

Vol. I.

FÉVRIER 1879.

No. 1.

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

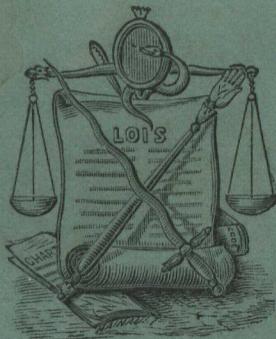
PUBLICATION MENSUELLE DE 128 PAGES PAR LIVRAISON.

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.

Tous droits de Traduction et de Reproduction réservés.



Montréal :

IMPRIMÉE ET PUBLIÉE PAR EUSÈBE SENÉCAL,

6, 8 ET 10, RUE ST. VINCENT.

1879.

SOMMAIRE.

- I. PROSPECTUS L'ÉDITEUR.
II. DE LA JURISPRUDENCE PAR M. B. A. T. DE MONTIGNY.
III. ÉTUDE DE L'ARTICLE 599 DU CODE CIVIL ABROGEANT LA LOI DES PROPRES
DE SUCCESSION PAR L'HON. M. LE JUGE LORANGER.
IV. COMMENTAIRE SUR LE CODE CIVIL, TITRE DU MARIAGE, “
V. CONTINUATION DE LA 3^{ME} LIVRAISON DU 3^{ME} VOL. BIBLIOTHÈQUE DU CODE
CIVIL PAR M. CHS. C. DE LORIMIER.
-

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

PARAIT CHAQUE MOIS PAR LIVRAISON DE 128 PAGES.

Le but spécial de cette Revue est de favoriser la publication d'ouvrages ou travaux sur le Droit Canadien.

La Thémis commence par donner deux grands ouvrages : les Commentaires de l'Hon. Juge Loranger sur le Code Civil, et la continuation de la *Bibliothèque du Code Civil du Bas-Canada*, par CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.

Lorsque ceux-ci seront terminés, *La Thémis* publiera d'autres travaux analogues.

Pour mettre cette publication à la portée de tout le monde, le prix d'abonnement est fixé à \$6.00 par année, soit \$3.00 par six mois, payable d'avance tous les six mois.

Les personnes qui voudront avoir le 1er volume du *Commentaire sur le Code Civil*, ou la partie déjà publiée de la *Bibliothèque du Code Civil*, pourront s'adresser à l'Éditeur.

La première livraison est adressée à un grand nombre de personnes. Nous espérons que toutes la garderont, et par là elles seront considérées comme abonnées.

On compte spécialement sur l'encouragement des membres du clergé, du barreau et du notariat.

Le *Traité du mariage*, par lequel l'Hon. Juge Loranger commence la présente livraison, sera lu avec intérêt par toutes les personnes instruites.

Toutes communications concernant l'administration doivent être adressées à l'Éditeur, EUSÈBE SENÉCAL.

Afin de faciliter aux Avocats l'abonnement à *La Thémis* M. ARTHUR DELISLE, de la Bibliothèque du Barreau à Montréal, a bien voulu se charger de recevoir leurs souscriptions.

Montréal, Février 1879.

EUSÈBE SENÉCAL,

Imprimeur-Éditeur,

Nos. 6, 8 et 10, Rue St. Vincent.

LA THÉMIS.

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

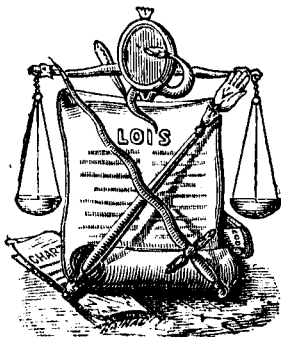
PUBLICATION MENSUELLE DE 128 PAGES PAR LIVRAISON.

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.

Tous droits de Traduction et de Reproduction réservés.



Montréal :

IMPRIMÉE ET PUBLIÉE PAR EUSÈBE SENÉCAL.

6, 8 ET 10, RUE ST. VINCENT.

1879.

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.	CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.	EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.	JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

PROSPECTUS.

On ne peut nier le progrès que les lettres et les sciences ont fait en ce pays, pendant les dernières années, bien que dans l'ordre légal, il ait été moins apparent. Confiné dans l'enceinte du Palais, ce progrès, faute d'écho littéraire, ne s'est guère manifesté au dehors. Il faut bien le dire, c'est plus au profit de la pratique judiciaire, que de la théorie du droit qu'il s'est affirmé.

Il n'existe pas de traité complet et raisonné du Droit Canadien. En général, les efforts des auteurs qui ont écrit sur la matière, se sont bornés à des fragments, à des essais particuliers, et à une seule exception près, la Revue de Législation et de Jurisprudence publiée en 1846, par MM. LeTourneux, Lelièvre et Angers, qui outre les décisions des tribunaux, contenait des écrits originaux sur le droit, nos publications périodiques, ne sont que des Rapports Judiciaires ; rapports bien faits, il est vrai, mais où l'on cherche en vain un mot de critique des jugements.

Il est peu de pays où les sources du droit soient plus multipliées, et la science légale soit hérissée d'autant de difficultés que le Bas-Canada. Le Code Civil ne contient que les textes de droit privé, et est naturellement resté muet sur les sources du droit public et du droit administratif, pour

lesquels il n'a pas été fait. De quelle importance ne sont cependant pas les principes raisonnés de ces deux droits, dans l'étude de nos lois ?

La connaissance théorique du droit est d'une nécessité qui ne demande pas de démonstration, mais il est un autre point de vue, essentiel et fondamental, sous lequel la diffusion de la science légale doit être envisagée, c'est celui de la jurisprudence, cette *viva vox juris civilis*, comme l'appelait le jurisconsulte Marcien, et que Demolombe nomme "la partie vivante et dramatique du droit." Sans son application aux actes de la vie sociale, la science du droit est une vaine science, une science inerte, toute spéculative dans ses opérations et improductive dans ses résultats.

La connaissance des jugements, qui, revêtus de certaines conditions forment la jurisprudence des arrêts, est donc à certains égards, d'une utilité égale à celle des principes qui les ont motivés. Mais sans une critique raisonnée qui les rapproche, les compare, en fait ressortir l'enseignement, en dénonce les conflits apparents, qui signale les erreurs dont ils peuvent être entachés, cette connaissance dégénère en un effort de mémoire, et devient une lumière trompeuse, qui égare l'homme de loi et l'entraîne hors du vrai sentier.

Il est un autre écueil que la critique signalera, ce sont les décisions contradictoires rendues sur le même sujet. Ces contradictions sont appelées en droit des *antinomies* et l'examen des antinomies a toujours formé une partie notable de l'étude de la jurisprudence. Ces antinomies ne se trouvent pas toujours dans les termes même des décisions; souvent elles n'apparaissent que dans les résultats; mais pour cela même qu'elles ne sont pas accusées en couleurs tranchées, et qu'elles se dissimulent sous des nuances, elles n'en sont que plus dangereuses.

La critique de la jurisprudence faite à ces conditions, formera donc une partie de notre Revue. Cependant qui dit critique, dit aussi bien approbation que blâme, et l'on peut être assuré, que le désir d'user de son droit dans ce dernier sens, n'animerait pas *La Thémis*. Le personnel de la Rédaction,

serait, seule, une garantie de sa circonspection et de son respect pour la chose jugée.

D'ailleurs, comme leurs auteurs, les jugements des magistrats du passé sont du domaine de l'histoire légale, et la mine est assez vaste, pour qu'on puisse l'exploiter, sans redouter le froissement de trop vives susceptibilités !

Outre la place consacrée à la jurisprudence, *La Thémis* contiendra aussi des écrits de la rédaction, renfermant la solution de diverses questions controversées du droit public, du droit civil et du droit administratif, en particulier, de la loi des fabriques, de l'érection civile des paroisses, et du droit municipal. Des réformes à faire dans l'organisation judiciaire, la codification des lois criminelles et de la procédure criminelle, aussi bien que la codification des Statuts dernièrement commencée, mais prématurément suspendue, recevront l'attention de la rédaction et seront l'objet d'une série d'articles, dont un assez bon nombre sont déjà préparés, mais sont restés inédits. En un mot toute matière légale d'un intérêt historique, théorique et pratique, trouvera accès aux pages de *La Thémis*, qui ne contiendra que des écrits originaux.

Un des objets de *La Thémis* est de favoriser la publication des travaux sur le Droit Canadien et, dans ce but, elle aura une partie spéciale consacrée à la continuation de deux ouvrages de longue haleine, entrepris par deux des Rédacteurs; Le Commentaire sur le Code Civil du Bas-Canada, et la Bibliothèque du Code Civil. Ces deux ouvrages ne sont encore rendus le premier qu'à son premier volume et le second à la troisième livraison de son troisième volume, mais la continuation en sera faite dans *La Thémis* sur le plan suivant :

La Thémis sera publiée mensuellement et chaque livraison contiendra quarante-huit pages de chacun de ces ouvrages, faisant pour les douze publications de l'année, un nombre égal de 576 pages. A la fin de l'année, l'abonné pourra détacher de chaque livraison, les 48 pages de l'ouvrage et en faire un volume ordinaire, accompagné d'un titre qui lui sera envoyé avec la dernière livraison de l'année; ce qui

sera facile, car chaque livraison sera paginée et numérotée par ordre et comme si l'ouvrage, au lieu d'être publié par fragments et par intervalles, l'était immédiatement en un seul volume.

La Thémis rééditera le premier volume du Commentaire sur le Code Civil. Des changements survenus dans le titre des actes de l'état-civil et dans les lois de naturalisation anglaise, ont rendu très-opportune, une nouvelle édition de ce premier volume. Ce premier volume, dont le format sera celui de *La Thémis*, pour cadrer avec la suite de l'ouvrage, renfermera les quatre premiers titres du Code Civil, finissant par le reste du Commentaire du titre de l'absence, dont les quatre premiers articles seulement ont été commentés dans le premier volume déjà publié ; de sorte que le second volume qui sera publié dans *La Thémis*, commencera par le titre du *Mariage*. À cause de l'importance du sujet et de la multiplicité des matières qu'il renferme, ce second volume en sera composé en entier. Les livraisons de 1880 commenceront par le titre de la *Séparation de Corps* et ainsi de suite pour les années subséquentes.

Quatre-vingt-seize pages de chaque livraison étant consacrées au Commentaire sur le Code Civil et à la Bibliothèque du Code Civil, laisseront 32 pages à remplir par les autres matières, qui, à la fin de l'année formeront un autre volume de 384 pages. De cette façon chaque abonné en payant \$6.00 qui sera le prix de l'abonnement, recevra trois volumes, dont deux seuls, au prix de l'abonnement original, lui auraient coûté \$7.00.

Nous ne doutons nullement qu'avec ces conditions d'une facilité inouïe jusqu'à ce jour, et qui n'ont été établies que pour mettre la publication à la portée de toutes les bourses, *La Thémis* reçoive un accueil favorable de toutes les classes instruites et surtout des hommes de loi et des membres du clergé, qu'elle intéresse particulièrement.

EUSEBE SENÉCAL,
Imprimeur-Éditeur.

DE LA JURISPRUDENCE.

Il importe beaucoup à la science légale de connaître la portée du mot *jurisprudence*, dont on se sert si souvent et quelquefois, avouons-le, sans en saisir toute l'étendue et l'importance. Nous avons trop confiance dans le Barreau de la Province de Québec pour craindre de lui dire toute notre pensée sous ce rapport ; d'ailleurs, comme notre unique but, en faisant les remarques consignées dans ces pages, n'est que d'être utile à la profession à laquelle nous avons l'avantage d'appartenir, nous avons préféré nous effacer la plupart du temps, pour faire entendre la voix imposante de jurisconsultes bien connus dans les sphères judiciaires.

Or, qu'est-ce que la jurisprudence ?

Les anciens la définissaient : *la connaissance des choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste*. A propos de cette définition de Justinien, Ducauroy dit que la jurisprudence (ou le droit) est la connaissance de ce qui est juste ou injuste dans les choses humaines, dans les choses divines et partout où cette distinction peut s'établir.

Il n'y a pas à se dissimuler que cette définition est de nature à décourager ceux qui ont l'ambition d'acquérir le titre de jurisconsulte consommé ; car, comme le dit Guyot, la science parfaite du droit ne consiste pas seulement dans la connaissance des lois, des coutumes et des usages ; mais, elle demande aussi une connaissance générale de toutes les choses tant sacrées que profanes, auxquelles les règles de la justice et de l'équité peuvent s'appliquer.

Cette exigence paraîtrait même excessive à la plupart d'entre nous qui n'avons eu ni les avantages de cours universitaires, ni les loisirs, ni les ressources nécessaires à cette connaissance si variée et si approfondie de la jurisprudence, si

Dupin ne venait nous faire entendre un mot d'espoir en disant : " ce que l'on attend d'un avocat, c'est qu'il connaisse en général les différences que les coutumes, dont le ressort est étendu, ont entr'elles, qu'il n'ignore pas qu'il existe des règlements, soit généraux, soit particuliers, sur telle et telle matière, et quel est leur objet. A l'égard des détails, on veut qu'il sache dans quel livre les trouver ; qu'ensuite, il soit en état, au moyen des principes, dont il s'est pénétré, d'en saisir et d'en établir le vrai sens." (De la prof. d'avocat.)

Voilà qui va nous reconcilier avec la science du droit ; mais défions-nous toutefois de la traiter trop familièrement et avec trop peu de dignité, car si elle a des apparences invitantes à ceux qui la regardent de loin, elle prépare de grands déboires à ceux qui ne se donnent pas la peine de connaître la beauté de son caractère. Quoiqu'il en soit, la tâche que nous impose Dupin, pour nous rendre digne du beau titre d'avocat, et pour en avoir le prestige, est encore assez forte dans un pays comme le nôtre où les sources du droit sont si variées, et les besoins de législation sont si pressants. Aujourd'hui, cette tâche est diminuée par la codification de nos lois civiles et de procédure civile, par des publications judiciaires et des cours universitaires à la portée des aspirants. Rendons-en hommage à ceux qui nous ont précédés dans les sentiers épineux de la science. Rien n'était défriché sous leurs pas et pourtant les principes ne leur étaient-ils pas plus familiers ; ne gagnaient-ils pas en profondeur ce que nous acquiérons en étendue ? Était-ce parceque ces difficultés même ne laissaient qu'aux âmes d'élite le courage de les affronter ; était-ce l'habitude de lutter qui développait leurs facultés ; était-ce parceque le rude travail auquel ils se livraient leur faisait désirer plus ardemment d'aller se rafraîchir aux sources de la vérité dont ils étaient avides ? Toujours est-il qu'on est étonné de voir le chemin immense qu'ils ont fait à travers cet amoncellement de coutumes, d'usages, de statuts et de précédents qui nous régissaient.

On entend aussi par le terme de jurisprudence les principes qu'on suit en matière de droit dans chaque pays ou devant

chaque tribunal, l'habitude où l'on est de juger une question de telle ou telle manière, une suite de jugements uniformes qui établissent un usage sur une même question.

La jurisprudence a donc proprement deux objets : l'un qui est la connaissance du droit ; l'autre qui consiste à en faire l'application. Merlin, V. Jurisp.

Ainsi donc le terme de jurisprudence se prend dans une double acception. Il s'entend d'abord de la science du droit, et dans ce sens il est synonyme de droit ; mais le plus habituellement, on emploie le mot jurisprudence pour signifier l'uniformité non interrompue de plusieurs arrêts dans des espèces semblables, ce qui tient lieu de loi.

L'autorité de ce supplément naturel de la Législation est bien nettement établie par les lois Romaines : "*In ambiguitibus vero quæ ex lege proficiscuntur rerum perpetuo similiter judicatarum vim legis obtinet auctoritas.* L. 38, D. de *Legibus*. Rolland de Villargues, V. Jurisprudence.

Quelle est l'utilité de cette jurisprudence que Henieccius (élem. du droit civ. Rom.) définit l'habitude pratique de bien interpréter les lois et de les appliquer à propos à toutes les espèces qui se présentent ?

"Il est des jurisconsultes, dit Merlin, qui professent, pour la jurisprudence, une déférence servile et humilient aveuglément leur raison devant l'autorité des arrêts ; à leurs yeux, ce qu'une cour a jugé est désormais une règle incontestable ; c'est un axiome qu'il n'est plus permis de révoquer en doute et qu'il est oiseux de justifier.

D'autres jurisconsultes, au contraire, rejettent l'autorité de la jurisprudence ; ils excluent pour ainsi dire les arrêts de la science du droit."

Nous voudrions pouvoir dire qu'en Canada nous ne tombons dans aucun de ces excès. Est-ce respect pour l'autorité judiciaire ou ignorance de ses attributions ? Est-ce manque de temps, ou manque de courage ? Toujours est-il qu'il n'est pas rare d'entendre au palais argumenter à coups de décisions de toutes juridictions. L'un cite un précédent, l'autre se croit victorieux en en citant deux. Nous n'avons pas été peu surpris

d'entendre citer des jugements rapportés aux fins seules d'en divulguer l'erreur et ce à l'encontre direct d'un texte de loi clair et précis. Il nous en coûte de le dire tout haut, mais n'entendons-nous pas des juges dire : " ce n'est pas là mon opinion, cependant tel tribunal a jugé ainsi et je dois suivre cette décision." Il n'y a pas jusque dans les épreuves soumises aux candidats à la profession où l'on a été jusqu'à demander s'ils savaient ce qui avait été décidé dans la cause de *R..... vs. R.....*. Il est temps d'élever la voix contre cet état de chose qui menace de nous envahir ; il est temps de réclamer les droits de la raison qui ne peut consentir à se rendre sans examen en des matières qu'une autorité infaillible n'enlève pas à son contrôle.

Est-ce à dire que nous ne devons avoir aucun respect pour la jurisprudence et même pour les jugements de nos cours ? Non, certes ! car la jurisprudence, établie par des arrêts, fait partie de la connaissance du droit, et, disait d'Aguesseau, l'ancien droit consiste plus en usages et en décisions particulières que dans des principes immuables, ou dans des conséquences directement tirées des règles de la justice naturelle. (Quatrième instr. tom. 1, p. 395.)

On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de loi, a dit un habile orateur, et le chancelier Bacon avait dit avant Portalis que la jurisprudence est l'ancre de la loi, comme la loi est celle de l'état.

Dupin fait observer que les premiers ouvrages de droit n'ont été que des recueils d'arrêts et que c'est ainsi qu'on a posé les bases du droit français. Aussi Prost de Royer comptait-il de son temps 118 recueils d'arrêts, et il avoue que sa liste est loin d'être complète.

Ici en Canada, il est indéniable que de nombreuses difficultés ont été aplanies par des jugements savamment élaborés et qui ont servi de bases à plusieurs textes de notre Code Civil et de procédure.

Mais doit-on accorder aux décisions des tribunaux ce respect qui consiste à les accepter sans examen, sans discussion ?

En France, on n'accorde jamais d'autorité aux jugements à l'encontre d'un texte de loi clair et précis ; et si le magistrat

est convaincu que la jurisprudence est en opposition manifeste avec la loi, il doit s'attacher à celle-ci. *Non exemplis sed legibus judicandum*. Si le cas soumis n'est pas prévu par la loi, le devoir du magistrat et du jurisconsulte est de vérifier s'il est décidé par la jurisprudence, et s'il en est ainsi il ne peut manquer de la suivre.

Nous disons qu'alors le magistrat et le jurisconsulte sont obligés de suivre la jurisprudence. Reste à savoir quand il y a jurisprudence établie sur un cas qui n'est pas clairement prévu par la loi.

Il est très important, dit le Président Bouhier, de faire attention que, pour donner aux choses jugées cette autorité qui *approche* de la Législation, il ne suffit pas d'un ou de deux arrêts rendus souvent sur des circonstances particulières, ou dans des causes mal plaidées et mal défendues.

Aussi est-il certain que pour former une jurisprudence sur une matière il faut une longue suite d'arrêts uniformes.

Les lois Romaines semblaient même exiger quelque chose de plus, car elles demandaient pour cela une suite de choses perpétuellement jugées de la même manière : *rerum perpetuo similiter judicarum auctoritatem*.

On a dû remarquer qu'il n'y a que les arrêts qui puissent former une jurisprudence. Or, le mot *arrêt* est le nom qu'on donne en France aux jugements des Cours souveraines, parce que, n'étant pas susceptibles d'être réformés sur appel par un tribunal supérieur, ils mettent fin aux procès et arrêtent toutes contestations ultérieures entre les parties.

Les auteurs anciens ont varié sur l'origine et la valeur du mot "*arrêt*." Nous préférons, dit Rolland de Villargues, comme plus simple et plus naturelle l'opinion de ceux qui font dériver le mot *arrêt* de *adrestare*, *arrester*, *arrêter*. En effet, les décisions des Cours souveraines auxquelles on donne ce nom, à la différence des jugements émanés des tribunaux inférieurs, *arrêtent* toute contestation ultérieure entre les plaideurs et fixent irrévocablement leur sort, en ce sens du moins qu'elles ne peuvent être attaquées comme prononçant un mal jugé.

Avant le 13^{me} siècle, il ne paraît pas que les décisions des cours eussent une dénomination qui les distinguât de celles des Juges inférieurs. Vers l'an 1280, on commença à donner aux décisions des cours le nom d'*arrêts* et à celles des autres tribunaux celui de *jugements* ou *jugés*. Ce n'est guère que vers le 18^{me} siècle qu'il fut défendu aux Juges inférieurs de désigner leurs décisions par le nom d'*arrêts*. Sous la République, les décisions des tribunaux de tous les degrés prirent le nom de *jugements* ; mais le Sénatus-consulte du 28 flor. an XII, en rendant aux tribunaux supérieurs la qualification de cours de justice, réserva en même temps à leurs décisions la dénomination d'*arrêts*. (art. 134) Encyclopédie du droit. Sébire et Corteret. V. Arrêt.

Et remarquons qu'il n'y a que les tribunaux souverains qui portent le nom de *cour*. Il n'y a en France que la Cour d'Appel, la Cour d'Assises, la Cour de Cassation—à part la Cour des Comptes.

La *Cour d'Appel* a pour attribution générale de connaître des appels des jugements de première instance civile, correctionnelle ou de commerce.

La *Cour d'Assises* est un tribunal supérieur, qui siège par intervalle dans chaque province, pour juger les accusés de crimes que la chambre d'accusation de la Cour d'Appel lui a renvoyés.

La *Cour de Cassation* est une juridiction établie pour maintenir l'unité de la législation et empêcher que les tribunaux n'étendent ou ne restreignent leurs attributions hors ou en deça du cercle que la loi leur a tracé. Voir les lois du 1^{er} déc. 1790. 28 flor. an VII et 4 août 1832. Rolland de Villargues.

La Cour de Cassation, dit Rivière, Jurisp. de la Cour de Cassation, n'est pas un troisième degré de juridiction. Quand les deux degrés ont été épuisés il y a arrêt souverain (Art. 71, 20 avril 1810), chose jugée. Cependant, comme il serait possible qu'une erreur de droit eût été commise, que la loi eût été violée, le législateur a institué une voie extraordinaire dans le but de la faire respecter, d'en assurer l'application devant les tribunaux.

Mais ce recours est un remède extrême, établi plutôt dans l'intérêt de la fidèle exécution de la loi que dans l'intérêt des parties.

Ce n'est pas, dit Carré, par la considération du préjudice qu'un jugement illégal ou injuste peut porter aux intérêts privés de ceux entre lesquels il est intervenu que la loi déclare recevable le pourvoi qu'ils interjettent eux-mêmes ; c'est parce qu'il serait d'une funeste conséquence pour tous les membres de la société qu'une erreur de droit commise dans l'instruction ou le jugement d'une contestation privée devint, par succession de temps, une erreur commune qui prendrait la place de la disposition de la loi. (Org. et compet. 2e. part. liv. 3, tit 7). Ce n'est pas le procès qu'il s'agit de juger, disait aussi Toullier, c'est le jugement. (T. I, Nos. 126 et suiv. V. Delangle. Encyclopédie du Droit. Vo. Cour de Cassation, No. 168.

Et ces arrêts doivent être rendus par un certain nombre de magistrats qui varie suivant les cours.

Au parlement de Paris, il fallait, pour rendre un arrêt, qu'il y eut au moins un Président et dix Conseillers ; au Parlement de Toulouse 10 juges, y compris le Président ; au Parlement de Grenoble un Président et six Conseillers, et à défaut du Président, huit Conseillers ; la même règle existait pour la Provence. Au Parlement de Lorraine il fallait sept juges.

Aujourd'hui (1825) en France, dit Merlin, il ne peut être rendu d'arrêt par les Cours d'Assises qu'au nombre de cinq juges ; par la chambre d'accusation et de police correctionnelle des cours royales, qu'au nombre de cinq juges ; par les autres chambres des cours royales, qu'au nombre de sept juges ; par la Cour de Cassation, qu'au nombre de onze.

Il faut observer, dit Rolland de Villargues, qu'aujourd'hui, la Cour de Cassation ayant pour mission spéciale de régulariser la jurisprudence, ce n'est guère que d'après les arrêts de cette Cour qu'on peut juger si la jurisprudence est ou non établie sur un point de droit.

Disons en passant que la Cour de Cassation n'est que le perfectionnement de l'ancien Conseil des Parties créé sous Louis XV.

Elle est appelée à réprimer la violation de la loi, qui est la principale, pour ne pas dire la seule ouverture de cassation. Elle ne connaît point du fond des affaires. Les décisions rendues en fait, *le mal jugé* sont à l'abri de sa censure.

Ainsi l'on voit les précautions prises en France pour considérer une jurisprudence établie; c'est-à-dire cette jurisprudence qui a presque force de loi—tant on a su éviter de donner aux Juges un pouvoir législatif. Encore les auteurs ne peuvent se décider à dire que cette jurisprudence a force de loi. Il n'y a en réalité que les arrêts de règlement qui ont cette force, mais dans le ressort seul pour lesquels ils sont passés.—En effet les Parlements faisaient quelquefois, dans des assemblées de toutes les chambres, des règlements, soit sur la procédure, soit sur des questions de droit et, publiés, ces règlements avaient force de loi dans les tribunaux du ressort de ces Parlements.

La loi du 24 août 1790, titre 2, art. 10 et 12 et l'art. 203 de la Constitution de fructid. an III, avaient déjà défendu aux Juges de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif et de ne faire aucun règlement. Mais l'art. 9 du décret du 30 mars 1808, et le décret du 6 juil. 1810 autorisent les tribunaux à faire, pour l'ordre du service et le nombre des audiences, des règlements particuliers qui doivent être soumis à l'approbation du gouvernement.—Rolland de V., vo. Arrêt de règlements.

Comment donc en France sont considérés les jugements isolés?—Lorsqu'une question, dit Bousquet, Dict. de droit, vo. Jurisprudence, est décidée plusieurs fois de la même manière, c'est là une grande autorité.....mais quelle que soit cette autorité, les Juges ne doivent pas toujours s'y arrêter, car, ainsi que l'observe Dumoulin, la moindre différence dans les faits entraîne une grande différence dans le droit.

Les arrêts qui ont été rendus, dit Rolland de Villargues, par des cours sur des espèces particulières, ne peuvent servir que de raisons dans d'autres affaires; encore est-il rare qu'ils puissent absolument être regardés comme des motifs de décision, parcequ'il n'arrive pas souvent que les circonstances des faits soient les mêmes; les Juges se déterminent quelquefois sur des motifs qu'on ne doit pas étendre d'un cas à un autre; on

ignore ordinairement les raisons de la décision ; d'ailleurs les arrêtistes ne sont pas toujours fidèles à rendre compte des faits et des moyens des parties, comme on le reconnaît par l'opposition qui se trouve entre ceux qui rapportent les mêmes arrêts. La jurisprudence est quelquefois différente, non-seulement entre les parlements, mais encore entre les chambres du même parlement. Cependant il faut convenir que, quand il y a une suite d'arrêts qui paraissent avoir été rendus dans la même espèce, et qui ont jugé une question de la même manière, sans qu'on allègue des arrêts contraires, cette suite de jugements uniformes fait un usage qui est le meilleur interprète des lois.

L'autorité accordée à la Cour de Cassation et la mission qu'elle est appelée à remplir, limite naturellement à quelques arrêts la fixation de la jurisprudence et, un seul arrêt de cette cour est même, en pur point de droit, une autorité qui porte à croire que la question doit être jugée de la même manière. **Mais la nature des choses indique que l'on ne peut tirer un pareil avantage des arrêts rendus à raison des circonstances particulières de la cause.** C'est alors, dit Villargues, qu'il est vrai de dire des arrêts : bons pour ceux qui les ont obtenus ; c'est-à-dire que leur autorité doit être circonscrite à l'espèce dans laquelle ils ont été rendus. Or, on a vu combien rare est la similitude des circonstances qui autorisent un jugement. C'est à la sagacité du magistrat et du jurisconsulte à distinguer entre les arrêts ceux qui forment vraiment autorité et peuvent servir d'éléments à la jurisprudence.

Bacon, cité par Merlin, (*De exemplis et usu com. aph.* 21), distingue avec soin la jurisprudence qui est devenue une sorte de coutume et de législation tacite, de celle qui ne comporte encore qu'un petit nombre de précédents ; mais c'est pour dire que si la première a la puissance de modifier et d'abolir les lois, la seconde doit servir de guide dans leur ambiguïté ou leur insuffisance.

C'est celui des auteurs que nous avons consultés qui a accordé le plus à l'autorité des arrêts ; car nul autre n'a été à dire que la jurisprudence ait eu l'effet d'abolir la loi.

Quoiqu'il en soit, l'on voit avec quelle précaution l'on en-

tourne l'action du pouvoir judiciaire ; et c'est avec raison, car en général, les arrêts n'ayant pas pour objet de décider un point de droit isolé, mais de prononcer sur ce qui doit avoir lieu dans certaines circonstances particulières, sont susceptibles de variations infinies.

Quant aux jugements des tribunaux inférieurs, il n'y a pas de doute qu'un certain nombre de décisions rendues sur des espèces identiques et qui ont jugé une même question de la même manière, établissent un usage, une espèce d'autorité très-utile à l'interprétation des lois et dont les Juges ne sauraient s'écarter sans motif.

Voilà donc ce qui est la théorie en France et nous ne croyons avoir rien exagéré, dans l'exposé d'une doctrine consacrée depuis longtemps et sur laquelle il nous semble y avoir une imposante majorité.

