

PAGES

MANQUANTES

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.

B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.

E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.

CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.

EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.

JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I.

AVRIL 1879.

No. 3.

DE L'AFFINITÉ ET DE SES EFFETS.

Des relations diverses ayant des conséquences juridiques plus ou moins graves peuvent exister entre les citoyens d'un même pays. Les plus importantes et les plus intimes de ces relations sont le mariage, la parenté et l'affinité.

Je dis en premier lieu le mariage, car cette relation intime et sacrée qui existe dans l'indissoluble union de l'homme et de la femme, n'est pas une parenté ni une affinité (1) dans le sens ordinaire.. “ *Virum et uxorem non esse inter se proprie affines, sed principium affinitatis et quasi stipitem, ex quo affinitatis gradus numerentur et distinguantur* (2).” Cette union intime qui de deux personnes fait une même chair, et

(1) Le Code de Procédure Civile, article 252, semble proclamer que l'union qui existe entre les époux est une véritable affinité.

Proudhon, *Traité de l'Etat des Personnes*, T. 1 page 360, dit que “ l'alliance ou l'affinité consiste dans les liens civils qui unissent, par le mariage, les époux entr'eux, et chacun d'eux avec les parents de l'autre.”

Voyez l'abbé André, *Cours de Droit Canon*, Vo. *Affinité* ou *Alliance*.

(2) Engel, *Jus Canonicum*, T. 3, page 99.

erunt duo in carne una (1), cette union qui est la tige d'une famille nouvelle n'a pas de désignation qui lui soit propre, aucune autre expression que celle de *mariage* ne peut la caractériser. Le mariage est une relation *sui generis*, car les devoirs et les obligations mutuels qu'il engendre, les droits réciproques qu'il confère, le lien qui unit les époux, sont consacrés par la religion, la nature et la loi civile.

Les rapports de parenté (2) qui existent entre les personnes sont très-étendus dans leurs effets et leurs conséquences et ils se retrouvent dans un grand nombre de circonstances et d'événements dans le cours de la vie, notamment dans le mariage et dans les successions.

Les rapports d'affinité, quoique restreints, ont cependant une influence considérable dans le mariage, qui est l'un des principaux événements de la vie. Ils ont aussi des conséquences importantes dans d'autres matières.

Les rapports qui existent entre personnes étrangères l'une à l'autre, c'est-à-dire entre lesquelles il n'y a pas de liens de parenté ou d'affinité (3), et leurs conséquences juridiques, sont généralement (4) le résultat des conventions et ils sont aussi multipliés qu'il y a de transactions sociales diverses.

Les simples rapports sociaux et les relations plus intimes d'amitié n'ont pas de conséquences juridiques, ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation civile.

Le but du présent article est de faire connaître l'affinité et

(1) Genèse, Cap. 2 V. 24.

(2) "La parenté ou la consanguinité est un lien contracté par la propagation du sang entre les personnes qui descendent d'une même souche." (*Petite Somme de St. Thomas d'Aquin*, par l'abbé Lebrethon, *supplément à la troisième partie, Question 54, No. 1*).

"La parenté naturelle, dit Pothier, est la liaison que la nature a mise entre deux personnes qui descendent ou l'une de l'autre, ou d'une souche commune. (*Traité du Contrat de Mariage, Part. 3, C. 3, Art. 1, § 1.*)

(3) Les rapports dont il est question peuvent exister aussi bien entre parents et alliés qu'entre simples étrangers, mais il n'ont pas la parenté ni l'affinité pour cause.

(4) Voyez le Code Civil, art. 983.

ses conséquences ou effets juridiques, et de rectifier certaines idées erronées que beaucoup de personnes, même parmi les hommes de loi, entretiennent sur cette matière.

SECTION I.

DE L’AFFINITÉ.

L’affinité ou alliance résulte du mariage. Elle a pour base l’union légitime de l’homme et de la femme ; elle est aussi le résultat d’un commerce illicite (1). “Celui, dit St. Paul, qui “s’unit à une prostituée devient un même corps avec elle (2).”

L’affinité proprement dite ou l’affinité légitime est le rapport ou le lien qui existe, dans les relations de famille, entre un conjoint par mariage et les parents de l’autre conjoint. Si la loi ne prononçait pas l’affinité, il faudrait la faire reposer sur une fiction. Les deux époux ne formant qu’une seule personne, il faudrait dire que le conjoint de notre parent est notre parent lui-même et lui donner cette qualification.

L’affinité est l’image et la représentation de la parenté ; c’est une parenté civile ayant beaucoup de rapports avec la véritable parenté, et en différant essentiellement sous plusieurs points de vue. Le mariage fait entrer l’époux dans la famille de son époux, il est considéré comme si les liens du sang l’unissaient aux membres de cette famille, il est *factivement* de leur sang, mais cette fiction cesse lorsqu’il s’agit de succession (3).

Les effets de l’affinité légitime seront expliqués plus loin.

Quant à la parenté et à l’affinité purement naturelles, elles ont surtout des effets en matière de mariage. Dans les ma-

(1) *Affinitas est propinquitas personarum ex copulâ carnali proveniens de se non involvens consanguinitatem.* (Engel, *loc. cit.*, page 99).

(2) *Première Epître aux Corinthiens, chapitre 6, verset 16.*

(3) Voyez *infra* le paragraphe relatif aux successions *ab intestat*.

tières civiles ordinaires, leurs effets sont bien limités (1) notamment en ce qui concerne l'affinité.

Il est bien certain que ces effets n'existent pas en matière de tutelle, curatelle et autres matières où le conseil de famille d'un individu doit être consulté. Les parents et les alliés purement naturels ne peuvent pas être appelés au conseil de famille autrement que comme amis et seulement dans le cas de défaillance de la parenté et de l'affinité légitimes (2).

Dans la parenté on distingue la souche, la ligne et le degré.

La souche est le parent dont d'autres parents tirent leur commune origine. En appliquant cette idée à l'affinité, on doit dire que la souche est l'auteur commun dont le parent tire son origine et dont l'allié est censé, lui aussi, tirer son origine.

La ligne est l'ordre des personnes qui sont d'un même sang (3).

Relativement à la ligne, " il y a trois choses à distinguer dans la consanguinité : le rapport du principe avec son produit, le rapport du produit avec son principe, et le rapport réciproque des produits du même principe. Ces trois rapports produisent trois lignes : celle des descendants qui va du père au fils (4), celle des ascendants qui remonte du fils au père (5), et la ligne collatérale, qui marque la relation de deux per-

(1) La reconnaissance volontaire ou forcée par le père ou la mère de leur enfant naturel, donne à ce dernier le droit de réclamer des aliments contre chacun d'eux, suivant les circonstances. (C. C. art. 240).

La recherche judiciaire de la paternité et de la maternité est permise à l'enfant naturel, et la preuve s'en fait tant par écrit que par témoins, sous les circonstances et restrictions portées aux articles 232, 233 et 234 relatifs à la preuve de la filiation des enfants légitimes. (C. C. art. 241).

(2) Voyez le Code Civil, art. 253.

(3) *Conférences de Paris sur le Mariage*. Livre 4, Première Conférence, § 1.

(4) Dans la ligne directe descendante sont : le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille, etc.

(5) Dans la ligne directe ascendante sont : le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule, le bisaïeul et la bisaïeule, le trisaïeul et la trisaïeule, etc.

sonnes descendues d'une souche commune (1)." (*Petite Somme de St. Thomas d'Aquin, loc. cit. No. 2*). Ces principes sont applicables à l'affinité quoique, en réalité, il n'y ait pas de lignes, les alliés n'étant pas du même sang. Ainsi on distingue dans l'affinité la ligne directe descendante, la ligne directe ascendante et la ligne collatérale. La ligne directe descendante, "*rapport du principe avec son produit*," se compose de tous les descendants d'un époux, ils sont les descendants par affinité de l'autre époux, ils sont réputés avoir été engendrés par lui. Le fils de votre femme, né d'un précédent mariage, est votre beau-fils ou *fils par affinité* (2); le petit-fils de votre femme, le fils de son enfant d'un premier mariage, est votre *petit-fils par affinité*, et ainsi des autres descendants. La ligne directe ascendante, "*rapport du produit avec son principe*," se compose de tous les ascendants d'un époux, ils sont les ascendants par affinité de l'autre époux, ils sont réputés l'avoir engendré. Le père de ma femme est mon beau-père ou mon *père par affinité* (3), l'aïeul de ma femme est mon aïeul par affinité, et ainsi des autres ascendants. Enfin la ligne collatérale, "*rapport réciproque des produits du même principe*," se compose de tous les parents d'un époux qui descendent comme lui d'une souche commune, ils sont les collatéraux par affinité de l'autre époux, ils sont réputés avoir tous ensemble le même auteur commun. Le frère de ma femme est mon beau-frère ou *frère par affinité* (4), son oncle est mon oncle, son neveu est

(1) Dans la ligne collatérale sont les frères et sœurs, les oncles et tantes, les grands-oncles et grandes-tantes, les neveux et nièces, les petits-neveux et petites-nièces, les cousins et cousines germains, les cousins et cousines issus de germains, etc.

