

20871

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

*double*

# DE L'IN JURE CESSIO

EN DROIT ROMAIN

DE LA

JURIDICTION GRACIEUSE DES TRIBUNAUX CIVILS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée à la Faculté de Droit de Toulouse

PAR

**M. L.-Fernand DARROUY**

Avocat.



TOULOUSE

IMPRIMERIE J. PAILHÈS, RUE DES FILATIERS

1877



FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. DUBOIS, Doyen, Professeur de Droit Commercial  
 MOLINIÉ, Professeur de Droit Criminel  
 BRESSOLLES, Professeur de Code Civil  
 MASSOL, Professeur de Droit Romain  
 GINOUHAC, Professeur de Droit Français étudié dans  
 ses origines féodales et coutumières  
 HUB, Professeur de Code Civil  
 HUGUENIN, Professeur de Droit Romain en usage  
 POUILLON, Professeur de Code Civil  
 ROY, Professeur de Droit Administratif  
 BOUTIER, Professeur de Procédure civile  
 ARNAUD, Professeur de Procédure Civile  
 LAURENS, Agrégé, chargé du Cours de Droit Romain  
 PÉRET, Agrégé, chargé d'un cours de Droit Romain  
 CAMPSTRON, Agrégé.

M. Mousset, Secrétaire, Agent Comptable

Président de la Faculté, M. DUBOIS

MM. MASSOL, BRESSOLLES, LAURENS, PÉRET, ARNAUD

Suppléants

La Faculté a l'honneur de désigner les opinions particulières du candidat

## 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.  
GINOUILHAC, Professeur de Droit Français étudié dans  
ses origines féodales et coutumières.  
HUC, Professeur de Code Civil.  
HUMBERT, Professeur de Droit Romain, en congé.  
POBELLE, Professeur de Code Civil.  
ROZY, Professeur de Droit Administratif.  
BONFILS, Professeur de Procédure civile.  
ARNAULT, Professeur d'Economie Politique.  
DELOUME, Agrégé, chargé du Cours de Droit des Gens.  
LAURENS, Agrégé, chargé du Cours de Droit Romain.  
PAGET, Agrégé, chargé d'un cours de Droit Romain.  
CAMPISTRON, Agrégé.

---

M. MOUSSU, Secrétaire, Agent Comptable.

*Président de la Thèse, M. DUFOUR.*

*Suffragants* { MM. MASSOL  
ARNAULT.  
BRESSOLLES.  
LAURENS.  
PAGET.

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

# DROIT ROMAIN

DE L'IN JURE CESSIO

## INTRODUCTION

L'homme a des droits et des obligations, dont la ré-  
sultante compose son patrimoine.  
Ces droits se divisent en droits réels et droits de  
créances :  
Par droit réel on entend un droit absolu, opposable à  
tous, qui permet à son titulaire de retirer, en tout ou en  
partie, profit d'une chose déterminée.  
Le droit de créance est le droit d'exiger une prestation  
d'une personne déterminée.  
A Rome, les droits réels se divisent en deux classes :  
les uns, reconnus par le droit civil, les autres, consacrés  
seulement par le droit prétorien.

# DROIT ROMAIN

---

## DE L'IN JURE CESSIO

---

### INTRODUCTION

L'homme a des droits et des obligations, dont la réunion compose son patrimoine.

Ces droits se divisent en droits réels et droits de créance :

Par droit réel on entend un droit absolu, opposable à tous, qui permet à son titulaire de retirer, en tout ou en partie, profit d'une chose déterminée.

Le droit de créance est le droit d'exiger une prestation d'une personne déterminée.

A Rome, les droits réels se divisaient en deux classes : les uns, reconnus par le droit civil, les autres, consacrés seulement par le droit prétorien.

Le droit de propriété, les servitudes réelles et les servitudes personnelles forment la première classe; dans la seconde, entrent la superficie, l'emphytéose et l'hypothèque.

Tels étaient les droits réels dans le dernier état de la législation romaine; mais l'étude que nous allons faire, nous force à remonter plus haut et à nous placer à l'époque classique.

A cette époque, les modes d'acquisition des droits réels étaient la mancipation, l'*in jure cessio*, l'usucapion, l'adjudication et la loi, comme modes du droit civil; et l'occupation et la tradition, comme modes du droit des gens.

Les droits de créance ne comportaient pas ces modes d'acquisition: il fallait employer la novation ou la *procuratio in rem suam* (1).

Le droit réel le plus parfait, celui dans lequel se résument, pour ainsi dire, tous les autres, et qui leur sert de type, est le droit de propriété.

Nous nous proposons d'étudier un des modes d'acquisition de la propriété romaine, l'*in jure cessio*, mais avant d'arriver à cette étude, quelques observations générales nous ont paru utiles, afin de déterminer le caractère et l'organisation du droit de propriété, tel que les premiers romains le conçurent et l'appliquèrent.

On ne peut, en effet, chercher, dans les législations modernes, un point de comparaison; on ne trouve rien qui puisse donner une idée, même éloignée, du fonde-

(1) Gaius, C. II, § 38.

ment que les anciens paraissent avoir donné au droit de propriété, et des modes d'acquisition de ce droit.

L'idée de la propriété privée n'a pas pénétré chez tous les peuples ; il y a des races qui ne sont jamais parvenues à l'établir chez elles ; d'autres n'y sont arrivées qu'à la longue, et après de pénibles efforts.

Chez les anciens Germains, la terre n'appartenait à personne ; chaque membre de la tribu recevait un lot à cultiver, et ce lot changeait tous les ans ; la récolte appartenait à l'individu ; la terre, non.

Au contraire, dans l'Égypte et dans l'Inde, la propriété foncière, la seule, du reste, dont il s'agisse ici, paraît avoir été individuellement établie dès les temps les plus reculés.

La propriété privée existait-elle chez les premiers romains, ou fut-elle, chez eux, précédée de la propriété publique ?

Les opinions des romanistes sont partagées.

Les uns, d'après le sentiment général de l'antiquité, donnent la priorité d'existence à la propriété publique du sol romain, qui aurait été fondée par le premier roi de Rome, propriété nationale et souveraine.

L'organisation de la propriété individuelle serait due, d'après les mêmes traditions, au second roi de Rome, Numa, qui divisa, entre les citoyens, le territoire conquis par son prédécesseur et assigna des limites à la part de chacun (1).

D'un autre côté, on soutient que les populations de l'Italie, comme celles de la Grèce, ont toujours connu et pratiqué la propriété privée ; d'après cette opinion, le

(1) Plutarque, Numa, § 16, Cicéron, *de re pub.*, 11, § 44 ; Denys d'Halie, II, § 74. Voyez dans ce sens M. Giraud. *La propriété chez les romains.*

partage fait par Numa n'eut lieu qu'à l'égard des terres conquises par Romulus, *agri quos bello Romulus ceperat*.

Quant au sol romain lui-même, il était propriété privée depuis l'origine de la ville, et cette idée de propriété privée doit être recherchée dans la religion.

N'est-ce pas, dit-on, par les croyances religieuses qu'il faut expliquer les institutions des anciens, et n'existe-t-il pas une relation très étroite entre l'état social d'un peuple et les conceptions de l'intelligence humaine ?

Chez les Romains, comme chez tous les peuples de l'antiquité, la religion fut le lien primitif qui les groupa et fit planer sur eux sa mystérieuse influence.

Ainsi, dans la société romaine, trois institutions apparaissent, dès les temps les plus reculés : la religion du foyer, la famille, et le droit de propriété.

Chaque famille avait son foyer et ses ancêtres ; les dieux de la famille n'étaient adorés que par elle ; leur protection ne s'étendait que sur elle.

Le foyer est immuable ; le dieu qui s'y établit, s'y fixe à perpétuelle demeure, son culte, par suite, n'aura pas de durée limitée.

Tant que la famille existera pour entretenir son culte, le dieu ne quittera pas le foyer.

La famille reste donc, par religion, groupée autour du foyer, qui a pris possession du sol, sur lequel il est établi ; le sol et la famille sont étroitement unis, la part de terre que recouvre le foyer est sa propriété, la propriété de la famille.

Cette enceinte est tracée par la religion et devient sacrée.

Un rapport secret, mystérieux existe entre les dieux et le sol ; il est même resserré par le culte des morts, par le tombeau qui a sa place marquée dans l'enceinte plus élar-

gie du foyer, et qui ne saurait l'avoir ailleurs. Les morts, eux aussi, ont pris possession du sol ; on ne peut les déposséder, les déplacer même ; les lois le défendent (1).

L'idée de propriété privée ne naît-elle pas d'elle-même au milieu de ces pratiques religieuses ?

Ne comprend-elle pas d'abord, le foyer, puis le tombeau où reposent les ancêtres, et pourquoi de là ne s'étendrait-elle pas au champ qui entoure leur dernier asile ?

La religion, ne donna pas seulement naissance au droit de propriété privée, mais le protégea aussi, une fois établi. Le champ devait être entouré d'une bande de terre de quelques pieds de large, qui devait rester inculte et sur laquelle, de distance en distance, étaient placées quelques grosses pierres, que l'on nommait des *termes*. Cet espace était imprescriptible et sacré. Plus tard, le Terme devint un Dieu distinct et revêtit le caractère de représentant du culte domestique ; une fois posé suivant les rites, il devait éternellement rester au même endroit.

On comprend alors que le droit de propriété fût établi avec des effets beaucoup plus absolus que dans les législations modernes, où il repose sur d'autres principes. La religion domestique et la propriété étaient indivisibles et immuables. La loi des Douze-Tables, en laissant au tombeau le caractère d'inaliénabilité, laisse croire, qu'avant elle, le champ avait aussi ce caractère.

Plus tard, on a permis de vendre le domaine, mais en observant des formalités religieuses, au moyen de la

(1) A Rome, pour qu'une sépulture fût déplacée, il fallait l'autorisation des pontifes. Pline, *Lettres*, X, 73.

*mancipation*, en présence d'un personnage appelé *libripens*, qui, sans nul doute, était un prêtre.

L'autorité publique, qui n'était autre alors que l'autorité religieuse, intervenait nécessairement. Comme conséquence de ces idées, l'homme, sauf pour le cas de confiscation, à la suite de l'arrêt d'exil, ne pouvait être dépouillé de sa terre. Lorsqu'il était frappé d'exil, n'étant plus citoyen, il ne pouvait exercer aucun droit sur le sol de la cité. D'après la loi des Douze-Tables, le débiteur poursuivi n'était pas privé de sa propriété; il était réduit en servitude. Son corps, son travail, les fruits de sa terre répondaient de sa dette, mais la terre elle-même restait libre (1).

Que l'on fasse découler la propriété privée, chez les Romains, de la propriété publique concentrée dans la main du souverain, ou bien qu'on la prétende originellement établie sous l'empire des idées religieuses, on est forcé de reconnaître, dans le premier cas comme dans le second, sa dépendance d'un pouvoir supérieur, public ou sacré, ou plus généralement du pouvoir social.

Aussi, allons nous voir, en examinant les modes d'acquérir la propriété, le pouvoir social intervenir par ses divers représentants, suivant l'époque à laquelle on se place.

Dans la cité primitive, les Romains ne reconnaissaient qu'une sorte de propriété; le citoyen était seul capable de l'acquérir. Quant à l'étranger (ce nom était alors synonyme d'ennemi), il ne pouvait y prétendre; c'était la conséquence de l'organisation du droit de propriété.

Il y a plus, cette propriété ne pouvait être transportée

(1) Voyez la *Cité Antique*, par M. Fustel de Coulanges, p. 62 et suiv., où cette explication est développée.

d'un citoyen à un autre qu'au moyen de certains faits limités et établis par la loi. Le domaine était un, le domaine selon la loi, le domaine civil.

Telle était la propriété à l'époque de la loi des Douze-Tables.

Il ne pouvait exister alors que des moyens propres à acquérir cette propriété romaine par excellence.

Mais une distinction devait plus tard détruire l'unité du domaine quiritaire, amenée par le temps et les progrès de la civilisation pour adoucir les rigueurs du vieux droit.

Ainsi, le domaine romain était acquis lorsqu'on s'était servi pour le transférer des moyens reconnus par le droit civil; en dehors de ces moyens, l'acquisition en était impossible. On admit alors que si le moyen employé n'était pas au nombre de ceux reconnus par le droit civil, l'acquéreur obtiendrait non pas le domaine civil, mais un droit de propriété secondaire, se soutenant par la protection du Préteur qui l'avait imaginé (1). Le propriétaire avait dans ce cas, la chose acquise, dans ses biens (*in bonis habebat*), mais la propriété véritable, quiritaire, restait, selon le droit strict, à celui qui gardait le domaine romain : à lui seul le droit de disposer et de vendre.

Nous ne nous occuperons pas des moyens d'acquérir cette deuxième sorte de propriété; l'acquisition du domaine romain doit seule ici attirer notre attention. Il est inutile d'ajouter que nous nous attacherons seulement aux moyens d'acquérir la propriété à titre particulier; l'acquisition à titre universel (*per universitatem*) n'étant pas spéciale à la propriété.

(1) Voyez la Cité Antiquaire, par M. Fustel de Coulanges, p. 63 et suiv. où cette explication est développée.

(1) Gaius 2, § 40.

Les moyens civils d'acquérir la propriété, à l'époque classique, sont au nombre de cinq : la mancipation, l'usucapion, la cession *in jure*, l'adjudication et la loi.

*De la mancipation* (MANCIPATIO). — Cet acte, appelé *mancipium*, sous la législation des Douze-Tables, est une aliénation solennelle *venditio per aes et libram* qui ne pouvait se faire qu'entre citoyens romains, devant des témoins citoyens, avec une balance, un lingot de métal, et en prononçant des paroles consacrées (*certa verba*).

Gaius et Ulpien la décrivent de la manière suivante : Huit personnes sont en scène, l'aliénateur (*mancipans*), l'acquéreur (*accipiens* ou *emptor*), un porte-balance (*libripens*), et cinq témoins, tous pubères et citoyens. L'acquéreur touchant la chose, prononce une formule par laquelle il affirme l'existence actuelle du droit qu'il veut acquérir, puis il frappe la balance avec le lingot de métal qu'il remet à l'aliénateur, sous forme de prix. Ce dernier n'a aucune parole à prononcer ; son silence, accompagné de la réception de ce prix fictif, ratifie la prétention de l'acquéreur. Les cinq témoins ont un rôle purement passif (1).

Telle était la mancipation à l'époque classique ; mais pour rendre intelligible la mise en scène qu'elle exigeait, il faut évidemment remonter plus haut, et se reporter aux premiers temps de la cité romaine.

Alors, sans doute, le métal se mesurait au poids et ne figurait pas seulement pour la forme (2). A quoi du reste eût servi la balance et quel eût été le rôle du *libripens*, qui, à l'époque classique, paraît assez inutile ?

(1) Gaius I. §§ 119 et 121 ; Ulp. XIX, §§ 3 et 6.

(2) Pline, Hist. nat., liv. 33, ch. 3.

Le caractère des personnages doit être soigneusement recherché :

Il existe des raisons sérieuses de penser que, primitivement le *libripens*, était un prêtre (1), ou tout au moins un représentant du pouvoir social, si intimément lié, nous l'avons vu, à l'organisation de la propriété privée.

Les témoins ne devaient pas uniquement assister à la solennité de la mancipation dans le but de prouver, en cas de contestation, l'accomplissement des formalités légales, comme cela paraît être leur mission dans le droit classique. On a pensé, d'après d'anciens écrits, qu'ils représentaient primitivement les cinq classes du peuple (2); c'est pourquoi on les appelait *classici testes* (3).

Nous savons, en effet, que, dans les premiers temps de Rome, la transmission de la propriété, d'abord interdite, d'après quelques auteurs, ne fut plus tard permise que sous la condition de certaines formalités religieuses ou civiles, dans lesquelles apparaissait le pouvoir social, comme le créateur ou le dispensateur du droit de propriété.

De plus, la mancipation ne s'appliquait pas à toute espèce de choses, mais seulement aux *res Mancipi* (4), c'est-à-dire aux choses que les Romains considéraient comme les plus précieuses. Il en résulte que les formes de l'aliénation des *res Mancipi* devaient revêtir un caractère plus solennel que pour tout autre aliénation.

On comprend aussi que les formalités de la mancipation, issues des anciennes pratiques religieuses, ne pou-

(1) Varron de ling. lat. V, § 183, p. 71. Muller; *Cic. de legibus* 11, §§ 20 et 21, t. 3, p. 154, d'Olivet. — Tertullien, lib. 2, *Advers. marcionem*, cap. 6.

(2) *Festus*, v<sup>o</sup> *nuncupata*.

(3) Aul. Gell., XV, 27, § 3.

(4) Ulp., XIX, § 3.

vaient s'accomplir qu'en présence d'un prêtre, dans les temps les plus reculés de la société romaine, car alors la religion dominait.

La volonté des parties, dans la mancipation comme dans l'*in jure cessio*, l'*adjudication* et la *lex*, que nous allons examiner à leur tour, ne suffisait pas pour transférer la propriété. Il fallait, à part les formes solennelles et publiques, comme l'agrément d'un pouvoir supérieur, religieux, civil ou judiciaire, suivant les temps ; il fallait que la société elle-même autorisât par la présence de son délégué le changement qui allait s'opérer dans son sein, et cela, parce que la propriété privée était une émanation du souverain.

De l'*in jure cessio*. — La part qui revient au pouvoir social dans les divers modes civils d'acquisition de la propriété romaine va apparaître encore plus évidente dans l'*in jure cessio*. Ce mode était une application d'une action de la loi (l'action *per sacramentum*) relative à la poursuite soit des obligations, soit du droit de propriété. Seulement, au lieu d'être réel, comme dans l'action *per sacramentum*, le procès était purement fictif. La fiction consistait lorsqu'on voulait transférer à quelqu'un une chose ou un droit réel qu'il n'avait pas, à simuler de la part de ce dernier, devant le magistrat (*in jure*), une réclamation de ce droit. Le cédant ne contredisait point, et alors le magistrat, en présence de son adhésion silencieuse, mais significative, déclarait cette chose ou ce droit la propriété du revendiquant. La déclaration du magistrat se nommait *addictio*.

La propriété était ainsi attribuée par suite de l'adhésion du magistrat à la prétention qui s'élevait devant lui. Mais cette puissance de la déclaration du magistrat, sur quoi

reposait-elle ? Quel était son fondement ? C'était la puissance publique elle-même qui lui servait de base et dont elle était une délégation.

On sait, en effet, que, dans les premiers temps de Rome, le pouvoir judiciaire représentait la société et se confondait avec elle. Donc, le magistrat qui figurait dans l'*in jure cessio* intervenait au nom de la société, de l'autorité publique, pour sanctionner le transfert de propriété.

*De l'adjudicatio.* — Dans l'*in jure cessio*, nous étions en présence du magistrat ; ici, nous sommes devant le juge (*in judicio*). Ce mode d'acquisition paraît avoir existé sous la législation des Douze-Tables, mais on ignore la dénomination qu'il portait alors (1). Nous le prenons tel qu'il était, au temps de Gaius et d'Ulpien, à l'époque où la procédure formulaire était en vigueur. Il s'agit donc ici d'un juge nommé aux parties par le magistrat et investi de ses pouvoirs par la formule. Trois formules lui conféraient la faculté d'adjuger, c'est-à-dire d'attribuer la propriété : celles pour le partage d'une hérédité (*per formulam familiæ erciscundæ*) ; pour le partage d'une chose commune (*per formulam communi dividundo*) ; pour la fixation des limites (*per formulam finium regundorum*). Ce moyen d'acquérir le domaine romain est, comme l'*in jure cessio*, commun tant aux choses *mancipi* qu'aux choses *nec mancipi* (2).

L'attribution de la propriété qui résulte de l'adjudication repose, comme dans l'*in jure cessio*, et par transmission, sur la puissance publique. Le magistrat représentant du pouvoir judiciaire, lequel émanait lui-même du

(1) D. 10, 2, 1 f. Gaius. — Festus, verb. *Erciscundæ*, pour les cohéritiers. — Cic., de leg., 4, 21.

(2) Ulp., reg., 19, 16.

pouvoir social, déluguait au juge le pouvoir d'adjudger. Le juge, en effet, simple citoyen, ne pouvait rien sans la délégation spéciale qu'il recevait du magistrat; nous avons donc raison de dire que la société intervenait encore dans ce mode d'acquisition du droit civil pour autoriser l'attribution, le déplacement de la propriété.

Mais nous ferons observer que l'adjudication étant purement l'œuvre du juge, celui-ci, au nom de la puissance publique dont il était le délégué, imposait sa volonté. Cet acte juridique ne suppose donc pas le consentement des parties. Il en était différemment dans l'*in jure cessio*, où le magistrat ne faisait que déclarer et sanctionner la volonté des contractants.

*De l'acquisition lege.* — Le domaine romain était encore acquis *lege*, par la loi. Les juriconsultes comprennent sous la dénomination générale de *lex* tous les cas où la cause de l'acquisition n'a pas été classée comme mode d'acquérir distinct; et où, cependant, elle est expressément reconnue par une loi ou un acte législatif équivalent. Ulpien donne pour exemples : le legs *per vindicationem*, en vertu de la loi des Douze Tables, et le *caducum*, c'est-à-dire, cette partie de la libéralité testamentaire, qui, étant faite à une personne non mariée ou sans enfants, en vertu de la loi *Papia Poppæa*, devenait caduque et pouvait être revendiquée par les autres héritiers ou légataires qui avaient des enfants. Il cite encore l'*ereptorium*, ou libéralité testamentaire qui est enlevée, pour cause d'indignité, à celui à qui elle était faite, et attribuée par la loi, soit à une autre personne, soit au *fisc* (1).

A ces causes d'acquisition *lege*, il faut ajouter le trésor

(1) Ulp., *reg.*, XIX, § 17.

qui, sous le droit des constitutions impériales, pouvait s'acquérir en vertu de la loi.

Ici, la part du pouvoir social dans l'attribution de la propriété, apparaît d'elle-même; l'attribution émane du pouvoir législatif et est en quelque sorte commandée par lui.

Tels sont les quatre modes civils d'acquisition de la propriété romaine, dans lesquels intervient la puissance publique. Cela ne surprend pas quand on connaît l'organisation primitive de la propriété privée.

Pour ceux qui pensent que le droit de propriété privée a pris naissance dans les idées religieuses des temps anciens, cette intervention est un vestige des formes exigées pour la transmission du sol romain, transmission à laquelle présidaient les pontifes.

Quant à ceux qui placent l'existence de la propriété publique avant celle de la propriété privée, l'Etat est dans son rôle, en surveillant par ses représentants, ou en prescrivant lui-même les changements qui s'opèrent dans la propriété. Pour eux, en effet, la propriété, à son origine, ne fut qu'une concession de l'Etat.

C'est ainsi que, dans le même ordre d'idées, avant que la liberté du testateur eût été consacrée par la loi des Douze-Tables, le testament se faisait *calatis comitiis*, c'est-à-dire, devant les comices par curies, et en présence des pontifes. Voilà, encore, la conséquence de la concession de la propriété par l'Etat; mais, de plus, comme il s'agissait ici de la transmission d'un patrimoine et d'un culte, les pontifes étaient chargés, dans un intérêt public, de régler et de surveiller les *sacra privata*.

Si on se demande, maintenant, quel était le but des formes solennelles employées dans les divers actes du droit civil, on est amené à penser que l'établissement

du droit de propriété devant se faire sous la garantie de l'autorité publique, il était nécessaire que son intervention fût publiquement constatée. La publicité était encore indispensable pour fonder ou faciliter la preuve du droit acquis, surtout si on se place à une époque et chez un peuple où l'état social ne permet pas d'organiser un système de preuve écrite et où il faut s'adresser à l'esprit par des actes extérieurs et sensibles.

Aussi, voit-on que la propriété du sol italique ne pouvait résulter que d'une *mancipatio*, faite en présence des *classici testes*, ou d'une *cessio in jure*, consentie devant un magistrat, ou d'une *usucapio*, résultant d'une possession publique, ou enfin d'un testament fait *calatis comitiis, in procinctu*, ou *per aes et libram*.

Les formes symboliques n'étaient donc que le résultat d'une nécessité sociale.

*De l'usucapion.* — Nous avons encore à dire un mot du cinquième moyen civil d'acquérir, de celui que les Douzes-Tables désignent sous le nom de *usus auctoritas* (l'usage afin d'acquérir) et qui, dans le droit classique, se nomme *usucapio*. C'est le seul des modes solennels qui ne suppose pas la participation du pouvoir social. L'usucapion, en effet, fut introduite par le droit civil lui-même pour servir de correctif à sa propre rigueur et dans un intérêt d'ordre public pour prévenir l'incertitude dans l'état de la propriété (1). Elle supposait, déjà acquise, ou la propriété incomplète que l'on nomme bonitaire ou prétorienne, ou la possession. Elle avait lieu dans deux cas : 1° le premier, commun aux choses *mancipi et nec mancipi*, lorsque, de bonne foi, on avait reçu une chose

(1) Gaius, II, § 44.

de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire ; on n'avait alors reçu que la possession de cette chose ; mais, après le temps exigé pour l'usucapion, le domaine romain était acquis ; le second, spécial aux choses *mancipi*, lorsqu'on avait reçu une de ces choses par la simple tradition, sans l'intervention d'aucun mode légitime d'acquérir. On n'avait alors acquis que la propriété bonitaire, mais l'usucapion, après le temps voulu, la transformait en propriété quiritaire.

Le temps exigé était d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles. Il fallait aussi que la possession reposât sur une *justa causa* et qu'elle eût commencé de bonne foi.

L'usucapion ne s'appliquait pas aux immeubles des provinces, car ces immeubles ne jouissaient pas du droit civil et ne pouvaient s'acquérir en propriété ; mais les présidents accordèrent, dans leurs édits, après une possession de dix ou vingt ans, une *præscriptio longi temporis*, moyen de repousser l'action du propriétaire.

A l'époque de Justinien, plus de différence entre le sol italique et le sol provincial ; tous les deux participent au même droit. Aussi ce prince créa-t-il un droit nouveau dans lequel furent fondues l'usucapion et la *præscriptio longi temporis* (1).

A côté des moyens civils d'acquisition de la propriété, à l'époque classique, se placent deux autres modes que Gaius désigne sous le nom de modes du droit des gens, l'occupation et la tradition. Tandis que ceux du droit civil que nous venons d'examiner n'étaient accessibles qu'aux citoyens romains, aux Latins et à ceux des pérégrins qui jouissaient du *jus commercii*,

(1) V. *Inst.*, lib. II, tit. VI, *De usucap.*

l'usage de ces deux derniers était permis à tout le monde, étrangers ou citoyens.

Il n'entre pas dans le plan de notre travail d'étudier ces modes d'acquisition.

Après les observations préliminaires que nous venons de faire sur la manière d'acquérir la propriété selon le droit civil, nous arrivons à l'étude spéciale de l'un des modes énumérés, l'*in jure cessio*.

Nous exposerons, dans un premier chapitre, l'origine, le caractère et les formes de cet acte juridique, ainsi que la sphère dans laquelle s'exerçait son action.

Le chapitre deuxième comprendra l'étude des effets de l'*in jure cessio*, appliquée à la transmission des servitudes prédiales, de l'usufruit, de la tutelle, de l'hérédité, à la dation de la liberté, et, spécialement, l'examen de la question de savoir si ces effets sont indivisibles, comme nous le pensons, ou divisibles, comme on l'a prétendu. Nous terminerons par quelques considérations sur les causes qui durent faire disparaître l'*in jure cessio* de la scène juridique.

## CHAPITRE PREMIER

### SECTION I. — **Origine, Caractère, Formes de l'*in jure cessio*.**

L'*in jure cessio*, appartenait à la juridiction gracieuse du Préteur romain. Le caractère de cette juridiction ne pouvant être contesté, il serait superflu de démontrer que les romains ont soigneusement distingué la juridiction volontaire ou gracieuse de la juridiction contentieuse. Du reste, en nous occupant, dans la deuxième partie de notre travail, de la même distinction, en droit français, nous rappellerons les textes romains, qui ne laissent subsister aucun doute à cet égard.

De tous les actes gracieux, l'*in jure cessio*, fut certainement, à Rome, le plus important et celui qui se plia avec le plus de souplesse aux nécessités de la vie juridique.

C'était, nous l'avons déjà dit, un mode d'acquiescer du droit civil romain. Pour l'étudier, nous aurons à remonter jusqu'aux sources des institutions les plus anciennes, à dépouiller les actes juridiques des formes grossières dont ils furent d'abord revêtus, de ces formes qu'on a reprochées au droit romain, et qui ne sont que le signe caractéristique, la manifestation première de toute législation naissante.

Nous n'avons pas la prétention de relever le reproche

de formalisme souvent adressé au droit romain, d'autres, avant nous, et des plus autorisés, ont pris soin de le faire. Nous ne voulons que nous associer, en passant, à ces protestations éclairées et justes, et témoigner surtout de notre admiration pour les institutions d'un peuple, qui porta au plus haut degré l'esprit juridique, et légua aux générations de l'avenir des monuments impérissables, sans lesquels, peut-être, les législations modernes se débattraient, encore dans l'enfance, à la recherche de solutions, qui font, depuis longtemps, partie du patrimoine de la science.