Plus grand a été notre embarras quand il nous a fallu déterminer le crédit qu'on accorde en Angleterre aux précédents. A en croire certains praticiens, le jugement d'une cour anglaise serait un oracle dont la sagesse ne saurait être mise en doute. De fait les précédents y ont même créé un corps de droit (case law). Mais voyons si cette législation est aussi servile qu'on serait tenté de le croire ; ce serait plus que surprenant chez un peuple qui a revendiqué la liberté de raisonner même en matière de dogme. Pour cela on nous permettra de remonter à l'origine même de la législation anglaise.

La variété des nations qui se sont successivement partagé la Grande-Bretagne, laissant chacune de leurs coutumes et de leurs usages, doit nécessairement avoir causé une grande confusion dans les lois du royaume. Le roi Alfred refondit ces matériaux anciens et discordants et réunit, comme un autre Théodose, les différentes coutumes qu'il trouva dispersées dans le royaume ; il les réduisit à un système uniforme et en composa son *Dombec* ou Code de lois *liber judicialis*, pour l'usage des cours *baron*, des cours de canton ou centurie, des cours de comté, cours *leet*, et cours de tournée des shérifs, tribunaux locaux, sous le contrôle des cours royales ambulatoires, qui

les contenaient dans les limites de la loi universelle ou commune.

L'invasion des Danois altéra ce Code, qui devait cependant revivre avec quelques ajoutés de coutumes bretonnes ou plutôt *merciennes*, dans le Digeste de Edgar, terminé sous Edouard le Confesseur.

Telle est l'origine de l'admirable système de maximes et de coutumes non écrites, aujourd'hui connu sous le nom de loi commune, et qui nous a été transmis, quant au criminel, par la cession de 1763. Ce droit était enveloppé de *formes*. Ces formes ont toujours été sacrées pour les Juges anglais qui tenaient qu'elles ne pouvaient être altérées que par le Parlement, parceque le changement de ces formes était considéré comme dangereux à la loi elle-même qu'elles contenaient sous forme de préceptes (*Breve*, du saxon *Writan*.)

On peut facilement s'imaginer que ces corps de lois n'avaient pas tout prévu ; et d'ailleurs les besoins sociaux devançaient, comme dans toutes nations progressives, la législation quelque complète qu'elle put être. Cependant les cours de loi ne pouvaient se décider à dévier des anciennes formes de writ, et pour pouvoir satisfaire aux besoins de législation qui se faisaient sentir, on fut obligé d'avoir recours aux fictions légales par le moyen desquelles les Juges se décidaient à consacrer des principes non encore prévus, et même à altérer une règle de droit dont l'application changeait. Le droit anglais sur *précédents* (case law) repose sur des fictions qui satisfont un besoin d'améliorer sans offenser la répugnance pour les changements. Ainsi, lorsqu'un groupe de faits est porté pour être jugé, la discussion roule sur cette supposition qu'il ne s'élève, qu'il ne peut s'élever aucune question qui rend nécessaire l'application de principes autres que les anciens ou de distinctions autres que celles qui sont admises depuis longtemps. On tient pour absolument démontré qu'il y a quelque part une règle de droit commun qui s'applique aux faits de la cause, et que si cette règle n'est pas découverte, c'est seulement, parcequ'on n'a pas eu assez de patience pour la découvrir. Cependant, dès que le jugement a été rendu et enregistré dans les recueils, on

glisse sans s'en apercevoir et sans en convenir dans une façon de parler et de penser toute différente. On admet maintenant que la nouvelle décision a modifié le droit.

Les anglais ne soutiennent pas que les tribunaux font des lois ; ils supposent qu'ils n'en ont jamais faites, et cependant, ils prétendent que les règles du droit coutumier anglais, avec quelque assistance de la Cour de Chancellerie et du Parlement, sont assez étendues pour suffire aux intérêts compliqués de la société moderne.

Un corps de droit ressemblant beaucoup au droit tiré des précédents était connu des Romains sous le nom de *Responsa prudentum*. " Réponses des savants en droit ". Elles consistaient en notes explicatives sur des lois écrites ; les jurisconsultes s'exprimaient comme si le texte n'avait en rien changé ; la règle dominait toute glose ; personne n'avouait qu'une interprétation quelconque, quelque éminent que fut l'interprète, ne fut pas susceptible de révision si on invoquait contre elle le vénérable texte. Cependant en réalité, les livres de réponses, qui portaient les noms des principaux jurisconsultes, jouissaient d'une autorité au moins égale à celle des recueils de jurisprudence anglaise, et modifiaient, étendaient, limitaient constamment ou même remplaçaient, dans la pratique, les dispositions du droit.—(Maine, Ancient Law.)

C'est ainsi que s'accrurent ces règles et ces maximes qui constituent la collection immense de la loi commune laquelle a reçu, de temps à autre, la sanction des cours de justice sans l'intervention du pouvoir législatif. En 1826, Kent (Commentaries) comptait, à part les rapports des Cour d'Amirauté, d'Élections et des Rapports d'Irlande, au-delà de 648 volumes en sus de la loi statutaire.

Ajoutons que c'est par la jurisprudence anglaise que, de 1688 à 1780, se forma cette magnifique loi maritime dont les bases ont été posées par le développement des principes sur lesquels se fondent les polices d'assurances et par l'heureuse application de ces principes aux cas particuliers.

Les Cours d'Équité, créées plus tard, s'émancipèrent de cette rigidité des cours de loi, formèrent, par des considérations

d'équité, une jurisprudence, non-seulement quand elles y étaient autorisées par des statuts particuliers, mais encore en étendant le recours, par le writ de *trespass*, sur l'espèce particulière, (on the case) conformément à son institution par Edouard I, à presque tous les cas de griefs auxquels toute autre manière de remédier en justice était inapplicable.

Cette jurisprudence, qui répondait à des besoins sociaux pressants, acquit avec le temps beaucoup de respect et fut même adoptée par les cours de loi.

L'équité devint un corps de règles existant à côté du droit civil, fondé sur des principes différents et prétendant, à l'occasion, devoir être mis au-dessus de ce droit, en vertu d'une pureté supérieure attribuée à ses principes. L'équité devant les préteurs romains ou devant les chanceliers d'Angleterre diffère des fictions qui l'ont précédée, en ce que la modification introduite dans le droit est patent et avouée. D'autre part, elle diffère de la législation, moyen de perfectionnement du droit qui vient après elle, en ce que ses prétentions à l'autorité sont fondées, non sur les prérogatives d'une personne ou d'un corps constitué, ni sur les pouvoirs du magistrat qui prononce, mais sur la nature de ces principes auxquels on affirme que tous doivent se conformer.—(Maine, Ancient Law.)

Voilà donc comment s'est formée cette loi anglaise : et par des règles mis en corps, étendues par des fictions légales, par des Jugements d'Equité et enfin par des lois formulées.

Ce qui précède nous fait comprendre pourquoi les précédents sont considérés, en Angleterre, comme ayant une grande autorité.

Voyons maintenant de quel poids sont, en Angleterre, les décisions des tribunaux ?

Nous nous convaincrions qu'en définitive les jugements des cours d'Angleterre ne sont guère acceptés plus à la légère qu'en France, au temps où celle-ci surtout avait à interpréter les coutumes et le droit qu'avaient traînés après elles les nations variées qui se partageaient son territoire ;—et pour cela, citons ce qui se trouve répandu dans les recueils, et dans les historiens :— Les précédents ont toujours été vus avec beau-

coup de crédit par les sages de la loi et ils sont réputés être la loi des cours, qui ne peuvent aller contre un jugement conforme à *une série* de précédents. 4 Coke's Rep. 93. Croke's Rep. Eliz. 65. 2 Lill. Abr. 344. Mais les nouveaux précédents ne sont pas d'un grand poids ; ceux qui interviennent sans décision judiciaire, sur argument, ne sont d'aucune valeur ; et les opinions extra-judiciaires données dans ou hors de la cour, ne sont pas de bons précédents.— Vaughain's Rep. 169, 382, 399, 429.

Il a été jugé qu'il ne peut y avoir de précédents en matière d'équité, car l'équité est la vérité universelle ; mais, suivant Lord Keeper Bridgman, les précédents sont nécessaires en équité pour faire ressortir la raison qui doit servir de guide ; et outre l'autorité de ceux qui les font, il est à supposer que ces derniers n'agissent ainsi qu'avec grande considération ; et il serait étrange de mettre de côté ce qui a été la coutume pendant longtemps. 1 Mod. 307. S'il y a doute sur ce qui est équitable ou non, il est prudent de le déterminer selon les précédents, particulièrement s'ils sont faits par des hommes d'autorité et de savoir. Id.

Les précédents, dans quelques causes, peuvent rendre valide un acte qui, d'après la rigueur de la loi, serait nul. Jenk. Cent. 162, 172.

Les innovations sont dangereuses, et les anciens juges de la loi n'ont jamais permis que la loi commune fut altérée. Coke on Littleton. 379.

Du temps de Edouard III les juges disaient : nous ne voulons pas changer la loi qui a toujours été en usage ; et, du temps de Henri IV, ils déclaraient qu'il serait mieux qu'il y eut défectuosité que de changer la loi ou d'y faire aucune innovation. Id. 303. Jacob's Dect. V. Innovation.

Lord C. Talbot disait qu'il était mieux de s'en tenir aux règles générales connues que de suivre aucun précédent fondé sur des raisons inconnues. Cases in Chan. in Ld. Talbot's Time. 26, 27. Il est très dangereux, disait-il, d'altérer les anciennes formes établies. Id. 196.

Voici maintenant ce que dit Kent et ce qui semble être la manière de voir aux Etats-Unis :

Une décision solennelle sur un point de droit, intervenant dans un cas donné, devient une autorité dans un *semblable* cas, parceque c'est la plus grande preuve de la loi applicable sur le sujet ; et les juges sont tenus de suivre cette décision aussi longtemps qu'elle n'est pas cassée, à moins qu'il soit démontré que la loi a été incomprise ou mal appliquée dans ce cas particulier. Si une décision a été rendue, sur solennel argument et après mûre délibération, la présomption est en faveur de sa rectitude Quant une règle a été une fois délibérément adoptée et déclarée, elle ne doit pas être repoussée, à moins de l'être par une Cour d'appel ou de révision, et jamais par une même Cour, excepté pour de valables raisons et sur une erreur manifeste.

Mais, dit-il, je n'entends pas que l'on croit que je veuille pousser trop loin la doctrine du *Stare decisis*, quand je vois qu'il y a plus de 1000 causes dans nos rapports anglais et américains qui ont été renversés, mis en doute ou limités dans leur application. V. Kent's Commentaries, p. 479.

Ainsi il reste acquis que, de nos jours surtout, les anglais et les américains sont d'accord avec les auteurs français, pour ne reconnaître aux décisions judiciaires, qu'une autorité qui doit être examinée aux lueurs de la raison, et que jamais elles ne doivent être acceptées à l'encontre du vénérable texte, comme dit Maine, dans son excellent livre de la loi ancienne.

Il pouvait être de nécessité, dans la création des lois anciennes, que les fictions légales, les considérations d'équité fussent, avec la législation, des moyens par lesquels le droit se mettait en harmonie avec les besoins sociaux de sociétés naissantes ; mais aujourd'hui nous pouvons dire avec Merlin : On ne devrait jamais citer que des arrêts de règlements ; en alléguer d'autres, simplement comme des exemples et des préjugés, c'est un abus que les gens sensés devraient bannir, parcequ'un exemple ne saurait être concluant qu'autant que les circonstances sont entièrement semblables ; or, en supposant la possibilité de cette similitude parfaite, il reste à l'éta-

blir, ce qui est ordinairement une chose impossible ; mais ce mauvais usage d'invoquer des arrêts subsistera longtemps, à cause de la facilité qu'il donne d'étayer, par des exemples bien ou mal rapportés, des systèmes contraires aux principes, et il devient dès lors absolument nécessaire de connaître la jurisprudence pour écarter les préjugés que l'on oppose mal à propos, pour combattre par des armes pareilles celles que nos adversaires emploient. Il convient qu'après les avoir exposés à ceux qui consultent les vrais principes, on les avertisse des arrêts qui paraissent s'en écarter, et qui peuvent leur inspirer quelque défiance sur le succès que les principes seuls leur assureraient. V. Jurisprudence.

Est-ce là ce qui arrive en Canada ?

Nous pensons qu'on professe, vis-à-vis des décisions des cours, un culte qui serait peut-être à tolérer s'il était pratiqué de bonne foi ; mais qu'on ne peut pas plus approuver que d'autres cultes créés pour favoriser une indifférence coupable vis-à-vis des principes solides, ou pour le triomphe d'idées erronnées.

Or, parcequ'une main imprudente aura ouvert la porte du sanctuaire qui renferme la vérité, nous ne croyons pas qu'il puisse être permis à tous d'y entrer faire des dévastations. Nous ne nions certes pas la nécessité d'étudier les décisions rendues par nos tribunaux ; nous ne voulons pas amoindrir leur importance ; mais nous voulons qu'ils ne soient cités que comme conformes à la lettre ou à l'esprit de la loi, et d'accord avec la raison, et non comme flattant des prétentions préjudiciables aux intérêts du droit et de la justice.

Nous sommes reconnaissants à ceux qui ont consacré leurs veilles à faire des collections précieuses de nos décisions et à compiler en recueils des rapports raisonnés et marqués du sceau d'une grande sagesse. A nous d'y puiser avec discernement.

L'opinion d'un juge éclairé, ayant eu l'avantage d'entendre des plaidoiries savantes, n'est pas d'un petit poids ; mais toutes les décisions ne sont pas rendues dans des conditions propres à établir une jurisprudence ; à coup sûr ce ne sont pas celles,

et elles sont assez nombreuses, qui ne portent pas avec elles leur justification, et où ceux qui les ont prononcées croient avoir satisfait aux art. 472 et 1174, C. P. C., en donnant pour unique considérant, qu'une des parties a prouvé ses allégations, ou qu'il y a mal jugé, ou bien jugé, dans le jugement dont est appel.

Non, les jugements, pensons-y-bien, ne sont pour la doctrine que des exemples, dont l'autorité se mesure sur leur nombre et sur le degré de confiance et de respect qu'inspirent les cours qui les ont donnés. Ce n'est pas que nous méprisons les précédents, c'est l'abus des précédents que nous condamnons, et nous disons avec Proudhon : " Nous ne voulons pas qu'ils préjudicient à l'examen approfondi des règles applicables au fonds de la cause, parceque c'est toujours de là que doivent ressortir les motifs de la décision du juge ; nous ne voulons pas que le jugement d'un procès soit précisément calqué sur celui d'un autre, parceque la jurisprudence n'est point un art d'imitation." (Préface du traité des droit d'usuf. dus. et d'hab., p. 19).

Nous n'avons rien à dire contre l'habitude de citer des jugements, qui sont la plus haute expression de la puissance humaine. *Res judicata pro veritate habetur* ; et comme nous le disions, c'est l'opinion d'un tribunal composé d'hommes qui, pour la plupart, ont été choisis pour leur savoir et leurs vertus, et que l'ascension au banc relève de toute la hauteur de l'indépendance qui leur est accordée et à laquelle ils ont droit. Mais malgré la respectabilité de nos juges, qui font honneur à la magistrature, il ne faut pas oublier qu'ils sont hommes, et comme le disait dernièrement un des juges les plus judicieux : " Je ne me suis jamais autant aperçu que je suis homme, que depuis que je suis juge." D'ailleurs, malgré leur bonne volonté, maintes circonstances peuvent les induire à une erreur involontaire ; les faits mal représentés, le manque de temps pour délibération ; la multiplicité des questions de tous genres, et disons-le, souvent et très-souvent, la trop grande tache qu'on leur laisse à accomplir, en leur laissant deviner ce qu'on est chargé de leur représenter, ou qu'une fatigue légi-

time, peut-être, leur fait quelquefois refuser d'entendre ; voilà autant de considérations qui peuvent nous avertir qu'on ne doit citer les précédents que lorsqu'on sait qu'ils sont conformes à la loi et à la raison ; c'est une hérésie, et une hérésie dangereuse, que d'accorder aux Juges l'autorité du Législateur ; ils ne sont que les interprètes de la loi, mais interprètes dont les interprétations sont sujettes à examen, et auxquelles la soumission aveugle entraînerait les plus sérieuses conséquences. S'il nous était loisible, et nous le ferons peut-être un jour, nous citerions une foule des jugements de nos cours, même supérieures, qui ne peuvent pas soutenir l'épreuve du raisonnement et qui cependant sont cités sans plus de commentaires. Il arrivera qu'un jour un tribunal énergique secouera cette déplorable servilité, revendiquera les droits de la science méconnue ; et les débris de ces monuments élevés sur des bases erronées, rejailliront sur les plaideurs et sur la mémoire de ceux qui les auront élevés. Il arrivera que les hommes sérieux se fatigueront inutilement dans l'étude des vrais principes du droit, puisque d'un seul trait, tiré des rapports judiciaires, se trouveront anéanties leurs prétentions les mieux assises ; il en résultera que la profession consistera à examiner ce qu'a pensé tel juge et non pourquoi il a ainsi pensé ; il en résultera qu'il n'y aura plus de certitude ni dans l'étude, ni dans les conseils, ni dans les jugements ; et du coup tomberont ce prestige auquel l'avocat a droit et cette auréole dont doit être entouré le Juge ; et alors on aura raison de dire : " On s'imagine que les tribunaux sont créés pour rendre justice ; c'est une erreur, ils ne sont que pour terminer les procès."

Certains tribunaux ont cependant droit de faire des règles de pratique, et encore faut-il qu'elles ne contredisent pas la loi : c'est le pouvoir qui leur est accordé par les articles 29 et 1177 du Code de procédure civile de faire des règles de pratique nécessaires pour la conduite des causes qui leur sont soumises, et pour toutes autres matières de procédure qui ne sont pas réglées par ce Code. Disons en passant qu'il serait à désirer que ces règles, en partie incorporées dans le texte du Code,

fussent épurées et compilées d'une manière plus conforme aux besoins de la procédure.

Avec ces considérations et dans la certitude que l'on feuillettera les arrêts et les jugements avec prudence et discernement nous croyons être utiles, à nos jeunes confrères surtout, en leur donnant une liste des principaux recueils d'arrêts et de jugements français, anglais et canadiens, leur faisant observer que, à part la collection canadienne, qui s'y trouve toute entière, on ne trouve à Montréal, à la bibliothèque du Barreau, que les recueils ou partie des collections que nous avons indiqués en lettre italique.

Recueils d'ARRÊTS publiés en France depuis 1789. Dictionnaire : Dupin, Loiseau et Delaporte.—Etat des jugements du tribunal de cassation.—Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Journal du Palais : Bourgeois—Recueil Général : Sirey—Journal des Audiences : Denevers, Dalloz—Jurisprudence Générale du Royaume : Dalloz—Gazette des tribunaux—Bibliothèque du Barreau : Mauguin et Dumoulin—Jurisprudence du Code Civil : Bavoux et Loiseau—Arrêts de la Cour d'Aix, d'Agen, d'Amiens, de Besançon, de Bordeaux, de Caen et Rouen, de Corse, de Dijon, de Grenoble, de Lyon, de Metz, de Nancy, de Nimes, d'Orléans, de Poitiers, de Rennes, de Riom, de Toulouse, Journal des arrêts, Coffinières et Chauveau—Jurisprudence commerciale de Nantes—Annales de Législation commerciale : Roger et Garnier—Jurisprudence commerciale d'Aix et Marseille : Girod et Clariom—De la Cour royale de Toulouse : Niel.

Dupin, ainé, (Profession d'Avocat) apprécie ces différents recueils, dans la seconde partie de son ouvrage qui contient un catalogue d'une bibliothèque choisie des livres de droit.

RAPPORTS DES PRÉCÉDENTS.—*House of Lords*, depuis 1694, *Privy Council*, depuis 1809, *Chancery*, depuis 1557, *Rolls Court*, depuis 1829, *Vice Chancellor's Courts*, depuis 1815, *King's Bench and Queen's Bench*, depuis 1163, *Bail Court*, depuis 1819, *Common pleas*, depuis 1486—*Exchequer*, depuis 1220—*Exchequer, Equity*, depuis 1817—*Nisi Prius*, depuis 1790—*Ecclesiastical*, depuis 1752—*Probate and Divorce*, depuis 1858—*Admiralty*,

depuis 1776—*Bankruptcy*, depuis 1810—*Railway and Canal cases*, depuis 1835—*Mercantile cases*, depuis 1828—*Election cases*, depuis 1624—*Registration appeal cases*, depuis 1843—*Magistrates cases*, depuis 1844—*Crown cases*, depuis 1743—*Law Reports in all Courts*, depuis 1865—*Statutes at large*, depuis 1225.

COLLECTION DE DÉCISIONS CANADIENNES.

Conseil Supérieur de Québec, Perrault : Extraits ou précédents tirés des registres, 1 vol.....	1727-1759
Prévosté de Québec, Perrault : Extraits ou précédents, tirés des registres, 1 vol.....	1726-1759
King's Bench, District of Quebec, Pike's Repts., 1 vol.....	1811
King's Bench, and appeals to privy council, Stuart's Repts.	1810-1835
Revue de Législation et Jurisprudence, par Lelièvre et Angers, 3 vols.....	1845-1848
Lower-Canada Reports, 17 vols.....	1851-1867
Rapports de la Commission Seigneuriale : ang. et franc., 2 vols.....	1856
The Law Reporter, Ramsay and Morin, 1 vol.....	1854
The Lower-Canada Jurist Monthly, 21 vols.....	1857-1878
Vice-Admiralty Court, Stuart's repts., 2 vols.....	1836-74
Lower-Canada Law Journal, 4 vols.....	1865-68
La Revue Légale Sorel, (Mathieu) Mensuelle, 8 vols.	1869-1878
La Revue Critique de Législation et de Jurisprudence du Canada, 3 vols.....	1871-1873
Robertson's Index to all reports published in Lower-Canada, 1 vol.....	1864
Ramsay's Index to all reports published in Lower-Canada, 1 vol	1864

- Lusignan : Index analytique des décisions judiciaires 1864-1872
- Stephens, The Quebec Law Digest of all the reported decisions in the Province of Quebec, down the 1st January, 1 vol..... 1877
-

Nous croyons de notre devoir d'indiquer à nos jeunes confrères du Barreau qu'ils trouveront chez Messieurs Delisle, Bibliothécaires, des guides aussi intelligents qu'affables pour leurs recherches à travers les ouvrages de droit qui composent la bibliothèque du Barreau, à Montréal.

B. A. T. DE MONTIGNY.

ETUDE

DE L'ARTICLE 599 DU CODE CIVIL ABROGEANT LA LOI DES PROPRES DE SUCCESSION.

Parmi les modifications faites par le Code Civil du Bas-Canada à l'économie de notre ancien droit, une des plus radicales a sans doute été celle opérée par l'article 599, ainsi conçu : " La loi ne considère ni l'origine ni la nature des biens pour en régler la succession. Tous ensemble ils ne forment qu'une seule et unique hérédité, qui se transmet et se partage d'après les mêmes règles, ou suivant qu'en a ordonné le propriétaire."

L'effet de la première disposition de cet article a été d'abolir la distinction entre les biens propres, acquets et conquets, c'est-à-dire de supprimer l'affectation des biens propres à la famille dont ils descendent, et la seconde, dans la pensée des Codificateurs, a été le complément de la liberté des testaments décrétée par le statut impérial de 1774, appelé l'Acte de Québec, confirmé par notre statut provincial de 1801. En d'autres mots, l'objet de l'article entier a été d'appliquer à la succession testamentaire et à la succession légitime, un même et unique principe d'hérédité, de retrancher du partage des successions légitimes, au cas de concours de plusieurs lignes, les préférences des parents sur les biens provenant de leur ligne, de faire des biens successifs une seule masse et de tous les successibles une seule famille, se divisant les biens par portions viriles.

L'article 599 eut donc pour effet de faire disparaître de la succession *ab intestat*, les restrictions que l'Acte de Québec et le Statut de 1801 avait effacées du testament et de soumettre la dévolution testamentaire et la transmission légitime à un même principe.

En vertu des maximes de l'ancien droit français consacrées

par la Coutume de Paris et qui sous ce rapport, devaient leur origine aux institutions féodales et à l'ambition de perpétuer la splendeur des anciennes familles, les biens patrimoniaux étaient frappés de l'incapacité d'en sortir et de passer entre des mains étrangères. Des sphères élevées du droit public, ce principe descendu dans le domaine plus modeste du droit privé, était devenu commun à toutes les classes de la société ; et pour tous les citoyens, hommes du peuple, comme hommes de noble race, seigneurs, chatelains, bourgeois ou vilains, les biens concentrés dans la famille de l'ancêtre qui les y avait mis, restaient perpétuellement affectés à sa descendance.

“ Parmi les principaux caractères du droit français, (1)
 “ (a dit ailleurs l'auteur de cette Etude), et qui l'ont séparé
 “ profondément du droit romain, quant aux lois de propriété,
 “ celui qui a été le plus fécond en conséquence, est *l'affecta-*
 “ *tion des biens à la famille*. C'est lui qui a interdit l'institution
 “ d'héritier, créé les réserves coutumières, grevé les dona-
 “ tions entre-vifs des retranchements légitimaires, engendré
 “ le retrait lignager et frappé les propres de succession de
 “ l'incapacité de remonter, en interdisant leur transmission
 “ d'une ligne à une autre.

“ Ce principe que quelques auteurs disent d'origine Cel-
 “ tique, religieusement conservé parmi les traditions natio-
 “ nales, quand les Romains firent la conquête des Gaules, fut
 “ une des barrières qui empêchèrent le corps du droit romain
 “ de pénétrer dans les Provinces où il était en vigueur.

“ Cette concentration des biens patrimoniaux dans la même
 “ famille et dans la même ligne, qui, en droit féodal, avait
 “ produit le droit d'ainesse, introduisit dans le droit commun,
 “ une foule de restrictions gênant l'aliénation immobilière.
 “ Ce qui a fait croire à des écrivains peu observateurs, que
 “ les tendances du droit français étaient hostiles au mouve-
 “ ment de la propriété. D'autres ont cru, à cause des entraves
 “ mises à son aliénation en certains cas, et des règles obser-

(1) Commentaire sur le Code Civil du Bas-Canada.—Introduction, pages 34 et 35.

“ vées pour la contrôler, qu’il s’occupait des biens avant les
 “ personnes.

“ Double erreur causée par la confusion du but avec le
 “ moyen pris pour l’atteindre, et l’inattention sur les motifs
 “ de la loi ! Le Droit français, pas plus qu’aucun autre, n’a
 “ été hostile au mouvement de la propriété comme fait indif-
 “ férent, abstrait de sa transmission en des mains étrangères.
 “ Pour des raisons d’ordre public, empruntées à la constitu-
 “ tion même de l’État, dont l’une des bases était l’inviolabilité
 “ du domaine patrimonial, la loi française en perpétuait la
 “ descendance dans la famille, le frappant par là d’une appa-
 “ rente immobilité. Mais ce ne fut jamais sur l’héritage qu’elle
 “ porta son attention, j’aimerais à dire son affection, toujours
 “ conservée aux descendants de celui qui l’avait mis dans la
 “ famille.

“ Au moyen de restrictions multipliées, établies pour la
 “ protection des héritiers, du droit public, ce principe conser-
 “ vateur est descendu dans le droit commun où, sous les
 “ noms de saisine héréditaire, réserves coutumières, propres
 “ de succession, retrait, réméré, s’attaquant en apparence à
 “ l’aliénation, mais obéissant en réalité à l’idée primitive
 “ d’empêcher la transmission des biens hors de la famille, ou
 “ de les y faire rentrer quand ils en étaient sortis, il a joué
 “ un si grand rôle.”

Une des grandes pensées du Code a été de favoriser la liberté des conventions et l’indépendance des dispositions, et par suite de dégréver la transmission immobilière des restrictions que nous venons de nommer. Partout où d’anciennes traditions qu’ils ont crues surannées, apportaient des entraves au libre mouvement du sol, les Codificateurs les ont brisées, et au despotisme de la loi ils ont opposé la volonté absolue de l’homme. Ils ont cru que le meilleur protecteur de la famille était le père de famille lui-même, et que le maître des biens était le meilleur juge de leur distribution. Propriété libre aux mains d’un maître absolu ! Telle paraît avoir été leur devise dans les réformes qu’ils ont opérées en cette matière, et ils

l'ont proclamée hautement. Ils n'ont pas rempli leur tâche à demi et ne se sont pas arrêtés en chemin.

Résolus de restituer au sol son indépendance primitive, ils n'ont reculé devant aucun obstacle se dressant entre leur œuvre et le but qu'ils voulaient atteindre ; ils les ont tous brisés. Le dernier texte de leur Code a été le dernier mot de leur œuvre d'affranchissement. Ce dernier texte, ils l'ont écrit sans crainte, et ce dernier mot, ils l'ont dit hardiment ! Encore une fois associée à la liberté des conventions, la liberté du sol a été l'œuvre capitale de la législation nouvelle. L'avenir seul pourra en révéler la sagesse, ou en proclamer les erreurs. Jusque-là pour la juger, la critique ne peut qu'invoquer des théories douteuses, et avoir recours à d'incertaines spéculations ; car ce n'est que par l'expérience et leur application aux actes de la vie sociale, que l'on peut juger les réformes législatives. Le temps est le juge unique du législateur et la postérité seule peut le citer devant son tribunal !

Lors de la passation de l'Acte de Québec, quatorze ans seulement après la Cession du Canada à l'Angleterre, à une époque de terreur pour la race française et de conspiration contre sa nationalité, il lui eût été difficile de dire quelles seraient les conséquences de la liberté des testaments imposée avec la restitution de ses lois. Cette liberté rompait avec les traditions de plusieurs siècles, et d'un seul trait de plume la législation qui la proclamait, effaçait des lois du pays une des pages les plus précieuses et la remplaçait par une loi étrangère. C'était surtout cette particularité qui effrayait les populations. Depuis que les Canadiens étaient devenus sujets britanniques, ils étaient menacés du corps entier des lois anglaises et de la perte des leurs. Il n'en fallait pas plus pour jeter au sein de la nation, de justes appréhensions à l'endroit de ses institutions.

On n'avait pas encore eu le temps de se rendre compte de l'opération de la loi nouvelle, quand le statut de 1801 est venu la compléter ; et ce statut enlevant la dernière restriction à la liberté de tester, fit tomber le dernier retranchement qui dé-

fendait les droits naturels de l'hérédité et les réserves coutumières.