La langue du droit n'a pas d'expressions propres pour désigner les parents au delà de certains degrés. Ainsi au delà des cousins issus de germains (sixième degré civil et troisième degré canonique), les cousins n'ont plus de qualification spéciale et ils ne sont connus que sous le nom générique de cousins. On les nomme cousins au septième degré, huitième degré, etc.

(2) C'est-à-dire votre allié au degré de fils.

(3) C'est-à-dire mon allié au degré de père.

(4) En d'autres termes il est mon allié au degré de frère.

mon neveu, son cousin germain est mon cousin germain, et ainsi des autres collatéraux plus éloignés.

Les degrés de parenté sont les distances qui existent entre les parents. Ces distances sont plus ou moins considérables selon qu'on s'éloigne plus ou moins de la souche commune, car les degrés sont formés par les générations (1).

Les degrés sont comme les échelons que l'on monte (2) pour parvenir au faite de l'édifice, c'est-à-dire à l'auteur commun, la tige et la souche de la nouvelle famille qui s'est formée.

Il y a deux manières de compter les degrés de parenté, la supputation canonique et la supputation civile.

Le droit canon et le droit civil comptent les degrés de la même manière dans la ligne directe. Chaque personne engendrée fait un degré. *Tot sunt gradus quot sunt generationes, usque ad illam personam de cujus cognatione quaeritur* (3). Ainsi, dans la ligne directe descendante, entre vous et votre fils il n'y a qu'un degré parcequ'il n'y a qu'une seule génération, celle de votre fils ; entre vous et votre petit-fils il y a deux degrés parce qu'il y a deux générations, celle de votre fils et celle de votre petit-fils. Il y a trois générations entre vous, qui faites souche, et votre arrière-petit fils, et par conséquent il y a trois degrés entre vous et lui.

“ Il en est de même dans la ligne ascendante. Je suis au premier degré de parenté avec mon père, parce qu'une seule génération a formé cette parenté ; je suis au second degré

(1) C. C. Art. 615.

(2) “ Les degrés,” dit le jurisconsulte Paul, “ sont ainsi appelés par comparaison, c'est-à-dire comme étant semblables à des échelles ou à des lieux qui sont en pente, et par lesquels nous montons comme en passant de degrés en degrés, qui semblent naître les uns des autres. (ff. Liv. 10, §. 10, *De gradibus et adfinibus, et nominibus eorum*. Traduction de Bréard-Neuville et de Moreau de Montalin, T. 15, page 343).

(3) Engel. *loc. cit.* page 96. Il ajoute : “ Si quaeritur, quoto gradu sit nepos avo conjunctus? Dico, avus, filius, nepos, sunt tres personæ, una dempta manent duæ ergo duo gradus. Vel: avus genuit filium, est una generatio, et unus gradus, filius genuit nepotem, est secunda generatio, consequenter secundus gradus, et sic de caeteris,”

avec mon aïeul, parce que deux générations ont formé cette parenté ; mon aïeul a engendré mon père, et mon père m’a engendré : je suis au troisième degré avec mon bisaïeul, parce qu’il y a trois générations de lui à moi : 1o. il a engendré mon aïeul ; 2o. mon aïeul a engendré mon père ; 3o. mon père m’a engendré, *et sic deinceps* des autres degrés.” (Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, No. 124, Ed. in-12).

Le droit Canon et le droit civil ont chacun une manière différente de compter les degrés dans la ligne collatérale.

Suivant la supputation civile (1) il y a autant de degrés qu’il y a de personnes des deux côtés, issues d’une souche commune, car la ligne collatérale se compose de deux lignes qui partent de l’auteur commun. Ainsi lorsque l’on veut connaître la parenté qui existe entre deux collatéraux, on compte le nombre de personnes qu’il y a entre l’un d’eux et l’auteur commun, celui-ci non compris, et entre l’auteur commun et l’autre collatéral ; en d’autres termes on part de l’un des parents et on monte à l’auteur commun, et on descend de cet auteur commun à l’autre parent. Ainsi entre mon frère et moi il y a deux degrés, car de moi à mon père, notre auteur commun, il y a une génération et par conséquent un degré, et de mon père à mon frère il y a une autre génération, et par conséquent un autre degré. Entre votre neveu et vous il y a trois degrés car il y a trois générations, savoir la vôtre d’un côté, et celles de votre frère et de son fils, qui est votre neveu, de l’autre côté. Entre votre cousin germain et vous il y a quatre degrés, car il y a quatre générations, savoir deux générations en montant de votre cousin germain à votre aïeul qui est la souche, et deux générations en descendant de votre aïeul jusqu’à vous (2).

Il en est ainsi des degrés plus éloignés.

Dans la supputation civile, il n’y a pas de premier degré en

(1) Dans la Province de Québec nous suivons la supputation civile pour les successions, la récusation des juges, etc. Cette supputation est celle du droit romain ; en collatérale il comptait les degrés de chaque côté.

(2) Voyez le Code Civil, art. 618.

collatérale (1). La distinction entre les degrés égaux et les degrés inégaux n'a pas sa raison d'être dans cette ligne vu que chaque personne fait un degré.

Suivant la supputation canonique (2) on ne compte les degrés que par le nombre de personnes qui se trouvent entre l'un des collatéraux et la souche commune. D'après cette supputation, il y a en collatérale des degrés égaux et des degrés inégaux, ou, en d'autres termes la ligne collatérale se subdivise en ligne collatérale égale et en ligne collatérale inégale (3).

Les degrés sont égaux lorsque les deux parents sont également éloignés de la souche commune. "*In lineâ collateralium æquali toto gradu consanguinei distant inter se, quoto quisque eorum a communi stipite* (4)." Ainsi deux frères sont au premier degré (5), car il n'y a qu'une génération entre chaque

(1) "La ligne directe ascendante ou descendante commence dans le premier degré; mais dans la ligne collatérale, il n'y a point de premier degré et on commence par le second." (ff. L. 1, §. 1, de grad. et adf.)

(2) On suit la supputation canonique pour les mariages. On ignore dans quel temps cette manière de compter les degrés en collatérale a été introduite dans l'église, mais il est probable que cette introduction a eu lieu sous le pontificat de Saint Grégoire le Grand. Cette introduction aurait donc eu lieu à la fin du sixième siècle ou au commencement du septième.

Voyez Ferrière sur les *Institutes de Justinien*, Liv. 1, Tit. 10, §. 1. Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, Nos. 127 et suivants, et Nougarié, *Lois du Mariage*, page 297.

(3) "*Linea transversalis seu collateralis est duplex, æqualis et inæqualis.*"

"*Linea transversalis æqualis est habitudo inter personas ab eodem communi stipite æqualiter distantes, ut inter fratres et sorores, patruelas et consobrinas.*"

"*Linea transversalis inæqualis est habitudo inter personas inæqualiter a communi stipite distantes, ut fratres et filii sororis.*" (Maupied, *Juris Canonici Compendium*, Pars. III, Lib. VI, T. 1, page 1462).

(4) Engel, *loc. cit.* page 96.

(5) Il y a un premier degré en collatérale d'après la supputation canonique. D'après cette même supputation, lorsque les degrés sont égaux, un degré *canonique* comprend deux degrés *civils*.

frère et leur père qui est la souche commune ; deux cousins germains sont au second degré, car il y a deux générations de chaque côté, celle du cousin et celle de son père, le père de ce dernier, aïeul du cousin, étant l’auteur commun. Il y a trois degrés entre deux cousins issus de germains et quatre degrés entre les enfants de ces derniers.

