1908, p. 349.

La jurisprudence admet généralement le principe que les règles de la tutelle relatives aux *pouvoirs de disposition* du tuteur sont applicables par analogie à l'administration légale, mais elle en écarte celles qui exigent l'intervention du conseil de famille, par le motif que ce conseil serait un élément propre à l'organisme de la tutelle. Il arrive alors que certains tribunaux permettent au père d'agir librement toutes les fois que le tuteur n'aurait pas d'autre habilitation à obtenir ; certains autres exigent que l'autorisation du conseil de famille soit remplacée par celle de la justice. Bruxelles, 30 janvier 1889, P. 1889, 2, 189 ; Trib. Liège, 18 décembre 1891, P. 1892, 3, 112 ; Charleroi, 27 mai 1905, P. 1905, 3, 277 ; Bordeaux, 24 janvier 1901, D. 1902, 2, 377 ; Cass. fr., 5 janvier 1903, D. 1903, 1, 24. *Comp. R. crit.*, 1902, p. 599.

Les art. 19, al. 2, et 20 du règlement du 22 novembre 1875, sur le service de la dette publique, déterminent les pouvoirs de l'administrateur légal en ce qui concerne le transfert des titres nominatifs de rentes sur l'Etat et leur reconstitution en titres au porteur. Liège, 17 janvier 1883, P. 1883, 2, 255.

727. Opposition d'intérêts entre le père et l'enfant. Il n'y a pas de subrogé administrateur dans l'administration légale. Comment donc procéder lorsque les intérêts de l'administrateur légal sont en opposition avec ceux de l'enfant ? Il est évident que le père ne peut jouer à la fois le rôle des deux parties, qu'il s'agisse d'un contrat à conclure ou d'un procès à suivre entre son fils et lui. Cass. fr., 13 juillet 1903, D. 1904, 1, 22. L'art. 389 ne résout pas la difficulté. La seule disposition qu'on puisse appliquer par analogie est l'art. 318 du titre de la filiation. La question de la dénomination à donner au remplaçant du père est indiffé-

rente, *administrateur ad hoc* ou *tuteur ad hoc*; l'appellerait-on tuteur *ad hoc*, il ne saurait évidemment avoir ni plus ni moins de pouvoirs que le père lui-même. La seule question intéressante est celle de savoir par qui il doit être nommé. Les uns veulent qu'il soit désigné par le tribunal qui exercerait ainsi une juridiction gracieuse en dehors des cas prévus par la loi. Marche, 19 décembre 1902, J. L. 1903, p. 31. Les autres décident avec raison que sa nomination appartient au conseil de famille (supra n° 258). Trib. Bruxelles, 22 novembre 1875, P. 1876, 3, 53; Cass. fr., 10 juin 1885, D. 1885, 1, 465. Comp. Paris, 1^{er} mars 1901, D. 1902, 2, 90; R. trim., 1908, p. 349.

IV. — Cessation de l'administration légale.

728. **Causes de cessation.** L'administration légale prend fin avec la puissance paternelle, par la *majorité* de l'enfant ou son *émancipation*. Au premier cas, l'enfant devient capable de tous les actes de la vie civile, art. 488; au second, il ne devient capable que des actes de pure administration, art. 481; pour les autres, il doit se conformer aux règles établies par les art. 482 à 484, mais ces règles supposent toujours l'intervention personnelle du mineur, de façon à rendre impossible un système de représentation par autrui, comme l'est l'administration légale.

L'administration légale prend fin avant la majorité ou l'émancipation, pour être remplacée par la tutelle, lorsque *l'un des père et mère vient à mourir* (1). Le survivant, bien qu'il ait encore le droit de garde, et aussi la jouissance légale si l'enfant n'a pas encore 18 ans, n'a plus l'administration légale.

729. **Obligation de rendre compte.** Comme tout administrateur du patrimoine d'autrui, l'administrateur légal doit rendre compte de sa gestion, et il est responsable des fautes qu'il y a commises. Il doit compte de toute la propriété et de ceux des revenus qu'il n'a pas acquis en vertu du droit de jouissance

(1) Sur le cas très rare de *déchéance* de la puissance paternelle prononcée contre l'un des père et mère, voir infra n° 744.

légale. On sait toutefois qu'il est fondé à déduire des revenus à restituer le montant des frais de l'entretien et de l'éducation de l'enfant, au cas où ces frais n'auraient pas été couverts par les revenus des biens soumis à son droit de jouissance (supra n° 423).

§ 3. — DE LA JOUISSANCE LÉGALE DES BIENS DE L'ENFANT.

Art. 384 à 387.

730. **Définition.** C'est le droit, pour le père ou la mère qui exerce l'autorité, de s'approprier ceux des revenus de l'enfant qui excèdent ce qui est nécessaire à son entretien et à son éducation. Le code a voulu ainsi accorder aux parents une compensation des soins et des peines que leur impose l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens.

Sa véritable dénomination est *jouissance légale*. On l'appelle souvent *usufruit légal*, comme le code l'a fait dans quelques textes placés hors du siège de la matière, art. 389, 601 et 730. Mais cette qualification est inexacte; c'est un *droit de famille, attribut de la puissance paternelle*, et non un droit patrimonial. Aussi diffère-t-il en plusieurs points du droit réel d'usufruit. Ce serait une erreur certaine de vouloir le confondre avec l'usufruit successoral ou testamentaire qui peut appartenir au survivant des père et mère, pour faire bénéficier cet usufruitier de certaines règles propres à la jouissance légale. Comp. B. J. 1903, col. 1316; S. 1907, 1, 497, notes 3 à 7; D. 1910, 2, 90, note II.

I. — *Biens soumis à la jouissance légale.*

731. **Principe.** La jouissance légale affecte, en principe, tous les biens du *patrimoine* de l'enfant, quelle que soit leur *nature* ou leur *origine*. Art. 384.

732. **Exceptions.** Il y a toutefois certaines catégories de biens qui sont soustraites à la jouissance légale :

1° Les biens acquis par l'enfant à l'aide d'un *travail* ou d'une *industrie* séparés. Art. 387. Le mot *séparés* ne veut pas dire différents, mais simplement *distincts*.

2^o Les biens *donnés* ou *légus* à l'enfant sous la condition *expresse* que ses père et mère n'en auront pas la jouissance. Art. 387. L'intérêt de l'enfant exigeait que la loi permît ainsi aux tiers de déroger à l'une des règles de l'autorité paternelle. Autrement, en effet, il aurait pu arriver que des personnes animées envers l'enfant d'intentions généreuses, mais ayant du ressentiment contre son père ou sa mère, auraient mieux aimé ne rien lui donner que de voir ses parents profiter de leur libéralité.

La clause portant exclusion de la jouissance légale peut-elle s'appliquer aux biens formant la réserve de l'enfant dans la succession du disposant? Ainsi une mère institue son unique enfant légataire de tous ses biens, avec la condition que le père n'en aura pas la jouissance; la condition est-elle efficace pour la totalité du legs ou seulement pour la moitié qui constitue la quotité disponible? La question est très controversée. Il nous semble cependant que la *généralité absolue* de l'art. 387 est un argument décisif en faveur de l'opinion qui admet la validité de la condition pour le tout; le texte n'attribue la jouissance légale aux parents qu'autant que les biens appartiennent à l'enfant à un titre qui ne les exclut pas ⁽¹⁾.

3^o Les biens recueillis *de son propre chef* par l'enfant dans une succession dont son père ou sa mère a été exclu comme *indigne*. Art. 730. La loi n'a pas voulu que l'indigne pût profiter, même quant à la jouissance, des biens composant la succession dont il a été exclu.

II. — *Droits dérivant de la jouissance légale.*

733. **Ressemblances avec l'usufruit.** En principe, la jouissance légale confère au père ou à la mère *tous les avantages* qui découlent de l'usufruit proprement dit.

(1) Il faut observer que la loi ne frappe point de nullité absolue les dispositions qui portent atteinte à la réserve; elle se borne à les déclarer *réductibles*, et l'action en réduction, établie *uniquement dans l'intérêt du réservataire*, ne peut être exercée *que* par lui, ses héritiers ou ayants cause. Art. 921.

Le père ou la mère peut donc faire son profit de tous les *revenus* des biens de l'enfant, c'est-à-dire de tous les produits qui ont le caractère de fruits d'après les dispositions du titre de l'usufruit; et ces fruits, il les acquiert selon les modes *naturels* ou *civils* des art. 585 et 586. Cass. fr., 27 janvier 1904, D. 1904, 1, 521.

Si, comme on va le voir, le père ou la mère ne peut *disposer* de son droit de jouissance, rien ne l'empêche de faire tous les *actes d'administration*, et notamment les baux, qui peuvent être utiles pour faire fructifier les biens de l'enfant.

734. Différences avec l'usufruit. 1^o La jouissance légale, attribut de la puissance paternelle, est *incessible* et *insaisissable*. Trib. Gand, 14 juin 1905, P. 1906, 3, 272; Lyon, 13 novembre 1894, D. 1896, 2, 393. Mais si les créanciers du père ou de la mère ne peuvent pas faire saisir et vendre son *droit de jouissance*, ils peuvent frapper de saisie *les fruits des biens* de l'enfant, *dans la mesure* ou ils doivent profiter au père ou à la mère, leur débiteur, c'est-à-dire déduction faite des charges à l'acquittement desquelles ils sont affectés. Trib. Bruxelles, 11 janvier 1888, P. 1888, 3, 189; Seine, 10 juin 1903, R. notariat belge, 1904, p. 319.

2^o On décide généralement que l'art. 599, al. 2, qui refuse à l'usufruitier, à la cessation de l'usufruit, une indemnité pour les *améliorations* qu'il prétendrait avoir faites, ne peut être appliqué au père ou à la mère, à la cessation de la jouissance légale. Cass. fr., 17 novembre 1903, S. 1904, 1, 5.

III. — Charges attachées à la jouissance légale.

735. Application des règles de l'usufruit. Le code met tout d'abord au compte du père ou de la mère les charges auxquelles sont tenus les usufruitiers ordinaires. Art. 385, 1^o. A ce sujet il faut remarquer que la jouissance légale frappant en principe tous les biens de l'enfant et étant ainsi *universelle*, il y a lieu de lui appliquer les dispositions des art. 610 et 612. Cass. fr., 24 janvier 1900, D. 1900, 1, 320.

Il est toutefois une charge de l'usufruit ordinaire dont les père et mère sont dispensés: l'art. 601 les exempte de l'obligation de donner *caution*.

736. **Charges spéciales.** 1^o *La nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant, selon sa fortune.* Art. 385, 2^o. Cette obligation diffère à plusieurs points de vue de celle de l'art. 203:

a. L'obligation spéciale de notre art. 385 ne grève que celui des père et mère qui a la jouissance légale, mais elle l'atteint dans sa jouissance même sans condition aucune; l'obligation générale de l'art. 203 grève chacun des père et mère, mais seulement à titre subsidiaire (1); de sorte que si la jouissance légale est suffisante pour subvenir à la charge, l'obligation de l'art. 203 s'évanouit.

b. L'obligation de notre art. 385 est proportionnelle aux revenus de l'enfant; celle de l'art. 203 est proportionnelle aux revenus des parents; de sorte que si les revenus de l'enfant sont supérieurs à ceux de ses parents, c'est une éducation en rapport avec sa fortune personnelle qui doit lui être donnée.

2^o *Les intérêts et arrérages (arriérés) des capitaux (passifs).* Art. 385, 3^o. Il ne s'agit point dans ce 3^o des intérêts et arrérages à échoir durant le cours de la jouissance légale, car ceux-ci font partie des charges qui incombent aux usufruitiers ordinaires d'après l'art. 612, et se trouvent par là même compris dans le 1^o de notre article. Il ne peut donc s'agir dans le 3^o que des intérêts et arrérages *arriérés*, c'est-à-dire de ceux qui étaient déjà échus et non encore acquittés au moment où la jouissance légale a commencé.

3^o *Les frais funéraires et de dernière maladie* (de la personne dont l'enfant a recueilli la succession). Art. 385, 4^o. Il ne s'agit point dans ce 4^o des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant lui-même, pour le cas où il viendrait à mourir au cours de la jouissance légale, car les frais de ses maladies (de toutes, et

(1) Les parents ne sont tenus de subvenir par eux-mêmes aux besoins de l'enfant que parce que celui-ci est supposé n'avoir pas de ressources propres (supra n^o 423).

non pas seulement de la dernière) rentrent évidemment dans les frais d'entretien dont il est parlé d'une manière générale dans le 2^o de notre article; quant aux frais de ses funérailles, frais postérieurs à la cessation du droit de jouissance, on ne s'expliquerait pas que la loi les eût mis à la charge *exclusive* du père ou de la mère, pour en exonérer les autres héritiers de l'enfant. Il ne peut donc s'agir dans le 4^o que des frais concernant la personne à laquelle l'enfant a succédé et dont le patrimoine se trouve soumis au droit de jouissance légale (1).

IV. — Cessation de la jouissance légale.

737. **Causes normales d'extinction.** La jouissance légale étant un attribut de la puissance paternelle prend fin *lorsque cette puissance vient elle-même à s'éteindre* soit par la mort de l'enfant, soit par son émancipation, soit par la mort ou la déchéance du *survivant* des père et mère. Le droit de jouissance ne passe jamais aux ascendants après la mort des deux auteurs de l'enfant.

738. **Causes spéciales d'extinction.** 1^o *L'arrivée de l'enfant à l'âge de dix-huit ans.* Art. 384. A compter de cet âge, les père et mère doivent capitaliser l'excédent des revenus sur les dépenses de l'entretien et de l'éducation de l'enfant.

2^o *Le second mariage de la mère.* Art. 386. Cette cause d'extinction ne s'applique pas au père. On ne saurait expliquer la différence que la loi établit ici entre le père et la mère.

L'art. 386 dispose en termes absolus que la jouissance légale cesse à l'égard de la mère *dans le cas d'un second mariage*; il ne dit pas simplement qu'elle cesse *pendant* un second mariage. D'un autre côté, aucun texte ne dispose que la jouissance légale *renaît* au profit de la mère remariée lorsque son second mariage vient à se dissoudre. Liège, 21 novembre 1888, P. 1889, 2, 87; Bourges, 18 juin 1890, D. 1891, 2, 143.

(1) Il faut supposer d'ailleurs que ces frais incomberaient à l'enfant, à titre de successeur du *de cujus*, si notre art. 385, 4^o, n'existait point. Cass. fr., 22 juin 1905, D. 1907, 1, 58.

3^o *Le divorce, mais seulement par rapport à l'époux contre lequel il est prononcé.* Art. 386. Si c'est le père, le droit de jouissance passe immédiatement à la mère (1); si c'est la mère, rien n'est changé provisoirement, mais il ne s'opérera pas de dévolution à son profit lors de la mort du père. Si le divorce est prononcé contre chacun des époux, aucun d'eux n'aura plus la jouissance légale.

4^o *Le défaut d'inventaire après la dissolution de la communauté.* Art. 1442. Cette cause d'extinction ne peut être étudiée que dans la matière du contrat de mariage.

739. Rapprochements entre la jouissance légale et l'administration légale. Ces deux attributs de l'autorité paternelle sont indépendants l'un de l'autre. Ainsi la jouissance légale s'éteint nécessairement dès que l'enfant a 18 ans accomplis, tandis que l'administration légale peut durer jusqu'à la majorité de l'enfant. D'autre part, l'administration légale prend fin pour faire place à la tutelle dès que l'un des parents vient à mourir, tandis que la jouissance légale subsiste au profit du survivant des père et mère.

C'est au survivant des père et mère que la tutelle est déférée en première ligne, art. 390; mais il peut arriver qu'il se fasse excuser ou qu'il soit exclu. Dans ce cas les pouvoirs du tuteur ne diminuent en rien les *droits d'administration qui dérivent de la jouissance légale* conservée par le survivant. On ne doit pas oublier, en effet, que si la jouissance légale n'est pas un usufruit ordinaire, elle confère au père ou à la mère tous les avantages qui dérivent de l'usufruit proprement dit (supra n^o 733).

(1) Notre solution est cependant contestée; plusieurs auteurs soutiennent que l'enfant profite tout d'abord de la déchéance du père et que la jouissance ne revivra au profit de la mère que si le père prédécède avant que l'enfant n'ait accompli sa dix-huitième année. Comp. D. 1907, 2, 313, note; R. trim., 1909, p. 809.

CHAPITRE II. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE
SUR LES ENFANTS ILLÉGITIMES ⁽¹⁾.

SECTION 1. — Des enfants naturels simples.

Art. 383.

740. **Attribution et exercice de l'autorité.** L'enfant naturel ne peut être sous puissance paternelle que si sa filiation est légalement constatée par une *reconnaissance volontaire ou forcée*. S'il n'a été reconnu que par l'un de ses auteurs, la puissance paternelle appartient exclusivement à celui qui l'a reconnu. S'il a été reconnu par son père et par sa mère, la puissance paternelle est commune à l'un et à l'autre.

Faut-il appliquer l'art. 373 par analogie au cas où l'enfant naturel a été reconnu par ses deux auteurs? Plusieurs auteurs l'admettent en argumentant des art. 148 et 158; ils enseignent en conséquence que la mère n'est appelée à exercer l'autorité que lorsque le père est mort ou se trouve dans l'impossibilité physique ou légale de manifester sa volonté. D. 1894, 2, 534, note. Leur doctrine n'est pas suivie dans la pratique. Il est de jurisprudence que, dans le silence de notre titre, les père et mère naturels restent placés sur le pied d'égalité, qu'ils doivent agir d'accord, et qu'en cas de dissentiment entre eux il appartient aux tribunaux de décider souverainement au mieux des intérêts de l'enfant. Bruxelles, 11 mai 1898, P. 1898, 2, 325; Lyon, 23 février 1904, D. 1904, 2, 364.

741. **Prérogatives de l'autorité.** I. *Education et correction de l'enfant.* Les père et mère naturels ont, comme les père et mère légitimes, le droit de diriger l'éducation de leur enfant. Le droit de correction que l'art. 383 leur confère en termes exprès n'est, en effet, qu'un corollaire du droit d'éducation; il importe peu dès lors que l'art. 383 ne renvoie pas spécialement aux art. 372 et 374, aussi bien qu'aux art. 376 à 379.

(1) TRAVERS. *De la puissance paternelle et de la tutelle sur les enfants naturels*, 2^e édit. Paris, 1907.

Le code n'organise pas le droit de correction des père et mère naturels comme celui des père et mère légitimes; l'art. 383 ne soumet pas les père et mère naturels à l'application des art. 380, 381 et 382. Ils se trouvent ainsi avoir sur la personne de leur enfant des droits plus étendus que ceux qui appartiennent aux parents légitimes, bien qu'ils offrent moins de garanties. Cette solution est regrettable sans doute, mais elle est commandée par le texte formel de l'art. 383.

II. *Administration des biens de l'enfant.* Plusieurs tribunaux belges décident qu'il n'existe pas de motifs pour restreindre l'autorité des père et mère naturels, alors qu'il s'agit de l'administration des biens de l'enfant; cette administration qui est de droit naturel dérive nécessairement de la puissance paternelle. Trib. Bruxelles, 22 février 1910, B. J. 1910, col. 510; R. belge, 1909, p. 257. La jurisprudence française est fixée en sens contraire, avec raison. Il ne peut y avoir d'administration légale sans une loi qui l'établisse; ce ne sont pas les *intentions des rédacteurs du projet* de code civil qui ont constitué la loi, ce sont les textes votés par le Corps législatif. Or non seulement le seul texte, l'art. 389, qui établit l'administration légale ne dispose que pour les parents légitimes par les mots *durant le mariage*, mais encore il existe un texte, l'art. 383, qui refuse nettement aux père et mère naturels tout pouvoir sur les biens de leur enfant, en ne leur accordant d'autorité que sur sa personne; l'art. 383 fournit, nous semble-t-il, un argument *a contrario* décisif en faveur du système de la jurisprudence française et de la plupart des auteurs. Il n'y a que le régime de la tutelle qui puisse s'appliquer à la gestion des biens de l'enfant naturel (supra n° 706). Cass. fr., 16 novembre 1898, D. 1899, 1, 218; Nancy, 25 novembre 1905, D. 1906, 2, 260; J. L. 1896, p. 233.

III. *Jouissance légale.* Il est universellement admis que les père et mère naturels n'ont jamais le droit de jouissance légale sur les biens de leur enfant.

SECTION 2. — **Des enfants adultérins ou incestueux.**

742. **Difficulté.** Les père et mère adultérins ou incestueux, authentiquement connus comme tels, ont-ils la puissance paternelle sur la personne de leur enfant? La négative paraît bien résulter du silence de la loi; l'art. 383 ne concerne, en effet, que les père et mère des enfants naturels *légalement reconnus*, expression qui ne comprend ordinairement que les enfants naturels simples. Leur éducation, comme l'administration de leurs biens, doit donc être gouvernée par les règles de la tutelle. Liège, 23 janvier 1889, J. L. 1889, p. 140.

CHAPITRE III. — DE LA DÉCHÉANCE DE L'AUTORITÉ PATERNELLE ET DU CONTROLE DES TRIBUNAUX SUR L'EXERCICE DE CETTE AUTORITÉ.

SECTION 1. — **De la déchéance de l'autorité.**

743. **Lacune du code civil.** Ce code n'établit aucune cause de déchéance de la puissance paternelle. Il dispose autrement quant à la puissance tutélaire; il consacre deux textes, les art. 443 et 444, à déterminer les causes de déchéance de la tutelle. L'application analogique de ces dispositions est manifestement impossible; toute *déchéance* suppose un texte qui la prononce ou permette de la prononcer. Trib. Bruxelles, 2 novembre 1907, P. 1908, 3, 102.

744. **Causes de déchéance établies par les lois pénales.** Aux termes des art. 378, al. 2, et 382, al. 2, du code pénal, si l'attentat à la pudeur, le viol ou l'attentat aux mœurs a été commis par le père ou la mère, le coupable *sera* privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et sur les biens de l'enfant par le code civil, au titre de la puissance paternelle.

L'art. 4 de la loi du 28 mai 1888, sur la protection des enfants employés dans les professions dites ambulantes, dispose que les parents condamnés pour avoir fait exécuter par leur enfant des exercices dangereux ou inhumains, ou pour l'avoir livré ou aban-

donné à des acrobates, saltimbanques, charlatans, etc.; ou à des embaucheurs, *pourront* être privés des droits et avantages que leur accorde, sur la personne et sur les biens de l'enfant, le code civil, au titre de la puissance paternelle.

Ces dispositions sont très imparfaites. Outre qu'elles ne visent que quelques hypothèses, la déchéance n'est encourue qu'*à l'égard de l'enfant victime* du crime ou du délit; si le coupable a d'autres enfants, il conserve sur eux la plénitude de son autorité. D'autre part, même à l'égard de l'enfant qui a été sa victime, le père ou la mère n'est dépouillé que des droits et avantages à lui accordés par le *titre de la puissance paternelle*; il ne l'est pas des droits conférés par les *autres titres du premier livre* du code civil (supra n° 702).

Dans les cas de déchéance, il y a lieu à l'application des dispositions sur la *tutelle* tout comme si le père ou la mère coupable était décédé. Cela a été formellement reconnu par le ministre de la justice à la Chambre et par le rapporteur de la commission de la justice au Sénat, lors des discussions de la loi de 1888. Il ne peut donc plus être question du droit d'administration légale qui cesse toujours d'exister dès que la tutelle est ouverte ⁽¹⁾.

SECTION 2. — Du contrôle des tribunaux sur l'exercice de l'autorité.

745. **Principe et applications.** Si les tribunaux ne peuvent jamais étendre à la puissance paternelle les *causes de déchéance* établies par les art. 443 et 444, ils ont toujours le pouvoir d'intervenir *par des mesures provisoires* dans l'exercice de cette autorité, quand l'éducation physique ou morale de l'enfant ou ses intérêts pécuniaires se trouvent vraiment en péril.

Dans l'esprit du code civil, en effet, la puissance paternelle n'est plus qu'un *instrument de protection* de l'enfant; elle ne donne de droits que par corrélation aux devoirs qu'elle impose.

(1) Le contraire n'a été soutenu à la Chambre en 1888 que par un oubli évident des principes du droit civil.

et comme moyens d'en faciliter l'accomplissement. Etablie et organisée dans l'intérêt de l'enfant, elle ne peut se retourner contre lui et devenir un moyen de démoralisation ou de tyrannie.

Les art. 267, 302 et 303 ne sont que des *applications* au cas particulier du divorce, du système du code sur la nature et l'étendue de l'autorité paternelle. Ne serait-il pas étrange, en effet, que les tribunaux ne pourraient accorder de protection aux enfants qu'à la condition expresse que leurs parents soient divorcés? Gand, 30 décembre 1903, B. J. 1904, col. 102; Bruxelles, 22 décembre 1906, P. 1907, 2, 130; D. 1890, 2, 25, note; D. 1908, 2, 329, note; *R. crit.*, 1903, p. 206.

Cette interprétation est depuis longtemps admise en jurisprudence. Elle ne peut plus être mise en doute depuis la loi du 30 novembre 1896 (nouvel art. 767 du code) dont l'art. 1^{er}, II, § 9, 1^o; vise précisément la condamnation du chef d'*abus des droits attachés à la puissance paternelle* parmi les causes d'indignité qu'il établit.

C'est ainsi qu'il arrive que les tribunaux: 1^o confient l'enfant à la mère ou à une tierce personne, lorsque le père lui donne une éducation qui compromet sa santé ou sa moralité. Bruxelles, 27 juillet 1903, B. J. 1903, col. 1060; 2^o autorisent les grands-parents à voir l'enfant, quand le père leur interdit arbitrairement toute relation avec lui. Trib. Bruxelles, 26 décembre 1907, B. J. 1908, col. 61; 3^o prescrivent des mesures pour protéger les biens de l'enfant contre la mauvaise gestion du père ou pour contraindre celui-ci à remplir les charges de sa jouissance légale. Trib. Bruxelles, 2 novembre 1907, P. 1908, 3, 102.

746. A qui appartient l'action devant les tribunaux. La question de savoir qui a qualité pour agir ne présente aucune difficulté du moment qu'on ne voit dans les art. 267, 302 et 303 que des applications des principes du code sur le pouvoir d'intervention des tribunaux dans l'exercice de l'autorité paternelle; on doit reconnaître qualité à la *mère*, au *conseil de famille* et au *ministère public*. Ce dernier peut également fonder son action sur l'art. 46 de la loi d'organisation judiciaire du 20 avril 1810.

Gand, 30 décembre 1903, B. J. 1904, col. 102; Cass., 11 juin 1908, B. J. 1908, col. 859.

TITRE X.

De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

Première partie. — De la minorité et de la majorité.

Art. 388 et 488.

747. **Définitions.** Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de 21 ans accomplis. Art. 388. La loi présume qu'il n'a ni l'intelligence ni l'expérience nécessaires pour se conduire seul dans la vie. C'est pourquoi elle le frappe d'une *incapacité générale* en matière civile.

Il existe deux classes de mineurs : les *mineurs ordinaires* ou non émancipés, qui sont sous puissance paternelle ou en tutelle, et les *mineurs émancipés*, qui sont en curatelle. - x

La majorité commence quand la minorité finit. Art. 488. Le majeur est capable de tous les actes de la vie civile, dit cet article, *sauf la restriction portée au titre du mariage*. Cette finale n'a plus d'objet depuis la loi du 30 avril 1896 sur la majorité matrimoniale. D'autre part, l'art. 488 aurait dû mentionner la restriction faite par l'art. 346 au titre de l'adoption. - *plus après : en 22 mars 1896.*

On enseigne généralement que l'âge doit se calculer par heures à partir du moment de la naissance. C'est que l'art. 57 veut que l'acte de naissance constate l'heure de la naissance. Cette exigence ne se comprendrait pas si le moment de la naissance devait être négligé pour le calcul de l'âge. Nancy, 10 mars 1888, D. 1888, 2, 212.

748. **Restrictions à l'incapacité du mineur.** L'incapacité du mineur ordinaire ou émancipé est *générale*; elle s'étend, en principe, à tous les actes de la vie civile.

Par exception, elle cesse d'exister :

1^o Pour les *actes de pure administration*, lorsqu'il est émancipé. Art. 481.

2^o Pour le *testament*, lorsqu'il a 16 ans accomplis; il a alors une demi-capacité de tester. Art. 904.

3^o Pour les *engagements qui concernent sa profession*, lorsqu'il est artisan. Art. 1308.

4^o Pour l'*engagement dans une société mutualiste reconnue*, lorsqu'il est âgé de 18 ans ou émancipé. Art. 10 de la loi du 23 juin 1894 sur les sociétés mutualistes.

5^o Pour l'*engagement dans une union professionnelle*, lorsqu'il est parvenu à l'âge de 16 ans. Art. 3 de la loi du 31 mars 1898 sur les unions professionnelles.

6^o Pour ses *rapports avec la Caisse générale d'épargne et de retraite*, sous les conditions déterminées par l'art. 1^{er} de la loi du 10 février 1900 sur l'épargne de la femme mariée et du mineur.

7^o Pour *recevoir la rémunération de son travail*. Art. 35, 36 et 40 de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail. ✕

8^o Le mineur est valablement tenu de réparer le dommage causé par les *délits* ou *quasi-délits* qu'il a commis avec discernement. Art. 1310. Mais il y a quelque difficulté sur le point de savoir si son représentant légal ou son curateur doit être mis en cause avec lui lorsque la partie lésée intente l'action en dommages-intérêts devant un *tribunal de répression*. La négative se fonde sur les principes de la procédure pénale. Cass., 15 juillet 1907, P. 1907, 1, 337, ✕ Cass. fr., 22 février 1896, S. 1898, 1, 377. Comp. R. crit. 1898, p. 614.

749. **Forme de l'incapacité du mineur ordinaire.** En principe, l'incapacité du mineur ordinaire consiste en ce qu'il ne peut agir lui même; les actes juridiques qui le concernent doivent être accomplis en son nom par le *représentant* que la loi lui donne, son administrateur légal ou son tuteur selon qu'il est soumis exclusivement à la puissance paternelle ou qu'il est en tutelle. Art. 389 et 450.

Par exception, le mineur ordinaire figure lui-même dans quelques actes juridiques :

1^o Le *contrat de mariage*, les *donations par contrat de mariage* et le *mariage*. Art. 75, 1095 et 1398.

2^o L'*engagement de son travail*, Art. 34 de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail.

3^o L'*option de patrie* ou *déclaration de nationalité* dont il s'agit à l'art. 14 de la loi du 8 juin 1909 sur la nationalité. *

L'incapacité du mineur n'est pas supprimée quant à ces actes, elle est simplement transformée ; il y agit lui-même, mais il doit y être *assisté* ou *autorisé*, suivant les cas, par certaines personnes déterminées par la loi.

750. Forme de l'incapacité du mineur émancipé. Le mineur émancipé figure toujours personnellement dans tous les actes juridiques ; son incapacité, qui est d'ailleurs *générale* comme celle du mineur ordinaire, consiste uniquement en ce qu'il doit se faire habiliter conformément aux prescriptions de la loi.

751. Sanction de l'incapacité du mineur. L'acte accompli par un mineur en violation de la loi de son incapacité est *nul de nullité relative*. Tantôt cette nullité est *de droit*, tantôt elle suppose une *lésion* subie par le mineur. Elle est organisée par les art. 1304 à 1314. Quant à présent il suffit d'observer que les diverses règles de ces articles s'appliquent à *tous les mineurs sans distinction*, à ceux qui sont sous puissance paternelle seule comme aux autres. Trib. Liège, 3 juillet 1897, P. 1897, 3, 276.

Deuxième partie. — De la tutelle des mineurs.

752. Définition. La tutelle est la forme de la protection légale du mineur ordinaire lorsque la puissance paternelle fait défaut ou ne s'applique plus à l'administration de ses biens. Son rôle est essentiellement *supplétif*.

La tutelle de *l'enfant légitime* s'ouvre dès le décès ou la déchéance de l'un de ses parents. Art. 390. Elle ne peut s'ouvrir auparavant que si les père et mère sont *l'un et l'autre* incapables d'exercer leur autorité. | Contra : H. DePAGE, *Tr.*, 2^e éd. n° 43 et ss.

Le code n'a pas fixé l'ouverture de la tutelle de l'*enfant naturel*.
Il a laissé aux parents, aux autres intéressés, au juge de paix lui-même, le soin d'organiser cette tutelle quand l'intérêt de l'enfant ou celui des tiers l'exige. Cass. fr., 10 novembre 1896, D. 1899, 1, 209. ✓

753. **Matière d'ordre public.** La matière de la tutelle, comme celle de la puissance paternelle, est d'*ordre public*. Il suit de là que le tuteur ne saurait être valablement dispensé des diverses formalités que la loi lui impose. De même ne serait pas valable la clause testamentaire qui déléguerait à un tiers, autre que le tuteur, la garde d'un mineur orphelin. Bruxelles, 25 avril 1887, P. 1887, 2, 221.

Les diverses fonctions de la tutelle constituent des charges d'ordre public, mais non des *fonctions publiques*. Aussi est-il certain qu'un *étranger* peut en être investi. Bruxelles, 25 avril 1887, P. 1887, 2, 221; Alger, 29 octobre 1908, D. 1909, 5, 31.

754. **Personnel de la tutelle.** Il y a dans toute tutelle :

1^o Un *tuteur* qui *représente* le mineur dans tous les actes de la vie civile, et qui prend soin de sa personne quand la puissance paternelle fait défaut.

2^o Un *subrogé tuteur*, dont la principale mission est de *surveiller* la gestion du tuteur.

3^o Un *conseil de famille*, corps délibérant, appelé à habiliter le tuteur dans les affaires importantes de la tutelle.

Accessoirement à ce personnel ordinaire, il y a quelques agents supplémentaires établis en vue de certaines situations particulières : conseil à la mère survivante, cotuteur, tuteurs et subrogés tuteurs *ad hoc*, curateur au ventre, *protuteur*.

Le mot *tutelle* a deux sens : tantôt il désigne l'ensemble des institutions qui protègent le mineur orphelin et non émancipé ; tantôt il désigne la mission spéciale du tuteur.

755. **Division de la matière.** Le plan adopté par le code est trop compliqué et trop peu logique pour qu'il soit possible de le suivre. Nous divisons la matière en quatre chapitres : les deux premiers ont pour objet l'organisation de la tutelle (l'un,

des enfants légitimes, l'autre, des enfants illégitimes); le troisième, la gestion du tuteur; le quatrième, la cessation de la tutelle.

CHAPITRE I. — DE L'ORGANISATION DE LA TUTELLE DE L'ENFANT LÉGITIME.

SECTION I. — Du personnel de la tutelle.

756. **Admission des femmes.** La loi du 10 août 1909 a été une victoire du bon féminisme! Fondée sur le principe de l'égalité civile des deux sexes, elle a abrogé le troisième numéro de l'art 442 et supprimé ou modifié en conséquence plusieurs articles de notre matière. Il en résulte qu'aujourd'hui les termes *parents, allié, ami, individu*, qui se rencontrent dans les divers articles du titre de la tutelle, peuvent et doivent s'appliquer aux femmes aussi bien qu'aux hommes.

La loi nouvelle a fait deux restrictions à son système, par un nouvel alinéa apporté à l'art. 432 et par un nouvel art. 442 *bis* :

Art. 432, al. 1. Nulle femme ne peut être forcée d'accepter la tutelle.

Art. 442 *bis*. La femme mariée ne peut accepter la tutelle qu'avec l'autorisation de son mari, qui devient cotuteur.

Le consentement du mari ne peut être suppléé par l'autorisation de justice.

Si la femme tutrice veut se marier, il sera procédé conformément aux articles 395 et 396.

§ 1. — DE LA DÉSIGNATION DU TUTEUR.

