

COURS DE DROIT CIVIL

Sept. 16 a

ÉTAT ET CAPACITÉ

DES

PERSONNES

PAR

Gérard GALOPIN

Professeur à l'Université de Liège



LIÈGE

IMPRIMERIE H. VAILLANT-CARMANNE

(Soc. an.)

RUE SAINT-ADALBERT, 8

—
1904

VB 12 8/11

VB
12 8/11

*Man
mijia. illu
m.*

BIBLIOGRAPHIE.

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

Traité élémentaires.

- ARNTZ. *Cours de droit civil*, 2^e édit. Bruxelles. *meille.*
LAURENT. *Cours élémentaire de droit civil.* Bruxelles. *fait au cabinet aut. - f.c.*
THIRY. *Cours de droit civil.* Liège. *meille.*
BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de droit civil*, 3^e édit. Paris. *excellent - f.c.*
DE LA BIGNE DE VILLENEUVE et JAC. *Eléments de droit civil*, 2^e édit.
(en cours de publication). Paris. *inachevé*
MOURLON. *Répétitions écrites sur le code civil*, 12^e édit. Paris. *meille.*
APLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e édit. Paris. *ouvrage approfondi - f.c.*
VIGIÉ. *Cours élémentaire de droit civil*, 2^e édit. Paris.

Traité approfondis.

- 1 LAURENT. *Principes de droit civil.* Bruxelles. *un ouvrage. 297 défauts*
2 AUBRY et RAU. *Cours de droit civil*, 5^e édit. (en cours de publication). Paris. *Méthode. 9^e auto*
BAUDRY-LACANTINERIE. *Traité théorique et pratique de droit civil* (en
cours de publication). Paris. *Volume parfait. fait en collaboration*
BEUDANT. *Cours de droit civil* (en cours de publication). Paris. *pas connu*
DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. *Cours analytique de code civil*, 2^e édit. *ij*
Paris.
3 DEMOLOMBE. *Cours de code civil*, continué par GUILLOUARD, 2^e édit. Paris. *excellent ++*
IUC. *Commentaire théorique et pratique du code civil.* Paris.

1

H. *Remarque & corrections. Le meilleur est la française. f.c. & elle
seule corrigée. Jus qu'en 1891. les éditions belges. f.c. & elle
ouvrage français et la édition à leur bénéfice. f.c. & elle
2 1892 a mis fin à cet état de choses.*

Revue.

Revue critique de législation et de jurisprudence. Paris.
Revue trimestrielle de droit civil. Paris.

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 du droit civil belge.* Liège.
PICARD. *Pandectes belges.* Bruxelles.

DALLOZ. *Répertoire et Supplément.* Paris. *Cable de recueil*
Répertoire général alphabétique du droit français. Paris. *Cable & le recueil*

INTRODUCTION (1)

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

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

1. **Mission du légiste.** Le légiste a un double devoir :
 - 1^o déterminer le véritable sens de la loi;
 - 2^o résoudre les difficultés que la loi ne prévoit point.

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 préoccupation que celle de découvrir la volonté de son auteur. Le rôle de l'interprète ne consiste pas à rechercher ce que le législateur aurait

(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: la préface du *Cours élémentaire* de LAURENT; GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris; LAMBERT, *Réforme des études de droit civil*, et SALEILLES, *Les méthodes d'enseignement du droit*, dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1900 et 1902, Paris.

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 défektivité 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. L'esprit et le texte de la loi. Les termes techniques. L'esprit de la loi, c'est la pensée et le vouloir du législateur. Le texte de la loi a pour objet de faire apparaître son esprit; 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. Ce brocard signifie simplement qu'on ne peut présumer que le législateur se soit mal exprimé. La raison commande d'admettre qu'il 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'il faut demander la révélation de la volonté législative.

Toute science a sa langue; le droit a la sienne. La raison commande encore d'admettre que le législateur est resté fidèle aux définitions qu'il a données et aux notions traditionnelles de la science juridique. En général donc, on doit préférer la signification technique des termes de la loi à leur signification usuelle ou vulgaire.

4. La prohibition des distinctions. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* C'est violer la loi que de distinguer là où elle n'a pas voulu le faire.

La règle fixée au n° précédent, que le texte traduit exactement la pensée du législateur, engendre cette conséquence qu'en général l'interprète ne peut restreindre l'application d'un texte conçu en termes absolus.

5. Texte n'exprimant pas exactement la pensée du législateur. Exclusion de l'interprétation judaïque. *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* Il peut arriver qu'un texte 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 l'emporter sur la lettre. Il serait contradictoire à la nature de la loi de l'interpréter autrement que comme un acte de volonté.

(1) Il peut arriver aussi que le législateur se soit exprimé en termes trop absolus

C'est à celui qui allègue que le législateur a dit autre chose que ce qu'il voulait dire d'en administrer la preuve; il a, en effet, contre lui la plus forte des probabilités.

6. *Interprétation extensive, restrictive*. La démonstration que le texte ne rend pas exactement la pensée du législateur a fréquemment pour résultat soit d'étendre, soit de restreindre la signification ordinaire de ses termes. L'interprétation est dite alors extensive ou restrictive, selon les cas; voir par ex. art. 1188 et 2279. Il arrive parfois que l'interprétation aboutit à remanier complètement les termes de la loi; voir par ex. art. 408, al. 2.

7. **Recherche de la volonté législative, en dehors du sens littéral de son texte.** Pour fixer le vrai sens d'une loi, et ainsi, le cas échéant, compléter et rectifier sa lettre, il y a les moyens suivants :

1^o Examiner l'économie de ses dispositions et comparer le texte à interpréter avec les autres textes conçus dans le même ordre d'idées. *In civile est, nisi tota lege perspecta.... judicare vel respondere.* Les diverses dispositions relatives à la même matière ou à des matières analogues doivent être envisagées, non isolément, mais respectivement aux autres, comme formant chacune la fraction d'un ensemble cohérent dans toutes ses parties; voir par ex. la combinaison des art. 604 et 1014 et celle des art. 1141 et 2279.

2^o Remonter à la source à laquelle la loi a été puisée. L'ancien droit sert fréquemment à expliquer la loi actuelle. Quand le législateur reproduit purement et simplement une règle du droit antérieur, il est clair qu'il entend lui conserver le sens que les auteurs de pratique lui donnaient autrefois; voir par ex. art. 1167. § 931.

GÉNY 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 Rechercher la *ratio legis*, c'est-à-dire ses motifs et son but, en consultant à cet effet les circonstances dans lesquelles la loi a été faite, les précédents historiques qui l'ont inspirée, les travaux préparatoires qui ont précédé son adoption. La raison d'être de la loi en détermine la portée. *Cessante legis ratione, cessat ejus dispositio.* La

1) L'interprétation a caractère herméneutique ou d'accommodation de la loi. Elle est des cas où le raisonnement est irrégulier (aut) elle est d'autre, ou d'un autre sens - ceux qui on ne sont pas mais chercher dans une toute la solution d'une question que ce sens n'a pas f. objet de décider

filio de loi

maxime *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*; voir par ex. ar^{ts}. 108.

4^o Apprécier les conséquences auxquelles on aboutirait en entendant la loi dans tel sens ou dans tel autre. L'interprète ne peut faire fi des notions de justice et d'utilité sociale. Lorsqu'une loi est vraiment susceptible de deux sens (1), il doit repousser l'interprétation qui ferait consacrer une injustice ou une absurdité.

5^o Consulter les travaux préparatoires de la loi.

8. Autorité des travaux préparatoires de la loi. Leur autorité dépend tout d'abord de l'*organisation constitutionnelle du pouvoir législatif* au temps où la loi a été faite. Et c'est ainsi qu'il importe de distinguer entre les travaux préparatoires du code civil qui a été fait sous l'empire de la constitution de l'an VIII, et ceux des lois civiles qui ont été faites depuis la chute du régime français dans nos provinces.

Aucun des travaux préparatoires du code civil n'émane du législateur lui-même. Le législateur, sous la constitution de l'an VIII, c'était exclusivement le Corps législatif, et ce corps (*de muets*) votait la loi sans pouvoir la discuter ni l'amender. La discussion du projet se concentrait dans le sein du Conseil d'Etat et du Tribunal, et ni l'un ni l'autre de ces deux corps ne votait la loi. On se tromperait donc gravement, dit BAUDRY, en considérant les opinions émises au Conseil d'Etat ou au Tribunal comme un commentaire officiel de la loi.

Quant aux discours prononcés devant le Corps législatif par les orateurs du gouvernement et du Tribunal, ils n'expriment que des opinions personnelles que le Corps législatif ne s'est pas appropriées par son vote; ils renferment d'ailleurs un assez grand nombre d'erreurs.

(1) C'est sous cette condition essentielle que nous admettons volontiers avec SALEILLES que : « la conscience des résultats auxquels on s'expose est un facteur légal de l'interprétation juridique. »

Les travaux préparatoires de nos lois belges émanent tous de l'une ou l'autre des trois branches du pouvoir législatif. Ce sont les exposés des motifs, les rapports des sections centrales ou commissions spéciales et les discussions à la Chambre des représentants et au Sénat. Ils n'ont pas tous la même valeur; c'est surtout aux exposés des motifs et aux rapports qu'il faut s'attacher pour découvrir la pensée vraie de la loi. Les discussions parlementaires ne reflètent que trop souvent des opinions individuelles, émises sans réflexion. Aussi est-ce une remarque courante que les travaux préparatoires fournissent des arguments à toutes les opinions et qu'on y trouve à peu près tout ce qu'on veut y chercher (1) !

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* de JUSTINIEN. 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 de dégager 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 dégager 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 la tradition juridique; voir par ex. la maxime *Infans conceptus* (infra n° 16).

*art 725 et 906 ; art 948-555 et 1241 : l'ind no peut dans jurte cause . . .
art 79-109 : Remo plus juris . . .*

(1) Sur les bévues législatives, voir notamment : PICARD, introduction au tome VI des *Pandectes belges* : *De la confection vicieuse des lois en Belgique*; JANSSENS, discours de rentrée à la Cour de cassation, en 1902 : *De l'institution d'un conseil d'Etat en Belgique*.

La formule seule du principe est l'œuvre du juge; son autorité vient de ce qu'elle n'a été construite qu'avec des éléments fournis par les textes et sur l'invitation formelle du législateur.

Il ne faut pas confondre les *vrais principes* qui se dégagent du rapprochement des solutions légales, avec les simples *conceptions juridiques* dues à l'esprit de système de chaque interprète (1).

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.

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. Il faut d'ailleurs se garder de considérer comme une exception telle disposition qui constitue elle-même une règle égale à celle dont elle restreint le champ d'application; voir par ex. le rapprochement des art. 1341 et 1348.

(1) Sur cette délicate question, voir le bel ouvrage de GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

2^{me} PARTIE. — GÉNÉRALITÉS SUR LES DROITS CIVILS ET LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.

12. **Définition des droits civils.** Les *droits* sont les facultés ou prérogatives que la loi reconnaît ou accorde aux personnes. On distingue trois sortes de droits : les droits publics, les droits politiques et les droits civils.

Les *droits civils*, les seuls dont nous ayons à traiter, sont les facultés qui concernent les rapports privés des personnes.

Les droits civils se divisent en droits relatifs à l'état des personnes et aux rapports de famille, écrits au premier livre du code civil, et en droits relatifs aux biens, écrits aux deuxième et troisième livres. Les droits relatifs aux biens s'appellent droits *pécuniaires* ou *patrimoniaux*. ~~L'ensemble abstrait des droits et obligations pécuniaires d'une personne constitue son patrimoine.~~

L'expression *droits civils* ne désigne pas toujours tous les droits privés indistinctement ; il arrive qu'elle ne désigne que ceux de ces droits qui, par leur nature même ou par la réglementation spéciale dont ils sont l'objet, doivent être considérés comme étant plus particulièrement l'œuvre de la loi positive, par opposition à ceux qui découlent directement de la loi naturelle et se retrouvent semblables dans les législations de tous les peuples civilisés. On appelle les premiers droits *purements civils*, les seconds droits *civils naturels*.

13. **Jouissance et exercice des droits civils.** *Jouir d'un droit* ou *en avoir la jouissance*, c'est avoir l'aptitude légale à en être investi, à en être le titulaire. *Avoir l'exercice d'un droit*, c'est avoir l'aptitude légale à le mettre en œuvre par soi-même et sans le recours de personne. Tous ceux qui jouissent des droits civils n'en ont pas nécessairement le libre exercice.

Si précis que soit le sens de chacun des termes de cette distinction, on rencontre des textes où le législateur les a employés l'un pour l'autre ; voir par ex. art. 7 c. c. et art. 984, 985 c. pr.

Il est 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. La privation de l'exercice de ces droits équivaut forcément à une privation de jouissance.

14. **Définition et classification des personnes.** On entend par *personne* tout être, réel ou fictif, susceptible d'avoir des droits et des obligations.

Il existe deux sortes de personnes : les personnes *physiques*, qui sont les êtres humains, et les personnes *civiles*, appelées aussi personnes *morales*, qui sont des êtres intellectuels dont l'existence dépend de la loi.

En principe, tout droit implique, à titre de support sans lequel il ne saurait subsister, une personne, physique ou morale, actuellement existante. On trouve des exceptions à ce principe dans les art. 1048, 1050, 1053 et 1082.

CHAPITRE I. -- DES PERSONNES PHYSIQUES.

15. **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.

16. **Commencement 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.

17. **Fin de la personnalité.** La personnalité ne prend fin que par la mort. La mort naturelle seule fait cesser la personnalité.

La mort civile elle-même, avant son abolition par l'art. 13 de la Constitution, n'effaçait pas complètement la personnalité de celui qu'elle frappait.

§ I. — DE L'ÉTAT DES PERSONNES.

18. **Définition.** L'état d'une personne est l'ensemble de certaines qualités qui lui sont inhérentes et que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques.

Les principales qualités constitutives de l'état sont :

1^o Au point de vue de la patrie : celles de belge ou d'étranger.

2^o Au point de vue de la famille : a) celles de célibataire ou d'époux, de veuf, de divorcé ou de séparé de corps ; b) celles de parent légitime ou naturel ; c) celle d'allié.

3^o Au point de vue individuel : a) celles de mineur ou de majeur d'âge ; b) celle de dément frappé d'interdiction judiciaire ; c) celle de prodigue ou de faible d'esprit placé sous conseil judiciaire ; d) celle de condamné à une peine criminelle entraînant interdiction légale.

19. **Conséquences de l'état.** Ces conséquences sont de deux sortes :

1^o L'état sert de source à un grand nombre de droits et d'obligations de la personne ; en considération de son état, la loi lui accorde ou non tel droit, lui impose ou non telle obligation.

2^o L'état de la personne sert à déterminer son aptitude à exercer ses droits et à remplir ses obligations par elle-même et sans le secours d'autrui.

20. **L'état des personnes est hors du commerce.** Ce principe, qui dérive des art. 6 et 328, signifie que les particuliers n'ont pas de pouvoir sur leurs qualités personnelles, pour les modifier ou en disposer à leur gré, par des conventions ou autres actes juridiques, comme ils peuvent faire de leurs biens.

Il en résulte ces conséquences importantes :

1^o *L'état est imprescriptible.* Il ne peut s'acquérir ni se perdre par prescription.

2^o *Il est impossible de transiger sur les questions d'état.*

21. **Droits pécuniaires dérivant de l'état.** Il importe de bien distinguer l'état considéré en lui-même et d'une manière abstraite, des *droits qui en résultent*. Ceux-ci ont, en général, un caractère pécuniaire, et sont dès lors prescriptibles et susceptibles de transaction.

22. **Possession d'état.** 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.

§ 2. — DE LA CAPACITÉ DES PERSONNES.

Il ne faut pas ici de l'aptitude physique à l'exercice des D. civils. Quel. du dit serrement. aptitude physique = capacité de fait. aptitude légale. C. juridique

23. **Définition et degrés de la capacité et de l'incapacité.**

La *capacité* est l'aptitude légale à la jouissance et à l'exercice des droits civils. Il y a deux degrés dans la capacité : la capacité de *jouissance* et la capacité d'*exercice*. Ces deux degrés répondent à la distinction de la jouissance et de l'exercice des droits (supra n° 13).

Le défaut de capacité constitue l'*incapacité*. Celle-ci a naturellement aussi deux degrés : l'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice. BAUDRY emploie une autre terminologie : il appelle *incapacité de droit*, celle qui porte sur la jouissance des droits, et *incapacité de fait*, celle qui porte seulement sur leur exercice. Cette terminologie est vicieuse parce qu'elle prête à confusion entre la matière de l'inaptitude légale à l'exercice des droits, qui est une question de droit, et la matière du défaut de raison des personnes, qui est une question de fait.

24. **Différences entre les deux degrés d'incapacité.** Les deux sortes d'incapacité diffèrent quant à leurs causes et quant à leur étendue :

a) *Causes.* Les incapacités de jouissance sont tantôt simplement la conséquence de l'extranéité ou des rapports particuliers existant entre deux personnes déterminées (art. 442, 450, al. 3, 909, 1595, 1596 et 1597); tantôt elles sont édictées à titre de peine, comme moyen de répression ; on leur donne alors le nom de *déchéances*.

Les incapacités d'exercice sont en général 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 pourvus d'un conseil judiciaire.

L'incapacité de la femme mariée ne peut s'expliquer rationnellement que comme une conséquence de l'autorité maritale. Quant à l'incapacité du condamné à une peine criminelle, en état d'interdiction légale, elle est une précaution prise contre lui pour l'empêcher d'adoucir son sort et de corrompre ses gardiens.

b) *Etendue*. L'incapacité de jouissance est toujours limitée à tels ou tels droits déterminés.

L'incapacité d'exercice est totale, générale ou spéciale; elle est totale, pour l'interdit judiciaire; elle est générale pour le mineur, la femme mariée et l'interdit légal; elle est spéciale pour l'individu sous conseil judiciaire.

25. La capacité est la règle. La capacité est de droit commun, l'incapacité est d'exception. Ce principe résulte des art. 902, 1123 et 1594. L'incapacité étant l'exception, il suffit donc toujours de rechercher les cas dans lesquels une personne est déclarée incapable par la loi.

26. Observation. L'incapacité d'exercice est celle à laquelle on fait allusion lorsqu'on parle purement et simplement d'incapacité ou d'incapables.

CHAPITRE II. — DES PERSONNES MORALES.

VAN DEN HEUVEL. *De la situation légale des associations sans but lucratif*, 2^e édit. Bruxelles.

VAUTHIER. *Étude sur les personnes morales*. Bruxelles.

27. Notion et classification. Les personnes civiles ou morales sont les fictions de personnalité qui, dans le système du droit positif actuel, cachent cette forme *exceptionnelle* de la propriété qui s'appelle la *propriété collective* (par opposition à la propriété *individuelle*, divisée ou indivise). La fiction de personnalité n'est, au fond, qu'un procédé destiné à simplifier la gestion de la propriété collective. En la forme, tous les droits et toutes les charges ayant un caractère collectif sont réputés reposer sur un être unique, auquel la loi accorde dans une certaine mesure les attributs de la personnalité: il est réputé propriétaire, créancier ou débiteur, il fait des contrats et soutient des procès comme une vraie personne. Il arrive ainsi que, dans l'état actuel de la législation, la propriété collective apparaît comme étant elle-même une propriété individuelle.

On range les personnes civiles en deux grandes catégories: les unes ont un caractère *public*, les autres ont un caractère *privé*.

a) Les personnes morales publiques sont :

1^o Les *organes constitutionnels de l'administration publique*, c'est-à-dire l'Etat, les provinces et les communes.

2^o Les *établissements publics*. On appelle ainsi quelques-uns des services publics 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.

b) Les personnes morales privées sont :

1^o Les *congrégations hospitalières* (décret du 18 février 1809), l'*association de la Croix rouge* (art. 1^{er} de la loi du 30 mars 1901).

2^o Les *caisses de prévoyance des ouvriers mineurs* (art. 1^{er} et 3 de la loi du 28 mars 1868), les *sociétés mutualistes* et les *fédérations de ces sociétés* (art. 3 et 7 de la loi du 23 juin 1894), les *unions professionnelles* et les *fédérations de ces unions* (art. 1^{er} et 18 de la loi du 31 mars 1898).

Les associations reprises sous les nos 1 et 2 n'ont point pour but la réalisation et le partage de bénéfices pécuniaires; on les appelle des *institutions d'utilité publique*. Cette dénomination a entraîné quelques auteurs à les ranger, mais bien à tort, parmi les personnes morales publiques. Un établissement ne peut être *public* que s'il est un *mode d'action de l'autorité publique*; tout autre établissement ne peut être que *privé*, parce qu'il est une des formes de l'activité des simples individus, *agissant en leur nom privé*. L'intérêt pratique de cette question se présente à l'art. 2045, al. 3.

3^o Les *sociétés commerciales* et certaines *sociétés civiles à forme commerciale* (art. 2 et 136 de la loi des 18 mai 1873 et 22 mai 1886, art. 11 de la loi du 9 août 1889), les *sociétés et entreprises pour l'exploitation des mines* (art. 8 de la loi du 21 avril 1810).

La question de la personnalité des *sociétés civiles ordinaires* ne fait aucun doute en Belgique; elle doit être résolue négativement par argument du texte et de l'esprit des art. 2, 3 et 136 de la loi des 18 mai 1873 et 22 mai 1886, sur les sociétés commerciales. NYSSENS et CORBIAU, *Sociétés commerciales*, I, n^o 355. La jurisprudence française est fixée en sens contraire. Cass. fr., 2 janvier 1894, D. 1894, 1, 81.

28. **Concession de la personnalité.** La concession de la personnalité civile, c'est-à-dire la constitution d'une propriété collective, ne peut résulter que d'une disposition de la *loi*.

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* du législateur, à toutes les associations d'une certaine nature, qui remplissent des conditions déterminées. Tantôt elle n'existe qu'en vertu d'une manifestation *spéciale* de la volonté du législateur ou d'une autorisation ou reconnaissance *spéciale* de l'autorité publique, rendue conformément à la loi.

C. Co.
art. 2

29. Spécialité de la personnification civile. Les personnes civiles ne jouissent pas de tous les droits qui appartiennent aux personnes physiques. Il en est qui, par leur nature même, ne sauraient leur appartenir, par ex. les droits de famille et les droits héréditaires qui en découlent.

Elles ont certes un patrimoine propre, puisque c'est la gestion de ce patrimoine, c'est-à-dire de l'ensemble des droits collectifs, actifs et passifs, qui est leur raison d'être. Mais jouissent-elles, avec la la même étendue que les personnes physiques, des droits relatifs aux biens, à leur acquisition, à leur aliénation ?

La négative nous paraît certaine. La vie civile dont les personnes morales sont investies se limite aux opérations que comporte le but en vue duquel elles ont été créées par la loi ou conformément à la loi ; la destination de chacune 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. Il n'a reçu aucune organisation particulière quant aux associations à but lucratif revêtues de la personnification civile. Ces associations ont donc tous les droits pécuniaires indispensables pour atteindre leurs fins. Mais on doit toujours se garder d'assimiler complètement ces personnes morales aux personnes physiques. Elles n'ont d'existence, et dès lors de droits, aux yeux de la loi, que dans la mesure des opérations à *titre onéreux* auxquelles elles se livrent en vertu de leurs statuts. Certains auteurs soutiennent cependant qu'elles ont le droit d'acquérir des biens de toute nature, *même à titre gratuit*. Note au D. 1896, 1, 145.

30. Capacité des personnes morales. La capacité des personnes morales *publiques* est réglée par la législation administrative. Art. 537 et 1712. Indépendamment de cette législation qui organise ce que l'on appelle la *tutelle administrative*, il faut encore

tenir compte de nos art. 910 et 937, qui disposent que les établissements publics ont besoin d'une autorisation du chef de l'Etat pour toute acquisition à titre gratuit.

La capacité des institutions d'*utilité publique* est réglée limitativement par les lois organiques qui leur ont conféré la personnification. On peut cependant fixer en principe qu'elles administrent librement leurs biens et peuvent les aliéner conformément aux statuts qu'elles se sont légalement donnés. Une *incapacité commune* à toutes ces personnes morales est que les donations entre vifs ou par testament qui leur sont faites n'ont leur effet qu'autant qu'elles sont autorisées conformément à l'art. 76 de la loi communale.

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

Dans l'opinion de ceux qui leur reconnaissent le droit d'acquérir à titre gratuit, elles sont pleinement capables d'accepter les libéralités qui leur sont faites, sans avoir à solliciter d'autorisation administrative.

31. Extinction des personnes morales. Conséquences.

Les personnes morales ne meurent pas comme les personnes physiques, puisque leur existence est purement abstraite. Mais 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.

Que deviennent les biens qui composaient le patrimoine de la personne morale disparue ?

Si l'établissement supprimé est un établissement public, les biens qui lui appartenaient rentrent dans le domaine de la personne morale (Etat, 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'il s'agit d'une association à but lucratif, la personne morale disparue est remplacée par les associés. Les biens qui subsistent après la liquidation du patrimoine social deviennent la copropriété de ceux-ci; ils se les partagent entre eux proportionnellement à leurs droits et conformément aux stipulations de l'acte de société.

Il faut observer que l'être moral reconnu par la loi sur les sociétés

commerciales ne s'éteint pas dès l'instant de la dissolution de la société; il subsiste *pendant toute la durée de la liquidation* des affaires sociales; il ne cesse d'exister qu'à la clôture de cette liquidation (art. 111 de la loi des 18 mai 1873 et 22 mai 1886). Liège, 11 novembre 1900, P. 1901, 2, 119; Cass. fr., 13 janvier 1892, D. 1892, 1, 587.

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

32. **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. *(aut Hoff).*

CHAPITRE I. — DE LA PARENTÉ.

33. **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.

34. **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 leur père et mère.

35. 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.

36. 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.

37. 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° 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 germains* 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.

38. 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 et 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.

39. **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.

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.

40. **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.

41. **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 le droit de puissance paternelle manque absolument.

42. **Durée de l'alliance.** L'alliance périt-elle avec le mariage qui l'a fait naître ? Cette question est très controversée encore aujourd'hui, à raison du silence du code. Les uns, et leur opinion semble prévaloir en jurisprudence, soutiennent que l'alliance subsiste et continue à produire tous ses effets à l'exception de ceux qui sont exclus par un texte spécial. Cass., 5 novembre 1896, P. 1897, 1, 10 ; Orléans, 15 novembre 1893, D. 1894, 2, 113, et *Revue critique*, 1895, p. 1. Les autres, au contraire, s'appuient sur toute la

tradition romaine et coutumière pour décider 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. Conclusions du Ministère public, P. 1897, 1, 12.

En admettant qu'il faille subsister après le mariage qu'il n'est maître marital o' des conséquences, absurde. (En) p. sur bli. pour l'avec Pavia. Les parents de celle c' sont dans le besoin. En vertu de 906 je leur devrai des aliments alors que je n'en soit plus à Pavia!!!

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

43. Définition de l'acte juridique et de l'acte instrumentaire. La signification du mot *acte* dans la langue du droit dépend du qualificatif qui lui est sous-entendu : *juridique* ou *instrumentaire*.

Un acte juridique, *negotium juridicum*, est un acte accompli *en vue* de réaliser des effets juridiques, c'est-à-dire de faire naître, de modifier, de transmettre ou d'éteindre un droit. On appelle *actes matériels* les faits qui, par eux-mêmes, dans l'intention de leur auteur, n'ont aucunement pour but de produire les conséquences juridiques qui peuvent y être attachées par la loi, par ex. les délits.

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 un sens, comme dans les art. 481 et 502, tantôt dans un autre, comme dans les art. 75 et 931. Il y a des textes, comme l'art. 778, où il se trouve employé successivement dans les 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.

44. Divers sens du mot titre. Le mot *titre* a trois sens. Dans les deux premiers, il correspond à l'acte juridique, comme dans les art. 550 et 690, et à l'écrit probatoire, comme dans les art. 46 et 695. Dans son troisième sens, il est synonyme de *qualité*, comme dans l'art. 778.

45. Classification des actes juridiques. Les actes juridiques se divisent en *actes unilatéraux* et en *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*.

Les actes juridiques se divisent aussi en actes non solennels ou consensuels et en actes solennels (infra n° 58).

46. 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. Cette distinction, très nette dans les mots, est souvent très délicate dans son application; il est un grand nombre d'actes dont la nature n'est pas bien déterminée. D'une façon générale, on peut dire que les actes d'administration sont ceux qui ont simplement pour but de conserver le patrimoine, de l'entretenir et de le faire fructifier. Tels sont les marchés relatifs à l'entretien ou à la réparation des biens, la réception et l'emploi des revenus et même des capitaux (sauf exception), les baux à durée ordinaire, les ventes de toute sorte de fruits et d'objets hors de service ou sujets à dépérissement. Les autres actes sont des actes de disposition; ils peuvent être commandés par le souci d'une bonne gestion; ils ne sont pas, en eux-mêmes, des actes d'administration. 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 (art. 595, 1429, 1430 et 1718).

Cette distinction des actes d'administration et des actes de disposition sert à déterminer les actes que peuvent faire: 1° ceux qui n'ont sur leurs propres biens qu'une *capacité limitée*, comme l'individu sous conseil judiciaire (art. 513); 2° ceux qui n'ont sur les biens d'autrui dont la gestion leur est confiée que des *pouvoirs d'administration*, comme le père, durant le mariage, à l'égard des biens personnels de ses enfants mineurs (art. 389).

47. 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 ou son annulabilité.

48. **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.

49. **Distinction entre l'absence de volonté et les vices de volonté.** L'acte juridique, d'après sa définition même, a pour cause génératrice la volonté d'une ou plusieurs personnes. Or, il se peut : 1° 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° 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.

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

1° 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. Ces causes sont l'enfance, la folie, l'ivresse.

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.

51. **Énumération.** 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, 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.

52. **Les trois degrés de l'erreur.** Il y a trois degrés de l'erreur : 1^o l'erreur *destructive* de la volonté (supra n^o 50); 2^o l'erreur *vice* de la volonté aux yeux de la loi; 3^o l'erreur *indifférente* aux yeux de la loi. 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. (30)

*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; la loi ne distingue pas entre l'*erreur de droit* et l'*erreur de fait*. La maxime *Nemo jus ignorare censetur* se limite aux lois qui s'appliquent indépendamment de la volonté des particuliers.

53. **Définition et effets du dol.** Le dol est toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper un autre. Le dol n'est une cause d'annulation que sous certaines conditions déterminées par l'art. 1116 :

1^o Tout d'abord, il faut qu'il ait eu pour résultat d'*amener la conclusion d'un acte juridique qui n'aurait pas été accompli sans lui*. On dit alors que le dol est *principal*.

2^o Il faut, en outre, *s'il s'agit d'un contrat*, 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 peut être que la source de dommages-intérêts au profit de la victime.

54. **Remarque.** 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* qu'il a causée serait sans influence sur le sort de cet acte si elle était due à une cause fortuite. Il en est ainsi, dans les contrats, de l'erreur sur le motif.

55. **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. *Quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.*

§ 3. — DE LA LÉSION.

56. **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 :

À 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. — *Le mineur est incapable de Droit ses acts sont donc annulables. Si cette incapacité n'était pas suffisante il pourrait recourir à l'annulabilité de ce chef.*

CHAPITRE II. — DE LA FORME DES ACTES JURIDIQUES.

57. **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.

tions 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.

58. Distinction des actes consensuels et des actes solennels. Par exception, 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. *Ils sont établis par la loi & indépendants des parties.*

Les principaux actes solennels sont : le mariage (art. 75 et 165), le contrat pécuniaire de mariage (art. 1394), la reconnaissance d'un enfant naturel (art. 334), 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. Pour le mariage, la solennité consiste dans la célébration par l'officier de l'état civil.

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

59. 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*.

60. 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.

61. 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.

62. 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 intéressent l'ordre public ; celles auxquelles ils peuvent déroger, parce qu'elles ne concernent que leur intérêt individuel.

L'expression *ordre public* est synonyme de *bien public* ou *intérêt social*. Il est impossible de fournir une notion bien précise des lois d'ordre public. Tout ce qu'on a pu dire de moins vague est ceci : " 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 concernent l'intérêt social en même temps que l'intérêt privé. " DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, p. 64 ; voir aussi *Revue critique*, 1900, p. 369.

Parmi les lois civiles d'ordre public figurent certainement celles qui règlent l'état et la capacité des personnes. *Revue trimestrielle*, 1902, p. 190. Au contraire, les lois relatives aux biens sont, *pour la plupart*, d'intérêt exclusivement privé ⁽¹⁾. Il en est de même des

(1) Il est essentiel d'observer qu'un intérêt qui n'est pas celui des parties se confond, pour celles-ci, avec l'intérêt général ; il ne leur est pas personnel et dès lors elles ne peuvent pas y porter atteinte.

lois qui ont pour objet de déterminer les conséquences des actes juridiques.

Les lois d'ordre public s'appellent *impératives* ou *prohibitives* parce qu'elles posent des règles auxquelles les particuliers ne peuvent se soustraire. Les lois d'intérêt privé sont dites *permissives*, parce qu'elles n'entendent rien imposer; on les appelle aussi *supplémentives* ou *interprétatives*, parce que leurs décisions n'ont généralement pour objet que d'interpréter la volonté des parties ou de la suppléer; voir par ex. art. 111. (1)

63. **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. Cette distinction rentre dans le cours de droit international privé.

64. **Les bonnes mœurs.** L'art. 6 dit qu'on ne peut pas déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs. Il 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*.

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*.

65. **Sanction de l'art. 6.** Quel est le sort des actes faits en contravention à la disposition de l'art. 6? Cette question se retrouvera dans la matière des nullités. Il suffit de constater, pour le moment, que la loi fait à cet égard une distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit. S'agit-il d'un *acte à titre onéreux*, la loi frappe de nullité non seulement la clause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, mais l'acte lui-même dans toutes ses parties (art. 1172). S'agit-il d'un *acte à titre gratuit*, la clause illicite qu'il renferme ne porte pas atteinte à la validité de l'acte tout entier; cette clause est alors effacée par la loi, réputée non écrite; et l'acte produit effet pour le surplus (art. 900).

(1) Le système du b. sous les articles 1387, 1391 et de plus aux autres touchant une volonté normale qu'ils sont émis avec en tant longtemps qu'il n'apparaît pas qu'ils sont et c'est le système simplifié d'application de la conclusion des contrats entre et pourment de conclure sans mais d'un seul mot sans entrer dans aucun détail -

CHAPITRE IV. — DE CERTAINES MODALITÉS DES ACTES JURIDIQUES.

66. **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.

67. **Définition.** Le terme est un événement futur et inévitable, 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.

A. — Effets du terme suspensif.

68. **Avant l'échéance.** Le cours du terme ne suspend pas la *naissance* du droit, mais seulement son *exercice*. Le droit s'est formé au moment même ou l'acte juridique s'est passé; sa mise à exécution seule a été différée.

69. **A l'échéance.** L'échéance permet au titulaire du droit de l'exercer. Quand il s'agit d'un droit réel, on dit qu'il est *ouvert*

(art. 604); quand il s'agit d'une créance, on dit qu'elle est *exigible*.
(art. 1186).

B. — *Effets du terme extinctif.*

70. **Avant l'échéance.** Le droit *s'exerce* comme s'il était pur et simple; il produit immédiatement tous ses effets.

71. **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.

*Tout condition résolutoire implique par elle corrélation en ce sens que
creditor, ne peut en contraire être créancier si elle le devient sous condition
suspensive, l'obligé n'est plus propriétaire qu'avec condition résolutoire.*

72. **Définition.** La condition est un événement futur et incertain qui suspend soit la naissance, soit la résolution d'un droit, et qui produit son effet rétroactivement. 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 de leur part, 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. C'est manifestement à tort que l'art. 1181 suppose qu'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties, peut jouer le rôle de condition.

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.

A. — *Effets de la condition suspensive.*

73. **Avant la réalisation.** Le droit affecté d'une condition suspensive n'a pas encore d'existence; *la condition en empêche la naissance même*, et l'on ne sait même pas si ce droit naîtra jamais. 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.

Néanmoins, la simple possibilité de la réalisation de la condition

*théoriquement. § conditionnel n'existe pas
R Civil " " esuit. 11 79-1180.*

constitue une *chance*, que la loi considère déjà comme un *élément du patrimoine*. De là l'expression *droit conditionnel*. Le droit conditionnel est *transmissible* entre vifs et par décès. Art. 1179, in fine. De plus, le titulaire d'un droit conditionnel peut prendre des *mesures conservatoires* de son droit. Art. 1180.

74. **Distinction des droits conditionnels et des droits éventuels.** Il ne faut pas confondre les droits conditionnels et les droits éventuels. Les droits éventuels sont ceux des héritiers présumptifs et des légataires avant la mort du *de cuius* (*is de cuius successione agitur*). La loi ne tient aucun compte des droits successoraux tant que la succession n'est pas ouverte. Il ne peut donc être question d'en disposer, ni même de leur appliquer des mesures conservatoires.

75. **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. Art. 1179.

76. **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.

77. **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*.

78. **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. Art. 1179.

79. **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 JURIDIQUE D'UNE PERSONNE PAR UNE AUTRE.

80. **Notion de la représentation.** Le terme *représenter* est un terme technique qui désigne l'*intervention d'une personne agissant au nom et pour le compte d'une autre personne, sans être touchée elle-même par les effets juridiques de l'acte qu'elle accomplit.* En fait, c'est le représentant qui parle et 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. *Qui mandat ipse fecisse videtur.*

Le représentant s'appelle *mandataire*. Selon les cas, le mandataire est constitué par la *loi* (art. 389 et 450), ou par la *justice*, en vertu d'une disposition de la loi (art. 113), ou par le *contrat* de mandat défini par l'art. 1984.

Le contrat de mandat doit être fait par *acte notarié*, lorsque l'acte à passer par le mandataire est un de ces actes *solemnels* qui sont assujettis à la forme authentique (art. 36, 66 et 933, al. 2). *sauf en vertu de l'acte solennel claut fait pour assurer l'authenticité de celui qui a passé.*

81. **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.

82. **Distinction de la capacité et du pouvoir.** La question de *capacité* (supra n° 26) 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 le seul effet de l'écoulement de 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 RELATIF DES ACTES JURIDIQUES.

83. Inefficacité des actes juridiques à l'égard des tiers.
 En principe, les actes juridiques ne produisent d'effet qu'entre les parties. Ils ne nuisent ni ne profitent aux tiers. Art. 1165. *Res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest.*

On vient de voir au chapitre précédent qu'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 mandataire légal, judiciaire ou conventionnel.

84. Notion et distinction des ayants cause. Entre les parties et les tiers, il y a une catégorie intermédiaire de personnes : les ayants cause ou ayants droit. ¶

Le terme ayant cause suppose l'idée d'une transmission qui s'est opérée d'une personne à une autre. Celui qui a acquis le droit s'appelle *ayant cause*; celui dont le droit a été transmis s'appelle *auteur*. 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. Tels sont les héritiers et les légataires universels ou à titre universel. Les ayants cause à titre particulier sont ceux qui n'ont acquis de leur auteur que des biens déterminés. Tels sont l'acheteur, le donataire, le légataire à titre particulier.

Le patrimoine constitue une unité abstraite, distincte des biens qui le composent et des dettes qui en sont la charge. Tant que la personne existe, on ne conçoit pas qu'elle transmette son patrimoine ou une quote part à une autre personne; elle n'en peut aliéner que les éléments l'un après l'autre, c'est-à-dire les droits pris individuellement qui en font partie. Le patrimoine lui-même ne peut être transmis que par décès.

85. Ayants cause à titre universel. En principe, les ayants cause à titre universel s'identifient avec les parties elles-mêmes;

¶ Dans les contrats translatifs ou qualifiés *aum.* d'ayant cause. d'un des parties en regard de l'autre; l'ayant cause est celle qui a acquis le droit de l'auteur. Par elle est l'ayant cause de l'auteur, le donataire de son auteur. — Et est celui qui a droit à tout l'ayant cause et subordonné à la solvabilité du d. de l'auteur. l'annulation du d. de l'auteur subordonné à son annulation en d. de l'ayant cause. Résulte jus d'autr. ces droits jus acquisés

leur personne ne se distingue pas de celle de leur auteur, le défunt. Acquérant le patrimoine, ils sont tenus des dettes dont il est grevé. Il faut cependant observer qu'un ayant cause à titre universel n'est censé avoir succédé aux obligations de son auteur que proportionnellement à la quote part du patrimoine qu'il a été appelé à recueillir.

86. Ayants cause à titre particulier. Au point de vue actif, l'acquéreur à titre particulier d'un bien quelconque est considéré comme ayant reçu, par une cession implicite, les droits que son auteur avait acquis comme *simples accessoires* du bien transmis.

Au point de vue passif, l'acquéreur à titre particulier n'est jamais tenu des dettes de son auteur. *Aes alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.* Il n'y pas de restriction à faire pour les dettes qui incombaient 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'ayant cause à titre particulier ne succède à aucune des *obligations proprement dites* de son auteur, 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.*

87. Créanciers chirographaires. On entend par créanciers *chirographaires* ceux qui n'ont aucune sûreté réelle pour la garantie de leur créance. Ce sont, à certains points de vue, des ayants cause universels de leur débiteur. Certes, il ne s'est point opéré à leur profit de transmission de son patrimoine. Mais ils ont sur ce patrimoine, qui leur sert de garantie pour leur paiement, un droit de gage universel, qui leur appartient en leur seule qualité de créanciers. Art. 2092 (7 de la loi hypothécaire). C'est à raison de ce droit de gage qu'on les considère comme des ayants cause de leur débiteur.

Le droit que l'art. 1166 reconnaît aux créanciers d'exercer ^{en leur nom} les actions patrimoniales de leur débiteur est la conséquence de ce droit de gage; l'art. 1166 les autorise à exercer *de son chef* les actions qu'il n'exerce pas et va laisser périr.

D'autre part, les actes que le débiteur fait sur son patrimoine

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

sont, en général, opposables à ses créanciers; ils ne peuvent en critiquer les effets. On exprime habituellement ce résultat en disant que *le débiteur représente ses créanciers*. Mais cela n'est vrai que sous une condition : il faut que le débiteur *agisse de bonne foi*. S'il commet une fraude, s'il cherche à faire disparaître son actif pour éviter de payer ses dettes, sa conduite fait naître au profit de ses créanciers le droit de poursuivre la révocation de l'acte frauduleux. Art. 1167. Ce droit s'appelle l'*action paulienne*. Quand ils exercent cette action, les créanciers ne se gèrent plus comme des ayants cause de leur débiteur; ils soutiennent, au contraire, que celui-ci, ayant agi de mauvaise foi, ne les a pas valablement représentés.

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

88. **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 (art. 1601, al. 1^{er}), tantôt d'acte nul de plein droit (art. 896), tantôt enfin d'acte annulable (art. 502, in fine).

§ 1. — DES ACTES INEXISTANTS.

89. **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 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 texte 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.

90. **Conditions d'existence des actes juridiques.** 1° Un élément essentiel à tout acte juridique, quel qu'il soit, est la volonté de l'auteur ou des auteurs 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 de l'acte est donc une cause d'inexistence. Ainsi l'acte juridique accompli par un fou est inexistant. GLASSON, note au D. 1886, 2, 73.

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. GLASSON, note au D. 1903, 1, 137.

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 périe en totalité, la vente serait inexistante.

91. **Conséquences de l'inexistence.** Un acte juridique inexistant, comme ce terme même l'exprime, *équivalant au néant*. De là, ces trois règles :

1° L'inefficacité d'un acte inexistant est indépendante de toute décision judiciaire. On n'a pas à faire intervenir les juges pour *casser* un acte qui n'a aucune existence juridique. Sans doute, s'il y a contestation entre deux personnes sur le point de savoir si cet acte existe ou n'existe pas, 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 de l'acte; on ne concevrait pas qu'ils l'annulassent.

2° L'inexistence d'un acte juridique peut être opposée par tout intéressé et à toute époque. Aucun laps de temps ne peut faire qu'un acte qui n'existe pas vienne à l'existence.

3° L'acte inexistant ne peut être validé par aucune confirmation soit expresse, soit tacite. On ne confirme pas le néant. Art. 1339 *peut in casu resp.*

§ 2. — DES NULLITÉS. — DES ACTES NULS ET DES ACTES ANNULABLES.

92. **Notions. Nullités textuelles 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'existe pas dans le code d'article général annulant tous les actes contraires à ses dispositions. D'un autre côté, le code ne dit pas non plus que la nullité ne peut être admise que dans les cas où le texte la prononce formellement (comp. art. 1030, al. 1^{er}, c. pr.) Il est universellement reconnu que certaines dispositions du code civil sont sanctionnées par la nullité sans que le code l'ait dit en termes exprès. De là cette terminologie : nullités *expresses*, ou *textuelles*, nullités *tacites* ou *virtuelles*. *M. Gruzman* *art 1007* *et suivants*

Les dispositions *prohibitives* emportent généralement peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée. L'invalidité de l'acte est, en effet, la conséquence naturelle de la prohibition; voir par ex. art. 217 et 225. Cette règle souffre exception en matière de mariage.

93. **Nullités de plein droit et nullités par voie de jugement.** Selon la plupart des auteurs, il existe deux espèces de nullités : les nullités *de plein droit* et les nullités *par voie de jugement*. Cette distinction traditionnelle se trouve confirmée par le rapprochement des art. 1117 et 1131. *et 1146*

a. *Nullité de plein droit.* Elle se produit automatiquement, par la seule force de la loi, sans l'intervention de la justice. 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, par ex. l'art. 1130, al. 2, qui prohibe toute convention sur succession future.

Il est certain qu'en matière de mariage il n'existe pas de nullité de plein droit (art. 180 et suiv.). *in fine access et le aval art 28.*

b. *Nullité par voie de jugement.* Elle 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 réduit à l'état d'inefficacité juridique *ab initio*.

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

94. **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 général. 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 protéger ⁽¹⁾, comme l'interdit judiciaire, tantôt c'est une personne dont le consentement a été vicié ou qui a subi une lésion.

a. *Nullité absolue.* La nullité absolue ou d'ordre public présente les caractères suivants :

1^o Elle peut être opposée par tout intéressé et à toute époque. Aucun laps de temps ne peut faire qu'un acte qui viole l'ordre public cesse d'y porter atteinte. Comp. Cass., 12 juillet 1855, P. 1855, 1, 336; Gand, 14 décembre 1872, B. J. 1873, col. 135.

2^o Elle ne peut être couverte par des renonciations expresses ou tacites émanées des intéressés. Cass. fr., 2 juin 1902, D. 1902, 1, 346.

b. *Nullité relative.* La nullité relative ou d'intérêt privé présente deux caractères opposés à ceux de la nullité absolue :

1^o Elle ne peut être invoquée que pendant un certain temps et par certaines personnes limitativement déterminées par la loi. Arg. des art. 225, 1125 et 2262.

2^o Elle peut *se couvrir*, c'est-à-dire être effacée rétroactivement par une confirmation émanée de celui ou de ceux pour la protection desquels elle a été établie. Confirmer un acte entaché de nullité, c'est *renoncer* au droit de se prévaloir de cette nullité. La renonciation peut être expresse ou tacite. Art. 1304 et 1338.

(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.

(2) : acte de femme mariée

95. **Comment opèrent les nullités absolues et les nullités relatives.** Les nullités absolues opèrent généralement de plein droit, par l'effet direct de la loi. La justice n'a pas à annuler ce que la loi annule de sa propre autorité. Le rôle de la justice consistera seulement, au cas de litige, à constater que la nullité existe et à déduire de cette constatation les conséquences légales. Conclusions du Ministère public, B. J. 1873, col. 135; Cass., 4 juin 1903, P. 1903, 1, 276.

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 (1). Mais le jugement qui prononce l'annulation de l'acte, en suite de l'intentement de l'action en nullité, opère rétroactivement et non pas seulement pour l'avenir. En principe, tous les effets que l'acte avait produits jusqu'à cette sentence sont considérés comme nonavenus, puisque l'acte lui-même est réputé n'avoir jamais existé.

96. **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.

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

97. **Notion et importance des preuves.** On appelle *preuves* les divers moyens employés pour convaincre le juge.

Devant les tribunaux, c'est même chose de n'avoir point de droit ou de n'avoir point de preuve de l'acte juridique ou du fait matériel d'où il dérive. Dès que cet acte ou ce fait est contesté, on a besoin de le prouver pour convaincre le juge de l'existence du droit, faute de quoi on n'en peut obtenir le respect. *Actore non probante, absolutur reus.*

Le code trace les principes généraux de la matière des preuves à propos de la preuve des obligations et de celle du paiement. Art. 1315 à 1369.

(1) En procédure civile, on rencontre une nullité relative qui opère de plein droit. Art. 692 c. pr.

CHAPITRE I. — DU FARDEAU DE LA PREUVE.

98. **Principe général.** *Actori incumbit probatio.* C'est au demandeur à démontrer le bien fondé de sa prétention; le défendeur peut se borner à lui opposer une simple dénégation. Quand le demandeur a fourni sa preuve, le juge doit lui donner gain de cause, à moins que le défendeur n'ait à faire valoir un moyen de défense quelconque, auquel cas il doit à son tour en établir l'existence. *Reus in exceptione fit actor.* Art. 1315.

On a résumé ces règles en disant que *celui qui allègue un fait contraire à la situation acquise de l'adversaire* est tenu d'établir la vérité de ce fait. *Onus probandi incumbit ei qui dicit.*

99. **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^{er}.

100. **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 présomptions légales sans loi qui les établisse et les dispositions qui les créent sont de stricte interprétation. On doit se garder de les appliquer, soit pour identité de motifs, soit même pour des raisons plus fortes, à des cas non prévus par la loi.

101. **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 fautive 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.

102. **Énumération.** 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. pr.).

2^o *Le serment.* Art. 1357. Le serment *décisoir* est celui qui est prêté par un plaideur sur l'invitation de son *adversaire*. Ce dernier, faute de preuves en sa faveur, l'a déferé 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 déferer qu'à titre de supplément d'information, pour faire compléter une preuve insuffisante.

3^o *Les témoignages.* En principe, les déclarations 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. pr.).

4^o *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.

Le code rapproche des présomptions humaines qui sont vraiment des *modes de preuve*, les *présomptions légales* qui ne sont, à vrai dire, que des *dispenses de preuve* (supra n^o 99).

5^o *Les écrits dressés pour servir de preuves.* Art. 1317 et suiv. Les écrits dressés en vue d'être utilisés comme preuves 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*.

103. **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 prouveni 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 sa 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. Cette démonstration se fait au moyen d'une procédure spéciale appelée *vérification d'écriture* (art. 193 et suiv. c. pr.).

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. pr., 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'y 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. Ces déclarations dont rien n'assure la vérité ne font foi que jusqu'à simple preuve contraire.

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

§ 1. — EN MATIÈRE DE DROITS PATRIMONIAUX.

104. **Écrits, aveu et serment.** La preuve *littérale* a été préparée avant toute contestation, par précaution contre l'avenir. Aussi la loi lui accorde-t-elle toute sa confiance. Elle est recevable de droit commun en toutes matières.

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

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

La preuve testimoniale et la preuve par indices ⁽¹⁾ sont de droit commun à l'égard des faits matériels ou purs et simples.

La preuve testimoniale et la preuve par indices 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. Art. 1348, 2^o et 3^o.

3^o Lorsque la preuve écrite qu'on s'était ménagée a péri par cas fortuit. Art. 1348, 4^o.

Elles sont repoussées d'une manière générale par la deuxième partie de l'art. 1341 : lorsqu'un fait juridique a été constaté par un acte authentique ou privé, la preuve par témoins ou par indices n'est pas admise contre et outre le contenu de cet acte, ni sur les modifications qu'on alléguerait y avoir été apportées plus tard, alors même qu'il s'agirait d'une valeur inférieure à cent cinquante francs.

La preuve testimoniale et la preuve par indices sont admises exceptionnellement lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Art. 1347, al. 1^{er}. Elles servent alors, non à remplacer entièrement la preuve écrite, mais à la compléter. L'art. 1347, al. 2, définit le commencement de preuve par écrit qui autorise l'admission de la preuve testimoniale.

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

§ 2. — EN MATIÈRE D'ÉTAT DES PERSONNES.

106. **Systeme special.** Le code a établi deux systemes tout à fait distincts pour l'état, d'une part, les droits compris dans le patrimoine, d'autre part. L'admission des preuves, en matière d'état, est organisée au livre premier, dans les titres II, V et VII. C'est dans les art. 1341 à 1369 que nous avons trouvé les dispositions relatives à l'admission des preuves des droits patrimoniaux.

Entre ces deux systemes, il existe des différences considerables. Ainsi, d'une manière générale, l'aveu et le serment, admis comme modes de preuve des droits pécuniaires, sont repoussés en tant qu'il s'agit de prouver l'état. La preuve littérale, la preuve testimoniale et la preuve par indices sont soumises à des règles différentes. Enfin le commencement de preuve par écrit n'est pas défini de la même manière

6^{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.