Les degrés sont inégaux lorsque l’un des parents est plus éloigné que l’autre parent de la souche commune (1). Dans ce cas le degré le plus éloigné emporte le plus proche, et les collatéraux sont éloignés entr’eux d’autant de degrés que le plus éloigné est éloigné de la souche commune. *In linea collateralis inæquali remotior trahit ad se viciniorem, id est, quoto gradu remotior distat a communi stipite, toto distant inter se* (2).” Ainsi l’oncle et le neveu sont au second degré, car entre le neveu et son aïeul, père de l’oncle, il y a deux générations, celle du neveu et celle de son père qui est le frère de l’oncle. Entre vous et le cousin germain de votre père, il y a trois degrés parce qu’il y a trois générations depuis vous jusqu’à votre bisaïeul qui est la souche commune, savoir la vôtre, celle de votre père et celle votre aïeul.

Dans l’affinité il n’y a pas de véritables degrés, car il n’y a pas de générations “*gradus autem adfinitatis nulli sunt* (3)” et par conséquent, il n’y a pas d’auteur commun. Cependant comme l’affinité est l’image de la parenté, qu’elle est elle-même une parenté civile et fictive, on a imaginé des degrés comme dans la parenté réelle. Ces degrés d’imitation sont comme les véritables degrés de parenté et, en conséquence, les règles que je viens de rapporter sont applicables. “Ainsi pour connaître les degrés entre le mari et les parents de la

(1) On dit quelquefois, dans ce cas, qu’il y a parenté d’un degré à un autre, V. G. du premier degré au second degré, du second degré au troisième degré, du troisième degré au quatrième degré et ainsi de suite. Ainsi on dit que l’oncle et la nièce sont parents du premier au second degré ; que la parenté qui existe entre vous et la petite-fille de votre cousin germain est une parenté du second au quatrième degré etc.

(2) Engel, *loc. cit.*

(3) ff. L. 4, §. 5 *De grad. et aff.*

femme, et les degrés entre la femme et les parents de son mari, il n'y a qu'à suivre les degrés de parenté qui sont entre l'un des deux conjoints et ses parents (1)." Il suit de là qu'un mari est l'allié des parents de sa femme au même degré que sa femme est leur parente et *vice versá*. Le père de votre femme est votre allié au premier degré de la ligne directe ascendante, l'aïeul de votre femme est votre allié au second degré de la même ligne. Le fils de votre femme est votre allié au premier degré de la ligne directe descendante, le petit-fils de votre femme est votre allié au second degré de la même ligne. Dans la ligne collatérale, la sœur de votre femme est votre alliée au premier degré canonique et au second degré civil ; la cousine germaine de votre femme est votre alliée au second degré canonique et au quatrième degré civil ; et ainsi des autres parents.

L'affinité est-elle susceptible d'extensions ? Faut-il nécessairement la limiter aux parents d'un époux relativement à l'autre époux ; en d'autres termes, n'y a-t-il que les parents d'un époux qui soient les alliés de l'autre époux ? Les alliés d'un époux ne peuvent-ils pas réclamer le même privilège à l'égard de l'autre époux ?

L'affinité ne produit pas l'affinité, *affinitas non parit affinitatem*, car pour qu'elle pût la produire il faudrait pouvoir établir, au moins fictivement, entre un époux et les alliés de l'autre époux, ou entre les familles respectives de deux époux, les divers rapports qui caractérisent la parenté, soit directe, soit collatérale, ce qui est impossible.

" L'affinité " dit Saint Thomas, ne produit pas l'affinité. Les parents d'une femme ne sont liés par aucune parenté aux parents de son mari ; à plus forte raison en est-il de même des alliés de cette femme. D'ailleurs, l'affinité n'est pas un LIEN de la même espèce que la parenté. L'épouse seule devient parente (2) avec les consanguins de son époux au même degré

(1) Ferrière, sur les *Institutes de Justinien*, Liv. 1. Tit. 10, §. 6.

(2) Saint Thomas n'entend pas ici la parenté véritable, mais seulement la parenté civile qui est l'affinité.

que lui (1).” Le mari seul pareillement devient allié avec les parents de sa femme au même degré qu'elle. Ainsi les alliés de ma femme ne sont pas mes alliés, sa belle-mère, *marâtre*, la seconde femme de son père, n'est pas ma belle-mère quoique son père soit mon beau-père. Mes alliés pareillement ne sont pas les alliés de ma femme ; ainsi mon beau-frère, le mari de ma sœur, n'est pas le beau-frère de ma femme quoique ma sœur soit sa belle-sœur. Les enfants que chacun des époux a eus d'un précédent mariage sont aussi complètement étrangers les uns aux autres ; ceux de la femme sont les alliés du mari et ceux du mari sont les alliés de la femme, mais ils ne sont pas alliés ensemble.

Ce principe incontestable ne fait pas de doute et il est enseigné par les canonistes, les théologiens et les jurisconsultes tant anciens que modernes (2). Tous s'accordent à dire que

(1) *Petite somme de Saint Thomas d'Aquin*, supplément à la troisième partie, Question 55, No. 5.

(2) Voyez entr'autres :

1o. Parmi les Canonistes et les Théologiens : Saint Thomas, déjà cité.— *Les Conférences Ecclésiastiques de Paris sur le Mariage*, éd. de 1767, T. 2, page 302. — Gousset, *Théologie Morale*, T. 2, 2e éd., No. 813. — L'Abbé André, *Cours de Droit Canon*, Vo. *Affinité*. — Guillois, *Explication du Catéchisme*, 8e. éd. T. 3, page 557. — Maupied, *Juris Canonici Compendium*, T. 1, page 1471.

2o. Parmi les anciens jurisconsultes, c'est-à-dire qui ont écrit avant la promulgation du Code Napoléon :

Boutaric, *Explication de l'Ordonnance de 1667*, page 255. — Rodier, *Questions sur l'Ordonnance de 1667*, page 476. — Ferrière, *Dictionnaire de Droit*, Vo. *Affinité*. — Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, 3e Partie, Chap. 3, Art. 5, § 3. — Guyot, *Répertoire de Jurisprudence*, T. 6, Vo. *Empêchements de Mariage*, page 671, 1ère colonne.

3o. Enfin parmi les auteurs modernes : Pailliet, *Manuel de Droit Français*, page 53, notes. — 1 Delvincourt, *Cours de Code Civil*, notes, page 131. — 1 Carré et Chauveau, *Les Lois de la Procédure Civile*, page 18, notes. — 9 Toullier, *Droit Civil Français*, pages 440 et suivantes. — Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, Vo. *Empêchements de Mariage*, § 4, Art. 3, No. 4. — Favard de Langlade, *Répertoire du Notariat*, Vo. *Affinité et Alliance*. — 1 Vazeille, *Traité du Mariage*, No. 107. — 1 Boileux, *Commentaire sur le*

l'affinité est le rapport qui existe entre un époux et les parents de l'autre époux. On n'en trouve pas un seul qui enseigne que l'affinité est aussi le rapport qui existe entre un époux et les alliés de l'autre époux. S'il en était autrement, c'est-à-dire si l'affinité produisait l'affinité, on se trouverait dans des embarras extrêmes car toutes ces générations créeraient une telle confusion qu'il serait presque impossible de les discerner et d'appliquer les conséquences juridiques qui en découleraient.

Si vos alliés ne sont pas les alliés de votre femme et si les alliés de votre femme ne sont pas vos alliés, il suit, à plus forte raison, qu'il n'existe aucun lien de parenté ou d'affinité entre vos parents et les parents de votre femme. Ainsi votre père et la mère de votre femme, votre frère et la sœur de votre femme sont, à l'égard les uns des autres, complètement étrangers.

Dans le langage ordinaire, on donne le nom d'alliés à des personnes qui nous sont parfaitement étrangères. Ainsi on appelle beau-père le second mari de notre belle-mère, beau-frère le mari de notre belle-sœur, oncle le second mari de celle qui est notre tante par affinité, c'est-à-dire qui était précédemment mariée avec notre oncle. Mais aucun lien ne nous unit à ces personnes, *affinitas non parit affinitatem*. Les convenances sociales exigent, jusqu'à un certain point, ces diverses qualifications, et le vulgaire les caractérise en disant qu'un tel est beau-père, beau-frère, oncle ou cousin d'un tel par *politesse*. L'usage et les habitudes de la société de trouver une alliance en ces cas ne peuvent pas changer légalement les relations.