Cependant l'heureux fonctionnement de la loi nouvelle, son adaptation à la condition du pays, et l'homogénéité de cette loi avec le droit public anglais qui était devenu forcément celui du Canada, devaient faire disparaître les alarmes, et donner raison au législateur. Tout en admettant l'utilité de cette réforme eu égard à la condition particulière du pays, on ne peut toutefois se dissimuler les côtés dangereux d'un système qui permet de préférer à la voix légitime de l'hérédité, la volonté arbitraire du père de famille, qui peut par l'effet du simple caprice, par l'emportement d'une colère aveugle, la mauvaise inspiration d'une haine imméritée ou les faveurs d'une passion injustifiable, faire sortir d'une famille des biens qui y sont demeurés pendant plusieurs siècles, et sont devenus son apanage, pour en doter des étrangers ; d'une loi qui peut élever la concubine au rang de l'épouse légitime, en l'honorant d'une institution testamentaire, faire asseoir au foyer domestique des enfants illégitimes, adultérins ou incestueux, à côté de l'enfant de la maison, et les appeler à partager le patrimoine des ancêtres avec lui ; le déshériter même ; qui en un mot, permet à l'homme de méconnaître les devoirs les plus impérieux de la paternité et de la parenté, et de fouler aux pieds les droits les plus sacrés de la nature !

Telles sont cependant les conséquences possibles de la liberté illimitée des testaments.

Qu'est cependant cette liberté de tester en dehors de la famille, comparée à un système de lois qui confond tous les biens d'une hérédité en une seule masse, abolit toute distinction entre eux, les partage également entre tous les enfants successibles, parents ou étrangers à ceux qui les ont mis dans la famille, et ce qui est pis encore, au nom de la loi, appelle en certains cas, l'étranger à l'hérédité des biens de la famille, au mépris des droits inaliénables de ceux qui la composent !

Il y a la distance qui sépare l'injustice que la loi tolère, de celle qu'elle commet, la spoliation par l'individu de la spolia-

tion légale ; il y a la distance qui sépare l'Acte de Québec de l'article 599 du Code Civil du Bas-Canada !

Pour être bien compris cet article ne doit pas être considéré isolément ; il doit être étudié en connexion avec les autres articles organiques du nouveau régime d'hérédité dont il est la base, j'aimerais à dire la clef de voûte.

Avant de faire ce rapprochement et cette étude d'ensemble, il est pourtant important de se rappeler la loi des successions sous l'ancien régime et d'en esquisser les principaux caractères, surtout en ce qui concerne la succession des propres. Voyons d'abord ce qu'étaient les propres de succession, et leur division.

Le mot propre considéré par rapport aux successions, est tout immeuble, à nous transmis par un de nos parents par succession ou autre titre équivalent. On les appelle les propres légaux, par opposition aux propres conventionnels qui sont formés par les contrats de mariage. Les propres légaux ou de succession étaient distingués en propres naissants et propres anciens ; les propres naissants étaient ceux immédiatement transmis par un parent qui les tenait à titre d'acquêts. Ils étaient appelés propres naissants, parce que c'est en nos mains qu'ils commencent à être propres. On pourrait dire que c'est dans les mains du premier propriétaire qu'ils sont nés comme propres. Les propres anciens étaient ceux transmis par un parent qui les possédait lui-même comme propres.

L'on vient de dire que la transmission de l'immeuble pour lui donner la condition de propre, devait se faire par succession ou voie de succession. Les donations entre-vifs et les institutions contractuelles ou donations par contrat de mariage, de même que toute donation à cause de mort, formaient ce titre équivalent à succession.

Les propres paternels étaient ceux venant d'un parent du côté paternel, et les propres maternels, ceux venus d'un parent du côté maternel. Cette distinction recevait son effet quand il s'agissait de l'application de la règle, *paterna paternis, materna maternis*.

Les propres de ligne étaient suivant Pothier, " ceux qui

étaient affectés aux parents d'un seul côté." Le même auteur dit qu'on appelle propres sans ligne " les propres naissants qui me viennent de la succession d'une personne qui m'était par rente tant du côté de mon père que du côté de ma mère. Ils sont appelés sans ligne, ajoute-t-il, parce qu'ils ne sont pas plus affectés à une ligne qu'à l'autre, à un côté qu'à l'autre."

" Les immeubles " dit le Répertoire de Jurisprudence, vo. Propres, " sont dans toutes les Coutumes, hors celle de Normandie, les seuls biens qui puissent recevoir l'impression de la qualité des propres légaux. On en sent la raison ; nos ancêtres n'ont établi l'usage des propres, que pour conserver les biens dans les familles ; il a donc fallu restreindre cet usage aux immeubles ; car les meubles ne sont pas de nature à être conservés longtemps, ni assez précieux pour mériter qu'on prenne soin d'en rechercher l'origine dans une ligne plutôt que dans une autre. De là, cette disposition de la Coutume de Lille, tit. I, art. 9 : "*Biens meubles ne tiennent coste ni ligne.*" " Loysel en a fait une de ses règles de droit coutumier."

C'est dans l'application de la règle fameuse ci-haut citée, *paterna paternis, materna maternis*, que se trouve la théorie de la succession des propres.

La première disposition de la Coutume de Paris, relative aux propres de succession, se trouve dans l'article 293, qui dit : " Pour tester des meubles acquets et conquets immeubles, il faut avoir accompli l'âge de 20 ans, et pour tester du quint des propres, il faut avoir accompli l'âge de 25 ans."

La raison pour laquelle sous cette Coutume on pouvait disposer librement de tous biens, meubles, acquets et conquets immeubles, et non pas de ses propres, est ainsi donnée par Faber : *In præm. instit. quia illud quod est per acquisitionem, magis est nostrum, quàm illud quod obvenit ex parentum successione*, " parce que ce que nous avons acquis est plus à nous, que ce qui vient de la succession de nos parents." Le maître des propres n'en était donc pas à certains égards, considéré comme le propriétaire absolu. Il n'avait certainement pas le droit d'en disposer librement par testament. La loi restreignait son pou-

voir de disposition à un quint de ses propres, et encore fallait-il que le testateur n'eût pas d'enfants, car s'il en avait, sa disposition était sujette à leur légitime *salvá legitimá*, suivant l'article 298, qui la fixait à la moitié de ce que chaque enfant eût eu dans la succession *ab intestat* de son père.

Il est à remarquer que cet article 293 et l'article 298 sont sans valeur pour nous, (ce que d'ailleurs nous aurons occasion de dire pour plusieurs autres), et qu'ils ne sont cités ici, que parce que dans l'ancien droit ils faisaient partie de la loi des propres, et que dans la chaîne qui tenait ces propres assujettis aux réserves des parents du testateur, ces articles faisaient un anneau, dont la solution eut brisé la continuité de tout le système. L'Acte de Québec et le Statut de 1801, ont abrogé en entier l'article 293, en décrétant la liberté de tester de tous biens, et en partie l'article 298, dont il n'a conservé la règle que par rapport aux retranchements de la légitime sur les donations entre-vifs. La légitime n'a plus depuis produit de retranchement sur les dispositions testamentaires.

Le premier article du titre de succession, article 299 de la Coutume portait : " Institution d'héritier n'a lieu, *c'est-à-dire* " *qu'elle n'est requise et nécessaire pour la validité du testa-* " *ment ; mais ne laisse de valoir la disposition jusques à la* " *quantité des biens dont le testateur peut valablement disposer* " *par la Coutume.*"

Contre la disposition du Droit Romain, le droit coutumier n'admettait point d'institution d'héritier. La Coutume elle-même faisait le choix des héritiers ; choix qu'elle refusait à la disposition de l'homme. Cette nullité de l'institution n'était cependant pas absolue ; elle valait pour tous les biens dont le testateur avait la disposition, c'est-à-dire pour les biens meubles, acquets et conquets immeubles et le quint des propres, sauf toutefois les retranchements de la légitime, *salvá legitimá*.

En vertu des articles 292, 293, 297 et 299 combinés, un homme pouvait disposer par testament en faveur de qui bon lui semblait, pouvu que ce fût une personne capable de recevoir *au profit de personnes capables*, dit l'article 292, de tous ses biens, meubles acquets et conquets immeubles et de la

cinquième partie de ses propres *et non plus avant*, ajoute l'article. Quant aux quatre cinquièmes des propres restant, il n'en pouvait jamais disposer. La Coutume en avait assuré la dévolution à certains héritiers qu'il n'était pas au pouvoir du testateur de dépouiller ; le cas de l'exhérédation excepté. Pour les biens disponibles, c'est-à-dire ses meubles acquets et conquets immeubles, il pouvait en tester mais à la charge de la légitime qu'avaient le droit de réclamer ses enfants et petits-enfants, et qui consistait en la moitié de ce qu'ils auraient eue dans ces biens là, le père étant mort *intestat* ; hormis toujours le cas d'exhérédation pour les collatéraux. Les ascendants et collatéraux, au cas de mort du testateur sans enfants, ne pouvaient pas plus que ces derniers être privés de leurs parts dans les biens propres dont la loi les avait fait héritiers, mais ils n'avaient en général aucun droit de légitime sur les biens disponibles dont le testateur avait disposé. Des circonstances particulières pouvaient cependant donner ouverture à ce droit en certain cas.

Par les articles 302 et 303 les enfants d'un défunt viennent à sa succession également, et nul ne peut par testament, être avantagé plus que les autres. A défaut de descendants les ascendants succédaient aux biens meubles acquets et conquets du défunt par parts égales, en cas de survie de l'ayeul et de l'ayeule, et dans le cas de survie de l'un d'eux, le survivant succédait pour le tout. S'il y avait un ayeul et une ayeule dans chaque ligne, le partage se faisait également entre les deux lignes, et s'il y avait un ayeul et une ayeule dans une ligne, et un seul dans l'autre, le survivant dans une ligne héritait de la moitié, et l'autre moitié passait à l'autre ligne, ou elle était sujette à une subdivision par moitié.

En vertu de la règle " le mort saisit le vif, *son hoir plus proche et plus habile à succéder* " proclamée par l'article 318 le principe de l'hérédité reposait dans la proximité du sang, c'est-à-dire que c'était le parent du degré le plus rapproché qui héritait. Ce principe souffrait cependant une exception relativement aux collatéraux dans la succession des propres. Là, ce n'était plus le parent le plus proche par le sang qui héritait,

mais c'était le parent quoique accidentellement en degré plus éloigné, qui appartenait à la famille descendant de celui qui y avait mis le propre. Un homme par exemple mourait, laissant dans sa succession un propre venant de sa mère et pour ses héritiers naturels, un cousin germain paternel et un cousin issu de germain maternel. C'eût été le cousin issu de germain maternel, petit-neveu de la mère, auteur du propre qui en aurait hérité, à l'exclusion du cousin germain paternel du défunt plus rapproché d'un degré.

Telle était la conséquence de l'article 326, affectant généralement les propres à la famille dont ils descendaient et ainsi conçu : " Et quant aux propres héritages, leur succèdent les " parents qui sont les plus proches du côté et ligne dont sont " advenus et échus au défunt les dits héritages, encore qu'ils " ne soient plus proches parents du défunt."

Il y avait donc dans l'ancien droit des héritiers de deux sortes, les héritiers aux meubles acquets et conquets immeubles que nous appellerons simplement héritiers aux meubles, et que l'on pourrait mieux appeler les héritiers des biens disponibles. Pour ce qui est des meubles acquets et conquets immeubles, de même que la cinquième partie des propres, le testateur pouvait, sauf les retranchements de la légitime dans les cas où elle avait lieu, les léguer en dehors de sa famille, et à qui bon lui semblait. Il en était autrement des propres et de leurs héritiers. Le testateur ne pouvait jamais les faire sortir de sa famille et de la ligne dont ils étaient issus, tant qu'il restait un seul parent. Il ne le pouvait même pas par l'héréditation. Cette exhérédation pouvait frapper individuellement les successibles aux propres, mais des exhérédés, l'hérédité passait aux autres parents de la ligne, et parcourait ainsi toute la famille. Nulle institution en faveur des étrangers n'était valide.

Pour ce qui était de la succession directe suivant l'article 312 " propre héritage ne remonte " et *n'y succèdent les père et mère, ayeul ou ayeule*. " Le sens de cet article est que les père " et mère et autres ascendans ne succèdent point dans les hé- " ritages de leurs enfants décédés, qui, leur étaient propres " d'une autre ligne. Par exemple, le père ne succède pas à son

“ enfant décédé dans les propres maternels, ni la mère dans les propres paternels, parce que ce serait contre la règle *paterna paternis, materna maternis*, laquelle a été introduite par nos Coutumes pour conserver dans les familles les biens qui en viennent, et qui sont échus à ceux qui décèdent sans enfants,” dit Ferrière sur l'article 312 suscité.

Cette règle souffrait trois exceptions. La première était lors que les père et mère et autres ascendants étaient de l'estoc et ligne dont étaient échus les héritages ; auquel cas le survivant des père et mère qui était de la ligne y succédait à l'exclusion des frères et sœurs, et oncles et tantes de l'enfant décédé.

La deuxième était lors que les parents de la ligne manquaient ; auquel cas les père et mère succédaient comme plus proches parents du défunt.

La troisième était, lorsqu'un des futurs conjoints avait donné quelque héritage à l'autre par contrat de mariage ; qu'après le décès du donataire, l'héritage avait passé aux enfants et qu'ils décédaient tous avant le donateur ; en ce cas le donateur succédait en cet héritage au dernier mourant des enfants, quoiqu'il eut été propre aux enfants du côté du donataire par la succession duquel il leur était échu.

Après cette disposition de l'article 312, sujet aux exceptions ci-haut, l'article 313 ajoute : “ Toutefois succèdent  s choses par eux données à leurs enfants décédant sans enfants et descendants d'eux.”

Cet article introduisant le droit de retour aux père et mère des choses données à leurs enfants mourant sans postérité, constituait une exception notable à la règle que les propres ne remontaient pas, exception dont on ne pourrait pas méconnaître la justesse.

T. J. J. LORANGER.

(A continuer.)

COMMENTAIRE
SUR LE
CODE CIVIL
DU BAS-CANADA

LIVRE PREMIER—TITRE CINQUIÈME
DU MARIAGE

Par T. J. J. LORANGER

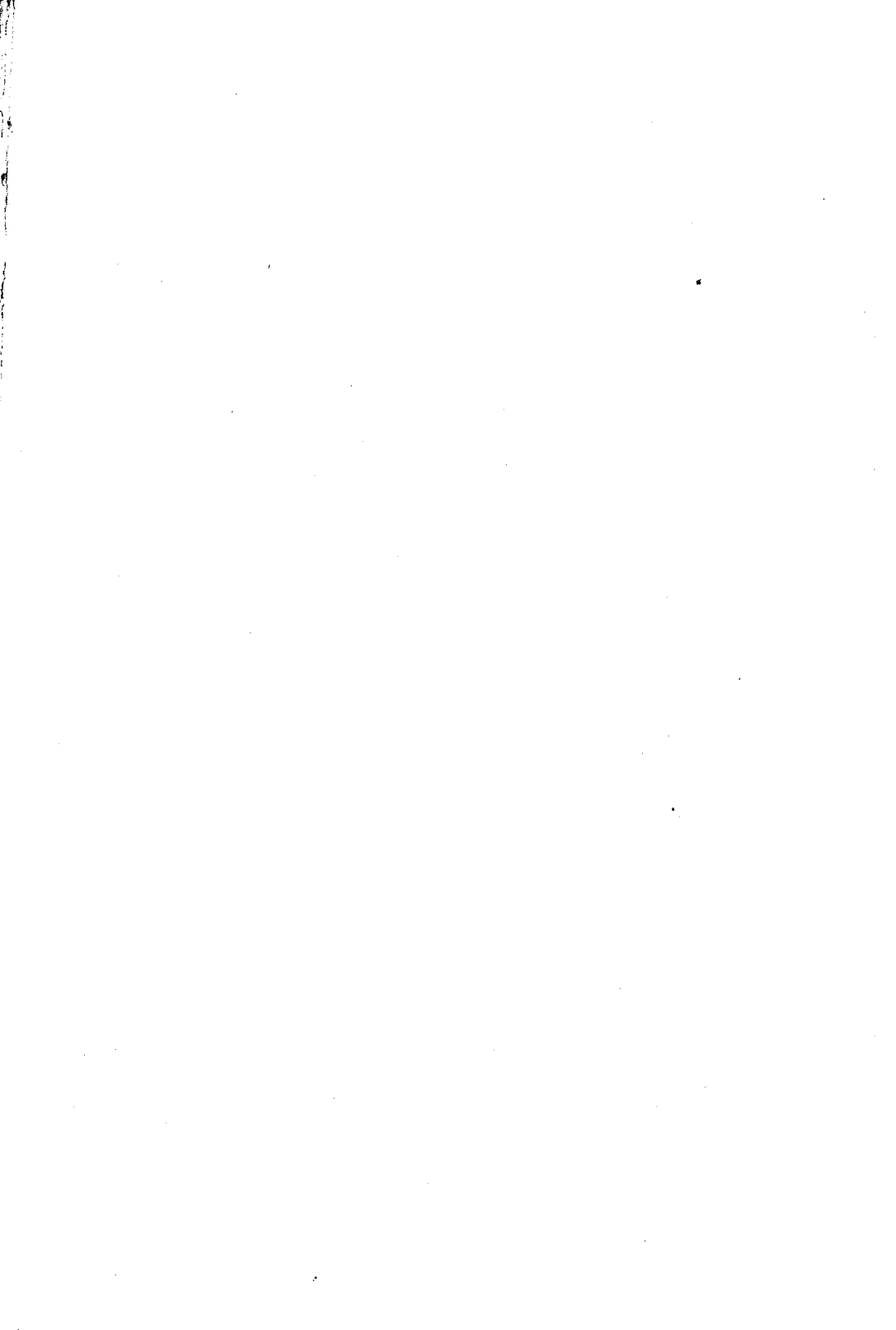
JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE, COMMANDEUR DE L'ORDRE DE PIE IX
ET ANCIEN MINISTRE.

*Jus est ars æqui et boni. Cujus
merito quis nos sacerdotes appellat ;
justitiam namque colimus ; et boni
et æqui notitiam profferimus ; æquum
ab iniquo separantes ; licitum ab illi-
cito discernentes.*

D. L. i. T. De Justitia et Jure.

TOME SECOND.

Montréal :
FUSEBE SENÉCAL, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,
6, 8 ET 10, RUE ST. VINCENT.
1879.



AVANT-PROPOS.

Je publiai en 1873, le premier volume de ce Commentaire. Des circonstances sur lesquelles je n'ai eu aucun contrôle, empêchèrent la publication des autres volumes, dont la matière était cependant en partie préparée. Je reprends aujourd'hui cette publication par le commentaire sur le Titre du Mariage, dont ceux-là seuls qui en ont fait le sujet de leurs études, je puis dire de leurs veilles, peuvent comprendre l'étendue et apercevoir les difficultés. Dire que c'est à la fois aux sources du droit canonique, de la théologie et du droit civil qu'il faut puiser les principes de ce sujet, sans contredire le plus grave du Code, c'est dire la somme de travail et la multiplicité des recherches qu'il a coûtées à l'auteur.

Ce labeur ne m'a pas rebuté ; mais si je disais que les difficultés ne m'ont pas effrayé, ma confiance semblerait être celle d'un aveugle, qui marche avec sécurité à côté d'un abîme, parce qu'il n'en voit pas la profondeur. Cependant comme l'hésitation eut été une défaillance, je n'ai pas hésité devant les obstacles de tous genres dont était hérissée la route que j'avais à parcourir !

Au seuil du Commentaire sur ce titre, une question préjudicielle se présente et se dresse devant le Commentateur de toute la hauteur des principes qu'elle agite et des sommets qu'elle gravit, dans le domaine du droit civil et du droit canonique. Cette question est celle de la compétence du pouvoir législatif sur le lien conjugal, en d'autres termes et pour parler plus techniquement, sur les empêchements de mariage et sur les causes matrimoniales.

Quelle est la puissance qui en cette matière a le droit de commander ? Est-ce la puissance ecclésiastique ? Est-ce la puissance civile ? Ou bien ces deux puissances se partagent-

elles la juridiction en deux parts, dont l'une, celle des rapports spirituels appartient à l'Eglise et l'autre, la part des effets civils du mariage, reste à l'Etat? Cette question neuve dans le Bas-Canada qu'elle intéresse particulièrement au double point de vue religieux et social, n'y a pas encore été discutée et j'ai dû la résoudre!

Au commencement du seizième siècle, la compétence exclusive de l'Eglise était incontestée, et faisait pour le monde catholique, une maxime de droit commun. Luther le premier nia cette suprématie. Le Concile de Trente condamna l'hérésiarque, mais les nations protestantes refusèrent de se soumettre à ses décrets.

Bientôt Henri VIII arborant l'étendard de la révolte contre l'Eglise Romaine, se proclama le chef spirituel de ses Etats, et s'arrogea le pouvoir législatif sur le mariage, comme sur le reste des matières religieuses. Les protestants d'Allemagne avaient devancé le monarque anglais dans son usurpation.

La France qui n'avait pas caché son mauvais vouloir à l'égard du Concile, et qui n'avait assisté qu'avec jalousie à ses délibérations, tout en admettant sa compétence en matière de dogme, ne prêta jamais qu'une demi obéissance à ses décrets disciplinaires. Ayant échoué dans ses tentatives pour faire invalider, par les Pères du Concile, le mariage des mineurs contracté sans le consentement des parents, elle chercha sans vouloir heurter de front ses décisions, à faire prévaloir, par une législation ambiguë, les idées que ses ambassadeurs avaient soutenues sans succès devant l'auguste assemblée.

Le Parlement de Paris, moins timide, compléta par ses arrêts, l'œuvre d'usurpation que l'Ordonnance de Blois et les Edits subséquents de Louis XIII n'avaient fait qu'ébaucher. De ces arrêts provoqués et préconisés par les légistes gallicans, sortit une jurisprudence nouvelle, affirmant la compétence de l'Etat sur les empêchements de mariage, et à cet égard, proclamant la supériorité de la puissance civile sur la puissance spirituelle. De cette jurisprudence naquit le mariage civil enfanté par la Révolution, le mariage sans Dieu du Code Napoléon!

Cependant malgré l'influence de ce Code, qui grâce aux victoires de l'Empire, devint la loi de presque la moitié de l'Europe annexée au territoire français, peu de nations subjuguées retinrent le principe du mariage civil, même parmi celles qui après avoir reconquis leur souveraineté et brisé le joug de la France, conservèrent en partie ses lois. Comme fait général, l'Europe catholique et protestante, reconnaît aujourd'hui le mariage comme un acte religieux, (1) et à une seule exception près, les Etats-Unis qui le regardent comme un simple contrat civil, il en est ainsi de l'Amérique. L'Amérique du Sud surtout, dans le chaos des révolutions où elle se convulsionne, est encore éclairée par ce rayonnement de l'idée chrétienne !

Pour presque tous les chrétiens donc, le mariage est considéré comme étant d'institution divine ; mais tous n'y font pas une égale part à la puissance ecclésiastique. Les protestants, tout en admettant le droit canon comme la source de leur droit matrimonial, accordent en général à l'Etat, le pouvoir de législation sur le mariage, sous le double aspect du contrat religieux et civil ; et quelques nations catholiques, tout en repoussant le mariage civil et en considérant tout mariage entre chrétiens comme un sacrement, partagent l'opinion des protestants à l'égard de la compétence de l'Etat.

D'autres pays, et ce sont surtout les pays de croyances mixtes, subordonnent la validité du mariage aux lois de l'Eglise des époux. Ainsi pour eux le mariage des catholiques relève de l'Eglise de Rome, dans ses rapports spirituels et sacramentels, et de l'Etat pour ses effets civils, et celui des autres croyances suivant leur discipline ecclésiastique, dépend en tout ou en partie de l'Etat.

Enfin le reste des nations catholiques, traitant le mariage comme un sacrement, ainsi que le font tous les catholiques,

(1) Les trois seuls pays souverains de l'Europe, où le mariage civil est reconnu, sont la France, la Belgique et la Hollande, et un seul canton de la Suisse, le Neuchâtel. Naturellement, il ne peut être question de la Turquie, où la polygamie est en vigueur. Dans le reste du Continent, l'Angleterre y comprise, il y est considéré universellement comme acte religieux, et dans les pays catholiques comme sacrement.

quelque soit leur opinion sur la compétence de l'Etat, le soumettent exclusivement à l'autorité de l'Eglise Romaine sous les rapports spirituels, et limitent la compétence de l'Etat aux effets civils. Quelques corps de lois contiennent des dispositions spéciales sur le sujet, d'autres restent muettes. En ce dernier cas, c'est dans la doctrine de ses auteurs, dans ses traditions juridiques et dans sa jurisprudence, que l'on cherche la règle applicable à chaque nation particulière.

Le Bas-Canada est dans cette dernière catégorie. Son Code Civil est muet sur le sujet. C'est donc à ses croyances religieuses et à l'esprit général de ses lois, que l'auteur doit s'adresser pour reconnaître le principe de souveraineté législative sur l'acte le plus important de la vie de l'homme, et qui est si intimement lié à la prospérité des nations.

Sous la domination française, le principe dominant en matière de mariage, comme en toute autre matière mixte, fut la souveraineté de la puissance civile et sa suprématie sur la puissance ecclésiastique. Le fait est incontestable. C'était la jurisprudence civile et canonique de la France qui se déteignait sur la Colonie, où régnaient comme dans la mère-patrie, les libertés gallicanes. Ces libertés, avons-nous dit au premier volume de cet ouvrage (1) " sont de toute inapplicabilité en Canada, puisqu'elles ne devaient leur existence en France, qu'aux rapports de l'Eglise avec l'Etat ; que ces rapports qui existaient sous l'ancien régime de la Colonie, ont été rompus par le changement de souveraineté, et qu'un siècle d'indépendance de l'Eglise du Canada, en a fait disparaître jusqu'aux derniers vestiges."

L'esprit général des lois du pays sous l'ancien régime, ses traditions et sa jurisprudence ne pouvaient donc servir notre recherche. Sous le régime nouveau, les jurisconsultes imbus des traditions du passé et de la doctrine des auteurs gallicans, ont longtemps penché du côté du pouvoir civil, bien que nous n'ayions point de jurisprudence arrêtée sur la question. Quelques jugements isolés ne créent pas une jurisprudence.

Depuis quelques années, la vraie doctrine a cherché à

(1) Page 310, No. 199.

se faire jour, et une lutte vigoureuse s'est engagée à ce sujet. Mais ce n'est pas dans les débats d'une polémique soutenue dans la presse, ni dans les emportements d'une dissertation passionnée, que le jurisconsulte doit chercher ses inspirations, et trouver la solution d'une question de droit. C'est au point de vue abstrait, aride et nu de la légalité, que je me suis posé la question. Cette question qui s'imposait inexorablement à mon début, qui faisait obstacle à ma marche, et qu'il m'a fallu franchir pour pénétrer dans mon sujet, je l'ai patiemment et consciencieusement étudiée.

La conclusion de cette étude où je n'ai apporté ni préjugés, ni préférences, dont l'influence aurait pu faire suspecter l'impartialité de mon œuvre, mais où un mobile unique a animé mes recherches et soutenu mon courage, l'amour de la vérité; a été, qu'en cette matière une seule doctrine est admissible, au point de vue des principes juridiquement appliqués du Droit Canon et du droit civil, (dont l'autorité est si étroitement unie en cette matière, comme dans plusieurs autres parties de nos lois,) c'est que ces deux droits reconnaissant à la fois le mariage comme acte religieux et sacramentel et comme contrat civil, l'Eglise seule a juridiction sur le lien conjugal et sur les empêchements qui s'opposent à sa validité, et que l'Etat seul a compétence sur ses effets civils. Cette double vérité reconnue, je l'ai proclamée hautement. Le jurisconsulte est avant tout l'ami de la vérité, comme il doit être l'apôtre de sa propagation, car l'enseignement du droit est un sacerdoce ! C'est ce que dit Ulpien, dans le texte qui sert d'épigraphe à ce livre, où après avoir enseigné que le droit est l'art du juste et du vrai, *jus est ars æqui et boni*, il ajoute : *cujus merito quis nos sacerdotes appellet*.

Cette double vérité que j'avais cherchée en tremblant, et qu'après l'avoir trouvée, j'ai proclamée sans crainte, j'ai aussi tâché de la prouver vigoureusement.

Après avoir, au moyen de la méthode juridique et des inductions légales du raisonnement, reconnu que la doctrine catholique de la suprématie alternative de l'Eglise et de l'Etat, dans leur sphère d'action respective sur le mariage, régénéré par le christianisme, est la loi de mon pays, je me suis souvenu que

cette doctrine protège nos libertés religieuses aussi bien que nos libertés civiles; et c'est avec l'indépendance hardie du Légiste, le patriotisme du Canadien, et la plume convaincue d'un Chrétien que je l'ai défendue !

Pour les besoins de cette défense, c'est dans le droit civil sans doute, mais surtout dans les traditions de l'Eglise, son histoire, le Droit Canon et l'enseignement théologique que j'ai cherché mes preuves et puisé mes démonstrations. C'est dans ce noble arsenal que j'ai choisi mes armes, et dans ces sources vives que je les ai retrempées ! J'ai consulté l'Ecole à côté du Portique. En matière religieuse, j'ai pris l'avis des Docteurs de la Rome chrétienne, comme en matière civile, le sentiment des Prudents de la Rome payenne. J'ai cité St. Thomas à côté de Modestin, Bellarmin avec Cujas, et j'ai mis sur la même ligne Domat et St. Liguori. Ai-je eu tort de leur accorder, dans leur domaine respectif, une égale autorité ?

Ayant pleinement reconnu aux rois une autorité absolue sur les rapports civils du mariage, pouvais-je la refuser aux papes sur ses rapports religieux ? Ayant admis la puissance du Sceptre, pouvais-je nier la suprématie de la Tiare ! Après avoir rendu à César ce qui est à César, me blâmera-t-on d'avoir rendu à Dieu ce qui est à Dieu ?

T. J. J. LORANGER.

COMMENTAIRE
SUR LE
CODE CIVIL DU BAS-CANADA

LIVRE PREMIER
TITRE CINQUIÈME.

DU MARIAGE.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

SOMMAIRE.

1. Liaison du présent titre avec les précédents.
2. Définition du Mariage par les Jurisconsultes Romains, les Canonistes et les Théologiens.
3. Indissolubilité du mariage.
4. Du mariage chrétien.
5. Le mariage peut être considéré comme contrat naturel et comme contrat civil. Explication.
6. Distinction entre l'autorité de la puissance religieuse et de la puissance civile sur le mariage.
7. Le mariage est considéré de quatre manières différentes par les différentes nations.
8. Suite.
9. Sentiment des Canonistes et des Théologiens. Citations.
10. Décisions des papes Pie VII et Pie IX sur la nature et les caractères du mariage.
11. Le mariage comme sacrement est soumis à l'autorité de l'église.
12. Causes matrimoniales.
13. Le mariage quoique sacrement ne cesse pas d'être un contrat naturel et civil.