757. **Unité de la tutelle.** En principe, il n'y a qu'un seul tuteur qui réunit en sa personne tous les pouvoirs que confère ce titre. Sauf dans les art. 396 et 417, la loi parle toujours d'un seul tuteur et n'autorise jamais la division de ses attributions. Gand, 24 janvier 1878; P. 1878, 2, 197. Comp. D. 1906, 2, 323, note 4; R. *trim.*, 1910, p. 607.

758. **Quatre espèces de tuteurs.** Le tuteur est désigné soit

directement par la loi elle-même, soit par certaines personnes auxquelles la loi confère le pouvoir de le nommer. Dans le premier cas, la tutelle est dite *légale* ou *légitime*; dans le second, on la nomme tutelle *dative*.

Il y a deux tutelles légales: la tutelle légale du survivant des père et mère et la tutelle légale des ascendants ou ascendantes.

Il y a également deux tutelles datives: la tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère, appelée habituellement tutelle *testamentaire*, et la tutelle déférée par le conseil de famille, à laquelle on applique plus spécialement la qualification de tutelle *dative*.

Le code traite des différentes espèces de tutelle en suivant l'ordre graduel et hiérarchique dans lequel elles peuvent se présenter: 1^o la tutelle du survivant des père et mère; 2^o la tutelle déférée par ce survivant; 3^o la tutelle des ascendants ou ascendantes; 4^o la tutelle déférée par le conseil de famille.

Un mineur ne peut jamais passer que par *trois tutelles au maximum*. C'est que la désignation d'un tuteur testamentaire par le dernier mourant des père et mère fait toujours obstacle à l'ouverture de la tutelle légale des ascendants ou ascendantes. Art. 402.

I. — Tutelle du survivant des père et mère.

Art. 390.

759. **Caractère absolu de l'art. 390.** Le survivant des père et mère est toujours investi de plein droit de la tutelle des enfants issus du mariage.

Cette attribution a lieu alors même que le survivant est *divorcé*, que le divorce a été prononcé contre lui et que la garde des enfants ne lui a pas été confiée. C'est là une lacune dans la loi, mais il est facile d'y remédier par la mise en œuvre de l'art. 444.

Cette attribution a lieu alors même que le survivant est *mineur*. Mais il y a des actes, par exemple la réception des capitaux, qui rentrent dans les *pouvoirs* du tuteur et qui dépassent la *capacité* restreinte du mineur émancipé; comment ce tuteur,

mineur émancipé, fera-t-il pour son enfant un acte qu'il ne pourrait faire seul pour son compte personnel? L'opinion générale est qu'il devra se faire assister de son propre curateur. Seine, 27 février 1897, D. 1897, 2, 303.

760. Particularités de la tutelle de la mère. En principe, la tutelle de la mère ne se distingue pas de la tutelle du père; elles sont soumises aux mêmes règles.

Toutefois il existe certaines dispositions spéciales à la tutelle de la mère: 1^o les art. 391 et 392 qui permettent au père pré-mourant de donner un conseil de tutelle à la mère; 2^o les art. 395 et 396 qui établissent diverses mesures pour le cas de remariage de la mère.

Ces art. 395 et 396 ont été étendus par la nouvelle loi de 1909 à toute tutrice légale ou dative qui veut contracter mariage. Art. 442 *bis*, al. 3.

L'art. 394 du code est devenu à peu près inutile par la disposition initiale du nouvel art. 432 d'après laquelle *nulle femme ne peut être forcée d'accepter la tutelle* (1).

Il faut observer que la renonciation de la mère à la *tutelle*, en vertu de l'art. 394, n'est d'aucune influence sur l'*autorité paternelle* qu'elle conserve dans les limites légales.

A. — Du conseil de tutelle.

Art. 391 et 392.

761. Faculté accordée au père. La mère ne peut jamais, en prévision de son prédécès, restreindre les pouvoirs qui appartiendront au père en qualité de tuteur légal. L'art. 391, au contraire, autorise le père à désigner à sa femme, pour le cas où elle lui survivrait, un *conseil* dont l'assistance lui sera nécessaire pour accomplir soit tous les actes de la tutelle indistinctement, soit certains actes seulement. Dans cet article, comme dans les art. 499 et 513, le mot *conseil* est synonyme de *conseiller*.

Ce n'est que pour les *actes relatifs à la tutelle* que le père

(1) La finale de l'art. 394 présente encore de l'intérêt.

prémourant peut nommer un conseil à la mère survivante; il ne peut gêner en quoi que ce soit l'*exercice de la puissance paternelle* qui doit revenir à la mère quand il ne sera plus. Il est clair également qu'il n'a pas le pouvoir d'enlever la tutelle à la mère, mais seulement de lui imposer un conseil de tutelle.

762. Nomination du conseil. L'art. 392 règle les formes dans lesquelles cette nomination peut être faite; il donne au père le choix entre: 1^o un acte notarié; 2^o un acte en justice de paix ⁽¹⁾; 3^o un écrit dressé dans la forme testamentaire.

Aucun texte n'impose à la personne désignée par le père l'obligation d'accepter la charge de conseil. Lorsqu'elle la refuse ou se trouve dans l'impossibilité de la remplir, ni le conseil de famille ni le tribunal ne sont autorisés à lui donner un remplaçant. La mère tutrice se trouve alors dans la même situation que s'il ne lui avait pas été nommé de conseil.

763. Rôle du conseil. Le conseil de tutelle a pour mission d'*assister* la mère soit dans tous les actes de la tutelle, soit dans certains actes seulement, suivant la distinction établie en l'art. 391. Il résulte, en effet, du rapprochement des deux alinéas de ce texte que l'avis dont il s'agit dans le premier doit être un *avis conforme*, c'est-à-dire un assentiment. Il ne suffit donc pas à la mère de consulter le conseil de tutelle, sauf à ne pas suivre son avis; elle est liée par cet avis en ce sens qu'elle ne peut pas accomplir valablement les actes auxquels le conseil refuse de donner son approbation. Pau, 28 mars 1887, D. 1887, 2, 166.

La mère à laquelle le conseil de tutelle refuse l'assistance qui lui est nécessaire n'a aucune voie de recours contre ce refus ni devant le conseil de famille, ni devant le tribunal. La loi, en effet, ne lui en ouvre aucune.

764. Nullité des actes non approuvés par le conseil. La conséquence du défaut d'assentiment du conseil de tutelle dans le cas où cet assentiment était nécessaire, est la nullité. Cette nullité

(1) Malgré l'article défini employé par notre texte, on s'accorde à reconnaître que tout juge de paix est compétent pour recevoir l'acte en question (comp. supra n^o 478).

résulte des expressions dont la loi s'est servie dans les deux alinéas de l'art. 391.

B. — Du convol en secondes noces.

Art. 395 et nouveaux art. 396 et 442 *bis*, al. 3.

765. Obligation imposée à la mère. Le remariage du père n'exerce aucune influence sur la tutelle dont il est investi. Au contraire, le remariage de la mère a pour conséquence de lui faire perdre la tutelle ou de ne la lui laisser qu'avec un nouveau caractère. C'est que la mère remariée passe sous l'autorité d'un étranger; *en fait*, ce sera lui qui gérera la tutelle; il ne faut pas qu'il le fasse sans présenter des garanties. La loi veut donc qu'il soit cotuteur en titre ou que la mère ne soit plus tutrice du tout. De là l'obligation que l'art. 395 impose à la mère qui veut se remarier de *requérir la convocation du conseil de famille* pour se soumettre en quelque sorte à réélection.

Deux hypothèses peuvent se présenter: ou bien la mère satisfait à l'obligation qui lui est imposée, ou bien elle se remarie sans avoir satisfait à cette obligation.

766. Première hypothèse. Choix à faire par le conseil de famille. Le conseil de famille a le choix entre deux partis: retirer la tutelle à la mère ou la lui conserver. Il ne peut prendre aucun moyen terme. Trib. Bruxelles, 19 octobre 1887, P. 1888, 3, 97.

S'il la lui retire, il désigne immédiatement pour la remplacer un nouveau tuteur qui entrera en fonctions aussitôt après le mariage. Art. 395, al. 1. Le conseil n'a pas à motiver sa décision.

S'il conserve la tutelle à la mère, le nouveau mari devient *de droit* cotuteur. Nouvel art. 396. Aussi le conseil ne saurait-il maintenir la tutelle de la mère si le nouveau mari était incapable d'être tuteur.

767. Cotutelle de droit de la mère et du mari. Le principe de l'unité de la tutelle reste partiellement debout; s'il y a deux tuteurs, il n'y a qu'une tutelle qui appartient d'une manière conjointe et *indivisible aux deux époux*. Conséquemment:

1^o Le concours de la mère et de son nouveau mari est indispensable pour tous les actes de la gestion tutélaire sans exception. Trib. Bruxelles, 10 novembre 1886, P. 1888, 3, 194; Nîmes, 24 avril 1900, D. 1901, 2, 4.

2^o La mère tutrice est soumise aux mêmes obligations (art. 454 à 456) qui sont imposées à son mari cotuteur. Cass. fr., 15 novembre 1898, D. 1904, 1, 465.

3^o Toute cause qui met fin aux pouvoirs de l'un des tuteurs fait cesser également les pouvoirs de l'autre. Trib. Bruxelles, 24 février 1875, P. 1875, 3, 75. Il faut excepter toutefois le cas du divorce et ceux du décès ou de l'interdiction du mari, car alors le motif sur lequel l'art. 396 est fondé n'existe plus; le divorce entre les époux, le décès ou l'interdiction du mari, loin de produire l'extinction de la tutelle de la mère, lui rendent au contraire son *indépendance* primitive.

Le titre de cotuteur entraîne pour le mari, *en ce qui concerne la gestion postérieure au mariage*, les mêmes conséquences légales que le titre de tuteur: obligation de rendre compte et affectation de ses biens à l'hypothèque légale du pupille. L'art. 396 dispose en outre que sa responsabilité est *solidaire*.

768. Deuxième hypothèse. Déchéance de la tutrice légale. La mère, qui n'a pas requis la convocation du conseil de famille avant de se remarier perd la tutelle *de plein droit*, dès la célébration du nouveau mariage. Art. 395, al. 2.

Le mineur se trouvant ainsi sans représentant légal, il y a lieu à la nomination d'un nouveau tuteur par le conseil de famille, art. 405, qui doit être convoqué au plus tôt à cet effet. Rien ne s'oppose du reste à ce que le conseil choisisse comme tutrice la mère elle-même, en lui donnant son nouveau mari comme cotuteur. Paris, 19 novembre 1887, D. 1888, 2, 176.

Tant que le conseil de famille n'a pas procédé à la nomination d'un nouveau tuteur, les intérêts du mineur se trouvent de fait entre les mains de sa mère déchue. Aussi cette dernière est-elle responsable de toutes les conséquences préjudiciables qui

peuvent résulter de cette tutelle de fait; elle répond de ses *omissions* comme de ses *actes*. Il va de soi d'un autre côté qu'elle n'a plus qualité pour représenter le mineur vis-à-vis des tiers; ceux-ci peuvent toujours lui opposer la déchéance qu'elle a encourue.

769. **Cotutelle de fait de la mère et du mari.** L'art. 395, in fine, déclare le nouveau mari *responsable solidairement* avec la mère de toutes les suites de la tutelle indûment conservée. On peut donc dire que, malgré la déchéance prononcée par la loi, la mère et son nouveau mari sont alors *cotuteurs de fait* ⁽¹⁾.

Le nouveau mari répond de *toutes* les suites de la tutelle de fait, c'est-à-dire du défaut de gestion aussi bien que de la mauvaise gestion des intérêts pupillaires. Mais il n'est pas également responsable des suites de la tutelle légale antérieure au remariage. L'art. 395, en effet, ne parle que des suites de la tutelle *indûment conservée*, c'est-à-dire de la *tutelle de fait*. Trib. Gand, 23 mai 1901, *R. notariat belge*, 1902, p. 124. *Contra*: Paris, 14 mars 1905, D. 1907, 2, 23.

II. — Tutelle testamentaire.

Art. 397 à 401.

770. **Conditions requises.** La loi donne au survivant des père et mère la faculté de désigner un tuteur pour le remplacer après son décès.

Le survivant ne peut choisir un tuteur que pour *après son décès*; il ne peut se faire remplacer de son vivant. C'est ce que l'art. 397 veut dire par l'expression *dernier mourant*.

Le survivant ne peut choisir un tuteur que pour lui *succéder dans la tutelle*; son choix n'est valable que sous la condition qu'il ait lui-même conservé la tutelle jusqu'au jour de son décès. L'art. 397 se borne, en effet, à accorder au dernier mourant des père et mère le droit de choisir un tuteur; il ne lui permet pas de

(1) Sur les tutelles *de fait*, voir *R. trim.*, 1903, p. 781.

destituer de son autorité privée un tuteur en exercice. L'art. 399 n'est qu'une application particulière de ce principe.

771. Formes prescrites. La nomination d'un tuteur testamentaire ne peut être faite que dans l'une des formes prescrites par l'art. 392 pour la nomination d'un conseil de tutelle. Art. 398.

772. Cas où la nomination doit être confirmée. Le père remarié conserve intact le droit de choisir un tuteur aux enfants de son premier lit. Il n'en est pas de même de la mère remariée et maintenue dans la tutelle: son choix doit recevoir l'investiture du conseil de famille. Art. 400.

La désignation faite par la mère, alors qu'elle n'est pas confirmée par le conseil de famille, n'est pas cependant dépourvue de tout effet: elle exclut la tutelle légale des ascendants et donne lieu à la nomination d'un tuteur par le conseil de famille. Art. 402.

III. — *Tutelle des ascendants ou ascendantes.*

Nouvel art. 402 (1).

773. Conditions requises. Cette tutelle légale n'est admise que pour *faire suite à la tutelle légale du survivant des père et mère*. Art. 402. Deux conditions sont donc requises pour que la tutelle légale des ascendants vienne à s'ouvrir:

1° Que le survivant des père et mère ait conservé la tutelle légale *jusqu'à son décès*; en d'autres termes, que la tutelle devienne vacante par le décès du survivant des père et mère. Ainsi il y a lieu, non à la tutelle légale des ascendants, mais à la tutelle dative, lorsque la gestion tutélaire du survivant des époux a cessé par toute autre cause que son décès. Cass., 9 décembre 1852, P. 1853, 1, 86; Rennes, 21 juillet 1890, D. 1891, 2, 162.

2° Que le survivant des père et mère soit décédé *sans avoir usé de la faculté de désigner un tuteur testamentaire*. Ainsi il y a lieu, non à la tutelle légale, mais à la tutelle dative, lorsque le tuteur testamentaire se trouve incapable, exclu, excusé, ou vient à perdre la tutelle par une cause quelconque.

(1) Les articles 403 et 404 ont été abrogés par la loi du 10 août 1909.

774. **Délation de la tutelle.** Le nouvel art. 402 distingue deux hypothèses :

1^o Il n'existe qu'un ascendant ou ascendante. La tutelle lui est déférée de plein droit.

2^o Il existe plusieurs ascendants ou ascendantes. Il faut sous distinguer : *a.* sont-ils de degrés différents, c'est l'ascendant ou l'ascendante du *degré* le plus proche, sans considération de *ligne*, qui devient tuteur de plein droit ; *b.* sont-ils au même degré, c'est au conseil de famille à choisir entre eux.

IV. — *Tutelle déférée par le conseil de famille.*

Nouvel art. 405.

775. **Principe.** Cette tutelle est de *règle* en ce sens qu'elle s'ouvre non seulement lorsque le survivant des père et mère est décédé sans avoir élu un tuteur et qu'il n'existe ni ascendant ni ascendante, mais encore :

1^o Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire, ou l'ascendant ou ascendante appelé en première ligne à la tutelle légale, ne veut ou ne peut, pour une cause quelconque ⁽¹⁾, gérer la tutelle qui lui est déférée.

2^o Lorsque le tuteur en fonctions vient à perdre la tutelle pour une cause quelconque ⁽²⁾. Il faut cependant excepter le cas où le survivant des père et mère vient à mourir ; il y a lieu alors à la tutelle testamentaire ou à la tutelle légale, selon les dispositions des art. 397 et 402.

776. **Liberté du choix.** Le conseil de famille choisit le tuteur avec une entière liberté. Il n'est limité que par les art. 432 à 436 qui permettent au tuteur d'invoquer certaines causes d'excuse et

(1) Il faut mettre l'*incapacité* sur la même ligne que l'*excuse* ou l'*exclusion*.

(2) A notre avis, il n'y a jamais lieu à *dévolution* de la tutelle d'un ascendant ou ascendante à un autre. On ne peut admettre que le législateur ait voulu établir une différence entre le cas où l'ascendant ou ascendante appelé en première ligne ne veut ou ne peut être chargé de la tutelle à laquelle il est appelé et celui où il cesse de remplir les fonctions de tuteur, après avoir commencé à gérer.

par les art. 442 à 444 qui établissent les causes d'incapacité ou d'exclusion.

§ 2. — DU CURATEUR AU VENTRE.

Art. 393.

777. **Sa mission.** Lorsque la femme est ou se déclare enceinte lors de la mort de son mari, il y a lieu, d'après l'art. 393, à la nomination d'un *curateur au ventre* par le conseil de famille. Sa mission est double: 1^o surveiller la veuve pour empêcher une suppression, substitution ou supposition de *part*, c'est-à-dire d'enfant; 2^o administrer provisoirement la succession du mari jusqu'à ce que la grossesse se termine, et remplir ainsi le rôle d'un curateur à succession vacante.

778. **Sa transformation en subrogé tuteur.** Si l'enfant naît vivant et viable, la mère devient sa tutrice légale et le curateur au ventre se transforme de plein droit en *subrogé tuteur*. Art. 393, al. 2.

Il résulte de la combinaison de cette disposition avec l'art. 423: 1^o que la mère ne peut pas, comme membre du conseil de famille, concourir à la nomination du curateur au ventre; 2^o que le curateur ne peut être choisi parmi les parents de la ligne maternelle.

§ 3. — DU SUBROGÉ TUTEUR.

Art. 420 à 425.

779. **Sa mission principale.** Dans toute tutelle, il y a un subrogé tuteur. Sa mission principale et permanente est de *surveiller* le tuteur, de *poursuivre sa destitution* lorsque les circonstances l'exigent, et de *provoquer son remplacement* dès que la tutelle devient vacante ou est abandonnée. Art. 424 et 446. Gand, 13 février 1897. P. 1897, 2, 238. Cette mission de surveillance, le conseil de famille peut la lui faciliter en astreignant le tuteur à lui remettre des états annuels de situation de sa gestion. Art. 470.

Le mot *subrogé*, dans la langue du droit, fait allusion au fait de prendre la place de quelqu'un ou de quelque chose. Mais il ne faut pas croire que le subrogé tuteur soit *d'une manière générale* un tuteur *suppléant* ou *vice-tuteur*. Art. 424. Aucune disposition légale ne lui donne un *pouvoir général d'agir*; il n'a qualité pour excercer les fonctions du tuteur que dans les cas spécifiés par la loi. En dehors de ces cas, l'urgence même la plus extrême ne saurait l'autoriser à s'immiscer dans les affaires de la tutelle. Trib. Gand, 20 juillet 1898, P. 1899, 3, 133; Cass. fr., 28 novembre 1887, D. 1888, 1, 226.

780. Ses attributions accessoires. Ses attributions accessoires et accidentelles sont les suivantes:

1^o Requérir certaines mesures prescrites ou autorisées par la loi. Art. 1442 c. c., 52, 55 et 61, al. 2, de la loi hypothécaire.

2^o Intervenir avec le tuteur dans certains actes de la tutelle. Art. 451 et 452 c. c., 2, § 4, et 9 de la loi du 12 juin 1816, 61, al. 1, de la loi hypothécaire.

3^o Remplacer le tuteur, mais seulement quand les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur ⁽¹⁾. Art. 420, al. 2. Lorsque, à raison de l'opposition d'intérêts entre le tuteur et le pupille, le subrogé tuteur est appelé à remplacer le tuteur dans un acte où l'intervention du subrogé tuteur, comme tel, est elle-même nécessaire, il y a lieu à la nomination d'un subrogé tuteur *ad hoc*. Anvers, 19 juin 1902, *M. notar.*, 1903, p. 68; Grenoble, 6 novembre 1894, D. 1895, 2, 347.

Quand le subrogé tuteur est chargé par la loi d'agir au nom du mineur, il cesse d'être subrogé tuteur pour prendre provisoirement la qualité de tuteur; la disposition de l'art. 475 lui devient dès lors applicable. Cass., 2 juillet 1885, P. 1885, 1, 199.

781. Mode et époque de sa nomination. A la différence du tuteur, le subrogé tuteur n'est désigné par la loi que dans un seul cas (art. 393, al. 2), et il ne peut être nommé par le dernier mou-

(1) Le seul fait de l'indivision entre le tuteur et le mineur ne constitue pas l'opposition d'intérêts. Liège, 4 avril 1903, P. 1904, 2, 46. Comp. Cass. fr., 28 juin 1896, D. 1896, 1, 543.

rant des père et mère; il est toujours nommé par le *conseil de famille*. Art. 420.

Lorsque la tutelle est légale ou testamentaire, le tuteur doit faire convoquer le conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur, avant d'entrer lui-même en fonctions; s'il s'immisce dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille peut lui retirer la tutelle. Art. 421. Lorsque la tutelle est déférée par le conseil de famille, ce conseil doit procéder à la nomination du subrogé tuteur aussitôt après avoir désigné le tuteur. Art. 422. Quand le tuteur est membre du conseil, il ne peut voter pour le subrogé tuteur; son vote pourrait n'être pas impartial. Art. 423.

782. **Qui peut être nommé subrogé tuteur.** Le conseil de famille peut choisir comme subrogé tuteur soit un parent ou un allié du mineur, soit un individu étranger à la famille. Mais lorsqu'il veut choisir un parent ou un allié, et que le tuteur lui-même appartient à la famille, il ne peut le choisir dans la ligne à laquelle le tuteur appartient. Il ne faut pas que le surveillant ait les mêmes tendances et les mêmes intérêts que le surveillé. Nouvel art. 423.

Cette règle que le subrogé tuteur ne peut pas être pris dans celle des deux lignes à laquelle appartient le tuteur, souffre exception *dans le cas de frères germains ou de sœurs germaines*, c'est-à-dire, suivant l'opinion générale, dans le cas où *le mineur et son tuteur* sont frères ou sœurs germains. Si donc le tuteur est un frère germain du mineur, le conseil de famille n'est pas obligé de choisir pour subrogé tuteur un étranger; il peut choisir un parent ou un allié de l'une ou l'autre ligne indifféremment.

783. **Responsabilité du subrogé tuteur.** Conformément au droit commun, le subrogé tuteur est passible de dommages-intérêts envers le mineur à raison du préjudice qu'il lui cause en ne remplissant pas ou en remplissant mal ses fonctions. Les art. 424, 1442 c. c. et 52 de la loi hypothécaire expriment des applications de cette règle.

Les biens du subrogé tuteur ne sont pas frappés d'hypothèque légale au profit du mineur.

784. Cessation de la subrogée tutelle. La subrogée tutelle disparaît nécessairement avec la tutelle, puisqu'elle n'est qu'un des rouages de ce mécanisme. Voilà tout ce que signifie l'art. 425. Les fonctions du subrogé tuteur ne cessent pas lorsque la tutelle devient vacante; au contraire, c'est au subrogé tuteur à provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. Mais le subrogé tuteur devra lui-même être remplacé si le tuteur est choisi dans la même ligne de parenté que lui. Art. 423. Cass. fr., 12 décembre 1898, D. 1899, 1, 305.

§ 4. — DU CONSEIL DE FAMILLE.

785. Définition. Le conseil de famille est une assemblée composée de parents, d'alliés ou d'amis du mineur, et présidée par le juge de paix.

Le conseil de famille a trois groupes d'attributions:

1^o Il a la haute main sur le personnel de la tutelle. Art. 393, 395, 396, 400, 402, 405, 420, 438 et 446.

2^o Il a la direction de l'éducation de l'enfant quand celui-ci n'est plus sous puissance paternelle. Art. 454 et 468.

3^o Il délibère sur les affaires les plus importantes de la gestion du tuteur. Art. 457 et suiv.

En dehors des attributions qui lui sont dévolues par la loi, le conseil de famille n'a qu'un pouvoir de contrôle, et nullement d'initiative sur la gestion du tuteur. L'exercice de ce pouvoir de contrôle est lui-même circonscrit dans des limites nettement définies et qu'il ne lui est pas permis de dépasser. Gand, 11 juillet 1885, P. 1886, 2, 50.

En principe, toute délibération du conseil de famille, quel qu'en soit l'objet, peut être déférée à la justice (infra n^o 801).

786. Généralité des règles des art. 406 à 416. Le code s'est occupé de l'organisation du conseil de famille à l'occasion de la nomination du tuteur datif. Mais on s'accorde à reconnaître

que les règles qu'il a tracées en vue de ce cas sont, pour la plupart, des dispositions générales, applicables dans tous les cas où il y a lieu de réunir ce conseil.

787. Permanence du conseil et variabilité de sa composition. Il n'y a point de tutelle sans conseil de famille. Mais ce conseil ne siège pas d'une *façon régulière*. De plus et surtout il n'est pas un corps *immuable*, composé une fois pour toutes lors de l'ouverture de la tutelle et pour toute sa durée. *Son seul élément permanent est le juge de paix*. Ce magistrat doit le composer à nouveau, conformément aux règles des art. 406 et suiv., chaque fois qu'il est nécessaire de le réunir. Les membres peuvent donc changer d'une séance à l'autre, soit par l'effet des *déplacements de domicile* de certains d'entre eux, soit par la variété des *choix opérés par le juge de paix* parmi les personnes qui réunissent les conditions voulues pour en faire partie. Dijon, 14 janvier 1891, D. 1891, 2, 223.

I. — *Du siège du conseil de famille.*

Art. 406 et 407.

788. Lieu de l'ouverture de la tutelle. Le juge de paix compétent pour la formation et la présidence du conseil de famille est celui du lieu de l'ouverture de la tutelle. La tutelle s'ouvre au domicile du mineur, c'est-à-dire au lieu où se trouve son domicile légal au jour où le décès de l'un de ses parents le fait tomber en tutelle. Art. 406 et 407. On sait par l'art. 108 que du vivant de ses père et mère le mineur non émancipé a pour domicile de droit le domicile de son père. Le *siège* ou *domicile* originaire de la tutelle se trouve donc dans la commune où le père du mineur était domicilié. Cela se justifie très bien : c'est le juge de paix de ce domicile qui est le mieux à même de connaître la situation du mineur et de diriger les délibérations du conseil de famille ; c'est aussi aux alentours de ce domicile que se trouvent d'ordinaire les parents et les alliés les plus proches du mineur.

789. Immutabilité du domicile de la tutelle. Le domicile de la tutelle est *immuable*. Le domicile du mineur pourra bien changer, car il est lié désormais à celui de son tuteur, dont il suit les vicissitudes; mais le domicile de la tutelle ne changera pas pour cela: il demeurera invariablement fixé au lieu où la tutelle s'est ouverte, et c'est là qu'il faudra former le conseil de famille toutes les fois qu'il sera nécessaire de le réunir pendant le cours de la tutelle.

Aucun texte, il est vrai, ne proclame expressément le principe de l'immutabilité du domicile de la tutelle. « Mais dès lors qu'on reconnaît que les dispositions de l'art. 407 sur la *composition du conseil de famille*, bien qu'elles n'aient été édictées qu'en vue du cas où il s'agit de nommer le tuteur, doivent être appliquées dans tous les cas, la logique veut qu'on applique aussi dans tous les cas la règle qu'il trace sur le *lieu de formation et la réunion du conseil*. Ainsi l'exige du reste le plus souvent l'intérêt du mineur; autrement, en effet, il serait facile au tuteur, en déplaçant son domicile, de faire varier à son gré la composition du conseil de famille et de soustraire ainsi sa propre gestion à tout contrôle efficace. » Bruxelles, 16 juillet 1890, P. 1891, 2, 17; Cass. fr., 2 mars 1869, D. 1869, 1, 199.

II. — De la composition du conseil de famille.

Art. 407 à 410.

790. Qui forme le conseil. C'est le juge de paix qui *compose* le conseil de famille, c'est-à-dire qui désigne les personnes appelées à y siéger. Les art. 407 à 410 tracent les règles qu'il doit suivre dans cette désignation.

791. Principes de l'art. 407. 1^o *Nombre des membres.* Le juge doit désigner un nombre fixe de six membres. Il n'en faut pas plus de six; les responsabilités morales s'évanouissent lorsqu'elles se divisent beaucoup. Il en faut six; on a ainsi avec le président un nombre impair, ce qui évite souvent le partage d'opinions.

2^o *Egalité entre les deux lignes.* Le juge doit désigner six parents ou alliés du mineur, pris moitié dans la ligne paternelle

et moitié dans la ligne maternelle. Il ne faut point de prépondérance d'une ligne sur l'autre. Dans chaque ligne, le parent ou l'allié le plus proche doit être préféré au plus éloigné; à égalité de degré, le parent doit l'emporter sur l'allié; entre deux parents ou alliés du même degré, la préférence est due au plus âgé.

3^o *Rayon dans lequel les membres doivent être pris.* Le juge ne doit désigner que des parents ou alliés demeurant dans la commune où la tutelle s'est ouverte ou dans un rayon de deux myriamètres autour de cette commune. Il faut éviter des lenteurs préjudiciables aux intérêts du mineur et des déplacements onéreux pour les membres du conseil.

792. **Exceptions des art. 408 à 410.** 1^o *A la règle relative au nombre des membres de chaque ligne.* Les frères et sœurs germains du mineur, ses ascendants et ses ascendantes lorsqu'ils demeurent dans le rayon légal (Rennes, 21 juillet 1890, D. 1891, 2, 162), sont tous appelés *de droit* à faire partie du conseil de famille, *alors même qu'ils dépassent le nombre de six.* En quel que nombre qu'ils soient, ils feront partie du conseil de famille, et ils le composeront seuls s'ils sont plus de six. Nouvel art. 408.

2^o *A la règle relative au rayon dans lequel les membres doivent être pris.*

a. Lorsqu'il n'y a pas dans le rayon légal des parents ou des alliés en nombre suffisant pour former le conseil de famille, le juge peut, *à son choix*, et suivant ce qu'il croit le plus utile aux intérêts du mineur, appeler soit des *parents ou des alliés demeurant à une plus grande distance*, soit des *amis de la famille* demeurant dans la commune même. Art. 409. Cette disposition doit être appliquée séparément et distributivement à chacune des lignes; l'une des deux lignes ne peut jamais suppléer l'autre.

b. Lors même qu'il y a dans le rayon légal un nombre suffisant de parents ou d'alliés, le juge peut, s'il le croit utile aux intérêts du mineur, appeler d'autres parents ou alliés demeurant au dehors, pourvu qu'ils soient *plus proches en degré* ou tout au moins de *degré égal*. Art. 410.

III. — *De la convocation et de la réunion du conseil de famille.*

Art. 406 et 411 à 416.

793. **Convocation d'office ou sur réquisition.** Le conseil de famille est convoqué sur l'ordonnance de son président, le juge de paix. L'ordonnance contient la liste des personnes appelées à faire partie du conseil; elle fixe le jour et le lieu de la réunion.

L'ordonnance est rendue soit d'office, soit sur réquisition.

Le juge réunit *d'office* le conseil de famille toutes les fois qu'il le croit utile; ce pouvoir découle de sa qualité même de président. Il est des cas où la loi lui ordonne d'agir. Art. 406, 421 et 446.

Il est *tenu d'ordonner* la convocation du conseil toutes les fois qu'il en est requis par une personne à ce qualifiée par la loi. En général, tout parent ou allié du mineur, sans limitation de degré, et tout tiers intéressé ont le droit de réquisition. Cette règle résulte de l'art. 406. La loi plaçant, en matière de tutelle, les alliés sur la même ligne que les parents, il est raisonnable d'entendre le mot *parent* de l'art. 406 dans le sens vulgaire. Aux parents, alliés et tiers intéressés, il faut ajouter le tuteur et le subrogé tuteur; si l'art. 406 ne les nomme pas, c'est que ses dispositions ne sont écrites qu'en vue d'un cas particulier, la nomination du tuteur datif.

Dans quelques cas spéciaux, la loi restreint le droit de réquisition au profit de certains parents. Art. 446 et 479.

Il résulte de la jurisprudence qui s'est formée en Belgique sur les attributions dévolues au ministère public, en matière civile, par l'art. 46 de la loi d'organisation judiciaire du 20 avril 1810, que le ministère public a le droit de requérir d'office la convocation du conseil de famille. Gand, 11 juillet 1885, P. 1886, 2, 50.

794. **Mode de convocation.** Le mode *officiel* de convocation est une citation donnée par huissier à chacun des membres du conseil. L'art. 411 détermine le délai qui doit être observé entre la citation notifiée et le jour fixé pour la réunion. Toute

personne régulièrement convoquée est tenue de comparaître sous peine d'amende. Art. 413.

La loi ne fait nullement obstacle à ce qu'à défaut d'ordonnance et de convocation officielle, *toutes* les personnes appelées par la loi à faire partie du conseil de famille comparaissent *volontairement* devant le juge de paix. Mais la validité de la délibération suppose alors que le juge, en prenant la présidence de l'assemblée, vérifie la qualité de chacune des personnes présentes, et procède ainsi, séance tenante, à la composition officielle du conseil de famille. Cass. 21 juin 1894, P. 1894, 1, 249. La pratique est depuis longtemps établie en ce sens, afin d'éviter des frais qui sont, en définitive, à la charge du mineur; on ne présente pas de réquisition écrite au juge de paix, celui-ci ne rend point d'ordonnance, et la convocation se fait *officieusement* par simples lettres du juge ou de son greffier.

795. **Mode de comparution.** La loi n'impose pas aux membres du conseil l'obligation d'assister en personne à la réunion; elle leur permet de se faire représenter par un mandataire. Art. 412.

Il n'est pas nécessaire que la procuration donnée au mandataire soit authentique, mais il faut qu'elle soit *spéciale*, c'est-à-dire qu'elle détermine l'objet spécial du pouvoir. Le mandat ne peut être *impératif*, c'est-à-dire que le fondé de pouvoir doit être laissé libre de se prononcer en connaissance de cause; c'est la délibération qui doit déterminer son vote. Angers, 23 mars 1896, D. 1896, 2, 477.

Le fondé de pouvoir ne peut représenter qu'un seul membre; la loi veut conserver ainsi au conseil sa physionomie d'assemblée délibérante. Par le même motif, un membre présent ne peut être le mandataire d'un membre absent.

796. **Règles de la délibération.** Pour que le conseil puisse délibérer, il faut absolument : 1^o que le juge de paix (titulaire ou suppléant), assisté de son greffier, soit présent; il n'y a pas de conseil de famille sans juge de paix, art. 416; 2^o que les trois quarts des membres convoqués officiellement soient présents; le juge de paix n'étant pas un membre *convoqué*, puisque c'est

lui qui ordonne la convocation, n'est pas compris dans ce nombre. Quand les trois quarts des membres convoqués sont *présents*, le conseil peut délibérer alors même que quelques membres refuseraient, pour une raison quelconque, de prendre part à la délibération. Art. 415.

Le juge de paix président a le pouvoir d'ajourner l'assemblée ou de la proroger, dans tous les cas où l'intérêt du mineur lui paraît exiger une remise. Art. 414. Ajourner l'assemblée, c'est la renvoyer à une époque indéterminée; une nouvelle convocation sera nécessaire pour réunir le conseil. Proroger l'assemblée, c'est la remettre à un jour fixe; dans ce cas, il ne sera pas besoin d'une nouvelle convocation.