L'affinité, je l'ai déjà observé plus haut, imite la parenté

Code Napoléon, 6e. éd. page 387.— *Les Codes annotés* de Sirey, sur l'article 162 du Code Napoléon, No. 1.— *Répertoire de la Jurisprudence du Notariat*, Vo. Alliance.— *Dictionnaire du Notariat*, Vo. Alliance, Nos. 19 et 20.— Dalloz, *Dictionnaire Général de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence*, Vo. Parenté et Alliance, No. 16.— Leroy, dans l'*Encyclopédie du Droit de Seigne et Carteret*, Vo. Alliance-Affinité, No. 8.— 3 Demolombe, *Cours de Code Civil*, No. 115.— 1 Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, Art. 162.— 1 Allemand, *Traité du Mariage et de ses effets*, page 74.— Nougariède, *Lois du Mariage*, page 299.

avec qui elle a beaucoup d'analogie, mais elle n'est pas une parenté véritable et réelle, elle est une parenté fictive et civile qui, dans certaines circonstances, a les mêmes effets que la parenté réelle, mais qui en diffère essentiellement sous d'autres rapports. Si cette affinité produisait une autre affinité, il s'en suivrait que la fiction produirait une autre fiction, ce qui ne peut pas se concevoir en droit civil.

Tous les jours on soulève des difficultés relativement à l'affinité. On prétend que les alliés d'un conjoint sont les alliés de l'autre conjoint et on veut en tirer des conséquences qui entravent la marche des affaires dans les différentes matières où la loi parle de l'affinité. Qu'il soit donc compris une fois pour toutes que l'affinité ne produit pas l'affinité et que la prétention contraire est tout simplement une hérésie légale.

Je ne sais pas si cette question, d'extension d'affinité s'est déjà présentée devant nos tribunaux. J'ai fait beaucoup de recherches pour m'en assurer, mais j'ai parcouru en vain un grand nombre de volumes de décisions. La question s'est présentée en France. Une cour de justice criminelle, celle du département de la Côte-d'Or, siégeant à Dijon, ayant, le 16 Germinal an 13 (1), jugé que la femme du beau-frère d'un individu était la belle-sœur de cet individu, ce qui faisait produire à l'affinité des effets qu'elle n'a pas, la cour de Cassation, faisant une juste application des principes, a cassé son arrêt.

“ Attendu, ” dit l'arrêt de la cour de Cassation (2), “ que l'alliance dont parle cet article (3), est celle qui se contracte par le mariage entre l'un des conjoints et les parents de l'autre; qu'un époux n'a par conséquent pour alliés du chef de son

(1) 6 Avril 1805.

(2) L'arrêt de la Cour de Cassation a été rendu le 5 Prairial de la même année, 25 Mai 1805.

(3) L'article 358 du Code des Délits et des Peines du 3 Brumaire an 4. Cet article portait que, dans les procès de grand criminel, certains parents et alliés de l'accusé, entre autres son frère et sa sœur, et ses alliés au même degré, ne pourraient pas être entendus en témoignage, soit à la requête de l'accusé, soit à celle de l'accusateur public, soit à celle de la partie plaignante.

conjoint que ceux qui en sont les parents ; et qu'ainsi, les alliés de ce dernier ne lui sont rien, dans l'acception juridique de ce mot ;

“ Que cependant l'arrêt attaqué a étendu l'effet de cette alliance, même aux alliés du conjoint, puisqu'il a décidé que la femme du beau-frère de l'accusé était, comme son mari, son alliée au même degré, et a, en conséquence, refusé de l'entendre comme étant, par son mari, belle-sœur de l'accusé ; d'où résulte une fausse application évidente de l'article 358 ci-dessus cité. Par ces motifs, la cour casse etc.”

J'ai reproduit cet arrêt parce qu'il consacre un principe admis dans notre droit canadien (1).

Ce principe que l'affinité ne produit pas l'affinité était admis en Droit Romain (2). On peut en voir l'application au premier livre des Institutes, Titre 10, *De Nuptiis*, §. 8, et dans les lois 4, §. 3, D, *de Gradibus et Adfinibus*, et 34, §. 2, D, *de Ritu Nuptiarum*. La loi 15, *au même titre*, n'est pas contraire, car la prohibition de mariage qu'elle comporte est fondée sur une raison de bienséance et d'honnêteté publique, et non sur une affinité qui n'existe pas et qui ne peut pas exister.

Autrefois, en matière de mariage, les canonistes distinguaient non seulement l'affinité proprement dite, c'est-à-dire celle qui est définie *suprà*, et qu'ils appelaient l'affinité du premier genre, mais encore deux autres espèces d'affinités, celle qu'ils appelaient l'affinité du second genre et celle qu'ils appelaient l'affinité d utroisième genre (3).

Les canonistes avaient introduit les deux derniers genres d'affinités plutôt par un motif de bienséance et d'honnêteté publique que pour tout autre motif. Ils avaient pour exemple

(1) Cet arrêt est rapporté par Toullier, T. 9, page 442, et par Merlin, *Répertoire de Jurisprudence* Vis. *Empêchements de Mariage*, §. 4, Art. 3, No. 4, et *Témoin Judiciaire*, §. 1, Art. 3, No. 9.

(2) Pothier, *Contrat de Mariage*, No. 161.

(3) Ces trois espèces d'affinités consistaient dans “ l'affinité de deux familles, l'affinité de trois familles, l'affinité de quatre familles.” (*Conférences Ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, Liv. 4, 3e Conférence, §. 2.)

la loi romaine (1) que je viens de citer, laquelle prohibait le mariage entre certaines personnes quoiqu'elles ne fussent pas réellement alliées entre elles.

Ces divers genres d'affinité se contractaient :

“ Le premier, entre le mari et les parents de sa femme, et entre la femme et les parents de son mari ;

“ Le second, entre le mari et les alliés de sa femme, et entre la femme et les alliés de son mari ;

“ Le troisième, entre le mari et les alliés des alliés de sa femme, et entre la femme et les alliés des alliés de son mari ;

“ En sorte que, si le mari, non-seulement de ma fille ou de ma sœur, mais même de ma tante ou de ma cousine germaine ou issue de germaine, devenu veuf, se remariait, je ne pouvais pas épouser sa veuve, parce qu'il était censé exister entre elle et moi une affinité du second genre ;

“ Et que, si la femme, non-seulement de mon fils ou de mon frère, mais même de mon oncle ou de mon cousin germain ou issu de germain, devenue veuve, se remariait et, que son second mari, devenu veuf à son tour, se remariât également, et que sa seconde femme devint veuve, il était censé exister entre elle et moi une affinité du troisième genre qui formait obstacle à un mariage entre nous deux (2).”

Les deux derniers genres d'affinités ont été abrogés par le quatrième concile général de Latran (3) tenu en 1215 sous le Pape Innocent III. “ *Cùm prohibitiones de conjugio in secundo et tertio affinitatis genere minimè contrahendo, et de sobole suscepta ex secundis nuptiis cognationi viri non copulanda prioris, et difficultatem frequenter inducant, et aliquando periculum pariant animarum: cum cessante prohibitione cesset effectus, constitutiones super hoc editas, sacri approbatione concilii revo-*

(1) Loi 15, ff. *De Ritu Nuptiarum*.

(2) Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, Vo. *Empêchements de Mariage*, §. 4, art. 3, No. 4.

(3) Les divers conciles généraux de Latran sont ainsi nommés parce qu'ils ont été tenus dans la célèbre basilique de Saint Jean de Latran, à Rome.

cantes, præsentì constitutione decernimus, ut sic contrahentes de cætero liberè copulentur (1)."

L'église, depuis le concile de Latran, n'a plus reconnu qu'une seule affinité, celle du premier genre. Le concile de Trente n'a apporté aucun changement à cette doctrine et elle est encore aujourd'hui dans toute sa vigueur.

Le droit civil, comme le droit canon, ne reconnaît que l'affinité du premier genre ou affinité proprement dite, et hors de cette affinité et de la parenté il n'y a plus que des étrangers. Ainsi lorsque la loi frappe de nullité les actes faits par les parents et alliés, elle n'atteint pas ceux de ces actes qui sont faits par les parents et alliés de l'allié ni ceux faits par le conjoint de l'allié (2).

Pendant combien de temps l'affinité dure-t-elle ? Cesse-t-elle par la mort de la personne qui la produisait lorsque cette personne n'a pas laissé d'enfants de son mariage ? Et si l'existence d'enfants conserve l'affinité, cette affinité cesse-t-elle par la mort de ces enfants ? Enfin, en supposant que l'affinité survive à la personne qui la produisait, le conjoint survivant qui, n'ayant pas d'enfants de son mariage, se remarie à une autre personne, continue-t-il à être l'allié des parents de son conjoint prédécédé ?

Les auteurs français qui ont écrit sur ces questions sont profondément divisés.