107. **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.

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).

Un acte notarié est un jugement entre deux personnes qui ne plaident point, qui consentent. Il est un titre exécutoire tout comme un jugement.

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

108. **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. Art. 1351, 3^o. 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.

109. **Principe de la relativité de la chose jugée.** Tout procès s'engage entre 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'un arrangement amiable que ces parties auraient conclu 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.*

110. **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 la preuve judiciaire*. Il peut être prouvé *contre Pierre* que l'enfant est légitime sans que cette preuve soit *opposable à Paul*. Comme le dit PLANIOL, 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.

111. 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, puisqu'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 père seul peut intenter de son vivant (art. 312).

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. Il en est ainsi des 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 seulement des actes de *pure 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 à la fois l'application du principe de la relativité aux jugements déclaratifs rendus en matière d'état et à l'écarter pour les jugements constitutifs.

LIVRE I.

DES PERSONNES.

VALETTE. *Cours de code civil.* Paris.

TITRE I.

De la jouissance et de la privation des droits civils.

112. **Critique de l'intitulé.** Le code rattache la matière de la nationalité à celle de la jouissance des droits civils, comme si son intérêt résidait uniquement dans la jouissance des droits civils. Il n'en est rien ; l'intérêt de la question de la nationalité apparaît sous bien d'autres aspects, spécialement en droit public. Il importe donc d'examiner l'idée de la nationalité d'une manière principale et non d'une manière incidente.

CHAPITRE I. — DE LA NATIONALITÉ.

113. **Sens du terme étranger.** On est nécessairement *belge* ou *étranger* ; il n'y a pas d'état intermédiaire. Aux yeux de la loi, toute personne qui n'est pas belge est par cela même étrangère, sans qu'il y ait à rechercher si cette personne possède ou non une nationalité déterminée. Un individu sans nationalité est tout de même un étranger à notre patrie.

Le terme *étranger* ne s'emploie pas toujours pour qualifier les personnes non belges. Il arrive au législateur de l'employer pour indiquer l'absence d'une relation donnée entre deux personnes ; voir par ex. art. 839, 1095, 1687.

SECTION 1. — De l'acquisition de la qualité de belge.

114. **Comment on est belge.** On peut être belge par la *naissance* ou on le devient en vertu d'un *fait postérieur à la naissance*, c'est-à-dire par *naturalisation, sensu lato*.

§ 1. — DES BELGES DE NAISSANCE.

Art. 10, al. 1^{er}.

115. **Classification.** Sont belges de naissance :

- 1^o L'enfant né, même en pays étranger, soit d'un père belge, soit d'une mère belge si le père est légalement inconnu.
- 2^o L'enfant né en Belgique de parents légalement inconnus.

I. — *Des enfants dont la filiation est légalement connue.*

116. **Principe de l'ancien droit belge.** Selon l'ancien droit belge, la nationalité résultait du fait de la naissance sur le territoire ; mais ce fait ne suffisait pas à lui seul : il fallait, en outre, que les parents fussent originaires du pays ou que tout au moins ils y fussent domiciliés ⁽¹⁾. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique*, I, p. 233. Cass., 25 mai 1903, P. 1903, 1, 237, 239 et 243.

117. **Principe du code civil.** Le code civil a rejeté le *jus soli* ; le fait de la naissance en Belgique, même de parents y domiciliés, ne suffit pas à conférer la nationalité belge ; il n'a d'autre conséquence que d'en faciliter l'acquisition ultérieure (art. 9). Le seul principe du code civil sur la nationalité d'origine est le principe de la *filiation, jus sanguinis*. Aux yeux des auteurs du code, la nationalité est pure affaire de race. Tout enfant né d'un belge est belge ; tout enfant né d'un étranger est étranger. Art. 10, al. 1^{er}. Ce principe, excellent en théorie, présente des inconvénients pratiques considérables.

L'ordre des textes du code est défectueux ; la disposition de l'art. 10 aurait dû précéder celle de l'art. 9. De plus, l'art. 10 est mal rédigé ; les mots *en pays étranger* y sont manifestement superflus.

(1) Dans l'ancien droit français, l'enfant se rattachait au pays sur le territoire duquel il avait vu le jour, sans condition d'aucune sorte. C'était le *jus soli* pur et simple.

118. **Cas où les père et mère ne sont pas belges l'un et l'autre.** Il peut arriver que l'un des père et mère soit belge et l'autre étranger. On s'accorde à décider que la nationalité de l'enfant est déterminée par celle de son père. Cette règle que la qualité du père prime celle de la mère s'induit des principes du code sur l'organisation de la famille. C'est le père qui exerce la puissance paternelle et c'est son nom que l'enfant doit porter.

Cette règle s'applique non seulement quant aux père et mère légitimes, mais aussi quant aux père et mère naturels ⁽¹⁾. Sous le code, à la différence du droit romain, le père a la prépondérance dans la famille naturelle comme dans la famille légitime. Cass., 8 mars 1880, P. 1880, 1, 100; Cass. fr., 22 décembre 1874, D. 1875, 1, 316.

119. **Cas où la mère seule est légalement connue** ⁽²⁾. Il va sans difficulté que l'enfant naturel dont la filiation maternelle seule est légalement connue, suit la nationalité de sa mère. Art. 10, al. 1^{er}. *Genus masculinum complectitur et feminum.*

120. **A quel moment se détermine la nationalité d'origine.** On se demande à quel moment il faut se placer pour déterminer la nationalité que le père ou la mère communique à son enfant, légitime ou naturel, suivant les règles tracées ci-dessus, lorsque cet auteur a changé de nationalité dans l'intervalle de la conception à la naissance?

L'art. 10, al. 1^{er}, ne résout pas cette question. Il consacre uniquement le principe du *jus sanguinis*; il ne s'occupe pas du moment où la filiation doit être appréciée. Le mot *né* y est synonyme d'*issu*.

Il semble qu'on ne doive considérer que le moment de la naissance, puisque l'enfant qui n'a pas d'existence extérieure n'est pas encore une personne. Mais il faut tenir compte de cet autre principe que l'enfant simplement conçu a déjà l'existence civile *quoties de ejus commodis agitur*. Or, au point de vue de la loi belge, c'est toujours un avantage de naître belge plutôt qu'étranger. Il importe peu qu'*en fait* l'enfant puisse avoir intérêt à être étranger; il ne s'agit ici de considérer que l'intérêt qu'*il doit avoir aux yeux de la loi* qui

^(1 et 2) On verra plus tard que la reconnaissance d'un enfant naturel est purement *déclarative*. Au point de vue de la nationalité, elle ne fait donc que constater la qualité de belge ou d'étranger qui a été communiquée à l'enfant dès son origine. Gand, 13 juillet 1881, B. J. 1881, col. 955; Nancy, 25 mars 1890, D. 1891, 2, 89.

confère la nationalité. La solution est donc que si, à un moment donné depuis la conception, celui des parents dont l'enfant doit suivre la nationalité a été belge, la qualité de belge s'est immédiatement communiquée à l'enfant, et que tout changement survenu ultérieurement est sans effet à son égard. Cass., 24 avril 1893, P. 1893, 1, 192.

On décide aussi généralement, avec raison, que si le père qui était belge est venu à mourir avant la naissance de l'enfant, ce fait n'empêche pas l'enfant de ce belge de naître avec la nationalité de son auteur.

121. **Régime établi par la loi fondamentale des Pays-Bas.** Le principe du code civil n'a pas cessé d'exister durant la réunion des provinces belgiques avec la Hollande, mais il n'était plus seul en vigueur : l'art. 8 de la loi fondamentale des Pays-Bas consacrait un second principe d'après lequel l'indigénat était conféré de plein droit, sans formalité aucune, à tous ceux qui étaient nés sur le sol du royaume *de parents étrangers y domiciliés* (1). Sont donc belges de naissance ceux qui, avant la révolution de 1830, sont nés sur le sol belge de parents qui étaient étrangers au royaume des Pays-Bas, mais qui étaient domiciliés dans ce royaume.

Par la généralité de ses termes, la disposition de l'art. 8 de la loi fondamentale s'appliquait indistinctement à tous ceux qui étaient nés sur le territoire de parents étrangers y domiciliés; elle ne faisait aucune distinction quant à l'époque de leur naissance soit avant, soit après 1815, et elle n'exigeait pas que les parents eussent été *autorisés* par le roi à établir leur domicile dans le royaume. Cass., 16 mai 1887, P. 1887, 1, 264; 30 avril 1889, P. 1889, 1, 208.

D'autre part, il est essentiel d'observer que la nationalité des enfants nés de *naturels* du royaume restait déterminée par le principe de la filiation, écrit au code civil. L'art. 8 de la loi fondamentale leur était complètement *inutile*, puisqu'ils étaient déjà régnicoles de naissance, de par la législation civile qui existait depuis 1803. Aussi cet art. 8 ne statuait-il qu'à l'égard des individus nés de parents *étrangers* au royaume.

(1) La consécration de ce principe n'était qu'implicite : elle résultait simplement de l'admission des individus en question aux plus hautes fonctions publiques.

II. — *Des enfants dont la filiation est légalement inconnue.*

122. **Loi du 15 août 1881.** Sous l'empire du code, la question de la nationalité des enfants nés en Belgique de parents inconnus était vivement controversée. Cass., 24 juin 1880, P. 1880, 1, 220. La loi du 15 août 1881 l'a tranchée en déclarant ces enfants belges de naissance. Ce n'est pas là l'application du *jus soli*, mais le résultat d'une présomption en faveur du *jus sanguinis*. Il n'est pas douteux, en effet, que les enfants nés en Belgique de parents légalement inconnus sont, pour le plus grand nombre, issus de parents belges.

123. **Cas d'application de la loi.** La loi de 1881 s'applique :

1^o Aux enfants naturels nés en Belgique de parents légalement inconnus. On verra au titre VII que si la mère doit toujours être désignée dans l'acte de naissance de l'enfant naturel, cette énonciation n'établit point cependant la filiation de l'enfant. La filiation naturelle n'est légalement connue que par l'un des deux modes déterminés aux art. 334 et suiv. Cass., 19 mai 1884, P. 1884, 1, 193 ; 22 juillet 1889, P. 1889, 1, 288 ; Aix, 4 juin 1896, D. 1897, 2, 361.

2^o Aux enfants *trouvés* en Belgique. Jusqu'à preuve contraire, ils doivent être considérés comme nés sur le sol belge.

124. **Caractère interprétatif de la loi.** La loi de 1881 dispose comme loi *interprétative*. Elle a dès lors un effet rétroactif pour toute la filiation.

§ 2. — DES BELGES PAR LA NATURALISATION (1).

125. **Sens du terme naturalisation.** Dans son sens étymologique, le mot *naturalisation* désigne toute acquisition de la nationalité belge par un étranger, de quelque fait qu'elle procède. L'étranger est assimilé aux naturels belges, d'où le mot *naturalisation*.

Dans le sens technique que la loi du 6 août 1881 lui attribue, la naturalisation est l'acte par lequel un étranger reçoit d'une loi particulière la qualité de belge, sur sa demande et à titre de faveur.

(1) On n'étudie ici que les dispositions du code civil et de la loi sur la naturalisation. On néglige les règles tracées par diverses lois spéciales.

I. — *Principes généraux.*

126. **La nationalité est une qualité purement individuelle.** Certaines législations consacrent le principe de l'unité de nationalité dans la famille. Tel n'est pas le système du code civil. A ses yeux, la nationalité est une qualité essentiellement individuelle. L'unité de la famille n'entraîne pas l'unité de nationalité pour le mari et la femme durant tout le mariage, ni pour le père et ses enfants durant la minorité.

127. **L'acquisition de la nationalité ne s'opère point par prescription.** L'établissement fait par un étranger en Belgique sans esprit de retour dans sa patrie ne suffit pas pour lui faire acquérir la qualité de belge. La plus longue résidence en Belgique ne peut jamais, à elle seule, faire acquérir la qualité de belge. Cass., 3 mai 1881, P. 1881, 1, 221.

128. **L'acquisition de la nationalité n'a pas d'effet rétroactif.** La rétroactivité est une fiction; on ne peut donc l'admettre que dans les cas déterminés par la loi. Aussi est-il de principe qu'on ne peut se prévaloir de l'acquisition de la nationalité qu'après avoir rempli les conditions et les formalités imposées par la loi, et seulement pour l'exercice des droits ouverts depuis cette époque. Le code a fait application de ce principe dans un cas particulier de changement de nationalité où il a craint qu'un doute pût se produire. Art. 20.

129. **Classification des modes d'acquisition.** Ceux qui ne sont pas belges de naissance le deviennent de plusieurs manières différentes : soit de plein droit par le seul fait du mariage; soit par suite d'une volonté formelle de leur part, appelée déclaration de naturalité ou d'option de patrie, et sous certaines conditions légales; soit enfin par l'effet d'une loi particulière de naturalisation.

II. — *De la femme étrangère qui épouse un belge.*

Art. 12.

130. **Acquisition de plein droit, à l'instant du mariage.** La femme étrangère qui épouse un belge devient belge par le fait même de son mariage, sans condition ni formalité d'aucune sorte. Cette attribution de la nationalité s'opère nonobstant toute protestation contraire (art. 6). Elle s'opère alors même que la femme est encore en état de minorité.

L'art. 12 naturalise l'étrangère qui épouse un belge. Il ne naturalise point l'étrangère dont le mari devient belge après la célébration du mariage.

131. **Condition de la femme devenue belge.** Dès que la nationalité belge est acquise à la femme par le fait du mariage, cette qualité lui appartient en propre et pour toujours; elle ne dépend dans aucun cas de la volonté du mari, et elle subsiste même après la dissolution du mariage. Elle ne peut se perdre que suivant l'un des modes ordinaires de perte de la qualité de belge. Cass., 9 mai 1887, P. 1887, 1, 244.

III. — *De l'enfant né en Belgique d'un étranger.*

Art. 9 modifié par la loi du 16 juillet 1889.

132. **Etat originaire de cet enfant.** Cet enfant, de même que tous ceux dont il sera question ci-après, est étranger en vertu du *jus sanguinis*. Il ne peut donc avoir part, avant son option, aux avantages qui ne sont accordés qu'aux sujets belges. Cass. fr., 19 décembre 1891, D. 1893, 1, 329.

133. **Enfant auquel le bénéfice est applicable.** Le bénéfice de l'art. 9 est attaché au seul fait de la naissance de l'enfant sur le sol belge. Ce fait est *indispensable* : l'art. 9 ne peut être invoqué par l'enfant qui est né accidentellement à l'étranger de parents domiciliés en Belgique. Cass., 7 mars 1881, P. 1881, 1, 146. D'autre part, ce fait est *suffisant* : l'art. 9 peut être invoqué par l'enfant qui est né accidentellement en Belgique de parents domiciliés à l'étranger.

134. **Conditions auxquelles le bénéfice est subordonné.** Ces conditions sont :

1^o La déclaration par l'enfant, dans le délai fixé ci-après, de sa volonté de devenir belge et de fixer son domicile en Belgique. Elle doit exprimer ces deux éléments essentiels : la volonté de devenir belge et la volonté de prendre domicile en Belgique. Le second élément est aussi nécessaire que le premier; on ne pourrait le suppléer après coup par des faits qui auraient démontré l'intention de l'intéressé de s'établir en Belgique. Cass., 12 février 1872, P. 1872, 1, 65. Le code n'impose d'ailleurs aucune formule sacramentelle. Cass., 9 avril 1890, P. 1890, 1, 161.

Le code ne détermine pas devant quelle autorité administrative la déclaration doit être faite. Il faut décider, par analogie des règles sur

les actes de l'état civil, qu'elle doit être faite devant les autorités communales, en Belgique, ou devant nos agents diplomatiques ou consulaires, à l'étranger. Cass., 18 avril 1882, P. 1882, 1, 179; 21 mars 1883, P. 1883, 1, 73.

2° L'établissement effectif, par le déclarant, de son domicile en Belgique, dans l'année à compter de sa déclaration, s'il n'y était déjà domicilié. L'individu qui a fait sa déclaration à l'étranger, n'est pas tenu de rentrer en Belgique dans l'année de sa déclaration, s'il avait déjà son domicile dans notre pays, avant son départ pour l'étranger. Cass., 17 avril 1893, P. 1893, 1, 174.

135. **Délai de la déclaration d'option.** D'après l'art. 9, la déclaration d'option de patrie ne pouvait être faite que dans l'année de la majorité. L'art. 1^{er} de la loi du 16 juillet 1889 a modifié cette règle en disposant que la déclaration peut être faite dès l'âge de 18 ans accomplis. L'enfant peut ainsi obtenir pendant sa minorité les avantages de la qualité de belge.

Ce n'est pas à dire que l'enfant *mineur* soit capable de faire seul la déclaration d'option; la loi exige qu'il soit *habilité* par le consentement de certaines personnes. A-t-il des parents immédiats, il doit se pourvoir du consentement de son père, ou du consentement de sa mère si son père est mort ou dans l'impossibilité physique ou légale de manifester sa volonté. N'a-t-il plus ni père ni mère ou ceux-ci sont-ils dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il doit se pourvoir de l'autorisation des autres ascendants ou du conseil de famille, donnée suivant les conditions prescrites pour le mariage aux art. 150 et suiv.

La finale de l'art. 1^{er} et l'art. 3 de la loi de 1889 règlent la forme dans laquelle le consentement ou l'autorisation (ces termes sont synonymes) doit être octroyé.

136. **Majorité dont parle l'art. 9.** De quelle majorité est-il parlé à l'art. 9 : s'agit-il de la majorité établie par la loi nationale du déclarant ou de celle qui est fixée par la loi belge, c'est-à-dire par l'art. 488 du code civil ? Il est généralement admis que l'art. 9 s'est référé à la majorité *établie par le code civil*. On ne conçoit pas, en effet, que le législateur du code civil aurait voulu laisser à une législation étrangère le soin d'organiser à son gré l'exercice du droit d'acquérir la nationalité belge. Semblable conduite aurait été une véritable abdication ! Cass., 6 et 19 février 1878, P. 1878, 1, 93; Cass. fr., 20 juin 1888, D. 1889, 1, 281.

137. **Lois exceptionnelles sur le délai de la déclaration.** Très peu de personnes profitent du bénéfice de l'art. 9. La plupart des intéressés omettent, par oubli ou ignorance, de faire en temps utile la déclaration d'option. Il arrive aussi que la déclaration faite dans le délai légal est nulle ou insuffisante. Plusieurs fois des lois spéciales sont intervenues pour accorder aux intéressés un nouveau délai à l'effet de faire ou de renouveler régulièrement leur déclaration. La dernière loi de ce genre a été celle du 25 mars 1894 (art. 1^{er}).

138. **De quel jour la déclaration produit effet.** Le déclarant n'est-il investi de la qualité de belge que pour l'avenir, ou bien doit-il être considéré comme belge du jour de sa naissance? Cette question est particulièrement intéressante quant à la nationalité des enfants qu'il aurait déjà.

Il faut décider que la déclaration ne produit effet que du jour où elle est intervenue, sans aucune rétroactivité. Il n'y a rien dans le texte qui commande d'admettre une *fiction* de rétroactivité au jour de la naissance. Le texte ne dit pas du tout que l'individu né en Belgique acquiert *conditionnellement* la qualité de belge par le fait de sa naissance; il décide simplement que cet individu peut devenir belge dans l'année de sa majorité. Il est vrai qu'il emploie le mot *réclamer*; mais toute la portée de ce terme est de signifier que l'intéressé ne sollicite aucune faveur de l'autorité administrative en faisant sa déclaration d'option, qu'il exerce un bénéfice légal que cette autorité ne peut paralyser par un refus quelconque. Gand, 28 février 1874, P. 1874, 2, 216; Bruxelles, 19 février 1878, B. J. 1878, col. 309. *Contra*: Cass. fr., 29 décembre 1885, D. 1886, 1, 369. La difficulté a été résolue en notre sens par les lois qui sont venues proroger exceptionnellement le délai fixé par l'art. 9. Tel a été notamment l'objet de l'art. 5 de la loi du 25 mars 1894.

139. **Observation.** On ne doit pas perdre de vue qu'en vertu de l'art. 8 de la loi fondamentale des Pays-Bas, les enfants nés dans le royaume de parents étrangers y domiciliés étaient indigènes de plein droit. Avant la révolution de 1830, ce n'étaient donc que les enfants nés de parents étrangers *non domiciliés* dans le royaume qui avaient à remplir les conditions de l'art. 9 du code civil.

IV. — *De l'enfant né d'un ex-belge.*

Art. 10, al. 2.

140. **Enfant auquel le bénéfice est applicable.** Le bénéfice de l'art. 10, al. 2, est accordé à l'enfant qui aurait été belge de

naissance si son auteur n'avait perdu la qualité de belge. Le but de la loi est de permettre à l'enfant de ne point souffrir de la déchéance de son auteur.

La faveur légale est attachée à l'origine de l'enfant, sans qu'il y ait à considérer le lieu de sa naissance. Il est clair que les mots *en pays étranger* sont aussi inutiles au second alinéa de notre article qu'au premier (supra n° 117). La seule pensée de la loi est que l'enfant d'un ci-devant belge est admis à réclamer la qualité de Belge même quand il est né en pays étranger.

Dès que l'étranger dont la condition a déterminé celle de l'enfant, à sa naissance, a eu autrefois la qualité de belge, l'art. 10, al. 2, est applicable, sans qu'il y ait à considérer le sexe de cette personne. Le terme *belge* qui s'y trouve employé est un terme générique qui désigne aussi bien la femme que l'homme (supra n° 119). L'enfant naturel dont la mère est légalement connue peut donc invoquer cet article, si la mère a eu autrefois la qualité de belge.

La faveur légale est limitée aux enfants du premier degré; elle ne peut être réclamée par les descendants d'un degré ultérieur. Ceux-ci, en effet, sont nés d'un étranger qui n'a jamais été belge.

141. **Enfant dont la mère a été belge, mais dont le père a toujours été étranger.** On discute la question de savoir si le bénéfice de l'art. 10, al. 2, peut être réclamé par l'enfant dont la mère, jadis belge, a perdu cette qualité par suite de son mariage avec un étranger (art. 19). Il faut la résoudre négativement, non seulement par argument des travaux préparatoires, mais surtout par argument de la *ratio legis*. C'est que l'art. 10, al. 2, a eu pour objet unique de rétablir l'enfant dans la situation qu'il aurait eue si son auteur n'avait point perdu sa nationalité. Or, si l'on suppose que la loi belge, à l'imitation de ce qui a lieu en d'autres pays, eût conservé à la mère sa qualité de belge, il n'en aurait pas moins été étranger. Il n'y a donc pas lieu de lui appliquer un bénéfice qui n'a pas été créé pour lui. En définitive, au second alinéa de l'art 10, comme au premier, on ne doit s'attacher qu'à la filiation paternelle, lorsque cette filiation est légalement connue. Cass., 17 juillet 1893, P. 1893, 1, 294. *Contra* : Douai, 16 avril 1889, D. 1890, 2, 57.

142. **Conditions auxquelles le bénéfice est subordonné.** Ces conditions sont exactement celles de l'art. 9 tel qu'il a été modifié par la loi du 16 juillet 1889.

143. **Délai de la déclaration.** La position de l'enfant né d'un ex-belge est meilleure que celle de l'enfant né en Belgique d'un

étranger, en ce sens qu'il peut faire sa déclaration à toute époque, dès l'âge de 18 ans accomplis. Le mot *toujours* de l'art. 10, al. 2, forme opposition aux mots *dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité* de l'art. 9, al. 1^{er}.

V. *De la naturalisation, sensu stricto.*

Loi du 6 août 1881.

144. **Renvoi au cours de droit public.** La matière des conditions et des formes de la naturalisation rentre dans le cours de droit public. Le civiliste n'a à étudier que l'effet de la naturalisation.

145. **Effet de la naturalisation à l'égard de l'impétrant.** Les deux espèces de naturalisation, la naturalisation ordinaire et la grande naturalisation, effacent l'une et l'autre l'extranéité et impriment l'indigénat. Elles ne diffèrent que par les droits politiques qu'elles attribuent au naturalisé. Art. 5, al. 2, de la Constitution.

Les enfants qui viennent à naître après que leur père a reçu la naturalisation ordinaire sont belges de naissance, en vertu du principe de notre art. 10, al. 1^{er} (1). Belges de naissance, leur condition politique n'est pas soumise aux mêmes restrictions que celle de leur père. Cass., 4 avril 1892, P. 1892, 1, 151.

146. **Effet de la naturalisation à l'égard de la famille du naturalisé.** L'effet de la naturalisation est purement individuel, comme celui de tout autre mode d'acquérir l'indigénat.

La femme du naturalisé demeure étrangère. La loi organique de 1881 ne contient aucune disposition de faveur à son égard. Elle ne peut devenir belge qu'en se faisant elle-même naturaliser. Cass., 4 avril 1842, P. 1842, 1, 265.

Les *enfants* nés antérieurement à la naturalisation de leur père demeurent aussi étrangers. Toutefois l'art. 4 de la loi organique leur facilite singulièrement l'acquisition de la qualité de belge. Ce texte distingue entre les enfants qui étaient encore *mineurs* au jour de la naturalisation de leur père et ceux qui étaient déjà parvenus à l'âge de la *majorité* selon la loi belge :

(1) Quid de ceux qui étaient déjà conçus, mais qui n'étaient pas encore nés à ce moment ? Le *puer conceptus* ne saurait jamais avoir d'intérêt *légal* à être d'origine étrangère. *Contra* Cass., 9 juillet 1833, P. 1833, 1, 304.

Les premiers peuvent obtenir la même naturalisation que leur auteur, moyennant une simple déclaration d'option faite dans les quatre années à dater de l'âge de 18 ans accomplis, devant l'autorité communale du lieu de leur domicile ou de leur résidence ⁽¹⁾.

Les seconds doivent se faire naturaliser individuellement par le pouvoir législatif, mais ils peuvent obtenir la même naturalisation que leur père, sans devoir réunir les conditions ordinaires de cette naturalisation.

§ 3^o. — DE L'INFLUENCE DES DÉMEMBREMENTS DE TERRITOIRE
SUR LA NATIONALITÉ.

147. **Principe de droit international.** Sauf clause contraire dans les conventions diplomatiques, quand un territoire change de domination, comme lors de la division du royaume des Pays-Bas, il n'y a que ceux dont la nationalité d'origine est unie à ce territoire (*jus soli*) qui changent de nationalité et sont considérés désormais comme naturels du nouveau pays constitué par la séparation. Cass., 9 mars 1874, P. 1874, 1, 132. Ainsi n'ont pas été belges, mais sont restés étrangers (hollandais), bien qu'ils fussent nés avant la révolution de 1830 sur le territoire qui constitue aujourd'hui la Belgique, ceux qui, *sous l'empire de notre art. 10, al. 1^{er}*, étaient issus de parents appartenant par leur naissance aux provinces septentrionales du royaume des Pays-Bas. Cass., 5 mars 1879, P. 1879, 1, 167; 25 mai 1902, P. 1903, 1, 243.

SECTION 2. — De la perte de la qualité de belge.

Art. 17 et 19, al. 1^{er}.

148. **Principes généraux.** 1^o La loi ne reconnaît pas aux belges le droit de rompre, par une abdication pure et simple de leur qualité, le lien qui les unit à leur patrie.

2^o Nul ne peut perdre sa nationalité par le fait d'autrui. Le chef de famille ne trouve nulle part dans la loi le pouvoir de disposer de la nationalité de sa femme ou de ses enfants.

(1) D'après l'art. 4 de la loi de 1881, la déclaration d'option ne pouvait être faite que dans l'année de la majorité de 21 ans. Mais l'art. 2 de la loi du 16 juillet 1889 a modifié le système de cet art. 4 de la même manière que l'art. 1^{er} de la dite loi de 1889 venait de modifier le système des art. 9 et 10, al. 2, du code civil.

3° Les causes de déchéance de la nationalité sont énumérées limitativement par nos art. 17 et 19.

La seconde disposition de l'art. 17 et celle de l'art. 21 ont été abrogées par la loi du 21 juin 1865.

149. Femme belge qui épouse un étranger. Cette femme perd la qualité de belge. Art. 19. Le texte ne distingue pas; il s'applique même à la femme mineure. D'autre part le texte dit seulement que la femme belge qui épouse un étranger devient étrangère; il ne dit pas du tout que toutes les fois que le mari change de nationalité, la femme en change avec lui.

Ces termes de l'art. 19 *suivra la condition de son mari* ne signifient pas que la femme acquiert la nationalité de son mari, car il n'appartient pas à la loi belge de disposer des nationalités étrangères; ils signifient uniquement que la femme devient, à nos yeux, *étrangère* comme son mari.

150. Belge qui acquiert volontairement une nationalité étrangère. Cet individu perd la qualité de belge. Art. 17. Trois conditions sont requises pour que cette disposition soit applicable :

1° Qu'il s'agisse d'une naturalisation *véritable*, et non d'une simple acquisition des droits civils, comme celle qui résulte de l'admission à domicile du droit français. Paris, 25 novembre 1891, D. 1892, 2, 505. Mais le terme *naturalisation* est employé par l'art. 17 dans son sens étymologique et non dans son sens restreint; la pensée de la loi est, en effet, que nul ne peut vouloir servir deux patries à la fois. Paris, 21 janvier 1889, D. 1889, 2, 274.

2° Que la naturalisation constitue un fait accompli. L'art. 17 prend soin, en effet, d'employer le terme *acquise*.

3° Que la naturalisation ait été demandée et non imposée. Cette condition, qui n'est pas exprimée dans le texte, résulte de la nature même de la disposition légale : la perte de la qualité de belge est une peine; la peine ne peut frapper un innocent. Ainsi un belge ne perdrait point sa nationalité par cela seul qu'il aurait fondé un établissement commercial dans un pays où un pareil établissement suffit à faire acquérir *de plein droit* la naturalisation.

151. Belge qui s'établit en pays étranger sans esprit de retour. Cet individu est aussi de ceux qui perdent la qualité de belge. Art. 17. 3° Il ne faut pas d'ailleurs confondre le simple établissement du domicile à l'étranger avec l'établissement du domi-

cile *sans esprit de retour*. Ce dernier seul entraîne déchéance de la nationalité.

La perte de l'esprit de retour n'est jamais *présumée* par la loi. C'est donc toujours à celui qui prétend que son adversaire a perdu la qualité de belge par application de notre texte, qu'il incombe de prouver que l'établissement à l'étranger a été fait sans esprit de retour. Liège, 20 janvier 1897, J. L. 1897, 49.

La preuve de la perte de l'esprit de retour ne peut jamais être *déduite d'un établissement de commerce* à l'étranger. Art. 17, al. 2. L'établissement de commerce en lui-même, comme aussi tout ce qui a pu être fait en vue de cet établissement, doit être mis hors de question, lorsqu'il s'agit de juger si le belge a ou non conservé l'esprit de retour.

Ce n'est pas à dire que le belge qui a fondé un établissement commercial à l'étranger ne puisse dans aucun cas être déclaré déchu de sa nationalité comme ayant perdu l'esprit de retour en Belgique. L'art. 17, 3^o, ne distingue pas entre les commerçants et les non commerçants; la preuve de la perte de l'esprit de retour peut donc être faite contre un commerçant. Tout ce qu'il y a de spécial aux commerçants, c'est que l'art. 17, al. 2, défend au juge de rechercher la preuve de la perte de l'esprit de retour dans les faits relatifs à leur établissement commercial; elle peut être recherchée dans tous autres faits et circonstances quelconques. Bourges, 15 décembre 1896, D. 1902, 2, 425.

SECTION 3. — Du recouvrement de la qualité de belge.

Art. 18, 19, al. 2, et 20.

152. Conditions de la réintégration. Ces conditions sont :
1^o Que l'ex-belge obtienne du Roi l'autorisation de rentrer en Belgique.

2^o Qu'il rentre en Belgique en déclarant qu'il veut s'y fixer et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi belge. Art. 18. Le code ne détermine pas l'autorité administrative devant laquelle cette déclaration doit être faite. Il convient d'appliquer la décision donnée précédemment dans un cas analogue (supra n^o 134).

L'art. 19, al. 2, statue à l'égard de la femme qui a perdu la qualité de belge en se mariant et dont le mariage vient à se dissoudre. Il distingue suivant que cette femme réside en Belgique ou à l'étranger, au jour de la dissolution de son mariage. Réside-t-elle en Belgique,

elle redevient belge de plein droit, sans condition aucune. Cass., 28 mars 1876, P. 1876, 1, 220. Réside-t-elle à l'étranger, elle ne peut redevenir belge qu'en rentrant en Belgique avec l'autorisation du Roi et en déclarant qu'elle veut s'y fixer.

Le texte n'emploie le mot *veuve* que pour viser le *quod plerumque fit*. Sa disposition s'applique aussi bien au cas de divorce qu'au cas de veuvage.

153. **Effet de la réintégration.** L'art. 20 prend soin de préciser que le recouvrement de la qualité de belge n'opère que pour l'avenir et non dans le passé.

L'effet de la réintégration se restreint à la personne de l'ex-belge ; il ne se communique ni à sa femme, ni à ses enfants, fussent-ils encore mineurs.

SECTION 4. — De la preuve de la qualité de belge.

154. **Comment faire cette preuve.** Elle n'offre pas de difficulté pour celui qui n'a acquis la nationalité qu'après sa naissance. Il existe en pareil cas un fait dont l'existence est facile à démontrer, tel que la naturalisation, le mariage, la déclaration de naturalité. Il n'en est pas de même pour celui qui ne peut établir sa qualité de belge qu'en invoquant le *jus sanguinis*. Si on nie sa nationalité, il semble, d'après la rigueur des principes, qu'il doive remonter à son père, son aïeul ou son bisaïeul paternel, jusqu'à ce qu'il trouve un ancêtre dont la nationalité a été incontestable, c'est-à-dire un ancêtre qui a été belge en vertu du principe de territorialité suivi autrefois, ou en vertu d'un fait attributif de la nationalité après la naissance. À ce sujet, il ne faut pas confondre *l'ancien droit français avec l'ancien droit des provinces belgiques*. En France, avant la promulgation du code civil, le simple fait de la naissance sur le territoire était attributif de la nationalité française. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit belge : le fait de la naissance sur le territoire n'attribuait la nationalité que si les parents étaient originaires du pays, ou, tout au moins, y étaient domiciliés (supra n° 116).

On échappe à la difficulté de cette preuve en établissant que l'on descend d'un individu qui, postérieurement à la promulgation du code civil et avant la révolution de 1830, est né en Belgique de

parents y domiciliés et *étrangers* aux provinces qui composaient le royaume des Pays-Bas (supra n° 121).

En matière électorale, l'art. 76 de la loi du 12 avril 1894 dispose que toute personne dont l'inscription sur les listes électorales est demandée sera *présumée* belge, si elle est née en Belgique d'un père né lui-même en Belgique.

CHAPITRE II. — DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

art. 7. Signifie que la jouissance des droits civils n'est subordonnée de la jouissance de la Belgique

SECTION 1. — Des belges.

Art. 8.

155. **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.

156. **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.

157. **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.

*Art. 16
par art. 16
nov. 1900*

158. **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 14 novembre 1896. Il 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 mai 1898. Cass., 19 novembre 1900, P. 1901, 1, 53.

159. **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 principes 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 ordinaires *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 (supra n° 12, in fine). Bruxelles, 13 décembre 1856, P. 1857, 2, 149.

Si les étrangers ordinaires ne jouissent pas des droits purement civils belges, 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° 63). Comp. Gand, 24 décembre 1902, B. J. 1903, col. 859 et 897.

160. **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 la législation belge 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. Bientôt il ne restera plus de droit civil refusé aux étrangers. On peut cependant citer comme tel le droit d'adopter et celui d'être adopté. Mais le droit d'être tuteur ou membre d'un conseil de famille est un droit civil naturel qui appartient à tout étranger. La tutelle, en effet, est une institution commune à toutes les nations civilisées.

Nancy, 29 octobre 1898, D. 1899, 2, 209.

Il ne s'agit d'un droit refusé et celui d'exercer la curatelle sur les personnes
de leur condamnation

SECTION 3. — **De la privation de certains droits civils par suite de condamnations judiciaires, et de l'interdiction légale.**

161. **Mort civile.** 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 ceux des 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 civil sont donc abrogés.

162. **Privation de certains droits civils.** 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 (*munera publica*).

163. **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.

Nullité 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 *co*ntutelle 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*, 4^e édit. Gand.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

164. **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.

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

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

20 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.

166. **Historique.** L'institution des actes de l'état civil est due au clergé catholique ; dès le moyen âge les curés tenaient registre, dans les paroisses, des baptêmes, mariages et sépultures. Au xv^e siècle, des ordonnances royales prescrivirent cette pratique et attribuèrent force probante aux actes ainsi dressés.

L'Assemblée constituante proclama la sécularisation des registres de l'état civil. Le Congrès national l'a consacrée également par l'art. 109 de la Constitution. Cette règle n'est elle-même que la conséquence d'un autre principe constitutionnel, celui de la liberté de conscience.

167. **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.

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

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.*

168. **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 aujourd'hui à l'art. 93 de la loi communale du 30 mars 1836 qu'il faut recourir. En principe, les fonctions d'officier de l'état civil sont remplies, dans chaque commune, par le bourgmestre (1).

Si le bourgmestre ne désire pas exercer lui-même ces fonctions, le collègue 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.

169. **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

(1) Les prescriptions de la loi communale sur l'exercice des fonctions d'officier de l'état civil ne sont observées nulle part. Partout, soit le secrétaire communal, soit des employés de l'administration locale, se sont substitués à l'officier de l'état civil, et, insensiblement, en sont arrivés à concentrer dans leurs mains l'état civil tout entier, à l'exception de la célébration des mariages. C'est devant eux que comparaissent les déclarants et les témoins, ce sont eux qui rédigent et inscrivent les actes. L'officier de l'état civil n'apparaît que lorsque tout est fini et son intervention, purement matérielle, se borne à l'apposition d'une signature qui est encore une formalité, mais qui n'est plus une garantie. (Rapport de la Commission de révision du code civil.)

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° 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.

170. **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.

171. **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. *Nemo testis idoneus in re sua*. 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.

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

172. **Parties intéressées et déclarants ou comparants.** Les actes sont dressés sur les déclarations des personnes que l'acte concerne, c'est-à-dire dont il constate ou modifie 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* ; une procuration générale ne su lirait pas. 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 femmes aussi bien que les hommes. Il n'est pas même nécessaire que les déclarants soient majeurs.

173. **Témoins.** Les actes de l'état civil doivent quelquefois être dressés en présence de témoins. Art. 56 et 75. La loi ne s'explique pas sur le rôle des témoins. Il est vraisemblable qu'il est le même que celui des témoins instrumentaires aux actes notariés.

{ #Deux conditions sont nécessaires et suffisantes pour être témoin : il faut être ~~de sexe masculin~~ et âgé de 21 ans. Art. 37. Cet article admet formellement comme témoins les parents des intéressés et il n'exclut pas les parents de l'officier de l'état civil. Ce serait ajouter aux conditions fixées par l'art. 37 que d'exiger des témoins la qualité de belge ; le silence de l'art. 37 à cet égard est surtout remarquable lorsqu'on rapproche son texte de celui de l'art. 980.

A l'incapacité (des femmes) et des individus de moins de 21 ans, il faut ajouter la déchéance qui frappe certains condamnés en vertu des art. 33 et suiv. du code pénal.

Il arrive que le code civil appelle *témoins* des personnes qui sont de véritables comparants ou déclarants, tels les prétendus témoins aux actes de décès (art. 78). Il veut indiquer par là que ces déclarants doivent remplir les deux conditions exigées des témoins par l'art. 37.

(1) Une seule condition est suffisante et nécessaire pour être témoin : être âgé de 21 ans. (F. 109). 24 fois de mari et de femme ne peuvent être témoins sur un acte.
§ 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.

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

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

La commune reçoit chaque année ses registres du président du

tribunal de première instance qui les a préalablement *cotés* par première et dernière, et *paraphés* sur chaque feuille. Art. 41.

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.

175. **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.

176. **Règles de forme** C'est l'officier de l'état civil qui rédige les actes de l'état civil. Aussi est-ce à lui qu'il appartient de déterminer la langue à y employer. Cass., 19 mai 1873, P. 1873, 1, 181.

Les art. 34, 38, 39 et 42 tracent une série de règles relatives à la rédaction matérielle des actes. Afin de simplifier le travail des officiers de l'état civil et d'éviter 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 complémentives, telles que celles des titres de noblesse et d'autres accessoires honorifiques du nom. Trib. Liège, 4 juin 1898, J. L. 1898, 212.

177. **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.

178. **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.

179. **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 souvent 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.

180. **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.

181. **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. Cass., 21 mai et 23 juillet 1894. P. 1894. 1, 221. 276 et 277.
Comp. note au D. 1893. 1, 305.

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.*

182. **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 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.

(V. d. Notaires, art 69)
183. **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.

184. **Actes informés.** 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 peut recevoir son application 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.

185. **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 dans la forme déterminée ci-après.

186. **Cas où il y a lieu à rectification.** Rectifier un acte, c'est y faire des additions, suppressions ou modifications pour le rendre conforme à la loi et à la vérité sur l'état de la personne qu'il concerne. Aucun texte ne limite d'ailleurs 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 où un mariage est annulé et celui où le nom de famille est changé par arrêté royal. Gand, 30 juin 1888, P. 1889, 2, 46. *Contra* : Termonde, 5 mars 1898, P. 1898, 3, 153.

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, 212. 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

(1) B note v. l'art 34 de l'ancien et l'ancien et l'ancien mauvais

mentionner partout où leur propre nom doit lui-même être énoncé. Cass. fr., 26 octobre 1897, D. 1897, 1, 584.

187. **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* 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. Bruxelles, 20 juillet et 15 décembre 1898, P. 1899, 2, 116 et 172; Tongres, 28 mars 1900, P. 1900, 3, 225.

188. **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 il existe d'autres dispositions dont il faut tenir compte :

1^o D'abord quelques textes spéciaux lui donnent formellement le droit d'agir en rectification dans certains cas et en faveur de certaines personnes. Tel est l'art. 7 de la loi du 16 août 1887 relative au mariage des indigents.

2^o Ensuite l'art. 46 de la loi d'organisation judiciaire du 20 avril 1810 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 quant un intérêt social est en jeu. Tel est le cas où un acte attribue à une personne un titre de noblesse qui ne lui appartient pas. Cass., 5 mai 1881, P. 1881, 1, 230; Cass. fr., 24 décembre 1901, D. 1902, 1, 361.

189. **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, parce que 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 rectificatif *sur les registres courants*; 2^o la mention, *en marge de l'acte rectifié*, de la date de 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. 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. pr. et avis du Conseil d'Etat du 4 mars 1808.

190. 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.*

191. Principe de droit commun. 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^o 103), 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 procédure toute spéciale de l'inscription en faux.

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

de l'état civil, ne peut être renversée que par la voie de l'inscription en faux.

192. **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.

193. **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 *véracité 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, *proprîis 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 par toutes les voies de droit 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'attendraient s'il venait à com-

mettre 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.

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.

II. — *De la foi due aux extraits.*

194. **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.

195. **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.

(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.

2° 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° 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 du 2 juin 1894 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.

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

197. **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.

D'après les règles ordinaires sur la computation des délais en

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

matière civile, le jour de l'accouchement ne compte pas (le délai est franc), mais les jours fériés qui se trouvent dans le délai doivent être comptés.

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

198. **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 de son enfant que lorsqu'il l'a reconnu 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, 339. *Contra*: Bruxelles, 1^{er} juin 1886, P. 1886, 2, 261.

199. **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.

200. **Déclarations que l'acte doit contenir.** L'art. 57 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.

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).

201. 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 (art. 340), à moins que ce ne soit le père lui-même qui fasse la déclaration de naissance et avoue sa paternité. Mais en ce cas l'officier reçoit vraiment deux actes distincts, qu'il réunit dans le même écrit : un acte de naissance et un acte de reconnaissance (art. 334).

Quid en ce qui concerne la mère? L'officier de l'état civil doit-il exiger du comparant l'indication du nom de la mère naturelle et refuser de dresser l'acte de naissance tant que cette indication ne lui a pas été fournie? Aucun texte du code civil n'impose 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 BAUDRY, 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 parfaitement 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.

Ce que le code civil ne prescrivait point, le code pénal de 1867 a

entendu l'imposer par son art. 361. Il résulte 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 peut être passible, en cas de refus, des peines édictées pour défaut de déclaration de naissance. Le législateur du code pénal de 1867 n'a certes pas eu l'intention de modifier les principes du code civil sur les modes de *preuve* de la filiation naturelle, mais il a voulu que l'enfant naturel puisse trouver dans son acte de naissance une simple indication, un *renseignement tel quel*, qui le mettra peut-être sur la trace de sa mère, lorsqu'il voudra exercer l'action en recherche de maternité (art. 341). Cette solution constitue, sans doute, une *inelegantia juris*, mais elle est d'une haute moralité : l'intérêt de l'enfant à découvrir un jour sa mère doit l'emporter sur l'intérêt de celle-ci à cacher son déshonneur. *D'après le nouvel art 341-1 et 0-12 l'absence de mention du nom de la mère naturelle peut valoir comme admission de la preuve*

II. — Règles spéciales.

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

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

204. **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.

205. **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* à l'égard de celui de ses auteurs qui l'a

reconnu ou de 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 un officier 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.

206. **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.

207. **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 et 78 que la déclaration de décès doit être faite et l'acte en être dressé *avant l'inhumation*. Après l'inhumation, l'acte 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.

208. **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 réunir les deux qualités ^{la condition d'âge exigée des défunts} spéciales exigées des témoins par l'art. 37.

209. **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.

210. **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 s'ouvre la succession de la personne décédée et que cette personne devient incapable d'acquérir. 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. *Cependant un acte de décès dressé le 6 } 1908 94 du malin prouvé à toute évidence que la personne est morte avant cette date.* II. — Règles spéciales.

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

212. Cas où le cadavre ne peut être retrouvé. Le système des art. 77, 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. note au D. 1890, 2, 305.

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

Art. 46.

213. **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., 16 avril 1888, P. 1888, 1, 194; 24 mars 1890, P. 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. Note au D. 1902, 1, 529.

214. **Nature des dispositions de l'art. 46.** ^{art. 46. sur faits de cet} Les dispositions de l'art. 46, sur la preuve des faits de l'état civil, sont en harmonie avec celle 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° 105).

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; note au D. 1902, 1, 529.

215. **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 (comp. supra n° 105).

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 simples présomptions. 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.

216. 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 n'ont qu'une autorité relative, 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.

HUMBLET. *Traité des noms*. Liège.

217. 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. Ils sont donnés à l'enfant dans son acte de naissance (supra n^o 200).

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 et industrielle*.

218. Détermination du nom. Le nom dérive de la filiation. Il en est la marque. Sans le dire expressément, le code civil le suppose en ne parlant dans l'art. 57 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.

En fait, l'enfant *naturel non reconnu* porte le nom de la femme que son acte de naissance indique comme étant sa mère. Comp. Pontivy, 5 mars 1902, P. 1902, 4, 164.

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 une reconnaissance survient dans la suite.

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

219. **Rectification du nom.** L'enfant doit porter le nom de son auteur tel qu'il se trouve exprimé dans son acte de naissance. Art. 1^{er} de la loi du 6 fructidor an II. Mais comme le père lui-même n'avait pas le droit de se donner un autre nom que celui qu'il avait reçu dans son propre acte de naissance, c'est-à-dire le nom de l'aïeul, il en résulte que l'enfant peut poursuivre la rectification du nom inscrit à son 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 du décret du 6 fructidor an II. Liège, 14 novembre 1894, P. 1895, 2, 141. Il est cependant possible de faire rectifier un nom de famille en remontant à des actes plus anciens, mais il faut alors une possession d'état bien caractérisée, ancienne et de longue durée. Il est aussi admis que les additions de nom terrien au nom patronymique en ont fait partie intégrante, dès lors que l'incorporation réelle a eu lieu avant le décret de l'an II. Trib. Liège, 25 juillet 1902, J. L. 1903, 84; Bourges, 30 janvier 1901, D. 1903, 2, 327.

220. **Changement de nom.** Nul ne peut, de sa propre autorité, changer son nom, en altérer la composition ou l'orthographe. Art. 1^{er} du décret de l'an II. Le changement de nom ne peut avoir

lieu qu'avec l'autorisation du Roi et selon les règles établies par le titre II de la loi du 11 germinal an xi.

221. **Influence du mariage sur le nom** ⁽¹⁾. 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, s'il est désavoué par le mari. Mais un usage universel donne à la femme le droit de porter comme seul nom patronymique le nom de son mari, non seulement durant le mariage, mais encore après, pendant le veuvage. De là une conséquence pratique importante : quand la femme signe un acte du nom de son mari, non seulement elle ne commet pas un faux, mais même elle emploie la forme naturelle de sa signature.

Il est aussi admis que le mari a le droit de joindre à son nom celui de sa femme; il ne fait ainsi que rappeler son mariage.

222. **Obligation et droit relatifs au nom** ⁽²⁾. PLANIOL dit avec raison que le nom est la *forme obligatoire de la désignation des personnes*. On est *obligé* de le porter, sans pouvoir l'altérer en tout ou en partie. Art. 1^{er} du décret de l'an II.

Mais il ne faut pas exagérer cette idée que le nom est une institution de police civile. Il s'y rattache un droit comme une obligation. Certes c'est un langage abusif que de parler de la *propriété* du nom. A la différence du nom commercial, le nom civil n'est pas un *bien*; ce n'est pas une chose dans le commerce. Cass., 7 avril 1888, P. 1888, 1, 166. Mais à côté des droits patrimoniaux, il y a les *jura personarum*, les droits accessoires 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.

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 personnalités. Bruxelles, 10 janvier 1900, P. 1901, 2, 37.

⁽¹⁾ *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 515.

⁽²⁾ *Revue critique de législation*, 1900, p. 548, et 1902, p. 572 et p. 628.

TITRE III.

Du domicile.

223. **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 le lieu de sa demeure habituelle, qu'il soit ou non le centre de ses affaires. L'habitation est une demeure accidentelle et passagère.

CHAPITRE I. — DU DOMICILE GÉNÉRAL.

224. **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; elle 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*.

225. **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. Chacun peut en principe 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; et il n'y 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; Paris, 19 juin 1894, D. 1894, 2, 513.

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

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

2° 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. *Actio sequitur forum rei* —

3° Le domicile des parties ou de l'une d'elles sert à fixer la compétence personnelle des magistrats en matière de juridiction gracieuse.

4° C'est au domicile que sont centralisées les diverses opérations auxquelles donnent lieu l'ouverture de la succession, de la tutelle, de la faillite. *CC. 116*

5° 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.

227. 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 particulièrement 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*.

Si, en droit, toute personne a nécessairement un domicile, il peut arriver, en fait, que le domicile d'une personne soit absolument inconnu; tel est le cas des familles de saltimbanques qui vivent de

temps immémorial à l'état nomade. Les lois de compétence (art. 39 de la loi du 25 mars 1876) et de procédure civile (art. 69 c. pr.)⁸⁰ prévoient une pareille situation : elles disposent que la résidence actuelle remplace le domicile inconnu, en ce qui concerne la détermination de la compétence territoriale des tribunaux et la signification des exploits d'huissier.

228. **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.

Mais il peut se faire qu'une personne ait dans des endroits différents plusieurs établissements paraissant d'égale importance. " Si cette personne ne fait rien pour apprendre au public en quel lieu se trouve son établissement principal et partant son domicile, elle devra supporter les conséquences de la situation équivoque dans laquelle elle s'est ainsi placée, c'est-à-dire qu'elle ne sera pas admise à se plaindre, au cas où des tiers de bonne foi la considéreraient comme domiciliée dans un lieu autre que celui où se trouve réellement son domicile. „ Bruxelles, 8 mars 1897, P. 1897, 2, 339; Cass. fr., 4 août 1896, D. 1897, 1, 605.

SECTION I. — Du domicile de droit ou établi par la loi.

Art. 107 à 109.

229. **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.

230. **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.

231. **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. Il en est du changement de domicile autrement que du changement de nationalité (supra n° 148, 2°).

232. **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. Note au D. 1883, 1, 281; Besançon, 20 novembre 1896, D. 1897, 2, 348.

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

A. — *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 le domicile de son père.

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 ordinairement 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.

B. — *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.

234. **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 c. pén. appellent improprement *curateur*. Cette attribution de domicile se justifie par la même raison que celle établie à l'égard du mineur non émancipé.

235. **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° Qu'elles travaillent *habituellement* chez lui.

2° Qu'elles demeurent avec lui *dans la même maison*. Cass. fr., 31 mai 1881, D. 1882, 1, 18.

3° 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.

236. 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.

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.

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

1° 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. Paris, 24 mars 1902, D. 1903, 2, 278.