Nous tenons pour certain que, loin d'avoir sacrifié le fond à la forme, le vieux droit des Quirites, tout en obéissant à cette loi fatale du progrès, qui règle les institutions d'un peuple sur son état de civilisation, s'est surtout fondé sur la nature des choses, qui faisaient l'objet des actes juridiques.

L'*in jure cessio* existait avant la loi des Douze Tables : *Et mancipationem et in jure cessionem*, dit Paul, *lex XII tabularum confirmat*. C'était une application fictive des formes de l'ancienne action de la loi *Sacramenti*, relatives à la vindication (*vindicatio*) d'une chose ou d'un droit réel.

Cette application permit, comme nous le verrons, d'arriver à des résultats divers que le droit civil primitif n'autorisait pas, ou qu'il soumettait à des conditions plus difficiles.

L'*in jure cessio* s'analysait en un abandon (*cessio*) fait devant le magistrat (*in jure*).

De ce que le défendeur se retire devant la prétention du demandeur, ne la contredit pas ou garde le silence, il est facile de voir que l'*in jure cessio* n'avait ni le caractère ni le but d'un procès sérieux et appartenait à cette sorte

d'instance que nous appelons de nos jours la juridiction gracieuse. De là, des conséquences que les textes nous indiquent et que nous signalerons plus loin, en traitant des divers cas d'application de l'*in jure cessio*.

Nous ferons remarquer cependant que le magistrat n'adjudge pas, n'attribue par lui-même aucun droit, dans l'*in jure cessio*, mais seulement fait une déclaration (*addicit*), à côté de celle du véritable propriétaire, dont il reconnaît la qualité. Il ne fait qu'imprimer la sanction de son autorité à un arrangement déjà conclu, en d'autres termes, que donner l'authenticité à la convention des parties. L'*in jure cessio* rentre, par conséquent, dans la troisième partie de l'*officium prætoris* résumé dans la célèbre formule classique : *do, dico, addico* (1).

La nature de cette *addictio* se révèle encore dans les cas où elle intervenait, par exemple, dans les ventes de biens publics (*bonorum sectiones, auctiones, subhastationes*); dans l'*emptio sub coronâ*, ou vente aux enchères publiques du butin fait à la guerre. Ainsi, la vente ayant lieu aux enchères, le magistrat ne faisait qu'accepter et approuver les offres les plus élevées, qui, dès l'*addictio* prononcée, devenaient définitives. Nous ne pensons pas que, dans ces ventes, la propriété fût transférée *ipso jure*, sans tradition de la chose vendue. Si dans l'*in jure cessio*, le revendiquant acquiert la propriété *ipso jure*, cela s'explique par l'origine de ce procédé.

L'*in jure cessio*, en effet, découlait et était une application de ce principe que, dans tout procès, l'aveu fait par l'une des parties, devant le magistrat, est tenu pour vrai et revêt l'autorité de la chose jugée : *confessus in jure pro judicato habetur*. Cela explique comment, partant d'un

(1) Macrobe, sat., I, 46.

principe éloigné, l'esprit juridique romain, avec cette souplesse ingénieuse qui le caractérisa, plia les formes primitives de la *legis actio* au transfert de la propriété. On voit, en effet, que l'*in jure cessio* n'est que l'image de la revendication, telle qu'on la pratiquait sous le système des actions de la loi. Gaius nous en donne la description détaillée : trois personnes figurent dans ce procès simulé, l'acquéreur, *is qui vindicat*, le propriétaire aliénateur, *is qui cedit*, enfin le magistrat (*magistratus populi romani, velut prætor, vel præses provinciæ*) (1).

L'acquéreur, *rem tenens*, comme dans l'action en revendication, prononce la formule suivante : *Hanc ego rem ex jure quiritium meam esse aio*. C'est ici que le procès perd tout caractère contentieux ; car, s'il était sérieux, le propriétaire contesterait l'affirmation du demandeur, répondrait par une formule semblable à la sienne, et le magistrat, mettant fin à la première partie de l'instance (*in jure*) renverrait (*in judicium*), les parties devant un juge. Mais les choses se passent différemment : après la revendication du demandeur, dit Gaius, le magistrat, s'adressant à l'aliénateur lui demande s'il ne revendique lui aussi, *an contra vindicet* ; celui-ci, répondant négativement, ou même gardant le silence, fait, par suite, un aveu exprès ou tacite, qui a pour résultat de faire regarder comme véritable propriétaire le revendiquant.

Dès lors, le magistrat, par une *addictio* conforme à l'affirmation du demandeur, consacre définitivement son droit.

Maintenant que le rouage de cette procédure, en apparence bizarre, mais, au fond, rationnelle, nous est connu, il importe d'étudier la sphère d'action dans laquelle s'exerce ce mode de transfert de la propriété.

(1) Gaius, C. II, § 24.

Puisque l'*in jure cessio*, n'est que la fiction de l'action en revendication, la sphère d'action de l'*in jure cessio* sera la même que celle de cette action.

Ulpien nous apprend d'abord que l'*in jure cessio* s'appliquait à la fois à l'aliénation des choses *mancipi* et *nec Mancipi* (1). Pourquoi cette double application ? La raison est bien simple, la voici : la propriété quiritaire, acquise par la mancipation d'une chose *mancipi*, de même que celle acquise par la tradition d'une chose *nec Mancipi* permettait au propriétaire d'exercer, par voie de suite, l'action en revendication ; il était donc naturel que l'*in jure cessio*, fiction de la revendication, s'appliquât à transférer la propriété de ces deux sortes de choses.

En second lieu, la revendication pouvait s'exercer sur certains droits réels : l'usufruit, les servitudes prédiales ; donc, ces droits pourront faire l'objet de l'*in jure cessio*.

Par suite de la même idée, il est facile de connaître les cas de non application de l'*in jure cessio* ; ainsi, les fonds provinciaux n'étant pas susceptibles de *dominium ex jure Quiritium* et ne pouvant par conséquent être revendiqués, échapperont à son action. Enfin les droits de créance exigeant, d'après les idées romaines, des modes particuliers de transfert et ne pouvant se prêter aux formes ordinaires de l'aliénation, ne peuvent être transmis par l'*in jure cessio*. C'est ce qui résulte du § 38 du commentaire II de Gaius.

La transmission de ces droits s'opérait au moyen de la *procuratio in rem suam*. Voici ce qui avait été imaginé : Le créancier choisissait un mandataire pour recevoir le paiement. Il le pouvait inconspicueusement. Que le débiteur, en effet, se libérât directement en payant entre les

(1) Ulp., XIX, § 9.

(1) Gaius, C. II, § 38.

main du créancier ou celles du mandataire nommé par lui, peu lui importait.

Lorsque le paiement avait été effectué, il intervenait alors un arrangement entre le créancier et son mandataire, par lequel celui-ci était dispensé de rendre compte, car il avait déjà payé au créancier le prix de sa créance.

Sous le système des actions de la loi, la représentation dans l'exercice des actions était impossible. (L. 123, pr. Dig. 50, 17). La cession ne pouvait s'opérer que par le moyen indiqué par Gaius, C. II, § 38, une novation par changement de créancier.

C'est sous le système formulaire que fut admise la *procuratio in rem suam* : le *procurator ad litem* intentait l'action au moyen de la formule rutilienne, introduite par le préteur Rutilius, au profit du *bonorum emptor* (Gaius, IV, § 35), c'est-à-dire que l'*intentio* de la formule était rédigée au nom du mandant, du cédant, tandis que la *condemnatio* était rédigée au nom du *procurator*, du cessionnaire (Gaius IV, §§ 86 et 87).

Sous les constitutions impériales, les actions utiles vinrent perfectionner ce procédé, et on permit au cessionnaire d'agir directement contre le débiteur.

C'est ce dernier état du droit romain qui est passé, en principe, dans les législations modernes.

De tous les modes de transfert de la propriété, l'*in jure cessio* est évidemment le plus large, mais il n'était pas pour cela plus fréquemment employé que les autres. Pourquoi cela ? Gaius nous en donne la raison (1), raison toute de commodité, d'économie de temps et nullement fondée sur un intérêt juridique : pour l'aliénation des choses *mancipi*, on se servait de préférence de la

(1) Gaius, II, § 25.

mancipation, quoiqu'on eût pu user de l'*in jure cessio*, parce que ce dernier mode obligeait les parties à se présenter devant le prêteur ou le président de la province, dont la présence était, comme nous l'avons vu, indispensable. De là, des déplacements, une perte de temps, que les parties évitaient en se servant de la mancipation. Dans le même ordre d'idées, il est probable que pour les *res nec mancipi*, la tradition, n'exigeant aucune solennité, aucune forme, devait à cause de sa simplicité faire négliger l'emploi compliqué de l'*in jure cessio*.

De quelles modalités l'*in jure cessio* était-elle susceptible? Pour répondre à cette question, il suffit de se rappeler que la formule prononcée par le revendiquant contient l'affirmation d'un droit déjà né, parfait, et que ce droit ne peut, par conséquent être soumis à l'influence d'un terme ou d'une condition. Le prêteur reconnaissait, par son *adlectio*, l'existence du droit invoqué, et cette reconnaissance en consacrait l'actualité. Cependant l'impossibilité d'affecter l'*in jure cessio* d'un terme ou d'une condition ne doit s'entendre que d'un terme ou d'une condition expressément convenus, car si les *actus legitimi*, comme les actes solennels dans notre droit, ne souffraient pas l'adjonction de modalités qui eussent mis obstacle à la publicité im médiate et parfaite formant l'élément essentiel de leur constitution, (1) ces mêmes actes pouvaient recevoir un terme ou une condition tacites; toutefois leur effet ne se produisait que *inter partes*. De là, la maxime bien connue : *Expressa nocent; non expressa non nocent*.

On a essayé cependant de battre en brèche (2) ce prin-

(1) *De diver. reg. jur.*, D., lib. 47, I, l. 77.

(2) Machelard, Textes, p. 484, note 75.

cipe basé autant sur le caractère de ces actes que sur la nature des droits qu'ils ont pour objet de régler. N'est-il pas, en effet, possible d'argumenter, pour soutenir la possibilité d'adjoindre une modalité, du § 50 des Frag. Vatic. ?

Mais il n'est question, dans ce paragraphe, de l'*in jure cessio* qu'accidentellement, on ne s'y occupe pas des modalités dont l'*in jure cessio* ou la *mancipatio* seraient susceptibles ; nous pensons que la controverse rapportée par le jurisconsulte Paul, a trait à la question de savoir si la condition ou le terme peuvent être apposés à la *deductio ususfructus* faite, soit dans la *mancipatio*, soit dans l'*in jure cessio*, et non à ces deux modes d'aliénation (1).

Le droit de propriété ne peut-être transféré *ad tempus* (Frag. Vatic. § 28<sup>3</sup>) : Ce principe, déduit de la notion la plus rationnelle du droit de propriété, et accepté à l'origine par les jurisconsultes romains comme l'expression la plus exacte de l'essence de ce droit, ce principe, disons-nous, s'applique forcément aux droits réels, qui, eux aussi, ne pourront être constitués *ad tempus* ; les servitudes suivront cette loi, et si l'usufruit s'en écarte, c'est qu'il est de l'essence de l'usufruit d'être temporaire.

Donc, d'un côté, le caractère de l'*in jure cessio* excluant tout terme et toute condition, de l'autre, la nature des droits réels, l'usufruit excepté, repoussant la limitation du temps, il est facile de conclure que les droits qui tomberont dans la sphère d'action de l'*in jure cessio*, ne peuvent être que des droits actuels, et seront transmissibles purement et simplement, sans aucune restriction de condition ou terme.

(1) Dans ce sens, v. M. Pellat, *Propriété et usufruit*, p. 55, note 1.

SECTION II. — Cas d'application de l'*in jure cessio*.

Les cas d'application de l'*in jure cessio* sont nombreux : on la trouve employée comme expédient dans des opérations juridiques ayant pour objet, soit des droits de famille, soit des droits réels, soit même l'hérédité.

Nous signalerons, en premier lieu, sans nous y arrêter, son application à la dation de la liberté. Une fois pliée à ce rôle, elle passe successivement dans l'acquisition de la puissance paternelle par l'adoption, et l'extinction de cette même puissance par l'émancipation (1). Le caractère gracieux de l'*in jure cessio* a fait sentir son influence sur ces diverses opérations. Ainsi, le magistrat pouvait procéder à l'affranchissement, même en dehors de son tribunal, par exemple, en se rendant au bain ou au théâtre (2) ; le *legatus* ou délégué du magistrat n'était pas compétent, la juridiction gracieuse ne pouvant être valablement déléguée (3) ; le président de la province pouvait affranchir, même avant d'être arrivé dans son ressort, pourvu qu'il fût sorti de Rome (4). Le magistrat affranchissait valablement ses esclaves par devant lui-même (5) ; un fils de famille pouvait figurer, dans l'adoption, à la fois comme adopté et comme magistrat, et, réciproquement, le père de famille magistrat donnait valablement son fils en adoption par devant lui-même (6).

(1) Gaius, I, § 134.

(2) L. 7, *De manum. vind.* XL. 2.

(3) L. 2, § 4, *De offic.*, proc. I, 46.

(4) L. 2, pr. eod., tit.

(5) L. 5, *De manum. vind.*

(6) LL. 3 et 4, *De adopt.* 1, 7.

Au nombre des modes d'établissement des servitudes prédiales, d'après le droit civil, figurait l'*in jure cessio*. C'était même un mode applicable à la fois aux servitudes rurales et aux servitudes urbaines. Tandis que la mancipation ne pouvait comprendre que les servitudes rurales, seules rangées parmi les *res Mancipi*, et que l'occupation, la tradition et l'usucapion ne s'appliquaient qu'aux choses corporelles, l'*in jure cessio*, de même que l'adjudication et le legs *per vindicationem* servait à l'établissement de toutes les servitudes prédiales.

Cet établissement pouvait s'opérer de deux manières : soit en aliénant directement la servitude (*translatio*), soit en se réservant sur un fonds qu'on cédait *in jure*, au profit d'un autre fonds dont on était propriétaire, une servitude rurale ou urbaine (*deductio, retentio servitutis*.)

L'*in jure cessio* servait encore à l'extinction de toutes servitudes prédiales. Le propriétaire du fonds dominant renonçait ainsi conventionnellement à la servitude. C'est, du moins, ce qu'il est permis de conjecturer, par analogie, d'un texte de Paul (Sent., l. III, t. VI, § 32), qui rapporte de la même manière l'extinction de l'usufruit.

Enfin, l'usufruit, l'usage, la tutelle, l'hérédité pouvaient faire l'objet de l'*in jure cessio*; mais ces cas d'application trouveront plus loin leur développement.

## CHAPITRE II

### EFFETS DE L'*in jure cessio*.

Après avoir exposé l'origine et reconnu le caractère de l'*in jure cessio*, nous allons en étudier les effets, et ce

ne sera pas la partie la moins ardue ni la moins intéressante de notre travail.

Tout acte d'aliénation produit un double effet : il dépouille l'aliénateur du droit dont il investit l'acquéreur ; c'est là, la fin rationnelle et normale de cet acte ; c'est aussi la réalisation de la volonté des parties contractantes. Donc, dans une législation bien faite, tout mode d'acquisition doit revêtir ce double caractère, ou ne produire aucun effet. Que penser, en effet, d'un acte par lequel, voulant vous transmettre mon droit, je le perdrais moi-même sans vous le faire passer ? Il a cependant existé, d'après de sérieux commentateurs, dans les institutions juridiques des Romains, un acte destiné au transfert de la propriété, qui, tantôt, aurait produit à la fois son effet dévestitif et investitif, tantôt, le premier sans le second. Cet acte serait l'*in jure cessio*.

Mais quel motif aurait pu amener à ce résultat, plein de bizarrerie et surtout d'inconséquence ? Le motif aurait été le caractère formaliste que les Romains auraient imprimé à leurs actes solennels, caractère d'après lequel l'effet de ces actes devait se déduire non de la volonté des parties, mais rigoureusement des formules employées dans ces actes. Les parties devaient donc subir des effets qui ne répondaient que partiellement ou même pas du tout à leur intention, et se courber sous le joug tyrannique des formes du vieux droit civil ! Mais comment prêter à une législation, aussi pratique et aussi soucieuse de la stricte interprétation de la volonté des contractants que le fut celle des Romains, de semblables idées, et soutenir que, chez eux, le fond fut sacrifié à la forme !

Les effets de l'*in jure cessio* nous apparaissent cependant dans certains cas divisés et contraires au but de cette opération. Les jurisconsultes ont donné des solutions

diverses dans le cas de l'*in jure cessio* de l'usufruit d'un côté, de la tutelle, de l'hérédité, de l'autre.

En présence de ces solutions différentes, quel sera le principe dominant de notre matière? Faudra-t-il admettre que les effets de l'*in jure cessio* sont commandés par le prétendu caractère formaliste de cet acte, et, par suite, quelquefois scindés, ou bien que ces effets sont indivisibles et ne peuvent se produire l'un sans l'autre? Cette dernière solution est celle que nous adopterons. Si, dans quelques cas, la division des effets se produit, cela ne tient assurément pas au caractère de l'*in jure cessio*, mais à la seule nature des rapports juridiques établis entre les parties.

C'est vers la démonstration de ce point que nous concentrerons toute notre attention.

#### SECTION I. — Des effets de l'*in jure cessio*, appliquée à la constitution de l'usufruit.

Dans ses divers cas d'application, l'*in jure cessio* apparaît comme fiction de la revendication.

C'est ainsi qu'elle se retrouve employée à la constitution de l'usufruit.

Nous voyons, en effet, dans les Frag. Vatic. § 47, que l'usufruit pouvait être constitué par *in jure cessio*; mais qu'une fois établi, il ne peut être cédé *in jure* qu'au propriétaire lui-même.

La raison de cette solution se trouve dans la nature même de l'*in jure cessio*. Cet acte étant, comme nous l'avons vu, la fiction d'un procès en revendication, on est amené à déduire de là les conséquences suivantes :

1° L'*in jure cessio* ne peut être consentie qu'au profit

de celui qui pourrait réellement revendiquer. Puisque le cessionnaire est censé fictivement tenter une revendication, il faut que cette revendication fût possible, s'il y avait réellement contestation, et non accord, sur le fond du droit.

2° L'*in jure cessio* ne peut être consentie à un *non dominus* que par le propriétaire lui-même ; car s'il y avait revendication sérieuse, l'acquiescement à la prétention du demandeur ne pourrait être valablement consenti que par le véritable propriétaire et n'attribuerait, au *non dominus* revendiquant, la sécurité, que sous cette condition.

Faisons l'application de ces règles à l'usufruit :

1° En vertu de la seconde règle, le propriétaire peut constituer l'usufruit au profit de toute personne ;

2° En vertu de la première, une fois constitué, l'usufruit ne peut être cédé *in jure* qu'au propriétaire, qui peut seul tenter la revendication, c'est-à-dire, l'action négative ;

3° En vertu des mêmes principes, l'usufruitier cédant à un *non dominus*, *nihil agit* (Gai., II, § 30), l'acte est sans effets : la *cessio* est nulle comme émanant d'une personne sans qualité (1).

On a essayé d'expliquer différemment l'impossibilité pour l'usufruitier de céder son droit à un tiers autre que le propriétaire : le droit d'usufruit, a-t-on dit, est un droit personnel et essentiellement temporaire, ne pouvant reposer que sur une tête, et le Prêteur, *extraneæ personæ addicendo usumfructum*, constaterait l'existence du droit d'usufruit sur la tête du revendiquant, de sorte que l'*alea*, qui reposait sur la tête du cédant, passerait sur celle du cessionnaire, et on pourrait ainsi indéfiniment retarder

(1) M. Huc, du formalisme romain, p. 60.

la réunion de l'usufruit à la nue-propiété par des cessions successives (1). Voilà pourquoi l'*in jure cessio* n'était pas valable.

Malgré l'autorité donnée à cette explication par de savants commentateurs, nous ne pouvons l'accepter. Qui ne voit, en effet, que, dans ce cas, l'*in jure cessio*, ayant lieu entre l'usufruitier et un tiers, aurait été pour le propriétaire une *res inter alios acta*, n'ayant d'effet que *inter partes*?

Par suite, la revendication exercée par ce dernier contre le cessionnaire, à la mort du cédant, aurait empêché les résultats que l'on paraîtrait craindre.

Donc, dans l'opinion que nous combattons, l'*in jure cessio* aurait été susceptible de validité, et l'explication proposée manque dès lors de fondement.

Voyons, du reste, quelle était, à ce sujet, la pensée des jurisconsultes romains eux-mêmes.

Et d'abord, ils s'accordent à dire que l'*in jure cessio* de l'usufruit est possible, faite par le propriétaire à un tiers, et que cette même *cessio* faite par le tiers usufruitier à une autre personne que le propriétaire, est nulle (2). Mais le cédant, qui n'a rien pu transmettre, conserve-t-il son droit, ou bien l'usufruit fait-il retour à la nue-propiété?

Nous voilà ramenés à la question que nous nous sommes posée tout à l'heure, et sur laquelle nous avons fait pressentir notre opinion : l'effet dévestitif de l'*in jure cessio* se produit-il sans être suivi de son effet investitif? C'est ici que, suivant quelques commentateurs, les jurisconsultes romains se séparent.

Gaius, lui, ne croit pas à la scission des effets de l'*in*

(1) M. Pellat, textes sur la dot, p. 302.

(2) Pomponius, L. 66. D. 23, 3. (*De jure dotium*); Gaius, C. II, § 30.

*jure cessio* « *Extraneo verò cedendo, nihilominus jus suum retinet (fructuarius), dit-il, creditur enim eâ cessione nihil agi.* » Paul paraît être de son avis : « *in jure cessione, amittitur ususfructus quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit* (1). Paul ne semble-t-il pas dire par là que si l'usufruitier fait cession à un autre que le nu-propiétaire, l'usufruit n'est pas éteint ?

Avant de rechercher si Pomponius, qui serait le dissident, ne partage pas l'opinion de Gaius et de Paul, examinons si la solution de ces deux jurisconsultes est ou non raisonnable, et quel est son fondement.

Nous ne craignons pas de nous répéter, en partant de ce principe, déjà énoncé, à savoir que tout acte de transfert d'un droit quelconque, doit rationnellement dépouiller l'aliénateur et investir l'acquéreur. Toutes les législations n'ont-elles pas posé des règles dans ce sens ? Et pouvait-il en être autrement ? Les romains, seuls, dont on ne peut nier l'esprit pratique, en matière de législation, se seraient laissés enchaîner par ce qu'on a voulu appeler le formalisme, au point de faire produire à un acte la moitié seulement des effets qu'il devrait produire. Ah ! s'il était prouvé que les romains eussent été aussi esclaves de la forme qu'on veut bien le dire, l'argument qu'on nous oppose serait irréfutable et nous nous inclinerions devant lui. Mais ce point, heureusement, est des plus contestables et des plus contestés ; nous ne pouvons, quant à nous, croire à une pareille étrangeté.

Quelle solution rigoureuse eût été celle de nos adversaires ! L'usufruitier veut céder son droit à un tiers et emploie l'*in jure cessio* ; la procédure s'accomplit, l'usufruitier est bien dépouillé de son droit, mais celui à qui

(1) Sent. Paul, tit. VI, § 32.

il voulait le transmettre ne reçoit rien. L'usufruit va rejoindre la nue propriété. Pourquoi tant de rigueur dans ce résultat? Pourquoi priver le cédant d'un droit qu'il n'abandonnait qu'en échange d'un équivalent?

Les partisans de la scission des effets de l'*in jure cessio* expliquent cette anomalie par ce principe, qu'ils prétendent avoir dominé, à savoir : « Que l'effet d'un acte solennel, tel que l'*in jure cessio*, étant déterminé moins par la volonté des personnes qui y prennent part que par les principes rigoureux de l'ancien droit civil, il fallait reconnaître et conserver à cet acte tout l'effet qui pouvait, dans les circonstances données, résulter des formules employées, bien qu'il ne répondit que partiellement ou ne répondit même pas du tout à l'intention des parties ; que c'était, en un mot, le cas de dire : la forme emporte le fond (1). »

Et voilà comment on a prétendu que l'*in jure cessio* pouvait produire séparément ses effets et comment on a été amené à constater une controverse sur cette question chez les jurisconsultes romains.

Avant de passer à l'examen des autres arguments invoqués à l'appui de cette opinion, il serait facile de réfuter cette prétendue conséquence de la forme des actes solennels sur leurs effets, mais nous craindrions de sortir du cadre que nous nous sommes tracé ; nous nous contenterons d'abriter notre doctrine sous l'autorité d'un de nos savants maîtres qui, recherchant ce qu'avait de fondé le reproche de formalisme adressé au droit romain, et, après avoir défini la *forme*, au point de vue de la législation positive : « Tout fait extérieur et sensible qui n'ayant sa

(1) M. Pellat, *Propriété et usufruit*, p. 88 ; *Textes sur la dot à la loi*, 66. Dig. 23, 3, p. 303.

« raison d'être ni dans un principe rationnel, ni dans  
« une nécessité sociale, a pour but de subordonner à son  
« accomplissement la création ou l'extinction des droits, »  
ajoute : « Une législation, qui sans nécessité s'embarras-  
« sera de pareilles entraves sera considérée avec raison  
« comme formaliste, mais nous verrons qu'il n'en fût  
« jamais ainsi de la législation romaine. Si l'opinion con-  
« traire a pu s'accréditer, c'est qu'on ne s'est pas suffi-  
« samment rendu compte du sens et de la signification  
« des actes légitimes ou solennels admis par les romains,  
« et si on a méconnu de la sorte la véritable portée de  
« ces actes, c'est parce que, pour les apprécier, on a oublié  
« de s'abstraire des idées et des préjugés modernes, tan-  
« dis qu'il fallait, au contraire, prendre pour point de  
« départ, les idées ayant cours à l'époque où ils étaient  
« en vigueur, et surtout tenir compte de la société ro-  
« maine à cette époque (1). »

Cependant, a-t-on répondu, ce qui prouve que les effets de l'*in jure cessio* n'étaient pas indivisibles, c'est le résultat donné par les jurisconsultes dans divers autres cas d'application de cet acte solennel, par exemple : 1<sup>o</sup> Lorsque le *tutor cessicius*, c'est-à-dire, celui qui le tuteur légitime a cédé *in jure* la tutelle, la cède lui-même à un autre, le cessionnaire n'est pas investi de la tutelle, le cédant lui-même ne la conserve pas, et elle fait retour au tuteur légitime « *redit ad legitimum tutorem tutela* (2);

2<sup>o</sup> Lorsque, dans l'*in jure cessio* d'une *hereditas adita*, l'héritier cédant ne pouvait transmettre à l'acquéreur les droits de créance faisant partie de la succession, ne les

(1) Vide M. Huc. *Du Formalisme romain*, p. 7.

(2) Ulp. XI, § 7.

conservait pas néanmoins, et que ces droits périssaient par le fait de cette *cessio* (1) ;

3<sup>e</sup> Enfin, dans un troisième cas, lorsque un esclave appartenant à deux copropriétaires, est affranchi par l'un d'eux au moyen de la *vindicta* (émanation de l'*in jure cessio*), cet esclave ne devient pas libre, mais le copropriétaire qui l'a affranchi perd sa part de copropriété, laquelle part accroît, par ce fait, à celle de l'autre copropriétaire.

Tout cela ne démontre-t-il pas assez que ces diverses solutions dérivent du caractère formaliste de l'*in jure cessio* ? Et ne pourrait-on pas argumenter en outre de la controverse des jurisconsultes sur ce point ?

Nous répondrons, d'abord, que l'opinion qu'on nous oppose est manifestement contraire à l'équité ; nous l'avons démontré ; en second lieu, que les jurisconsultes romains n'étaient nullement en désaccord en ce qui concerne l'*in jure cessio* de l'usufruit ; qu'ils avaient adopté l'opinion si nette de Gaius et que si, dans les divers autres cas d'application que nous venons d'énumérer, ils ont donné, et Gaius lui-même, des solutions différentes, ces solutions ne sont que le résultat des rapports juridiques des parties sagement interprétés, et nullement la conséquence obligée de la tyrannie formaliste.

Examinons cette prétendue dissidence relative à l'*in jure cessio* de l'usufruit. Nous allons nous trouver en présence d'un texte très-explicite de Gaius, appuyé par l'opinion de Paul, d'un côté, et, de l'autre, d'un texte de Pomponius, dont le sens ne laisserait aucun doute dans l'esprit d'un grammairien, mais qui a paru à certains jurisconsultes contenir une doctrine contraire à celle de

(1) Gaius, III, § 85 ; Ulp. XIX, § 44.

Gaius. Il est plus facile, en effet, de supposer des controverses, que de chercher à concilier des textes qui, pourtant, dans ce cas, n'ont pas besoin d'être conciliés ; mais ne sommes nous pas nés pour la lutte ?

Voici donc le passage de Pomponius, sur lequel se pose notre question : le juriconsulte se demande comment un mari, qui a reçu en dot l'usufruit d'un fonds, dont la nue-propiété n'appartenait pas à sa femme, pourra, à la dissolution du mariage, opérer en faveur de celle-ci la restitution de la dot.