Il faut appliquer au conseil de famille deux principes admis dans toutes les assemblées délibérantes : 1^o les membres du conseil ne peuvent prendre part aux délibérations dans lesquelles ils ont un *intérêt personnel*; 2^o les décisions sont prises à la *majorité absolue* des voix; la majorité relative est une majorité purement fictive dont on ne pourrait se contenter qu'autant que la loi le déclarerait expressément.

La voix du juge de paix est prépondérante en cas de partage. Art. 416. Mais comment sortir d'embarras quand il se forme plus de deux opinions dans le conseil et qu'aucune n'a pour elle la majorité absolue? Il n'y a d'autre ressource pour le juge de paix que de proroger ou même d'ajourner l'assemblée. Par le procédé de l'ajournement, il pourra reconstituer le conseil de famille, c'est-à-dire en former un nouveau dont il éliminera les membres récalcitrants, en usant du pouvoir que l'art. 410 lui accorde.

Aucun texte n'exige, *en principe*, que les délibérations du conseil soient motivées. Mais l'art. 883 c. proc. veut que lorsque les délibérations ne sont pas prises à l'unanimité, l'avis de chacun des membres soit mentionné au procès-verbal.

IV. — *De l'homologation des délibérations.*

797. **Notions générales.** *L'homologation* est une approbation donnée par le tribunal de première instance. Elle constitue

un acte de *juridiction gracieuse*. La délibération homologuée ne devient point valable, si elle est nulle en elle-même.

En principe, les délibérations du conseil de famille ont *autorité* par elles-mêmes. Elles ne doivent être homologuées que dans les cas spécifiés par la loi. Trib. Liège, 18 janvier 1890, P. 1890, 3, 139.

V. — *De la nullité des délibérations.*

798. **Défaut de formes substantielles.** Il y a des irrégularités si graves qu'elles empêchent l'*existence juridique* de la délibération. Conçoit-on un conseil de famille sans la présence effective d'un juge de paix (titulaire ou suppléant), un conseil qui aurait délibéré sans la présence des trois quarts des membres convoqués, art. 415, une délibération prononçant sans la motiver, art. 447, la destitution du tuteur? Cass. fr. 13 avril 1910, D. 1911, 1, 46. (*)

Mais il est à peu près impossible de *préciser*, parmi les formes prescrites par la loi, celles qui constituent des conditions substantielles de la délibération. Comp. Cass. fr. 2 mars 1869, D. 1869, 1, 199; R. *trim.* 1910, p. 420.

799. **Défaut de formes non substantielles.** Il n'y a aucun texte qui prononce expressément la nullité comme sanction des règles relatives à la composition du conseil de famille. Aussi la jurisprudence se reconnaît-elle un grand pouvoir d'appréciation. Elle n'annule la délibération d'un conseil de famille composé irrégulièrement que lorsque la violation des règles légales a été inspirée par une *intention de fraude* ou bien a été *préjudiciable au mineur* en le privant de la protection réfléchie que la loi avait voulu lui assurer. Trib. Bruxelles, 26 mai 1906, P. 1907, 3, 69; Cass. fr. 29 juin et 18 juillet 1904, D. 1904, 1, 400 et 552.

VI. — *Du recours contre les délibérations.*

Art. 883 c. proc.

800. **Lacune du code civil.** Le code civil n'établit aucun mode de recours contre les délibérations du conseil de famille,

si ce n'est dans l'hypothèse toute spéciale d'une délibération rejetant les excuses invoquées par le tuteur ou prononçant son exclusion ou sa destitution. Art. 440 et 448. « La logique et l'équité exigeaient cependant que le recours aux tribunaux fut possible dans tous les cas, des assemblées composées souvent d'hommes illettrés, étrangers aux affaires, divisés par les rivalités de famille, la passion ou l'intérêt, pouvant aisément faillir à la mission qui leur est confiée. »

801. Recours ouvert par le code de procédure civile.

L'art. 883 du code de procédure civile comble la lacune du code civil en autorisant dans tous les cas le recours à la justice contre les délibérations nuisibles aux intérêts du mineur. Cela résulte à la fois de la *généralité du texte* de son second alinéa, qui ne distingue pas entre les divers actes du conseil de famille, et de *son esprit* révélé par l'exposé des motifs où il a été dit que l'art. 883 serait un *complément utile* du système du code civil, qu'il *améliorerait* les dispositions de ce code relatives aux conseils de famille. Bruxelles, 30 décembre 1904, B. J. 1905 col. 129. »

Contrairement à l'enseignement de plusieurs auteurs, nous pensons que cette règle ne souffre aucune exception, pas même pour les délibérations par lesquelles le conseil statue sur le mariage ou l'émancipation de l'enfant, ni pour celles par lesquelles le conseil exerce les attributions que le code civil lui a conférées à l'égard du personnel de la tutelle, nomination du tuteur ou du subrogé-tuteur, confirmation ou retrait de la tutelle à la mère qui se remarie, etc. Encore une fois, le texte de l'art. 883 et son esprit sont d'une généralité absolue. »

La jurisprudence française est radicalement opposée à la nôtre. Elle ne veut voir dans l'art. 883 qu'une disposition de *forme* qui réglerait simplement le mode de se pourvoir contre les délibérations *susceptibles de recours en vertu du code civil*. Cass. fr. 31 décembre 1902, D. 1903, 1, 143.^x Comme si le législateur s'était interdit de tracer des règles de *forme* dans le code civil, et des règles de *fond* dans le code de procédure civile! *Annales du notariat*, 1903, p. 97.

802. **Pouvoir du tribunal saisi du recours.** C'est un pouvoir de *réformation* que l'art. 883 accorde à la justice. Le tribunal qui juge la délibération du conseil de famille contraire aux intérêts du mineur n'en prononce pas simplement l'*annulation*, il prend lui-même une décision nouvelle destinée à la remplacer. Ainsi le tribunal saisi d'un recours contre la délibération qui a refusé d'autoriser le mariage du pupille a le pouvoir d'accorder lui-même l'autorisation demandée et de substituer ainsi sa décision à celle du conseil de famille. Bruxelles, 11 juin 1890, P. 1890, 2, 363. Comp. Douai, 15 décembre 1900, D. 1903, 2, 9. Comp. D. 1897, 2, 305, note.

803. **Recours contre une délibération unanime.** Le second alinéa de l'art. 883 ne fait pas de la diversité d'avis entre les membres du conseil de famille une condition de la recevabilité du recours. Quant au premier alinéa, il n'a point pour objet de déterminer l'hypothèse dans laquelle un recours est ouvert contre une délibération; il ne contient qu'une prescription relative à la rédaction du procès-verbal. •

804. **Personnes pouvant agir.** L'art. 883 accorde l'action en recours au tuteur, au subrogé tuteur et à chacun des membres du conseil de famille, même à ceux qui auraient voté la délibération. Il ne désigne pas spécialement le *juge de paix*, mais il le comprend dans cette expression générale : *les membres de l'assemblée*. Le doute qu'il pouvait y avoir sur ce point a été levé lors de l'élaboration de l'art. 51 de la loi hypothécaire. L'action peut aussi être exercée par le ministère public, en vertu de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810. Liège, 27 mars 1888, B. J. 1888, col. 983.

Il paraît évident que le droit d'attaquer la délibération appartient encore à ceux des parents ou alliés qui, d'après la loi, devaient être désignés pour faire partie du conseil de famille, et qui n'y ont point été appelés. Bruxelles, 16 juillet 1890, P. 1891, 2, 17; Nancy, 7 janvier 1899, D. 1900, 2, 273. * (*)

805. **Défendeurs à l'action.** L'art. 883 établit la règle que l'action en recours doit être formée contre ceux des membres

qui ont voté pour la délibération attaquée. Cette règle ne s'applique pas dans le cas où la délibération a prononcé l'exclusion ou la destitution du tuteur. Art. 448 c. c.

La généralité de l'art. 883 se trouve modifiée par ce *principe d'organisation judiciaire* que le juge de paix, agissant comme magistrat et à raison de son office, ne peut être actionné que dans les cas spécifiés par la loi et par la voie de prise à partie. L'action en réformation d'une délibération ne peut donc jamais être dirigée contre le juge de paix président. Verviers, 14 mars 1894, J. L. 1894, p. 135.

SECTION 2^e. — Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution applicables au tuteur, au subrogé tuteur et aux membres du conseil de famille.

§1. — DES CAUSES D'EXCUSES.

Art. 401 et 426 à 441.

806. **Caractère obligatoire des charges de la tutelle.** En principe, les diverses fonctions qui se rattachent à la tutelle sont des charges obligatoires. L'intérêt général exige qu'une protection soit assurée aux personnes que la faiblesse de leur âge empêche de se diriger elles-mêmes.

Par exception, la loi établit certaines causes de dispense en faveur du tuteur et du subrogé tuteur; on les nomme *excuses*. Il n'existe pas de causes légales de dispense en ce qui concerne les personnes appelées à faire partie d'un conseil de famille. C'est qu'il est infiniment moins pénible de prendre part à quelques réunions de parents que d'être tuteur ou subrogé tuteur. Toutefois le juge de paix apprécie souverainement, pour l'application de la peine portée par l'art. 413, les empêchements de fait allégués par tel ou tel membre du conseil.

Les causes d'excuses sont limitativement déterminées par la loi; elles ne peuvent être étendues par voie d'analogie. Seine, 2 novembre 1895, D. 1896, 2, 152.

Toute cause d'excuse constitue un bénéfice individuel; rien n'empêche l'intéressé de renoncer au droit de s'en prévaloir.

807. **Deux sortes d'excuses.** Il y a deux catégories d'excuses à distinguer: les unes, *a suscipienda tutela* seulement, n'autorisent que le refus de prendre la tutelle ou la subrogée tutelle; les autres, *a suscepta tutela*, permettent non seulement de refuser la tutelle ou la subrogée tutelle, mais encore de s'en faire décharger après l'avoir acceptée, pourvu toutefois que la cause de l'excuse soit survenue postérieurement à l'acceptation. Le code se montre plus difficile pour décharger le tuteur ou le subrogé tuteur qui est déjà entré en fonctions, que pour dispenser celui qui n'est pas encore en exercice; il veut éviter autant que possible les changements de tuteur et de subrogé tuteur, ces changements étant le plus souvent fâcheux pour les intérêts du mineur.

808. **Enumération.** Les causes d'excuse admises par nos art. 427 et suiv. sont: 1^o certaines fonctions ou dignités publiques; 2^o la qualité d'étranger à la famille lorsqu'il existe, dans un rayon rapproché, un parent ou un allié en état de gérer la tutelle; 3^o la vieillesse; 4^o les infirmités graves; 5^o le nombre des tutelles; 6^o le nombre des enfants. Il existe une 7^e cause, en vertu de l'art. 394 et du nouvel art. 432: le sexe féminin.

Les excuses doivent être proposées sans retard; l'inaction de l'intéressé peut être envisagée comme une *renonciation tacite*. La loi détermine elle-même quand il y a renonciation tacite de la part du tuteur nommé par le conseil de famille. Art. 438 et 439.

809. **Appréciation des excuses.** C'est au conseil de famille qu'il appartient d'apprécier les excuses proposées. Sa décision peut être l'objet d'un recours devant le tribunal, par application de notre art. 440 ou du principe posé par l'art. 883 c. proc.

§ 2. — DES CAUSES D'INCAPACITÉ, D'EXCLUSION ET DE DESTITUTION.

810. **Principe.** Si on ne peut refuser les fonctions de la tutelle, on ne peut non plus en être privé contre son gré. Comme les

causes d'excuse, les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution sont déterminées limitativement par la loi.

I. — *Des causes d'incapacité.*

Art. 426 et 442.

811. Différences avec les causes d'excuse. 1^o Les excuses sont établies dans l'intérêt du tuteur ou du subrogé tuteur; les incapacités sont introduites dans l'intérêt du mineur. 2^o Il n'y a pas d'excuses applicables aux membres du conseil de famille; les incapacités s'appliquent aux membres du conseil aussi bien qu'au tuteur et au subrogé tuteur.

812. Enumération. Sont frappés d'incapacité :

1^o Les *mineurs, excepté le père ou la mère*. L'exception est une conséquence nécessaire du droit reconnu au mineur de contracter mariage et d'acquérir l'autorité paternelle.

2^o Les *interdits*. La loi veut parler ici des interdits judiciaires; c'est la disposition de l'art. 443 qui atteint les interdits légaux.

Aucune disposition ne déclare *incapables de droit* les fous et les individus placés sous conseil judiciaire. Le moyen légal de les écarter de la tutelle est de leur appliquer l'art. 444 qui permet au conseil de famille de prononcer l'exclusion ou la destitution du tuteur pour *incapacité de fait*, ou l'art. 424 qui ordonne la nomination d'un nouveau tuteur lorsque la tutelle est abandonnée par *absence*, au sens vulgaire, c'est-à-dire par tout éloignement rendant l'exercice de la tutelle impossible. Cass., 9 décembre 1852, P. 1853, 1, 86.

3^o *Ceux qui ont, ou dont les père et mère ont, avec le mineur, un procès* dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens sont compromis. Sauf ce cas spécial, l'opposition d'intérêts n'est pas une cause d'incapacité; elle donne seulement lieu à l'application de l'art. 420, al. 2.

813. Comment opère l'incapacité. Les causes d'incapacité, à l'exception toutefois de la troisième, laquelle nécessite un examen de fait, opèrent de plein droit; elles n'ont pas besoin d'être prononcées par le conseil de famille. Si le conseil se réunit,

ce n'est pas pour écarter le tuteur ou le subrogé tuteur, c'est pour en désigner un autre. Gand, 13 février 1897, P. 1897, 2, 238.

II. — *Des causes d'exclusion et de destitution de la tutelle ou de la subrogée tutelle.*

Art. 421, 426, 443, 444 et 446 à 449.

814. **Distinctions.** On dit communément qu'il y a entre l'incapacité, d'un côté, et l'exclusion et la destitution, de l'autre, cette différence que l'incapacité n'a rien de déshonorant pour celui qui en est atteint, tandis que l'exclusion et la destitution reposent sur des raisons qui entachent la considération de celui qui les encourt. Cela n'est pas toujours vrai, puisque la simple incapacité de fait (situation de l'aliéné non interdit) est une cause d'exclusion ou de destitution.

L'exclusion et la destitution ont des causes identiques; elles ne diffèrent que par l'époque à laquelle elles interviennent. L'exclusion est une mesure *préventive*; elle empêche l'entrée en fonctions. La destitution est une mesure *répressive*; elle met fin à des fonctions commencées.

815. **Exclusion ou destitution par l'effet de la loi ou d'un jugement.** Sont frappés d'exclusion ou de destitution les *criminels en état d'interdiction légale* et les *condamnés privés des droits de famille*. Art. 19 à 24 et 31 à 34 c. pén. remplaçant notre art. 443. Liège, 8 avril 1884, P. 1884, 2, 234.

816. **Exclusion ou destitution par le conseil de famille.** Peuvent être exclus ou destitués de la tutelle ou de la subrogée tutelle par le conseil de famille:

1^o Le *tuteur qui s'est ingéré dans la gestion* avant d'avoir fait procéder à la nomination du subrogé tuteur. Art. 421, al. 2.

2^o Les *gens d'une conduite notoire*, c'est-à-dire ne cachant pas leurs mauvaises mœurs. Art. 444, 1^o. Bruxelles, 11 décembre 1899, P. 1900, 2, 173.

3^o *Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité.* Art. 444, 2^o. Ce texte établit deux causes distinctes: l'incapacité

et l'infidélité. La cause d'incapacité suffit à elle seule pour entraîner l'exclusion ou la destitution. Il importe peu que les faits qui l'établissent n'entachent en rien l'honorabilité de la personne en question. Trib. Bruxelles, 19 janvier 1889, P. 1889, 3, 114; Paris, 22 juillet 1901, D. 1907, 2, 385.

Le texte ne s'exprime pas au présent, mais au conditionnel, *attesterait*; il veut marquer par là que le conseil de famille peut écarter de la tutelle, par la voie de l'*exclusion* aussi bien que par celle de la *destitution*, toute personne qu'il estime, *en fait*, incapable ou indigne de gérer les intérêts *moraux* et *pécuniaires* du mineur. Ce pouvoir d'appréciation, le conseil l'exerce en prenant en considération *tous les antécédents du tuteur*, soit dans la gestion de ses propres intérêts, soit dans la gestion qu'il a pu avoir des intérêts d'autrui. Trib. Liège, 18 janvier 1890, P. 1890, 3, 139; Limoges, 17 mars 1897, P. 1897, 4, 119.

4^o Les *individus condamnés du chef d'infraction aux art. 1 et 3 de la loi du 28 mai 1888* sur la protection des enfants employés dans les professions dites ambulantes. Art. 4 de cette loi.

Le tuteur ou subrogé tuteur en cause doit toujours être préalablement entendu par le conseil ou tout au moins appelé devant lui pour se défendre. Art. 447.

La délibération qui *prononce* l'exclusion ou la destitution doit être motivée. Art. 447. Elle doit être soumise à l'homologation du tribunal toutes les fois que l'intéressé n'y a pas adhéré séance tenante. Just. paix, Liège, 19 janvier 1905, P. 1905, 3, 158; Paris, 2 août 1895, D. 1896, 2, 56. Le tuteur ou subrogé tuteur exclu ou destitué peut du reste prendre les devants et agir en justice pour se faire déclarer maintenu dans ses fonctions. Art. 448. Liège, 5 décembre 1906, B. J. 1907, col. 58.

La délibération qui refuse de prononcer l'exclusion ou la destitution n'est pas soumise à l'homologation, mais elle peut être attaquée devant le tribunal conformément à l'art. 883 c. proc.

III.— *Des causes d'exclusion du conseil de famille.*

Art. 445.

817. **Rapprochements.** Les condamnations criminelles ou cor-

rectionnelles qui dépouillent le condamné du droit d'être tuteur ou subrogé tuteur entraîne également son exclusion de tout conseil de famille.

Mais l'inconduite notoire, l'incapacité et l'infidélité ne sont point par elles-mêmes des causes d'exclusion du conseil de famille; elles ne le deviennent qu'autant qu'elles ont entraîné antérieurement l'exclusion ou la destitution d'une tutelle ou d'une subrogée tutelle. Art. 445.

CHAPITRE II.— DE L'ORGANISATION DE LA TUTELLE DE L'ENFANT ILLEGITIME.

818. **Tutelle dative.** Il n'y a pour les enfants naturels ni administration ni tutelle *légales*. En effet, une administration ou une tutelle légale ne peut être instituée que par un texte de loi; or il n'y a de texte que pour les enfants légitimes; de même que l'art. 389, l'art. 390 suppose essentiellement le *mariage* des père et mère. Les seules dispositions légales qui puissent être appliquées aux enfants naturels sont les *règles générales* des art. 405 et suiv. Le tuteur de l'enfant naturel, reconnu ou non, est donc toujours un tuteur datif nommé par le conseil de famille. Bruges, 11 août 1902, P. 1903, 3, 67; Trib. Gand, 6 février 1907, P. 1908, 3, 127; Cass. fr., 16 novembre 1898, D. 1899, 1, 218; *R. crit.*, 1901, p. 587; *R. trim.*, 1906, p. 154. Comp. Cass. fr., 10 novembre 1896, D. 1899, 1, 209; *R. belge*, 1909, p. 257.

Mais, dira-t-on, comment composer un conseil de famille à un enfant qui n'a, au point de vue légal, d'autres parents que ses père et mère (si encore ils sont légalement connus)? Le juge de paix appliquera l'art. 409 et formera ainsi le conseil d'*amis*, c'est-à-dire de personnes portant de l'intérêt à l'enfant. Cette question ne peut plus faire de doute depuis l'art. 341 *b*, de la loi du 6 avril 1908, qui vise expressément le *conseil de famille* de l'enfant naturel demandeur en pension alimentaire contre son père présumé.

APPENDICE. — **De la tutelle administrative.**

819. **Renvoi.** Il existe pour les enfants trouvés, abandonnés ou orphelins, admis dans les hospices, une tutelle administrative réglée par la loi du 15 pluviôse an XIII et les art. 15 et suiv. du décret du 19 janvier 1811. B. J. 1897, col. 481. Comp. Bruxelles, 27 février 1906, B. J. 1906, col. 802.

CHAPITRE III. — DE LA GESTION DU TUTEUR.

Art. 418.

820. **Point de départ.** L'obligation de gérer la tutelle commence dès le moment où le tuteur a connaissance du fait qui l'investit de ses fonctions. Arg. de l'art. 418.

SECTION 1. — **De l'éducation du mineur.**

Art. 450 et 468.

821. **Quand le soin de l'éducation appartient au tuteur.** Le gouvernement de la personne du pupille n'est pas toujours une fonction tutélaire; le tuteur n'en est investi que lorsque l'enfant n'a plus ni père ni mère [ou lorsque celui qui survit se trouve dans l'impossibilité physique ou légale d'exercer la puissance paternelle.] Tant que l'un des parents est vivant [et capable] celui-là reste chargé de l'éducation de l'enfant, encore qu'il n'ait point la tutelle. Art. 372 et suiv.

Lorsque la tutelle est gérée par le survivant des père et mère, tuteur de droit aux termes de l'art. 390, le gouvernement de la personne de l'enfant et la gestion de ses biens se trouvent réunis dans les mêmes mains. Mais il est encore intéressant d'observer que si la direction de la personne de l'enfant lui appartient, ce n'est pas en qualité de tuteur, c'est en qualité de père ou de mère; ses droits et ses obligations sont régis non par les dispositions du titre de la tutelle, mais par celles du titre de la puissance paternelle.

822. **Différences entre l'autorité paternelle et l'autorité tutélaire sur la personne de l'enfant.** 1^o Le survivant des père et mère, qu'il soit ou non tuteur, détermine seul le genre

d'éducation à donner à l'enfant et la somme qui doit être dépensée annuellement à cet effet. Tout autre tuteur ne jouit pas d'un pouvoir exclusif; il est soumis à l'autorité du conseil de famille, lequel peut lui tracer des instructions sur tout ce qui touche à l'éducation de l'enfant. Tel était le principe suivi dans l'ancien droit, et rien n'indique que notre art. 450 ait voulu innover, d'autant plus que l'art. 454 charge le conseil de famille de régler la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur. Cette attribution emporte évidemment le pouvoir de s'immiscer dans la direction de l'éducation de l'enfant. Bruxelles 27 mars 1901, P. 1901, 2, 271; Colmar, 9 juillet 1894, D. 1895, 2, 541; S. 1907, 2, 145, note.

En cas de conflit entre le conseil de famille et le tuteur, celui-ci peut se pourvoir devant le tribunal et faire réformer la délibération si elle est contraire aux véritables intérêts du mineur. Mais s'il ne se pourvoit pas, ou si la délibération est maintenue par la justice, son devoir est de s'y conformer.

2^o Le survivant des père et mère n'est jamais soumis, pour l'exercice du droit de correction, à l'autorité du conseil de famille. Au contraire, tout autre tuteur ne peut user du droit de correction qu'après s'y être fait *autoriser par le conseil de famille*, et, même ainsi autorisé, il ne lui est permis d'agir que par *voie de réquisition*. Art. 468.

3^o Jamais le tuteur, comme tel, n'est tenu de pourvoir de ses deniers aux *frais de l'éducation* de son pupille.

4^o Jamais le tuteur, autre que le survivant des père et mère, n'est investi des attributs de l'autorité paternelle au sens large de l'expression: droit de *consentir à l'option de patrie et au mariage*. On verra aussi que ce n'est pas au tuteur qu'appartient le *pouvoir d'émanciper l'enfant*, mais au conseil de famille; le tuteur ne peut que provoquer l'émancipation.

823. **Contrôle de la justice.** De même que les père et mère, le tuteur se trouve soumis à la surveillance des tribunaux qui peuvent toujours réprimer les *abus* qui mettraient en péril les véritables intérêts du mineur. Ce qui est vrai pour les père et mère est vrai pour le tuteur, puisque la puissance tutélaire, suivant

l'expression de Pothier, est semblable à la puissance paternelle et qu'elles sont établies l'une et l'autre en faveur de l'enfant. B. J. 1904, col. 105; S. 1907, 2, 145, note.

SECTION 2. — Des obligations du tuteur au moment de son entrée en gestion.

824. **Enumération.** Ces obligations ont un triple objet :

1^o *L'inventaire des biens du mineur.* Le tuteur ne peut prendre possession des biens de son pupille qu'après les avoir fait inventorier. L'inventaire a pour but : a) de fixer la consistance des biens dont le tuteur devra rendre compte à l'expiration de ses fonctions ; b) de faire connaître l'état des affaires du mineur, ce qui permettra au conseil de famille de régler le budget de la tutelle en connaissance de cause.

Quand c'est un nouveau tuteur qui en remplace un autre, il n'a pas à faire d'inventaire ; l'état du patrimoine du mineur se trouve suffisamment établi par le compte de gestion qui doit lui être rendu par le précédent tuteur ou par les héritiers de celui-ci.

D'un autre côté, l'obligation de faire inventaire est de nature à se reproduire au cours même de toute tutelle. Il peut arriver, en effet, que le mineur recueille de nouvelles successions ; il importe dans ce cas de constater les nouveaux biens que le tuteur prend en charge et dont il se rend responsable.

2^o *La vente des meubles corporels du mineur.* Cette obligation peut aussi se reproduire au cours même de toute tutelle, lorsque le mineur vient à acquérir des meubles corporels par succession ou autrement. Conserver de pareils meubles en nature serait un acte de mauvaise gestion qui engagerait la responsabilité du tuteur.

3^o *La réunion du conseil de famille* qui aura à statuer sur plusieurs points : a) *nommer le subrogé tuteur* ; b) *régler le budget de la tutelle* ; c) *déterminer la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation de faire emploi* de l'excédent des revenus sur les dépenses ; d) *déterminer les garanties hypothécaires* que le tuteur devra fournir et les *obligations* auxquelles il sera soumis conformément aux art. 49 et suiv. de la loi hypothécaire.

§ 1. — DE L'INVENTAIRE DES BIENS DU MINEUR.

Art. 451.

825. **Son caractère obligatoire.** Lorsqu'une succession est échue au mineur, le tuteur doit faire lever les scellés, s'ils ont été apposés, et faire procéder à l'inventaire, *en présence du subrogé tuteur*. L'inventaire est obligatoire pour *tout tuteur*, même pour le survivant des père et mère. La personne à laquelle l'enfant succède n'a pu en dispenser le tuteur.

L'inventaire est un état notarié contenant l'énumération, la description et l'estimation du mobilier, ainsi que la mention des immeubles et l'indication des dettes et charges. Art. 943 c. proc.

La nature même des choses veut que l'inventaire se fasse immédiatement; un inventaire tardif ne serait plus une garantie.

La sanction du défaut d'inventaire consiste dans le droit pour l'ex-mineur ou ses représentants de prouver par toute espèce de moyens, et même par la *commune renommée*, la consistance et la valeur des biens dont le tuteur a pris l'administration. Il est de règle, en effet, que la preuve par commune renommée (supra n^o 101, note 1) est toujours recevable pour établir la consistance et la valeur d'un mobilier non inventorié *contre celui qui était tenu d'en faire dresser l'inventaire*. Bruxelles, 19 juillet 1886, P. 1887, 2, 29.

826. **Formalité spéciale.** Pendant les opérations de l'inventaire, avant le dépouillement des papiers ⁽¹⁾, le notaire doit requérir, le tuteur de *déclarer s'il lui est dû quelque chose* par le mineur, c'est-à-dire par la personne dont le mineur est héritier. Mention de la réquisition du notaire, ainsi que de la réponse du tuteur doit être faite dans l'inventaire. Le tuteur est *déchu de plein droit* des créances qu'il n'a point déclarées. Art. 451, al. 2. Cette disposition a pour but de mettre le pupille à l'abri du danger de devoir payer une seconde fois une dette déjà acquittée; elle empêche le

(1). C'est tout à fait erronément que les formulaires du notariat placent la réquisition du notaire à la *clôture* de l'inventaire. La formalité serait alors absolument vaine! Comp, R. *notariat belge*, 1909, p. 65.

tuteur de faire revivre frauduleusement quelque créance, lorsqu'il s'aperçoit que la quittance par lui donnée ne se retrouve pas dans les papiers de la succession.

Le défaut de déclaration du tuteur dans l'inventaire entraîne la déchéance de ses créances qu'autant qu'il a été *interpellé à cet égard* par le notaire rédacteur de l'inventaire. Elle n'a pas lieu si cette interpellation n'a pas été faite, le tuteur pouvant parfaitement ignorer la disposition de la loi sur ce point.

Le tuteur ne serait pas non plus déchu d'une créance qu'il n'aurait pas déclarée sur l'interpellation à lui faite, s'il établissait qu'il avait une juste cause d'ignorer sa qualité de créancier à ce moment. Arg. de l'art. 1356, in fine.

§ 2. — DE LA VENTE DU MOBILIER DU MINEUR.

Art. 452 et 453.

827. **Règle générale.** L'art. 452 oblige le tuteur à vendre promptement le mobilier corporel du mineur. Ce n'est pas une faculté qu'il lui accorde, c'est un *devoir* qu'il lui impose. Il s'agit de convertir en un capital qui sera placé à intérêts des biens qui sont *improductifs* de leur nature, peut-être même dispendieux à conserver et toujours *susceptibles de dépérir ou de se déprécier* par le seul effet du temps.

La vente ne peut se faire à l'amiable. Elle doit avoir lieu aux enchères après affiches, en présence du subrogé tuteur, et par le ministère d'un notaire ou d'un huissier dont le choix appartient au tuteur.

828. **Sens du mot meubles à l'art. 452.** Le sens du mot *meubles* à l'art. 452 est fixé par la tradition et l'esprit manifeste de la loi. Il désigne tous les meubles *corporels* indistinctement, car on peut dire d'eux tous qu'ils sont improductifs et périssables; mais il ne désigne que ceux-là, car les meubles *incorporels* ne sont en définitive que des capitaux placés; les vendre pour faire de nouveaux placements serait une puérilité.

829. **Première exception.** Il peut y avoir un intérêt de famille ou d'affection, ou même un intérêt pécuniaire, à conserver

en nature certains objets, l'art. 452 accorde au *conseil de famille* le pouvoir d'affranchir le tuteur de l'obligation de les vendre.

830. Deuxième exception. Lorsque le tuteur est le survivant des père et mère, l'art. 453 le dispense de vendre le mobilier sur lequel porte son droit de *jouissance légale*. La raison de cette exception est que la jouissance légale confère tous les avantages de l'usufruit proprement dit, et que l'usufruitier a le droit de jouir *en nature* des choses soumises à son usufruit. Cette dispense ne dure d'ailleurs qu'autant que le droit de *jouissance légale* qui en est la cause. Elle cesse donc, au plus tard, quand l'enfant accomplit sa dix-huitième année. A ce moment le père ou la mère est obligé de vendre comme tout autre tuteur, s'il n'en est pas dispensé par le conseil de famille.

Dispensé de vendre, le survivant des père et mère n'est pas pour cela obligé de conserver; il peut, s'il le préfère, vendre le mobilier en tout ou en partie et en placer le prix.

S'il se décide à le garder, il est tenu d'en faire dresser à ses frais une estimation par un expert nommé par le subrogé tuteur et qui prête serment devant le juge de paix. Le code exige une estimation nouvelle, *à sa juste valeur*, parce qu'il craint que l'évaluation faite dans l'inventaire ait été simplement approximative. Cette estimation servira à déterminer le montant de l'indemnité à payer par l'usufruitier légal, au jour de l'extinction de son droit, s'il ne peut prouver que les objets qu'il ne représente pas en nature *ont péri sans sa faute*, c'est-à-dire par cas fortuit ou force majeure (1).

§ 3. — DU BUDGET DES DÉPENSES DE LA TUTELLE.

Art. 454.

831. Règle générale. Le tuteur a l'obligation de faire régler par le conseil de famille le *budget des dépenses de la tutelle*,

(1). La finale de l'art. 453 ne doit pas être prise à la lettre; il faut l'entendre en harmonie avec le *droit commun*. Art. 589, 607 et 1372. On ne s'expliquerait pas que le survivant des père et mère fut traité plus rigoureusement qu'un usufruitier ordinaire et tenu de répondre des *cas fortuits* dont ce dernier ne répond pas.

c'est-à-dire la fixation *approximative* de la dépense annuelle pour l'*entretien et l'éducation du mineur* et pour l'*administration de ses biens* ⁽¹⁾. Le tuteur a grand intérêt à provoquer ce règlement, il met sa responsabilité à couvert; les dépenses qu'il fera dans les limites du budget seront *réputées utiles* en vertu de la décision même du conseil de famille.

832. **Exception.** L'obligation de faire régler le budget des dépenses n'existe pas lorsque le tuteur est le *survivant des père et mère*. Cette exception a surtout sa raison d'être dans le droit que la puissance paternelle confère au père ou à la mère de diriger comme il l'entend l'éducation de son enfant. Aussi s'applique-t-elle sans qu'il y ait à distinguer *si le survivant a ou non la jouissance des biens de l'enfant*.

833. **Gratuité de la tutelle.** La tutelle est une fonction essentiellement *gratuite*. Aucun texte ne dit, en effet, qu'il peut être accordé des honoraires au tuteur, et l'art. 471, en ne lui permettant de porter en compte que les dépenses utiles qu'il a faites, exclut implicitement toute rémunération. Paris, 6 novembre 1896, D. 1897, 2, 70.

Mais il appartient au conseil de famille d'autoriser le tuteur à se faire aider dans sa gestion par des *auxiliaires salariés aux frais du pupille*. Ces auxiliaires, ce sera au tuteur à les choisir et à les révoquer, car l'art. 454 décide qu'il en sera responsable.

Il est clair que le tuteur est toujours libre de s'adjoindre des auxiliaires, sans autorisation du conseil de famille, s'il consent à le faire à ses frais.

§ 4. DE LA CAPITALISATION DES EXCÉDENTS DE REVENUS.

Art. 455 et 456.

834. **Règle générale.** Le tuteur doit faire déterminer par le conseil de famille la somme à partir de laquelle il sera tenu de

(1). Il ne s'agit là que des frais d'administration proprement dits (voyages, salaires des auxiliaires, faux frais, etc.) et non des sommes à dépenser en réparations; il est impossible que le conseil règle celles-ci d'avance, même par aperçu; elles varient trop d'une année à l'autre.

faire emploi, c'est-à-dire placement, de l'excédent des revenus sur les dépenses. Quand le tuteur a satisfait à cette obligation, il n'est tenu au placement de l'excédent que lorsque le chiffre fixé est atteint; sinon, il doit placer tout excédent de recettes, quelque minime qu'en soit le montant. Dans l'une et l'autre hypothèse, il jouit, pour effectuer les placements qu'il est tenu de faire, d'un délai de six mois, passé lequel *il doit personnellement les intérêts* des sommes dont il n'a pas fait emploi. Orléans 13 novembre 1900. D. 1901, 2, 357. Comp. Cass. fr., 2 août 1909, D. 1910, 1, 525.

Le code civil ne s'occupe que du placement des économies faites sur les *revenus*; il ne fixe aucun *délai précis* pour le placement des *capitaux* appartenant au mineur au commencement de la tutelle ou qui lui adviennent pendant sa durée. C'est au tuteur à choisir le moment opportun, sous sa seule responsabilité. Art. 450, al. 2.

835. **Exception.** Les art. 455 et 456 ne s'appliquent pas à la tutelle du *survivant des père et mère, alors même qu'il n'a pas la jouissance légale des biens de l'enfant*. Cela résulte d'abord de l'étroite connexité qui existe entre eux et l'art. 454; ils ne se placent que dans la même hypothèse que lui; ils comportent par suite la même exception. Cela résulte en outre du procédé de rédaction de l'art. 457, qui implique certainement que les deux dispositions précédentes sont inapplicables à la tutelle des père et mère. Cass. fr., 24 décembre 1895, D. 1896, 1, 321.