- 14 Suite. Citation de la somme de St. Thomas. Interprétation de cette citation.
15. Avant la Réforme l'autorité de l'Eglise sur le mariage était universellement reconnue. Concile de Trente.
16. Déclarations des Papes sur le sujet du mariage.
17. Aucun texte de l'ancienne jurisprudence française n'a établi d'empêchements dirimants de mariage.
18. Opinion et citation de Pothier qui proclame l'autorité de la puissance civile sur le lien du mariage.
19. Suite de la citation.
20. Suite.
21. Suite.
22. Suite.
23. Réfutation de cette opinion.
24. Suite de la réfutation.
25. Suite.
26. Suite.
27. Suite.
28. Suite.
29. Pothier fait lui-même la critique de son opinion. Conséquences de l'opinion de Pothier pour le Bas-Canada.
30. Hypothèses au soutien de la réfutation. Anomalies résultant du principe de l'autorité civile sur le lien du mariage.
31. Suite.
32. Autorité de la puissance civile sous l'ancien régime français.
33. Lors de la Codification, l'autorité de la puissance Ecclésiastique sur le mariage était reconnue par la jurisprudence du Bas-Canada. Il en était ainsi en Europe avant la Réforme.
34. La Réforme fut d'abord mal accueillie en Angleterre. Henri VIII. Son traité des sept Sacrements. Son divorce avec Catherine d'Aragon.
35. Autorité du Droit Canon en Angleterre. Citations.
36. Le droit matrimonial de l'Angleterre à l'époque de l'établissement du protestantisme était le droit canon, et sous les modifications que lui ont imprimées le "Marriage Act" il l'est encore.
37. Validité d'un mariage entre protestants célébré par un prêtre catholique, reconnue dans un procès de bigamie.
38. Quels empêchements de mariage reconnus par le droit canon, modifiés par la législation matrimoniale de Henri VIII, étaient en vigueur en Angleterre, à l'époque de la Cession du Canada à ce pays.
39. Condition du droit matrimonial en Canada après la Cession.
40. Célébration du mariage des Catholiques et des Anglicans sous le nouveau régime.

41. Mariage des Dissidents, des Juifs et des Quakers, comment célébré.
42. Lors de la Codification, la validité du mariage de toutes les croyances religieuses, suivant les formes établies par chaque croyance, était reconnue par la loi du Bas-Canada. Le mariage civil n'y était cependant pas considéré comme valide. Ces distinctions sont fondamentales dans l'organisation du Code sur le présent titre. Référence aux Rapports des Commissaires.
43. Pour conserver l'intégrité des lois matrimoniales, deux plans d'organisation s'offraient aux Commissaires. Quels étaient ces deux plans. Le second a été adopté.
44. Développement de ce plan.
45. Suite.
46. Suite.
47. Non-seulement le Code a voulu que le mariage fut célébré religieusement, mais encore il a voulu qu'il le fut par le prêtre ou ministre de la dénomination religieuse des époux.
48. Démonstration de cette proposition.
49. Suite de cette démonstration.
50. Dans son organisation du mariage, le Code a respecté toutes les croyances religieuses, mais pour les catholiques, dans les cas de conflit entre le Code et le droit ecclésiastique, la disposition du Code contraire à ce droit n'a de vigueur que pour les effets civils.
51. Différence entre la législation du Code et l'ancienne législation française, sous ce rapport.
52. Le Code Napoléon, a comme les lois de la Révolution, ostracisé l'élément religieux des lois du mariage.
53. La doctrine du Code sur les effets civils et religieux du mariage.
54. Division avec développement du présent titre.

COMMENTAIRE.

1. Après avoir traité des droits des personnes, à raison de leur état civil, des actes qui constatent cet état, du domicile où s'exercent ces droits et de l'absence qui apporte une modification aux rapports créés par le domicile, le Code traite ici du Mariage. La plupart des droits civils résultent des relations de famille dont le mariage est la source. C'est donc par le mariage, que toutes les nations chrétiennes traitent comme un acte religieux, et qui est d'institution divine, que s'établit principalement l'état des personnes, et ce rapprochement justifie la place que le présent Titre occupe dans le Livre Premier,

consacré à l'exposition des principes sur lesquels est organisée la famille, et au développement des rapports juridiques qu'elle produit.

2. Le Mariage est appelé au Digeste : " l'union indissoluble pour la vie entière, de l'homme et de la femme, dans la participation du droit divin et du droit humain." "*Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminae (et) consortium omnis vitæ : divini et humani juris communicatio.*" [D. L. 23 T. 2, L. 1].

Les Institutes le définissent : " L'union de l'homme et de la femme, emportant communauté indivisible d'existence." "*Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens.*" (Inst. L. 1, T. 9. *Nuptiæ autem.*)

Cette double définition du droit civil est empruntée au jurisconsulte Modestin et la dernière a été adoptée par le décret de Gratien, avec la substitution du mot "*conjugium*" au mot "*nuptiæ*." (Cause XXIX, quaest. 1.)

Les théologiens disent du mariage, " qu'il est une union maritale indissoluble, créée entre des personnes capables de la contracter, emportant communauté indivisible d'existence." "*Matrimonium est quædam indissolubilis maritalis conjunctio, inter legitimas personas, individuum vitæ consuetudinem retinens.*" (St. Thom. Sum. Quæst. 44, art. 3.)

3. La définition que fait du mariage le Catéchisme du Concile de Trente, ne paraîtra pas beaucoup différente de celle de Modestin et de St. Thomas. " Le mariage, dit ce catéchisme, est l'union conjugale de l'homme et de la femme, qui se contracte entre des personnes qui en sont capables suivant les lois et qui les oblige de vivre inséparablement, c'est-à-dire dans une parfaite union l'une avec l'autre : " *Matrimonium est viri, mulierisque maritalis conjunctio, inter legitimas personas, individuum vitæ consuetudinem retinens.*

Schmalzgrueber, *Jus. Can. Univers. Pars. 1, Tit. 1, sect. 2, De Matrim. No. 223, tom. 4, pag. 100*, dit : " Le mariage peut être considéré en deux sens, 1o. comme contrat actuel, entre deux personnes, qui par les lois en sont capables, lesquelles par un consentement exprimé par des paroles, s'obligent mutuelle-

ment à une union de toute leur vie, et aux actes propres à la génération ; 2o. plus ordinairement comme un lien permanent et pour ainsi dire perpétuel, entre l'homme et la femme, dans le sens de la glose *inst. de patr. potest. lit. O.* De là, quand le mariage est pris dans la première acception, le sens de la définition est que le mariage est un contrat par lequel un homme et une femme non frappés d'empêchements créés par la loi, s'obligent à vivre dans une union indissoluble pendant toute leur vie, et se font tradition réciproque de leurs corps, dans le but d'accomplir les actes propres à la propagation de la race humaine. Pris dans le second sens, il signifie l'union perpétuelle et indissoluble, ou le lien de l'homme et de la femme, né de leur consentement mutuel, exprimé par des paroles ou autres signes équivalents." *Matrimonium duobus modis accipi potest* : 1o. *pro actuali contractu, in quo legitimæ personæ consensu verbis expresso, se invicem obligant ad vitæ societatem et generationis usum* : 2o. *et frequentius, pro permanente ac quasi perpetuo jugo viri et fœminæ, quo sensu ait gloss. inst. de patr. potest. lit. O* ; *idem esse matrimonium quod conjugium* ; unde, *quando matrimonium in primâ acceptione sumitur, sensus definitionis erit quod matrimonium sit contractus, quo mas et fœmina nullo jure impediti, se ad individuum vitæ societatem, et mutuam corporum traditionem, in ordine ad actus ex se aptos ad generationem prolis obligant. Quando vero in secundâ acceptione, hunc sensum parit, quod matrimonium sit perpetua et indissolubilis conjunctio, seu vinculum viri et fœminæ, ortum ex consensu eorum, verbis, vel aliis signis expresso.*

Syllabus, proposition 67 ; *Jure naturæ matrimonii vinculum non est indissolubile.* Donc la contradiction de cette opinion qui est condamnée comme une erreur, est vraie!

Les jurisconsultes concordent avec les théologiens et les canonistes sur l'indissolubilité et le caractère religieux du mariage. Le Répertoire de Merlin (vo. mariage, tome 8, page 27,) s'exprime ainsi : " Nous avons dit, en général, parce que parmi les nations qui ont reçu les lumières du christianisme, le mariage est encore du droit divin et ecclésiastique."

4. Lorsque nous parlons de mariage, nous entendons pour

l'ordinaire, le *mariage chrétien* ; alors il est assujéti aux constitutions de l'Eglise comme aux lois de l'Etat. Ainsi les chrétiens ne reconnaissent point de mariage entre eux, s'il n'a été célébré en face de l'Eglise, et par le ministère du prêtre."

Dans l'état de pure nature, le mariage se définit : *contractus, quo personæ corporum suorum mutuo dominium tradunt et accipiunt.*

Dans la religion catholique, on le définit : *Maris et fœminæ conjunctio individuan vitæ consuetudinem continens*, ou plus proprement, *novæ legis sacramentum quo vir et mulier baptizati corporum suorum dominium mutuo tradunt et accipiunt* ; ce qu'on explique, *secundum præceptum legum divinarum et humanarum*. et par rapport, *ad usum conjugalem.*

A la page 30, l'auteur ajoute : " Au surplus, il faut regarder l'indissolubilité du mariage comme une maxime inviolable et fondée sur le dogme. Un mari qui aurait quitté sa femme adultère et en aurait épousé une autre, ne serait pas seulement tenu de la reprendre ; il serait encore poursuivi et puni comme bigame."

Domat, (Traité des Lois, Chap. 3, Vol. 1, pages 8 et 9, Edition Rémy,) s'exprime ainsi : " L'engagement que fait le mariage entre le mari et la femme, et celui que fait la naissance entre eux et leurs enfants, forment une société particulière dans chaque famille, où Dieu lie les personnes plus étroitement, pour les engager à un usage continuel des divers droits de l'amour mutuel. C'est dans ce dessein qu'il n'a pas créé tous les hommes comme le premier, mais qu'il a voulu les faire naître de l'union qu'il a formée entre les deux sexes, dans le mariage, et les mettre au monde dans un état de mille besoins, où le secours de ces deux sexes leur est nécessaire pen-un long temps. *Et c'est dans la manière dont Dieu a formé ces deux liaisons du mariage et de la naissance, qu'il faut découvrir le fondement des lois qui les regardent.*"

Plus loin : " C'est ainsi qu'il les (Adam et Eve) lia par cette union si étroite et si sainte, dont il est dit que c'est Dieu lui-même qui les a conjoints et qu'il les a mis deux en une chair.

Il rendit l'homme le chef de ce tout, et il affermit leur union, défendant aux hommes de séparer ce qu'il avait conjoint."

Puis après des développements qui sont ici omis, il ajoute :
 " *Le mariage est un lien formé de la main de Dieu !*"

Dans ces différentes citations, on trouve bien caractérisée l'indissolubilité du mariage, qui est une de ses propriétés de droit naturel.

5. Le mariage qui peut être considéré comme contrat naturel, comme contrat civil et comme sacrement, est d'institution divine. Depuis cette institution jusqu'aux lois de Moïse, le mariage fut régi par le droit divin naturel, bien qu'il ne soit pas très certain qu'il n'y eût pas alors quelque droit divin positif. Depuis la loi de Moïse, c'est-à-dire depuis les distinctions faites par le Lévitique, relativement aux personnes entre lesquelles il peut ou ne peut pas se contracter légitimement, il est devenu soumis au droit divin positif, et depuis que Jésus-Christ l'a élevé à la dignité de sacrement de la loi nouvelle, il a été régi par les lois de l'Eglise.

Bien qu'ils l'accompagnassent de cérémonies, dans certains cas religieuses et le missent sous la protection de leurs Dieux, devenus communs au mari et à la femme, *divini juris communicatio*, les Romains traitaient le mariage comme les autres contrats du droit civil, dans lequel, suivant leurs mœurs, était confondu le droit pontifical. Jusqu'à la Réforme du seizième siècle, les nations chrétiennes lui reconnaissant le caractère de sacrement, ont attribué à l'Eglise et à l'Eglise seule, le pouvoir de législation sur le lien du mariage, limitant la compétence de la législation civile au mariage considéré comme contrat civil, en d'autres mots, à ses effets civils. Cette distinction entre l'autorité des deux puissances, n'a pas cessé de faire partie de la doctrine catholique.

6. Les protestants au contraire, refusant au mariage le caractère de sacrement et le considérant comme contrat civil, tout en lui accordant un caractère religieux, (et c'est ainsi que le Code Civil le considère pour tous les chrétiens,) admettent sans restriction la compétence du pouvoir civil, tant sur le lien conjugal que sur ses effets civils. La loi d'Angleterre ne

reconnait cependant de mariage valide, que celui qui est célébré en face d'Eglise, et par un clerc ou ministre régulièrement ordonné.

D'autres pays et parmi ceux-là, on compte des nations catholiques, la France par exemple, ne reconnaissant devant la loi, que le mariage civil, (1) refusent au mariage religieux la vertu de former le lien conjugal, attribuée au seul mariage contracté devant le fonctionnaire civil. Quelques autres pays, comme les Etats-Unis et l'Ecosse, font dépendre la validité du mariage, du seul consentement donné sans aucune forme ou solennité extérieure, et reconnaissent indifféremment aux ministres de toutes les croyances, et aux magistrats civils, le pouvoir de le célébrer.

7. Le mariage est donc considéré par les différents peuples, suivant leurs croyances religieuses et leurs mœurs, de quatre

(1) L'article 165 du Code Civil dispose ainsi :

“ Le mariage sera contracté publiquement devant l'officier de l'état civil de l'une des parties.”

Les formalités sont réglées par l'article 75 au titre des Actes de l'état civil. Cet article, après l'énumération des lectures et interpellations qui doivent être faites aux futurs époux, en présence de quatre témoins, par l'officier de l'état-civil, ajoute ces mots : “ Il recevra de chaque partie la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, il prononcera au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage et il en dressera acte sur-le-champ.”

Le mot de mariage religieux n'est pas prononcé dans le Code Civil. Il l'est au Code pénal, dont il est nécessaire de lire deux articles, pour avoir une idée exacte des lois qui régissent le mariage en France.

L'article 199 du Code pénal est placé au titre premier du livre III sous cette rubrique : *Des contraventions propres à compromettre l'état civil des personnes*. Il est ainsi conçu : “ Tout ministre d'un culte qui présidera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par un des officiers de l'état civil, sera pour la première fois puni d'une amende de seize à cent francs.”

L'article 200 ajoute “ En cas de nouvelles contraventions exprimées à l'article précédent, le ministre du culte qui les aura commises, sera puni savoir : pour la première récidive d'un emprisonnement de deux à cinq ans, et pour la seconde de la détention.”

manières différentes. 1o. Comme mariage-sacrement, sur lequel l'Eglise catholique a juridiction exclusive sous le rapport du lien conjugal, des fiançailles et de la cohabitation. (Benoit XIV syn. l. 9, c. 9, 3, 4. Schmal. passim. Scavini de sacr. matr. n. 506. Proposition 74 condamnée dans le Syllabus : " Causæ matrimoniales et sponsalia suapte naturâ ad forum civile pertinent," alloc. consist. 27 septembre 1852. Perrone de matr. christ, t. 2, cap. 5, art. I et II,) et l'Etat sous le rapport des effets civils. 2o. Comme mariage religieux, non reconnu comme sacrement, mais qui doit être célébré en face d'Eglise, et sur lequel l'Etat a juridiction sous les deux rapports. 3o. Comme mariage civil, qui n'a de valeur comme lien et comme contrat civil, qu'en autant qu'il est célébré devant un officier civil et dépendant exclusivement du pouvoir civil. 4o. Enfin comme mariage libre ou formé par le seul consentement, et qui est du seul ressort de la puissance civile, bien qu'occasionnellement les causes qui s'y rattachent puissent être soumises à des tribunaux dits ecclésiastiques.

Le Code Civil a-t-il reconnu ces quatre espèces de mariage, avec les caractères propres à chacun d'eux ?

Voyons d'abord ce que sont ces différents mariages, en commençant par le premier, que nous appellerons le mariage catholique.

Suivant les théologiens et les canonistes, le mariage peut être considéré sous le triple rapport de contrat naturel, de sacrement et de contrat civil. (1)

(1) Tournely Prælect. Theolog. de sacr. mat. pag. 1.

Considerari matrimonium potest sub triplici omnino ratione! Vel ut est contractus naturalis in officium naturæ, vel ut contractus civilis vel denique ut Sacramentum novæ legis : suum autem habet distinctum quidem sed idoneum et subordinatum, hinc triplici ratione, correspondentem finem. Ut officium naturæ ad propagationem et conservationem humani generis, ordinatur ; ut contractus civilis Republicæ paci et perennitati consulit amicitias, affinitates, fœdera inter cives amplificando ; ut sacramentum novæ legis, conjuges gratiâ exornat, Ecclesiam dilat piâ et fidei proliâ educatione, concupiscentiæ frænâ injicit at procurat remedium.

8. Comme contrat purement naturel, (1) qui toutefois n'est possible que chez les infidèles vivant en dehors de l'état social, le mariage produit des effets naturels et il est sujet au droit naturel. Comme sacrement, il est inséparable du contrat naturel qu'il rend chose sacrée et spirituelle, et il est soumis aux lois de l'Eglise, et comme contrat civil, pour régler les intérêts temporels des époux, il produit des effets civils, et est sujet au droit civil. Le mariage est essentiellement un contrat naturel, d'institution divine, qui sous la loi évangélique a été élevé par J. C., à la dignité de sacrement, et sans lequel le sacrement ne saurait exister. Il n'en est pas ainsi du mariage considéré comme contrat civil. Ce n'est qu'accidentellement et par les effets que lui ont attribués les sociétés civiles, que l'on peut dire que le mariage est un contrat civil. Les effets civils du mariage varient suivant les lois des diverses nations, pendant que les effets du contrat naturel sont invariables et immuables. Les effets civils du mariage pourraient même être entièrement supprimés, sans que l'intégrité du mariage en reçut d'atteinte. Il n'en est pas ainsi du contrat naturel, entre les fidèles ; puisque comme matière du sacrement, il est de son essence, et que sans sacrement il n'y a pas de mariage.

(1) Ici l'occasion se présente d'expliquer, ce que dans ce Commentaire, l'on entend par le *contrat naturel* et le *contrat civil* appliqués au mariage, et comme étant l'un d'eux, matière du sacrement.

Les hommes vivant en société sont soumis aux lois qui la régit et à la puissance qui la gouverne. Nul de leurs actes produisant des effets légaux ne peut échapper au contrôle de cette puissance. Pas plus le mariage que les autres contrats. Voilà pour les rapports temporels du sujet avec l'Etat.

Dans l'ordre spirituel, il existe une dépendance analogue de l'homme envers Dieu son suprême souverain, représenté ici-bas, par son Eglise. Toutes les actions de l'homme, comprenant aussi bien les actes qui engendrent des obligations envers les autres, que ceux qui ne l'obligent qu'envers Dieu et sa conscience, deviennent sous le rapport spirituel, soumis à la puissance de l'Eglise, comme ses engagements temporels le sont à celle de l'Etat.

De là, la compétence distincte de l'Eglise et de l'Etat sur l'homme, relevant de l'une et de l'autre puissance, devenu leur sujet et dans l'un et l'autre ordre, soumis à leur double juridiction. Entre la juridiction spirituelle et la juridiction temporelle, dont l'action est tantôt simultanée et

Il s'ensuit que le contrat civil qui règle le temporel du mariage, n'est ni de l'essence, ni de la substance du mariage, mais qu'il n'en est qu'une suite accidentelle ou un accessoire, qui s'ajoute au mariage préexistant et accompli.

Le contrat naturel qui est produit par le seul consentement donné au mariage,—*Nuptias enim non concubitus sed consensus facit*,—[D. L. 35. T. 1 L. 15.] on pourrait dire aussi bien le consentement au mariage, est la matière du sacrement ; mais il n'y entre pas comme élément distinct et séparable, de façon à ce que le contrat puisse être distingué du sacrement, comme deux êtres sont distingués physiquement et réellement l'un de l'autre ; il est élevé à la dignité de sacrement et ainsi élevé et perfectionné par l'institution de Jésus-Christ, le contrat participant de l'essence du sacrement, ne peut plus être à son égard, que l'objet d'une *distinction imparfaite, métaphysique et de raison*, et non l'objet d'une distinction *réelle, formelle et véritable*.

9. Le sentiment de beaucoup le plus vrai parmi les Canonistes et les Théologiens, *longe verior sententia*, (dit Schmalzgrueber, tantôt distincte, mais toujours concordante pour aider l'homme, à atteindre sa fin spirituelle, *pro salute animæ*, et sa fin temporelle *pro bono reipublicæ*, il n'existe pas de conflit à redouter, si les limites des deux juridictions sont bien connues et si elles sont respectées.

La puissance civile et la puissance ecclésiastique ont leurs tribunaux, ayant juridiction sur les matières qui sont de leur domaine ; les tribunaux civils sur les matières civiles et les tribunaux ecclésiastiques sur les matières spirituelles. Pour ces derniers, il n'est ici question que de la juridiction du for extérieur qui appartient aux Evêques.

Le contrat de mariage est un contrat de droit naturel divin, à la différence des contrats naturels tombant dans l'ordre temporel, qui sont de droit naturel humain. On dit que le mariage et certains autres contrats sont de droit naturel, parcequ'ils existent indépendamment de toute participation de la loi positive. Quand les contrats de droit naturel ont été reconnus par le droit civil, ils deviennent des contrats civils, de même que ceux que la loi civile a elle-même créés comme contrats civils ; sans pourtant en cela méconnaître leur origine qui est le droit naturel, et sans non plus cesser d'être reconnus comme des contrats naturels.

Ainsi la redevance alimentaire provient d'une obligation de droit naturel, mais depuis que la loi civile l'a reconnue et a créé une action pour la

Jus. Canon. Univers. Lib. IV. Tit. I. No. 302), a toujours été que parmi les chrétiens, le mariage comme contrat, est inséparable du mariage comme sacrement, et qu'il ne peut y avoir entre eux d'union valide, au point de vue du lien conjugal, qui ne soit en même temps une union essentiellement sacrée, un contrat strictement spirituel, un vrai sacrement, le sacrement de mariage.

“Secundum Christi institutionem, *omne* matrimonium quod apud fideles *legitimum* est in *ratione contractus, etiam sacramentum* est.”

Et encore :

“Esse sacramentum apud fideles, ex Christi institutione, est *omnino inseparabile* ab esse matrimonii.” Ibid.

Mais la chose est maintenant certaine : *l'allocution consistoriale* du 27 Sept. 1852, ci-haut citée, ne laisse plus de doute à cet égard ; Pie IX y dit expressément :

“Cum nemo ex catholicis ignoret, aut ignorare possit, matrimonium esse vere et proprie unum ex septem evangelicæ legis sacramentis, a Christo Domino institutum, ac propterea *inter fideles* matrimonium dari non posse quin *uno eodemque tempore sit sacramentum*, adque idcirco *quamlibet aliam* inter christianos viri et mulieris, *præter sacramentum*, conjunc-

faire respecter, elle est aussi devenue une obligation civile, sans abdiquer cependant son origine primitive. Ces obligations comme ces contrats sont tantôt appelés obligations et contrats *naturels* et tantôt obligations et contrats *civils*.

Nous avons dit du contrat de mariage qu'il est de droit naturel, parce qu'outre son institution divine, comme le dit Domat, à l'endroit ci-haut cité, il existe sans le secours d'aucune loi positive ; mais il participe aussi aux caractères du contrat civil, parcequ'il est reconnu par le droit civil, qu'il engendre des obligations civiles, et qu'il est impossible que dans un Etat régi par des lois civiles, un contrat de ce genre leur reste étranger. Ainsi quand on l'appelle un contrat civil, on fait par rapport à ce contrat ce qu'on fait par rapport aux autres contrats naturels devenus aussi des contrats civils. On dit et on peut le dire avec justesse, prenant pour qualificatif de ces termes, les remarques qui viennent d'être faites, tantôt que le mariage est un contrat naturel et tantôt qu'il est un contrat civil ; la différence n'existant que dans les termes, et l'acception des deux mots restant au fonds la même. Quelques théologiens, et en particulier Schmalzgrueber

tionem cujuscumque etiam legis civilis vi factam, nihil aliud esse nisi turpem atque exitialem concubinatum ab ecclesia tantopere damnatum, ac proinde à conjugali fœdere sacramentum separari numquam posse, et omnino spectare ad ecclesiæ potestatem, ea omnia decernere quæ ad idem matrimonium quovis modo possunt pertinere."

"Aucun catholique n'ignore ou ne peut ignorer, que le mariage est vraiment et proprement l'un des sept sacrements de la Loi Evangélique, instituée par Jésus-Christ, et que par suite entre les fidèles, il ne peut y avoir de *mariage qui ne soit en même temps sacrement*, et que pour cette raison *toute union de l'homme et de la femme parmi les chrétiens, qui se fait en dehors du sacrement*, même en vertu d'une loi civile quelconque, n'est autre chose qu'un honteux et funeste concubinage, si hautement condamné par l'église, que le *lien conjugal ne peut jamais être séparé du sacrement*, et qu'il n'appartient absolument qu'à l'autorité ecclésiastique de régler tout ce qui peut, en quelque manière, concerner le mariage."

10. "C'est un dogme de foi, dit le même pape, dans sa lettre adressée de Castelgandolfo, le 19 Septembre 1852, à Victor

se servent indifféremment de l'un ou de l'autre de ces termes, cependant, toujours dans le même sens restreint. Quelques auteurs appellent en outre, le contrat de mariage ainsi envisagé, *contrat du droit des gens*, parcequ'il est de droit naturel commun à tous les hommes et que toutes les nations (*gentes*) en ont sanctionné l'institution et l'usage.

Cependant, comme c'est le contrat naturel dans son essence même, existant *per se*, indépendamment de ses rapports avec les lois civiles, et des effets qu'elles lui font produire, qui a été élevé à la dignité de sacrement, avec lequel il se confond pour ne faire qu'un tout avec lui, il est improprie de l'appeler en ce sens contrat civil. On ne devrait l'appeler contrat civil, que quand on l'envisage sous le rapport des effets civils qu'il produit et des obligations civiles qu'il engendre. C'est dans le sens de ces effets civils qu'il est appelé contrat civil dans ce livre, qui distingue soigneusement le contrat civil du contrat naturel et le contrat naturel du contrat civil. Encore une fois le contrat naturel c'est le contrat devenu sacrement, sur lequel l'Eglise a seule juridiction et le contrat civil, c'est ce même contrat produisant des effets civils, et qui est sous le contrôle exclusif de l'Etat.

Emmanuel alors roi de Sardaigne (relativement au mariage civil,) que le *mariage* a été élevé par Jésus-Christ Notre-Seigneur à la dignité de sacrement, et c'est un point de la doctrine de l'Eglise catholique, que le sacrement n'est pas une qualité accidentelle surajoutée au contrat, mais qu'il est de l'essence même du *mariage*, de telle sorte que l'union conjugale entre des chrétiens n'est légitime que dans le *mariage sacrement*, hors duquel il n'y a qu'un pur concubinage."

"Une loi civile qui, supposant le sacrement divisible du contrat de *mariage* pour des catholiques, prétend en régler la validité, contredit la doctrine de l'Eglise, usurpe ses droits inaliénables, et, dans la pratique, met sur le même rang le concubinage et le sacrement de *mariage*, en les sanctionnant l'un et l'autre comme également légitimes."

"Les propositions suivantes adressées par Pie VII à l'Evêque de Varsovie," dit l'Abbé André, (Cours de Droit Canon, Vo. mariage, vol. 4, pages 419 et 420,) "sont avouées de tous les catholiques, qui en font la règle de leur conduite en cette matière."

1o. "Qu'il n'y a point de *mariage* s'il n'est contracté dans les formes que l'Eglise a établies pour le rendre valide ; "

2o. "Que le *mariage* une fois contracté selon les formes établies par l'Eglise, il n'y a pas de puissance sur la terre qui en puisse rompre le lien ; "

3o. "Que, dans le cas d'un *mariage* douteux, il appartient à l'Eglise seule d'en juger la validité ou l'invalidité, en sorte que tout autre jugement émané d'une autre puissance quelconque, est un jugement incompetent ; "

4o. "Qu'un *mariage* auquel ne s'oppose aucun empêchement canonique est bon, valide et par conséquent indissoluble, quel que soit l'empêchement que la puissance laïque y oppose induement, sans le consentement et l'approbation de l'Eglise universelle ou de son chef suprême, le Pontife romain ; "

5o. "Qu'au contraire on doit tenir pour nul de toute nullité, tout *mariage* contracté malgré un empêchement canonique dirimant, abrogé par le souverain, et que tout catholique doit en conscience regarder comme nul un tel *mariage*, jusqu'à ce

qu'il ait été validé par une dispense légitime accordée par l'Eglise, si toutefois l'empêchement qui le rend nul est susceptible de dispense."

11. Le contrat étant donc de l'essence du sacrement ou devenant un sacrement, il s'ensuit que tout contrat de mariage ou tout mariage [car ici, contrat de mariage est pris pour le mariage même, comme on dit contrat de vente, pour dire la vente même,] est un sacrement, qu'il n'y a pas pour les chrétiens de mariage qui ne soit sacrement, et que tout mariage qui n'est pas un sacrement, n'est pas un véritable mariage, "qu'il n'est même qu'un concubinage," ainsi que l'a déclaré Pie IX.

Le contrat de mariage ou le mariage étant un sacrement, quel est le pouvoir qui prescrira les conditions de sa validité, et prononcera son invalidité, si ce n'est l'Eglise à qui sont confiés l'usage et l'administration des sacrements ? C'est donc à l'Eglise qu'appartient le pouvoir de faire des lois, imposant au contrat naturel, les conditions qu'elle juge convenables pour l'élever à la dignité de sacrement, en d'autres termes, d'imposer des empêchements dirimants de mariage, suivant le terme reçu, pour désigner les vices du mariage résultant du défaut d'accomplissement des conditions exigées pour sa validité, et également de juger les questions qui se soulèvent sur la validité d'un mariage en contemplation ou d'un mariage déjà contracté, c'est-à-dire de prendre connaissance des causes matrimoniales.

