

22363

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DE LA

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

EN DROIT ROMAIN.

DE

L'APPEL COMME D'ABUS

EN DROIT FRANÇAIS.

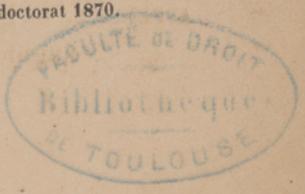
THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR M. FONDI DE NIORT,

Né à Niort (Aude),

Lauréat de la Faculté des Lettres aux concours de 1867, 1868, 1869.  
Lauréat de la Faculté de Droit en 1867, concours de doctorat 1870.



TOULOUSE

TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC,

RUE SAINT-ROME, 44

1874.



THE A MON TERE



THE A MON TERE

THE A MON TERE

---

A MON PÈRE.

---

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

- MM. DUFOUR \*, doyen, professeur de Droit commercial.  
MOLINIER \*, professeur de Droit criminel.  
BRESSOLLES \*, professeur de Code Civil.  
MASSOL \*, professeur de Droit romain.  
GINOULHIAC, professeur de Droit français, étudié dans ses  
origines féodales et coutumières.  
HUC, professeur de Droit Civil.  
HUMBERT, professeur de Droit romain, en congé,  
POUBELLE, professeur de Code Civil.  
ROZY, professeur de Droit administratif.  
BONFILS, agrégé, chargé du cours de droit des gens. *P. de P. de P.*  
ARNAULT, agrégé, chargé du cours d'Économie politique.  
DELOUME, agrégé, chargé de cours.  
*Constante, agrégé.* LAURENS, agrégé.  
PAGET, agrégé.

M. DARRENOUGUÉ, Officier de l'Instruction publique, Secrétaire  
Agent-comptable.

Président de la thèse : M. ROZY.

|              |                                   |                |
|--------------|-----------------------------------|----------------|
| Assesseurs : | MM. DUFOUR,                       | } Professeurs. |
|              | MOLINIER,                         |                |
|              | MASSOL,                           |                |
|              | BONFILS, agrégé, chargé de cours. |                |

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions  
particulières du candidat.

## DROIT ROMAIN

---

### Plainte d'inoffeiosité.

(Dig. *De inoff. test.* V, 2.)

*Patria potestas, in pietate debet, non in atrocitate consistere. MARCIEN (L. 5, D., De leg. Pompeia de parricidis, XLVIII, 9).*

Il n'y a pour l'homme qu'une seule condition parfaite : celle où se trouvent réunis l'époux, l'épouse et le fils (Manou, IX. 45). Le vieux droit quiritaire ne s'inspirait pas de cette pensée du législateur de la grande famille aryenne. Rome ne voyait dans le fils qu'un serviteur du père. « *Fere nulli alii sunt homines*, affirmait Gaius, avec une espèce de fierté, *qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus* » (*Comm. I. § 55.*) L'omnipo-

tence du chef de la famille était absolue. *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* : tel était le principe consacré, l'an 300 de Rome, en matière de testament, par la loi des XII Tables. Cette disposition, restée célèbre, laissait au père de famille une latitude illimitée. Le droit privé se trouvait absorbé dans le droit public. Les liens du sang n'existaient plus. Le *paterfamilias* pouvait transmettre à des étrangers la totalité de son patrimoine.

Mais une réaction salutaire contre ce pouvoir de fer, empreint de la rudesse tyrannique qui caractérise l'enfance de tous les peuples, se manifesta bientôt. Une lutte s'éleva entre le droit naturel et le droit positif ou national. S'appuyant sur les liens du sang, sur les sentiments et les obligations qui en dérivent, les jurisconsultes romains introduisirent la théorie de la copropriété du père et des enfants.

L'idée d'une sorte de copropriété, existant entre les membres de la famille, était déjà connue de l'Inde ancienne. « *Sur la terre acquise par le grand-père, dit Yajnowalkya, le père et le fils ont une égale propriété.* (Etud. sur le droit civ. des Hindous par Gibelin.) La république de Platon reposait sur ce principe. (Lois, XI).

Les Prudents cherchèrent là une première restriction à la liberté testamentaire. Le principe de la loi

des XII Tables « *uti legassit ita jus esto* » restait, il est vrai, dans toute sa force. Le père conservait la faculté d'exhérer ses enfants. On exigeait seulement la manifestation plus ou moins expresse de sa volonté. L'attaque était indirecte. La transformation s'opérait insensiblement. Un sentiment nouveau tendait à se faire reconnaître dans le domaine du droit, mais n'osait s'affirmer encore.

La nécessité de l'exhérédation était un premier pas. Mais ce n'était qu'une exigence de forme. Le mouvement de réaction se développa. La famille naturelle allait naître.

La *querela inofficiosi testamenti* fut le dernier mot de l'œuvre protectrice des Prudents. Désormais le fils ne sera plus sacrifié sans scrupule à d'injustes préférences. Le testament régulier, soit au point de vue du droit civil, soit au point de vue du droit prétorien, restera sans effet, si le testateur a méconnu certains devoirs ou certains sentiments dont il devait tenir compte : *recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis* (Marcien l. 2, D. de inoff. testam. V, 2).

Pour arriver au triomphe du droit naturel, les Prudents se servent ici d'une fiction ingénieuse. Ils font au père de famille l'honneur de ne pas croire à son injustice. Une exhérédation imméritée est odieuse. Mais c'est un fait qui ne sort pas du terrain purement moral. Il n'agit pas sur le droit. La viola-

tion d'un devoir de conscience ne peut donner naissance à une action judiciaire. Impossible de renverser cet obstacle! les Prudents le tournent habilement. Ils assimilent l'exhérédation à une œuvre de démence. Si son auteur n'a pas complètement perdu la raison, il ne jouit pas cependant de la plénitude de ses facultés : *quasi non sanæ mentis*. Dès lors tout se simplifie. On se trouve dans le domaine du droit. L'héritier dépouillé peut réclamer la protection de la loi. Il aura dans la *querela inofficiosi testamenti* une protection efficace.

## CHAPITRE PREMIER

### NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA *Querela inofficiosi testamenti*.

La *querela* est une institution coutumière.

Aujourd'hui toute controverse a cessé sur ce point. Cujas, s'inspirant de l'*inscriptio* d'un fragment de Gaius, L. 4, *de inoffic. testam.*, la faisait provenir d'une loi Glitia, dont le nom seul nous est connu. Denis Godefroy et Doneau ont partagé cette opinion. Mais les expressions employées dans les textes ne permettent pas de croire à la vérité de leur doctrine. Ouvrons les Institutes (*pr., de inoff. testam.*) « *Inductum est, nous dit Justinien, ut de inofficioso testamento agere possent liberi qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique præteritos.* » Ce texte ne peut laisser aucun doute dans l'esprit le plus prévenu. La loi ne procède pas par induction ; elle est souveraine, elle commande. Un passage de Marcien (l. 2. D. *de inoffic. testam.*) est plus décisif encore : « *hoc colore, quasi non sanæ*

*mentis fuerint cum testamentum ordinarent... sed hoc dicitur non quasi vere furiosus sit... nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est ».*

M. Kœnigswarter, dans son ouvrage sur l'*origine de la famille en France*, et Laferrière, *Histoire du droit français*, se sont aussi trompés sur l'origine de la *querela*. Attribuer cette institution au droit prétorien est une hypothèse toute gratuite. Leur système ne repose sur aucun fondement sérieux. On aurait nommé le Préteur, au lieu de dire *inductum est*.

L'époque précise de l'introduction de la plainte d'inofficiosité est ignoré. Elle existait certainement dans la pratique, à la fin de la République : Cicéron en fait mention dans sa seconde harangue contre Verrès, § 42. Valère Maxime (*Dictorum factorum-que memorabilium*, l. 7, chap. 7) confirme cette opinion.

Le caractère juridique de la *querela inofficiosi testamenti* a donné lieu à bien des controverses. Il suffit de considérer le but de cette institution pour rester dans le vrai. Le réclamant se présente comme ayant droit à la succession du défunt. Il poursuit la déchéance des héritiers testamentaires, et la restitution de la succession aux héritiers *ab intestat*. La *querela* est donc une véritable *petitio hereditatis*. Aussi rentre-t-elle dans la compétence du tribunal des Centumvirs. (L. 17, pr. *de inoff. test.*; c. *de hered. pet.*, III, 31). La *querela* devait être successi-

vement soumise aux quatre sections du Tribunal. Le jugement était conforme à l'opinion qui avait prévalu dans le plus grand nombre de sections. Un texte de Marcellus permet de croire que, dans l'hypothèse du partage, on maintenait le testament. (Loi 10, *de inoff. test.*)

Quelques jurisconsultes ont voulu voir dans la *querela inofficiosi testamenti*, une action préparatoire à la pétition d'hérédité. Il est impossible de s'arrêter longtemps à leur opinion. Ulpien (1), Scævola (2), Paul (3) sont formellement contraires à ce système. Nous nous en tiendrons à la définition suivante donnée par Vinnius : « Si quis a me petat ut » quid sit querela inofficiosi testamenti, obiter definiam ; dicam esse speciem petitionis hereditatis, » qua et testamentum rescindi postulatur, et simul » vindicatur hereditas tanquam ab intestato delata ». (*Select. juris quæstion.* l. 1 chap. 19). Septime-Sévère et Antonin Caracalla décident dans le même sens. Ils appliquent l'expression *hereditatem vindicare* à celui qui intente la *querela inofficiosi testamenti*. (l. 3, c. *de pet. her.* III, 31.)

Ne tombons pas cependant dans les extrêmes. *In medio stat virtus*. La plainte d'inofficiosité se sépare sur plusieurs points de la pétition d'hérédité ordinaire. Elle ne peut être intentée que contre celui

(1) L. 8, § 8, D., *De inoff. test.* V, 2.

(2) L. 20, D., *De inoff. test.* V, 2.

(3) L. 21, § 2, D., *De inoff. test.* V, 2.

qui possède à titre d'institué ou de successeur universel de l'institué (l. 1 et 10, c. de *inoff. test.*) On admet au contraire la *petitio hereditatis* contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore*.

Elle est, en principe, de droit exceptionnel et exclusivement personnelle. Son but principal est de procurer une réparation d'honneur. On la considère comme blessant la mémoire du testateur. La *querela* participe en quelque sorte de l'*actio injuriarum*. L'exhéredé se plaint d'avoir reçu du testateur une injure imméritée. Sa réclamation se résout en une flétrissure posthume pour le défunt. Aussi l'enfant ne doit-il y recourir qu'à défaut de tout autre moyen. (*Instit.* § 2, t. XVIII. De *inoff. test.*) C'est là encore qu'il faut aller chercher l'étymologie de sa dénomination. « On l'appelle *querela*, plainte, pour couvrir la pudeur du mot » disait Estienne Pasquier.

Un autre caractère sépare enfin la *querela inofficiosi testamenti* de la *petitio hereditatis*. La petition d'hérédité est perpétuelle; la *querela* s'éteint par un délai de cinq ans, et ne passe que dans certains cas aux héritiers.

Terminons ces quelques notions sur l'origine et la nature de la *querela inofficiosi testamenti* en déclarant que cette action fut le fondement de la légitime : *quarta portio liberis præstanda ut ab inofficiosi querela excludantur*. (*Sent. Paul*, IV, V, 6.)

## CHAPITRE II.

### DES PERSONNES QUI PEUVENT INTENTER LA *querela inofficiosi testamenti*.

Un mot tout d'abord sur les dispositions attaquables par la *querela*, et sur les personnes contre lesquelles elle est autorisée.

Est inofficieux tout testament régulier, ne blessant aucune des règles du droit, mais contraire aux sentiments de la nature. « *Inofficiosum dicitur testamentum quod, frustra liberis exheredatis, non ex officio pietatis videtur esse conscriptum* (Sent., Paul, l. 4, t. V, § 1). » Une seule exception en faveur des militaires, mourant *in militia*, ou dans l'année de leur congé. Ulpien va plus loin : « *de inofficioso testamento militis dicere, nec miles potest* (Ulpien, l, 27, § 2, D. L. V, t. II). Un militaire même ne peut attaquer comme inofficieux le testament d'un autre militaire.

Généralement, c'est contre les héritiers institués que doit être intentée la *querela*. Dans l'hypothèse

d'un fidéicommiss universel, le fidéicommissaire seul sera attaqué. Enfin, elle est admise contre le fisc, et contre l'empereur lui-même : « *qui leges facit, dit Paul, pari majestate legibus obtemperare debet* (Sent. IV, V, 3). »

Comme nous l'avons vu, la plainte d'inofficiosité est fondée sur le droit naturel. Toutefois le nombre des parents auxquels elle est accordée est limité.

Le droit de l'invoquer appartient d'abord aux descendants du testateur. Plus que tout autre, leur personnalité s'est identifiée avec celle du défunt. Viennent ensuite les ascendants. Leurs prétentions s'appuient sur le sentiment de la reconnaissance généralement due au père par ses enfants. Quant aux collatéraux, la question fut, dès l'origine, laissée à l'appréciation des tribunaux. L'obligation morale ne se présente pas ici avec le même caractère. La *querela* est refusée d'une manière générale à tous les collatéraux. Les frères et sœurs sont seuls admis à se plaindre de ce qu'ils ont été deshérités, et encore même seulement quand on leur a préféré des *turpes personas*. Quelques détails maintenant.

### § 1

#### *Querela des descendants.*

Tous les descendants régulièrement exhéridés par un testateur, qui était tenu de les instituer ou de les

exhéréder, peuvent attaquer le testament comme inofficieux.

Les enfants émancipés et exhérédés jouissent de la même faveur. Pareillement, les enfants omis par la mère ou les ascendants maternels (§ 7, *De exher. lib. Inst.* II, 13). Quant aux enfants naturels issus du *concubinatus*, il faut distinguer. S'agit-il du testament du père : les *liberali naturales* proprement dits, nés du concubinat reconnu par les lois Julia et Papia Poppæa, ont un *pater certus*. Le préteur les appelle à la *bonorum possessio unde cognati*, et la jurisprudence les admet au bénéfice de la *querela*. S'agit-il du testament de la mère : tous les enfants, *liberi naturales* ou *spurii*, depuis le sénatus-consulte Orphitien, sont appelés à la succession *ab intestato*, et jouissent du privilège de la *querela*.

Nouvelle distinction à l'égard des enfants donnés en adoption : ils ne peuvent attaquer le testament de l'adoptant qu'autant qu'ils sont restés dans la famille adoptive. S'ils en sont sortis, ils peuvent seulement critiquer le testament du père naturel. Un texte de Valère-Maxime paraît toutefois contraire à notre opinion (VII, 7, n° 3).

D'après Justinien, Papinien et Paul n'accordaient jamais la *querela* à l'enfant adoptif contre le testament du père naturel (L. 10, fr., C. *De adopt.*, VIII, 48).

La plainte d'inofficiosité appartenait encore aux posthumes (L. 6, pr. *de inoff. test.*, V, 2.)

§ 2.

*Querela des ascendants.*

La *querela* des ascendants repose sur la réciprocité d'affection et de devoirs que doit engendrer la relation d'ascendant à descendant. « *Etsi parentibus non debetur filiorum hereditas*, dit Papinien, *propter votum parentum, et naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet* (L. 15, pr. D *De inoff. test.*). » La légitime des ascendants est fondée sur le droit naturel. Quelques jurisconsultes modernes ont émis une opinion différente. La source de la légitime des ascendants, disent-ils, ne peut être que le droit civil. Ils se trompent. La *querela* des ascendants repose sur le même fondement que celle des descendants. Le texte précédent de Papinien ne laisse aucun doute à cet égard.

La mère et les ascendants maternels jouissent, comme le *pater familias*, de la *querela inofficiosi testamenti*. Donner satisfaction aux sentiments et aux obligations morales dérivant des liens du sang, telle est la pensée principale. Le lien civil de famille ou de puissance n'est pas ici à considérer. Il faut cependant qu'il y ait vocation de la mère et des ascendants maternels à la succession *ab intestat*. Le sénatus-consulte Tertullien fixe les conditions

La *querela* appartient aussi au père émancipateur

et à celui qui a donné son fils en adoption. Dans toutes les hypothèses où il y a dévolution de la succession légitime au profit des ascendants, il y a aussi dévolution de la plainte d'inofficiosité (L. 14 et 31, *De inof. test.*) Quant au testament fait par un fils de famille *de peculio castrensi*, il échappe à la *querela*. Ce pécule ne peut pas, en effet, faire l'objet d'une succession *ab intestat* (L. 18, *De pec. cast.*, XLIX, 17).

§ 3.

*Querela des frères et sœurs.*

Nous nous écartons de plus en plus de la rigueur des principes. L'ancienne famille officielle perd successivement toutes ses prérogatives. Aussi, si nous en croyons Ulpien, de longues hésitations signalèrent ce nouveau pas de la jurisprudence. Les frères et sœurs consanguins et agnats sont seuls admis au bénéfice de la *querela*.

Ils ne peuvent même critiquer le testament du défunt que lorsque l'institué est une *persona turpis* (D. *De his qui notantur infamia*, III, 2). Il faut aller plus loin dans ce sens. Toute atteinte à l'*integra existimatio* autorisait la plainte d'inofficiosité. Ainsi le déclare Constantin : « Si scripti heredes infamiæ, vel turpidinis, vel levis notæ macula adspargantur (L. 27, C. *De inoff. testam.* III, 28) Des controverses se sont élevées sur l'origine de cette

distinction entre les frères et sœurs et les parents en ligne directe. On l'attribue généralement à Constantin (Ducaurroy, t. 4, n° 649). Pothier pense, au contraire, que Constantin n'a fait que confirmer un point de droit reçu avant lui. Son opinion n'a pas prévalu (Pand., t. III, *De inoff. testam.*, V, 2).

Les frères et sœurs naturels ne sont jamais admis au bénéfice de la *querela inofficiosi testamenti*.

### CHAPITRE III.

#### DES CONDITIONS EXIGÉES POUR L'ADMISSIBILITÉ DE LA *querela.*

##### § 1.

#### *Des justes causes d'exhérédation ou d'omission.*

La plainte d'inofficiosité était une conquête du droit naturel. Il ne s'agissait pas d'un vice absolu, caractérisé par la loi. Ce qui avait été oublié, ce n'était pas un droit, mais un devoir. Aussi laissait-on une grande latitude d'appréciation aux juges qui connaissaient de cette action. Ils devaient examiner avant tout la conduite du plaignant à l'égard du testateur, et ne pas oublier de tenir compte de sa conduite générale. La première condition de l'exercice de la *querela* était l'injustice (*injuria*) de l'exhérédation ou de l'omission de l'héritier naturel.

Ainsi, Ulpien (l. 18, D. *de lib. et post.* xxviii, 2), nous apprend que l'exhérédation, inspirée par le seul

intérêt de l'enfant, ne pouvait servir de fondement à la plainte d'inofficiosité. Dans cette hypothèse, fréquente dans la pratique, le père, pour éviter à l'enfant les embarras d'une succession compliquée, l'exhéredait en lui laissant un legs ou un fidéicommiss considérable.

Une constitution de l'empereur Alexandre considérait comme fondée l'exhéredation d'un fils gladiateur ou lutteur (*arenarius*) par un père de condition honorable, (l. 11, C. *de inoff. testam.*); même décision de Dioclétien et de Maximien pour l'omission d'une fille de mauvaises mœurs par sa mère (l. 19; h. t.).

Enfin, d'après une opinion généralement admise par les Prudents, l'exhéredation d'un petit-fils pouvait être justifiée par les actes d'inconduite de son père prédécédé (l. 3, § 5, *de bon. poss. cont. tabul.* xxxvii, 4).

Le réclamant joue le rôle de demandeur. Il doit donc justifier sa prétention. A lui, de prouver l'iniquité de l'exhéredation (Inst. libr. ii, tit. xx, § 4). D'après quelques jurisconsultes, Constantin aurait exonéré de cette règle les ascendants (l. 28, C. *de inoff. test.*) Cette opinion n'a pas prévalu. Il faut appliquer en cette matière la règle générale.

§ 2.

*De l'absence d'un autre recours.*

La *querela inofficiosi testamenti*, nous l'avons dit, était de droit exceptionnel, une voie extraordinaire, *ultimum auxilium*. On ne pouvait y recourir qu'en l'absence de tout autre moyen d'arriver au même résultat (Inst., l. 2, t. xviii, § 2). Par application de ce principe, le fils émancipé, omis par son ascendant, devait se contenter de la *bonorum possessio contra tabulas*, à laquelle il était appelé par le droit prétorien (Paul, l. 23). Le père émancipateur au contraire, omis par son fils, pouvait employer la *querela* (Ulp., l. 1, § 6, D. *si a parente quis manumitt.* xxxvii, 12).

Toujours pour le même motif, on refusait la *querela* à la fille et aux petits-enfants passés sous silence, auxquels le droit civil offrait la ressource du *jus accrescendi*; et à l'adrogé impubère, exhéredé par l'adrogeant, (l. 8, § 15, D.); il ne pouvait réclamer que la quarte antonine.

La *querela*, malgré son caractère injurieux, n'est pas refusée à l'enfant qui pourrait attaquer en même temps le testament, comme *irritum* ou *ruptum* (l. 8, § 12).

§ 3.

*De la légitime.*

Lorsque le testateur n'avait pas de motif sérieux d'exhérer ses enfants, il devait leur laisser au moins une fraction de ses biens. Pas de règle formelle, à l'origine, sur ce point. Les centumvirs avaient un souverain pouvoir d'appréciation. On sentit cependant bientôt le besoin de ne pas rester sans règle à cet égard. Les Prudents, et non Marc-Aurèle, comme l'a soutenu Cujas, admirent que l'héritier, qui aurait reçu le quart de sa part héréditaire, n'aurait pas le droit de se plaindre. Ils s'appuyèrent, pour s'arrêter à ce chiffre, sur la loi Falcidia. Aussi, dans quelques textes, la quarte légitime est-elle très-improprement appelée quarte *Falcidie* (l. 5, § 3, C. *ad leg. Jul. maj.* ix, 8).

Le descendant devait recevoir sa quarte par acte de dernière volonté. En principe donc, une donation entre-vifs, même beaucoup plus considérable, n'enlevait pas le droit d'intenter la *querela*. Elle était considérée comme un avantage indépendant de la légitime. Papinien et Paul sont formels à cet égard. (L. 16, D. *De suis et leg. hered.* XXXVIII, 16; *Sent.* Paul lib. IV, tit. V, § 8). D'après Ulpien, au contraire, l'imputation des biens, donnés entre-vifs

au légitimaire, devait avoir lieu, lorsque l'ascendant donateur s'était exprimé en ce sens d'une manière précise. Un rescrit d'Alexandre-Sévère (L. 3, C. *De coll.*, VI, 20) confirma la doctrine de Paul et de Papinien, qui fut consacrée définitivement par Justinien (L. 35, § 1, C. *de inoff.*).

Concilier les droits de la famille et de la nature avec la liberté testamentaire, tel est le but qu'ont cherché les Prudents dans l'institution de la légitime.

L'évaluation de la quarte légitime donne lieu aux mêmes calculs que celle de la quarte Falcidie. Les légitimaires ont droit seulement au quart des biens appartenant au testateur au jour même de sa mort. Les biens donnés entre-vifs n'entrent pas dans la masse (L. 6, C., *de inoff. test.*). La quarte légitime se calcule, déduction faite des dettes du défunt, des frais funéraires, et du prix des esclaves affranchis par testament (L. 8, § 9; Paul IV, 5, § 6). Ces déductions affranchissent le légitimaire de toute charge ultérieure. La quarte devait lui être laissée purement et simplement. Cependant la condition, apposée dans l'intérêt évident du légitimaire, ne donnait pas naissance à la *querela*

Une légitime incomplète n'empêchait pas, au temps classique, la plainte d'inofficiosité. (L. 2, C. Gr. *De inoff. test.* II-3). D'après Constantin, on ne pouvait l'intenter lorsque la disposition était accompagnée de la clause expresse : *ut quarta arbitrato boni viri repleretur* (L. 4, C. Th., *De inoff. test.*

II, 19). Justinien supprima la nécessité d'une mention de ce genre. L'ordre de compléter la quarte, en cas d'insuffisance, fut sous-entendue dans tout testament. (Inst. § 3, *De inoff. test.*). Le droit de demander le surplus de la légitime remplaça la plainte d'inofficiosité. L'enfant, qui a reçu le plus petit legs, exige désormais le complément de sa quarte au moyen d'une *condictio ex lege* (L. unic, *De cond. ex leg.*, XIII, 2).