Ce n'est pas à dire que le père ou la mère, tuteur légal, n'a point l'obligation de placer les économies réalisées sur les revenus *qui échappent à son droit de jouissance légale*; il a, comme tout tuteur, l'obligation de gérer selon la règle de l'art. 450, al. 2. Mais cela ne conduit pas à lui appliquer strictement les art. 455 et 456: il n'a pas à consulter le conseil de famille, il n'a pas de délai fatal à observer; il ne sera responsable que si, en fait, il a mal géré, s'il a laissé par négligence passer un long délai sans placer les économies par lui réalisées. *R. crit.*, 1897, p. 625.

§ 5. — DE L'EMPLOI DES CAPITAUX.

Art. 55 à 58 de la loi hypothécaire.

836. **Système du code. Ses inconvénients.** Le code laissait *pleine liberté* au tuteur pour le choix des valeurs destinées à servir de placement des deniers pupillaires; le tuteur pouvait agir à sa guise, sous sa simple responsabilité.

Le système du code exposait aux plus graves dangers la fortune mobilière du pupille dont le tuteur n'avait point fourni de garantie hypothécaire. Qu'importe que la responsabilité du tuteur soit effective, si sa solvabilité est illusoire! On voyait des tuteurs jouer à la bourse avec les capitaux de leurs pupilles et finir par les perdre à peu près entièrement. Quand les tribunaux condamnaient ces imprudents comme coupables de faute grossière, les condamnations étaient le plus souvent inutiles, à cause de leur insolvabilité.

837. **Innovations de la loi hypothécaire.** Les art. 55 à 58 de la loi hypothécaire sont venus combler la lacune du code en visant cette double hypothèse: celle où le tuteur ne possède pas d'immeubles, et celle où les immeubles qu'il possède sont insuffisants pour répondre de la totalité de sa gestion; dans ces deux cas, ils confèrent au *conseil de famille* la faculté d'ordonner que les capitaux du mineur soient versés à la caisse des dépôts et consignations, à la diligence du subrogé tuteur ou d'un membre du conseil délégué à cet effet ⁽¹⁾. Le subrogé tuteur ou le membre délégué aurait incontestablement qualité pour actionner le tuteur en justice, si celui-ci tardait à effectuer la consignation.

Une fois les deniers pupillaires consignés, le tuteur ne peut les retirer à son gré; il doit être muni d'une autorisation du conseil de famille, et cette autorisation ne lui est *valablement* donnée que si elle fixe l'emploi des capitaux de l'une des

(1). Ce n'est là qu'une simple *faculté* pour le conseil de famille; mais le tribunal peut lui prescrire de l'exercer, ainsi qu'il est dit à l'art. 63 de cette loi hypothécaire.

trois manières indiquées limitativement par la loi: acquittement des dettes du mineur, acquisition d'immeubles ou de rentes sur l'Etat, prêts sur privilège immobilier ou sur première hypothèque. Le tuteur doit produire au conservateur des hypothèques, qui est l'agent de la caisse des consignations, l'expédition de la délibération du conseil; il appartient au conservateur d'examiner si la délibération satisfait aux prescriptions de la loi. *mais il n'a rien à faire au delà.* Il excéderait ses attributions, s'il se préoccupait de l'exécution même de la délibération, exécution qui n'est d'ailleurs possible qu'après la remise des fonds consignés.

838. **Controverse.** Les dispositions des art. 55 à 58 de la loi hypothécaire peuvent-elles être appliquées de manière à gêner le droit de *jouissance légale* du survivant des père et mère? La négative est certaine lorsque le survivant n'est pas investi de la tutelle. Pourquoi sa condition juridique d'usufruitier légal serait-elle modifiée par la circonstance qu'il gèrerait la tutelle? L'art. 62 de la loi hypothécaire ne décide-t-il pas que les dispositions nouvelles des art. 55 et suiv. ne portent *aucune atteinte* au droit de jouissance légale des père et mère? LEMAIRE-BOSERET, *Les sûretés réelles*, n° 217, Comp. Trib. Gand, 28 mai 1898, B. J. 1898, col. 744.

§ 6. — DES ÉTATS DE SITUATION DE LA GESTION.

Art. 470.

839. **Règles générales.** L'art. 470, complété par l'art. II de la loi hypothécaire *permet* au conseil de famille:

1^o De prescrire au tuteur de remettre chaque année à date fixe, au subrogé tuteur, un état de situation de sa gestion;

2^o De déterminer certaines époques où le tuteur devra requérir la convocation du conseil, pour lui présenter également un état de situation de sa gestion.

840. **Exception.** L'art. 470 refuse au conseil de famille le pouvoir de soumettre le survivant des père et mère à ce contrôle de sa gestion.

§ 7. — CAS DE LA TUTELLE DE LA MÈRE REMARIÉE
ET DE SON NOUVEAU MARI.

Art. 396.

841. **Règle concernant les frais d'éducation.** Le principe de l'indivisibilité de la gestion, établi par l'art. 396, entre la mère remariée, maintenue dans ses fonctions de tutrice, et son nouveau mari, cotuteur de droit, entraîne cette conséquence que la mère est soumise aux mêmes obligations qui sont imposées à son mari cotuteur (supra n° 767, 2°).

Toutefois il faut réserver à la mère le pouvoir d'éducation qui continue de découler pour elle de l'autorité paternelle. Aussi ne pensons nous pas que le conseil de famille puisse intervenir pour régler la dépense annuelle de l'entretien et de l'éducation du mineur. C'est à la mère seule qu'il appartient de fixer le mode d'éducation de son enfant et, par suite, les dépenses que cette éducation entraîne. Comp. Bruxelles, 22 juillet 1892, P. 1893, 2, 87.

SECTION 3. — **De l'étendue des pouvoirs du tuteur, de sa responsabilité et des incapacités dont il est frappé.**

§ 1. — DU PRINCIPE DE LA PLÉNITUDE DES POUVOIRS.

Art. 450, al. 1.

842. **Actes rentrant dans la mission du tuteur.** Le premier des articles que le code consacre à la gestion du tuteur commence ainsi: Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et *le représentera dans tous les actes civils*. Un grand principe se dégage de ce texte, c'est celui de la plénitude des pouvoirs du tuteur. A défaut de disposition spéciale de la loi, le tuteur a par là même *qualité pour agir seul, sans conditions ni formes habitantes*, toutes les fois que l'acte en question n'est pas de sa nature même *insusceptible d'être accompli par un représentant ou en contradiction avec le caractère de l'institution de la tutelle*. Liège,

6 février 1901, P. 1901, 2 221; Cass., 9 mai 1901, P. 1902, 1, 234; Cass. fr., 3 février et 4 août 1873, S. 1873, 1, 61 et 441, 13 mars 1905, D. 1906, 1, 165. ✕

Ce qui prouve bien que l'art. 450, al. 1, a eu pour objet de consacrer la solution traditionnelle, c'est que toutes les autres dispositions de notre titre, art. 457 et suiv., sur les pouvoirs du tuteur, sont rédigées en *termes restrictifs*; elles se bornent à dire quels sont les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec une autorisation ou des formalités particulières, ce qui suppose bien qu'il a le pouvoir de faire librement tous les autres.

Le principe de la plénitude des pouvoirs du tuteur n'est pas universellement admis dans la doctrine. Certains auteurs enseignent que le tuteur n'a, en général, que des *pouvoirs d'administration*; il aurait toujours besoin de l'autorisation du conseil de famille, peut-être même de l'homologation du tribunal, pour les actes dépassant la sphère de l'administration proprement dite, c'est-à-dire pour les *actes de disposition*. Leur système ne s'appuie que sur une fausse interprétation du second alinéa de l'art. 450, dans lequel ils croient trouver *l'opposition de l'acte d'administration à l'acte de disposition*. Il est manifeste, en effet, qu'en disant que le tuteur *administrera les biens en bon père de famille*, ce texte a en vue, non de préciser les pouvoirs du tuteur, mais de déterminer la manière dont il devra les exercer, *la façon dont il devra s'y prendre pour s'acquitter de sa mission*. Autre est l'objet du premier alinéa de l'art. 450: il règle une question de *pouvoirs*; autre est l'objet du second; il règle une question de *responsabilité*. Or Laurent lui-même n'enseigne-t-il pas qu'on ne doit jamais chercher dans un texte que ce qu'il a eu pour objet de décider? ✕

843. **Application du principe.** L'application du principe de la plénitude des pouvoirs du tuteur se présente surtout à l'égard des *actes de disposition des meubles incorporels*, créances, actions de société, droits d'auteur, etc. Le pouvoir du tuteur de disposer à titre onéreux de ces biens du mineur ne subit d'autres restrictions que celles qui résultent des textes spéciaux qui seront indiqués ci-après. La fortune mobilière du mineur mérite sans

doute la même protection que ses immeubles; mais ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient d'améliorer l'œuvre du législateur de 1804. L'imperfection du code à cet égard s'explique par la tradition et l'état économique du commencement du siècle dernier. *Mobilium vilis possessio*. Liège, 9 novembre 1892, P. 1893, 2, 76. *

844. **Actes en dehors du pouvoir conféré par l'art. 450.** Indépendamment des actes juridiques qui ne sont pas susceptibles d'être accomplis par un représentant (supra n° 73), il est toute une catégorie d'actes qui ne rentrent pas dans la disposition de l'art. 450, al. 1: *les actes à titre gratuit, même en matière mobilière*. Tous ces actes sont, *de leur nature même*, en contradiction absolue avec le caractère de l'institution de la tutelle (*tueri*) et le but qu'elle est destinée à réaliser. Il suffit qu'aucun texte *ad hoc* n'autorise le tuteur à faire un acte à titre gratuit pour qu'il n'en ait pas le pouvoir. Arg. de l'art. 511.

Il n'y a pas à distinguer entre les *renonciations*, les *donations* et les autres *contrats de bienfaisance*. Le tuteur ne peut donc consentir une remise de dette, renoncer à une action quelconque, donner mainlevée d'une inscription hypothécaire sans recevoir le montant de la créance garantie par l'inscription, cautionner la dette d'autrui, etc. Il ne le peut ni seul, ni avec l'autorisation du conseil de famille, fût-elle homologuée par la justice!

Il faut toutefois réserver le pouvoir du tuteur de faire au nom de son pupille les *présents d'usage*, c'est-à-dire les cadeaux que les usages imposent dans diverses circonstances de la vie. Bruxelles, 13 janvier 1909, P. 1909, 2, 102.

§ 2. — DE LA RESPONSABILITÉ DU TUTEUR.

Art. 450, al. 2.

845. **Son étendue.** Il administrera les biens du pupille, dit l'art. 450, al. 2, *en bon père de famille*, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. Ainsi la gestion des biens n'est pas seulement pour lui un *pouvoir*, c'est aussi un *devoir*. L'expression *bon père de famille* vient du

droit romain, où l'idée de direction de biens se rattachait naturellement à celle de *paterfamilias*.

Cette obligation de gérer comme un propriétaire soigneux et diligent peut s'analyser en trois éléments distincts :

1^o Le tuteur doit *conserver* le patrimoine, c'est-à-dire empêcher qu'il ne périclite, en fait ou en droit, par sa négligence.

2^o Il doit le *faire fructifier*, c'est-à-dire faire produire aux biens tous les revenus qu'ils peuvent donner.

3^o Il doit l'*augmenter* autant que possible, c'est-à-dire s'efforcer de réaliser des économies sur la dépense annuelle afin de capitaliser les excédents de revenus.

Le tuteur répond de *toute faute* par lui commise, non seulement de ses fautes *lourdes*, mais même de ses fautes *légères*. Cette formule théorique du principe n'est pas douteuse ; ce sont ses applications de fait qui peuvent être délicates, quand il s'agit de savoir si, dans telles circonstances données, il y a eu une faute engageant la responsabilité du tuteur. Comp. Liège, 24 février 1890, P. 1890, 2, 197 ; Rouen, 13 décembre 1905, D. 1908, 2, 233.

§ 3. — DES INCAPACITÉS DONT LE TUTEUR EST FRAPPÉ.

Art. 450, al. 3.

846. **Achat des biens du mineur.** Le tuteur ne peut acheter, même aux enchères publiques, des biens meubles ou immeubles appartenant à son pupille. Si le tuteur pouvait se porter acquéreur, en traitant avec le subrogé tuteur, il se trouverait placé entre son devoir et son intérêt.

L'interdiction ne s'applique pas quand le tuteur est déjà *copropriétaire* du bien exposé en vente sur licitation ; c'est que l'acquisition s'opère alors, non plus par un achat proprement dit, mais par une opération de *partage*. Art. 883. En pareil cas, le subrogé tuteur remplace le tuteur, à raison de l'opposition d'intérêts, art. 420, et il y a lieu de faire nommer un subrogé tuteur *ad hoc* pour intervenir également à la licitation, art. 2, § 4, de la loi du 12 juin 1816.

847. Achat d'une créance contre le mineur. Le tuteur ne peut acheter aucune créance existant contre son pupille. L'achat d'une créance est un acte de spéculation; si le tuteur veut spéculer, qu'il spéculé aux dépens d'un autre que son pupille!

L'interdiction ne s'applique qu'aux acceptations de *cessions*, c'est-à-dire aux *achats* proprement dits. Arg. des art. 841, 1597 et 1689. Aucune loi ne fait obstacle à ce que le tuteur devienne titulaire d'une créance contre son pupille soit par voie de succession ou de donation entre vifs ou testamentaire, soit même par voie de paiement avec subrogation légale ou conventionnelle.

848. Prise à bail des biens du mineur. Le tuteur ne peut prendre à bail les biens du mineur. Mais cette prohibition, à la différence des deux précédentes, n'est pas absolue; le conseil de famille est maître de la lever en *autorisant le subrogé tuteur* à passer bail au nom du mineur.

849. Sanction des prohibitions légales. La *nullité* n'est pas prononcée expressément par l'art. 450, mais elle l'est virtuellement, puisque le texte est conçu en termes prohibitifs. Cette nullité est une nullité *relative* que le mineur seul peut invoquer, puisqu'elle est établie exclusivement dans son intérêt.

SECTION 4. — Des restrictions des pouvoirs du tuteur.

850. Classification. Ces restrictions se répartissent en plusieurs catégories: 1^o il y a des actes qui sont complètement interdits au tuteur; 2^o d'autres qu'il ne peut faire que pour une certaine durée et renouveler qu'à une certaine époque; 3^o d'autres encore qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille (on ne doit pas oublier que le tribunal a le pouvoir de réformer les décisions du conseil de famille, art. 883 c. proc.); 4^o d'autres enfin qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal; quelques uns exigent en outre des formalités spéciales.

A ce système du code civil, il faut ajouter les dispositions de quelques lois postérieures, qui feront l'objet d'un paragraphe particulier.

§ 1. — DES ACTES INTERDITS AU TUTEUR.

851. **Compromis.** Le *compromis* est un contrat par lequel on confie à des arbitres la mission de trancher une contestation. L'interdiction de compromettre sur les affaires du mineur résulte de la combinaison des art. 83, 6°, et 1004 c. proc.

852. **Acceptation pure et simple d'une succession.** Il résulte de l'art. 461 que le tuteur ne peut jamais accepter *purement et simplement* une succession échue au mineur. C'est que l'héritier qui accepte une succession purement et simplement est tenu d'en payer les dettes *ultra vires*; or on peut toujours se tromper sur les dettes d'une succession et voir se révéler des dettes qui étaient inconnues au moment de l'acceptation.

On verra au troisième livre du code que les legs universels ou à titre universel doivent être assimilés aux successions, et que par conséquent le tuteur, même dûment autorisé, ne peut les accepter que sous bénéfice d'inventaire.

§ 2. — DES RÈGLES SUR LA DURÉE DES BAUX ET L'ÉPOQUE DE
LEUR RENOUVELLEMENT.

Art. 1718.

853. **Durée des baux.** Le tuteur ne peut faire que des baux de *neuf ans*. Art. 1718 et 1429. Ceux qu'il consentirait pour un temps plus long *ne seraient pas nuls*, et le locataire ou fermier serait même tenu, si les intéressés l'exigeaient, de les exécuter jusqu'au bout; mais ils *ne seraient obligatoires pour l'ex-mineur ou ses héritiers*, après la cessation de la tutelle, que jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans dans laquelle on se trouverait à ce moment.

854. **Epoque du renouvellement des baux.** Le tuteur ne peut renouveler les baux de *maisons* plus de *deux ans* avant l'expiration du bail courant, et ceux des biens *ruraux* plus de *trois ans* avant la même époque. Art. 1718 et 1430. Les baux qui auraient été renouvelés plus tôt *ne seraient pas obligatoires pour*

l'ex-mineur ou ses héritiers, à moins que leur exécution n'eût commencé déjà lors de la cessation de la tutelle, auquel cas ils devraient être respectés jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans dans laquelle on se trouverait à ce moment.

§ 3. — DES ACTES POUR LESQUELS LE TUTEUR DOIT AVOIR
L'AUTORISATION DU CONSEIL DE FAMILLE.

1. — *Acceptation ou répudiation des successions.*

Art. 461 ⁽¹⁾.

855. **Choix entre la renonciation et l'acceptation bénéficiaire.** Le tuteur, qui ne peut jamais accepter une succession purement et simplement, ne peut opter entre la répudiation et l'acceptation bénéficiaire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Art. 461.

On s'explique que le code exige l'intervention du conseil de famille en ce qui concerne la renonciation; la liquidation de la succession pourrait peut-être laisser un boni. Mais quelle est la nécessité de l'autorisation de ce conseil pour l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, puisque l'héritier bénéficiaire n'est jamais tenu du paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis? C'est que tout héritier acceptant, même sous bénéfice d'inventaire, est tenu de rapporter dans la masse à partager entre ses cohéritiers les choses qui lui ont été données ou léguées par le défunt, à moins que ces libéralités ne lui aient été faites avec dispense de rapport, art. 843; l'héritier renonçant, au contraire, étant censé n'avoir jamais été héritier, n'est pas tenu au rapport, art. 845. Cela posé, on aperçoit que l'acceptation bénéficiaire d'une succession serait onéreuse pour le mineur qui aurait reçu comme donataire ou légataire, *sans dispense de rapport*, une valeur supérieure à celle qu'il serait appelé à retirer du partage de la succession.

(1) L'art. 790 rend inutile la disposition de l'art. 462.

II. — *Acceptation des donations entre vifs ou testamentaires.*

Art. 463 et 935.

856. **Donations entre vifs.** Le tuteur *comme tel* ne peut accepter une donation faite au mineur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Art. 463. C'est qu'il est bon que ce conseil, qui a le contrôle de l'éducation du mineur, connaisse et approuve les motifs de la libéralité qui pourrait venir d'une source suspecte.

L'art. 935 accorde d'une façon générale aux *ascendants* le pouvoir d'accepter les donations faites à leurs descendants mineurs. Il en résulte que lorsqu'un ascendant est tuteur, il peut se passer de l'autorisation du conseil de famille, en acceptant la libéralité non pas en sa qualité de tuteur, mais en sa qualité d'ascendant.

857. **Donations testamentaires.** Dans le langage du code, le terme *donation* employé seul comprend la donation entre vifs et la donation testamentaire ou legs. Art. 711 et 1401, 1°. On doit donc exiger du tuteur l'autorisation préalable du conseil de famille pour l'acceptation d'un legs quelconque, *même particulier*, l'art. 463 ne distinguant pas entre les donations entre vifs et les donations testamentaires.

III. — *Procès.*

Art. 464 et 465.

A. — Exercice des actions.

858. **Actions pétitoires immobilières.** Le tuteur ne peut *introduire* en justice une action pétitoire immobilière sans y être autorisé par le conseil de famille. Art. 464. (4)

Bien que les actions *possessoires* soient des actions immobilières, on s'accorde à penser que le tuteur a qualité pour les intenter sans autorisation. C'est que ces actions ne compromettent pas le fond même du droit et rentrent ordinairement dans les pouvoirs des simples administrateurs du patrimoine d'autrui.

859. **Actions mobilières.** Le tuteur ne peut non plus, sans

autorisation du conseil de famille, *introduire* une action en partage, quelle que soit la cause de l'indivision, et encore que les biens indivis soient tous de nature purement *mobilière*. Art. 465.

Avec l'action en partage il ne faut pas confondre l'action en paiement d'un prix de vente de droits indivis. Bruxelles, 25 mai 1895, P. 1896, 2, 123.

860. **Actions relatives à l'état des personnes.** La jurisprudence française argumente du silence du code pour reconnaître au tuteur le pouvoir d'*intenter* ces actions sans autorisation du conseil de famille. Grenoble, 14 février et 5 décembre 1883, S. 1884, 2, 73; Cass. fr., 26 février 1890, D. 1890, 1, 291. La plupart des auteurs enseignent avec raison que c'est un argument à fortiori et non à contrario qu'il faut tirer de l'art. 464; ils s'appuient pour cela sur les art. 175, 182, 468 et 510. Le nouvel art. 341 b, al. 1, a consacré leur doctrine. *Contra*: H. DePAGE. I, 2^e éd., n° 180, 9°

B. — Acquiescement.

861. **Matières immobilières.** *Acquiescer* à une action, c'est reconnaître le bien fondé de la prétention du demandeur. Le tuteur ne peut acquiescer à une *action immobilière* dirigée contre son pupille sans y être autorisé par le conseil de famille. Art. 464.

Se désister d'un appel, ce n'est pas autre chose qu'un acquiescement à la sentence que l'adversaire a obtenue des premiers juges. Le tuteur ne peut donc, sans autorisation préalable du conseil de famille, se désister d'un appel qu'il aurait interjeté relativement aux droits immobiliers de son pupille. Cass. fr., 22 mars 1897, D. 1897, 1, 277.

On admet généralement que le tuteur peut acquiescer seul, sans autorisation du conseil de famille, à une demande ou à un jugement rendu contre le pupille en matière mobilière. Liège, 7 juillet 1897, P. 1898, 2, 6; Cass. fr., 3 novembre 1903, D. 1904, 1, 131. Comp. Bruxelles, 13 janvier 1909, P. 1909, 2, 102.

§4. — DES ACTES POUR LESQUELS L'AUTORISATION DU CONSEIL DE FAMILLE DOIT ÊTRE HOMOLOGUÉE PAR LE TRIBUNAL.

I. — *Emprunt.*

Art. 457 et 458.

862. **Caractère absolu de la restriction.** Les art. 457 et 458 disposent que le tuteur ne peut *emprunter* pour le mineur sans y être autorisé par le conseil de famille et la justice. Il n'y a pas à considérer le *montant* de la somme à emprunter, ni le *but* de cette opération.

L'autorisation n'est valablement donnée qu'autant qu'elle constate la *nécessité absolue* ou l'*avantage évident* de l'emprunt. Le tuteur qui invoque la nécessité absolue doit présenter au conseil un compte sommaire établissant que les revenus, deniers et effets mobiliers du mineur sont insuffisants pour satisfaire aux besoins auxquels il s'agit de faire face.

Le conseil de famille et le tribunal, en autorisant l'emprunt, peuvent en fixer le taux, la durée, le mode de remboursement, et formuler *toutes les conditions qu'ils jugeront utiles*. (*)

863. **Emprunt indirect.** Le principe qu'il n'est pas permis de faire par des procédés détournés ce qu'il est interdit de faire directement, commande de décider que le tuteur doit remplir les formalités des art. 457 et 458 lorsqu'il veut contracter des *obligations de nature à entamer les capitaux de son pupille*. D'une manière générale, en effet, il est vrai de dire que les *opérations à crédit* ne sont, au fond, que des emprunts indirects présentant tous les dangers qui ont inspiré les dispositions des art. 457 et 458. Comp. Liège, 6 février 1901, P. 1901, 2, 221.

Toutefois il faut réserver le cas des obligations que l'administration du patrimoine entraîne nécessairement. Il est clair, par exemple, que le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation pour faire un marché en vue d'effectuer des réparations nécessaires, encore qu'il n'ait pas actuellement entre les mains les sommes qu'il s'agit d'y consacrer.

II. — Aliénation immobilière.

Art. 457 à 459 modifiés par la loi du 12 juin 1816.

A. — Règles générales.

864. **Caractère absolu de la restriction.** Les art. 457 et 458 disposent que le tuteur ne peut *aliéner* ou *hypothéquer* les biens immeubles de son pupille, sans y être autorisé par le conseil de famille et la justice. Peu important toujours la *valeur* de l'immeuble et le *but* de l'opération.

De même que pour l'emprunt, l'autorisation n'est valablement donnée qu'autant qu'elle constate la *nécessité absolue* ou l'*avantage évident* de l'opération⁽¹⁾ et le conseil et le tribunal peuvent subordonner leur consentement à *toutes les conditions qu'il leur plait*. *Cass.* 3. novembre 1927. *D.* 1927. I. 318.

Dans la pratique, le tribunal se fait soumettre le cahier des charges de l'opération et le modifie à son gré. *Comp. Bruxelles*, 6 juin 1872, *B. J.* 1872, col. 801; *Liège* 29. novembre 1928, *B. J.* 1929, col. 244.

865. **Contrats d'aliénation que la justice peut autoriser.** Ce ne sont pas seulement les aliénations par contrat de *vente* que la justice peut autoriser après avis du conseil de famille, ce sont aussi les aliénations par tout autre contrat à titre onéreux, notamment par voie d'*échange* ou d'*apport en société*.⁽²⁾ Ce principe résulte de la combinaison de nos art. 450, al. 1, 457, al. 1, 458, et de l'art. 883, c. proc. Trib. *Bruxelles*, 21 septembre 1907, *B. J.* 1907, col. 1087; *Riom*, 2 mai 1907, *D.* 1908, 2, 109.

Mais il y a à distinguer entre les ventes et les autres contrats au point de vue des *formes de leur réalisation*. Dûment autorisé, le tuteur peut faire l'échange ou l'apport en société d'un immeuble de son pupille, sans avoir à observer quelque autre forme habilitante. Ainsi il n'est pas tenu de procéder avec l'assistance du subrogé-tuteur, ni de passer acte du contrat devant notaire sous la présidence du juge de paix. *R. Sociétés*, 1904, p. 256. Au contraire, à l'égard de la vente, le tuteur se trouve tenu de suivre les formes particulières qui lui sont tracées par la loi du 12 juin 1816 qui a remplacé l'art. 459 du code civil.

B. — Règles spéciales à la vente.

866. **Formes prescrites par la loi du 12 juin 1816.** Elles sont au nombre de quatre: 1^o La vente doit se faire par le ministère d'un *notaire commis par le tribunal*, dans le jugement d'homologation. Art. 2, § 2.

2^o Elle doit être *publique* et se faire conformément à ce qui est usité dans le canton à l'égard des ventes publiques ordinaires d'immeubles (affiches et annonces dans les journaux) Art. 8.

3^o Elle doit être faite sous la *présidence du juge de paix* (1) Art. 2, § 4. La loi charge expressément ce magistrat de veiller à ce qu'il ne se fasse rien au préjudice du mineur; il a le pouvoir de faire surseoir à la vente, non seulement lorsqu'il s'aperçoit de quelque fraude ou collusion, mais encore lorsqu'il a des raisons de croire que les offres des amateurs n'atteignent pas la valeur de l'immeuble. Art. 7. Ce principe de la haute surveillance du juge de paix est organisé par l'art. 5 de l'arrêté du 12 septembre 1822.

4^o Le tuteur doit être *assisté du subrogé tuteur*. Art. 2, § 4. Ce texte exige positivement, en effet, que la vente se fasse *en présence* du subrogé-tuteur; il n'ajoute pas les mots: *ou lui dûment appelé*. D'un autre côté, aucune loi ne permet au tribunal statuant en matière gracieuse de commettre un notaire aux fins de tenir la place du subrogé tuteur qui refuserait de figurer à la vente. Dans les ventes volontaires de biens de mineurs, il n'y a aucun moyen juridique de se passer de l'intervention du subrogé tuteur; il faut absolument recourir à la mesure extrême de sa destitution et de son remplacement.

867. **Cas particuliers.** 1^o *Cas où l'immeuble est sujet à expropriation pour cause d'utilité publique.* Lorsqu'un immeuble

(1) La vente doit avoir lieu dans le canton où s'est ouverte la succession dans laquelle le mineur a recueilli l'immeuble qu'il s'agit d'aliéner, à moins que le tribunal n'ait décidé qu'elle aurait lieu dans un autre canton. Art. 2, § 4, et art. 5.

du mineur est menacé d'expropriation pour cause d'utilité publique, le tuteur ne peut en consentir la cession amiable à l'expropriant sans observer les règles précédentes. C'est que, jusqu'au jour du jugement déclarant accomplies les formalités préliminaires de l'expropriation, le propriétaire conserve la libre et entière disposition de son immeuble; s'il accepte les offres amiables de l'expropriant, il conclut une véritable vente volontaire. Louvain, 27 juillet 1887, B. J. 1888, col. 366. Il y a cependant un moyen juridique de tourner la difficulté, mais il faut pour cela que l'expropriant commence la poursuite en expropriation et formule une offre d'indemnité en fournissant les documents exigés par l'art. 7 de la loi du 17 avril 1835. Dès le moment où la procédure se trouvera ainsi engagée, l'autorisation du conseil de famille suffira au tuteur pour traiter valablement avec l'expropriant. C'est qu'il ne s'agira plus alors de faire une vente volontaire, mais un simple *acquiescement* à une demande immobilière, et l'art. 464 du code se trouvera ainsi applicable.

2^o *Cas où il s'agit de réaliser par acte notarié une vente faite par l'auteur du mineur.* On dit souvent que le tuteur n'a besoin d'aucune habilitation en pareil cas, parce qu'il ne s'agit pas d'une *vente à conclure* au nom du mineur, mais simplement d'*acter une vente antérieurement consentie* par l'auteur du mineur. Mons, 21 mai 1910, *M. notariat*, 1910, p. 314. Cette solution n'est vraie que sous une réserve: il faut que l'obligation à relater dans l'acte authentique se trouve déjà établie par d'autres moyens de preuve dont le conseil de famille et le tribunal ont reconnu la suffisance. Autrement l'acte que passerait le tuteur serait inopérant en vertu du principe exprimé par le brocard: *Qui non potest contrahere, non potest confiteri*. Comp. Charleroi, 22 juillet 1899, P. 1900, 3, 10.

III. — *Licitation immobilière sur la provocation d'un copropriétaire par indivis.* (1)

Art. 460 remplacé par l'art. 2, § 3, de la loi du 12 juin 1816.

868. **Distinction.** Il faut distinguer s'il y a ou non accord entre le copropriétaire majeur et le tuteur.

I. *Si il y a accord entre eux*, c'est la disposition spéciale de l'art. 2, § 3, de la loi de 1816 qui se trouve applicable. Le copropriétaire procède par la voie de la *juridiction gracieuse*; il s'adresse *directement au tribunal* par requête, à l'effet d'être *autorisé* à la vente. Le tribunal ne peut accueillir la requête que s'il estime que l'immeuble est *impartageable en nature*. Art. 827 c. c. Liège, 29 juillet 1895, P. 1896, 2. 191.

Autorisée par le tribunal selon les règles de l'art. 2, § 3, de la loi de 1816 et de l'art. 827 c. c., la licitation s'opère dans les formes de la vente volontaire telles qu'elles ont été exposées ci-dessus (n° 866). Art. 2, § 4, de la loi de 1816.

Le tribunal a *autorisé* la vente, il ne l'a pas *ordonnée*; il n'a trouvé dans aucune loi le pouvoir de commettre un notaire pour remplacer le tuteur ou le subrogé tuteur qui refuserait d'assister à la vente. Tournai, 14 février 1908, B. J. 1908, col. 362. Il sera impossible de procéder à la licitation sans la présence du tuteur et du subrogé-tuteur.

II. *Si le copropriétaire majeur n'obtient pas l'adhésion du tuteur*, c'est tout d'abord le droit commun des art. 815 et 1686 à 1688 c. c. qu'il faut appliquer. Le copropriétaire procède par la voie de la *juridiction contentieuse*; il *assigne le tuteur* devant le tribunal à cette fin que la vente soit *ordonnée*. De même que dans le cas précédent, le tribunal ne peut ordonner la vente que s'il décide que l'immeuble est impartageable en nature.

Ordonnée par le tribunal en vertu des art. 815 et 1686 à 1688 c. c., la licitation doit se faire dans les formes de l'art. 2, § 4, de la loi de 1816, car, aux termes de son art. 1^{er}, cette loi a remplacé « toutes les dispositions et formalités prescrites par les lois encore existantes à l'égard de l'aliénation publique d'immeubles appartenant, en tout ou en partie, à des mineurs ».

Est-ce à dire que la présence du tuteur et du subrogé-tuteur sera indispensable à la validité de la licitation, et que, s'ils refusent d'y intervenir, il faudra recourir à la mesure de leur destitution et de leur remplacement? Nous ne le pensons pas; le jugement qui a *ordonné* la vente a *suppléé* d'avance au consen-

tement des représentants du copropriétaire mineur; il ne s'agit plus ici d'une vente volontaire, mais d'une vente forcée. Appliquer à la lettre la disposition de l'art. 2, § 4, de la loi de 1816, ce serait reconnaître au tuteur et au subrogé-tuteur le moyen de paralyser arbitrairement l'exécution d'un *jugement de condamnation* obtenu par le copropriétaire majeur contre leur pupille. Mons, 10 avril 1896, P. 1896, 3, 225; Dinant, 10 janvier 1901, *M. notariat*, 1901, p. 357. Comp. Arlon, 7 juin 1905, P. 1905, 3, 331.

III. — *Transaction.*

Art. 467.

869. **Conditions de validité, même en matière mobilière.** La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation pendante ou préviennent une contestation imminente, *en se faisant des concessions réciproques*. Art. 2044. Aussi l'art. 467 prend-il des précautions particulières: il exige, outre l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, l'avis favorable de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi.

Le code abandonne ici sa distinction habituelle des meubles et des immeubles; les formalités qu'il établit doivent être observées même pour les transactions sur les droits mobiliers du mineur. Paris, 14 août 1871, D. 1872, 5, 455.

§ 5. — DES ACTES RÉGIS PAR DES LOIS POSTÉRIEURES AU CODE CIVIL.

I. — *Partage.*

Art. 9 de la loi du 12 juin 1816.

870. **Abrogation du système antérieur.** L'art. 9 de la loi du 12 juin 1816 a remplacé les dispositions du code civil et du code de procédure sur les formes du partage des indivisions dans lesquelles des mineurs ou des interdits sont intéressés.

Les formes de la loi de 1816 doivent être observées quelle que soit la *cause de l'indivision*, succession, communauté ou société,

et quelle que soit la *nature des biens indivis*, meubles ou immeubles. Mais elles ne doivent être suivies que lorsqu'il s'agit de procéder à des opérations de *partage*. C'est, suivant les cas, le principe de la plénitude des pouvoirs du tuteur ou la règle spéciale de l'art. 61 de la loi hypothécaire qu'il y a lieu d'appliquer, lorsqu'il s'agit d'opérer la simple *perception des deniers* provenus d'une vente par licitation. *R. notariat belge*. 1893, p. 38, et 1898, p. 609 et 641.

871. **Renvoi au titre des successions.** Les règles de l'art. 9 de la loi de 1816 seront enseignées dans la matière des successions, à la suite des règles du code civil sur le partage judiciaire.

II. — Réception des capitaux non exigibles pendant la tutelle.

Art. 61 de la loi hypothécaire.

872. **Modification du système du code.** Dans le système du code civil, le tuteur a pleins pouvoirs pour recevoir tous les deniers dus au mineur et en donner quittance, sans distinction aucune. L'art. 61 de la loi hypothécaire restreint les pouvoirs du tuteur en lui imposant l'*assistance du subrogé tuteur* pour la réception des capitaux dont le conseil de famille n'a pas dû prévoir la rentrée, lorsqu'il s'est réuni au début de la tutelle pour organiser la garantie hypothécaire du mineur. Le subrogé tuteur est spécialement tenu de veiller à ce que les capitaux remboursés soient immédiatement versés à la caisse des dépôts de consignations, à moins que le conseil de famille n'autorise le tuteur soit à en faire emploi selon l'un des modes énumérés par l'art. 57 de la loi, soit à les conserver et à les faire valoir lui-même sous sa responsabilité.