Le Concile de Trente, sess. 24, C. 12, l'a ainsi défini : "*Siquis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit.*"

Et Pie VI, en sa qualité d'Interprète Suprême des Canons, a expliqué dans sa lettre du 17 sept. 1783, les paroles du Concile, de manière à ne laisser sur cette matière aucune obscurité dans les esprits.

"*Omnes hæ causæ (matrimoniales) a-t-il déclaré, spectant unice ad iudices ecclesiasticos.*"

Mais quelles sont ces causes ?

Benoit XIV, Syn. Dioc. 8, 9, Ch. 9, No. 3, les divise en trois classes :

12. 10. Celles qui ont pour objet le lien conjugal lui-même ;— et il est évident pour tout catholique que celles-là sont exclusivement du for ecclésiastique.

20. Celles qui ont rapport soit à la validité des fiançailles, soit au droit de divorce *quoad torum* et *habitationem* : et celles-là encore, à cause de leur connexité avec le sacrement de mariage, ne peuvent être dévolues qu'au seul juge ecclésiastique. (Cap. 10. *Ex litteris, de sponsalibus*, et Cap. " *Porro, de divortiiis.*) Car les fiançailles obligent à un mariage ultérieur ; et par le divorce, cessent des droits que chacun des époux avait en vue dans l'union conjugale.

30. Enfin les troisièmes, qui se rattachent, il est vrai, au mariage, mais qui ne regardent directement et immédiatement que des intérêts purement civils, comme sont les contestations qui s'élèvent sur la dot, les donations par contrats de mariage, les successions, les aliments et autres choses semblables : mais celles-là, du sentiment commun des Docteurs appartiennent aux juges séculiers.

Telle est la manière dont Benoit XIV distingue les trois sortes de causes matrimoniales, et toute l'Ecole a adopté cette distinction du savant Pontife, ayant pour objet : le *lien conjugal*, les *fiançailles*, et le *divorce quoad torum et habitationem*.

13. Les conditions que l'Eglise impose au contrat naturel, ne l'empêchent cependant pas d'être soumis à celles qui lui sont propres et qui sont de son essence, d'après le droit naturel, auxquelles l'Eglise peut ajouter, qu'elle peut même modifier sans pouvoir en détruire la substance, (et c'est là que s'arrête son pouvoir) ; car il est de règle générale, que le droit positif ne peut jamais violer le droit naturel. Ainsi donc, en dehors de la législation de l'Eglise sur le contrat naturel, il est régi par les lois qui lui sont propres et dérivent de sa fin.

Le contrat civil qui ne se forme qu'en présupposant le mariage déjà accompli, et dont l'existence dépend en conséquence de celle du contrat naturel, est aussi régi par des lois propres à atteindre sa fin, qui est le perfectionnement et le bonheur de la société civile, et la gouverne convenable des intérêts matériels que le mariage fait naître, telles que sont

les conventions matrimoniales et les successions, dont la dévolution se fait au profit de la parenté légitime créée par le mariage. Ces lois sont de la compétence du pouvoir civil, qui exerce sur les effets civils de mariage, une puissance incontestée.

Le pouvoir civil exerce donc sur les conditions du mariage, considéré comme contrat civil, dans le sens que nous avons dit, une puissance analogue à celle que l'église exerce sur le contrat naturel comme sacrement. Cette distinction se trouve exprimée dans les paroles de St. Thom. dans le passage cité plus bas.

14. "Matrimonium... in quantum est in *officium communitatis* statuitur *lege civili* : in quantum est *sacramentum* statuitur *jure divino*." (Perrone de Matrim. christ., p. 345). L'État ne peut pas dire à raison de tels empêchements particuliers, le mariage sera sans valeur comme lien, mais il peut dire, tel mariage contracté malgré ces empêchements, sera privé des effets civils. Le mariage du mineur, par exemple, contracté au mépris de l'autorité paternelle, ne donnera lieu ni à la communauté, ni au douaire, ni à la dot, et les enfants, sans être frappés de bâtardise, ne seront pas reconnus comme légitimes, dans les successions *ab intestat* de leurs parents.

Avec ces distinctions sous les yeux, le fameux passage du même docteur dont sont extraites les paroles qui viennent d'être rapportées "*Matrimonium autem, in quantum est in officium naturæ, statuitur lege naturali, in quantum est sacramentum, statuitur jure divino, in quantum est in officium communitatis, statuitur lege civili. Et ideo exquolibet dictarum legum potest aliqua persona effici ad matrimonium contrahendum illegitima*" (Sent. IV, dist. 51, quæst. 1, art. 1) ne peut plus fournir de raisons sérieuses à ceux qui l'invoquent, pour prouver la compétence de la puissance civile à faire des lois sur la validité du lien ou du mariage considéré comme sacrement. *In quantum est in officium communitatis statuitur lege civili*, se réfère au mariage comme contrat civil, qui est de fait régi par la loi civile, et *potest aliqua persona effici ad matrimonium contrahendum illegitima*, se rapporte à l'illégitimité du mariage

dans ses rapports civils, comme quand il s'agit de la qualité d'héritier légitime. Cette interprétation est, croyons-nous d'ailleurs, en harmonie avec les autres doctrines du Docteur Angélique.

15. La compétence exclusive de l'Eglise sur la validité du mariage, n'avait jamais été niée avant la Réforme. Elle paraissait être une maxime de droit commun Ecclésiastique et faire partie du droit public de l'Europe, quand Luther l'attribua au pouvoir séculier, en refusant au mariage le caractère de sacrement. Le Concile de Trente a résolu la question contre l'hérésiarque et ses partisans, en décrétant par le canon premier de sa vingt-quatrième session :

“ Si quelqu'un dit que le mariage n'est pas véritablement et proprement un des sept sacrements de la loi Evangélique, institué par Notre Seigneur Jésus-Christ, mais qu'il a été inventé par les hommes, dans l'Eglise, et qu'il ne confère point la grâce,—qu'il soit anathème.”

“ Si quis dixerit, matrimonium non esse vere, et proprie, unum ex septem legis Evangelicæ Sacramentis a Christo Domino institutum sed ab hominibus in Ecclesiâ inventum, neque gratiam conferre,—Anathema sit!”

Par le canon 4 de la même session.—“ Si quelqu'un dit que l'Eglise n'a pu établir certains empêchements qui rompent le mariage, ou qu'elle a erré en les établissant—Qu'il soit anathème ! ” “ *Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia, vel in eis constituendis errasse :—Anathema sit !* ” Ce Concile a ainsi décidé la question de la compétence exclusive de l'Eglise, à établir des empêchements dirimants de mariage, car quoiqu'il paraisse se contenter d'affirmer le droit de l'Eglise à ce sujet, sans le nier à la puissance civile, il est clair que comme le même droit ne peut appartenir dans sa plénitude aux deux puissances, en l'accordant à l'Eglise il le refuse à l'Etat.

C'est en ce sens que les théologiens interprètent unanimement ce canon.

16. Les déclarations authentiques des Papes Pie VI, Pie

VIII et Pie IX ne laissent plus aujourd'hui de doute sur la matière.

Pie VI dans son Bref du 16 septembre 1788 à l'Evêque de Motola dit : *Hinc fit ut ad solam Ecclesiam cui tota de sacramentis est cura concredita, jus omne ac potestas pertinet suam assignandi formam huic contractui ad subliorem sacramenti dignitatem evecto ac provide de matrimoniorum validitate ac invaliditate judicium ferre.*

Pie VIII, Encyclique de 1829 sur le mariage : “ *Sacris rebus ipsum (matrimonium) accensendum esse, ideoque Ecclesie omnino subjici, christianus populus accurate edoceatur.*”

Pie IX, Allocution Consistoriale du 27 septembre 1852 déjà citée, sur les affaires de la Nouvelle-Grenade, conclut : *omnino spectare ad Ecclesie potestatem omnia decernere quæ ad matrimonium quovis modo possunt pertinere.*

17. Cette maxime de la suprématie du pouvoir ecclésiastique sur le lien, c'est-à-dire sur les causes de validité, de nullité et de dissolution du mariage, quoique contraire aux opinions gallicanes et niée par des auteurs distingués, parmi lesquels on rencontre Pothier et d'Héricourt, n'a cependant jamais été méconnue par les textes de l'ancien droit. Il est de fait, qu'on ne rencontre aucun édit ou ordonnance, imposant des empêchements dirimants de mariage, et que les rois de France qui ont fait des lois sur le sujet du mariage, se sont contentés de prononcer des peines, telle que l'exhérédation, comme sanction de leurs dispositions, et n'ont jamais déclaré les mariages invalides, excepté dans les cas prévus par les lois de l'Eglise et les canons. Telles sont les dispositions de l'Edit de Henri II, rendu en 1556, de l'ordonnance de Blois de 1679 et de la Déclaration de Louis XIII donnée en 1639--prohibant le mariage des mineurs sans le consentement de leurs parents, sous peine d'exhérédation, mais ne les déclarant pas invalides. L'ordonnance de Melun faite en 1560, punit de mort les fauteurs du mariage des filles épousées de force et contre le gré de leurs gardiens, sans même invalider ce mariage.

Les jurisconsultes et les théologiens gallicans qui soutenaient l'autorité de la puissance séculière sur le lien du

mariage, ne lui niaient pas comme les protestants la qualité de sacrement ; ils ne soutenaient pas davantage que le contrat n'est pas la matière du sacrement, ils l'admettaient au contraire ; (1) mais ils prétendaient que ce n'est pas le contrat naturel, mais bien le contrat civil qui sert de sujet au sacrement et auquel *le sacrement est ajouté* ; que le contrat civil appartient à l'ordre politique et qu'il est sujet aux lois de la puissance séculière, laquelle a le droit de lui imposer des conditions irritantes, et de l'empêcher en l'invalidant, de devenir la matière du sacrement. Écoutons à ce sujet Pothier qui, (dans son traité du Contrat de Mariage, (chap. III, art. 1, Nos. 10, 11, 12 et 14,) a résumé les opinions des partisans de la puissance séculière.

18. " Le mariage que contractent les fidèles étant un contrat que J. C. a élevé à la dignité de sacrement, pour être le type et l'image de son union avec son Eglise, il est tout à la fois et contrat civil et sacrement."

" Le mariage étant un contrat, appartient de même que tous les autres contrats à l'ordre politique, et il est en consé-

(1) *Matière, forme et ministre* du sacrement de mariage.

Nul sacrement ne peut exister, suivant l'enseignement théologique, sans matière et sans forme. Point de matière et point de forme, point de sacrement qui est un signe sensible. La chose ou les actions extérieures dont on se sert pour faire le sacrement en sont la matière et l'application, la forme consiste dans les paroles que le ministre du sacrement prononce en en appliquant la matière.

In sacramentis verba se habent per modum formæ, res autem sensibiles per modum materiæ. Sum. part. III quæst. 60, art. 7.

" Quoique la présence du ministre soit nécessaire pour la confection d'un sacrement, elle doit plutôt en être regardée comme la cause apparente que comme faisant partie de son essence. Car l'essence d'un sacrement consiste dans la matière et dans la *forme*, qui en sont les seules parties constitutives," dit l'Abbé André. Cours de Droit Canon, vo. forme, vol. 3, page 447.

Dans le sacrement de baptême, par exemple, l'eau est la matière du sacrement et les paroles que prononce le baptisant en sont la forme.

On distingue dans la matière du sacrement, la matière éloignée et la matière prochaine. La matière éloignée est la matière, considérée dans son abstraction, la matière en repos, j'aimerais à dire, bien que cette expres-

“ quence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la
 “ puissance séculière que Dieu a établies pour régler tout ce
 “ qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la soci-
 “ été civile. Le mariage étant celui de tous les contrats qui
 “ intéresse le plus le bon ordre de cette société, il est d’autant
 “ plus sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a
 “ établies pour le gouvernement de cette société.”

“ Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois
 “ pour le mariage de leurs sujets, soit pour l’interdire à cer-
 “ taines personnes, soit pour régler les formalités qu’ils jugent
 “ à propos pour le contracter valablement.”

“ Les mariages que les personnes sujettes à ces lois contrac-
 “ tent contre leur disposition, lorsqu’elles portent la peine de
 “ nullité, sont entièrement nuls, suivant la règle commune à
 “ tous les contrats, que tout contrat est nul lorsqu’il est fait
 “ contre la disposition des lois. *Nullum contractum, nullum*
 “ *conventum, lege contrahere prohibente.*”

“ Il n’y a pas en ce cas de sacrement de mariage, car il ne
 “ peut y avoir de sacrement sans la chose qui en est matière.
 “ Le contrat civil étant la matière du contrat de mariage, il
 “ ne peut y avoir un sacrement de mariage lorsque le contrat.

sion soit inconnue en théologie, et la matière prochaine, c’est la matière
 en action, considérée dans son application.

La matière éloignée dans le baptême, c’est l’eau considérée abstraite-
 ment et la matière prochaine, c’est cette même eau versée sur la tête du
 baptisé.

• Ces termes quoique particuliers à la théologie et étrangers au droit civil,
 peuvent cependant être appliqués à tous les contrats civils. Ainsi on peut
 fort bien dire, que dans la vente, la chose vendue est la matière éloignée
 du contrat, que cette chose considérée relativement à l’obligation que con-
 tracte le vendeur de la livrer et l’acheteur de la payer en est la matière pro-
 chaine, et que le consentement des contractants au contrat, exprimé par
 des paroles ou autres signes extérieurs en est la forme. Naturellement
 les mêmes contractants seraient les ministres de la vente. On peut dire la
 même chose de tous les autres contrats.

De même dans le sacrement du mariage par lequel les époux s’engagent
 mutuellement à la tradition réciproque de leurs personnes pour les fins du
 mariage, et acceptent de chaque côté cette promesse mutuelle, la matière
 éloignée, c’est la personne des contractants, la matière prochaine, c’est la

“ civil est nul, de même qu'il ne peut y avoir un sacrement
 “ de baptême sans l'eau qui en est la matière.

19. “ Quelqu'évidents que soient les principes sur lesquels est
 “ fondé le droit qu'a la puissance séculière d'établir par des
 “ lois, des empêchements dirimants de mariage sans qu'elle ait
 “ besoin pour cela du concours ni de l'approbation ecclésiast-
 “ tique, néanmoins Bellarmin, Bazile Pons, et quelques autres
 “ auteurs qui voudraient concentrer dans le Pape toute puis-
 “ sance, la spirituelle et la temporelle, ont attaqué dans leurs
 “ écrits la puissance séculière sur le mariage.”

“ Leurs arguments sont des plus frivoles. Ils disent : Le
 “ mariage est un sacrement, et par conséquent quelque chose
 “ de spirituel ; or la puissance séculière ne s'étend pas aux
 “ choses spirituelles ; elle ne doit donc pas s'étendre au ma-
 “ riage ; c'est donc une entreprise de la puissance séculière,
 “ sur la puissance spirituelle, lorsque les princes font des lois
 “ sur le mariage.”

tradition et acceptation de ces personnes, la forme, c'est le consentement réciproque exprimé par des paroles ou par d'autres signes extérieurs équivalents, et les ministres du sacrement sont les époux.

Telle est l'opinion de Schmalzgrucher, qui paraît avoir rallié à son sentiment l'école, il n'y a pas longtemps encore, partagée sur ce point.

Schmal. Jus. Can. De mat. tom. iv, pars. vi, tit. 1, pag. 130.

Rapprochons les termes de la comparaison. Dans le mariage la matière éloignée est la personne des époux. La matière prochaine, ces mêmes personnes, objet de la promesse mutuelle d'en opérer la tradition et de l'acceptation réciproque de ces personnes ; ou la tradition et l'acceptation. Le consentement exprimé par des paroles ou autres signes extérieurs équivalents en est la forme, et les époux en sont les ministres.

Dans la vente matière éloignée, chose vendue. Matière prochaine, cette même chose, objet de la promesse de livrer et de payer ; en d'autres paroles la tradition et le prix. Forme, consentement exprimé par paroles ou autres signes extérieurs équivalents. Ministre, les contractants.

Qui ne verrait ici une analogie frappante entre les deux contrats ?

A cause de la nouveauté du sujet pour la plupart des lecteurs, poursuivons plus loin notre démonstration et demandons à l'ordre matériel d'autres objets de comparaison, qu'il nous fournira facilement, car malgré la différence profonde qui sépare la chose sacrée de la chose profane, le sacrement est un *signe sensible*, et sa matière l'est également. Non-seule-

“ La réponse à cet argument est facile : Il y a deux choses dans le mariage ; le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement qui est ajouté au contrat civil et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière.”

“ Je consens que le mariage en tant qu'il est sacrement est quelque chose de spirituel et n'est point du ressort de la puissance séculière ; c'est parce que les princes ne peuvent pas faire des lois sur le mariage en tant qu'il est sacrement. Ce serait, par exemple, de la part des princes, entreprendre sur les droits de la puissance spirituelle, s'ils voulaient

ment la comparaison de la matière et de la forme des sacrements avec les choses matérielles et physiques est légitime, mais Tournely dans l'ouvrage cité plus haut, page 111, distingue la matière et la forme des sacrements par leur analogie avec les choses physiques. *Materiam et formam in Sacramentis distinguunt theologi, per analogiam ad materiam et formam rerum physicarum.*

Je suis à Rome et je dirige mes pas vers l'église de la Minerve où mes regards sont attirés par la splendide statue du Christ, dit de *Michel-Ange* ; ce Christ resplendissant, dont un des pieds, objet d'un enthousiasme passionné, a été chaussé d'un cothurne d'airain, pour l'empêcher d'être déprimé sous les baisers de la foule ! En l'admirant, je me demande : quels sont les éléments essentiels et constitutifs de ce chef-d'œuvre, et je me répons : Ce sont sa matière et sa forme ; et bientôt j'aperçois que sa matière éloignée est le pur carrare dont il est fait, que sa matière prochaine est le même marbre soumis au ciseau qui l'a façonné, j'aimerais à dire animé, que sa forme est celle que lui a donnée le statuaire. Et si je pousse plus loin mon investigation, je trouve pour ministre, de cette statue (le mot ministre qui dérive du verbe latin, *ministrare*, veut dire dans son acception éloignée, agent, facteur, ouvrier) le statuaire lui-même.

Ces rapprochements font donc voir que ces termes employés par les théologiens et les canonistes pour désigner la substance du sacrement, n'ont rien d'extraordinaire ou de singulier, et que suivant les règles de la logique on peut les employer avec utilité, pour découvrir la substance ou les éléments essentiels de presque toutes les choses qui deviennent le sujet de raisonnement ou l'objet d'une démonstration.

Il doit être aussi compris que quand il est dit dans ce livre, que le contrat naturel est la matière du sacrement, l'on doit entendre la matière prochaine, qui comme nous l'avons vu est le consentement ; on peut aussi bien dire le contrat lui-même, puisque le consentement fait le contrat. *Consensus non concubitus facit matrimonium.*

“ décider par leurs lois quel est le ministre du sacrement de mariage, quelles sont les dispositions qu'on doit apporter pour recevoir la grâce attachée à ce sacrement, et, en général, s'ils voulaient décider ou régler par leurs lois, quelque chose qui concernât le mariage comme sacrement.”

20. “ Mais si le mariage est sacrement, et sous ce respect du ressort de la puissance ecclésiastique, il est aussi contrat civil ; et comme contrat civil il appartient à l'ordre politique, et il est en conséquence sujet aux lois de la puissance séculière. La qualité de sacrement qui survient à ce contrat, mais qui en suppose la préexistence, ne soustrait pas ce contrat au droit qu'a la puissance séculière de régler les contrats et tout ce qui est de l'ordre politique, car J.-C., en instituant les sacrements, et en publiant son Evangile, n'a pas entendu diminuer ni altérer en rien, les droits de cette puissance séculière, qu'il a déclarée être établie de Dieu, et à laquelle il a voulu lui-même être soumis en tant qu'homme, pendant tout le temps qu'il a été sur la terre.

“ D'ailleurs, la loi civile en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche pas au sacrement de mariage, parceque ce contrat de mariage qu'elle rend nul, n'est pas sacrement : elle empêche seulement en le déclarant nul, qu'il ne puisse être la matière du sacrement.”

“ Les théologiens que nous combattons disent, pour établir leur système, qu'il y a deux sortes de mariage : l'un *du Droit des gens* qui est commun à tous les peuples ; l'autre du droit civil, lequel est propre et particulier à chaque nation. Jésus-Christ [ajoutent-ils] ayant voulu nous communiquer ses sacrements, non à un état particulier, mais à toutes les nations et à tous les royaumes, a choisi, pour élever à la dignité de sacrement, le contrat de mariage du droit des gens qui est commun à toutes les nations, et non le contrat civil de quelque état particulier ; d'où ces théologiens concluent, qu'il suffit qu'un contrat de mariage ne contienne rien de contraire à ce que le droit naturel et le droit des gens exige dans les mariages, quoi qu'il y ait con-

“ trevenu à ce qui est requis par la loi civile, pour qu’il soit
 “ un vrai mariage et pour qu’il soit élevé à la dignité de
 “ sacrement ; que la contravention à la loi civile peut bien
 “ priver le mariage des effets civils, mais qu’elle ne peut en
 “ empêcher le lien.”

22. “ Je réponds que ces théologiens ne s’expriment pas exac-
 “ tement lorsqu’ils disent qu’il y a deux sortes de mariage, l’un
 “ du droit des gens et l’autre du droit civil. On doit plutôt
 “ dire qu’il y a des choses qui sont requises pour la validité
 “ des mariages par le droit naturel et des gens, et d’autres qui
 “ sont requises par le droit civil de chaque nation ; que celles
 “ qui sont requises par le droit naturel et des gens, sont requi-
 “ ses partout, dans tous les lieux, et entre toutes sortes de
 “ personnes ; au lieu que ce qui est requis par quelque loi
 “ civile n’est requis qu’entre les personnes qui, étant sujets
 “ de l’État où cette loi a été portée, sont soumises à son
 “ empire.”

“ Mais c’est à tort que ces théologiens donnent le nom de
 “ mariage *du droit naturel* à un mariage qui ne contiendrait
 “ à la vérité, rien de contraire à ce que requiert le droit
 “ naturel, mais dans lequel on aurait contrevenu à quelque
 “ loi civile, lorsque les parties qui l’ont contracté sont sou-
 “ mises à l’empire de cette loi, car Dieu qui est l’auteur du
 “ droit naturel, ayant ordonné aux citoyens de chaque état
 “ l’obéissance aux lois civiles de l’État dont ils sont sujets, les
 “ parties qui contractent un mariage contre quelque disposi-
 “ tion de la loi civile de l’État dont ils sont sujets, contrevien-
 “ nent non-seulement à cette loi civile, mais ils contreviennent
 “ aussi au droit naturel qui leur ordonnait l’obéissance à cette
 “ loi. C’est pourquoi ce mariage, que nos théologiens con-
 “ viennent n’être pas un mariage civil, parcequ’il est contraire
 “ à la loi civile, n’est pas non plus un mariage de droit
 “ naturel, parcequ’il est pareillement contraire à ce que le
 “ droit naturel exigeait des parties, et ne peut par conséquent
 “ servir de matière au sacrement.”

23. L’on voit par ces citations que, quoique fort longues, nous avons faites intégralement, pour exposer sous son vrai

jour et dans toutes ses formes, la doctrine de l'auteur et les raisons sur lesquelles il l'appuie, que le point fondamental de son argument, celui duquel il déduit sa thèse en faveur de la puissance séculière, est que la matière du sacrement est le contrat civil et non le contrat naturel. Ce point admis, tout s'enchaîne dans l'argumentation, et la conclusion de l'auteur découle rigoureusement des prémisses. Le contrat civil, étant la matière, et partant de l'essence du sacrement qui ne se forme que suivant son bon plaisir, la puissance civile en accordant ou en refusant au sacrement sa validité, suivant qu'elle l'accorde ou la refuse au contrat civil, ne fait qu'user d'un pouvoir qui lui est propre et reste strictement dans ses attributions. Le mariage qui n'en reste pourtant pas moins un sacrement, l'auteur l'admet, et qui étant un sacrement ne peut exister que comme sacrement, échappe à la juridiction de l'Eglise, par le fait même qu'il tombe dans le domaine de l'Etat auquel il appartient, à l'exclusion totale de l'Eglise ; car la puissance ecclésiastique et la puissance séculière ne peuvent avoir à la fois la plénitude du pouvoir sur l'essence ou la matière d'un sacrement, et l'action de l'une exclut nécessairement celle de l'autre.

24. Voici donc un sacrement enlevé à l'Eglise et laissé à la merci de l'Etat, qui lui accorde ou lui refuse l'existence, en décidant de la suffisance ou de la valeur intrinsèque de la chose qui en fait la matière ; un sacrement qui *survient à la chose*, qui en fait la matière et *s'y ajoute* ; Pothier vient de le dire ! Or, une chose qui survient à une autre et s'y ajoute, n'y peut survenir et s'y ajouter que comme qualité accidentelle ou accessoire !

Dans le mariage tel que le veut l'auteur, le sacrement n'est donc qu'une qualité accidentelle surajoutée au contrat ou l'accessoire du contrat. Ce n'est cependant pas le sentiment de Pie IX, qui dans la lettre sus-citée, adressée au roi de Sardaigne, dit : " C'est un dogme de foi que le mariage a été " élevé, par N. S. J. C., à la dignité de sacrement, et l'Eglise " enseigne que le sacrement n'est pas une qualité accidentelle " surajoutée au contrat, mais qu'il est de l'essence du mariage

“ même.” *Dogma fidei est. Matrimonium a J. C. D. N. ad dignitatem sacramenti esse elevatum, atque doctrina Ecclesiæ Catholicæ non esse qualitatem accidentalem contractui superadditam sed de ipso matrimonio essentiam esse.*

Ainsi d'après la déclaration du Souverain Pontife qui parle dans la plénitude de son autorité, c'est une chose certaine, c'est la doctrine même de l'Eglise catholique, *doctrina Ecclesiæ catholicæ*, que le contrat civil n'est pas la matière du contrat de mariage, puisque s'il l'était, le sacrement ne serait qu'une qualité accidentelle surajoutée au contrat, et cette opinion est proscrite comme étant fausse et erronée.

Mais au point de vue du raisonnement, ne le serait-elle pas également ? Pour soutenir sa thèse, que la législation sur le lien du mariage appartient à la puissance séculière, au préjudice de la puissance spirituelle, Pothier, en posant comme principe et comme chose admise, que la matière du sacrement est le contrat civil, ne décide-t-il pas la question par la question même, et par une pétition de principe ? Incontestablement oui, puisque la question est de savoir si c'est le contrat civil ou le contrat naturel qui est la matière du sacrement. Nous avons vu que les théologiens exprimant la doctrine de l'Eglise, disent que c'est le contrat naturel. L'auteur commence sa discussion par l'assertion contraire.—“ Le contrat civil étant la matière du sacrement, dit-il, il ne peut y avoir de sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul.” Cette assertion faisant le fond de la question restait à être prouvée. Voyons si l'auteur l'a fait. La puissance séculière, dit-il, a toujours joui de ce droit, et il cite les Constitutions des Empereurs Théodose, Valentin, Valence et Justinien qui ont établi des empêchements de mariage et qui ont été approuvés par l'Eglise. Mais c'est précisément cette approbation donnée par l'Eglise aux lois de la puissance séculière, nous disent avec raison les théologiens, qui a donné valeur à ces lois ; lesquelles par le fait de cette approbation sont devenues de vraies lois ecclésiastiques et il est certain que sans cet acquiescement, elles n'auraient jamais eu de valeur canonique.

25. L'auteur prétend que la doctrine qu'il soutient a toujours

été enseignée dans les écoles de droit, et il invoque l'opinion du Docteur Launoi, du Jésuite Sanchez qui, à l'endroit cité par Pothier, dit en propres termes, que la matière du sacrement est le contrat civil, *nec obstat principis secularis auctoritati matrimonium esse sacramentum, quia ejus materia contractus civilis*, de M. Hennequin qui s'appuie de l'autorité de M. Boileau, et aussi de Melchior Cano, qui pense comme Sanchez. Ces deux derniers noms sont sans doute d'une valeur considérable en théologie. Cependant quoiqu'il en soit, ils n'apparaissent sur cette question, que comme des autorités isolées qui ont contre elles les traditions de l'Ecole, les déclarations du St. Siège, et l'enseignement maintenant unanime des canonistes et des théologiens. Perrone dans son savant ouvrage en trois volumes in-8, *De Matrimonio Christiano* a mis ce fait dans tout son jour.

Pothier convient " que le mariage en tant qu'il est sacrement, n'est pas du ressort de la puissance séculière et que les princes entreprendraient sur la puissance ecclésiastique, s'ils voulaient décider par leurs lois, quel est le ministre du sacrement." Mais ne fait-il pas la même chose, lui, en décidant sur la matière du sacrement et en soutenant la compétence du pouvoir civil sur les qualités essentielles de cette matière ?

D'ailleurs, ajoute-t-il, " la loi civile en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche pas au sacrement de mariage, puisque le contrat de mariage qu'elle rend nul n'est pas sacrement ; elle empêche seulement en le déclarant nul, qu'il ne puisse être la matière du sacrement de mariage." C'est là une des erreurs fondamentales du système soutenu par Pothier. Mais puisque d'après la déclaration solennelle du St. Siège, le contrat est inséparable du sacrement, qu'il est *lui-même* élevé à la dignité de sacrement, comment la loi civile peut-elle déclarer nul le contrat, cette matière prochaine du sacrement, bien plus, ce qui en est à la fois la matière et la forme, et en constitue ainsi tous les éléments essentiels, sans toucher au sacrement lui-même ?

Ici s'écroule toute la thèse de l'auteur.