2° L'intention d'avoir 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.

Ces deux conditions sont requises cumulativement. L'intention de changer de domicile, 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., 11 mai 1887, D. 1888, 1, 180. 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 d'avoir son principal établissement au lieu où ses fonctions l'obligent à résider. Cass. fr., 30 janvier 1895, D. 1895, 1, 358; Paris, 22 novembre 1894, D. 1895, 2, 150.

238. 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 changer de domicile. 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 de changer de domicile peut résulter des circonstances qui ont accompagné ou suivi le transfert de l'habitation.

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'é luder une prescription légale ou de faire tort à un adversaire, par exemple, à la veille d'un procès, afin d'échapper à la compétence

(1) La déclaration de transfert de *résidence*, faite en conformité de l'arrêté royal du 31 octobre 1866, 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.

du tribunal du lieu où l'on est vraiment domicilié. Cass. fr., 20 novembre 1889, D. 1890, 1, 171.

239. **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 duré un certain temps. 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.

240. **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 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 en droit civil; ils sont assez nombreux en procédure civile.

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

241. **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° 62).

242. **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. 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.

243. **Effets de l'élection de domicile.** Elle ne produit d'effets qu'entre les parties; elle ne profite ni ne nuit aux tiers. Art. 1165. Cass. fr., 31 décembre 1878, D. 1879, 1, 55.

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 qui tient lieu du domicile réel dont parle l'art. 68 c. pr. 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.

* Le jugement rendu par le tribunal du domicile élu peut-il être valablement signifié à ce domicile? La jurisprudence française ne l'admet pas. Paris, 6 novembre 1897, D. 1898, 2, 60. Mais sa décision est généralement désapprouvée par cette raison que loin de faire disparaître l'acte juridique sur lequel il est intervenu, le jugement ne fait que reconnaître son existence et ordonner son exécution; la signification de ce jugement rentre donc parfaitement dans les termes de notre art. 111.

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.

244. **Limitation des effets de l'élection.** Les conséquences *légales* 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 aucune dérogation à la règle établie par l'art. 1247, al. 2, sur le lieu du paiement, et ne confère point à la personne chez laquelle le domicile a été élu, le pouvoir de toucher la créance de l'élisant. Cass. fr., 25 janvier 1903, D. 1903, 1, 183.

245. **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.

246. **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.

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

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 atteinte au droit de son co-contractant ; qu'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.

247. **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).

248. 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'élisant 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.

249. 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 à l'égard des 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.

TITRE IV.

Des absents.

250. 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° 212), 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.

251. Principe général. Il n'existe de par 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. GARSONNET, note au D. 1871, 1, 192.

Mais 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° 267).

252. 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.

253. **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.

254. **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.

255. Pouvoirs des tribunaux. La présomption d'absence ne donne lieu *par elle-même* à l'application d'aucune mesure 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. *Contra* : Tournai, 24 novembre 1891, P. 1892, 3, 78.

256. 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 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. 2092. 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.

257. Représentation du présumé absent dans les partages. L'art. 113 prévoit une hypothèse spéciale : un présumé

(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.

absent se trouve avoir des droits dans une société ou une communauté dissoute, ou dans une succession ouverte; l'un des conjoints 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 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, refusent de 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.

258. Système de nos articles. Lorsqu'il s'est écoulé un temps considérable depuis la disparition ou les dernières nouvelles,

(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. pr., de représenter de simples *non-présents* à la levée des scellés et à l'inventaire.

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.

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

260. 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 nos 263 à 265). Ainsi les créanciers de la succession ne figurent pas ici parmi les parties intéressées (supra n° 256).

261. Procédure à suivre pour obtenir la déclaration. Le tribunal ne peut jamais accueillir *de plano* la requête en déclaration d'absence, quels que soient les pièces et documents produits 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.

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

Art. 120 à 128, 134 et 140.

262. **Principe.** La déclaration d'absence n'a point pour effet d'ouvrir véritablement la succession de l'absent, mais elle autorise une dévolution provisoire de la *possession* de son patrimoine, semblable à celle qui se serait opérée, pour la propriété même (art. 711), s'il était décédé au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. La loi voit dans les héritiers présomptifs de l'absent et ses autres successeurs à cause de mort les meilleurs administrateurs qui puissent être préposés à la gestion de ses biens. Cette gestion leur est confiée au moyen d'une formalité particulière, appelée l'envoi en possession provisoire : *envoi en possession*, parce que chaque intéressé est mis en *possession* des biens sur lesquels il a un droit subordonné au décès de l'absent ; *provisoire*, parce que l'envoi en possession ne donne que l'*administration* et la *jouissance* des biens dont il s'agit (sauf même restitution partielle des fruits, d'après l'art. 127).

I. — *Par qui l'envoi en possession provisoire peut être demandé.*

263. **Héritiers présomptifs.** 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.

264. **Légataires, institués contractuels et autres intéressés.** Quand les héritiers se sont fait envoyer en possession, les légataires, les institués contractuels et toutes autres personnes ayant sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès, 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.

265. **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 hæreditario* en son lieu et place, à l'égal de ses autres droits pécuniaires. Bruxelles, 23 novembre 1842, P. 1843, 2, 250.

II. — *Epoque de l'envoi provisoire, biens auxquels il s'applique et garanties de restitution.*

266. **Quand l'envoi peut être demandé.** Il peut être demandé aussitôt que l'absence est déclarée. Art. 120 et 121.

267. **A quels biens il s'applique** L'envoi en possession s'applique à la succession de l'absent, réputée provisoirement ouverte le jour où il a donné le dernier signe de vie. L'art. 120 ne s'exprime pas de la sorte : il dit que l'envoi en possession s'applique aux biens qui *appartenaient à l'absent* au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Certains auteurs en concluent que les envoyés en possession ne peuvent prétendre aux biens sur lesquels ils avaient des droits subordonnés au décès de l'absent, si ces biens *étaient sortis de son patrimoine* à ce moment de la disparition ou des dernières nouvelles. Ces auteurs négligent de tenir compte de la disposition de l'art. 123 qui consacre le principe de l'ouverture anticipée et provisoire de la succession de l'absent, puisqu'il permet qu'on ouvre son testament et que ses légataires et ses donataires par institution contractuelle exercent provisoirement leurs droits.

Le principal intérêt de cette question est de savoir si les envoyés sont en droit de se contraindre respectivement au rapport des avancements d'hoirie qu'ils auraient reçus de l'absent et de demander, lorsqu'ils sont héritiers réservataires, la réduction des libéralités excessives que l'absent aurait faites. GARSONNET, note au D. 1873, 2, 80.

268. **Garanties de restitution.** Les héritiers, légataires et autres envoyés en possession sont des administrateurs *comptables* envers l'absent, s'il vient à réparaître, ou envers ses véritables successeurs, si son décès vient à être prouvé. Art. 130 et 131. De là, la double obligation que la loi leur impose de fournir *caution* et de faire dresser un *inventaire* du mobilier et des titres de l'absent. Art. 120, 123 et 126.

III. — *Effets de l'envoi provisoire.*

269. **Caractère précaire de la possession des envoyés.** L'art. 125 dit que la possession provisoire n'est qu'un *dépôt*. Cette expression est peu exacte, car il y a des différences essentielles entre la situation des envoyés et celle d'un dépositaire véritable. La loi l'a employée uniquement pour marquer le caractère *précaire* de la possession des envoyés; ils possèdent non pour leur propre compte, mais pour le compte de l'absent. De là résulte notamment cette conséquence qu'ils ne sauraient acquérir ses biens par prescription (art. 2236). 2239

En D.P. qui n'a
rien de commun
avec cette
précaire

270. **Actes d'administration.** Les envoyés ont comme tels le droit et le devoir de procéder à tous les actes qui, d'après les principes généraux, rentrent dans la classe des *actes d'administration* (supra n° 46). Art. 125.

C'est au tribunal qu'il appartient de déterminer 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.

271. **Actes de disposition.** Simples administrateurs, les envoyés ne peuvent faire aucun *acte de disposition qui soit opposable à l'absent de retour ou à ses véritables héritiers au jour de son décès prouvé*. Art. 128. En cas de nécessité, comme lorsqu'il y a lieu de se procurer de l'argent 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'hypothécaution des biens des mineurs ou des interdits.

272. **Revenus de l'absent.** La loi attribue aux envoyés la *jouissance des revenus* de l'absent et elle leur permet de les *garder*, 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. La restriction faite par cet article régit d'ailleurs tous les cas dans lesquels les envoyés sont obligés de rendre les biens dont ils avaient la gestion. Art. 130.

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.

273. **Partage provisoire des biens.** Selon l'opinion générale, les envoyés en possession se trouvent, pour leurs rapports respectifs, dans la situation d'héritiers appelés à recueillir une succession (supra n° 267). Aussi leur reconnaît-on la faculté de procéder entre eux à un partage *provisoire* du patrimoine de l'absent, conformément aux règles ordinaires des partages de succession. Il semble rationnel, en effet, que les intéressés puissent faire d'une manière provisoire, durant l'envoi en possession provisoire, tout ce qu'ils pourront faire d'une manière définitive, après l'envoi en possession définitif. Comp. art. 129.

274. **Poursuites des créanciers de l'absent.** Les envoyés en possession sont les représentants de l'absent vis-à-vis de ses créanciers. Après le jugement de déclaration d'absence, dit l'art. 134, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens.

Est-ce à dire que les envoyés puissent être poursuivis sur leurs biens personnels ? Non, leur situation est, sous ce rapport, analogue à celle des héritiers sous bénéfice d'inventaire ; ce n'est que dans leur intérêt que la succession de l'absent est fictivement ouverte ; au regard des tiers, ils ne font que gérer un patrimoine qui n'est pas confondu avec le leur ; ils paient les dettes de l'absent *en son nom* et sur ses biens, comme ils plaident *en son nom*.

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

Art. 124, 126 et 127.

275. **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 absence. La loi autorise l'époux présent à réclamer la continuation provisoire de la communauté afin d'éviter le morcellement de l'administration du patrimoine de l'absent entre un grand nombre de personnes; le maintien du régime matrimonial concentrera cette administration entre les mains du principal intéressé, l'époux présent.

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

* 276. **Exercice du droit d'option.** 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. Cette obligation incombe au mari aussi bien qu'à la femme.
Art. 126.

A la différence des envoyés en possession provisoire, l'époux qui opte pour la continuation de la communauté n'est pas tenu de donner caution. Aucun texte ne l'y oblige.

* 277. **Pouvoirs de l'époux présent.** L'effet général de son option est d'empêcher qu'il ne soit de venir s'immiscer dans les affaires de l'absent. Il prend ou conserve par préférence, dit l'art. 124, l'administration des biens propres et communs de l'absent.

La loi ne caractérise pas explicitement cette administration, mais il est permis de voir une indication implicite dans les termes dont

elle s'est servie : *prendre ou conserver l'administration*. 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; son titre de seigneur et maître de la communauté ne change pas et tous ses effets sont maintenus. Les pouvoirs du *mari* sur les *biens de la communauté* restent donc les mêmes que si la femme n'était pas absente; ses actes de disposition à titre onéreux (art. 1421), et même à titre gratuit dans les limites légales (art. 1422), seront donc toujours opposables à sa femme ou à ses héritiers, quoi qu'il arrive.

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

* 279. **Fin de la continuation de la communauté.** Le régime établi par l'option de l'époux présent n'est que *provisoire*. Il prend fin nécessairement quand on arrive à l'*envoi en possession définitif*. Il peut prendre fin plus tôt encore, soit par la *mort du conjoint*, soit par un *changement de volonté de sa part*, car il doit lui être permis de renoncer à un régime établi exclusivement en sa faveur.

Dans tous ces cas, la communauté est toujours réputée s'être dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Elle devra être liquidée et partagée, d'une manière provisoire ou définitive, dans l'état où elle se trouvait à cette époque. Au cas de décès de l'époux présent, la liquidation et le partage de la communauté se feront entre les héritiers présomptifs de l'époux absent, envoyés en possession, et les héritiers définitifs de l'époux décédé. Trib. Gand, 28 mars 1894, *Mon. not.*, 1894, p. 221.

* 280. **Observation.** La femme qui a opté pour la continuation provisoire de la communauté ne s'est pas dépouillée elle-même ni ses héritiers du *droit de renonciation* établi par l'art. 1453. Elle s'est simplement opposée à une dissolution immédiate, mais elle n'a pas exercé le droit d'option qui lui est ouvert sur la communauté quand elle est dissoute, pour l'accepter ou la répudier. Art. 124, al. 2.

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

Art. 129 et 132.

I. — Règles préliminaires.

281. **Conditions et formes.** Il y a lieu à l'envoi définitif dans deux cas :

1^o Lorsque l'absence a continué pendant *trente ans* depuis l'envoi provisoire ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun en biens a pris l'administration du patrimoine de l'absent.

2^o Lorsqu'il s'est écoulé *cent ans* depuis la naissance de l'absent. Art. 129. Il n'est pas nécessaire, dans ce cas, que l'envoi en possession provisoire ait été préalablement obtenu ou qu'il y ait eu continuation provisoire de la communauté; il suffit que la déclaration d'absence ait été prononcée.

L'envoi définitif n'a jamais lieu de plein droit; il doit être *demandé à la 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 la déclaration d'absence; mais cette mesure d'instruction ne lui est point imposée par la loi.

282. **Qui peut demander l'envoi définitif.** 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.

283. **Décharge des cautions.** Si l'envoi définitif n'a pas lieu de plein droit, l'expiration du temps après lequel il peut être obtenu opère par elle-même la libération des cautions fournies conformément aux art. 120, 123 et 124. Dès que le moment où la demande d'envoi définitif peut être faite est arrivé, que cette demande soit formée ou non, les cautions sont déchargées *de plein droit*, non seulement pour l'avenir, mais pour le passé. Art. 129.

II. — Effets de l'envoi définitif.

284. **Ouverture définitive de la succession de l'absent.** Le principe est que les envoyés doivent être considérés comme les

héritiers définitifs de l'absent, à compter du jour où il a donné le dernier signe de vie; sa succession, qui n'avait été réputée ouverte que d'une manière provisoire, l'est à présent d'une manière définitive. Tous les *actes de disposition* accomplis par les envoyés, non seulement les actes à *titre onéreux* mais encore les actes à *titre gratuit*, seront opposables à l'absent de retour ou à ses véritables héritiers au jour de son décès prouvé. 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 l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles. Les tiers qui auront traité avec eux ne pourront jamais être inquiétés. Cela résulte nettement de l'art. 132 qui ne permet à l'absent de retour après l'envoi définitif que de recouvrer le *prix* de ceux de ses biens qui auraient été *aliénés* ou les biens provenant de l'*emploi* qui aurait été fait du prix de ses biens *vendus*.

285. Droits de l'absent de retour ou de ses véritables héritiers. L'envoi définitif n'est pas une mesure irrévocable à l'égard de l'absent de retour ou de ses véritables héritiers au jour de son décès prouvé. Toutefois les envoyés ne sont tenus envers lui que dans la mesure où ils se trouvent enrichis à ses dépens, *quatenus locupletiores facti sunt*. Certes, à l'exception des fruits qu'ils ont perçus, lesquels leur appartiennent en totalité (art. 127), ils ne peuvent rien conserver du patrimoine de l'absent; mais ils sont quittes en lui remettant ce qu'ils ont entre les mains, sans que leur patrimoine personnel puisse être entamé par la restitution qu'ils ont à faire. Art. 132. Il est clair d'ailleurs que les envoyés ont le droit de se faire tenir compte de tout ce qu'ils ont payé en acquit des dettes de l'absent.

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. Or, 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 leur refuser l'indemnité que le *droit commun* accorde à quiconque a amélioré par ses travaux le bien d'autrui.

Observation commune aux deux sections précédentes.

Art. 133.

286. **Prétention à l'envoi en possession contre les envoyés.** 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 du titre 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. Mais 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. 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.

SECTION 4. — De la cessation des effets du jugement d'absence.

Art. 130 à 132.

287. **Comment l'absence prend fin.** L'absence peut cesser de deux manières : soit par la preuve acquise de l'*existence* de l'absent, soit par la preuve acquise de son *décès*. Dans ces deux cas, l'incertitude ayant cessé, tous les effets du jugement qui a déclaré l'absence cessent immédiatement, sans formalité aucune, et le droit commun reprend son empire.

*Lorsque l'absent se borne à donner de ses nouvelles sans paraître et sans constituer de mandataire, il rentre dans la classe des *non-présents*. Cependant l'art. 131 admet que le tribunal peut encore être appelé à pourvoir à l'administration provisoire de son patri-moine, comme s'il était un *présumé absent* (comp. supra n° 254).

288. **Restitution des biens.** Si l'absent reparait ou si son existence est prouvée, soit pendant l'envoi provisoire, soit depuis l'envoi définitif, son patrimoine doit lui être restitué conformément aux dispositions des art. 125 et 127 ou 132, selon les cas. Art. 131 et 132.

En vertu du droit commun du titre de la prescription, il n'y a jamais de prescription possible contre l'absent, au profit des envoyés en possession *même définitifs* (art. 2236).

Si le décès de l'absent vient à être établi, c'est à ses héritiers les plus proches *au jour de son décès prouvé* que son patrimoine doit revenir. Art. 130. 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. On ne peut argumenter de la finale de l'art. 130 qui ne concerne que la restitution à opérer par les envoyés provisoires, pour soutenir, soit que les envoyés définitifs ne seraient tenus à aucune restitution, car la première partie de ce texte ne fait aucune distinction entre la période de l'envoi définitif et celle de l'envoi provisoire, soit que les envoyés définitifs seraient tenus de la même restitution que les envoyés provisoires, car il est manifeste que les véritables héritiers de l'absent ne sauraient avoir plus de droits que n'en aurait l'absent lui-même s'il était vivant. Dans l'hypothèse de l'art. 130, la restitution des biens de l'absent s'opérera donc aussi conformément aux dispositions des art. 125 et 127 ou 132, selon les cas.

D'après le droit commun du titre de la prescription, l'action en pétition d'hérédité des héritiers véritables contre les envoyés *définitifs* est sujette à la prescription à compter du décès de l'absent.

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

289. **Transition.** Les droits éventuels Après avoir traité dans les art. 112 à 131 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. 136 à 138 des droits *éventuels* qui compétaient 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° 74).

On appelle *droits éventuels* tous ceux dont l'acquisition par une personne est subordonnée à la condition de son existence au moment même de leur ouverture. Les plus importants sont les droits successifs : droit de recueillir une succession, un legs ou le bénéfice d'une institution contractuelle; on ne les acquiert qu'à la condition d'exister lors de l'ouverture de la succession, du legs ou de l'institution, par le décès du *de cuius*. Sont encore des droits éventuels, le droit de retour stipulé dans une donation entre vifs, et le droit aux arrérages à échoir d'une rente viagère.

SECTION 1. — Principe de l'art. 135.

290. **Ses sources et son étendue.** Quiconque réclame un droit échu à un individu dont l'existence est actuellement 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. Ce principe de l'art. 135 n'est que la résultante de plusieurs autres :

1° Pour acquérir des droits il faut exister. Art. 725 et 906.

2° *Actori incumbit probatio; actore non probante absolvitur reus.* Art. 1315.

3° Point de présomption légale sans une loi qui l'établisse (supra nos 97 à 100). Il n'est écrit nulle part dans la loi que pour fonder un droit sur l'existence d'une personne à une époque déterminée, il suffit de prouver qu'elle a été en vie antérieurement (supra n° 251). Trib. de l'Empire allemand, 10 juin 1890, D. 1893, 2, 43.

Il résulte de l'art. 135 que nul n'est recevable, soit comme mandataire de l'absent, soit comme son envoyé en possession, à réclamer des droits qui lui sont échus *depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles*, puisque son état d'absence prive justement de tout moyen 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* (art. 137), les droits qui s'ouvrent à son profit reviennent naturellement à ceux au préjudice desquels l'absent les aurait recueillis.

L'art. 135 n'emploie pas le terme *absent* et le remplace par cette périphrase: *un individu dont l'existence n'est pas reconnue*. C'est afin d'éviter toute distinction entre l'absent simplement présumé et l'absent déclaré. Trib. Bruxelles, 22 mars 1900, P. 1900, 3, 211; Alger, 4 mai 1896, D. 1897, 2, 364.

SECTION 2. — Application du principe de l'art. 135
aux droits successifs ouverts depuis le commencement
de l'absence.

Art. 136 à 138.

136 - est pas
expressément

291. **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. Cette disposition est parfaitement rationnelle, puisque pour acquérir un droit successif il faut exister au moment du décès du *de cuius*, et que l'existence de l'absent est incertaine par définition même de l'absence.

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. C'est vainement qu'on leur opposerait qu'ils ne prouvent pas le décès de leur père et qu'on ne représente pas les personnes vivantes (art. 744); ils répondraient victorieusement que la loi ne peut pas considérer l'absent comme mort ou vivant *tout ensemble*; comme mort, pour l'empêcher lui-même de succéder, et comme vivant, pour empêcher ses enfants de succéder par représentation.

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

(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 réellement 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. 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.

292. 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 reparait, ou ses représentants ou ayants cause, lorsqu'ils parviennent à prouver son existence au moment de l'ouverture de la succession, sont en droit de réclamer la restitution de l'hérédité dont ils ont été exclus. 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, de ses représentants ou de ses ayants cause, doit avoir lieu avant que la prescription ne soit accomplie. Ceux qui recueillent des biens 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 à titre de propriétaires, 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.

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

Quelle est la position de l'absent qui reparait, ou de ses représentants ou 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* au nom de l'héritier véritable.

Mais la question est très vivement controversée en ce qui concerne les *actes de disposition*. La loi ne l'a résolue par aucun texte

ad hoc ; l'interprète ne peut donc la résoudre que par l'application du droit commun. Ce droit commun sera exposé au titre des successions, dans la matière des effets de la pétition d'hérédité à l'égard des tiers. Il suffit ici d'observer que l'art. 132 est absolument étranger à la question, qu'on ne peut l'appliquer *par analogie* du moment qu'il a le caractère d'une disposition contraire aux principes généraux du code civil. Cass., 5 juillet 1878, P. 1878, 1, 304.

294. **Renonciation au bénéfice de l'art. 136 par les consorts de l'absent.** Il peut arriver que les cohéritiers d'un absent aient agi comme si son existence était encore certaine 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, l'absence est déclarée, la part faite à l'absent devra-t-elle être comprise dans l'envoi provisoire accordé à ses héritiers et autres successeurs présomptifs ? Il est généralement admis que la renonciation au bénéfice de l'art. 136 est purement provisoire dans la pensée de ceux qui la font. Il leur appartiendra donc d'empêcher que la part qui avait été attribuée à l'absent soit appréhendée par ses envoyés en possession, en établissant que l'état d'absence existait dès le début ; cette part leur fera retour exactement comme s'ils s'étaient toujours prévalus des dispositions de l'art. 136. Trib. Gand, 21 février 1900, P. 1901, 3, 238.

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

Art. 139.

295. **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. „

296. **Retour de l’absent.** L’art. 139 n’a eu d’autre objet que de décider, comme dans l’ancien droit, que la simple possibilité de l’existence de l’absent ne suffit point pour troubler un mariage contracté depuis sa disparition. En parlant de l’époux *absent*, il entend désigner, conformément au sens technique de cette expression, celui dont l’existence est incertaine; et il décide, dès lors, que tant que l’incertitude perdure, personne ne peut attaquer le mariage, sauf lui ou son fondé de pouvoir.

Mais après que l’absence a cessé, et que partant on se trouve en dehors des termes de l’art. 139, le *droit commun* reprend son empire, et la nullité du second mariage peut être demandée par toutes les personnes désignées en l’art. 184.

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

Art. 141 à 143.

* 297. **Principe.** La tutelle suppose le décès prouvé du père ou de la mère (art. 390). L’absence *n’ouvre* donc jamais la tutelle. Elle peut seulement en amener la *dévolution*.

La plupart des auteurs enseignent cependant que les mesures organisées par nos art. 141 à 143 sont spéciales à la présomption d’absence, et qu’une fois l’absence déclarée il y a lieu à l’application provisoire des règles ordinaires de la tutelle. Leur doctrine est contraire à l’économie du titre de l’absence; le code n’établit la distinction des périodes de présomption d’absence et de déclaration d’absence que dans la matière des *droits patrimoniaux* de l’absent; il l’abandonne dès qu’il arrive à s’occuper des droits éventuels de l’absent, de son mariage et de ses enfants mineurs.

* 298. **Absence du père.** Il faut distinguer :

1^o *La mère est vivante et présente.* La puissance paternelle sur la personne et sur les biens des enfants appartient collectivement au père et à la mère. Il est donc tout naturel que lorsque le père, qui a seul l’exercice de cette autorité pendant la durée du mariage, vient

à être hors d'état d'exercer ses droits, la mère soit appelée à mettre en œuvre une autorité dont elle est personnellement investie. Art. 141. Il ne faut pas entendre à la lettre les mots *droits du mari* de l'art. 141; l'autorité de la mère (art. 372), paralysée par la présence du père tant qu'il est en état d'exercer la sienne (art. 373), reprend toute son énergie dès que le père se trouve frappé d'incapacité physique ou légale. Ce n'est donc pas au nom de son mari, mais en son propre nom que la mère a la surveillance de ses enfants mineurs, dirige leur éducation et administre leurs biens.

2° *La mère est morte.* En ce cas, la tutelle était déjà ouverte, et c'est le père qui était tuteur légal des enfants (art. 390); sa disparition a laissé la *tutelle vacante* en fait. Il est rationnel que le père soit remplacé par un tuteur provisoire. C'est ce que décident les art. 142 et 143 (1) qui confient la nomination de ce tuteur au conseil de famille.

3° *La mère vient à mourir après la disparition du père.* Tant que la mère a survécu, elle a exercé la puissance paternelle à la place du père. Art. 141. Son décès ouvre la tutelle, laquelle revient de plein droit au père absent (art. 390). La situation se trouve désormais la même que dans l'hypothèse précédente. Aussi l'art. 142 statue-t-il de même pour les deux cas.

*299. **Absence de la mère.** Le code n'a pas prévu l'absence de la mère, sauf à l'art. 143 qui se confond avec l'art. 142. Cette lacune est facile à combler :

Si le père est vivant et présent, rien n'est changé dans sa situation vis-à-vis de ses enfants; il continue à exercer la puissance paternelle. Art. 373.

Si le père est déjà mort ou s'il vient à mourir après la disparition de la mère, il convient d'appliquer la disposition de l'art. 142 par analogie.

La solution doit être la même dans le cas où les père et mère disparaîtraient soit en même temps, soit l'un après l'autre.

(1) Cet art. 143 est inutile; le cas qu'il prévoit rentre dans les termes de l'art. 142, puisque l'un des parents est décédé au moment où l'autre disparaît.

TITRE V.

Du mariage.

GLASSON. *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, 2^e édit. Paris.

300. **Définition.** Le mariage est un contrat solennel que la loi civile règle souverainement et par lequel un homme et une femme établissent entre eux une communauté absolue 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. Cela se comprend : le mariage intéresse au plus haut point la société tout entière.

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 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 vite 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.

301. **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 1227).

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 *circonstances* dans lesquelles la rupture est intervenue, circonstances qui sont constitutives du dol ou 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. Liège, 17 juin 1903, J. L. 1903, 204 ; Cass. fr., 12 novembre 1901, D. 1902, 1, 46.

302. **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 de validité sera exposée au chapitre IV. Il suffit ici d'observer que l'absence d'une simple condition de célébration n'a d'autre effet 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.

303. **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. (art. 194)

Les *empêchements prohibitifs* (de *prohibere*) sont ceux qui font obstacle à la célébration du mariage, mais qui ne permettent pas de l'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. (art. 198)

304. **Réformes législatives.** 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 et du 30 avril 1896 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.

305. **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 certains des organes caractéristiques du sexe sont sans influence sur la validité du mariage. Verviers, 1^{er} juillet 1893, J. L. 1894, 324; Cass. fr., 6 avril 1903, P. 1903, 4, 148; *Revue crit.*, 1903, p. 193.

SECTION 2. — Age de la puberté.

Art. 144 et 145.

306. **Présomption légale.** Le mariage ayant principalement pour but la procréation des enfants, il faut, pour pouvoir le contracter, avoir atteint l'âge de la puberté, c'est-à-dire l'âge où *commence* l'aptitude à engendrer ou à concevoir. En vertu d'une présomption légale, cet âge est fixé à *dix-huit ans* révolus pour les garçons, et à *quinze ans* révolus pour les filles. Art. 144.

D'après l'art. 145, le gouvernement est autorisé à permettre le mariage avant l'âge de la puberté légale, pour *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.

307. **Vieillesse.** Si la loi interdit le mariage avant un certain

âge, elle n'en fixe aucun passé lequel le mariage devienne impossible. La vieillesse la plus avancée ne constitue pas un empêchement.

SECTION 3. — **Consentement des futurs époux.**

Art. 146.

308. **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.

309. **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 elle les oblige à demander son interdiction dans un bref délai.

x (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 ?

Interdiction conseil conjugal & moral de fait le mariage
310. **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 et loi du 30 avril 1896.

311. **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 dès 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 approuver 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.

312. 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.

313. 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.

(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'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.*

314. 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^{er}, 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. 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^{er}. 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 enseigne généralement qu'à défaut d'aïeuls et d'aïeules, le droit de consentir au mariage passe aux bisaïeuls et bisaïeules.

315. 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

316. **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.

317. **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. *Contra* : 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.

318. **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.

319. **Pouvoir absolu.** Lorsqu'un ascendant refuse son consentement, sa décision est souveraine; l'enfant n'a aucune voie de recours contre elle.

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.*

320. **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 23 décembre 1891 (1).

(1) Quant à l'acte de consentement passé en pays étranger, renvoi au cours de droit international privé.

321. **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.

322. **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 (1), 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, § 3). 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 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 officiellement et pour toujours en opposition avec ses parents.

323. **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

(1) Pour le cas de dissentiment entre les père et mère, voir infra n° 349.

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.

324. **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 extra-judiciaire, 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^{er} (1).

325. **Formes de la demande de conseil.** L'officier public, 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. (Renvoi au cours de droit notarial.)

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, 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

(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.

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, 26 janvier 1892, P. 1892, 3, 165; Paris, 26 septembre 1878, D. 1879, 2, 132.

326. **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.

327. **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. 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.

§ 3. — DU RECOURS JUDICIAIRE DES PÈRE ET MÈRE DE L'ENFANT MAJEUR QUI N'A PAS VINGT-CINQ ANS ACCOMPLIS.

328. **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. 152 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^{er}; ce sera un nouveau temps de réflexion imposé à l'enfant.

329. **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.

330. **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.

331. **Pouvoir des juges.** Le tribunal et la cour apprécient souverainement les motifs allégués par les père et mère. S'ils estiment que leur recours n'est pas inspiré par le véritable intérêt de l'enfant, ils permettent de passer outre à la célébration du mariage; mais s'ils reconnaissent que le mariage projeté est le fruit de l'intrigue, de la séduction, ou doit compromettre gravement l'avenir de l'enfant, l'honneur de la famille, ils ordonnent de surseoir à la célébration. Bruxelles, 21 septembre 1896, P. 1897, 2, 71.

Jamais le sursis ne peut dépasser la vingt-cinquième année révolue de l'enfant. A compter de cet âge, le droit de se marier ne peut plus être entravé par l'autorité judiciaire.

SECTION 5. — Dissolution du lien conjugal antérieur.

Art. 147.

332. **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.

333. **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.

334. **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).

335. **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.

336. **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 modes de preuve de la parenté naturelle : la reconnaissance volontaire et un jugement de reconnaissance forcée (art. 334 et 341).

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. Là où la filiation n'est pas régulièrement établie, on ne voit pas comment elle pourrait être invoquée pour constituer un obstacle au mariage ou une cause de nullité.

337. **Observation relative à l'alliance** Les empêchements de mariage dérivant de l'alliance ne se produisent qu'après que l'alliance elle-même est venue à cesser (supra n° 42). 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 (art. 147). 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, 26 juillet 1894, D. 1895, 2, 6.

338. **Dispenses royales.** La prohibition du mariage peut être levée par le Roi, pour des causes graves :

1° Entre oncle et nièce ou tante et neveu. Art. 164.

2° 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.

339. **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.

340. **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).

*empêch
suggère*

341. **Empêchements résultant du divorce.** Il en existe trois :

1° Les époux qui ont divorcé pour quelque cause que ce soit ne peuvent plus *jamaïs* se réunir. Art. 295. *Ar. 295. Loi 7. fév. 1906.*

2° 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.

3° 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 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.

342. **Empêchements résultant de l'adoption.** Renvoi à l'art. 348.

343. **Empêchements résultant du service militaire.** Les officiers de tout grade ne peuvent se marier sans l'autorisation du gouvernement. Les époux doivent justifier, jusqu'au grade de capitaine inclusivement, qu'ils jouiront d'un revenu de ^{deux} ~~six~~ cents francs indépendamment de la solde. Arrêté du 16 février 1814. *es 24. 2. 1857.*

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 12 août 1902 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 12 août 1902.

CHAPITRE II. — DES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE.

344. **Observations.** La matière des formalités du mariage en pays étranger (loi du 20 mai 1882 et art. 171 c. c.) rentre dans le cours de droit international privé.

Les formalités du mariage en Belgique ont été améliorées notamment par la loi du 26 décembre 1891 qui a abrogé nos art. 63, 64, 65, 74, 165 à 169.

(1) Quant aux volontaires, voir l'art. 100 de cet arrêté.

SECTION 1. -- **Des formalités qui précèdent la célébration.**

§ 1. — DE LA PUBLICATION DU MARIAGE.

Art. 1 à 7 de la loi du 26 décembre 1891.

345. **En quoi consiste la publication. Ses motifs.** Aujourd'hui la publication consiste uniquement dans une affiche de l'officier de l'état civil faisant connaître le projet de mariage, ^{de l'officier de l'état civil} et précisant l'individualité des futurs époux ainsi que de leurs pères et mères. Cette affiche doit être apposée un jour de dimanche à la porte de la maison communale et y rester pendant neuf jours au moins, depuis et non compris celui de la publication. Elle doit être transcrite sur un registre spécial, appelé registre aux publications de mariage. Art. 1 et 2. *Art. 63 et 64 de la loi du 7 février 1908 art. 3.*

La publication est faite par l'officier de l'état civil, sur la réquisition des deux 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. 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 donner avis à l'officier de l'état civil, et que les intéressés puissent exercer le droit d'opposition établi par les art. 172 et suiv. Elle est donc destinée à provoquer les dénonciations officieuses et les oppositions en forme.

346. **Communes où la publication doit être faite.** La règle est que la publication peut être faite uniquement dans le lieu du domicile ou de la résidence de chacun des futurs époux. Art. 4. Cette ¹¹⁶⁶ option accordée aux futurs époux entre le lieu du domicile et celui de la résidence facilite le mariage des personnes qui ont une résidence différente de leur domicile.

La règle n'est applicable que lorsque le domicile ou la résidence qui existe au jour de la publication se trouve établi d'une manière continue depuis six mois au moins. Dans le cas contraire, une *publication supplémentaire* est indispensable, suivant certaines distinctions qui font l'objet de l'art. 5. Les principales sont celles-ci : si le domicile actuel où la publication est faite n'existe pas d'une manière continue depuis six mois, la publication supplémentaire doit être faite au lieu du domicile précédent; si c'est à la résidence actuelle que la publication est faite, et que cette résidence n'ait pas été

Art. 169

d'une durée continue de six mois, la publication supplémentaire doit être faite au lieu du domicile actuel.

Les prescriptions de l'art. 5 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. *Contra* : Bruxelles, 11 juin 1885, P. 1885, 2, 291. Comp. circulaire du ministre de la justice, du 29 décembre 1892.

347. Délai utile pour le mariage. Le délai pendant lequel le mariage peut être célébré commence à courir le dixième jour après la publication. Art. 263 *Il dure un an.* Si le mariage n'est pas célébré dans l'année, une nouvelle publication est nécessaire; la première est *périmée*. Art. 364 Le motif de cette règle 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.

348. Dispense de publication. L'art. 7 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.

349. 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 *negatives* telles que 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.

350. **Dossier du mariage.** L'officier de l'état civil doit se faire remettre les pièces suivantes :

1° 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 y suppléer par un *acte de notoriété* délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile. Art. 70 à 72. 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° Les actes authentiques constatant les consentements requis par la loi, lorsque les personnes appelées à habilitier le mineur ne préfèrent pas donner leur consentement dans la cérémonie même du mariage. Art. 73.

3° Le procès-verbal authentique ou l'écrit privé constatant le dissentiment dont il s'agit aux art. 148 et 150. Dans ces textes, le législateur parle d'acte notarié et de procès-verbal dressé par l'officier de l'état civil, en même temps que d'exploit d'huissier ; il faut admettre que le notaire et l'officier de l'état civil peuvent procéder dans la forme des sommations respectueuses aussi bien que dans celle des actes volontaires. *Revue prat. notar.* 1898, p. 182.

4° Le procès-verbal de la sommation respectueuse, si cet acte a dû être fait. Art. 154.

5° 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 démente 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 aïeux et aïeules ; ils n'ont donc aucune pièce à produire quant à ces derniers.

6° Les actes des différentes dispenses qui auraient été accordées : dispenses à raison de l'âge, ou de la parenté ou de l'alliance, ou dispense de publication.

7° L'acte de décès du premier conjoint ou l'acte de divorce, si l'un des futurs époux a déjà été marié.

8° 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° Les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des diffé-

rentes communes où la publication a dû être faite, certificats constatant que la publication a eu lieu conformément à la loi et qu'il n'a pas été fait d'opposition. Art. 69. S'il y a eu opposition, l'officier de l'état civil doit exiger la production de l'acte ou du jugement de mainlevée, ainsi qu'il sera dit ci-après.

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 doute sérieux 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.

Par ce qui vient d'être exposé, on voit qu'il faut constituer un véritable dossier en vue du mariage, réunir des pièces nombreuses et faire des frais parfois assez considérables. Le législateur a fait disparaître ces entraves au mariage des indigents par les arrêtés des 6 septembre et 30 octobre 1814, 7 mai et 20 juin 1815, et surtout par l'art. 7 de la loi du 16 août 1887.

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. 8 de la loi du 26 décembre 1891.
165cc.

351. **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 peuvent être connus du public; c'est là surtout qu'on a des chances de voir apparaître les oppositions et les avis officieux, s'il existe quelque empêchement.

Les art. 74 et 165 du code avaient fait naître une vive controverse. L'art. 8 de la loi du 26 décembre 1891 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. 1er de cette loi.

A ne consulter que les textes des art. 4 et 8 de la loi nouvelle, 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 préparatoires 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, comme il est dit aux art. 1 et 2 de la loi. *Le nouvel art 13 a été en lui-même plusieurs fois à aucun effet.*

Celle de tenté
352. **Communes de la célébration. Règle spéciale.**

168 L'art. 8 de la loi de 1891 dispose qu'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.

169 Il résulte de cette disposition de l'art. 8, combinée avec celle de l'art. 7, qu'aujourd'hui la célébration du mariage ne devient 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.

353. **Officier compétent.** L'art. 8¹⁶⁹ de la loi de 1891 porte que le mariage sera célébré devant 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. Il rappelle ainsi le principe que l'officier de l'état civil ne peut jamais instrumenter que sur le territoire de sa propre commune (supra n° 170). L'officier ne pourrait donc pas se transporter au dehors pour y marier un de ses administrés; compétent à raison de la personne, il serait incompétent à raison du lieu.

354. **Durée de la compétence personnelle de l'officier.**
169 L'art. 8 de la loi de 1891 envisage le domicile et la résidence des futurs époux à la date où la publication du mariage a eu lieu. D'autre
69 part, l'art. 3 de cette loi dispose que la publication de mariage reste
64 efficace pendant toute une année, à compter de l'expiration du délai
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.

355. 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 et 76.

356. Publicité de la célébration. Le mariage doit être célébré *publiquement*. Art. 8 de la loi de 1891. Le public doit donc être admis à pénétrer librement dans la salle où la cérémonie a lieu.

357. 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.

358. Témoins. L'officier de l'état civil doit être assisté de quatre témoins. Ces témoins doivent ^{être faits avec ceux du mariage} remplir les deux ~~deux~~ ^{deux} qualités fixées par l'art. 37.

359. 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.

360. **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. 195 al. 2 de

L'art. ~~76~~ 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.

361. **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 d'un 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.

362. **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 em-

pêche 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'acquiescer 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*, ou il refusera d'y procéder, et alors les futurs époux ne pourront triompher de son refus qu'en s'adressant à la justice.

§ 1. — DES ASCENDANTS.

363. **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 tenu 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 !

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. Namur, 13 février 1901, P. 1902, 3, 128; Verviers, 14 juillet 1903, J. L. 1903, 270; Cass. fr., 30 juin 1879, D. 1880, 1, 135.

(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 (supra n° 328).

364. **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* 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.

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 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.

365. **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.

366. **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). La seule ressource en ce cas est de recourir à l'*avis officieux* dont il a été parlé ci-dessus ⁽³⁶¹⁾ ou de provoquer l'action du *ministère public* dont il sera question ci-après. Cass. fr., 14 avril 1902, D. 1903, 1, 380. Comp. note au D. 1903, 2, 277.

367. **Collatéraux.** L'art. 174 accorde le droit d'opposition à quelques collatéraux : les *frères et sœurs*, les *oncles et tantes*, les *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^o 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.

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.

368. **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 présent 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 (supra n^o 8), aboutit à faire de l'art. 175, pour le second cas d'opposition prévu ci-dessus, une véritable énigme que personne n'est encore parvenu à déchiffrer.

§ 3. — DU MINISTÈRE PUBLIC.

369. **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.

370. **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 qu'elles 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*. Art. 66. Il est prudent de signifier l'opposition aux officiers de l'état civil de toutes les communes dans lesquelles le mariage peut être célébré, car il est possible que l'opposition ne soit formée entre les mains de l'un d'eux qu'après la délivrance par lui du certificat de non-opposition dont parle l'art. 69 ; il est possible également que les futurs époux aient obtenu dispense de toute publication.

de la Commune ou
après la
publication
du mariage
célébré

371. **Règles spéciales.** En vertu des règles spéciales du code civil, l'acte d'opposition doit contenir, sous peine de nullité :

1° L'énonciation de la *qualité* en vertu de laquelle le requérant prétend avoir le droit de former opposition au mariage. Art. 176.

2° 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° *Élection 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 (supra nos 243 et 245). Liège, 29 juillet 1886, P. 1886, 2, 367.

* Lorsque la célébration du mariage peut avoir lieu dans plusieurs communes, la loi n'exige pas que l'opposant fasse élection de

domicile dans ces différentes communes. Il suffit en ce cas, pour se conformer à la lettre et à l'esprit de la loi, d'élire domicile dans la commune où le futur époux contre lequel l'opposition est dirigée a son domicile général.

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 doivent 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.

372. **Opposition régulière.** L'effet d'une opposition régulière est de mettre obstacle à la célébration du mariage. Emanée d'un ascendant, elle peut n'être pas motivée ; peu importe dès lors le motif qui s'y trouverait indiqué. Emanée 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.

373. **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. pr.); 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.

374. 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.

375. 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. 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. 63 avec l'art. 548 c. pr. 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.

376. 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 (*supra* nos 349 et 362). 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'opposant; 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* no 366).

CHAPITRE IV. — DE L'INEXISTENCE ET DE L'ANNULABILITÉ DU MARIAGE.

377. 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.

378. **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 (supra n° 89).

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 (supra n° 91). Bastia, 8 février 1888, D. 1888, 2, 317; conclusions du Ministère public, B. J. 1894, col. 344.

379. **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 (supra n^o 305).

2^o *Défaut absolu de consentement.* Le mariage est un contrat et un contrat ne se forme 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.

380. **Point de nullités de plein droit.** Le mariage frappé de nullité par la loi a néanmoins l'existence juridique et produit provi-

soirement 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 n'en trouve aucune 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 (supra n° 93).

381. **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. 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 toute cause de nullité qui n'est pas prévue et réglée dans le chapitre IV de notre titre (comp. supra n° 92). 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 se trouve 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 :

Soit de la prohibition de l'art. 296. Cass., 2 juin 1903, P. 1903, 1, 269.

Soit de la prohibition de l'art. 298. Gand, 21 avril 1888, P. 1888, 2, 386 ; Paris, 3 mars 1897, P. 1897, 4, 81.

Soit du sursis judiciaire imposé en vertu du nouvel art. 152. Trib. Bruxelles, 26 mars 1898, P. 1898, 3, 169.

382. 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 privé. Le code s'occupe des nullités relatives aux art. 180 à 183, et des nullités absolues aux art. 184 à 193.

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 de *se couvrir* au moyen de la confirmation ; elles peuvent *s'éteindre* par la prescription ordinaire.

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.

383. 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.

I. — Des vices du consentement des époux.

Art. 180 et 181.

384. 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 du 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.

385. **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.

386. **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 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., 24 avril 1862, D. 1862, 1, 153.

387. 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.

388. 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.

389. Observation. On sait que la jurisprudence applique l'art. 189 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° 378). 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.

II. — *Du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille.*

Art. 182 et 183.

390. 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. *Il y a sanction respectueuse*

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 (supra n° 314).

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 (supra n° 381).

391. **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 *passé* 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. Rationnellement, l'action devrait se transmettre aux ascendants, dans un ordre hiérarchique; en droit positif, elle n'est point transmissible.

392. **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 rend le mariage *inattaquable*, à quelque moment qu'elle se produise; 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 exercé l'action en nullité. Paris, 1^{er} février 1894, D. 1894, 2, 456. *De dir. indiv. exceptionnelles*

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.

393. **Observations.** 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.

394. **Énumération.** 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.

395. **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.

396. **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 295 et 296).

397. **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 alliance est *légalement* prouvée. Cela est à observer surtout à l'égard de la parenté naturelle, dont les modes de preuve sont très limités (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.

398. **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 commune, l'admission du public, la présence de ^{deux} quatre 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 magistrats 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, lorsqu'il a été contracté librement et qu'aucune condition de fond ne faisait défaut. Cela est sage, car en définitive les formes ne sont établies que pour assurer le respect des règles de fond!

Il ne faut pas confondre le mariage clandestin avec le mariage ^{contracté} secret. Le mariage secret peut avoir été contracté avec toute la publicité prescrite par la loi. Le mariage légalement contracté reste valable encore que les époux le tiennent ensuite caché; la loi 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 est résulté un préjudice pour les tiers, ils seront tenus de les indemniser, en vertu du principe de l'art. 1382, comme si la femme fait annuler des obligations qu'elle a contractées sans autorisation.

399. Incompétence de l'officier. L'incompétence de l'officier de l'état civil peut avoir été personnelle ou territoriale : *personnelle*, si ni l'un ni l'autre des époux n'avait dans la commune le domicile ou la résidence exigé par l'art. 8 de la loi de 1891; *territoriale*, si l'officier a célébré le mariage en dehors du territoire de sa commune et a violé ainsi l'art. 8 de la loi de 1891 qui remplace l'art. 165 du code. L'art. 191 ne fait point de distinction entre l'incompétence personnelle et l'incompétence territoriale de l'officier de l'état civil.

Les magistrats 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, aujourd'hui l'art. 8 de la loi de 1891, 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 compé-

nullité
mais tenu

tence de l'officier de l'état civil font partie du système de publicité établi par le code; le législateur les a édictées pour que la célébration ait lieu là où les futurs époux sont connus. 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.*

400. **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, et que l'intérêt nécessaire pour servir de fondement à l'action peut être *moral*, c'est-à-dire d'honneur, aussi bien que *pécuniaire*.

* 401. **Intérêt moral.** Les seules personnes qui, aux yeux de la loi, aient un intérêt moral suffisant à réclamer l'annulation du mariage, sont les époux eux-mêmes, leurs ascendants, leur conseil de famille, et le premier conjoint de l'époux bigame. Les collatéraux, même les plus rapprochés, ne peuvent jamais agir qu'en justifiant d'un intérêt pécuniaire. C'est ce que décident les art. 187 et 191 où l'expression *intérêt né et actuel* ne désigne manifestement que l'intérêt pécuniaire. Paris, 25 juin 1883, D. 1886, 1, 23.

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^o *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 *concurrément* et non pas graduellement ou à défaut les uns des autres. La loi, en effet, n'établit ici aucun ordre hiérarchique.

3^o *Le conseil de famille* de l'époux mineur qui n'a plus d'ascen-

dant. 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^o *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.

* 402. **Intérêt pécuniaire.** Toute personne est admise à intenter l'action en nullité, en vertu d'un simple intérêt pécuniaire, à la condition que, conformément au droit commun, cet intérêt soit né et actuel, c'est-à-dire *dès 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 pécuniaire suffit pour que l'on soit admis à intenter l'action en nullité; il n'est pas nécessaire que ce soit un intérêt de succession. Ainsi les créanciers des époux, et plus généralement ceux qui ont contracté avec l'un d'eux, ont souvent grand intérêt à demander l'annulation de leur mariage; c'est qu'il arrive souvent que le mariage fait obstacle à l'exercice du droit des créanciers et des tiers acquéreurs des biens de la femme ou du mari.

Il est manifeste que toute personne qui ne peut exercer l'action en nullité qu'en vertu d'un intérêt pécuniaire, perd qualité pour agir dès que son intérêt pécuniaire cesse d'exister par une renonciation, la prescription ou toute autre cause.

* 403. **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 possible que *du vivant des deux époux*. Art. 190. Après la mort de l'un d'eux, l'état illégal que la loi l'autorisait à poursuivre a cessé, puisque le mariage annulable est déjà, en fait, dissous par la mort. Ses poursuites n'auraient plus d'objet et n'aboutiraient qu'à un scandale inutile.

SECTION 3. — Des effets de l'annulation du mariage.

404. **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. DE LOYNES, note au D. 1891, 2, 153.

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.

405. **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^o 111). Mons, 12 juillet 1900, P. 1902, 3, 123; DE LOYNES, note au D. 1891, 2, 153.

SECTION 4. — Du mariage putatif.

Art. 201 et 202.

406. **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. *(voir ill.)*

§ 1. — CONDITIONS REQUISES POUR QU'IL Y AIT MARIAGE PUTATIF.

I. — *Mariage annulé.*

407. **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^o qu'il y ait un mariage *annulé*; 2^o 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 inexistant, 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.

II. — *Mariage contracté de bonne foi.*

408. **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. Paris, 14 mars 1889, D. 1890, 2, 88, et 18 mars 1897, D. 1897, 2, 200.

409. **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.

410. **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° 98). 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, P. 1887, 3, 184.

§ 2. — EFFETS DU MARIAGE PUTATIF.

411. **Principe.** Le jugement d'annulation n'opère que comme jugement de *dissolution*.

I. — *Effets à l'égard des enfants.*

412. **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.

413. **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.

S'ils sont nés adultérins ou incestueux, le mariage putatif de leurs parents n'a pu les légitimer, car un mariage valable n'aurait su le faire (art. 331 et 335). 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. On rencontrera la même opposition, au titre de la paternité et de la filiation, entre les

enfants de beau-frère et belle-sœur mariés après avoir obtenu des dispenses.

S'ils sont 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.

414. **Distinction.** Les effets du mariage sont plus ou moins étendus suivant que la bonne foi a existé des deux côtés ou d'un seul.

415. **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 n'est certes pas non avenu, mais il est dissous. Aussi les époux perdent-ils la qualité de conjoints et les droits alimentaires et héréditaires qui y étaient attachés.

Il n'est pas étonnant que les deux époux ne peuvent plus se 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. *Contra* : Paris, 16 janvier 1895, D. 1895, 2, 518.

416. **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; ce droit d'option est une conséquence du principe qu'il peut seul se prévaloir de l'existence civile du mariage. Bruxelles, 23 juillet 1891, P. 1892, 2, 221.

CHAPITRE V. — DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

417. **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° 97). 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. Mais il y a cette différence que le mariage annulé vaut à titre de mariage putatif lorsqu'il a été contracté de bonne foi; ce qui n'a jamais lieu pour un mariage même valable dont la preuve légale n'est pas administrée, qui est à considérer comme n'existant pas.

Le système des art. 194 et suiv. ne s'applique qu'aux mariages célébrés en Belgique. Les mariages célébrés à l'étranger se prouvent d'après les règles du droit international privé.

SECTION I. — Principe de la matière.

Art. 194.

418. **Formule du principe.** L'art. 194 n'est que l'application au mariage de la théorie générale du code sur la preuve des faits constitutifs de l'état civil: nul ne peut invoquer les effets civils du mariage s'il ne représente l'acte de célébration par un extrait des registres de l'état civil, sauf les cas prévus par l'art. 46, au titre des actes de l'état civil.

L'art. 194 n'est point spécial au cas où l'existence du mariage est alléguée par les prétendus époux eux-mêmes. La règle qu'il pose est *générale* en ce sens qu'elle s'applique à toute personne quelconque. La preuve en est qu'il a fallu une disposition particulière pour

permettre aux enfants de s'y soustraire dans un cas déterminé (art. 197). Douai, 17 février 1894, D. 1895, 2, 87.