L'intervention du subrogé tuteur à la quittance est *nécessaire* et *suffisante* pour que le débiteur soit valablement libéré. La loi n'impose aucunement à ce dernier l'obligation de surveiller l'emploi des fonds qu'il a versés.

873. **Défense contenue dans celle de recevoir.** Il est évident que la défense de *recevoir* emporte celle de *disposer*. La règle

portée par l'art. 61 serait vaine si le tuteur pouvait *céder* les créances dont il ne peut recevoir le remboursement.

874. Capitaux auxquels l'art. 61 est applicable. Cet article n'exprime pas fidèlement la pensée du législateur. Dans sa lettre, il ne vise que les capitaux non exigibles, c'est-à-dire les rentes, et les créances à terme qui ne doivent échoir qu'après la majorité du pupille. Dans son esprit, il atteint tous les capitaux dont le conseil de famille n'a pas dû prévoir la rentrée, lorsqu'il a organisé l'hypothèque légale du mineur sur les biens du tuteur. Aussi décide-t-on avec raison que l'art. 61 s'applique même aux capitaux *inattendus*, c'est-à-dire à ceux dont le mineur devient créancier inopinément au cours de la tutelle, notamment les indemnités d'expropriation pour cause d'utilité publique. LEMAIRE-BOSERET, *Les sûretés réelles*, n° 221.

Deux points nous paraissent d'ailleurs à l'abri de toute controverse sérieuse: l'un, que l'art. 61 ne dispose pas à l'égard des créances à terme qui *doivent* devenir exigibles au cours de la tutelle; l'autre, que cet article dispose à l'égard des créances à terme qui ne *peuvent* devenir exigibles pendant la minorité que par suite d'une clause de déchéance. *M. notariat*, 1910, p. 361.

875. Tuteurs auxquels l'art. 61 est applicable. Cet article ne fait aucune distinction entre les *tuteurs*; il s'applique dès lors au survivant des père et mère. Mais il faut bien observer, les tribunaux négligent parfois de le faire, que le survivant des père et mère peut avoir une autre qualité que celle de *tuteur* pour recevoir valablement, sans aucune assistance, le remboursement de tous les capitaux indistinctement qui peuvent être dus à l'enfant: c'est la qualité d'*usufruitier légal*, qualité qui lui est attribuée, dans son propre intérêt, l'*administration ordinaire* de tous les biens soumis à sa jouissance. Comp. Trib. Gand, 16 février 1853, B. J. 1853, col. 326.

III. — *Transfert ou reconstitution en titres au porteur de titres nominatifs de rentes sur l'Etat.*

Art. 19 et 20 de l'arrêté royal du 22 novembre 1875
porté en vertu de la loi du 16 juin 1868.

876. **Distinction.** Lorsque les inscriptions *n'excèdent pas 50 fr.* de revenu annuel, l'habilitation nécessaire au tuteur pour les aliéner ou les convertir en titres au porteur consiste simplement dans *l'assistance du subrogé tuteur*. Lorsque leur revenu annuel *dépasse 50 fr.*, le tuteur doit se munir de *l'autorisation du conseil de famille*.

L'arrêté de 1875 a placé la reconstitution en titres au porteur sur la même ligne que le transfert, parce qu'elle offre exactement les mêmes dangers pour le pupille.

§ 6. — DE L'EFFET DES ACTES PASSÉS PAR LE TUTEUR ET DE CEUX QUI AURAIENT ÉTÉ FAITS PAR LE MINEUR LUI-MÊME.

877. **Observation.** Le code ne traite cette matière qu'au titre des Obligations. Art. 1124, 1125, 1304 et suiv. Mais il est nécessaire d'en présenter un résumé dès maintenant, afin de vivifier les principes qui viennent d'être enseignés.

I. — *Des actes du tuteur.*

878. **Actes réguliers.** Les actes faits par le tuteur, dans les limites de ses pouvoirs, et conformément aux prescriptions légales dans les cas où la loi exige l'accomplissement de certaines conditions ou formalités protectrices des intérêts du mineur, *lient* celui-ci envers les tiers comme s'il les avait accomplis lui-même en état de majorité. *Factum tutoris, factum pupilli*. Art. 466, 840 et 1314. Il ne peut en demander la rescision pour cause de lésion, à moins qu'il ne se trouve dans un des cas où un *majeur* le pourrait.

Mais il faut bien distinguer, toutes les fois qu'il s'agit des effets d'un acte du tuteur, la question de la *validité de l'acte*, qui a trait aux rapports établis par cet acte avec les tiers, et la

question de la *responsabilité du tuteur*, qui se réfère aux rapports existants entre le tuteur et le mineur. Si le tuteur a *mal géré*, s'il a par sa faute causé un préjudice au mineur, il sera passible de dommages-intérêts envers lui. Art. 450, al. 2.

879. Actes irréguliers. Les actes faits par le tuteur sans les conditions ou formalités prescrites par la loi sont *nuls de droit* ⁽¹⁾.

Ils ne sont pas inexistants, mais simplement *annulables*. Sans doute, on doit toujours soigneusement distinguer les questions de *pouvoir* et les questions de *capacité*. Mais on ne peut pas assimiler le tuteur qui n'observe pas les formes habilitantes établies par la loi à un mandataire qui excède ses pouvoirs et qui n'est donc plus vraiment mandataire. C'est que le tuteur a un *pouvoir général* de représentation pour tous les actes relatifs aux intérêts du mineur. Art. 450, al. 1. Seulement, pour certains d'entre eux, ce pouvoir est, non pas subordonné, mais soumis à certaines conditions dans l'intérêt du mineur, de telle sorte que l'absence de ces dernières constitue, non pas un *retrait du pouvoir* qui lui est conféré, mais un *vice de l'acte lui-même* considéré comme n'ayant pas été entouré des formalités imposées pour la protection du mineur.

Est-il besoin d'ajouter qu'il ne faut jamais confondre les *formes habilitantes* que la loi exige d'un incapable ou, dans certains cas, de son représentant légal, avec les *formes solennelles* que la loi prescrit pour la passation de certains actes juridiques?

La nullité est *de droit* en ce sens qu'elle dérive du seul défaut des conditions ou formalités prescrites par la loi, indépendamment de toute *lésion* éprouvée par le mineur.

Elle est d'ailleurs purement *relative*, c'est-à-dire qu'elle ne peut être demandée que par l'ex-mineur lui-même ou ses héritiers, sans pouvoir l'être par les tiers avec lesquels l'acte a été passé.

(1) La nullité résultant de la violation des textes qui imposent au tuteur l'obligation de se munir de l'autorisation du conseil de famille *avant* de passer certains actes, ne peut-elle pas être couverte par une autorisation ultérieure? Cass., 27 avril 1899, P. 1899, 1, 201; R. crit. 1896, p. 563; D. 1908, 2, 234, note 1.

Art. 1125, al. 2. Cass. 27 avril 1899, P. 1899, 1. 201; Dijon, 27 novembre 1895, D. 1896, 2, 191.

On voit par là quelle portée il faut donner à la maxime *Factum tutoris, factum pupilli*; elle n'est rigoureusement vraie que si les formes légales ont été observées.

II. — *Des actes du mineur.*

880. Actes faits par le tuteur et le mineur ensemble. Ces actes ont la même valeur que s'ils avaient été accomplis par le tuteur seul. En disant que le tuteur représente le pupille, la loi n'entend pas lui *imposer* d'agir sans la participation de celui-ci, mais seulement lui accorder une faculté destinée à faciliter sa gestion.

881. Actes du mineur seul. On suppose évidemment un mineur doué de *discernement*.

Si l'acte est de ceux que le tuteur lui-même ne peut accomplir sans l'observation de certaines conditions ou formalités particulières, cet acte est *nul de droit*.

Mais si l'acte est de ceux que le tuteur peut accomplir librement et sans aucune formalité, cet acte n'est pas nul de droit; il n'est entaché de nullité que s'il est *lésionnaire* pour le mineur. Art. 1305. Il faudra donc, pour le faire tomber, établir qu'il a été la source d'un préjudice pour le mineur. *Minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam læsus*.

CHAPITRE IV. — DE LA CESSATION DE LA TUTELLE.

SECTION 1. — Des causes qui mettent fin à la tutelle.

Art. 419.

882. Cessation ex parte pupilli ou ex parte tutoris. La tutelle peut cesser soit du côté du pupille, soit du côté du tuteur.

Quand elle cesse *ex parte pupilli*, son extinction est absolue et pour toujours (sauf toutefois l'application de l'art. 486); il n'y a plus ni tuteur, ni subrogé tuteur, ni conseil de famille. La

tutelle prend fin *ex parte pupilli* par le décès du mineur, sa majorité ou son émancipation.

Quand elle cesse *ex parte tutoris*, son extinction est purement relative; elle est plutôt *vacante* qu'éteinte; le subrogé tuteur et le conseil de famille continuent de subsister. La tutelle prend fin *ex parte tutoris* par le décès du tuteur, l'admission d'une excuse, la survenance d'une cause d'incapacité, sa destitution.

883. **Gestion intérimaire.** L'expiration de la tutelle enlève au tuteur tout pouvoir sur la personne et sur les biens du pupille. Mais comme il s'écoule un certain temps avant que la transmission *effective* de l'administration puisse avoir lieu, le tuteur ou ses héritiers majeurs sont tenus de gérer provisoirement les affaires de la tutelle expirée. Art. 419 et 440.

Cette gestion intérimaire imposée à l'ex-tuteur ou à ses héritiers n'est pas une *tutelle* proprement dite; aussi est-il certain que leurs pouvoirs se restreignent à l'accomplissement des actes d'administration qui présentent un caractère d'urgence. Arg. de l'art. 2010. Gand, 13 février 1897, B. J. 1897, col. 265; Amiens, 19 février 1896, D. 1897, 2, 232. Mais si elle n'est pas une tutelle, elle est une *suite nécessaire* de la tutelle expirée; aussi est-il généralement admis que l'ex-tuteur ou ses héritiers continuent d'être tenus de la débite des intérêts des deniers pupillaires selon les règles mêmes de la tutelle; à ce point de vue, la tutelle est censée durer tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu et apuré. Bruxelles, 16 juillet 1896, P. 1897, 2, 362; Paris, 13 décembre 1877, D. 1878, 2, 71.

SECTION 2. — Du compte définitif de la tutelle.

§ 1. — DE LA REDDITION DU COMPTE.

Art. 469, 471 et 473.

884. **Cas où le compte doit être rendu.** Il y a lieu à reddition de compte toutes les fois que le tuteur cesse ses fonctions, que la tutelle soit finie ou non.

Tout tuteur doit rendre compte de sa gestion, même le survivant

des père et mère. Art. 469. Aucune dispense de rendre compte ne peut être accordée au tuteur, pas même par la personne qui en aurait fait la condition d'une libéralité au mineur. Art. 900.

885. Le rendant et l'oyant compte. On appelle *rendant* celui qui présente le compte et *oyant* celui qui le reçoit.

Au cas de cotutelle, le compte doit être rendu solidairement par la tutrice et son mari. Art. 395, 396 et 442 bis D. 1906, I, 153. note 1.

Lorsque la tutelle a pris fin *ex parte pupilli*, le compte est rendu soit au mineur devenu majeur, soit au mineur émancipé assisté de son curateur, soit aux héritiers du mineur décédé. Lorsqu'elle n'a cessé que *ex parte tutoris*, le compte est rendu au nouveau tuteur qui doit l'exiger sous sa responsabilité personnelle. Plusieurs auteurs enseignent qu'il doit être assisté du subrogé tuteur, le compte tenant lieu pour lui de l'inventaire prescrit par l'art. 451.

886. Formes et frais du compte. Lorsque les parties sont d'accord, le compte se rend à l'amiable. Quand le compte est approuvé par l'oyant, on dit qu'il est *apuré*. En principe, les parties procèdent en telle forme qu'il leur convient d'adopter. Lorsque les parties sont en désaccord, le compte se rend en justice dans les formes tracées par les art. 527 à 542 c. proc. Ces formes ne sont applicables dans le cas où, le compte ayant été rendu à l'amiable, des difficultés viennent à surgir relativement à son exécution. Art. 473.

Les frais (de timbre, d'enregistrement et d'acte notarié) du compte rendu à l'amiable sont à la charge du pupille. Art. 471, al. 1. Il ne serait pas juste, en effet, que le tuteur, qui remplit une charge gratuite, fut obligé de supporter une dépense faite exclusivement dans l'intérêt du pupille. L'art. 471 ne concerne que les frais du compte rendu à l'amiable. Les frais judiciaires que le pupille a dû faire pour contraindre le tuteur à rendre compte, et ceux des contestations relatives au compte et dans lesquelles le tuteur a succombé, doivent être supportés par le

tuteur, en tout ou en partie, conformément aux règles des art. 130 et 131 c. proc. Charleroi, 22 juillet 1885, P. 1886, 3, 337.

L'art. 471 ne dispose au sujet des frais du compte que dans le cas où la tutelle a cessé *ex parte pupilli*. On doit l'appliquer par analogie aux frais du compte motivé par le *changement du tuteur*. Il y a cependant lieu d'excepter le cas de destitution du tuteur; lorsque la reddition du compte n'est devenue nécessaire que par la *faute* du tuteur, c'est à lui à en supporter les frais, par application du principe de l'art. 1382.

887. Etablissement des recettes et des dépenses. Comme tout compte, le compte de tutelle se compose de deux chapitres: celui des recettes et celui des dépenses. Le chapitre des recettes doit comprendre toutes les sommes et tous les objets que le tuteur a reçus pour le mineur. Les recettes qu'il aurait dû faire et qu'il n'a pas faites doivent également y figurer. Le chapitre des dépenses comprend toutes les sommes que le tuteur prétend avoir déboursées pour le mineur. Mais on n'y *alloue au tuteur*, c'est-à-dire qu'on ne maintient comme éléments du compte, que les dépenses dont la *réalité* et l'*utilité* sont suffisamment justifiées. art. 471, al. 2.

Le code n'exige point que les dépenses soient *justifiées par écrit*. Il n'aurait pu le faire sans entraver et compliquer la gestion tutélaire. En cas de contestation, les tribunaux apprécient souverainement si les justifications fournies par le tuteur sont ou non suffisantes. Tongres, 7 décembre 1897, J. L. 1898, p. 57; D. 1908, 2, 233, note 2.

Le code n'exige point que les dépenses aient été nécessaires, ni qu'elles aient été autorisées par le conseil de famille; il suffit qu'elles aient été *utiles*. Trib. Liège, 1^{er} juin 1910, P. 1910, 3, 269; Cass. fr., 17 novembre 1903, D. 1904, 1, 11.

Il convient de combiner cette règle de l'art. 471 avec celles qui ont déjà été exposées au sujet des frais d'entretien et d'éducation du mineur:

1^o Si le tuteur, autre que le père ou la mère, s'est soumis à la disposition de l'art. 454, les dépenses qu'il a faites en confor-

mité de la délibération du conseil de famille sont réputées utiles en vertu de la délibération même. S'il n'a pas provoqué la délibération prescrite par l'art. 454 ou s'il a dépassé les chiffres fixés par le conseil, il doit justifier de l'utilité des dépenses qu'il a faites, sous peine de les voir rejeter du compte et rester à sa charge. Bruxelles, 23 avril 1897, P. 1897, 2, 351; Paris, 20 janvier 1890, D. 1891, 2, 237.

2° Les dépenses faites par le père ou la mère, *en vertu de leur autorité paternelle*, sont toujours admissibles au compte, indépendamment de toute question d'utilité. Mais cette solution suppose que les dépenses en question n'incombaient pas *personnellement* au père ou à la mère, en vertu de l'un des art. 385, 2°, ou 203. Cass. fr., 19 avril 1886, D. 1887, 1, 171. Comp. Bordeaux, 5 décembre 1899, D. 1900, 2, 380.

§ 2. — DES CONVENTIONS RELATIVES AU COMPTE DE TUTELLE.

Art. 472.

888. **Système de l'art. 472.** En principe, les conventions à intervenir entre le rendant et l'oyant compte ne sont soumises à aucune condition *particulière* de validité. Mais l'art. 472 apporte une restriction notable au droit commun. La loi craint que l'ex-mineur, afin d'entrer plus promptement en possession de sa fortune ou par une déférence illimitée envers son tuteur, n'approuve en aveugle son compte de tutelle; elle veut le mettre à même d'examiner les éléments de ce compte et lui donner bon gré mal gré le temps de la réflexion. Cette préoccupation explique la disposition de l'art. 472 qui frappe le mineur devenu majeur d'une *incapacité particulière et momentanée* de traiter avec son ancien tuteur.

889. **Conventions auxquelles l'art. 472 est applicable.** Disposition exceptionnelle, l'art. 472 ne s'applique qu'aux conventions (*traités*) qui présentent ces deux caractères: 1° d'avoir pour objet le compte de tutelle; 2° d'être conclues entre le mineur devenu majeur et son ancien tuteur.

1^o *Traité sur le compte de tutelle.* L'expression *sur le compte de tutelle* est manifestement sous entendue à l'art. 472. Cela résulte de l'économie même des art. 469 à 475, des *motifs* sur lesquels l'art. 472 est fondé, et enfin du *rapprochement* de l'art. 2045 qui n'est qu'une application particulière de notre disposition. Liège, 27 juin 1885, P. 1885, 2, 305; Cass. fr., 15 novembre 1898, D. 1904, 1, 465.

On doit d'ailleurs comprendre dans cette expression *tout traité sur le compte de tutelle* non seulement l'apurement même du compte (comp. Gand, 23 décembre 1897, P. 1898, 2, 230), mais tout arrangement de quelque nature qu'il soit, sous quelque forme qu'il soit dressé, par lequel le mineur devenu majeur déchargerait le tuteur, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre compte de sa gestion ou de l'hypothèque légale qui en est la garantie. Bruxelles, 26 décembre 1900, P. 1901, 2, 215; Cass. fr., 29 juin 1903, D. 1903, 1, 411; *R. trim.* 1909, p. 898.

2^o *Traité entre le mineur devenu majeur et son ancien tuteur.* L'art. 472, d'après son texte même, ne s'applique pas aux traités entre les héritiers du pupille et l'ancien tuteur, ni entre le pupille et les héritiers du tuteur, ni même entre le mineur émancipé assisté de son curateur et l'ancien tuteur. Le danger n'existe d'ailleurs vraiment qu'autant que l'ex-pupille est en présence de son tuteur lui-même et se trouve seul en face de lui. Tournai, 4 avril 1900, P. 1900, 3, 355. Il est clair encore que l'art. 472 ne s'applique pas aux traités entre l'ex-mineur et son ancien subrogé tuteur. Bruxelles, 13 mai 1886, P. 1886, 2, 326.

890. **Conditions requises par l'art. 472.** Quatre conditions sont requises pour la validité des conventions entre l'ex-mineur et son ancien tuteur relativement aux faits de la tutelle. Il faut:

1^o Que le tuteur ait rendu à son ancien pupille un *compte détaillé*, c'est-à-dire un compte énumérant, article par article, toutes les recettes et toutes les dépenses. Verviers, 9 mars 1904, B. J. 1904, col. 736.

2^o Que les *pièces justificatives*, telles que les inventaires

dressés au cours de la tutelle, aient été remises à l'appui du compte.

3^o Qu'un *récépissé* de l'oyant compte ait constaté cette remise du compte et des pièces justificatives.

4^o Qu'un *délai de dix jours* au moins se soit écoulé depuis la date du récépissé ⁽¹⁾.

Toutes ces conditions sont de rigueur: le récépissé ne pourrait être suppléé par une déclaration insérée dans le traité que l'ex-pupille a reçu son compte de tutelle et les pièces justificatives, dix jours auparavant.

Mais la loi n'exige pas que le récépissé et le traité dressés sous seings privés aient l'un et l'autre *date certaine* par la formalité de l'enregistrement; elle se tient au principe que les actes sous seings privés font foi de leur date entre les parties. C'est regrettable, car l'ex-mineur peut ainsi se soustraire, par une fausse date, à la protection que l'art. 472 a pour but de lui accorder. Plus tard sans doute, l'ex-mineur sera bien autorisé à faire la preuve par tous moyens quelconques qu'il a fait fraude à la loi de son incapacité; mais ces moyens lui manqueront souvent en fait.

891. **Sanction de l'art. 472.** Tout traité passé en violation de l'art. 472 est frappé de *nullité*. Mais cette nullité est simplement *relative*. Elle n'est introduite, en effet, que dans l'intérêt de l'ancien pupille que la loi cherche à protéger. L'ancien tuteur ne pourrait donc être admis à s'en prévaloir. Cass. fr., 6 août 1888, D. 1889, 1, 339.

Dans le silence de la loi, on doit décider que cette nullité est régie par tous les principes qui régissent les nullités relatives. Aussi est-elle susceptible de se couvrir par une confirmation expresse ou tacite. La confirmation n'est d'ailleurs possible qu'autant qu'au moment où elle intervient les conditions exigées par

(1) Ce délai se calcule conformément aux règles ordinaires; le jour du récépissé n'est pas compté, et quant au dixième jour, il doit être expiré. Tournai, 25 avril 1904, *R. notariat belge*, 1904, p. 447.

l'art. 472 se trouvent remplies; autrement, en effet, elle serait entachée du même vice que le traité lui-même et inefficace comme lui. Cass. fr., 29 janvier 1894, D. 1894, 1, 380. Comp. *R. trim.*, 1905, p. 123.

892. **Complément du système de l'art. 472.** Le système de l'art. 472 est complété par l'art. 907 qui interdit toute disposition entre vifs ou testamentaire de la part du mineur devenu majeur au profit de son tuteur, non ascendant, tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu et apuré.

§ 3. — DES INTÉRÊTS DU RELIQUAT DU COMPTE.

Art. 474.

893. **Objet de l'art. 474.** Durant la minorité, et même après tant que le compte de tutelle n'est pas rendu et apuré, la débiteur d'intérêts entre le tuteur et son pupille est réglée par les art. 450, al. 2, 455 et 456 au profit du pupille, et par l'art. 2001 au profit du tuteur s'il a fait des avances de ses deniers personnels. Bruxelles, 23 avril 1897, P. 1897, 2, 351; D. 1904, 1, 466, note.

Il s'agit ici des intérêts dus sur le *reliquat du compte* de tutelle dûment arrêté à l'amiable entre le tuteur et son pupille.

894. **Dérogation au droit commun.** D'après le principe de l'art. 1153, le reliquat constaté à la clôture du compte ne serait productif d'intérêts, à défaut de clause contraire entre les parties, qu'à compter du jour de l'assignation du débiteur en justice. L'art. 474 renferme une double dérogation au droit commun, l'une en faveur du tuteur, l'autre en faveur du pupille. Si le reliquat est dû au tuteur, il suffit d'une simple *sommation* de payer adressée au pupille pour que les intérêts commencent à courir. Si le reliquat est dû au pupille, une sommation n'est même pas nécessaire, les intérêts courent de plein droit depuis la clôture du compte.

On ne saurait retourner contre le pupille une dérogation introduite en sa faveur. Aussi faut-il décider que si le pupille n'a pu obtenir la reddition de son compte à l'amiable, mais a

dû poursuivre son tuteur en justice, les intérêts du reliquat lui ont profité à compter de sa demande judiciaire, selon l'art. 1153, et non pas seulement à compter de la clôture du compte, selon l'art. 474. Il est clair également que la disposition de l'art. 474 n'a point pour effet d'affranchir le tuteur des obligations plus étendues qui peuvent lui incomber en vertu des règles du droit commun pour des sommes comprises dans le compte, mais dont il est débiteur à un titre particulier. Cass. fr., 13 janvier 1881, D. 1882, 1, 471.

§ 4. — DE LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE DE TUTELLE.

Art. 475.

895. **Application du droit commun.** Aucun texte de notre matière ne contient de disposition spéciale sur la prescription de l'action que le tuteur peut avoir *contre le mineur* du chef des avances qu'il a faites de ses deniers personnels, ou pour toute autre cause se rattachant à sa gestion. Cette action reste soumise en conséquence à la prescription ordinaire de l'art. 2262. Nîmes, 18 novembre 1892, D. 1893, 2, 150.

896. **Dérogation au droit commun.** L'art. 475 dispose que toute action du mineur *contre son tuteur*, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par *dix ans* à compter de la majorité (ou à compter du décès, si la tutelle finit par la mort du pupille). Comp. Cass. fr., 15 février 1882, D. 1883, 1, 111. C'est que la défense du tuteur serait trop difficile après un grand nombre d'années sa gestion s'étant appliquée à une multitude d'affaires plus ou moins compliquées et à une foule de dépenses de détail.

897. **Actions soumises à la prescription décennale.** Toutes les actions du *mineur contre le tuteur* ne sont pas soumises à la prescription décennale, mais seulement celles qui sont *relatives aux faits de la tutelle*, c'est-à-dire à la gestion du tuteur. Liège, 29 novembre 1909, B. J. 1910, col. 33. Telle est, au plus haut degré, l'action en reddition de compte proprement dite, puisqu'elle comprend tous les actes de la gestion. Il en est de même de

l'action en responsabilité pour mauvaise gestion. Telle n'est pas, au contraire, l'action en paiement du reliquat du compte apuré, puisqu'elle tend seulement à obtenir l'exécution du compte dont le résultat est accepté.

Que décider quant à l'action en redressement du compte de tutelle? Il faut distinguer si l'action tend uniquement à faire rectifier des erreurs matérielles, comme des erreurs de calcul ou de double emploi, qui peuvent être réparées avec les seuls éléments que fournit le compte lui-même, ou si l'action a pour but de relever des exagérations ou des omissions qui ne peuvent être réparées que par un nouvel examen total ou partiel de la gestion tutélaire, comme si le pupille prétend que le tuteur a omis de porter certaines sommes en recette.

Lorsque le tuteur devient débiteur du mineur au cours de la tutelle, il doit certes inscrire le montant de sa dette au chapitre des recettes du compte, si bien qu'il en devient comptable comme tuteur et a, de ce chef, ses biens grevés de l'hypothèque légale. Mais le mineur ne peut éprouver aucun préjudice à raison de cette règle; ne cessant pas d'être *créancier en vertu du titre originaire*, il ne peut pas se voir opposer la prescription décennale, si sa créance n'est prescriptible que par trente ans. Anvers 5 mai 1899, P. 1900, 3, 133.

Troisième partie. — De l'émancipation.

898. **Définition.** *L'émancipation* est, selon les cas, un bénéfice légal ou un acte juridique qui a pour effet d'affranchir le mineur de l'autorité paternelle et de l'autorité tutélaire, en lui donnant le gouvernement de sa personne et l'administration de ses biens.

L'utilité théorique de l'émancipation est d'initier le mineur à l'usage de la liberté. Son utilité pratique consiste à peu près uniquement à permettre au mineur d'entreprendre le commerce. On y recourt aussi pour éviter l'organisation de la tutelle, lorsque le mineur vient à perdre l'un de ses père et mère dans un temps voisin de la majorité.

899. **Division de la matière.** Nous divisons la matière en trois chapitres: le premier a pour objet les modes et les conditions de l'émancipation; le deuxième, ses effets; le troisième, sa révocation.

CHAPITRE I. — DES MODES ET DES CONDITIONS DE L'ÉMANCIPATION.

900. **Distinction.** On distingue deux modes d'émancipation: l'émancipation *légale* ou *tacite* et l'émancipation *expresse*.

L'émancipation légale résulte de plein droit du mariage du mineur.

L'émancipation expresse résulte de la déclaration solennelle faite à cet effet par les personnes qui ont reçu le pouvoir d'émanciper.

Ces deux modes s'appliquent aux enfants naturels légalement reconnus aussi bien qu'aux enfants légitimes. Quant aux enfants recueillis par les hospices, leur émancipation s'opère suivant les règles établies par la loi du 15 pluviôse an XIII.

SECTION 1. — De l'émancipation légale.

Art. 476.

901. **Effet légal du mariage.** Tout mineur qui se marie est émancipé par la loi, *quel que soit son âge et quelles que soient les personnes qui autorisent son mariage.* Art. 476.

L'émancipation a lieu en vertu de la loi, par le seul *effet du mariage* lui-même, sans qu'aucune clause ou déclaration quelconque soit exigée à cet égard, et aussi sans qu'aucune clause ou déclaration puisse empêcher ou modifier de quelque manière que ce soit cette conséquence légale de la célébration.

L'émancipation subsiste malgré la dissolution du mariage survenue avant que l'époux mineur soit arrivé à sa majorité. L'art. 476 dispose, en effet, que le mineur est émancipé par le mariage, et non seulement pendant le mariage.

SECTION 2. — De l'émancipation expresse.

Art. 477 à 479.

§ 1. — PERSONNES QUI ONT LE POUVOIR D'ÉMANCIPER.

902. **Mineur ayant encore son père ou sa mère.** Le pouvoir d'émanciper l'enfant se rattache à la puissance paternelle. Il appartient donc au père et à la mère. Mais comme le père seul a l'exercice de la puissance paternelle, c'est à lui d'en user tout d'abord. La mère ne peut agir qu'à son défaut, c'est-à-dire lorsqu'il est mort ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'exercer lui-même le pouvoir dont il est investi, quelle que soit d'ailleurs la cause de cette impossibilité. Art. 477.

Le pouvoir d'émanciper l'enfant, dérivant de la puissance paternelle, appartient au survivant des père et mère alors même qu'il aurait été exclu ou destitué de la tutelle. La mère remariée le conserve également, encore qu'elle n'ait pas été maintenue dans la tutelle des enfants de son premier lit. Mais il y a toujours à réserver le contrôle de la justice, ainsi qu'il va être dit plus loin (n° 903). Trib. Bruxelles, 2 décembre 1908, P. 1909, 3, 341.

903. **Mineur n'ayant plus ni père ni mère.** Le pouvoir d'émanciper le mineur dont les père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle appartient à son conseil de famille. Art. 478. L'expression resté sans père ni mère dont se sert cet article, a un sens analogue à celui de l'expression à défaut de père employée par l'art. 477. Les ascendants, qui peuvent faire obtenir l'émancipation légale à l'enfant en consentant à son mariage, n'ont jamais le pouvoir de l'émanciper directement.

C'est au tuteur qu'il appartient de provoquer l'émancipation lorsqu'il la juge utile. L'art. 479 permet en outre à tout parent ou allié du mineur, jusqu'au degré de cousin germain, de requérir dans ce but la convocation du conseil de famille.

904. **Contrôle de la justice.** Aucun texte ne limite expressé-

ment le pouvoir d'émancipation des père et mère et du conseil de famille. Mais il faut toujours tenir compte de la nature de l'autorité paternelle en droit français, et de la soumission de son exercice au contrôle des tribunaux. Aussi est-il de principe que le pouvoir des père et mère et du conseil de famille n'est pas absolu, et que la justice peut annuler l'émancipation qu'ils ont *abusivement* conférée à l'enfant. Gand, 30 décembre 1903. B. J. 1904, col. 102; Paris, 4 décembre 1894. D. 1895, 2, 484; Caen, 5 février 1902, P. 1902, 4, 112.

§ 2. — A QUEL AGE ET DANS QUELLES FORMES L'ÉMANCIPATION PEUT AVOIR LIEU.

15 ans
905. **Emancipation par le père ou la mère.** L'émancipation, lorsqu'elle émane du père ou de la mère, peut avoir lieu dès que l'enfant a atteint l'âge de quinze ans révolus. Art. 477, al. 1.

L'émancipation s'opère par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par un juge de paix, assisté de son greffier qui en dresse acte. Art. 477, al. 2. Aucun texte n'attribue une compétence *exclusive* au juge de paix du canton où l'enfant est domicilié. Trib. Bruxelles, 6 mars 1890. P. 1890, 3, 178. *Contra*: Pau, 13 mars 1888, D. 1888, 2, 283. Comp. supra nos 478 et 762.

17 ans
906. **Emancipation par le conseil de famille.** Le code n'a pas dans le conseil de famille la même confiance que dans le père et la mère. L'émancipation par le conseil de famille ne peut avoir lieu qu'autant que le mineur est âgé de *dix-huit ans* accomplis. Art. 478, al. 1.

L'émancipation résulte de la délibération qui l'autorise et de la *déclaration faite séance tenante par le juge de paix, en qualité de président du conseil, "que le mineur est émancipé."* Art. 478, al. 2.

907. **Observations.** L'émancipation a lieu par la seule volonté du père ou de la mère, ou du conseil de famille, manifestée dans la forme légale, sans que le consentement du mineur lui-même soit

exigé. Un mineur peut donc être émancipé à son insu et même malgré lui.

L'émancipation n'est soumise par la loi à aucune publicité. Elle est simplement constatée dans les registres de la justice de paix.

CHAPITRE II. — DES EFFETS DE L'ÉMANCIPATION.

SECTION 1. — Des effets relatifs à la personne du mineur.

908. **Indépendance du mineur émancipé.** Sauf l'application des règles relatives au mariage, le mineur émancipé est *maître de sa personne*, comme un majeur. Il est affranchi du droit de garde ~~et du droit de correction~~; il peut se choisir un domicile; il peut louer ses services et exercer telle profession que bon lui semble. Cependant s'il veut faire le commerce, il doit se conformer aux prescriptions des art. 4 et suiv. de la loi commerciale du 15 décembre 1872.

SECTION 2. — Des effets relatifs à l'incapacité du mineur.

909. **Principe.** *La condition normale du mineur émancipé est encore l'incapacité*; pour lui l'incapacité reste toujours la règle, la capacité l'exception. Mais son incapacité est transformée; au lieu de devoir être *représenté* dans les actes de la vie civile, il y figure lui-même et doit y être simplement *habilité*. Pour quelques actes, la loi lui impose l'assistance d'un conseil appelé *curateur*. Pour tous les autres, elle le soumet aux *conditions et formalités prescrites au tuteur* par les règles de la tutelle. Art. 484, al. 1.

L'organisation légale de la protection du mineur émancipé comporte donc un conseil de famille dont l'intervention est nécessaire pour un grand nombre d'actes. La loi ne faisant aucune distinction, ce conseil existe non seulement quand le mineur était en tutelle lors de son émancipation, mais encore lorsqu'il était soumis exclusivement à la puissance paternelle, ses père et mère vivant encore l'un et l'autre.

§ 1. — DE LA CAPACITÉ DU MINEUR ÉMANCIPÉ.

Art. 481 et 487.

910. **Actes de pure administration.** A la différence des art. 1449 et 1536 qui accordent à la femme séparée de biens l'entière ou libre administration de son patrimoine, l'art. 481 ne permet au mineur émancipé que les actes de pure administration, et l'art. 482 lui défend de recevoir un capital quelconque sans l'assistance de son curateur.

Les actes de pure administration sont ceux qui concernent exclusivement les revenus du patrimoine, qui ne peuvent produire de conséquences dommageables pour le capital lui-même.

L'émancipé peut passer des baux dont la durée n'excède pas neuf ans et les renouveler deux ou trois ans avant leur expiration, selon qu'il s'agit de baux de maisons ou de baux de biens ruraux. Art. 481 et 1718. Il peut faire des ventes de fruits et autres objets dont la destination même est d'être vendus (supra n° 41). Paris, 18 décembre 1878, D. 1880, 1, 61. Il peut prendre des biens à bail, louer des domestiques, conclure des marchés pour des réparations, etc.