Du reste, s'il voulait dire que la loi civile ne peut pas toucher au sacrement déjà formé, il serait tellement dans le vrai, qu'il dirait une chose triviale à force d'évidence, mais ce n'est pas là ce qu'il veut dire et il l'explique lui-même. Il veut dire que la loi civile ne touche pas au sacrement, en déclarant qu'il n'a pas lieu quand le contrat civil est nul, parcequ'il n'est pas revêtu des conditions qu'elle prescrit ou qu'il est fait contre ses dispositions. Comment peut-on, sans toucher à un contrat quelconque, déclarer qu'il ne peut se former à cause de vices affectant son essence même? Dira-t-on par exemple, pouvoir prononcer, que pour des vices de substance, ou à défaut de formes substantielles, disons, que sans autorisation judiciaire du tuteur le bien du mineur ne peut être vendu, sans toucher à la vente de ce bien? Déclarer l'invalidité de la vente d'une chose dans certains cas, n'est-ce pas toucher à la vente même de cette chose, et prononcer la négative d'une proposition, n'est-ce pas affirmer la proposition contraire? Quand on dit que le mariage non revêtu des conditions de validité imposées par la loi civile, n'est pas un sacrement, n'est-ce pas dire que revêtu de ces conditions il le devient? Et quand la question est de savoir si c'est le contrat civil ou le contrat naturel qui est la matière du sacrement, la loi civile disant que c'est le contrat civil, ne touche-t-elle pas au sacrement même, en prononçant sur les cas où il a lieu et sur les conditions de sa validité? En constituant le sacrement de mariage, Jésus-Christ lui a assigné pour matière le contrat naturel ou le contrat civil, il faut que ce soit l'un des deux : la loi civile en décidant que c'est le contrat civil, non-seulement touche au sacrement, mais encore elle prononce sur l'essence d'un sacrement. Que nous donne-t-elle pour garantie de l'exactitude de sa décision? Ce ne sera pas l'Eglise dont elle récuse l'autorité. Elle se donne elle-même comme juge et la conséquence sera, que les jugements sur les sacrements appartiennent à la puissance civile!

Il est inutile d'insister sur ce point; l'auteur ne peut déguiser, sous des précautions de langage, le fait de l'intervention de la loi civile dans la matière du sacrement. Il ajoute que Jésus-

Christ n'a entendu élever à la dignité de sacrement, que les mariages légitimes, que le mariage que la loi civile déclare nul est un commerce illégitime et criminel, " et que l'on ne peut prétendre sans une espèce d'impiété, que J. C. ait voulu " en faire le type de son union avec l'église. "

27. Si le mariage est illégitime et s'il constitue un commerce criminel, il n'est pas douteux qu'il ne puisse être la matière du sacrement et qu'il y aurait impiété à le prétendre ; mais c'est la légitimité ou l'illégitimité même du contrat, sous les rapports sacramentels, qui est en question.

L'auteur prête ensuite aux théologiens qu'il combat, l'opinion qu'il y a deux sortes de mariage, l'un du droit des gens [ou du droit naturel] qui est commun à tous les peuples, l'autre du droit civil qui est particulier à chaque nation, et que c'est le contrat du droit des gens qui a été élevé à la dignité de sacrement. " On doit plutôt dire, ajoute-il, qu'il y a des choses " qui sont requises pour la validité des mariages par le droit " naturel et des gens et d'autres qui sont requises par le droit " civil de chaque nation "—mais, c'est à tort, dit-il encore, " que " ces théologiens, (ceux que l'auteur combat,) donnent le nom " de mariage du droit naturel à un mariage qui ne contient " drait, à la vérité, rien de contraire à ce que requiert le droit " naturel, mais dans lequel on aurait contrevenu à quelque loi " civile, lorsque les parties sont soumises à l'empire de cette " loi."

Constatons d'abord que l'auteur ne rend pas exactement la pensée des théologiens qu'il combat, en leur faisant dire, sans qualificatif, qu'il y a deux contrats de mariage ; l'un du droit naturel et l'autre du droit civil, d'où l'on pourrait inférer qu'ils ne font aucune distinction entre les deux contrats et qu'ils les traitent tous deux comme essentiels au sacrement, pendant que, dans leur doctrine, le contrat naturel est seul essentiel au sacrement, ou que le contrat naturel est devenu sacrement, et que le contrat civil n'en est que l'accessoire et la conséquence. En d'autres termes, ils attribuent au contrat civil la même dépendance du sacrement, que Pothier prête au sacrement par rapport au contrat civil. Nous venons de l'entendre dire que le

sacrement est ajouté au contrat civil ; les théologiens disent que le contrat civil est ajouté au sacrement. [Suivant Pothier, sans contrat civil, il n'y a pas de sacrement, suivant les théologiens, sans sacrement il n'y a pas de contrat civil, en ce qu'il n'y a pas de mariage. En un mot, suivant le premier, malgré sa qualité de sacrement, la juridiction sur le lien du mariage ne cesse pas d'appartenir à l'Etat et suivant les autres, à cause de cette qualité, cette juridiction appartient à l'Eglise.

28. L'auteur continue et dit : “ qu'en contrevenant au droit civil, on contrevient aussi au droit naturel, et qu'un contrat de mariage contraire au droit civil n'est pas un contrat naturel.” Outre que cette opinion a le tort de prendre pour admis ce qui est la question, savoir la compétence du pouvoir civil qui est niée, (et si ici il n'a pas le droit de commander, le droit naturel ne peut enjoindre de lui obéir,) est-il bien sûr qu'elle soit fondée en principes et qu'un contrat de mariage prohibé par le droit civil ne soit pas un mariage du droit naturel ? Du reste c'est une maxime reçue qu'un contrat non revêtu des conditions requises par le droit civil et nul par suite comme contrat civil, n'en est pas moins, en certains cas, valable comme contrat naturel. Ainsi le contrat de la femme sous puissance de mari, fait sans autorisation est nul comme contrat civil ; mais, il n'en vaut pas moins comme contrat naturel, en ce qu'il oblige la femme à la restitution du gain indû qu'elle fait par le contrat ; c'est là ce qu'enseigne Pothier lui-même, dans son traité de “ la Puissance du mari No. 51.” Pourquoi ce principe ne s'étendrait-il pas au contrat de mariage ? On ne voit pas sur quoi se baserait une exception. Il faut donc regarder comme sans autorité ce que l'auteur a dit, quand il a prétendu démontrer que la nullité du contrat civil entraîne celle du contrat naturel, et par suite du sacrement.

29. Au passage où l'auteur dit : “ qu'il y a des choses qui sont requises pour la validité des mariages par le droit naturel et des gens, et d'autres qui sont requises par le droit civil de chaque nation ; que celles qui sont requises par le droit naturel et des gens sont requises partout, dans tous les lieux et entre toutes sortes de personnes, au lieu que ce qui

“ est requis par quelque loi civile n'est requis qu'entre les personnes qui, étant sujets de l'État où cette loi a été faite, sont soumises à son empire ; ” ne peut-on pas répondre qu'il a fait lui-même la critique de son opinion, en admettant que, suivant son système, la validité du sacrement de mariage variera suivant les temps et les lieux et dépendra du bon plaisir de la puissance civile. Ici la thèse de l'auteur s'accroît davantage et se débarrasse des réticences qu'il y a d'abord mises, en prétendant qu'en déclarant le mariage nul, la loi civile ne touche pas au sacrement. Elle y touche si bien et de si près, qu'elle peut, en imposant des conditions odieuses au contrat civil, paralyser l'administration du sacrement. Ceci tient aux plus hautes considérations de la liberté religieuse et même politique. Supposons un souverain protestant, violentant le mariage de ses sujets catholiques, et refusant d'en reconnaître la valeur sans obéissance à des conditions oppressives. Notre liberté religieuse nous a été garantie ; mais supposons le contraire, et que lors de la Cession du Pays, l'Angleterre y eût mis en force le statut impérial 26 G. II, C. 33 rendant nul tout mariage non contracté dans une église anglicane ; tel mariage contracté contre la disposition de cette loi civile, dans une église catholique ou par un prêtre catholique, eut été suivant la doctrine de Pothier, réprouvé par le droit naturel, et n'aurait pas été l'objet du sacrement.

30. On peut dire la même chose du serment de suprématie, qui, s'il eût été imposé aux catholiques du Canada, par la loi civile, comme condition de la valeur de leur mariage, eut rendu les récalcitrants inhabiles à recevoir le sacrement, puisqu'un mariage contraire aux dispositions de la loi civile ne peut être la matière du sacrement, et que ceux qui auraient juré se seraient rendus par le fait même, indignes de le recevoir.

Voilà deux hypothèses auxquelles on peut ajouter une foule d'autres, qui, en faisant voir l'énormité des conséquences découlant du principe de la compétence du pouvoir civil sur le mariage, en démontrent la fausseté par l'application même de la raison invoquée pour le soutenir, savoir que la validité

du sacrement de mariage dépend de la validité du contrat civil.

L'application du principe conduit à des complications si bizarres, qu'il suffit de les signaler pour en faire voir la fausseté. Une loi que l'on dit prononcer la nullité du contrat civil offre des difficultés d'interprétation, nécessitant l'intervention judiciaire ; qui devra prononcer sur son véritable sens ? Le tribunal de première instance rend une sentence infirmée par arrêt de la cour d'appel. La conséquence de ces deux jugements sera, que le sacrement aura été valablement ou invalidement administré jusqu'au jugement en dernier ressort, en recevra par la suite une détermination différente, et si plus tard le point en litige devient l'objet d'une solution contraire, le sacrement sera exposé aux variations de la jurisprudence. Dans la Province de Québec où le dernier ressort est au Conseil Privé, les Lords du Conseil seront les juges de la validité du sacrement de mariage !

31. Les résultats sont déjà assez anormaux, mais ils le seront bien davantage, si l'on suppose le désaveu de la loi, un conflit de juridiction entre le gouvernement local et le gouvernement fédéral sur le sujet de cette loi, des amendements successivement faits à cette loi, son défaut de promulgation, et les mille accidents législatifs qui peuvent rendre douteuse la vigueur d'une loi et en empêcher l'exécution et qui auraient pour effet dans le cas qui nous occupe, de rendre incertaine la validité du sacrement de mariage, et en suspendre ou en paralyser l'administration !

Il faut donc l'avouer, la doctrine que nous combattons est inadmissible, non seulement au point de vue religieux, pour ceux qui font profession d'attachement à l'Eglise de Rome, mais encore au point de vue du droit public, comme contraire aux principes qui régissent la séparation des grands corps de l'Etat et des deux puissances. Elle est surtout inadmissible pour les Catholiques du Bas-Canada, dont la liberté religieuse a été garantie par traité et qui regarderaient les entreprises du pouvoir civil sur le mariage, comme un empiètement de la puis-

sance politique sur le domaine religieux et une menace à leurs institutions !

Nous avons vu comment cette doctrine est mal défendue par les principes légaux, quand elle a pour auxiliaire Pothier lui-même, dont on serait surpris de voir le nom associé à ceux des partisans du pouvoir civil, si l'on ne connaissait les tendances des légistes et de la magistrature de cette époque et la lutte à laquelle cette question a donné lieu.

32. Il n'est pas douteux que les idées dominantes de la mère-patrie en matière de liberté civile et religieuse, c'est-à-dire les maximes gallicanes prévalurent généralement dans la juridiction civile et canonique pendant toute la durée de la domination Française. (1) Le principe du gallicanisme en cette matière, c'est la prédominance du pouvoir civil sur le pouvoir religieux. Ce principe qui, appliqué aux rapports de l'Eglise de France avec l'Eglise Romaine, tendait à nier la suprématie du Pontife Romain en attribuant à l'autorité royale la souveraineté dans

(1) La preuve des tendances gallicanes de la jurisprudence sous la domination française se trouve dans les Edits et Ordonnances et dans les Régistres judiciaires qui ont été conservés.

Le 26 Janvier 1711, dans une procédure faite pour faire casser un mariage fait en contravention aux dispositions du Concile de Trente, Montléal, le marié, refusa de répondre, protestant que le Conseil Supérieur n'avait aucune juridiction, et demandant à être renvoyé à l'officialité de la ville de Québec. Le Conseil Supérieur rejette le déclinatoire.

Régistres de la Prévôté de Québec.

Dans leur excellente Histoire du Droit Canadien, MM. Doure et Lareau rapportent en ces termes, pages 246 et 247, un arrêt du Conseil Supérieur qui touche intimement à cette note justificative.

“ Le 30 Janvier 1713, le Conseil rend un Arrêt par lequel il est ordonné
 “ que la requête présentée par Jacques Sivre dit Saint Fort, tendant à le
 “ recevoir appelant comme d'abus de sentence rendue en l'officialité de
 “ Québec entre lui et Catherine Damiens, sa femme, sera communi-
 “ quée avec les pièces énoncées en icelle, au Procureur-Général. La
 “ requête tendait à faire intimer M. le promoteur pour voir, en infirmant
 “ la sentence, déclarer qu'il a été mal, nullement et abusivement prononcé
 “ au chef seulement, qui défend au dit Saint Fort de contreter mariage
 “ et ordonner qu'en s'acquittant du devoir de chrétien catholique romain,
 “ ne se rencontrant aucun obstacle en lui, le sacrement du mariage lui

les matières qui intéressaient à la fois l'ordre civil et religieux, et réclamait pour l'Eglise gallicane des privilèges en dehors du droit commun, n'a pu produire dans la colonie qui n'avait point de rapports directs avec le Saint-Siège et où tout était soumis à l'empire absolu du gouvernement civil de la métropole, les conflits qu'il avait créés en Europe ;—il pénétra sans froissement dans les rapports de l'Eglise avec l'Etat et s'introduisit insensiblement dans la jurisprudence matrimoniale.

Par le changement de Souveraineté, l'Eglise du Canada fut délivrée de sa dépendance de l'Etat, et la doctrine de la compétence du pouvoir civil sur le mariage disparut avec plusieurs autres maximes. Si celle-ci eut été perpétuée sous le nouveau régime, la conséquence aurait été que la législation sur le mariage catholique dans le Bas-Canada, aurait été dévolue au gouvernement protestant d'Angleterre. Il n'est pas besoin de chercher les résultats hostiles à notre liberté religieuse qui seraient sortis de l'exercice de ce pouvoir. Aux yeux de ceux qui apprécient la conservation de cette liberté à l'égal de la liberté politique, et les considèrent toutes deux comme la sau-

“ sera administré, nonobstant l'incapacité prétendue par la dite sentence.

“ Le Procureur-Général devait transmettre au Conseil ses conclusions pour
“ être ordonné ce que de droit.”

“ On voit ici, dit M. de Bellefeuille, qu'il s'agissait d'une question ma-
“ trimoniale, qui fut d'abord portée devant le tribunal de l'évêque, lequel
“ avait prononcé en première, instance un décret défendant à Saint Fort
“ de contracter mariage, probablement à cause d'un empêchement diri-
“ mant qui se trouvait en sa personne. Cette procédure était parfaitement
“ conforme aux lois françaises qui déféraient exclusivement aux juges
“ d'Eglise la connaissance des causes matrimoniales, sauf toujours l'appel
“ comme d'abus.”

“ Le Conseil Supérieur, dans cet appel comme d'abus, condamna aux
“ dépens le promoteur, qui avait fait défaut le 3 Juillet 1713. Voici la
“ teneur de cette condamnation :

“ Défaut à Jacques Sivre dit Saint Fort, demeurant en cette ville, De-
“ mandeur en requête, présent en personne contre Messire Philippe Bou-
“ cher, prêtre curé de la Paroisse de St. Joseph, et promoteur de l'officia-
“ lité de cette ville, Défaillant ; faute d'être comparu, ni personne pour
“ lui à l'assignation à lui donnée le 9 Mars dernier, et exploit d'ave-

vegarde de notre autonomie nationale, ces résultats se présentent d'eux-mêmes.

33. Heureusement le principe contraire avait prévalu et sous la sanction du droit canonique et sous l'autorité d'un siècle d'usage, il était en vigueur lors de la Codification. C'est dire que le mariage Catholique avec les caractères qui lui sont propres, était reconnu par la loi Bas-Canadienne.

Le mariage des autres croyances religieuses du pays l'était-il également? C'est ce que nous allons voir en parlant d'abord du mariage anglican.

Au commencement du seizième siècle, tous les peuples chrétiens reconnaissaient l'autorité du droit canonique qui formait le Code matrimonial de l'Europe. Le mariage relevait essentiellement de l'Eglise qui, par ses tribunaux établis dans chaque pays, sous le nom de Cours spirituelles, Cours Ecclésiastiques, Officialités et Consistoires, exerçait une juridiction contentieuse dans les causes matrimoniales. L'Angleterre qui était un des pays où le droit ecclésiastique avait poussé les

“ nir du premier de ce mois. Echéant ce jour, et soit signifié. Et le dit “ Défaillant condamné aux dépens du présent défaut.

Le 12 Juin 1741, le Conseil Supérieur rend un arrêt qui annule les mariages des mineurs sans le consentement de leurs parents.

Edits et Ordonnances, II, pag. 204.

On voit par cet arrêt que le Conseil Supérieur à l'instar des Parlements de France et notamment du Parlement de Paris, rendait des arrêts de règlements, ce qui est abondamment prouvé par une foule d'arrêts semblables, mais la partie remarquable de celui-ci, c'est que le Conseil déclare l'invalidité des mariages des mineurs, par défaut du consentement des parents, ce que ne fit jamais le Parlement de Paris. La fameuse querelle de l'Intendant Dupuy avec le chapitre de Québec, au sujet des funérailles de Monseigneur St. Valier, mort le 26 Décembre 1727, fait voir l'autorité que réclamaient l'Intendant et le Conseil, de s'immiscer dans les affaires ecclésiastiques de la Colonie.

Enfin l'arrêt rendu le 12 Juin 1741, par le Conseil Supérieur sur un appel comme d'abus, prononçant la nullité du mariage du fils mineur de la dame de Rouville avec la fille du lieutenant de Leigné, pour rapt de séduction (*rapt de séduction commis par une fille sur un garçon!*) complète l'avancé fait dans le texte, au sujet des maximes gallicanes dans la Colonie.

On pourrait multiplier les citations sur ce sujet.

racines les plus profondes, avait aussi les siens, qu'elle a conservés jusqu'à nos jours, bien que dépouillés d'une partie de leur compétence sur le mariage.

Pour battre en brèche la doctrine catholique, Luther commença par nier quatre des sacrements, et parmi ceux-là se trouva le mariage, qu'il réduisit aux proportions d'un simple contrat naturel et civil, sur lesquels les novateurs accordèrent la compétence à l'Etat, quand ils ne se l'arrogèrent pas. (1) Luther et Mélanchton n'eussent pu, sans mettre leur doctrine en contradiction avec eux-mêmes, reconnaître le caractère de sacrement au mariage, et en attribuer la connaissance au pouvoir civil. En cela ils se montrèrent plus logiques que les jurisconsultes et les parlementaires français des siècles suivants, qui persistent à le considérer comme sacrement et lui refusèrent un de ses attributs.

(1) " En 1539 il prit fantaisie à Philippe, landgrave de Hesse," dit Lucien Brun, dans une conférence sur le mariage faite à la faculté catholique de Droit à Lyon en 1876, " d'épouser Marguerite de Saal. Mais il y avait un obstacle à ce désir : la femme de Philippe, Christine de Saxe, était vivante. L'idée vint à ce prince de se faire autoriser à avoir deux femmes, et, mû par un scrupule qui peut paraître singulier, il voulut une autorisation écrite de *ses théologiens*, qui lui permit la bigamie et mit sa conscience en repos. Ses théologiens, c'étaient Martin Luther, Philippe Mélanchton, Martin Bucer et cinq autres moins illustres docteurs de la Réforme, dont le landgrave de Hesse était alors le principal appui et le bras séculier.

" L'Eglise réformée avait, disait Luther, besoin de princes vertueux : *paupercula et misera ecclesia, exigua et derelicta, indigens probis dominis regentibus...*

" Le vertueux landgrave, qui voulait deux femmes, comprit ce qu'il pouvait attendre d'apôtres désintéressés, et il procéda vis-à-vis d'eux avec la délicatesse d'un acheteur arrogant vis-à-vis d'un vendeur besogneux et que les scrupules n'embarrassent pas.

" Il les consulta par écrit. Il leur exposa sa doctrine sur le mariage ; leur déclara qu'il ne pouvait se contenter de Christine de Saxe, son épouse... Il dit qu'il était depuis longtemps adonné à des fornications adultères qui inquiétaient sa conscience ; que, les patriarches ayant eu plusieurs femmes, il ne voyait pas pourquoi cette faveur lui serait refusée. " Je ne veux pas, ajouta-t-il, demeurer plus longtemps dans les

34. L'on sait que les nouvelles doctrines ne firent pas d'abord de progrès considérables en France, et qu'en Angleterre elles rencontrèrent un adversaire redoutable, dans la personne de Henri VIII, qui dans son fameux traité des Sept Sacrements défendit la doctrine de l'Eglise contre les Réformateurs ; défense qui lui obtint du Pape Léon X, le titre de Défenseur de la Foi que portent encore les souverains Anglais. La conduite subséquente du monarque fit sans doute un triste contraste avec son livre. Il est cependant remarquable qu'au plus fort de sa révolte contre l'Eglise, il ne recusa jamais l'autorité de la puissance spirituelle dans les matières matrimoniales, et qu'après plusieurs années d'efforts infructueux auprès de la Cour Romaine, pour faire rompre son mariage avec Catherine d'Aragon, pour cause d'empêchement canonique, ce fut en définitive devant une Cour ecclésiastique de son royaume qu'il le fit annuler. Il est vrai que tout en sanctionnant le principe de la puissance spirituelle, il l'avait détournée de sa source, en l'enlevant au Chef de l'Eglise Romaine pour la faire découler de lui-même, comme chef et protecteur de l'Eglise d'Angleterre, mais il n'en avait pas moins reconnu l'autorité. Il est également

“ lacets du démon, et je ne puis ni ne veux en sortir que par cette voie :
 “ *Et alias absque hac viâ me præservare nec possum, nec volo.*”

“ De mon côté, ajoutait-il, si Luther, Mélanchton et Bucer me donnent
 “ le conseil que je leur demande et me mettent à même de vivre et de
 “ mourir plus gaiement, *alacri animo*, pour la cause de l'Evangile, je ferai
 “ tout ce qu'ils me demanderont, selon la religion et l'Evangile, soit qu'ils
 “ me demandent les *biens des monastères*, soit qu'ils désirent avoir d'au-
 “ tres choses...”

“ Il était obligé, ajoutait-il enfin, si ce qu'il demandait lui était refusé,
 “ de se retourner d'un autre côté moins agréable pour ceux à qui il
 “ s'adressait, et de recourir à l'empereur, ennemi de la cause de la Ré-
 “ forme, de qui, moyennant une grosse somme d'argent donnée à un mi-
 “ nistre, il espérait tout obtenir...”

“ Ces considérations étaient bien faites pour toucher les pieux réforma-
 “ teurs, et vous pourrez lire la consultation de Luther, qui finit, après
 “ beaucoup d'exhortations à la vertu, par donner la permission demandée,
 “ à la seule condition que le mariage serait secret. Il insistait sur la diffé-
 “ rence qu'il y a entre établir une loi universelle et user de dispense en
 “ un cas particulier. “ Votre Altesse, lui disait-il, a donc dans cet écrit

digne de remarque que la compétence du droit canonique sur ce point, non plus que sur un grand nombre d'autres, ne fut jamais rejetée en Angleterre, où il est encore en vigueur, comme une des sources des lois du pays, bien que profondément modifié par l'abandon de la Foi Catholique et les changements de discipline.

35. "The Reformation did not extend to the English Ecclesiastical law which was allowed to stand untouched precisely as it had stood in the Catholic ages.—Macqueen, *Law of Marriage and Divorce*, page 31."

"The constitution of marriage in Scotland is governed by the principles of the ancient law of Europe, as that law existed prior to the decree of the Council of Trent; and it corresponds to the law of England, as the law of England stood prior to the passing of Lord Hardwick's act.—Idem, page 18."

A la page 55, l'auteur s'exprime ainsi : "The Ecclesiastical Court never deviated from the canon law. They were bound to follow it. They did so deploring the necessity, even when it worked mischeivous results."

Voyez aussi les remarques de Sir W. Scott dans Proctor et Proctor, Haggard, 2 Con. page 296 et celles du Dr. Lushington

"non-seulement l'approbation de nous tous, mais encore les réflexions que nous y avons faites." Suit une exhortation pressante de ne pas parler de tout cela à l'empereur catholique, "qui met l'adultère au nombre des moindres péchés, et de qui, la foi étant pareille à celle du pape et des Sarrasins, les plaisanteries sont à redouter" sur l'honnête projet du prince réformé.

"Puis le contrat de mariage est passé devant Me Balthazar, notaire à Rottembourg, le 4 mars 1540. Il est expliqué que : beaucoup de prédicateurs doctes, dévots, prudents et chrétiens ont conseillé à Son Altesse de mettre son âme et sa conscience en repos par un double mariage.

"Il était bon que cela fut authentique. On nous accuserait de calomnier la Réforme si cela n'était dit "par-devant notaire." Dieu, lui, aussi, prend quelquefois ses sûretés et veut des actes authentiques. Il faut lire le récit de cette aventure dans l'*Histoire des Variations* et entendre tomber, sur ces abominations, la verge vengeresse de la parole de Bossuet."

dans Phillips et Phillips, 1 Rob. Ecc. page 144 et Ruding vs. Smith, Con. Rep. vol. 1, page 216. (1)

36. C'est donc à ce droit, qu'avant la Réforme le mariage était soumis en Angleterre, comme dans les autres pays de l'Europe. La loi anglaise plus sévère même que celle de la plupart des nations du Continent, attribuait au seul mariage célébré *in facie ecclesie*, l'intégrité des effets du mariage et ne déclarait valable le mariage consensuel qu'à certains égards. L'auteur ci-haut cité qui fait autorité en Angleterre, Macqueen, s'exprime ainsi

(1) Voyez aussi Queen vs. Millis, 10 Cla. et 2 Fin. 534. Catherwood vs. Caslon. Mee et Wel. 261.

Dans Proctor vs. Proctor, Sir W. Scott présidant la Cour Consistoriale de Londres, s'est ainsi exprimé : " There can be no question that the legal nature of the marriage contract in the Country has its entire root in the ancient canon law of Europe ; not indeed since the Reformation, to the full extent of that law, which considered it as an absolute sacrament ; but to the extent of considering it in each case, as an act highly spiritual, consecrated by divine authority and as such indissoluble by human power, for any cause whatever." " Nothing short of an act of parliament can release the courts of this country from the binding authority of the canon law," a-t-il ajouté dans la même cause.

A l'appui de sa sentence, l'éminent juge cite la Décrétale d'Alexandre III, *Tua Fraternalitas*, Liv. 4. Tit. 4, cap. 4. Panorme et Lancelotte sur cette décrétale, et également la Décrétale du même Pape, *Significasti nobis*, L. IV, T. XIX, c. 4.

Dans la cause de Lindo vs. Belisario, 1 Con. Rep. pag. 216, le même Sir W. Scott s'est exprimé dans le même sens.

Dans la session de 1801, une demande de divorce à *Vinculo* fut faite à la Chambre des Lords, par une Madame Addison contre son mari, pour cause d'adultère incestueux, commis après le mariage, avec la sœur de la pétitionnaire. Comme aucun divorce n'avait été demandé jusque-là par une femme contre son mari, la Chambre semblait disposée à rejeter le bill, qu'elle accueillit cependant, à la suite d'un discours chaleureux prononcé en faveur de la mesure, par Lord Thurlow, dont la raison principale (et ce fut là le motif sur lequel les Lords, Lord Eldon, alors Chancelier, y compris, appuyèrent leur assentiment au bill), était que par son adultère avec la sœur de sa femme, le mari avait rendu illicite le rapprochement sexuel entre les époux. Comme cet empêchement d'affinité naturelle entre la femme et le mari produit par le commerce charnel du dernier avec la sœur de l'épouse, était inconnu au droit commun d'Angleterre, il est évident,

à ce sujet. " And herein lay the particularity of the old English
 " law, when viewed in contradistinction to the ancient conti-
 " nental law. By the general law of Europe, prior to the
 " Council of Trent, a consensual marriage was in all respects
 " absolutely perfect. By the law of England a consensual
 " marriage was good only for certain purposes. It did not
 " give the man the right of a husband in respect to the wife's
 " property, nor impose on her the disabilities of coverture,
 " nor render her dowable, nor confer on the issue legitimacy,
 " nor did it make the marriage of either of the parties (living
 " the other) with a third person void, thoug it did make it

quoique les rapports que font de ce débat dans la Chambre des Lords, Woodfall et Lord Campbell, dans sa Vie de Lord Thurlow, n'en disent rien, que son argument était emprunté au droit canon, et qu'il était notamment fondé sur le Décret de Gratien. *Qui dormierit. Causa 32 Quæst. 7, c. 21*, et sur la Décrétale *Si quis cum Aliastrâ, de eo qui cogn. consangu, IV. 13. 1.*

Cette doctrine de Lord Thurlow, adoptée par la Chambre des Lords dans la cause de Madame Addison en 1801, fut également reconnue en 1805 par la même Chambre et en particulier par le Dr. Horsley (Evêque de St. Asaph) une autorité notable de l'époque, dans la cause de Madame Teush. Le même principe que l'adultère incestueux du mari avec une parente de la femme dans les degrés, qui empêcheraient le mari devenu veuf d'épouser cette parente, a été adopté par la commission à la tête de laquelle était Lord Campbell, nommée en 1850, pour faire une investigation sur la nature du divorce. Cette commission dont faisait partie le Dr. Lushington, recommande dans son rapport soumis au Parlement en 1853, de faire de l'inceste du mari sous les circonstances ci-haut, une cause de divorce en faveur de la femme. La loi établissant une cour de divorce en Angleterre, le statut 20, 21. Vict., c. 85, passé en 1857, a adopté cette suggestion, en décrétant que l'adultère du mari avec une personne, que s'il eut été veuf, à l'époque de son commerce charnel, il n'aurait pu épouser, à raison de parenté ou d'affinité dans les degrés prohibés, attribuerait à la femme le droit de demander un divorce.

Pourrait-on trouver un exemple plus profond de l'incarnation du droit canon dans le droit matrimonial de l'Angleterre ?

Il est toutefois digne de remarque que Lord Thurlow et ceux qui ont acquiescé à sa doctrine et l'ont mise en pratique, ont donné une fausse interprétation aux décrétales suscitées, ce que nous ferons voir quand il sera question de l'empêchement d'affinité.