Les uns prétendent que la mort sans enfants, du conjoint qui produisait l'affinité, fait cesser et anéantit cette dernière, que son ombre même n'existe plus, *mors omnia solvit*. Ils se fondent principalement sur l'article 206 du Code Napoléon dont la disposition est reproduite dans l'article 167 du Code Civil du Bas-Canada. Voici le texte de ces deux articles :

“ Les gendres et belles-filles doivent également et dans les mêmes circonstances des aliments à leurs beau-père et belle-mère ; mais cette obligation cesse :

1. Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ;

(1) Chapitre *Non debet*, Titre des décrétales de *consanguinitate et affinitate*.

(2) Voyez *infra* ce que je dis des testaments, etc.

2. Lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfants de son union avec l'autre époux sont décédés. (C. N. Art. 206 ; C. C. B. C., Art. 167).—Ils invoquent aussi certaines autres dispositions spéciales des lois françaises (1).

Les autres, et c'est le plus grand nombre, enseignent avec raison que l'affinité dure toute la vie de la personne en qui elle se rencontre, même si son conjoint, qui la produisait, est prédécédé sans laisser d'enfants de son mariage. (2). La jurisprudence est généralement conforme à cette doctrine. (3)

C'est cette dernière opinion que l'on doit suivre dans notre droit canadien, et c'est la seule rationnelle. L'article 167 n'est pas contraire, car le Code, par la disposition de cet article, fait simplement disparaître certains effets civils de l'affinité. Il conserve ces effets pour tous les autres cas non spécifiés. Il est impossible de trouver dans nos lois un seul mot qui puisse faire induire la destruction de l'affinité du fait que l'époux qui la produisait est mort sans laisser d'enfants. C'est bien le cas d'appliquer cette maxime dont on fait ordinairement un si grand abus : *qui dicit de uno, negat de altero*.

Quelques anciens auteurs (4), entr'autres Pothier, *Traité des Personnes*, Titre 6, § 2, adoptant la fausse maxime de Loysel,

(1) Toullier, *Droit Civil Français*, T. 9, No. 288, et Duranton, *Cours de Droit Français*, T. 3, No. 458, note, adoptent aussi cette opinion.

(2) Voyez : Favard de Langlade, *Rép. du Not. Vo. Alliance*. Zachariæ, *Cours de Droit Civil Français*, T. 1, page 178, § 84, note 9. Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. I, pages 389 et 390. *Les Codes annotés de Sirey, loc. cit. Supplément*, art. 162. *Répertoire de la Jurisprudence du Notariat*, Vo. Alliance, No. 15. *Dictionnaire du Notariat*, Vo. Alliance, No. 35. Dalloz, *Dictionnaire de Législation, etc.*, Vo. Parenté, No. 19. Encyclopédie du Droit de Sebire et Carteret, *loc. cit.*, No. 20. Demolombe, *Cours de Code Civil*, T. 3, No. 117, et T. 7, No. 255. 1 Marcadé, *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*, page 428, note. Gousset, *Théologie Morale*, T. 2. 8e éd. No. 815.

(3) Voyez *infra*, au paragraphe relatif aux conseils de famille, tutelles, etc., un arrêt important rendu en ce sens.

(4) Voyez : Meslé, *Traité des Minorités, etc*, éd. de 1785, pages 118 et 279. *Le Règlement des Tutelles du Parlement de Rouen*, Art. 20, et les observations de Cauvet sur cet article.

“ *morte ma fille, mort mon gendre* (1), enseignaient que l'affinité s'éteint par le décès, sans enfants, du conjoint qui l'avait produite : V. G. que Pierre, l'époux de Julie, n'était plus l'allié des parents de Julie si cette dernière mourait avant lui sans laisser d'enfants de son mariage, ou si les enfants du mariage venaient eux-mêmes à mourir avant Pierre. Mais cette doctrine n'était pas généralement suivie, même dans les Pays de Droit Ecrit. Et cependant le droit romain, qui régissait ces pays, a plusieurs dispositions concernant l'extinction de l'affinité. Voyez les Institutes de Justinien, Titre *de Nuptiis*, § 7, et la loi 3, § 1, *ff. de postulando*. Il est vrai cependant que la loi 5, Cod., *De Verborum significatione*, a une disposition qui admet la continuation de l'affinité après la mort, sans enfants, du conjoint qui la produisait. Mais quand bien même on aurait, dans l'ancien droit, généralement adopté la maxime de Loysel, on aurait jugé erronément et contre la nature des choses.

L'erreur de ceux qui tenaient que l'affinité cessait par le décès, sans enfants, de l'époux qui l'avait produite, était d'autant moins excusable qu'ils admettaient les effets de cette affinité tels que les entendait le droit canonique. Or le droit canonique admettait la perpétuité de l'affinité puisqu'il la déclarait un obstacle *perpétuel* au mariage que les alliés voulaient contracter entr'eux.

Ainsi l'affinité, une fois contractée, est, comme la parenté elle-même dont elle est l'image, inhérente à la personne en qui elle se rencontre, et elle ne finit qu'avec la vie de cette personne. C'est une qualité qui ne peut pas se perdre, quoiqu'il advienne, elle est essentiellement perpétuelle. *Quo autem affinitas est quodcumque accidit, perpetua* (2) “ L'affinité ne

(1) *Institutes Coutumières*, Liv. 1, Titre II, Règle XXXII.

Les annotateurs de Loysel ajoutent : “ *La raison est que la fille est le principe de l'affinité qui est entre la belle-mère et le gendre.*”

Il est vrai que la fille est le principe de l'affinité qui est entre la belle-mère et le gendre, mais il est vrai aussi que cette affinité est tellement attachée à la personne du mari, qu'elle en est inséparable et qu'il continue à être le gendre de la mère de sa femme même après la mort de cette dernière.

(2) *Cap. Fraternalis*, 35, *quæst.* 10.

cesse pas tant que subsistent les personnes avec lesquelles on l'a contractée, bien que la personne à cause de laquelle elle s'est produite ne soit plus existante. La raison en est qu'elle provient de l'existence du lien de deux personnes, et non pas seulement de leur union actuelle (1)." Si vous avez épousé Marie, vous êtes devenu l'allié de ses parents dans chaque ligne, et à tous les degrés. Si Marie meurt avant vous, vous continuerez jusqu'à votre mort à être l'allié de ses parents dans chaque ligne et à tous les degrés. Cette continuation d'affinité aura lieu même si Marie n'a pas laissé d'enfants de son mariage avec vous. Elle aura encore lieu si vous convolez en secondes noces. Même dans ce cas vous serez toujours le gendre du père et de la mère de Marie, ses frères et sœurs seront toujours vos beaux-frères et belles-sœurs ; vous serez toujours le neveu de ses oncles et tantes et l'oncle de ses neveux et nièces, ses cousins seront toujours vos cousins.

Puisque l'affinité dure toute la vie de la personne en qui elle se rencontre, il suit nécessairement que (sauf les exceptions expresses de la loi (2)), les droits, les devoirs et les obligations, les prohibitions et les incapacités qui en découlent continuent d'exister comme elle.

L'affinité est de tous les temps et de toutes les législations. Les hommes ont toujours considéré comme un proche le conjoint de leur proche. Quant aux effets de l'affinité, ils ont varié avec les différentes époques et suivant les lois et les mœurs de chaque peuplé.

Nous allons voir dans la section suivante quels sont les principaux effets de l'affinité dans notre droit civil.

(1) *Petite Somme de St. Thomas d'Aquin*, supplément à la troisième partie, question 55, No. 2.

(2) C. C., Art. 167.

E. A. BEAUDRY.

(A continuer.)

QUESTION NOTABLE

D'USUFRUIT ET DE DECRET JUDICIAIRE.

(Suite.)

Il me paraît que la possession requise est la possession civile, c'est-à-dire la possession *animo domini*, et que la possession précaire du saisi qui ne posséderait pas pour lui, mais pour le propriétaire, comme serait le fermier, l'engagiste, le séquestre et l'usufruitier, ne serait pas suffisante pour purger le droit du propriétaire, qui aurait pu l'ignorer, et contre lequel, au moins il n'existerait pas de présomption légale de connaissance. Le contraire ne créerait-il pas une immense injustice ?

Pour ces motifs a conclu, l'honorable magistrat, " je suis d'avis que le jugement dénoncé doit être confirmé et la majorité du tribunal partage mon sentiment."

Pour l'opinion contraire, l'honorable juge Taschereau, invoquait à l'appui de son dissentiment une thèse d'une grande plausibilité, d'une force considérable même et qui, au point de vue pratique du moins, devra lui rallier bien des suffrages.

Cette thèse se renforçait surtout d'un élément d'une grande autorité en matière judiciaire, l'intérêt public mis ici en cause dans la personne de l'adjudicataire et de ses successeurs.