Si le mari fait *in jure cessio* de l'usufruit à sa femme, la *cessio* sera nulle, « *quoniam diximus*, ajoute Pomponius, *usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire* (1). Jusqu'ici Pomponius et Gaius sont d'accord, mais la dissidence se produit, dit-on, quand Pomponius ajoute : « *Sed ad dominum reversurum usumfructum*, mais l'usufruit retournera au nu-propiétaire.

Et aussitôt, pour éluder cette difficulté, il rapporte des expédients, *remedii loco*, dans le but d'opérer la restitution, par exemple, le mari louera l'usufruit à sa femme, ou le lui vendra *nummo uno*, au prix fictif, insignifiant d'un écu.

Il s'agit donc de rechercher le sens de ces mots : « *Sed ad dominum reversurum usumfructum*. » Ceux qui soutiennent la thèse contraire à la nôtre, prétendent que Pomponius a voulu dire que l'usufruit faisait immédiatement retour à la nue-propiété, et, par suite, que l'effet de vestitif de l'*in jure cessio* se produisait sans être accompagné de son effet investitif. Mais si telle eût été la

(1) Dig. l. 66. De jure dotium, 23, 3.

pensée de Pomponius, qui savait probablement mieux écrire dans sa langue que ses commentateurs d'aujourd'hui, n'aurait-il pas fait concorder le temps du second verbe avec celui du premier, et de même qu'il avait écrit : *mihil ad eum transire*, n'aurait-il pas de même ajouté : *sed ad dominum reverti usumfructum*. Voilà qu'elle aurait dû être la rédaction de sa phrase, pour qu'elle eût le sens qu'on lui prête; c'est donc accuser Pomponius d'ignorance en matière de style. que lui faire prendre le temps présent pour le temps futur.

Nous aimons mieux, quant à nous, le tenir au même degré pour aussi fort littérateur que remarquable jurisconsulte, et interpréter sa phrase dans ce sens, le seul que permette l'analyse grammaticale, à savoir, que d'après l'*in jure cessio* ainsi faite, rien ne passe actuellement au cessionnaire, mais que l'usufruit retournera en son temps, quand une cause d'extinction surviendra, au nu-propriétaire.

On comprend, dès lors, que Pomponius voyant que, par l'*in jure cessio*, le mari ne pourrait restituer à sa femme son droit d'usufruit, puisque l'*in jure cessio* faite à un autre que le nu-propriétaire est nulle, indique des moyens détournés pour arriver à l'équivalent de cette restitution. C'est là le mal que ne voit pas M. Pellat, mais auquel Pomponius cherche à apporter un remède. M. Pellat se demande, en effet, pourquoi, « si dans la pensée de Pomponius, la cession faite par l'usufruitier à un « étranger n'entraîne pas la perte de son droit, pourquoi « cet expédient qu'il indique (*remedii loco*) afin que, « *ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio* « *vero fructuum ad mulierem pertineat* (1). »

(1) V. M. Pellat. Textes sur la dot, p. 305.

— « Le mari doit restituer la dot, lui répond avec raison  
« notre savant maître, M. Huc ; donc, l'inconvénient ne  
« consiste pas en ce que la *cessio in jure* lui ferait perdre  
« son droit, mais uniquement en ce qu'elle est impuis-  
« sante à en investir la femme, car s'il pouvait trans-  
« mettre son droit à la femme, même en le perdant, il  
« n'y aurait aucune espèce d'inconvénient. Donc le  
« remède est destiné à suppléer à l'impuissance de l'*in*  
« *jure cessio*, et non pas à mettre le mari à l'abri du pré-  
« tendu effet dévestitif de cet acte légitime (1). »

M. Pellat reproche de faire dire une naïveté à Pomponius, en lui faisant formuler cette règle, que l'usufruit retournera un jour au propriétaire ; mais qu'avait-il besoin de dire que le cédant perdait son droit en voulant le transmettre à un tiers, alors qu'il n'aurait eu simplement qu'à dire que ce tiers n'en pouvait être investi. Cet argument n'est pas sérieux. Après tout, mieux vaudrait faire dire une naïveté à Pomponius, que le mettre honteusement en révolte contre les lois de la grammaire.

Il reste donc acquis qu'aucune controverse n'a existé chez les jurisconsultes romains au sujet des effets de l'*in jure cessio*, qui sont indivisibles. Ou la *cessio* est nulle, et le droit, que l'on voulait céder, reste sur la tête du cédant, ou elle est valable, et le droit du cédant passe au cessionnaire. Cette solution est la seule équitable ; de plus elle s'appuie sur des textes certains, et la controverse que l'on a cru reconnaître, n'a jamais existé que dans l'imagination des commentateurs modernes. Si elle eût existé réellement, comment se fait-il que Gaius et Pomponius, étant contemporains, les textes n'en

(1) V. M. Huc, Du formalisme romain, p. 63.

eussent pas fait autrement mention que par la différence du mode de verbe employé par eux ; tandis que, ordinairement, les controverses sont signalées de la façon la plus expresse dans les textes qui nous sont parvenus.

On pourrait encore, pour démontrer que Pomponius n'était pas d'un avis contraire à celui de Gaius, tirer argument du § 75 des *Fragm. Vatic.*, dans lequel Pomponius, dont on cite l'opinion, n'indique comme faisant perdre l'usufruit à son titulaire que l'*in jure cessio*, consentie au propriétaire; et non l'*in jure cessio* consentie à un *non dominus*. Ce paragraphe, isolé, n'aurait peut-être pas la valeur d'un argument décisif, mais rapproché de ceux que nous avons donnés, il ne contribue pas peu à consolider notre opinion.

Tout s'accorde donc pour la faire accepter et soutenir comme principe dominant les effets de l'*in jure cessio*, à savoir que ces effets n'ont jamais été discutés et qu'ils ne peuvent se produire l'un sans l'autre.

**SECTION II. — Des effets de l'*in jure cessio*, appliquée à la transmission de la tutelle.**

Le deuxième argument invoqué en faveur du système contraire à celui que nous soutenons, a trait à l'*in jure cessio* de la tutelle.

Rien ne serait plus intéressant que l'étude de l'organisation de la famille à Rome et l'examen des idées romaines sur cet admirable faisceau, qui est la base de toute société ; mais, pour rester dans notre sujet, nous ne pourrions qu'effleurer cette étude, et, encore seulement, au point de vue de la tutelle, qui nous occupe.

La tutelle, mission protectrice conférée à une personne

pour suppléer à l'impuissance de ceux qui, à cause de leur âge, ne peuvent se protéger eux-mêmes, nous apparaît dans le dernier état du droit romain, comme dans nos législations modernes, sous son véritable aspect, tendant à son véritable but, à la protection des faibles.

Mais il en fut autrement dans l'ancien droit romain. A côté de la tutelle des impubères, toujours reçue à Rome, une législation arbitraire en avait créé une seconde, qui, ne reposant pas, comme la première, sur la nature des choses, put bien exister pendant quelques siècles, même jusqu'au commencement de l'époque classique, mais ne devait pas partager, comme la plupart des institutions romaines, l'honneur de la postérité, et venir attester aux âges futurs la puissance et la grandeur du génie romain ; nous voulons parler de la tutelle des femmes pubères.

Les femmes, en effet, qui n'étaient placées ni sous la *patria potestas*, ni sous la *manus*, étaient soumises à une tutelle perpétuelle. Que voulaient les Romains ? Protéger la femme ou l'éloigner des affaires, de la scène sociale ? Était-ce un sentiment d'humanité ou un sentiment de défiance à son égard ?

D'après les jurisconsultes classiques, les femmes avaient été mises en tutelle pour deux raisons : à cause de la légèreté de leur esprit (*animi levitas, infirmitas*) et leur ignorance des affaires (*ignorantia rerum forensium*) (1). Mais ces raisons, que nous ne nous donnerons pas la peine de discuter, ne paraissaient pas sérieuses à Ulpien et à Gaius, qui ne les donnaient eux-mêmes que pour expliquer une institution de leur temps déjà tombée en désuétude.

(1) Ulp. XI, § 1 ; Gaius I, § 144.

Il serait peut-être plus exact d'admettre que les Romains, et cela, avec tous les peuples anciens, du reste, considéraient la femme comme un être inférieur, dont la place est marquée dans la sphère de la famille et non dans celle plus agrandie de la société. De plus, les Romains redoutaient son influence dans les affaires publiques. Ne montrèrent-ils pas, en effet, contre les femmes la plus grande défiance en portant la loi Oppia pour limiter leur luxe, et la loi Voconia qui les déclarait incapables d'être appelées à l'hérédité testamentaire d'un citoyen ayant plus de 100,000 as (1)? Cette loi ne fut-elle pas un obstacle à l'accroissement possible de leur influence dans les affaires de la cité? Une pensée politique paraît donc avoir présidé à la création de cette institution. Tout en repoussant d'une façon absolue et la tutelle des femmes admises chez les Romains et les théories qui se produisent de nos jours sur l'émancipation politique de la femme, théories qui, si elles étaient appliquées, n'auraient d'autre résultat que de changer son rôle et de le transporter du foyer domestique sur la place publique, nous pensons qu'il est un moyen terme que la philosophie romaine pressentit elle-même plus tard et que le christianisme consacra dans sa doctrine.

Cette tutelle ne fut pas expressément abrogée; mais après avoir fini par être illusoire et ridicule (2), elle disparut peu à peu, comme ces institutions manifestement contraires aux mœurs et au bon sens public, et dont le temps lui-même fait lente, mais complète justice.

La tutelle des femmes pubères était en principe soumise aux mêmes règles que la tutelle des impubères;

(1) Gaius, c. II, § 274.

(2) Cicéron, *pro Murenâ*, 12.

mais des traits caractéristiques séparaient les tutelles testamentaire, légitime et fiduciaire des femmes de celles des impubères. Nous n'avons à nous occuper que de la tutelle légitime.

Cette tutelle présentait cette particularité que le tuteur pouvait en céder l'exercice à un tiers, au moyen de l'*in jure cessio* (1). Gaius explique pourquoi la faculté de cession était donnée au tuteur légitime des femmes et refusée à celui du pupille ; c'est, dit-il, parce que la tutelle perpétuelle des femmes ne finissant ordinairement que par leur mort, est beaucoup plus onéreuse que celle des impubères, qui cesse au moment où ils atteignent la puberté. Mais si cette raison est exacte, pourquoi n'avait-on pas accordé cette faculté autant au tuteur testamentaire ou fiduciaire d'une femme qu'à son tuteur légitime ? Nous admettrons comme plus vraisemblable que la cessibilité de cette tutelle a été admise par suite de cette idée que la tutelle légitime était organisée autant dans l'intérêt des tuteurs que des pupilles. Ulpien semble dire que la tutelle légitime des impubères fut, elle aussi, cessible (2).

On sait, en effet, que les tutelles déférées par la loi étaient fondées sur la vocation du tuteur à la succession légitime : *ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutela esse debet*. Le droit de tutelle se résumant ainsi en un droit de succession, on comprend que la cessibilité en ait été admise. Voilà pourquoi encore Ulpien mentionne la tutelle légitime d'une affranchie comme étant spécialement soumise à la transmission par l'*in jure cessio* (3), car l'affranchi ne pouvait tester sans l'*auctoritas* de son pa-

(1) Gaius, c. I, § 168 à 170. — Ulp., *reg.*, tit. XIX, § 11.

(2) Ulp., *reg.*, tit. XI, § 47.

(3) Ulp., *reg.*, tit. XIX, § 11.

tron. Le droit du *manumissor* était donc plus étendu que celui des agnats (1).

Quoi qu'il en soit, l'*in jure cessio* de l'exercice de la tutelle légitime des femmes pubères étant permise, voyons quels étaient les résultats de cette opération juridique : Tant que le cessionnaire (*cessicius tutor*) et le cédant n'éprouvent aucun changement d'état, l'*in jure cessio* produit son effet normal, le cessionnaire exerce la tutelle à la place du cédant ; donc, jusqu'ici, pas de difficulté.

Mais si le cessionnaire meurt ou subit une *capitis deminutio*, la tutelle retourne au cédant ; si, au contraire, c'est le cédant qui meurt ou éprouve une *capitis deminutio*, le cessionnaire perd la tutelle qui passe à l'agnat le plus proche après le cédant (2). Ulpien ajoute aux cas du décès et de la *capitis deminutio* du cessionnaire, celui où ce même cessionnaire a fait *in jure cessio* de la tutelle à une autre personne, et le jurisconsulte décide que : *redit ad legitimum tutorem tutela* (3).

Donc, disent les partisans de la thèse contraire à la nôtre, de ce que l'*in jure cessio* faite par le *cessicius tutor* le dépouille sans investir le tiers avec lequel il a traité, il résulte que les effets de l'*in jure cessio* ne sont pas indivisibles, et ils appuyent sur cet argument leur théorie séparatiste sur l'*in jure cessio* de l'usufruit.

Quant à nous, rappelons notre point de départ. Nous avons démontré que, en ce qui concerne l'usufruit, l'effet dévestitif de l'*in jure cessio* ne se produisait pas sans être

(1) Cujas disait qu'on devait lire dans le fragment d'Ulpien *libertas* au lieu de *liberta*, et qu'il s'agissait de l'affranchissement par la vindicte, véritable *in jure cessio*. Mais on voit, d'après Gaius (c. I, § 468), qu'il n'est pas nécessaire de faire ce changement.

(2) Gaius, c. I, § 170.

(3) Ulp., *reg.*, tit. XI, § 7.

suiwi de l'effet investitif; c'est là notre principe. Il nous reste à examiner pourquoi, dans le cas de transmission de l'exercice de la tutelle, la solution est différente.

Y a-t-il analogie entre l'*in jure cessio* appliquée à l'usufruit et l'*in jure cessio* appliquée à la tutelle? Pas le moins du monde. Pour la démonstration de ce point, on nous permettra d'invoquer l'autorité de Cujas qui, avec son génie habituel, a examiné et élucidé la question.

Cujas considère la *cessio* de la tutelle comme un véritable mandat : appliquons, en effet, à notre matière les principes du mandat, et les choses s'expliqueront d'elles-mêmes (1). Le tuteur légitime délègue au *tutor cessicius* l'exercice de la tutelle; ce dernier est donc le mandataire du tuteur légitime. Par suite, toutes les causes d'extinction, en matière de mandat, entraîneront l'extinction de la tutelle cédée; or, ces causes peuvent se produire dans la personne du mandant ou dans celle du mandataire. Donc, si la tutelle a pris fin par suite d'une cause d'extinction née en la personne du mandataire, ou dans l'espèce, du *cessicius tutor*, la tutelle, comme le dit très-bien Ulpien, « *ad legitimum tutorem redit.* » « C'est ce qui arrive, dit M. Huc, qui partage lui aussi l'opinion de Cujas, lorsque le *tutor cessicius* sera mort, ou qu'il aura encouru la *capitis deminutio*, ou enfin, lorsqu'il aura voulu se débarrasser de la tutelle en la cédant à un tiers. Il est certain, en effet, qu'il n'a pas le pouvoir de se substituer un autre mandataire. Donc, lorsqu'il fait la *cessio in jure* de la tutelle, il ne peut rien transférer au cessionnaire, mais il manifeste clairement l'intention de ne plus remplir le mandat qu'il avait d'abord accepté; or, dans cette position, il eût été absurde de

(1) Cujas, ad Cod. lib. 5, tit. 30, de *legitimâ tutelâ*.

« lui maintenir la tutelle ; il fallait donc nécessairement  
« qu'elle fit retour au tuteur légitime. Ce retour, on le  
« voit, s'explique par la nature des choses et pas du tout  
« par le prétendu effet dévestitif de l'*in jure cessio* (1) »

Pourrait-on appliquer cette idée à l'*in jure cessio* de l'usufruit ? Non. En matière d'usufruit, ce n'est plus de mandat qu'il s'agit, c'est une véritable cession, un transport cession que les parties ont voulu faire ; mais l'incessibilité de l'usufruit, au moyen de l'*in jure cessio*, a mis obstacle à l'obtention des résultats désirés. Ici, nous l'avons vu, ce n'est plus qu'un transport-mandat qui a été effectué. Le résultat ne devait donc pas être le même.

En résumé, la solution que nous avons rencontrée dans l'application de l'*in jure cessio* à l'usufruit, demeure le principe en notre matière : l'*in jure cessio* produit ses deux effets ou n'en produit pas du tout ; elle ne va pas à l'encontre de la volonté des parties. L'exception qui vient d'être examinée, repose sur la nature des choses et n'est elle-même que l'interprétation de l'intention des contractants.

### SECTION III. — Des effets de l'*in jure cessio* appliquée à la transmission de l'hérédité.

Passons maintenant au troisième point d'appui de l'opinion de nos adversaires ; il est relatif à l'*in jure cessio* de l'*hereditas adita*.

Parmi les choses incorporelles susceptibles d'être transmises par la voie de l'*in jure cessio*, Ulpien mentionne

(1) M. Huc, du formalisme romain, p. 65.

l'hérédité. C'est la seule hypothèse dans laquelle l'*in jure cessio* apparaisse comme mode de translation *per universitatem*, car le droit romain ne l'a jamais appliquée à la transmission du patrimoine d'un vivant.

Sans vouloir pénétrer dans les replis quelquefois ténébreux des nombreuses questions qui se poseraient en matière d'hérédité, nous ne pouvons arriver à l'argument que nous nous proposons de réfuter, sans avoir analysé les diverses hypothèses relatives à l'*in jure cessio* d'une hérédité.

Il est utile, d'abord, de rappeler quelques principes qui nous serviront à expliquer les solutions des jurisconsultes.

Avant l'adition, l'hérédité est un ensemble de droits actifs et passifs, où chaque chose perd son individualité propre et se confond en un tout juridiquement appelé *universitas bonorum*; mais l'adition, une fois faite, fait perdre à l'hérédité ce caractère d'*universitas*; l'hérédité proprement dite n'existe plus : il n'y a plus que des biens héréditaires individuellement déterminés, qui passent aussitôt dans le patrimoine de l'héritier et se confondent avec les siens.

De plus, la qualité d'héritier, une fois acquise, ne s'efface plus : de là, la règle célèbre : *semel heres semper heres*. D'où il résulte que l'héritier externe n'ayant pas encore fait adition est le seul qui puisse transférer l'hérédité par l'*in jure cessio*.

On sait que les héritiers se divisent en deux grandes catégories : héritiers nécessaires et héritiers externes ou volontaires ; nous sommes donc amené à distinguer divers cas, selon que l'*in jure cessio* est faite par les héritiers de chacune de ces classes, avant ou après l'adition.

1<sup>er</sup> CAS. — *Le cédant est un héritier légitime externe qui n'a pas encore fait adition.*

Le cessionnaire devient héritier de plein droit, comme s'il eût été lui-même appelé par la loi à l'hérédité (1).

Cette solution mérite d'être soigneusement examinée. Les commentateurs du droit romain admettent que le cessionnaire ne devient pas seulement héritier, en ce sens qu'il acquiert la vocation héréditaire, mais encore qu'il est investi de l'hérédité elle-même, et que, par suite, les droits de propriété et les créances, les dettes et les *sacra* du défunt passent *ipso jure* sur sa tête (2). Comment expliquer ce résultat ? Les uns se contentent de renvoyer aux textes de Gaius et d'Ulpien, et ne donnent aucune raison ; les autres, plus hardis, font découler cette solution de cette idée, si féconde en conséquence dans la législation des Romains, et d'après laquelle l'héritier légitime serait considéré comme le continuateur de la copropriété du *de cuius*, qui, de son vivant, n'aurait été, par rapport à cet héritier, que son copropriétaire. Dès lors, dit-on, l'héritier légitime a pu céder *in jure* sa part de copropriété avant d'avoir fait adition.

Avant de rechercher si ce résultat si étrange est ou non celui que nous indiquent les textes, hâtons-nous de repousser l'explication précédente qui ne tend qu'à renverser complètement l'économie établie en matière de succession *ab intestat* par la loi des Douze Tables. Nous savons, en effet, que, d'après cette loi, les

(1) Gaius, C. II, § 32 ; C. III, § 85. — Ulp. fr. XIX, § 14.

(2) V. en ce sens M. Accarias, Précis de droit romain, p. 149, t. II.

héritiers légitimes étaient partagés en classes distinctes, les héritiers siens (*heredes sui*), et les héritiers légitimes externes (les *agnats* et les *gentiles*) ; que les premiers étaient ceux qui se trouvaient sous la puissance du défunt « *qui in potestate morientis fuerint* ; » les seconds, ceux qui ne s'y trouvaient pas.

Les héritiers siens étaient ainsi nommés parce que les romains considéraient les descendants soumis à la puissance paternelle comme copropriétaires du patrimoine de la famille, de telle sorte que, lorsque le *paterfamilias* mourait, les descendants ne succédaient pas à un droit nouveau, ils ne faisaient que prendre l'exercice d'un droit dont ils avaient déjà la jouissance (1). Mais il en était autrement pour les héritiers légitimes externes qui, n'ayant été à la mort du *de cuius* sous sa puissance, ne pouvaient bénéficier de cette fiction de copropriété, inséparable du lien de puissance et n'existant que par lui.

Ainsi, tandis que les héritiers siens n'avaient pas besoin de faire adition, étant héritiers nécessaires, (et-ils étaient *necessarii*, précisément parce qu'ils étaient *sui*), les héritiers légitimes externes devaient s'investir, du moins à l'époque classique, soit par la *cretio*, soit par un acte de gestion, soit enfin par une simple manifestation de volonté (2).

On voit même par un texte de Paul que, dans l'ancien droit civil, l'héritier légitime externe était traité comme l'héritier testamentaire institué *sub perfecta cretione*, et qu'il devait, sous peine d'exclusion, faire la *cretio* dans les cent jours (3) ; il ne pouvait alors s'investir par une simple adition.

(1) L. 11, Dig. 28, 2, *De liberis et posthumis*.

(2) Gaius, C. II, § 167.

(3) Paul IV, 8, § 21.

Dans tous les textes où il est question de cette idée de copropriété, (Justin, *Inst.* II, 9 § 2, *de heredum qualitate*; Gaius, II, § 157; *Dig. L. 11, lib. 28, tit. 2, de liber. et post.*), on ne la voit appliquée qu'à propos des *sui*.

Tite Live, lui-même, confirme notre assertion en rapportant que le fils de famille était classé et contribuait aux charges militaires, d'après la fortune du père (1); c'est toujours la puissance paternelle qui est la source de la copropriété.

On n'est donc pas fondé à venir dire que l'héritier légitime externe pouvait céder l'hérédité, parce qu'il avait sur elle un droit antérieur à la mort du *de cuius*. Cela est faux, il n'avait, jusqu'à l'adition, qu'une vocation héréditaire.

Comment, en définitive, expliquer cette cession ?

Il ne faut pas se dissimuler que nous sommes ici sur le terrain des conjectures, c'est-à-dire, sur un terrain peu sûr; cependant, si les conjectures que l'on peut faire reposent sur des principes incontestables et généralement acceptés, pourquoi ne pas leur accorder le droit de suppléer aux lacunes regrettables que les siècles ont creusées entre les législations anciennes et les nouvelles ?

Voici l'explication que nous proposerons :

Si l'héritier légitime pouvait céder l'hérédité avant l'adition, c'est par application de cette idée qui, il est vrai, n'a été formulée nulle part dans les lois romaines, mais qui résulte implicitement de l'ensemble du droit, à savoir que les droits de famille étaient cessibles en droit romain. Voilà pourquoi la tutelle légitime des femmes pubères était cessible; celle des impubères, on l'a vu, le fut elle-même primitivement; voilà pourquoi

(1) Tit. Liv. XXIV, 11.

le père pouvait manciper ses enfants, les donner en réparation d'un dommage, le mari manciper sa femme; voilà pourquoi enfin l'héritier légitime pouvait, lui aussi céder son droit à la succession. Tous ces droits n'étaient-ils pas, dans les idées romaines, susceptibles d'intérêt pécuniaire? Si la mancipation d'un fils de famille ou d'une femme *in manu* n'apparaissait dans la plupart des cas que comme moyens fictifs pour arriver à un but plus éloigné, il est certain que, dans le droit primitif, et même dans le dernier état du droit, cette opération a eu un caractère incontestablement sérieux. A l'époque de Gaius, par exemple, celui qui est investi de la puissance paternelle ou maritale peut, afin d'échapper à l'action pénale résultant d'un dommage commis par la personne *in patria potestate* ou *in manu*, les abandonner à l'individu lésé (Gaius I, §§ 118, 141.). C'est encore ainsi que les parents, plongés dans une extrême misère, pouvaient manciper leur enfant moyennant un prix qui n'avait rien de fictif. Ces procédés, qui avaient pu prendre naissance à une époque où la civilisation romaine était à l'état d'enfance, furent peu à peu proscrits par le législateur sous l'influence des idées chrétiennes; mais cela autorise à penser que la cession des droits de famille, si monstrueuse qu'elle puisse paraître de nos jours, a existé dans la législation romaine. Pourquoi ne pourrait-on pas, dès lors, rattacher à cette théorie la faculté de cession de son droit de vocation laissée à l'héritier légitime externe qui n'a pas encore fait adition? — Mais comment se fait-il, dira-t-on, que cet héritier légitime ait pu céder plus de droit qu'il n'en avait lui même, et que, tandis qu'il n'avait que la vocation à l'hérédité, il ait transmis l'hérédité elle-même? — On peut répondre que rien ne prouve, dans les §§ 85, C. III de Gaius, et 14 tit. XIX,

d'Ulpien, que le cessionnaire ait acquis, par l'*in jure cessio*, l'hérédité elle-même. Voici comment on peut les interpréter : Le cédant n'ayant que la vocation à l'hérédité ne transmet au cessionnaire que cette même vocation, de telle sorte qu'il se trouve, après la cession, dans la position dans laquelle il se serait trouvé, s'il eût été appelé par la loi à l'hérédité. S'il avait tenu sa vocation de la loi, il aurait été héritier légitime externe, et pour être investi de l'hérédité, il aurait eu besoin de faire adition ; donc, il aura également besoin, après avoir acquis le titre d'héritier par l'*in jure cessio*, de s'investir par un acte légal. Il pourrait même renoncer.

Gaius et Ulpien ne disent pas autre chose : *pleno jure heres fit, is cui eam (hereditatem) cesserit, perinde ac si ipse per legem ad hereditatem vocaretur*. Gaius ne dit pas *ipso jure heres fit*, mais ce qui est différent *pleno jure*. Le cessionnaire devient pleinement héritier ; il acquiert ce titre avec toutes les prérogatives qui y sont attachées, et, entre toutes, le droit de faire adition. Cette explication, appuyée sur les textes, ne paraît pas contraire à la raison.

2<sup>e</sup> cas. — *Le cédant est un héritier testamentaire externe qui n'a pas encore fait adition.*

La cession, dans ce cas, ne produit aucun effet (1).  
« Que si l'on demande, dit M. Accarias, pourquoi les  
« Romains n'ont pas traité cette hypothèse comme la  
« précédente, cela tient, sans doute, à leur extrême  
« respect pour les dernières volontés de l'homme.  
« Que veut, en effet, le testateur qui m'institue ? Que

(1) Gaius, c. II, § 36 ; c. III, § 86.

« je continue sa personne, et si cela mène convient, car il  
« sait bien qu'il ne peut pas m'y contraindre, mais non  
« pas que je la fasse continuer par un tiers de mon choix.  
« Libre à moi, par conséquent, d'accepter ou de répu-  
« dier l'institution, mais non pas d'en changer la desti-  
« nation (1). »

Nous voulons bien croire, nous aussi, que c'est par res-  
pect pour les dernières volontés du testateur que cette  
décision a été admise. L'explication que nous avons don-  
née, dans l'espèce précédente, ne pourrait, d'ailleurs,  
s'appliquer ici.

3<sup>e</sup> cas. — *Le cédant est un héritier externe, légitime ou  
testamentaire, qui a fait adition.*

Une fois l'adition faite, l'héritier testamentaire ou légi-  
time devient continuateur de la personne juridique du  
défunt, le patrimoine héréditaire est confondu avec celui  
de l'héritier, et la règle *semel heres semper heres* exerce  
tout son empire sur la situation nouvelle de l'héritier. Si  
ce dernier fait *in jure cessio* de l'hérédité à un tiers, quel  
sera le sort de cette cession? D'après les principes que  
nous venons de poser, elle devrait être nulle. Les Ro-  
mains, cependant, lui reconnaissaient certains effets, tout  
en respectant, comme nous allons le voir, dans une cer-  
taine mesure, les règles ci-dessus exposées.

D'abord, l'héritier ne pouvant céder l'*universitas juris*  
que formait l'hérédité avant l'adition, la cession ne  
pourra comprendre cette *universitas*, car le cédant est  
désormais héritier et restera héritier : *nihilominus heres*

(1) Accarias, Précis de droit romain, t. II, p. 150.

*permanet* (1). L'hérédité ayant donc perdu son individualité juridique, il n'y a plus, dans le patrimoine de l'héritier, que des choses corporelles : ces choses ont pu être transmises par lui, comme s'il les avait cédées une à une : *quasi singulas in jure cessisset*.

Puisque le cédant est héritier, il est chargé du paiement des dettes héréditaires. Pourra-t-il, par l'*in jure cessio*, se soustraire à cette obligation ? Cela n'est pas possible.