“ voidable. Nevertheless consensual marriages in England
 “ were indissoluble. The parties could not release each other
 “ and either could compel solemnisation in *in facie ecclesiæ*.
 “ The contract was so much a marriage, so completely
 “ *verum matrimonium*, that cohabitation before solemnization
 “ was regarded as fornication, but solely as an ecclesiastical
 “ contempt. An act of infidelity was an act of adultery, and
 “ if either party intered into a second marriage, although in
 “ the most regular manner, it might be set aside, even after
 “ cohabitation and after the birth of children, and the parties
 “ might be compelled to solemnize the first marriage *in facie*
 “ *Ecclesiæ*. page 7 (1)

Après la Réforme, le même droit modifié par le Statut Impérial, connu sous le nom de “ Marriage act ” continua à régir le mariage, qui, sous peine de nullité, dut être pour toutes les croyances religieuses, anglicans comme dissidents, célébré par un clerc ou une personne ecclésiastique (clergyman) ordonné par l’Evêque. Cette nécessité de l’ordination dont doit être revêtue la personne qui célèbre le mariage est d’après la doctrine de l’Eglise Anglicane, on ne peut plus formelle et plus absolue ; mais elle n’est pas non plus exclusive de l’ordi-

(1) Bracton qui écrivait sous Henri VI, dans son quatrième volume, sous la rubrique, *De actione legis*, s’exprime ainsi en latin, qui était l’idiome familier aux savants et aux jurisconsultes de l’époque : *Ideo de matrimonio videndum de quo sequitur dotis exactio. Et ad hoc sciendum quod habet quis legitimam concubinam at ex eâ prolem in concubinato, et postmodum contrahit cum eâdem clandestinum matrimonium et post contractum clandestinum suscitât ab eâ prolem. Item postmodum contrahit cum eâdem publice in facie ecclesiæ et dolat eam ad ostium ecclesiæ. In hoc casu erit ille legitimus qui ex clandestino matrimonio natus fuerit dum tamen hoc probetur et hæreditatem oblinebit. Et ille qui post solemnitatem progenitus fuerit quamvis legitimus nol erit heres propinquior quoad successionem, sed mulier propter solemnitatem et dotis constitutionem in facie ecclesiæ dolum oblinebit.*”

Plus loin l’auteur ajoute : *In clandestino matrimonio nunquam dolum consequetur.*

In England a consensual marriage was good only for certain purposes.

Bla. Com., c. 18, p. 439.

nation reçue en dehors de l'Eglise établie ; des arrêts ont jugé en faveur de la validité des mariages protestants même célébrés par des prêtres ordonnés par l'Eglise Romaine.

37. On trouve à ce sujet dans les *State Trials*, vol. 14, p. 133 et 134, un précédent qui a fait autorité en Angleterre. C'est celui d'un personnage fameux par ses excentricités, connu à la Cour de la Reine Anne, sous le nom du Beau Fielding. Voulant refaire par un riche mariage, les brèches faites à sa fortune, le Beau Fielding avait formé des projets sur une certaine veuve de Londres, du nom de Deleau qu'il n'avait jamais vue, mais dont il connaissait la fortune, au moyen du testament du mari, qu'il s'était procuré secrètement. La veuve qu'il ne vit pas davantage plus tard, ne tint pas compte des nombreuses lettres qu'il lui fit tenir par une émissaire, qui, ayant pour son compte, à se venger de quelque offense reçue du Beau, le persuada du contraire, et aposta une femme de mauvaise vie, nommée Mary Wadsworth, laquelle sous le nom de la veuve, se rendit au lieu désigné pour la célébration du mariage. On fit venir un prêtre catholique attaché à l'ambassade Espagnole, qui maria le Beau avec la prétendue veuve. Quelques semaines après ce mariage clandestin, le Beau Fielding, contracta un mariage régulier et en forme avec la Duchesse de Cleveland, l'ancienne favorite de Charles II. Cependant bientôt fatiguée de cet étrange mari, la Duchesse ne trouva rien de mieux pour s'en délivrer, que de le faire mettre en jugement pour bigamie, à cause de son premier mariage avec la veuve, encore vivante lors du second.

Il subit son procès, fut trouvé coupable, et plaida le bénéfice du clergé. Il eut été marqué d'un fer chaud à la main, châtiment alors décrété pour le crime de bigamie, mitigé par le bénéfice du clergé, si la Reine Anne ne lui eût accordé son pardon.

Subséquentement son mariage avec la Duchesse de Cleveland fut cassé par une Cour Ecclésiastique. (1)

Rien mieux que ce précédent ne fait voir l'importance

(1) La Cour des arches de Cantorbéry.

attachée dans les cours spirituelles et temporelles, en Angleterre, au mariage célébré par un clerc ordonné, qu'il appartint à la dénomination protestante ou à la croyance catholique.

38. Sous le rapport du mariage, comme sous les autres, le droit canonique a cependant subi en ce pays, de graves altérations. Par un statut passé en 1533 dans la vingt-cinquième année de son règne, Henri VIII réduisit l'empêchement provenant de la parenté et de l'affinité, aux degrés prohibés par le Lévitique, ou *par la loi de Dieu*, "by God's laws" suivant le texte de la loi, avec abolition de dispense dans ces degrés et faculté absolue de le contracter dans les degrés plus éloignés. En sécularisant les ordres religieux, le même monarque abolit implicitement l'empêchement provenant des vœux monastiques, et la suppression du célibat des prêtres opérée dans les règnes suivants, fit disparaître l'empêchement de l'ordre. L'empêchement de la disparité du culte ne pouvait subsister avec le nouvel ordre de choses. Les empêchements de clandestinité et de rapt de violence créés par le Concile de Trente n'y furent jamais en force, et l'empêchement *d'honnêteté publique*, soit qu'il ait été aboli ou non, par le statut impérial 26 George II chap. 33, y tomba en désuétude; de sorte qu'en 1763, l'époque de la Cession du Canada à l'Angleterre, les seuls empêchements de droit commun ou de droit canonique qui fussent en force dans ce dernier pays, étaient les empêchements provenant de défaut d'âge, de l'impuissance, du défaut de consentement, d'un mariage préexistant, et de la parenté ou de l'affinité dans les degrés prohibés par le Lévitique. Le droit commun alors en vigueur, qui regardait comme il vient d'être dit, le mariage comme étant soumis au droit canonique et aux tribunaux ecclésiastiques, et qui avait contrairement à la doctrine catholique, concentré la suprématie spirituelle dans le souverain, admettant que celui-ci, en sa qualité de chef de la Religion, avait juridiction compétente sur les lois qui régissent l'union des époux, requérait pour sa validité, la célébration par un clerc ordonné par l'Evêque.

39. En vertu de la maxime que, dans un pays civilisé, conquis ou cédé, les lois du pays régissent les sujets britanniques

qui viennent s'y établir, de même que les anciens habitants du pays, jusqu'à la promulgation de lois nouvelles, moins cependant celles qui touchent à leur religion (1), (et les lois de mariage sont de ce nombre,) le mariage des protestants qui vinrent se fixer en Canada, après la Cession du pays à la Grande-Bretagne, fut soumis aux lois d'Angleterre. La source de ces lois était la même que celle des lois propres aux habitants du pays devenus sujets anglais, mais elles avaient été modifiées pour les anciens sujets, pendant qu'elles étaient restées dans leur intégrité pour les nouveaux. Cependant d'après les principes du droit canonique, commun aux deux populations catholique et protestante, la connaissance des causes matrimoniales appartenait aux tribunaux ecclésiastiques. Le gouvernement d'Angleterre n'érigea pas de Cours spirituelles dans la Colonie et les officialités avaient disparu avec l'ancien régime. De là une lacune dans l'administration des lois du mariage qui devenaient du ressort des tribunaux civils. Cette juridiction s'établit sans inconvénients appréciables, il est vrai, pour les protestants. Reconnaissant, comme nous l'avons déjà dit, la suprématie spirituelle du roi dans les choses religieuses, ils en sont venus par voie de conséquence, à attribuer au pouvoir civil une vraie compétence sur le lien conjugal, qui n'est plus pour eux un sacrement et les cours spirituelles ne sont plus aujourd'hui qu'une institution surannée dont ils se sont débarrassés en grande partie. Mais il n'en fut pas ainsi pour les catholiques, qui, sans blesser leur croyance ne pouvant s'adresser aux tribunaux civils jugés par eux incompetents dans les causes matrimoniales, non plus qu'aux officialités qui n'existaient plus, durent alors ainsi que l'enseignent les canons, s'adresser à la juridiction gracieuse ou volontaire des Evêques, par des recours extra-judiciaires.

40. Sous le nouveau régime, le mariage des catholiques continua à se célébrer par leurs prêtres comme il l'avait été sous l'ancien, sans plus rompre avec les traditions du passé sous ce rapport, que sous les autres rapports religieux protégés par les

(1) Howard—The laws in the British Colonies. Introduction X.

traités et la Constitution. La célébration du mariage des catholiques suivit donc son cours ordinaire et ne fut exposée à aucun froissement. Il n'en fut pas ainsi pour tous les protestants. La loi Anglaise ne reconnaissant comme vraie Religion que la Religion d'Etat, celle dont le souverain est chef et protecteur, et de vraie Eglise que l'Eglise établie, c'est-à-dire l'Eglise d'Angleterre et celles qui sont en communion avec elle, ne regardait comme valide, que le mariage célébré par un clerc ordonné. Cette Eglise prétendant conserver la hiérarchie ecclésiastique et l'Episcopat avec son caractère de perpétuité et son pouvoir d'ordination, il était naturel que le seul prêtre ordonné par l'Evêque, suivant les règles de cette hiérarchie et tenant ses pouvoirs du chef même de l'Eglise, c'est-à-dire du monarque anglais, put en exercer la juridiction et en dispenser les cérémonies. Mais il n'en était pas ainsi pour les dissidents séparés de l'Eglise établie, lesquels ne reconnaissant pas la hiérarchie, et d'ordre plus élevé dans l'Eglise que celui du prêtre, regardaient comme une atteinte à leur liberté religieuse, l'obligation de célébrer leurs mariages devant d'autres ministres que les leurs. Ils n'avaient, en Angleterre, subi qu'à regret le joug de lois qu'ils considéraient comme injustes.

41. Ni la loi anglaise, ni la loi française ne reconnaissent donc, aux ministres dissidents le droit de célébrer le mariage en Canada. Quoique les ministres de l'Eglise unie d'Angleterre et d'Irlande et ceux de l'Eglise d'Ecosse, eussent clairement ce droit, d'après la loi Anglaise, un statut Provincial passé en 1795 (1) pour uniformiser la tenue des statuts des Régistres de l'Etat-civil a cependant jugé à propos de le leur confirmer. Il s'écoula depuis cette loi un intervalle de trente-quatre ans, sans que la Législature ait accordé le même droit aux dissidents. En 1829 une loi fut passée pour autoriser les Rabbin à célébrer le mariage des Juifs ; (2) la même autorité fut donnée la même année aux ministres méthodistes Wesleyens, (3) et depuis cette époque les différentes Eglises ou

(1) 35 G. III, c. 4.

(2) 9 G. IV, c. 75.

(3) Même statut et 13 et 14 Vict., c. 47.

Congrégations de dissidents habitant le Bas-Canada, par une succession de lois faites par les différents corps législatifs, sous les diverses Constitutions qui se sont succédées, obtinrent le même privilège. En 1860 les Quakers reçurent la faculté de se marier suivant leurs usages et un grand nombre d'autres statuts furent passés, pour confirmer les mariages des différentes dénominations de protestants, pour le temps écoulé avant les lois que nous venons de citer. Des mariages célébrés par des juges de Paix furent également confirmés par dispositions législatives. (1) On doit sur le tout, conclure que la Législature a eu l'intention d'accorder, quand elle ne l'a pas fait expressément, aux dissidents, aux Juifs et aux Quakers, la même faculté de célébrer leur mariage, suivant leurs rites, que celle dont jouissent les catholiques et les membres de l'Eglise Unie d'Angleterre et d'Irlande et celle d'Ecosse.

Cette tolérance législative n'a rien qui doive surprendre, chez une nation qui professe la liberté des cultes, comme une maxime de droit public et qui regarde la liberté de conscience, comme la sauvegarde de sa liberté politique.

Il suit de cet exposé, que le mariage catholique, avec ses conditions de validité et de durée prescrites par le droit canonique et avec son attribut propre, de n'être soumis sous le triple rapport du lien, des fiançailles et de la cohabitation, qu'à la puissance spirituelle de l'Eglise Romaine, était parfaitement reconnu par la loi du Bas-Canada à l'époque de la codification : qu'il en était ainsi du mariage anglican, avec son caractère également propre de n'être célébré validement que par un mi-

(1) 7 G. IV, c. 2, s. 2, *confirmant les mariages célébrés par des ministres e l'Eglise d'Ecosse.*

44 G. III, c. 11, *confirmant les mariages célébrés par divers ministres du culte, et par des juges de paix.*

1 G. IV, c. 19, *confirmant certains mariages dans le district de Gaspé.*

5 G. IV, c. 25, *confirmant certains mariages célébrés dans le district de St. François.*

2 Guil. IV, c. 51, *confirmant certaines entrées failes dans les Registres à Gaspé.*

18 V. c. 245, *confirmant les mariages célébrés par un nommé W. Mc Wattie.*

nistre ordonné canoniquement suivant les lois de l'Eglise établie, c.-à-d. ordonné par un Evêque soumis à la puissance spirituelle du Roi d'Angleterre, mais aussi avec soumission à la puissance civile pour ses autres conditions de validité et de durée ; et que le mariage des dissidents, des Juifs et des Quakers, contracté suivant les lois de leurs Eglises respectives, mais à la condition expresse d'être célébré, pour les dissidents et pour les Juifs, par un ministre ou Rabbin, et pour les Quakers suivant leurs rites et leurs usages, jouissait de la même faveur que le mariage catholique et le mariage anglican.

N'oublions pas ces distinctions qui sont fondamentales et que l'on pourrait appeler les pierres d'assise du présent Titre. Nous nous en servons pour découvrir la pensée du Code restée assez confuse dans le texte, sur leur perpétuation, quoique rendue plus clairement par les Rapports des Codificateurs, dont nous nous autoriserons également dans l'interprétation que nous en donnerons.

Ayant à codifier les lois d'un pays dont les institutions sont empreintes du sentiment religieux, les Rédacteurs du Code Canadien ne pouvaient pas, sans trahir leur mission, suivre l'exemple des Rédacteurs du Code Français et civiliser le mariage. Ils devaient lui conserver son caractère religieux pour tous les cultes, catholique, protestant, et juif. Ils ne pouvaient pas non plus, sans violer la liberté des cultes et violenter les consciences, le soumettre à la même loi ou faire une loi générale sur le mariage. Ils durent donc n'innover en rien, et conserver au mariage de chaque croyance religieuse, les conditions identiques de forme et de validité qu'il avait par la loi ancienne, les usages et les coutumes en force. " Dans la " vue," disent les Rédacteurs dans leur premier Rapport sur le présent Titre, de " conserver à chacun la jouissance de ses " usages et pratiques, suivant lesquels la célébration du " mariage est confiée aux ministres du culte auquel il appar- " tient, sont insérées dans ce livre, plusieurs dispositions qui, " quoique nouvelles quant à leur forme, ont cependant leur " source et leurs raisons d'être dans l'esprit sinon dans la lettre " de notre législation."

[ARTICLE 411.]

défait de son droit ; la copie et la communication qu'il en a eues dans la première instance ne lui ont donc pas donné une connaissance assez certaine du droit du demandeur, pour le constituer en mauvaise foi

*Cod. Lib. 3 Tit. 32. De rei vind. } L. II. Si quis sciens alie-
num agrum sevit, vel plan-
tas imposuit : postquam hæ radicibus terram fuerint amplexæ,
solo cedere rationis est. Domini enim magis segetem, vel
plantas, quam per hujusmodi factum, solum suum facit. Sane
eum, qui bonâ fide possidens, hoc fecerit, per doli mali ex-
ceptionem contra vindicantem dominium servare sumptus,
juris auctoritate significatum est.

L. 12. In civile atque inusitatum est, quod postulas, ut man-
cipium, quod tradidisti, et eo modo dominium ejus transtu-
listi, invito eo, ex nostro Rescripto tibi assignetur. Unde
intelligis, ancillæ semel emptoris factæ filios etiam postea
natos, ejus dominium sequi, cujus mater eorum eo tempore
fuerit. Sane de pretio, si non hoc ante probatum fuerit te rece-
pisse, conveni adversarium tuum.

* Pothier, Vente, } Lorsque le vendeur a vendu et livré la
No. 325. } chose sans le consentement du propriétaire,
il est évident qu'il n'a pu transférer à l'acheteur un droit de
propriété qu'il n'avait pas : *nemo plus juris ad alium tranferre
potest quam ipse habet* ; l. 54, ff. de reg. jur. La tradition qui
est faite à l'acheteur n'est pas pour cela sans effet. Si elle ne
lui transfère pas la propriété, elle lui donne la possession
civile de la chose ; et cette possession civile, lorsqu'elle est
accompagnée de bonne foi, donne à l'acheteur : 1^o le droit de
percevoir les fruits ; sans obligation de les rendre au vrai
propriétaire qui, par la suite, revendiquerait la chose ; 2^o la
possession de bonne foi, après une durée de dix ans, lorsque

[ARTICLE 411.]

le propriétaire demeure dans la même province que le possesseur ; ou après une durée de vingt ans, lorsqu'ils demeurent en différentes provinces, fait acquérir à l'acheteur la propriété de la chose que son vendeur n'avait pu lui transmettre : ce qui s'appelle *prescription* ou *usucapion*.

On appelle *bonne foi*, l'opinion où est le possesseur que la chose appartenait à celui de qui il l'a acquise, et qu'il avait le pouvoir de l'aliéner.

Cette opinion se présume dans tout possesseur qui rapporte un titre de sa possession (à moins que le contraire ne paraisse.

(Voyez arts. 2232, 2251, 2252. C. C. B. C.)

* *Pothier, Int. aux Cout.* } La possession n'est pas propre-
 No. 107. } prement un droit dans la chose, puisqu'on peut posséder une chose sans y avoir droit ; et que la possession consiste dans le simple fait de posséder. Néanmoins, cette possession a des effets de droit qui consistent, 1^o en ce que le possesseur est présumé propriétaire de la chose jusqu'à ce que le vrai propriétaire ait pleinement justifié sa propriété ; (1)

2^o En ce qu'elle donne au possesseur des actions contre ceux qui l'y troubleraient ou qui l'en dépouilleraient. 3^o En ce que, lorsqu'elle est accompagnée de bonne foi, elle donne au possesseur le droit de retenir les fruits qu'il a perçus jusqu'au jour de la demande ; 4^o enfin, en ce qu'elle fait acquérir au possesseur le droit de propriété au bout du temps requis par la prescription.

* *Pothier, Cout. d'Orl. Int. au tit.* } Les vices de violence et de
 21, sec. 1, § 2, No. 8. } clandestinité diffèrent du vice de simple mauvaise foi, lequel peut se contracter pendant tout

(1) Note de M. Bugnet :—Cet effet doit se restreindre aux immeubles ; car en ce qui concerne les meubles, la possession est elle-même un titre de propriété, C. N. art. 2279).

[ARTICLE 411]

le cours de la possession : car quoique j'aie acquis une chose de bonne foi en vertu d'un juste titre, si depuis je viens à avoir la connaissance qu'elle appartient à un autre que celui de qui je l'ai acquise, cette connaissance infecte ma possession du vice de mauvaise foi. (Note de M. Bugnet : ce qui produira des effets quant à la restitution des fruits art. 549 et 550 C. N.).

* *Pothier, Propriété*, } Suivant les principes du droit romain,
 No. 337. } le possesseur de bonne foi n'est point
 sujet à la restitution des fruits qu'il a perçus avant la litis-
 contestation, sauf de ceux qui se trouveraient alors extants
 en nature ; mais il est tenu de tous les fruits depuis la litis-
 contestation, de même que le possesseur de mauvaise foi :
*Certum est malæ fidei possessores omnes fructus præstare ; bonæ
 fidei veró, extantes post litiscontestationem universos ; L. 22, C.
 de Rei vind.*

• La raison de différence entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, par rapport aux fruits perçus pendant tout le temps de leur possession, qui a précédé la litiscontestation, et qui ont été consommés, et ne se trouvent pas, par devers le possesseur, extants et en nature, est évidente. Le possesseur de mauvaise foi ayant connaissance que la chose ne lui appartient pas, a pareillement connaissance que les fruits qu'il perçoit de cette chose ne lui appartiennent pas ; et par cette connaissance qu'il en a, il contracte l'obligation de les rendre au propriétaire de la chose à qui ils appartiennent ; laquelle obligation naît de ce grand principe de la loi naturelle : *Bien d'autrui ne retiendras à ton escient*. Il ne peut, en consommant ces fruits, se décharger de l'obligation qu'il a contractée de les rendre, et d'en faire raison au propriétaire.

Au contraire, le possesseur de bonne foi qui, ayant la chose en vertu d'un juste titre, a un juste sujet de croire qu'elle lui

[ARTICLE 411.]

appartient, ne contracte pas envers le propriétaire l'obligation de la lui rendre, ni de lui en rendre les fruits ; cette obligation n'étant contractée que par la connaissance qu'a le possesseur que la chose ne lui appartient pas. Lors donc que le propriétaire paraît, et lui fait connaître par la litiscontestation son droit de propriété, ce n'est que de ce jour-là que ce possesseur contracte l'obligation de rendre les choses qu'il possède, appartenant à ce propriétaire ; il ne peut donc être obligé à lui rendre que la chose revendiquée, et les fruits qu'il en a perçus, qui sont encore pardevers lui extants en nature (1).

A l'égard des fruits perçus avant la litiscontestation, qu'il a consommés, ou dont il a disposé pendant que durait la bonne foi de sa possession ; les ayant consommés de bonne foi, et avant qu'il ait pu contracter aucune obligation de les rendre, il ne peut en être aucunement tenu envers le demandeur. La qualité de possesseur de bonne foi qu'avait ce possesseur, le faisant réputer propriétaire de la chose, tant que le véritable possesseur ne se faisait pas connaître, lui donnait, par rapport à la chose qu'il possédait de bonne foi, les mêmes droits qu'à un propriétaire ; *Bona fides tantumdèm possidenti præstat quantum veritas* ; L. 136, ff. de Reg. jur., et par conséquent le droit de percevoir à son profit les fruits de la chose qu'il possède de bonne foi, de les consommer, et d'en disposer de même que s'il en était le véritable propriétaire. C'est pourquoi Justinien, au titre des Institutes de *Rer. divis.* § 35, dit :

(1) Note de M. Bugnet.—Notre Code ne reproduit point cette distinction entre les fruits encore existants et ceux consommés, il déclare simplement que le possesseur de bonne foi fait les *fruits siens*, et l'art 138, C. civ. emploie une expression encore plus énergique, ils GAGNERONT les fruits par eux perçus de bonne foi. Si c'est un gain résultant de la perception de bonne foi, il n'y a aucune restitution à faire lors même que les fruits existeraient encore.

Art. 138 : “ Tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les actions “ ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession, gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi.”

[ARTICLE 411.]

Si quis à non domino quem dominum esse crediderit, bonâ fide fundum emerit, vel ex donatione aliâve quâlibet justâ causâ bonâ fide acceperit, naturali ratione placet fructus quos percepit ejus esse pro culturâ et curâ, et ideó si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.

Observez que ce qui est dit par Justinien, “ que les fruits que le possesseur de bonne foi perçoit, lui sont acquis *pro culturâ et curâ* ”, est dit *enuntiativè*, parce qu’ordinairement les fruits sont la récompense des soins que le propriétaire ou le possesseur de bonne foi apporte à la culture de l’héritage ; mais cela ne doit pas s’entendre *restrictivè*, à l’effet de restreindre le droit que la bonne foi donne au possesseur de percevoir à son profit les fruits, aux seuls fruits industriels pour la production desquels il est besoin de culture ; il est au contraire constant que la bonne foi donne ce droit pour tous les fruits, aussi bien pour les fruits naturels que la terre produit sans aucune culture, que pour les industriels. C’est ce que nous enseigne Paul : *Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus ex alienâ re, suos INTERIM facit, non tantùm eos qui diligentia et operâ ejus pervenerunt, sed omnes ; quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est ;* L. 48, ff. de Acq. rer. dom. 388. Remarquez ces termes de la loi, *fructus INTERIM suos facit*. Le droit que la bonne foi donne au possesseur de percevoir à son profit les fruits de l’héritage, n’est fondé que sur ce qu’elle le fait réputer propriétaire de l’héritage ; de même donc qu’elle ne le fait réputer tel que jusqu’à ce que le véritable propriétaire paraisse, elle ne peut non plus lui donner le droit d’en percevoir à son profit les fruits, que jusqu’à ce que le propriétaire paraisse, et justifie de son droit : le domaine des fruits que la bonne foi lui fait acquérir, ne peut donc être qu’un domaine sujet à se résoudre, et qui se résout effectivement, lorsque le véritable propriétaire de la chose parait et la revendique (1).

(1) Note de M. Bugnet.—Notre Code y voit au contraire une propriété absolue et non résoluble.

[ARTICLE 411.]

C'est pour cette raison que (comme nous l'avons déjà dit) le possesseur de bonne foi, suivant le droit romain, doit rendre au demandeur en revendication les fruits qu'il a perçus, quoiqu'avant la demande, lorsqu'ils se trouvent par devers lui existants en nature, le domaine de ces fruits, que la bonne foi du possesseur lui avait fait acquérir, se résolvant en ce cas par la revendication du véritable propriétaire.

2 *Marcadé, sur art.* } I.—415. On appelle simple possesseur,
549 C. N. } ou tiers possesseur, celui qui détient un bien à titre de propriétaire sans l'être réellement. Nous verrons, sous l'article suivant, sous quelles conditions le possesseur est réputé de bonne foi.

C'est un principe de notre droit, principe proclamé sous une rédaction très-vicieuse par l'art. 2279, qu'en fait de choses mobilières la possession de bonne foi opère instantanément la prescription, et rend dès lors immédiatement propriétaire. Donc, quand un tiers possède de bonne foi l'immeuble appartenant à autrui, les différents produits de cet immeuble, devenant meubles par leur séparation du fonds, et se trouvant ainsi mobilisés pendant et sous la possession du tiers, deviennent à l'instant même sa propriété. Nous avons déjà vu ce résultat sous l'art. 138, où nous avons indiqué la différence qui existe sous ce rapport entre notre droit français et le droit romain : dans le droit romain, c'était seulement par la consommation des produits que le tiers, possesseur de bonne foi se trouvait à l'abri de la revendication du propriétaire.

Le principe qui attribue les fruits au possesseur de bonne foi ne reçoit aucune exception, et le juge ne peut jamais soumettre un possesseur à la restitution des fruits qu'autant qu'il constate la mauvaise foi de ce possesseur. Une décision ordonnant une restitution de fruits pour tout autre motif que la mauvaise foi constatée du possesseur encourrait la cassation.

II.—416. Il existe, quant aux fruits ou autres produits, plu-

[ARTICLE 411.]

sieurs différences entre l'acquisition du possesseur de bonne foi et celle de l'usufruitier et du fermier.

L'usufruitier et le fermier ont seulement le droit de jouir, c'est-à-dire le droit de recueillir les fruits. D'abord, ils ne peuvent recueillir que les *fruits* : ainsi, ils ne peuvent ni ouvrir des carrières, tourbières, etc., ni couper les futaies qui ne sont pas aménagées ; les arbres qu'ils abattraient dans des futaies non aménagées, ou sans suivre les règles de l'aménagement, ne leur appartiendraient pas. Le possesseur de bonne foi, au contraire, fait siens, dès l'instant de leur séparation, tous les produits quels qu'ils soient, puisque tous deviennent meubles par leur séparation du sol. La première partie de notre article, où il n'est question que des fruits, est donc inexacte, comme le prouve le reste de l'article, et aussi la rubrique du chapitre.—L'usufruitier et le fermier n'ont que le droit de *recueillir* les fruits ; ces fruits ne leur appartiennent qu'autant qu'ils sont perçus par eux ou en leur nom : ainsi, des fruits tombés d'eux-mêmes ou par un coup de vent ne leur appartiendraient pas encore. Au contraire, c'est dès l'instant de leur séparation, par quelque cause qu'elle soit opérée, que les produits de toute espèce appartiennent au possesseur de bonne foi, puisque c'est leur séparation qui produit leur mobilisation, et que cette mobilisation se réalise nécessairement sous sa possession, laquelle produit immédiatement la prescription.

A Rome et dans notre ancien droit, où l'on ne connaissait pas le principe de la prescription des meubles par la possession instantanée, le possesseur de bonne foi gagnait cependant tous les produits de la chose, cette acquisition des produits se faisant alors *lege ipsâ*, par la loi, la dernière des sept causes d'acquisition. Aujourd'hui, au contraire, tout meuble (non perdu ni volé) se prescrivant par un instant de possession de bonne foi, cette même acquisition se trouve être un cas de prescription et une application de l'art. 2279.—Quant à cette idée, que l'usufruitier et le fermier n'acquièrent les fruits que par la

[ARTICLE 412.]

perception, elle est sans importance pratique, et le résultat dernier est le même que s'ils les acquéraient aussi dès l'instant de la séparation ; car eux seuls ayant le *droit de percevoir*, ils pourraient poursuivre tout individu qui les a empêchés de percevoir un produit en l'enlevant indûment, et lui demander indemnité.

Quant aux différences qui existent entre l'usufruitier et le fermier, on les comprendra par l'explication successive des titres *De l'Usufruit* et *Du Louage*.

417. Au reste, dans les différents cas d'un tiers possesseur, d'un usufruitier ou d'un locataire, c'est toujours au propriétaire que les fruits appartiennent jusqu'à la séparation de la chose productrice, comme ne faisant qu'un seul et même tout avec cette chose.

* *C. N. art.* } Le simple possesseur ne fait les fruits siens
 549. } que dans le cas où il possède de bonne foi : dans
 le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la
 chose au propriétaire qui la revendique.

412. Le possesseur est de bonne foi lorsqu'il possède en vertu d'un titre dont il ignore les vices, ou l'avènement de la cause résolutoire qui y met fin. Cette bonne foi ne cesse néanmoins que du moment où ces vices ou cette cause lui sont dénoncés par interpellation judiciaire.

412. A possessor is in good faith when he possesses in virtue of a title the defects of which as well as the happening of the resolatory cause which puts an end to it are unknown to him. Such good faith ceases only from the moment that these defects or the resolatory cause are made known to him by proceedings at law.

[ARTICLE 412.]

* *ff. de verb. signif.* } Bonæ fidei emptor esse videtur, qui
 l. 109. } ignoravit eam rem alienam esse : aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem, aut tutorem esse.

Voyez les autorités citées sous articles précédents.

* 2 *Marcadé, sur* } I.—418. Le possesseur de bonne foi est
 art. 550 C. N. } celui qui se croit propriétaire, et qui a un juste motif de se croire tel, parce que sa possession repose sur un *titre* qui lui aurait réellement transmis la propriété, s'il n'avait pas été entaché d'un vice que ce possesseur ne connaît pas.