Il est généralement reconnu que l'émancipé est capable d'exercer ses actions possessoires et ses actions mobilières (sauf l'action en partage). Arg. *a contrario* de l'art. 482. Mais il est bien certain, d'autre part, qu'il ne peut toucher seul les capitaux que ses débiteurs sont condamnés à lui payer. Bruxelles, 16 janvier 1902, P. 1902, 2, 174; Luxembourg, 17 janvier 1896, P. 1896, 4, 128. Comp. Trib. Gand, 14 décembre 1904, P. 1905, 3, 137.

911. **Actes de disposition des revenus.** Le mineur émancipé est capable de recevoir ses revenus et d'en disposer par des actes à titre onéreux. Art. 481. Il n'a d'autre capacité en matière d'actes à titre gratuit que celle qui est déterminée par les art. 903 et 904.

Il est essentiel d'observer que les intérêts, arrérages, loyers ou fermages ne constituent véritablement des revenus qu'au fur et à mesure de leur échéance selon l'usage des lieux. Toucher

Vient
naturel

des intérêts, loyers ou fermages, par anticipation, c'est compromettre son capital. Seine, 19 mars 1895, *R. notariat belge*, 1895, p. 719; Paris, 21 décembre 1899, B. J. 1900, col. 601.

912. **Actes relatifs au commerce.** La capacité du mineur autorisé à faire le commerce est déterminée par notre art. 487 et l'art. 7 de la loi commerciale du 15 décembre 1872.

§ 2. — DE LA CURATELLE DU MINEUR ÉMANCIPÉ ET DES ACTES
POUR LESQUELS L'ASSISTANCE DU CURATEUR EST REQUISE.

Art. 480 et 482.

I. — *De la curatelle.*

913. **Désignation du curateur.** En principe, la curatelle est dative, c'est-à-dire déférée par le conseil de famille. Le code n'institue pas un système de curatelles légales, comme il a institué des tutelles légales. D'un autre côté, il n'autorise nulle part le père ou la mère qui émancipe son enfant à lui nommer un curateur.

Par exception: 1^o Le mari majeur est de plein droit curateur de sa femme mineure. On tire cette solution de l'art. 3 de la loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée. 2^o L'enfant recueilli par un hospice est, de plein droit, après son émancipation, sous la curatelle du receveur de l'hospice. Art. 5, al. 3, de la loi du 15 pluviôse an XIII.

914. **Caractère permanent et obligatoire de la curatelle.** La curatelle est permanente; les fonctions du curateur durent jusqu'à la mort ou la majorité de l'émancipé. Arg. du mot son employé par l'art. 482.

La curatelle est obligatoire. Il est, en effet, de la nature des charges instituées par la loi d'être obligatoires. Le code ne dit pas que les causes d'excuse applicables aux tuteurs s'appliquent également aux curateurs, et cela se comprend: la charge de curateur n'est pas, à beaucoup près, aussi lourde que celle du tuteur.

Les causes d'*incapacité*, d'*exclusion* et de *destitution* établies pour la tutelle sont applicables à la curatelle. La curatelle est, aussi bien que la tutelle, une mission toute de confiance; on ne saurait croire que la loi ait voulu permettre d'en investir des personnes incapables ou indignes. On peut d'ailleurs invoquer en ce sens l'art. 31, 5°, du code pénal. Nivelles, 19 avril 1893, P. 1893, 3, 223.

915. **Nature des fonctions du curateur.** Sa mission n'est jamais d'agir au nom de l'incapable, mais de l'assister dans certains actes. Que signifie exactement le terme *assister*? Assister est certes plus fort qu'autoriser tout court. Mais faut-il aller jusqu'à décider qu'il n'y a d'assistance véritable qu'autant que le curateur intervient à la passation de l'acte pour en discuter les clauses? L'opinion générale est que l'assistance peut consister dans une autorisation spéciale donnée par avance, aussi bien que dans une coopération personnelle à l'accomplissement de l'acte. Assister quelqu'un, en effet, ne signifie pas exclusivement être à ses côtés, mais aussi l'aider, le secourir.

Il est un cas où le curateur est chargé d'une mission active qui se rapproche de celle du tuteur, c'est celui où le mineur reçoit le paiement d'un capital: il doit en surveiller l'emploi (infra n° 919).

Quand le curateur vient à se trouver en *opposition d'intérêts* avec le mineur, il doit se faire remplacer par un curateur *ad hoc* dont la nomination appartient au conseil de famille. C'est ainsi qu'il y a lieu de nommer un curateur ad hoc pour assister le mineur dans la réception de son compte de tutelle, lorsque le conseil de famille choisit pour curateur le tuteur sortant de charge.

C'est parce que le curateur n'est point chargé de la gestion du patrimoine du mineur, que le code ne place pas à côté de lui un subrogé curateur, et qu'il ne frappe pas ses immeubles d'hypothèque légale.

Le curateur n'administrant pas, il va de soi qu'il n'a pas de compte à rendre quand ses fonctions prennent fin. Mais le fait

d'avoir prêté ou refusé son assistance au mineur, dans les cas déterminés par la loi, entraîne toujours sa *responsabilité civile*, conformément aux règles du droit commun.

916. **Refus d'assistance.** On se demande si le mineur auquel le curateur refuse de prêter son assistance a la faculté d'exercer un recours soit auprès du conseil de famille, soit auprès du tribunal. La négative nous paraît devoir être admise à raison du silence de la loi. Mais il appartient toujours au conseil de famille, saisi selon les prescriptions légales, de prononcer le *remplacement du curateur* qui ne remplit pas convenablement sa mission. Le cas échéant, on pourrait même se pourvoir devant le tribunal en réformation de la délibération qui aurait refusé de remplacer le curateur. Comp. Douai, 15 décembre 1900, D. 1903, 2, 9.

§ 3. — DES ACTES POUR LESQUELS L'ASSISTANCE
DU CURATEUR EST REQUISE.

917. **Procès en matière immobilière, en partage, et sur questions d'état.** Le mineur ne peut figurer soit comme demandeur, soit comme défendeur, dans une instance en matière immobilière sans y être assisté de son curateur. Art. 482. Il ne peut non plus intenter une action en partage, ni y défendre, qu'avec l'assistance de son curateur. Art. 840.

On s'accorde à appliquer, par argument *a fortiori*, la disposition de l'art. 482 aux instances en matière d'état ou de capacité. Comp. R. trim., 1909, p. 141.

918. **Réception du compte de tutelle.** Le mineur ne peut recevoir son compte de tutelle ou d'administration légale sans l'assistance de son curateur. Art. 480.

919. **Réception d'un capital.** L'art. 482 défend au mineur de recevoir un capital quelconque⁽¹⁾ et d'en donner décharge sans l'assistance de son curateur. Le débiteur ne serait donc pas vala-

(1) C'est surabondamment que ce texte ajoute le mot *mobilier*; tous les capitaux, même ceux des rentes, sont aujourd'hui mobiliers. Art. 529, al. 2.

blement libéré et s'exposerait à payer deux fois, s'il n'exigeait pas l'intervention du curateur ⁽¹⁾.

La mission du curateur n'est d'assister à la réception des fonds que pour en *surveiller l'emploi*. Pour satisfaire à cette obligation, le curateur doit, si un bon placement n'est pas opéré au moment même du paiement, n'autoriser la réception des fonds qu'à la condition qu'ils soient déposés, en attendant, chez un banquier ou à la caisse des dépôts et consignations. Il serait responsable si, par suite de sa négligence, le mineur venait à dissiper tout ou partie du capital reçu.

L'emploi des fonds ne regarde pas le débiteur qui a effectué le paiement; dès lors qu'il a versé les fonds au mineur assisté de son curateur, il est valablement libéré.

920. **Acceptation d'une donation.** L'art. 935, al. 2, se contente de l'assistance du curateur. L'art. 484 combiné avec l'art. 463 rendait l'autorisation du conseil de famille nécessaire et l'intervention du curateur inutile.

921. **Partage.** Les partages dans lesquels un mineur émancipé est intéressé doivent être faits avec l'assistance de son curateur, dans les formes prescrites par l'art. 9 de la loi du 12 juin 1816.

922. **Transfert ou conversion en titres au porteur de titres nominatifs de rentes sur l'Etat.** Lorsque les inscriptions *n'excèdent pas 50 fr.* de revenu annuel, l'habilitation nécessaire au mineur consiste dans l'assistance de son curateur. Lorsque leur revenu annuel *dépasse 50 fr.*, le mineur doit se munir de l'autorisation du conseil de famille. Art. 19 et 20 de l'arrêté du 22 novembre 1875.

923. **Actes de disposition de meubles corporels ou incorporels.** Le code ne renferme aucune *règle précise* à l'égard de ces actes. Le *principe de l'incapacité* du mineur émancipé est cependant incontestable, puisque l'art. 484, al. 1, dispose expressément

(1) Aucune disposition légale n'empêche l'émancipé de choisir son curateur lui-même comme mandataire à l'effet de recevoir le paiement. Bruxelles, 7 mai 1909, B. J. 1909, col. 625.

qu'il ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration. La difficulté est donc uniquement de savoir *comment il doit être habilité* à l'égard des actes qui nous occupent. La disposition finale de l'art. 484, al. 1: *sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé*, ne nous est d'aucun secours dans l'espèce, puisqu'il n'y a pas de texte qui prescrive de forme pour la vente des meubles incorporels du mineur en tutelle, et que la principale des formes établies pour la vente des meubles corporels consiste dans l'intervention du subrogé tuteur. La plupart des auteurs enseignent, avec raison, que c'est la disposition de l'art. 482 sur la *réception des capitaux* qu'il convient d'appliquer. L'assistance du curateur constitue ainsi l'habilitation à la fois nécessaire et suffisante au mineur émancipé pour les *actes de disposition de meubles* corporels ou incorporels. Bruxelles, 7 mai 1909, B. J. 1909, col. 625; Paris, 18 décembre 1878, D. 1880, 1, 61.

§ 4. — DES ACTES POUR LESQUELS LE MINEUR ÉMANCIPÉ EST SOUMIS AUX CONDITIONS PRESCRITES POUR LE MINEUR ORDINAIRE.

Art. 483 et 484, al. 1.

924. **Principe.** L'art. 484, al. 1, consacre le principe que les règles de la tutelle demeurent applicables à *tous les actes qui ne rentrent pas dans les deux catégories précédentes*, sauf cette différence, bien entendu, que le mineur émancipé figure toujours personnellement dans les actes qui l'intéressent. Ainsi la vente d'un immeuble appartenant à un mineur émancipé est toujours subordonnée, même du vivant de ses père et mère, aux conditions déterminées par nos art. 457 et 458 et aux formes établies par la loi du 12 juin 1816.

Sauf le cas du partage, art. 9 de la loi de 1816, l'*assistance du curateur* n'est point nécessaire au mineur émancipé pour la validité des actes soumis aux conditions et formalités de la tutelle. Peut-être cette intervention serait-elle de quelque utilité, mais dans le silence des textes il faut bien reconnaître qu'elle n'est

pas indispensable. Cette solution est restée vraie pour la vente d'immeubles; l'art. 2 de la loi de 1816 ne parle pas de l'assistance du curateur du mineur émancipé.

925. **Application.** L'art. 483 fait une application anticipée du principe de l'art. 484; le mineur émancipé n'est jamais capable d'*emprunter*, même seulement à concurrence de ses revenus, même seulement pour les besoins de son administration; il lui faut toujours l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

Cet art. 483 doit d'ailleurs être entendu dans le sens du principe de l'art. 484, c'est-à-dire que l'autorisation à l'effet d'emprunter n'est valable que si le conseil de famille a constaté la nécessité absolue ou l'avantage évident dont il est parlé à l'art. 457.

Il convient de rappeler que les *opérations à crédit* ne sont, au fond, que des emprunts indirects et qu'elles sont dès lors soumises à la règle de l'art. 483 (supra n° 863).

§ 5. — DE L'EFFET DES ACTES DU MINEUR ÉMANCIPÉ.

I. — *Des actes rentrant dans les limites de sa capacité.*

Art. 481 et 484, al. 2.

926. **Principe.** L'art. 481 décide que le mineur émancipé n'est *pas restituable* contre ses actes de pure administration dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même. Cela signifie qu'il ne peut pas en demander la nullité en se fondant sur ce qu'il en a éprouvé un *préjudice*. Art. 1308.

927. **Exception. Privilège de réduction.** Parmi les obligations que le mineur émancipé contracte *dans les limites de sa capacité*, il en est quelques-unes pour lesquelles il jouit d'un privilège particulier qu'on appelle *privilège de réduction*: ce sont les obligations qui l'entraînent dans des *dépenses exagérées*. Art. 484, al. 2.

La loi exclut toute distinction entre les obligations qui procèdent d'*achats ou de tous autres contrats*. Mais elle ne protège pas le

mineur contre toutes ses imprudences; elle ne le protège que contre les obligations qui l'induisent en dépense. Ainsi le privilège s'applique à une prise en location préjudiciable à raison d'un loyer trop élevé, tandis qu'il ne s'applique point à une concession en location préjudiciable à raison d'un loyer trop modique.

Vente de
meuble
bon marche

La réduction des dépenses excessives du mineur émancipé est abandonnée à l'appréciation des magistrats; ils n'ont pas seulement à prendre en considération la fortune du mineur, mais encore la bonne ou mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui, et surtout l'utilité ou l'inutilité des dépenses.

La jurisprudence française décide que la loi n'apportant aucune limitation à la faculté qu'elle donne aux juges de réduire les engagements du mineur, les juges peuvent aller jusqu'à la *réduction totale*, ce qui équivaut à l'annulation. Cass. fr., 10 février 1890, D. 1891, 1, 292.

L'art. 484, al. 2, ne s'explique pas sur les personnes à qui compète l'action en réduction. Les principes commandent de décider que l'action ne peut être exercée que par le mineur émancipé; elle ne peut l'être en son lieu et place par son curateur (qui ne le *représente* pas), ni par son père ou sa mère, ni par le conseil de famille.

II. — Des actes en dehors des limites de sa capacité.

Art. 1305 et 1314.

928. **Actes nécessitant l'assistance du curateur.** Il faut distinguer: s'ils sont faits avec l'assistance du curateur, ils sont aussi *valables* que s'ils étaient faits par un majeur, car un incapable devient pleinement capable lorsqu'il est dûment habilité; s'ils sont faits sans cette assistance, ils sont *annulables*, mais seulement pour cause de *lésion*. Art. 1305.

929. **Actes soumis aux règles de la tutelle.** Il faut également distinguer: si les conditions et formalités légales sont observées, les actes sont *valables* comme s'ils étaient accomplis par un majeur; si elles ne sont pas observées, les actes sont annulables.

de droit, indépendamment de toute lésion. Art. 1314. Trib. Bruxelles, 18 mars 1896, P. 1896, 3, 206.

CHAPITRE III. — DE LA RÉVOCATION DE L'ÉMANCIPATION.

Art. 485 et 486.

930. **Irrévocabilité de l'émancipation légale.** L'émancipation qui résulte du mariage est irrévocable. C'est que cette émancipation est la simple conséquence légale d'un acte qui est lui-même irrévocable au plus haut degré. Aussi la finale de l'art. 485 montre-t-elle bien que ce texte ne concerne que l'émancipation expresse.

931. **Condition de la révocation de l'émancipation expresse.** Le bénéfice de l'émancipation devrait pouvoir être retiré à tout mineur qui s'en rend indigne soit par son inconduite, soit par la mauvaise administration de ses biens. Mais le code ne statue pas de la sorte! Aucun texte ne fait de l'*inconduite* une cause de révocation de l'émancipation. Quant à la mauvaise gestion du patrimoine, elle n'est de nature à entraîner la révocation de l'émancipation que sous cette condition fixée par l'art. 485: *que les engagements du mineur aient été réduits pour cause d'excès, par application de l'art. 484*. Or il peut arriver deux choses: d'abord, que l'émancipé ne réclame pas la réduction des engagements excessifs qu'il a contractés, et on sait que l'action en réduction ne compète qu'à lui seul; puis, que le tribunal saisi de l'action ne prononce point la réduction demandée, à raison de la bonne foi de la personne avec laquelle l'émancipé a contracté.

La plupart des auteurs s'écartent arbitrairement du texte clair et précis de l'art. 485 pour diminuer l'imperfection du système législatif qui en résulte. Paris, 9 janvier 1901, D. 1901, 2, 301.

932. **Formes de la révocation.** Les formes à suivre, dit l'art. 485, sont *celles qui auront eu lieu* pour conférer l'émancipation. Cette formule n'est pas tout à fait exacte; prise à la lettre, elle conduirait souvent à une impossibilité. Mais la pensée de

la loi est bien certaine: on doit observer les formes qu'il faudrait suivre s'il s'agissait de conférer l'émancipation *au moment même* où il s'agit de la retirer.

933. **Effet de la révocation.** La révocation de l'émancipation a pour effet principal de replacer le mineur dans la classe des *mineurs non émancipés*. Art. 486. Il est soumis de nouveau à l'autorité paternelle ou tutélaire, selon les distinctions faites précédemment; on n'a pas à tenir compte de l'expression insuffisante de l'art. 486. Lorsque le mineur est replacé sous tutelle, ce n'est pas nécessairement l'ancien tuteur qui reprend ses fonctions; il y a lieu à une nouvelle délation de la tutelle qui s'effectue suivant les règles du droit commun.

La révocation a encore un autre effet; elle empêche que l'enfant soit *émancipé de nouveau*. Art. 486, in fine. Cette prohibition ne concerne évidemment que l'émancipation expresse, l'art. 476 disposant en termes absolus que le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

TITRE XI.

De l'interdiction, du placement dans un établissement d'aliénés, et de la mise sous conseil judiciaire.

INTRODUCTION. — DE LA DÉMENGE ET DE SES CONSÉQUENCES JURIDIQUES.

Art. 504.

934. **Ce que c'est que la démence.** Le législateur emploie le terme *démence* dans deux acceptions différentes. Tantôt, comme à notre art. 504 et à l'art. 34 de la loi sur les aliénés, il le prend dans son sens usuel pour désigner toute espèce d'aliénation mentale, c'est-à-dire *tout état d'inconscience* résultant du défaut de développement, de l'oblitération ou de l'altération des facultés intellectuelles. Bruxelles, 10 novembre 1887, B. J. 1888, col. 1436.

Tantôt, comme à nos art. 489 et 491, il l'emploie pour désigner une *espèce particulière d'aliénation mentale*, par opposition à l'imbécillité et à la fureur.

935. **Validité ou inexistence des actes d'un dément.** Par définition même, la personne atteinte de démence (*sensu lato*) ne comprend pas la portée de ce qu'elle fait. Conséquemment ses actes juridiques sont inexistant, puisqu'il leur manque le premier de tous les éléments, à savoir *la volonté d'un être intelligent*.

Mais la démence n'est pas toujours *continue*; il arrive souvent qu'elle est *coupée par des intervalles lucides*. Les actes accomplis dans ces intervalles ne sont évidemment pas *inexistants* pour *défaut absolu de volonté*! D'autre part, on ne peut songer à les déclarer annulables du chef d'*incapacité* de leur auteur. C'est que la capacité de contracter dont l'art. 1108 fait une condition de validité des conventions est la *capacité légale ou juridique*, art. 1123 à 1125, et qu'*en dehors des règles spéciales de notre titre* on ne trouve aucun texte qui frappe d'incapacité juridique les individus qui se trouvent dans un état habituel de démence. A ne tenir compte que des principes généraux du droit, la seule question qui puisse être soulevée à l'égard des actes de ces personnes est celle de la validité ou de l'inexistence. Peut-être l'aliéné se trouvait-il dans un intervalle lucide au moment où il a agi, peut-être se trouvait-il dans son état habituel de démence; *valable* dans le premier cas pour avoir été fait par un individu conscient et capable, l'acte est *inexistant* dans le second pour défaut absolu de volonté de son auteur apparent. S. 1895, 2, 225, note; *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1909, p. 525.

936. **Attaque des actes d'un dément. Application du droit commun.** Quand un acte juridique est attaqué par ce motif qu'il a été passé par un dément, c'est au demandeur à établir l'existence de l'inconscience ou défaut de discernement *au moment même* où l'acte a été accompli. *Actori incumbit probatio*. Trib. Bruxelles, 9 décembre 1903, P. 1904, 3, 95. Et il faut qu'il fasse de l'inconscience à ce moment précis une preuve *entière*, et non une semi-preuve. *Actore non probante*,

absolvitur reus. La preuve d'un état *simplement habituel* de démence serait inopérante. Bruxelles, 27 janvier 1904, P. 1904, 2, 173.

D'un autre côté, il est de principe que l'inexistence d'un acte juridique peut être opposée par tout intéressé et à toute époque. De droit commun, ce n'est donc pas à l'aliéné seul, mais encore à ses héritiers et à tous autres intéressés, qu'il appartient d'attaquer les actes qu'il a faits lorsqu'il ne se trouvait pas dans un moment de lucidité.

937. **Suite. Dérogation au droit commun.** L'art. 504 décide d'une manière générale que les actes d'un individu *décédé* sans avoir été interdit ⁽¹⁾ ne peuvent plus être attaqués par personne pour cause de démence, c'est-à-dire pour défaut de discernement.

L'art. 504 est fondé sur plusieurs motifs dont le principal est d'étouffer dans leur germe des *contestations nombreuses et extrêmement délicates à juger*. On ne doit toucher qu'avec la plus grande réserve aux actes d'une personne qui n'est plus là pour les expliquer; combien variables sont les motifs qui peuvent les avoir amenés!

938. **Suite. Retour au droit commun.** I. L'art. 504 admet deux exceptions à la règle qu'il établit:

1^o Lorsque la preuve de la démence *ressort de l'acte lui-même*, par l'incohérence ou la bizarrerie des idées qui y sont exprimées.

2^o Lorsque l'interdiction de l'auteur de l'acte a été *provoquée de son vivant* et n'a manqué d'aboutir que par la survenance de son décès durant l'instance.

II. L'art. 901 établit toute une catégorie d'exceptions à la règle de l'art. 504: il en affranchit *tous les actes de disposition à titre gratuit*, donations entre vifs, testaments et autres actes de dernière volonté. Gand, 17 mars 1888, P. 1888, 2, 227. Décider expressément, en effet, que pour faire une donation entre vifs ou un

(1) S'il avait été frappé d'interdiction, on appliquerait les art. 502 et 503 qui peuvent être invoqués par les héritiers de l'interdit comme par l'interdit lui-même.

testament, il faut être sain d'esprit, alors qu'on n'écrit aucun texte semblable pour les autres actes civils, c'est bien vouloir permettre, d'une manière absolue et à toute personne sans distinction, d'attaquer les actes à titre gratuit d'un individu qui n'était pas sain d'esprit. On s'explique d'ailleurs que l'art. 901 ait cru devoir restaurer le droit commun pour les dispositions à titre gratuit: c'est que ces dispositions sont souvent faites aux approches de la mort, à un moment où les facultés intellectuelles sont affaiblies par l'âge ou la maladie; il importait donc de protéger les familles contre le danger des captations. Trib. Liège, 28 juillet 1910, P. 1911, 3, 31; Nîmes, 29 janvier 1890, D. 1891, 2, 97.

939. **Transition.** L'état de démence n'entraîne directement qu'une *incapacité physique de consentir* en dehors des intervalles lucides, et l'*irresponsabilité pénale et civile* des faits accomplis en dehors des mêmes intervalles. Cass. fr., 21 octobre 1901, D. 1901, 1, 524; B. J. 1902, col. 278; R. crit., 1902, p. 405.

Mais il est d'autres conséquences que l'état de démence entraîne indirectement: ce sont les diverses mesures de tutelle ou d'administration provisoire des biens de l'interdit ou de l'aliéné colloqué, les incapacités juridiques de l'interdit ou de l'individu mis sous conseil judiciaire, les facilités de preuve de la démence de l'individu placé dans un établissement d'aliénés, toutes règles qui vont être exposées dans les chapitres suivants.

CHAPITRE I. — DE L'INTERDICTION JUDICIAIRE.

940. **Définition.** L'interdiction judiciaire est la privation de l'exercice de tous les droits civils, et, en conséquence, la mise sous tutelle, prononcée par la justice pour protéger l'individu qui se trouve dans un état habituel de démence (*sensu lato*).

Les trois grandes règles de la matière se trouvent formulées aux art. 489, 502 et 509: la première *prescrit* l'interdiction de tout majeur qui se trouve dans un état habituel d'insanité d'esprit; la deuxième dispose que dès le prononcé de la sentence

d'interdiction l'aliéné devient *incapable de droit* de tous les actes civils; la troisième décide que l'interdit est *assimilé au mineur ordinaire* pour sa personne et pour ses biens, et que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits.

SECTION 1. — De la demande en interdiction.

§ 1. — DES CAUSES DE L'INTERDICTION ET DES PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE INTERDITES.

Art. 489.

941. **Une seule cause: la démence habituelle.** Il n'y a, à vrai dire, qu'une seule cause d'interdiction: la démence ou aliénation mentale habituelle. Le terme *démence* n'est plus pris à l'art. 489 dans son sens usuel, mais cela importe peu; l'addition des mots *imbécillité* et *fureur* montre la volonté du législateur de soumettre au régime de l'interdiction judiciaire tout individu qui, à raison de son état mental, se trouve dans l'impossibilité de diriger sa personne et de gérer convenablement ses biens par lui-même ou par un mandataire de son choix. Le code avait cru donner une nomenclature exacte de toutes les maladies mentales; les aliénistes contemporains ont adopté des classifications et des dénominations toutes différentes; cela ne peut évidemment rien changer au fond du droit. Gand, 10 février 1903, B. J. 1903, col. 459; Gand, 22 décembre 1906, P. 1907, 2, 65.

L'état de démence ne doit pas être *permanent*, mais il ne suffit pas qu'il soit passager; il faut qu'il soit *habituel*, c'est-à-dire qu'il constitue l'état ordinaire de la personne dont on demande l'interdiction. L'art. 489 prend soin de préciser qu'il y a lieu à l'interdiction alors même que l'état de démence présente des intervalles lucides. C'est surtout lorsqu'un aliéné a des moments lucides qu'il importe de l'interdire; le jugement d'interdiction, qui le frappera d'*incapacité juridique*, supprimera les difficultés qui naîtraient de l'état intermittent de son *incapacité physique*, et soustraira ceux qui le représenteront au danger de devoir

faire la preuve, si difficile, de son insanité d'esprit *au moment précis* de l'accomplissement de tel acte juridique.

Les *infirmités physiques* ne peuvent par elles-mêmes donner lieu à l'interdiction. Mais elles peuvent la motiver lorsqu'elles ont pour conséquence la perte ou l'altération de l'intelligence. Caen, 1^{er} mai 1879, D. 1880, 2, 247.

942. **Interdiction des mineurs.** Toute personne, majeure ou mineure, *peut* être interdite. Il est vrai que l'art. 489 ne parle que de l'interdiction du *majeur*, ce qui semble exclure le mineur. Mais la formule du texte s'explique par cette considération que le code n'a voulu prévoir que l'hypothèse où il a cru l'interdiction indispensable à la protection de l'aliéné. Le majeur en état habituel de démence *doit* être interdit, tandis que le mineur *peut* l'être, si ses intérêts l'exigent. Cette interprétation est la seule qui soit compatible avec les art. 174 et 175 qui prévoient formellement l'interdiction du mineur.

Quelle utilité peut-il y avoir à faire interdire un mineur non émancipé? C'est d'abord que l'incapacité de l'interdit produit des *effets plus étendus* que celle du mineur: le mineur âgé de seize ans accomplis peut tester partiellement, tandis que l'interdit ne le peut pas; certaines actes du mineur ne sont annulables que s'ils sont lésionnaires, tandis que tous les actes de l'interdit sont toujours nuls de droit. Ensuite et surtout, il est utile de provoquer l'interdiction d'un dément pendant sa minorité, pour empêcher qu'il n'ait, entre l'arrivée à la majorité et le prononcé du jugement d'interdiction, un intervalle de capacité juridique dont il pourrait abuser. Bruxelles, 2 mai 1881, P. 1882, 2, 26; Paris, 31 janvier 1894, D. 1894, 2, 233.

§ 2. — DES PERSONNES QUI ONT QUALITÉ POUR PROVOQUER
L'INTERDICTION.

Art. 490 et 491.

943. **Enumération.** 1^o Tout *parent*, dit l'art. 490, est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. *Tout* parent léga-

lement connu, qu'il soit légitime, naturel ⁽¹⁾ ou adoptif, qu'il soit direct ou collatéral, qu'il soit proche ou éloigné, qu'il soit ou non héritier présomptif de l'aliéné, peu importe, la loi exclut toute distinction. Il est à observer que la loi n'a établi aucune hiérarchie entre les parents; un parent plus éloigné peut donc provoquer l'interdiction malgré la présence d'un parent plus proche qui n'agit pas. Verviers, 12 novembre 1902, J. L. 1903, p. 92.

2° Le *conjoint*, ajoute l'art. 490, est recevable à provoquer l'interdiction de son conjoint. La femme qui veut poursuivre l'interdiction de son mari doit, bien entendu, avant d'agir, se faire autoriser par la justice. Art. 215.

3° En général, d'après l'art. 491, l'intervention du *ministère public* est seulement *facultative*, et *subordonnée* à la condition que l'aliéné n'ait ni conjoint, ni parents connus. Par exception, en cas de *folie furieuse*, cet article fait au ministère public une obligation d'agir, quand même l'aliéné aurait un conjoint ou des parents connus, si ceux-ci ne provoquent pas son interdiction. Cette obligation de faire interdire les fous furieux s'expliquait dans le système antérieur à la loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés: la *séquestration* d'un aliéné n'était alors possible qu'en vertu d'un jugement d'interdiction. Aujourd'hui l'intervention obligatoire du ministère public n'a plus de raison d'être; mais la disposition de l'art. 491 n'en continue pas moins de subsister. Cass. fr., 23 juillet 1903, D. 1904, 1, 138.

944. **Exclusion des alliés.** Aucun texte ne parle des alliés autres que le conjoint. Ils n'ont donc pas qualité pour former une demande en interdiction, même ceux du degré le plus proche, le beau-père ou la belle-mère, le beau-frère ou la belle-sœur. Trib. Liège, 29 novembre 1910, P. 1911, 3, 137; Cass. fr., 20 janvier 1875, D. 1876, 1, 28.

(1) Mais il ne faut pas oublier le *principe* que la parenté naturelle ne produit d'effet juridique qu'entre *l'enfant* et ses *père et mère* (supra n° 641).

§ 3. — DE LA PROCÉDURE EN INTERDICTION.

Art. 492 à 502.

945. **Qui est défendeur.** Le majeur à interdire doit être personnellement mis en cause, même s'il est déjà placé dans un établissement d'aliénés et pourvu d'un administrateur provisoire, celui-ci n'ayant pas à intervenir en dehors de la sphère des intérêts pécuniaires.

Que décider s'il s'agit d'un mineur? L'action doit être poursuivie contre son représentant légal, père ou tuteur, sauf à remplir vis-à-vis du mineur les devoirs d'instruction déterminés par la loi. B. J. 1881, col. 1297. Comp. Paris, 31 janvier 1894, D. 1894, 2, 233.

946. **Division de la procédure.** La procédure de l'interdiction fait l'objet non seulement de nos art. 492 et suiv., mais encore des art. 890 à 897 du code de procédure. Elle se divise en deux phases distinctes: dans la première, le demandeur saisit le tribunal par voie de *requête*, et tout se passe à huis-clos; dans la seconde, le demandeur *assigne* le défendeur devant le tribunal, et l'affaire se poursuit à l'audience publique. Comp. Gand, 31 décembre 1909, B. J. 1910, col. 150; Bruxelles, 26 mai 1909, P. 1910, 2, 81.

On n'examine ici que les questions de droit civil qui se présentent dans cette procédure.

I. — *Première phase de la procédure.*

947. **Avis du conseil de famille.** Si la demande est formée par une personne à ce qualifiée par la loi et si les faits allégués en la requête paraissent concluants, le tribunal *doit* ordonner que le conseil de famille donne son avis sur l'*état mental* de la personne dont l'interdiction est demandée. Art. 494.

En principe le conseil de famille doit être formé et convoqué selon les règles du titre de la tutelle. Toutefois l'art. 495 établit deux particularités relatives à sa composition :

1^o Il en exclut ceux des parents qui poursuivent l'interdiction.

2^o Il y appelle le conjoint et les enfants de l'aliéné, même s'ils

sont les demandeurs en interdiction, mais il ne leur donne en ce dernier cas que voix simplement consultative. Cass., 21 juin 1894, P. 1894, 1, 249; Cass. fr., 13 avril 1910, D. 1911, 1, 46.

On comprend que c'est surtout en cette matière que s'agitent les questions relatives à l'inexistence et à la nullité des délibérations du conseil de famille.

948. **Interrogatoire de l'aliéné.** Si le tribunal estime qu'il peut y avoir lieu d'accueillir la poursuite en interdiction ⁽¹⁾, il *doit* procéder à l'interrogatoire de l'aliéné dans la chambre du conseil. C'est le tribunal lui-même, et non un juge-commissaire, qui procède à cet interrogatoire destiné à vérifier si le défendeur est hors d'état de se conduire et de gérer son patrimoine. Lorsque le défendeur ne peut pas comparaître devant le tribunal, il doit être interrogé dans sa demeure par un des juges commis à cet effet. Dans tous les cas, le ministère public doit être présent à l'interrogatoire. Art. 496.

Si le tribunal ne trouve pas l'interrogatoire suffisant, il peut en ordonner un ou plusieurs autres. Arg. de l'art. 497.

Comme l'avis du conseil de famille, l'interrogatoire constitue un *élément essentiel* de la procédure en interdiction. Le tribunal ne pourrait pas prononcer l'interdiction sans l'avoir ordonnée. Mais la loi ne prévoit pas le cas où le défendeur refuserait de se laisser interroger. Il est clair que cette circonstance ne saurait empêcher le tribunal de continuer l'instruction et de prononcer l'interdiction, s'il y a lieu. Mais il faudra alors que le *refus* soit constaté par le jugement d'interdiction, que celui-ci contienne la preuve que les moyens légaux ont été employés sans succès pour parvenir à l'interrogatoire. Cass. fr., 7 février 1893, D. 1893, 1, 152.

949. **Nomination d'un administrateur provisoire.** Il peut y avoir lieu de prendre soin de la personne de l'aliéné ou de faire en son nom quelques actes urgents, *sans attendre l'organisation régulière de la tutelle* qui ne se fera qu'après que le jugement

(1) Il pourrait évidemment la rejeter immédiatement, sans plus de formalités. Bruxelles, 24 mars et 30 juillet 1903, P. 1904, 2, 11.

d'interdiction aura été rendu. L'art. 497 pourvoit à ce besoin en autorisant le tribunal à nommer un administrateur provisoire à l'aliéné aussitôt après son premier interrogatoire. Bruxelles, 18 janvier 1900, P. 1900, 2, 153; Cass. fr., 6 février 1900, D. 1900, 1, 160.

Cette nomination n'est qu'un acte de juridiction gracieuse. Mais la jurisprudence n'accepte pas toujours fidèlement toutes les conséquences de ce principe. Comp. Bruxelles, 5 avril 1899, et 18 janvier 1900, P. 1899, 2, 339, et 1900, 2, 153.

Les pouvoirs de l'administrateur provisoire se réduisent, ainsi que l'indique son titre même, aux mesures conservatoires et aux actes d'administration qui présentent un caractère d'urgence. Trib. Liège, 12 janvier 1895, J. L. 1895, p. 30.

La nomination d'un administrateur provisoire n'exerce d'ailleurs aucune influence sur la capacité juridique du défendeur; il reste *integri status* jusqu'au jugement d'interdiction. Haute-Cour des Pays-Bas, 12 décembre 1879, D. 1880, 2, 140.