La question de nullité des actes inscrits sur feuilles volantes, controversée pour les actes de l'état civil en général, se trouve clairement tranchée par l'art. 194 en ce qui concerne les mariages.

SECTION 2. — Influence de la possession d'état dans la preuve du mariage.

Art. 195 à 197.

419. **Comparaison entre la preuve du mariage et celle de la filiation.** La possession d'état d'époux est la situation de deux personnes qui se comportent publiquement comme mari et femme et qui sont traitées comme telles par leur famille 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 est admise à remplacer 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. 194 : la possession d'état ne peut remplacer l'acte de mariage même dans les rapports respectifs des prétendus époux.

Le législateur a bien fait de ne pas admettre la possession d'état d'époux à remplacer l'acte de mariage. C'est qu'elle est l'œuvre à peu près exclusive des principaux intéressés, les prétendus époux ; c'est parce qu'ils se sont présentés et comportés comme époux que le public les a pris pour tels ; or, il est si facile aux gens qui arrivent dans une grande ville où ils ne sont pas encore connus de s'y faire passer pour mariés.

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 COMPLÈMENT DE PREUVE.

420. **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. Cass. fr., 26 juillet 1865, D. 1865, 1, 493; Toulouse, 26 avril 1893, D. 1894, 2, 556.

421. **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, comme 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 : *l'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 198), démontrent 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.

§ 2. — DE LA POSSESSION D'ÉTAT COMME PREUVE COMPLÈTE.

422. **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.

423. **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.

424. **Conditions requises.** L'art. 197 exige la réunion de trois conditions :

1^o *Que le père et la mère soient tous deux décédés.* S'ils sont vivants 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.* 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 leurs prétentions en leur attribuant la qualité d'enfants naturels, ou d'enfants nés d'autres personnes que celles dont ils se disent issus.

425. **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.

En définitive donc, les enfants qui invoquent le bénéfice de l'art. 197 ont à prouver le décès de leurs père et mère et 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, 125; Paris, 20 juillet 1892, D. 1894, 2, 267.

426. **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.

427. **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.

428. **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 alimentaires 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.

Le principal effet du mariage dans les rapports des époux avec les tiers est l'incapacité de la femme.

429. **Classification des art. 203 à 226.** Le code traite du devoir d'éducation des enfants et de l'obligation alimentaire entre certains parents et certains alliés parmi les effets du mariage. Cette méthode est défectueuse. Le devoir d'éducation dérive, en réalité, non du mariage, mais du fait de la procréation; aussi s'impose-t-il aux pères et mères naturels comme aux pères et mères légitimes. Trib. Liège, 10 juillet 1897, P. 1897, 3, 281; Toulouse, 25 juillet 1863, D. 1863, 2, 139. Quant à l'obligation alimentaire, elle dérive de la parenté ou de l'alliance, et non directement du mariage lui-même aussi existe-t-elle non seulement entre parents légitimes, mais encore entre parents naturels.

Pour ne pas nous écarter de l'ordre des textes du code, nous traiterons successivement du devoir des père et mère d'élever leurs enfants et de l'obligation alimentaire entre parents et entre alliés (art. 203 à 211), des devoirs réciproques des époux (art. 212 et 214), de l'autorité maritale et de l'incapacité de la femme mariée (art. 213 et 215 à 226).

CHAPITRE VII. — DU DEVOIR D'ÉDUCATION ET DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE.

SECTION 1. — Du devoir d'éducation.

Art. 203 et 204.

430. **Objet de ce devoir.** Le devoir d'éducation comprend deux chefs distincts; l'un d'ordre moral : *élever les enfants*, leur donner une éducation en rapport avec la situation qu'ils sont appelés à occuper dans la société; l'autre d'ordre pécuniaire : *pourvoir à tous les frais de leur éducation* physique, intellectuelle et morale. Le premier se rattache à l'exercice même de la puissance paternelle et de l'autorité tutélaire; il en sera traité sous les titres IX et X. Ce n'est que du second qu'il est question ici.

Envisagé au point de vue des dépenses qu'il entraîne, le devoir d'éducation n'est qu'une variété de l'obligation alimentaire établie par les art. 205 et suiv. entre les parents en ligne directe; c'est la dette alimentaire appropriée aux besoins spéciaux du créancier. Aussi les frais de l'éducation des enfants viennent-ils à peser sur les aïeux et aïeules, lorsque les père et mère n'ont pas de moyens suffisants pour y satisfaire. Liège, 20 juillet 1898, P. 1899, 2, 33.

431. **Règlement de l'obligation des père et mère.** Les époux, dit l'art. 203, contractent ensemble l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. La jurisprudence décide qu'il résulte de ce texte que l'obligation pèse, *en même temps, et pour le tout*, sur chacun des deux époux. Ce qui fait que si les enfants ont été nourris et entretenus par un tiers qui n'a pas agi *animo donandi*, ce tiers peut poursuivre le remboursement de ses dépenses raisonnables tant contre la femme que contre le mari, sans avoir à se préoccuper de leur régime matrimonial. Cass. fr., 21 mai 1890, D. 1890, 1, 337. Il faut décider également que si l'un des deux époux vient à mourir, les enfants sont entièrement à la charge du survivant; les parents du prédécédé ne sont pas tenus d'y contribuer, même quand ils sont des ascendants des enfants.

L'obligation des père et mère a un *caractère subsidiaire*. Si les enfants ont des biens personnels dont les parents n'ont pas la jouissance légale, les sommes nécessaires à leur éducation doivent être prises tout d'abord *sur leurs revenus*, et les parents ne sont tenus de les payer sur leurs propres biens qu'*en cas d'insuffisance desdits revenus*. Quimper, 2 janvier 1902, D. 1903, 2, 7.

Il résulte en effet de l'art. 385 que tout ce qui est affecté à leur éducation est affecté à leur éducation.
Dans les rapports respectifs des époux, les frais de l'éducation des enfants constituent une des charges du mariage, et par conséquent la question de savoir dans quelle mesure chacun des époux doit y contribuer dépend du régime matrimonial qu'ils ont adopté. Lorsque ce régime est détruit par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens, chaque époux les supporte dans la proportion de ses ressources (art. 303 et 1448).

432. **Sanction de l'obligation.** L'obligation de subvenir aux frais de l'éducation est une obligation *civile*, et non simplement *naturelle*. La comparaison des art. 203 et 204 ne laisse aucun doute à cet égard. Les père et mère peuvent donc être poursuivis en justice lorsqu'ils ne l'exécutent pas volontairement. La question ne fait aucune difficulté si les enfants sont élevés par une tierce personne; celle-ci agira contre les père et mère comme on vient de le dire au numéro précédent. Mais la question devient délicate quand les enfants mineurs sont abandonnés à eux-mêmes; 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. (Renvoi au titre IX.)

433. **Cessation de l'obligation.** La loi ne décide nulle part que l'éducation des enfants, avec les frais spéciaux qu'elle entraîne,

est considérée comme terminée lorsqu'ils ont atteint l'âge de la majorité. Paris, 22 février 1894, P. 1894, 4, 154.

434. **Ne dote qui ne veut.** L'enfant qui est arrivé en âge de s'établir, peut-il exiger de ses père et mère le *capital* dont il a besoin pour se marier, acheter un fonds de commerce ou d'industrie, etc. ? L'art. 204 répond négativement ; l'obligation des parents de doter leurs enfants n'a aucun caractère civil. Le législateur a pensé qu'il serait contre le respect que l'enfant doit à ses père et mère qu'il pût les traduire en justice et les obliger à venir y déposer leur bilan pour discuter le chiffre de la dot qu'ils peuvent donner à leur enfant.

Le texte de l'art. 204 ne suppose-t-il pas que si les père et mère ne sont pas *civilement* obligés de doter leurs enfants, ils sont du moins tenus de ce chef envers eux d'une obligation *naturelle* ? (Renvoi à la théorie générale des obligations naturelles.)

SECTION 2. — De l'obligation alimentaire entre parents ou entre alliés en ligne directe.

435. **Définition.** On désigne sous ce nom l'obligation dont sont tenues certaines personnes de fournir à certaines autres les ressources dont celles-ci ont besoin pour vivre.

§ 1. — PARENTS ET ALLIÉS AUXQUELS L'OBLIGATION EST IMPOSÉE.

Art. 205 à 207.

436. **Énumération.** L'obligation alimentaire existe : 1^o entre époux, mais sous le nom de devoir de secours (art. 212) ; 2^o entre parents en ligne directe ; 3^o entre certains alliés ; 4^o entre l'adoptant et l'adopté (art. 349) ; 5^o à la charge du donataire au profit du donateur (art. 955). Il ne sera question ici que de l'obligation établie entre parents en ligne directe et entre certains alliés.

L'obligation alimentaire n'existe point entre parents ou alliés collatéraux, *pas même entre frères et sœurs.*

Il importe de noter immédiatement le principe de *réciprocité* consacré par l'art. 207.

I. — Parents en ligne directe.

437. **Parents légitimes.** En ligne directe, l'obligation alimentaire existe à tous les degrés.

438. **Parents naturels.** L'art. 205 n'est écrit que pour les parents légitimes, puisqu'il est placé parmi les textes relatifs aux

effets du mariage. Il est certain cependant que l'obligation alimentaire existe également entre les père et mère naturels et leurs enfants lorsque, bien entendu, la filiation se trouve légalement établie. L'art. 762 qui implique que les parents adultérins ou incestueux sont eux-mêmes tenus, pendant leur vie, de fournir des aliments à leurs enfants, et l'art. 207 dont il résulte que la réciprocité est de la nature de l'obligation alimentaire, sont les deux textes qui servent d'appui à cette théorie. Telle était d'ailleurs la solution admise dans l'ancien droit.

— On verra que le droit de l'enfant naturel subit une restriction dans le cas déterminé par l'art. 337. — *alors par l'art. 337 1908*

L'obligation alimentaire n'existe jamais entre les parents naturels au delà du premier degré.

II. — *Alliés en ligne directe.*

439. **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). *Donc pas entre gendres et belles-filles*

440. **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!

III. — *Hiérarchie entre les débiteurs d'aliments.*

441. **Controverse.** Il est clair qu'un individu ne peut se dire dans le besoin au regard de ses parents et alliés en ligne directe, lorsque son conjoint est en état de lui venir en aide (art. 1448). Mais existe-t-il entre les diverses personnes *solvables* déterminées par nos art. 205 à 207 une gradation que le créancier d'aliments soit tenu de suivre?

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 (supra n° 10). 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 à titre égal aux divers parents et alliés en ligne directe du besoigneux; 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, 296; Paris, 10 août 1894, D. 1895, 2, 517.

§ 2. — CONDITIONS ET MESURE DE L'OBLIGATION.

Art. 205 à 208.

442. **Conditions de la dette.** 1° Nul ne peut réclamer des aliments que s'il est *dans le besoin*. 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. Un individu hors d'état de travailler est-il dans le besoin dès que ses revenus ne peuvent couvrir les dépenses de sa subsistance, ou bien n'est-il dans le besoin que lorsque tous ses capitaux sont complètement 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.

2^o 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.

443. **Mesure de la dette.** 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.

444. **Naissance de la dette. Fins de non-recevoir.** 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 théorie pure, les dissipations du réclamant et ses torts envers sa famille ne peuvent être pris en considération par les juges; son droit est indépendant 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.

§ 3. — OBJET ET MODE D'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION.

Art. 209 à 211.

445. **Sens du terme aliments.** On entend par *aliments* tout ce qui est nécessaire pour vivre, non seulement la nourriture, mais encore le logement, le vêtement, les frais de maladie, etc. Arg. des art. 210 et 211.

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.

Quelque extension qu'on donne au mot aliments, il semble impossible d'y faire rentrer les frais de funérailles. *Contra*: Seine, 7 janvier 1902, D. 1902, 2, 174 et 206.

446. **Paiement en argent.** En principe, l'obligation alimentaire doit s'acquitter *en argent* et non pas en nature. La prestation en argent consiste dans le service d'une rente temporaire appelée *pension alimentaire*.

Exceptionnellement, le débiteur peut être autorisé par la justice à acquitter sa dette *en nature*, dans deux cas :

1^o Celui où il *justifie* que le paiement d'une pension en argent serait la source d'une véritable gêne pour lui. Art. 210.

2^o Celui où *le père ou la mère*, même sans faire cette justification, offre de recevoir et d'entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il doit des aliments. Art. 211. Trib. Liège, 30 juin 1900, J. L. 1900, 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.

447. **Paiement par anticipation.** Une pension alimentaire est de sa nature payable par anticipation, puisque les aliments sont destinés à pourvoir aux besoins présents et à venir du créancier. Cass., 27 décembre 1877, P. 1878, 1, 30.

§ 4. — CARACTÈRES DE L'OBLIGATION.

448. **Obligation d'ordre public.** Elle est un des traits de l'organisation 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 (art. 6). Huy, 12 mars 1896, J. L. 1896, 101.

449. **Obligation purement chirographaire.** Le code ne permet nulle part au créancier de la pension alimentaire d'exiger des *garanties spéciales* qui en assurent le service; il ne lui donne que les moyens de sanction ordinaires, ceux qu'il a mis à la disposition de tout créancier, quel qu'il soit. Quand le juge est appelé à statuer sur l'obligation alimentaire, sa seule mission est de faire application des règles tracées par nos articles; il ne trouve dans aucune loi le pouvoir d'aggraver la condition du débiteur en l'astreignant à donner une caution, une hypothèque, ou à effectuer le placement d'un capital affecté au service des arrérages. *Revue crit.*, 1897, p. 616. La jurisprudence est cependant fixée en sens contraire; elle part de ce faux principe qu'il appartient au juge de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de sa sentence, et elle en déduit cette conséquence que le juge peut condamner le débiteur à fournir une hypothèque ou d'autres sûretés spéciales pour garantir le paiement de la pension alimentaire. Liège, 5 juin 1901, P. 1902, 2, 354; Cass. fr., 2 décembre 1895, D. 1896, 1, 198.

450. **Absence de solidarité et d'indivisibilité.** Lorsqu'au lieu d'un débiteur unique il en existe plusieurs, l'obligation alimentaire se répartit entre eux dans la proportion de leurs ressources

respectives, et *chacun n'en est tenu que dans cette mesure*. Art. 208. Le créancier ne serait pas admis à exiger d'un seul de ses débiteurs le montant intégral de la pension à laquelle il a droit, sauf à celui auquel il se serait adressé à recourir ensuite contre les autres pour leur part et portion. Un pareil mode de procéder ne serait possible qu'autant que la dette alimentaire serait solidaire ou indivisible; or, il est bien certain qu'elle ne présente ni l'un ni l'autre de ces caractères. Trib. Bruxelles, 9 mars 1892, P. 1892, 3, 189; Cass. fr., 6 mars 1895, D. 1895, 1, 237.

451. **Variabilité de l'obligation.** Les deux éléments d'après lesquels se déterminent la débiteur de la pension alimentaire et sa quotité sont nécessairement *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. Bien plus, il est permis de revenir sur l'exécution du règlement conventionnel ou judiciaire de l'obligation, en établissant que la situation respective des parties s'est trouvée modifiée depuis l'époque où ce règlement a eu lieu; il était surbordonné, en effet, à la condition que les choses resteraient dans le même état. 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 débiteurs. Celui dont les ressources sont diminuées peut demander la réduction ou la décharge de sa part contributive, sans que les autres en soient nécessairement tenus à sa place. Le créancier n'a le droit de leur demander une augmentation de leur propre part, 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.

452. **Intransmissibilité de l'obligation.** L'obligation alimentaire, activement et passivement, est fondée sur le rapport de

parenté ou d'alliance existant entre les parties. Elle est dès lors purement viagère; elle ne se transmet point par voie de succession. Cela s'applique aussi bien aux successeurs universels du débiteur qu'à ceux du créancier. " L'héritier de celui qui devait des aliments succède-t-il au titre de parent ou d'allié et au degré de la parenté ou de l'alliance, à raison desquels le défunt était tenu de l'obligation alimentaire ? Non, évidemment. Eh bien! alors il ne doit pas succéder à l'obligation alimentaire qui en était une charge. „ Besançon, 8 juillet 1879, D. 1880, 2, 142. La question de l'intransmissibilité ne se pose évidemment qu'à l'égard des successeurs universels qui ne sont pas *eux-mêmes* de ceux entre lesquels nos art. 205 à 207 établissent l'obligation alimentaire. Il est clair également quant aux besoins de l'alimentaire qui se sont produits *du vivant du de cuius*, que l'obligation d'y subvenir dans les limites de l'art. 208 s'est *réalisée* dans le chef de ce dernier et que, s'il ne s'en est pas acquitté lui-même, elle grève sa succession à l'égal de toute autre dette de somme d'argent. Liège, 3 décembre 1890, P. 1891, 2, 157.

La règle de l'intransmissibilité de l'obligation alimentaire passive reçoit une exception dans le code civil lui-même, en faveur des enfants adultérins ou incestueux. Art. 762.

453. **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 et suiv. 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, D. 1897, 1, 473.

§ 5. — DE LA CESSATION DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE ALLIÉS.

Art. 206.

454. **Convol de la belle-mère.** L'obligation des gendres et brus envers leur belle-mère cesse lorsque celle-ci contracte un nouveau mariage. Art. 206, 1°. L'obligation une fois éteinte par le convol de la belle-mère ne revit pas quand son mariage se dissout. Limoges, 17 novembre 1896, D. 1897, 2, 463.

La belle-mère remariée conserve le droit de demander des aliments à celui, des deux époux qui est son enfant. Art. 205. Il arrive

ainsi que l'exonération personnelle du gendre ou de la bru est le plus souvent dérisoire, puisqu'il verra les revenus de son conjoint diminuer par suite de l'exécution de l'obligation dont celui-ci reste tenu.

La belle-mère remariée qui perd le droit de réclamer 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. 206 et 207 et de décider en conséquence que tout est réciproque en notre matière : *le principe de l'obligation et ses causes d'extinction*. Il semble, en effet, 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*.

455. Mort de l'époux qui produisait l'alliance et des enfants issus du mariage. L'époux veuf sans enfant n'est plus tenu de fournir des aliments aux père et mère de son conjoint décédé et il ne peut plus en exiger d'eux. Art. 206, 2^o, et 207.

456. Divorce. Après le divorce, l'obligation alimentaire subsiste-t-elle entre chacun des ex-conjoints et les père et mère de l'autre ? Cette question n'est résolue par aucun texte *ad hoc*.

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 : 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.

Pour nous, la persistance de l'obligation alimentaire après le décès, dans le cas de l'art. 206, 2^o, de même que la naissance des empêchements de mariage, dans les cas des art. 161 et 162, sont des mesures exceptionnelles ; l'alliance est vraiment dissoute, comme on le disait autrefois : *Morte ma fille, mort mon gendre* ; la cause cessant, l'effet doit cesser, à moins d'une disposition particulière de la loi qui n'existe pas ici (supra n^o 42). Il n'y a d'ailleurs aucune contradiction à admettre que l'alliance, lien purement fictif ou civil, 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. Orléans, 22

mars 1892, D. 1893, 2, 354. *Contra* : Anvers, 31 octobre 1891, P. 1892, 3, 75.

CHAPITRE VIII. — DES DEVOIRS RÉCIPROQUES DES ÉPOUX.

457. **Énumération.** Les devoirs réciproques dont il est question dans notre titre sont : la *cohabitation* indiquée dans l'art. 214 ; la *fidélité*, le *secours* et l'*assistance* indiqués dans l'art. 212.

SECTION 1. — Du devoir de cohabitation.

Art. 214.

458. **Notion.** La femme est obligée d'habiter avec le mari..., le mari est obligé de la recevoir, dit l'art. 214. Cette double obligation dérive de l'essence même du mariage (supra n° 300).

L'obligation du mari de recevoir sa femme doit être sagement entendue : il ne suffit pas que le mari la reçoive dans sa maison, il faut qu'il la respecte et la traite convenablement, qu'il lui donne la situation morale et matérielle qui revient, selon nos mœurs, à l'épouse légitime.

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 (art. 6). Chacun des époux demeure donc toujours libre de la tenir pour non avenue et d'exiger le rétablissement de la vie commune. Bruxelles, 21 mars 1899, P. 1899, 2, 282 ; Dijon, 21 janvier 1891, D. 1891, 2, 349.

459. **Sanction.** Il est certain que le refus par l'un des époux de remplir son devoir en acceptant la vie commune constitue une *injure grave* de nature à entraîner le divorce ou la séparation de corps.

Quid s'il ne convient pas à l'époux délaissé d'user de cette ressource et s'il veut obtenir l'exécution de l'obligation dont son conjoint est tenu envers lui ?

A. *Contrainte directe.* Aucun obstacle légal n'existe à l'emploi de la force publique. Le jugement qui ordonne à la femme de 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 ; de même le

jugement qui ordonne au mari de 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 !

B. *Contraintes indirectes*. Certaines condamnations pécuniaires sont possibles, mais il faut savoir à quel titre :

1^o *A titre d'aliments*. Le mari peut certes refuser tout secours pécuniaire à sa femme qui ne veut pas, sans motif légitime, habiter avec lui ; c'est seulement au domicile conjugal que la femme a le droit d'exiger que le mari lui fournisse les choses nécessaires à la vie (infra n^o 464). Bruxelles, 20 mai 1902, P. 1903, 2, 145; Dijon, 4 février 1888, D. 1889, 2, 243. De son côté, la femme peut faire condamner son mari à lui payer une pension alimentaire, lorsqu'il refuse, sans juste motif, de la recevoir et de la traiter en épouse légitime.

2^o *A titre de dommages-intérêts*. La jurisprudence décide encore 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; Cass. fr., 26 juin 1878, D. 1879, 1, 80. La jurisprudence se fonde sur ce que le mariage est un véritable contrat civil et que le devoir de cohabitation qu'il engendre est ainsi une obligation proprement dite (et non un simple devoir moral), qui rentre dans la catégorie des obligations de faire, visées par l'art. 1142. On a objecté qu'il est absurde de parler de dommages-intérêts à raison de l'inexécution d'un devoir qui consiste dans des prestations d'une nature toute spéciale. Il a été répondu qu'il est souvent possible que le refus de cohabitation par l'un des époux ait pour effet de causer à l'autre un préjudice moral et matériel susceptible d'une évaluation pécuniaire; pourquoi n'en serait-il pas dû réparation ? Il est faux d'ailleurs que des dommages-intérêts ne puissent être accordés à raison d'un préjudice moral; n'en est-il pas ainsi tous les jours dans les affaires d'injure et de diffamation ? On a encore objecté qu'il ne faut appliquer au mariage les règles ordinaires des contrats que dans les points sur lesquels la loi n'a pas établi de règles particulières, et que la loi a réglé spécialement les sanctions que comportent les divers devoirs dérivant de la

qualité d'époux : la séparation de corps et le divorce. A cela on a répondu avec raison que nos articles sont muets et que la séparation et le divorce admis par le titre VI ne sont point des *sanctions* mais des *résiliations* du contrat ; l'argument manque donc de base. Comp. *Revue de droit belge*, III, p. 133 et 199 ; *Revue crit.*, 1902, p. 423.

460. **Cessation du devoir de cohabitation.** Ce devoir cesse par l'effet de la *séparation de corps*, qui a précisément pour objet d'y mettre fin. Il cesse également, d'une manière provisoire, *pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps*, en vertu d'une décision du juge (art. 268 c. c. et 878 c. pr.). Il ne cesse pas pendant l'instance en nullité. Paris, 7 janvier 1903, P. 1903, 4, 50.

461. **Refus légitime d'exécution.** En général, il n'y a pas légalement de situation intermédiaire entre la vie commune dans le mariage et la séparation de corps ou le divorce. Mais cela n'est pas vrai d'une manière absolue ; il y a des cas 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 peut être 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.

Notre solution s'appuie sur la théorie générale des contrats. Il est de principe, dans la matière des contrats synallagmatiques, que chacune des parties ne peut exiger la prestation qui lui est due que si elle est prête elle-même à exécuter son obligation. Ce principe est de nature à s'appliquer au mariage qui crée 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 lorsque le mari ne lui offre pas une habitation convenable eu égard à sa fortune et à son rang, ou lorsqu'il se passe au domicile conjugal des choses de nature à blesser la dignité de la femme. Bruxelles, 14 novembre 1894, P. 1895, 2, 185 ; Douai, 26 mars 1901, D. 1902, 2, 188. Réciproquement, si la femme manque à ses devoirs d'épouse, si elle se livre à l'inconduite, le mari peut refuser de la recevoir au domicile conjugal. Anvers, 22 juillet 1891, J. T. 1892, col. 183 ; Montpellier, 16 janvier 1902, D. 1902, 2, 288.

La séparation de fait 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. Ainsi la femme doit réintégrer le domicile conjugal lorsqu'on a lieu de croire qu'elle y sera traitée convenablement et honnêtement.

SECTION 2. — Du devoir de fidélité.

Art. 212.

462. Répression de l'adultère. La violation la plus grave du devoir de fidélité constitue l'adultère.

Selon la morale, l'adultère du mari est aussi répréhensible 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 309) 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 s'explique en droit pénal ; elle est injustifiable en droit civil.

SECTION 3. — Du devoir de secours.

§ 1. — DU VIVANT DES DEUX ÉPOUX.

Art. 212.

463. Son objet et sa durée. Le devoir de secours n'est autre chose 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.

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.

464. Comment il s'exécute. En principe, l'obligation alimentaire du mari s'exécute *en nature*, puisque la femme doit habiter

avec le mari, et que le mari est le chef du ménage. Art. 213 et 214. C'est seulement par exception qu'il peut y avoir lieu au paiement d'une *pension* alimentaire par le mari à la femme. Cette situation exceptionnelle se présente dans les cas suivants :

1^o Lorsque les époux sont séparés de corps ou en instance de séparation ou de divorce.

2^o Lorsque le mari refuse, sans motif légitime, de recevoir sa femme au domicile conjugal, ou quand, sans refuser de recevoir sa femme, il lui rend la vie commune insupportable ou tolère qu'elle n'habite pas la maison conjugale. Bruxelles, 1^{er} février 1899, P. 1899, 2, 275 ; Paris, 25 janvier 1901, P. 1901, 4, 114. *Revue crit.*, 1897, p. 609.

§ 2. — AU PROFIT DU SURVIVANT DES ÉPOUX.

Art. 2 de la loi du 20 novembre 1896. *Wle.*

465. **Innovation. Son motif.** Par une dérogation remarquable au principe de l'intransmissibilité qui a été exposé ci-dessus (n^o 452), l'art. 2 de la loi du 20 novembre 1896 déclare la succession de l'époux prédécédé tenue du devoir de secours, c'est-à-dire de la dette alimentaire, envers le survivant.

Il faut savoir que l'époux survivant n'a aucune *réserve* dans la succession de son conjoint ; il peut être entièrement privé de ses droits successoraux par le testament de ce dernier. D'ailleurs, sans parler du cas d'exhérédation, son usufruit successoral peut se trouver insuffisant pour assurer sa subsistance, bien que la succession 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, que le législateur de 1896 lui a garanti la conservation de son droit alimentaire. Il a voulu, à tout le moins, empêcher désormais que l'époux survivant vienne à tomber brusquement dans la misère au décès de son conjoint.

466. **Caractères de la créance.** La créance d'aliments est entièrement distincte des droits héréditaires constitués par le nouvel art. 767 ; elle n'est pas gouvernée par les mêmes règles.

Par une singulière *inelegantia juris*, la loi nouvelle 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 cette 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, toutes les fois qu'une dérogation ne résulte pas, implicitement ou expressément, des dispositions du nouvel art. 205. La loi aurait atteint le même résultat et aurait évité l'absurdité 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.

467. Epoux auquel la créance est accordée. La loi prend soin de disposer que tout conjoint survivant, même séparé de corps, a droit à la créance alimentaire. Il n'y a aucune cause d'indignité en notre matière. Le survivant peut réclamer les aliments même au cas où la séparation de corps a été prononcée contre lui; cela se comprend : ce droit lui appartenait, malgré ses torts, du vivant de son conjoint, il pouvait les lui réclamer; il doit avoir le même droit contre ses héritiers, puisque ceux-ci ne font que succéder à l'obligation du défunt.

Il est clair qu'aucune pension alimentaire ne peut être due, en vertu de notre loi, au survivant d'époux divorcés. Il n'y a plus, en effet, d'époux au jour où la succession de l'un d'eux vient à s'ouvrir.

468. Conditions de la créance. Trois conditions sont requises :

1^o Que l'époux prédécédé n'ait point laissé d'*enfants issus de son mariage* avec le survivant. § 2. 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*. 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. § 2. Se trouve-t-il dans l'aisance à ce jour, il n'a aucun droit alimentaire éventuel, 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° Que l'époux survivant réclame la pension alimentaire dans l'année du décès. § 5. La loi ne veut pas que le droit qu'elle accorde au conjoint survivant entrave indéfiniment la liquidation de la succession. Ainsi donc toujours, pour sauvegarder son droit, le conjoint doit intenter, dans l'année, une action en règlement de sa pension, si les héritiers ne la lui concèdent pas volontairement.

469. **Débiteurs de la créance.** La pension que la loi permet à l'époux survivant de réclamer constitue une *dette de la succession* du conjoint prédécédé, et non une charge grevant les héritiers personnellement. § 2 et 3. Elle grève la succession de l'époux prédécédé exactement de la même manière que la pension due à l'enfant adultérin ou incestueux grève la succession de ses père et mère (art. 762).

Etant décidé que la pension alimentaire du conjoint survivant est une charge de la succession, les diverses dispositions du § 3 ne font qu'énoncer des applications du droit commun :

1° La pension est supportée par tous les héritiers et successeurs universels du défunt proportionnellement à leur émolument (art. 870 et 871).

2° Si l'actif net recueilli par les héritiers et successeurs universels ne suffit pas à assurer le service de la pension, les légataires particuliers subiront une réduction dans la mesure où elle sera nécessaire. La pension doit être payée de préférence aux legs particuliers que le défunt a pu faire : *Nemo liberalis nisi liberatus.*

3° Cette réduction des legs particuliers est proportionnelle à la valeur de chaque legs, sauf l'application de l'art. 927 si le testateur a exprimé sa volonté que tel legs soit acquitté de préférence aux autres.

470. **Mesure de la créance.** Les deux éléments de fixation de la pension alimentaire sont :

1° 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.

2° 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. § 3.

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.

471. **Garanties de la créance.** La loi autorise le conjoint survivant à exiger des garanties pour le paiement de sa pension. § 4. Ces garanties peuvent consister, *au choix des héritiers*, soit dans des sûretés réelles ou personnelles, soit dans le placement d'un capital à prélever sur la succession. Le capital ou les sûretés en question sont déterminées à l'amiable ou en justice.

472. **Effet du convol du survivant.** Aucun texte ne dispose, en droit, que l'époux survivant perd sa pension lorsqu'il se remarie. Seulement, en fait, le nouveau mariage du conjoint 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.

SECTION 4. — Du devoir d'assistance.

Art. 212.

473. **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.

CHAPITRE IX. — DE L'AUTORITÉ MARITALE ET DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

TURGEON. *Le féminisme français*. Paris.

SECTION 1. — De l'autorité maritale.

Art. 213 et 214.

474. **Principe.** 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.

475. **Conséquences.** 1^o La femme doit *suivre le mari* partout où il juge à propos de *résider*, même à l'étranger. Art. 214.

2^o 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^o 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. *Contra*: Paris, 3 janvier 1868, D. 1868, 2, 28.

4^o Le mari a le droit de *surveiller les relations personnelles* de sa femme. Il peut lui défendre de voir telle ou telle personne. La surveillance du mari sur les correspondances de sa femme est organisée par l'arrêté 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 motif, il dégénère en injure grave.

5^o La femme ne peut faire, en principe, aucun acte juridique valable sans l'autorisation spéciale de son mari ou subsidiairement de la justice. C'est l'*incapacité* qui fait l'objet des art. 215 et suivants.

L'incapacité primitive des femmes a disparu dans l'état de célibat, de veuvage et de divorce; il n'en reste que quelques vestiges aux art. ~~381~~, 391 et ~~412~~. Mais elle 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 va jusqu'à maintenir l'incapacité de la femme dans le cas de séparation de corps!

SECTION 2. — De l'incapacité de la femme mariée.

476. **Critique du code.** Dans le système du code, l'incapacité de la femme mariée est tout d'abord un instrument 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 et païen de la *fragilitas sexus muliebris*, elle est une mesure de protection des intérêts pécuniaires de la femme elle-même. La femme est un être faible 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 au bon ordre et à la paix 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.

477. **Généralité de l'incapacité.** Pour la femme mariée, comme pour le mineur, l'incapacité de la femme est la règle, la capacité l'exception.

478. **Ses limites variables.** L'incapacité de la femme peut se trouver modifiée par le *régime matrimonial* adopté par les époux. On appelle régime matrimonial le règlement contenu dans le *contrat de mariage* pour les intérêts pécuniaires des conjoints. C'est le seul cas dans le code où les particuliers puissent par leurs conventions modifier leur capacité personnelle; partout ailleurs l'aptitude juridique des personnes à agir valablement est réglée par la loi et non pas par elles-mêmes. Du reste la liberté des parties ne se meut que dans les limites suivantes :

1^o Le régime matrimonial peut *restreindre* l'incapacité de la femme en lui laissant l'*administration de ses biens* (art. 1536).

2^o Il peut *aggraver* son incapacité en rendant *ses immeubles inaliénables* même avec l'autorisation du mari; la justice elle-même ne pourra en autoriser l'aliénation que pour des causes déterminées par la loi (art. 1554). La stipulation de cette clause est une mesure de précaution autorisée par le législateur pour défendre la femme contre les abus d'influence et les obsessions auxquelles elle serait exposée.

§ 1. — ÉTENDUE DE L'INCAPACITÉ.

I. — *En matière judiciaire.*

Art. 215 et 216.

479. **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*.

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*.

regime dotal
regime de
séparation
pour l'alien

480. **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. 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'acquiescement. On est donc dans les termes de l'exception établie par l'art. 216, qui parle de poursuites en matière de police (ordinaire ou correctionnelle). Comp. *Revue 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.

II. — *En matière extrajudiciaire.*

A — Actes pour lesquels l'autorisation est nécessaire.

Art. 217 et 220.

481. **Règle générale.** La femme ne peut ni aliéner, ni acquérir, ni s'obliger, en son propre nom, sans autorisation.

1^o ALIÉNER. *Alienare est rem suam alienam facere.* 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 *renonciation*; 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, le partage, la transaction ⁽¹⁾, le paiement (art. 1238).

L'art. 217 emploie le terme aliéner, sans distinguer entre l'aliénation *totale* et l'aliénation *partielle*, c'est-à-dire la constitution des droits réels démembrés de la propriété. Aussi la loi aurait-elle pu se dispenser de mentionner à part la constitution d'hypothèque qui est l'établissement d'un démembrement de la propriété.

2° 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.

3° S'OBLIGER. L'incapacité d'aliéner engendre-t-elle toujours celle de s'obliger? Plusieurs auteurs et la jurisprudence le décident ainsi, en faisant valoir que toute obligation contient le germe d'une aliénation, à raison du principe de l'art. 7 de la loi hypothécaire : *Qui s'oblige oblige le sien*. Cette question générale n'est pas à discuter ici, parce que nous avons des éléments particuliers de solution, en dehors de l'art. 217. L'incapacité de la femme mariée de s'obliger par sa seule volonté résulte à l'évidence : 1° de l'art. 220 qui, en déclarant la femme commerçante capable de *s'obliger* sans autorisation pour son négoce, implique qu'en règle générale l'autorisation lui est nécessaire; 2° des art. 221, 222, 224 et 1124 qui veulent que la femme soit autorisée pour *contracter*, c'est-à-dire pour s'obliger par convention; or, il est inadmissible que la femme, qui ne pourrait émettre une volonté valable dans une convention, puisse émettre une volonté valable dans un acte unilatéral.

482. **Observation.** Si la femme est incapable de s'obliger par sa seule volonté, 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. Ceci s'applique particulièrement aux *obligations délictuelles* (art.

(1) C'est en vertu de l'art. 217 que la femme doit être autorisée pour comparaître en conciliation. Si le préliminaire établi par l'art. 48 c. pr. n'est pas une instance, il suppose chez les parties la capacité de transiger, c'est-à-dire celle d'aliéner.

1310, 1382 et 1383) et aux obligations résultant du principe que nul ne peut, sans juste cause, s'enrichir aux dépens d'autrui (art 1241 et 1312).

B. — Actes pour lesquels la femme n'a pas besoin d'autorisation.

actes qui ne concernent pas la personne de la femme et qui ne sont pas d'ordre public.
483. **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 une aliénation, ni une acquisition, ni une obligation, en son propre nom. D'autre part, la règle que la femme ne peut aliéner, acquérir, s'obliger, en son propre nom, sans y être autorisée, reçoit un certain nombre d'exceptions proprement dites, les unes en vertu de la loi même, les autres en vertu du régime matrimonial auquel les époux sont soumis.

1^o Actes non prévus par la règle de l'incapacité.

484. **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 qui leur sont offertes et les legs qui leur sont faits. Cass. fr., 22 janvier 1896, D. 1896, 1, 154.

485. **Actes conservatoires.** L'art. 217 est également étranger aux actes conservatoires. On appelle ainsi les actes qui ont 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, etc. Il faut d'ailleurs réserver l'application de l'art. 215 pour les actes conservatoires qui nécessitent une demande en justice.

486. **Testament.** 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 où il cessera d'en être propriétaire. 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.

2^o Actes affranchis de la règle de l'incapacité.

487. **Actes d'administration de la femme séparée de biens.** La femme séparée de biens peut faire seule tous les actes extrajudiciaires que nécessite l'administration de ses biens (art. 1449, 1536 et 1576). Elle a ainsi une *demi-capacité*, bornée aux *actes d'administration de ses propres*.

* La femme se trouve sous le régime de séparation de biens, totale ou partielle, dans plusieurs cas: 1^o quand elle l'a adopté par son contrat de mariage soit exclusivement, soit conjointement avec un autre régime (art. 1536); ainsi la femme mariée sous le régime dotal est réputée séparée de biens pour ce qui concerne ses paraphernaux (biens extradotaux) (art. 1576); 2^o quand, mariée sous un autre régime, elle est séparée de corps par jugement (art. 311) ou qu'elle obtient un jugement de séparation de biens (art. 1449).

488. **Actes relatifs au négoce de la femme commerçante.** La femme autorisée expressément ou tacitement à faire le commerce est affranchie de la règle de notre art. 217 pour tous les actes extrajudiciaires relatifs à son commerce; elle peut non seulement acquérir et s'obliger, mais encore aliéner ses immeubles pour se procurer de l'argent. Art. 220 c. c. et 10 et 11 de la loi du 15 décembre 1872. Elle a ainsi une *capacité presque entière*.

Il est à remarquer que l'art. 9 de la loi du 15 décembre 1872 se borne à exiger le consentement du mari pour que la femme puisse être marchande publique, sans rien spécifier quant à la manière dont le consentement doit se manifester. Aussi faut-il décider, conformément au droit commun, que quand la femme fait le commerce au vu et su de son mari qui ne s'y oppose pas, le silence qu'il garde constitue un consentement tacite suffisant.

489. **Révocation de donations.** Toute femme mariée peut révoquer librement les donations qu'elle a faites à son mari pendant le mariage (art. 1096).

490. **Exceptions résultant de la législation nouvelle.** La femme mariée est affranchie de la nécessité de l'autorisation :

1^o Pour *s'affilier à une société mutualiste reconnue*. Art. 11 de la loi du 23 juin 1894 sur les sociétés mutualistes.

2^o Pour *devenir membre d'une union professionnelle*. Art. 3 de la loi du 31 mars 1898 sur les unions professionnelles.

3^o Pour *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 Pour *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.

491. **Habilitation par autorisation du mari ou de la justice.** Régulièrement la femme doit être autorisée par son mari. Si le mari refuse de l'autoriser ou est hors d'état de le faire, elle peut s'adresser à la justice. 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.

492. **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.

B. — En matière extrajudiciaire.

Art. 217.

493. **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 donation entre vifs ou une constitution d'hypothèque. Quand une opération juridique ne peut être formée que par acte notarié, ce n'est que tout ce qui tient à l'expression du consentement des parties qui doit être constaté par ministère de notaire.

494. **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*. En cas de 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 *exclut par là même tous les autres*. Le législateur a pensé qu'en abandonnant à l'appréciation des tribunaux les circonstances de nature à emporter autorisation, il aurait ouvert la porte à une foule de contestations. Cass. fr., 20 juin 1881, D. 1881, 1, 354. *Contra* : Liège, 8 mars 1871, P. 1871, 2, 221.

495. **Observation.** Il ne faut pas confondre la disposition de l'art. 217 qui n'admet pas toute autorisation tacite d'aliéner, d'acquérir, de s'obliger, et celle de l'art. 9 de la loi du 15 décembre 1872 qui admet toute autorisation tacite de faire le commerce. La femme qui fait le commerce au vu et su de son mari qui ne s'y oppose pas est suffisamment autorisée à exercer cette profession. Au contraire, on ne doit pas tenir pour autorisée, selon notre art. 217, la femme non commerçante qui vend, achète ou s'oblige en son nom sous les yeux du mari qui la laisse faire.

496. **Retour au droit commun.** L'art. 29 de la loi sur le contrat de travail revient au droit commun en décidant que la femme est capable d'engager son travail moyennant l'autorisation *expresse ou tacite* de son mari, sans condition d'aucune sorte.

II. — *De l'autorisation de la justice.*

Art. 218 à 224.

A — Cas dans lesquels il y a lieu à cette autorisation.

497. **Énumération.** Les cas dans lesquels la justice peut suppléer 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, incapable* ou *hors d'état* 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 habiliter 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. pr.).

498. **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.

499. **Cas de condamnation du mari à une peine criminelle.** 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*.

500. **Cas d'incapacité du mari.** 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.

Aussi faut-il assimiler au cas d'interdiction judiciaire le cas où le mari est placé *sous conseil judiciaire*. Il est inadmissible 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 les affaires de la femme. 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. not.*, 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.

501. **Cas d'absence du mari.** L'art. 222 reconnaît à la femme la faculté de s'adresser directement à la justice pour se faire autoriser, dans le cas d'*absence* de son mari. La jurisprudence s'appuie sur la tradition et les discussions au Conseil d'Etat pour

221-224
Ordesmes de
Protection

décider que l'art. 222 a employé le terme *absent*, non dans le sens technique, mais dans le sens vulgaire. Liège, 5 juillet 1899, P. 1900, 2, 94; Bordeaux, 17 février 1897, D. 1898, 2, 198.

Supposons que la femme d'un absent, au sens technique, ait agi sans autorisation et qu'elle demande la nullité de l'acte qu'elle a passé. Est-ce à elle de prouver que son mari existait encore au jour où elle a contracté, ou bien est-ce à son adversaire, qui désire faire maintenir le contrat, à prouver que le mari était déjà mort? La jurisprudence a rendu sur cette question des décisions contradictoires. Cass. fr., 9 mai 1882 et 7 mai 1889, D. 1883, 1, 251 et 1890, 1, 119. La solution semble cependant résulter du texte même de l'art. 222 qui décide formellement que la femme de l'absent a besoin d'autorisation; c'est dès lors à celui qui allègue la dissolution du mariage, qui seule a pu mettre fin à l'incapacité de la femme, à en administrer la preuve; faute de quoi, il doit succomber (supra n° 98).

502. **Cas de demence du mari.** La jurisprudence applique par analogie la disposition de l'art. 222 au cas où le mari se trouve colloqué dans un établissement d'aliénés. Gand, 7 mars 1902, P. 1902, 2, 251.

503. **Cas de la femme séparée de corps.** Le code ne contient aucune disposition particulière en faveur de la femme séparée de corps. Cette femme ne peut donc s'adresser à la justice *de plano*, en dehors des cas des art. 221, 222 et 224, même lorsque la séparation a été prononcée sur sa demande, à raison des torts du mari.

504. **Cas de l'opposition d'intérêts entre la femme et le mari.** Non seulement les art. 221, 222 et 224 ne comprennent point parmi les cas dans lesquels le mari se trouve privé du pouvoir d'habiliter sa femme, celui où il est personnellement intéressé à l'acte que la femme se propose de faire, mais la combinaison de certains textes, les art. 1419 et 1431, prouve à l'évidence que l'autorisation maritale suffit à la femme pour s'obliger valablement comme *caution de son mari*, et partant, dans l'intérêt de ce dernier. Faut-il ajouter que l'art. 217 vise précisément comme fait d'autorisation tacite, le concours du mari dans l'acte? La maxime : *Nemo potest auctor esse in rem suam*, n'est donc pas applicable ici, comme elle l'est en matière de tutelle ou de conseil judiciaire; le mari peut, par sa volonté, habiter sa femme à s'engager avec lui-même, ou envers un tiers dans son propre intérêt.

B. — Formes à suivre pour obtenir l'autorisation de la justice.

505. **Renvoi au code de procédure.** Ces formes sont réglées par le code de procédure (art. 861 à 864, 865, 875 et 878) ⁽¹⁾.

L'art. 29, al. 2, de la loi sur le contrat de travail règle la marche à suivre par la femme qui veut engager ses services sans l'autorisation de son mari.

Aucune loi n'a prévu l'hypothèse où la femme doit être défenderesse à une action formée par un tiers. C'est alors au demandeur qu'il appartient de provoquer pour elle l'autorisation de plaider. Il doit en conséquence assigner, en même temps que la femme, le mari à l'effet de l'autoriser. Si ce dernier refuse l'autorisation ou ne comparait point, le demandeur conclut à ce que le tribunal saisi de l'affaire accorde lui-même l'autorisation. Bruxelles, 27 juillet 1892, P. 1893, 2, 247. Qu'arrivera-t-il si le tribunal refuse? La femme ne pouvant pas ester en justice sans autorisation ne sera pas légalement présente; elle sera donc jugée par défaut.

§ 3. — DE LA SPÉCIALITÉ DE L'AUTORISATION.

Art. 223.

506. **Principe et applications.** L'autorisation soit du mari, soit de la justice, doit être *spéciale*. Cette règle 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. 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.

(1) Les art. 861 et 862 ont modifié notre art. 219. Trib. Liège, 30 novembre 1899, J. L. 1899, 354.

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que, dans un même écrit, le mari autorise plusieurs actes différents, pourvu que chacun d'eux soit déterminé dans son objet et dans ses conditions; l'autorisation ne cesse pas alors d'être donnée en connaissance de cause.

Il n'est jamais permis d'étendre l'autorisation du cas qu'elle exprime à un cas qu'elle n'exprime pas, même pour identité de raison. Si donc la femme autorisée à emprunter telle somme vend un de ses immeubles pour un prix égal, il faut dire qu'elle agit sans autorisation.

Mais 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 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; Bordeaux, 23 avril 1894, D. 1895, 2, 114.

La femme autorisée à exercer telle action en justice, *en termes généraux*, 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. 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.

507. **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'admi-

nistration 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 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 justice. Liège, 9 janvier 1901, J. L. 1901, 17. 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.

§ 4. — DES EFFETS DE L'AUTORISATION.

508. **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^o 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.

509. **A l'égard du mari.** Il faut distinguer suivant que l'autorisation a été accordée par lui ou par la justice.

A. 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° 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). *CAPITANT*, note au D. 1903, 1, 401.

2° 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).

B. 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 D'AUTORISATION.

Art. 225.

I. — Règles générales.

510. **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 (supra n° 92).

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). *Qui cum alio contrahit, debet esse non ignarus conditionis ejus*. 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, D. 1902, 1, 452. art 1178

511. **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 (supra n° 96).

La nullité est purement *relative*. Il en résulte : 1° qu'elle ne peut être invoquée que par certaines personnes ; 2° qu'elle est susceptible de se couvrir.

512. 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. *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 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.

513. 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 pas 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, P. 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.

514. **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 quid 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 ?

pour 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. Trib. Liège, 31 juillet 1890, P. 1891, 3, 66.

La raison de décider se trouve dans le droit commun, qui n'admet pas que nous puissions être privés, sans notre volonté, d'une action en nullité *qui nous 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.

Raison 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 concomitante 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 de 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.

515. **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.*

516. **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° 94, à la note). Cass., 25 mai 1883, P. 1883, 1, 249.

517. **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 législateur n'a pas organisé d'action spéciale en nullité des jugements. *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*. Il résulte de ce principe de procédure qu'on ne peut faire valoir 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 ordinaires et extraordinaires de recours sont expirés.

La nullité peut d'ailleurs être proposée, même pour la première fois, devant la cour de cassation, sur un pourvoi régulièrement formé, le moyen résultant du défaut d'autorisation étant d'ordre public. Cass. fr., 9 mars 1896, D. 1896, 1, 152.

Conformément au principe de l'art. 225, la nullité résultant de ce qu'une femme mariée a été en justice sans autorisation ne peut jamais être invoqué par son adversaire, ni prononcée d'office par le juge. Cass. fr., 6 avril 1898, D. 1898, 1, 305.

APPENDICE. — Du mandat de la femme pour la gestion du ménage.

518. **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° 509).

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° 80).

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.

519. **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 charges de l'association conjugale (art. 1537). 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.

520. **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 ; *Revue crit.*, 1903, p. 222.

Certes la femme n'a pas le pouvoir d'engager son mari dans des dépenses étrangères au ménage, ni dans des 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 ; DE LOYNES, note au D. 1891, 2, 257.

521. Cessation du mandat. Un mandat qui implique l'existence du ménage, la vie commune des époux, 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. Il importe peu que dans ces cas de séparation le mari reste tenu de subvenir aux besoins de sa femme ; 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, 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.

Dans cette question de la cessation du mandat de la femme, il importe toujours de tenir compte d'une règle de la matière du mandat : l'art. 2009 décide 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

(1) Autre est la question de savoir si les fournisseurs ne pourront pas agir contre le mari par l'action indirecte de l'art. 1166 et l'action directe *de in rem verso*.

fournisseurs par la voie des journaux n'est pas d'une efficacité certaine.

CHAPITRE X. — DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE
ET DES SECONDS MARIAGES.

Art. 227 et 228.

522. **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 411).

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 dans les limites et sous les conditions déterminées par le nouvel art. 205 et l'art. 206.

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.

523. **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 340).

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 VI.

Du divorce et de la séparation de corps.

524. **Définitions.** Le divorce est la rupture du lien conjugal, prononcé par l'officier de l'état civil, en vertu d'une décision judiciaire.

La séparation de corps est l'état de deux époux dont le lien est relâché par une sentence judiciaire que l'un des époux a obtenue contre l'autre.

525. **Historique.** Le divorce était inconnu sous l'ancien régime. Le droit canonique n'autorisait que la séparation de corps qu'il appelait *séparation d'habitation*.

La législation intermédiaire prohiba, au contraire, la séparation de corps ; elle n'autorisa que le divorce. La loi du 20 septembre 1792 institua trois sortes de divorce : 1^o le divorce par pur consentement mutuel, en vertu du principe, admis dans les contrats ordinaires, que le lien de droit formé par le consentement des parties peut être détruit par un consentement contraire ; 2^o le divorce pour simple incompatibilité d'humeur ou de caractère alléguée par un seul des époux contre l'autre ; 3^o le divorce pour causes déterminées ; les causes légales du divorce comprenaient des faits qui n'avaient aucunement le caractère d'une faute conjugale, comme l'émigration, l'absence et la folie. Cette législation était aussi immorale qu'odieuse.

526. **Système du code civil.** Le code a réformé le divorce et rétabli la séparation de corps, mais il n'a organisé cette dernière que d'une manière défectueuse et incomplète.

Dans le système du code, le divorce est un remède extrême pour des situations désespérées. " Le divorce est un mal, mais c'est un mal nécessaire, parce qu'il est le seul remède d'un mal plus grave. "

Le divorce n'est admis que pour des *fautes graves* commises par l'un des époux contre l'autre. L'époux malheureux ne peut plus être répudié comme l'époux coupable. Les faits qui ne sont pas imputables à faute à l'un des conjoints ne sont plus des causes de divorce et doivent être supportés par l'autre, quelque fâcheux qu'ils soient pour lui, comme des risques inséparables de l'existence humaine. Cass., 24 avril 1902, P. 1902, 1, 211 ; Cass. fr., 4 mars 1902, D. 1902, 1, 192 ; *Revue crit.*, 1903, p. 226.

Le divorce par consentement mutuel n'est plus, comme sous l'empire de la loi de 1792, un divorce sans faute, un simple *distractus* ; il

n'est vraiment qu'une forme particulière du divorce pour causes déterminées, mais pour une cause non déterminée ni prouvée devant les juges. 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, pour 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 *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.

*il ne faut pas
ceux qui ont
malgré tout
de la cause
Chicoms
et Soufer*

Dans une législation bien faite, la séparation de corps doit former une institution parallèle au divorce ; elle doit 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.