Ont droit à la légitime, en premier lieu, les enfants ou descendants. Le lien du sang est seul considéré ici. Viennent ensuite les ascendants. En dernier lieu, les frères et sœurs : à leur égard, l'agnation reprend ses droits. Quelques Jurisconsultes (Voët h. t. XLVI) refusent aux frères et sœurs tout droit à une légitime.

---

## CHAPITRE IV.

### DES EFFETS DE LA *querela inofficiosi testamenti*.

Il faut examiner cette question à un double point de vue, distinguer le cas où le demandeur triomphe de celui où il est repoussé.

#### § I.

##### *Admission de la querela.*

Attachons-nous d'abord à l'hypothèse la plus simple : Un seul légitimaire, un seul institué ; le légitimaire triomphe. Ulpien (l. 8, § 16 de *inoff. test.*) nous fait connaître les résultats de la sentence intervenue. Le testament est immédiatement et de plein droit rescindé, ainsi que toutes ses dispositions. La succession légitime est ouverte. *Intestatum patrem familiam facit*, dit Ulpien (T. 6 § 1, h. t.) Suivant les circonstances, le demandeur succèdera, soit en qualité d'héritier, soit en qualité de *bonorum possessor*, à tout l'actif et à toutes les dettes

de la succession. Le légitimaire est toujours saisi de plein droit. Par une faveur spéciale, la maxime : « *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest* » reste sans force. On peut invoquer la sentence même à l'encontre des légataires et des esclaves affranchis. Il faut, pour l'application de cette doctrine, que l'institué se soit présenté, qu'il se soit défendu. (D. *de appell.* L. 49, T. 1, l. 14 § 1). Tout soupçon d'entente frauduleuse entre l'héritier et le *querelans* doit être écarté. En ce qui concerne les legs déjà payés, il y a lieu à répétition. Mais qui exercera la *condictio* ? Distinguons. Si le paiement est antérieur au procès, ce sera le *querelans*. A-t-il été effectué pendant l'instance, ce sera l'institué ; il répond, dans cette hypothèse seulement, de l'insolvabilité du légataire. C'est là l'intérêt pratique de la distinction.

Les affranchissements testamentaires sont aussi regardés comme nonavenus.

Le triomphe de la *querela* n'entraîne pas cependant, dans tous les cas, la rescision complète du testament. Les affranchissements fidéicommissaires subsistent toujours (Modest. L. 9 ; Ulp. L. 26) moyennant une prestation pécuniaire. Tout legs peut même exister sans indemnité, lorsque l'omission du plaignant par le testateur est une suite de l'ignorance où se trouvait ce dernier de son existence (Paul L. 28).

Enfin, la sentence qui déclarait un testament inofficieux, anéantissant la confusion née de l'*aditio*

*hereditatis*, rendait à l'institué les créances qu'il pouvait avoir contre le défunt. (L. 21, § 2.)

§ 2.

*Cas où la querela entraîne une rescision partielle.*

Ulpien nous apprend que ce cas pouvait se présenter très souvent, parce que, dans la même cause, des sentences diverses étaient portées, *plerumque adsolet ut in una atque eadem causâ diversæ sententiæ proferuntur* (l. 24, D. V. 2); et il cite aussitôt l'exemple suivant : un frère a intenté la *querela* contre deux héritiers inscrits *diversijuris*, c'est-à-dire l'un *integræ existimationis*, l'autre *turpis persona*. En pareil cas, la plainte réussira contre l'un et échouera contre l'autre. Le frère viendra donc comme héritier *ab intestat* pour moitié. L'héritier *integræ existimationis* demeurera héritier testamentaire pour l'autre moitié, en sorte que le défunt paraîtra mort partie *testat* et partie *intestat*. *Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videtur*, conclut Ulpien.

Mais ici, nous nous trouvons en présence d'une grave difficulté. Les *Institutes* nous enseignent que

personne ne peut mourir partie testat et partie intestat : *Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest...* (Inst. l. 2, t. 14, § 5). Cette célèbre maxime n'est pas une création arbitraire du droit romain; comme le disait Pomponius, elle résulte de la nature même des choses. (Loi 7, D. 50-17.) Elle se fonde, en effet, sur ce que l'héritier est le continuateur de la personne du défunt, et que cette personne elle-même était indivisible, puisqu'elle constituait un individu. Comme l'a très bien dit notre savant maître, M. Massol, « De même que l'on ne peut vivre en partie, de même l'on ne peut être pour partie la continuation d'une personne. » (De la règle *pro parte*, etc., p. 8).

Il est évident qu'une telle règle, résultant ainsi du fond même des choses et non de la volonté du législateur, ne saurait comporter de véritable exception. Les Romains ne résistaient pas à ce qu'ils appelaient la *naturalis ratio*, et n'essayaient pas, par des lois, de démentir cette *raison naturelle*. C'est ainsi qu'à propos du quasi usufruit admis par un sénatus-consulte sur les choses qui *primo usu consumuntur*, les Institutes ont bien soin de faire remarquer que ce n'est pas là un véritable usufruit, car, disent-elles, le Sénat n'aurait pu le créer : *Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat...* (Inst. liv. 2, t. 4, § 2).

Comment donc expliquer qu'Ulpien nous dise que le défunt paraît mort partie testat, et partie

intestat ? Pour résoudre cette question, nous rapprocherons ce texte d'un autre de Papinien. Un fils avait intenté la *querela inofficiosi testamenti* contre deux héritiers. Il y a eu deux sentences différentes des juges : le fils a gagné contre l'un et perdu contre l'autre des héritiers inscrits. Papinien dit que le fils sera héritier ab intestat pour partie, et que le reste de l'hérédité demeurera dans le testament : *Credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.* (Loi 15, § 2, D., V, 2).

Diverses explications ont été données de ces textes. La plus accréditée est celle de Cujas, qui consiste à dire qu'à la vérité nul ne peut mourir partie testat et partie intestat, mais que par un fait postérieur, *ex post facto*, cette division peut s'opérer. Voici dans quels termes notre grand romaniste présente cette distinction : « Absurdum autem non est, »  
» testatorem ex post facto pro parte intestatum fieri.  
» Aliud esse, aliud videri, aliud decedere pro parte  
» intestatum ab initio, aliud postea decessisse  
» videri. Et rursus aliud est videri, aliud esse. Qui  
» fit intestatus, videtur esse, nec tamen fuit ab ini-  
» tiō. Et certe in l. 6, § pen., et l. *qui repudiantis*,  
» h. t. eum, qui egit querela et obtinuit, patrem-  
» familias facere intestatum obtinet, ut fiat intes-  
» tatus, non etiam ut decesserit. Et absurdum non  
» est, testatorem habuisse partem mentis sanam,

» aliam insanam, ut simuletur quis furere pro una  
» parte, non autem pro altera parte (1). »

Pour ruiner l'opinion de Cujas, il suffit de rapprocher des deux décisions précitées d'Ulpien et de Papinien le texte suivant d'Ulpien : Deux personnes ont été instituées ; le posthume a été exhéderé à l'égard des deux, mais il ne l'a pas été à l'égard des substitués qu'ont reçu les institués dans le même testament. L'un des institués est venu à mourir, Dès lors, l'autre institué ne peut plus faire adition, car le testament est rompu par suite de la venue au premier rang du substitué à l'égard duquel le posthume n'a pas été exhéderé (l. 19, princ. D. XXVIII, 3). Pourquoi le testament est-il rompu ? N'était-il pas bien simple de dire que le testament devait s'exécuter à l'égard de l'institué et être rompu à l'égard du substitué, puisque la formalité de l'exhéredation du posthume faisait ici défaut ?

Il était impossible de suivre cette marche à cause de la maxime : *Nemo pro parte*, etc., puisque le testateur aurait eu ainsi deux héritiers : l'un testamentaire, l'autre ab intestat. Il a donc fallu rompre le testament tout entier.

Mais pourrait-on dire, dans le sens de l'explication de Cujas, et telle est, en effet, la doctrine de M. Vernet (*Quotité disponible*, p. 154), l'institué était mort avant le défunt ? En sorte que celui-ci

(1) *Comm. ad Papiniani quæst.*, lib. XIV, ad hanc legem 45, § 2, D., De inoff. test. (V. 2). V. aussi Pothier, *Pand. in novum ord.* tom. III, ad tit. De inoff. test. (V. 2) N. XXXIX, notes 3 et 4.

serait décédé partie testat et partie intestat, au lieu de le devenir *ex post facto*. Cette ressource échappe, car Ulpien a pensé à une mort survenant, soit avant, soit après celle du testateur. En effet, dans le § 2 du même texte, supposant les deux institués vivant après la mort du testateur, il constate que l'un ne pourra faire adition sans l'autre, que leurs aditions doivent être simultanées ; car, tandis qu'un seul aurait fait adition, on ne pourrait savoir si l'autre, par sa répudiation ou sa mort, n'entraînerait pas la rupture du testament. Ceci prouve jusqu'à l'évidence qu'Ulpien n'admettait pas plus qu'on pût devenir partie testat et partie intestat *ex post facto* qu'au moment même de son décès.

Ayant ainsi repoussé l'opinion de Cujas, nous nous rangeons à celle de M. Massol, selon lequel il faut expliquer ces décisions, qui paraissent violer notre maxime, par l'effet relatif de l'autorité de la chose jugée. « L'autorité de la chose jugée n'existe » que par rapport à ceux qui ont figuré dans le procès. Deux héritiers sont institués. La plainte » d'inofficiosité est dirigée contre chacun d'eux. » Cette plainte réussit à l'égard de l'un et échoue à » l'égard de l'autre. Qu'on décide les juges ? Ont-ils dit que l'héritier légitime le serait pour moitié » et l'héritier institué pour moitié ? Nullement. Ils » ont seulement donné gain de cause d'une manière » générale et à l'héritier légitime et à l'héritier institué. Si la part d'un chacun est réduite à moitié, » ce n'est pas par l'effet direct de la sentence, mais

» par une conséquence indirecte. Les deux héritiers se présentant, un partage doit s'opérer, » *concurso partes fiunt.* » (*Op. cit.*, p. 23.)

A l'appui de cette explication, il convient de faire observer qu'Ulpien ni Papinien ne disent que le défunt est mort partie testat et partie intestat. Ils se bornent à dire qu'il semble mort ainsi : *Nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.*

Nous devons nous demander maintenant comment il pouvait se faire, dans l'espèce rapportée par Papinien (l. 15, § 2, D. V, 2), que le fils, qui intente la *querela* contre deux héritiers, obtienne deux sentences diverses.

Cela se comprenait fort bien dans le cas proposé par Ulpien, où nous avons un frère agissant contre deux héritiers *diversi juris*. Mais ici le fils, s'il est injustement exhéredé à l'égard d'un des héritiers, ne l'est pas moins à l'égard de l'autre. On a cherché à expliquer ce resultat par une erreur des juges, ce qui conduirait à supposer que la *querela* a été intentée à deux reprises différentes et distinctement contre l'un et l'autre des héritiers.

Cujas pensait, au contraire, que l'un des deux héritiers est lui-même le fils du défunt, en sorte que l'exhéredé dirigerait la *querela* tout à la fois contre son frère et un *extraneus*. Il réussirait contre celui-ci et perdrait contre son frère, d'où la division de l'hérédité en deux moitiés : l'une déférée par testament, l'autre ab intestat. Dans le même sens, Cujas pensait que si l'un des fils avait été

exhérédé et l'autre institué pour le tout, le premier n'amènerait par la *querela inofficiosi* qu'une rescision partielle du testament qui le rendrait héritier ab intestat pour moitié. (*Comm. ad Papiniani quæst*, lib. XIV, *ad legem* 15, § 2, D. *de inoff. test.* V, 2); — *Ibid.* et 4<sup>e</sup> vol. des *Œuvres posthumes*, 1<sup>re</sup> partie, Com. in tit. II, *de inof. test.*, lib. V, D. *ad legem*. 16).

Ces conjectures de Cujas se fortifient du seul texte qui pose expressément la question et que nous allons commenter. C'est la célèbre loi 19, *de inofficioso testamento*, que Duaren cite, nous dit M. Masol, parmi les *leges damnatas*.

Une mère en mourant a institué un héritier étranger pour trois quarts, une de ses filles pour un quart, et a omis son autre fille. Celle-ci a intenté la plainte d'inofficiosité et a réussi. On demande au jurisconsulte Paul quelle va être la situation de la fille instituée.

Commençons par traduire la réponse du jurisconsulte : « La fille prétérite doit revendiquer ce qu'elle aurait eu si sa mère fût morte intestat ; ainsi, on peut dire que cette fille omise, ayant demandé toute l'hérédité ab intestat et triomphé, aura seule toute la succession, comme si l'autre eût répudié l'hérédité légitime. Mais on ne peut pas admettre qu'en agissant *de inofficioso*, elle soit écoutée contre sa sœur. De plus, il faut dire que celle qui a fait addition par testament ne peut être assimilée à quelqu'un qui aurait répudié. En conséquence, il faut

demander la moitié à l'étranger institué, et on peut soutenir que toute cette moitié doit être enlevée comme appartenant à cette fille. Suivant ce système, le testament n'est pas infirmé pour le tout, mais la défunte devient intestate pour partie, quoique sa dernière volonté soit condamnée comme celle d'une folle. Du reste, si quelqu'un pensait que la victoire de la fille doit infirmer tout le testament, il faut dire que l'institué pourrait toujours faire adition *ab intestat*, car l'héritière, qui a fait adition en vertu d'un testament qu'elle croyait valable, ne paraît pas répudier l'hérédité *ab intestat* qu'elle ignore lui être déférée. De même que ceux qui choisissent un droit qu'ils pensent leur compéter ne perdent pas leur droit véritable; ce qui arrive pour le patron, qui, mû par une fausse opinion, a embrassé le testament de l'affranchi défunt; il n'est pas considéré pour cela avoir répudié la *bonorum possessio contra tabulas*. D'où il appert que la fille omise n'a pas le droit de revendiquer toute l'hérédité, puisque, en supposant la rescision totale du testament, l'instituée aurait toujours le droit de faire adition de l'hérédité. »

La prétention de la fille, qui avait triomphé dans la *querela inofficiosi testamenti*, était donc d'avoir à elle seule toute l'hérédité *ab intestat*, en faisant rescinder tout le testament. Le jurisconsulte repousse de deux manières cette prétention, sans se prononcer entre ces deux modes, et sans dire lequel est le préférable; ce qui prouve que cette épineuse ques-

tion avait laissé des hésitations dans les meilleurs esprits.

L'une de ces solutions consiste à dire que la fille omise ne peut pas triompher contre sa sœur, et qu'on ne peut pas reprocher à celle-ci d'avoir fait adition en vertu du testament, puisque à son égard le testament est bon. En conséquence, *la querela* ne doit réussir que contre l'étranger. Mais comme, d'autre part, la fille omise ne peut obtenir ainsi que ce qu'elle aurait eu *ab intestat*, elle devra demander à l'étranger la moitié de la succession. De cette façon la fille omise aurait une moitié, la fille inscrite conserverait son quart *ex testamento*. Reste le quart de l'étranger, contre qui a réussi la *querela*. Le jurisconsulte Paul est muet sur ce cas, et les interprètes se sont demandés à qui il devait être attribué. Selon Cujas, ce quart devrait aller à la fille inscrite parce que le testament a été complètement annulé comme inofficieux à l'égard de l'*extraneus*; ce qui l'empêche de rien conserver. D'autre part, la fille omise ne peut prétendre à plus de la moitié; d'où la vocation de la fille inscrite, et alors Cujas fait remarquer ce singulier effet de la *querela*, en vertu duquel la même personne succède au défunt partie *ex testamento*, partie *ab intestat*: *proinde querela testamenti inofficiosi non hoc tantum efficit, ut unus sit heres ex testamento, alter ab intestato, sed etiam efficit ut unus idemque homo partim heres sit ex testamento, partim ab intestato.* (Cujas, loc. cit.)

Nous ne saurions admettre cette dévolution du quart, et nous nous rangeons à l'opinion de Fabre et de Gluck, adoptée par M. Massol, selon laquelle le quart en question doit rester à l'*heres extraneus*. D'abord cette situation d'un même héritier, à la fois testamentaire et *ab intestat*, serait inouïe. « Nous comprenons, dit M. Massol, que des sentences se contredisent, comme dans le cas de la loi 15 § 1 D. *de inofficioso testamento*. Faire dériver cette contradiction de la même sentence, nous l'avouons, il est difficile de le concevoir, » (M. Massol, *Oper. cit.* p. 26.) On peut dire, en outre, que cette solution est très conforme au raisonnement du jurisconsulte, qui consiste à dire que la *querela* ne doit pas être entendue contre la fille inscrite. Donc elle ne doit pas lui profiter. D'autre part, quelle est la puissance de cette *querela* contre l'*extraneus*? De faire considérer la demanderesse comme si sa mère était morte sans testament : *filia præterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset*, dit expressément Paul. Donc cette *querela* n'a pas d'autre puissance que d'enlever à l'*extraneus* la moitié de l'hérité, puisque telle eût été la part *ab intestat* de la fille omise. Le testament reste donc debout pour le quart restant, et l'étranger le conserve en vertu de l'institution.

A ces raisonnements nous pouvons encore ajouter une importante considération. Le jurisconsulte Paul ne s'est pas occupé de la dévolution de ce quart, nous devons en chercher la raison. Il serait inexcusable

sable si l'opinion de Cujas était la vraie, si ce quart devait aller à la fille inscrite. En effet sur quel point est-il consulté? *quæro, scriptæ filiaë quomodo succurrendum sit* Comment, puisque telle était sa préoccupation, aurait-il pu oublier cette attribution du quart à la fille inscrite? Si, au contraire, ce quart doit rester à l'étranger, il est tout naturel que Paul n'en ait point parlé, puisqu'il ne s'agissait plus des intérêts de la fille inscrite.

Quant à la maxime *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, elle est toujours désintéressée, puisque nous n'avons ici qu'une application de l'effet relatif de la chose jugée, comme nous l'avons dit précédemment.

Du reste, la seconde solution proposée par Paul, la désintéresse davantage encore. Il semble prévoir que cette division de la succession en testamentaire et *ab intestat*, ne sera pas du goût de tout le monde et qu'on pourra penser que le succès de la *querela* aura pour effet l'annulation totale du testament. Dans ce cas, la fille inscrite ne sera pas abandonnée, l'hérité toute entière sera déférée *ab intestat*. On ne pourra pas dire à la fille inscrite qu'en acceptant le testament qu'elle croyait valable, elle a renoncé à la succession *ab intestat*, puisque celle-ci n'était pas encore ouverte. Les deux filles viendront donc à la succession, chacune pour la moitié, et l'*extraneus* seul n'aura rien.

Revenant à la question, qui nous a amenés à commenter cette loi, la plus célèbre de notre titre, nous

dirons que Cujas s'est montré bien affirmatif lorsqu'il pense que, dans la loi 15 § 2, l'un des héritiers, celui contre qui le fils *querelans* a perdu, était le propre frère de ce *querelans*; comme aussi lorsqu'il enseigne que le fils exhérédé n'obtiendra qu'une rescision partielle, si l'institué unique est aussi le fils du défunt. Nous pensons que la question était indécise entre les jurisconsultes romains du temps classique, comme en témoigne notre loi 19, et qu'il nous est impossible, en l'absence de documents précis, de savoir laquelle des deux solutions avait été définitivement admise.

Dans d'autres cas encore, la *querela* pouvait amener la rescision partielle du testament. Un testateur, par exemple exhéréde à la fois ses deux enfants; il est possible que tous deux agissant séparément, l'un triomphe et l'autre échoue, (Papinien, L. 16, *princ.* Paul, L. 17, *princip.*)

Il en serait enfin de même dans une hypothèse assez bizarre : une personne n'était pas en ordre utile pour succéder *ab intestat*, cependant elle a intenté la *querela inofficiosi*, et le défendeur, a négligé de se défendre en alléguant l'absence de vocation du *querelans*. Le demandeur a ainsi triomphé; quel va être l'effet de cette sentence? Ulpien distingue : si la *querela* a triomphé contre un héritier unique, le défunt est devenu intestat, l'héritier testamentaire est définitivement écarté et la victoire profite aux véritables héritiers *ab intestat*, qui recueilleront ainsi le béné-

fice d'une sentence à laquelle ils étaient étrangers. Ceci paraît déroger au principe de l'autorité de la chose jugée, mais le texte d'Ulpien est formel : *non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem*. On considère le demandeur comme ayant en quelque sorte représenté le véritable héritier *ab intestat* (L. 6, § 1 D. V. 2).

Si, au contraire, la *querela* était dirigée par ce faux héritier *ab intestat* contre un seul héritier testamentaire, héritier seulement pour partie, et réussissait, Ulpien décide que le testament restera valable pour la partie non attaquée, sera rescindé pour l'autre partie, et que cette autre partie ira au demandeur, à l'exclusion des personnes qui le précédaient dans l'hérédité *ab intestat* : *dicendum est quia testamentum pro parte valet, et precedentes eum personæ exclusæ sunt, cum effectu eum querelam instituisse* (L. 25, § 1, D., V. 2) Nous nous conformons à l'explication que Cujas a donnée de ce texte, tout en avouant ne pas bien comprendre pourquoi les véritables héritiers *ab intestat* ne peuvent pas se substituer ici au *querelans*, et prendre pour eux, comme tout à l'heure, le gain du procès. (Cujas, IV vol. des œuv. posthumes, comm. in tit. II. De inoff. test., lib. V, D., ad legem 6, pr., et § 1).

Nous avons à rechercher maintenant quels étaient les effets de la rescision partielle. D'après Papinien, le *querelans* qui a triomphé peut poursuivre les débiteurs, être poursuivi par les créanciers, revendiquer les objets héréditaires, partager l'hérédité

soit à l'amiable, soit par l'action *familiæ erciscundæ* : *debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere : verum enim est, familiæ erciscundæ judicium competere* (L. 15, § 2, D., V. 2). En un mot, c'est un héritier pour partie avec toutes les prérogatives attachées à ce titre.

Comme le *querelans* succédait *ab intestat*, il n'était pas tenu des legs et des fidécourmis. En conséquence ceux-ci ne restaient plus valables que jusqu'à concurrence de la part que devaient acquitter les héritiers testamentaires. Si par exemple un de ces héritiers avait reçu un legs *per præceptionem*, ce legs tombait pour la part qu'aurait dû payer le légitimaire, et n'était opposable qu'aux autres héritiers.

Cette décision suppose que le legs est divisible. Comment faire s'il s'agissait d'une chose indivisible comme les affranchissements ou les servitudes ? Les affranchissements étaient maintenus : *Libertates ex testamento competere placuit*, dit Papinien, mais les esclaves affranchis, devaient payer au légitimaire une indemnité évidemment proportionnelle à la portion d'héritage recueillie *ab intestat* : *ita tamen ut officio judicis indemnitati victoris, futurique manumissoris consulatur* (L. 29, princ. D. 44. 2).

Quant aux servitudes, Papinien dit que la servitude sera demandée toute entière à l'héritier testamentaire. Mais il faudra payer la part correspondante

à la succession *ab intestat* ou du moins l'estimation de cette part, et c'est le légataire qui devra ce paiement. Ou bien, si le légitimaire est prêt à constituer la servitude, moyennant paiement, le légataire devra effectuer ce paiement sous peine d'être repoussé par l'exception de dol, s'il intente l'action *ex testamento*, (L. 76, princ. D. 31.)

De même les substitutions pupillaires étaient maintenues malgré la rescision partielle (L. 8, § 5, D. V-2); et Cujas a conjecturé que cette décision devait s'appliquer à la nomination du tuteur. (Sic Cujas, Comm. ad Papiniani quæst. lib. XIV, ad legem 15, § 2, D., *De inoff. test.* V-2).