II. — *Deuxième phase de la procédure.*

950. **Enquête, expertise médicale, etc.** A partir du moment où l'interrogatoire est terminé, l'instance en interdiction se déroule comme toutes les instances. Si le tribunal ne se juge pas assez édifié par les pièces produites, l'avis du conseil de famille et l'interrogatoire, il peut ordonner une enquête sur les faits allégués (art. 493 c. c. et 893 c. pr.), faire examiner le défendeur par des médecins chargés de présenter un rapport sur son état mental, enfin prescrire toutes les mesures d'instruction qu'il croit nécessaires. Liège, 23 novembre 1909, J. L. 1910, p. 85.

951. **Solutions possibles.** Le tribunal a à choisir entre trois solutions: 1^o *rejeter* purement et simplement la demande; 2^o *prononcer l'interdiction*; 3^o prendre un moyen terme consistant à nommer au défendeur un conseil dit *conseil judiciaire*, sans l'assistance duquel il ne pourra faire les divers actes déterminés par l'art. 499. Cette disposition se trouve reproduite dans l'art. 513; c'est sous ce dernier article que nous l'étudierons.

Quand l'existence de l'état habituel de démence (*sensu lato*) est dûment constatée, le tribunal ne peut prononcer le rejet de la demande en interdiction sous le prétexte que le défendeur, déjà colloqué dans un établissement d'aliénés, se trouve pourvu d'un administrateur provisoire conformément à la loi sur le régime des aliénés, et que cette mesure constitue pour lui une protection suffisante eu égard aux circonstances. Anvers, 31 janvier 1901, P. 1902, 3, 271.

Le jugement, quel qu'il soit, est susceptible d'appel. L'interrogatoire, qui était obligatoire en première instance, est facultatif en appel. Art. 500.

952. **Publicité du jugement d'interdiction.** Afin de garantir les tiers contre toute surprise, la loi veut que l'interdiction soit rendue publique. Tout arrêt ou jugement portant interdiction doit être inscrit sur le tableau affiché dans la salle d'audience du tribunal et sur le tableau exposé dans les études de notaires de l'arrondissement. Art. 501 ⁽¹⁾. L'art. 92 du tarif civil exige, en outre, qu'il soit inséré dans un journal.

Le jugement d'interdiction doit être rendu public même quand il est frappé d'appel. L'art. 501 ne distingue pas, et c'est avec raison, parce que, si le jugement est confirmé par la cour, il aura effet du jour même où il aura été rendu.

Les formalités prescrites par notre art. 501 et l'art. 92 du tarif sont purement réglementaires; leur omission peut bien donner ouverture à une *action en dommages-intérêts contre ceux aux-*

(1) Les prescriptions de l'art. 18 de la loi du notariat, sur le tableau des interdits, ont été modifiées par notre art. 501 et par les art. 92 et 175 du tarif civil. Il faut rétablir comme suit le texte de cet art. 18: Le notaire tiendra exposé dans son étude un tableau sur lequel il inscrira les noms, prénoms, qualités et demeures des personnes de son arrondissement qui sont mises en interdiction ou sous conseil judiciaire par le tribunal ou la cour, ainsi que la mention des jugements y relatifs; le tout après qu'il aura été avisé par le secrétaire de la Chambre, conformément aux art. 92 et 175 du tarif, et à peine des dommages-intérêts des parties.

quels elle est imputable, mais non entraîner l'inefficacité du jugement d'interdiction. L'art. 502 dispose, en effet, d'une manière absolue, que le jugement d'interdiction opérera du jour où il aura été rendu, c'est-à-dire à une époque où il ne peut encore avoir été publié. Le système de la loi est que la protection de l'incapable doit prévaloir sur tout autre intérêt. Cass. fr., 6 juin 1896, D. 1896, 1, 448; Bourges, 30 juillet 1894, P. 1895, 4, 6.

SECTION 2. — Des effets de l'interdiction.

953. **Deux effets généraux.** L'interdiction fait tomber dans la classe des *incapables* celui qui en est frappé; elle le soumet, comme un mineur ordinaire, au régime de la *tutelle*.

954. **Leur point de départ.** L'interdiction aura ses effets du jour du jugement, dit l'art. 502. Cela est vrai même lorsqu'il y a appel, si la cour *confirme* la sentence des premiers juges. Mais il est clair que si l'interdiction n'est *prononcée qu'en appel*, la demande ayant été rejetée en première instance, c'est seulement du jour de l'arrêt qu'elle existe et produit ses effets.

En vertu du principe de procédure que l'*appel* seul est suspensif, que le *délai* d'appel ne l'est point, il faut considérer comme étant décédée en état d'interdiction la personne dont l'interdiction a été prononcée par jugement et qui est décédée avant l'expiration du délai d'appel sans qu'il ait été formé d'appel. Trib. Bruxelles, 14 juillet 1906, B. J. 1906, col. 1319.

955. **Absence de rétroactivité.** Les effets de l'interdiction ne se produisent qu'à compter du jour où elle est prononcée par la justice, dit l'art. 502, et non pas à compter du jour où elle a été demandée. C'est qu'il est de principe que les jugements constitutifs d'état, de capacité ou d'incapacité, n'opèrent point avec rétroactivité au jour de la demande.

On verra cependant que l'art. 503 accorde au jugement d'interdiction une certaine influence sur le passé.

§ 1. — DE L'INCAPACITÉ DE L'INTERDIT.

I. — *Des actes passés depuis l'interdiction.*

Art. 502.

956. **Principe de la nullité de droit.** Le principe consacré par la seconde disposition de l'art. 502 est que tous les actes de l'interdit sont *annulables du chef d'incapacité juridique*, sur la seule preuve qu'ils ont été fait postérieurement au jugement d'interdiction.

Les actes de l'interdit ne sont pas *inexistants*, c'est-à-dire nuls de plein droit, mais seulement *annulables*. Ils produisent donc leurs effets tant qu'ils ne sont pas annulés par la justice; mais d'autre part la sentence d'annulation opère avec rétroactivité.

La nullité dont ils sont frappés est purement *relative*, puisqu'il s'agit d'une mesure de protection. Elle ne peut donc être invoquée que par son tuteur, ses héritiers et ayants cause, ou par l'interdit lui-même relevé de son interdiction; les personnes qui ont traité avec lui ne sont pas admises à s'en prévaloir. Alger, 25 octobre 1897, D. 1898, 2, 448. Il faut ajouter qu'elle est susceptible de se couvrir par une confirmation expresse ou tacite. Lorsqu'il s'agit d'actes judiciaires, il faut toujours tenir compte du principe *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*, qui signifie que ces actes ne peuvent être attaqués que par les voies de recours et dans les délais établis par le code de procédure.

Les actes de l'interdit ne sont qu'annulables, mais ils le sont *de droit*; cela signifie que toute la question à résoudre par le juge saisi de l'action en nullité se réduit à la vérification d'une date: l'acte incriminé est-il ou non postérieur au jugement d'interdiction? Le demandeur n'a pas à justifier que l'acte a été fait dans un *moment d'inconscience* ou qu'il a été *lésionnaire*. Vainement le défendeur offrirait d'établir que l'acte a été accompli dans un intervalle lucide ou qu'il n'a causé aucun préjudice à l'incapable, on lui répondrait par la maxime *Frustra probatur quod probatum non relevat*.

457. **Utilité du principe.** Le système de la loi est de frapper l'interdit d'une incapacité juridique permanente; à l'incapacité de fait, qui résulte de l'état mental et qui est souvent intermittente, il susstitue une incapacité de droit, qui résulte du jugement et qui est continue. De là résulte un double avantage :

1^o Quand on veut obtenir l'annulation d'un acte, la preuve à fournir est extrêmement simple, comme on vient de le voir. Il suffit d'un rapprochement de dates; il ne s'agit plus de fournir cette preuve, si souvent impossible en fait, de la démence à un moment précis.

2^o La nullité de l'acte peut être demandée après la mort de l'interdit par ses héritiers. L'interdiction a levé l'obstacle qui, de droit commun, aurait arrêté l'action.

On dit communément, et cela est vrai, que la disposition de l'art. 502 est fondée sur une présomption irréfragable de continuité absolue de la démence. Mais comment expliquer que cette présomption n'ait engendré qu'une nullité purement relative, et non une nullité de plein droit? C'est qu'elle n'a été établie que dans l'intérêt exclusif de l'interdit et de ses héritiers. Or il peut arriver que, pendant un intervalle lucide, l'interdit fasse certains actes qui lui soient vraiment avantageux. Le système de la nullité relative permet qu'il en conserve le bénéfice, tandis qu'il en serait autrement avec le système d'une nullité de plein droit.

958. **Prétendues limitations du principe.** L'incapacité juridique qui frappe l'interdit est-elle totale? En d'autres termes, la règle de l'art. 502, qui annule les actes passés par l'interdit postérieurement au jugement d'interdiction, ne comporte-t-elle aucune classe d'exceptions?

D'après Demolombe, il y aurait une certaine catégorie d'actes que l'interdit pourrait accomplir valablement lorsqu'il se trouverait dans un intervalle lucide, ce seraient les *actes dans lesquels l'interdit ne saurait être représenté par son tuteur*, tels que le mariage, la demande en divorce, l'adoption, la donation entre vifs et le testament. L'interdiction, dit cet auteur, est une mesure de protection; elle n'a pas pour but et ne doit pas avoir pour

résultat d'opprimer l'interdit, de lui infliger une véritable déchéance. Or appliquer la disposition de l'art. 502 aux actes pour lesquels la volonté de l'interdit ne peut être remplacée par celle de son tuteur, ce ne serait plus le protéger, ce serait le frapper d'une sorte de mort civile partielle, tout à fait injustifiable, parce qu'elle serait tout à fait imméritée.

Laurent a proposé une autre distinction; l'interdit serait incapable de tous les actes d'ordre pécuniaire, des actes à titre gratuit aussi bien que des actes à titre onéreux; mais il conserverait toute sa capacité juridique à l'égard des *actes relatifs aux intérêts moraux ou de famille*, tels que le mariage, la demande en divorce et l'adoption. Selon cet auteur, le but unique de l'interdiction est de protéger les intérêts pécuniaires de l'interdit, de son conjoint et de ses parents; ce seraient donc seulement les actes relatifs au patrimoine qui tomberaient sous le coup de l'art. 502. L'interdiction resterait sans influence sur les actes relatifs à la personne de l'interdit ou à ses rapports de famille, ces actes étant étrangers au but qui l'a fait établir.

Ces doctrines sont l'une et l'autre contraires au texte et à l'esprit de la loi. Elles sont contraires à son texte, car les termes de l'art. 502 sont absolus; non seulement ils ne distinguent pas, mais ils prennent soin d'exclure toute distinction. N'est-il pas étrange de voir l'interprète établir des catégories que le législateur a pris soin de proscrire?

Elles sont contraires à l'esprit de la loi, car le fondement de l'art. 502 est la présomption d'un état permanent d'aliénation mentale; son but est de prévenir les difficultés auxquelles la recherche des intervalles de lucidité devrait inévitablement donner lieu; le législateur aurait donc manqué de logique s'il n'avait pas frappé de nullité tous les actes de l'interdit, les actes moraux comme les actes pécuniaires, les actes dans lesquels l'interdit peut être représenté par son tuteur comme ceux qui ne comportent pas de représentation par autrui. C'est surtout à l'égard des actes *les plus importants de la vie civile* que la disposition de l'art. 502 est bienfaisante; elle empêche qu'on vienne soulever,

bien longtemps après qu'ils ont été faits, cette question, si obscure, de savoir si l'interdit était dans un intervalle lucide ou dans son état habituel de démence, au moment précis de leur accomplissement. Poitiers, 8 juillet 1897, P. 1897, 4, 166. Comp. S. 1884, 1, 65, note.

959. **Seule limitation admissible.** Il y a cependant un acte, et le plus important de tous, qui nous paraît devoir échapper à l'application de l'art. 502: le *mariage*. Cela résulte malheureusement du principe qu'en matière de mariage il n'y a pas d'autres causes de nullité que celles qui sont établies par un texte formel du chapitre IV du titre du mariage. Sans doute, le législateur a entendu empêcher le mariage de l'interdit, puisqu'il a disposé à l'art. 174 que l'interdiction prononcée a pour conséquence le maintien de l'opposition fondée sur l'état de démence; mais il n'a écrit, dans le chapitre des nullités du mariage, aucun texte pour ranger l'*interdiction* parmi les causes de nullité, c'est-à-dire parmi les empêchements *dirimants*. Le mariage de l'interdit demeurant soumis à l'application des seules règles du titre du mariage, il faut bien décider qu'il est *valable*, nonobstant l'art. 502, s'il a été contracté dans un intervalle lucide, et *inexistant*, en vertu de l'art. 146, s'il a été contracté dans un moment de démence.

Notre Cour suprême a consacré un système tout différent et qui n'était plus enseigné nulle part; d'après elle, le mariage de l'interdit n'a jamais d'existence légale, sans qu'il y ait à examiner s'il a été contracté en état d'inconscience ou dans un intervalle lucide; elle assimile ce mariage à celui de l'individu mort civilement au temps où la mort civile existait encore dans la législation. Cass., 21 février 1895, P. 1895, 1, 109. Elle s'est fondée pour cela sur la combinaison de l'art. 502 qui frappe l'interdit de l'incapacité juridique de consentir, avec l'art. 146 qui dispose qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Il nous paraît que la Cour a confondu la théorie de la *privation des droits civils*, ancien art. 25, et celle des *incapacités physiques* ou *de fait*, art. 146, avec la théorie des simples *incapacités juridiques* ou *de droit* qui n'entraînent jamais de nullités de plein droit, art. 1304.

II. — *Des actes passés avant l'interdiction.*

Art. 503.

960. **Rappel du droit commun.** A défaut de disposition particulière, le sort des actes de l'interdit antérieurs à l'interdiction devrait se régler uniquement d'après l'état mental de leur auteur *au moment précis où ils ont eu lieu*. Emanés d'une personne dont la capacité juridique était encore entière, ils subsisteraient comme pleinement valables aussi longtemps qu'il ne serait pas prouvé qu'*au moment même* de leur passation la personne, depuis interdite, n'était pas saine d'esprit.

Cette preuve faite, ils seraient non plus annulés du chef d'incapacité juridique, mais déclarés inexistants pour défaut absolu de consentement. Aucune prescription d'ailleurs n'aurait pu les faire sortir du néant, car c'est le propre du néant de n'exister jamais.

961. **Dérogation au droit commun.** L'art. 503 déroge au droit commun en ouvrant à l'interdit et à ses héritiers une action toute spéciale en nullité des actes antérieurs au jugement d'interdiction. Cette action en nullité est recevable sous ces deux seules conditions :

1^o Que la cause de l'interdiction, c'est-à-dire l'état simplement habituel de démence, existât déjà à l'époque où l'acte a été consenti. Cette preuve est bien plus facile que celle de la démence au moment précis de l'acte; une fois faite, on n'a plus à se préoccuper des intervalles de lucidité que l'aliéné a pu avoir. Trib. Bruxelles, 14 juillet 1906, B. J. 1906, col. 1319.

2^o Que l'état habituel de démence fût déjà notoire dans la localité où demeurerait l'aliéné. La loi se contente du reste que cet état fût connu du public en général; elle n'exige pas la preuve que la partie avec laquelle l'acte a été fait en avait personnellement connaissance. Comp. Cass. 9 juin 1904, P. 1904, 1, 257.

A la différence de ce qui a lieu dans le cas de l'art. 502, les juges sont ici investis d'un véritable *pouvoir discrétionnaire* pour maintenir les actes ou les annuler; l'art. 503 ne dit pas en

effet que les actes seront annulés, mais seulement qu'ils *pourront* l'être. L'annulation est donc facultative pour les juges, qui se décideront d'après les circonstances particulières de chaque espèce, le préjudice éprouvé par l'aliéné, la bonne ou la mauvaise foi de ceux qui ont traité avec lui, etc. Liège, 30 janvier 1897, J. L. 1897, p. 83; Lyon, 18 novembre 1898, D. 1899, 2, 103.

962. **Actes auxquels l'art. 503 est applicable.** Il est clair que l'art. 503 ne s'applique aux jugements dans lesquels l'aliéné a été partie, que sous la réserve du principe *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*. Comp. Liège, 9 juillet 1896, P. 1897, 2, 38.

Mais cette réserve faite, il est essentiel d'observer que l'art. 503 ne fait aucune distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. On trouve néanmoins dans plusieurs jugements l'affirmation que, de même que l'art. 504, l'art. 503 est inapplicable aux donations entre vifs et aux testaments. Trib. Bruxelles, 2 janvier 1904, P. 1904, 3, 102. C'est là une erreur qui provient d'une fausse interprétation de l'art. 901; l'unique objet de l'art. 901 est d'écarter les restrictions que l'art. 504 apporte à l'action en nullité des héritiers du donateur ou testateur. Il ne restreint pas les effets de l'interdiction au détriment de l'interdit et de ses héritiers; il laisse subsister d'une manière complète l'incapacité résultant de l'art. 502, ce qui implique le maintien de l'application de l'art. 503. Trib. Bruxelles, 19 février 1909, P. 1909, 3, 137.

963. **Point de départ de la prescription.** Aussi longtemps que le jugement d'interdiction n'est pas rendu, l'action en nullité établie par l'art. 503 n'existe qu'à l'état embryonnaire, sous la condition de l'interdiction; elle ne peut donc commencer à se prescrire, à raison de la règle de l'art. 2257. L'interdiction prononcée, la prescription ne commencera pas encore à courir, cette fois à raison de la règle de l'art. 2252. Aussi l'art. 1304 reporte-t-il à la cessation de l'interdiction le point de départ de toutes les actions en nullité fondées sur l'interdiction. Chambéry, 19 janvier 1886, D. 1887, 2, 161.

§ 2. — DE LA TUTELLE DE L'INTERDIT.

I. — *Principe de la matière.*

Art. 509.

964. **Assimilation à la tutelle du mineur.** En principe, la tutelle de l'interdit est organisée et fonctionne comme celle du mineur. Art. 509. Cass., 17 février 1882, P. 1882, 1, 50.

965. **Pouvoirs du tuteur quant aux intérêts moraux de l'interdit.** L'art. 509 dispose que l'interdit est *assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens*. D'autre part, l'art. 450 décide que le tuteur *prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes civils*. Ces textes sont manifestement inconciliables avec le système de Laurent que l'interdiction n'aurait d'autre but que de protéger les intérêts pécuniaires de l'interdit et de sa famille. Aussi faut-il décider avec la jurisprudence française que le tuteur de l'interdit a qualité pour exercer toutes les actions relatives à la personne ou aux rapports de famille de son pupille, sauf bien entendu celles qui exigent essentiellement l'expression de la volonté individuelle de l'intéressé, comme l'action en divorce. Cass. fr., 26 février 1890, D. 1890, 1, 290. Comp. Cass., 11 novembre 1869, P. 1870, 1, 3; D. 1870, 2, 1, note, et 1895, 2, 135, note.

Conformément à la règle enseignée dans la tutelle du mineur, nous pensons que le tuteur de l'interdit doit être autorisé par le conseil de famille pour intenter les actions relatives aux intérêts moraux de son pupille.

II. — *Exceptions.*

A. — Particularités concernant la délation de la tutelle et les excuses.

Art. 505 à 508.

966. **Délation de la tutelle. Règle et exception.** En principe, la tutelle de l'interdit est *déférée par le conseil de famille*. Art. 505. Rien ne s'oppose à ce que la tutelle soit déférée à la

*Patrice ou
le gendre*

personne qui a provoqué l'interdiction. Il faut observer aussi que les règles spéciales de l'art. 495 sur la composition du conseil de famille ne sont plus applicables une fois l'interdiction prononcée.

Par exception, chacun des époux est, de droit, le tuteur de son conjoint interdit. Nouvel art. 506. Le code civil ne déférait pas à la femme la tutelle de son mari interdit; il permettait seulement au conseil de famille de la lui déléguer soit purement et simplement, soit en réglant la forme et les conditions de la gestion. La loi du 10 août 1909 a fait cesser cette bizarrerie choquante par un nouvel art. 506 qui a pris la place des anciens art. 506 et 507.

L'art. 506 ne s'applique plus dans le cas de séparation de corps entre les époux. Cette disposition, en effet, n'est qu'une conséquence du devoir légal d'assistance entre époux, devoir qui cesse par l'effet de la séparation de corps. Il faut dès lors suivre la règle d'interprétation qui commande de distinguer quand la raison sur laquelle la loi est fondée rend la distinction nécessaire. Comp. supra n° 185.

967. **Nouvelle cause d'excuse.** Le tuteur d'un interdit, à moins qu'il ne soit l'époux, l'ascendant ou le descendant de l'incapable, n'est pas tenu de conserver ses fonctions tant que dure la tutelle; au bout de dix ans, il peut exiger son remplacement. Art. 508.

B. — Particularités relatives à la mission du tuteur et aux pouvoirs du conseil de famille.

Art. 510 et 511.

968. **Emploi des ressources de l'interdit.** A la différence du tuteur d'un mineur, qui doit viser à faire des économies, le tuteur d'un interdit doit chercher surtout à adoucir son sort et à amener sa guérison. Art. 510. Ce ne sont pas seulement les revenus, comme le dit l'art. 510, qui doivent être employés dans ce but, mais même les capitaux de l'interdit lorsqu'il est nécessaire

de les entamer. D'autre part, il ne résulte nullement de l'art. 510 que les *revenus* de l'interdit doivent être dépensés en totalité sans avantage appréciable pour lui. Liège, 20 février 1889, J. L. 1889, p. 246.

969. **Traitement de l'interdit.** D'après l'art. 510, ce n'est pas le tuteur, c'est le *conseil de famille* qui décide si l'interdit sera traité à domicile, ou s'il sera placé dans une maison de santé ou même dans un hospice. La délibération prise à cet égard par le conseil de famille ne constitue pas une simple autorisation, mais une *véritable décision* qui doit être exécutée par le tuteur aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée ou réformée. Aucun texte ne donne d'ailleurs qualité individuelle aux membres de la famille de l'interdit pour poursuivre l'exécution de cette décision. Gand, 7 novembre 1899, B. J. 1900, col. 1147.

970. **Constitution de dot aux enfants de l'interdit.** Par une exception remarquable au droit commun de la tutelle, le conseil de famille, sous la condition de l'homologation du tribunal, a le pouvoir de disposer à titre gratuit des biens de l'interdit, par des constitutions de dot à ses enfants. Art. 511. Cette exception s'explique par cette considération que les père et mère ont le *devoir moral* de doter leurs enfants; donner aux enfants pour leur établissement en mariage, c'est ce que font tous les parents, ce que l'interdit aurait probablement fait lui-même.

L'art. 511 ne dispose qu'à l'égard d'*avancements d'hoirie* en vue de *mariage*. Le conseil de famille ne pourrait donc pas faire des *libéralités préciputaires*, c'est-à-dire des libéralités avec dispense du rapport à la succession de l'interdit. Il ne pourrait pas même faire de simples advancements d'hoirie qui ne se rattacheraient point à un *projet de mariage*.

L'art. 511 va trop loin lorsqu'il dit que le conseil de famille de l'interdit *règle les conventions matrimoniales* de l'enfant qui se marie; ce langage n'est pas en harmonie avec les principes du titre du contrat de mariage. Tout ce qu'il convient de reconnaître, c'est que le conseil de famille peut faire dépendre l'existence même ou l'étendue de la dot qu'il accorde, de l'adoption

de tel ou tel régime, de telle ou telle clause de communauté, et qu'il participe ainsi *indirectement* aux conventions matrimoniales de l'enfant.

C. — Observations relatives à la tutelle d'un interdit marié.

471. **Femme interdite.** Il y a ordinairement peu d'intérêt à faire interdire une femme mariée parce que, dans la plupart des cas, le mari possède *comme tel* sur les biens de sa femme des droits suffisants pour en assurer la gestion. L'utilité de l'interdiction d'une femme mariée n'apparaît guère qu'à ces trois points de vue: 1^o pour lui retirer l'administration de son patrimoine qu'elle se serait réservée par contrat de mariage ou qu'elle aurait recouvrée en vertu d'une séparation de biens; 2^o pour l'empêcher de tester valablement; 3^o pour accomplir en son nom des actes de disposition qui dépassent les pouvoirs de son mari, et notamment pour faire des donations de ses biens personnels, à titre de dot, à ceux de ses enfants qui veulent se marier.

Lorsqu'à raison de quelque excuse, incapacité, etc., ce n'est point le mari qui est le tuteur de la femme interdite, les pouvoirs du tuteur ne portent *aucune atteinte* aux droits qui dérivent de sa puissance maritale et de ses conventions matrimoniales.

972. **Mari interdit.** Il faut distinguer si c'est la femme qui a la tutelle ou si c'est un tiers.

1^o Lorsque *la femme est tutrice*, il se produit une situation complexe tout à fait singulière:

Quant à l'exercice des *droits qui lui appartiennent personnellement*, rien n'est changé à la condition de la femme. Liège, 1^{er} décembre 1894, J. L. 1895, p. 25. Elle reste *femme mariée*, et frappée comme telle de l'incapacité organisée par les art. 215 et suiv. Le cas échéant, elle devra demander directement à la justice l'autorisation que son mari n'est pas en état de lui donner. L'autorisation judiciaire sera d'ailleurs toujours pleinement suffisante pour l'habiliter à agir en son propre nom.

En ce qui concerne l'exercice des *droits qui appartiennent à son mari*, elle acquiert tous les pouvoirs d'un tuteur ordinaire,

sans restriction aucune. Nouvel art. 506. Pour tous les actes qu'elle accomplira au nom de son mari, en qualité de tutrice, elle n'aura jamais à s'inquiéter des règles relatives à l'incapacité de la *femme mariée*, mais elle devra toujours respecter les restrictions apportées aux pouvoirs du *tuteur* par les lois sur la tutelle. Le cas échéant, elle aura donc à remplir des conditions ou formalités habilitantes particulières, comme pour la vente d'un immeuble de son mari ou de la communauté. Mais aussi on pourra voir la femme, agissant en qualité de tutrice, prendre l'administration de ses propres biens, dont son mari était chargé par le contrat de mariage, et faire ainsi, au nom de son mari, des actes qui l'intéressent elle-même personnellement et qu'elle ne serait pas capable de faire seule en son propre nom. Bordeaux, 30 janvier 1890, D. 1891, 2, 245.

2^o Lorsqu'un tiers est tuteur du mari interdit, il est chargé de la gestion non seulement des biens personnels du mari, mais encore des biens de la communauté, et même aussi des biens personnels de la femme dont le mari avait l'administration en vertu du contrat de mariage. De son côté, la femme de l'interdit reste dans la condition de *femme mariée*, et doit donc recourir à l'autorisation de la justice pour les actes qu'elle ne peut faire seule, le tuteur du mari n'ayant évidemment pas qualité pour exercer à la place de celui-ci l'autorité maritale.

SECTION 3. — De la cessation de l'interdiction.

Art. 512.

973. **Comment l'interdiction prend fin.** L'incapacité de l'interdit, et par suite sa tutelle, ne cesse pas de plein droit par le seul fait que la guérison est survenue. Il faut que la justice intervienne pour *prononcer la mainlevée de l'interdiction*. Tant que la mainlevée n'est pas obtenue, l'interdit, eût-il depuis longtemps recouvré toute sa raison, demeure légalement incapable et sous tutelle.

974. **Qui peut agir en mainlevée.** Tous ceux qui auraient qualité pour provoquer l'interdiction peuvent agir pour y mettre fin. Il faut y ajouter l'interdit lui-même quoique la loi ne le dise pas; l'incapacité dont il est frappé ne doit pas faire obstacle à une action qui tend précisément à faire déclarer que cette incapacité n'a plus de cause. C'est peut-être pour marquer cette solution que l'art. 512 dispose que l'interdiction *cesse* avec les causes qui l'ont amenée. Trib. Luxembourg, 30 novembre 1904, P. 1906, 4, 130.

975. **Formalités à remplir.** Les formalités à remplir pour obtenir la mainlevée sont les mêmes que celles qui sont prescrites pour parvenir à l'interdiction. Si le tribunal estime que la requête en mainlevée est sérieuse, il doit donc provoquer l'avis du conseil de famille et interroger l'interdit.

La poursuite à l'audience doit être dirigée contre le tuteur, qui est chargé de protéger l'interdit, et qui a donc le devoir de faire maintenir l'interdiction si la guérison n'est pas complète. Bordeaux, 23 mai 1899, D. 1899, 2, 370.

976. **Point de départ de la mainlevée.** Le jugement de mainlevée a effet tant qu'il n'est pas frappé d'appel. Celui dont l'interdiction est levée meurt donc en état de capacité, quoiqu'il vienne à mourir avant l'expiration du délai d'appel. Cass., 29 novembre 1900, P. 1901, 1, 61; S. 1902, 4, 17, note.

CHAPITRE II. — DU PLACEMENT DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS (¹).

Lois des 18 juin 1850 et 28 décembre 1873 sur le régime des aliénés.

977. **Observations préliminaires.** Le code civil n'avait organisé pour les aliénés qu'une seule mesure de protection, l'interdiction judiciaire. D'autre part, la législation administrative du

(¹) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1904, p. 25 et suiv., 1909, p. 524 et suiv.

commencement du siècle dernier était muette sur le régime des aliénés. Il n'y avait alors d'autre moyen légal d'arriver à la séquestration d'un aliéné et de pourvoir à l'administration de ses biens que de faire prononcer son interdiction.

Ce système de l'interdiction forcée présentait de graves inconvénients. Les formalités dont l'interdiction est entourée sont lentes, coûteuses et compliquées; l'interrogatoire peut surexciter l'esprit du malade et aggraver sa position; enfin, la publicité du jugement effraie les familles, auxquelles il répugne de divulguer une infirmité qui procède souvent de l'hérédité ou des propres excès du malade. Les lois des 18 juin 1850 et 28 décembre 1873, coordonnées par l'arrêté du 25 janvier 1874, sont venues améliorer notre législation administrative et notre législation civile (1). Elles autorisent et réglementent la *séquestration de tous les aliénés* indistinctement; elles contiennent en outre, diverses dispositions d'ordre civil qui tendent à dispenser de recourir, dans un grand nombre de cas, à la mesure de l'interdiction des *aliénés colloqués dans des établissements publics ou privés*.

Les art. 29 à 34 de ces lois rentrent dans le cours de droit civil. A l'exception de l'art. 34, ils ne concernent que les *aliénés colloqués qui n'ont point de représentant légal*; ils sont étrangers aux aliénés qui se trouvent en état d'interdiction ou qui sont encore mineurs non émancipés. Quant à l'art. 34, il s'applique à tous les *aliénés colloqués, sans distinction*.

SECTION 1. — De l'incapacité de l'aliéné colloqué.

Art. 34.

978. **Principe.** La collocation d'un individu dans un établissement d'aliénés n'altère pas sa capacité juridique. C'est que la collocation s'opère en vertu d'une simple *mesure administrative, sans instruction contradictoire*.

Il ne peut donc s'élever, au sujet des actes d'un individu colloqué, que des questions d'*incapacité de fait*, non pas de

(1) Voir en outre le règlement général et organique du 1^{er} juin 1874.

droit. En principe, ces difficultés devraient être résolues d'après les règles du code civil, y compris celle de l'art. 504.

979. Exceptions. Par dérogation au droit commun, l'art. 34, al. 1, attache au seul fait de la collocation deux effets juridiques importants :

1^o Il permet à celui qui a été colloqué d'attaquer, pour cause de démence, les actes qu'il a faits pendant le temps qu'il a été retenu dans l'établissement, sans devoir prouver son inconscience au moment précis de leur passation, mais *seulement son état habituel de démence* pendant la durée de sa collocation. Cette preuve fournie, la nullité n'est pas obligatoire, mais simplement *facultative* pour les juges; le tribunal est investi d'un pouvoir discrétionnaire pareil à celui qui lui appartient par rapport aux actes qu'un interdit a faits avant son interdiction.

Le fait *actuel* de la collocation dans un établissement d'aliénés entraîne donc un effet analogue à celui d'un jugement *ultérieur* d'interdiction. Il y a cependant deux différences à signaler entre notre art. 34 et l'art. 503 du code; l'une *de fond*: notre art. 34 n'exige pas absolument que l'état de démence ait été *notoire*, il considère que la notoriété est résultée suffisamment du fait même de la collocation; l'autre *de forme*: notre art. 34 dit *pourront être attaqués*, au lieu de dire *pourront être annulés*, mais ce n'est là qu'une imperfection de rédaction.

2^o Il relève de la prohibition édictée en règle générale par l'art. 504 les *héritiers* de celui qui a été colloqué, et il les autorise eux aussi à poursuivre l'annulation des actes de leur auteur, en prouvant simplement son état habituel de démence pendant le temps qu'il a été retenu dans l'établissement d'aliénés.

980. Prescription de l'action en nullité. L'action ouverte à l'aliéné et à ses héritiers est soumise à la prescription *décennale* de l'art. 1304 du code. C'est ce que signifie la finale de l'alinéa 1 de notre art. 34. Mais ces dix années ne commencent à courir que du jour où l'aliéné après sa sortie définitive de l'établissement, ou ses héritiers après sa mort, ont eu *connaissance* de

l'acte passé durant la collocation. C'est ce que décide l'alinéa 2 du même article (1). Lorsque le délai a commencé à courir contre l'auteur de l'acte, il continue à courir contre ses héritiers, dit l'alinéa 3.

981. **Deux actions ouvertes aux interdits colloqués.** Le système de l'art. 34 s'applique à *toutes personnes colloquées* sans distinction, donc même à celles qui sont en état d'interdiction durant leur internement. Il arrive ainsi que les actes d'un interdit colloqué sont doublement attaquables: 1^o du chef d'incapacité juridique, en vertu de l'art. 502 du code; 2^o du chef de démence, en vertu de notre art. 34. Certes l'action fondée sur l'interdiction semble rendre inutile l'action fondée sur l'état habituel de démence, mais cela n'est vrai qu'au point de vue du *fardeau de la preuve* incombant au demandeur. Il en est autrement au point de vue de l'application de la *prescription décennale*; l'action dérivant de l'art. 502 commence à se prescrire du jour même de la *mainlevée* de l'interdiction ou du *décès* de l'interdit, selon la disposition de l'art. 1304, al. 3, tandis que l'action dérivant de notre art. 34 ne commence à courir que du jour où l'aliéné après sa sortie définitive, ou ses héritiers après sa mort, ont eu *connaissance de l'acte* passé durant l'internement, selon la disposition de ce même art. 34, al. 2.

SECTION 2. — De l'administration provisoire de l'aliéné colloqué.

§ 1. — DÉSIGNATION DE L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE ET CARACTÈRES DE SA CHARGE.

Art. 29, 30 et 33.

982. **Désignation légale.** L'administration provisoire des aliénés placés dans des *établissements publics* est déferée par

(1) Pour faire sûrement courir le délai et en même temps pour se procurer une preuve authentique de la date du jour qui lui sert de point de départ, le tiers intéressé peut faire *signifier* l'acte à l'aliéné après sa sortie, ou à ses héritiers après sa mort.

la *loi* à la commission administrative ou de surveillance de l'établissement, laquelle charge un de ses membres d'en exercer les fonctions. Néanmoins, il est loisible à la commission de demander à la justice la nomination d'administrateurs provisoires pris hors de son sein. La même faculté appartient aux parents de l'aliéné, à son conjoint et au ministère public. Art. 30.

983. **Désignation judiciaire.** L'administration provisoire des aliénés placés dans des *établissements privés* est toujours conférée par la *justice*. Le droit de provoquer la nomination de l'administrateur appartient aux parents de l'aliéné, à son conjoint et au ministère public. Le tribunal ne peut faire la nomination qu'après délibération du conseil de famille sur l'opportunité de la mesure ⁽¹⁾. Les magistrats jouissent d'ailleurs de la plus grande latitude dans le choix qu'ils ont à faire. Art. 29.