Donc, jusqu'ici, les effets produits peuvent se résumer ainsi :

1<sup>o</sup> Les créanciers du défunt peuvent toujours attaquer l'héritier cédant, parce qu'il reste le continuateur de la personne du défunt ;

2<sup>o</sup> Les choses corporelles passent au cessionnaire, comme si elles étaient cédées une à une.

Il nous reste à connaître un dernier effet, le plus important des trois (c'est sur lui que repose l'argument que nous avons signalé au début de cette section), nous voulons parler de la libération des débiteurs de la succession : *debita vero pereunt*, disent Gaius et Ulpien, *id est, debitores defuncti liberantur*.

Comment expliquer cette extinction des créances ? L'*in jure cessio*, que nous sachions, n'a jamais figuré parmi les modes d'extinction des obligations.

Nous avons vu que les droits de créance n'étaient pas compris dans la sphère d'action de l'*in jure cessio* (2) ; ils ne pouvaient donc pas, par l'opération précédente, passer sur la tête du cessionnaire ; mais pourquoi alors, au lieu de rester sur celle du cédant, comme cela semble-

(1) Gaius, c. II, § 35.

(2) Gaius, c. II, § 38.

rait naturel, s'éteignent-elles? Pourquoi les débiteurs héritaires ont-ils la bonne fortune d'être libérés, sans avoir légitimement acquis leur libération?

Cette extinction serait-elle le résultat de l'*in jure cessio*? Nos adversaires le prétendent : le cédant s'étant servi, disent-ils, de l'*in jure cessio* pour transférer des droits de créance non transmissibles par cette voie, l'*in jure cessio* a bien pu, par suite, le dépouiller, mais sans rien faire passer au cessionnaire. C'est au caractère formaliste de cet acte solennel qu'il faudrait attribuer cette solution.

Mais donnons-nous la peine d'analyser l'opération juridique que les parties avaient en vue.

L'héritier a fait une renonciation de ses droits en faveur de celui à qui il voulait les transmettre au moyen de l'*in jure cessio*. Cet acte de l'héritier est qualifié par Cujas de « *abdication omnis juris* (1). » Son intention est donc de transporter sur une autre tête les avantages qui résultent de sa qualité. L'*in jure cessio* se prêtera-t-elle à la réalisation complète de ce désir? Toute la question est là. Il est impossible, d'après les principes énoncés plus haut, que les créances passent au cessionnaire ; elles ne peuvent être cédées par l'*in jure cessio*, puisqu'elles ne peuvent faire l'objet d'une revendication dont l'*in jure cessio* n'est que la fiction.

D'un autre côté, elles ne peuvent rester au cédant, car la *cessio* est la renonciation à tous les droits dérivant de la qualité d'héritier ; les débiteurs peuvent opposer au cédant le défaut de qualité et au cessionnaire l'incessibilité ; donc, ils sont libérés.

On dira peut-être que la qualité d'héritier, une fois acquise, n'est pas susceptible d'être répudiée et abdiquée

(1) Cujas, *ad leg. 41, in tit. de publ. in rem. act.*

(Gaius II, § 163. — Paul, Sent. III, tit. IV, B, § 11). Cela est vrai, mais, à l'égard seulement des créanciers héréditaires, c'est-à-dire au point de vue passif, et ce qui le prouve, c'est que Paul, après avoir posé cette règle, ajoute : *etiamsi damnosa sit (hereditas)*. Donc, au point de vue actif, l'héritier peut faire abandon de ses droits.

En résumé, Gaius n'est point, comme on l'assure, en contradiction avec lui-même. S'il a admis une solution contraire à celle qu'il donne en matière d'usufruit, c'est qu'ici les principes même du droit le forçaient à constater un résultat exceptionnel dans les effets de l'*in jure cessio*.

N'en est-il pas ainsi dans toutes les législations, où des solutions rigoureuses viennent quelquefois heurter les règles de l'équité? Il existe, du reste, le plus souvent, des détours que les contractants peuvent prendre.

Dans l'espèce précédente, par exemple, le cédant n'avait, pour éviter l'extinction des créances, « qu'à aliéner « isolément chaque objet héréditaire ; ou bien encore il « pouvait se faire rembourser préalablement par les débiteurs, ou faire novation avec eux (1). » Il est probable que, dans la pratique, on éludait ainsi les rigueurs de la doctrine.

Les constitutions impériales corrigèrent les principes anciens et il fut admis que la renonciation à une hérédité acquise était de nul effet, et que l'héritier n'en conservait pas moins ses droits (2).

(1) Du formalisme romain, M. Huc, p. 68.

(2) L. 4, c. 6, 31, de repudiandâ hereditate.

4<sup>e</sup> cas. — *Le cédant est un héritier sien et nécessaire, ou simplement nécessaire.*

Cette hypothèse rentre dans le cas précédent ; car, que l'héritier soit saisi de plein droit ou volontairement, l'hérédité est toujours acquise : le point de départ est donc le même ; les résultats ne peuvent être différents. Cependant, il y avait à ce sujet controverse entre les jurisconsultes romains. L'école des Proculiens assimilait les deux cas, tandis que les Sabinien, dont Gaius paraît s'être écarté sur ce point, admettaient la nullité complète de la *cessio*. Nous croyons devoir nous ranger à l'opinion la plus logique : celle des Proculiens.

Les inconvénients résultant de l'emploi de l'*in jure cessio* comme moyen de transmission de l'hérédité, firent de bonne heure admettre la vente de l'hérédité acquise ; mais l'*in jure cessio* de l'hérédité subsista toujours, en principe ; la loi 4, § 28, de *dol. mal. et met. except.*, Dig., lib. XLIV 4, le prouve. Cette loi prévoit l'hypothèse d'une *hereditas legitima nondum adita* ; et quoique les mots *in jure* n'accompagnent pas le mot *cessio*, il est manifeste qu'il s'agit, là, du premier cas que nous avons examiné. Les compilateurs ont retranché sans doute les mots *in jure* pour ne pas se servir d'une expression paraissant faire revivre un mode de transmission qui, en fait, avait disparu.

SECTION IV. — Des effets de l'*in jure cessio* appliquée à la dation de la liberté.

Pour achever de répondre aux arguments sur lesquels les séparatistes veulent fonder leur théorie, et pour consolider d'autant la thèse que nous soutenons, nous devons remonter à une des applications premières de l'*in jure cessio*, à la dation de la liberté par la *vindicta*. Tout ce que nous avons dit du procès fictif engagé dans l'*in jure cessio* se reproduit ici. Trois personnes sont en présence : l'*assertor libertatis*, jouant le rôle de demandeur, touche de la main l'esclave et dit : *hunc hominem ex jure quiritium liberum esse aio*. Il lui impose ensuite la *vindicta*, sorte de lance qui figurait comme symbole de la propriété dans tous les procès en revendication. Le propriétaire ne s'opposant pas à la prétention de l'*assertor*, intervient alors l'*addictio* du magistrat, consacrant cette prétention et déclarant l'esclave libre. L'esclave, dans ce procès fictif, n'est autre chose que la *res vindicata* ; c'est pour cela que sa présence est nécessaire *in jure*, conformément aux règles de la revendication proprement dite.

L'affranchissement par la vindicte, déduction de l'*in jure cessio*, participait donc lui aussi du caractère gracieux de cet acte solennel ; c'est, du reste, ce que les textes démontrent surabondamment (1). Ce n'était, à vrai dire, qu'une forme de l'*in jure cessio*.

Cela posé, nos adversaires, s'emparant d'une solution donnée par Ulpien (2) et Paul (3), dans le cas d'affran-

(1) V. ci-dessus, p. 29.

(2) Ulp., *reg.*, I, § 18.

(3) Paul, *Sent.*, IV, 12, § 1.

chissement d'un esclave commun à deux maîtres par l'un de ses maîtres seulement, prétendent que cette solution est la conséquence et ne peut être que la conséquence du mode d'affranchissement employé, c'est-à-dire de l'*in jure cessio*.

Voici l'espèce dont il s'agit : L'esclave affranchi par l'un des maîtres seulement ne devient pas citoyen romain, pas même latin junien, mais il reste esclave et, de plus, le *manumissor*, traduisons : *is qui in jure cedit*, perd sa part de copropriété, laquelle part accroît à celle de l'autre propriétaire.

Le propriétaire cédant a pu perdre sa part de copropriété, mais l'esclave n'a pas acquis la liberté et le copropriétaire a obtenu, par ce fait, l'entière propriété de l'esclave. Quelle a été la cause de ce bizarre effet ? Le caractère formaliste de l'*in jure cessio*, répondent les séparatistes.

Mais comment prétendre que l'*in jure cessio* entraîne seule ce résultat ? Un autre mode d'affranchissement aurait-il produit un effet différent ? Qui oserait le soutenir ? Les termes généraux dont se sont servis Paul et Ulpien, ne viennent-ils pas indiquer le contraire : *Servum communem unus ex dominis manumittendo*, disent-ils, sans déclarer par quel mode d'affranchissement ; ce qu'ils n'auraient pas manqué de faire, s'il eût fallu en préciser un. D'autant plus, que dans la loi suivant immédiatement celle que nous commentons, Paul enseigne qu'un muet et un sourd ne peuvent affranchir par la vindicte, mais qu'ils le peuvent par lettre ou entre amis. Ici, Paul est explicite parcequ'il est nécessaire qu'il le soit.

S'il eût voulu parler de la *vindicta* dans la loi 4, il l'eût dit expressément. Donc, le *jus adcrendi* s'opère dans tous les cas d'affranchissement solennel, fait par un seul maître, d'un esclave commun à plusieurs.

A l'appui de cette assertion, il est facile de rapprocher le § 4, lib. 2 tit. VIII, des *Institutes*, dans lequel Justinien réforme l'ancien droit sur cette question : *Erat olim, dit-il, et alius modus civilis acquisitionis per jus adcrecendi, quod est tale : Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuit vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur et socio adcrecebat.*

C'est bien là, à n'en pas douter, l'espèce qui nous occupe ; et Justinien exprime, dans cette relation, ce qui est contenu implicitement dans les passages précités de Paul et d'Ulpien. Il reste donc acquis que ce n'est pas la forme de l'affranchissement, en d'autres termes, l'*in jure cessio*, qui commande la solution que nous étudions.

Qu'est-ce donc ? Il n'est pas nécessaire pour obtenir une explication raisonnable de mettre l'imagination en travail ; il suffit de se reporter aux principes généraux du droit. Deux personnes sont copropriétaires d'un esclave ; l'une d'elles l'affranchit ; elle fait abandon de sa part de copropriété, mais comme on ne peut, même de bonne foi, affranchir l'esclave d'autrui, le copropriétaire du *manumissor* est toujours propriétaire pour moitié de l'esclave et l'affranchissement auquel il n'a pas pris part n'a pu porter atteinte à ses droits.

Il est certain, en effet, qu'un esclave ne peut être gratifié de la liberté que par son maître ; s'il en a deux, le concours des deux devient nécessaire. Mais la liberté comme l'esclavage, étant en soi indivisible, (un homme ne peut être libre ou esclave pour partie), comment concilier et le respect dû aux droits du copropriétaire et la volonté du *manumissor* ?

La raison l'indique : l'esclave restera tel. Cette solution est rigoureuse, il faut en convenir, mais elle est l'expression du bon sens juridique, on ne peut le nier.

Et d'ailleurs, le *manumissor* devait-il ignorer qu'il ne pouvait affranchir l'esclave commun, sans le concours de son copropriétaire? Evidemment non. S'il l'a donc affranchi malgré cela, l'abandon volontaire de sa part de copropriété doit s'interpréter comme une libéralité faite au copropriétaire qui n'a pas affranchi. Il n'y a pas d'autre sens à donner à cet acte.

Cette solution devait, du reste, être modifiée et la rigueur du droit tout en respectant, dans une certaine mesure, les droits de celui qui n'avait pas voulu s'associer au bienfait de la liberté, devait céder devant la force de la doctrine chrétienne. Aussi, Justinien décida-t-il que la liberté serait acquise à l'esclave affranchi par l'un de ses maîtres, à la charge par ce dernier d'indemniser son copropriétaire.

Après avoir ainsi répondu aux arguments qu'on prétend tirer des diverses hypothèses que nous venons d'examiner, notre conclusion se dégage d'elle-même et nous la formulerons de la manière suivante :

Il n'est pas vrai de dire que les effets produits par l'*in jure cessio* soient la conséquence du caractère formaliste de cet acte solennel. Ses effets, en principe, sont indivisibles ; mais nous avons démontré que s'il n'en était pas ainsi dans les cas de tutelle, de l'hérédité et d'affranchissement par la *vindicta*, cela résultait simplement et forcément de la nature même des choses, de la nature des rapports juridiques établis entre les parties. Ces hypothèses ne sont que des exceptions au principe.

Le seul point sur lequel la nature de l'*in jure cessio* ait exercé de l'influence, c'est sur l'impossibilité d'adjoindre à cet acte un terme ou une condition formellement exprimés, mais l'*in jure cessio* avait cela de com-

mun avec les autres actes légitimes et nous avons donné plus haut la raison de cette règle.

Quant aux effets à produire, il n'en a jamais été ainsi.

La logique, les textes qui nous sont parvenus et l'autorité des jurisconsultes romains qui les ont commentés nous sont un sûr garant de l'exactitude de notre thèse.

### CHAPITRE III

#### CONSIDÉRATIONS SUR LES CAUSES QUI DURENT FAIRE DISPARAITRE L'*in jure cessio*.

De même qu'il n'est guère possible de connaître l'époque exacte à laquelle l'*in jure cessio* a commencé à se développer, de même l'époque de sa disparition de la scène juridique est difficile à préciser.

Les institutions du droit des gens succédant insensiblement aux principes de la législation quiritaire, renouvelèrent sans secousse la face du droit. La tradition finit par absorber l'élément de publicité qui était la raison première de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, et rendit inutile ce dernier mode de transfert à l'égard des choses corporelles; la quasi-tradition produisit le même effet pour les choses incorporelles; l'élément intentionnel l'emportait sur l'élément matériel.

Si, de ces raisons juridiques, on s'élève à des considérations plus générales, on s'aperçoit que les modifications du pouvoir judiciaire, à dater de l'ère impériale, ne sont pas sans avoir pu exercer de l'influence sur la disparition de l'*in jure cessio*.

Dans les temps anciens, le pouvoir judiciaire représentait la société elle-même. Le magistrat qui intervenait dans l'*in jure cessio* pour déclarer l'attribution de la propriété agissait au nom du pouvoir social. Tous les citoyens s'inclinaient devant lui, ne songeant pas à discuter une autorité qui n'était autre que l'autorité souveraine.

Mais tout différent fut, sous l'empire, le pouvoir judiciaire. Un seul homme s'était élevé, plaçant sous lui les magistrats et le peuple, subordonnant la volonté générale à sa propre volonté, s'arrogeant le pouvoir de faire des constitutions qui devaient devenir bientôt l'unique source du droit. Les lois, les plébiscites, après eux, les sénatusconsultes disparurent ; les édits des magistrats se rattachaient plus au pouvoir exécutif qu'à la législation. Au-dessus de tout, la volonté des empereurs.

Dans cette situation, on comprend que les jurisconsultes et le peuple, ne voyant plus dans le pouvoir judiciaire que le simple délégué et l'instrument des princes, ne purent plus lui reconnaître, dès-lors, le droit d'attribuer la propriété.

Ainsi dut cesser d'exister, au milieu de l'effondrement général des antiques institutions sociales, l'*in jure cessio* qui s'était développée dans leur sein et avait en elles sa raison d'être.

S'il est impossible de rechercher la trace de cet acte juridique dans les législations qui vécurent après le droit romain, peut-être pourrait-on lui reconnaître une certaine analogie, au moins quant à l'emploi des formes, avec l'acte translatif de propriété de l'ancien droit germanique.

Dans ce droit, en effet, l'acte translatif de propriété comprenait deux actes successifs : le dessaisissement du

cédant, qui s'opérait par la remise faite à l'acquéreur d'un emblème destiné à figurer le droit que le cédant possédait sur la chose aliénée (fétu de paille ou une baguette — *festuca, culmus, virga, fustis*), et le vêtissement de l'acquéreur qui recevait du cédant un emblème destiné à représenter la chose livrée elle-même (glèbe surmontée d'un chaume, s'il s'agissait d'un champ; une touffe de gazon pour figurer une prairie, un rameau pour une forêt).

Ces emblèmes ne correspondaient-ils pas à ceux par lesquels les Romains représentaient les immeubles qui faisaient l'objet de la *manus consertio* ou de l'*in jure cessio* ?

Mais si les symboles se retrouvent dans les deux droits, la nature de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio* est essentiellement différente de celle de la tradition germanique.

Dans les deux actes romains, l'acquéreur jouait le principal rôle; celui du cédant était purement passif. Dans l'acte germanique, au contraire, c'était le cédant qui déclarait remettre à l'acquéreur la propriété dont il se dépouillait; l'acquéreur se bornait à recevoir cette propriété.

Cette interversion des rôles dénote la différence des points de vue sous lesquels la transmission de la propriété était envisagée dans le droit romain et le droit germanique.

A Rome, l'occupation de la propriété par l'acquéreur était l'élément principal de l'acte translatif. L'acquéreur, en effet, prenait la chose en invoquant son propre droit, comme il l'eût fait en s'emparant d'une chose abandonnée. De là, l'absence de l'idée de garantie: l'acquéreur ne trouvait de sécurité que dans la possession qui, grâce au droit, lui donnait rapidement une propriété inattaquable.

D'après le droit germanique, le fait principal, au contraire, consistait dans le dessaisissement du cédant qui investissait l'acquéreur du droit qu'il abandonnait. Ici, se conçoit nécessairement la garantie. Le cédant était obligé de prendre fait et cause pour l'acquéreur évincé, car ce dernier ne trouvait en lui-même aucun moyen de résister à l'attaque dirigée contre son droit. C'est que, chez les Germains, la durée de la possession n'avait pas, comme à Rome, le pouvoir de compléter l'acquisition de la propriété.

# DROIT FRANÇAIS

---

De la Juridiction gracieuse des Tribunaux civils.

---

## CHAPITRE PREMIER

DISTINCTION GÉNÉRALE ENTRE LA JURIDICTION GRACIEUSE  
ET LA JURIDICTION CONTENTIEUSE.

Il se produit nécessairement dans toute société humaine un conflit d'intérêts qui est une des conditions de son existence, une preuve de sa viabilité. Trancher les différends nés de ce conflit, faire droit au plus juste, selon les prescriptions des lois positives et les règles immuables de l'équité, telle est la principale mission de la justice.

Mais, de même que l'égalité ne peut régner dans l'ordre de la nature, sans détruire l'harmonie qui enveloppe toutes ses parties, de même, dans le corps social, il naît

de certaines situations des inégalités, physiques pour les uns, effet de l'âge ou de la maladie, juridiques pour les autres, résultat naturel de l'organisation de la famille. De plus, la société repose sur des principes constitutifs, sur l'exercice de droits et de devoirs servant de trait-d'union entre les hommes, droits et principes à la conservation desquels il faut spécialement veiller.

Les fonctions de protecteur des faibles, de gardien vigilant et de défenseur de tout ce qui constitue la base de l'ordre social, appartiennent à la justice. Cette seconde mission est moins apparente, moins connue, mais elle n'est ni moins élevée ni moins utile que la première.

A part, en effet, l'examen et la solution des procès, les magistrats exercent, d'un côté, une sorte de tutelle judiciaire sur les personnes ou les biens des mineurs, des interdits, des absents, des femmes mariées ; de l'autre, ils surveillent l'observation des formes de l'adoption, la constatation des naissances, mariages ou décès, la rectification des actes de l'état civil, etc., etc.

Tantôt, ils doivent statuer sur des questions qui ne sauraient souffrir de longues instances et des délais, par exemple, les saisies arrêts, conservatoires, gageries ou foraines, les demandes en séparation de corps, tantôt ordonner les appositions et levées des scellés.

De là, découle, pour eux, la nécessité de rendre des décisions plus secrètes ou plus rapides que dans les cas ordinaires et d'employer, par suite, des formes plus expéditives et plus simples.

La juridiction ordinaire ne pouvait accommoder ses prudentes lenteurs ou ses règles éminemment conservatrices de publicité, à la sauvegarde d'intérêts que la lenteur ou la publicité elles-mêmes compromettraient au lieu de les protéger.

Il fallait donc des formes spéciales, des pouvoirs extraordinaires donnés aux magistrats ou aux tribunaux, et faire sortir de la nature même des questions à résoudre et dans lesquelles nul débat contradictoire n'apparaissait, une juridiction plus humble, quant à la forme, mais non moins importante, quant au fond, que la juridiction ordinaire, la juridiction volontaire ou gracieuse.

Cette distinction des deux juridictions contentieuse ou volontaire repose, comme nous venons de le voir, sur la nature même des choses; c'est pour cela qu'on la retrouve chez tous les peuples et dans tous les pays où l'administration de la justice a été réglementée. Il suffit, en effet, de consulter l'histoire des législations anciennes pour y retrouver mentionnée expressément cette judicieuse distinction.

Nous avons vu qu'à Rome la juridiction volontaire ou gracieuse était régie par des principes spéciaux et différents de ceux imposés à la juridiction contentieuse, et nous avons étudié un des principaux actes appartenant à cette juridiction, l'*in jure cessio*. La sphère de chacune d'elles avait reçu une délimitation précise, on peut même dire matérielle, ou plus exactement, réelle. *Omnes proconsules, statim quum urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem, sed non contentiosam sed voluntariam, ut esse manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri* (1).

Le proconsul ne pouvait exercer la juridiction contentieuse que dans sa circonscription territoriale et encore devait-il rendre publiquement ses sentences dans le prétoire et aux jours indiqués. Rien de semblable en matière de juridiction gracieuse; le proconsul pouvait agir,

(1) L. 2, D., *De officio proconsulis*.

même en dehors du territoire de sa province, quel que fût le jour (1), le lieu, sur la voie publique, au bain ou au théâtre.

Telle est l'interprétation donnée par Pothier de la loi 36, au Digeste : *De adoptionibus et emancipationibus* : *Emancipare filium a patre quocumque loco posse constat, ut exeat de patriâ potestate*. D'après lui, ces mots : *quocumque loco*, signifient que le magistrat peut procéder à l'émancipation en dehors de son tribunal, en quelque lieu qu'il se trouve. *Non solum pro tribunali, sed in transitu, in balneo* (2).

De même, la dation d'un curateur peut être faite en tout temps et en tout lieu (3).

Justinien est encore plus explicite, quand il dit : *Servi autem a dominis semper manumitti solent ; adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti quum prætor, aut præses aut proconsul in balneum vel in theatrum eant* (4).

Il est donc certain que les magistrats étaient revêtus d'un pouvoir que nous appellerons gracieux là où ils ne pouvaient juger contentieusement ; que le proconsul exerçait la juridiction gracieuse là où la loi lui refusait la juridiction contentieuse ; que le président, dans les provinces, le préteur, à Rome, étaient affranchis de l'observation des règles de la procédure ordinaire, pour émanciper, donner un curateur, affranchir, et procéder à l'adoption.

Les textes que nous venons de citer peuvent donner une première idée de la juridiction gracieuse ; mais cela ne suffit pas. Il faut savoir pourquoi les actes juridiques

(1) L. 9 C. de feriis ; L. 8, § 2. Dig., de tutoribus et curatoribus datis.

(2) Pothier, ad Pandect. de adoptionibus et emancipationibus.

(3) L. 3, Dig., De tutelis.

(4) Instit., Justin, lib. I, tit. 5, § 2.

qu'ils mentionnent, l'adoption, l'émancipation d'un fils de famille, l'affranchissement d'un esclave, la dation d'un curateur, appartiennent plutôt à la juridiction volontaire ou gracieuse qu'à la juridiction contentieuse.

En examinant de près la nature de ces actes, on remarque qu'ils interviennent entre des parties dont l'une ne pourrait pas être forcée à accepter la proposition de l'autre, si elle ne voulait pas y adhérer ; le magistrat n'a pas ici, comme dans la juridiction contentieuse, le pouvoir de prescrire à l'une des parties l'exécution d'une chose au profit de l'autre partie.

Les actes ci-dessus mentionnés ne sont pas susceptibles de débat contradictoire ; ou les parties sont d'accord entre elles, ou elles ne le sont pas : au premier cas, elles se présentent devant le magistrat dont l'assistance est nécessaire à la perfection de l'acte ; dans le second, l'accord des parties n'existant pas, le magistrat est impuissant à créer le moindre lien. Rappelons-nous, au reste, ce que nous avons vu se produire dans la procédure relative à l'*in jure cessio* et à ses dérivés. Les parties, après avoir fait d'avance leurs conventions, se présentent devant le magistrat et lui demandent de sanctionner par son autorité l'arrangement qu'elles ont fait, de donner à une convention privée le caractère public, authentique et solennel qui lui manque.

S'il en est ainsi, on peut arriver à cette conclusion : que les lois romaines n'ont pas limitativement déterminé les actes de la juridiction gracieuse, et que la loi 2, de *officio proc.*, n'a cité l'adoption, l'émancipation d'un fils de famille, l'affranchissement d'un esclave, que sous forme d'exemple.

Il est même permis d'aller plus loin et de ranger parmi les actes de juridiction volontaire, non-seulement les

actes qui interviennent sous l'autorité du juge entre des parties qui y consentent et sans le consentement desquelles ils ne sauraient exister, mais encore tous ceux que fait le juge sur la réquisition d'une partie, sans qu'il doive ni puisse la communiquer préalablement à une autre partie capable de la contredire. Aussi, Pothier définit-il la juridiction volontaire celle *quæ in volentes exercetur*, et non, comme l'ont fait Voet et Heinneccius, celle *quæ exercetur inter volentes*.

Il est évident que la définition de Pothier, comprenant les actes faits sur la réquisition nécessaire d'une seule partie, par exemple ceux qui résultent des articles 1007 et 1008 du Code civil, est plus exacte que celle de Voet et d'Heinneccius, qui ne s'applique qu'aux actes exigeant le concours de deux parties. Voici, en effet, comment Heinneccius s'exprime à ce sujet : « *Jurisdictio recte dividitur in voluntariam quæ inter volentes et sine cognitione causæ exercetur et contentiosam, quæ inter invitos et litigantes cum causæ cognitione explicatur* (1). »

D'après lui, il ne suffit pas, pour qu'un acte appartienne à la juridiction gracieuse, qu'il ait lieu *inter volentes*, il regarde l'absence de toute connaissance de cause de la part du juge comme tenant à l'essence de cet acte.

Dans l'exercice de la juridiction volontaire, le juge n'aurait donc que des fonctions passives à remplir, et il ne lui serait pas permis de rechercher le bien ou le mal fondé de la demande qu'on lui soumet !

Quoique Voet partage l'opinion d'Heinneccius, on peut se permettre, ce nous semble, de rechercher s'il est vrai, s'il est logique que la non connaissance de cause soit nécessaire pour caractériser un acte gracieux.

(1) Heinneccius, *ad Pandect.*, lib. II, tit. I, de *jurisdictione*.

Mais dans ce système, que d'actes appartenant certainement à la juridiction volontaire il faudrait rejeter dans la sphère de la juridiction contentieuse ! Aussi, Voet prend-il soin de dire que la dation de tutelle et le jugement qui autorise l'aliénation des biens d'un mineur ont un caractère mixte, c'est-à-dire gracieux, s'il n'intervient pas de contradicteur ; contentieux, si l'intervention d'un contradicteur entraîne la connaissance de cause.

Il ne faudrait classer parmi les actes de juridiction volontaire que les actes pouvant se faire *sine causa cognitione*, par exemple, l'ouverture des testaments olographes et mystiques, l'ordonnance de dépôt de ces actes dans les minutes d'un notaire, l'émancipation (art. 477, C. C.).

Il faudrait, comme le fait remarquer M. Merlin, rayer de la liste des actes de juridiction volontaire jusqu'à l'adoption qui y est formellement comprise par la loi 2, *D., de officio proconsulis*. Et cependant, qui oserait nier que l'adoption qui exigeait en droit romain, comme elle l'exige en droit français, la connaissance de cause, qui oserait nier qu'elle appartient à la juridiction volontaire ?

« Mais si l'adoption ne laisse pas d'être un acte de juridiction volontaire, quoiqu'elle exige une connaissance préalable de la cause, pourquoi la nécessité d'une connaissance préalable de cause ôterait-elle le caractère d'actes de juridiction volontaire à la dation de tutelle et à l'autorisation d'aliéner les biens des mineurs ? Et, dès-lors, comment ne pas convenir que ce n'est pas d'après la nécessité ou non nécessité de la connaissance préalable de cause que l'on doit juger si tel acte appartient ou non à la juridiction volontaire, mais uniquement d'après la nature de son objet (1) ? »

(1) Merlin, *répert. de jurisprudence*, au mot *juridiction gracieuse*.

Nous admettons, quant à nous, avec M. Merlin, que la connaissance de cause n'entraîne pas fatalement hors du cadre de la juridiction volontaire les actes qui l'exigent. Donc, pour ceux-ci, le juge pourra rejeter la demande qui, *causâ cognitâ*, ne lui paraîtrait pas mériter l'intervention de son autorité. Mais comment déterminer les éléments de la connaissance de cause qui doit précéder la décision du juge? Nous aurons pour cela recours aux principes développés à ce sujet par d'Argentré.