§ 3.

*Rejet de la querela.*

Lorsque le plaignant succombe, le testament s'exécute comme si la rescision n'en avait jamais été demandée. Toutefois, la *querela* ayant un caractère injurieux pour le défunt, le réclamant perd le bénéfice de toute disposition à son profit contenue dans le testament. Ces biens ne sont pas acquis à l'institué. Ils sont confisqués pour indignité, et attribués au fisc. (Paul, l. 13, § 9. D. *de jure fisci*, XLIX, 14.) Même solution relativement à la quarte Pégasienne (Ulp. l. 8, § 14). L'adrogé impubère, malgré le rejet de la *querela*, conservait, au contraire, la quarte Antonine. (Ulp. l. 8, § 15.)

Cette pénalité ne s'appliquait pas en cas de désistement. Il fallait persévérer jusqu'au bout dans la poursuite injuste. La déchéance était également épargnée à celui qui, en attaquant le testament avait rempli un devoir forcé. On ne l'appliquait ainsi, ni au tuteur introduisant la *querela* au nom de son pupille ; ni au père, poursuivant, dans l'intérêt de son fils, le testament maternel. (Tryph. l. 22, § 1.)

Enfin, la privation des avantages contenus dans le testament n'était pas encourue par l'héritier de l'exhérédé, continuateur de l'action commencée par celui-ci.

## CHAPITRE V.

### MODES D'EXTINCTION DE LA *querela testamenti inofficiosi*.

#### § 1.

##### *De la renonciation.*

Le droit d'attaquer un testament comme inofficieux peut se trouver perdu par la renonciation du légitimaire. Cette renonciation se présente sous des formes très-variées.

Tout acte qui implique adhésion au testament éteint la *querela* : La demande judiciaire, formée par l'exhéredé, afin d'obtenir un avantage que lui aurait conféré le testament inofficieux (*Modest.*, L. 12, pr., § 1-2, h. t.); l'acte par lequel la personne exhéredée ou omise soutient comme avocat ou comme *procurator ad litem* la demande d'un légataire (L. 32, pr. *De inoff. test.*); et enfin l'acceptation d'un legs ou de toute autre libéralité laissée

par le testateur. Il en serait autrement si l'acte du légitimaire n'impliquait de sa part aucune approbation du testament, aucune renonciation à la *querela* (L. 10, § 1, *De inoff. test.*). Pas de solution précise pour l'hypothèse ou l'exhérédié, venant de succéder à un légataire du défunt, réclame le legs du chef de celui-ci. C'est une question d'intention. D'après Paul, le meilleur parti à prendre est de s'abstenir. Quoi qu'il en soit, le légitimaire, contre lequel on ne peut articuler aucun fait volontaire, conserve le droit d'intenter la *querela* (Modest., L. 12, § 3 h. t.; — Cf. Ulp., L. 3, § 3, D. *De liberat. leg.*, XXXIV, 3).

Tout désistement ou abandon de l'instance déjà engagée, ne résultant pas d'un dol pratiqué par l'*heres scriptus*, emporte aussi l'extinction de la *querela* (Ulp., L. 8 § 1, h. t.) Même décision s'il est survenu un pacte de remise gratuite.

Enfin, la plainte d'inofficiosité est refusée à tout légitimaire qui a transigé avec l'institué. Nous supposons, bien entendu, que l'institué a exécuté la transaction (Ulp., L. 27, pr. D. *De inoff. test.*)

Paul déclare non avenue toute transaction intervenue entre l'héritier légitime et le testateur pour enlever au premier la plainte d'inofficiosité (L. 31, § h. t.)

§ 2.

*Du délai.*

La plainte d'inofficiosité n'était plus recevable lorsque le légitimaire avait laissé passer un certain délai. Il était de deux ans, à l'origine, d'après Plin-le-Jeune (*Epist.*, V, 1). Grande controverse sur le point de départ. Ulpien le faisait courir du jour de l'adition d'hérédité. Modestin, au contraire, du jour de la mort du testateur. Justinien confirma l'opinion d'Ulpien. Déjà auparavant, à une époque que l'on ne peut préciser, le délai avait été porté à cinq ans. Justinien obligea l'*heres scriptus*, pour fixer promptement la situation de l'hérédité, à déclarer, dans les six mois du décès du testateur, s'il entendait ou non faire adition d'hérédité. Si le légitimaire n'habitait pas la même province que l'*heres scriptus*, ce dernier avait six mois de plus pour faire connaître sa détermination (L. 36, § 2, C. *De inoff. test.*, III, 26).

Le temps de l'adolescence ne s'imputait pas sur le délai de cinq ans (Val. et Gall., l. 2, C., *In quib. caus. in integ. rest. necess. n. est*, II, 41). Il était même quelquefois permis d'intenter la plainte d'inofficiosité *ex magna et justa causa*, après le délai de cinq ans (Ulp., l. 8, § 17, h. t.). Dans cette

hypothèse; les affranchissements testamentaires étaient maintenus. Le *querelans* victorieux recevait seulement de chaque affranchi une indemnité de vingt pièces d'or (l. 16, § 17, h. t.)

§ 3.

*Du décès de l'exhérédié.*

La plainte d'inofficiosité est intransmissible. Les héritiers du *querelans* peuvent cependant introduire l'action, s'il est certain que leur auteur est mort se préparant à le faire (l. 6, § 2; l. 7, *de inoff. test.*; — l. 5, *C. de inof. test.*). Une constitution de Caracalla est très explicite sur ce point (Cod. l. 4, h. t.),

## CHAPITRE VI.

### DE LA *querela inofficiosi testamenti* DANS LE DROIT DES NOVELLES.

La puissance paternelle, déjà bien adoucie par l'action mystérieuse du temps et par les efforts de la philosophie stoïcienne, revient définitivement à la loi naturelle sous l'influence du christianisme. Les Novelles nous offrent une transformation complète. Plus de fictions, d'assimilations, de présomptions. L'idée d'un droit de légitime s'affirme et se produit avec netteté et précision. Nous allons étudier successivement les différentes réformes de Justinien.

#### §. 1.

##### *Des causes d'exhérédation ou d'omission.*

A l'origine, les motifs d'exhérédation étaient complètement abandonnés à l'appréciation des juges.

Avec Justinien, plus d'arbitraire. L'exhérédation doit être motivée par le testateur lui-même. On ne peut invoquer que les motifs énoncés dans la loi. Ils sont au nombre de quatorze pour les descendants. Les quelques vers qui suivent les rappelaient facilement aux écoliers.

Bis septem ex causis exheres filius esto;  
Si patrem feriat; si maledicat ei;  
Carcere conclusum si negligat; aut furiosum;  
Criminis accuset; vel paret insidias;  
Si dederit damnum grave? si nec ab hoste redemit?  
Testari vetet; se societque malis;  
Si mimos sequitur; vicietve cubile paternum;  
Non orthodoxus; filia, si meretrix.

Dans la même Nouvelle CXV, sont énumérées les causes d'exhérédation ou d'omission pour les ascendants au nombre de huit (chap. 4). Enfin, pour les frères et sœurs, les justes causes d'exhérédation sont renfermées dans la Nouvelle XXII, chap. 17. Justinien les porte à trois seulement. Voët en mentionne deux autres (L. cit., n° XXIV). Le système de ce jurisconsulte n'est pas admissible. Il conduit à l'arbitraire. La Nouvelle CXV est d'ailleurs formellement contraire à cette opinion (chap. 1, pr.).

Grande controverse sur la question de savoir quelle est la sanction légale du droit nouveau. Le testament sera-t-il nul de plein droit? C'est l'opinion suivie en Allemagne (M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 485), Cujas (IV, vol. des *œuv. posth.*), Vinnius (*Comm. ad*

*inst.*, lib. II, t. 18), Pérézius (*ad Cod.*, lib. IV, tit. xxx), Voët (*ad Pand.*, l. v. t. 2) et Pothier (*Pand. in nov. ord.*, t. III, *ad tit. de inoff. test.*) enseignent le contraire. D'après ces jurisconsultes, une exhérédation non motivée rend le testament inofficieux.

M. Ducaurroy prouve par le raisonnement suivant la vérité de cette dernière doctrine :

« La mère ne déshérite pas : n'ayant jamais d'héritiers  
» siens, elle ne peut ôter à ses enfants une qualité qu'ils  
» n'ont point. Pour les écarter de la succession maternelle,  
» il suffit de ne pas les y appeler. Leur omission n'étant  
» qu'un défaut d'institution, je ne vois pas comment le  
» silence de la testatrice pourrait avoir été soumis à des  
» formes quelconques. En effet, l'exhérédation, les formes  
» qui la régissent, la nullité que procure le droit civil, et  
» la *possessio contra tabulas* que donne le droit prétorien,  
» sont exclusivement relatives au testament paternel. S'il  
» en était ainsi de la Nouvelle CXV, on pourrait admettre  
» qu'elle fixe, à peine de nullité, les formes de l'exhérédation ;  
» mais la Nouvelle ne parle pas seulement des ascendants  
» paternels ; elle s'occupe aussi de la mère qui omet  
» ses enfants, et des enfants qui omettent leurs ascendants.  
» Il est donc certain qu'on a voulu régler un point commun  
» aux testaments paternel et maternel, un point commun  
» au père qui exhérède, ainsi qu'à la mère et à tous les  
» autres testateurs qui peuvent omettre : or, ce point  
» commun, je ne puis l'apercevoir que dans la plainte  
» d'inofficiosité. » (Tom. I, n° 664.)

§ 2.

*De la quotité de la légitime.*

Malgré le peu d'analogie qu'il y avait entre la loi Falcidia et les exigences dérivant des liens du sang, l'ancienne doctrine s'était appuyée sur elle pour fixer le chiffre de la légitime. La Nouvelle XVIII, chap. 1, s'écarte de la voie tracée. La légitime est d'un tiers de la succession s'il y a quatre enfants ou moins de quatre ; de la moitié s'ils sont plus nombreux ; enfin, de trois quarts pour les enfants des *curiales*, quel que soit leur nombre (Ch. 2).

Les autres légitimaires sont-ils appelés à bénéficier de l'augmentation du taux de la légitime ? Il est permis de le croire d'après les derniers mots de la Nouvelle XVIII : *hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est*. Les interprètes diffèrent cependant d'opinion à cet égard (Franke, *Notherben*, p. 208).

Discussion encore sur le taux de la légitime au cas de petits-enfants venant à défaut d'un enfant prédécédé. Comptent-ils pour autant d'enfants ou pour un seul ? Justinien ne s'est pas prononcé. Nous croyons avec M. Boissonade (*Histoire de la réserve héréditaire*) qu'il faut appliquer les règles de la représentation conformément à la Nouvelle CXVIII,

ch. 1<sup>er</sup>. M. Demangeat (*Cours élém. de droit romain*, 1<sup>re</sup> édit., t. I, p. 706) admet l'opinion contraire.

§ 3.

*Du titre auquel la légitime doit être laissée.*

Justinien exige dans la Nouvelle CXV, chap. 34 pr. et ch. 4, que la légitime soit accordée sous forme d'institution testamentaire. Il considère la légitime comme un droit héréditaire. Dès lors, il ne suffit plus que le testateur ait fait au profit de l'enfant une disposition de dernière volonté quelconque.

Signalons comme conséquence nécessaire de cette doctrine la transformation totale de l'action en complément de la légitime. Le légitimaire a désormais une véritable pétition d'hérédité.

§ 4.

*Des innovations quant aux effets de la querela testamenti inofficiosi.*

Dans le droit des Nouvelles, la légitime est laissée *nomine heredis*. L'installation de l'héritier préféré

au légitimaire offre seule un caractère inofficieux. Justinien la frappe exclusivement de nullité. Les autres dispositions sont maintenues. La *querela* ne porte aucune atteinte aux legs, aux affranchissements, aux fidéicommiss et aux nominations de tuteurs (Nov. CXV, ch. 3, in.-f. et ch. 5, *in fin*).

Les réformes de Justinien méritent, en somme, l'approbation et l'éloge de la postérité. « Il est sorti » de l'ornière, dit M. Troplong (*Influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*), il a » jeté les fondements d'un système aussi remarquable par son unité et sa nouveauté que par ses vues » humaines... dans lequel notre Code civil a trouvé » sa plus belle page. »

# DROIT FRANÇAIS.

---

## De l'appel comme d'abus.

### CHAPITRE PREMIER.

#### NOTIONS GÉNÉRALES.

La juridiction ecclésiastique en tant que pouvoir moral, remonte aux apôtres, si l'on veut. « Qui oserait parmi vous, disait St-Paul, répudier le jugement de ses frères? *Audet aliquis vestrum, habens negotium adversus alterum, judicari apud iniquos et non apud sanctos* (1). » Les premiers chrétiens aimaient à soumettre leurs différends aux vieillards vénérables qui les dirigeaient. Tertullien fait allu-

(1) *Epist. ad Corinth.*, cap. VI.

sion, dans son *Apologétique*, à cette juridiction toute volontaire.

Elle fut confirmée par Constantin pour tout ce qui avait trait aux matières et à la discipline cléricales : « *Quoties de religione agitur, episcopus convenit agitare* » (1). Ce prince alla plus loin. Il permit aux laïques, en contestation avec des clercs, de choisir la juridiction ecclésiastique, même pour des causes civiles. Sous les autres empereurs, la puissance du clergé grandit encore.

Les Capitulaires de Charlemagne consacèrent les droits de la juridiction ecclésiastique : *pro rebus ad religionem spectantibus* (2). Les évêques connaissaient, en outre, de toutes les actions personnelles soulevées entre des clercs. Quant aux actions réelles, quelle que fut la nature des biens en litige, le juge séculier était seul compétent. (3). A la mort de Charlemagne, la juridiction ecclésiastique reçut, par la force même des choses, un grand accroissement. L'Église, seule puissance organisée, seule dépositaire des lumières au milieu de l'ignorance générale, exerçait naturellement une influence prépondérante. Ses décisions universellement acceptées avaient la force des arrêts souverains. L'opprimé trouvait en elle une justice indulgente et éclairée. Aussi, la compétence des justiciers ecclésiastiques était à peu près universelle.

(1) Cod. Théodos., *T. de relig.*, *Const.* 4<sup>a</sup>.

(2) Baluze, *cap. reg. franc.*, liv. 5, cap. 44.

(3) Capitul. annorum DCCLXXXIV et DCCCL, cap. 28 et 39.

L'homme est porté par sa nature à abuser des pouvoirs qui lui sont confiés. Auxiliaire puissant de la civilisation, le clergé, par ses envahissements successifs, provoqua des protestations énergiques. En 1247, les barons et grands du royaume firent entendre des plaintes violentes : « Dans leurs juridictions ils empiètent sur la justice séculière à tel point que les fils des serfs jugent, selon leurs propres lois, les hommes libres et les fils des hommes libres, tandis que, selon les lois anciennes et le droit des vainqueurs, ils devraient être jugés par nous. Pourquoi, nous, grands du royaume, considérant que le dit royaume n'a été conquis ni par le droit écrit, ni par l'arrogance des clercs, mais au moyen des travaux de la guerre, statuons et décrétons, par les présentes jurées de nous tous, que nul clerc ou laïque ne distraie dorénavant qui que ce soit des justices séculières pour l'entraîner devant les juges ecclésiastiques, à moins qu'il ne s'agisse d'hérésie, de mariage ou d'usure. Les infracteurs encourront la perte de tous leurs biens et la mutilation d'un membre. »

Les résistances de l'orgueil féodal blessé n'arrêtèrent pas le flot envahissant. La justice ecclésiastique était environnée des sympathies des peuples. Elle les méritait à bien des égards. Pour juger une institution, il faut se placer dans les conditions de temps et d'idées, au milieu des quelles elle s'est développée. La violence du manifeste des Seigneurs explique pour les esprits les plus prévenus les préférences du

peuple et le développement de la juridiction ecclésiastique.

Lorsque les rois, dont la puissance grandissait avec l'affaiblissement de la féodalité, s'efforcèrent de réagir contre cette invasion menaçante, les juges d'Église « avaient étendu leur juridiction en tant d'affaires et de matières que les faubourgs étaient trois fois plus grands que la ville, s'étant attribué de prendre toute connaissance des causes qui concernaient les veuves et les orphelins, et celles où le clerc avait tant soit peu d'intérêt, encore que les demeurants des parties fussent gens laïques, *voire ne doutaient même de connaître le lai à lai*, et encore se donnaient loi particulière de connaître, de mettre tous testaments à exécution, au préjudice de tous autres, et par conséquent de faire les inventaires et procéder par voie de scellé sur les biens meubles titres et enseignements laissés par un défunt.

« Il n'y eut jamais chose plus recommandable par l'ancienneté, en nos actions, que le serment ; cela fut cause que nos ancêtres contractants revêtaient ordinairement leurs promesses de leur serment. Chose dont les ecclésiastiques firent fort bien leur profit, disant que c'était une paisible soumission à leur juridiction, joint qu'à eux seuls appartenait la connaissance de la rupture du serment ; de là vient qu'ils connaissent presque de toutes les matières, tant en action que rescision de contrats, et aussi de toutes causes feudales, comme celles qui étaient naturellement fondées sur le serment de fidélité du vassal à son seigneur...

et comme il est aisé de sauter de l'un à l'autre, aussi par traite de temps avaient-ils enjambé toute cour et juridiction sur les causes réelles et mixtes et personnelles que l'on intentait devant eux, ayant un grand moyen de le maintenir en cette possession, car qui les eût voulu troubler, soudain ils avaient recours aux excommunications » (1).

Le clergé défendit énergiquement ses conquêtes. S'appuyant sur les services rendus, il disputa avec obstination à la couronne chacune de ses prérogatives. Mais la royauté trouva dans les parlements des auxiliaires puissants, qui assurèrent le succès de ses premiers efforts. C'est alors qu'apparait l'appel comme d'abus.

On désigne sous ce nom, aujourd'hui, le recours formé devant le conseil d'Etat, pour réprimer les empiètements du pouvoir ecclésiastique sur le pouvoir civil et réciproquement. Le recours fut tout d'abord exclusivement dirigé contre les entreprises des juges d'église, et porté devant le roi. Les anciens publicistes l'ont célébré avec le plus vif enthousiasme.

On cite à peine quelques exemples de recours au roi dans le XIII<sup>e</sup> siècle. Cependant un jugement de l'évêque de Paris fut, d'après l'ancien cartulaire de l'église de cette ville, frappé d'appel devant Philippe le Hardi. Mais les appels se multiplièrent dès que l'autorité royale fut assez puissante pour se faire respecter, vers le commencement du XIV<sup>e</sup> siècle.

(1) Pasquier, *Recherches de la France*, liv. 3, ch. 32.

En 1329, la conférence de Vincennes, présidée par Philippe de Valois, chercha à déterminer les limites respectives de la juridiction séculière et de la juridiction ecclésiastique. Pierre de Cugnères, conseiller du roi, exposa longuement les griefs de la justice royale et seigneuriale. Son discours commençait ainsi : « Jésus-Christ, Notre-Seigneur, a dit : *rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu* ; or, la temporelle puissance appartient au roi, et la spirituelle aux évêques. » Pierre Roger, depuis pape sous le nom de Clément VI, défendit avec une hautaine énergie les justiciers ecclésiastiques : « Craignez Dieu, dit-il, et honorez le Roi : ces deux puissances ne sont pas tellement séparées qu'on ne puisse souvent les confondre. — Les églises ont la justice temporelle comme la justice spirituelle, et toutes les questions, où se mêle l'intérêt des clercs, doivent se décider par leur juridiction. » Après lui, un illustre prélat, Pierre Bertrand, s'attacha principalement à établir que la connaissance des causes civiles appartient aux ecclésiastiques de droit divin et humain, par coutume et par privilège (1).

Vains efforts ! Sous l'énergique impulsion des parlements, l'institution nouvelle grandit et se régularise. Les conquêtes de la royauté se succèdent, les monuments judiciaires abondent. Les arrêts du Parlement de Paris du 11 avril 1372, du 13 mars

(1) Voy. Brunet, *Libellus D Bertrandi, cts. adversus Petrum de Cugneriis, purgatus a variis mondis, et restitutus ad fidem duorum manuscriptorum Colbertinorum.*

1376, du 10 avril 1406 et du 19 mars 1409, sont rendus dans ces circonstances et dans cette forme (1). En 1523, le parlement de Dijon, saisi de l'appel d'une partie qui avait été excommuniée, à raison du refus fait par elle de reconnaître la justice ecclésiastique, ordonna que le juge d'Eglise délivrerait de l'excommunication l'appelant et lui donnerait l'absolution à ses frais, sous peine d'amende et de saisie de son temporel (2). « Finalement, ce nœud »  
» gordien et comme indissoluble fut presque tran-  
» ché par un ou deux articles de l'ordonnance du  
» roi François premier, en l'an 1539, qui a res-  
» treint la juridiction ecclésiastique, sur les laïcs,  
» aux matières de sacrements et autres, pures, spi-  
» rituelles, ecclésiastiques. » (3)

L'ordonnance de Villers-Cotterets est, en effet, le point de départ de l'existence légale de l'appel comme d'abus. Voici ses principales dispositions :

*Article premier.* C'est à scavoir que nous avons défendu et défendons à tous nos sujets de faire citer ni convenir les laïcs par devant les juges d'église, es-actions pures personnelles, sur peine de perdition de cause et d'amende arbitraire.

*Article second.* Et avons défendu à tous juges ecclésiastiques de ne bailler ni délivrer aucunes citations verbalement ou par écrit pour faire citer nos

(1) Pasquier, *Recherches de la France*, liv. 3, ch. 33.

(2) Dufour, *Traité de la police des cultes*.

(3) Fevret, liv. 3, ch. 1, n° 11.

dits sujets purs lays ès dites matières pures personnelles, sur peine aussi d'amende arbitraire.

*Article quatrième.* Sans préjudice, toutefois, de la juridiction ecclésiastique ès-matières de sacrements et autres pures spirituelles et ecclésiastiques dont ils pourraient connaître contre les dits purs laïcs, selon la forme de droit, et aussi sans préjudice de la juridiction temporelle et séculière contre les clercs mariés, faisant et exerçants états ou négociations, pour raison des quels ils sont tenus et accoutumés de répondre en cour séculière, où ils seraient contraints de ce faire, tant ès-matières civiles que criminelles, ainsi qu'ils ont fait par ci-devant.

*Article cinquième.* Les appellations comme d'abus interjetées par les prêtres et autres personnes ecclésiastiques ès-matières de discipline ou correction, et autres pures personnelles et non dépendantes de réalité n'ont aucun effet suspensif; ainsi nonobstant les dites appellations et sans préjudice d'icelles, pourront les juges d'église passer outre contre les dites personnes ecclésiastiques.

*Article huitième.* Quant aux appellations frivoles et mauvaises, plaidées ou soutenues par les appelants, qu'ils soient condamnés, outre l'amende ordinaire envers nous et la partie, selon l'exigence des cas, si la matière y est disposée.

Dès lors la lutte change de caractère. L'Église est réduite à se défendre. Les parlements sont toujours

sur la brèche. Bientôt les appels se multiplient et les plaintes du clergé s'élèvent avec force contre leur extension excessive. L'édit du 16 avril 1571 donna une première satisfaction aux remontrances des évêques. L'art. 5 portait « que les appellations ne » seraient reçues sinon ès cas de correction et de discipline ecclésiastique, mais dévolutif seulement. »

Les États de Blois, en 1576, virent se renouveler les doléances du clergé : « toute bonne discipline » était empêchée et tout bon ordre confondu par » ces appels multipliés. » L'intervention de la noblesse assura le triomphe momentané de l'Église. L'appellant dût soumettre sa réclamation à l'examen préalable des maîtres des requêtes ordinaires de l'hôtel et des gardes des sceaux de la chancellerie. Mais l'institution des lettres de chancellerie n'arrêta pas longtemps les empiètements des parlementaires. L'édit de Melun en 1580 fut encore impuissant. Les cahiers de 1588 reproduisirent les plaintes de 1576. Mêmes doléances suivies des mêmes résultats en 1605. On déracinerait plutôt l'Apennin que les appellations, disait Paul de Foix, ambassadeur de France à Rome, au pape Grégoire XIII.