Vice

527. 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, qui règlent la procédure du divorce pour causes déterminées, 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 causes déterminées.

§ 1. — DES CAUSES DE DIVORCE.

Art. 229 à 232.

528. **Enumération.** Les seules causes de divorce sont : 1^o l'adultère ; 2^o les excès, sévices et injures graves.

529. **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.

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 offensantes pour la femme, notamment quand il y a eu scandale public. 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.

530. **Excès, sévices ou injures graves.** Les excès et les sévices sont de mauvais traitements matériels. Les injures sont des manquements aux égards que les époux se doivent l'un à l'autre, à

(1) Le mari se faisait raccomber par une fille de l'endroit qui se trouvait chez elle. et cela pendant la nuit avec elle. Ce cas n'est plus injure grave - je doute de ce divorce - (pour le scandale public)

leurs devoirs mutuels de respect et d'affection. Les injures peuvent résulter de faits ou d'omissions aussi bien que de paroles ou d'écrits. Les excès et les sévices causent des *souffrances physiques*, les injures des *souffrances morales*.

Par leur nature même, les excès sont toujours graves. Les sévices et les injures peuvent, au contraire, avoir plus ou moins de gravité ; mais l'art. 231 exige qu'ils soient graves pour servir de fondement à une demande en divorce ; le mot *graves* s'applique aux sévices aussi bien qu'aux injures.

Les tribunaux jouissent du pouvoir discrétionnaire le plus étendu dans l'appréciation du point de savoir si les sévices ou les injures dont se plaint l'un des époux sont assez graves pour justifier sa demande en divorce. Ils doivent à cet égard prendre en considération l'âge, la position sociale, l'éducation et les habitudes des époux, les circonstances qui ont précédé ou accompagné les voies de fait ou les injures, la publicité qu'elles ont reçues, les causes qui les ont provoquées, etc. Comme exemples d'injures graves, on peut citer :

1^o Le refus de consentir à la célébration religieuse après le mariage civil. Bruxelles, ^{C. R.} 17 juillet 1889, P. 1889, 2, 408. 2^o Le refus volontaire de consommer le mariage. Liège, 15 mars 1902, P. 1902, 2, 232. 3^o Les habitudes invétérées d'ivrognerie. Gand, 19 décembre 1901, P. 1902, 2, 144. 4^o Le refus obstiné du mari de recevoir sa femme ou de celle-ci de rejoindre son mari. La justice doit d'ailleurs vérifier s'il ne résulte pas des circonstances qu'il y a collusion entre les époux pour dissimuler un divorce par pur consentement mutuel sous les apparences d'un divorce pour cause déterminée. Bruxelles, 28 juillet 1902, P. 1903, 2, 88. 5^o Les relations inconvenantes de l'un des époux avec un tiers, alors même qu'elles n'ont pas abouti à un adultère. Bruxelles, 22 février 1893, P. 1893, 2, 414.

Les faits *antérieurs au mariage* ne peuvent jamais servir de base 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 ; or, le titre d'époux n'existe qu'à partir de la célébration du mariage. D'un autre côté, le dol n'est pas plus une cause de divorce qu'il n'est une cause de nullité du mariage. *Contra* : Seine, 15 novembre 1897, P. 1898, 4, 29.

531. **Inapplicabilité de l'art. 232.** L'art. 232 établissait une troisième cause de divorce : *la condamnation de l'un des époux*

à une peine infamante. Cet article est devenu *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. Bruxelles, 7 juin 1900, P. 1901, 2, 105.

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 constituent ainsi une injure grave à l'encontre du conjoint, à raison de la solidarité qui confond l'honneur des deux époux. La turpitude de l'un est une injure pour l'autre. 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.

§ 2. — DE LA DEMANDE EN DIVORCE.

I. — *Qui a le droit d'agir.*

532. **Action personnelle à chacun des époux.** Le divorce peut être demandé par chacun des époux, quand il croit avoir à se plaindre de l'autre. La demande peut être *unique* ou *double*: au premier qui agit, l'autre peut répondre en demandant le divorce à son tour.

L'action en divorce est essentiellement personnelle, à raison de sa source et de son but. C'est à l'époux offensé seul qu'il appartient de punir ou de pardonner. Personne en dehors de lui n'a qualité pour agir. On ne conçoit pas que le tuteur d'un interdit judiciaire puisse former une demande en divorce au nom de l'aliéné confié à ses soins. Cass. 11 novembre 1869, P. 1870, 1, 3.

533. **Intransmissibilité active et passive de l'action.** L'action en divorce ne peut être *exercée* que par l'un des époux contre l'autre. Tendante *uniquement* à la dissolution du mariage, elle n'a plus d'objet lorsque le mariage se trouve déjà dissous par la mort de l'un des époux.

Elle ne peut non plus être *continué* lorsque le décès de l'un des époux se produit au cours de l'instance. Il semble cependant que

l'époux offensé, si c'est lui qui a survécu, ou ses héritiers s'il est prédécédé, aient intérêt à continuer l'instance, afin de faire déclarer qu'il existait une cause légitime de divorce, et de profiter des déchéances établies par la loi (art. 299, 386 et 1518). La vérité est que ces déchéances ne sont nullement l'objet de l'action en divorce, la justice n'a pas à les infliger ; elles ne sont que des *conséquences légales du divorce* prononcé par l'officier de l'état civil, comme l'art. 386 prend soin de le dire. Cela étant, conçoit-on qu'il y ait un effet du divorce, alors qu'il n'y a pas de divorce ?

La seule ressource de l'époux offensé ou de ses héritiers, en pareil cas, est d'exercer une *nouvelle action*, une demande en révocation des donations faites à l'époux coupable, s'ils se trouvent encore dans les conditions fixées par l'art. 957. Aix, 24 octobre 1894, D. 1896, 2, 449. Comp. Bruxelles, 2 janvier 1902, P. 1902, 2, 63.

II. — Modes de preuve.

534. **Principe.** La preuve des faits qui servent de fondement à la demande en divorce demeure, en principe, soumise aux règles du droit commun. Liège, 30 mars 1898, P. 1898, 2, 271.

Mais il existe quelques règles exceptionnelles.

535. **Preuves interdites.** L'*aveu* et le *serment* ne peuvent servir de *preuves complètes* 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.

536. **Témoignages admis à titre exceptionnel.** Contrairement au droit commun des art. 268 et 283 c. pr., il n'y a que les *descendants* des époux qui puissent être *reprochés*. Les ascendants, les collatéraux et aussi les domestiques ne peuvent l'être. Art. 251.

537. **Production de lettres confidentielles.** Contrairement au droit commun selon lequel une lettre confidentielle ne peut être

produite en justice sans le double consentement de son auteur et du destinataire, la jurisprudence autorise en notre matière la production des lettres confidentielles, à la seule condition que celui qui veut s'en prévaloir n'ait pas employé pour se les procurer un *moyen délictueux*. LEGRIS, note au D. 1902, 2, 465 ; Bruxelles, 15 juillet 1889, P. 1900, 2, 5 ; Cass. fr., 5 août 1902, D. 1902, 1, 492.

Le droit du mari sous ce rapport est plus étendu que celui de la femme. L'autorité maritale lui donne le pouvoir 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 la femme vis-à-vis de lui. Liège, 10 janvier 1889, J. L. 1889, 27. (*Confidetur & Trivis*).

§ 3. — DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES AUXQUELLES PEUT
DONNER LIEU LA DEMANDE EN DIVORCE.

538. **Leur objet.** 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.

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. L'étude de ces dispositions est très délicate : il faut se garder de les interpréter d'une manière purement *littérale*, et aussi de les *refaire* au lieu de les interpréter.

I. — *Mesures provisoires concernant les personnes.*

A. — Résidence et pension alimentaire des époux.

Art. 268 et 269.

539. **Mesures en faveur de la femme.** La femme, demanderesse ou défenderesse, peut demander au tribunal de lui assigner

une *résidence* séparée de celle de son mari, et de lui allouer, s'il y a lieu, une *provision alimentaire* que son mari sera tenu de lui payer. Art. 268.

Le tribunal ne peut pas se borner à donner à la femme l'autorisation de quitter le domicile du mari pendant l'instance en divorce; il doit lui indiquer la maison dans laquelle elle sera tenue de résider. Cette désignation, le tribunal est toujours libre de la modifier. Trib. Bruxelles, 4 juillet 1901, P. 1902, 3, 186.

Le lieu assigné à la femme forme pour elle un domicile provisoire où le mari doit lui notifier les actes de la procédure (supra n° 232). Bruxelles, 21 décembre 1892, P. 1893, 2, 128.

Conformément au droit commun de l'obligation alimentaire, la femme ne peut réclamer une provision que *s'il y a lieu*, c'est-à-dire si elle est sans ressources suffisantes. Bruges, 18 novembre 1895, P. 1896, 3, 103. Le cas échéant, la provision doit comprendre l'allocation d'une somme suffisante pour soutenir le procès, c'est-à-dire pour acquitter les frais de justice et les honoraires de son conseil; c'est là, en effet, un des premiers *besoins* de la femme. Gand, 26 mars 1902, P. 1902, 2, 357.

540. **Obligation spéciale de la femme.** La femme a l'obligation de justifier de sa résidence dans la maison qui lui a été indiquée, 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 opposer, 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 abandonnée. Art. 269. 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.

541. **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.

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.

542. **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.

B. — Garde des enfants.

Art. 267.

543. **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

(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 ?

tierce personne. Le tribunal ne doit s'inspirer, dans cette question, que du plus grand avantage des enfants. Art. 267. ^{ne pouvait jamais le de ces d'office}

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.

544. **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. Les scellés levés et l'inventaire dressé, le mari reprend la possession des effets communs, mais à 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 en outre 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 gardera jusqu'à la fin du procès. Liège, 20 juillet 1890, J. L. 1890, 237 et 273 ; Trib. Bruxelles, 7 juillet 1894, B. J. 1895, col. 1288. ^{1421. le mari n'est pas propriétaire de son maître}

545. **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*?

Il semble bien qu'il ait ce caractère, à raison du principe que les divers effets du mariage ne sont pas suspendus durant l'instance en divorce (supra n° 538). Mais beaucoup de décisions judiciaires argumentent par analogie de l'art. 869 c. pr. qui autorise toute femme demanderesse en *séparation de biens* à prendre ou provoquer toutes mesures conservatoires quelconques; comment admettre que la loi refuse à la femme qui plaide en divorce des facultés qu'elle accorde à la femme qui ne poursuit que la séparation de biens? On répond à cela, d'une part, que cet art. 869 est spécial à la séparation de biens, alors que le divorce est régi par notre art. 270; d'autre part, qu'il se comprend que les causes purement pécuniaires de la demande en séparation de biens justifient des dérogations plus importantes aux conventions matrimoniales que ne le font les causes purement morales du divorce. Bruxelles, 7 juillet 1902, P. 1903, 2, 112.

546. **Sur quoi l'accord existe.** 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 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. Etant admis que l'art. 271 n'est qu'une application particulière 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.

§ 4. — DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN DIVORCE.

547. **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

(1) L'art. 270 ne s'applique qu'aux biens mobiliers. Refusé mesmes en ce qui concerne les biens immobiliers. L'opinion est contraire en ce qui concerne l'action en divorce l'époux en séparation de biens —

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. Il en existe certainement une autre : le *décès* de l'un des époux (supra n° 533). On verra en quel sens il est vrai de dire que la *réciprocité des torts* constitue également une fin de non-recevoir.

I. — *Réconciliation des époux.*

Art. 272 à 274.

548. **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*. Cass., 23 mai 1872, P. 1872, 1, 348.

Le pardon pour être efficace doit avoir été donné en parfaite connaissance de cause. 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, 65.

Le pardon peut être accordé expressément ou tacitement; les tribunaux apprécient souverainement les faits d'où peut résulter le pardon tacite. Parmi ces faits, il faut placer en première ligne la continuation ou le rétablissement de la vie commune, à moins que des circonstances particulières ne lui enlèvent sa signification naturelle. Bruxelles, 22 juillet 1898, P. 1899, 2, 155; Trib. Luxembourg, 19 février 1900, P. 1901, 4, 105.

549. **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* (supra n° 98). Cette preuve il peut la faire par tous moyens, même par simples présomptions humaines. Art. 274. Cass., 30 avril 1896, P. 1896, 1, 172. 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.

550. **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 *tout-s 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 sauraient avoir pour effet d'annihiler le pardon accordé et la renonciation qui en était la conséquence.

II. — *Réciprocité des torts.*

551. **Princip**. Les art. 229, 230 et 231 disposent que l'adultère, les excès, sévices ou injures graves sont pour les époux des causes réciproques 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. Bruxelles, 29 juin 1892, P. 1893, 2, 124.

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.

552. **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 (*supra* n° 530), il faut placer la conduite du demandeur lui-même qui peut avoir atténué les torts du défendeur. Trib. Liège, 27 novembre 1901, P. 1902, 3, 253.

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 (supra n° 529). Liège, 21 décembre 1888, P. 1889, 2, 180.

III. — *Prescription.*

553. **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 a pour objet la réparation du dommage causé par l'infraction (art. 1382). Trib. Bruxelles, 20 juin 1885, P. 1885, 3, 340. *art 23-6 mo*

§ 5. — DU TEMPS D'ÉPREUVE.

Art. 259 et 260.

554. **Possibilité d'un sursis.** Lorsque l'instruction est terminée et que l'affaire est en état d'être jugée, le tribunal, s'il estime qu'il n'y a pas lieu d'admettre le divorce, doit rendre son jugement sans tarder. Si, au contraire, la demande lui paraît justifiée, la loi l'autorise, mais seulement au cas où l'action est basée sur des excès, sévices ou injures graves, à ajourner sa décision pendant un délai qui ne peut excéder une année. C'est là un temps d'épreuve que le tribunal impose au demandeur, quand il espère qu'un rapprochement peut encore s'opérer. *art 240 n° 1 paralogi est 240 1880. Jug. pouvait donc encore accuser en état d'un au - le serais une Malaise approvision*

§ 6. — DE LA PRONONCIATION DU DIVORCE.

Art. 264 à 266.

555. **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 !

556. **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. C'est avec raison que la loi refuse à l'époux coupable le moyen de forcer son conjoint à subir le divorce; le divorce est un mal, plus rare il sera mieux cela vaudra.

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 courent à compter du jour où la sentence judiciaire est devenue irrévocable. Art. 265. Trib. Liège, 3 février 1899, J. L. 1899, 90.

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. Termonde, 17 juillet 1897, P. 1897, 3, 308.

557. 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 (supra nos 548 et 550). 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, 46.

558. 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 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 (supra no 170).

L'opinion commune est cependant fixée en sens contraire, mais les tribunaux ne s'entendent pas sur la détermination de l'officier compétent. D'après les uns, c'est celui du lieu où le mari était domicilié lors de l'intentement de l'action; d'après les autres, c'est celui du lieu où le mari avait son domicile lors du jugement autorisant le divorce. Liège, 11 juin 1902, P. 1902, 2, 353; Trib. Bruxelles, 19 janvier 1903, P. 1903, 3, 73; *Revue crit.*, 1886, p. 227. ⁽¹⁾ *Can. 20. Mart 1908.*

559. **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. Il est des auteurs qui enseignent qu'il doit être assisté de quatre témoins!

560. **Publicité du divorce.** Aucun texte du code ne prescrit la publicité du divorce. Cette lacune a été comblée, en ce qui concerne le divorce des commerçants, par l'art. 15 de la loi du 15 décembre 1872.

SECTION 2. — Du divorce par consentement mutuel.

§ 1. — DES CONDITIONS REQUISES POUR L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE.

Art. 275 à 280.

* 561. **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.

* 562. **Durée du mariage.** Il faut que le mariage ait duré plus de deux ans et moins de vingt. Art. 276 et 277.

* 563. **Consentement des ascendants.** Il faut que les époux soient autorisés par leurs père et mère ou, à leur défaut, par les aïeux et aïeules. Art. 278. L'autorisation ne peut être donnée que

(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.

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 *dissen-timent* 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 (nouvel art. 155). De même l'absence d'un ascendant ne peut être établie par un simple acte de notoriété. Liège, 3 septembre 1900, J. L. 1900, 265.

*564. **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 exprès ou tacite. 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 derniers actes soient passés en forme authentique. Ils acquièrent d'ailleurs un caractère d'authenticité par le dépôt que les époux doivent en faire eux-mêmes entre les mains des 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.

*565. **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, 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.

* 566. **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.

* 567. **Prononciation et publicité 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.

Si l'un des époux est commerçant, le divorce doit être rendu public, conformément à l'art. 15 de la loi du 15 décembre 1872.

SECTION 3. — **Des effets du divorce.**

§ 1. — GÉNÉRALITÉS.

Art. 295 et 304. 207 20

568. **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. *Ils ne rétroagissent point.* pas même au jour du jugement d'admission. De là diverses conséquences dont les plus notables sont celles-ci : est une fee. l'art. 294 de l'art. 294 et 295 de l'art. 294

1° L'incapacité de la femme ne cesse qu'à l'instant de la prononciation du divorce.

2° 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° Le délai de dix mois, dit *délai de viduité*, ne court que du jour de la prononciation du divorce.

4° 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. *Les enfants nés pendant l'union sont légitimes.*

5° Les conventions matrimoniales des époux ne sont dissoutes qu'au moment de la prononciation du divorce. *Ensemble ? législateur, changez en l'art.*

6° 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.

569. **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.

570. **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.

571. **Prohibition de se remarier entre eux.** La rupture du lien conjugal est perpétuelle. L'art. 295 interdit aux époux divorcés de se remarier entre eux. Il est regrettable que la loi n'ait point laissé une porte ouverte au repentir et au pardon ! *Abrogé par la loi de 18-2-06.*

572. **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.*

573. **Renvoi** Les dispositions des art. 296 et 298 ont été expliquées dans la matière du mariage (supra nos 340 et 341).

II. — *Déchéance pécuniaire infligée à l'époux coupable.*

Art. 299 et 300.

574. **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.

575. **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 châtement 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. *Fœnalia non sunt extendenda*. Gand, 31 juillet 1886, P. 1887, 2, 10.

576. **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 de *simples conventions de mariage 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. *Contra* : BOURCART, note au S. 1892, 2, 68.

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

Clause du Contrat de Mariage

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.

† 577. **Moment où s'opère la déchéance.** La déchéance ne se produit qu'au moment où le divorce est prononcé par l'officier de l'état civil. Il est vrai que l'art. 299 frappe l'époux contre lequel le divorce aura été *admis*; toutefois l'interprétation de ce texte se trouve dominée par le principe que le divorce n'existe point par le seul effet de la décision judiciaire qui l'admet, mais seulement par l'effet du dictum de l'officier de l'état civil qui le prononce. Art. 264.

† 578. **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.

579. **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.

580. **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 de l'union conjugale. L'art. 301 satisfait à la justice en permettant à l'innocent de réclamer à titre d'*indemnité* du préjudice que le divorce lui cause, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus du coupable.

581. **Condition de la pension et sa nature.** La pension n'est due à l'innocent que si la rupture du mariage le fait tomber *dans le besoin*; l'art. 301 ne l'admet point à réclamer la pension à son

ex-conjoint lorsque son indigence ne survient que *postérieurement au divorce*. La loi n'exige point d'ailleurs que l'époux innocent ait formulé sa demande au cours de l'instance en divorce; il suffit que la cause de sa demande existât déjà au moment où le lien conjugal a été brisé. Trib. Bruxelles, 25 juillet 1898, P. 1898, 3, 258.

L'indemnité accordée par la loi à l'innocent lui est constituée sous la forme du maintien unilatéral de l'obligation alimentaire qui existait entre les époux. Or, il est de la nature de cette dette d'être *variable*, selon la condition et les besoins de celui qui la réclame et la situation de fortune de celui qui la doit. Le chiffre de la pension pourra donc être diminué ou augmenté suivant les changements qui surviendront dans la situation du créancier ou du débiteur. Bruxelles, 16 novembre 1899, P. 1900, 2, 284. Il y a cependant cette restriction que la pension ne peut jamais excéder le tiers des revenus du débiteur.

582. Cessation de la pension. L'art. 301, in fine, dispose conformément au droit commun que la pension cesse d'être due lorsqu'elle n'est plus nécessaire. Aucun texte ne décide que le second mariage contracté par l'époux qui a obtenu le divorce entraîne *ipso facto* la suppression de la pension qui lui avait été allouée (comp. supra n° 472). Liège, 21 décembre 1898, P. 1899, 2, 197.

La pension ne prend pas fin non plus par le décès de l'ex-conjoint débiteur; elle continue à être due par ses héritiers, proportionnellement aux forces de la succession. Cette solution, jadis difficile à justifier, a trouvé un appui solide dans la loi du 20 novembre 1896, sur les droits du conjoint survivant. PLANIOL, note au D. 1903, 1, 593.

IV. — *Amoindrissement de la puissance paternelle du coupable.*

A. — Education des enfants.

Art. 302 et 303.

583. 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, d'après l'art. 303, de contribuer, en proportion de ses facultés, aux frais de cette éducation.

584. **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. Note à la P. 1897, 2, 34.

585. **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.

586. **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. *Contra* : 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.

B. — Jouissance légale des biens des enfants.

Art. 386.

587. **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.

rement 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.*

* 588. **Renvoi.** La disposition de l'art. 297 a été rapportée dans la matière du mariage (supra n° 341).

II. — *Déchéance pécuniaire infligée aux deux époux.*

Art. 305.

* 589. **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.

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.*

* 590. **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.

591. **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 (supra n° 526, in fine). *(le séparatisme est un état provisoire) - le mariage n'est pas le mariage non de la séparation - (supra n° 526)*

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. Le laconisme des textes et leur insertion dans le titre du divorce prouvent bien que les auteurs du code ont entendu autoriser de larges emprunts à cette législation. On est aujourd'hui d'accord pour formuler la règle suivante : “ Les dispositions du divorce doivent être étendues à la séparation de corps toutes les fois que leur application n'est pas empêchée par la nature même de la séparation de corps, par une disposition expresse ou implicite de la loi, ou par les principes généraux du droit. „ Mais si l'on admet généralement ce criterium, on ne s'accorde pas toujours sur les applications pratiques qu'il comporte !

SECTION 1. — Des causes de séparation.

Art. 306 et 307.

592. **Identité des faits servant de causes au divorce et à la séparation.** Il résulte de l'art. 306 qu'il y a *identité* entre les causes du divorce et les causes de la séparation ; il suffit donc de se reporter à ce qui a été dit pour l'explication des art. 229 à 232 (supra nos 529 à 531). L'époux offensé a le choix absolu entre l'action en divorce et l'action en séparation ; la solution dépend du désir qu'il peut avoir de reconquérir sa liberté pour contracter un nouveau mariage.

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.

593. **Exclusion du consentement mutuel.** La seconde disposition de l'art. 307 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 (supra n^o 458).

SECTION 2. — De la demande en séparation.

Art. 307 c. c. et 875 à 880 c. pr.

594. **Qui a le droit d'agir.** Comme l'action en divorce, l'action en séparation de corps est essentiellement *personnelle* et *intransmissible* (supra nos 532 et 533). Trib. Bruxelles, 22 février 1896, P. 1896, 3, 138.

595. **Modes de preuve.** Il y a lieu d'appliquer ici tout ce qui a été dit en traitant du divorce (supra nos 534 à 537).

596. **Mesures provisoires et conservatoires pendant l'instance.** 1^o Il résulte de l'art. 878 c. pr. que c'est au président du tribunal à fixer la *résidence de la femme* durant l'instance, et que c'est au tribunal lui-même qu'il appartient de statuer sur les demandes en *provision alimentaire*.

La fin de non-procéder établie par l'art. 269 ne peut être étendue du divorce à la séparation de corps. L'art. 307 dispose, en effet, que la demande en séparation doit être *instruite* et jugée, non comme la demande en divorce, mais de la même manière que toute autre action civile. Gand, 23 juin 1888, B. J. 1889, col. 774.

2^o 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.

3^o L'extension à la séparation de corps de l'art. 270, qui permet à la femme plaidant en divorce de requérir l'*apposition des scellés* sur les effets mobiliers de la communauté, ne peut non plus soulever de difficulté sérieuse, à moins qu'on ne nie toute possibilité de combler les lacunes de notre matière par des emprunts à la législation du divorce.

4^o Les règles des art. 272 à 274 sur les *fins de non-recevoir* contre l'action en divorce 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.

597. **Prononciation et publicité de la séparation.** C'est le tribunal lui-même qui prononce la séparation de corps; l'officier de l'état civil n'a pas à intervenir comme en matière de divorce; la séparation résulte directement du jugement.

A la différence du divorce, la séparation de corps doit être rendue publique dans les formes tracées par l'art. 880 c. pr.

SECTION 3. — Des effets de la séparation de corps et de la persistance du mariage.

§ 1. — EFFETS PRODUITS PAR LA SÉPARATION.

Art. 311.

598. **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* . C'est une erreur, parce qu'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. pr.). Cass., 20 novembre 1900, P. 1901, 1, 61. *Contra* : Grenoble, 25 novembre 1902, D. 1903, 2, 56.

L'intérêt de cette question peut se présenter particulièrement au sujet des droits successoraux du conjoint survivant.

599. **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 désormais capable de se choisir un *domicile* et de le déplacer à son gré (supra n^o 232).

600. **Séparation de biens.** La séparation de corps entraîne

toujours comme conséquence 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 besoin de 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 (supra n° 111); 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, 122. *Contra* : Malines, 26 juillet 1893, P. 1894, 3, 75; Paris, 12 juillet 1892, D. 1893, 2, 509.

601. Cessation du droit héréditaire et du droit à indemnité d'accident de travail. L'art. 1^{er} de la loi du 20 novembre 1896, qui a remplacé l'art. 767 c.c., dispose que tout droit de succession ab intestat cesse d'exister entre les époux séparés de corps. Il ne fait point de distinction entre l'époux *innocent* et l'époux *coupable*. C'est que le législateur ne fonde les vocations héréditaires que sur les affections présumées du défunt.

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.

602. 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 (supra n° 576, in fine).

603. **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. *Revue trimestrielle*, 1902, 594.

604. **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 de la négative. 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. *Pœnaliam non sunt extendenda*. 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

Recu. de la Cour
de Cass. fr.
art. 386
et autres peines

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 ; Bordeaux, 27 novembre 1890, D. 1892, 2, 539.

§ 2. — EFFETS DE LA PERSISTANCE DU MARIAGE.

605. **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.

606. **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.

607. **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 juridique pouvait être utile autrefois, quand l'obligation alimentaire entre époux était soumise purement et simplement au principe de l'intransmissibilité ; il s'agissait alors de maintenir la débiton de la pension de l'époux

innocent à la charge des héritiers du coupable prédécédé (comp. supra nos 465 et 582).

608. **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.

609. **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.

610. **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. Les époux 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.

611. **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 titre *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 (art. 1134), de même un commun accord est nécessaire pour faire cesser la séparation.

612. **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.

613. **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 de la loi, 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*.

614. **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, B. J. 1904, col. 393.

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.

615. **Conditions de la conversion.** Deux conditions seulement sont nécessaires :

1^o Que la séparation de corps ait duré *trois années*. C'est là le seul temps d'épreuve qu'il est permis à l'époux offensé d'imposer à son conjoint avant d'arriver à la réconciliation ou au divorce.

(1) Il peut se faire que, depuis la séparation, il se soit produit ou qu'il ait été découvert par l'époux outragé des *faits nouveaux* de nature à entraîner le divorce. Celui-ci peut alors, si bon lui semble, demander le divorce en vertu du droit commun des art. 231 et suiv., sans se préoccuper de l'art. 310.

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. 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. *Le jugement de séparation ou de concubinage : idem*

616. **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 (art. 264) ; la seule différence est que la réquisition du ministère de l'officier émanera de l'époux coupable et non de l'innocent.

617. **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.

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. *Pour obtenir divorce malgré lui à la garde de l'enfant*

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. pr.). 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.

TITRE VII.

De la filiation.

618. **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* ; les deux premières sont l'œuvre de la nature, la troisième 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.

619. **Objet et esprit du titre VII.** Aucune parenté 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 (supra n° 57). Or, l'objet principal du titre VII est d'organiser la *preuve* de la filiation, qui est la source de la parenté. 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*.

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.

620. Règles générales sur les effets de la filiation.

1° En principe les effets de la filiation sont indépendants du *mode de preuve* qui a été employé pour la constater.

2° En principe les effets de la filiation sont indépendants de l'*époque* à laquelle elle a été constatée.

621. Division de la matière. Nous répartissons les dispositions du titre VII en trois chapitres : 1° des preuves de la filiation légitime; 2° des preuves de la filiation illégitime; 3° de la légitimation.

CHAPITRE I. — DES PREUVES DE LA FILIATION
LÉGITIME.

622. 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 (infra n° 633).

La preuve de la filiation légitime nécessite donc tout d'abord celle du *mariage* de l'homme et de la femme que l'enfant dit être ses père et mère et celle de sa *conception* ou tout au moins de sa *naissance* pendant leur mariage. On sait comment se fait la preuve de la célébration du mariage (art. 194 et suiv.). La loi s'occupe de la preuve de la date de la conception aux art. 312 à 315.

Étant établi que la filiation dont il s'agit serait une filiation *légitime*, les règles à suivre pour en administrer la preuve sont déterminées par les deux premiers chapitres de notre titre; le premier concerne la filiation paternelle, le second la filiation maternelle.

points à prouver {
1 mariage de Paul et Pauline (art. 194-197)
2 fait que Pauline a mis au monde un enfant } 314 n°
3 que cet enfant est Pierre }
4 qu'il a été conçu après célébration du mariage } 312-315
5 qu'il a été conçu au ventre de Paul - 312-318

SECTION 1. — De la preuve de la légitimité.

§ 1. — DES PRÉSOMPTIONS CONCERNANT LA CONCEPTION PENDANT
LE MARIAGE.

Art. 312 à 315.

623. **Durée légale de la gestation.** 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, 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.

624. **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. - Paul et moi à 300 jours avant*
naissance, c'est le jour de la conception

Cette présomption est irréfragable, *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.

625. **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*, qui va 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. *Dies a quo non computatur in termino*. C'est selon ces règles qu'on détermine les délais de déclaration de naissance, de prescription (art. 2260) et de procédure. 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.

Compte arbitraire

§ 2. — DE LA CONTESTATION DE LÉGITIMITÉ.

Art. 315.

626. **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 du législateur; 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.

Le droit de contester la légitimité de cet enfant est ouvert à toute personne intéressée. 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.

(1) *Il n'est pas le système du législateur dans le cas où l'officier de l'état civil a fait d'inscription de l'enfant à l'acte de naissance sous le nom de mère; Pile y a écrit...*

627. **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 (supra nos 332 et 501) ; 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 (supra nos 251 et 295). 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 la dissolution du mariage (1).

SECTION 2. — De la preuve de la paternité légitime.

§ 1. — DES PRÉSOMPTIONS DE LA PATERNITÉ DU MARI.

Art. 312 et 314.

628. **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.*

629. **Raisons de cette règle.** L'art. 312, al. 1, dispense l'enfant conçu pendant le mariage de toute preuve de sa filiation paternelle. *Later is est quem nuptiae demonstrant*. Cette présomption légale de la paternité du mari a une double base juridique : d'abord la cohabitation habituelle et obligée des époux (art. 214), ensuite et surtout la fidélité que la femme doit à son mari (art. 212) ; 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.

(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.

630. **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 297, 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 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*.

631. **Enfants protégés par la présomption.** La présomption profite à tous les enfants conçus pendant le mariage, sans aucune distinction ni restriction. Les enfants conçus pendant une *séparation légale* des époux, séparation de corps, 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.* (11)

632. **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.

633. **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

1804 *Enfant né avant le 180^e jour n'est pas désavoué
Enfant né avant le 180^e jour est légitime à moins qu'il
résulte d'un désaveu
après et ne puisse être désavoué que dans les cas suivants.*

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.

Cette doctrine 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 est 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. A part la différence qui sera indiquée ci-après (n° 635), la condition de l'enfant conçu avant et né depuis le mariage est, *en droit*, exactement la même que celle de l'enfant dont la conception a eu lieu pendant le mariage. Cette doctrine résulte de l'économie même de notre titre VII : 1° l'art. 314 se trouve rangé parmi les textes relatifs à la filiation légitime, et non parmi ceux qui traitent de la légitimation; 2° 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. Poitiers, 19 juillet 1875, D. 1876, 2, 28.

L'intérêt de cette question 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.

§ 2. — DE L'ACTION EN DÉSARVEU.

I. -- Généralités.

634. **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*, 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.

635. **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 certaine* 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.

636. **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.

637. **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 (supra n° 15), 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.

638. **Énumération limitative des causes de désaveu.** Les seules causes de désaveu de l'enfant conçu pendant le mariage sont :

1° L'impossibilité physique de cohabitation résultant de l'éloignement ou de quelque accident.

2° 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.

639. **Première cause. Preuve exigée du mari.** Il faut que le mari établisse que, *pendant toute la période légale de la conception de l'enfant*, il lui a été physiquement impossible de cohabiter avec sa femme, par suite d'éloignement ou de quelque accident: *faux n'importe quel cas autre que son impuissance naturelle*

L'*éloignement* doit avoir été tel qu'il soit possible de prouver d'une manière certaine que toute réunion, même momentanée, entre les deux époux a été physiquement impossible durant tout le temps pendant lequel la conception peut se placer. Il peut d'ailleurs y avoir eu éloignement autrement que par la *longueur de l'espace* à franchir, comme lorsque l'un des époux a été *renfermé dans une prison, sans communication possible avec son conjoint*. Mais il faut toujours que l'on prouve que les époux n'ont cessé de se trouver dans des *conditions matérielles* de séparation telles que tout acte de cohabitation entre eux a été absolument impossible. Besançon, 8 mars 1899, D. 1899, 2, 268.

L'*accident* doit avoir rendu le mari absolument incapable d'engendrer 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 ou les autres rendent certaine et absolue l'impossibilité d'engendrer. Trib. Bruxelles, 21 mars 1885, P. 1885, 3, 164.

L'art. 312 admet l'impuissance accidentelle comme cause de désaveu, sans distinguer si l'accident qui a produit l'impuissance n'est survenu que depuis le mariage ou s'il était déjà arrivé antérieurement. Cela se comprend: si l'homme qui était atteint d'impuissance accidentelle a commis une faute, en laissant ignorer son état à celle qu'il a épousée, cette faute ne peut avoir pour conséquence de lui faire infliger à titre de peine une paternité supposée et de conférer à la femme le droit d'avoir des enfants légitimes par l'adultère.

640. **Deuxième cause. Preuve exigée du mari.** Il faut que le mari établisse :

1^o Que la femme a commis un *adultère* durant la période légale de la conception de l'enfant. Le texte de l'art. 313 ne dit pas expressément que l'adultère doit avoir coïncidé avec l'époque probable de la conception, mais cela va de soi. Cass., 7 juillet 1881, P. 1881, 1, 344. L'adultère de la femme n'est point à lui seul une cause de désaveu, parce qu'il est possible que, malgré l'infidélité de la femme, le mari soit le père de l'enfant.

2^o Que la femme a cherché à lui *cacher la naissance* de l'enfant. Ce qui constitue l'essence de cette condition, appelée le *recel de la naissance*, c'est que la femme ait pris des mesures pour empêcher la naissance de l'enfant d'arriver à la connaissance du mari. Bruxelles, 23 novembre 1899, P. 1900, 2, 92; Liège, 28 février 1903, J. L. 1903, 89. C'est là une condition déplorable; la loi favorise, sans s'en douter, l'impudence de la femme adultère. Le cas peut même se présenter où, après avoir commencé à cacher sa grossesse, la femme adultère donne à son accouchement la publicité ordinaire, dans le but déterminé d'enlever à son mari la ressource du désaveu; cette manœuvre doit *légalement* réussir, puisque l'art. 313 exige positivement le recel de la naissance; le recel de la grossesse ne suffit point. Gand, 22 novembre 1898, P. 1899, 2, 170. *Contra*: Cass. fr., 29 juin 1892, D. 1892, 1, 477.

3^o Qu'il y a eu *impossibilité morale de cohabitation* entre les époux durant la période légale de la conception. Les faits constitutifs de cette impossibilité sont laissés à l'appréciation des tribunaux. On peut citer à titre d'exemples le grand âge du mari, sa mauvaise santé, ses mésintelligences avec sa femme, sa résidence dans une habitation séparée, etc.

641. **Nécessité d'une preuve directe de l'adultère.** D'après une opinion accréditée en jurisprudence française, la preuve spéciale et directe de l'adultère ne serait pas nécessaire; il suffirait de prouver 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, 298. Cette opinion méconnaît, sinon le texte de l'art. 313, dont la rédaction prête à la controverse, au moins l'esprit de cette disposition et la signification que lui donnent les travaux préparatoires; l'esprit manifeste de l'art. 313 est d'exiger *trois inductions distinctes qui se fortifient réciproquement*.

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.

642. **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 (supra n° 632). 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 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*.

643. **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.

Il est clair, bien que l'art. 314 ne s'en explique point, que la fin de non-recevoir de son 2^o n'existe qu'autant que l'acte de naissance ne renferme aucune *protestation ni réserve* en ce qui concerne l'exercice de l'action en désaveu.

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. *Le fait du refus de signer l'acte de naissance ne tombe pas n° 314.22*

III. — *A qui l'action en désaveu appartient et dans quel délai elle doit être intentée.*

Art. 316, 317 et 318.

644. **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.

645. 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 option que lui seul peut faire en connaissance de cause, entre le respect et la dénégation de la filiation de l'enfant dont la loi lui attribue la paternité. Aussi faut-il décider qu'elle ne pourrait pas être exercée par le tuteur du mari interdit. *Contra* : Grenoble, 14 février et 5 décembre 1883, S. 1884, 2, 73.

646. 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. *(Art. 316, al. 1. et 2. et 3. et 4. et 5. et 6. et 7. et 8. et 9. et 10. et 11. et 12. et 13. et 14. et 15. et 16. et 17. et 18. et 19. et 20. et 21. et 22. et 23. et 24. et 25. et 26. et 27. et 28. et 29. et 30. et 31. et 32. et 33. et 34. et 35. et 36. et 37. et 38. et 39. et 40. et 41. et 42. et 43. et 44. et 45. et 46. et 47. et 48. et 49. et 50. et 51. et 52. et 53. et 54. et 55. et 56. et 57. et 58. et 59. et 60. et 61. et 62. et 63. et 64. et 65. et 66. et 67. et 68. et 69. et 70. et 71. et 72. et 73. et 74. et 75. et 76. et 77. et 78. et 79. et 80. et 81. et 82. et 83. et 84. et 85. et 86. et 87. et 88. et 89. et 90. et 91. et 92. et 93. et 94. et 95. et 96. et 97. et 98. et 99. et 100.)*

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.

647. 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, 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

*Art. 316.
Il est sur les
héritiers &
consécutif*

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 du lieu où la femme est accouchée, est une question de fait abandonnée à l'appréciation des juges. Trib. Liège, 3 avril 1897, P. 1897, 3, 149. 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, 284, et 1903, 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*. Verviers, 29 juillet 1896, J. L. 1896, 286; Paris, 3 mars 1897, D. 1897, 2, 440. *Contra* : Trib. Bruxelles, 23 avril 1898, P. 1898, 3, 199.

648. **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 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 saisine héréditaire (art. 724), et de ne pas rester exposés au danger du dépérissement des preuves de la non-paternité du défunt. Gand, 28 janvier 1893, P. 1893, 2, 234.

649. **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. Ce moyen bizarre consiste à déclarer, avant l'expiration de ce délai, dans un *acte extrajudiciaire* quelconque, leur intention de désavouer l'enfant.

La loi n'exige pas que cet acte soit notifié à la femme par exploit d'huissier; il suffit qu'il ait date certaine (art. 1328) antérieure à l'expiration du délai.

650. **Effet de l'expiration du délai.** Les délais des art. 316 et 317 ne constituent pas des prescriptions, mais de simples *délais préfixe 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 (art. 2252).

IV. — *Contre qui l'action en désaveu doit être formée.*

651. **Qui est défendeur et qui est partie intervenante.** L'action ne doit être dirigée que contre l'enfant; c'est lui seul qui est le véritable défendeur. Mais l'art. 318 prend soin d'exiger que la mère soit appelée au procès. Cela se comprend: son honneur et le caractère légitime de sa maternité sont en jeu.

652. **Représentation de l'enfant mineur.** Le plus souvent l'enfant est encore en très bas-âge ou du moins encore mineur, et dès lors *incapable* de répondre lui-même à l'action. 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.

653. **Nomination du tuteur ad hoc.** 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. Cette solution parfaitement juridique (comp. supra n° 317) 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 la demande en désaveu.

654* **Décès de l'enfant.** Le décès de l'enfant au cours de l'instance ne constitue pas *par lui-même* une cause d'extinction de l'action en désaveu. Le mari peut avoir encore un intérêt moral, et peut-être même un intérêt pécuniaire, à faire prononcer le désaveu. Trib. Gand, 11 juin 1902, B. J. 1903, col. 495; *Revue crit.* 1898, p. 610.

V. — *Effets du jugement rendu sur l'action en désaveu.*

655. **Condition de l'enfant.** Lorsque le désaveu est rejeté, l'enfant reste couvert par la présomption écrite en sa faveur dans l'art. 312, al. 1; il conserve tous les droits d'un enfant légitime.

Lorsque le désaveu est admis, il est établi que l'enfant n'a pas 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.

*Il y a lieu de
rectifier l'acte de
naissance
si on*

656. **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 qui vient attribuer à l'enfant la qualité d'illégitime, la lui attribue *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 de l'art. 312 (supra n° 111).

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 (art. 1351); l'enfant reste légitime à l'égard de tous les tiers. En pareil cas, du reste, le tribunal est autorisé, afin de prévenir ces complications, à ordonner, même d'office, la mise en cause de tous les héritiers (art. 856 c. pr.).

SECTION 3. — De la preuve de la maternité légitime.

§ 1. -- DES MODES DE PREUVE.

657. **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 *subsidiativement* 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 registres 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, il suffit qu'il dise : je n'ai pas de titre. *C'est de sa nature au*

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° 622).

I. — De la preuve par l'acte de naissance.

Art. 319.

658. **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.

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 (supra n° 193).

659. 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 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 son entrée dans le 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

(qui est vrai)
sous de faux noms 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 ⁽¹⁾. 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.

660. **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 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*.

661. **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 : un enfant n'est légitime qu'autant qu'il est issu d'une femme mariée et de son mari; il ne peut donc y avoir de possession d'état d'enfant légitime que si les faits qui la constituent s'appliquent simultanément et indivisément au mari et à la femme.

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'éluent les règles de l'adoption en donnant la possession d'état d'enfant légitime à l'enfant qu'ils veulent s'attacher.

(1) Les tribunaux décident d'ailleurs avec raison qu'un des principaux éléments du recel exigé par l'art. 313 est précisément le fait par la femme d'avoir fait inscrire l'enfant aux actes de l'état civil sans nom de père.

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.

662. 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 (comp. supra n° 419).

663. 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 (supra n° 658). 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 (supra n° 422).

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° 657), 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° 671), 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 (infra n° 672).

III. — De la preuve par témoins.

Art. 323 à 325.

664. **Condition de recevabilité.** Le code a organisé sur l'admission de la preuve testimoniale de la filiation une théorie toute spéciale (supra n° 106). 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. 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.

665. **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. [○]

Il ne peut se agir par un commencement de preuve de la mère
666. **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 réclamant 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.

667. **Objet de la preuve testimoniale.** L'enquête doit porter sur la filiation maternelle du réclamant, c'est-à-dire sur l'accouchement de la femme mariée qu'il prétend être sa mère et son identité avec l'enfant qu'elle a mis au monde. L'enquête n'a pas à porter sur la filiation paternelle, la preuve de la filiation maternelle entraînant

par voie de conséquence la présomption légale de paternité du mari, si, bien entendu, celui-ci a été mis en cause.

663. Preuves contraires ouvertes aux adversaires de l'enfant. L'art. 325 dispose d'abord que les défendeurs peuvent combattre *par tous les moyens* les témoignages invoqués par l'enfant. En s'exprimant ainsi, la loi veut marquer que les défendeurs peuvent faire la preuve contraire non seulement par témoins, ce qui est toujours de droit (art. 256 c. pr.), mais encore par toute sorte d'autres voies et spécialement par présomptions humaines.

L'art. 325 ne s'arrête pas là ; il ajoute que les défendeurs peuvent prouver, toujours par tous les moyens, que le réclamat, en admettant qu'il soit l'enfant de la femme qu'il dit être sa mère, *n'est pas l'enfant du mari de cette femme*. Cette seconde disposition est d'une importance capitale ; elle déroge à tout le système des art. 312 à 318 sur la paternité du mari, conséquence légale de la maternité prouvée. En autorisant les adversaires de l'enfant, *quels qu'ils soient*, à prouver, *par tous moyens quelconques*, qu'il n'est pas l'enfant du mari de sa mère, elle écarte l'application de toutes les règles qui ont été exposées dans la théorie du désaveu, au § 2 de la section précédente (supra n° 636).

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.

669. 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 214 à 216).

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 EN RÉCLAMATION ET EN CONTESTATION D'ÉTAT.

670. **Définition.** Les actions qui peuvent être exercées à propos de la recherche de la maternité légitime sont de deux sortes :

1° L'une est exercée *par l'enfant* ou de son chef par ses héritiers, et elle a pour but de rechercher sa véritable filiation. Elle suppose donc que l'enfant n'a pas la possession de son état ou que cette possession est contredite par son titre. On l'appelle action en *réclamation d'état*.

2° L'autre est dirigée *contre l'enfant par des tiers* qui veulent lui enlever le bénéfice de la possession qu'il a, ou critiquer son titre, s'il en a un. On l'appelle action en *contestation d'état*.

L'une et l'autre sont en principe soumises aux mêmes règles, et au fond c'est toujours la même question qui s'agite : *Quelle est la véritable mère de l'enfant?* Il est particulièrement utile d'observer que l'action en contestation d'état est soumise aux dispositions des art. 323 et suiv.

I. — *Cas où ces actions ne sont pas recevables.*

Art. 322.

671. **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 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. DE LOYNES, note au D. 1891, 2, 129.

672* **Cas où la recherche de la maternité est admise.** La recherche de la maternité légitime reste ouverte à l'enfant et à ses adversaires dans tous les cas où il n'a pas un acte de naissance corroboré par une possession d'état conforme. Isolées, les preuves qui résultent de l'acte de naissance ou de la possession d'état peuvent toujours être combattues par la preuve testimoniale sous la condition du commencement de preuve déterminé par l'art. 323, al. 2. Ce n'est que quand elles sont réunies et conformes qu'elles excluent toute preuve contraire. Cass. fr., 26 février 1900, D. 1900, 1, 249.

II. — *Caractères de ces actions.*

Art. 328.

673. **Inaliénabilité et imprescriptibilité de l'état.** Il est de principe que l'*état des personnes* n'est pas dans le commerce (supra n° 20). Les actions en réclamation ou en contestation d'état sont donc inaliénables et imprescriptibles.

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 pas plus s'acquérir que se perdre par l'effet de la prescription.

674. **Aliénabilité 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 (supra n° 21).

III. — *Règles spéciales à l'action en réclamation d'état.*

Art. 329 et 330.

675. **Caractère personnel de cette action.** 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*.

676. **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 qu'entre les mains de l'enfant elle constitue principalement un droit moral, elle n'est plus qu'un point d'appui à des intérêts pécuniaires entre les mains 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 (supra n° 646).

ATELIER DU

CHAPITRE II. — DES PREUVES DE LA FILIATION ILLÉGITIME.

BARET. *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation des enfants naturels.* Paris.

SECTION I. — De la filiation naturelle simple.

677. **Énumération.** Le mode normal de preuve de la filiation naturelle, aussi bien pour la maternité que pour la paternité, est une *reconnaissance volontaire* émanée du père ou de la mère. Art. 334 et 336.

La *preuve testimoniale* n'est qu'une preuve subsidiaire permise seulement contre la mère et lorsque l'enfant a déjà un commencement de preuve par écrit. Art. 341. En aucun cas la loi n'établit de présomption de paternité naturelle; elle ne permet la preuve par présomptions humaines que dans le seul cas d'enlèvement. Art. 340.

Lorsque l'action en recherche de la filiation naturelle réussit, on dit que la filiation se trouve établie par une *reconnaissance judiciaire* ou *forcée*. Le mot *reconnaissance* est ainsi un terme technique et générique désignant tout mode d'où résulte la filiation naturelle (art. 756).

Le système du chapitre III de notre titre est *essentiellement restrictif* (supra n° 619). Napoléon a dit au Conseil d'Etat que l'Etat n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus et les filiations naturelles constatées! On dit aujourd'hui avec raison que l'intérêt de l'Etat n'est ici qu'un élément secondaire, que ce qui mérite d'être pris en considération, c'est le *droit* de l'enfant naturel.

678. **Exclusion de l'acte de naissance et de la possession d'état.** Aucun des textes de notre matière n'admet l'acte de naissance comme un mode de preuve de la filiation naturelle. L'acte de naissance ne prouve que le fait même de la naissance et l'individualité de l'enfant; il ne fait jamais preuve *par lui-même* de la maternité. On comprend cette différence avec le système du chapitre II qui fait de l'acte de naissance le mode normal de preuve de la maternité légitime; elle provient de la *différence des situations*: les motifs qu'une fille-mère a de cacher sa faute, en masquant son individualité, enlèvent à la déclaration de son nom, par la sage-femme ou les autres personnes déterminées en l'art. 56, les garanties de sincérité et d'exactitude que la même déclaration présente lors-

qu'il est question d'une naissance légitime. Cass., 8 mars 1880, P. 1880, 1, 100.

La possession d'état n'est pas non plus un mode de preuve de la filiation naturelle, ni vis à vis du père, ni vis à vis de la mère. Le silence de nos articles est manifestement calculé en vue d'exclure ce mode de preuve. *La possession d'état est même impuissante à corroborer l'indication de la mère faite dans l'acte de naissance.* La possession d'état est cependant la plus sûre de toutes les preuves, car la reconnaissance, qui est l'œuvre d'un moment, peut être arrachée par surprise ou par obsession, tandis que la possession d'état suppose un aveu répété, une reconnaissance de tous les jours qui offre toutes les garanties possibles de liberté et de sincérité. Liège, 23 janvier 1901, P. 1901, 2, 191; Paris, 31 janvier 1902, D. 1902, 2, 251.

On verra sous les nos 688 et 710 les seuls cas où la possession d'état peut jouer un rôle dans la preuve de la filiation naturelle.

§ 1. — DE LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE.

I. — *Par qui la reconnaissance peut être faite.*

679. **Caractère de la reconnaissance.** La reconnaissance étant un *aveu* est par là même un acte essentiellement personnel. 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 ou 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.

Chacun des auteurs de l'enfant peut toujours le reconnaître pour son propre compte, sans avoir besoin de l'assentiment de l'autre. Lorsque les deux auteurs de l'enfant le reconnaissent en même temps, cette double reconnaissance peut être faite par un seul et même acte.

680. **Reconnaissance par mandataire.** La reconnaissance peut être effectuée par le ministère d'un mandataire 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.

681. **Capacité requise pour la reconnaissance** La loi ne s'explique pas sur la capacité nécessaire pour faire valablement une reconnaissance. On ne peut songer à appliquer ici les règles relatives à la capacité *civile* de s'obliger, car la reconnaissance n'est pas un contrat ni un acte juridique unilatéral, mais le *simple aveu du fait*

de la filiation (infra n° 689). Aussi est-il généralement admis qu'il suffit d'être *moralement capable de volonté*, capable de faire une déclaration digne de foi. La reconnaissance peut donc être valablement faite :

1° Par un mineur, même non émancipé, sans l'assistance de son tuteur ou de son curateur. Trib. Bruxelles, 14 décembre 1900, P. 1901, 3, 312.

2° Par une femme mariée, sans l'autorisation de son mari ou de la justice. Trib. Liège, 6 mai 1899, P. 1900, 3, 144; Alger, 11 janvier 1900, D. 1902, 2, 476.

3° Par un individu sous conseil judiciaire, sans l'assistance de son conseil. Caen, 26 avril 1887, S. 1887, 2, 125.

II. — *Epoque à laquelle la reconnaissance peut être faite.*

682. **Silence du code.** 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.

683. **Enfant simplement conçu.** Il est universellement admis qu'un enfant peut être reconnu pendant qu'il est encore dans le sein de sa mère. C'est, en effet, le cas d'appliquer le principe : *Infans conceptus pro nato habetur*, puisqu'il y va de l'intérêt de l'enfant. Cass. fr., 2 janvier 1895, D. 1895, 1, 367. En pareil cas, l'acte de reconnaissance individualisera l'enfant par la désignation de sa mère.