Les formalités exigées en France et dans la Colonie sous l'ancien régime pour valider les décrets immobiliers et parmi ces formalités était le bail judiciaire, a dit le savant juge, ont été abolies par l'Ordonnance 25, Geo. III, chap. 2, qui leur a substitué pour tout mode de publicité de la saisie, les annonces dans le Journal officiel et les affiches et publications aux portes des églises. Ainsi un bien vendu par le shérif, moyennant l'observance de ces formalités, l'est avec la même autorité que s'il l'eut été en France, après accomplissement des formes nombreuses qui y étaient en usage, le bail judiciaire non excepté, le congé préliminaire et le congé définitif d'adjuger y compris. Le seul effet du défaut du bail judiciaire, est de

laisser le saisi en possession réelle de l'héritage saisi, et de lui conférer la perception des fruits jusqu'à l'adjudication définitive.

Le saisi a été pendant plusieurs années en possession réelle et publique de l'héritage. Tout le monde le connaît comme tel, et ignore si c'est véritablement lui ou un tiers inconnu, qui en est le propriétaire, question qui n'intéresse en aucune manière les tiers, et dont la solution n'est pas, au demeurant, en leur pouvoir. Personne ne s'oppose à la vente ni avant, ni pendant, ni après les annonces dans le Journal officiel. Un tiers de bonne foi se portera adjudicataire, perdra son prix d'adjudication, qui est distribué entre les créanciers, et cet adjudicataire ou son ayant cause, comme c'est ici le cas, seront chassés à la poursuite d'un propriétaire resté inconnu jusque-là, de l'héritage dont ils ont été mis en possession par main de justice, et perdront à la fois leur bien et leur argent. Il est vrai que la loi leur accorde un recours, la répétition des deniers contre le saisissant et les créanciers colloqués, mais qui ne sait combien cette action récursoire est illusoire dans bien des espèces, et difficile, pour ne pas dire impraticable dans tous les cas ? Ici l'intérêt public doit primer l'intérêt particulier du propriétaire négligent, qui est présumé avoir reçu par les annonces dans le Journal officiel et les publications aux portes des églises du lieu de la situation de l'héritage, une connaissance suffisante de la saisie et ne peut imputer qu'à lui-même son défaut d'opposition et son inaction.

Il est difficile de méconnaître la force de ce raisonnement, et la justesse des aperçus par lesquels il s'impose à la pratique des tribunaux, en favorisant la permanence des décrets faits sous leur autorité. Mais plausible en pratique est-il fondé en principes, et les arguments dont il s'étaie ne sont-ils pas en fin de compte, autre chose que des arguments *ab inconvenienti*, sans valeur en logique judiciaire comme en dialectique, et qui au lieu d'établir la doctrine qu'ils soutiennent ont pour résultat ordinaire de prouver la thèse qu'ils combattent. Les mauvais résultats d'une loi servent tout au plus à prouver qu'elle est imparfaite, et si elle n'est pas faite pour la corriger, l'exposition

des inconvénients qu'elle entraîne ne peut avoir d'utilité que quand cette loi est incertaine, et quand il s'agit de pénétrer l'intention du législateur, dans le but de fixer le sens dans lequel il l'a conçue. Quand la loi est claire, cette manière de raisonner est sans pertinence.

Il est d'ailleurs peu de lois qui ne produisent pas d'abus et n'engendrent pas d'inconvénients en sens différents, et celle dont il s'agit tombe singulièrement dans cette catégorie. En effet quelle grande distinction peut-on faire entre l'adjudicataire qui perd son argent employé à acheter un bien qui n'appartenait pas à son vendeur et le propriétaire qui perd son bien vendu pour la dette d'un autre ? Dans ce conflit de deux intérêts opposés qui combattent pour éviter du dommage, *certant pro damno vitando*, ce n'est pas la somme d'abus produits par l'une ou l'autre opinion, qui doit faire pencher la balance ; ce sont les principes théoriques du droit plutôt que les anomalies de la pratique que l'on doit invoquer pour faire prévaloir la meilleure.

Une de ces opinions soutient que le décret *suprà non domino*, mais revêtu des formes juridiques est valablement fait sur un possesseur quelconque, possesseur naturel, précaire ou civil, et l'autre prétend que pour purger le droit du propriétaire qui ne s'y est pas opposé, (car ce défaut d'opposition est supposé dans l'une et l'autre thèse,) ce décret doit être fait sur un possesseur civil possédant *animo domini*. Comme on le voit la question est nettement posée ; la lutte est sans échappatoire et carrément engagée.

Mettant de côté la forme, abordons le fonds de la question.

Il est hors de doute que non-seulement d'après les principes du droit civil, mais d'après ceux du droit naturel et de la conscience, nul ne doit être forcément privé de sa propriété, que par son propre fait ou sa propre négligence, comme dans le cas de la prescription due à l'inaction du propriétaire, ou pour le paiement de ses dettes comme dans l'expropriation judiciaire, et que toute dépossesion non justifiée par une de ces causes reconnues par la loi, auxquelles il convient d'ajouter le cas de l'expropriation pour cause d'utilité publique et autres

motifs de ce genre, ne soit une spoliation. L'intérêt public peut dans le cas du décret, avoir apporté quelque modification à cet aperçu fondamental, mais comme cette dérogation aux lois de l'équité est fondée sur un principe immoral en lui-même, il a été difficile au législateur de baser sur cette exception dangereuse, un système en concordance avec la légalité pure. Son but n'a pu être de faire la meilleure loi sur le sujet, mais de faire la moins mauvaise loi possible. Une loi d'exception ne peut exister qu'à condition de pécher contre la règle générale !

Nous avons vu que suivant le droit civil, les droits du véritable propriétaire ne recevaient aucune atteinte du décret fait sur un tiers, que ce tiers fût ou non possesseur à aucun titre quelconque. Il en était ainsi en règle générale en France, pour les pays soumis au droit romain, malgré les Ordonnances ci-haut citées et la jurisprudence contraire du Parlement de Paris et de plusieurs autres. L'article 731 du Code de Procédure Civile, en décrétant " que l'adjudication définitive ne " transfère à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que " ceux qu'avait le saisi," a renouvelé la règle du droit romain dans toute la France, dont l'ancienne jurisprudence s'était écartée et a ramené la matière à ses vrais principes.

On peut trancher la différence entre l'ancien et le nouveau droit sur les effets du décret, en disant qu'en règle générale sous l'ancien régime, le décret purgeait la propriété, et que sous le nouveau il ne la purge pas, et laisse intacte l'action en revendication du propriétaire contre l'adjudicataire, comme si celui-ci était un usurpateur, sous la réserve naturelle des droits de ce dernier contre le saisissant, les créanciers colloqués et le saisi lui-même, en répétition du prix d'adjudication. Si l'on nous demande quel est le meilleur de ces deux principes, notre réponse ne tardera pas à se faire entendre, et le propriétaire dépossédé n'aura pas à s'en plaindre !

L'article 632 de notre Code de Procédure Civile, quoique rédigé en termes bien effacés, semble tenir le milieu entre les deux systèmes, et ne peut que s'éclairer de la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat sur l'article 731 du Code Français. Plusieurs projets soumis à ce Conseil avaient provoqué cette dis-

cussion, qui est sans contredit un des débats les plus brillants qui se soient fait jour dans cette assemblée d'érudits et des juristes les plus éminents de la magistrature et du barreau de France. C'est en même temps qu'un résumé historique de la législation française et des variations de la jurisprudence, un traité de droit sur le sujet du décret. Il n'est rien de plus propre à éclairer les obscurités dont le sujet est enveloppé, à fixer les incertitudes des décisions et expliquer les contradictions des auteurs qui en ont écrit, que cette discussion qui est pour nous surtout du plus haut intérêt.

Après avoir lu cette dissertation savante, pleine d'aperçus nouveaux sur le régime immobilier et le mouvement de la propriété et où les lois d'expropriation judiciaire sont présentées sous leur vrai jour, il nous semble n'avoir jamais rien lu auparavant sur la matière; tant ce qui en a été dit en cette occasion, surpasse ce qui avait été écrit auparavant sous l'ancien régime. Cette dissertation où nous avons trouvé toute faite la matière de notre article, nous la présentons *in extenso* à nos lecteurs, qui y trouveront en germe et mieux exposés que nous pourrions le faire, les principes qui servent de base à notre appréciation du jugement suscité, et à la solution des questions qu'il soulève.

QUESTION.