L'appel comme d'abus était devenu un moyen de faire juger par l'autorité séculière des questions de dogme et de discipline intérieure. « La prétention » qu'ont les parlements, lorsque les juges ecclésiastiques jugent contre les canons et les décrets, » dont les rois sont les exécuteurs et protecteurs, » que c'est à eux à corriger l'abus de leur sentence

» est une entreprise si dénuée de toute apparence  
» de justice, qu'elle est tout à fait insupportable....  
» la première chose qu'il faut faire pour se garantir  
» de tels dérèglements est d'ordonner qu'à l'avenir  
» les appels comme d'abus ne soient plus admis  
» qu'au cas d'une manifeste entreprise sur la juri-  
» diction royale, et d'une évidente contravention  
» aux ordonnances purement émanées de l'autorité  
» temporelle des rois, et *non de la spirituelle de*  
» *l'Église.* » Telle était l'opinion du Cardinal de  
Richelieu sur les empiètements des parlements (1).

Les mêmes passions se firent jour aux États de 1614. Le premier article du cahier de l'Île-de-France proclamait énergiquement l'indépendance absolue de la Couronne vis-à-vis du Saint-Siège. Nouvelles remontrances en 1625 et en 1666. L'article 35 de la célèbre ordonnance de 1695 est ainsi conçu : « Défendons aux juges séculiers de recevoir d'autres appellations des ordonnances et jugements des juges d'église que celles qui sont qualifiées comme d'abus.... Ordonnons de procéder à leur jugement avec telle diligence et circonspection, que l'ordre et la discipline ecclésiastique n'en puissent être altérés ni retardés. » L'autorité de Louis XIV resta méconnue. L'arrêt du conseil du 10 mars 1754 ne put également ramener les appellations comme d'abus à de sages limites. La lutte ne devait s'éteindre qu'avec les deux puissances rivales en 1789.

(1) Testament politique 4<sup>re</sup> partie, chap. II, sect. 2.

Le maintien de l'appel comme d'abus fut une des conditions de la nouvelle alliance, conclue entre l'Église et l'État, en 1802. L'article 1<sup>er</sup> de la convention du 26 messidor, an IX, ne laisse aucun doute à cet égard : « La religion catholique apostolique et » romaine sera librement exercée en France : son » culte sera public, en se conformant *aux règlements de police que le gouvernement jugera » nécessaires pour la tranquillité publique.* »

L'appel comme d'abus est la conséquence du régime de la protection des cultes. Pas d'institution de ce genre dans les pays où existe la séparation complète de l'Église et de l'État. « Pour punir au » nom d'une loi, dit avec justesse M. Dalloz, il faut » la reconnaître, il faut la protéger. La sanction » suppose la règle. » (1).

Mais l'État ne veut plus aujourd'hui, comme avant 1789, *joindre*, suivant l'expression de d'Aguesseau, *les armes visibles de la puissance royale à la force invisible de l'autorité ecclésiastique.* (2) La protection du pouvoir s'étend à tous les cultes reconnus. Elle n'est pas exclusivement réservée à la religion catholique. « Protéger une religion, disait Portalis, c'est la placer sous l'égide des lois, c'est empêcher qu'elle ne soit troublée, c'est garantir à ceux qui la professent la *jouissance des biens spirituels qu'ils s'en promettent*, comme

(1) Jurispr. gén., *Culte*, n° 213).

(2) Œuvres, édit. in-8°, 1-260.

on leur garantit la sûreté de leurs personnes et de leurs propriétés : dans le simple système de protection il n'y a rien d'exclusif ni de dominant, car on peut protéger plusieurs religions, on peut les protéger toutes... » (1). L'Etat ne cherche pas à dominer, à faire sentir sa puissance à la religion. La dignité du culte et la sécurité de ses ministres sont garanties par la loi de germinal. Elle ménage une sanction équitable à l'exercice de la juridiction disciplinaire ecclésiastique, dans ceux de ses actes qui produisent des effets matériels conformes aux dispositions des anciens canons reçus en France et approuvés par le droit moderne. Le principe de la séparation absolue de l'Eglise et de l'Etat peut au contraire amener les plus regrettables débats. La Belgique, où domine cette doctrine, nous offrait naguère le triste spectacle d'un indigne desservant, en guerre ouverte avec son évêque, conserver malgré lui son office et braver son autorité. L'intervention de l'Etat trouve donc sa justification dans l'intérêt même du culte.

(1) Discours au Corps législatif, choix de rapports, t. XVIII, p. 52.

## CHAPITRE II.

### DES CAS D'ABUS.

Les anciennes Ordonnances laissaient beaucoup de vague sur les causes des appels comme d'abus. Elles étaient trop favorables aux plaintes capricieuses des inférieurs. « Si nous entreprenons dans nos » visites, disaient, en 1610, les députés du clergé » à la reine Marie de Médicis, de réformer quelques abus dans un monastère, aussitôt on nous » arrête avec une appellation comme d'abus... » tellement qu'un évêque, qui aujourd'hui voudrait » bien faire sa charge, est en hasard, faisant sa » visite, de se créer autant de procès qu'il y a de » curés peu réguliers dans son diocèse. » Lors de la rédaction de l'Ordonnance civile de 1667, les mêmes réclamations se produisirent. Elles n'eurent aucun résultat. Le législateur indiqua seulement les sources principales et générales de l'abus. La solution des cas particuliers était laissée à la prudence des cours et à la religion des magistrats. D'après Jousse

(*Commentaire sur l'édit de 1695*), les principales sources de l'abus étaient : « 1<sup>o</sup> l'attentat contre les » saints décrets et canons reçus dans le royaume ; » 2<sup>o</sup> la contravention aux droits, franchises, libertés et privilèges de l'Église gallicane ; 3<sup>o</sup> la transgression de concordats, ordonnances, édits et » déclarations du roi ; 4<sup>o</sup> l'entreprise des juges » d'église sur la juridiction temporelle ; » mais il ajoute qu'il serait difficile de faire une énumération de tous les cas pouvant donner lieu à l'appel comme d'abus. Les jurisconsultes royaux se refusèrent toujours à une détermination précise. La réglementation de tous les cas d'abus compromettait, à leurs yeux, les droits de la puissance publique, la sûreté des citoyens et les libertés mêmes de la nation. En ne définissant pas d'une manière rigoureuse les moyens de recours, les articles organiques se sont donc conformés aux anciennes maximes.

Le deuxième paragraphe de l'article 6 de la loi du 18 germinal an X, et l'art. 79 de nos libertés ont été rédigés, du reste, dans le même esprit. Il suffit de les comparer pour s'en rendre compte.

L'art. 79 des libertés prévoit, en ces termes, les cas d'appel comme d'abus :

« Quartement, par appellations précises comme » d'abus, que nos pères ont dit être quand il y a » entreprise de juridiction, ou attentat contre les » saints décrets et canons reçus en ce royaume, » droits, franchises, libertés et privilèges de l'Église » gallicane, concordats, édits et ordonnances du roi,

» arrêts de son Parlement, bref contre ce qui est  
» non-seulement de droit commun, divin ou naturel,  
» mais aussi des prérogatives de ce royaume et de  
» l'Église d'icelui. »

Voici maintenant les réserves introduites par le Premier Consul, dans la loi de germinal an X, à l'égard de la puissance ecclésiastique :

« Les cas d'abus sont : l'usurpation ou l'excès de  
» pouvoir, la contravention aux lois et règlements  
» de la république, l'infraction des règles consacrées  
» par les canons reçus en France, l'attentat aux  
» libertés, franchises et coutumes de l'Église galli-  
» cane, et toute entreprise ou tout procédé qui,  
» dans l'exercice du culte, peut compromettre l'hon-  
» neur des citoyens, troubler arbitrairement leur  
» conscience, dégénérer contre eux en oppression,  
» ou en injure, ou en scandale public. »

La loi n'a pas cherché donc à spécifier les cas particuliers. Les articles organiques se sont contentés de rétablir la protection due par l'Etat aux citoyens en matière de religion. Après leur avoir assuré la jouissance paisible de l'exercice du culte, ils tiennent la balance entre les intérêts de la société civile et de la société religieuse.

C'est le moment d'examiner séparément les dispositions de la loi de germinal. Nous rappelons que les actes reprochés doivent avoir été accomplis par un ministre du culte légalement institué et dans l'exercice de ses fonctions.

§ 1<sup>er</sup>.

*De l'usurpation de pouvoir.*

Tout pouvoir doit se renfermer dans la limite de ses attributions. L'*usurpation* suppose une invasion dans le domaine d'une autre autorité. Elle peut avoir lieu, soit au préjudice de l'autorité civile, administrative ou judiciaire, soit au préjudice de l'autorité spirituelle.

Les entreprises de l'autorité spirituelle sur le temporel sont rares aujourd'hui. L'Église, ne jouissant plus de la juridiction contentieuse qui s'exerçait dans les officialités, les affaires, dites autrefois religieuses, ne sont plus séparées des affaires civiles, et ressortissent à la même juridiction. Un grand désir de conciliation a, d'ailleurs, succédé aux anciennes querelles des deux puissances. Cependant l'*usurpation* de pouvoir se présente quelquefois. Tombe sous l'application de l'article de la loi de Germinal, tout mandement épiscopal qui discuterait, sous forme de blâme ou de remontrance, une décision de l'autorité civile (1). Commet une *usurpation* de pouvoir l'évêque qui frappe un prêtre d'une amende. « Les peines ecclésiastiques ne peuvent, en général, consister que dans la privation des avanta-

(1) Ordonn. du 10 janv. 1824.

ges *octroyés par l'Église*, par conséquent au plus, dans l'exclusion de la communauté. (1) » L'évêque a la garde exclusive du dogme. Maître souverain dans la sphère purement spirituelle, il sort de ses attributions en s'arrogeant *un droit d'avis officiel sur la gestion de la temporalité religieuse* (2). Enfin, d'après un décret du 14 juin 1810, se rend coupable d'abus l'évêque qui veut connaître de la validité d'un mariage. Cette question ne rentre point dans la compétence de l'autorité ecclésiastique, et ne saurait relever que du pouvoir judiciaire.

Précisons une distinction importante. *L'usurpation* ouvre la voie du recours pour abus, seulement lorsqu'il s'agit d'un acte abusif de la juridiction ecclésiastique. Si l'acte entaché est commis dans l'exercice des pouvoirs administratifs, conférés au prêtre par la loi sous le contrôle du gouvernement, le pourvoi devant le ministre est seul admis. Une ordonnance du 8 mars 1844, consacre cette distinction. Le 2 octobre 1842, l'archevêque de Paris avait annulé les élections du conseil de fabrique de la paroisse de Saint-Louis-d'Antin. Les membres élus attaquèrent cette décision par la voie de l'appel comme d'abus. Ils s'appuyaient sur les ordonnances des 29 mai 1830, 11 octobre 1833, 20 octobre 1834, 31 décembre 1837 et 30 septembre 1839, d'après lesquelles, le chef du pouvoir exécutif seul avait le

(2) Walter, *Manuel de droit ecclésiastique*, traduit de l'allemand par de Roquemont, p. 263.

(2) Ordon. 24 mars 1837.

droit de connaître de la validité des élections d'un conseil de fabrique. Voici les considérants de l'ordonnance du conseil d'État : « Considérant que » l'ordonnance du 2 octobre 1842 a été rendue par » l'archevêque de Paris dans l'exercice des pouvoirs » administratifs qui lui ont été conférés par les lois » sous le contrôle du gouvernement ; — qu'à sup- » poser qu'elle eût fait une fausse application des » lois, décrets et ordonnances relatifs à la nomina- » tion des membres des conseils de fabrique, cette » fausse application ne rentre pas dans les cas » d'abus prévus et déterminés par l'article 6 de la » loi du 18 germinal an X ; que les réclamants peu- » vent, s'ils le jugent convenable, se pourvoir » contre les dites ordonnances par les voies ordi- » naires » Le 16 décembre 1846, le conseil d'État a rendu une ordonnance reproduisant la même doctrine.

Quelques mots sur les entreprises d'un pouvoir ecclésiastique sur un pouvoir de même nature. Se rend coupable d'usurpation le ministre du culte qui s'attribue une autorité réservée à son supérieur. Il n'y a pas lieu dans cette espèce à l'emploi de l'appel comme d'abus. L'intervention du conseil d'État n'est pas nécessaire. L'autorité supérieure ecclésiastique, atteinte par *l'usurpation*, annulera la mesure intervenue. Décision contraire dans le cas où un supérieur ecclésiastique empièterait sur la juridiction de son égal. L'appel comme d'abus est ouvert. Le conseil d'État est le seul juge des luttes entre les deux puissances rivales.

§ 2.

*De l'excès de pouvoir.*

*Ille abutitur qui concessâ sibi protestate contra leges abutitur* (1). Commet un *excès* de pouvoir celui qui abuse d'un pouvoir donné. Les recours, fondés sur cette cause, sont relativement fréquents. Mais le conseil d'État se montre difficile dans leur examen. Il s'inspire de la vieille maxime : *abusus apertissimus et notorius esse debet, juxta veterem harum appellationum formulam quæ ab abusu notorio inscribatur* (1).

L'article 19 de la loi de germinal est ainsi conçu : « Les évêques nommeront et institueront les curés ; néanmoins, ils ne manifesteront leur nomination, et ils ne donneront l'institution canonique qu'après que cette nomination aura été agréée par le premier Consul. » Commettrait donc un *excès* de pouvoir l'évêque qui procéderait à la nomination d'un curé et lui donnerait l'institution canonique avant l'agrément du gouvernement. Avant 1789, les évêques nommaient leurs curés. La nécessité de l'approbation du chef de l'État est une innovation. Napoléon, à l'époque de sa toute puissance, employa même la

(1) Fevret, *De l'abus*, l. 4, ch. 5.

(2) De Marca, *De concord. sacerdot. et imp.*

formule : *nous avons nommé et reconnu*. Mais, en 1814, les réclamations du clergé obtinrent le retour à la forme légale.

Le même vice d'*excès* de pouvoir a été relevé par une ordonnance du 24 mars 1837 dans une délibération prise par un Chapitre à l'effet d'adhérer à des réclamations de son métropolitain; et, par l'ordonnance du 8 février 1865, dans la lecture au prône d'une encyclique non autorisée par le gouvernement.

Il y aurait encore *excès* de pouvoir dans toute convocation à un concile ou synode sans l'approbation préalable de l'autorité civile. L'article 4 de la loi organique porte : « qu'aucun concile national ou métropolitain, aucun synode diocésain, aucune assemblée délibérante n'aura lieu sans la permission du gouvernement. » Les droits de la souveraineté à cet égard ont été toujours reconnus. « C'est un principe de droit public qu'aucune assemblée ne peut avoir lieu, si la convocation n'en est pas autorisée par la puissance publique. D'Aguesseau répute illicite toute assemblée faite sans la permission du magistrat politique. Or, si toute assemblée d'évêques n'est point un concile ou un synode, il est au moins vrai de dire que tout synode et tout concile est une assemblée, et conséquemment a besoin, pour exister régulièrement, de la permission du souverain... Nous trouvons, dans les preuves des libertés de l'Eglise gallicane, un extrait des registres du Parlement de Bretagne, où l'on rappelle une requête du

procureur général tendant à ce que les statuts et ordonnances synodales, faits dans les différents diocèses du ressort de ce Parlement, lui fussent remis dans trois jours, pour sur iceux, requérir ce que de raison, ce qui lui fut accordé par arrêt de la Cour ; les registres de toutes les anciennes Cours nous offrent une foule d'exemples pareils. » (1) Depuis 1849, l'art. 4 de la loi organique a subi une modification relative aux conciles provinciaux. Le décret du 16 septembre 1849 a autorisé « pendant l'année les conciles métropolitains et les synodes diocésains que les archevêques et évêques jugeront utile de tenir en leur métropole et diocèse pour le règlement des affaires qui, dans l'ordre spirituel, touchent à l'exercice du culte et à la discipline intérieure du clergé. » Des autorisations *annuelles* ont été successivement données par décret du chef de l'Etat ; elles remplacent aujourd'hui, relativement aux conciles diocésains, les permissions *spéciales* exigées par l'art. 4 de la loi de Germinal.

On a discuté bien souvent la question suivante : Y a-t-il abus pour excès de pouvoir dans le refus fait par un évêque d'autoriser un imprimeur à imprimer ou à réimprimer des livres d'Eglise ? Le droit de surveillance des évêques est certainement en contradiction avec le principe de la liberté de la presse.

(1) Rapport sur les articles organiques, par M. Portalis.

Le décret du 7 germinal an XIII porte :

« Article premier. — Les livres d'Eglise, les heures et prières ne pourront être imprimés que d'après la permission donnée par les évêques diocésains, laquelle permission sera textuellement rapportée et imprimée en tête de chaque exemplaire.

» Art. 2. — Les imprimeurs-libraires qui feraient imprimer, réimprimer des livres d'Eglise, des heures ou prières sans avoir obtenu cette permission seront poursuivis conformément à la loi du 19 juillet 1793. » (1)

Le décret du 7 germinal, malgré la généralité de ses expressions, ne peut viser que les livres de *liturgie, bréviaires, rituels* et *catéchismes*. Ces ouvrages seuls constituent l'enseignement en quelque sorte *officiel* du Christianisme, dont l'évêque est le gardien. Etendre la compétence de l'autorité épiscopale à tous les livres de piété serait méconnaître l'esprit du Concordat. (2) Quelle sera la nature du droit de l'évêque sur ces ouvrages? D'après M. Renouard, (3) l'évêque n'aurait ni privilège exclusif, ni quasi-propriété littéraire; le décret du 7 germinal an XIII lui paraît abrogé par l'art. 7 de la charte de 1814 ainsi conçu : « Les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions en se conformant aux lois. La censure ne pourra

(1) Loi qui punit les contrefacteurs. — Voir C. P., art. 425.

(2) *Revue de droit français et étranger*, année 1847, p. 182, article de M. Dumesnil.

(3) *Traité sur la propriété littéraire*, t. II, n° 68.

jamais être établie. » — Les arrêts de la Cour de cassation du 30 avril 1825, du 23 juillet 1826, du 25 juillet 1830 et du 9 juin 1843 consacrent, au contraire, au profit des évêques une quasi-propriété littéraire. — Enfin, un arrêt de cassation du 28 mai 1836 et plusieurs arrêts des cours d'appel enseignent que le décret du 7 germinal an XIII a seulement établi, dans l'intérêt de la religion et de son unité, un droit de haute censure épiscopale.

Nous adoptons cette dernière doctrine, plus conforme à l'esprit de nos institutions. Elle est consacrée par un décret interprétatif du conseil d'Etat du 15 juin 1809, rendu contrairement aux conclusions de M. Portalis, rapporteur. Une *permission*, accordée pour assurer le maintien de la vraie foi, ne peut servir à constituer une propriété littéraire, à créer un monopole en faveur des administrations diocésaines, et à faire naître la possibilité d'un trafic qui pourrait compromettre la dignité épiscopale. M. le procureur général Dupin a soutenu énergiquement devant la Cour de cassation les déclarations du décret interprétatif de 1809; voici les considérants de l'arrêt de la Cour, rendu, le 28 mai 1836, conformément à ses conclusions :

« Attendu, que le décret du 7 germinal an XIII, en disposant que les livres d'Eglise, les heures et prières ne pouvaient être imprimés ou réimprimés sans la permission de l'évêque diocésain, n'a pas conféré aux évêques la propriété de ces livres; qu'il n'a fait qu'établir, dans l'intérêt des doctrines reli-

gieuses et de leur unité, un droit de haute censure épiscopale, duquel il résulte pour les évêques celui de porter plainte, et pour le ministère public le droit et le devoir de poursuivre, même d'office, les imprimeurs qui contreviendraient à sa disposition;

« Qu'il suit de là que les évêques, ou les imprimeurs auxquels ils ont accordé cette permission d'imprimer ou de réimprimer les livres de cette nature, sont sans qualité pour tenter l'action résultant de la loi du 19 juillet 1793, et des articles 425, 427 et 429 du Code pénal.

« Qu'en le jugeant ainsi, l'arrêt attaqué, loin de violer le décret du 7 germinal an XIII s'y est au contraire exactement conformé, etc. (1). »

L'interprétation donnée dans la pratique par l'autorité civile s'est toujours conformée à la doctrine émise par l'arrêt précédent. Les circulaires du directeur général de la librairie du 23 juin 1810 et du 13 mars 1811 la reproduisent. M. Royer-Collard, dans une circulaire du 26 novembre 1814, se prononce dans le même sens : « Il est à remarquer, dit-il, que cette *censure ecclésiastique*, applicable seulement aux livres de prières, destinés au culte public, ne porte que *sur le fond des ouvrages*, qu'elle ne confère aucun privilège, et que l'administration conserve toujours la plénitude de son droit de permettre ou de suspendre l'impression du *livre approuvé*; mais comme il est juste que

(1) Dalloz, *Périod.* 36, 1, 218.

MM. les évêques puissent s'assurer *que l'ouvrage imprimé est en tout conforme à l'ouvrage qu'ils ont approuvé*, un exemplaire doit être déposé à leur secrétariat, suivant la décision de son excellence le ministre de l'Intérieur, en date du 10 octobre 1810.» Enfin, M. de Lamartine, rapporteur du projet de loi sur la propriété littéraire, présenté à la Chambre le 13 mars 1841, affirme que « l'autorité épiscopale est investie d'un droit convenable, *non de propriété ni de privilège*, mais d'approbation spéciale et préalable dans le diocèse pour l'impression et les réimpressions des *livres liturgiques* à l'usage de ce diocèse. » Malgré ces considérations, la jurisprudence de la Cour de cassation paraît vouloir trancher la question eu faveur du droit de propriété des évêques sur les ouvrages de cette nature.

Revenons à la question que nous nous sommes posé dès le principe de cette discussion. Le conseil d'État y a souvent répondu négativement, en n'admettant pas de recours pour excès de pouvoir contre un refus d'autorisation (1). « La doctrine du conseil d'État nous paraît justifiée par une raison décisive. Le pouvoir de l'évêque est discrétionnaire, et dès lors, son essence répugne à toute espèce de recours. On objecte que ce pouvoir discrétionnaire, si on le déclare absolu, aura le même effet que le droit de propriété. Cette objection va trop loin ; car le pouvoir discrétionnaire ne fait pas obstacle à ce que

(1) Ordonnance du 30 mars 1842.

l'imprimeur, sans s'exposer aux peines de la contrefaçon, édite le livre de prières, en se conformant au texte orthodoxe; seulement, il devra s'abstenir en ce cas de mettre sur le livre la mention de l'autorisation, à peine d'être poursuivi conformément à l'article 427 du Code pénal. Il ne pourrait pas au contraire imprimer, même à ces conditions, si la permission accordée par l'évêque conférait un droit de propriété littéraire » (1).

§ 3.

*De la contravention aux lois et règlements de l'État.*

Il ne faut pas donner à cette disposition un sens trop général. Le législateur ne frappe pas ici la simple violation d'une loi donnant une action devant les tribunaux civils. Un ecclésiastique se fait l'intermédiaire d'un fidéicomis destiné à un ordre religieux : faudra-t-il recourir à l'autorité du conseil d'État ? Non. Il n'y a pas là de contravention dans le sens de l'article 6. Quand on dit qu'on ne peut *contrevenir aux lois* sans abus, écrivait M. Portalis, cela ne doit et ne peut s'entendre que des lois qui concernent des prêtres dans l'exercice de leur minis-

(2) Bathie, *Doctrine et jurisprud. en matière d'appel comme d'abus*, p. 45.

tère. La contravention suppose que l'on a désobéi à une loi, que l'on était obligé de suivre dans la position où l'on se trouvait et dans l'acte que l'on a fait. Il ne s'agit donc, dans la disposition précédente de l'art. 6 de la loi de Germinal, que des lois et règlements ayant pour objet les rapports de l'Église et de l'État, et la police extérieure des cultes : la violation des règles du Concordat, par exemple.