D'Argentré, qui s'occupe de la connaissance de cause sur l'art. 4<sup>er</sup> de la coutume de Bretagne, après avoir distingué deux sortes de connaissances de cause, l'une, *informatoriam*, d'après laquelle le juge peut se décider d'après ses connaissances personnelles; l'autre, *legitimam*, qui ne peut résulter que des preuves recueillies par les voies légales, *secundum allegata et probata*, d'Argentré, disons-nous, interprète le *sine cognitione causæ* d'Heinneccius en ce sens que le juge, dans l'exercice de la juridiction volontaire, ne peut employer la *cognitionem causæ legitimam*, réservée à la juridiction contentieuse, par opposition à la *cognitioni informatoriæ* qui lui est seule permise (1). Ainsi se trouve corrigé ce que la définition d'Heinneccius a de trop absolu.

En d'autres termes, le juge n'aura que des fonctions passives à remplir toutes les fois qu'il s'agira d'actes n'exigeant aucune connaissance de cause, mais il pourra se décider d'après tous les moyens personnels propres à éclairer sa religion et refuser au besoin son ministère dans tous ceux qui exigeront la connaissance de cause.

Cette théorie, fait remarquer M. Merlin, est pleinement justifiée par l'art. 355 du Code civil (2).

(1) D'Argentré, cout. de Bretagne (art. 4<sup>er</sup>, note 1, no 2).

(2) Merlin, *Répert. de jurisp.*, au mot *juridiction gracieuse*, no 4.

En poursuivant la distinction des deux juridictions volontaire et contentieuse, nous trouvons, dans les lois romaines, une différence remarquable : c'est que le magistrat pouvait, par devant lui même et pour son propre compte, accomplir des actes de juridiction volontaire, tandis qu'il était sans pouvoir, pour les actes de juridiction contentieuse, toutes les fois qu'il y était personnellement partie (1).

Devons-nous accepter, dans notre droit, la distinction romaine ?

D'abord, il n'est pas sûr que les décisions contenues dans les textes que nous venons de citer soient le résultat d'un système complet sur cette question, car on en trouve, à côté d'elles, d'autres qui les contredisent (2). Nous ne croyons donc pas que les lois romaines, présentant dans l'espèce si peu de concordance, puissent servir de base à une théorie dans le sens de la distinction qui nous occupe.

Il est vrai que la contradiction qui existe entre ces lois n'a trait qu'aux actes de juridiction volontaire nécessitant la connaissance de cause et que l'accord est complet relativement à ceux qui n'exigent pas cette connaissance.

Mais, abstraction faite de cette nuance, est-il conforme à la raison qu'un magistrat prononce dans une cause, fût-elle la plus simple et la moins sujette à examen, où il est personnellement intéressé ? L'autorité de l'acte lui-même ne serait-elle pas diminuée, son authenticité même suspectée ?

(1) L. 18, § 2. Dig. *De manumissis vindictâ*; L. 2, *eod. tit.*; L. 1, Dig. *De officio prætoris*; L. 4, Dig. *De adoptionibus*; L. 2, Dig. *De officio prætoris*; L. 3, *De adoptionibus*; L. 2, Dig. *De officio præsidii*; L. 1, § 2. *De officio consulis*.

(2) L. 1, *De officio prætoris*; L. 4, *De tutoribus et curatoribus ditiis*.

Ne se heurterait-on pas, comme le fait remarquer M. Merlin, à la règle : *nul ne peut être témoin dans sa propre cause*, à moins qu'on ne limitât cette règle, ce qui serait absurde, à la juridiction contentieuse ?

Signalons, enfin, une dernière différence, incontestable au moins celle-là, entre les actes volontaires et les actes contentieux.

Notre droit peut l'accepter du droit romain, car elle est tirée de la nature même de ces juridictions : « C'est  
« que celui qui a recours à la juridiction volontaire ne  
« demande au juge que l'interposition de son autorité, et  
« et que ceux que des prétentions contraires forcent de  
« s'adresser aux tribunaux leur demandent d'abord  
« une sentence, c'est-à-dire, de prendre connaissance  
« de leurs moyens et de les juger, et n'invoquent l'au-  
« torité du juge que secondairement et pour l'exécution  
« de cette même sentence ; ce qui a fait dire aux juris-  
« consultes que la juridiction volontaire est *magis imperii*  
*quam jurisdictionis*, et que la contentieuse est *magis*  
*jurisdictionis quam imperii*. »

« De là, ajoute le même auteur, résulte la conséquence  
« fort notable que, de droit commun, la juridiction volon-  
« taire est attachée à la justice ordinaire et territoriale,  
« et que tous les juges extraordinaires ne peuvent l'exer-  
« cer qu'en vertu d'une délégation expresse (1) »

Appuyé sur de semblables autorités, on peut donc, sans hardiesse aucune, affirmer la différence profonde, rationnelle, nécessaire, existant entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse.

Nous définirons donc la première, celle dans laquelle une seule partie ou plusieurs, d'accord entre elles,

(1) M. Henrion de Pansey, de *l'autorité judiciaire*, chapitre XIV.

s'adressent à la justice pour obtenir d'elle, sans contestation, sans débat, avec ou sans connaissance de cause, la sanction de son autorité relativement à un acte ou à une convention qui, sans cette sanction, resteraient incomplets et sans force.

Mais, aussitôt qu'à cette instance pacifique vient se mêler une protestation, une contradiction, une attaque extérieure; dès qu'un tiers, étranger à la première démarche, vient agiter une prétention opposée à la demande faite au juge, là s'arrête la juridiction gracieuse et les faits tombent d'ores et déjà dans le domaine de la juridiction ordinaire, c'est-à-dire contentieuse, dont ils doivent suivre le cours. *Voluntaria jurisdictio transit in contentiosam interventu justii adversarii* (1).

Cette distinction naturelle des actes gracieux et contentieux devait s'imposer aux législations qui vécurent après le droit romain et qui s'inspirèrent la plupart du temps de ses préceptes.

Notre ancien droit l'accepta, en effet, et ce pouvoir que nous avons vu accordé aux préteurs et aux proconsuls romains se retrouve déposé entre les mains des magistrats français.

« Outre l'audience de la prévôté du parc civil et celle  
« de la chambre civile, où M. le lieutenant civil préside,  
« il exerce une sorte de juridiction en son hôtel, au sujet  
« de certaines affaires sommaires qui requièrent une  
« prompte expédition; on y porte les référés sur les  
« saisies exécutions, enlèvements de meubles, les dif-  
« ficultés qui naissent lors des scellés et inventaires entre  
« les officiers et les parties; les avis de parents, actes  
« de tutelle, curatelle, interdiction volontaire et forcée,

(1) D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 1, note 1, n° 2.

« autorisations de femmes mariées au refus du mari (1). »

Le lieutenant civil est investi, comme à Rome, *d'une sorte de juridiction* qu'il exerce *en son hôtel* ; la procédure et les formes ordinaires sont écartées : l'analogie est complète. Une différence, cependant très notable, sépare, en cet endroit, notre ancien droit du droit romain. Tandis que le magistrat romain exerçait seul ce pouvoir de juridiction gracieuse, le lieutenant civil n'est chargé du règlement et de l'expédition des affaires qu'autant qu'il ne surgit point de difficulté sérieuse. Dans le cas contraire, il devait faire un rapport à la *chambre du conseil* et le greffier dressait la sentence sur ce qui avait été délibéré (2).

Le pouvoir d'un seul était ainsi bien souvent tempéré par la sagesse de plusieurs ; l'arbitraire, qui se glisse parfois dans les décisions de l'homme, chargé seul de les rendre, devait être moins fréquent lorsque la Chambre du Conseil statuait sur le rapport du lieutenant civil.

Nous voilà donc, ici, en présence et d'un magistrat et d'une chambre investis de la juridiction gracieuse. Qu'était-ce que cette chambre spéciale ? Comment s'était-elle introduite dans les usages judiciaires ?

Cette chambre formait un des quatre services du Châtelet de Paris. Son rôle et la nature de ses attributions, à part ce que nous en avons dit plus haut, sont assez vaguement définis. Il n'est resté aucune trace de ses travaux.

Elle a dû se former « insensiblement, comme dans les autres tribunaux, par la nécessité de s'assembler pour les affaires dont on vient de parler, dans des lieux plus commodes que ceux de l'audience (3). »

(1) Nouveau style du Châtelet de Paris, 2<sup>e</sup> partie, page 8.

(2) Nouveau style du Châtelet, 2<sup>e</sup> partie, page 9 et 41.

(3) Pigeau, procédure du Châtelet de Paris, tom. I, page 100.

On ne trouve en effet, nulle part, la date précise de son établissement. Cette chambre portait le nom de Chambre du Conseil. Telle est l'origine, sans doute, de notre Chambre actuelle du Conseil qui partage, avec les présidents des tribunaux civils, les travaux incombant à la juridiction gracieuse.

Nous nous avançons trop, peut-être, en affirmant de prime abord que la Chambre du Conseil, telle qu'elle est instituée de nos jours, appartient à la juridiction gracieuse ; car elle a aussi des attributions contentieuses. Cependant, d'après la distinction que nous venons d'étudier, nous avons reconnu la nécessité de règles plus sommaires, plus simples en matière gracieuse qu'en matière contentieuse. Dès lors, supposons que la chambre du conseil soit saisie d'une affaire ayant tous les caractères que nous avons définis, statuant sur requête et *in volentes*, comme le dit Pothier, à quelle juridiction appartiendra-t-elle ?

Evidemment, à la juridiction gracieuse. Et si la plus grande partie des affaires qui lui sont renvoyées sont empreintes du caractère gracieux, tandis que les affaires contentieuses dont elle a à s'occuper pour des motifs exceptionnels que nous examinerons plus loin, sont en très petit nombre, laquelle des deux juridictions, volontaire ou contentieuse, formera le droit commun de la Chambre du Conseil ? Evidemment, ce sera la juridiction volontaire.

Aucun texte de loi ne le déclare expressément, mais cela ne résulte-t-il pas de la nature même des choses ? S'il est quelquefois dangereux de suppléer à l'absence de dispositions législatives, il ne saurait l'être quand la loi contient implicitement ce qu'elle ne dit pas expressément. Son esprit, du reste, s'est clairement manifesté dans la matière qui nous occupe ; et n'a-t-on pas pour garant de

l'exactitude de cette interprétation, un passé historique des plus concluants que le législateur moderne n'était pas sans connaître ?

Si le code civil et le code de procédure ont attribué à la Chambre du Conseil la connaissance de nombreuses questions, la plupart revêtues du caractère gracieux, et s'ils n'ont pas posé de principes généraux, n'est-ce pas parce qu'ils se rapportaient, quant à la nature des attributions de cette chambre, et, par suite, quant aux règles suivant lesquelles elle devait procéder, à la pratique de notre ancien droit et à celle du droit romain ?

La compétence de la Chambre du Conseil a été, du reste, peu à peu étendue, et quoique reconnue, en principe, par nos codes, son utilité pratique lors de leur confection ne se faisait pas si vivement sentir que de nos jours. On comprend ainsi pourquoi le législateur n'a pas pris le soin de la définir, il lui suffisait de ne pas abroger l'ancien droit. « Mais le temps a marché ; l'extension prodigieuse de la propriété mobilière, la rapidité, « la multiplicité, la variété infinie des transactions sont « venues augmenter dans des proportions considérables « la nécessité de recourir à la Chambre du Conseil, qui « s'est trouvée ainsi appelée à résoudre d'innombrables « questions. » (1)

Il y a donc là une lacune à combler, des principes à fixer invariablement sans qu'ils puissent, comme aujourd'hui, fournir matière à discussion. Le terrain est tout préparé, la question même résolue par la pratique ; il y a peu à faire, mais ce peu sera beaucoup une fois fait.

Si donc la Chambre du Conseil a des attributions de nature gracieuse, ne doit-elle pas, quant à ces attributions,

(1) Bertin (I), t. 1, chambre du conseil en matières civiles et disciplinaires.

suivre des règles spéciales, différentes de celles qui seront suivies par la même Chambre statuant en matière contentieuse, ou *inter nolentes*, dans les cas prévus par la loi.

Nous aurons donc à rechercher quelles doivent être ces règles, ces formes extraordinaires. La compétence de la chambre du conseil statuant en matière gracieuse, l'étendue de sa juridiction, la nature de ses décisions, leurs effets, tels seront les points sur lesquels nous allons principalement porter notre attention.

Après avoir donné un corps à ces notions éparses, nous examinerons quelques-unes des hypothèses rentrant dans la sphère d'application de la juridiction gracieuse.

Afin d'établir quelque corrélation entre nos deux sujets de droit romain et de droit français, nous aurions dû traiter de la partie de la juridiction gracieuse déferée aux présidents des tribunaux civils, la *cessio in jure* rentrant dans les attributions du préteur romain. Si nous avons préféré nous occuper de la Chambre du Conseil, c'est que les affaires gracieuses dont la connaissance lui est attribuée, représentent des intérêts beaucoup plus considérables que celles déferées aux présidents, et la marche à suivre pour arriver à leur solution nous a paru plus digne d'être étudiée.

## CHAPITRE II

### DE LA CHAMBRE DU CONSEIL

---

#### SECTION I. — **Compétence de la juridiction de la Chambre du Conseil en matière gracieuse.**

Dans bien des cas, le code civil et le code de procédure décident qu'il sera statué sur certaines affaires *en la chambre du conseil*. Ces textes sont-ils limitatifs? la Chambre du Conseil ne doit-elle connaître que des questions que la loi lui renvoie, ou bien sa compétence s'étend-elle à toutes les matières civiles gracieuses? En d'autres termes, la juridiction de la Chambre du Conseil est-elle exceptionnelle ou de droit commun, en matière gracieuse?

Toute la question est là.

Créer une juridiction que la loi n'a pas établie, troubler l'ordre de la hiérarchie judiciaire, donner à la juridiction ingénieusement trouvée la connaissance d'affaires qui doivent appartenir à une autre, tel serait l'écueil contre lequel le commentateur risquerait de se heurter, s'il s'agissait de toute autre juridiction que de celle de la Chambre du Conseil.

Mais ici, nulle innovation fantaisiste n'est à craindre; la voie a été tracée par les législations anciennes, et tout

fait supposer que le code civil et le code de procédure n'ont fait que la suivre.

Il est vrai qu'il faut démêler, à travers les quelques textes s'occupant de la Chambre du Conseil, le véritable esprit de ces dispositions qui ne sont que la conséquence d'une théorie originaire que le législateur avait en vue, mais qu'il n'a pas formulée. C'est cette absence de principes généraux expressément établis, qui a fait soutenir à d'excellents esprits que le législateur avait conçu d'une manière étroite la compétence de la juridiction de la Chambre du Conseil. De ce que la Chambre du Conseil n'est autre chose que le tribunal civil jugeant dans un autre local que la salle ordinaire de ses audiences, on n'a pas voulu lui reconnaître le droit d'être une juridiction indépendante de celle du tribunal ; on s'est peut-être occupé un peu trop des conditions physiques d'existence de ces deux assemblées, et négligé l'intérêt juridique beaucoup plus élevé qui se rattache à cette distinction et la commande.

Si, comme le soutient un auteur très-estimable (1), la juridiction de la Chambre du Conseil est exceptionnelle, où sera celle de droit commun ? Ne sommes-nous pas en matière gracieuse, et, ici, qui statuera ? Sera-ce le tribunal de première instance jugeant le contentieux qui, dans les affaires gracieuses, formera la juridiction ordinaire ? Il ne le peut. Mais où ne conduirait pas cette théorie ? Comme le fait très-justement observer M. Bertin (2), ce serait mettre les incapables ou leurs représentants dans l'impossibilité d'être autorisés à contracter, toutes les fois qu'un texte spécial n'aurait pas conféré à

(1) M. Berriat Saint-Prix. Traité sur le code de procédure civile, t. I, p. 28, note 43.

(2) Bertin. Chambre du conseil, t. I, p. 35.

la Chambre du Conseil le droit d'autorisation. Ne pas reconnaître la Chambre du Conseil comme juridiction générale, ce serait nier la distinction naturelle et nécessaire du gracieux et du contentieux ou bien arriver à un but contraire à celui de la loi et priver, en effet, les incapables, dans les situations innombrables que la loi n'a pas pu prévoir, de la sollicitude et de la protection dont on sait qu'elle les entoure, et dont ils ont besoin.

On ne peut douter, du reste, que si le législateur avait voulu innover relativement à l'ancienne pratique de la Chambre du Conseil, il ne se fût clairement expliqué, et quand on examine les termes si brefs, toujours les mêmes, dont il s'est servi en renvoyant certaines questions à la Chambre du Conseil, on doit être convaincu que l'ancien droit a été conservé et que la loi a été purement énonciative et pas du tout limitative.

Les rares textes que nous avons, l'art. 458 du Code civil, par exemple, doivent donc être regardés, non pas comme des exceptions, mais comme une application particulière d'un principe général reconnu, sanctionné par notre ancien droit et nullement abrogé par le nouveau.

La doctrine que nous défendons a pour elle, d'ailleurs, les meilleures autorités; c'est celle de la cour de Paris et de plusieurs chambres importantes des tribunaux civils, notamment celle du tribunal de la Seine (1).

(1) Voyez aussi dans ce sens M. Favart de Langlade, répertoire, au mot : Chambre du Conseil Bertin, Chambre du Conseil t. I.

SECTION. II — **Étendue de la juridiction de la Chambre du Conseil statuant en matière gracieuse.**

Il serait intéressant de connaître, par un recueil de jurisprudence semblable à ceux publiés sur les décisions contentieuses, les cas variés et nombreux sur lesquels ont à statuer les Chambres du Conseil des tribunaux civils. Nous n'avons en fait de travail de ce genre que le remarquable ouvrage de M. Bertin, que nous avons cité et auquel nous nous permettrons de faire bien d'autres emprunts.

M. Bertin nous dévoile les décisions de la Chambre du Conseil de la Seine, sur la plupart des affaires gracieuses dont elle a eu à s'occuper. Nous examinerons quelques-unes de ces décisions et nous rechercherons si la Chambre du Conseil ne s'est pas écartée de ce que nous croyons être les véritables principes de la juridiction gracieuse. Mais les Chambres du Conseil des autres tribunaux civils, qui n'ont pour guide que des règles anciennes et des coutumes que l'on attaque, restent-elles toujours, malgré leur sagesse, fidèles aux saines traditions? N'étendent-elles pas outre mesure leur juridiction, ne la restreignent-elles pas quelquefois?

On voit combien, il serait utile de réglementer au plus tôt cette grave matière et de faire cesser l'arbitraire partout où il pourrait s'être introduit, en lui substituant des dispositions précises, déterminant une fois pour toutes l'étendue de la juridiction des Chambres du Conseil.

Le caractère extérieurement gracieux d'une affaire, nous voulons dire l'absence de débat contradictoire, l'accord préalable des parties, ne suffit pas pour la mettre dans

les attributions de la Chambre du Conseil ; il faut, de plus, et surtout, qu'elle soit gracieuse de *sa nature*. Tel n'a pas toujours été le système suivi par les Chambres du Conseil. Ne voit-on pas cependant, qu'en suivant une autre doctrine, on arrive à la confusion des juridictions, à l'empiètement de l'une sur l'autre, à l'anéantissement de cette savante hiérarchie qui préside à la distribution de la justice.

Il ne peut dépendre des particuliers de rendre compétente telle ou telle juridiction, de substituer la Chambre du Conseil au tribunal civil et réciproquement ; les magistrats, les tribunaux doivent se renfermer étroitement dans les limites que la loi leur a tracées ; leur dignité, l'autorité de leurs décisions l'exige. La Chambre du Conseil statuant en matière gracieuse, ne doit, ne peut être saisie que des affaires naturellement gracieuses, affaires qu'elle peut juger, du reste, quoiqu'elles n'aient toutes été prévues par la loi ; mais la connaissance de questions contentieuses, sur lesquelles les parties se seraient entendues, arrangées, et sur lesquelles on demanderait à la justice sa sanction, ne lui appartient pas. Si les parties en les soumettant à la Chambre du Conseil veulent leur donner l'authenticité, les officiers publics sont chargés de ce soin ; cela ne regarde pas les magistrats. C'est dans le même ordre d'idées que le législateur a décidé que les procès-verbaux de conciliation passés devant le juge de paix n'emporteraient pas hypothèque. On a craint que, les parties à la suite d'un débat fictif se présentant devant ce magistrat et se conciliant ensuite, il ne naquît au profit de l'une d'elles une hypothèque au mépris des formalités exigées pour la constitution de ce droit réel. L'avantage, il est vrai, serait immense, car l'hypothèque ainsi obtenue serait une

hypothèque judiciaire bien supérieure en effets à l'hypothèque conventionnelle résultant d'un acte authentique passé en la forme notariée. Mais à chacun son rôle et ses attributions ; c'est ainsi que l'a pensé le législateur.

Par suite, les conditions d'après lesquelles un donateur ou un testateur imposerait l'obligation, pour aliéner les biens légués ou donnés, de prendre l'autorisation préalable de la Chambre du Conseil ou du tribunal, de telles conditions seraient entachées de nullité. L'article 900 du Code civil leur serait applicable.

De plus, l'autorisation demandée à la justice dans les affaires gracieuses doit être nécessaire et indispensable.

La loi n'ayant statué que sur quelques cas spéciaux, on consultera les hypothèses prévues pour rechercher si l'affaire à examiner a, quant aux intérêts engagés, quant au but de protection ou de surveillance, de l'analogie avec elles.

Il est encore une condition qui ressort de la notion même de la juridiction gracieuse, c'est que l'affaire soumise à la Chambre du Conseil ne doit contenir, même en germe, des circonstances de fait ou de droit pouvant être opposables à des tiers intéressés et rendre possible leur intervention. Dans ce cas, la juridiction contentieuse serait seule compétente.

Il est bien entendu que dans quelques cas exceptionnels que la loi a pris soin de fixer et qu'elle renvoie elle-même à la décision de la Chambre du Conseil, dans ces cas, malgré leur caractère contentieux, la Chambre du Conseil devient compétente. Des raisons sérieuses ont commandé ces exceptions qui, du reste, ne font, par la fixation dont elles ont été l'objet, que confirmer une fois de plus la reconnaissance d'un principe général, accepté par le législateur, en matière de juridiction gracieuse.

La jurisprudence de la Chambre du Conseil de la Seine, la seule dont il nous soit donné d'avoir en recueil les décisions, n'a pas toujours fait l'application des principes que nous venons de poser. Elle s'en est écartée en matière de rectification des actes de l'état civil, par exemple, laquelle doit être ordonnée par la Chambre du Conseil (art. 99, Code civil, art. 855-858, Code procédure civile).

La rectification à ordonner ne doit évidemment porter que sur des circonstances matérielles, des erreurs de noms, des omissions, de fausses déclarations faites à l'officier de l'état civil, et nullement sur les questions d'état qui pourraient s'élever au sujet de ces rectifications. L'état et les droits des personnes qui les demandent, aussi bien que ceux des tiers, ne peuvent recevoir aucune modification. C'est donc à tort que le tribunal de la Seine, statuant en la Chambre du Conseil, a ordonné la rectification d'un acte de naissance dans lequel on attribuait à l'enfant un père autre que celui qui l'avait légitimé par mariage subséquent (1). Il y avait évidemment, là, plus qu'une simple rectification à faire, l'état de l'enfant devait être changé par suite du changement de père. La Chambre du Conseil aurait dû avouer son incompetence. La rectification étant subordonnée ici à la solution d'une question d'état, celle-ci devait être d'abord examinée contentieusement.

A part quelques solutions critiquables, il faut reconnaître que la Chambre du Conseil du tribunal de la Seine s'est généralement tenue dans les limites de la juridiction gracieuse et a su refuser l'examen de questions qui sortaient de sa compétence. C'est ainsi qu'elle n'a pas voulu statuer

(1) Bertin, Chambre du Conseil, t. I, p. 188.

sur des demandes en rectification : 1<sup>o</sup> de titres et pièces émanés de la chancellerie de la Légion d'honneur (19 mars 1853); 2<sup>o</sup> des énonciations portées sur une liste de recrutement (27 juillet 1852); 3<sup>o</sup> d'un acte de naturalisation (12 novembre 1853) (1).

De nombreuses décisions mentionnent des autorisations accordées dans des cas où elles n'étaient point nécessaires, par exemple dans le cas de demandes d'autorisation de remploi formées par des femmes dotales, qui s'étaient réservé dans leur contrat de mariage le droit de vendre leurs biens dotaux. De quelle utilité a pu être l'autorisation donnée? L'aliénation des biens dotaux n'avait-elle pas été stipulée et permise dans le contrat de mariage? A quoi bon s'adresser à la justice, à part les cas prévus par l'art. 1558 du Code civil? S'il s'élève quelques difficultés sur les stipulations du contrat relatives à la régularité du remploi, on n'est plus en matière gracieuse, la juridiction ordinaire seule peut résoudre les questions que fait naître l'interprétation des clauses d'un contrat de mariage.

Il est donc inutile de demander à la Chambre du Conseil une autorisation, qui, par cela seul que la justice est intervenue, peut souvent inspirer aux tiers acquéreur une fausse sécurité; car si l'acte d'aliénation ou de remploi est susceptible d'être attaqué, l'autorisation donnée par la Chambre du Conseil n'a pas le pouvoir de le rendre invulnérable. Cette autorisation ne devait donc pas être accordée (2). Il importe à la dignité de la justice, dit M. Bertin, de ne pas transformer la Chambre du Conseil en bureau de *consultation*. Nous serons de cet avis, jusqu'à

(1) Bertin, Chambre du Conseil, to. I, p. 201, et 202.

(2) Contra, Toullier, t. XIV, n<sup>o</sup> 489. Un arrêt de la Cour de Paris, du 28 juin 1847, paraît admettre la compétence de la Chambre du Conseil.

ce qu'une organisation précise ait mis de semblables pouvoirs dans les attributions de la Chambre du Conseil. Il en résulterait assurément une grande rapidité dans l'examen et la solution des questions, une économie énorme de frais, mais, tant que la loi n'a pas parlé, laissons aux tribunaux civils, jugeant contentieusement, les matières contentieuses telles que les questions de contrat de mariage, et surtout, respectons l'ordre de choses établi. Il ne faudrait pas cependant enclaver dans des bornes trop étroites la compétence de la Chambre du Conseil. Nous reconnaissons que des autorisations qui n'étaient nullement nécessaires ont été quelquefois utiles. Un tuteur, par exemple, hésite devant une mesure d'un avantage évident pour les intérêts du mineur; l'homologation qu'il demande et qu'il obtient le décide. Nous trouvons des décisions ainsi rendues par la Chambre du Conseil du tribunal de la Seine, qui avait soin, toutefois, de déclarer, dans la décision même, son inutilité. On voit que l'absolu ne peut être poursuivi dans une matière qui comporte une certaine élasticité pour se plier aux nombreux besoins de la pratique.

Le législateur, à qui reviendra l'honneur de faire une loi d'organisation spéciale sur la juridiction de la Chambre du Conseil, aura à concilier le respect dû aux bonnes traditions juridiques avec des nécessités qui se faisaient moins vivement sentir autrefois qu'aujourd'hui et surtout avec le but final de cette juridiction.

SECTION III. — **Procédure.**

La nature des affaires soumises à la décision de la Chambre du Conseil, statuant en matière gracieuse, ne peut comporter les délais et les lentes formalités de la procédure ordinaire; nous nous sommes expliqué déjà sur ce point; nous n'y reviendrons pas. Une exposition rapide suffira pour décrire le mécanisme si simple, qui met en mouvement les ressorts peu nombreux de cette juridiction.

La demande doit être formée par requête présentée au président du tribunal de première instance, et non directement à la Chambre du Conseil. Nous avons vu que, dans notre ancien droit, le Lieutenant civil était saisi seul des affaires gracieuses et ne les soumettait à la Chambre du Conseil, qu'en cas de difficulté. Là, est peut-être l'origine de la présentation de la requête au président du tribunal civil, au lieu de l'adresser, ce qui serait plus logique, à la Chambre elle-même. Cette requête doit être écrite sur papier timbré; mais on n'est pas d'accord sur la question de savoir si elle peut-être signée par la partie seule ou si le ministère d'un avoué lui est nécessaire.

Il paraît résulter du tarif du 16 février 1807, qui taxe la présentation des requêtes à la Chambre du Conseil, que le ministère des avoués est obligatoire; mais nous n'hésitons pas, malgré cela, à nous prononcer contre cette obligation, car nous sommes, ne l'oublions pas, dans une matière qui demande le moins d'entraves et le moins de frais possible (1).

(1) V. dans ce sens, M. Chauveau sur Carré, art. 861, nos 2920 et 2922; *contra*, Bertin, Chambre du Conseil, tom. 1, page 58.

A la suite de la requête, le président ordonne la communication au ministère public, et commet un juge pour faire le rapport à la Chambre du Conseil.