684. **Enfant déjà mort.** Il n'est pas douteux qu'un enfant peut être reconnu après son décès, lorsqu'il a laissé lui-même des enfants légitimes (arg. des art. 332 et 759). Mais la reconnaissance est-elle encore possible lorsqu'il est décédé sans postérité? Certains auteurs s'efforcent d'écarter la solution affirmative, à raison de l'immoralité de ses conséquences; 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? On leur répond avec raison que la loi aurait pu consacrer ce système, mais qu'elle ne l'a pas fait. La reconnaissance n'est pas envisagée par la loi 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 ; le décès de celui-ci sans postérité ne fait donc pas disparaître entièrement sa raison d'être ; il faut bien décider dès lors qu'elle demeure possible dans tous les cas de décès, par cela seul qu'aucun texte ne vient l'interdire. Bruxelles, 18 mars 1902, P. 1902, 2, 235 ; Rouen, 20 décembre 1899, D. 1901, 2, 71.

III. — *Forme de la reconnaissance.*

Art. 334 et 336.

685. **Principe de la solennité.** La reconnaissance d'enfant naturel est un *acte solennel*. L'art. 334 décide, en effet, qu'elle 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 une condition essentielle de son existence même. La loi a jugé l'authenticité nécessaire : 1^o pour assurer la liberté de celui qui fait la reconnaissance ; il importe d'éviter les surprises et les entraînements ; 2^o pour assurer la conservation et l'irrévocabilité de la reconnaissance ; il restera une minute de l'acte qui sera conservée dans un dépôt public.

Il ne faut pas dépasser l'exigence de la loi. Aucun texte ne prescrit que la reconnaissance soit faite dans un acte dressé tout exprès et *ad hoc* ; elle peut être consignée dans un acte ayant un autre objet. Aucun texte ne prescrit non plus 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 manifestation de volonté. 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. Mons, 6 mars 1903, B. J. 1903, col. 573 ; Paris, 26 février 1896, D. 1897, 2, 339.

686. **Officiers publics compétents.** Les seuls officiers publics compétents pour recevoir les reconnaissances d'enfants sont les officiers de l'état civil et les notaires.

1^o Les *officiers de l'état civil*. Art. 62 et 334. 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 (supra n^o 170).

Si la reconnaissance est faite devant l'officier de l'état civil en même temps que la déclaration de naissance de l'enfant, l'officier

dresse un seul écrit dans lequel il constate à la fois la naissance 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. Art. 331.

2^o Les *notaires*. Art. 334 combiné avec la loi organique du notariat, du 25 ventôse an xi. D'après l'art. 1^{er} de cette loi, les notaires ont qualité 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 (supra n^o 179), ne sont pas à la disposition du public (art. 23 de la loi du notariat) ; le père ou la mère peut donc, en recourant au ministère d'un notaire, tenir la reconnaissance secrète jusqu'au jour où il y a lieu de la faire apparaître. C'est pour ce mauvais motif 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.

687. **Reconnaisances faites en justice.** Aucune loi n'institue d'autres fonctionnaires publics que les officiers de l'état civil et les notaires pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels. Comp. Limoges, 6 décembre 1886, D. 1888, 2, 93. Toutefois il est généralement admis qu'une reconnaissance d'enfant naturel peut accidentellement être reçue et constatée par les *juges* dans les procès-verbaux qu'ils dressent au cours des procédures ouvertes devant eux. Cass. fr., 13 juillet 1886, D. 1887, 1, 119. Ce système qui se fonde sur le pouvoir de l'autorité judiciaire de constituer preuve authentique des déclarations et aveux passés devant elle (art. 1356), nous paraît en opposition avec le principe de notre art. 334 que l'acte de reconnaissance est dressé *ad solemnitatem* et non *ad probationem*, et le principe d'organisation judiciaire que la *jurisdiction volontaire* n'appartient aux juges que dans les cas *spécialement* déterminés par la loi (supra n^o 107).

688. **Exception au principe de la solennité.** La mère qui

reconnait son enfant ne peut désigner la personne avec laquelle elle l'a eu. Art. 340. Il en est autrement du père : celui-ci peut, en reconnaissant l'enfant, indiquer le nom de la mère. Art. 336. Cette indication, insuffisante à elle seule pour établir la maternité, fait preuve lorsqu'elle est confirmée par l'aveu de la mère *manifesté de quelque manière que ce soit*. L'enfant est alors tenu pour reconnu par sa mère sans qu'il soit nécessaire qu'elle-même ait passé un acte authentique à cet effet.

Cette exception au principe de la solennité de la reconnaissance résulte par argument *a contrario* de l'art. 336 : la reconnaissance du père, *avec l'indication et l'aveu de la mère*, produit effet à l'égard de celle-ci. Et comme cet article n'exige pas que l'aveu de la mère soit fait dans une forme déterminée, on doit en conclure qu'un aveu quelconque suffit, soit un aveu *exprès* contenu dans un simple écrit privé, soit même un aveu *tacite* résultant des circonstances et spécialement de la possession d'état qu'elle a donnée à l'enfant. Cette interprétation de l'art. 336, admise par une jurisprudence constante en Belgique et en France, tempère très heureusement la rigueur du code sur les preuves de la filiation naturelle. Liège, 7 janvier 1893, B. J. 1893, col. 754; Nîmes, 15 février 1887, S. 1887, 2, 172.

IV. — *Nature de la reconnaissance.*

689. **Aveu formant titre d'état civil.** La reconnaissance volontaire n'est pas un contrat entre le père ou la mère et l'enfant, ni un acte juridique unilatéral ; c'est un pur *moyen de preuve*, l'aveu de la paternité ou de la maternité.

L'acte de reconnaissance forme le titre de l'enfant naturel, exactement comme l'acte de naissance forme le titre de l'enfant légitime. Il est un mode de preuve d'une valeur générale, *opposable ou profitable à tous* : c'est un *acte de l'état civil* et non un jugement.

On confond souvent l'*effet de la reconnaissance* avec les *effets de la filiation*. Le seul effet de la reconnaissance est d'établir *erga omnes* la filiation de l'enfant auquel elle s'applique. En prouvant cette filiation, jusqu'alors légalement inconnue, elle lui assure les divers effets que la loi y attache et qu'on ne pouvait réclamer auparavant (supra n° 97). Ces effets semblent résulter de la reconnaissance, parce qu'elle est la condition de leur réalisation ; ils résultent en réalité du rapport de parenté légalement constaté par la reconnaissance.

690. **Irrévocabilité de la reconnaissance.** La reconnais-

sance 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 connu l'existence. Elle n'est, en effet, que l'aveu d'un fait, et l'aveu par lui-même n'est pas susceptible de rétractation. 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 dans un testament public. L'art. 895 ne déclare le testament révocable qu'en tant qu'il est un acte de *disposition de biens*. Si donc, outre les dispositions relatives aux biens, le testament en renferme d'autres qui sont irrévocables de leur nature, celles-ci conservent néanmoins leur caractère. Il y a alors en réalité dans un seul et même cadre deux actes distincts, ayant chacun une existence propre. Cette question est cependant controversée.

691. **Rétroactivité de la reconnaissance.** La reconnaissance est non pas *attributive*, mais simplement *déclarative* de la filiation; elle ne crée pas l'état de l'enfant, elle ne fait que le prouver. Les prétendus effets de la reconnaissance étant en réalité ceux de la filiation, il en résulte qu'ils se produisent non pas seulement du jour de la reconnaissance, mais du jour de la naissance de l'enfant, et même, s'il s'agit de ses intérêts, à partir de sa conception. Cass., 8 mars 1880, P. 1880, 1, 100. Ainsi un enfant naturel non reconnu reçoit de son père ou de sa mère une donation entre vifs; plus tard il est reconnu; l'art. 908 deviendra applicable. Dijon, 18 décembre 1891, D. 1892, 2, 217; comp. Bruxelles, 31 janvier 1893, P. 1893, 2, 250.

Cependant si un enfant naturel s'était marié avant le jour où sa filiation a été établie, son père ne pourrait pas ensuite demander la nullité du mariage contracté sans son consentement; on devrait considérer le père comme ayant été à ce moment dans l'impossibilité légale de manifester sa volonté.

692. **Preuve de l'identité.** Pour qu'un enfant naturel puisse se prévaloir ou pour qu'on puisse se servir contre lui de la reconnaissance qui constate sa filiation, il faut, bien entendu, qu'il soit constant que cet enfant est 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 un mode quelconque, les art. 340 et 341 étant hors de cause ici. Trib. Gand, 21 juin 1893, B. J. 1893, col. 963, et 1894, col. 769; Cass. fr., 26 juin 1889, D. 1891, 1, 129.

V. — *Force probante de la reconnaissance.*

Art. 339.

693. **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 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. 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 chapitre III aucun texte pareil à l'art. 322 qui est spécial à la filiation légitime. On comprend d'ailleurs le silence du législateur : la possession d'état n'étant pas une preuve de la filiation naturelle, il n'y a pas de raison pour qu'elle augmente la force probante du titre quand elle se joint à lui. Bruxelles, 21 janvier 1884, P. 1884, 2, 285; Toulouse, 2 février 1884, D. 1885, 2, 227.

694. **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 purement *moral* ou d'honneur et l'intérêt *pécuniaire* né et actuel. On peut citer comme ayant un intérêt moral :

1° *L'enfant lui-même.* Etant 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 (supra n° 689) ; il faut qu'il prouve que cette reconnaissance est contraire à la vérité.

2° *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 s'agit d'une question d'état, c'est-à-dire d'une matière d'*ordre public*. Trib. Bruxelles, 14 décembre 1900, P. 1901, 3, 312; Lyon, 13 mars 1856, D. 1856, 2, 232.

3° *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.

(1) Dans l'art. 339, contrairement à l'art. 315, le mot *contester* n'est pas synonyme de dénier ou méconnaître, mais de combattre. La différence des hypothèses explique la différence des significations.

4° 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 cet enfant.

L'application de l'art. 339 est indispensable quand un enfant naturel a été reconnu par deux personnes de même sexe ; il appartient aux tribunaux de décider quelle est celle des deux reconnaissances qui est conforme à la vérité ⁽¹⁾. Liège, 22 juillet 1901, P. 1902, 2, 47 ; Seine, 31 octobre 1898, D. 1900, 2, 65.

6° 5. **Modes de preuve admissibles.** Tous les moyens de preuve sont admissibles *de plano* pour établir la fausseté de la reconnaissance ; l'art. 339 n'en exclut aucun. La preuve testimoniale et les présomptions humaines sont donc recevables sans condition de commencement de preuve par écrit.

Mais 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. C'est qu'il n'existe aucune loi qui établisse une présomption *irréfragable* d'impuberté. L'art. 145, en effet, reconnaît 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.

VI. — *Restriction des droits de l'enfant reconnu pendant le mariage.*

Art. 337.

696. **Motif de l'art. 337.** L'art. 337 prévoit le cas où une reconnaissance est faite pendant le mariage par l'un des époux au profit d'un enfant qu'il a eu avant le mariage d'un autre que de son conjoint. Il y a là une surprise coupable infligée au conjoint ; l'existence de l'enfant naturel aurait dû lui être révélée avant le mariage ; lorsqu'il s'est marié pour fonder une famille légitime, il a dû croire

(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 (art. 35). 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.

que rien ne viendrait réduire les droits de ses enfants et les siens propres. L'art. 337 réprime la déloyauté de l'auteur de la reconnaissance 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.

697. **Principe auquel il y a dérogation.** L'art. 337 ne frappe pas la reconnaissance de *nullité*. Il n'en *amoindrit* pas non plus la *force probante*. Ce sont seulement les *droits* de l'enfant naturel qu'il *diminue* à raison du temps où il a été reconnu. L'art. 337 déroge ainsi au principe que les effets de la filiation sont indépendants de l'époque où elle a été constatée.

La force probante de la reconnaissance n'étant pas amoindrie par l'art. 337, il reste acquis *erga omnes* que la personne reconnue est l'enfant naturel de l'auteur de la reconnaissance. Il résulte de là, d'une part, que l'enfant naturel pourra opposer son titre à *tous autres qu'au conjoint et aux enfants nés du mariage*, d'autre part que *ces derniers eux-mêmes* pourront s'en prévaloir contre lui pour établir l'incapacité civile dont il est frappé par l'art. 908.

698. **Conditions d'application.** L'application de l'art. 337 est surbornée à deux conditions :

1^o Il faut que la reconnaissance ait été faite *pendant le mariage*. Les droits de l'enfant naturel restent donc intacts lorsque la reconnaissance a été antérieure au mariage ou postérieure à sa dissolution. Il arrive ainsi que la famille légitime n'est pas toujours protégée contre la révélation *inattendue* de l'existence d'un enfant naturel.

2^o Il faut que l'enfant reconnu par l'un des époux soit issu des relations de cet époux avec *un autre que son conjoint*. L'art. 337 est donc inapplicable lorsqu'il est *légalement* prouvé que l'enfant reconnu appartient également à l'autre époux. Peu importe d'ailleurs comment cette preuve est fournie, par une reconnaissance volontaire ou forcée, faite avant, pendant ou après le mariage.

699. **Restriction des droits de l'enfant.** L'enfant ne peut faire valoir les droits *dérivant de sa filiation* aux dépens du conjoint de son auteur et des enfants issus du mariage. Il n'y a pas à distinguer entre les divers droits que *la loi* attache à la filiation : droit de succession, droit de faire réduire les libéralités excessives reçues par le conjoint, droit de demander des aliments, etc. Trib. Gand, 26 avril 1882, P. 1883, 3, 73.

L'art. 337 n'empêche pas d'ailleurs l'enfant de recevoir de son auteur des *libéralités entre vifs ou testamentaires* dans les limites de la capacité qui lui est laissée par l'art. 908 (1). Cass. fr., 28 mai 1878, D. 1878, 1, 401.

L'art. 337 protège les intérêts pécuniaires du conjoint avec la même étendue que ceux des enfants légitimes. Son second alinéa est inutile et incomplet en présence du premier ; la règle étant que la filiation prouvée par la reconnaissance ne peut nuire ni au *conjoint* ni aux *enfants*, on doit nécessairement en conclure qu'en parlant ensuite seulement des *enfants*, le législateur a commis une inexactitude et un oubli. La présence de l'enfant naturel ne peut donc diminuer les droits héréditaires, en propriété ou usufruit, du conjoint survivant, lorsque l'auteur de la reconnaissance vient à mourir sans laisser d'enfant issu du mariage. Trib. Gand, 24 mai 1893, P. 1893, 3, 364.

§ 2. — DE LA PREUVE PAR TÉMOINS.

I. — *Dans quels cas et dans quelles conditions la recherche de la filiation est admise.*

700. **Distinction.** Le loi fait, sous ce rapport, une distinction capitale entre la paternité et la maternité.

A. — Recherche de la paternité.

Art. 340.

POUZOL. *La recherche de la paternité.* Paris.

JANSSENS. *Les origines de l'art. 340.* Discours de rentrée à la Cour de cassation, le 1^{er} octobre 1903. Bruxelles.

701. **Principe de l'art. 340.** L'art. 340 formule un principe auquel il apporte une exception.

Le principe est l'interdiction de la recherche de la paternité, sans distinction aucune quant à la *nature* de la preuve offerte, ni quant à la *personne* par laquelle l'action serait intentée, ni quant au *but* dans lequel elle serait exercée.

(1) Il est faux que lorsque la part héréditaire de l'enfant naturel se réduit à zéro par application de l'art. 337, sa capacité comme donataire ou comme légataire se réduise également à néant. L'art. 908 ne renvoie qu'au *titre des successions*; il ne renvoie pas en outre au *titre de la paternité*.

702. **Critique du code.** La disposition de l'art. 340 est la plus détestable du code. Elle est injuste en principe et désastreuse dans ses conséquences; *injuste* : vis-à-vis de l'enfant qu'elle prive de la protection que chacun de ses auteurs lui doit, et aussi vis-à-vis de la femme sur laquelle seule elle fait retomber les charges d'une faute commune; *désastreuse* : l'irresponsabilité absolue accordée aux hommes de mauvaises mœurs devait avoir et a eu pour résultat d'accroître l'immoralité générale.

“ Sans doute la paternité n'est pas susceptible d'une constatation matérielle et *directe*, et le fait que des relations ont existé entre la mère et tel individu ne suffit pas à lui seul à l'établir; mais ces relations peuvent être accompagnées de circonstances telles que l'on arrive, par voie d'*induction*, à affirmer d'une façon certaine que l'enfant en est issu. Cela est si vrai que l'art. 340 admet lui-même une exception à la règle qu'il édicte. Le cas particulier qu'il prévoit n'étant point le seul dans lequel la question peut être résolue avec certitude, la véritable solution consisterait non à interdire en principe toute recherche de la paternité naturelle, mais à soumettre cette recherche, comme celle de la maternité, à des conditions rigoureuses de nature à prévenir des actions téméraires (1). „

703. **Tempérament du principe.** L'art. 340 n'exclut pas l'application, en faveur de la fille séduite, du principe 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* ne rend pas le séducteur passible de dommages-intérêts. Liège, 15 mars 1899, P. 1899, 2, 341; Cass. fr., 23 avril 1901, D. 1901, 1, 360. Comp. *Revue crit.*, 1903, 12. 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. Il faut, en effet, distinguer nettement deux choses : le préjudice causé à la fille séduite par le fait même de la *séduction* et celui qui résulte de la *maternité*. La fille séduite par des moyens coupables a subi un dommage immérité; elle aurait pu tenter une action en dommages-

(1) Voir en ce sens le remarquable projet de loi déposé à la Chambre des Représentants, le 7 mars 1902, par MM. Beernaert, Derbaix, Levie, Léon de Lantsheere et Mabille.

intérêts si elle n'était pas devenue mère; pourquoi en serait-elle privée par le fait de sa maternité? Mais, d'autre part, il ne semble pas permis, dans l'évaluation des dommages-intérêts accordés à la fille séduite, de tenir compte de l'enfant dont elle a maintenant la charge, cet élément du préjudice supposant nécessairement la preuve de la paternité. Bruxelles, 13 décembre 1897, P. 1899, 2, 225; Paris, 16 mars 1892, D. 1893, 2, 541. Il arrive cependant souvent que les tribunaux comprennent la maternité parmi les éléments du préjudice subi par la demanderesse et condamnent le séducteur à lui servir une pension alimentaire pour son enfant. Liège, 25 juin 1902, J. L. 1902, 225; Lyon, 30 décembre 1890, D. 1891, 2, 309.

704. Exception au principe. Par dérogation au principe, la recherche de la paternité est permise au cas d'*enlèvement*, lorsque l'époque de la conception coïncide avec celle du rapt.

Il résulte du rapprochement de notre texte avec le code pénal en vigueur au moment de la confection du code civil que le législateur de 1804 n'a pas entendu employer le mot *enlèvement* dans le sens technique et restreint de la loi pénale, mais dans sa signification générale et usuelle. Cela se comprend : notre disposition est fondée sur un motif tout différent de ceux dont la loi pénale s'est inspirée ; elle repose sur cette considération qu'en *séquestrant* la femme pendant un temps plus ou moins prolongé *par violence* ou *par fraude* le ravisseur fait naître contre lui une grave probabilité de paternité. Bordeaux, 30 juin 1885, D. 1886, 2, 151.

Quelques auteurs appliquent l'exception de l'art. 340 au cas de viol en disant que le viol est un enlèvement momentané. Mais ils forcent ainsi le sens des mots et ils méconnaissent l'esprit de l'exception qui suppose une séquestration plus ou moins prolongée. Verviers, 24 mars 1886, P. 1886, 3, 110.

Il faut, pour que l'enlèvement autorise la recherche de la paternité, qu'il corresponde à l'époque de la conception de l'enfant. S'il n'y a point de coïncidence entre l'enlèvement et la conception, il n'y a aucune probabilité que le ravisseur soit le père de l'enfant mis au monde. La preuve de l'enlèvement rend seulement la recherche de la paternité *admissible*; elle ne justifie pas la demande. Il faut encore que le demandeur établisse par toute espèce de preuves morales que le ravisseur est effectivement le père de l'enfant. Cette distinction entre l'admissibilité et le fondement de la demande est clairement

exprimée par le texte (*pourra*) de la loi. Elle est d'ailleurs tout à fait rationnelle.

B. — Recherche de la maternité.

Art. 341.

705. **Principe de l'art. 341.** La recherche de la maternité est admise.

L'enfant qui recherche sa mère doit prouver deux choses : 1^o l'*accouchement de la femme* dont il se prétend issu ; 2^o sa propre *identité avec l'enfant* que cette femme a mis au monde. Chacun de ces deux faits doit être prouvé séparément.

706. **Jurisprudence française sur la preuve de l'accouchement.** La jurisprudence française décide que l'acte de l'état civil qui indique le nom de la mère (1) fait foi de l'accouchement. Cass. fr., 22 octobre 1902, D. 1902, 1, 539. Cela est manifestement illégal ; la pensée des auteurs du code civil est bien claire et bien certaine : ils n'ont pas voulu que l'acte de naissance servît de *titre* à l'enfant naturel pour prouver sa filiation. Il n'existe dans notre matière aucun texte pareil à l'art. 319 (supra n^o 678). Note à la B. J. 1903, col. 114.

707. **Condition de recevabilité de la preuve par témoins.** L'enfant n'est admis à faire cette preuve par témoins que s'il a déjà un commencement de preuve par écrit, dit l'art. 341, al. 3. *Cette preuve*, c'est celle de son *identité* dont il est question dans l'alinéa précédent. Mais comment l'identité serait-elle vraisemblable si le fait de l'accouchement ne l'était pas lui-même ? Par la force des choses, l'écrit dont l'enfant doit être muni rendra donc vraisemblable à la fois l'accouchement de la femme qu'il dit être sa mère et sa propre identité.

La loi se garde d'ailleurs d'exiger que l'identité soit prouvée complètement par écrit ; jamais un écrit n'est tel qu'il ne puisse s'appliquer qu'à un individu ; tout ce que la loi demande c'est une *semi-preuve* qui rende vraisemblable le fait de l'identité et partant aussi le fait de l'accouchement.

Le commencement de preuve par écrit doit sans doute préexister à la preuve par témoins, mais il ne doit pas préexister à l'intentement même de l'action en recherche de maternité. Il suit de là que

(1) On sait que depuis notre code pénal de 1867 l'acte de naissance de l'enfant naturel *doit* contenir l'indication de la mère (supra n^o 201).

l'enfant qui a intenté l'action en recherche de maternité est en droit de faire interroger sur faits et articles la personne qu'il dit être sa mère, 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, 172.

708. **Nature du commencement de preuve par écrit.** L'art. 341 ne s'explique pas sur le point de savoir de qui doit émaner l'écrit nécessaire pour justifier l'admission de la preuve testimoniale. Beaucoup d'auteurs prétendent appliquer la disposition rigoureuse de l'art. 1347, al. 2. La jurisprudence admet, au contraire, l'application de l'art. 324, disposition très favorable à l'enfant. La décision de la jurisprudence se justifie par cette observation qu'il existe deux définitions du commencement de preuve par écrit, l'une dans l'art. 1347 pour les *questions de droits patrimoniaux*, l'autre dans l'art. 324 pour les *questions de filiation*, et que chacun de ces textes doit servir de *règle* dans son domaine (supra n° 106). Ypres, 30 mars 1892, P. 1894, 3, 249; Cass. fr., 22 octobre 1902, D. 1902, 1, 539. *Contra* : Mons, 28 janvier 1899, P. 1899, 3, 262.

709. **Comparaison entre l'art. 323 et l'art. 341.** En matière de filiation légitime, le commencement de preuve par écrit peut être remplacé par des indices graves résultant de faits avérés (supra n° 666). Le texte de notre art. 341 subordonne, au contraire, *exclusivement* au commencement de preuve par écrit l'admissibilité de la preuve testimoniale. Il n'y a pas de bonne raison pour justifier cette différence; mais l'interprète doit s'incliner devant la rigueur de la loi qui est systématiquement hostile à la preuve de la filiation naturelle.

710. **Preuve par présomptions humaines.** L'enfant qui a un commencement de preuve par écrit étant recevable à prouver sa filiation maternelle par témoins, se trouve l'être également à recourir à la preuve par présomptions humaines. Il est de droit commun, en effet, que ce mode de preuve est recevable dans tous les cas où la preuve testimoniale l'est elle-même. Il arrive ainsi que la *possession d'état*, qui constitue en sa faveur une très forte présomption, sert bien souvent à déterminer la conviction du juge.

II. — *De l'action en recherche de la maternité ou de la paternité.*

711. **Intransmissibilité de l'action aux héritiers de l'enfant.** La jurisprudence française décide que l'action en *réclamation d'état d'enfant naturel* est accordée exclusivement à l'enfant

et qu'elle ne passe jamais à ses héritiers (comp. supra nos 675 et 676). Elle donne comme arguments principaux la rédaction de l'art. 341 qui suppose l'action exercée par l'enfant lui-même, et l'absence de toute disposition analogue aux art. 329 et 330 qui règlent la transmission de l'action en réclamation d'état d'enfant légitime; si le législateur avait voulu admettre la transmissibilité de l'action en réclamation d'état d'enfant naturel, il n'aurait pas manqué de préciser les conditions sous lesquelles l'action passerait aux héritiers. Cass. fr., 3 avril 1872, D. 1872, 1, 113. Cette jurisprudence est combattue par les auteurs, mais ceux-ci ne s'accordent pas entre eux; les uns prétendent que l'action passe toujours aux héritiers, sans condition ni restriction; les autres veulent appliquer par analogie les dispositions des art. 329 et 330.

712. Refus aux tiers de l'action contre l'enfant. L'opinion générale est que la recherche de la maternité naturelle (et aussi de la paternité dans le cas exceptionnel où l'art. 340 l'admet) ne peut avoir lieu *contre l'enfant*, notamment pour faire réduire les libéralités excessives qui lui auraient été faites par son auteur. Cette opinion s'appuie sur l'ensemble des textes qui mettent toujours *l'enfant seul en scène*, et jamais les tiers, et qui emploient constamment comme synonymes les mots *recherche* et *réclamation* (art. 339, 340 et 341) dont le second ne peut s'appliquer qu'à l'enfant lui-même. Quant aux tiers, le seul droit que la loi leur accorde, c'est de *contester la reconnaissance* faite par les père et mère ou la réclamation exercée par l'enfant (art. 339); aucun texte ne leur donne qualité pour *exercer l'action en recherche*. Il est vrai que l'art. 340 emploie l'expression sur la demande des *parties intéressées*, mais il est raisonnable de croire que les auteurs du code ont pensé exclusivement à l'enfant et à sa mère. Anvers, 10 mars 1900, P. 1900, 3, 165; Luxembourg, 13 mai 1892, D. 1894, 2, 483; Paris, 16 février 1889, S. 1889, 2, 201.

Quelques arrêts ont cependant reconnu au ministère public le droit d'exercer l'action en recherche de maternité naturelle pour justifier son opposition à un mariage incestueux (art. 161; supra n° 336). Bruxelles, 30 avril 1890, B. J. 1890, col. 1131; Grenoble, 14 janvier 1889, D. 1890, 2, 193. Comp. Trib. Liège, 25 mars 1897, J. L. 1897, 133. Ces arrêts sont en contradiction avec la jurisprudence établie.

III. — *L'art. 337 est-il applicable à la reconnaissance forcée ?*

713. **Controverse.** La limitation que l'art. 337 apporte aux effets ordinaires de la filiation doit-elle être appliquée au cas où la filiation a été constatée par un jugement rendu sur une action en recherche de maternité, comme à celui où elle a été reconnue volontairement par un acte authentique ? Cette question doit être résolue négativement par la raison que le texte de l'art. 337 ne s'applique qu'à la reconnaissance *faite* pendant le mariage, c'est-à-dire à la reconnaissance volontaire. On objecte, il est vrai, que si cet article est inapplicable à la reconnaissance judiciaire, il devient complètement inutile : il suffira à la mère, pour y échapper, de ne pas reconnaître son enfant et de lui fournir le commencement de preuve par écrit nécessaire pour intenter contre elle une action en recherche de maternité. L'objection est facile à écarter : les tribunaux feront suffisamment respecter la disposition de l'art. 337 en n'autorisant l'enfant à se servir, pour faire sa preuve, que d'écrits *ayant date certaine antérieure au mariage*. Trib. Bruxelles, 3 mai 1889, P. 1900, 3, 240. *Contra* : Grenoble, 20 novembre 1894, D. 1895, 2, 345.

SECTION 2. — **De la filiation adultérine ou incestueuse.**

Art. 335 et 342.

714. **Prohibitions légales.** L'art. 335 interdit la reconnaissance volontaire des enfants adultérins ou incestueux, et l'art. 342 prohibe la recherche de la maternité ou de la paternité lorsqu'elle doit avoir pour résultat de constater une filiation adultérine ou incestueuse. Le code considère comme un scandale la révélation dans un acte public ou dans un jugement d'un fait aussi immoral que l'adultère ou l'inceste. Il autorise cependant la preuve de l'adultère et de l'inceste en matière de divorce, de séparation de corps, de désaveu, de nullité de mariage ! “ On ne peut nier que les père et mère ont des devoirs envers leurs enfants, quels qu'ils soient ; 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. ”

Les dispositions des art. 335 et 342 s'appliquent à tous les enfants incestueux sans distinction, même à ceux qui sont nés de parents ou d'alliés entre lesquels le mariage devient possible par une dispense du Roi.

Pour savoir si un enfant est naturel simple, adultérin ou incestueux, il faut se reporter à l'époque de sa conception; sauf dans le cas de l'art. 314 (supra n° 633), la qualité de l'enfant dépend toujours de la nature du commerce de ses parents lors de sa procréation. On sait que la conception d'un enfant se place, d'après les présomptions légales de notre titre, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance, au moment *le plus favorable* pour l'enfant (supra nos 623 et 624).

715. 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 *en réalité* adultérine ou incestueuse, il faut que le vice dont elle est entachée doive apparaître et être constaté *officiellement*; la reconnaissance volontaire ou forcée n'est prohibée qu'autant qu'elle doit aboutir à la révélation publique de l'adultère ou de l'inceste. Un enfant issu d'un commerce adultérin peut donc être valablement reconnu par celui de ses auteurs qui n'est pas marié, l'autre restant inconnu; de même, un enfant né d'un commerce incestueux peut être valablement reconnu par l'un de ses auteurs; ces reconnaissances ne sont, aux yeux de la loi, que des reconnaissances d'enfant naturel simple. Bien plus, si l'autre parent reconnaissait l'enfant 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.

716. Sanctions de la prohibition de la reconnaissance volontaire. Les conséquences de la prohibition écrite dans l'art. 335 sont les suivantes :

1° Le *devoir* pour l'officier public de *refuser son ministère* pour la passation de l'acte. En disant que la reconnaissance *ne peut avoir lieu*, le code ordonne implicitement aux officiers publics, qui doivent toujours agir conformément à la loi, de ne pas prêter leur ministère à un acte illégal.

2° La *nullité de la reconnaissance*. La nullité n'est pas prononcée expressément par la loi, mais on sait qu'elle est la sanction normale des textes conçus en termes prohibitifs (supra n° 92). La reconnaissance étant nulle ne produit *aucun effet probatoire, ni en faveur de l'enfant, ni contre lui*. Ainsi, d'une part, l'enfant ne peut s'en faire un titre pour réclamer des aliments à ses parents (art. 762), et, d'autre part, personne ne peut s'en servir pour faire réduire les libéralités qu'il aurait reçues d'eux (art. 908).

717. **Conséquences de l'indivisibilité de l'aveu.** La reconnaissance est un aveu. Or, l'aveu est indivisible de sa nature (arg. de l'art. 1356). Il suit de là que si un homme non marié, en reconnaissant un enfant, lui indique comme mère une femme mariée, la reconnaissance est nulle pour le tout; 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 lient et se caractérisent réciproquement; si l'enfant est adultérin par l'une, il ne peut pas être simplement naturel par l'autre. Cass., 22 juillet 1889, P. 1889, 1, 288; Cass. fr., 17 juillet 1900, D. 1900, 1, 558.

718. **Sanction de la prohibition de la recherche.** Il résulte de l'art. 342 une *fin de non-recevoir d'ordre public* contre toute action en recherche de maternité ou de paternité 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 de la part de son prétendu père.

719. **Cas de filiation adultérine ou incestueuse légalement certaine.** Il y a des articles du code, notamment les art. 762 à 764 et l'art. 908 qui, expressément ou implicitement, attribuent des effets à la filiation adultérine ou incestueuse; comment comprendre que le code agisse ainsi à l'égard d'une filiation qu'il condamne à rester ignorée? C'est qu'il y a des cas dans lesquels la filiation adultérine ou incestueuse se trouve *légalement* établie par la force même des choses, malgré la double prohibition des art. 335 et 342, et où par suite les art. 762 à 764 et 908 pourront recevoir leur application. Ces cas sont les suivants :

1^o Le mari a intenté une action en désaveu et a eu gain de cause. Sauf le cas où la conception a été antérieure au mariage, l'enfant est adultérin, car il est constaté qu'il est né d'une femme mariée et d'un autre que de son mari (art. 312 et 313).

2^o L'enfant a réussi à prouver par témoins sa filiation maternelle, mais le mari de sa mère a réussi, de son côté, à prouver qu'il n'est pas le père du réclamant. Cet enfant est encore pour sa mère un bâtard adultérin (art. 325).

3° Un mariage est annulé pour cause de bigamie ou d'inceste, et les époux ayant été de mauvaise foi, leur union ne peut valoir à titre de mariage putatif. La filiation des enfants issus de ce mariage est adultérine ou incestueuse et se trouve établie au regard de leurs père et mère (art. 147, 161 à 163; supra n° 404).

APPENDICE AU CHAPITRE II. — De la famille de l'enfant illégitime.

Art. 338.

720. **Limitation de la parenté à un seul degré.** En réalité, l'enfant illégitime a une famille comme l'enfant légitime; il a pour parents les parents de ses père et mère. En droit, il n'a pas de famille en dehors de ses père et mère; la parenté illégitime n'a qu'*un seul degré* et ne va pas au delà. Art. 756, in fine. L'application la plus frappante du principe légal est la négation de l'obligation alimentaire entre l'enfant et les ascendants de ses père et mère. Trib. Bruxelles, 10 janvier 1898, P. 1898, 3, 143.

Les art. 161 et 162 pour le mariage, et les art. 759 et 766 pour les successions, sont des exceptions au principe de l'art. 756.

CHAPITRE III. — DE LA LÉGITIMATION.

721. **Définition.** La légitimation, est une faveur de la loi en vertu de laquelle un enfant naturel est élevé de plein droit au rang d'enfant légitime par le mariage que ses père et mère contractent ensemble après l'avoir reconnu. En offrant aux concubins, comme cadeau de noces, la légitimation de leurs enfants, le législateur a voulu les inviter à transformer leur faux ménage en un mariage légitime.

A la différence de l'ancien droit, le code n'admet plus la légitimation par lettres patentes du chef de l'Etat.

SECTION I. — Des conditions de la légitimation.

Art. 331.

722. **Première condition.** *Il faut que les père et mère de l'enfant contractent mariage entre eux.*

Le mariage opère la légitimation à quelque époque qu'il soit

contracté. 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 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. 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 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.

723. Deuxième condition. *Il faut que l'enfant ait été reconnu par ses père et mère avant le mariage ou qu'ils le reconnaissent dans l'acte même de célébration.*

Il n'est pas nécessaire que les parents aient manifesté la volonté de légitimer leur enfant soit dans l'acte préalable de reconnaissance, soit dans l'acte de mariage. La légitimation est un effet légal du mariage; elle s'opère *de plein droit* quand le mariage a lieu à un moment où la filiation de l'enfant est légalement établie. Le texte de l'art. 331 dit bien *pourront* être légitimés, mais la loi n'entend pas par là faire de la légitimation une faculté pour les parents; elle indique seulement le moyen à employer pour les légitimer.

Il est également inutile que l'enfant *consente* à la légitimation. Quel que soit son âge, il ne peut s'y refuser, et n'a d'autre ressource pour s'y soustraire que d'attaquer la reconnaissance dont il a été l'objet (infra n° 728).

724. Inconvénients du système du code. Le code n'admet la légitimation que par mariage subséquent. La légitimation devient donc impossible lorsque le mariage lui-même est impossible, comme si l'un des auteurs de l'enfant est mort, absent, etc. Le code exige en outre que la filiation de l'enfant soit certaine au moment du mariage. Si la reconnaissance n'est faite qu'après le mariage, comme cela arrive souvent, le bénéfice de la légitimation est refusé à l'enfant (1). Il existe cependant un moyen de conférer à l'enfant naturel qui 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 faut l'observation de nombreuses conditions et l'intervention de la justice (infra n° 735).

(1) Il est clair qu'une seconde célébration du mariage, celle-ci postérieure à la reconnaissance, serait une formalité sans valeur. (Cass. fr., 20 avril 1885, D. 1886, 1, 23.)

SECTION 2. — Des enfants auxquels la légitimation s'applique.

Art. 331 et 332.

725. **Enfants naturels simples.** Ce sont les seuls qui profitent de la légitimation. Art. 331.

En principe, la légitimation suppose que l'enfant est encore en vie. Il ne peut être question de conférer une qualité nouvelle à quelqu'un qui n'existe plus. Cependant l'art. 332 décide que la légitimation a lieu nonobstant le décès de l'enfant, lorsqu'il a laissé des *descendants légitimes*. La loi veut ainsi placer ces derniers dans la même situation que si leur auteur avait été légitimé de son vivant ; ils entrent complètement dans la famille de leur aïeul et de leur aïeule et leurs droits de succession se développent en conséquence.

Quand l'enfant naturel décédé 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 ses 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.

726. **Enfants adultérins ou incestueux.** L'art. 331 refuse la faveur de la légitimation aux enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux, c'est-à-dire aux enfants dont la *conception* est le fruit d'un adultère ou d'un inceste (supra n° 714).

Cependant la jurisprudence française décide que l'enfant né hors mariage de deux personnes parentes ou alliées au degré où le mariage est prohibé se trouve légitimé par le mariage subséquent que ses père et mère contractent ensemble en vertu de dispenses du chef de l'Etat (supra n° 338). Rennes, 17 juin 1879, D. 1880, 2, 5. Tous les auteurs protestent contre cette décision en s'appuyant sur le texte et l'esprit de l'art. 331, et sur les principes généraux du droit. Le *texte* de l'art. 331 : il est deux fois contraire au système de la jurisprudence française, en ce qu'il exclut formellement la légitimation des enfants nés d'un *commerce* incestueux et en ce qu'il exige comme condition préalable de la légitimation la reconnaissance *légale* de l'enfant, condition impossible à remplir ici d'après l'art. 335. L'*esprit* de l'art. 331 : l'exclusion prononcée ne peut se concevoir que pour le cas qui nous occupe ; apparemment elle n'a pas été écrite pour dire que deux personnes, *qui ne peuvent en aucun cas se marier ensemble*, ne pourront pas légitimer leur enfant par leur mariage. Les *principes généraux* du droit : aucun texte ne modifie pour notre matière la

notion juridique de l'inceste; aucun ne dispose que les dispenses accordées conformément à l'art. 164 et à la loi du 28 février 1831 opèrent pour le passé en effaçant *rétroactivement* le vice de la conception, en même temps que pour le mariage à venir (1). Gand, 1^{er} mars 1871, P. 1871, 2, 246. *Contra*: Trib. Bruxelles, 29 mai 1886, P. 1886, 3, 254. Les conséquences pratiques du système de la doctrine sont certainement odieuses; elles maintiennent sous le même toit, issus des mêmes parents aujourd'hui légitimement mariés, deux catégories d'enfants, les uns bâtards qui ne peuvent même pas être valablement reconnus par leurs deux auteurs, les autres jouissant de tous les avantages de la légitimité, et on sait que, dans notre opinion, il faut ranger parmi ces derniers ceux des enfants conçus avant le mariage qui ont eu le bonheur de ne venir au monde qu'après la célébration du mariage (supra n° 633). Mais il n'appartient pas à l'interprète de corriger la loi à raison des inconvénients qu'elle présente, si graves qu'ils soient!

SECTION 3. — Des effets de la légitimation.

Art. 333.

727. Attribution de légitimité sans rétroactivité. La légitimation a pour effet d'assimiler entièrement l'enfant légitimé à un enfant légitime. Mais l'assimilation se produit *sans rétroactivité*; elle n'a lieu qu'à compter du mariage et ne remonte pas dans le passé jusqu'au jour de la conception de l'enfant.

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.

728. Annulation de la légitimation. La validité de la légitimation dépend tout à la fois de la reconnaissance de l'enfant et du mariage de ses père et mère. La légitimation 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.

(1) L'arrêté du Roi des Pays-Bas, du 5 février 1817, n'a été porté que pour le passé. Sa légalité est d'ailleurs très contestable; la promulgation de la loi fondamentale du 24 août 1815 avait enlevé au Souverain tout pouvoir législatif.

L'action en contestation de la reconnaissance est uniquement régie par l'art. 339; elle appartient à tout intéressé, et tous les modes de preuve sont admissibles (*supra nos* 694 et 695). Bruxelles, 3 avril 1891, P. 1891, 2, 325.

APPENDICE AU TITRE VII.

Règles spéciales de compétence des art. 326 et 327.

729. **Renvoi.** Ces matières appartiennent aux cours de procédure civile et de procédure pénale.

TITRE VIII. *live*

De l'adoption.

730. **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.

731. **Division de la matière.** Nous traitons dans deux chapitres des conditions requises pour l'adoption et de ses effets.

CHAPITRE I. — DES CONDITIONS REQUISES POUR L'ADOPTION.

SECTION 1. — De l'adoption conventionnelle.

§ 1. — CONDITIONS INTRINSÈQUES.

Art. 343 à 346 et 355.

732. **Distinction.** Il y a lieu de distinguer ici l'adoption *ordinaire* ou de droit commun de l'adoption *rémunératoire* ou *privilegiée*.

I. — Règles de l'adoption ordinaire.

A. — Conditions requises dans la personne de l'adoptant.

733. **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*. Art. 343. La survenance d'un enfant légitime ou la légitimation d'un enfant naturel ne porte aucune atteinte à l'adoption antérieure. Art. 350.

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. Art. 345. 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. Art. 344, al. 2. 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. Art. 355.

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.

734. **Énumération.** 1° L'adopté doit être majeur. Art. 346. 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. Art. 346. 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^o Il doit n'avoir pas déjà été adopté par une autre personne, à moins que le second adoptant ne soit le conjoint du premier. Art. 344, al. 1. Un enfant peut donc être adopté par les deux conjoints, soit simultanément, soit successivement.

735. **Adoption des enfants naturels** C'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, 309.

II. — Règles de l'adoption rémunératoire.

736. **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^o Que l'adoptant ait 50 ans révolus; il suffit qu'il soit majeur.
 - 2^o Qu'il ait 15 ans de plus que l'adopté; il suffit qu'il soit plus âgé, fût-ce d'un seul jour.
 - 3^o Qu'il lui ait donné des soins pendant plusieurs années.
- Toutes les autres conditions sont maintenues.

§ 2. — CONDITIONS DE FORME.

Art. 353 à 360.

737. **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. Art. 360. Montpellier, 9 mai 1882, S. 1884, 2, 158.

738. **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. Art. 354 et 357. Ni l'un ni l'autre délai de ces articles 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. Art. 356 et 357. Toutefois lorsque la cour admet l'adoption, son arrêt doit être rendu à l'audience et publié par voie d'affiches. Art. 358 Comp. Bruxelles, 5 septembre 1873, P. 1874, 2, 318.

739. **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.

740. **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.

741. **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, 188.

742. **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.

743. **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.

744. 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 *filis 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. Art. 348 et 349. 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.

745. Nom de l'adopté ⁽¹⁾. L'adopté prend le nom de l'adoptant, en l'ajoutant au sien propre. Art. 347. 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 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.

746. Empêchements de mariage. L'adoption crée quelques empêchements de mariage entre l'adoptant, l'adopté et certains

⁽¹⁾ Quid des titres de noblesse? Trib. Bruxelles, 4 février 1890, P. 1891, 3, 24; Paris, 18 juillet 1893, D. 1894, 2, 7.

membres de leur famille. Art. 348. Selon le principe propre à la matière du mariage, il faut décider que ces empêchements sont purement prohibitifs (supra n° 381).

L'énumération de l'art. 348 est *limitative*. Le mariage reste donc possible entre toutes autres personnes.

747. **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 Art. 349.

748. **Droit de succession de l'adopté.** L'adopté acquiert, sur les biens de l'adoptant, les mêmes droits héréditaires qu'un enfant légitime. Art. 350. 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.

749. **Controverse relative aux descendants de l'adopté.** Il arrive parfois que l'adopté meurt avant l'adoptant, par conséquent 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.

750. 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. Art. 351 et 352. 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 anomales*. 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.

De l'autorité des Pères et Mères.

TAUDIÈRE. *Traité de la puissance paternelle.* Paris.

751. **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; c'est ainsi qu'elle comprend le droit de consentir à l'option de nationalité, au mariage, à l'adoption, le droit de tutelle, d'émancipation, d'acceptation des donations faites aux enfants. Dans une acception spéciale et technique, elle désigne uniquement les *pouvoirs que notre titre IX 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*, pour leur permettre de remplir leurs devoirs envers ceux-ci.

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.

752. **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.

753. **Matière d'ordre public.** La matière de la puissance paternelle n'est pas du domaine des volontés privées (supra n° 62). 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.

754. **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.

755. **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 I. — A qui appartient l'autorité et qui l'exerce.

Art. 372 et 373.

756. **Attribution 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.

757. **Exercice de l'autorité durant le mariage.** Le père *seul*, dit l'art. 373, exerce cette autorité durant le mariage.

L'autorité étant commune au père et à la mère et l'exercice n'en étant refusé à cette dernière que par suite de l'attribution qui en est faite à son mari, cet exercice doit naturellement lui revenir non seulement en cas de mort de celui-ci, mais encore lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité physique, morale ou légale d'accomplir sa mission.

Si donc le père est absent, fou, interdit, ou frappé de déchéance, la mère prend sa place de plein droit. Arg. de l'art. 141. L'art. 373, comme les art. 384 et 389, ne prévoit que le cas ordinaire, celui où le père est présent et capable de fait et de droit. Verviers, 16 juillet 1902, J. L. 1903, 157.

Il est universellement reconnu que la séparation de corps reste en principe sans influence sur l'exercice de l'autorité paternelle. Le père conserve tout naturellement sa prépondérance habituelle, puisque le mariage subsiste. On a vu cependant que les art. 302 et 303 peuvent être étendus du divorce à la séparation de corps (supra n° 603).

758. **Exercice de l'autorité au cas de divorce.** A part les art. 302, 303 et 386, le code ne renferme aucune disposition particulière sur l'exercice de l'autorité paternelle après le divorce des père et mère. De là toute une série de difficultés. Quel est le principe à suivre? D'après un premier système, l'attribution de la garde des enfants entraînerait celle de toutes les prérogatives de l'autorité paternelle. Courtrai, 3 juillet 1896, P. 1897, 3, 34; *Revue crit.*, 1902, p. 587. Suivant un second, les père et mère auraient à un titre égal l'exercice de l'autorité, et ce serait à la justice de vider leurs conflits. Note au D. 1901, 2, 121. D'après un troisième système, le père conserverait l'exercice exclusif de l'autorité, alors même que le divorce aurait été prononcé contre lui et que la garde des enfants ne lui aurait pas été confiée. Avis Cons. d'Etat, 16 novembre 1899, D. 1902, 3, 18. Ce système s'appuie avec beaucoup de force sur le rapprochement de l'art. 373 avec les art. 377, 381, 384, 389 et 390, d'où il semble bien résulter que l'expression *durant le mariage*, dans les divers textes de notre titre, a été 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. Il argumente, en outre, de l'art. 148 qui dispose que la volonté du père l'emporte *toujours* sur celle de la mère pour le mariage des enfants, sans faire d'exception pour le cas où les parents sont divorcés. (V. aussi art 102: sur l'émancipation du mineur)

Le tiers obtenant la garde des enfants aura-t-il l'autorité paternelle? —
non !! —
L'art 373 exclut-il au contraire que le père

SECTION 2. — Des attributs de l'autorité paternelle.

759. **Énumération.** Les attributs de l'autorité paternelle sont : 1° le devoir d'éducation, qui a pour corollaires le droit de garde et le droit de correction ; 2° le droit de jouissance légale ; 3° le devoir d'administration légale. Ce dernier attribut cesse d'exister dès que l'un des père et mère vient à mourir. Ce n'est plus alors qu'en vertu

du droit de jouissance légale ou en qualité de tuteur que le survivant a la gestion des biens de ses enfants.

§ 1. — DE L'ÉDUCATION DE L'ENFANT.

I. — *Du droit de garde.*

Art. 374.

760. Objet de ce droit. On entend par là le droit qui appartient au dépositaire de l'autorité paternelle de contraindre l'enfant à rester soit auprès de lui, soit dans la maison d'éducation ou l'atelier d'apprentissage où il l'a placé.

Le droit de garde entraîne avec lui un *droit de surveillance* sur la correspondance et les relations de l'enfant. Le dépositaire de l'autorité peut examiner la correspondance de l'enfant et l'intercepter selon les règles de l'arrêté du 30 mars 1900. Il peut interdire à l'enfant toute communication avec telle ou telle personne.

761. Sanction de ce droit. Si quelqu'un enlevait l'enfant ou le détenait contrairement à la volonté du dépositaire de l'autorité, celui-ci aurait le droit de s'adresser à la justice pour réclamer l'enfant. En cas d'urgence, il pourrait même y avoir lieu à référé. Gand, 31 juillet 1903, B. J. 1903, col. 1063. Mais jamais il n'est possible d'employer contre un *tiers* la procédure extraordinaire établie par l'art. 377 pour faire interner l'enfant. Bruxelles, 14 juin 1898, P. 1898, 2, 360 ; Agen, 13 mars 1903, D. 1904, 2, 16.

762. Observation sur les cas de divorce et de séparation de corps. Les art. 302 et 303 n'appellent les tribunaux à réglementer la garde des enfants que pour le temps de la *vie des époux* séparés ou divorcés. Dès lors, au décès de l'un d'eux, le survivant recouvre ou acquiert de plein droit l'exercice de l'autorité paternelle avec tous ses attributs sur la personne des enfants. Mais il appartient toujours aux intéressés de provoquer, en faveur des enfants, le contrôle de l'autorité judiciaire, sur la manière dont le survivant exerce son autorité (infra ch. III). DE LOYNES, note au D. 1893, 2, 81.

II. — *Du droit de correction.*

Art. 375 à 382.

763. Châtiments domestiques. Le droit des parents d'infliger des châtimens domestiques n'a jamais été mis en doute; il découle

naturellement de l'autorité. Mais aucun texte ne le régleme. En cette matière il y a toujours une question de fait qui dépend des mœurs et des circonstances, et qui doit être laissée à l'appréciation des tribunaux.

764. **Internement de l'enfant.** C'est la suprême ressource pour vaincre les mauvais penchants de l'enfant. Le code la régleme minutieusement dans les art. 375 à 382 qui forment la majeure partie du titre. Dans le langage de la pratique, les expressions *droit de correction* et *droit d'internement* sont synonymes.

Le droit de correction suppose nécessairement le droit de garde. Le père que la justice a privé de la garde de l'enfant ne peut plus le faire interner.

Quand l'enfant n'a pas seize ans commencés, la durée de son internement ne peut jamais dépasser *un mois* ; elle peut s'élever jusqu'à *six mois* quand l'enfant a dépassé cet âge.

C'est toujours au président du tribunal de première instance *seul* qu'il appartient de délivrer l'ordre d'internement. Selon les cas, les père et mère procèdent auprès de ce magistrat par *voie d'autorité* ou par *voie de réquisition*.

Lorsque le père agit par voie d'autorité, le président exerce un *ministère purement passif* ; il est le simple exécuteur de la volonté du père, sans avoir à en apprécier les motifs, ni même à les connaître. Au contraire, quand l'internement est provoqué par voie de réquisition, le président est appelé à *examiner et à juger* la conduite de l'enfant ; il peut décider soit qu'il n'y a pas lieu à l'internement demandé, soit qu'il y a lieu à un internement plus court ; d'autre part, l'enfant peut exercer un *recours* contre l'ordonnance du président ; il se pourvoit auprès du premier président de la cour d'appel par l'intermédiaire du procureur général (1).

Le père *seul* peut procéder par *voie d'autorité*, et encore faut-il que *trois conditions* soient réunies : 1^o qu'il ne soit pas en état de second mariage ; 2^o que l'enfant ait moins de seize ans commencés ; 3^o que l'enfant n'ait pas de biens personnels et n'exerce pas un état. Dès que l'une de ces conditions fait défaut, le père ne peut plus recourir qu'à la *voie de réquisition*.

(1) Doit-on limiter l'exercice du recours aux seuls cas prévus par l'art. 382 ou l'admettre dans tous les cas où le droit de correction n'est pas exercé par voie d'autorité ? La question est douteuse. Liège, 23 mai 1892, P. 1892, 2, 387.