Le prêtre reste citoyen. Il doit donc se conformer aux lois et règlements émanés de la puissance publique sur les matières religieuses. L'article premier du Concordat consacre d'une manière expresse les droits de l'autorité civile. L'Église ne peut d'ailleurs les contester aujourd'hui. La loi environne le prêtre d'honneurs et de dignités. Elle recommande son caractère au respect des citoyens. C'est de toute justice. Mais aller plus loin serait une faiblesse, une défaite irréparable.

Appliquons ces principes. Un évêque fait paraître un ouvrage. Il y critique une disposition législative. Sa polémique ne constitue pas un abus. Il sera seulement soumis à la législation en matière de presse, et jugé, s'il y a lieu, par les tribunaux ordinaires. Il y aurait, au contraire, *contravention à la loi*, dans le sens de l'art. 6 de la loi de Germinal, si un évêque attaquait la même disposition législative par voie de mandement adressé aux fidèles. La lutte est alors ouverte entre l'autorité civile et l'autorité ecclésiastique. Personne ne pouvant se mettre au-dessus de la loi, la puissance séculière devra frapper sans

hésiter. Une ordonnance du 10 janvier 1824 consacre notre distinction au sujet du droit de pétition. Elle déclara qu'il y avait abus dans un mandement de l'archevêque de Toulouse, renfermant la censure du gouvernement : *attendu*, est-il dit dans cette décision, *que s'il appartient aux évêques du royaume de demander aux rois les améliorations et les changements qu'ils croient utiles à la religion, ce n'est point par la voie des lettres pastorales qu'ils peuvent exercer ce droit.* Une ordonnance du 24 mars 1837 renferme la même doctrine.

Se rend aussi coupable d'abus le ministre du culte qui procède à une inhumation sans se conformer aux prescriptions de l'art. 77 du code N...; à la célébration du mariage religieux sans la justification du mariage civil (1).

L'article 471 du code pénal ne punit que la *contravention aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et aux règlements et arrêtés, publiés par l'autorité municipale, en vertu des lois sur la police municipale des 24 août 1790 et 22 juillet 1791.* C'est la contravention à ces règlements faits légalement qui est frappée par l'art. 6 de la loi organique. Aussi, y a-t-il abus dans le fait de conduire une procession dans les rues, contrairement à un arrêté municipal. Le maire de Dijon avait pris, en juin 1841, un arrêté pour inter-

(1) Article 499 du Code pénal.

dire les processions extérieures. Le curé passa outre. Un double appel comme d'abus naquit du conflit intervenu : l'un pour contravention à un arrêté municipal, l'autre pour atteinte portée au libre exercice du culte. Le conseil d'État déclara qu'il y avait abus de la part du curé par la raison : « *qu'il appartenait au maire de prendre sous l'autorité de l'administration supérieure l'arrêté qui donne lieu au recours; que le dit arrêté est une mesure de sûreté et de police qui ne porte atteinte ni à l'exercice du culte, ni à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres.* » La jurisprudence en cette matière est constante.

Quelques mots maintenant sur une question qui a soulevé bien des controverses.

Un ecclésiastique commet un délit dans l'exercice du culte : peut-il être poursuivi directement, sans l'autorisation préalable du conseil d'État ? L'article 75 de la Constitution de l'an VIII lui était-il applicable avant son abrogation en 1870 ?

« Les agents du gouvernement, portait l'article 75, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du conseil d'État ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. »

Le législateur s'est inspiré, dans cette disposition, de l'article 61 du décret du 14 décembre 1789, et de l'article 8, section 2, chapitre IV de la Constitution de 1791. Ce sont les seuls précédents de notre nouvelle législation en cette matière. Constatons, avant

*arrêté public  
en chaire  
bulle en auto.  
212-5*

toute discussion, qu'aucun de ces textes ne parle des ecclésiastiques. Impossible d'y découvrir le moindre argument pour affirmer que la garantie, créée par la loi de Frimaire, an VIII, doit s'étendre aux ministres du culte.

D'après une première opinion, cependant, il fallait toujours appliquer au prêtre l'article 75 de cette loi. Nulle poursuite contre lui, à raison d'un délit commis dans l'exercice du culte, ne pouvait être intentée, soit à la requête du ministère public, soit à la requête de la partie lésée, sans l'autorisation préalable du conseil d'État. Le prêtre, disait-on, reçoit de la puissance séculière son titre ou la confirmation de son titre ; l'État lui fournit un presbytère, un palais, un salaire, une pension de retraite. Le ministre du culte est donc un véritable fonctionnaire. L'intérêt même de la religion qu'il représente ne permet pas, d'ailleurs, de le laisser exposé à des attaques dont un examen sérieux n'aurait pas constaté la justice. L'autorisation du conseil d'État est un préliminaire nécessaire de toute poursuite. — Cette opinion ne peut être admise. Comme le fait remarquer, avec raison, M. Gaudry (1), lors de la Constitution de l'an VIII, le culte catholique n'était pas même reconnu par la loi civile ; on ne peut donc pas supposer que la pensée du législateur ait été de comprendre les ministres du culte parmi les *agents* du gouvernement dont il s'occupait.

(1) *Législation des cultes*, t. I, p. 440.

« Les curés et desservants ne peuvent être consi-  
» dérés comme fonctionnaires publics, écrivait le  
» 22 février 1808, à un procureur général, le minis-  
» tre des cultes, et hors les cas de recours au con-  
» seil d'État *qui ont remplacé les cas d'abus*, les  
» délits dont ils sont accusés rentrent dans la classe  
» des délits ordinaires. »

La jurisprudence de la Cour de Cassation, sans appliquer aux curés l'article 75, s'est écartée de cette dernière opinion. Elle consacra une distinction inconciliable avec la loi et avec des décisions antérieures. Les considérants des arrêts du 9 septembre et du 23 décembre 1831 établissent une différence entre l'action civile et l'action publique. De nombreux arrêts, depuis cette époque, reproduisant cette doctrine, ont refusé toute initiative à la partie privée, en l'accordant sans restriction à la partie publique. La loi de l'an X laisserait entière liberté au ministère public ; la partie lésée seule ne pourrait agir sans recours préalable, en déclaration d'abus, au conseil d'État. Cette distinction est arbitraire. Elle ne se trouve pas dans les textes. M. l'avocat général Hello l'a vivement combattue : « Je voudrais, dit-il, qu'on me donnât la raison de cette différence, et surtout qu'on me la montrât dans la loi ; car pour dénier ce que la loi donne, ce n'est pas assez d'une explication arbitraire. Le Code d'Instruction criminelle admet parallèlement l'action civile et l'action publique en même temps et devant les mêmes juges, chacune dans la sphère de son intérêt. Il leur attribue à

toutes les deux, dans une proportion égale, la faculté de saisir directement la police correctionnelle. Cela est écrit et ne peut pas être écrit vainement (1). On allègue qu'il y a des délits contre la chose publique, dont la poursuite d'office ne saurait être retardée sans danger. Mais cette observation n'explique pas l'exclusion donnée aux particuliers quant aux délits qui les intéressent. (2) » Les cours d'appel ont protesté plusieurs fois contre la jurisprudence de la cour de Cassation en cette matière. (3)

L'appel comme d'abus, en effet, ne doit pas être une sauvegarde contre le droit commun : il a été créé pour sa défense. Traitons-le suivant les anciens principes. Il n'a jamais été considéré comme suspensif à l'égard des délits ordinaires qui s'y rattachaient. La loi de Germinal an X, dans son article 6, ne s'est préoccupé que du fait qui peut constituer un abus. L'examen du conseil d'État n'est nécessaire que pour obtenir une déclaration d'abus. (4)

Le 19 septembre 1870, un décret du gouvernement de la Défense nationale a abrogé l'article 75 de la Constitution de Frimaire an VIII. Il nous paraît confirmer l'opinion que nous avons adoptée. « Ce » décret, dit notre savant maître M. Molinier, ne » parle, il est vrai, que des *fonctionnaires publics*

(1) Art. 4 et 482.

(2) Réquisitoire, arrêt Cassat. 26 juillet 1838.

(3) Bourges, arrêt du 24 juin 1839, Montpellier, 12 juillet 1841.

(4) Chauveau et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. III, p. 62, n° 794 de la 4<sup>e</sup> édition. — Serrigny, *Compét. et procéd. administrative*, t. I, p. 144 et suivantes.

» de tout ordre, et les ministres du culte ne sont  
» pas revêtus de cette qualité; ils ne sauraient non  
» plus être considérés comme *agents du gouver-*  
» *nement* dans le sens de l'article 75 de la Consti-  
» tution consulaire. Mais le décret du 19 septembre  
» est conçu dans un esprit qui tend, pour tous les  
» cas, à laisser libre le recours à l'autorité judiciaire  
» pour la réparation de tous les torts et pour toutes  
» demandes en dommages. En présence de ce  
» décret, il serait bien difficile de soumettre un  
» plaignant à l'obtention d'une décision du conseil  
« d'État pour que sa plainte pût être suivie. (1) »

§ 4.

*De l'infraction des règles consacrées par les  
canons reçus en France.*

« Nous ne pensons pas, disait Portalis, qu'on puisse se plaindre de ce que nous avons placé dans les cas d'abus l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France. Il faudrait que le souverain renonçât à son droit de protection dans les matières religieuses, pour pouvoir s'interdire le droit inaliénable et incessible de réprimer les infractions dont nous parlons. » Cette disposition soulève cependant

(1) *De l'abrogation de l'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII*, p. 36.

bien des difficultés. L'Etat, dit-on, va se faire théologien et entrer dans la discussion des questions religieuses ! M. Martin (du Nord), le 7 mars 1845, protesta, au nom du gouvernement, contre cette interprétation (1). La disposition de la loi organique ouvre cependant un vaste champ à la critique. Le conseil d'État lui-même serait dans l'impuissance d'énumérer les *canons reçus* en France.

Il est difficile, en effet, de déterminer de quoi se compose cette partie du droit canonique admis par la loi civile. D'après l'article 41 de Pithou, « l'Église gallicane n'a pas reçu indifféremment tous canons et épîtres décrétales, se tenant principalement à ce qui est contenu dans l'ancienne collection appelée *corpus canonum*, pour le regard des épîtres décrétales jusqu'au pape Grégoire II. » D'Héricourt (2), indique aussi le *corpus canonum* comme le recueil des *canons reçus* en France. Cette collection, toutefois, offre bien des incertitudes. Le moine Denis-le-Petit, son auteur présumé, s'est contenté de faire des extraits. Il ne reproduit pas les textes. En second lieu, quatre conciles seulement, sur douze, renfermés dans l'ouvrage, sont œcuméniques. Enfin, cette partie du droit canon s'arrête au VIII<sup>e</sup> siècle.

Tout recueil légal manque ensuite. Le *décret de Gratien*, les *canons pénitentiaux*, les *canons des Apôtres*, les *Décrétales*, les *Clémentines*, les *Extra-*

(1) *Moniteur* du 8 mars 1845.

(2) *Lois ecclésiastiques*, lettre C, préliminaires.

*vagantes* et les *nouvelles constitutions* sont loin d'avoir ce caractère.

Quatorze conciles œcuméniques, ont été tenus depuis la collection de Denis-le-Petit. Le concile de Constance, en 1414, est relaté dans la déclaration du clergé de 1682. Ses dispositions furent revêtues d'une autorité légale. Quant au concile de Trente (1545-1561), ses règles sur la juridiction ecclésiastique ne furent jamais admises dans le royaume.

En résumé, nous pensons avec M. Gaudry (1), que l'on peut raisonnablement considérer comme *canons reçus* en France : le *corpus canonum* de Denis-le-Petit, en se référant toujours au texte même des conciles analysés ; et les conciles œcuméniques postérieurs, sauf, à l'égard du concile de Trente, les règlements sur les juridictions ; et, aussi, sur le protestantisme. Mais, malheureusement, point de règles bien précises, une modification de la loi serait à désirer (2).

Grande controverse sur la nature de l'autorité des *canons reçus en France*, aux yeux de la loi civile. On a soutenu, qu'à l'égard des personnes engagées dans les ordres sacrés, les *canons reçus en France* sont des lois véritables. Ainsi, lorsqu'il s'est agi du mariage des prêtres, on a invoqué les termes de la loi du 18 Germinal an X pour affirmer que la profession religieuse est un empêchement dirimant de mariage.

(1) *Législation des cultes*, t. I, p. 405.

(2) Voir, sur les canons reçus en France, le *Cours alphabétique de droit canon* de M. l'abbé André, t. II, p. 464.

*L'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France*, dit-on, donne lieu à des poursuites légales. Or, il est incontestable que le droit canonique comme la jurisprudence étaient avant 1789, constants sur notre question : L'engagement dans les ordres sacrés formait un empêchement dirimant. Donc la loi de germinal a revêtu de l'autorité législative les règles du droit canonique, et, à cet égard, la prêtrise forme encore aujourd'hui un empêchement dirimant de mariage. Les principes généraux de notre droit, ajoute-t-on, commandent cette solution. La loi du 18 germinal an X a rétabli l'exercice public du culte catholique en France. Dès-lors, l'église a acquis le droit de procéder à tous les actes extérieurs du culte « en se conformant aux règlements de police que le gouvernement jugera nécessaires pour la tranquillité publique. » L'ordination des prêtres est-elle un acte public et extérieur du culte catholique ? Oui : Les articles 16 et 26 de la loi de germinal en règlent les conditions. Le gouvernement reconnaît l'engagement contracté par le prêtre. Le ministre du culte a aliéné une partie de sa liberté : cette aliénation a-t-elle été autorisée ? Oui encore ; la loi l'a sanctionnée, elle en a payé l'équivalent : l'État salarie les fonctions sacerdotales aux dépens du trésor public. La puissance civile a, par conséquent, non seulement le droit mais encore le devoir de veiller sur l'exacte observation du contrat intervenu (1).

(1) Cassat , 12 prairial an XI ; Cassat., 3 floréal an XIII ; Bordeaux, 20 juillet 1807 ; Turin, 30 mai 1811 ; Paris, 27 décembre 1828 ; Paris,

Nous repoussons absolument cette doctrine. L'engagement dans les ordres sacrés ne forme pas, d'après la loi civile, un empêchement dirimant de mariage. L'article 6 de la loi du 18 germinal an X reste étranger au débat. Il s'applique uniquement au prêtre en exercice. L'autorité temporelle se rendrait coupable d'abus seulement, si elle permettait le mariage civil au prêtre qui demeure dans ses fonctions. « Par sa renonciation au caractère sacerdotal, le prêtre, disait M. Dupin (1), perd la jouissance de tous les anciens privilèges accordés à l'exercice de son état : honneurs, traitement, exemptions de charges publiques, retraites et canonicats ; il est repris par la loi civile, il redevient soldat, garde national, juré, astreint à tous les devoirs de la cité, et il ne pourrait recouvrer la liberté naturelle de se marier ! Il a pu abjurer même sa foi, et il resterait éternellement enchaîné dans les liens de la discipline ecclésiastique ; il serait encore réputé prêtre, mais seulement en ce qui serait contre lui ! Les règlements spirituels de son ancienne profession, même après le solennel abandon qu'il en a fait, autoriseraient à le poursuivre jusque dans l'intérieur de la vie civile ; les lois du presbytère continueraient à régir le domicile du citoyen. A toujours et pour toujours, il demeurerait comme un paria au milieu de la cité ! Cela est-il tolé-

14 janvier 1832 ; Cassation, 21 fév. 1833 ; Limoges, 17 janvier 1846 ; Cassat., 23 fév. 1847 ; Alger, 11 décembre 1851.

(2) Réquisitoire. affaire Dumonteil.

rable ? Non, Messieurs, tels ne sont pas les principes de notre droit public. »

Tant que le prêtre exerce son ministère, tant qu'il confère les sacrements, le pouvoir civil doit l'obliger à se conformer aux obligations religieuses. Mais tout asile ne peut être fermé dans l'ordre temporel à celui qui, usant du bénéfice de la liberté de croyance, abandonne le sanctuaire sans esprit de retour. L'anathème ecclésiastique est ici la seule sanction des canons. En renonçant aux prérogatives que lui assurait le sacerdoce, le prêtre se soustrait en même temps aux obligations que lui imposait la loi ecclésiastique. Exclu désormais de la société religieuse, retranché de la communauté chrétienne, il reste citoyen ; et, à ce titre, il entre dans la vie civile avec le libre usage de toutes ses facultés. Le chapitre premier du titre cinq du Code civil énumère *les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage* ; mentionne-t-il l'empêchement résultant du sacerdoce ? Non, Parcourez tous les articles de nos codes, vous ne trouverez aucune de leurs dispositions subordonnée directement à l'influence religieuse.

Le silence de la loi ne peut jamais autoriser la création d'un régime exceptionnel. On ne saurait, dès lors, à plus forte raison, contrairement à son esprit, priver un citoyen de la libre disposition de lui-même.

D'ailleurs, les conséquences nécessaires, immédiates de la doctrine que nous combattons, dévoi-

lent toute sa faiblesse. L'art. 6 de la loi du 18 germinal an X, dit-on, en mettant au nombre des cas d'abus l'*infraction des règles consacrées par les canons reçus en France*, met le sacerdoce au nombre des empêchements de mariage. Soit. Mais ces canons ne prescrivent-ils pas l'observation des vœux monastiques? Ne s'opposent-ils pas aux mariages, en ligne collatérale, jusqu'au huitième degré? Pourquoi abolir le divorce le 8 mai 1816? Les *canons reçus* en France, revêtus de l'autorité législative par l'article 6 de la loi de Germinal, suivant nos adversaires, suffisaient pour l'empêcher! Le jeûne et l'abstinence étaient aussi prescrits par les canons reçus en France; l'autorité civile pourra-t-elle, en vertu de l'art. 6 de la loi du 18 germinal, obliger un citoyen à se conformer à ces prescriptions?

Dans l'ordre civil, il n'y a que des Français. L'Etat n'autorise l'ordination du prêtre que sous la réserve des droits civils. Il ne garantit pas l'exécution des engagements purement religieux. Le prêtre s'oblige envers ses supérieurs, et la puissance séculière n'a rien à voir dans son vœu.

M. Portalis, rapporteur de la loi organique, s'exprima formellement à cet égard le 3 frimaire an XI : « La prêtrise, dit-il, n'est point un empêchement au mariage; une opposition au mariage fondée sur ce point, ne serait point reçue et ne devrait pas l'être, parce que l'empêchement, provenant de la prêtrise, n'a pas été sanctionnée par la loi civile. »

L'engagement dans les ordres sacrés, en consé-

quence, ne forme pas un empêchement dirimant de mariage. A l'égard des prêtres, comme à l'égard des laïques, l'autorité des *canons reçus en France* doit être tempérée par le principe de la liberté des cultes.

Mais, si nous n'admettons pas que l'engagement dans les ordres sacrés constitue un empêchement dirimant, qui aurait pour sanction la nullité du mariage célébré malgré cet obstacle, pouvons-nous aller jusqu'à dire que l'officier de l'Etat civil requis de faire une pareille célébration doit y procéder ?

L'opinion, qui paraît dominer actuellement en jurisprudence, (1) tendrait à voir dans la condition de prêtre catholique un empêchement prohibitif. Ainsi, l'officier de l'Etat civil ne devrait pas célébrer le mariage, les tribunaux ne devraient pas l'y contraindre ; mais si, en fait, le mariage avait été célébré, l'action en nullité ne serait pas recevable.

Les partisans de cette doctrine intermédiaire, entre la défense absolue et l'entière liberté se fondent sur les mêmes arguments rapportés plus haut pour établir qu'il y a empêchement dirimant. De plus, ils échappent à la réfutation basée sur le silence du Code au chapitre des nullités et sur ce principe qu'une nullité de mariage ne saurait être admise sans un texte précis. On comprend qu'un empêchement prohibitif, étant beaucoup moins grave, puisse résulter de textes placés en dehors

(1) Cassation, requêt., rejet le 24 février 1833 ; 23 février 1844.

du Code. C'est ce qui a lieu, par exemple, pour le mariage des militaires en activité de service ; ils ne peuvent se marier sans l'autorisation du ministre de la guerre.

Nous reconnaissons, néanmoins, que ce système soulève une grave objection. Les empêchements prohibitifs ne sont tels, en général, que parce qu'ils peuvent être levés. Qu'on fasse disparaître l'obstacle, selon le vœu de la loi et avec les moyens qu'elle fournit, et le mariage sera possible. Cela se vérifie pour le défaut d'actes respectueux ou de publications, comme pour l'existence d'une opposition au mariage ou les dix mois de viduité. Ici, au contraire, nous aurions un empêchement prohibitif perpétuel et ne pouvant être levé ; il faut bien convenir que ceci répugne à la nature des empêchements prohibitifs, car, la loi semble alors inviter à sa propre violation, en disant : je vous défends à jamais de vous marier, mais si, malgré cette défense, vous vous mariez soit en France, soit à l'étranger, votre mariage sera inattaquable.

A cette très grave objection, on peut répondre que les rédacteurs du code paraissent avoir admis un semblable empêchement prohibitif et perpétuel, lorsqu'ils ont prohibé certains mariages, dans l'article 348, à la suite d'une adoption, sans prononcer de sanction. La grande majorité des interprètes enseigne qu'on ne peut pas suppléer la nullité que cet article n'a pas prononcée, et qu'en conséquence l'empêchement, quoique rien ne puisse le faire disparaître, n'est cependant que prohibitif.

Enfin, cette opinion se fortifie de deux actes, émanés du pouvoir législatif. En 1848, une pétition demandant une loi qui autorisât le mariage des prêtres, fut repoussée par l'ordre du jour, sur des considérations tirées du concordat etc. En 1850, une proposition de M. Raspail concluait à ce qu'il fût interdit de s'opposer désormais à la célébration du mariage d'un prêtre. Elle fut repoussée par la question préalable à la majorité de 457 voix contre 154. (1) Nous devons donc adopter cette manière de voir.

Examinons maintenant le cas le plus important de contravention aux *règles consacrées par les canons reçus en France*. Il s'agit de la violation des formes prescrites pour la déposition des titulaires de bénéfice inamovible, et l'interdiction à *sacris* des simples desservants.

« Les curés seront immédiatement soumis aux évêques dans l'exercice de leurs fonctions, » dit l'article 30 de la loi du 18 Germinal. Mais l'inamovibilité, qui s'attache à leur titre, les protège contre tout abus de pouvoir. La sentence de déposition doit être revêtue des formes consacrées et de l'approbation de l'autorité civile. (2) Les desservants ne sont pas aussi favorisés. D'après l'article 31, « ils seront approuvés par l'évêque et révocables par lui. » On trouve dans cette disposition l'application des ten-

(1) *Moniteur*, janvier 1851, et 24 janvier 1851.

(2) Décision ministérielle du 4 décembre 1844 ; art. 6, 7, 8 de la loi organique.

dances qui se révélaiet, à cette époque, chez le premier Consul. Une centralisation puissante allait succéder, dans toutes les branches de l'administration, aux divisions anarchiques des derniers jours du Directoire. « En rétablissant le culte, Napoléon asservit complètement le clergé à ses chefs, moyennant quoi, il n'avait qu'à maîtriser les chefs pour dominer le corps entier et le faire mouvoir à sa guise... Cela s'opéra par l'addition au Concordat des articles organiques. On lit dans l'art. 31 : *Les desservants seront approuvés par l'évêque et révocables par lui.* Ces trois mots ont brisé le clergé inférieur, l'ont réduit à rien, car la révocation renferme en elle seule toutes les peines canoniques ; elle renferme de plus, aujourd'hui, celle de perdre tout droit à son traitement, et, par là, ses moyens d'existence même » (1)

Avant 1789, on comptait en France trente-six mille titulaires de bénéfice inamovible, et seulement deux mille cinq cents desservants révocables. La proportion est complètement changée aujourd'hui. Les cures s'élevaient, avant la guerre de 1870, au chiffre de trois mille trois cent une et les succursales à celui de vingt-sept mille quatre cent cinquante une.

Les sentences rendues autrefois, au nom de l'évêque, par l'officialité diocésaine, contre les curés et desservants, devaient être revêtues des formes judiciaires. « Mais depuis la suppression des officialités,

(1) *De l'état actuel du clergé en France*, par MM. Allignol frères, prêtres desservants.