Les explications à fournir peuvent être présentées, en la Chambre du Conseil, soit par la partie, soit par son avoué. Peuvent-elles l'être par un avocat ? Nouvelle divergence entre les auteurs. Nous penchons pour l'affirmative, car c'est ici une pure faculté pour les parties ; la loi ayant dans certains cas spéciaux défendu l'assistance d'avoués ou de conseils, il est probable qu'en principe elle l'accepte. (C. Pr. art 877.). Un arrêt de la cour de Pau du 30 juin 1837, infirmant une décision contraire à cette solution, a statué dans notre sens. C'est aussi la jurisprudence suivie par la Cour de Cassation et la pratique constante de la Chambre du Conseil du tribunal de la Seine (1).

Le rapport sera présenté en la Chambre du Conseil quand la décision doit être secrète (art. 458, Code civil).

*Quid*, lorsqu'elle doit être rendue en audience publique ?

Par exemple, dans les cas prévus par les articles 358 du Code civil, 858 et 997 du Code de procédure, que faut-il décider ?

Il nous semble que l'esprit de la matière, la notion intime de la juridiction gracieuse, ne permettent pas d'hésiter. Le rapport doit être présenté en la Chambre du Conseil. Et ce que nous disons du rapport, nous le dirons de même des conclusions du ministère public.

On nous oppose l'article 111 du Code de procédure, qui exige que tous les rapports, même ceux sur délibéré, soient faits à l'audience, l'article 112 qui soumet à la

(1) V. Demolombe, t. IV, n° 255,

même prescription les conclusions du ministère public, mais ces dispositions n'ont pas été écrites pour la juridiction gracieuse; elles règlent seulement, cela est hors de doute, la procédure contentieuse.

Quoi! les affaires gracieuses dont le demi-jour dans lequel on les retient, on peut même dire le secret dans lequel on les enveloppe, quant à leur instruction et aux explications à fournir, sont la plupart du temps les conditions nécessaires pour arriver à leur meilleure solution; ces affaires vont être ébruitées par le rapport du juge-commissaire et les conclusions du ministère public! On veut que le législateur ait commis une telle inconséquence!

Ne refuse-t-on pas ainsi de se soumettre à cette saine logique qui n'est que la suite des principes incontestables, sur lesquels repose la juridiction gracieuse et à laquelle le droit romain, nos vieux jurisconsultes et notre droit français, n'ont pas cru pouvoir se soustraire?

Nous repoussons donc cette doctrine comme irrationnelle et par conséquent fautive et dangereuse; mais nous nous arrêtons là, car nous ne voulons pas préjuger une question que nous allons examiner tout à l'heure, la publicité ou la non-publicité des décisions rendues en matière gracieuse (1).

(1) Dans ce sens : Merlin, *Répertoire*, au mot *autorisation maritale*, section VIII, § 2 bis. — Bertin, Chambre du Conseil; Riom, 29 janvier 1829; Bordeaux, 27 février 1834; Demolombe, t. IV, n° 256; Chauveau sur Carré, n° 2923 (art. 861); Colmet d'Aage, *Leçons de procédure*, t. 2, n° 528. *Contrà*, Nîmes, 9 janvier 1828; Berriat Saint-Prix, t. II, p. 666, n. 12. A Paris, le rapport et les conclusions interviennent à l'audience publique tant en première instance que devant la cour.

SECTION IV. — **Décision de la Chambre du Conseil en matière gracieuse.**

Afin d'entourer de plus de respect les arrêts de la justice et d'inspirer à tous la soumission qui leur est due, le législateur en a prescrit la publicité. Il a voulu que tout le monde pût être à même de connaître les faits litigieux, la solution donnée par le juge et apprécier ainsi sa droiture et son équité.

C'est pourquoi la loi du 16 août 1790 exige, à peine de nullité, la prononciation en audience publique de tous les jugements.

Les décisions de la Chambre du Conseil tombent-elles sous l'application de ce principe? C'est ce que nous allons examiner. Et, d'abord, il est évident que la publicité n'a été prescrite que dans le cas de procès engagé, débattu, tranché, dans le cas de conflit d'intérêts; c'est là, en effet, qu'il importe de faire connaître comment la justice s'acquitte de ses fonctions. On est, là, sur le terrain contentieux.

Mais lorsqu'il ne s'agit plus de litige, d'attaque et de défense, lorsqu'il s'agit seulement d'actes de sanction, d'autorisation, de tutelle judiciaire en un mot, croit-on que la loi du 16 août 1790 ait été faite pour eux? Croit-on que le législateur d'alors, quelque troublé qu'il pût être par l'agitation révolutionnaire qui allait comme renouveler la face de la société française, croit-on qu'à ce moment il ne se soit plus souvenu de l'histoire de notre droit, et qu'il ait voulu rejeter les précieux enseignements qui, partis du droit romain, avaient traversé inctacts les épreuves des temps et en avaient, pour ainsi dire, reçu la

consécration ? Nous ne sommes pas assez audacieux pour avoir de telles pensées. Nous sommes, au contraire, convaincu qu'il a eu présentes à l'esprit les règles de non-publicité qui régissaient à Rome, comme dans notre ancien droit, la juridiction gracieuse, et qu'il a accepté cette tradition. Après tout, sortons des considérations générales et voyons de plus près comment s'y est prise la loi de 1790 pour substituer un nouvel état de choses à l'ancien. Nous avons sérieusement de la peine à le concevoir. L'article 14 de cette loi a soumis au régime de la publicité tous les jugements. Mais les décisions de la Chambre du Conseil sont-elles visées par cet article ? Constituent-elles des jugements ? Les adversaires de la doctrine que nous défendons le prétendent, et étendent ainsi l'empire de cette loi à des matières qu'elle n'a certainement pas réglées. Voici leur argument : La loi, pour qualifier les décisions de la Chambre du Conseil, s'est servie du mot *jugement* ; tous les jugements doivent être rendus en audience publique ; donc, les décisions de la Chambre du Conseil sont soumises à la publicité (1). D'après cette théorie, un texte spécial de la loi pourrait seul affranchir de la publicité la décision rendue.

Si nous ne craignons pas de nous répéter, nous retracerions encore les phases de la procédure gracieuse, sa nature, ses exigences, son but ; mais nous en avons assez dit pour démontrer que les décisions de la Chambre du Conseil n'ont pas le caractère des jugements émanés de la juridiction contentieuse, la seule réglementée par la loi de 1790.

En général, rendre un *jugement*, c'est *juger* le bien ou le mal fondé d'une demande, c'est faire triompher une

(1) Berriat Saint-Prix, *Traité de la procédure civile*, t. I, p. 28, n. 43.

prétention à l'encontre d'une autre, c'est mettre fin à un combat judiciaire. Or, rien de pareil, nous le savons, ne se présente en matière gracieuse. La Chambre du Conseil ne tranche aucun débat; elle sanctionne, elle autorise, elle complète la force d'un acte par son adhésion : là, se borne son rôle. Elle ne juge pas. Comment donc jouer sur les mots quand les principes ressortent si éclatants de la matière? Nos adversaires insistent cependant et invoquent, comme preuve à l'appui de leur affirmation, quelques dispositions dans lesquelles la loi soumet à la non-publicité les décisions de la Chambre du Conseil. Mais on peut leur répondre par d'autres textes (art. 358, C. c.; 858, 997, C. de pr.) qui portent :

Le premier, que l'arrêt qui admet une adoption doit être *prononcé à l'audience*; le deuxième, que l'arrêt qui intervient sur une demande de rectification d'acte de l'état civil soit *rendu à l'audience*; le troisième, enfin, que la vente des biens dotaux doit être autorisée dans les cas prévus par l'art. 1558 du Code civil, par *jugement rendu en audience publique*. Pourquoi donc la loi prend-elle soin de prescrire la publicité dans ces cas-là? S'explique-t-elle ainsi chaque fois qu'il s'agit de juridiction contentieuse? Il n'y a donc rien de décisif à conclure de ces différents textes, considérés isolément. Lesquels sont l'exception? lesquels, la règle?

Cela nous est facile à déterminer si nous rapprochons des textes qui prescrivent exceptionnellement la publicité, la pratique romaine, notre ancienne jurisprudence et les explications que nous avons données sur la nature des affaires gracieuses, auxquelles la publicité est plus nuisible qu'utile.

Au reste, quelle bizarrerie dans le système contraire! La loi aurait, dans certains cas, prescrit le huis-clos, et

pour des cas analogues où les raisons de décider sont les mêmes, exigé la publicité. Tout concorde donc pour démontrer que la loi de 1790 n'est pas applicable aux décisions gracieuses de la Chambre du Conseil ; et que l'ancienne jurisprudence doit encore être suivie. Cette doctrine est celle admise par la Chambre du Conseil du tribunal de la Seine et la Cour de Paris. Un arrêt de la cour d'Amiens, du 7 juin 1853, la consacre. C'est celle qui est enseignée par d'éminents jurisconsultes (1). Enfin la Cour de cassation, après avoir entendu les judicieuses et remarquables conclusions de M. l'avocat général, Nicias Gaillard, l'a solennellement acceptée par un arrêt du 6 février 1856.

SECTION V. — **Effets de la décision de la Chambre du Conseil rendue en matière gracieuse.**

La solution que nous venons de donner, à savoir que les décisions de la Chambre du Conseil, statuant en matière gracieuse, n'ont pas le caractère de jugements proprement dits, cette solution, disons-nous, va nous aider à résoudre d'autres questions qui ne sont que la conséquence de la précédente et nous aplanir les difficultés que l'on soulève à leur endroit. On est, en effet, conduit à se demander quels peuvent être, à l'égard des tiers, les effets de la décision de la Chambre du Conseil rendue en matière gracieuse. Les personnes auxquelles ces décisions préjudicieraient devraient-elles respecter en elles

(1) Merlin, Rep. autorisation maritale, section VIII, § 2 bis; Favard de Langlade, rép. N. *Chambre du Conseil*; Bertin, *Chambre du Conseil*; Troplong, *traité du contrat de mariage*, t. IV, n° 3497.

l'autorité de la chose jugée ou peuvent-elles les attaquer, et par quelle voie ?

Nous avons implicitement répondu à ces questions dans le chapitre précédent.

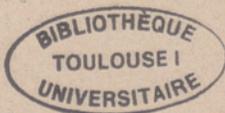
Nous avons dit que le caractère distinctif des décisions de la Chambre du Conseil était de ne pouvoir porter aucune atteinte aux droits des tiers, car les affaires gracieuses de la compétence de cette Chambre ne sont telles que lorsqu'elles ne sont pas et ne peuvent être contestées par des tiers.

Mais, si, en fait, par erreur, par suite de circonstances ignorées, des tiers lésés dans leurs intérêts venaient à se plaindre, leur demande ne rencontrerait aucun obstacle, car il a été jugé par le tribunal de la Seine que les tiers peuvent soumettre à la juridiction ordinaire les questions déjà tranchées par la Chambre du Conseil. (Tribunal de la Seine 1<sup>re</sup> chambre, 4 avril 1854)(1). La cour de Paris, sur appel, a confirmé ce jugement par arrêt du 28 juin 1854. Les décisions de la Chambre du Conseil n'étant que des actes d'administration judiciaire, et non des jugements, n'ont donc pas force de chose jugée et ne créent aucun précédent, aucune barrière capable d'arrêter la réclamation qui s'élève contre elles.

De plus, il est admis par les auteurs les plus éminents et par la jurisprudence de la Cour de cassation, que les tiers intéressés peuvent les attaquer par la voie principale, sans avoir besoin de procéder par la tierce opposition. Les motifs de cette solution sont ceux que nous n'avons cessé de répéter dans le cours de ce travail, à savoir que la chose jugée et la tierce opposition ne s'appliquent qu'à

(1) Merlin, Rép. autorisation maritale, section VIII, § 2, dis. 1, avis de

(1) Bertin, Chambre du Conseil, t. 1, constatation des naissances, mariages et décès, jurispr. n° 9.



la procédure contentieuse ; que la juridiction gracieuse est régie par des règles différentes ; que les décisions rendues par la Chambre du Conseil ne constituent pas des jugements proprement dits et ne sauraient avoir l'autorité de la chose jugée (1). Ces considérations entraînent encore une conséquence : la révocabilité des décisions gracieuses rendues par la Chambre du Conseil.

Nous ne croyons pouvoir mieux faire pour appuyer cette solution, que de donner un extrait d'une décision rendue par la Chambre du Conseil de la Seine, le 15 mars 1855, et dont le dispositif contient d'une manière remarquable l'exposé des principes que nous défendons. Voici l'espèce que nous empruntons au Recueil de M. Bertin : une décision de la Chambre du Conseil confirmée par arrêt de la Cour de Paris, avait autorisé un tuteur, conformément à la délibération du conseil de famille, à faire vendre à l'audience des criées du tribunal de la Seine et en un seul lot, les biens appartenant à ses pupilles. Plus tard, une seconde délibération du conseil de famille, provoquée par le tuteur, déclarait qu'il était de l'intérêt des mineurs, que la vente fut faite devant notaire, sur la situation des lieux et en divers lots.

L'homologation de cette délibération fut demandée à la Chambre du Conseil de la Seine. Malgré les conclusions contraires du ministère public, qui invoquait l'autorité de la chose jugée, la Chambre statua en ces termes :

(1) V. Demolombe t. VI, n° 487 ; Merlin, questions de droit, au mot adoption § XI, n° 1 ; Troplong, traité du contrat de mariage, t. IV, n° 3497 ; Demante, cours analytique de code civil, t. II, n° 96 ; Zacharie, t. IV p. 14 ; Marcadé, t. II art. 360 ; Bertin, Chambre du Conseil, t. I p. 31 ; Cass. 22 nov. 1828 ; Dijon, 31 janvier 1824 ; Nancy, 13 juin 1826 ; Cass. 24 août 1831.

« Le Tribunal,

« En ce qui touche la fin de non recevoir résultant de  
« l'autorité de la chose jugée ;

« Attendu qu'en matière civile et dans les contesta-  
tions entre personnes privées, la chose jugée ne peut  
être considérée comme un fait abstrait, absolu, se soute-  
nant par sa propre force et n'ayant aucun besoin, pour  
continuer à produire ses effets, de la volonté de la  
partie qui l'a obtenue ;

« Qu'il y a lieu, au contraire, de ne l'envisager, quel-  
que respect qui lui soit dû, que comme un droit acquis  
au profit de cette même partie, droit dont elle ne peut,  
il est vrai, être dépouillée contre son gré, mais dont  
néanmoins, il lui est loisible de se départir quand elle  
le juge convenable, sans qu'un intérêt d'ordre public ait  
à s'en préoccuper.

« Qu'il résulte de ce principe que la chose jugée revêt,  
au regard des parties qui l'ont provoquée et par suite  
d'une fiction légale, le caractère d'un contrat judiciaire,  
et que, pour déterminer la durée de sa force obligatoire,  
il faut recourir aux règles du droit commun qui régis-  
sent les contrats émanés de la volonté des parties ;

Que, dès lors, toute convention pouvant incontestable-  
ment être résiliée du consentement des parties qui  
l'ont souscrite, il est également constant qu'un juge-  
ment, bien que passé en force de chose jugée, cesse  
d'obliger par le seul consentement des parties au profit  
desquelles il milite ;

Que ces principes, certains quand il s'agit de la chose  
jugée contradictoirement, prennent le caractère de l'évi-  
dence, quand ils s'appliquent à un acte de juridiction  
gracieuse, tel qu'un jugement d'homologation d'avis de  
parents rendu sur simple requête ;

« Qu'en pareille matière, en effet, il n'y a jamais, au proprement parler, d'instance à vider, il n'y a jamais deux intérêts en présence, il n'en existe et ne peut en exister qu'un seul, celui du mineur ;

« Que ces jugements ne sont, en quelque sorte, que des actes d'administration, de haute tutelle, de simples autorisations d'exécuter le vœu de la famille, toujours rendus au profit du mineur, toujours susceptibles d'être remplacés par une décision nouvelle, en ce sens que n'ayant été inspirés et ne se soutenant que par l'intérêt unique du mineur, ils ne sauraient jamais lui devenir nécessairement préjudiciables, par cela seul que l'exécution en aurait été antérieurement permise, sous l'empire d'autres circonstances.

« Homologué purement et simplement la délibération du conseil de famille des mineurs de N. reçu et présidé par le juge de paix du X<sup>e</sup> arrondissement de la ville de Paris.

La doctrine exposée dans la décision qui précède est aussi celle de la Cour de cassation et est consacrée par elle dans deux arrêts remarquables, l'un du 41 juin 1838, l'autre du 28 mai 1866, relatifs à l'homologation de partage fait en justice. Ces arrêts peuvent se résumer de la façon suivante :

« En principe, le jugement qui prononce l'homologation d'un partage fait en justice, ne met pas obstacle à ce que ce partage soit remis en question, par exemple, pour cause de lésion. Ce n'est là qu'un acte de juridiction volontaire qui ne saurait avoir l'autorité de la chose jugée. Mais il en est autrement lorsque le juge, soit après discussion et contestation, soit sur des conclusions for-

melles, même non contestées, a fixé les bases des opérations du partage. Il fait alors acte de juridiction contentieuse et sa décision a, quant aux bases qu'il a ainsi déterminées, la force de chose jugée.

Cette distinction, peut-être un peu subtile, mais assurément fort judicieuse, ne fait que confirmer ce que nous avons déjà dit.

Voilà donc établie, en thèse générale, la révocabilité des décisions rendues en matière gracieuse par la Chambre du Conseil.

Cependant, nous ne pouvons adhérer d'une façon absolue à ce principe; il comporte, ce nous semble, une exception que M. Bertin repousse; c'est en matière d'adoption. La nature de la décision qui consacre l'adoption nous paraît différer sensiblement de celle qui caractérise en général les affaires gracieuses.

M. Bertin et avec lui M. Toullier admettent la révocabilité de l'adoption par le consentement de l'adoptant et de l'adopté, revêtu de la sanction de la justice. La procédure est la même, d'après eux, pour arriver à la dissolution de l'adoption que pour opérer sa formation. Ils invoquent le Code Prussien, dont se seraient inspirés les rédacteurs de notre Code civil, à ce sujet, et cette considération d'après laquelle « il n'y a rien de si naturel que l'on dissoudre un contrat de la même manière qu'il a été formé (1). »

Si le Code Prussien contient une mention expresse pour autoriser la révocation de l'adoption, notre Code civil reste muet sur ce point et nul doute que ce ne soit à dessein. De pareilles dispositions ne se présument pas et surtout ne sauraient s'étendre d'une législation à une autre.

(1) Toullier, t. II, n° 4018.

Quant à l'argument qui consiste à mettre fin à un contrat de la même façon qu'il a été formé, laissez cette théorie au droit romain qui l'a créée, laissez là, dans notre droit français, à ces conventions, à ces arrangements d'ordre privé d'intérêts pécuniaires, en un mot de rang inférieur, dans lesquels elle n'est pas déplacée; mais ne l'appliquez pas à un contrat que vous reconnaissez vous-même empreint d'un caractère « d'une haute importance. » Vous pensez, comme nous, que la formation de ce contrat touche à des considérations de l'ordre moral le plus élevé et de l'intérêt public le plus respectable, qui ont motivé l'intervention de l'autorité judiciaire et d'une double sanction. Ne s'agit-il pas, en effet, d'un contrat qui modifie profondément l'ordre des successions, qui engendre entre les deux parties des obligations semblables à celles qui existent entre personnes unies par les liens du sang? La décision qui sanctionne ce contrat, n'a-t-elle pas, vous le dites vous même, « un degré de gravité supérieur à celui des décisions ordinaires de la Chambre du Conseil? » Et vous voudriez, après cela, qu'il fut soumis à une règle ordinaire, non formulée même dans notre droit, mais qui vous semble naturelle? La morale et l'ordre social planent au-dessus des mesquins intérêts pécuniaires et privés; les conventions qui les concernent doivent être régies par des principes différents de ceux qui s'adaptent aux contrats ordinaires.

Du reste, quel spectacle serait celui de ces changements fréquents dans l'état des individus, et celui de voir la justice assister à ce que M. le président Debelleyme appelle *des prises à essai*. La dignité de la justice, le caractère de sa haute intervention, qui ne feraient que perdre et s'amoindrir dans ces scènes réitérées, s'y opposent absolument. Cette faculté de révocation laissée aux deux parties

ne ferait-elle pas perdre à ce contrat toute sa gravité et ne se jetterait-on pas dans l'aventure, persuadé qu'on pourra s'en sortir? La justice, dit-on encore, n'accorderait sa sanction à la révocation qu'avec la plus grande circonspection et dans des cas très-rares. Mais l'attitude de celle des deux parties qui voudrait résolument se dégager des liens de l'adoption ne finirait-elle pas par forcer bien souvent la détermination des magistrats? s'il est vrai que, sous l'empire de nos lois actuelles, l'adoption n'a plus le caractère de l'adoption romaine, s'il est vrai qu'elle n'est plus comme autrefois la fiction complète de la paternité et de la filiation, il n'est pas moins vrai qu'aujourd'hui comme alors ce contrat puise dans sa manière d'être, dans son but, une importance particulière et exige en même temps qu'on maintienne cette importance en le soumettant à des conditions sévères et solennelles (1).

Parcourons enfin les dernières différences qui séparent la procédure gracieuse de la procédure contentieuse.

La décision rendue par la Chambre du Conseil, statuant en matière gracieuse, est exempte de signification; c'est là le principe.

En effet, puisqu'il n'y a pas de contradicteur, à qui la ferait-on? Il est un cas, cependant, où elle est nécessaire, c'est lorsqu'il s'agit d'un jugement homologuant une liquidation dans laquelle des mineurs sont intéressés. Cette affaire, quoique gracieuse de sa nature, est soumise à la procédure contentieuse par suite de la présence des mineurs; la signification doit donc en être faite. Ainsi l'a décidé la cour de Paris par un arrêt du 10

(1) V. Dans ce sens, Dalloz, nouveau répertoire, au mot adoption, t. III, p. 330; Merlin, rep. révocation d'adoption; Duranton, t. III, n° 326. — Contra, Toullier, t. II, n° 1018; Bertin, Chambre du Conseil, t. I, p. 270.

août 1838, infirmant un jugement contraire rendu par le tribunal de la Seine, le 28 mars de la même année (1).

L'intervention d'un tiers se joignant à la demande doit être admise sans difficulté, car si le tiers adhère à la demande toute contradiction disparaît. (Chambre du Conseil, Cour de Paris, 12 juillet 1847) (2).

Passons aux voies de recours. Il ne saurait être question d'opposition; nous nous sommes déjà expliqué sur la voie de la tierce opposition. Quant à l'appel, il est admis par la jurisprudence et par la doctrine et on regarde comme dispositions de principe les art. 99 du Code civil et 858 du Code de procédure civile. C'est là une dérogation au principe d'après lequel la décision du magistrat, en matière gracieuse, est souveraine.

Les ordonnances rendues sur requête par le président du tribunal ne sont pas, en effet, susceptibles d'appel.

Cependant, il semble bien résulter de la prohibition édictée par la loi de faire appel dans des cas spéciaux (art. 32 de la loi du 30 juin 1838 et 746 du Code civil) qu'elle permet, en général, cette voie de recours.

Il ne s'est pas élevé de difficulté sur la question de savoir si le ministère public avait droit d'appel en matière gracieuse. La négative est universellement admise, conformément à l'art. 2 du titre VIII de la loi du 24 août 1790.

D'après cet article, l'appel n'appartient au ministère public, en matière civile, que dans les cas exceptionnels prévus par la loi (3).

(1) Bertin, Chambre du Conseil, t. I, p. 88, n° 3.

(2) Id., t. I, p. 93, n° 4.

(3) Cass. 26 août 1807; 14 mars 1814; 11 août 1818; Toullier, t. II, n° 1223; Bioche, Dict. de procédure, V. conseil de famille, n° 85; Bertin, Chambre du Conseil, t. I, p. 68; Merlin, Rep. V. ministère public, § 7, art. 2.

Nulle controverse ne s'élève au sujet de la faculté pour le requérant de se pourvoir en cassation contre le rejet de sa demande ; le cas doit se présenter assez rarement, mais on ne voit aucune raison sérieuse pour la refuser.

Telle est la procédure à suivre pour arriver au règlement des affaires gracieuses. La plupart des solutions que nous avons données ne sont pas écrites dans la loi, mais elles ressortent d'elles mêmes de la nature de la juridiction que nous venons d'étudier. La jurisprudence, dont l'hésitation a été longue, commence à se fixer ; mais les auteurs discutent encore. Au législateur de s'occuper, à son tour, d'une question trop longtemps négligée et dont la solution touche de si près aux intérêts privés les plus nombreux et les plus dignes de protection, ainsi qu'à l'ordre social.

Il n'entre pas dans le plan de notre travail de nous occuper de la juridiction contentieuse ; aussi ne nous étendrons nous pas sur la partie de cette juridiction qui entre dans les attributions de la Chambre du Conseil.

Dans la juridiction des tribunaux ordinaires, le contentieux est seul de leur compétence ; ici, au contraire, la Chambre du Conseil doit s'occuper spécialement des affaires gracieuses et de plus, par exception, de certaines affaires contentieuses en faveur desquelles la loi a dérogé à raison de leur peu d'importance, ou de leur nature secrète, au principe de la publicité. Un texte spécial est donc nécessaire pour en donner la connaissance à la Chambre du Conseil. La procédure à suivre comprendra un mélange de règles gracieuses et contentieuses : gracieuses, quant à la requête, au rapport et aux conclusions

du ministère public (1); contentieuses, quant à la publicité de la décision (2) et aux voies de recours.

Nous allons maintenant faire l'application des principes que nous avons posés à quelques questions spéciales.

Les homologations des délibérations des conseils de famille et les autorisations pour l'aliénation des biens des femmes mariées nous fourniront le sujet de notre troisième chapitre.

### CHAPITRE III

#### SECTION I<sup>re</sup>. — Homologation des délibérations du conseil de famille.

On sait que les actes qui peuvent intéresser le patrimoine d'un mineur se divisent, quant à l'administration du tuteur, en quatre catégories :

- 1° Les actes que le tuteur peut faire seul ;
- 2° Les actes que le tuteur peut faire avec le concours du conseil de famille ;
- 3° Ceux que le tuteur ne peut faire qu'avec le double concours du conseil de famille et de la justice ;
- 4° Les actes, enfin, interdits au tuteur.

(1) Du moins, pour les affaires contentieuses dont la connaissance est attribuée à la Chambre du Conseil, afin de les priver de la publicité qu'entraîneraient des débats ouverts. Relativement aux autres, nous pensons qu'elles doivent rester sous l'application des art. 111 et 112 du Code de procédure civile.

(2) V. dans ce sens : Cass. 21 janvier 1846 ; Poitiers, 18 avril 1850 ; Orléans, 19 mai 1849 ; Cass. 5 juin 1850. — Contra, Merlin, rep. autorisation maritale, section VIII, § 2<sup>o</sup> bis ; Riom, 29 janvier 1829 ; Bordeaux, 27 février 1834 ; Lyon, 7 mai et 18 juin 1847 (arrêts).

Nous ne nous occuperons que des actes qui entrent dans la troisième catégorie, et encore n'avons-nous pas la prétention d'être complet dans notre examen ; nous nous arrêterons de préférence à ceux qui, dans la pratique, soulèvent des difficultés et présentent, par suite, à l'étude le plus d'intérêt.

Le législateur, préoccupé avec juste raison de la protection à accorder aux intérêts des faibles, a pensé que, dans quelques cas d'une gravité exceptionnelle, les garanties ordinaires ne suffiraient pas. A côté de la sagesse du tuteur, du contrôle du subrogé-tuteur, de l'approbation du conseil de famille, il a placé, comme une égide souveraine, la sanction de la justice.

L'économie de cette matière se trouve toute contenue dans les articles 457 et 458 du Code civil, expliqués par quelques dispositions du Code de procédure.

Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, aliéner les immeubles de celui-ci ou les hypothéquer, et transiger sans y être autorisé par une délibération du conseil de famille homologuée par la Chambre du Conseil. (C. c., art. 457 et 458.)

On comprend, d'après la brièveté de ces textes, combien de difficultés doit faire naître leur interprétation, combien de ruses peuvent être pratiquées pour les éluder, et combien il importe d'en préciser le sens et la portée, au moins quant à la formalité qui nous occupe.

Quelle est d'abord la Chambre du Conseil devant laquelle doit être portée la demande d'homologation ? Il va de soi que ce doit être celle dans l'arrondissement de laquelle le conseil de famille s'est réuni, même lorsqu'il s'agit d'aliénation d'immeubles. C'est dans ce ressort, en effet, que la situation du mineur peut être le mieux ap-

précisée (1). La délibération du conseil de famille doit être unanime ; sinon, elle prend un caractère contentieux. (Art. 883, 884, C. proc.)

I. — Dans les cas d'emprunt, d'hypothèque, d'aliénation, la mission de la Chambre du Conseil consistera à contrôler la décision prise par le conseil de famille, à s'assurer s'il résultera de ces actes pour le mineur un avantage évident, ou s'il y a nécessité absolue de les faire.

Peu importe que l'emprunt soit garanti par une hypothèque ou non, la loi ne distingue pas. Il faut rejeter la distinction de ceux qui pensent que, dans le premier cas, la délibération du conseil de famille doit être accompagnée de l'homologation de la Chambre du Conseil, tandis que, dans le second, la délibération du conseil de famille suffit (2).

Pense-t-on rendre l'interprétation des lois plus facile en ajoutant des distinctions là où elles s'expriment de la façon la plus explicite ?