984. **Caractères de la charge d'administrateur judiciaire.** Cette charge est, comme celle du tuteur, obligatoire, gratuite et soumise à l'hypothèque légale. Les dispositions du code civil sur les causes qui dispensent de la tutelle, les incapacités, les exclusions, les destitutions et les comptes des tuteurs, ainsi que celles de la loi hypothécaire sur les garanties à fournir par eux, sont applicables à l'administrateur nommé par le tribunal. Art. 29, al. 3.

La charge d'administrateur judiciaire est temporaire. Elle finit de plein droit au bout de trois ans, mais elle peut être renouvelée. Art. 33.

§ 2. — FONCTIONS DE L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE.

Art. 31.

985. **Principe.** L'administrateur provisoire n'est pas un conseil, c'est un *représentant*, mais un représentant *dont les attributions*

(1) Le renvoi fait par notre art. 29 à l'art. 497 du code ne concerne pas la *forme* de la demande de nomination d'un administrateur provisoire. L'aliéné ne doit donc pas être interrogé par le tribunal. Liège, 27 juillet 1852, P. 1852, 2, 343.

sont très limitées. Il n'y a aucune assimilation à établir entre les pouvoirs de l'administrateur de l'aliéné colloqué et ceux du tuteur de l'interdit. L'administrateur provisoire n'a pas qualité pour agir en dehors du cercle que la loi lui trace, et la justice, de son côté, n'a pas qualité pour l'habiliter à l'égard des actes que la loi n'a pas déterminés. Malines, 31 janvier 1877, P. 1878, 3, 10.

Toutes les fois qu'il s'agit de faire un acte que la loi ne prévoit point, l'administrateur provisoire n'a aucun pouvoir; la seule ressource est de recourir à la mesure de l'interdiction judiciaire.

986. Actes qu'il peut faire seul. Ce sont uniquement les actes d'administration provisoire et urgente, comme son titre même l'indique. L'art. 29 dit d'ailleurs que l'administrateur n'est institué que *conformément à l'art. 497 du code civil.*

Notre art. 31 prend soin d'écarter tout doute à l'égard de trois catégories d'actes: 1^o le recouvrement des créances; 2^o l'acquittement des dettes; 3^o la passation des baux pour une durée de trois ans au plus.

987. Actes qu'il peut faire aux mêmes conditions que le tuteur de l'interdit. Il y en a deux: 1^o l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire; 2^o l'emprunt, avec ou sans constitution d'hypothèque, pour payer les dettes.

988. Actes qu'il peut faire avec l'autorisation spéciale du président du tribunal. Ce sont:

1^o La vente du mobilier. La loi ne distingue pas entre le mobilier corporel et le mobilier incorporel. Le transfert ou la reconstitution en titre au porteur d'une rente sur l'Etat inscrite au nom de l'aliéné est donc possible avec l'autorisation du président.

2^o Les demandes et défenses en justice. La loi ne distingue pas entre les affaires mobilières et les affaires immobilières. Gand, 9 décembre 1893, P. 1894, 2, 142. Mais elle est absolument étrangère aux affaires qui concernent la personne ou les rapports de famille de l'aliéné. Cass., 7 mars 1907, B. J. 1907, col. 833.

3^o Les inventaires, comptes, liquidations et partages.

Il est généralement admis que l'administrateur, muni de l'autorisation spéciale du président, a qualité pour représenter l'aliéné dans les licitations qui peuvent être nécessaires parmi les opérations d'un partage. Trib. Liège, 3 janvier 1893, P. 1893, 3, 148; Termonde, 31 octobre 1908, B. J. 1908, col. 1326. Comp. Tournai, 31 octobre 1907, B. J. 1907, col. 1342.

Mais selon quelles règles l'administrateur doit-il procéder dans les licitations et partages où il figure au nom de l'aliéné? Qu'il ne puisse agir avec la même indépendance que s'il défendait ses propres intérêts, c'est-à-dire procéder sans formalité aucune, cela ne paraît pas douteux. Il est de principe, en effet, que le partage doit être fait en justice toutes les fois que parmi les copropriétaires il en est qui ne sont ni présents en personne, ni représentés par des mandataires *de leur choix*, munis de pouvoirs suffisants pour procéder à un partage amiable. B. J. 1853, col. 1253, et 1889, col. 861.

Cette première difficulté résolue, quelles formes l'administrateur doit-il observer? La loi du 12 juin 1816 constitue-t-elle le droit commun auquel tous les représentants légaux ou judiciaires ont à se conformer, ou bien les art. 819 et suiv. du code civil, et 970 et suiv. du code de procédure sont-ils encore en vigueur pour les licitations et partages qui ne concernent ni des mineurs, ni des interdits? La seconde opinion prévaut avec raison dans la pratique; il ressort, en effet, des textes et des travaux préparatoires de la loi de 1816 que ses dispositions ne s'appliquent pas à tous les incapables, mais seulement aux mineurs et aux interdits. Louvain, 22 octobre 1890, B. J. 1891, col. 570; Trib. Bruxelles, 22 février 1892, P. 1892, 3, 192. Comp. Trib. Bruxelles, 23 juin 1909, B. J. 1909, col. 1004.

§ 3. — SIGNIFICATIONS A FAIRE A L'ALIÉNÉ COLLOQUÉ.

Art. 31, al. 2 et 3.

989. **Règle et exception.** Il convient que les significations destinées à toucher l'aliéné colloqué soient faites à son admi-

nistrateur provisoire. Toutefois la loi se garde de frapper de *nullité de droit* les significations qui seraient faites au domicile de l'aliéné; elle décide seulement qu'elles pourront, *suivant les circonstances*, être annulées par les tribunaux; il ne faut pas que les tiers de bonne foi soient victimes d'une ignorance irrépréhensible, la collocation s'opérant sans jugement, ni publicité. Bruxelles, 27 février 1901, P. 1901, 2, 296. Comp. Gand, 21 mai 1904, B. J. 1905, col. 74.

§ 4. — MOYEN DE SUPPLÉER A L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE.

Art. 32.

990. **Analogie avec la matière de l'absence.** Il peut arriver qu'un aliéné colloqué n'ait pas d'administrateur provisoire, et qu'il doive cependant figurer dans les opérations d'inventaire, comptes, liquidation et partage d'une succession ou autre indivision. Comment ses consorts parviendront-ils à l'y faire représenter?

Notre art. 32 reproduit, pour cette hypothèse, la disposition de l'art. 113 du code, avec cette seule modification que c'est au *président* du tribunal, et non au *tribunal* lui-même, qu'il appartient de commettre le notaire qui représentera l'aliéné. Le notaire désigné en vertu de notre art. 32 a donc exactement les mêmes pouvoirs que le notaire commis par application de l'art. 113 du code. Gand, 9 décembre 1893, P. 1894, 2, 142.

CHAPITRE III. — DE LA MISE SOUS CONSEIL JUDICIAIRE.

Art. 499 et 513 à 515.

991. **Définition.** La *mise sous conseil judiciaire* est la mesure de protection que les tribunaux sont autorisés à prendre à l'égard des prodigues et des faibles d'esprit, en leur imposant l'*assistance* d'un conseil pour l'exercice de la plupart de leurs droits civils.

SECTION 1. — De la demande en mise sous conseil judiciaire.

992. **Deux causes de mise sous conseil.** Ces causes sont la *faiblesse d'esprit* et la *prodigalité*. Art. 499 et 513.

Le *faible d'esprit* est celui qui, sans être atteint d'aliénation mentale, n'a pas l'intelligence assez développée ou assez lucide pour pouvoir diriger seul ses affaires. Le code ne précise rien à cet égard; il se borne à dire dans l'art. 499 qu'en rejetant la demande en interdiction les juges peuvent appliquer la mesure de la mise sous conseil *si les circonstances l'exigent*. C'est l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire illimité. Bruxelles, 28 juillet 1902, P. 1903, 2, 24; *R. crit.*, 1900, p. 65.

Le code ne dit point que la mise sous conseil judiciaire, pour faiblesse d'esprit, peut avoir lieu sur une demande *formée directement* dans ce but; il la suppose faite d'office par le tribunal saisi d'une demande d'interdiction. Art. 499. Mais il est évident qu'on ne doit point commencer par une demande en interdiction lorsqu'on ne veut faire prononcer qu'une mise sous conseil; un tel formalisme n'est pas dans l'esprit du droit moderne. Liège, 15 octobre 1898, P. 1899, 2, 60.

Le *prodigue* est celui qui, par dérèglement d'esprit ou de mœurs, dissipe son patrimoine en dépenses folles ou inutiles, et va ainsi tout droit à la ruine. Gand, 29 mai 1905, P. 1908, 2, 125; Cass. fr., 13 juin 1898, D. 1898, 1, 304.

993. **Quelles personnes peuvent être mises sous conseil.** *Toute personne* peut être mise sous conseil pour l'une ou l'autre des causes déterminées par la loi. On conçoit très bien qu'il soit utile de faire mettre sous conseil un *mineur* qui approche de sa majorité, ou une *femme mariée* que son mari néglige de protéger en l'autorisant à la légère. Liège, 9 décembre 1908, J. L. 1909, p. 89; Poitiers, 18 mai 1881, D. 1882, 2, 247.

994. **Quelles personnes peuvent provoquer cette mesure.** La mise sous conseil peut être demandée par les diverses personnes qui ont qualité pour provoquer l'interdiction, c'est-à-dire le conjoint, tout parent, et le ministère public lorsqu'il n'existe ni conjoint, ni parents connus. Art. 514, al. 1.

995. **Procédure de la demande.** La procédure à suivre est la même que pour l'interdiction. Art. 514, al. 1, et 515. La

demande s'introduit donc par une requête présentée aux juges. Viennent ensuite si le tribunal, sur le rapport qui lui est fait, estime qu'il y a lieu de donner suite à la demande, l'avis du conseil de famille, l'interrogatoire du défendeur, et enfin, le cas échéant, une enquête.

Comme le jugement d'interdiction, le jugement de mise sous conseil doit être rendu public dans les formes indiquées précédemment. Art. 501.

SECTION 2. — Des effets de la mise sous conseil judiciaire.

996. **Deux effets.** La mise sous conseil judiciaire *diminue notablement la capacité juridique* du prodigue ou du faible d'esprit; elle le soumet à la nécessité de l'assistance de son conseil pour *tous les actes déterminés par la loi*.

Les dispositions des art. 499 et 513 établissent un régime *identique*; l'incapacité des personnes placées sous conseil est la même, que la mise sous conseil ait été prononcée pour cause de faiblesse d'esprit ou pour cause de prodigalité.

Les dispositions des art. 499 et 513 établissent un régime *invariable*; les tribunaux ne peuvent ni étendre l'incapacité du prodigue ou du faible d'esprit à des actes autres que ceux qui sont prévus par la loi, ni la restreindre à quelques-uns seulement des actes compris dans l'énumération légale. Cass. fr., 10 novembre 1897, D. 1898, 1, 310.

Il existe une grande différence entre la situation de l'individu sous conseil et celle du mineur émancipé: l'individu sous conseil peut faire n'importe quel acte avec la seule assistance de son conseil; il n'a jamais besoin ni d'une autorisation d'un conseil de famille, ni d'une homologation par le tribunal; il n'a jamais non plus de forme judiciaire à observer.

997. **Point de départ.** La mise sous conseil judiciaire a ses effets du jour du jugement. Art. 502. Bourges, 30 juillet 1894. D. 1895, 2, 409.

998. **Absence de rétroactivité. Tempérament.** La mise sous conseil judiciaire ne produit jamais d'effet dans le passé;

elle ne permet pas d'attaquer les actes antérieurs au jugement, quand même la faiblesse d'esprit ou la prodigalité aurait existé déjà d'une façon notoire à l'époque où ils ont été faits. L'art. 503, en effet, est spécial à la matière de l'interdiction. Son silence à l'égard des actes antérieurs à la nomination du conseil est d'autant plus significatif que l'art. 502 venait de parler à la fois des actes passés par l'interdit et des actes passés par l'individu sous conseil.

Toutefois la jurisprudence s'appuie avec raison sur le principe qu'il n'est jamais permis de faire *fraude à la loi*, pour prononcer l'annulation des actes antérieurs au jugement, lorsqu'ils ont été *concertés* entre le prodigue et ses co-contractants *en vue d'éluder à l'avance les effets de la mise sous conseil*. Cass., 7 mai 1896, et 2 novembre 1900, P. 1896, 1, 180, et 1901, 1, 36; Cass. fr., 15 juillet 1903, D. 1904, 1, 129. *R. crit.*, 1906, p. 331; B. J. 1909, col. 1223.

§ 1. — DE L'INCAPACITÉ DE L'INDIVIDU SOUS CONSEIL JUDICIAIRE.

I. — *Etendue de l'incapacité.*

999. **Règle d'interprétation.** Les art. 499 et 513 sont assurément de *stricte interprétation*, puisqu'ils dérogent au droit commun de l'art. 488. Mais aucune disposition légale, si limitative qu'elle soit, n'est d'*interprétation judiciaire*. Aussi faut-il décider que l'individu sous conseil est incapable de tous les actes qui rentrent, même seulement d'une manière implicite, dans l'énumération faite par les art. 499 et 513. Cass., 17 octobre 1889, P. 1889, 1, 316; D. 1909, 1, 105, note.

A. — En matière judiciaire.

1000. **Généralité de l'incapacité.** L'incapacité de *plaider*, c'est-à-dire d'ester en justice, est tout à fait générale. Elle s'applique :

1^o Quelle que soit la *nature de la contestation*, même lorsqu'il s'agit d'un procès *relatif à la personne* du prodigue ou faible d'esprit, comme une demande en mainlevée de l'opposition faite

à son mariage. Trib. Bruxelles, 28 octobre 1893, B. J. 1894, col. 78; Toulouse, 11 août 1884, S. 1885, 2, 78.

2^o Quel que soit le *rôle* du prodigue ou faible d'esprit dans l'instance ⁽¹⁾, et quelle que soit la *juridiction* appelée à statuer ⁽²⁾. Cass. fr., 2 juin 1904, D. 1904, 1, 347; *R. trim.*, 1909, p. 157.

1001. **Exceptions.** L'individu sous conseil n'est pas incapable de défendre seul à l'*action civile exercée contre lui devant la justice répressive*. Cette exception résulte du code de procédure pénale qui ne fait aucune distinction entre les prévenus capables ou incapables, et qui ne soumet pas la défense à l'action civile à d'autres règles que la défense à l'action publique. Liège, 14 novembre 1903, P. 1904, 2, 72; Rennes, 22 décembre 1897, S. 1898, 2, 220. Comp. *R. crit.*, 1898, p. 614.

L'individu sous conseil n'est pas non plus incapable d'agir en révocation du conseil qui lui a été nommé ou en nomination d'un conseil *ad hoc*. Cette exception résulte de la force même des choses. Liège, 30 novembre 1896, P. 1897, 2, 281; Seine, 30 avril 1870, D. 1870, 3, 78; P. 1911, 3, 82, note 2.

La jurisprudence française décide que l'individu sous conseil reste capable d'introduire une instance en référé. Cass. fr., 22 janvier 1901, D. 1901, 1, 95. Comp. supra n^o 388.

B. — En matière extrajudiciaire.

1002. **Généralité de l'incapacité à l'égard des actes pécuniaires.** La défense de *transiger* ⁽³⁾ et par suite de *compromettre*, art. 1003 c. proc., d'*emprunter* directement ou indirectement,

⁽¹⁾ Quand l'individu sous conseil est défendeur et qu'il n'a pas l'assistance de son conseil, il doit être réputé *défaillant*. Charleroi, 2 décembre 1910, P. 1911, 3, 81.

⁽²⁾ Porter plainte sans se constituer *partie civile*, ce n'est pas plaider. Cass., 21 mars 1910, B. J. 1910, col. 793.

⁽³⁾ L'acceptation de la délation du serment litisdécisoire et la prestation de ce serment revêtent le caractère d'une transaction. Liège, 19 mai 1905, P. 1907, 2, 38; Bruxelles, 14 décembre 1910, P. 1911, 2, 93; Cass. fr., 30 novembre 1909, D. 1911, 1, 33.

de *recevoir un capital* et d'en donner décharge, d'*aliéner* ⁽¹⁾ et d'*hypothéquer* frappe l'individu sous conseil d'une incapacité à peu près aussi étendue que celle de la femme mariée, en ce qui concerne les actes patrimoniaux. On sait, en effet, que les *opérations à crédit* ne sont d'ordinaire, au fond, que des emprunts indirects (supra n° 863), et que l'incapacité d'aliéner entraîne normalement à sa suite celle de *s'obliger*, toute obligation contenant le germe d'une aliénation, en vertu du principe de l'art. 2092 (7 de la loi hypothécaire) (supra n° 389, II). Comp. Bruxelles, 29 juin 1910, B. J. 1910, col. 897, et la note.

Mais si, de même que la femme mariée, l'individu sous conseil est, en général, incapable de s'obliger par lui seul, il est certain qu'il se trouve valablement obligé sans l'intervention de son conseil toutes les fois que l'obligation vient à naître, indépendamment de sa volonté, par l'effet de quelque règle légale, et notamment par celle des art. 1310 et 1382. Bruxelles, 29 juin 1910, B. J. 1910, col. 897; *R. trim.*, 1909, p. 157.

De même encore que la femme mariée, l'individu sous conseil, qui n'a plus aucune capacité en matière d'actes entre vifs à titre gratuit, conserve la capacité de *disposer de ses biens par testament*. Tester n'est point aliéner, ainsi qu'on l'a dit précédemment (n° 392, III). Mais il y a toujours à réserver la question de la capacité *de fait* du testateur, selon l'art. 901; l'individu sous conseil était-il *sain d'esprit* lorsqu'il a fait son testament?

1003. **Exceptions.** I. L'individu sous conseil reste capable d'*acquérir à titre gratuit par des actes qui ne l'exposent à aucune obligation*. S'il ne peut accepter seul une succession ou un legs universel, il reste capable d'accepter une donation entre vifs ou un legs particulier non grevé de charges.

II. Il reste capable de tous les *actes de pure administration*. De même qu'un mineur émancipé, art. 481, il peut aliéner et s'obliger par des actes de cette nature. Capable de *recevoir ses*

(1) La renonciation à un droit n'est qu'un cas particulier d'aliénation. L'individu sous conseil est donc incapable de renoncer à une prescription accomplie. Trib. Liège, 11 janvier 1896, P. 1896, 3, 358.

revenus et d'en donner décharge ⁽¹⁾, il peut en disposer à titre onéreux. Cass. fr., 7 juillet 1902, P. 1903, 4, 28; S. 97, 1, 225, note. Il ne lui est même pas défendu de les affecter au paiement d'une obligation antérieurement contractée dans des conditions qui lui permettraient d'en demander l'annulation, mais dont il se reconnaît tenu. Cass. fr., 15 janvier 1908, D. 1909, 1, 105.

III. Il résulte de l'art. 1393 qui fait de la communauté légale (communauté des meubles et des acquêts) le régime de droit commun entre les époux, que l'individu sous conseil peut faire sans assistance un contrat de mariage par lequel il adopte ce régime ou en restreint les effets, par exemple en limitant la communauté aux acquêts. L'assistance de son conseil lui reste nécessaire pour toutes les clauses entraînant soit une aliénation, soit une obligation *plus étendue* que celles qui résultent du régime de droit commun. Bruxelles, 1^{er} mai 1907, B. J. 1907, col. 753; Cass. fr., 21 juin 1892, D. 1892, 1, 369, et 10 mai 1898, D. 1898, 1, 388. Comp. Trib. Bruxelles, 20 juillet 1910, P. 1911, 3, 100.

1004. Efficacité des obligations valablement contractées sans l'assistance du conseil. Il n'y a dans notre matière aucune disposition pareille à celle du second alinéa de l'art. 484. Les obligations que l'individu sous conseil contracte seul par voie d'achats ou autrement, pour son entretien et sa subsistance, ne peuvent être réduites, encore qu'elles dépassent en fait le chiffre de ses revenus. Elles ne peuvent être *annulées du chef d'incapacité*, parce qu'elles procèdent d'actes de pure administration. Elles ne sont point *réductibles du chef d'excès*, parce qu'il n'est pas permis aux tribunaux de transporter une disposition exceptionnelle d'une matière dans une autre. On a dit avec raison qu'il importe peu qu'un engagement de l'individu sous conseil dépasse *en fait* le chiffre de ses revenus, s'il ne dépasse pas, *en droit*, les limites de sa capacité. Comp. Trib. Bruxelles, 24

(1) Il importe de se rappeler que les intérêts, arrérages, loyers ou fermages ne constituent véritablement des revenus qu'au fur et à mesure de leur *échéance* normale (supra n° 911 in fine).

novembre 1900, P. 1901, 3, 305; Cass. fr., 7 juillet 1902, D. 1902, 1, 422; Paris, 2 décembre 1904, D. 1905, 2, 385.

Les obligations que l'individu sous conseil a contractées seul dans les limites de sa capacité sont susceptibles d'exécution forcée sur *tous ses biens*, sur ses capitaux comme sur ses revenus. Cette solution est fondée sur le principe de l'art. 2092 (7 de la loi hypothécaire) que *quiconque* est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers présents et à venir. Sans doute, il est défendu de faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement; mais l'engagement contracté par un individu sous conseil étant supposé *valable en soi*, on ne saurait voir une violation indirecte de la loi dans les *conséquences* qu'entraîne, d'*après la loi elle-même*, l'engagement valablement contracté. Le système contraire conduit à cette conséquence, manifestement fausse, que le créancier d'un mineur, à raison d'une simple obligation contractée par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs, ne pourrait poursuivre, pour se payer, l'expropriation des biens immobiliers du pupille. Trib. Bruxelles, 21 mars 1883, P. 1885, 3, 27. Comp. Trib. Liège, 26 avril 1890, P. 1890, 3, 292; Dijon, 22 novembre 1867, D. 1868, 2, 73.

II. — *Sanction de l'incapacité.*

Art. 502.

1005. **Nullité de droit.** Les actes pour lesquels l'assistance du conseil est exigée sont *nuls de droit* lorsqu'ils ont été faits sans cette assistance, c'est-à-dire qu'ils doivent nécessairement être annulés quand leur annulation est demandée. La finale de l'art. 502 est manifestement mal rédigée; prise à la lettre, elle signifierait que tous les actes, quels qu'ils soient, accomplis sans l'assistance du conseil, sont nuls de droit; il est bien évident que le défaut d'assistance ne peut entraîner la nullité que des actes pour lesquels l'assistance est requise.

Cette nullité de droit est *purement relative*, comme toutes les

nullités protectrices. Cass., 24 décembre 1896, P. 1897, 1, 50; Cass. fr., 21 mai 1900, D. 1900, 1, 422, et 9 mai 1910, S. 1911, 1, 110.

1006. **Observation relative aux actes judiciaires.** De même que dans la matière de l'incapacité de la femme mariée, il faut tenir compte de ces deux principes, quant aux *actes judiciaires* d'un individu sous conseil: d'une part, que tout défendeur a qualité pour vérifier la capacité de celui qui l'appelle en justice; d'autre part, que *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* (comp. supra nos 413 et 414).

§ 2. — DU CONSEIL JUDICIAIRE.

1007. **Nomination du conseil.** Ainsi que le mot *judiciaire* l'indique, le conseil est toujours nommé directement par le tribunal. Il n'y a pas de conseil *légal*; le mari lui-même ne devient pas de plein droit le conseil de sa femme. Les magistrats jouissent toujours d'une entière liberté dans le choix du conseil. Liège, 30 décembre 1896, P. 1897, 2, 281; Cass. fr., 18 juillet 1906, D. 1906, 1, 328.

1008. **Exemption de toute incapacité.** A la différence du tuteur, le conseil judiciaire n'est frappé d'aucune incapacité de contracter avec la personne soumise à son autorité. C'est ainsi qu'il ne lui est pas défendu de se porter acheteur des biens du prodigue ou du faible d'esprit; mais il faut, en pareil cas, que le vendeur soit assisté d'un conseil *ad hoc*, puisque les intérêts de son conseil ordinaire se trouvent en opposition avec les siens propres. Bruxelles, 3 avril 1886, P. 1886, 2, 189.

1009. **Actes étrangers à sa mission.** Le conseil judiciaire n'a jamais à intervenir dans l'exercice de l'*autorité maritale* ou *paternelle* qui peut appartenir au prodigue ou au faible d'esprit. Notamment c'est à la justice que la femme de l'individu sous conseil doit s'adresser pour obtenir l'habilitation que son mari se trouve incapable de lui donner (supra n° 401). Comp. Cass. fr., 10 novembre 1897, D. 1898, 1, 310.

1010. **Nature de ses fonctions.** Les fonctions du conseil judiciaire diffèrent essentiellement de celles du tuteur. Le tuteur *représente* son pupille dans tous les actes civils, dit l'art. 450; le conseil, au contraire, ne représente pas le prodigue ou le faible d'esprit; son rôle consiste, disent simplement nos art. 499 et 513, à *l'assister* dans les actes déterminés par la loi.

Il faut dire de cette assistance du prodigue ou du faible d'esprit par son conseil tout ce qui a été dit plus haut de la mission du curateur du mineur émancipé (n° 915); les deux fonctions, malgré leurs noms différents, sont tout à fait comparables par leur nature. Ainsi quand le conseil assiste à la réception d'un capital par le prodigue ou le faible d'esprit, il doit en surveiller l'emploi. Les art. 499 et 513 ne font pas une mention expresse de cette obligation, mais ils la sous-entendent, sans quoi l'incapacité qu'ils édictent serait complètement illusoire (supra n° 919). Bruxelles, 4 avril 1899, P. 1901, 2, 29, et 14 juin 1909, B. J. 1909, col. 979.

1011. **Extension de ses fonctions.** Dans la rigueur des principes, la nullité des actes irréguliers ne peut être demandée que par l'incapable (assisté de son conseil), ses héritiers et ayants cause. Aucune disposition légale ne donne qualité au *conseil judiciaire lui-même* pour attaquer les actes faits sans son assistance par l'incapable, lorsque celui-ci refuse d'en poursuivre l'annulation. Son rôle consiste uniquement à *assister* le prodigue ou le faible d'esprit lorsque celui-ci veut agir; il n'est pas d'*agir en son nom, comme son représentant*.

Il arrive ainsi que la protection que la loi a voulu assurer aux prodiges et aux faibles d'esprit peut manquer souvent son effet. Voilà, par exemple, un prodigue qui a aliéné un bien pour se procurer de l'argent; il dépendra de lui de ne pas attaquer l'acheteur et l'aliénation subsistera en fait. La jurisprudence, en Belgique comme en France, n'a pas hésité à *compléter* la loi, en accordant au conseil judiciaire qualité pour attaquer lui-même les actes de l'incapable, à la seule condition de le mettre en cause. Cass., 7 mai 1896, B. J. 1901, col. 339; D. 1904, 1, 129, note. Reconnaisant au conseil judiciaire le pouvoir d'exercer l'action en

nullité dérivant des art. 499 et 513, la jurisprudence lui reconnaît également le pouvoir de prendre l'initiative des voies de recours du code de procédure civile contre les jugements qui ont été défavorables à l'incapable, et d'y conclure différemment de lui. Cass., 2 novembre 1900, B. J. 1901, col. 337. Comp. *R. crit.*, 1897, p. 632; Trib. Bruxelles, 26 juillet 1907, B. J. 1907, col. 1148.

C'est là, dit M. Planiol, un des exemples les plus remarquables des hardiesses de la jurisprudence.

1012. Refus ou empêchement d'assistance. Que décider si le conseil refuse abusivement son assistance à l'incapable? Il ne peut être question d'une autorisation que l'incapable solliciterait du tribunal, comme celle que pourrait obtenir une femme mariée; le code ne dit nulle part que l'assistance du conseil pourra être suppléée par la justice. Cass. fr., 10 novembre 1897, D. 1898, 1, 310. Mais l'incapable n'est pas pour cela abandonné à l'arbitraire de son conseil. Le pouvoir de nommer comporte naturellement celui de révoquer. Le tribunal, *qui juge le refus mal fondé*, peut donc relever le conseil de ses fonctions et le remplacer par une autre personne soit à titre définitif, soit à titre provisoire pour l'acte dont il s'agit. Trib. Liège, 1905, J. L. 1905, p. 117; Cass. fr., 16 mai 1899, D. 1899, 1, 399; P. 1911, 3, 82, note 2.

Il y a lieu également de recourir au tribunal afin d'obtenir la nomination d'un conseil *ad hoc* lorsque les intérêts du conseil judiciaire viennent à se trouver en opposition avec ceux de l'incapable. Riom, 23 décembre 1908, D. 1909, 2, 272.

SECTION 3. — De la cessation de la mise sous conseil judiciaire.

Art. 514, al. 2.

1013. Jugement de mainlevée. Sauf le cas de mainlevée par un jugement, la mise sous conseil subsiste pendant toute la vie du prodigue ou du faible d'esprit. Son mariage ne le rétablit point dans le libre exercice de ses droits. Lyon, 6 mars 1889, D. 1889,

2, 275. Il en est de même de la mort ou de la démission du conseil; seulement il y a lieu en pareil cas à la nomination d'un nouveau conseil.

Comme l'interdiction, la mise sous conseil peut être levée par les tribunaux, soit à la demande de l'incapable, soit à celle de l'une des personnes auxquelles la loi reconnaît le droit de provoquer la dation d'un conseil. Liège, 30 décembre 1896, P. 1897, 2, 281; Toulouse, 3 décembre 1907, P. 1909, 4, 8; *R. trim.*, 1909, p. 883.

La procédure est la même qu'en matière d'interdiction.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.

	Pages
<i>L'interprétation et l'application des lois civiles</i>	9
<i>Les personnes. — Physiques ou morales</i>	16
<i>La famille. — Parenté et alliance</i>	25
<i>L'acte juridique. — Volonté et ses vices. Forme des actes. Liberté civile. Modalités. Représentation dans les actes. Effet relatif. Nullités.</i>	30
<i>L'abus de droit.</i>	52
<i>Les preuves. — Fardeau de la preuve. Moyens. Recevabilité</i> . .	54
<i>Les deux juridictions. — Autorité de la chose jugée</i>	59
<i>La supputation des délais.</i>	62

TITRE I.

<u>La jouissance et la privation des droits civils.</u>	63
--	----

TITRE II.

<u>Les actes de l'état civil</u>	68
<i>Registres et actes de l'état civil</i>	69
<i>Règles communes à tous les actes. — Nullité et rectification. Force probante des registres et des extraits</i>	69
<i>Règles spéciales. — Actes de naissance. Actes de décès</i>	85
<i>Preuve des faits de l'état civil</i>	92
<i>Nom des personnes</i>	95

TITRE III.

<u>Le domicile</u>	98
<i>Domicile général. — De droit ou de fait</i>	98
<i>Domicile d'élection.</i>	106

TITRE IV.

	Pages
Les absents	111
<i>Pratrimoine de l'absent.</i> — Déclaration d'absence. Envoi en possession provisoire, définitive	113
<i>Droits éventuels de l'absent</i>	126
<i>Mariage de l'absent</i>	130
<i>Enfants mineurs de l'absent</i>	131

TITRE V.

Le Mariage. — Les fiançailles	133
<i>Conditions de fond et de capacité.</i> — Lois nouvelles	136
<i>Conditions de forme.</i> — Publications. Célébration	152
<i>Oppositions au mariage.</i>	159
<i>Inexistence et nullités du mariage</i>	168
<i>Effets des nullités.</i> — Mariage putatif	182
<i>Preuve de la célébration</i>	187
<i>Effets du mariage.</i> — Devoirs réciproques des époux. Autorité maritale	192
<i>Incapacité de la femme</i>	202
<i>Mandat de la femme pour la gestion du ménage</i>	223
<i>Dissolution du mariage.</i> — Seconds mariages	225

TITRE V (bis).

Les obligations alimentaires dérivant de la parenté ou de l'alliance	226
<i>Obligation des père et mère d'élever leurs enfants</i>	226
<i>Obligation alimentaire entre parents ou alliés.</i> — Loi du 20 novembre 1896	229

TITRE VI.

Le divorce et la séparation de corps	239
Divorce. — <i>Pour cause déterminée.</i> — Causes. Mesures provisoires. Fins de non-recevoir. Prononciation	241
<i>Par consentement mutuel.</i> — Conditions. Prononciation	258
<i>Effets</i>	260
Séparation de corps. — Causes. Prononciation	269
<i>Effets</i>	271
<i>Conversion en divorce</i>	276

TITRE VII.

	Pages
La filiation.	280
Filiation légitime	281
<i>Filiation paternelle. — Présomptions légales</i>	282
<i>Action en désaveu</i>	287
<i>Filiation maternelle. — Preuves</i>	297
<i>Actions relatives à la maternité</i>	305
Filiation illégitime.	308
Preuves. — Filiation naturelle simple. Reconnaissance volontaire	311
<i>Reconnaissance forcée</i>	321
<i>Filiation adultérine ou incestueuse</i>	331
Effets. — Filiation naturelle simple.	335
<i>Restriction</i>	336
<i>Filiation adultérine ou incestueuse</i>	340
La vraisemblance de paternité naturelle. — Loi du 6 avril	
1908.	341
Actions en pension alimentaire et en frais de gésine. — Preuves.	
Moyens de défense	345
Effet spécial du jugement de condamnation à la pension alimentaire	351
Légitimation des enfants naturels	353
Disposition transitoire de la loi de 1908	357

TITRE VIII.

L'adoption.	358
------------------------------	-----

TITRE IX.

La puissance paternelle.	367
Autorité sur les enfants légitimes. — À qui elle appartient et qui	
l'exerce. Education et correction de l'enfant. Administration	
et jouissance de ses biens	369
Autorité sur les enfants illégitimes	386
Déchéance de l'autorité et pouvoirs des tribunaux	388

TITRE X.

La minorité, la tutelle et l'émancipation.	391
Minorité	391
Tutelle. — Généralités	393
Organisation de la tutelle de l'enfant légitime.	395
<i>Désignation du tuteur</i>	395
<i>Subrogé tuteur.</i>	404

	Pages
<i>Conseil de famille.</i>	407
<i>Causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution</i>	417
Organisation de la tutelle de l'enfant illégitime	422
Fonctionnement de la tutelle	423
<i>Obligations du tuteur à son entrée en fonctions</i>	423
<i>Etendue de ses pouvoirs et de sa responsabilité. Incapacités dont il est frappé</i>	433
<i>Restrictions de ses pouvoirs. Formes habilitantes. — Règles du code.</i>	
<i>Règles des lois postérieures</i>	437
<i>Effets des actes du tuteur et de ceux du pupille</i>	450
Cessation de la tutelle. — Causes	452
<i>Compte définitif du tuteur</i>	453
<i>Conventions relatives au compte. — Règles spéciales</i>	456
Emancipation	461
<i>Modes et conditions</i>	462
<i>Effets.</i>	465
<i>Révocation</i>	474

TITRE XI.

L'interdiction, le placement dans un établissement d'aliénés et la mise sous conseil judiciaire	475
Conséquences juridiques de la démence	475
Interdiction judiciaire	478
<i>Demande en interdiction</i>	479
<i>Effets de l'interdiction</i>	486
<i>Incapacité de l'interdit. — Actes passés depuis l'interdiction.</i>	
<i>Actes antérieurs</i>	487
<i>Tutelle de l'interdit. — Particularités</i>	493
<i>Cessation de l'interdiction</i>	497
Placement dans un établissement d'aliénés.	498
<i>Incapacité de l'aliéné</i>	499
<i>Administration provisoire</i>	501
Mise sous conseil judiciaire	505
<i>Demande en mise sous conseil</i>	505
<i>Effets de la mise sous conseil</i>	507
<i>Incapacité de l'individu sous conseil</i>	508
<i>Mission du conseil</i>	513
<i>Cessation de l'incapacité</i>	515