» dit M. de Cormenin, il suffit que les formalités  
» substantielles, qui consistent dans une instruction,  
» discrète et éclairée, dans la pleine liberté de la  
» défense, et dans un jugement mûri, aient été  
» observées. » (1).

Cependant l'irrégularité de la déposition ne ferait pas disparaître l'atteinte portée aux intérêts spirituels des curés. L'évêque reste tout puissant dans la sphère spirituelle : la déclaration d'abus ne constituant qu'un blâme disciplinaire. Les avantages pécuniaires, attachés au titre du condamné sont seuls conservés. Celui-ci reste en jouissance de son traitement. Il faut l'approbation du gouvernement pour rendre exécutoire, quant à ses *effets civils*, la sentence rendue par l'autorité religieuse. Mais tant que la sentence n'a pas été régulièrement prononcée, elle ne peut recevoir la confirmation du chef du pouvoir exécutif.

Serait susceptible d'être attaqué par la voie contentieuse, le décret qui aurait confirmé une déposition *déclarée abusive*. Dans l'hypothèse contraire, le pourvoi devant la section du contentieux ne serait pas ouvert. L'approbation du chef du pouvoir exécutif est en effet un simple *exequatur* ; elle n'implique point un examen de la régularité de la décision épiscopale. Le recours devant l'autorité métropolitaine est ouvert au titulaire contre le décret confirmatif. Le conseil d'État a émis cette doctrine dans

(1) *Droit administratif*, t. I, p. 240.

l'espèce suivante : Le S<sup>r</sup> Isnard, curé de Castellane, avait été suspendu de ses fonctions, le 27 janvier 1835, par l'évêque de Digne. Cette décision, fut annulée pour vice de forme, le 23 mars 1835, par l'un des vicaires-généraux du siège archiépiscopal d'Aix, alors vacant, prononçant comme official. Sur l'appel comme d'abus, formé par le ministre des cultes, le conseil d'Etat déclara que le recours aurait dû être porté devant *les vicaires généraux capitulaires exerçant collectivement*. Le 25 novembre suivant, une ordonnance royale rendit exécutoire la sentence de l'évêque de Digne. Le S<sup>r</sup> Isnard, qui avait négligé de se pourvoir une seconde fois devant l'autorité métropolitaine, attaqua l'ordonnance du 25 novembre devant le conseil d'État. Il soutenait « qu'elle n'aurait dû intervenir qu'autant que la sentence épiscopale n'aurait pu être attaquée désormais devant l'autorité supérieure ; et qu'elle n'avait pu prononcer sa destitution, puisque la sentence ne mentionnait que sa suspension. Le ministre des cultes répondait que la sentence était valable tant qu'elle n'avait pas été réformée par l'autorité métropolitaine ; que l'autorité temporelle avait dû lui assurer ses effets civils ; que l'ordonnance royale n'avait pu que la confirmer, et ne pouvait lui donner des effets plus étendus que les expressions qui y étaient contenues. » Voici l'ordonnance du conseil d'État, en date du 22 février 1837 :

« Louis-Philippe, etc., vu notre ordonnance du » 29 novembre 1835 ; — considérant que notre

» ordonnance du 29 novembre 1835 n'a fait que  
» rendre exécutoire, quant à ses effets civils, la  
» sentence prononcée le 27 janvier précédent, par  
» l'évêque de Digne, contre le S<sup>r</sup> Isnard; qu'elle n'a  
» eu ni pu avoir pour effet, par la qualification don-  
» née à la dite sentence, de modifier ses dispositions  
» et qu'elle ne fait point obstacle au pourvoi du  
» S<sup>r</sup> Isnard devant l'autorité métropolitaine, et  
» qu'ainsi elle ne contient aucun excès de pouvoir  
« et ne peut nous être déférée par la voie conten-  
» tieuse :

Art. 1<sup>er</sup>. La requête du sieur Isnard est rejete-  
tée. (1)

Le curé atteint par une sentence de déposition, confirmée par le pouvoir exécutif, peut aussi appeler comme d'abus. Mais la déclaration d'abus reste sans force devant l'exécution donnée à la décision attaquée. Cependant le caractère de censure, attaché à la juridiction disciplinaire du conseil d'État, offre une garantie pour l'avenir. Le conseil d'État puisa dans ces considérations, le 19 juin 1851, la formule de l'avis suivant : « Le conseil d'Etat, qui, sur le  
» rapport du comité de l'Intérieur, a pris connais-  
» sance d'un projet de décret, ayant pour objet de  
» rejeter le recours pour abus, formé par le sieur  
» Bégoule, contre une ordonnance de l'évêque  
» d'Agen, qui l'a destitué de son titre curial de  
» Monflanquin; considérant que dans l'affaire qui

(1) Ord. Cons. d'Etat, M. Ferri-Pisani, rapp. — M. Marchand, concl.  
— M. Mitre, avocat. Dalloz, *Périod.*, 1839, 3, 24.

» fait l'objet du présent projet de décret, ainsi que  
» dans les affaires du même genre, dont le conseil  
» a été récemment saisi, et notamment dans celles  
» des sieurs Piveteau et Audierne, les décisions  
» épiscopales attaquées ont été approuvées par le  
» Président de la République avant que les recours  
» aient été formés ; que la marche suivie dans ces  
» affaires pourrait rendre illusoire le droit de  
» recours comme d'abus ; qu'en effet, l'approba-  
» tion donnée à la décision épiscopale permet de  
» nommer un nouveau titulaire, qui, par le fait  
» même de sa nomination, se trouve lui-même  
» revêtu d'un titre inamovible ; que, dès lors, le  
» titulaire dépossédé ne pourrait être remis en pos-  
» session, alors même que son recours serait admis ;  
» que d'un autre côté, le recours dirigé contre la  
» décision ecclésiastique par la voie d'appel comme  
» d'abus aurait implicitement pour effet d'atteindre  
» l'acte confirmatif émané du chef du gouverne-  
» ment ; que déjà, en 1844, le comité de l'Intérieur,  
» dans un avis en date du 30 juillet, avait signalé  
» ces inconvénients et indiqué la nécessité de fixer  
» un délai, dans lequel le titulaire dépossédé aurait  
» la faculté de se pourvoir, et pendant lequel il con-  
» viendrait d'ajourner la mesure que le gouverne-  
» ment croirait devoir prendre au sujet de la déci-  
» sion attaquée ; qu'aujourd'hui les délais, consacrés  
» par les anciens usages, sont observés pour l'appel  
» de la décision épiscopale devant le métropolitain ;  
» que si ces mêmes délais étaient suivis pour le

- » recours à exercer devant le conseil d'État, les
- » inconvénients ci-dessus signalés seraient évités ;
- » qu'il suffirait de n'approuver la déposition d'un
- » titulaire ecclésiastique qu'après s'être assuré :
- » 1<sup>o</sup> Que la décision métropolitaine lui a été régu-
- » lièrement notifiée;
- » 2<sup>o</sup> Que le délai du recours est expiré sans que
- » le recours ait été formé, ou, dans le cas contraire,
- » que le recours a été rejeté ;
- » Est d'avis : qu'il y a lieu, tout en adoptant le
- » projet de décret ci-joint, d'appeler l'attention de
- » M. le Ministre de l'Instruction publique et des
- » Cultes sur les observations qui précèdent » (1)

L'iamovibilité du curé n'emporte pas la perpétuité de l'office dont il est titulaire. Mais le concours des autorités, qui ont présidé à la création du titre, est nécessaire pour sa suppression. Il est hors de doute qu'une cure peut être supprimée par son union à une autre cure ou à tout autre établissement ecclésiastique, dans les formes prescrites par les lois, lorsque l'utilité des fidèles et les nécessités du service religieux le commandent. (2) La décision

(1) Voir aussi sur tous ces points, l'affaire de l'abbé Roy, décret du 40 juin 1867. Dalloz. 67, 3, 65. Nous n'avons pas à nous en occuper davantage parce que s'il s'agissait d'une déposition de curé, du moins elle n'était pas l'objet d'un appel comme d'abus, mais d'un recours contentieux. Nous relèverons cependant cette particularité que la décision de l'archevêque de Paris avait été infirmée par une sentence pontificale non enregistrée. Il a été jugé que cet enregistrement ne pouvait être demandé au conseil d'Etat par la voie contentieuse à la requête du particulier intéressé : c'est le Gouvernement qui doit être saisi de la requête et le renvoyer, s'il l'estime convenable, au conseil d'Etat.

(2) Ordonn. 14 juillet 1824. — 24 juillet 1845.

épiscopale ne peut produire ses effets qu'après avoir été sanctionnée par le chef du pouvoir exécutif.

Enfin, le décret du 17 novembre 1811 permet à l'évêque d'éloigner temporairement, *pour cause de mauvaise conduite*, un curé de sa paroisse. L'acte de l'autorité ecclésiastique ne peut être attaqué ni devant le conseil d'État, ni devant le métropolitain. Les décisions ministérielles des 20 pluviôse an XI, 12 décembre 1814 et 13 mars 1820 reconnaissent encore à l'évêque le droit de frapper les curés d'interdiction. Les formes judiciaires doivent alors être suivies scrupuleusement.

C'est en vertu de la disposition de l'article 6 de la loi de germinal que, le 6 avril 1857, le conseil d'État déclara l'évêque de Moulins coupable d'abus. Ce prélat avait voulu assimiler les titulaires des bénéfices inamovibles aux autres prêtres de son diocèse. Avant de les nommer, il se faisait remettre, par chacun d'eux, leur démission en blanc.

Passons aux desservants. L'intervention de l'autorité civile ne produit matériellement aucune conséquence. L'évêque n'est pas tenu de motiver sa décision. Le recours pour abus est recevable, mais son admission ne réforme pas la sentence épiscopale. La déclaration d'abus n'est plus qu'un blâme disciplinaire. « On est obligé, en pareil cas, dit M. Portalis, de s'en rapporter à la sagesse de l'évêque, et on a cru que l'inconvénient de quelques erreurs ou de quelques injustices particulières ne pouvait balancer l'inconvénient plus grand d'affaiblir le nerf

de la discipline ecclésiastique, qui pourrait se produire si l'on favorisait trop les inférieurs, et si on leur laissait trop les moyens de paralyser la surveillance de leur chef. (1) » L'article 10 de l'ordonnance royale de 1695, relative à la juridiction ecclésiastique, donnait à l'évêque les mêmes pouvoirs.

§ 5.

*Des attentats aux libertés, franchises et coutumes de l'Église gallicane.*

La doctrine de la suprématie universelle de l'Église, soutenue par Grégoire VII, et érigée en dogme par Boniface VIII, dans la bulle *unam sanctam*, souleva en France les plus vives résistances. L'autorité royale, en cette matière, était non seulement secondée mais encore aiguillonnée par le sentiment de la nation. Inviolablement attachée à un ensemble de coutumes, puisées dans les anciens canons, l'Église de France résistait à toute innovation. *Les libertés de l'Église gallicane* : c'était pour le clergé français le droit de n'être soumis qu'aux actes des conciles et aux constitutions consacrés antérieurement par le respect et l'adhésion de la France, et pour la royauté, l'indépendance à l'égard du Saint-Siège dans les choses temporelles.

(1) Lettre ministérielle du 25 nivôse an XI.

« Ne demandez plus, s'écrie Bossuet dans son admirable sermon sur l'unité de l'Église, ce que c'est que les libertés de l'Église gallicane, les voilà toutes dans ces précieuses paroles de l'ordonnance de Saint-Louis. » La pragmatique sanction de ce prince, promulguée en 1268, fut la première barrière opposée aux envahissements de Rome. En voici la traduction littérale :

« Art. 1<sup>er</sup>. Les églises de notre royaume, les prélats, les » patrons et les collateurs de bénéfices jouiront pleinement de » leurs droits, et à chacun sera conservée sa juridiction.

» Les églises cathédrales et autres de notre royaume au- » ront liberté des élections et en jouiront intégralement.

» Art. 3. Nous voulons et ordonnons que la simonie, cette » peste criminelle qui souille l'Église, soit entièrement ban- » nie de notre royaume.

» Art. 5. Nous ne voulons aucunement qu'on lève ou qu'on » recueille les exactions pécuniaires et charges très-pesantes » que la cour de Rome a imposées ou pourrait imposer à » l'Église de France et par lesquelles notre royaume est » misérablement appauvri, si ce n'est pour cause raisonna- » ble, pieuse et très-urgente, ou pour une inévitable néces- » sité et du consentement libre et exprès de nous et de l'Église » de notre royaume.

« Nous renouvelons et approuvons les libertés, franchises, » immunités, prérogatives, droits et privilèges accordés par » les rois nos illustres prédécesseurs et successivement par » nous aux églises, aux monastères et autres lieux religieux, » aussi bien qu'aux personnes ecclésiastiques de notre » royaume. »

Les recherches des érudits ont élevé des doutes



sur l'authenticité de ce document. Le texte véritable ne nous est peut-être pas parvenu. Mais des témoignages sérieux prouvent que toutes les dispositions de la pragmatique sont renfermées dans la pièce précédente.

La cause des libertés de l'Église gallicane était si chère à la nation que les états-généraux, réunis par Philippe-le-Bel, en 1301, déclarèrent « que si sa majesté, qu'à Dieu ne plaise, voulait souffrir ou passer sous dissimulation les entreprises du saint-siège ils ne le souffriraient nullement » (1).

La pragmatique de Charles VII fut encore plus significative. Ce monument de la foi de nos pères sortit des délibérations des prélats, seigneurs et membres du parlement, assemblés à Bourges, le 7 juillet 1438. Après avoir reproduit les dispositions de la pragmatique de Saint-Louis, il proclame la suprématie du concile universel sur le pape et l'abolition absolue des appellations au saint-siège. La pragmatique de Charles VII constitua, avec des fortunes diverses, le droit public ecclésiastique de la France jusqu'au Concordat de François I<sup>er</sup> et de Léon X, en 1515.

L'Église de France paya les frais de l'alliance conclue entre les deux souverains. Le Concordat rétablissait les annates, les appellations au pape et supprimait l'élection des prélats. Il fut accueilli par des réclamations unanimes. Le négociateur du traité, le

(1) Fevret, *Traité de l'abus*, l. 1, ch. 4.

chancelier Duprat, devint l'objet des attaques les plus violentes. L'université défendit l'impression du concordat et le parlement refusa de l'enregistrer. Bientôt obligée de céder devant la volonté royale, la Cour souveraine déclara toutefois « que ce n'était pas son intention de juger les procès conformément au concordat, mais de garder et observer comme auparavant les saints décrets de la pragmatique sanction » (1).

Nous arrivons au Concile de Trente. Les Pères, malgré les protestations du cardinal de Lorraine et des sieurs Ferrier et Dufaur, envoyés de Charles IX, formulèrent des doctrines incompatibles avec les libertés de l'Église gallicane. Une opposition générale se manifesta dans la nation. Le clergé, l'université, le parlement et les États généraux furent unanimes. Les négociations de Prosper de Sainte-Croix, nonce apostolique en France, échouèrent devant la résistance publique. Les doctrines ultramontaines allaient pour la première fois se trouver en face d'un texte précis de nos libertés.

Pierre Pithou, jurisconsulte éminent, honoré de l'amitié d'Henri IV, recueillit, en 1594, les anciennes maximes de l'Église de France, et les rédigea en 83 articles. La jurisprudence des parlements les entoura, dès leur publication, d'une sorte d'autorité législative (2). Supprimés en 1639, ils furent en 1651 revêtus du sceau de l'autorité royale. Trente ans après, huit

(1) Isambert, t. XII, p. 75.

(2) Arrêt du Parlement de Paris du 5 janvier 1645.

archevêques, vingt-six évêques et trente-sept dignitaires ou chefs d'ordre, réunis sous la présidence de l'archevêque de Paris et sous la direction de Bossuet, proclamaient solennellement leur attachement aux mêmes doctrines.

Voici le texte de la déclaration du 19 mars 1682.

« Plusieurs personnes s'efforcent de ruiner les décrets de l'Église gallicane et les libertés que nos ancêtres ont soutenues avec tant de zèle, et de renverser leurs fondements, qui sont appuyés sur les saints canons et la tradition des Pères; d'autres, sous prétexte de les défendre, ont la hardiesse de donner atteinte à la primauté de saint Pierre et des pontifes romains, ses successeurs, institués par Jésus-Christ, d'empêcher qu'on ne leur rende l'obéissance que tout le monde leur doit, et de diminuer la majesté du Saint-Siège apostolique, qui est respectable à toutes les nations, où l'on enseigne la vraie foi de l'Église et qui conserve son unité. Les hérétiques, de leur côté, mettent tout en œuvre pour faire paraître cette puissance, qui maintient les lois de l'Église, insupportable aux rois et aux peuples; et ils se servent de cet artifice afin de séparer les âmes simples de la communion de l'Église. Voulant donc remédier à ces inconvénients, nous archevêques et évêques, assemblés par ordre du roi, avec les autres ecclésiastiques députés qui représentent l'Église gallicane, avons jugé convenable, après une mûre délibération, de faire les règlements et la déclaration qui suivent :

I.

Que saint Pierre et ses successeurs, vicaires de Jésus-Christ, et que l'Église même n'ont reçu de puissance de Dieu que sur les choses spirituelles et qui concernent le salut, et non point sur les choses temporelles et civiles. Jésus-Christ nous apprend lui-même que son royaume n'est point de ce monde ; et, en un autre endroit, qu'il faut rendre à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu ; qu'ainsi ce principe de l'apôtre ne peut en rien être ébranlé, que toute personne est soumise aux puissances supérieures ; car il n'y a point de puissance qui ne vienne de Dieu, et c'est lui qui ordonne celles qui sont sur la terre. Celui donc qui résiste aux puissances résiste à l'ordre de Dieu. Nous déclarons, en conséquence, que les rois et les souverains ne sont soumis à aucune puissance ecclésiastique par ordre de Dieu dans les choses temporelles ; qu'ils ne peuvent être déposés directement ni indirectement par l'autorité des chefs de l'Église ; que leurs sujets ne peuvent être exemptés de la soumission et de l'obéissance qu'ils leur doivent, ou dispensés du serment de fidélité ; que cette doctrine, nécessaire pour la paix publique, et autant avantageuse à l'Église qu'à l'État, doit être tenue comme conforme à l'écriture sainte, et à la tradition des Pères de l'Église et aux exemples des saints.

II.

Que la plénitude de puissance que le saint-siège apostolique et les successeurs de Saint-Pierre, vicaires de Jésus-Christ, ont sur les choses spirituelles, est telle néanmoins que les décrets du saint Concile œcuménique de Constance, contenus dans les sessions 4 et 5, approuvés par le saint-siège apostolique et confirmés par la pratique de toute l'Église et des pontifes romains, et observés de tout temps religieusement par l'Église gallicane, demeurent dans leur force et leur vertu ; et que l'Église de France n'approuve pas l'opinion de ceux qui portent atteinte à ces décrets ou les affaiblissent, en disant que leur autorité n'est pas bien établie, qu'ils ne sont point approuvés, ou que leur disposition ne regarde que le temps du schisme.

III.

Qu'ainsi, il faut régler l'usage de la puissance apostolique, en suivant les canons faits par l'esprit de Dieu et consacrés par le respect général de tout le monde : que les règles, les mœurs et les constitutions reçues dans le royaume et dans l'Église gallicane doivent avoir leur force et vertu, et les usages de nos Pères demeurer inébranlables ; qu'il est

même de la grandeur du Saint-Siège apostolique, que les lois et coutumes établies du consentement de ce siège et des Églises aient l'autorité qu'elles doivent avoir.

IV.

Que, quoique le pape ait la principale part dans les questions de foi, et que ses décrets regardent toutes les églises et chaque église en particulier, son jugement n'est pas irréfutable si le consentement de l'Église n'intervient.

Ce sont les maximes que nous avons reçues de nos pères, et que nous avons arrêté d'envoyer à toutes les églises gallicanes et aux évêques que le Saint-Esprit y a établis pour les gouverner, afin que nous disions tous la même chose, que nous soyons dans les mêmes sentiments et que nous tenions tous la même doctrine. »

Louis XIV ordonna, par un édit, enregistré le 24 mars 1682, que les principes de cette Déclaration seraient enseignés dans le royaume. Ils ont été successivement consacrés par le Parlement de Paris, les 29 janvier, 23 juin et 10 décembre 1683; 20 décembre 1695, 25 octobre 1752, 26 janvier 1753; par l'arrêt du conseil du 24 mai 1766, par la déclaration de Louis XIV du 7 juin 1777, et par l'art. 24 de la loi organique de 1802. Le décret impérial du 25 février 1810 déclara « l'édit de Louis XIV, sur la » déclaration faite par le clergé de France de ses

» sentiments touchant la puissance ecclésiastique.» loi générale de l'empire français. Un arrêt de la cour royale de Paris, du 3 décembre 1825, reconnaît la déclaration de 1682 comme loi de l'État. Enfin, la déclaration du 3 avril 1826 affirma les mêmes doctrines. (1) Signée par 14 évêques, revêtue de l'adhésion de cinquante-cinq autres, elle proclamait l'attachement du clergé français aux principes et aux libertés de l'Église gallicane : « Nous, cardinaux, archevêques et évêques soussignés, croyons devoir au roi, à la France, au ministère divin qui nous est confié, aux véritables intérêts de la religion dans les divers États de la chrétienté, de déclarer que nous réprouvons les injurieuses qualifications par lesquelles on a essayé de flétrir les maximes et la mémoire de nos prédécesseurs dans l'épiscopat; que nous demeurons inviolablement attachés à la doctrine, telle qu'ils nous l'ont transmise, sur les droits des souverains et sur leur indépendance pleine et absolue dans l'ordre temporel, de l'autorité soit directe, soit indirecte de toute puissance ecclésiastique. »

Depuis lors, de grands changements sont survenus. Le clergé français professe aujourd'hui des maximes ouvertement contraires à la déclaration de 1682.

Le 7 mars 1845, M. le comte Beugnot s'exprimait à la tribune de la Chambre des pairs, de la manière suivante : « La Chambre remarque que je n'ai pas

(1) *Moniteur* des 25 avril, 12 et 25 mai 1826.

» dit un mot contre la déclaration de 1682. Je n'en  
» dirai pas un seul. Ce que je veux, c'est qu'elle ne  
» soit pas imposée, c'est que chacun soit libre de  
» l'adopter ou de la rejeter, et ici je fais appel à  
» ceux de nos collègues qui ne partagent pas nos  
» croyances religieuses. Ils sont plus intéressés que  
» nous dans cette question. L'État, qui se fait galli-  
» can avec les catholiques, serait entraîné à prendre  
» aussi parti entre les sectes qui divisent les  
» Luthériens, à empêcher l'introduction des doctri-  
» nes nouvelles. Il s'agit de l'intérêt, de la liberté  
« et de la dignité de tous. (1) »

L'opinion de M. Beugnot est la nôtre. Nous ne faisons pas allusion à la première maxime de 1682. Il serait ridicule aujourd'hui de discuter sur l'indépendance du pouvoir temporel à l'égard de la puissance spirituelle.

L'art. 1<sup>er</sup> de la loi organique consacre une des libertés de l'Église gallicane : « Aucune bulle, bref, » rescrit, décret, mandat, provision, signature » servant de provision, ni autres expéditions de la » cour de Rome, même ne concernant que les par- » ticuliers, ne peuvent être reçus, publiés, imprimés, ni autrement mis à exécution, sans autorisation du gouvernement. »

Cette disposition, empruntée des art. 44 et 47 des libertés de Pithou, est le résumé des Ordonnances de nos rois sur cette matière (2). Les observations,

(1) *Moniteur* du 8 mars 1845.