On s'est demandé si, dans le cas où le mineur, par suite d'une opération antérieure, allait se trouver débiteur, il ne serait pas nécessaire de faire intervenir le conseil de famille et l'homologation de la justice. La Chambre du Conseil de la Seine, par une décision du 22 mai 1843, a tranché la question dans le sens de l'affirmative, et a considéré comme un emprunt indirect l'acquisition par licitation d'un immeuble appartenant pour partie à un mineur, par suite de laquelle ce mineur était constitué débiteur d'une certaine somme envers l'aliénateur de la portion acquise.

On ne saurait trop, en effet, entourer de garanties tous

(1) Demolombe, t. VII, n° 347 ; Ch. du Conseil de la Seine, 6 juillet 1853.

(2) Toullier, t. II, n° 4223.

actes qui peuvent compromettre la situation de fortune des mineurs, et surveiller la gestion de leur patrimoine. L'opération précitée avait, du reste, la plus grande analogie avec l'emprunt ; la raison de décider était donc la même.

Les Chambres du Conseil ne devraient cependant étendre leur droit d'homologation en dehors des termes de la loi qu'avec la plus grande prudence. Il y a, nous ne l'ignorons pas, des situations délicates et embarrassantes, mais le dévouement et la sagesse de notre magistrature sont à la hauteur de sa mission, et nous aimons mieux, après tout, la voir pécher par excès de prudence, que ne pas tenir assez compte de l'esprit des lois.

Il est certain qu'en cette matière la solution des questions dépend surtout des circonstances dans lesquelles elles se produisent et doit être laissée à l'appréciation de la justice. Ainsi, s'il est dangereux de trop agrandir le cercle bien limité, ici, il est vrai, des prescriptions écrites, il ne le serait pas moins de refuser d'en faire l'application toutes les fois qu'on est dans les termes de la loi. Il est arrivé quelquefois que des Chambres du Conseil n'ont pas voulu autoriser des emprunts faits pour payer des créanciers qui, dans l'intérêt du mineur, avaient avancé des fonds au tuteur et suivi sa foi (1).

Evidemment, agir ainsi c'était plutôt nuire aux intérêts du mineur que les servir, car les tiers, qui sauront que l'emprunt demandé à l'effet de rembourser leurs avances aux créanciers, a été refusé par la justice, se garderont bien, le cas échéant, de prêter au tuteur des fonds qui, le plus souvent, seraient d'une incontestable utilité. Si nous citons cette décision, ce n'est pas pour la critiquer,

(1) Demolombe, t. VII, no 347. — Cf. du Conseil de la Seine, 6 juillet 1833.

(2) Toullier, t. II, no 117.

car nous comprenons très-bien les scrupules des magistrats qui ne voudraient pas encourager sans doute les tuteurs à contracter à toute occasion des emprunts dont ils seraient sûrs d'obtenir l'homologation ; nous avons voulu seulement faire ressortir la diversité des situations, toutes très délicates, sur lesquelles ont à statuer les Chambres du Conseil.

II. — Lorsqu'il s'agit d'aliénation d'immeubles, l'attention de la chambre du conseil doit se porter sur l'emploi qui doit être fait du prix de la vente et en surveiller efficacement le placement. Elle peut ordonner que ce prix restera déposé entre les mains d'un notaire ou à la caisse des dépôts et consignations jusqu'à ce que l'emploi en ait été effectué (1). Peut-elle autoriser la vente à tout prix ? En principe, non. Les articles 957 et 958 du Code de procédure civile s'y opposent. La loi n'eût-elle rien dit, le bon sens aurait dicté la solution ; ce serait, en effet, singulièrement veiller aux intérêts du mineur que de permettre de semblables ventes. Mais, nous le répétons encore, on ne saurait poser ici des règles absolues, car, suivant les circonstances, pour arriver à ce but de protection que l'on ne doit pas perdre de vue, on est forcé de prendre des déterminations différentes.

C'est ainsi qu'il a été décidé, dans un cas où l'immeuble à vendre était de peu de valeur, et une première adjudication n'ayant donné aucun résultat, que la vente aurait lieu sans fixation préalable du prix. (2).

Il est superflu de dire que les aliénations volontaires

(1) Toulouse, 5 mai 1838 ; J. P., t. II, 1838, p. 296 ; Chambre du Conseil de la Seine, 9 mars 1853, 10 et 27 mai 1854.

(2) Chauveau sur Carré, art. 963 ; Colmet d'Aage, leçons sur le Code de procédure, t. III, n° 642.

d'immeubles sont seules soumises à l'autorisation du conseil de famille et à l'homologation du tribunal. Les prescriptions des art. 457 et 458 cessent d'être applicables quand il s'agit d'aliénations forcées. Ici, en effet, à quoi bon demander une autorisation qui ne pourrait être refusée? La loi, pour ainsi dire, la donne elle-même. La licitation d'un immeuble indivis entre le mineur et une autre personne qui voudra sortir de l'indivision sera donc affranchie des règles précédentes (art. 815, c. c.)

La vente, on le sait n'est qu'une variété de l'échange : dans la vente, l'équivalent de la chose, au lieu d'être une chose semblable ou d'égale valeur, en est le prix.

Dès lors, les formalités exigées pour la vente d'immeubles doivent être appliquées à l'échange d'immeubles. La loi, évidemment, en ne parlant que de la vente, a statué sur le *de eo quod plerumque fit*.

L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal « sont même plus nécessaires dans le cas « d'échange que dans celui de vente, dit M. Bertin, puis « que pour la transmission par voie d'échange, il n'y a « ni publicité ni concurrence. » (1).

Ce que nous avons dit des immeubles nous le dirons des droits immobiliers, et nous ne croyons pas sortir de l'esprit de la loi.

Ainsi, soit pour renoncer à une servitude établie sur un fonds appartenant à un mineur, soit pour en constituer une, ou un usufruit sur ce même fonds, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation de la justice sont nécessaires.

Une question intéressante a été soulevée par la pratique relativement à la cession des offices :

(1) Bertin, Chambre du Conseil, t. I, p. 452; Toulouse, 9 août 1827; Demolombe t. VII, n° 737; Ch. du Conseil de la Seine, 6 juillet 1850.

Les titulaires d'offices, avocats à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, etc., ou leurs héritiers, ont, relativement à la cession de ces offices, le droit de présentation. Voici l'espèce qui s'est souvent produite : un héritier d'un officier ministériel est mineur. Le tuteur, avec l'assentiment du conseil de famille, procède à la vente de l'office faisant partie de la succession échue au mineur. Faut-il pour la validité de cette vente que la délibération du conseil de famille soit homologuée par la justice ? Dans quelle nature de droits, de valeurs, doivent être rangés les offices ? Parmi les valeurs mobilières, cela ne fait pas de doute (1). Dès lors, pourquoi les soumettre aux formalités exigées pour l'aliénation des droits immobiliers ? Il y a, nous le reconnaissons, des garanties à demander par l'Etat dans une convention qui, comme celle-ci, est d'ordre public. Mais ces garanties n'existent-elles pas ? Le ministre de la justice n'a-t-il pas le droit de refuser le candidat présenté et ne statue-t-il pas sur le rapport des chambres de discipline des différentes corporations, où tout au moins d'après les renseignements fournis par elles, après examen ?

Pourquoi exiger encore l'homologation de la Chambre du Conseil ? Les circulaires ministérielles qui régissent la matière exigent une délibération du conseil de famille et l'intervention du subrogé-tuteur pour la cession des offices ; mais elles ne parlent pas de l'homologation (2). Elle n'est donc pas nécessaire.

Cependant, la cour de Nîmes, par un arrêt du 3 juillet

(1) Les titres d'officiers ministériels ne peuvent être vendus aux enchères. (Décision ministérielle du 23 avril 1831).

(2) Circulaires ministérielles des 28 février 1840, 23 juin 1841, 25 septembre 1842 et 14 janvier 1843.

lel 1850, infirmant une décision rendue dans le sens que nous venons d'indiquer, déclare que les délibérations des conseils de famille, autorisant les cessions d'offices dépendant de successions dans lesquelles sont intéressés des mineurs, doivent être revêtues de l'homologation de la justice, et que telle est la pratique suivie par la Chancellerie.

Nous ne croyons pas, en principe, devoir adopter cette doctrine; mais si, en fait, le ministre exigeait l'homologation, la justice devrait être consultée. Seulement, il ne pourrait être argué du défaut de ces formalités pour invoquer la nullité de la cession, si le tuteur avait agi seul, sans demander l'autorisation du conseil de famille, et à plus forte raison l'homologation. Les nullités sont de droit étroit et ne se supposent pas; or, aucun texte de loi n'impose l'emploi de ces formes en matière de cession d'offices (1).

III. — Aux termes de l'art. 467 du Code civil, le tuteur ne peut transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes. Il doit obtenir ensuite l'homologation du tribunal.

Il a été jugé, à ce sujet, que le tuteur peut être autorisé à transiger, alors même que les valeurs qui font l'objet de la transaction dépendent d'une succession bénéficiairement acceptée au nom du mineur (2). C'est étendre bien loin le pouvoir de transaction donné au tuteur. Cependant, en comparant la situation du mineur à celle d'un majeur, on comprend la décision du tribunal de la Seine.

(1) Bordeaux, 30 mai 1840; J. P., t. I, 1844, p. 359; Demolombe, t. VII, n° 588.

(2) Ch. du Conseil, trib. de la Seine. 6 mars 1851.

La décision s'appuie, en effet, sur ce que la qualité de bénéficiaire n'est pas facultative mais forcée pour le mineur, qu'elle ne peut, par suite, lui préjudicier. D'un autre côté, l'article 467 est général dans ses termes, et il ne faut pas hésiter, quand l'intérêt des mineurs l'exige, à invoquer son autorité.

La pratique fait surgir tous les jours des questions dans le genre de celles que nous venons d'examiner. Les tribunaux, à défaut de prescriptions particulières, s'inspirent des principes qui dominent la juridiction gracieuse, et tiennent compte dans la plus large mesure des intérêts dont la protection leur est confiée. C'est, en effet, le moyen le plus direct pour suppléer aux lacunes de notre législation et arriver à la meilleure administration de la justice.

## SECTION II. — **Autorisations pour les aliénations des biens des femmes mariées.**

I. — En principe, la femme mariée, pour ester en jugement ou contracter, a besoin de l'autorisation de son mari, et à défaut de celle-ci, de l'autorisation de la justice. (C. c., art. 215, 217, 218, 219.)

Mais cette règle générale souffre trois exceptions : 1<sup>o</sup> pour certains actes, la femme est dispensée de toute autorisation (C. c. 226, 903, 1096, 366, 448) ; 2<sup>o</sup> pour d'autres, l'autorisation du mari lui est indispensable et ne saurait être suppléée par celle de justice (C. com., art. 4 ; C. c., art. 4029) ; 3<sup>o</sup> pour d'autres, enfin, la loi exige l'autorisation de justice, sans qu'il soit nécessaire de requérir préalablement celle du mari. (C. c., art. 4558, 4559, 2144, 2145.)

ob Ceux dont nous allons nous occuper entrent spécialement dans cette dernière exception.

ni Nous voudrions pouvoir examiner, quoique après bien d'autres, quel est le fondement donné par le législateur à l'incapacité de la femme mariée, à ce besoin d'autorisation qui s'impose, en règle générale, à ses actes.

20 Mais cette étude, plus morale que pratique, nous entraînerait hors des limites de notre travail ; nous ne l'entreprendrons pas. Nous nous bornerons à déclarer que, selon nous, l'incapacité de la femme n'a d'autre fondement que le devoir de protection que la loi impose au mari envers celle qui doit partager avec lui le fardeau de la vie, devoir qui s'inspire de tout ce que le cœur humain a de sentiments nobles et élevés et qui eût été observé même si la loi civile ne l'eût point prescrit. Ne voyons-nous pas dans l'ordre de la nature les choses se passer ainsi, et le mâle abriter sa compagne sous sa protection.

21 L'homme a évidemment plus à faire : son action tutélaire dépasse la sphère physique et s'étend à tous les actes de la vie intellectuelle et morale, à part ceux, toutefois, qui, de leur essence, repoussent tout concours, par exemple, le droit de tester. Le mari doit prendre soin des intérêts pécuniaires de sa femme, qui sont la source du bien-être matériel, comme il doit, en général, veiller à son honneur, à ses jours.

22 Mais cette protection, pour être efficacement exercée, nécessite la soumission de la femme ; c'est pourquoi celle-ci doit obéissance à son mari. (C. c., art. 213.)

23 Le principe de l'autorisation maritale repose donc sur le pouvoir tutélaire que la loi confie au mari. Ce qui le prouve, c'est que, lorsque le mari est mineur, la loi, pensant avec raison qu'il ne pourrait, à cause de sa jeunesse et de son inexpérience, sauvegarder les intérêts

pécuniaires de sa femme, charge de ce soin la justice (Art. 224, C. c.) Il n'y a pas, là, la moindre idée de servitude, de tyrannie, comme des esprits chagrins le prétendent. Nous ne rabaissons pas la femme en la protégeant, nous l'élevons au contraire. La faiblesse n'est-elle pas un des apanages de sa beauté, un droit de plus à notre respect? Et toutes les prévenances dont la loi civile et les convenances sociales l'entourent ne montrent-elles pas assez dans quel rang nous plaçons la femme, je dirais même sur quel piédestal nous l'élevons?

Dans la société romaine, où les idées politiques dominaient les institutions civiles, et particulièrement l'organisation de la famille, nous avons vu les femmes soumises, dans les premiers âges, à une tutelle perpétuelle, et les Romains donner pour raison de cette ridicule mesure la légèreté d'esprit de la femme (*infirmitas, levitas animi*), et son ignorance des affaires (*ignorantia rerum forensium*). De ces deux raisons, la dernière se soutenait elle-même, mais n'était pas suffisante pour motiver la tutelle des femmes; quant à la première, elle était fautive et mensongère. Les Romains croyaient si peu les femmes faibles d'esprit, qu'ils redoutaient leur influence, et que c'est pour empêcher cette influence de s'exercer sur le terrain politique, qu'ils portèrent une série de lois destinées à l'opprimer (1).

Ces temps sont loin de nous et les mœurs ont changé. La femme, de par les idées chrétiennes, a été relevée de cette infériorité; mais le christianisme n'a pas entendu soustraire la femme à la protection dont elle a besoin, et n'est nullement en contradiction avec nos lois civiles. Son esprit est plus pur, sa sublime doc-

(1) Voir ci-dessus, p. 22 (droit romain).

trine plus élevée, et on ne saurait y trouver le germe de l'émancipation de la femme, avec le sens qu'on lui donne aujourd'hui. Dans notre ancienne jurisprudence, on rattachait l'incapacité de la femme mariée uniquement à l'obéissance qu'elle doit à son mari, en d'autres termes, on la regardait comme la conséquence de la puissance maritale. S'il en était ainsi, ce ne serait qu'une prérogative pour le mari et rien de plus, mais il est démontré que la loi ne s'est pas exclusivement occupée de l'intérêt du mari, mais aussi et surtout de celui de la femme (art. 225 C. C.). En second lieu, pourquoi, lorsque le mari est mineur, perd-il le droit d'autoriser les actes de sa femme (art. 224, C. C.)? Il est néanmoins investi de la puissance maritale, quoique étant en minorité. Il y a donc une distinction à faire entre la puissance et l'autorisation maritales; elles n'ont pas le même fondement.

De nos jours, on a admis un système mixte, fondé : 1° sur l'obéissance dont la femme est tenue envers son mari; 2° sur sa faiblesse et son inexpérience naturelles.

Le premier point, ne nous semble pas juste. L'obligation d'obéissance n'existe que comme conséquence du pouvoir protecteur dont le mari est investi; c'est un moyen de faire valoir ce pouvoir. Quant au second, il est aussi des plus discutables. Nous aimons à penser que les partisans de ce système, n'ont pas voulu parler de la faiblesse intellectuelle de la femme. L'histoire serait là pour leur infliger le plus formel démenti (!).

Non, voici leur pensée : La femme majeure qui ne se marie point, s'estime assez forte, assez expérimentée, pour se passer d'un protecteur; aussi la loi lui laisse-t-elle

(1) V. M. Rodière, Les grands juriconsultes, page 540.

gérer sa fortune comme bon lui semble. Celle, au contraire, qui se marie, avoue, par là, sa faiblesse et son intention de prendre un époux pour guide ; de là, son incapacité légale.

Mais, en vérité, voilà une singulière doctrine : faire du mariage un moyen de permettre aux femmes inexpérimentées de bien administrer leur patrimoine et assigner au mari l'unique rôle d'agent d'affaires ! Ne voit-on pas tous les jours des femmes douées de l'intelligence la plus ouverte, des qualités de l'esprit les plus développées, se jeter dans le mariage, et bien souvent aussi, des femmes faibles, comme il y en a assurément, ne pas trouver l'appui qu'elles sollicitent ? N'est-il pas plus raisonnable de prêter une autre pensée à la loi et de faire découler l'incapacité de la femme de la condition naturelle faite aux deux époux par le mariage, condition sanctionnée par l'art. 213 du code civil. Que si la femme majeure, non mariée, est libre d'administrer sa fortune comme elle l'entend, c'est parceque cette condition pour elle n'existe pas. Personne n'est responsable, civilement parlant, de la marche de ses intérêts pécuniaires ; car personne n'a le droit de la protéger malgré elle. Elle peut trouver, du reste, si elle est embarrassé, des conseils étrangers qui lui ne vaudront pas toujours ceux que lui eût donnés un protecteur légal, mais peut-être n'en a-t-elle pas voulu. Quant à la femme faible, qui ne trouve pas le guide qu'elle cherche sa position est digne de pitié ; mais qu'y faire ? Peut-on imposer le mariage ? La loi ne pouvait créer une situation exceptionnelle qui eût été, en somme, assez rarement appliquée. Cette infortunée suivra le droit commun ; elles s'éclairera des lumières d'autrui.

Quel que soit, enfin, le fondement de l'incapacité de la

femme mariée, c'est là un principe avec lequel nous devons compter. Abordons-le dans quelques-unes de ses applications relatives à l'autorisation de justice.

Il serait logique, avant d'étudier les cas d'intervention de la justice seule, de s'arrêter à celui dans lequel son autorisation intervient sur le refus du mari de donner la sienne.

Mais nous pensons que c'est là une de ces affaires contentieuses de leur nature, qui ont été mises par la loi dans les attributions de la Chambre du Conseil, afin de les soustraire à la publicité des débats qu'il importe de tenir secrets dans l'intérêt de la famille. Elle est instruite contradictoirement, quoique en Chambre du Conseil, elle échappe donc à la juridiction gracieuse. C'est pour cela que nous n'en parlerons pas.

On discute cependant vivement sur la question de savoir si les conclusions du ministère public doivent être entendues et le jugement rendu à l'audience. L'affirmative a pour elle de sérieuses autorités; la négative est, de son côté, vaillamment soutenue (1).

M. Bertin fait une distinction. Il soutient que les conclusions du ministère public doivent être données en Chambre du Conseil. Mais il admet la publicité pour le jugement.

Cela résulte évidemment, en effet, de la combinaison des articles 861 et 862 du Code de procédure. Le pre-

(1) Berriat Saint-Prix, t. II, p. 666, n. 2; Marcadé (art. 219, n. 2); Nîmes, 9 janvier 1828; cass., 21 janvier 1846, J. P., t. I, 1846, p. 273. C'est aussi la pratique constante du tribunal de première instance et de la cour de Paris.  
— *Contra*, Merlin, *Rép.* Voir *autorisation maritale*, sect. 8, § 2 bis; Demolombe, t. IV, n° 286; Chauveau sur Carré (art. 861, n° 2923; Colmet d'Aage *Leçons de procédure*, t. III, n° 528; Bordeaux, 27 février 1834; Riom, 29 janvier 1829.

mier porte que le mari sera cité à la Chambre du Conseil pour y déduire les causes de son refus, et le second ajoute que le jugement sera rendu sur les conclusions du ministère public.

Si la loi prescrit la non-publicité pour les explications que doit donner le mari, par suite, pour le débat, à quoi servirait cette prescription, si les conclusions du ministère public devaient être publiques ?

En outre, le rapporteur de la loi, M. Berlier, a été très-explicite à ce sujet. « Ce sera à la Chambre du Conseil, a-t-il dit, que le mari sera cité, que les parties seront entendues, et que le jugement sera rendu sur les conclusions du ministère public (1). »

Ainsi, dans la pensée du rapporteur, ce ne sont pas seulement les conclusions du ministère public, mais le jugement lui-même qui doivent être soustraits à la publicité.

Mais si rien ne s'oppose (tout au contraire la nature de l'affaire l'exige) à ce que les conclusions soient données à la Chambre du Conseil, il ne saurait appartenir aux paroles du rapporteur, quoique ces paroles expriment très-clairement la pensée du législateur, de déroger, sans un texte de loi spécial, à celui de la loi de 1810, prescrivant la publicité de tous les jugements. Or, ici, c'est bien d'un jugement proprement dit qu'il s'agit, puisque la question à résoudre est du ressort de la juridiction contentieuse. Il est donc regrettable que l'article 862 du Code de procédure n'ait pas expressément ordonné le huis-clos pour le jugement. Tout ce qu'il permet, c'est de l'appliquer aux conclusions du ministère public.

Telle est l'opinion de M. Bertin (2); telle est aussi la

(1) Loqué, t. XXIII, p. 152.

(2) Chambre du Conseil, Bertin, t. I, p. 115.

nôtre. Elle concilie autant que possible les exigences de l'espèce et la prescription de la loi de 1810.

Les autorisations demandées par la femme à la justice, dans le cas d'incapacité ou d'absence du mari, appartiennent toutes à la juridiction gracieuse et ne présentent rien de particulier.

II. — Les aliénations des biens des femmes mariées sont assurément une des questions les plus intéressantes et les plus pratiques de la matière.

Le femme est incapable, quel que soit le régime sous lequel elle soit mariée, d'aliéner ses biens sans l'autorisation de son mari ou de justice. Voilà le principe. Mais une exception a été faite à ce principe par l'article 1449 du Code civil. Aux termes de cet article, la femme séparée de biens a la libre administration de sa fortune; et, par suite de ce droit, celui de disposer de son mobilier et de l'aliéner. A part ce cas, la règle reste entière.

La femme, pour aliéner ses propres sous le régime de la communauté, ses immeubles sous le régime de la séparation de biens, ses paraphernaux sous le régime dotal, et ses immeubles dotaux sous le régime sans communauté, a besoin de l'autorisation de son mari, ou, à son refus, de celle de la justice. Il est à remarquer que, sous le régime sans communauté, l'autorisation de la justice ne permettrait à la femme d'aliéner ses immeubles dotaux qu'en nue-propriété seulement. Dans le cas de refus du mari, l'affaire suivra la marche que nous avons indiquée tout à l'heure, et prendra le caractère contentieux.

Toute autorisation générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage, est nulle, dit l'article 1538 (Code civil). Pourquoi la loi ne parle-t-elle pas des meubles, du moins

de ceux que la femme ne peut aliéner sans autorisation ? La fortune mobilière, de nos jours si considérable, devrait être soumise, au moins autant que la fortune immobilière, aux mesures destinées à la sauvegarder.

Quand la justice accorde son autorisation pour aliéner les immeubles, cette autorisation doit être spéciale à l'égard de chaque aliénation. La Chambre du Conseil n'a pas à s'enquérir s'il y a pour la femme, comme cela est exigé pour le mineur, nécessité absolue ou avantage évident. Mais il est de son devoir d'examiner si les conditions de l'aliénation ne peuvent lui être défavorables.

III. — Arrivons, enfin, à l'aliénation des biens dotaux (1), nous voulons dire des immeubles dotaux, car nous sommes de ceux qui pensent que la dot mobilière échappe au principe de l'inaliénabilité.

Trois exceptions ont été apportées par le législateur au principe de l'inaliénabilité de la dot :

La première, prévue par les articles 1555 et 1556 du Code civil est relative à l'établissement soit des enfants d'un premier mariage, soit des enfants communs.

Dans le premier cas, la femme doit obtenir l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, celle de la justice. Nous avons déjà examiné des situations semblables. Dans le second, l'autorisation du mari est indispensable, quoiqu'en pensent certains auteurs. La rédaction de l'article 1556 ne laisse pas de place au doute (2).

(1) La justice n'ayant pas, en principe, à intervenir dans les cas prévus par les articles 1555 et 1556 du Code civil, relatifs à l'établissement des enfants soit d'un premier mariage, soit des enfants communs, nous passons à l'examen des questions soulevées par les articles 1557 et 1558.

(2) Dans ce sens : Troplong, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3347; Limoges, 2 septembre 1835; Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, t. III, p. 461. — *Contrà*, Toullier, t. XIV, n° 494; Duranton, t. XV, n° 497.

La deuxième et la troisième exceptions sont consacrées, l'une par l'article 1557 et l'autre par l'article 1558 du Code civil.

1° (Article 1557.) L'aliénation a été permise par le contrat de mariage. Est-il besoin, dans ce cas, de l'autorisation judiciaire? L'article 1557 ne l'exige pas. La convention des parties doit faire droit, et l'exercice de ce droit doit être réglé par le contrat de mariage. Nous avons déjà dit que si l'interprétation de la stipulation faisait naître des difficultés entre les acquéreurs et les époux aliénateurs, c'était à la juridiction ordinaire, contentieuse, qu'il appartenait de les résoudre. La Chambre du Conseil du tribunal de la Seine a, par plusieurs décisions, adopté cette solution (26 février, 30 novembre, 23 décembre 1848, 22 mars 1851). Mais elle a cependant statué sur des demandes d'autorisations relatives au remploi de biens dotaux. Cette pratique exceptionnelle, il est vrai, pour le tribunal de la Seine, mais soutenue aussi par M. Toullier (t. XIV, n° 189) et sanctionnée par un arrêt de la cour de Paris du 28 juin 1847, ne nous paraît pas juridique.

Il ressort de l'esprit de la loi que le droit d'aliéner l'immeuble dotal ne comprend pas celui de l'hypothéquer (1). La justice ne pourrait accorder ce dernier droit qui, pour exister, devrait être stipulé dans le contrat de mariage (2).

Dans le cas d'aliénation stipulée par le contrat de mariage, si le remploi a été prescrit, mais non déterminé, que décider? La Chambre du Conseil interviendra-t-elle?

(1) Marcadé (art. 1557, n° 41; Duranton, t. XV, n° 479, Troplong, *Contrat de mariage*, t. IV, nos 3363 et suiv.; Cass., 25 janvier 1830, 22 juin 1836, 31 janvier 1837, J. P., t. I, 1837, p. 347.

(2) Marcadé (art. 1558, n° 4); Troplong, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3364.

Non ; elle n'a pas qualité pour cela. Les époux auront-ils le choix du remplacement ? Une décision de la Chambre du Conseil de la Seine, du 22 mars 1851, le leur donnait. Mais la Chambre a changé de jurisprudence, et, par une autre décision du 19 mars 1853, a déclaré que l'emploi devait être fait en objets de même nature. De plus, elle ajoutait :

« Mais attendu que la somme disponible est modique eu égard à la fortune de la femme de Chazen, et que le placement en immeubles d'un capital de 24,000 fr. peut présenter quelques difficultés ;

« Que, dans ces circonstances, il est à propos de laisser aux parties la faculté d'employer provisoirement les deniers dotaux à l'acquisition de rentes sur l'Etat, aux arrérages de 3 ou de 4 1/2 pour 100 ;

« Autorise... (1) »

D'après cette décision, la Chambre se reconnaissait le droit d'ordonner l'emploi provisoire des deniers provenant de la vente de l'immeuble dotal.

Nous admettons bien que, lorsque la clause de réemploi n'indique pas en quels biens il devra être effectué, il doit être en biens immobiliers (immeubles réels ou fictifs) ; mais nous ne croyons pas qu'il appartienne à la Chambre du Conseil de l'ordonner. La Chambre, d'ailleurs, était si peu sûre de son droit, qu'elle a eu soin de dire que l'emploi n'était fait que provisoirement ;

2. La femme peut, avec l'autorisation de justice seule, que celle du mari ne pourrait suppléer, aliéner l'immeuble dotal dans cinq cas exceptionnels déterminés par l'article 1558 du Code civil.

(1) Autres décisions dans le même sens : 28 décembre 1853, 12 août 1854, Chambre du Conseil du tribunal de la Seine. (Bertin, Chambre du Conseil, t. II, p. 334).

Le principe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal a dû fléchir devant certaines situations qui, si on n'eût pas eu recours à ce remède extrême, eussent entraîné l'association conjugale et la famille entière dans les plus grands embarras, souvent même à la ruine. Le caractère d'inaliénabilité ayant pour but de protéger la femme, ne pouvait devenir l'instrument de son malheur et de celui des siens. Aussi, la loi a-t-elle permis l'aliénation de l'immeuble dotal. Mais on comprend qu'elle devait remettre l'appréciation des circonstances à un juge éclairé, froid, désintéressé, à l'abri de cette influence qui, dans le sein de la famille, est un mal nécessaire, quoique bien doux à subir quelquefois, mais au caprice de laquelle on ne pouvait laisser le soin de décider d'une mesure aussi grave.

L'autorisation du mari est donc impuissante ; celle de la justice est impérieusement exigée.