La mère, qui ne peut jamais agir par *voie d'autorité*, ne peut agir par *voie de réquisition* qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant. De plus, le droit de correction lui échappe absolument quand elle est en état de second mariage.

Le droit de correction doit toujours s'exercer *d'une manière secrète*. Il ne doit y avoir ni formalités judiciaires, ni écritures; l'ordre d'internement seul doit être écrit; encore doit-il toujours être muet sur les motifs de la mesure.

Le *droit de grâce* est de l'essence de la matière. Le père ou la mère qui a obtenu l'internement de l'enfant est toujours maître d'en abrégé la durée, sans devoir remplir aucune formalité.

§ 2. — DE LA JOUISSANCE LÉGALE DES BIENS DE L'ENFANT.

Art. 384 à 387.

765. **Définition.** Le droit de *jouissance légale*, ou comme on l'appelle ordinairement, l'*usufruit légal*, est le droit qui appartient aux père et mère de s'approprier ceux des revenus de l'enfant qui excèdent ce qui est nécessaire à son entretien et à son éducation. La loi, en l'établissant, a voulu accorder aux père et mère une compensation des soins et des peines que leur impose l'éducation de l'enfant, et prévenir les difficultés qu'entraîneraient des comptes trop compliqués de revenus entre l'enfant et ses père et mère.

I. — *Biens soumis à la jouissance légale.*

766. **Principe.** La jouissance légale de celui des père et mère qui exerce l'autorité paternelle affecte en principe tous les biens qui composent le *patrimoine* de l'enfant, quelle que soit leur nature ou leur provenance. *Quelle que soit leur nature* : donc les immeubles comme les meubles; *quelle que soit leur provenance* : donc non seulement ceux que l'enfant a recueillis dans la succession du prémourant de ses auteurs, mais encore ceux qu'il a acquis à tout autre titre, notamment par une donation entre vifs ou testamentaire. En général c'est seulement après la dissolution du mariage par le décès de l'un des parents, que le droit de jouissance commence à s'*exercer* au profit du survivant, car il est rare que l'enfant ait des biens personnels du vivant de ses père et mère.

767. **Exceptions.** Il y a cependant certaines catégories de biens qui sont soustraits à la jouissance légale :

1^o Les biens que l'enfant acquiert par un travail *séparé*, c'est-à-dire distinct, de celui de ses père et mère. Art. 387. C'est l'ancienne idée du pécule romain.

2^o Les biens donnés ou légués 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. On a dit avec raison que la loi 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. — *Nature juridique de la jouissance légale.*

768. **Application des règles de l'usufruit.** En principe, le droit de jouissance légale confère au père ou à la mère tous les avantages que la loi reconnaît à l'usufruitier ordinaire. 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

⁽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).

de *fruits* d'après les dispositions du titre de l'usufruit. De plus si, comme on va le voir, l'usufruitier légal ne peut disposer de son droit, il peut certainement faire tous les *actes d'administration*, et notamment les *baux*, qu'il juge utiles pour faire fructifier les biens de l'enfant à son profit (art. 595).

769. **Déroghations aux règles de l'usufruit.** Le droit de jouissance légale n'est pas un véritable usufruit, un démembrement de la propriété. C'est un *droit de famille, accessoire de l'autorité paternelle*, qui laisse intact le droit de propriété de l'enfant. Aussi remarque-t-on que la loi affecte d'employer l'expression de *jouissance légale* et d'éviter celle d'*usufruit*; ce n'est que dans des textes qui ne sont pas le siège de notre matière que l'appellation d'*usufruit* se rencontre (art. 389, 601 et 730). ne se fait pas
par l'usufruit
c'est le droit
de l'enfant
qui est le
propriétaire
de son bien
légal

De la nature particulière du droit de jouissance légale il faut tirer cette triple conséquence qu'il n'est *point susceptible de cession, ni d'hypothèque*, et qu'il est *insaisissable*. Bordeaux, 21 février 1893, D. 1893, 2, 361.

Mais si les créanciers du père ou de la mère ne peuvent pas saisir et faire vendre son *droit de jouissance*, ils peuvent saisir les *fruits des biens* de l'enfant dans la mesure où ils appartiennent à son père ou à sa mère, leur débiteur, c'est-à-dire *déduction faite des charges que celui-ci est tenu d'acquitter*. Trib. Bruxelles, 11 janvier 1888, P. 1888, 3, 189; Lyon, 13 novembre 1894, D. 1896, 2, 393.

III. — Charges de la jouissance légale.

770. **Application des règles de l'usufruit.** La loi 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.

771. **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 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; celle 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'étendue de l'obligation de notre art. 385 est proportionnelle aux revenus des ^{enfants} 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° *Les intérêts et arrérages (arriérés) des capitaux (passifs).* Art. 385, 3°. Il ne s'agit point dans ce 3° 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° de notre article. Il ne peut donc s'agir dans le 3° 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° *Les frais funéraires et de dernière maladie* (de la personne dont l'enfant a recueilli la succession). Art. 385, 4°. Il ne s'agit point dans ce 4° 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 non pas seulement de la dernière) rentrent évidemment dans les frais d'entretien dont il est parlé d'une manière générale dans le 2° 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° que des frais concernant la *personne à laquelle l'enfant a succédé* et dont le patrimoine se trouve soumis au droit de jouissance légale. : *Il est clair que ces frais ne doivent être supportés par l'usufruitier légal que pour autant qu'ils sont dus par l'enfant.*

IV. — Cessation de la jouissance légale.

772. **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 du survivant des père 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° 431).

mère. Le droit de jouissance ne passe jamais aux ascendants après la mort des deux auteurs de l'enfant.

773. **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.

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 le droit de jouissance légale.

On sait que la séparation de corps ne fait pas encourir à l'époux coupable la déchéance du droit de jouissance (supra n^o 603).

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.

§ 3. — DE L'ADMINISTRATION LÉGALE DES BIENS DE L'ENFANT.

Art. 389.

774. **Notions préliminaires.** On représente souvent l'administration légale comme un *droit* découlant de la puissance paternelle; la vérité est qu'elle est plutôt un *devoir*. C'est le devoir relatif aux *biens* de l'enfant, comme l'éducation est le devoir relatif à sa *personne*.

(1) Puisque la présence du père ne l'empêche plus d'exercer cet attribut de l'autorité (supra n^o 767). La question est cependant controversée.

(2) Les enfants à leur majorité demandent compte à leur mère remariée du patrimoine et des revenus depuis le mariage (pourvu qu'il y ait eu un inventaire). Elle s'oppose à cette réclamation et prétend qu'elle est dans le bon droit et que de plus elle profite de la théorie de l'obligation alimentaire. Mais il n'y a ni convention amiable ni jugement. La dette alimentaire existe-t-elle? On peut dire que les contributions requises par la loi sont remplies. La preuve de la convention n'est pas suffisante que pour liquider la dette.

Le code ne renferme 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. Le laconisme du texte a fait naître un grand nombre de controverses.

L'art. 389 se borne à déférer l'administration des biens de l'enfant *au père* ; il aurait dû dire à *celui des père et mère qui exerce l'autorité*. La mère, en effet, doit exercer l'administration légale du patrimoine de l'enfant toutes les fois que le père est dans l'impossibilité physique, morale ou légale de l'exercer lui-même (supra n° 767).

Quand la mère administre, à défaut du père, le patrimoine de l'enfant, elle n'est soumise, dans sa gestion, à aucune des règles des art. 215 et suiv. sur l'incapacité de la femme mariée.

L'administration légale est un attribut de la puissance paternelle. *Elle agit en vertu de l'art. 389 et non de l'art. 215.*

A ce titre seul elle est d'ordre public (supra n° 753). Les particuliers ne peuvent donc la supprimer ni l'amoindrir, faute d'un texte qui les y autorise. Il en a fallu un, l'art. 387, pour permettre aux tiers 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 *devoir* imposé aux parents dans l'intérêt de leur enfant. Gand, 14 mars 1894, P. 1894, 2, 363. *Contra* : Orléans, 21 avril 1894, D. 1894, 2, 397.

775. Rapprochements. La jouissance légale et l'administration légale peuvent exister l'une sans l'autre. Ainsi la jouissance légale s'éteint dès que l'enfant a dix-huit 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 que la tutelle est déferée 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 des auteurs de l'enfant. 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° 768).

776. L'administration légale n'est pas une tutelle. Comme l'ancien droit le faisait déjà, l'art. 389 et les art. 390 et suiv. établissent une distinction très nette entre l'administration légale et la tutelle. On comprend d'ailleurs que la loi n'ait pas cru devoir

soumettre l'administration légale à toutes les mesures de précaution auxquelles la tutelle est assujettie, même lorsqu'elle est exercée par le survivant des père et mère. Du vivant des deux époux, en effet, l'enfant trouve dans la personne de sa mère le meilleur des subrogés tuteurs. D'un autre côté, les biens dont se compose le patrimoine de l'enfant n'ont pas alors, en général, une grande importance, et il n'y a pas, entre lui et son père, les conflits d'intérêts que la mort de l'un des époux suscite presque toujours. Cass. fr., 5 janvier 1903, D. 1903, 1, 24.

De ce principe que l'administration légale n'est pas une tutelle résultent des conséquences nombreuses dont voici les plus importantes :

1° Les causes d'*incapacité* et d'*exclusion* établies en matière de tutelle (art. 442 et suiv.) ne s'appliquent pas à l'administration légale.

2° L'administrateur légal n'est pas soumis à la surveillance d'un *subrogé tuteur* chargé de le remplacer au besoin (art. 420).

3° L'administrateur légal n'est pas placé sous la dépendance d'un *conseil de famille* appelé à régler et à contrôler son administration d'une façon constante et pouvant, le cas échéant, la lui retirer (art. 446 à 456).

4° Les biens de l'administrateur légal ne sont pas grevés d'une *hypothèque légale* garantissant le paiement du reliquat de son compte.

5° Si l'administrateur légal est comptable de sa gestion, comme le dit l'art. 389, son obligation de rendre compte est uniquement régie par les dispositions de droit commun des art. 1996 et 2262, et non point par les *dispositions spéciales* des art. 472, 474 et 475.

777. 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 indifférente, *administrateur ad hoc* ou *tuteur ad hoc*; l'appellerait-on tuteur *ad hoc*, il ne saurait évidemment avoir d'autres pouvoirs que ceux du 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, les autres, avec plus de raison, décident que sa nomination appartient au conseil de famille (supra n° 653). Cass. fr., 10 juin 1885, D. 1885, 1, 465. *Contra* : Marche, 19 décembre 1902, J. L. 1903, 31. Comp. Paris, 1^{er} mars 1901, D. 1902, 2, 90.

Après l'arrêt n° 101 de jurisprudence gratuite qui dans les cas d'urgence prévient par un loi.

778. Pouvoirs de l'administrateur légal. Actes d'administration. L'art. 389 dispose que le père est *administrateur* des biens personnels de son enfant mineur. Il lui donne ainsi qualité pour accomplir librement, *au nom de l'enfant*, tous les actes de la vie civile qui rentrent dans la catégorie des *actes d'administration* (supra n° 46). 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.

779. Pouvoirs de l'administrateur légal. Actes de disposition. Que décider à l'égard des actes de disposition? Certains ont trouvé 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 du père administrateur légal. Ce principe gouvernerait tous les *actes à titre onéreux*; il ne subirait de limitation que pour les *actes à titre gratuit*. *Revue de droit belge*, I, p. 844; *Revue trimestrielle*, 1902, p. 782. La plupart des auteurs 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 du père *administrateur*, selon le terme précis de l'art. 389, se limitent aux actes qui, de droit commun, compétent aux simples administrateurs du patrimoine d'autrui (art. 1988).

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

(non exp. j. b. l.)

Systeme de Laurent

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. pr.

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 (art. 446 à 456; supra n° 776); 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 (art. 297, 302 et 494)?

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; Bordeaux, 24 janvier 1901, D. 1902, 2, 377; Cass. fr., 5 janvier 1903, D. 1903, 1, 24. Comp. *Revue 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.

780. Fin de l'administration légale. Obligation de rendre

(1) Remarquons que le tribunal n'aurait jamais qu'après le Conseil de famille

compte. L'administration légale prend fin avec la puissance paternelle. Elle prend fin auparavant, pour être remplacée par la tutelle, lorsque l'un des père et mère vient à mourir; le survivant, bien qu'il ait encore la puissance paternelle, n'a plus l'administration légale.

Comme tout administrateur du patrimoine d'autrui, le père doit rendre compte de sa gestion et il est responsable des fautes qu'il a pu commettre. Le compte est rendu au propriétaire, c'est-à-dire à l'enfant. Le père doit compte de toute la *propriété*, et aussi des *revenus* des biens dont il n'avait point la jouissance. Toutefois 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 autres biens soumis au droit de jouissance.

CHAPITRE II. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS ILLÉGITIMES.

SECTION I. — Des enfants naturels simples.

Art. 383.

781. **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.

Lorsque l'enfant naturel 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, elle est commune à l'un et l'autre. Mais l'*exercice* en appartient-il au père seul comme lorsqu'il s'agit d'enfants légitimes? La jurisprudence admet bien la prépondérance du père naturel en ce qui concerne le nom de l'enfant, sa nationalité et son mariage; il y a quant au mariage un texte formel, l'art. 158. Mais quant à la puissance paternelle au sens technique, elle décide en principe que le père et la mère naturels sont placés sur le pied d'égalité, qu'ils doivent agir d'accord, et qu'en cas de dissentiment entre eux il appartient à l'autorité judiciaire de décider au mieux des intérêts de l'enfant. Elle argumente du silence de la loi qui ne renferme aucune disposition analogue à celle de l'art. 373. Bruxelles, 11 mai 1898, P. 1898, 2, 325; Trib. Chambéry, 8 décembre 1900, D. 1903, 2, 146.

782. **Attributs de l'autorité.** Les père et mère naturels ont, comme les parents légitimes, le droit ou plutôt le devoir d'éducation.

Le droit de correction que l'art. 383 leur confère n'est, en effet, qu'un corollaire du devoir d'éducation, lequel à son tour implique nécessairement le droit de garde.

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. — *marque nettement le ligné de légitimation*

783. Privation de la jouissance et de l'administration. Les parents naturels n'ont ni la jouissance légale, ni l'administration légale des biens de leur enfant. L'art. 383 ne renvoie qu'aux articles qui le précèdent et non également à ceux qui le suivent ; d'autre part, les art. 384 et 389 supposent le mariage des père et mère de l'enfant et se trouvent dès lors inapplicables en eux-mêmes aux père et mère naturels. L'enfant naturel qui a des biens personnels doit donc être mis en tutelle, sans que d'ailleurs le code ait pris soin de s'expliquer sur l'organisation de cette tutelle. Cass. fr., 16 novembre 1898, D. 1899, 1, 218 ; Dissertation à la J. L. 1896, 233. *≡ 113 visé l. 0 de visé d'administration (corollaire ou sub corollari) et le droit de garde (corollaire 74 d'éducation).*

SECTION 2. — **Des enfants adultérins ou incestueux.**

784. Controverse. L'enfant adultérin ou incestueux dont la filiation est judiciairement établie est-il soumis à la puissance paternelle comme l'enfant naturel reconnu ? La négative paraît bien résulter du silence de la loi, l'art. 383 ne concernant que les pères et mères des enfants naturels *légalement* reconnus. Liège, 23 janvier 1889, J. L. 1889, 140.

CHAPITRE III. — DE LA DÉCHÉANCE DE L'AUTORITÉ PATERNELLE ET DU CONTROLE DE LA JUSTICE SUR L'EXERCICE DE CETTE AUTORITÉ.

785. Lacune du code. Le code civil 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

voir Alex. Honoré

déchéance suppose un texte qui la prononce ou permette de la prononcer. *Pœnalìa non sunt extendenda.*

786. 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 abandonné 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, et 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 pas dépouillé de tous les attributs de la puissance paternelle *sentu lato* (supra n° 751), mais seulement de ceux accordés *par le titre de la puissance paternelle* (1).

Plusieurs auteurs vont même jusqu'à décider que le père conserve le droit d'administration légale, parce qu'il est traité de cette administration, non au titre ix, de la puissance paternelle, *mais au titre x, de la minorité.* C'est là une interprétation tout à fait *judiciaire*. N'est-il pas évident que c'est par pure inadvertance que l'art. 389 a été intercalé dans le titre de la minorité? La volonté des auteurs du code pénal et de la loi de 1888 n'a-t-elle pas été d'enlever au condamné *tous les attributs de la puissance paternelle* au sens spécial et technique de l'expression, sans distinction entre eux?

787. Contrôle de la justice. Si les tribunaux ne peuvent jamais appliquer à la puissance paternelle les causes de déchéance

(1) C'est donc à tort qu'une circulaire ministérielle du 13 février 1850 décide que le père condamné pour attentat aux mœurs ou viol sur la personne de son enfant n'a plus le droit de consentir ou de former opposition au mariage de cet enfant.

établies par les art. 443 et 444 en matière de tutelle, il ne faut pas hésiter à leur reconnaître le pouvoir de *modifier provisoirement l'exercice de cette autorité*, lorsque l'éducation morale ou physique de l'enfant ou ses intérêts pécuniaires se trouvent vraiment en péril.

Dans l'esprit du code civil, la puissance paternelle n'est plus une autorité despotique, mais un pouvoir protecteur; elle ne donne de droits que par corrélation aux devoirs qu'elle impose et comme moyens d'en faciliter l'accomplissement (supra n° 752). 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 l'*application*, 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 fussent divorcés? Gand, 30 décembre 1903, B. J. 1904, col. 102; *Revue crit.*, 1903, p. 206.

C'est en vertu de cette théorie sur le *contrôle de l'exercice de la puissance paternelle* que la jurisprudence s'est reconnu le pouvoir : 1° de suspendre les droits qui sont les corollaires du devoir d'éducation chez le père qui compromet la santé ou la moralité de son enfant. Bruxelles, 27 juillet 1903, B. J. 1903, col. 1060; DE LOYNES, note au D. 1890, 2, 25; 2° de réglementer les relations de l'enfant avec ses grands-parents lorsque le père les interdit arbitrairement. Trib. Gand, 23 juillet 1902, B. J. 1903, col. 424; Nîmes, 3 août 1898, D. 1899, 2, 391; 3° de prescrire des mesures pour protéger les biens de l'enfant contre la mauvaise gestion de son père ou pour contraindre celui-ci à remplir toutes les charges de sa jouissance légale. Gand, 7 janvier 1888, P. 1888, 2, 294; Limoges, 14 mai 1897, D. 1901, 2, 381.

La loi du 20 novembre 1896, sur les droits héréditaires du conjoint survivant, a confirmé implicitement le système de la jurisprudence en disposant en son art. 1^{er}, II, § 9, que lorsqu'il existe des descendants du défunt, le conjoint survivant 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* ou en vertu d'une condamnation pénale.

788. A qui appartient l'action devant les tribunaux.
Quelles sont les personnes qui ont qualité pour provoquer le contrôle de la justice? Cette question ne présente aucune difficulté du moment que l'on considère les art. 267, 302 et 303 comme l'expression des

principes du code sur le pouvoir d'intervention des tribunaux dans l'exercice de l'autorité paternelle. On arrive ainsi à reconnaître qualité à la mère, au conseil de famille et au ministère public. Ce dernier trouve d'ailleurs encore qualité pour agir dans la disposition de l'art. 46 de la loi d'organisation judiciaire du 20 avril 1810. Gand, 30 décembre 1903, B. J. 1904, col. 102.

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.

789. **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.

La majorité commence quant 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.

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.

790. **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° Pour le *testament*, lorsqu'il a 16 ans accomplis; il a alors une demi-capacité de tester. Art. 904.

3° Pour les *engagements qui concernent sa profession*, lorsqu'il est artisan. Art. 1308.

4° Pour les *actes purement conservatoires*. Arg. des art. 2139 et 2194.

5° 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.

6° 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.

7° 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.

8° Pour recevoir la rémunération de son travail. Art. 35, 36 et 40 de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail.

9° Le mineur est valablement tenu de réparer le dommage causé par les *délits* ou *quasi-délits* qu'il a commis à l'âge de raison. 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., 29 décembre 1902, P. 1903, 1, 65; Cass. fr., 22 février 1896, S. 1898, 1, 377. *Contra* : *Revue crit.* 1898, p. 614.

En justice civile il peut également agir soit son représentant légal.
791. **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° L'*option de patrie* ou déclaration de naturalité. Loi du 16 juillet 1889.

2° Le *contrat de mariage*, les *donations par contrat de mariage* et le *mariage*. Art. 75, 1095 et 1398.

3° L'*engagement de son travail*. Art. 34 de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail.

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.

792. **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 habilité* conformément aux prescriptions de la loi.

793. **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*. L'organisation de cette nullité se trouve aux art. 1304 à 1314. Il suffit d'observer à présent que les règles de ces articles, et notamment celles des art. 1305, 1311 et 1314, s'appliquent aux mineurs sous puissance paternelle seule comme aux autres. Trib. Liège, 3 juillet 1897, P. 1897, 3, 276.

Deuxième partie. — De la tutelle des mineurs.

794. **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 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.

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. En pratique, la tutelle de l'enfant naturel ne s'ouvre que lorsqu'il acquiert une fortune personnelle; la tutelle devient alors nécessaire, les parents naturels, même légalement connus, n'étant pas investis du pouvoir d'administration légale lequel n'existe, d'après l'art. 389, que durant le mariage et par suite seulement lorsqu'il y a mariage.

795. **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.

796. **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.

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.

797. **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.

§ 1. — DE LA DÉSIGNATION DU TUTEUR.

798. **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 l'art. 396, 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. *Contra* : Cass. fr., 14 décembre 1863, D. 1864, 1, 63. *Art III est susceptible de recevoir son application depuis que la Belgique a repris l'état indépendant de l'empire.*

799. **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.

Il y a également deux tutelles datives : la tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère, appelée habituellement tutelle *testamentaire*, et la tutelle déferée par le conseil de famille, à laquelle on applique plus spécialement la qualification de tutelle *dativo*.

Le code traite des différentes espèces de tutelles 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 déferée par ce survivant ; 3^o la tutelle des ascendants ; 4^o la tutelle déferée 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.

I. — *Tutelle du survivant des père et mère.*

Art. 390.

800. **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 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 ? Seine, 27 février 1897, D. 1897, 2, 303. La plupart des auteurs décident qu'il devra se faire assister de son propre curateur ; mais leur solution est tout à fait arbitraire, car le curateur de l'émancipé n'a aucun pouvoir sur l'enfant de celui-ci (comp. supra n^o 500). La solution la moins choquante est celle qui exige l'assistance du subrogé tuteur de l'enfant.

En principe, mêmes effets. Cependant il ya quelques cas
801. **Particularités de la tutelle de la mère.** Ces particularités concernent :

- 1^o l'étendue des pouvoirs de la tutrice ;
- 2^o les causes de dispense de la tutelle ;
- 3^o les mesures prescrites en cas de convol en secondes noces.

A. — Première particularité : Du conseil de tutelle.

Art. 391 et 392.

802. **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 prémontrant 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.

803. **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 de justice de paix (1); 3^o un écrit dressé dans la forme d'un testament.

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 ⁽²⁾ 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.

804. **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 valable-

(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 558):

(2) Pas de juridiction gracieuse ni attributaires hors celles fixées par la loi.

ment 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.

805. **Nullité des actes non approuvés par le conseil** La sanction du défaut d'assentiment du conseil de tutelle dans les cas où cet assentiment était nécessaire, est la nullité. Cette nullité résulte des expressions dont la loi s'est servie dans les deux alinéas de l'art. 391.

B. — Deuxième particularité : Du refus de la tutelle.

Art. 394.

806. **Faculté accordée à la mère.** Le père survivant doit toujours accepter la tutelle, à moins qu'il ne se trouve dans un des cas d'excuse admis par la loi. La mère, au contraire, n'est tutrice *qu'autant qu'elle le veut bien* ; elle peut, si elle ne se croit pas en état de remplir convenablement cette fonction, la refuser sans avoir à faire connaître les motifs de sa détermination. La loi lui impose seulement l'obligation de faire convoquer le conseil de famille pour nommer un autre tuteur et de remplir jusqu'à cette nomination les devoirs de la tutelle.

La renonciation de la mère à la tutelle n'est d'aucune influence sur l'autorité paternelle qu'elle conserve dans les limites légales.

C. - Troisième particularité : Du convol en secondes noces.

Art. 395 et 396.

807. **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 la puissance 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.

808. 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, il doit lui adjoindre son futur mari en qualité de cotuteur. Art. 396. Cette nomination est une condition *essentielle*; aussi le conseil ne saurait-il maintenir la tutelle de la mère si le nouveau mari était incapable d'être tuteur.

809. 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 ne se fait aucune division de pouvoirs entre eux. Ils doivent gérer ensemble et conjointement; leur concours 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.

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*.

Il y a un lien si étroit entre la tutelle de la mère et la cotutelle de son nouveau mari qu'en principe toute cause qui met fin à l'une met fin également à l'autre. Il faut excepter toutefois le cas du divorce et celui 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.

810. Deuxième hypothèse. Déchéance de la tutrice légale. La mère qui n'a pas requis la convocation du conseil de famille avant de se remarier ⁽¹⁾ est déchue de la tutelle *de plein droit*, dès la célébration du nouveau mariage. Art. 395, al. 2.

(1) Quid si la mère avait fait convoquer le conseil, mais si celui-ci n'avait pas statué valablement? Louvain, 17 juillet 1889, B. J. 1889, col. 1579.

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 déchuë. 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.

811. **Cotutelle de fait de la mère et du mari.** L'art. 396, § 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, *Revue notari. belge*, 1902, 124. *Contra* : Dijon, 16 juillet 1862, D. 1862, 2, 146.

II. — Tutelle testamentaire.

Art. 397 à 401.

812. **Conditions requises.** La loi donne au survivant des père et mère la faculté de désigner un tuteur pour le remplacer après son décès.

1^o 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*.

(1) Sur les tutelles de fait, voir *Revue trimestrielle*, 1903, p. 781.

2° 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 destituer de son autorité privée un tuteur en exercice. L'art. 399 n'est qu'une application particulière de ce principe.

Le survivant a la même liberté de choix que le conseil de famille (infra n° 820). Art. 401.

813. **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.

814.***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.*

Art. 402 à 404.

815. **Conditions requises.** La tutelle légale des ascendants 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 des ascendants, mais à la tutelle dative, lorsque

le tuteur testamentaire se trouve incapable, exclu, excusé, ou vient à perdre la tutelle par une cause quelconque.

816. **Exclusion des femmes.** Cette tutelle légale n'est jamais dévolue aux ascendantes. Les ascendantes peuvent bien être tutrices (art. 442), mais ces fonctions doivent leur avoir été conférées par le dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille.

817. **Ordre de préférence.** L'ascendant *le plus proche*, qu'il appartienne à la ligne paternelle ou à la ligne maternelle, l'emporte sur tous les autres.

En cas de concours d'ascendants du même degré, l'ascendant paternel est préféré à l'ascendant maternel.

818. **Absence de dévolution entre ascendants.** La tutelle légale des ascendants ne s'ouvre qu'une fois. Cette règle est généralement admise dans les cas où l'ascendant appelé en première ligne se fait excuser, se trouve incapable, exclu ou destitué. Mais elle est controversée dans le cas où l'ascendant en exercice vient à mourir avant la majorité de l'enfant ; certains soutiennent que la tutelle ne devient point dative et que le défunt est remplacé de plein droit par celui qui vient après lui.

IV. — Tutelle déférée par le conseil de famille.

Art. 405.

819. **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 pas d'ascendant mâle, mais encore :

1^o Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire, ou l'ascendant appelé en première ligne à la tutelle légale, ne veut ou ne peut, pour une cause légale quelconque, gérer la tutelle qui lui est déférée. Art. 394 et 405.

2^o Lorsque le tuteur en fonctions vient à perdre la tutelle pour une cause quelconque. Arg. de l'art. 405. 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 des ascendants, selon les dispositions des art. 397 et 402.

820. **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 par les art. 442 à 444 qui établissent les causes d'incapacité ou d'exclusion.

(1) Elle s'ouvre de qu'il y a un ascendant.

§ 2. * DU CURATEUR AU VENTRE.

Art. 393.

821. **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.

822. **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.

823. **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 exercer 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.

824. 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.

Lorsqu'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, *Mon. not.*, 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.

825. 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 mourant 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'imisce 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 la nomination du subrogé tuteur ; son vote pourrait n'être pas impartial. Art. 423.

826. Qui peut être nommé subrogé tuteur. Le conseil de famille peut choisir comme subrogé tuteur soit un parent ou un allié

(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.

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 doit nécessairement le choisir dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas. Il ne faut pas que le surveillant ait les mêmes tendances et les mêmes intérêts que le surveillé. Art. 423.

Cette règle que le subrogé tuteur ne peut pas être pris dans la ligne à laquelle appartient le tuteur, souffre exception *dans le cas de frères germains*, c'est-à-dire, suivant l'opinion générale, dans le cas où *le mineur et son tuteur* sont frères 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.

La combinaison de l'art. 408 avec notre art. 423 permet de décider que sous la dénomination de frères germains se trouvent compris les maris de sœurs germaines.

827. **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.

828. **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 (*sensu stricto*) 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.

829. **Définition.** Le conseil de famille est une assemblée composée, autant que possible, de parents ou d'alliés du mineur, et qui est présidée par le juge de paix.

Il a trois groupes d'attributions :

1° Il a la haute main sur le personnel de la tutelle. Art. 393, 395, 396, 400, 404, 405, 420, 438 et 446.

2° Il a la direction de l'éducation de l'enfant quand celui-ci n'est plus sous puissance paternelle. Art. 454 et 468.

3° 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 de direction, 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°845).

830. 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.

831. 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.

832. 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. Art. 407. 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. 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.

833. 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.

834. 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.

835. 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° *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° *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.

836. **Exceptions des art. 408 à 410.** 1° *A la règle relative au nombre des membres de chaque ligne.* Les frères germains du mineur, les maris de ses sœurs germaines, ses ascendants et ses ascendantes veuves, 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 quelque nombre qu'ils soient, ils feront partie du conseil de famille, et ils le composeront seuls s'ils sont plus de six. Art. 408. Ce texte présente deux inexactitudes de rédaction : il semble n'appeler que les ascendants *valablement excusés de la tutelle* ; il semble appeler toutes les veuves d'ascendants, *même celles qui ne sont point parentes du mineur.* (Cbn. art. 408 et 409) *Il appelle les ascendants même valablement excusés de la tutelle.*

2° *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. Mais il faut observer que les frères germains et les maris des sœurs germaines ont qualité pour représenter indifféremment l'une ou l'autre ligne dans le conseil.

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.

837. **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 a 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 (supra nos 188 et 788). Gand, 11 juillet 1885, P. 1886, 2, 50.

838. **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 comparaisent *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.

839. 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. Pau, 2 janvier 1895, D. 1896, 2, 217.

Le fondé de pouvoir ne peut représenter qu'un seul membre; la loi veut ainsi conserver au conseil sa physionomie d'assemblée délibérante. Par le même motif, un membre présent ne peut être le mandataire d'un membre absent.

840. 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 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 soit motivées. Mais l'art. 883 c. pr. 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.*

841. **Nature de l'homologation.** L'*homologation* est une approbation donnée par le tribunal de première instance. Il est de principe que les délibérations du conseil de famille ne doivent être homologuées que dans les cas spécifiés par la loi. Trib. Liège, 18 janvier 1890, P. 1890, 3, 139. Les formes à suivre pour obtenir l'homologation sont indiquées aux art. 885 et suiv. c. pr. Le tribunal se borne à apprécier l'utilité de l'opération proposée ; l'homologation qu'il accorde n'a pas pour effet de rendre valable la délibération du conseil, si celle-ci est nulle en elle-même. Les jugements d'homologation ne sont que des actes de *jurisdiction gracieuse*.

V. — *De la nullité des délibérations.*

842. **Causes d'inexistence.** Il y a des irrégularités si graves qu'elles empêchent l'*existence juridique* du conseil de famille. Conçoit-on un conseil sans la présence effective d'un juge de paix (titulaire ou

suppléant), un conseil où on aurait appelé une majorité d'incapables (art. 442), un conseil qui aurait délibéré sans la présence des trois quarts des membres convoqués? Mais il est très difficile de *préciser*, parmi les formes prescrites par la loi, celles qui constituent des *conditions substantielles* requises pour que le conseil de famille existe et pour qu'il puisse délibérer. Comp. Cass. fr., 2 mars 1869, D. 1869, 1, 199.

843. **Causes de nullité.** Quel est l'effet du défaut des formes non substantielles? Le code ne contient pas de texte prononçant expressément la nullité comme sanction des règles relatives à la composition du conseil de famille. La jurisprudence profite de son silence pour se reconnaître un grand *pouvoir d'appréciation*. Elle n'annule la délibération d'un conseil irrégulièrement¹ composé que lorsqu'il est constaté que l'irrégularité commise a été le résultat² de la fraude ou a été de nature à priver le mineur de la protection réfléchie que la loi a voulu lui assurer. Trib. Bruxelles, 19 janvier 1899, P. 1899, 3, 211; Cass. fr., 29 avril 1903, D. 1903, 1, 300.

VI. — *Du recours contre les délibérations.*

Art. 883 c. pr.

844. **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 fût 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.,

845. **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. Trib. Bruxelles, 14 novembre 1893, P. 1894, 3, 88.

Plusieurs auteurs font cependant exception pour deux catégories de délibérations : 1^o celles par lesquelles le conseil statue sur le *mariage* ou l'*émancipation* du pupille; on le considère alors comme substitué au père pour l'exercice d'un pouvoir domestique que celui-ci aurait lui-même exercé souverainement (supra n^o 319); 2^o celles par lesquelles le conseil exerce les attributions que le code civil lui confère pour la *constitution du personnel de la tutelle*, nomination du tuteur et du subrogé tuteur, confirmation ou retrait de la tutelle à la mère qui se remarie, etc. La nouvelle jurisprudence française va même jusqu'à nier le *principe* de notre doctrine; d'après elle, l'art. 883 n'est qu'une *disposition de forme* réglant simplement le mode de se pourvoir contre les délibérations des conseils de famille qui sont, en elles-mêmes et dans leur principe, susceptibles de recours (1). Cass. fr., 31 décembre 1902, D. 1903, 1, 143.

846. **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. *Contra* : note au D. 1897, 2, 305.

847. **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.

848. **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

(1) Un de nos bons élèves, M. P. Beco, a fait une intéressante critique de cette jurisprudence dans les *Annales du notariat et de l'enregistrement*, 1903, p. 97. *883 est venu modifier le Code Civil à l'art 160. Il y a recours.*

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 (supra n° 836). 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.

849. 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, 135.
sur art 808 c. c.

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'EXCUSE.

Art. 401 et 426 à 441.

850.* **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'excuse 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.

851.***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.

852.***Énumération.** 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^o cause, en vertu de l'art. 394 : le sexe.

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.

853.***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. pr.

§ 2. — DES CAUSES D'INCAPACITÉ, D'EXCLUSION ET DE DESTITUTION.

854.***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.

855. **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.

856. **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*, c'est-à-dire par tout éloignement rendant l'exercice de la tutelle impossible. Cass., 9 décembre 1852, P. 1853, 1, 86.

3^o Les *femmes, autres que la mère et les ascendantes*. On sait que les ascendantes autres que la mère ne sont jamais tutrices de droit ; mais elles peuvent être nommées tutrices par le dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille. Quant à leur entrée dans le conseil de famille, elle a lieu de droit lorsqu'elles sont veuves.

4^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.

La tutelle est une institution commune à toutes les nations civilisées. Il n'y a donc aucune raison pour exclure les *étrangers* de la tutelle, de la subrogée tutelle ou du conseil de famille. Bruxelles, 25 avril 1887, P. 1887, 2, 221 ; Nancy, 29 octobre 1898, D. 1899, 2, 209.

857. **Comment opère l'incapacité.** Les causes d'incapacité, à l'exception toutefois de la quatrième, 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.

858. **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.

859. **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.

860. **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 inconduite 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.

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 à lui 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. 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.

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 pr.

III. — DES CAUSES D'EXCLUSION DU CONSEIL DE FAMILLE.

Art. 445.

861. **Rapprochements.** Les condamnations criminelles ou correctionnelles qui dépouillent le condamné du droit d'être tuteur ou subrogé tuteur entraînent également son exclusion de tout conseil de famille (supra n^o 859).

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 ILLÉGITIME.

862. **Silence du code.** Le code n'a pas organisé la tutelle de l'enfant illégitime. Comment suppléer à son silence ? Il ne peut être question d'appliquer par analogie tous les textes indistinctement qui concernent la tutelle de l'enfant légitime. Il faut tenir compte de la différence des situations.

863. **Délation de la tutelle.** La seule règle générale de la tutelle de l'enfant légitime à appliquer ici par analogie est celle de l'art. 405. Il ne peut pas plus être question de tutelle légale que d'administration légale pour les père et mère de l'enfant naturel reconnu ; les art. 389 et 390 supposent essentiellement l'un et l'autre le *mariage* des parents. Le tuteur de l'enfant illégitime, même à filiation légalement établie, est donc toujours un tuteur datif choisi par un conseil de famille. Cass. fr., 16 novembre 1898, D. 1899, 1, 218 ; *Revue crit.*, 1901, p. 587. *Contra* : Trib. Bruxelles, 7 mai 1890, P. 1890, 3, 273.

2
de On viole le principe que les tribunaux n'ont de juridiction volontaire que dans les cas prévus par la loi, lorsqu'on décide que la désignation du tuteur datif de l'enfant illégitime appartient aux tribunaux. Bruges, 11 août 1902, P. 1903, 3, 67.

864. **Siège du conseil de famille.** Il n'y a aucune raison d'appliquer ici par analogie les principes sur le siège de la tutelle et son immutabilité. Chaque fois qu'il y aura à réunir le conseil de famille, on ira devant le juge de paix du domicile du mineur. Cass. fr., 10 novembre 1896, D. 1899, 1, 209 ; *Revue crit.*, 1897, p. 629.

865. **Composition du conseil de famille.** Comment composer un conseil de famille à un enfant qui n'a pas de famille ? Le juge de paix doit appliquer l'art. 409 par analogie et composer ainsi le conseil de personnes ayant eu des relations habituelles d'amitié, soit avec le père ou la mère s'ils sont connus, soit avec le mineur lui-même.

APPENDICE. — De la tutelle administrative.

866. **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.

CHAPITRE III. — DE LA GESTION DU TUTEUR.

Art. 418.

867. **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 I. — De l'éducation du mineur.

Art. 450 et 468.

868. **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.

869. **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 le mode d'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 et dans la détermination du lieu où il sera élevé. Bruxelles, 27 mars 1901, P. 1901, 2, 271; Colmar, 9 juillet 1894, D. 1895, 2, 541.

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 (supra n° 845). Mais s'il ne se pourvoit pas, ou si la délibération est maintenue par la justice, son devoir est de s'y conformer.

2° 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° Jamais le tuteur, comme tel, n'est tenu de pourvoir de ses deniers aux *frais de l'éducation* de son pupille.

4° 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 nationalité 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.

870. **Contrôle de la justice.** De même que les père et mère, le tuteur se trouve soumis à la surveillance du ministère public et des tribunaux qui peuvent toujours réprimer les *abus* qui mettraient en péril les véritables intérêts du mineur (supra nos 787 et 788). 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.

SECTION 2. — Des obligations du tuteur au moment de son entrée en gestion.

871. **Énumération.** Ces obligations ont un triple objet :

1° *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 (art. 461 et 1442).

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 (art. 450, al. 2).

3^o La *réunion du conseil de famille* qui aura à statuer sur plusieurs points : a) *nommer le subrogé tuteur* (supra n^o 825); 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.

872. **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 pas pu en dispenser le tuteur (art. 776, al. 2).

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. pr.).

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 102) 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.

873. **Formalité spéciale.** Pendant les opérations de l'inventaire, et avant le dépouillement des papiers, 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 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 n'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.

874. **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 pas se faire à l'amiable. Elle doit avoir lieu aux enchères, après affiches, en présence du subrogé tuteur, et par le ministère d'un officier public dont le choix appartient au tuteur.

875. **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 puérité.

876. **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.

877. **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.

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 *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).

(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* du titre de l'usufruit (art. 589, 607 et 1302). On ne s'expliquerait pas que le survivant des père et mère fût traité plus rigoureusement qu'un usufruitier ordinaire et tenu de répondre des *cas foruits* dont ce dernier ne répond pas. *Contra* : Courtrai, 8 novembre 1901, *Mon. not.*, 1902, 66.

§ 3. — DU BUDGET DES DÉPENSES DE LA TUTELLE.

Art. 454.

878. **Règle générale.** Le tuteur a l'obligation de faire régler par le conseil de famille le *budget des dépenses de la tutelle*, 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.

879. **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 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. Elle s'applique sans qu'il y ait à distinguer *si le survivant a ou non la jouissance des biens de l'enfant*. Elle s'applique même à la mère remariée qui a été maintenue dans les fonctions de tutrice par le conseil de famille. Bruxelles, 22 juillet 1892, P. 1893, 2, 87. *Contra* : Anvers, 18 février 1888, B. J. 1888, col. 459.

880. **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.

(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.

§ 4. — DE LA CAPITALISATION DES EXCÉDENTS DE REVENUS.

Art. 455 et 456.

881. **Règle générale.** Le tuteur doit faire déterminer par le conseil de famille la somme à partir de laquelle il sera tenu de *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.

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 trouvés en caisse. C'est au tuteur à choisir le moment opportun, sous sa seule responsabilité (art. 450, al. 2).

882. **Exception.** Les art. 455 et 456 ne s'appliquent pas à la tutelle du *survivant de 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 en homme soigneux et diligent (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. *Revue crit.*, 1897, p. 625.

§ 5. — DE L'EMPLOI DES CAPITAUX.

Art. 55 à 58 de la loi hypothécaire.

883. **Système du code. Ses inconvénients.** Le code laisse *pleine liberté* au tuteur pour le choix des valeurs destinées à servir de placement des deniers pupillaires; il en fait l'emploi comme bon lui semble, sous sa seule responsabilité.

Le système du code expose aux plus graves dangers la fortune mobilière du mineur. Qu'importe que la responsabilité du tuteur soit effective, si sa solvabilité est illusoire? On voit des tuteurs jouer à la bourse avec les capitaux de leurs pupilles, et finir par les perdre à peu près entièrement. Quand les tribunaux se décident à les condamner comme coupables de faute grossière, l'action des mineurs est le plus souvent inutile, à cause de leur insolvabilité.

884. **Innovations de la loi hypothécaire.** Les art. 55 à 58 de la loi hypothécaire apportent au pupille une certaine protection, mais encore bien imparfaite. Ils statuent sur deux hypothèses : 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 simple *faculté* (ils auraient dû lui imposer le *devoir*) d'ordonner que les capitaux pupillaires 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. 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 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.

885. **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, *Privilèges et hypothèques*, n° 126. *Contra* : Trib. Gand, 28 mai 1898, B. J. 1898, col. 744.

§ 6. — DES ÉTATS DE SITUATION DE LA GESTION.

Art. 470.

886. **Règles générales.** L'art. 470, complété par l'art. 11 de la loi hypothécaire, *permet* au conseil de famille :

1° De prescrire au tuteur de remettre chaque année, à date fixe, au subrogé tuteur, un état de situation de sa gestion.

2° De déterminer certaines époques où le tuteur devra requérir la convocation du conseil, pour lui présenter également un état de situation de sa gestion.

887. **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.

La jurisprudence décide avec raison que l'indivisibilité de gestion qui existe entre la mère tutrice remariée et son nouveau mari co-tuteur empêche cette tutelle de profiter de l'exception écrite dans l'art. 470. Cass. fr., 5 mai 1856, D. 1856, 1, 241. Comp. supra nos 809 et 879.

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.

888. **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 habilitantes*, 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. Cass., 9 mai 1901, P. 1902, 1, 234; Cass. fr., 3 février et 4 août 1873, S. 1873, 1, 61 et 441. Ce principe remonte au droit romain : *Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.*

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 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 fautive 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 ? Liège, 6 février 1901, P. 1901, 2, 221.

889. 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

(1) Les deux exécuteurs sont opposés les actes non susceptibles de représentation (ex: testament) et b) pour les actes en opposition avec l'esprit de l'avis tutélaire en l'esprit de protection (actes de disposition à titre gratuit ex: donation).

mobilière du mineur réclame sans doute la même protection et devrait jouir des mêmes garanties que son avoir immobilier; mais ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient d'améliorer l'œuvre du législateur. La lacune du code s'explique par la tradition et par l'état économique du commencement du siècle dernier. *Mobilium vilis et abjecta possessio*. Liège, 9 novembre 1892, P. 1893, 2, 76; Bruxelles, 28 mars 1898, P. 1898, 2, 254.

890. **Actes en dehors de la mission du tuteur.** 1^o Certains actes ne peuvent être accomplis par le tuteur au nom du mineur, parce que, à raison de leur *nature essentiellement personnelle* ou d'une *disposition de la loi*, ils exigent l'expression de la volonté individuelle de ceux qu'ils concernent. Ces actes devront être accomplis par le mineur en personne, assisté s'il y a lieu comme de droit (supra nos 81 et 791).

2^o Les actes de *disposition à titre gratuit* ne sont pas compris non plus dans la pensée de l'art. 450. C'est qu'ils 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 particulier n'autorise le tuteur à faire des aliénations gratuites pour qu'il n'en ait pas le pouvoir (art. 511); cela est de *tradition*.

Le pouvoir de faire des aliénations gratuites manque en principe au tuteur, sans qu'on ait à distinguer s'il s'agit de meubles ou d'immeubles. Trib. Bruxelles, 4 janvier 1899, P. 1899, 3, 245. Il suit de là que le tuteur ne peut consentir une remise de dette, renoncer à une prescription accomplie, donner mainlevée d'une inscription hypothécaire sans toucher 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 !

§ 2. — DE LA RESPONSABILITÉ DU TUTEUR.

Ar. 450, al. 2.

891. **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 générale 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 dépérisse, en fait ou en droit, par 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 ces 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 ; Caen, 11 février 1888, D. 1888, 2, 315.

§ 3. — DES INCAPACITÉS DONT LE TUTEUR EST FRAPPÉ.

Art. 450, al. 3.

892. **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. (1)

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).

893. **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 spécule 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

(1) à l'art 450 al 3. le mot "droit" est superflu. à côté de l'expression "créance" il ne peut signifier que "d. réel". Or il ne peut s'agir de droit réel : car les mots "contre son pupille" s'opposent tout d'abord à "droit" et à "créance". Si ce droit réel existait contre une personne déterminée ce n'est pas un droit réel : celui-ci existait erga omnes.

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.

894. **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.

895. **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.

896. **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, supra n^o 845) ; 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.

897. **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 du code de procédure : toutes les causes des mineurs sont sujettes à communication au ministère public (art. 83, al. 6) ; or, il est défendu de compromettre sur les affaires sujettes à cette communication (art. 1004).

898. **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.

§ 2. — DES RÈGLES SUR LA DURÉE DES BAUX ET L'ÉPOQUE
DE LEUR RENOUVELLEMENT.

Art. 1718.

899. **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 seraient *réductibles* dans l'intérêt du mineur. 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. C'est le système de la division des baux en périodes de neuf ans à compter de leur origine.

900. **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. 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.

901. **Cette autorisation doit être préalable ou concomitante.** L'autorisation requise par les divers articles dont il va être question, n'est pas une approbation quelconque ; c'est une habilitation proprement dite. L'autorisation du conseil de famille, pour être régulièrement donnée, doit donc toujours être *préalable* ou *concomitante*. Cass. fr., 22 mars 1897, D. 1897, 1, 277 ; *Revue crit.*, 1896, p. 563. Comp. Cass. 27 avril 1899, P. 1899, 1, 201 (supra n° 514).

*Le conseil de famille ne peut confirmer l'acte après coup.
Rattaché au pupille seul, devenu majeur, démission
l'acte en nullité ou non -*

I. — *Acceptation ou répudiation des successions.*

Art. 461 et 462 (1).

902. **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 avec 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.

II. — *Acceptation des donations entre vifs ou testamentaires.*

Art. 463 et 935.

903. **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'au-

(1) L'art. 790 rend inutile la disposition de l'art. 462.

torisation du conseil de famille, en acceptant la libéralité non pas en sa qualité de tuteur, mais en sa qualité d'ascendant.

904. **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, 1401, 1^o). 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.

905. **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.

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 (art. 1428).

906. **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 *mobile*. Art. 465.

Aucune disposition légale n'exige que le tuteur soit assisté du subrogé tuteur pour intenter l'action en partage. Gand, 21 avril 1888, P. 1888, 2, 386.

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.

907. **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 doctrine estime avec raison que l'autorisation du conseil de famille est nécessaire.

Elle argumente *a fortiori* de l'art. 464, les actions relatives à l'état des personnes étant autrement importantes que les actions immobilières. Elle s'appuie, en outre, sur l'art. 175 qui contient une application de ce système, *et ello est confirmée législativement par le nouvel article 346*.

B. — Acquiescement.

908. **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.

§ 4. — DES ACTES POUR LESQUELS L'AUTORISATION DU CONSEIL DE FAMILLE DOIT ÊTRE HOMOLOGUÉE PAR LE TRIBUNAL.

I. — *Emprunts.*

Art. 457 et 458.

909. **Caractère absolu de la restriction.** La défense faite au tuteur d'*emprunter* sans l'autorisation du conseil de famille homologuée par la justice s'applique quel que soit le chiffre de l'emprunt et quel que soit son but.

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 ^{des immeubles} 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.*

910. **Acquisitions à crédit.** Plusieurs auteurs soutiennent que le tuteur n'a point le pouvoir de faire des acquisitions à crédit sans l'autorisation du conseil de famille homologuée par la justice. Ils considèrent toute acquisition à crédit, même d'immeubles, comme un emprunt déguisé que le tuteur fait au vendeur, au lieu de le faire à une autre personne.

Qu'on soutienne qu'un achat de meubles à crédit déguise très souvent un emprunt, cela se comprend, vu la facilité de convertir des meubles en argent. Mais cette considération est sans application possible lorsqu'il s'agit d'immeubles, puisque le tuteur ne peut les aliéner que moyennant certaines autorisations et formalités. Et, en tout cas, de ce qu'un achat peut, en certaines circonstances, déguiser un emprunt, il ne suit certes pas que tout achat à crédit soit un emprunt indirect (1). Liège, 6 février 1901, P. 1901, 2, 221; Nancy, 9 mai 1885, D. 1886, 2, 134.

II. — Aliénations à titre onéreux.

A. — Meubles.

911. **Renvoi.** Quant aux meubles *corporels*, non seulement le tuteur *peut* les vendre, mais il y est *obligé*; les conserver serait un acte de mauvaise administration. Les formes de la vente ont été indiquées plus haut (n° 874).

Quant aux meubles *incorporels*, le tuteur a, en principe, pleins pouvoirs. Les restrictions résultant des lois postérieures au code civil seront indiquées plus loin.

B. — Immeubles.

Art. 457 à 460.

912. **Règles générales** Les art. 457 et 458 disposent que le tuteur ne peut *aliéner* (à titre onéreux) ou *hypothéquer* un immeuble de son pupille sans autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. Peu importent toujours la valeur de l'immeuble et le but de l'opération. Art. 457 et 458.

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, et le conseil et le tribunal peuvent subordonner leur consentement à *toutes les conditions qu'il leur plait*.

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.

Les dispositions des art. 457 et 458 ne s'appliquent point seulement à la *vente*; elles s'appliquent également à l'*échange* (art. 1707),

à l'affort en toc et, et

(1) Les auteurs reconnaissent généralement que le tuteur peut passer tous marchés pour grosses réparations, sans qu'il ait en mains les fonds nécessaires pour les payer; pourquoi ne pas décider de même au sujet des acquisitions à crédit?

et à la constitution de tous les *droits réels démembrés de la propriété*. Mais il faut observer que le tuteur, *dûment autorisé*, peut échanger un immeuble de son pupille, ou le grever d'un droit réel, sans l'intervention du juge de paix ni autre formalité particulière. Charleroi, 22 juillet 1899, P. 1900, 3, 10; *Revue notar. belge*, 1900, 65.

913. **Règles spéciales à la vente.** A la différence des art. 457 et 458, l'art. 459 était spécial à la vente consentie par le tuteur. Il a été remplacé par la loi du 12 juin 1816 et l'arrêté du 12 septembre 1822.

La vente doit se faire par le ministère d'un *notaire désigné par le tribunal*, dans le jugement d'homologation. Art. 2, § 2, de la loi. Elle doit avoir lieu dans le canton où la succession est ouverte (1), à moins que le tribunal n'ait lui-même désigné un autre canton où elle pourra se faire plus avantageusement pour le mineur. Art. 2, § 4, et art. 5. 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. Art. 8.