“ L'adjudication sur poursuite d'expropriation forcée purgera-t-elle la propriété : c'est-à-dire, le propriétaire de portions éparses qui, par une négligence volontaire et inexcusable, ayant laissé ces portions éparses sous le nom de la partie saisie, les aura laissés comprendre dans la saisie des biens de ce dernier, n'aura fait aucune réclamation pendant toute la durée de la poursuite, aura laissé vendre comme appartenant à la partie saisie ces portions éparses, pourra-t-il, après l'adjudication consommée, rentrer dans la propriété de ces portions éparses ? ou sera-t-il (ainsi que cela s'est pratiqué pendant des siècles et en vertu de lois toujours suivies dans les ressorts des parlements de Paris, Bordeaux et Toulouse, c'est-à-dire dans les trois quarts de ce qui constituait alors le royaume de

France) non recevable à déposséder l'adjudicataire, et réduit à se venger par privilège sur le prix de l'adjudication ?”

Les rédacteurs du projet de code, la totalité des cours d'appel, la majorité de la section de législation, désirent que la jurisprudence des parlements de Paris, Bordeaux et Toulouse soit conservée.

Je vais (1) indiquer quelques-uns des motifs qui engagent la majorité de la section de législation à persister dans son opinion :

1o. *Quel a été sur cette question le droit commun de la France ? Quelle était, sur cette question, la jurisprudence de quelques parlements ou pays de droit écrit ?*

2o. *Abstraction faite de toute loi positive, quels sont les avantages de cette jurisprudence, et mérite-t-elle les reproches qui lui sont adressés ?*

3o. *Quelles sont les modifications qui, dans le projet, ont amélioré cette partie de notre législation ?*

1o. *Quel était le droit commun en France ?*

Ce n'est pas sans étonnement que nous avons entendu les défenseurs de l'opinion opposée à la nôtre parler de notre système comme *d'une innovation* dont l'introduction dans notre législation produirait le bouleversement des propriétés.

Nous avouons que la jurisprudence des parlements de Paris, de Bordeaux et de Toulouse, sur cette matière, n'est pas fondée sur les maximes du droit romain ; mais nos adversaires seront de leur côté obligés d'avouer qu'une jurisprudence dont l'origine se confond avec celle de nos coutumes, qu'une jurisprudence qui est confirmée par elles, consacrée par les lois de *Henri II*, établie d'une manière plus précise par les arrêts de règlement du XVIIe siècle, conservée religieusement par une multitude d'arrêts, rappelée en termes formels dans la belle ordonnance des substitutions, n'est pas, en 1806, une *innovation*. Nos adversaires seront encore obligés d'avouer qu'une jurisprudence qui pendant tant de siècles a été suivie avec tant de rigueur, qui a régi les trois quarts, au moins, du terri-

(1) Le nom de l'orateur n'est pas donné dans le rapport auquel nous empruntons cette discussion.

toire français, et surtout cette partie du royaume où la population était la plus nombreuse, où les propriétés étaient le plus divisées, et où les transactions étaient le plus multipliées, que cette jurisprudence ne pouvait être le *fléau des propriétés*.

Sur ce point, comme sur toute partie de bonne législation, l'expérience nous garantit de toute inquiétude, et nous permet d'écouter, sans émotion, les prédictions désastreuses que peuvent, en dépit de l'expérience, enfanter les hypothèses et les théories.

On doit supposer que les parlements de Paris, de Bordeaux et de Toulouse n'auraient ni voulu, ni pu conserver aussi longtemps une jurisprudence qui aurait enfanté tous les désastres dont on assure qu'elle sera la cause ; et la France n'était pas au XVe, XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles un pays peuplé de sauvages, où les propriétés aient été livrées à la dévastation.

L'édit de 1551 n'a fait que consacrer une jurisprudence plus ancienne, et c'est dans l'article 6 qu'il prononce que les oppositions à *fin de distraire* doivent être *vidées et terminées avant le congé d'adjuger*.

La conséquence rigoureuse de cet article était qu'on ne pouvait plus admettre les oppositions à *fin de distraire* après le *congé d'adjuger*.

L'article 4 du règlement du 23 novembre 1598 en contient la disposition expresse ; et cette règle fut observée tant au parlement que dans les juridictions dont les juges, comme ceux des requêtes du palais, étaient du corps du parlement. La règle était moins sévère pour les juridictions inférieures ; au Châtelet de Paris, conformément à l'article 354 de la coutume, on admettait l'opposition à *fin de distraire* jusqu'à l'adjudication.

Mais à Paris, à Orléans, et dans le ressort immense du parlement de Paris, l'adjudication une fois prononcée, l'opposition à *fin de distraire* n'était plus reçue, ou, en d'autres termes, la propriété des biens adjugés était purgée par le décret.

Les auteurs attestent même qu'antérieurement à ces lois,

non-seulement les décrets forcés mais même les décrets volontaires purgeaient la propriété.

C'était un abus : il fut réformé ; mais le même parlement qui le fit cesser maintint dans son intégrité le principe qui voulait que le décret forcé purgeât la propriété.

Il n'y a jamais eu d'exception que pour une propriété totale, pour un corps de propriété : cette exception était fondée sur une autre maxime, d'après laquelle la saisie *super non domino* était nulle.

On trouve la confirmation de cette règle ancienne dans une loi moderne, dans la belle ordonnance du mois d'août 1747 sur les substitutions. On lit en effet (art. 55) que *les adjudications par décret forcé des biens substitués ne pourront avoir aucun effet contre les substitués, LORSQUE LES SUBSTITUTIONS AURONT ÉTÉ PUBLIÉES ET ENREGISTRÉES*. Ce qui veut dire que si la substitution n'a pas été enregistrée, les biens rentrent dans la clause des immeubles ordinaires, dont la propriété se purge par le décret.

On ne considérait même nullement quels étaient les propriétaires. Les mineurs, pourvus ou non de tuteurs, les femmes mariées, les absents, perdaient leur propriété s'ils avaient négligé de former leur opposition à fin de distraire dans le temps accordé par la loi.

L'Eglise même était, comme les particuliers, soumise à la rigueur de la règle ; et ce corps privilégié perdait, par la force du décret, un bien qu'il n'aurait pu aliéner.

Ce n'était pas seulement dans le ressort du parlement de Paris qu'on jugeait ainsi. La même règle recevait son application dans les ressorts de plusieurs autres parlements, notamment dans ceux de Toulouse et de Bordeaux.

Suivant l'article 14 du règlement fait par le parlement de Toulouse le 23 décembre 1656, *après l'expédition du décret, on n'est pas reçu à demander LE RECOUVREMENT DES BIENS DÉCRÉTÉS, ou contre iceux FORMER OPPOSITION PAR QUELQUE MOYEN QUE CE SOIT*.

Cette jurisprudence est non-seulement attestée par *d'Héricourt*, qui cite le règlement de 1566, mais par *Radier*, qui, dans ses *Questions sur l'ordonnance relative aux usages du parlement*

de Toulouse, atteste la même jurisprudence, et cite à l'appui la déclaration du roi, du 16 janvier 1756, rendue pour les adjudications par décret dans le ressort du parlement de Toulouse.

Bourjon affirme que cette jurisprudence est le droit commun de la France, et son système est absolument celui du projet.

Henrys (t. II, p. 249) dit : *Au parlement de Bordeaux les décrets purgent LES SUBSTITUTIONS, suivant la note mise sur les décisions de Lapeyre, lettre D, nombre 5. Il est certain et de jurisprudence que les décrets purgent toutes sortes de substitutions et contre toute personne, soit majeure, ou mineure, ou absente.*

Tous les auteurs, et *Pothier* est de ce nombre, remarquent que cette règle peut paraître dure à ceux qui ne sont pas encore pénétrés des principes qui doivent guider la législation ; mais ils ajoutent que cette règle est nécessaire ; que, sans cette garantie, les parties saisies ne verraient jamais leur libération, parce que personne ne voudrait acquérir des risques et des procès.

Et c'est dans la sévérité même de cette règle, et dans sa stricte exécution, si longuement maintenue par des corps essentiellement conservateurs des propriétés, que l'on doit trouver des motifs de la nécessité de la règle elle-même.

20. *Abstraction faite de toutes ces lois positives, la nature des choses nous aurait conduits à insérer dans le projet de code le principe que le décret purge la propriété.*

Il faut considérer dans un décret trois intérêts :

Celui du créancier,

Celui du débiteur,

Celui de l'adjudicataire.

Les créanciers ont évidemment intérêt à ce que le bien saisi soit vendu au plus haut prix.