Des formes spéciales doivent aussi être suivies ; mais, avant de les exposer, parcourons rapidement les cas prévus par l'article 1558.

Aux termes de cet article, l'immeuble dotal peut être aliéné :

1° *Pour tirer de prison le mari ou la femme.*

On s'est demandé s'il était nécessaire que le mari fut incarcéré pour que l'aliénation fut permise.

Malgré la jurisprudence et l'autorité des auteurs les plus distingués, il nous est impossible de croire que la loi ait exigé que les portes de la prison se soient refermées sur l'époux débiteur, que la honte ait matériellement et ostensiblement rejailli sur lui, sur sa famille. On veut éviter des ruses, des dettes simulées ayant pour but d'é luder le régime dotal ; mais aujourd'hui que la contrainte par corps n'existe plus pour dettes civiles ou commerciales, il est facile à la justice de se rendre un compte

exact de la situation qui lui est donnée, et de ne statuer qu'en parfaite connaissance de cause. Quoique la loi se soit servie du terme *tirer de prison* : dans l'article 1558, il vaut mieux consulter son esprit que sa lettre, surtout quand l'intérêt de la famille en fait lui-même une loi (1).

Nous sommes d'avis qu'il faut laisser les tribunaux décider suivant leur sagesse et suivant la diversité des espèces. A eux d'examiner si le mari, quand c'est lui qui est emprisonné, n'est pas digne du sacrifice que s'impose la femme, ou si, au contraire, sa conduite antérieure garantit ses intentions à venir.

L'autorisation devrait être refusée si les biens personnels du mari étaient suffisants pour lui procurer la liberté, à moins, toutefois, que ces biens ne consistent en valeurs difficiles à réaliser. C'est dans ce dernier cas que la Chambre du Conseil de la Cour de Paris, par une décision du 24 mars 1855, a autorisé la femme à emprunter pour tirer son mari de prison (2).

2<sup>o</sup> *Pour fournir des aliments à la famille, dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206 au titre du mariage.*

La nature sacrée de la dette imposée par ces articles devait l'emporter sur le principe de l'inaliénabilité de la dot. L'immeuble dotal qui peut être aliéné pour secourir les parents de l'un ou de l'autre époux, peut-il l'être pour procurer des ressources aux époux nécessiteux eux-mêmes ? Sans nul doute, quoique la loi ne le permette

(1) Dans ce sens : Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. II, n<sup>o</sup> 513; Caen, 3 janvier 1853. — *Contrà*, Marcadé (art. 1558, n<sup>o</sup> 4); Duranton, t. XV, n<sup>o</sup> 599; Troplong, *Contrat de mariage*, n<sup>o</sup> 3441; Cass., 26 avril 1812, J. P., t. I, p. 613; Chambre du Conseil de la Seine, 4 juin 1853; Bertin, *Chambre du Conseil*, t. II, p. 241.

(2) Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1840; 24 août 1802.

pas expressément. Cependant, la jurisprudence a varié sur cette question, mais elle est aujourd'hui à peu près fixée dans le sens de la possibilité de l'aliénation.

Faut-il, pour le respect d'un principe, qui, après tout, ne repose que sur des intérêts pécuniaires, laisser les époux mourir de faim ?

Il y a, là, un oubli de la part de la loi, ou plutôt cette solution est si naturelle, qu'elle n'a pas cru devoir s'en préoccuper. Les tribunaux ont le droit, le devoir même, de surveiller l'emploi indiqué par leur décision (1).

3° *Pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage.*

Une distinction est nécessaire :

1° *Dettes de la femme.*

La constitution dotale faite par la femme n'a pu modifier la situation des créanciers qui avaient des droits sur les biens constitués en dot. Ces biens sont devenus dotaux ; mais, en le devenant, ils sont restés grevés des charges qui pesaient sur eux.

Pendant le mariage, la femme reste propriétaire de sa dot : la jouissance et l'administration seulement passent au mari. Dès-lors, les tiers dont la créance antérieure a date certaine au contrat de mariage peuvent, sans recourir à la justice, saisir les biens dotaux dans les cas suivants :

1° Si la constitution dotale est universelle ;

2° Si l'immeuble dotal ou les immeubles dotaux étaient grevés d'une hypothèque au profit des créanciers ;

3° Lorsque la dot, constituée *in re singulari*, l'a été en

(1) Chambre du Conseil (cour de Paris, 4 janvier 1848) ; Chambre du Conseil du tribunal de la Seine, 17 juillet 1852. (Bertin, *Jurispr.*, t. II, no 88, *Femmes mariées.*)

fraude des créanciers. Seulement, si le mari, en recevant la dot, a été de bonne foi, la jouissance dont il est investi, à titre onéreux, pour l'aider à supporter les charges du mariage, sera hors des atteintes des créanciers qui ne pourront saisir que la nue-propriété.

On se demande, enfin, si les créanciers chirographaires auraient droit de saisie sur la dot constituée *in re singulari* et de bonne foi par la femme elle-même. Quant à la jouissance, évidemment non, car elle ne lui appartient plus; mais la nue-propriété étant, malgré la constitution dotale, restée dans le patrimoine de la femme, pourrait être, croyons-nous, valablement saisie par les créanciers, agissant en vertu de l'article 2093 du Code civil. La constitution de dot, en effet, faite par la femme, n'est pas une aliénation, et les créanciers chirographaires ont pour gage tous les biens saisissables compris dans le patrimoine de leur débiteur.

En somme, dans les cas que nous venons d'examiner, l'autorisation de la justice ne serait pas nécessaire, les créanciers ayant droit de saisie.

Mais si les créanciers ne poursuivent pas leurs droits, les époux, soucieux du bon état de leur fortune, peuvent s'adresser à la justice pour obtenir l'aliénation du bien dotal, à l'effet d'acquitter les dettes antérieures au mariage. Il vaut mieux, en effet, éviter les frais énormes que la saisie immobilière entraînera le jour où les créanciers voudront la pratiquer (1).

Les tribunaux, en gravitant dans la sphère de la disposition que nous étudions, doivent apprécier les espèces

(1) La Cour de Cassation, par un arrêt en date du 2 février 1852, a admis cette solution. Voir aussi Marcadé (art. 1538, n° 3); Troplong, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3462.

nombreuses qui surgissent dans la pratique et décider suivant le plus grand intérêt de la femme.

Dans le cas où les créanciers antérieurs au contrat de mariage n'auraient pas reçu de sûreté spéciale, d'affectation réelle pour le paiement de ce qui leur est dû, nous pensons, avec MM. Toullier et Duranton, que, en vertu des articles 2092 et 2093 du Code civil, ils peuvent et doivent même discuter d'abord les biens paraphernaux, avant de toucher à la dot.

2<sup>o</sup> *Dettes du tiers constituant.*

Éliminons d'abord les créanciers de la femme qui n'ont rien à prétendre sur l'immeuble constitué en dot par un tiers, car cet immeuble ne leur a pas été affecté comme gage ; il est entré dans le patrimoine de la femme marqué du sceau de l'inaliénabilité.

Quant aux créanciers du constituant, il faut distinguer : si l'immeuble donné était grevé d'une hypothèque à leur profit, si même il faisait partie d'une universalité de biens grevée de dettes, laquelle universalité compose la constitution de dot, ils pourraient le saisir ; mais si la dot a été constituée de bonne foi et d'une manière individuelle, libre de charges antérieures, leur droit de saisie est perdu. Leur gage a été diminué par le fait de la constitution dotale, car on sait que la consistance du patrimoine d'un débiteur est soumise à des fluctuations diverses que doivent subir les créanciers chirographaires.

La femme pourra donc être autorisée à aliéner le fonds dotal pour payer les dettes du constituant, quand les créanciers auront conservé le droit de saisie.

Ne faut-il pas aller plus loin et dire que, lors même que les créanciers ne pourraient pas saisir, la femme peut être autorisée par la justice à aliéner sa dot pour éteindre les dettes du constituant ? Des auteurs le soutiennent,

et il nous semble, en effet, qu'il y a, là, comme une loi de la conscience à observer, peut-être une réputation ou une mémoire à protéger, l'honneur de la famille quelquefois à sauver. Nous pensons donc aussi que la Chambre du Conseil pourrait faire à ce cas l'application de l'art. 1558.

4<sup>o</sup> *Pour faire de grosses réparations indispensables à la conservation de l'immeuble dotal.*

Les recueils de jurisprudence contiennent à cet égard d'intéressantes décisions. Il serait trop long de les rapporter ici (1).

5<sup>o</sup> *Lorsque l'immeuble dotal se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable.*

C'est donc dans le cas de partage par licitation que la Chambre du Conseil doit intervenir pour examiner si, comme les époux le prétendent, l'immeuble est impartageable en nature. Il va sans dire que, si le partage était demandé par des tiers, l'autorisation de justice ne serait pas nécessaire. (Art. 815, C. c.)

IV. — La demande d'autorisation à l'effet d'aliéner le bien dotal appartient certainement à la juridiction gracieuse et devrait, par conséquent, suivre les règles afférentes à cette juridiction. Cependant, une exception a été faite par la loi en ce qui concerne cette demande.

La décision de la Chambre du Conseil doit, aux termes de l'article 997 du Code de procédure, être prononcée à l'audience publique : pour tout le reste, la procédure gracieuse est applicable. Ce n'est donc, là, nous le répétons, qu'une exception.

La loi du 2 juin 1844 a déterminé les formes suivant

(1) Voir notamment M. Bertin, Chambre du Conseil, t. II. (*Jurispr.*, nos 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, *Femmes mariées.*)

lesquelles doit avoir lieu la vente des immeubles dotaux dans les cas prévus par l'article 1558 du Code civil et modifié, sur ce point, cet article.

On s'est demandé si, pour former la demande d'autorisation, la femme devait être assistée du concours du mari. La Chambre du Conseil de la Seine a décidé, en considération de l'article 1549 du Code civil, que le mari devait autoriser sa femme à présenter la demande. Deux motifs, en effet, commandent cette solution. D'abord, le mari, administrateur du bien dotal, est intéressé à connaître le projet d'aliénation, il doit le connaître. En second lieu, quoique la demande d'autorisation soit un acte de juridiction gracieuse, elle n'en constitue pas moins une demande en justice, soumise, il est vrai, à des formes spéciales; or, d'après l'article 215, qui est général dans ses termes, la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari. C'est donc, ici, le cas d'appliquer cet article.

Enfin, la Cour de cassation, ayant à statuer sur la question de savoir si la femme autorisée à aliéner des biens dotaux pour tirer son mari de prison et qui l'en avait, en effet, tiré à l'aide de la vente de ses biens, ne pouvait critiquer la vente sous le prétexte que la créance et l'incarcération, n'auraient été que le résultat d'un concert frauduleux pour arriver, en dehors des conditions légales, à l'aliénation des biens dotaux, la Cour, disons-nous, a refusé ce droit à la femme. (Cass. 17 mars 1847).

En généralisant cette décision et en l'étendant à tous les cas prévus par l'art. 1558, dans lesquels la raison de décider est la même, on peut formuler le principe suivant : La femme ayant obtenu l'autorisation de justice, dans l'un des cas où elle est expressément exigée par l'art. 1558 du Code civil, ne peut, sans avoir recours aux

voies légales, attaquer cette autorisation pour, delà, arriver à la nullité de l'aliénation.

Il importe qu'on ne se fasse pas un jeu des décisions de la justice, et qu'après avoir frauduleusement surpris sa religion, on refuse d'exécuter un contrat qu'elle a sanctionné en vertu du pouvoir que la loi lui confère. Les décisions de la Chambre du Conseil n'ont pas, nous l'avons dit, l'autorité de la chose jugée; mais le principe d'après lequel les sentences, émancipées des juges compétents, ne peuvent, à moins d'être réformées par les voies légales, cesser d'être la loi des parties, s'applique aussi bien à la juridiction gracieuse qu'à la juridiction contentieuse. Que décider si l'autorisation a été accordée, non pas en vertu de l'une des dispositions de l'art. 1558, mais par interprétation des termes de cet article? La même solution nous paraît devoir être admise, par respect pour l'autorité de la justice. Jusqu'à ce que la décision de la Chambre du Conseil soit légalement réformée, les parties, qui ont traité en vertu de son autorisation, ne peuvent attaquer l'acte d'aliénation qui en a été la conséquence (1).

SECTION III. — Principaux cas dans lesquels intervient la Chambre du Conseil en matière gracieuse.

Nous avons examiné quelques-uns des cas dans lesquels s'exerce la juridiction gracieuse de la Chambre du

(1) Dans ce sens, Bertin, *Chambre du Conseil*, t. II, p. 262.  
La Cour de Cassation, a, dans ce cas, décidé que l'aliénation était nulle; mais l'arrêt est du 26 avril 1842, c'est-à-dire, bien antérieur à celui rendu dans l'espèce précédente.

Conseil. Une étude complète sur ce sujet, serait bien difficile, pour ne pas dire impossible, et n'a pu, par conséquent, entrer dans le plan si restreint de ce travail. Il

Nous ne pouvons, cependant, terminer sans indiquer, ne serait-ce que pour donner l'une idée de l'étendue du sujet, quelques situations juridiques, très variées, en elles-mêmes, qui réclament l'intervention de la Chambre du Conseil. Mais nous ne pouvons pas énumérer toutes ces situations, car nous n'avons pas l'autorité de la chose jugée.

C'est d'abord, le rétablissement des actes de l'état civil (art. 16 du Code civil). La Chambre du Conseil est compétente pour constater, à défaut d'actes de l'état civil, les naissances, mariages et décès (1).

Il résulte, en effet, d'un avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI, qu'aucun changement, aucune addition ne peuvent être faits sur les registres de l'état civil qu'en vertu d'une décision de justice, rendue sur la demande des parties intéressées ou, dans quelques cas du ministère public. (Décision minist. du 6 brumaire an XI, du 25 mars 1817, art. 75; circulaire ministérielle du 4 novembre 1814).

Aux termes de l'art. 99 du Code civil, la rectification des actes de l'état civil doit être opérée par jugement.

La rectification est demandée par requête (2) présentée au Président du tribunal qui ordonne la communication au ministère public et commet un juge pour faire le rapport.

(1) V. sur la perte ou destruction des registres de l'état civil : loi du 2 floréal an III, sur les registres détruits pendant la révolution; Pardonance du 9 janvier 1815, sur la récomposition des registres de la ville de Soissons; l'avis du Conseil d'Etat du 13 nivose an X; loi du 6 janvier 1872, relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements, et la loi du 12 février 1872, relative à la reconstitution des actes de l'état civil de Paris, infra à l'annexe.

(2) Tarif de 1807, art. 78.

Le ministère public consigne ses conclusions par écrit sur la requête; le rapport est fait en Chambre du Conseil, conformément aux art. 855 et 856 du Code de procédure civile.

Nous nous sommes déjà expliqué, dans le cours de cette étude, sur la compétence de la Chambre du Conseil en matière de rectification; nous n'y reviendrons pas (article 855-858, C. pr. civ.)

Les art. 855 et 856, C. pr. sont aussi applicables à la demande en rétablissement des actes de l'état civil.

Les changements et additions de noms ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation du gouvernement, accordée sur demande motivée et dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire, le Conseil d'Etat entendu. (Loi du 11 germinal an XI, titre II. — Circulaire du ministre de la justice du 9 novembre 1821).

Mais il appartient à la Chambre du Conseil, seulement, d'ordonner la mention du décret d'autorisation en marge des actes de l'état civil, et la transcription du jugement sur les registres.

L'art. 72 du Code civil charge le tribunal de première instance du lieu ou doit se célébrer le mariage, de l'homologation de l'acte de notoriété dressé conformément aux art. 70 et 71 du même code; l'homologation est demandée par requête, et communiquée au ministère public qui donne ses conclusions par écrit. La décision est rendue à huis-clos, en Chambre du Conseil.

Les diverses périodes de l'absence (art. 112 et s. C. civ.) fournissent des situations dans lesquelles intervient le tribunal de première instance, statuant en Chambre du Conseil.

Dans le cas de non présence, il s'agira par exemple, de prendre des mesures urgentes dans l'intérêt des affai-

res du non présent ; dans le cas de présomption d'absence, s'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, ou dont la procuration a cessé, il est statué sur la demande des parties intéressées. (C. civ. art. 112 et 122 ; 859, C. pr. civ.)

La déclaration d'absence, l'envoi en possession provisoire, l'envoi en possession définitif appartiennent à la juridiction de la Chambre du Conseil. (Art. 415, 419, 420, 421, 429 C. C. ; 859 et 860, C. pr. civ.)

On suit, pour ces divers cas, la procédure ordinaire de cette Chambre. Cependant, il paraît utile de s'en écarter pour la déclaration d'absence. La publicité du jugement qui déclare l'absence, quoique non exigée par la loi, paraît correspondre à la pensée du législateur exprimée dans l'art. 118 du Code civil et l'art. 8 de la loi du 13 janvier 1817, spéciale à l'absence des militaires.

D'après l'art. 118, en effet, le Procureur de la République doit envoyer les jugements tant préparatoires que définitifs, au Ministre de la justice, *qui doit les rendre publics* ; et l'art. 8 de la loi du 13 janvier 1817, exige que l'appel de la décision soit porté à l'audience. La décision relative à l'envoi en possession définitif devra, pour la même raison, être rendue à l'audience.

Nous avons dit, au début de cette étude, que le législateur avait confié à la justice le soin de protéger et défendre les intérêts des incapables. C'est la Chambre du Conseil, nous le savons, qui est chargée de cette mission. Nous avons parcouru les cas dans lesquels elle habilite les représentants des mineurs à contracter en leurs noms dans les limites déterminées par la loi, mais nous sommes loin d'avoir tout dit à ce sujet.

Les mineurs émancipés ont, eux aussi, besoin dans certains cas, de l'assistance de la Chambre du Conseil. (Art. 483, 484, 487, C. C.)

A côté des mineurs, se placent les interdits, et ici encore la Chambre du Conseil intervient, soit dans la première phase de la procédure, à fin d'interdiction (1), qui se déroule devant elle, soit dans la première phase relative à la main-levée de l'interdiction (2), soit enfin, pour homologuer l'avis du conseil de famille, lorsqu'il s'agit d'une dot à constituer à l'occasion du mariage de l'enfant de l'interdit et de conventions matrimoniales. La demande en nomination de conseil judiciaire, est instruite et jugée de la même manière que la demande en interdiction. De plus, la loi du 30 juin 1838, relative aux aliénés non interdits, fournit, soit pour la nomination de l'administrateur provisoire, soit pour la demande de sortie de l'aliéné et bien d'autres cas, à la Chambre du Conseil, l'occasion d'exercer sa juridiction.

Mais son action, loin de se borner aux matières que nous venons de citer, s'étend sur bien d'autres encore dans les détails desquelles nous ne pourrions entrer davantage.

C'est ainsi qu'elle a à s'occuper des autorisations à accorder aux femmes mariées, aux héritiers bénéficiaires, aux grevés de substitutions (art. 1048 et 1049, C. C.), de certains actes de la faillite qui nécessitent l'intervention de la justice civile (C. comm., art. 487, 572), etc.

Enfin, la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, a élargi le cercle des attributions de la Chambre du Conseil. En effet, aux termes de l'art.

(1) V. art. 492 — 497, C. C. ; 890 et 891, C. Pr. Civ.

(2) Art. 512, C. C.

13 de cette loi, les tuteurs, ceux qui ont été envoyés en possession provisoire, et tous représentants des incapables peuvent, après autorisation du tribunal, donnée sur simple requête, en la Chambre du Conseil, le ministère public entendu, consentir amiablement à l'aliénation des biens soumis à l'expropriation. Les femmes mariées sous le régime dotal peuvent également accepter les offres de l'administration, si la Chambre du Conseil les y autorise (art. 25).

Nous ne reviendrons pas sur le caractère gracieux des diverses questions que nous venons de signaler à titre d'exemple, caractère auquel elles doivent d'avoir été classées dans la compétence de la juridiction volontaire de la Chambre du Conseil ; nous nous sommes étendu, à ce sujet, dans la théorie générale que nous avons exposée au début de cette étude.

Nous avons dit aussi que la Chambre du Conseil avait des attributions contentieuses, qu'elle exerceait seulement en vertu de dispositions expresses de la loi.

On comprendra, après cela, l'étendue et l'importance de cette juridiction, dont on ne s'est pas encore assez occupé.

Il serait utile de donner à la Chambre du Conseil une existence propre, indépendante de celle du tribunal lui-même, et de faire cesser la confusion qui existe dans les textes entre ces deux assemblées.

Le législateur, en effet, parle rarement de la Chambre du Conseil, au principal. Pour lui, la Chambre du Conseil, c'est le tribunal de première instance, statuant en de certaines formes et sur certaines questions.

Ne vaudrait-il pas mieux que, aux dispositions éparses et incomplètes qui renvoient à cette juridiction, fût substituée une loi d'organisation, loi impérieusement exigée,

d'ailleurs, par le courant d'affaires qui afflue de plus en plus fort vers la Chambre du Conseil ?

Ne serait-il pas plus profitable à la bonne expédition de ces affaires que des magistrats spéciaux, un membre du parquet, un juge rapporteur, fussent au moins dans les grands tribunaux, uniquement attachés à la Chambre du Conseil ?

Tel est le vœu qui a été bien des fois exprimé par de savants magistrats et juriconsultes et que nous nous permettons, à notre tour de renouveler,

I. — Il ne faut pas distinguer entre l'effet dévestitif de l'investiture et son effet investitif. Ces deux effets sont inséparables.

II. — La propriété privée immobilière paraît avoir été, à l'origine, une concession de l'Etat.

III. — Le reproche de formalisme adressé au Droit Romain n'est pas fondé.

IV. — L'acquiescement d'une obligation morale constitue une libéralité.

## DROIT FÉODAL ET COUTUMIER

I. — Le système de la personnalité des lois a pris sa source dans la concession de terres, faites par les empereurs à la charge de défendre l'empire romain, à des bandes germaniques qui n'étaient néanmoins soumises qu'à l'autorité de leurs chefs et de leurs lois.

II. — Les coutumes dérivent du Droit Germanique.

III. — Les fiefs en France étaient patrimoniaux.

d'ailleurs, par le courant d'affaires qui allue de plus en plus fort vers la Chambre du Conseil ?

Ne serait-il pas plus profitable à la bonne expédition de ces affaires, un membre du parquet, un juge rapporteur, fissent au moins dans les grands tribunaux, uniquement attachés à la Chambre du Conseil ?

Tel est le vœu qui a été bien des fois exprimé par de savants magistrats et juriscultes et que nous nous permettons, à notre tour, de proposer.

### DROIT ROMAIN

- I. — Il ne faut pas distinguer entre l'effet dévestitif de l'*in jure cessio* et son effet investitif. Ces deux effets sont inséparables.
- II. — La propriété privée immobilière paraît avoir été, à l'origine, une concession de l'Etat.
- III. — Le reproche de formalisme adressé au Droit Romain n'est pas fondé.
- IV. — L'acquiescement d'une obligation morale constitue une libéralité.

### DROIT FÉODAL ET COUTUMIER

- I. — Le système de la personnalité des lois a pris sa source dans la concession de terres, faites par les empereurs, à la charge de défendre l'empire romain, à des bandes germaniques qui n'étaient néanmoins soumises qu'à l'autorité de leurs chefs et de leurs lois.
- II. — Les coutumes dérivèrent du Droit Germanique.
- III. — Les fiefs en France étaient patrimoniaux.

IV. — Le principe des actions possessoires vient du Droit Germanique; la distinction de ces actions est due à l'influence du Droit Romain qui, au XIII<sup>e</sup> siècle, amena la décomposition de l'action de nouvelle des-saisine.

### DROIT CIVIL

I. — Les décisions de la Chambre du Conseil, en matière gracieuse, n'ont pas, en principe, l'autorité de la chose jugée.

II. — La dot mobilière est aliénable.

III. — Les futurs époux ne peuvent pas stipuler la communauté légale sous condition.

IV. — La Chambre du Conseil peut accorder à la femme l'autorisation d'hypothéquer son immeuble dotal pour tirer son mari de prison.

V. — Une créance, appartenant à un mineur, et garantie par une action résolutoire, ne peut être aliénée par le tuteur qu'avec l'autorisation du Conseil de famille et l'homologation du tribunal.

VI. — Même solution pour l'aliénation d'une créance garantie par une hypothèque.

VII. — L'obligation de garantie est divisible.

VIII. — La déconfiture du débiteur entraîne la déchéance du terme.

IX. — L'action Paulienne est personnelle.

IV. — Le principe des actions possessoires vient du Droit Germanique; la distinction de ces actions est due à l'influence de l'école française, au XIII<sup>e</sup> siècle.

### PROCÉDURE CIVILE

- I. — La demande en séparation de corps doit, lorsqu'elle est basée sur la condamnation à une peine infamante, être formée par assignation et non par requête.
- II. — Cette demande doit être soumise à la juridiction ordinaire.
- III. — La décision de la Chambre du Conseil, rendue en matière gracieuse, ne doit pas, en principe, être rendue publiquement.

### DROIT CRIMINEL

- I. — La durée du temps par lequel s'accomplit la prescription de l'action publique se détermine au moyen de la qualification donnée par la loi au fait dont le prévenu ou l'accusé est reconnu coupable, sans égard pour le titre de la poursuite et pour la peine qui pourra être appliquée.
- II. — Le jour où l'infraction a été commise ne compte point dans le délai de la prescription.

### DROIT ADMINISTRATIF

- I. — La concession faite aux compagnies de chemins de fer constitue un droit d'emphytéose.
- II. — Le lit des cours d'eau non navigables ni flottables appartient à l'Etat.

## DROIT COMMERCIAL

- I. — La femme, marchande publique, peut contracter une société commerciale sans une autorisation spéciale de son mari.
- II. — Les commissionnaires pour achats ont un privilège pour les avances qu'ils ont faites.
- III. — La vie et la liberté individuelle peuvent faire l'objet d'un contrat d'assurance.

## DROIT DES GENS.

- I. — Les agents diplomatiques n'ont pas droit de juridiction criminelle sur leurs nationaux.
- II. — Le principe de l'inviolabilité doit protéger l'ambassadeur qui traverse le territoire d'une nation amie, pour se rendre sur le territoire de celle auprès de laquelle il est accrédité.
- III. — La guerre, pour être juste, doit être la sanction d'un droit, amenée par des circonstances très-graves et inévitable.

## ÉCONOMIE POLITIQUE

- I. — La valeur d'une chose prend sa source dans le travail qui l'a produite, dans son utilité, et dans sa rareté.
- II. — La dépopulation des campagnes est un mal au triple

point de vue de la santé publique, de la population et de l'organisation sociale.

III. — Le travail libre est plus productif que le travail esclave; l'économie politique condamne l'esclavage, comme la morale elle-même.

---

Toulouse, le 4 décembre 1876.

Vu par le doyen, président de la thèse,  
**DUFOUR.**

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Toulouse, le 13 janvier 1877.

*Le Recteur,*

**Ch. DREYSS**

Cette thèse sera soutenue en séance publique, dans une des salles de la Faculté de droit de Toulouse, le février 1877.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De l'*in jure cessio*.

	Pages.
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER.....	
SECTION I. — Origine, caractère, formes de l' <i>in jure cessio</i> .....	21
SECTION II. — Cas d'application de l' <i>in jure cessio</i> ..	29
CHAPITRE II.....	30
SECTION I. — Des effets de l' <i>in jure cessio</i> appliquée à la constitution de l'usufruit.....	32
SECTION — II. — Des effets de l' <i>in jure cessio</i> appliquée à la transmission de la tutelle.....	42
SECTION .III. — Des effets de l' <i>in jure cessio</i> appliquée à la transmission de l'hérédité.....	48
SECTION IV. — Des effets de l' <i>in jure cessio</i> appliquée à la dation de la liberté.....	60
CHAPITRE III. — Considérations sur les causes qui durent faire disparaître l' <i>in jure cessio</i> .....	64

DROIT FRANÇAIS

De la juridiction gracieuse des Tribunaux civils.

CHAPITRE PREMIER. — Distinction générale entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse...	68
---	----

	Pages.
CHAPITRE II. — De la Chambre du Conseil.....	
SECTION I. — Compétence de la juridiction de la Chambre du Conseil en matière gracieuse.....	83
SECTION II. — Étendue de la juridiction de la Cham- bre du Conseil statuant en matière gracieuse..	86
SECTION III. — Procédure.....	92
SECTION IV. — Décision de la Chambre du Conseil en matière gracieuse.....	95
SECTION V. — Effets de la décision de la Chambre du Conseil rendue en matière gracieuse.....	98
CHAPITRE III. — Examen de quelques questions spé- ciales rentrant dans les attributions gracieuses de la Chambre du Conseil.....	
SECTION I. — Homologation des délibérations du Conseil de famille, dans les cas d'emprunt, d'alié- nation d'immeubles de transaction.....	108
SECTION II. — Autorisation pour les aliénations des biens de femmes mariées.....	116
I. — Fondement de l'incapacité de la femme mariée.	
II. — Aliénation des biens des femmes mariées....	123
III. — Aliénation des biens dotaux.....	124
IV. — Procédure relative à l'aliénation du bien dotal.....	132
SECTION III. — Principaux cas dans lesquels inter- vient la Chambre du Conseil.....	134