(2) Lettres patentes de Louis XI du 8 janvier 1475.

adressées sur ce point au gouvernement par le cardinal Caprara, au nom du Souverain Pontife, le 28 août 1803, n'eurent aucun succès. L'autorité civile, dit M. Portalis, a le droit de veiller à ce qu'il ne soit rien apporté dans son territoire, qui puisse *contrarier les lois ou troubler la paix de l'État*. La vérification exigée, du reste, n'a pas pour objet les matières religieuses. L'art. 3 de la loi organique est formel à cet égard. (1)

Une seule exception à cette règle, introduite par la déclaration du 8 mars 1772, a été consacrée par le décret du 25 février 1810. L'art. 1<sup>er</sup> permet d'exécuter les *brefs de la pénitencerie* sans autorisation. L'assemblée des évêques, réunie à Paris en 1809, et composée des cardinaux Fesch et Maury, de l'archevêque de Tours, des évêques de Nantes, Trèves, Evreux, Verceil, de l'abbé Emmery et du P. Fontana, obtint cette concession du gouvernement. *Les brefs de pénitencerie*, écrivait déjà, en 1806, le ministre des cultes à l'évêque de Parme, *les brefs de pénitencerie, dont le maintien est purement de for intérieur, sont exceptés de la disposition rigoureuse de la loi.*

§ 6.

*Toute entreprise ou tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur*

(1) Ordonnances du 23 décembre 1820 et du 9 mars 1845.

*des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression, ou en injure, ou en scandale public.*

Ce dernier cas d'abus embrasse les actes contraires aux droits privés des citoyens. La généralité des expressions employées par le législateur laisse la plus grande liberté au conseil d'Etat. Il reste juge de l'opportunité de son intervention. Pour la justifier, il faut que l'acte incriminé sorte de la sphère purement religieuse.

Précisons. Le gouvernement « est chargé de faire jouir les citoyens des biens spirituels qui leur sont garantis par la loi, portant autorisation du culte qu'ils professent. » (1) Mais cette conséquence du Concordat ne donne pas à l'autorité civile le droit d'obliger un ministre du culte à enfreindre les canons de l'Eglise. Aussi, le conseil d'Etat ne déclare pas l'abus pour un simple refus de sacrement. Au refus manifesté doit s'ajouter soit un blâme public, soit une qualification injurieuse. Il faut, par exemple, que le prêtre motive l'exclusion prononcée sur des considérations puisées dans un ressentiment personnel ou dans l'esprit de parti. Les vrais principes ont été exposés d'une manière savante par M. de Cormenin (2) : « S'il n'y a que refus de sacrements, dit-il, *sans accompagnement d'injure articulée*

(1) Portalis, *Rapport au premier consul*, p. 489.

(2) *Droit administratif*, t. II : *Appel comme d'abus*.

*et personnelle*, il n'y a pas abus extérieur dans le sens légal du mot, il n'y a lieu qu'à l'appel simple devant le métropolitain. »

Un projet de décret, du mois de février 1812, heurte de front cette doctrine. Il ne fut pas approuvé :

Article 1. — Toute personne morte dans l'état extérieur de l'Eglise catholique a droit aux secours spirituels de cette Eglise, et c'est de la part des ecclésiastiques manquer à un des premiers devoirs de leur ministère que de refuser dans ces cas les offices qui leur sont demandés.

Article 2. — A compter de la publication du présent décret, tout ecclésiastique qui, *sous quelque prétexte que ce soit*, fera de semblables refus, sera réputé démissionnaire et éloigné de dix myriamètres au moins du diocèse où il exerçait des fonctions pastorales.

Marmotter un obit, comme le dit spirituellement M. de Cormenin, ou subir un bannissement, il n'y avait pas de milieu. Le Concordat était oublié, et le protecteur devenait ainsi le plus grand ennemi du protégé. « L'Eglise dit M. de Laménais, exerce une grande justice aux portes du tombeau ; elle dit à l'homme qui l'a désavouée : je ne te connais pas. Que ce mot alarme, humilie les parents de celui qui n'est plus, est-ce une raison pour que ses ministres prévariquent ! Oseriez-vous attendre de vos propres tribunaux une pareille condescendance ! Si vous étiez assez malheureux pour

parvenir à contraindre l'Eglise de ne mettre aucune différence entre ses enfants et ses ennemis, entre la faiblesse repentante et le crime impénitent, entre le fidèle et l'impie dont les lèvres, après avoir proféré un dernier blasphème, se sont fermées pour jamais, que penserait le peuple ? Quelle conséquence tirerait-il de cette lâche indulgence ? Que la vérité et les devoirs ne sont qu'un vain mot, que l'Eglise ne croit pas elle-même ce qu'elle enseigne, qu'il n'importe comment l'on vive et comment l'on meure, puisque la religion bénit également l'espérance du juste et le désespoir du méchant. » (1)

La liberté des cultes n'a-t-elle pas été proclamée ? Que ceux qui veulent recevoir les consolations de l'Eglise commencent par se soumettre à ses canons. « L'inhumation du corps avec plus ou moins de pompe, disait Turgot, voilà ce qui regarde le magistrat. Les prières, les cérémonies... voilà le patrimoine de l'Eglise. Il faut donc la laisser maîtresse d'en disposer. Elle ne peut accorder la sépulture qu'à ceux qu'elle regarde comme ses enfants. Vouloir la forcer à le faire, c'est l'obliger à traiter comme un des siens celui qu'elle a toujours proscrit ; c'est envier au véritable fidèle un droit que lui seul peut avoir sur les prières de la religion. » (2)

Les ménagements à garder sont grands, les diffi-

(1) *Mélanges relig. et philos.*, t. VII, des œuv. complet., édit. de 1836.

(2) Turgot, t. II, p. 424.

cultés à vaincre sont nombreuses. Toute prétention inopportune et toute offense doivent être évitées. Le gouvernement doit seulement veiller à ce qu'un citoyen ne soit pas privé *arbitrairement* des consolations religieuses auxquelles il a droit de prétendre.

Le conseil d'Etat a consacré les principes que nous venons d'exposer. (1)

N'oublions pas l'ordonnance rendue le 30 décembre 1833. M. de Montlosier avait refusé à son lit de mort de rétracter publiquement ses ouvrages sur *la formation de certaines congrégations et le rétablissement des Jésuites en France*. Il se confessa et s'éteignit entouré des secours de la religion. L'Eglise ne l'avait donc pas exclu de sa communion. Elle le reconnaissait comme son enfant. Cependant un refus de sépulture religieuse accueillit son corps présenté à l'Eglise. Ce refus était évidemment arbitraire. Il constituait un *procédé* scandaleux pour la mémoire d'un homme qui n'avait pas démérité. L'évêque de Clermont ayant confirmé la décision du curé, le conseil d'Etat, sur l'appel comme d'abus formé par la famille de M. de Montlosier, rendit la décision suivante :

« Vu toutes les pièces de l'instruction, desquelles  
» il résulte que nonobstant le vœu exprimé par le

(1) Voir les ordonnances du 17 août 1825 (Liaas) ; du 13 juin 1827 (Gallais) ; du 28 décembre 1830 (Pezeula) ; du 28 mars 1834 (Arragon), etc.

» comte Montlosier jusqu'aux derniers moments de  
» sa vie, et malgré les instances réitérées de sa  
» famille et de ses amis au moment de son décès,  
» l'autorité ecclésiastique de Clermont s'est refusée  
» à permettre, pour les dépouilles mortelles du  
» défunt, l'accomplissement des cérémonies exté-  
» rieures et publiques de la religion; que le comte  
» de Montlosier est mort dans la profession publi-  
» que de la religion catholique, apostolique et  
» romaine; qu'il avait demandé et reçu le sacre-  
» ment de la pénitence; et que le seul motif  
» allégué pour ce refus a été que le comte de  
» Montlosier n'aurait pas voulu donner, devant  
» témoins, une rétractation écrite et destinée à  
» la publicité;  
» Vu, etc.....

» Considérant que le refus de sépulture catho-  
» lique fait par l'autorité ecclésiastique au comte  
» de Montlosier, dans les circonstances qui l'ont  
» accompagné et qui sont constatées par l'ins-  
» truction, constitue un procédé qui a dégénéré en  
» oppression et *en scandale public*, et rentre dès-  
» lors dans les cas prévus par l'art. 6 de la loi du  
» 18 germinal an X :

» Article premier. — Il y a abus dans le refus  
» de sépulture catholique fait au comte de Mont-  
» losier. »

La jurisprudence du Conseil d'Etat, en cette  
matière, est d'ailleurs conforme aux règles de

l'Eglise : « Que dit l'Eglise? Qu'elle ne traitera pas comme catholique celui qui ne l'a jamais été, *qui ne l'était pas au moment de sa mort*, qui avait abjuré la foi pour la profession d'une erreur condamnée, ou par des actes contre les lois constantes *et dont la violation équivaut à une apostasie*.— Cette apostasie est-elle suffisante? Non, il faut qu'elle soit *notoire*, qu'elle ne puisse être rendue douteuse par aucune circonstance atténuante, *ita ut*, dit Benoît XIV, *nulla tergiversatione celari possit*. — Cette notoriété suffit-elle? Non encore : il faut *qu'elle existe au moment de la mort*, et qu'avant cet instant suprême il n'y ait eu aucun signe de repentir. Si quelqu'une de ces conditions manque, le prêtre accorde son ministère aux mourants, et ne refuse pas aux morts des prières publiques et solennelles (1).

Après avoir ainsi exposé les règles générales qui doivent présider à l'appréciation du conseil d'Etat, pour l'application de cet article de la loi de Germinal, nous pouvons insister en reproduisant les principaux documents que nous fournit la pratique. Commençons par les cas de refus des sacrements et autres procédés pouvant compromettre l'honneur des citoyens ; nous nous occuperons ensuite plus spécialement des sépultures.

Le conseil d'Etat et la Cour de cassation ont eu à appliquer plusieurs fois le principe que les faits in-

(2) M. Affre, *Traité de l'administration des paroisses*, p. 562.

criminés ont dû avoir été commis dans l'exercice des fonctions ecclésiastiques. Si, par exemple, le délit reproché à un membre du clergé a été commis, non pas dans l'exercice du culte, mais dans l'exercice d'une fonction d'administration ecclésiastique, le prévenu pourra être traduit directement devant le tribunal correctionnel sur la plainte de la partie lésée. On peut citer le cas de diffamation, commis par un membre du clergé, dans les réunions du conseil de fabrique. (1) Dans le même ordre d'idées, le conseil d'Etat a jugé, le 2 mai 1868, que le fait par un desservant d'avoir abusé d'une procuration, ne pourrait, alors même qu'il serait prouvé, être considéré comme un acte commis dans l'exercice du ministère ecclésiastique.

La diffamation en chaire peut aussi donner lieu à l'appel comme d'abus. Nos anciennes ordonnances étaient sévères à cet égard : « Défendons à tous prescheurs de n'user en leurs sermons ni ailleurs, de paroles scandaleuses ou tendantes à exciter le peuple à esmotion, sur peine de la hart. » (2) La diffamation doit être *nominative* pour donner lieu à l'appel comme d'abus. Par décret du 26 décembre 1868, une demande a été repoussée, parce que les paroles diffamatoires ne renfermaient pas d'imputation nominative et directe, et que, d'ailleurs, elles avaient été suivies d'une rétractation publique.

De même, le simple refus du sacrement de la

(1) Rouen, 7 janvier 1848. — Cassation, 8 mai 1869.

(2) Art. 2 de l'édit de 1564.

communion ne saurait motiver un recours au conseil d'État s'il n'est pas accompagné des circonstances qui présenteraient l'un des cas prévus par l'art. 6 de la loi de germinal an X (1).

Enfin, il en est encore ainsi, du cas d'expulsion d'un jeune garçon du catéchisme; du refus de l'admettre à la première communion; de l'injonction de sortir des rangs d'une procession, etc., pourvu que ces diverses mesures ne soient pas motivées de manière à produire du scandale (2).

Nous arrivons maintenant à la questions très grave des sépultures, que nous aurons à envisager sous deux aspects. Il faut d'abord, rechercher les cas dans lesquels les particuliers ont à se plaindre de l'autorité ecclésiastique en ces matières. Il faudra ensuite, dans le chapitre suivant, rechercher à l'inverse les cas dans lesquels l'autorité ecclésiastique aurait à signaler des abus de la part de l'autorité civile.

Nous avons déjà posé plus haut le principe souvent consacré que l'Église est juge de la question de savoir si elle doit ses prières à une personne décédée. Cette question a été longtemps l'objet de vives controverses. Une opinion, conforme au projet de décret du mois de février 1812, et, il faut bien le dire, au texte de l'article 19, du décret du 23 prairial an XII, enseignait que l'Église n'avait pas le droit de refuser ses prières, même à celui qui avait refusé les conso-

(1) 2 mai 1868.

(2) 10 décembre 1868.

lations du prêtre à ses derniers moments. Le conseil d'État, dans l'ordonnance du 20 décembre 1838, relative à M. de Montlosier, fait une distinction entre le refus pur et simple et le refus *arbitraire*, par exemple, dans le cas où le défunt est mort entouré des secours de la religion; et il admet l'appel comme d'abus dans cette dernière hypothèse. Telle n'était pas la disposition de l'article 19 du décret de prairial an XII; il disait formellement : « lorsque le ministre d'un culte, sous quelque prétexte que ce soit, se permettra de refuser son ministère pour l'inhumation d'un corps, l'autorité civile soit d'office, soit sur la réquisition de la famille, commettra un autre ministre du même culte pour y remplir ses fonctions; dans tous les cas, l'autorité civile est chargée de faire porter, présenter, déposer et inhumer les corps. »

Il semble bien résulter de ce texte, que l'autorité civile a le droit de requérir un ministre du culte et que celui-ci doit obéir, puisque l'inhumation religieuse doit avoir lieu quel que soit le prétexte du refus. Donc ce refus persévérant aurait été un cas d'abus, selon ce décret.

Mais on n'a pas tardé à comprendre que vouloir les prières du prêtre pour celui qui n'est pas mort dans le giron de l'Église, et les imposer par la force de l'autorité civile, serait non pas assurer la liberté de chacun, mais entreprendre au contraire sur celle du prêtre dans ce qui se prête le moins à la contrainte,

la prière, qui ne peut être que le libre essor de la créature vers le Créateur.

C'est le prêtre qui, s'il avait obéi, par timidité ou pour ne pas faire de scandale, aux injonctions de l'autorité civile, aurait eu le droit d'arguer d'abus l'acte de celle-ci.

C'est alors qu'on s'est arrêté à la distinction admise par le conseil d'Etat, et par laquelle le décret de Prairial se trouve évidemment méconnu. Cette distinction a été également consacrée par deux circulaires, l'une du ministre des cultes, l'autre du ministre de l'intérieur en date du 15 et du 16 juin 1847.

Se fondant sur l'article 5 de la Charte de 1830 et sur les articles 1 et 12 du Concordat, ainsi que sur l'article 9 de la loi organique du 18 germinal an X, les deux ministres dénie à l'autorité civile le droit de faire ouvrir les portes d'une église, dans le but d'y introduire le corps d'un homme à qui le clergé refuserait la sépulture ecclésiastique. « Si donc le cas de refus de sépulture ecclésiastique prévu par le décret de Prairial venait à se présenter, l'autorité civile, par respect pour le principe de la liberté religieuse et pour la légitime indépendance du culte, devrait s'abstenir de tout acte qui y porterait atteinte comme d'introduire de force le corps du défunt dans le temple et de faire procéder à des cérémonies qui, détournées de leur but, ne seraient plus qu'un acte de violence exercé contre la conscience du prêtre et un scandale. »

Mais, et voici la distinction : « j'ajouterai, dit le Mi-

nistre de l'intérieur, que si le refus de sépulture était inspiré par des sentiments autres que celui du devoir, les familles trouveraient dans les dispositions des articles 6 et suivants de la loi du 18 germinal an X les moyens d'obtenir la répression de tels abus. »

De cette *interprétation*, comme disait le Ministre de la justice, du décret de Prairial an XIII résultent donc en somme les propositions suivantes :

1° Le curé de la paroisse a le droit de refuser la sépulture ecclésiastique ;

2° Tout ministre commis par l'autorité civile, si elle en désignait un à sa place, pourrait refuser également ;

3° L'autorité civile n'a que le droit de faire présenter le corps à la porte de l'Eglise pour constater le refus persévérant de l'ordinaire.

4° Le prêtre est juge des causes de son refus, cependant, il y aurait lieu à l'appel comme d'abus si le refus était arbitraire.

Ces propositions s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux cultes protestant et israélite.

Reste à savoir quand est-ce que le refus sera arbitraire. Ici nous retrouvons le pouvoir souverain du conseil d'Etat juge des appels comme d'abus. Nous avons vu que, pour M. de Montlosier, le refus avait été arbitraire par ce qu'il s'était confessé et avait reçus les derniers sacrements. En sens inverse, par décret du 3 mars 1866, le conseil d'Etat n'a pas admis l'abus dans une hypothèse de refus parce qu'il

n'était point établi que ce refus eût été accompagné de circonstances qui présenteraient l'un des cas d'abus prévus par l'article 6 de la loi de Germinal an X. Nous venons de transcrire les termes mêmes du décret qui ne s'explique pas davantage sur les faits, bien que le requérant eût parlé d'outrages à la mémoire du défunt. Nos recherches ne nous ont pas révélé jusqu'à ce jour d'autres monuments de jurisprudence, et nous ne pouvons mieux terminer sur ce point qu'en citant les paroles suivantes de Bossuet dans une lettre à l'évêque de Saintes du 26 février 1687 : « la présomption de la pénitence étant la plus favorable, c'est celle que l'on doit suivre. En général, j'évite autant que je puis de donner occasion à la justice de sévir contre la mort, parceque je ne vois pas que ce supplice fasse un bon effet. » Ces Conseils du grand évêque ont sans doute été suivis puisque nous avons trouvé très-peu d'exemples, qui aient laissé des traces de refus de sépulture ecclésiastique. C'est plutôt l'hypothèse inverse qui peut aujourd'hui donner lieu à des questions relatives à notre matière, celle où le défunt n'a pas voulu de sépulture ecclésiastique.

Nous n'avons pas à traiter ici les questions délicates que soulèvent les enterrements civils ; il nous suffira de constater que si triste que soit l'exercice de cette liberté, on doit admettre que la volonté exprimée bien formellement, soit au moment de la mort, soit antérieurement, d'être enterré sans l'assistance du ministre de la religion, doit être

suivie (1). Seulement, le temps écoulé depuis la manifestation de la volonté pourra faire soulever la question de savoir si cette volonté a bien persisté chez le défunt.

Supposons qu'un pareil enterrement ait lieu. L'autorité ecclésiastique, par une entente avec l'autorité civile, exige que le corps du défunt soit inhumé dans la partie du cimetière qui n'a pas été bénie. Y a-t-il lieu, de la part de la famille, à l'appel comme d'abus ?

La question ne s'est pas présentée dans la pratique pour notre hypothèse. Mais elle s'est présentée, et elle a été résolue en ce qui touche l'inhumation des personnes n'appartenant pas au culte catholique dans un cimetière, où aucune place spéciale n'avait été réservée aux cultes non catholiques, comme le prescrit l'art. 15 du décret du 23 prairial an XII. Le conseil d'Etat a jugé que le maire seul peut être attaqué pour excès de pouvoir s'il a désigné un lieu affecté à des sépultures considérées comme peu honorables. Le ministre du culte reste ici en dehors, parce que ce n'est pas à lui qu'appartient la police des cimetières. Nous n'avons donc pas à nous occuper davantage de cette délicate question, qui se résout ainsi pour nous par la négative. Tout au plus

(1) Voir sur ce point et sur la validité d'engagements verbaux ou écrits antérieurement à la mort, la loi 27 au Dig. (XXVIII, 7); M Bressolles, journal *Le Monde*, 20 septembre 1872; *Recueil de l'Académie de législation*, lecture de M. Bressolles, t. XXII, p. 459; et les observations qui suivirent cette lecture, p. 543 et suiv.

pouvons-nous ajouter que si la déplorable pratique des enterrements civils venait à s'étendre, il y aurait lieu, pour les maires, à désigner un emplacement particulier pour les personnes ainsi inhumées afin que l'on ne pût pas se plaindre que le défunt a été confondu avec les suppliciés, etc., ou bien il faudrait généraliser l'usage qui existe à Paris : ne pas bénir l'ensemble du cimetière, mais bénir chaque tombe isolément. De cette manière, on éviterait non pas les appels comme d'abus qui sont impossibles, mais les recours au conseil d'Etat contre l'autorité civile pour excès de pouvoir. (1)

#### *Cultes non catholiques.*

Un mot sur les cultes non catholiques. D'après l'art. 6 de la loi organique des cultes protestants, les *entreprises* de juridiction de leurs ministres et les *dissensions* qui s'élèvent entre eux peuvent donner lieu au recours comme d'abus. L'art. 55 de l'ordonnance royale du 25 mai 1844 applique les mêmes dispositions au culte israélite.

#### *Du recours en cas d'abus de la part des fonctionnaires publics.*

L'appel comme d'abus, ayant pour but de réprimer les empiètements du pouvoir ecclésiastique sur

(1) Voir sur tous ces points le décret du 43 mars 1872 de la commission faisant fonction de conseil d'Etat, et les conclusions de M. Aucoc dans une affaire jugée le 8 février 1868.

le pouvoir civil et réciproquement, doit être ouvert en faveur de l'autorité religieuse comme en faveur de l'autorité civile. « L'appel comme d'abus réciproque, disait l'art. 80 de nos libertés, est réciproquement commun aux ecclésiastiques pour la conservation de leur autorité et juridiction : le promoteur ou autre ayant intérêt peut aussi appeler comme d'abus de l'entreprise ou attentat fait par le juge lay, sur ce qui lui appartient. » La loi de Germinal an X, art. 7, consacre ce principe de juste réciprocité. M. Portalis a indiqué les distinctions à faire. Il s'agit des atteintes portées à la liberté du culte par les autorités constituées. Celles qui proviennent des laïques engendrent des délits prévus par les lois pénales. « Quant aux indécences dans les temples, aux coups, aux menaces, et aux autres voies de fait que les particuliers peuvent se permettre, ou contre les ministres ou contre les objets du culte, ce sont des délits qui doivent être punis conformément aux dispositions des lois pénales, correctionnelles ou criminelles. (1)

L'article 7 de la loi de Germinal prévoit deux cas d'abus : *l'atteinte à l'exercice public du culte et l'atteinte à la liberté de ses ministres.*

Porterait atteinte à l'exercice public du culte : l'interdiction des cérémonies religieuses dans des cas autres que ceux prévus par l'art. 45 de la loi organique. (2) Porterait atteinte à la liberté des minis-

(1) Note de M. le président Portalis, rapportée par M. Duvergier.

(2) Arrêt du conseil d'Etat du 1<sup>er</sup> mars 1842.

tres de la religion : toute immixtion d'un fonctionnaire public dans des matières purement disciplinaires et spirituelles.

On trouve peu d'exemples de recours au conseil d'Etat de la part des ministres du culte. Les difficultés qui peuvent survenir à cet égard, se dénouent généralement, dans des transactions ministérielles.

Comme nous nous sommes occupés, dans le chapitre précédent, de l'éventualité d'appel comme d'abus contre les ecclésiastiques à propos des enterrements civils, il nous paraît nécessaire de nous occuper réciproquement ici de pareils appels, qui pourraient être formés par l'autorité ecclésiastique à raison des mêmes enterrements.

Supposons, et le cas n'est malheureusement pas impossible, que des personnes, munies d'un papier émanant du défunt, veuillent le faire enterrer civilement, alors qu'il est mort muni des sacrements de l'Eglise, et que sa veuve demande la présence du prêtre aux obsèques, ou bien supposons que le défunt faisait partie d'une société dont les membres avaient promis de se faire enterrer civilement. Dans ces circonstances, l'épouse, auquel appartient, selon la jurisprudence, un droit prépondérant pour la sépulture de son conjoint décédé, (1) fait appel à l'autorité civile pour que le ministre du culte ne soit pas écarté des obsèques. Mais l'autorité civile, — c'est une hypothèse que nous faisons, — refuse son inter-

(1) Voir notamment un jugement du tribunal de la Seine du 1<sup>er</sup> janvier 1852.

vention et la force reste ainsi aux auteurs de l'enterrement civil. Nous nous demandons si l'autorité ecclésiastique pourrait se pourvoir, par la voie de l'appel comme d'abus, contre l'autorité civile?