La vente ne peut avoir lieu que sous la *présidence du juge de paix*. Art. 2, § 4. La loi le charge expressément de veiller à ce qu'il ne se fasse rien au préjudice du mineur; elle lui donne 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 des biens exposés en vente. 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.

Le tuteur doit être *assisté du subrogé tuteur* pour représenter le mineur à la vente. 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.

914. **Cession amiable en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.** Lorsqu'un immeuble du mineur est sujet à

(1) En parlant du canton où la succession est ouverte, l'art. 2, § 4, de la loi, prévoit le cas le plus fréquent, celui où les immeubles à vendre proviennent d'une succession que le mineur a recueillie.

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 : 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 suffit au tuteur pour traiter valablement avec l'expropriant; l'art. 464 de notre code en effet n'exige aucune autre habilitation pour que le tuteur puisse *acquiescer* à une demande immobilière.

915. **Règles spéciales à la licitation sur la provocation d'un copropriétaire majeur.** Cette aliénation n'a jamais besoin d'être autorisée par le conseil de famille. Cela observé il faut distinguer deux hypothèses :

1° *Il y a accord entre le copropriétaire majeur et le tuteur.* Le copropriétaire procède par la voie de la *juridiction gracieuse*; il s'adresse par requête au tribunal à l'effet d'être *autorisé* à la vente. C'est la disposition de l'art. 2, § 3, de la loi du 12 juin 1816 qu'il met en œuvre. Le tribunal octroie la requête s'il estime que l'immeuble est impartageable en nature (1). Art. 827 c. c. Liège, 29 juillet 1895, P. 1896, 2, 191. La licitation s'opère alors dans les formes des ventes volontaires, selon toutes les prescriptions exposées précédemment (n° 912). Art. 2, § 4, et art. 5 et 7 de la loi de 1816. Le tribunal a *autorisé* la vente, il ne l'a pas *ordonnée*; aussi est-il impossible de procéder à licitation sans la *présence* du tuteur et du subrogé tuteur. Dinant, 10 janvier 1901, *Mon. not.*, 1901, p. 357.

2° *Il y a désaccord entre le copropriétaire majeur et le tuteur.* Le copropriétaire procède par la voie de la *juridiction contentieuse*; il assigne le tuteur devant le tribunal aux fins que la vente soit *ordonnée*. Ce sont les dispositions des art. 815 et 1586 c. c. qu'il invoque à l'appui de sa demande. Si le tribunal lui donne gain de

(1) Aucune loi ne proscriit la licitation *partielle* d'une *masse* indivise dans laquelle un mineur est intéressé, si d'ailleurs le partage en nature ne peut s'en faire commodément.

cause, la vente doit se faire encore, en principe, dans les formes de la loi de 1816. Art. 1^{er} de cette loi combiné avec l'art. 460 c. c. Mais cette fois le tribunal a *ordonné* la vente, il ne l'a pas simplement autorisée; aussi a-t-il pu décider qu'il y sera procédé tant en l'absence qu'en présence des tuteur et subrogé tuteur sommés d'y assister. L'application littérale du § 4 de l'art. 2 de la loi de 1816 aboutirait, en pareil cas, à reconnaître au tuteur et au subrogé tuteur le moyen d'empêcher le majeur de sortir d'indivision, et de paralyser l'exécution d'une décision judiciaire rendue en matière contentieuse. Liège, 13 janvier 1892, P. 1892, 2, 140; Mons, 10 avril 1896, P. 1896, 3, 225.

La justice suffit
au cas échéant
du mineur 2^e
présence de
son tuteur

III. — *Transactions.*

Art. 467.

916. **Conditions de validité.** 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.

Comment expliquer que le code se montre plus exigeant pour la transaction que pour l'acquiescement? C'est que la transaction implique un sacrifice, et que l'acquiescement n'en comporte aucun. Celui qui transige abdique une partie de ce qu'il affirme être son propre droit et dont il obtiendrait peut-être, en plaidant, la reconnaissance par la justice, tandis que celui qui acquiesce ne se dépouille d'aucun droit qu'il croit lui appartenir, il ne fait que s'incliner devant le droit absolument certain de son adversaire.

§ 5. — DES ACTES RÉGIS PAR DES LOIS POSTÉRIEURES AU CODE CIVIL.

I. — *Partages.*

Art. 9 de la loi du 12 juin 1816.

917. **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 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. *Revue notar. belge*, 1893, 38, et 1898, 609 et 641.

918. **Système de la loi de 1816.** Ce système place toutes les opérations du partage sous la haute surveillance du *juge de paix* du canton où la succession à partager s'est ouverte. La loi n'établit aucune règle particulière de compétence pour le cas où il s'agit du partage de biens ne provenant pas d'une succession; en pratique c'est alors le juge de paix du canton de la situation des biens qui exerce les attributions déterminées par la loi.

Le mineur doit être représenté aux opérations du partage par *son tuteur et son subrogé tuteur*. S'il existe une opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, le subrogé tuteur doit remplacer le tuteur et un subrogé tuteur *ad hoc* doit être nommé par le conseil de famille (supra n° 824).

Lorsque, par suite de circonstances spéciales, des mineurs soumis à la même tutelle ont des intérêts en conflit dans le partage, il doit leur être donné à chacun des *tuteurs spéciaux*, c'est-à-dire un tuteur et un subrogé tuteur *ad hoc*. Art. 838, al. 2, c. c.

Le partage nécessite tout d'abord la *liquidation des droits respectifs* des indivisaires. Cette liquidation est faite en projet par le notaire appelé à dresser l'acte du partage. Ce notaire est choisi par les intéressés; en cas de désaccord entre eux, il est désigné par le tribunal. La loi n'empêche pas le tribunal de désigner deux notaires au lieu d'un seul (art. 9 de la loi du notariat).

Le projet de liquidation dressé par le notaire doit être soumis à l'*approbation du juge de paix*. En cas de dissentiment entre le juge de paix et le notaire, la difficulté est soumise, par voie de référé, à l'appréciation du président du tribunal. Art. 5 de l'arrêté du 12 septembre 1822.

Le projet dressé par le notaire et approuvé par le juge de paix n'est pas obligatoire pour les intéressés; le juge de paix en effet

n'exerce ici que la *juridiction gracieuse*. C'est au tribunal seul qu'il appartient de trancher les contestations soulevées entre les parties.

Les *lots du partage* sont formés par *un ou plusieurs experts* désignés par le juge de paix et qui prêtent serment entre ses mains. Toutefois cette mesure de l'expertise n'est nécessaire que si les intéressés majeurs et les représentants (tuteur et subrogé tuteur) du mineur ne se trouvent pas d'accord ou lorsque le juge de paix croit devoir l'ordonner dans l'intérêt du mineur.

La question de savoir si un ou plusieurs des immeubles de l'indivision doivent être *licités* est de la compétence du tribunal et non du juge de paix.

Les lots du partage sont répartis entre les copartageants soit par arrangement amiable, soit par la voie du sort.

Le notaire dresse acte de la liquidation et du partage sous la présidence du juge de paix. Les tuteur et subrogé tuteur, et éventuellement les tuteurs spéciaux, y comparaissent pour représenter les mineurs.

Serait entachée de nullité relative la convention de partage que le tuteur du mineur aurait faite sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi de 1816. Trib. Bruxelles, 14 décembre 1896, P. 1897, 3, 198.

II. — Réception des capitaux non exigibles pendant la tutelle.

Art. 61 de la loi hypothécaire.

919. **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^H 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 (art. 49 de cette loi). Le subrogé tuteur est spécialement tenu de veiller à ce que les capitaux remboursés soient immédiatement versés à la caisse des dépôts et 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 (supra n° 884), 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

(1). La défense de recevoir les capitaux non exigibles et les créances à terme implique également défense de verser les capitaux et les créances. —

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.

920. **Capitaux auxquels la loi est applicable.** L'art 61 déroge au principe de la plénitude des pouvoirs du tuteur. Il est donc de stricte interprétation. Or il ne dispose pas à l'égard de la réception de tous les capitaux indistinctement, mais seulement des *capitaux non exigibles* et des *créances à terme qui ne doivent échoir qu'après la majorité du pupille*. L'article ne vise ainsi que deux catégories de capitaux :

1^o Les capitaux *non exigibles de leur nature même*, c'est-à-dire les capitaux des *rentes*. On oublie la langue du droit civil (art. 529 c.c.) lorsqu'on veut considérer une créance de capital affectée d'un simple *terme* non encore échu, comme une créance de capital *non exigible*. *Contra* : Trib. Bruxelles, 24 mai 1895, P. 1895, 3, 278.

2^o Les créances à terme *qui ne doivent échoir qu'après la majorité du pupille*. On comprend que la loi n'ait point modifié les pouvoirs du tuteur quant aux capitaux qui doivent venir à échéance au cours de la tutelle; le conseil de famille a dû naturellement en tenir compte dans le règlement de l'inscription hypothécaire sur les biens du tuteur. Peu importe dès lors que le tuteur les touche par anticipation!

L'art. 61 a omis de statuer à l'égard de la perception des capitaux imprévus, comme les indemnités d'expropriation pour cause d'utilité publique. Ce n'est pas à l'interprète de réparer les imperfections de la loi. Trib. Bruxelles, 4 janvier 1893, P. 1893, 3, 165. Comp. Gand, 19 juillet 1901, P. 1902, 2, 99.

921. **Tuteurs auxquels la loi est applicable.** L'art. 61 ne distingue pas entre les tuteurs et s'applique dès lors même au survivant des père et mère. Mais il faut bien observer, ce que les tribunaux négligent de 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 attribue, dans son propre intérêt, l'*administration ordinaire* de tous les biens soumis à sa jouissance⁽¹⁾. *Contra* : Trib. Gand, 16 février 1853, B. J. 1853, col. 326.

(1) Cette question est cependant très douteuse, à raison du silence de l'art. 62 de la loi.

III. — *Transfert ou reconstitution en titres au porteur de titres nominatifs de rentes sur l'Etat.*

Art. 19 et 20 de l'arrêté du 22 novembre 1875 (1).

922. **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 SERAIENT FAITS PAR LE MINEUR LUI-MÊME.

923. **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 ici, afin de vivifier les principes qui viennent d'être posés.

I. — *Des actes du tuteur.*

924. **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.

(1) Cet arrêté royal est-il légal? Liège, 17 janvier 1883, P. 1883, 2, 255.

[2] On appelle titre au porteur un écrit constatant l'existence d'une créance (seuls obligés ordinaires actionnaires) sans pour connaître le nom du titulaire du droit. Quand un titre est mis sous cette forme il doit se confondre avec l'écrit qui lui sert de preuve. Il appartient à celui qui est porteur du titre de censurer du droit peut alors être opposé sans formalité aucune par le simple remis de titre opéré de la main à la main. — On appelle titre nominatif un écrit constatant l'existence d'un droit etc.

925. **Actes irréguliers.** Les actes faits par le tuteur sans les conditions ou formalités prescrites par la loi sont *nuls de droit*.

Ils ne sont pas inexistants, mais simplement *annulables*. Sans doute, on doit toujours soigneusement distinguer les questions de *pouvoir* et les questions de *capacité* (supra n° 82). 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 (supra n° 59)?

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. 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.

926. **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.

927. **Actes du mineur seul.** On suppose évidemment un mineur doué de discernement (comp. supra n° 50).

Si l'acte est de ceux que le tuteur lui-même ne peut accomplir

créance et indiquant en même temps le nom du titulaire de ce droit. Le droit constaté par un titre de cette nature ne peut être cédé que par une opération dite "transfert" qui consiste dans la substitution du nom du cessionnaire à celui du cédant sur les registres de la dette de l'état, du nom du cessionnaire à celui du créancier, et dans la délivrance au cessionnaire d'un titre nouveau. Le transfert ne peut être opéré que par la production de pièces établies à l'encontre de la volonté des parties.

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 I. — Des causes qui mettent fin à la tutelle.

Art. 419.

928. 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.

929. **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 débiton 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.

930. **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 aurait fait une libéralité au mineur (art. 6 et 900).

931. **Le rendant et l'oyant compte.** On appelle *rendant* celui qui présente le compte et *oyant* celui qui le reçoit.

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.

932. **Formes et frais du compte.** Lorsque les parties sont d'accord, le compte se rend à l'amiable. Quand le compte est accepté 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. pr. Ces formes ne sont pas 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, fût 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. pr. Charleroi, 22 juillet 1885, P. 1886, 3, 337.

L'art. 471 ne dispose qu'à l'égard des frais du compte rendu lorsque 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.

933. 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 pièces, même pour celles qui excèdent 150 fr. 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 1857, J. L. 1898, 57.

Pour apprécier l'utilité d'une dépense, il faut considérer l'état de chose existant au moment où elle a été faite. Toute dépense qui était utile lorsqu'elle a eu lieu doit être maintenue au compte, alors même que, par suite de quelque événement ultérieur et imprévu, elle serait devenue inutile. Il n'y a pas d'ailleurs à distinguer entre les dépenses de conservation et d'entretien des biens et les dépenses d'amélioration ou de transformation. Cass. fr., 17 novembre 1903, D. 1904, 1, 11.

Il y a certaines distinctions à faire au sujet des frais d'entretien et d'éducation du mineur et des frais d'administration de ses biens :

1° 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 conformité de la délibération du conseil de famille sont présumées 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, 29 janvier 1890, D. 1891, 2, 237.

2^o 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^o, 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.

934. **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 sur le compte de tutelle avec son ancien tuteur.

Il s'écoulera 2 la règle que le mineur devenu majeur est capable de tous les actes de la vie civile.

935. **Conventions auxquelles l'art. 472 est applicable.** L'art. 472 constitue une disposition exorbitante du droit commun (supra n^o 25). Il est donc de stricte interprétation. Or, il ne s'applique qu'aux *traités sur le compte de tutelle entre le mineur devenu majeur et son ancien tuteur* :

1^o *Traité sur le compte de tutelle.* Le terme *traité* est synonyme de *convention*. Mais l'art. 472 ne s'applique pas à toute convention quelconque : vente, échange, cautionnement, convention d'indivision, etc.; l'expression *sur le compte de tutelle* y est sous-entendue. Cela résulte manifestement 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, *Revue notar. belge*, 1899, 588.

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 nom qu'il soit présenté, 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.

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.

936. **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.

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.

937. **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 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.

938. **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 tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu et apuré.

§ 3. — DES INTÉRÊTS DU RELIQUAT DU COMPTE.

Art. 474.

939. **Objet de l'art 474.** Durant la minorité et même après, tant que le compte de tutelle n'est pas rendu et apuré, la débetion 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.

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.

940. **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.

941. **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 pu faire 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.

942. **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.

943. **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. 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 et, ne cessant pas d'être *créancier en vertu du titre originaire*, ne peut pas se voir opposer la prescription décennale, si la créance originaire n'est prescriptible que par trente ans. Anvers, 5 mai 1899, P. 1900, 3, 133.

Troisième partie. — De l'émancipation.

944. **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 sa majorité.

945. **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.

946. **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.

947. **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 aient autorisé 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 (art. 6).

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.

948. **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 (supra nos 312, 364, 757 et 758). 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.

949. **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.

950. **Contrôle de la justice.** Aucun texte ne limite expressément 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 (supra nos 787, 788 et 870). 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.

951. **Émancipation 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 (comp. supra n° 803, note 1). Trib. Bruxelles, 6 mars 1890, P. 1890, 3, 178. *Contra* : Pau, 13 mars 1888, D. 1888, 2, 283.

952. **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.

953. **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.

954. **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.

955. **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.

956. **Actes de pure administration.** Le mineur émancipé ne peut pas, comme la femme mariée séparée de biens, faire tous les actes d'administration indistinctement (art. 1449), mais seulement les actes de *pure administration*. Art. 481. Les actes d'administration qui dépassent la sphère de sa capacité sont l'apurement de son compte de tutelle et la réception de ses capitaux. Art. 480 et 482.

L'art. 481 spécifie deux actes de pure administration : les *baux dont la durée n'excède pas neuf années*, et la *réception des revenus*. Les intérêts, arrérages, loyers ou fermages ne constituent véritablement des revenus qu'au fur et à mesure de leur échéance. Seine, 19 mars 1895, *Revue notari. belge*, 1895, 719.

Il faut se garder de croire que les ventes de meubles corporels soient d'une manière générale des actes de pure administration. On ne peut considérer comme tels que les *ventes de fruits et autres objets dont la destination naturelle est d'être vendus*. Paris, 18 décembre 1878, D. 1880, 1, 61.

L'exercice des actions mobilières (sauf des actions en partage) et des actions possessoires rentre aussi dans la pure administration du patrimoine. Arg. *a contrario* de l'art. 482. Bruxelles, 16 janvier 1902, P. 1902, 2, 174. Mais si le mineur émancipé peut exercer seul toutes sortes d'actions mobilières, il ne peut toucher qu'avec l'assistance de son curateur les capitaux que ses débiteurs sont condamnés à lui payer. Art. 482. Luxembourg, 17 janvier 1896, P. 1896, 4, 128.

Il est reconnu que le mineur émancipé peut *prendre à bail* des

Les actes de
pure admi-
nistration
ne peuvent
être que des
Revenus.

meubles ou des immeubles, *conclure des marchés pour les réparations de ses biens, louer des domestiques ou des employés.*

957. **Achats à crédit.** Il est certain, d'une part, que le mineur émancipé peut faire seul des achats d'objets usuels, d'autre part, qu'il ne peut faire des achats de meubles qui ne seraient que des emprunts déguisés. Il y a controverse sur les autres cas. L'opinion générale est dans le sens de son incapacité. Sans doute, l'alinéa 2 de l'art. 484 ne déclare que *réductibles* les obligations contractées par voie d'achat ou autrement; mais ce texte ne peut être séparé de l'alinéa 1 qui le domine et d'après lequel aucun acte de l'émancipé seul n'est valable que s'il est de pure administration. Dans ce système l'alinéa 2 ne vise que les obligations valablement contractées dans les limites de l'alinéa 1. Comp. Cass. fr., 10 février 1890, D. 1891, 1, 292; B. J. 1888, col. 425.

958. **Actes relatifs au commerce.** La capacité du mineur autorisé à faire le commerce est déterminée par l'art. 487 c.c. 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.*

959. **Désignation du curateur.** En principe, la curatelle est *dative*, c'est-à-dire déferée 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° On admet en général que 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° 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.

960. **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 de 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^o, du code pénal. Nivelles, 19 avril 1893, P. 1893, 3, 223.

961. **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^o 965).

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.

962. **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.

963. **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.

964. **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.

965. **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 valablement libéré et s'exposerait à payer deux fois, s'il n'exigeait pas l'intervention du curateur.

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, grâce à sa négligence, le mineur venait à dissiper tout ou partie du capital reçu.

(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).

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.

966. **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.

967. **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.

968. **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.

969. **Aliénation de meubles.** En dehors des cas prévus ci-dessus au nos 956, 965 et 968, on ne trouve aucune règle précise sur l'aliénation des valeurs mobilières, corporelles ou incorporelles. Le *principe de l'incapacité* du mineur émancipé est cependant incontestable, puisque l'art. 484, al. 1, dispose expressément 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. En présence de cette lacune législative, il ne reste qu'à recourir à l'application analogique de quelque règle de notre matière. La plupart des auteurs enseignent, avec raison, que c'est la disposition de l'art. 482 qu'il faut appliquer; l'assistance du curateur constitue ainsi l'habilitation à la fois nécessaire et suffisante pour l'aliénation des valeurs mobilières. 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.

970. **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 (supra n° 967), 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 même pour la vente d'immeubles; l'art. 2 de la loi de 1816 ne parle pas en effet de l'assistance du curateur du mineur émancipé.

971. **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.

§ 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.

972. **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).

973. **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*, louages, marchés, etc. 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.

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 compétent 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.

974. **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.

975. **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.

976. **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.

977. **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.

978. **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.

979. **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 DÉMENCE & DE SES CONSÉQUENCES JURIDIQUES.

Art. 504.

980. **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 490, il l'emploie pour désigner une *espèce particulière d'aliénation mentale*, par opposition à l'imbécillité et à la fureur.

981. **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* (supra n° 50).

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. Comp. LACOSTE, note au S., 1895, 2, 225. 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; *variables* dans le premier cas pour avoir été fait par un individu conscient et capable (art. 488), l'acte est *inexistant* dans le second pour défaut absolu de volonté de son auteur apparent.

982. 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*. Et il faut qu'il fasse de l'inconscience à ce moment précis une preuve *entière*, et non une semi-preuve. *Actore non probante, absolutur 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 (supra n° 91). 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.

983. 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 (supra n° 979).

L'art. 504 est fondé sur plusieurs motifs dont le principal est d'étouf-

(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.

fer 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 !

984. **Suite. Retour au droit commun.** 1^o L'art. 504 admet deux exceptions à la règle qu'il établit :

a. Lorsque la preuve de la démence *ressort de l'acte lui-même*, par l'incohérence ou la bizarrerie des idées qui y sont exprimées.

b. 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.

2^o 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 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. Liège, 23 avril 1896, P. 1896, 2, 355 ; Nîmes, 29 janvier 1890, D. 1891, 2, 97.

985. **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 ; *Revue crit.*, 1902, 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.

986. **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 I. — De la demande en interdiction.

§ 1. — DES CAUSES DE L'INTERDICTION ET DES PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE INTERDITES.

Art. 489.

987. **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. Trib. Bruxelles, 21 mai 1892, P. 1892, 3, 237 ; Huy, 2 avril 1896, J. L. 1896, 150 ; Gand, 10 février 1903, B. J. 1903, col. 459.

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 démente 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.

988. **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 démente *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; certains 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.

989. **Énumération.** 1^o Tout *parent*, dit l'art. 490, est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. *Tout* parent, qu'il soit légitime, naturel 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, 92.

2^o 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^o 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.

990. **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. Namur, 22 juin 1898, J. L. 1898, 262.

§ 3. — DE LA PROCÉDURE EN INTERDICTION.

Art. 492 à 502.

991. **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 (*infra* n^o 1036).

Quid 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.

992. **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.

On n'examine ici que les questions de droit civil qui se présentent dans cette procédure.

I. — *Première phase de la procédure.*

993. **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.

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 (supra nos 842 et 843). Angers, 23 mars 1896, D. 1896, 2, 477.

994. **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.

(¹) Il pourrait évidemment la rejeter immédiatement, sans plus de formalités. Bruxelles, 24 mars et 30 juillet 1903, P. 1904, 2, 11.

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 ordonné. 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., 16 février 1875, S. 1875, 1, 193.

995. 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 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, 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.*

996. 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.

997. **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 certains 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.

998. **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.

(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.

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 auxquels 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.

999. **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*.

1000. **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.

1001. **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 (supra n° 600).

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.

1002. **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.

3 textes importants
1889 502-509.

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 (supra nos 24 et 94). 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 (supra n° 517).

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*.

1003. **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 substitue une incapacité de droit, qui résulte du jugement et qui est continue. De là résulte un double avantage :

1° 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 (supra n° 982).

2° 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 (supra n° 983).

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.

1004. **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* : le mariage, la demande en divorce, la reconnaissance d'enfant naturel, l'adoption, la donation entre vifs et le testament (supra n° 81). 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 serait 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

(1). D'après Demolombe l'interdit qui ne pourrait vendre un immeuble (il lui faut le représentant de son tuteur) (pourrait son = ou cet immeuble (donc non susceptible de représentation)!!!!

Demolombe
 l'interdit qui n'a
 pas de tuteur
 et qui a des biens
 d'iceux, peut
 accomplir solo
 tout ce que, en
 l'absence de tuteur,
 dit la puissance
 de droit
 (il n'est pas affligé
 de la mort civile
 la puissance de
 son tuteur)
 Laurent
 l'interdiction a pour
 but de sauvegarder
 les intérêts pécuniaires
 de l'interdit et de ses
 parents et de ses
 biens d'iceux
 (art. 502)
 l'interdit de principe
 l'interdit de l'art.
 502 et les autres
 509 = 55

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 la 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. VILLEY, note au S. 1884, 1, 65.

1005. **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 considéré le mariage de l'interdit comme impossible, 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 (*supra* nos 309, 378 et 381).

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 ; supra nos 88 et suiv.).

II. — *Des actes passés avant l'interdiction.*

Art. 503.

1006. **Rappel du droit commun.** A défaut de règle 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.

1007. **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 le fou a pu avoir.

2^o Que l'état habituel de démence fût déjà notoire. 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.

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. 83 ; Lyon, 18 novembre 1898, D. 1899, 2, 103.

1008. **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 bien des jugements l'affirmation que, de même que l'art. 504 (supra n° 984), 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. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 644.

*1009. **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.

1010. **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.

1011. **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; notes au D. 1870, 2, 1, et 1895, 2, 135.

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 (supra n° 907).

II. — *Exceptions.*

A. — Particularités concernant la délation de la tutelle et les excuses.

Art. 505 à 508.

1012. **Prédominance de la tutelle dative.** Sauf un seul cas, la tutelle de l'interdit est toujours dative, c'est-à-dire déférée par le conseil de famille. Art. 505. Rien ne s'oppose à ce que la tutelle soit déférée à la personne qui a provoqué l'interdiction. D'un autre côté, les règles spéciales de l'art. 495 n'ont plus de raison d'être une fois l'interdiction prononcée.

1013. **Tutelle légale du mari.** Par modification de la règle de l'art. 505, le ^{Conjoint non interdit} ~~Conjoint~~ est le droit tuteur de sa femme interdite. Art. 506. Cette disposition, qui n'est qu'une conséquence du devoir légal d'assistance entre époux, cesse d'être applicable quand les époux sont séparés de corps. Cass. fr., 25 novembre 1857, D. 1858, 1, 299.

1014. **Femme tutrice de son mari.** L'art. 507 permet au conseil de famille de déferer à la femme la tutelle de son mari interdit. Cet article ajoute que le conseil de famille qui nomme la femme tutrice peut resterindre les pouvoirs qui doivent lui appartenir d'après le droit commun de la tutelle. C'est ainsi qu'il est autorisé

506
marita en 1909

507
abrogé en
1909

Conjoint interdit

à décider qu'elle devra être assistée du subrogé tuteur pour accomplir tels ou tels actes, qu'elle n'aura le pouvoir de louer les biens que pour trois ans, etc.

Les restrictions apportées aux pouvoirs de la femme tutrice pourraient être excessives. La finale de l'art. 507 lui réserve, en prévision de ce cas, un recours au tribunal contre le règlement fait par le conseil de famille.

1015. **Cessation de la tutelle ex parte tutoris.** 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.

I. 1016. **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 accélérer 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 (comp. supra n° 933). 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, 246.

1017. **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.

II. 1018. **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.

Restriction. L'art. 511 ne permet que des constitutions dotales en avancement d'hoirie. Le conseil de famille ne pourrait donc pas faire des libéralités préciputaires, c'est-à-dire des libéralités affranchies de l'obligation du rapport à la succession de l'interdit (art. 843). Selon la rigueur du droit, il ne pourrait pas même faire de simples avancements d'hoirie aux enfants qui voudraient s'établir autrement qu'en mariage, notre disposition ne mettant point l'établissement professionnel sur la même ligne que l'établissement matrimonial (comp. art. 204).

Conte Plémiol

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.

1019. **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 (supra n^o 1004); 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.

1020. **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, 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 (art. 222). L'autorisation judiciaire sera d'ailleurs toujours pleinement suffisante pour l'habilitier 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, à moins que le conseil de famille n'ait jugé à propos de les restreindre en vertu de l'art. 507. 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 à ses pouvoirs de tutrice par la loi ou le conseil de famille. Le cas échéant, elle aura donc à remplir des conditions et 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.

*De son côté, le mari, de son mariage le femme est mandataire de son mari et agit
Ceci-ci est un mandat et non une autorisation donnée par le mandat
fait par le tuteur de son mari et non.*

SECTION 3. — De la cessation de l'interdiction.

Art. 512.

1021. **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.

1022. **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!

1023. **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.

1024. **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; note au S. 1902, 4, 17.

CHAPITRE II. — DU PLACEMENT DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS.

SALFELLES, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1904, nos 1 et suiv. :
La réforme des lois concernant les aliénés.

1025. **Observations préliminaires.** Le code civil n'avait organisé pour les aliénés qu'une seule mesure de protection : l'inter-

diction judiciaire. D'autre part, la législation administrative du 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. Ainsi s'expliquent les art. 489 et 491 qui disposent que le majeur dans un état habituel de démence *doit* être interdit, et imposent au procureur du roi le *devoir* de provoquer l'interdiction des furieux dangereux pour la sûreté publique.

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 1875, 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*.

Le chapitre VII de ces lois rentre seul dans le cours de droit civil. Ses dispositions ne concernent que les *aliénés colloqués qui n'ont point de représentant légal*; elles sont étrangères aux aliénés qui se trouvent en état d'interdiction ou qui sont encore mineurs non émancipés. Il en est autrement cependant de l'art. 34 : les règles qu'il renferme s'appliquent à tous les *aliénés colloqués, sans distinction*.

SECTION 1. De l'incapacité de l'aliéné colloqué.

Art. 34.

1026. **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 droit. En principe,

(1) Voir en outre le règlement général et organique du 1^{er} juin 1874.

ces difficultés devraient être résolues d'après les règles du code civil, y compris celle de l'art. 504 (supra nos 981 à 984).

1027. **Exceptions.** Notre 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.

-1028. **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.

(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.

1029. **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.

1030. **Désignation légale.** L'administration provisoire des aliénés placés dans des *établissements publics* est déférée par 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.

1031. **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. Les magistrats jouissent d'ailleurs de la plus grande latitude dans le choix qu'ils ont à faire. Art. 29.

1032. **Caractères de la charge d'administrateur judiciaire.** Cette charge est, comme celle de tuteur, *obligatoire, gratuite et soumise à hypothèque légale*. Les dispositions du code civil sur les causes qui dispensent de la tutelle, sur les incapacités ⁽¹⁾, 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 ⁽²⁾.

Art. 31.

1033. **Principe.** L'administrateur provisoire n'est pas un conseil, c'est un *représentant*, mais un représentant dont les attributions 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.

1034. **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'écartier 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.

(1) Il a été entendu dans les discussions de la loi que la femme peut être nommée administrateur provisoire de son mari (arg. de l'art. 507 c.c.).

(2) SCHICKS, *Revue notari. belge*, 1901, 641.

1035. **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.

1036. **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. *Mon. not.*, 1889, 21.

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.

Quid des affaires intéressant la *personne* ou les *rappports de famille* de l'aliéné? Il est universellement reçu que l'administrateur provisoire ne saurait être habilité pour représenter l'aliéné dans ces affaires. C'est que notre art. 31 se trouve dominé par le principe de l'art. 29 que l'administrateur n'est institué que conformément à l'art. 497 du code civil. *et des diverses dispositions de l'art. 31 sont uniquement relatives au patrimoine de l'aliéné.* (C. de pr. 1838)

3^o Les inventaires, comptes, liquidations et partages. Il n'est plus douteux aujourd'hui 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.

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. Art. 984 et 985 c. pr.

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 sont tenus de 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, 15 mai 1889, et 22 octobre 1890, B. J. 1889, col. 861, et 1891, col. 570.

§ 3. — SIGNIFICATIONS A FAIRE A L'ALIÉNE COLLOQUÉ.

Art. 31, al. 2 et 3.

1037. **Règle et exception.** En règle générale, les significations destinées à toucher l'aliéné colloqué doivent être faites à son administrateur provisoire, puisque c'est à celui-ci qu'il appartient de le représenter en justice. Toutefois la loi se garde de frapper de *nullité de droit* les significations qui seraient faites au domicile de l'aliéné; elles décident seulement qu'elles pourront, *suivant les circonstances*, être annulées par les tribunaux. La loi craint de rendre les tiers de bonne foi victimes d'une ignorance irrépréhensible, la collocation s'opérant sans jugement ni publicité. Bruxelles, 27 février 1901, P. 1901, 2, 296.

§ 4. — MOYEN DE SUPPLÉER A L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE.

Art. 32.

1038. **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 (supra n° 257), 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.

APPENDICE AUX CHAPITRES PRÉCÉDENTS.

De l'exercice de l'action en divorce contre un aliéné

1039. **Controverse.** Il est universellement reconnu que l'action en divorce ne peut être intentée *du chef d'un aliéné*. Elle ne saurait l'être en effet par l'aliéné lui-même, à raison de son état mental; elle ne saurait l'être non plus par son tuteur ou administrateur provisoire, 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.

Faut-il décider également que l'action en divorce ne peut être intentée *contre un aliéné*, encore que les faits sur lesquels elle est fondée soient antérieurs à son état de démence et par conséquent à son irresponsabilité (supra n° 526)? Assurément non! Le *droit* de l'époux innocent, de recouvrer sa liberté, est indépendant de tous les événements ultérieurs autres que ceux érigés par la loi en fins de non-procéder (art. 269) ou en fins de non-recevoir (art. 272). Où est le texte qui dispose que l'action en divorce *sommeille* pendant la maladie mentale ou physique de l'époux coupable? Sans doute le divorce est un grand mal, mais les tribunaux ne trouvent nulle part le pouvoir de paralyser 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 tuteur ou administrateur provisoire, celui-ci n'ayant point qualité à cet effet, il sera jugé *par défaut*, voilà tout! *Contra*: Anvers, 11 mars 1903, P. 1904, 3, 168; Trib. Liège, 5 mars 1904, J. L. 1904, 92.

CHAPITRE III. — DE LA MISE SOUS CONSEIL JUDICIAIRE.

Art. 499 et 513 à 515.

1040. **Définition.** La *mise sous conseil judiciaire* est la privation de l'exercice de certains droits civils, et en conséquence la mise sous curatelle, prononcée par la justice pour protéger le prodigue ou le faible d'esprit.

Le *conseil judiciaire* est la personne désignée par la justice pour assister le prodigue ou le faible d'esprit dans les actes qu'il est incapable de faire seul.

SECTION I. — De la demandé en mise sous conseil
judiciaire.

1041. **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; *Revue 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. Il n'y a prodigalité, au sens légal, que si les dépenses excèdent les revenus. Paris, 31 janvier 1894, D. 1894, 2, 233. Ce n'est pas seulement le chiffre des dépenses qu'il faut considérer, c'est encore leur cause et leur objet; les spéculations de bourse ne sont pas toujours et nécessairement des actes de prodigalité, mais il est souvent impossible de les distinguer en fait du jeu et de l'agiotage. Cass. fr., 13 juin 1898, D. 1898, 1, 304.

1042. **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, 25 novembre 1891, P. 1892, 2, 121; Poitiers, 18 mai 1881, D. 1882, 2, 247.

1043. **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.

1044. 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 ⁽¹⁾.

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

1045. Deux effets. La mise sous conseil judiciaire *diminue la capacité juridique* du prodigue ou du faible d'esprit; elle le soumet, comme un mineur émancipé, au régime de la *curatelle* pour 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.

1046. Leur point de départ. La mise sous conseil judiciaire a ses effets du jour du jugement. Art. 502 (supra n° 1000). Bourges, 30 juillet 1894, D. 1895, 2, 409.

1047. Absence de rétroactivité. Tempérament. La mise sous conseil judiciaire ne produit jamais d'effet dans le passé; elle ne

⁽¹⁾ Après le premier interrogatoire, les juges peuvent-ils nommer au défendeur un administrateur provisoire, comme en matière d'instance en interdiction? La jurisprudence le décide ainsi en invoquant la finale de l'art. 514, al. 1. Trib. Gand, 9 décembre 1903, *Revue notari. belge*, 1904, 432; Paris, 6 juillet 1899, D. 1902, 2, 387. Il semble bien cependant que le renvoi fait par l'art. 514 n'a pour objet que les règles concernant l'*instruction* et le *jugement* de l'affaire. Dans tous les cas il ne peut être question de frapper par ce moyen le défendeur d'une incapacité *juridique* provisoire. Comp. nos 995 et 1047.

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'é luder à l'avance les effets de la mise sous conseil*. Cass., 7 mai 1896, et 2 novembre 1900, P. 1896, 1, 130, et 1901, 1, 36; Cass. fr., 15 juillet 1903, D. 1904, 1, 129.

§ 1. — DE L'INCAPACITÉ DE L'INDIVIDU SOUS CONSEIL JUDICIAIRE.

I. — *Etendue de l'incapacité.*

1048. **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 judaïque*! 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.

A. — En matière judiciaire.

1049. **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 du 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 du faible d'esprit *dans l'instance*, et quelle que soit la *juridiction* appelée à statuer, même la juridiction d'appel. Nancy, 24 février 1892, D. 1892, 2, 293.

3^o Quoique la contestation soit relative à un acte que le prodigue ou le faible d'esprit a valablement accompli.

On voit que sous le rapport des actes judiciaires, l'incapacité de l'individu sous conseil est plus étendue que celle du mineur émancipé, puisque celui-ci peut plaider seul au moins en matière mobilière (supra n^o 956).

1050. **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. *Revue 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.

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.

B. — En matière extrajudiciaire.

1051. **Actes d'administration.** Le seul acte d'administration de ses biens que l'individu sous conseil soit incapable de faire est la réception d'un capital. Mais on doit se rappeler que les intérêts, arrérages, loyers ou fermages ne constituent véritablement des revenus qu'au fur et à mesure de leur échéance (supra n° 956). Leur perception anticipée excède donc la capacité de l'individu sous conseil. Paris, 21 décembre 1899, B. J. 1900, col. 601.

Capacité
mobilière
perception
sur un tan
de capitale
sans
mobilières

La défense qui est faite au prodigue ou au faible d'esprit de recevoir un capital et d'en donner décharge sans l'assistance de son conseil implique pour ce dernier le devoir de surveiller l'emploi du capital reçu. Autrement en effet l'incapacité édictée par la loi serait complètement illusoire (comp. art. 482; supra n° 965). Bruxelles, 4 avril 1899, P. 1901, 2, 29; Paris, 31 janvier 1876, D. 1877, 2, 48.

1052. **Actes de disposition entre vifs. Règle générale.** L'individu sous conseil est incapable de disposer de ses biens entre vifs. C'est ce que la loi a voulu marquer en lui faisant défense de transiger⁽¹⁾, d'aliéner ses biens et de les grever d'hypothèques. La prohibition porte non seulement sur les immeubles, mais encore sur les meubles, tant corporels qu'incorporels; elle comprend l'aliénation

(1) La défense de transiger emporte virtuellement celle de compromettre (arg. des art. 1989 c. c. et 1003 c. pr.).

partielle, c'est-à-dire la constitution de droits réels, comme l'aliénation totale, c'est-à-dire la transmission de la propriété; enfin elle s'applique à toute espèce d'aliénation entre vifs soit à titre gratuit, soit à titre onéreux (1).

Cependant nos art. 499 et 513 n'ont pas entendu lui défendre toutes les aliénations indistinctement; ils lui ont laissé l'administration de ses biens et la disposition de ses revenus. Il reste donc capable des aliénations à titre onéreux qui rentrent dans le cercle des actes d'administration.

1053. Contrat de mariage. En principe, la prohibition d'aliéner s'applique à l'aliénation par contrat de mariage comme par tout autre contrat. Cass. fr., 21 juin 1892, D. 1892, 1, 369.

Mais cette prohibition subit une véritable exception résultant de l'art. 1393 qui fait de la communauté légale le régime de droit commun. Paris, 13 juillet 1895, D. 1896, 2, 302. (Renvoi au titre du contrat de mariage.)

1054. Testament L'individu sous conseil conserve la capacité de disposer par testament. C'est que le terme *aliéner*, dans son acception propre et technique, ne comprend pas les dispositions testamentaires; le testateur en effet ne se dépoille pas lui-même; il dispose seulement pour le temps où il ne sera plus, et il lui est toujours loisible de révoquer ses dispositions. Comp. Bruxelles, 3 avril 1886, P. 1886, 2, 189. Il ne s'agit d'ailleurs ici que de la capacité *juridique* de l'individu sous conseil, selon les art. 499 et 513; il reste toujours à examiner la question de la capacité *de fait* du testateur, selon l'art. 901: était-il sain d'esprit lors de la confection du testament?

On verra, au titre des donations entre vifs et des testaments, que les donations de biens à venir ont, au point de vue de la capacité du disposant, le caractère de donations entre vifs et ne doivent pas être confondues avec les dispositions testamentaires (art. 1083). Cass. fr., 21 juin 1892, D. 1892, 1, 369.

1055. Emprunts L'individu sous conseil est incapable d'*emprunter*. La prohibition que lui font les art. 499 et 513 est *absolue*. De même que le mineur émancipé, il ne peut emprunter sous aucun

(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.

prétexte, même dans la simple mesure de ses revenus, même seulement pour les besoins de son administration. Il est évident que la prohibition concerne les emprunts *déguisés*, comme ceux que l'individu sous conseil voudrait faire ouvertement.

1056. **Engagements procédant d'actes d'administration.** L'individu sous conseil, capable d'administrer ses biens, reste par là même capable de *s'obliger par tous les actes*, ventes, baux, marchés, etc., *qui rentrent dans le cercle des actes d'administration* (supra n° 46). Lorsqu'il contracte ainsi, il est pleinement capable comme un majeur ordinaire. Si son engagement est vraiment de pure administration par sa nature même, il importe peu qu'il soit excessif, à raison des circonstances du fait. C'est tout à fait abusivement, en méconnaissant une règle élémentaire d'interprétation juridique, que nombre de tribunaux appliquent aux obligations valablement contractées par l'individu sous conseil la disposition exceptionnelle de l'art. 484, al. 2, sur la réduction des obligations du mineur émancipé. *Contra* : Trib. Bruxelles, 24 novembre 1900, P. 1901, 3, 305; Paris, 16 janvier 1890, D. 1892, 2, 209.

1057. **Engagements procédant d'autres causes.** Il s'agit particulièrement ici des *achats à crédit d'objets de luxe*, vins, bijoux, chevaux, voitures, etc. Il est tout à fait remarquable que nos art. 499 et 513 ne parlent que de l'incapacité d'emprunter, non de celle de *s'obliger en général*, et que l'art. 1124 ne range point l'individu sous conseil parmi les *incapables de contracter*. Trib. Liège, 15 juin 1904, J. L. 1904, 209. Mais si les cours de cassation de Belgique et de France reconnaissent que l'achat à crédit ne figure point parmi les actes énumérés limitativement par nos textes, elles s'appuient sur le principe qu'il n'est pas permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement, pour laisser aux juges du fait le pouvoir d'annuler les engagements de l'individu sous conseil *lorsqu'ils sont exagérés en égard à sa condition sociale et à sa situation de fortune*. Valider de tels engagements serait lui laisser le *moyen détourné de disposer de ses biens* et d'éluder ainsi les défenses faites par nos art. 499 et 513. Cass., 24 juin 1897, P. 1897, 1, 233; Cass. fr., 7 juillet 1902, D. 1902, 1, 422.

1058. **Exécution forcée des obligations valablement contractées.** Les obligations que l'individu sous conseil a valablement contractées sans l'assistance de son conseil, obligations résultant d'actes d'administration ou d'engagements en rapport avec sa condi-

tion sociale et sa situation de fortune, sont-elles susceptibles d'exécution forcée sur ses *capitaux* comme sur ses revenus? La solution affirmative est commandée par le principe de l'art. 7 de la loi hypothécaire suivant lequel *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 fautive, 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. *Contra* : Trib. Liège, 26 avril 1890, P. 1890, 3, 292; Dijon, 22 novembre 1867, D. 1868, 2, 73. Comp. Cass. 24 juin 1897, P. 1897, 1, 233.

II. — Sanction de l'incapacité.

Art. 502.

1059. **Principe de la nullité de droit.** Les actes pour lesquels la loi exige l'assistance du conseil judiciaire sont *nuls de droit* lorsqu'ils ont été faits sans cette assistance. La finale de l'art. 502 est 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. Le sens de l'expression *nul de droit* a été déterminé plus haut (n° 1002).

La nullité a tous les caractères des nullités protectrices, c'est-à-dire qu'elle est *purement relative*. Cass., 24 décembre 1896, P. 1897, 1, 50; Cass. fr., 21 mai 1900, D. 1900, 1, 422. Les règles relatives aux actes judiciaires d'une femme mariée non autorisée sont d'ailleurs applicables aux actes judiciaires d'un prodigue ou d'un faible d'esprit non régulièrement assisté (*supra* nos 516 et 517). Cass., 1^{er} juillet 1897, P. 1897, 1, 242; Cass. fr., 4 novembre 1901, D. 1902, 1, 185.

* Les obligations que l'individu sous conseil n'a pas valablement contractées et dont l'annulation est prononcée, ne sont-elles pas

tout au moins susceptibles d'exécution sur ses seuls *revenus*? Il faut distinguer entre l'exécution forcée et l'exécution volontaire. L'exécution *forcée* est impossible, parce qu'une obligation annulée est réputée n'avoir jamais existé, sauf l'application de la finale de l'art. 1312. Au contraire, l'exécution *volontaire* est possible, parce que le jugement d'annulation laisse subsister une dette naturelle et que l'individu sous conseil a la libre disposition de ses revenus; il peut donc, sans l'assistance de son conseil, faire emploi de ses revenus pour le paiement de sa dette. Note au D. 1896, 1, 391.

§ 2. — DU CONSEIL JUDICIAIRE.

1060. **Rapprochement.** 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.

1061. **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.

1062. **Exemption de toute incapacité.** A la différence du tuteur (supra nos 892 et 893), 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.

1063. **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° 500). Comp. Cass. fr., 10 novembre 1897, D. 1898, 1, 310.

1064. **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 du rôle joué par le curateur du mineur émancipé (n° 961) ; les deux fonctions, malgré leurs noms différents, sont tout à fait comparables par leur nature.

Toutefois, en matière d'actes judiciaires, la jurisprudence se tient exclusivement au sens étymologique du terme assistance (*sistere ad*) et exige en conséquence le *concours effectif et permanent* du conseil dans les diverses phases de la procédure. Nancy, 24 février 1892, D. 1892, 2, 293. Le conseil appelé en justice avec l'incapable peut *conclure* différemment de lui ; il peut même *interjeter appel* sans lui, mais comme il ne le représente pas, il doit avoir soin de le mettre en cause. Cass., 2 novembre 1900, B. J. 1901, col. 337 ; Cass. fr., 24 juin 1896, D. 1897, 1, 404.

1065. **Extension de ses fonctions.** Dans la rigueur des principes, la nullité des actes irréguliers ne peut être demandée que par l'incapable lui-même, ses héritiers et ayants cause. Aucune disposition légale ne donne qualité au conseil judiciaire 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 lorsqu'il veut agir et non à agir pour lui ; nulle part la loi ne lui donne d'initiative quelconque.

Loin qu'il y ait dans notre matière un texte semblable à l'art. 225 qui accorde formellement l'action en nullité au mari comme à la femme, notre art. 513 *refuse* au conseil toute qualité pour agir, en disant que les actions seront intentées par le prodigue ou le faible d'esprit assisté de son conseil.

La jurisprudence a *complété* la loi en reconnaissant au conseil qualité pour exercer lui-même le droit d'agir en nullité. C'est là, dit Planiol, un des exemples les plus remarquables des hardiesses de la jurisprudence. Cass., 7 mai 1896, B. J. 1901, col. 339 ; Bruxelles, 18 mars 1902, B. J. 1903, col. 155. ; comp. note au D. 1904, 1, 129 ; *Revue crit.*, 1897, p. 634.

1066. **Refus ou empêchement d'assistance.** Quid si le conseil refuse abusivement son assistance au prodigue ou au faible

d'esprit ? 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, pour les individus sous conseil, pas plus que pour les mineurs émancipés (supra n° 962), que l'assistance dont ils ont besoin 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. Liège, 12 juillet 1882, P. 1882, 2, 346; Cass. fr., 16 mai 1899, D. 1899, 1, 399.

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 du prodigue ou du faible d'esprit.

SECTION 3. — De la cessation de la mise sous conseil judiciaire.

Art. 514, al. 2.

1067. **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.

La procédure est la même qu'en matière d'interdiction.

ABBREVIATIONS.

- | | |
|---|---|
| Al... Alinéa. | J. L. 1897... Jurisprudence de la Cour de Liège, année 1897. |
| Arg de l'art... Argument tiré de l'article. | Mon. not, 1894... Moniteur du notariat et de l'enregistrement, année 1894. |
| B. J. 1900, col. 3... Belgique judiciaire, année 1900, colonne 3. | P. 1901, 4, 16... Pasierisie, année 1901, quatrième partie, page 16. |
| Cass... Arrêt de notre Cour de cassation. | Revue crit., 1900... Revue critique de législation et de jurisprudence, année 1900. |
| Cass. fr... Arrêt de la Cour de cassation de France. | Revue notar. belge, 1879... Revue pratique du notariat belge, année 1879. |
| Cbn... Combinés. | S... Sirey. |
| C. c... Code civil. | Trib... Tribunal. |
| Comp... Comparez. | |
| C. pr... Code de procédure civile. | |
| D. 1870, 1, 89... Dalloz, année 1870, première partie, page 87. | |

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

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	1
INTRODUCTION	3
1 ^{re} PARTIE. — De l'interprétation et de l'application des lois civiles	3
2 ^e PARTIE. — Généralités sur les droits civils et la personnalité juridique	9
3 ^e PARTIE. — Généralités sur la famille	17
4 ^e PARTIE. — Généralités sur l'acte juridique	21
5 ^e PARTIE. — Généralités sur les preuves	39
6 ^e PARTIE. — Généralités sur la double juridiction des tribunaux et sur l'autorité de la chose jugée	44

LIVRE I. — DES PERSONNES.

Titre I. — <i>De la jouissance et de la privation des droits civils</i>	47
Chapitre I. — De la nationalité	47
Chapitre II. — De la jouissance des droits civils	62
Titre II. — <i>Des actes de l'état civil</i>	66
Chapitre I. — Des registres et des actes de l'état civil	67
Chapitre II. — De la preuve des faits de l'état civil	86
Appendice — Du nom des personnes	88
Titre III. — <i>Du domicile</i>	91
Chapitre I. — Du domicile général	91
Chapitre II. — Du domicile d'élection	98
Appendice. — Du domicile des personnes morales	102

Titre IV. — Des absents	102
Chapitre I. — Des effets de l'absence relativement au patrimoine de l'absent	104
Chapitre II. — Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels de l'absent.	118
Chapitre III. — Des effets de l'absence relativement au mariage	122
Chapitre IV. — De la surveillance des enfants mineurs de l'absent	123
Titre V. — Du mariage	125
Chapitre I. — Des conditions de fond du mariage.	127
Chapitre II. — Des conditions de forme du mariage	140
Chapitre III. — Des oppositions au mariage.	147
Chapitre IV. — De l'inexistence et de l'annulabilité du mariage.	154
Chapitre V. — De la preuve de la célébration du mariage	171
Chapitre VI. — Des effets du mariage.	175
39. Chapitre VII. — Du devoir d'éducation et de l'obligation alimentaire.	177
63 Chapitre VIII. — Des devoirs réciproques des époux	186
64 Chapitre IX. — De l'autorité maritale et de l'incapacité de la femme mariée	193
Chapitre X. — De la dissolution du mariage et des seconds mariages.	215
Titre VI. — Du divorce et de la séparation de corps	216
Chapitre I. — Du divorce	218
Chapitre II. — De la séparation de corps.	240
Titre VII. — De la filiation.	249
Chapitre I. — Des preuves de la filiation légitime.	250
Chapitre II. — Des preuves de la filiation illégitime	273
Chapitre III. — De la légitimation.	292
Titre VIII. — De l'adoption.	296
Chapitre I. — Des conditions requises pour l'adoption	296
Chapitre II. — Des effets de l'adoption	301
Titre IX. — De la puissance paternelle	304
Chapitre I. — De la puissance paternelle sur les enfants légitimes.	305
Chapitre II. — De la puissance paternelle sur les enfants illégitimes	318
Chapitre III. — De la déchéance de l'autorité paternelle et du contrôle de la justice sur l'exercice de cette autorité	319

Titre X. — De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.	322
1 ^{re} partie. — De la minorité et de la majorité.	322
2 ^e partie. — De la tutelle des mineurs	324
Chapitre I. — De l'organisation de la tutelle de l'enfant légitime.	325
Chapitre II. — De l'organisation de la tutelle de l'enfant illégitime.	349
Chapitre III. — De la gestion du tuteur.	350
Chapitre IV. — De la cessation de la tutelle	376
3 ^e partie — De l'émancipation.	383
Chapitre I. — Des modes et des conditions de l'émancipation.	384
Chapitre II. — Des effets de l'émancipation.	386
Chapitre III. — De la révocation de l'émancipation.	393
Titre XI. — De l'interdiction, du placement dans un établissement d'aliénés et de la mise sous conseil judiciaire	395
Introduction. — De la démence et de ses conséquences juridiques.	395
Chapitre I. — De l'interdiction judiciaire	397
Chapitre II. — Du placement dans un établissement d'aliénés.	414
Chapitre III. — De la mise sous conseil judiciaire	421