Le débiteur a sans doute le même intérêt, puisque sa libération augmente à proportion du prix.

L'adjudicataire a intérêt d'acheter avec sécurité ; et ce n'est que par cette sécurité qu'on pourra le déterminer à donner au bien qui va être adjugé sa valeur.

Il est facile de démontrer que ces trois intérêts ne peuvent

être satisfaits que par la maxime si longtemps admise qui veut que le décret purge la propriété.

Tout le monde sait que dans les transactions *volontaires* la partie qui a besoin de vendre a grand soin de justifier de tous les titres qui assurent sa propriété. Tout le monde sait encore que, dans cette vente *volontaire*, quoique les notaires et les conseils de l'acquéreur puissent faire, sur les titres qu'on leur livre, le plus scrupuleux examen, il n'arrive cependant que trop souvent que ces acquisitions donnent encore ouverture à des procès sur la question même de la propriété totale ou partielle.

Tout le monde sait aussi que dans la vente *forcée*, aucun titre n'est présenté à l'acquéreur ; la partie saisie, toujours en guerre avec le saisissant, n'a garde de les offrir ; et il était même reconnu qu'on ne pouvait la forcer à en faire une remise qu'elle eût facilement éludée.

Ainsi, le saisissant et les créanciers n'offrent à l'acquéreur d'autres titres pour sa sécurité qu'une possession présumée qu'aucun acte ne garantit.

Tous ces désavantages étaient sentis, et on n'avait reconnu qu'un seul moyen pour les faire disparaître ; c'était la maxime consacrée qui voulait que le décret purgeât la propriété. Le jugement d'adjudication dispensait de tout autre titre.

Cette disposition a été adoptée par la même nécessité dans des circonstances analogues. Les biens nationaux ont été mis en vente ; les titres manquaient : ils ont été suppléés comme dans les décrets, et tous les jours le conseil d'Etat applique à ces ventes la maxime que la vente nationale a purgé la propriété.

Mais si, ne pouvant offrir aucun titre à l'acquéreur, vous lui annoncez encore par votre code que cette propriété qu'on lui vend ne lui sera pas garantie ; que les portions qui peut-être ont seules motivé son acquisition pourront lui être enlevées sans qu'il puisse exercer aucun recours ; si vous n'offrez à l'acquéreur aucune sûreté dans son contrat, et pour toute perspective une expropriation ruineuse, et des procès plus ruineux encore, il arrivera de deux choses l'une, ou qu'il ne se présen-

tera pas d'acquéreurs, ou que ces acquéreurs ne donneront pas du bien sa valeur ; et sur la différence du prix, l'acquéreur se donnera une prime de garantie contre les expropriations éventuelles dont vous le menacez.

De là, 1o. la ruine complète de la partie saisie, ce qui est déjà un mal ;

2o. La ruine des créanciers, ce qui est un plus grand mal : car c'est aussi une propriété qu'une créance ; car c'est une classe nombreuse et respectable que celle des créanciers, aussi respectable et bien autrement nombreuse que celle des propriétaires. Chose étrange, nos adversaires semblent compter cette propriété pour rien : pour eux, ceux qui possèdent la terre est tout ; le créancier hypothéqué sur cette terre n'est rien.

On nous dit sans cesse que nous ne nous occupons que de l'acquéreur, et que nous négligeons le propriétaire ; c'est une erreur. Dans notre système, nous embrassons les intérêts de tous les propriétaires, celui du propriétaire de la terre, à qui nous offrons des moyens infaillibles de conserver sa propriété ; celui du propriétaire créancier, dont par notre système, nous conservons le gage ; celui du propriétaire acquéreur, dont nous garantissons l'acquisition ; et même celui du propriétaire saisi, dont, par notre système, la propriété produit le plus possible la libération. Nos adversaires, au contraire, ne s'occupent que d'un seul propriétaire, celui de quelques portions éparses qui ne seront perdues que par sa faute ; ils sacrifient à ce propriétaire négligent le créancier, l'acquéreur et la partie saisie.

3o. Par votre disposition vous empêchez, autant qu'il est en vous, que le propriétaire que vous voulez cependant protéger puisse trouver des emprunts à un prix raisonnable sur un immeuble ; car le prêteur pourra craindre que s'il doit un jour exproprier pour se rembourser, le mode seul de l'expropriation *forcée* avilira le bien et en diminuera la valeur.

4o. En dernier résultat, vous introduisez une différence de prix dans des biens de même valeur ; et, dans ce grand commerce des propriétés immobilières, vous rétablissez légalement, et à perpétuité, la *différence* dont la vente passagère des biens nationaux avait flétri la masse des propriétés françaises.

Voilà une partie des motifs qui, abstraction faite des lois et d'une expérience de plusieurs siècles, ont conduit les auteurs du projet à prononcer que *le décret doit purger la propriété*.

Ce projet de code a été envoyé aux tribunaux d'appel ; chacun d'eux a fait, contre chaque partie du code, des observations longues, souvent utiles, mais aussi quelquefois minutieuses. Pas une voix ne s'est élevée contre cette disposition, et cependant cette disposition anéantissait le dernier état de la législation sur cette matière et rétablissait l'ancienne jurisprudence. Croyons que les motifs qui avaient provoqué et maintenu cette ancienne jurisprudence ont provoqué cette approbation unanime de son rétablissement.

On s'est beaucoup récrié sur quelques inconvénients de cette jurisprudence, que l'on a exagérés. Nous avouons qu'elle a quelques inconvénients ; sans doute que les parlements les ont sentis aussi bien que nous, car ils mettaient chaque jour cette jurisprudence en pratique. Et quelle est la loi, quels sont les établissements humains qui n'aient aucun inconvénient ? Mais, et les parlements, qui ont peut-être provoqué la loi, et les cours d'appel, qui approuvent la résurrection de cette loi, ont senti que la jurisprudence opposée avait des inconvénients plus graves, et nous en avons relevé quelques-uns au nombre desquels sont la ruine des créanciers et l'avilissement des immeubles ; et ils ont cru comme nous que les avantages surpassaient les inconvénients.

A la longue énumération des inconvénients nous opposons l'expérience de quatre cents ans ; nous opposons le silence de la France entière, qui a demandé l'abolition des saisies réelles et des baux judiciaires, mais qui n'a jamais demandé la suppression du principe conservateur que le projet de code rétablit.

Mais on dit : tout ce système ancien était fondé sur le bail judiciaire : il ne peut substituer sans lui. Le bail judiciaire seul pouvait avertir le propriétaire dont on envahissait la propriété.

Il est facile de répondre, 1o. qu'il faut bien que le bail judiciaire n'ait pas suffi pour avertir les propriétaires, puisque, malgré cette formalité, quelques propriétaires ont été évincés ;

20. Que le moyen que nous offrons vaut mieux que ce bail judiciaire réprouvé par la France entière. Par le principe consacré dans l'article 722 du projet ; par cette disposition qui veut que je puisse réclamer, si le bien que l'on veut m'enlever a été inscrit, sous mon nom, sur le rôle des impositions, et n'a pas été inscrit sous le nom de la partie saisie, je trouve une garantie bien plus forte que dans le bail judiciaire. Dans bien des cas, comme lorsqu'il s'agissait d'un bois qui n'avait pas l'âge, ou de terres vagues, le bail judiciaire ne pouvait donner aucun éveil, car il ne faisait aucune expropriation. Dans notre système, la garantie de non-éviction existe dans tous les cas ; et si vous trouvez suffisante la mesure du bail judiciaire qui donnait l'éveil par l'expropriation, vous devez préférer une mesure qui dispense même de cet avertissement ; une mesure qui dépend de vous, et qui vaut toujours mieux que l'avis le plus formel qui dépend d'un autre.

Mais, a-t-on ajouté, jamais les rôles n'ont prouvé autre chose que la *possession* et non la *propriété*. Nous en convenons ; mais, d'après les dispositions du code, les rôles des impositions prouveront la propriété : ce sera une formalité comme celle de l'enregistrement.

La section a cependant cru que l'ancien ordre pouvait être amélioré, et qu'il était possible de faire disparaître de l'ancienne jurisprudence quelques inconvénients.

30. *Quelles sont les modifications qui, dans notre projet, ont amélioré cette partie de notre législation ?*

10. La jurisprudence ancienne énonçait vaguement qu'il fallait que l'objet principal appartint à la partie saisie. La section a pensé qu'il fallait que ce principal entrât au moins pour les trois quarts dans la totalité.

LA RÉDACTION.

(A continuer.)