Nous ne le pensons pas, quelque reprehensible que serait d'ailleurs l'attitude de l'autorité civile en pareille circonstance; car l'article 6 de la loi de Germinal prévoit toute entreprise *ou tout procédé* qui pourrait dégénérer en oppression etc. Or, ces mots nous paraissent désigner des actes positifs, une *culpa in committendo* et non pas une simple abstention, une *culpa in omittendo*. Sans doute, l'intention du défunt n'est pas ici certaine puisqu'il a reçu les sacrements de l'église: on peut dire qu'il s'est repenti et que ses prétendus engagements antérieurs, ses écrits mêmes, fussent-ils revêtus des formes du testament ou constatés par acte notarié — le cas s'est vu — n'ont aucune valeur; mais il n'en est pas moins vrai que l'autorité civile n'a pas ici commis d'acte. Elle a pu manquer à sa mission de haute police, mais elle s'est bornée à s'abstenir. C'est par d'autres voies que par celle de l'appel comme d'abus qu'on pourra lui demander compte de cette transgression à ses devoirs.

Nous avons enfin à prévoir une autre question très délicate. Supposons que, malgré les protestations de l'autorité ecclésiastique, l'autorité civile ait ordonné l'inhumation en terre sainte d'une personne enterrée civilement, l'autorité ecclésiastique pourra-t-elle se pourvoir par l'appel comme d'abus?

Cette question, pas plus que les autres que nous avons examinées dans ce même ordre d'idées, ne s'est présentée dans la pratique. Quoique l'affirmative paraisse admissible au premier abord, nous ne croyons pas devoir l'adopter. L'autorité civile a seule la police des cimetières d'après le décret de prairial an XII. Sans doute, elle doit respecter les usages, mais c'est par une tolérance contraire au décret précité qu'on admet la bénédiction générale des cimetières. Donc, l'autorité civile ne viole pas la loi en ordonnant l'inhumation dans une partie quelconque du cimetière.

Toutefois, cette décision nous semblerait devoir être écartée, si le cimetière offrait, conformément au décret de prairial an XII, un lieu spécial d'inhumation pour les personnes n'appartenant à aucun culte.

Il nous semble que, dans ce cas, le maire commettrait un excès de pouvoir en ne respectant pas cette division, et en offensant ainsi gratuitement les fidèles de l'un des cultes pratiqués dans la commune. En pareille circonstance, l'autorité ecclésiastique nous paraîtrait fondée, si ses protestations n'avaient pas été écoutées, à provoquer une déclaration d'abus. Nous restreignons ainsi notre solution négative au cas où le cimetière a été béni en entier, comme dans la plupart des communes de France, sauf une portion réservée aux suppliciés, suicidés, enfants morts sans baptême etc.

Nous n'avons pas besoin de faire remarquer en

terminant combien il est triste d'avoir à se préoccuper de semblables questions. Assez de divisions, assez de disputes troublent la vie, selon la parole des Saintes Écritures : *tradidit mundum disputationibus eorum* ; pourquoi faut-il que ces dissensions ne s'effacent pas devant le grand spectacle de la mort et suivent l'homme jusque dans son tombeau !

### CHAPITRE III.

#### DE LA PROCÉDURE A SUIVRE EN MATIÈRE D'ABUS.

##### § 1.

#### *Compétence du conseil d'État.*

Le recours pour abus doit être porté devant le conseil d'État. Avant 1789, on en attribuait la connaissance aux parlements. Composées de conseillers laïques et de conseillers clers, ces assemblées offraient généralement les plus grandes garanties d'impartialité. « Et est encores très remarquable la singulière prudence de nos majeurs, dit Pithou (1), en ce que telles appellations se jugent, non par personnes pures layes seulement, mais par la grand'chambre du Parlement, qui est le licet et le

(1) Art. 84 des libertés.

siège de justice du royaume, composée de nombre égal de personnes tant ecclésiastiques que non ecclésiastiques. »

On s'est demandé souvent s'il ne serait pas préférable de soumettre les questions d'abus aux tribunaux ordinaires. Les partisans de ce système disent qu'il est fondé sur la nature des choses, puisque les cas d'abus intéressent tout à la fois l'ordre public et les droits des citoyens, lesquels sont placés sous l'égide de la magistrature. Aux termes du décret du 25 mars 1813, ajoute-t-on, les cours impériales sont substituées au conseil d'État.

L'art. 5 du décret du 25 mars 1813, il est vrai, donna aux cours impériales la connaissance de l'appel comme d'abus, mais ce décret ne fut jamais mis en vigueur. Rendu pour l'exécution du Concordat de Fontainebleau, il resta comme lui à l'état de lettre morte. D'ailleurs, l'art. 8 de l'ordonnance du 29 juin 1814 conféra aux cours royales le pouvoir de connaître des appels comme d'abus. Le silence gardé par l'ordonnance de réorganisation du 23 août 1815 ne peut donner la vie au décret du 25 mars 1813. Un arrêt de la Cour de Cassation du 28 mars 1828, l'art. 17 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et le règlement du 16 juin 1850 consacrent notre opinion. La jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui fixées sur cette question. Le conseil d'État est le seul juge en la matière.

Un autre point de vue ne doit pas être négligé.

« En administration, nous dit M. Portalis (1), les affaires sont traitées discrètement; dans les tribunaux, elles reçoivent nécessairement une publicité, qui souvent, en matière religieuse, pourrait compromettre la tranquillité; presque toujours cette publicité serait fatale à la religion même. Dans les causes ecclésiastiques, il est des convenances à consulter et des nuances à saisir pour juger raisonnablement; il faut souvent peser les temps et les lieux; il faut pouvoir user d'indulgence et de sévérité suivant les circonstances. »

M. le Ministre de la justice et des cultes reproduisit éloquemment les idées de Portalis à la séance de la Chambre des Pairs du 7 mars 1845. L'institution judiciaire, exclusivement contentieuse, serait préjudiciable aux intérêts de la religion. Donner, enfin, la connaissance des appels comme d'abus aux cours d'appels serait méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire (2).

## § 2.

### *Personnes qui ont le droit de recours. Mode de procéder.*

Le recours pour abus peut être intenté par toute

(1) *Rapport sur les articles organiques.*

(2) Arrêt de Cassation du 25 avril 1827; 18 février 1836; Ordonnance du 27 février 1849.

personne intéressée. L'article 8 de la loi du 18 germinal an X est ainsi conçu : *Le recours compètera à toute personne intéressée.* (1) La loi ajoute : « à défaut de plainte particulière, le recours sera exercé d'office par les préfets. » Aucune réserve n'est faite. Le préfet peut se pourvoir soit dans un cas de délit privé, soit dans un cas d'intérêt général. Exception dans le cas où une loi particulière ne confère l'action qu'à la personne lésée. (2) Le préfet peut aussi poursuivre concurremment avec les personnes intéressées. Malgré le silence de la loi de Germinal, les mêmes pouvoirs sont reconnus au procureur général, « le devoir du procureur général » étant de provoquer la répression de tous les crimes » et délits publics. »

Le conseil d'Etat n'est jamais saisi directement. Un mémoire détaillé et signé est adressé tout d'abord au ministre des cultes. (3) « Cette remise du mémoire » a été instituée comme une sorte de préliminaire » de conciliation, » dit justement M. Batbie (4). Sur le rapport du ministre, la section de législation, justice et affaires étrangères procède à l'instruction par voie non contentieuse. Le conseil d'Etat statue ensuite en assemblée générale. (5)

(1) Voy. Ordonnance 17 août 1825, Loustalot ; déc., 4 mai 1867.

(2) Loi du 26 mars 1829.

(3) Ordonnances du 24 mars 1819 et du 31 juillet 1822.

(4) *Doctrines et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, p. 133.

(5) Art. 43 du décret réglementaire du 30 janvier 1852.

Les textes sont complètement muets sur le point de savoir quel est le délai dans lequel on doit intentionner l'appel comme d'abus, quelle est donc la solution à laquelle il faut s'arrêter ?

Il est certain qu'on ne saurait adopter une opinion tout à fait arbitraire ; et alors, c'est par analogie, avec des situations se rapprochant plus ou moins de l'appel comme d'abus, qu'il faut tenter de donner une réponse.

Naturellement, puisque l'on procède devant le conseil d'Etat, on est amené à appliquer le délai, posé dans le règlement du 22 juillet 1806, qui déclare, dans son article 10, que le recours au Conseil, contre la décision d'une autorité qui y ressortit, ne sera pas recevable après trois mois, à partir du jour où cette décision aura été notifiée. Cette conclusion cependant n'est acceptable ni au point de vue du texte, ni au point de vue de l'esprit de la disposition. D'abord, est-il bien vrai de dire que lorsque un fonctionnaire a commis un acte abusif, il a rendu *une décision* ? Peut-on légalement soutenir que ce fonctionnaire ressortit au conseil d'Etat ? Le conseil d'Etat, dans cette matière, a une juridiction qui s'applique plutôt au fait, à l'abus, à l'excès de pouvoir qu'à la personne même qui accomplit ces actes. D'ailleurs le règlement veut que le délai de trois mois ne commence à courir que du jour de la notification de la *décision*. Or, il y a une foule d'actes abusifs qui ne sont pas *des décisions*, et qui ne sauraient être notifiés.

Mais alors quel délai appliquer ? Car, il est tout à fait impossible d'admettre que les recours pour abus soient imprescriptibles. Faut-il alors se rapporter à la règle générale de l'art. 2262 du Code civil, et admettre seulement la prescription trentenaire ? Logiquement et rigoureusement la vérité juridique serait là. Mais comme le recours pour abus devant le conseil d'Etat a pour but de donner un avertissement, de fixer une règle de conduite, et d'indiquer les actes à éviter, que vaudrait un avertissement qui pourrait se produire après trente ans depuis que l'acte abusif a été accompli ? Si donc on ne peut accepter ni le délai de trois mois, ni celui de trente ans, force nous est d'adopter l'opinion qui nous a été plusieurs fois confirmée par la jurisprudence du conseil d'Etat, et qui consiste à admettre que cette haute juridiction appréciera si le pouvoir est recevable ou non, à cause du temps qui se sera écoulé depuis que l'acte abusif a eu lieu.

Le conseil d'Etat a, en effet, décidé plus d'une fois que l'on pouvait considérer la période écoulée depuis l'acte abusif comme une espèce de renonciation au droit de se pourvoir. Cette opinion paraît arbitraire ; mais il ne faut pas oublier que nous sommes ici tout à fait en dehors des règles du droit commun. Le conseil d'Etat est bien plutôt, en cette matière, un pouvoir disciplinaire qu'un juge proprement dit. Ses décisions sont appelées à agir bien plus sur l'opinion publique que sur une personne déterminée. On a voulu que les recours pour abus

fussent portés devant un tribunal administratif, afin que la décision fut rendue avec plus de latitude, plus de souplesse d'appréciation que si elle l'avait été par les juges ordinaires. Il n'est donc pas étonnant que, même pour le délai du pouvoir, l'on trouve aussi une latitude plus grande que s'il s'agissait de matières ordinaires. (1)

§ 3.

*Décision du conseil d'Etat. — Efficacité de l'appel  
comme d'abus.*

« Le conseil d'Etat, dit M. de Cormenin, emploie dans cette matière, selon les cas, diverses formules de solutions :

- 1<sup>o</sup> Il déclare qu'il y a simplement abus ;
- 2<sup>o</sup> Il déclare l'abus avec suppression de l'écrit abusif ;

(1) Si on pouvait trouver que notre décision laisse trop de marge à l'arbitraire du conseil d'Etat, ou pour mieux dire qu'elle ne résout pas la question, et qu'elle aboutit à une sorte d'aveu d'impuissance, nous répondrons que le droit civil lui-même, dans les matières judiciaires, c'est-à-dire dans des cas beaucoup plus graves que les questions disciplinaires qui nous occupent ici, a quelquefois laissé au juge le soin d'apprécier de semblables questions de délai. Nous nous contenterons de signaler les deux cas suivants : 1<sup>o</sup> l'art. 727, 3<sup>o</sup>, déclare indigne de succéder l'héritier majeur qui instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice. Cet article laisse un juge, dans un cas où l'honneur et la fortune sont en jeu, le soin d'apprécier si l'héritier a laissé passer le temps dans lequel il devait dénoncer le meurtre, car il n'est pas admissible qu'il soit indigne pour ne pas avoir fait sa déclaration le

3° Il déclare l'abus avec injonction au prêtre de s'abstenir du refus des sacrements dans des cas semblables ;

4°-5° Il déclare l'abus, et autorise les poursuites à fins criminelles ; il déclare l'abus, et autorise les poursuites à fins civiles seulement.

Nous ne pensons pas, comme M. de Cormenin, que le conseil d'Etat excède ses pouvoirs en cumulant, dans un dispositif, la déclaration d'abus et le renvoi aux tribunaux. « La déclaration d'abus, dit à ce sujet M. Batbie, (1) est disciplinaire, et il est de principe constant que les peines de cette nature se cumulent avec les peines de droit commun, sans contrarier la maxime *non bis in idem*. L'appréciation des faits au point de vue de la discipline est toute spéciale, toujours plus jalouse, plus susceptible ; en sorte que le juge ordinaire ne saurait se

jour même où il a acquis la conviction que le défunt a péri de mort violente. — 2° L'art. 1442 prescrit à l'époux commun en biens, qui survit à son conjoint, de faire inventaire, et prononce des sanctions très-sévères contre le défaut d'inventaire ; mais il ne dit pas dans quel délai cet inventaire aura dû être fait pour que les sanctions ne soient pas encourues. Il est, d'autre part, impossible d'appliquer ici le délai de trois mois de l'exception dilatoire, car celle-ci n'est relative qu'à la veuve et à son droit d'option, tandis que l'art. 1442 vise tout aussi bien le cas du mari survivant que l'hypothèse inverse ; donc le juge reçoit encore ici de la loi un pouvoir d'appréciation pour la longueur des délais. Pourquoi cela ? Parce qu'il s'agit, dans l'un et l'autre cas, d'une question de bonne foi, du point de savoir si un devoir a été rempli ou méconnu ; n'y a-t-il pas là une analogie saisissante avec notre matière de l'appel comme d'abus ?

(1) *Doctrine et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, p. 438.

considérer comme lié par la décision disciplinaire. D'ailleurs, dans d'autres circonstances, les parties se présentent devant leurs juges avec un semblable préjugé. — Ainsi, en matière criminelle, il peut se faire que le prévenu arrive devant la Cour d'assises après avoir été condamné par le tribunal civil. Sans doute, il est de principe que *le criminel tient le civil en état* ; mais cela n'est vrai que lorsque les deux actions sont simultanées. Est-il jamais tombé en pensée à personne de dire qu'en pareil cas la liberté de la défense n'existe pas et que le prévenu est opprimé ? »

6° Il déclare l'abus, et, admettant l'excuse, n'autorise pas la poursuite ;

7° Il déclare qu'il n'y a pas abus ;

8° Il déclare à la fois qu'il n'y a lieu ni à renvoi devant les tribunaux, ni à prononciation d'abus ;

9° Il écarte le recours, sauf à se pourvoir devant l'autorité supérieure dans la hiérarchie ecclésiastique ;

10° Il déclare l'appel incompétent ou non recevable ;

11° Il déclare l'abus sur un point et pour une personne, et sur un autre point et pour une autre personne, ou qu'il n'y a pas abus, ou qu'il y a lieu à renvoi devant les tribunaux ou devant le supérieur hiérarchique. »

La déclaration d'abus n'entraîne jamais une perte matérielle. Elle exprime un blâme, et fournit à l'offensé une réparation morale du préjudice éprouvé.

« L'appel comme d'abus, disait M. Dupin, le 19 mars 1844, à la Chambre des députés, c'est la discipline du clergé; le prêtre atteint éprouve ce sentiment intérieur du soldat, qui se trouve censuré devant sa compagnie. » Nous ne partageons pas cette opinion. La déclaration d'abus reste le plus souvent impuissante. *Un appel comme d'abus ne peut pas même effleurer mon âme!* écrivait M. le cardinal de Bonald, frappé par le conseil d'Etat. La vie religieuse place le prêtre dans des conditions particulières.

Il faut en tenir compte. Mais de là à l'impunité il y a loin. « Notre grand juge, portait l'art. 6 du décret du 25 mars 1813, présentera un projet de loi pour être discuté en notre conseil, qui déterminera la procédure *et les peines applicables en cette matière.* » Cette loi n'a jamais été rendue, et nous devons désirer une modification des règles existantes sur ce point.

Un jurisconsulte, M. Devilleneuve avait proposé, comme le faisaient les anciens parlements, la saisie du temporel, (1) pour ajouter une sanction plus efficace au blâme émané de l'un des premiers corps de l'État. Cette question pourrait être examinée en législation, et elle soulèverait même, croyons-nous, les doutes les plus sérieux contre l'affirmative; car le traitement du clergé peut être considéré comme l'indemnité de la dépossession de l'Église pendant la révolution. Mais dans l'état actuel de nos lois,

(1) Sirey, année 1838, II, 23.

l'opinion de M. Devilleneuve est restée isolée, et ni le conseil d'Etat, ni aucun autre jurisconsulte n'ont pensé qu'en présence du silence des textes de la matière, il soit possible de corroborer une sentence d'abus par une peine pécuniaire.

---

## POSITIONS.

---

### DROIT ROMAIN.

I. La donation *mortis causa* échappe à l'application de la loi Cincia.

II. La femme *in manu* peut avoir une dot.

III. C'est à celui qui intente l'action négatoire à prouver l'inexistence de la servitude.

---

### CODE CIVIL.

I. L'adjudication à la suite d'une surenchère du dixième après les offres à fin de purge résout la pro-

priété du tiers détenteur, mais il conserve néanmoins les fruits qu'il a perçus durant sa jouissance.

II. Les servitudes continues et apparentes et l'usufruit peuvent être acquis par la prescription de 10 à 20 ans, s'il y a juste titre et bonne foi.

III. Le remploi offert par le mari à la femme ne produit pas les mêmes effets si l'immeuble appartenait auparavant au mari ou à la communauté, ou s'il a été acquis pour être offert en remploi.

IV. L'interdit peut tester, reconnaître un enfant naturel, révoquer un testament, se marier, dans un intervalle lucide ; en un mot faire tous les actes pour lesquels la jouissance des droits ne peut être séparée de l'exercice.

V. Le légataire universel qui n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire, et qui n'est pas en concours avec des héritiers réservataires, doit les dettes et les legs *ultra vires bonorum*.

---

## DROIT COUTUMIER.

I. Le droit germanique est la source du droit coutumier.

II. La plus ancienne rédaction de la loi salique est celle qui se compose de 65 chapitres.

III. Les actions possessoires tirent leur origine du droit germanique, et elles se sont développées sous l'influence du droit romain.

---

### DROIT CRIMINEL.

I. Une personne acquittée pour un fait qualifié crime peut être reprise au correctionnel pour les mêmes faits matériels qualifiés délits ; mais elle ne pourrait être traduite de nouveau en Cour d'assises pour les mêmes faits des quels résulterait un autre crime.

II. L'interdiction légale ne s'applique pas aux condamnés par contumace.

III. L'arrêt de la chambre d'accusation est, pour la cour d'assise, *attributif de juridiction*.

---

### PROCÉDURE.

I. La femme séparée de biens, et non autorisée par son mari, ne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition.

II. Le saisi qui a fait des réparations à l'immeuble, depuis qu'il possède comme sequestre judiciaire, ne peut en défalquer le montant sur les fruits qu'il a perçus.

III. L'absence du saisi n'empêche pas le règlement de l'ordre.

---

### **DROIT ADMINISTRATIF.**

I. Les cultes nouveaux ou non reconnus par l'Etat ont besoin de l'autorisation du gouvernement.

II. L'instruction des appels comme d'abus, en matière de mandements, permet que les évêques inculpés soient préalablement entendus.

III. C'est au Conseil d'Etat à statuer en matière d'appel comme d'abus.

---

### **DROIT COMMERCIAL.**

I. La loi exclut du bénéfice du concordat le banqueroutier frauduleux, dans l'intérêt de la justice répressive.

II. La majorité requise par la loi, pour la formation du concordat, doit être calculée sur tous les créanciers du failli.

III. La qualité de créancier peut seule procurer le droit de surffrage pour la formation du concordat.

*Vu par le président de la thèse,*

**H. ROZY.**

*Vu par le doyen,*

**DUFOUR.**

Vu et permis d'imprimer :

*Pour le Recteur, l'Inspecteur d'Académie délégué,*

**VIDAL-LABLACHE.**

---

Cette thèse sera soutenue, en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

---

- » Les visa exigés par les règlements sont une garantie des
- » principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre
- » public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, article 41), mais non pas des opinions purement juridiques,
- » dont la responsabilité est laissée au candidat.
- » Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui
- » seront adressées sur les autres matières de l'enseignement.

# TABLE DES MATIÈRES.

## Droit Romain.

|   |    |
|---|----|
| PLAINTE D'INOFFICIOSITÉ. . . . .  | 4  |
| CHAP. I. Notions générales sur la <i>Querela inofficiosi testamenti</i> .. . . .                | 5  |
| CHAP. II. Des personnes qui peuvent intenter la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . . . . . | 9  |
| § 1 <i>Querela</i> des descendants. . . . .   | 40 |
| § 2 <i>Querela</i> des ascendants.. . . .   | 42 |
| § 3 <i>Querela</i> des frères et sœurs. . . . .   | 43 |
| CHAP. III. Des conditions exigées pour l'admissibilité de la <i>querela</i> .. . . .            | 45 |
| § 1 Des justes causes d'exhérédation ou d'omission. . . . .                                     | 45 |
| § 2 De l'absence d'un autre recours.. . . .   | 47 |
| § 3 De la légitime. . . . .   | 48 |
| CHAP. IV. Des effets de la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . . . . .                      | 21 |
| § 1 Admission de la <i>querela</i> .. . . .   | 21 |
| § 2 Cas où la <i>querela</i> entraîne une rescision partielle . . . . .                         | 23 |
| § 3 Rejet de la <i>querela</i> .. . . .   | 24 |
| CHAP. V. Modes d'extinction de la <i>querela testamenti inofficiosi</i> .. . . .                | 39 |
| § 1 De la renonciation. . . . .   | 39 |
| § 2 Du délai. . . . .   | 41 |
| § 3 Du décès de l'exhéréhé. . . . .   | 42 |
| CHAP. VI. De la <i>querela inofficiosi testamenti</i> dans le droit des Nouvelles. . . . .      | 43 |
| § 1 Des causes d'exhérédation ou d'omission. . . . .  | 43 |
| § 2 De la quotité de la légitime. . . . .   | 46 |
| § 3 Du titre auquel la légitime doit être laissée. . . . .                                      | 47 |
| § 4 Des innovations quant aux effets de la <i>querela testamenti inofficiosi</i> .. . . .       | 47 |

**Droit français.**

|  |     |
|--|-----|
| DE L'APPEL COMME D'ABUS. . . . .   | 49  |
| CHAP. I. Notions Générales. . . . .  | 49  |
| CHAP. II. Des cas d'abus. . . . .  | 60  |
| § 1 De l'usurpation de pouvoir. . . . .  | 64  |
| § 2 De l'excès de pouvoir. . . . .   | 67  |
| § 3 De la contravention aux lois et règlements de<br>l'État. . . . .   | 74  |
| § 4 De l'infraction des règles consacrées par les<br>canons reçus en France. . . . .   | 84  |
| § 5 Des attentats aux libertés, franchises et coutu-<br>mes de l'Eglise gallicane. . . . .   | 98  |
| § 6 Toute entreprise ou tout procédé qui, dans<br>l'exercice du culte, peut compromettre l'hon-<br>neur des citoyens, troubler arbitrairement<br>leur conscience, dégénérer contre eux en<br>oppression, ou en injure, ou en scandale<br>public. . . . . | 408 |
| CHAP. III. De la procédure à suivre en matière d'abus.   | 127 |
| § 1 Compétence du Conseil d'État. . . . .  | 427 |
| § 2 Personnes qui ont le droit de recours. Mode de<br>procéder. . . . .  | 429 |
| § 3 Décision du Conseil d'État. . . . .  | 433 |