Ainsi, il possède à *titre* d'acheteur, de donataire, de légataire, de coéchangiste, d'héritier, etc. ; mais la personne qui lui a transmis ce bien n'était pas elle-même propriétaire, ou bien elle était incapable, ou bien encore l'acte de donation ou de testament est nul en la forme, et le possesseur ignore ces circonstances.

II.—419. Au reste, il ne faut pas confondre la bonne foi requise pour cette prescription instantanée des produits avec celle qu'exigent les art. 2265 et suivants pour l'acquisition de l'immeuble lui-même par la prescription de dix ou vingt ans.

1^o La bonne foi requise pour la prescription de dix ou vingt ans exige des conditions plus sévères ; elle n'existe pas quand le titre est nul par défaut de formes (art. 2267) ; ici, au contraire, il suffit que le possesseur ignore les vices de son titre, quels que soient ces vices.

2^o Dans la prescription de dix ou vingt ans, il n'est pas nécessaire que le possesseur soit de bonne foi au moment que la prescriptien s'accomplit ; il suffit qu'il l'ait été quand la possession a commencé (article 2269) ; ici, la prescription s'accomplissant instantanément et séparément pour chaque perception des produits, c'est au moment même de la perception,

[ARTICLE 412.]

et pour chaque perception en particulier, que la bonne foi est requise ; le simple possesseur, dit l'art. 549, ne fait les fruits siens que dans le cas où *il possède* de bonne foi, et il cesse d'être de bonne foi, dit l'art. 550, *du moment* où les vices lui sont connus. Ainsi, supposons deux possesseurs, dont l'un n'a été de bonne foi que dans les premiers jours de sa possession, tandis que l'autre l'a toujours été : après plusieurs années de possession, ils seront, quant à la prescription de l'immeuble, dans une position absolument semblable, continuant tous deux une possession toujours utile, et qui produira les mêmes effets ; mais quant à la prescription des produits, quelle différence entre eux ! Que la revendication s'exerce avant la prescription de l'immeuble accomplie, et le premier sera tenu de rendre tous les fruits, tandis que le second les conservera tous.—Que si le nombre d'années voulu pour la prescription de l'immeuble s'accomplit ; si le délai de dix ou vingt ans, selon les cas, s'écoule sans réclamation, il n'y a plus de différence : tous deux se trouvant alors propriétaires de l'immeuble même, tous les produits antérieurement perçus tombent sous leur propriété, comme y tomberont tous ceux qu'ils recueilleront ensuite.

3. Un héritier étant, légalement parlant, la continuation de la personne de son auteur, il s'ensuit que quand cet auteur a commencé sa possession de l'immeuble avec mauvaise foi, la possession de l'héritier (laquelle ne fait qu'un avec la possession de l'auteur et n'en est que la continuation) ne peut pas être utile ; en sorte que cet héritier, possédât-il lui-même de bonne foi plus de dix ou vingt ans, ne pourrait pas prescrire (art. 2237). Ici, au contraire, et en ce qui touche les produits, l'héritier de bonne foi restera bien tenu de restituer les fruits que son auteur avait recueillis de mauvaise foi, mais il fera siens ceux qu'il recueillera lui-même (1).

(1) Douai, 1^{er} juillet 1840, 15 mai 1847 ; Cass. (d'un arrêt de Bourges), 24 mai 1848 ; Orléans, 11 janvier 1849 (Dall. 41, 2, 96 ; Dev., 47, 2, 564 ; 49, 1, 125, et 2, 139). — *Conf.* Demolombe, (I, n^o 612) ; Aubry et Rau (II,

[ARTICLE 412.]

* *Pothier, Int. au titre des cas posses- } C'est en conséquence*
soires, sec. 3 § 3, No. 54. } de ce droit (du droit du
 possesseur de bonne foi d'acquérir irrévocablement tous les
 fruits qu'il perçoit pendant tout le temps que la bonne foi de
 sa possession dure) que, lorsqu'un possesseur de bonne foi
 d'un héritage est condamné à le délaisser sur la demande en
 revendication du propriétaire, il n'est condamné à restituer
 aucuns fruits, si ce n'est ceux qu'il a perçus depuis la demande
 du propriétaire, qui a donné copie de ses titres de propriété
 par l'exploit : car ayant été informé par la copie de ces titres
 du droit du propriétaire, la bonne foi de sa possession est cen-
 sée avoir cessé du jour de la demande ; l. 25, § 7, ff. de pet.
 hered. Observez que notre jurisprudence est plus favorable
 aux possesseurs de bonne foi que ne l'était le droit romain :
 car par le droit romain il n'était déchargé de la restitution des
 fruits perçus avant la demande, que lorsqu'ils étaient *con-*
sumpti aut usucapti. Il était tenu de restituer ceux qui se trou-
 vaient en nature, *extantes* (L. 22, Cod. de *rer vind.*), quoique
 perçus et coupés avant la demande ; mais par notre jurispru-
 dence, il est déchargé indistinctement de tous les fruits perçus
 et coupés avant la demande.

* 2 *Malleville sur art. } En fait, dans la jurisprudence uni-*
 550, C. N. } verselle de la France, le possesseur était
 présumé de bonne foi jusqu'à l'interpellation judiciaire, et ce
 n'était que dès lors qu'on le condamnait à restituer les fruits,
 d'après les lois 25, § 7, ff. de *Hæred. pet. et certum* ; Cod. de *rei*
vind. suivies par l'art. 94, de l'ordonnance de 1629. Voyez
 Domat, tom. 2, liv. 3, tit. 5, section 8, art. 17 ; Catellan, liv. 4,
 ch. 41 ; Furgolle, sur l'art. 41 de l'ordonnance de 1731 ; Argou,
 liv. 4, ch. 17 ; Serres, Inst. p. 124, etc.

Le principe était même porté si loin, que si le véritable pro-
 priétaire laissait périmer l'instance qu'il avait d'abord inten-

§ 206, p. 272, note 20). *Contrà* ; Cass., 10 juin 1857. (Dev., 58, 1, 59 ; Dall., 58, 1, 117 ; J. Pal., 58, 886).

[ARTICLE 412.]

tée, le possesseur était censé remis en bonne foi, et ne devait les fruits que du jour de la nouvelle demande : Lapeyrère et les auteurs qu'il cite, lett. P. N. 25.

* 3 *Toullier*, } Mais quand sont-ils censés lui être suffisam-
p. 49. } ment connus ?

Cette question, abandonnée à la prudence des juges, peut occasionner bien des procès, que l'ancienne jurisprudence prévenait. D'ailleurs, l'art. 550 n'est point en harmonie avec les autres dispositions du Code, qui n'admettent les intérêts que du jour de la demande; car les fruits et les intérêts sont au fond la même chose.

* 3 *Encyclopédie Sebire et Carteret*, } La bonne foi consiste
vbs. *bonne foi*, p. 235. } dans la conviction intime que nous avons de la justice de notre droit ou de la réalité d'un fait, d'une circonstance, etc., etc.—La bonne foi, loin de dépendre de la puissance et de la légitimité du droit repose au contraire sur l'*erreur*.

1° Quels sont les éléments qui constituent la bonne foi ? Quand une personne peut-elle être réputée avoir été de bonne ou de mauvaise foi ? Il est impossible, on le comprend, d'établir ici une règle générale : tout, dans cette appréciation, est subordonnée aux nombreuses circonstances de faits qui peuvent varier à l'infini, selon la nature des contrats, la position et la qualité des parties. C'est aux tribunaux, ainsi que l'a décidé la Cour de Cassation, qu'il appartient d'apprécier d'une manière souveraine les faits qui constituent la bonne ou la mauvaise foi, (13 déc. 1830. S.—V. 31, 1, 24 ; D. P. 31, 1, 8.

Aussi le législateur, qui a pris soin de fixer, dans plusieurs dispositions de nos Codes, les effets que doit produire la bonne foi, n'a déterminé qu'une seule fois, et relativement à la *possession*, les caractères qui constituent la bonne foi. " Le pos-

[ARTICLE 412.]

sesseur est de bonne foi, dit l'art. 550, C. Civ., quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus (art. 550). En toute autre circonstance, et dans les différents contrats ce sera donc à la sagesse des tribunaux à prononcer.

2^o De ce que la bonne foi repose sur l'erreur il ne faudrait pas conclure qu'une crédulité excessive dût être admise par le juge ; il faut que l'erreur soit probable, et ait été possible en raison des circonstances et de la position des parties.

Du reste, si l'on ne peut poser de règle générale, il ne faut pas oublier cette maxime que, personne n'étant censé ignorer la loi, on n'est jamais de bonne foi lorsqu'on ne se conforme pas aux lois.

Par suite, nul ne serait admis à justifier de sa bonne foi pour cause d'une *erreur de droit* de sa part : c'est ce principe qui a été consacré par l'art. 1356 C. C., qui porte : " L'aveu judiciaire ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit." V. Aveu Nos. 26, 27.

3^o Le droit romain et ces interprètes avaient divisé les conventions en contrats de *bonne foi* et en contrats de *droit étroit*. Dans les premiers, il était permis de demander, non seulement ce qui était expressément contenu dans le contrat, mais encore ce qui ne s'y trouvait pas exprimé, si l'équité et la bonne foi l'exigeaient ; au lieu que, dans les autres, on ne pouvait rien exiger au-delà de ce qui avait été promis ou de ce qui était expressément stipulé. (V. *Inst. De actionibus* § 30).

Le législateur français, loin d'admettre cette division des contrats, a posé d'une manière générale un principe contraire ; car, après avoir dit dans l'art. 1134 C. Civ. " que les conventions doivent être exécutées de *bonne foi*, il ajoute dans l'art. 1135 C. Civ., " qu'elles obligent non-seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toute les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après la nature."

[ARTICLE 412.]

Voyez autorités citées sous art. 411.

* 2 *Argou, Liv. 4, ch. 17, p. 501.* } Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens sans aucune distinction ; et nous n'observons pas dans notre usage la différence du droit romain entre les fruits consommés et ceux qui ne le sont pas ; nous n'examinons point si le possesseur de bonne foi est devenu plus riche par la perception des fruits, il suffit que les fruits naturels aient été recueillis et que les fruits civils soient échus pour appartenir au possesseur de bonne foi ; il n'est tenu d'aucunes réparations avant la contestation en cause, et jusque-là il lui a été permis de négliger, ou même de ruiner la chose qu'il croyait avec raison lui appartenir ; mais le possesseur de bonne foi doit les fruits échus depuis la contestation en cause, comme aussi les dégradations arrivées par son fait ou par sa négligence depuis ce temps-là ; car dès-lors il a commencé de connaître que la chose ne lui appartenait pas.

Sirey et Gilbert sur art. 550, C. N. } 2. (*Améliorations*). Le possesseur de mauvaise foi d'un immeuble, qui a fait des améliorations à cet immeuble et qui a été condamné à restituer les fruits produits par l'immeuble amélioré, a droit au remboursement des sommes qu'ont coûté ces améliorations, avec les intérêts.—27 mars 1843, Agen. [S. V. 43. 2. 511.—D. P. 44. 2. 1.—P. 44. 1. 399.]

3. (*Appel*). Le possesseur doit la restitution des fruits du jour de la réclamation du véritable propriétaire, alors même qu'après avoir succombé en première instance, le véritable propriétaire est resté longtemps sans interjeter appel : quelle qu'ait été la durée du silence du véritable propriétaire, la bonne foi du possesseur est réputée avoir cessé du moment du moment de la demande.—25 juil. 1826, Caen. [S. 28. 2. 131 ; C. N. N.—D. P. 28. 2. 151.]

[ARTICLE 412.]

5. (*Bordereau de collocation.*) Sont réputées reçues de bonne foi les sommes payées en vertu d'un bordereau de collocation délivré sur un jugement non attaqué, bien que plus tard le titre de la créance colloquée soit annulé, comme consenti par une femme dont tous les biens étaient dotaux.— 2 juill. 1827, Cass. [S. 27. 1. 496 ; C. N. 8.—D. P. 27. 1. 289.]

6. (*Cassation.*) L'acquéreur évincé par suite d'un arrêt qui casse un autre arrêt, lequel avait déclaré son vendeur propriétaire, ne peut être condamné à restituer les fruits, qu'à compter du jour de la demande en éviction : l'espérance qu'il a dû avoir que le titre de son vendeur serait confirmé suffit pour établir sa bonne foi.— 14 août 1809, Bordeaux. [S. V. 11 2. 85 ; C. N. 2.]

7. Jugé au contraire que la partie qui obtient un arrêt et qui, en vertu de cet arrêt, se fait payer un capital, ne jouit pas de ce capital avec bonne foi, de manière à faire nécessairement les *fruits siens*.— Encore bien que les arrêts de cours royales soient réputés avoir l'effet de la *chose jugée*, leur existence est tellement subordonnée à l'évènement d'une cassation, que la confiance du porteur de l'erreur ne peut être pleine et entière.— 11 nov. 1828, Rej. [S. 28. 1. 409 ; C. N. 9.—D. P. 28. 1. 439.]

14. (*Echéance.*)—Le possesseur évincé doit restituer les fruits qu'il n'a perçus que depuis la demande, quoiqu'ils eussent été produits antérieurement, et n'aient été payés depuis que par suite d'une convention faite avec le fermier des biens.—30 juin 1840, Rej. [S. V. 40. 1. 884.—D. P. 40. 1. 261.—P. 40. 2. 756.]

15. Jugé cependant que celui qui a droit aux fruits *perçus*, jusqu'à une telle époque, a droit, non-seulement aux fruits *réellement* perçus, mais encore aux fruits que la loi l'autorisait à percevoir ; lorsque ces fruits lui sont accordés comme siens, en vertu d'un titre qui a eu un effet légal, bien qu'il se trouve rescindé, révoqué ou annulé.—8 janv. 1816, Cass. [S. 16. 1. 121.—D. A. 5. 596.]— art. 856, Cass. 31 mars 1818.—V. aussi *infra*, No. 40.

[ARTICLE 412.]

16. (*Fidei-commis*).—L'acquéreur d'un bien grevé de fidei-commis n'est tenu à la restitution des fruits que du jour de la demande en délaissement, et non pas du jour de l'ouverture du fidei-commis, encore qu'il eût connaissance de l'existence de ce fidei-commis.—9 janv. 1827, Cass. [S. 27. 2. 370 ; C. n. 8.—D. p. 27. 1, 109.]

17. (*Héritier*).—Le co-héritier, même de bonne foi, qui s'est mis en possession de la part de son cohéritier, doit la restitution des fruits non-seulement à partir du jour de la demande, mais du jour de l'ouverture de la succession. Ici s'applique l'ancienne règle de droit : *fructus augent hereditatem*.—20 mars 1834, Bordeaux. [S. V. 34. 2. 375.—D. p. 34. 2. 194.]—*Id.* 18 déc. 1839, Rej. [S. V. 40. 1. 86.—D. p. 40. 1. 65. P. 39. 2. 620.]—V. Merlin, *Rép.*, Vo. *Hérédité*, No. 8 ; Vazeille, *Succ.*, art. 330, No. 3 ; de Conflans, *Esp. de la jurispr.*, p. 317.

18. Le cohéritier qui, en vertu d'un titre valable dans l'origine, mais annulé par l'effet d'une loi postérieure, a joui dans l'hérédité d'une portion plus grande que celle à laquelle il avait droit d'après cette loi, doit être considéré relativement à l'excédant de sa part comme possesseur de bonne foi.—7 janv. 1817, Dijon [S. 17. 2. 357 ; C. n. 5.]

19. L'héritier qui en cette qualité, a joui de sa part des fruits de la succession, dans l'ignorance d'un testament qui l'instituait légataire, ne fait pas les fruits *siens*, malgré sa bonne foi, si, plus tard, il renonce à sa qualité d'héritier pour s'en tenir à celle de légataire.—9 nov. 1831, Rej. [S. V. 32. 1. 5.—D. p. 32. 1. 50.]

20. L'héritier qui a appréhendé la totalité de la succession, après une renonciation émané de son cohéritier, lequel avait antérieurement accepté sous bénéfice d'inventaire, peut être, sur la réclamation de ce dernier, considéré comme possesseur de mauvaise foi, attendu la nullité de la renonciation, et par suite condamné à restituer les fruits perçus pendant son indue jouissance.—25 mars 1840, Rej. [S. V. 40. 1. 456.—D. p. 40. 1. 164.—P. 40. 1. 708.]

[ARTICLL 412.]

21. L'héritier du possesseur de mauvaise foi ne peut invoquer sa bonne foi personnelle pour se soustraire à la restitution des fruits envers le véritable propriétaire.—25 juill. 1826, Caen. [S. 28. 2. 131 ; C. N. 8.—D. P. 28. 2. 151.]—Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. 3, t. 5, sec. 3, No. 14 ; Pothier ; Proudhon, *Domaine privé*, t. 3, No. 551 ; Delvincourt, t. 2, p. 215 ; Coulon, *Quest. de Droit*, t. 3, p. 399.

22. Jugé en sens contraire.—1er juill. 1840, Douai, [S. V. 40. 2. 488.] D. P. 41. 2. 98.—P. 41. 1. 116.—*Sic.* Duranton, t. 4, No. 357 ; Hennequin, *Traité de Législ.*, t. 2, p. 229 et s. ; Zachariæ, t. 1er, § 201, note 12 ; Marcadé, sur l'art. 550, *in fine*.

23. (*Héritier apparent.*)—L'héritier ou le légataire apparent (comme tout autre possesseur) fait les fruits siens, lorsqu'il les a perçus de bonne foi.—27 déc. 1833, Limoges. [S. V. 34. 2. 543.—D. P. 36. 2. 105.]

26. Jugé encore que l'héritier apparent et de bonne foi, bien qu'il n'ait pris possession de la succession que plusieurs années après son ouverture, fait siens, non-seulement les fruits échus depuis sa prise de possession, mais encore les fruits échus antérieurement, pourvu qu'ils aient été perçus avant l'apparition de l'héritier véritable.—Peu importe, à cet égard, que les fruits antérieurement échus, perçus par un administrateur provisoire et déposés à la caisse des dépôts et consignations, aient été remis ainsi accumulés et en masse à l'héritier apparent depuis son adition d'hérédité : cette accumulation et ce dépôt n'ont pas pour effet de changer la nature des fruits et de les capitaliser.—Peu importe encore que cet héritier apparent soit le domaine de l'Etat (appelé à la succession par déshérence), et que les fruits antérieurs à son envoi en possession aient été perçus par lui à titre d'administrateur, et non à titre d'héritier.—7 juin 1837, Rej. [S. V. 37. 1. 581.—D. P. 37. 1. 363.—P. 37. 2. 56.]

27. (*Impôts.*)—Le possesseur de mauvaise foi ne peut, en restituant les fruits, déduire la valeur des impôts payés.—Proudhon, *Dom. privé.*, t. 2, No. 554.

[ARTICLE 412.]

28. (*Incapacité légale.*)—Celui qui se rend acquéreur contre la prohibition formelle de la loi, et qui ne peut, en conséquence, être présumé ignorer les vices de son titre, ne saurait être considéré comme possesseur de bonne foi.—11 janv. 1843, Cass. [S. V. 45. 1. 149.—D. P. 43. 1. 126.—P. 43. 1. 370.]

29. (*Industrie.*)—Le possesseur de mauvaise foi d'un établissement industriel, est tenu de restituer les produits ordinaires de l'établissement, qu'il les ait obtenus ou non ; mais il n'est pas tenu de restituer les produits extraordinaires qu'il aurait obtenus par sa propre industrie.—27 mars 1843. Agent [S. V. 43. 2. 511.—D. P. 44. 2. 6.—P. 44. 1. 399.]—*Sic*, Massé, *Dr. comm.*, t. 3, No. 454.

32. (*Mauvaise foi* (constatation de),—Les juges ne peuvent condamner un individu possesseur à restituer les fruits par lui perçus antérieurement à la demande en revendication qu'autant qu'ils déclarent expressément que ce possesseur était de mauvaise foi.—8 fév. 1830, Cass. [S. 30. 1. 94.—C. n. 9. D. P. 30. 1. 162.]—*Id.* 24 juill. 1839, Cass. [S. V. 39. 1. 663.—D. P. 39. 1. 294.—P. 34. 2. 289.]—*Id.* 12 mai 1840, Cass. [S. V. 40. 1. 668.—D. P. 40. 1. 225.—P. 40. 2. 153.]

40. (*Perception.*)—Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens par la perception. Il n'est pas tenu de restituer ceux qui étaient déjà perçus, quoique non consommés, lorsque la mauvaise foi a commencé.—L. 24, § 1er, *ff. de Usur. et fruct.* ; Mornac, sur la loi 33, *ff. de Rei vind.* ; Dumoulin, § 33, gloss, 1re, No. 49 ; Legrand sur l'art. 86 de la cout. de Troyes, gloss. 8, No. 3 ; Rousseau de Lacombe, vo. *Fruits*, sect. 1re, No. 1er ; Duranton, t. 4, No. 361.—V. *suprà*. Nos. 4 et 15.

42. (*Prescription.*)—La prescription quinquennale ne peut être opposée par le possesseur de mauvaise foi, tenu comme tel à la restitution des fruits par lui perçus.—13 déc. 1830. Rej. [S. V. 31. 1. 24.—D. P. 31. 1. 8.]

44. (*Simulation.*)—Le possesseur n'est pas réputé de bonne foi, lorsqu'il a possédé avec un titre de *vente*, tandis que, dans

[ARTICLE 412.]

le fait, il n'y avait qu'*antichrèse*, et que cette simulation de vente a eu lieu en fraude des droits d'un tiers.—1^{er} juin 1826, Rej. [S. 27. 1. 385 ; C. N. 8.—D. P. 26. 1. 293.]

48. (*Titre nul.*)—Celui qui possède en vertu d'un acte déclaré nul par la loi, et dans lequel il a été partie personnellement, ne peut se prétendre possesseur de bonne foi ; et dès lors il ne fait pas les fruits siens.—28 août 1832, Bourges. [S. V. 34. 2. 38.—D. P. 34. 2. 74.]—V. Duranton, t. 4, No. 352, et ci-dessus, *passim*.

50. (*Usager.*)—L'usager qui a joui comme propriétaire, sans autre titre que celui où il est qualifié usager, ne peut se dire de bonne foi ; il est soumis à la restitution des fruits.—13 juil. 1824, Colmar. [S. 25. 2. 14 ; C. N. 7.—D. A. 8. 747.]

Sirey et Gilbert, Supplément, } 11. (*Héritier.*) — L'héritier du
sur art. 550, C. N. } possesseur de mauvaise foi peut
invoquer sa bonne foi personnelle, pour se soustraire à la restitution des fruits envers le véritable propriétaire.—Douai, 15 mai 1847. [S. V. 47. 2. 564.—P. 48. 1. 218.]—Cass. 24 mai 1848. [S. V. 49. 1. 125.—P. 49. 1. 12.—D. P. 48. 1. 200.]—Orléans, 11 janv. 1849. [S. V. 49. 2. 139.—P. 49. 1. 135.—D. P. 49. 2. 172.]—*Sic*, Demolombe, t. 9, No. 612 ; Chavot, *Tr. de la propr. mobil.* t. 2, No. 479 ; Aubry et Rau, d'après Zacharæ, t. 2, § 206, p. 243, note 18 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, No. 101.—V. *Code annoté*, Nos. 21 et 22.

12. Jugé en sens contraire.—Spécialement, les intérêts de la somme à restituer par le cédant d'un office, comme perçus à titre de supplément de prix en vertu d'un traité secret, courent, après le décès du cédant, contre les héritiers de celui-ci, nonobstant leur bonne foi personnelle.—Cass. 10 juin 1857. [S. V. 58. 1. 59.—P. 58. 886.—D. P. 58. 1. 117.]—V. *inf.*, art. 1378.

18. (*Intérêts.*)—Les fruits restituables par un possesseur de mauvaise foi ne sont pas de plein droit productifs d'intérêts : ces intérêts ne courent qu'à partir du jour de la demande,

[ARTICLE 412.]

conformément à l'art. 1153, C. Nap.—Cass. 10 juill. 1849. [S. V. 49. 1. 547.—P. 49. 2. 292.—D. P. 49. 1. 254.]—16 nov. 1858. [S. V. 59. 1. 941.—P. 59. 686.—D. P. 58. 1. 443.]

24. (*Revendication.*)—L'indu possesseur doit être réputé de mauvaise foi du jour où une demande en revendication lui a fait connaître les vices du titre en vertu duquel il possède. Il doit donc les fruits à partir du jour de la demande, et non pas seulement à partir du jugement de condamnation.—Cass. 8 mars 1852. [S. V. 52. 1. 497.—P. 56. 1. 83.—D. P. 52. 1. 186.]

29. (*Tiers détenteur.*)—Le possesseur de mauvaise foi est tenu de restituer, non-seulement les fruits par lui perçus, mais encore ceux qui auraient été perçus de bonne ou de mauvaise foi par les tiers détenteurs auxquels il aurait transmis la chose usurpée. Par suite, il doit être condamné conjointement avec ces tiers détenteurs à la restitution de fruits mis à la charge de ces derniers.—Cass. 9 fév. 1864. [S. V. 64. 1. 137.—P. 64. 443.—D. P. 64. 1. 72.]

Demolombe, sur } 619.—La règle, à cet égard, nous paraît
art. 550, C. N. } pouvoir être formulée ainsi : le possesseur de
bonne foi fait siens les fruits qu'il a perçus comme tels, pen-
dant sa possession.

Deux conditions sont donc nécessaires ; il faut :

1o. Que ce soient des fruits ;

2o. Que le possesseur les ait perçus comme tels, pendant la durée de sa possession.

620.—1o. Nous disons d'abord que le possesseur de bonne foi n'acquiert que ceux des produits de la chose, qui sont rangés dans la classe des fruits.

A lui tous les fruits sans doute, mais aussi rien que les fruits.

Tous les fruits ; et c'est sous ce rapport qu'il est vrai de dire avec le droit romain : *quia, quod ad fructus attinet, loco domini*

]ARTICLE 412.]

pene est L. 48, ff. de *adq. rer. dom.*).—*Bona fides tantumdem possidenti præstat quam veritas* (L. 136, ff. de *reg. juris*) ;

Non pas seulement donc les fruits industriels, *qui diligentia et opera ejus pervenerunt*, mais encore les fruits naturels et les fruits civils, *sed omnes*, dit le jurisconsulte romain (Paul, *loc. sup. cit.* ; Pothier, de la *Prop.*, No. 337 ; art. 549).

621.—Il faut même aussi accorder au possesseur de bonne foi certains produits qui ne sont pas, en fait, et d'après leur caractère propre, véritablement des fruits, mais qui sont néanmoins considérés comme tels, d'après la destination à laquelle la chose a été consacrée par le propriétaire (*supra*, No. 578.)

Nous voulons parler du produit des mines et carrières, des bois de haute futaie, etc.

Si les carrières étaient déjà en exploitation, lorsque le possesseur de bonne foi a reçu l'immeuble, les produits qu'il en aura tirés pendant sa possession, seront des fruits qu'il fera siens.

Il en serait de même des bois de haute futaie, qui auraient été mis antérieurement en coupes réglées.

Il est certain que l'usufruitier en jouirait (art. 591, 598) ; et il ne peut en jouir que parce que la loi considère comme des fruits, les produits des carrières ouvertes, et les coupes des futaies aménagées (art. 578, 582) ; or, le possesseur de bonne foi a droit également à tous les fruits (art. 540).

623.—Le possesseur de bonne foi d'un usufruit, fait-il siens les fruits eux-mêmes, qu'il a recueillis ? ou, au contraire, ne peut-il garder que les intérêts qu'il aurait retirés de ces fruits ?

Nous n'hésitons pas à répondre qu'il gagne, en vertu de sa bonne foi, les fruits eux-mêmes.

La chose qu'il a possédée, c'est l'usufruit, soit sur un meuble, soit sur un immeuble ; voilà le fonds, voilà la substance qu'il doit rendre au propriétaire.

Les fruits n'étaient que les produits réguliers et ordinaires de cette chose, qu'il croyait lui appartenir ; donc, il les gagne,

[ARTICLE 412.]

d'après les termes formels de l'article 549, dont les motifs, d'ailleurs, lui sont aussi parfaitement applicables, puisque c'était là, en effet, des fruits qu'il aura vraisemblablement dépensés.

C'est, par application de ce principe, que l'article 1568 dispose que : " Si un usufruit a été constitué en dot, le mari " ou ses héritiers ne sont obligés, à la dissolution du mariage, que de restituer le droit d'usufruit, et non les fruits " échus durant le mariage."

624.—Nous croyons qu'il faudrait appliquer la même solution dans le cas où il s'agirait d'une rente viagère, dont un créancier apparent de bonne foi aurait reçu les arrérages.

Les arrérages par lui perçus seraient considérés comme des fruits de la rente elle-même ; et il serait en conséquence dispensé de les rendre.

C'est par application de ce principe que l'article 588 dispose que : " l'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution."

Ne pourrait-on pas objecter pourtant qu'il n'y a, en pareil cas, véritablement ni possession, ni possesseur, qu'il n'y a que des paiements faits sans cause, et que dès lors cette hypothèse doit être régie, non point par l'article 549 et par les principes relatifs à la possession de bonne foi, mais par les articles 1376-1378, et par les principes relatifs à la répétition du paiement de l'indû.

Or, d'après l'article 1376, celui qui reçoit par erreur ou sciemment, ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. Il n'y a, quant à l'obligation de restituer ce qui a été reçu, aucune différence entre celui qui a reçu de bonne foi et celui qui a reçu de mauvaise foi ; la différence ne s'applique qu'aux intérêts dont le premier n'est tenu que du jour de la demande, tandis que le second les doit du jour du paiement (art. 1378).

[ARTICLE 412.]

Et cette argumentation serait surtout très-forte, si, en effet, il n'y avait pas de rente viagère du tout, comme si, par exemple, un héritier avait payé à un tiers les arrérages d'une rente (viagère ou perpétuelle), en vertu d'un testament révoqué, mais dont la révocation n'aurait été découverte que plusieurs années après la mort du testateur.

Sans nous dissimuler toute la gravité de ces objections, nous ne croyons pas néanmoins qu'elles soient décisives.

Nous supposons, bien entendu :

1o. Qu'il existe un titre constitutif de la rente, dont celui, que ce titre rend créancier apparent, ignore les vices ; comme dans l'exemple qui vient d'être cité, un testament dont on ne connaît pas la révocation (comp. Cass., 10 juin 1857, Appay, Dev., 1857, I, 59) ;

2o. Que les arrérages ont été payés d'un côté et reçus de l'autre, en exécution de ce titre, non pas comme un capital, mais comme des fruits de la rente elle-même.

Or, nous croyons que, dans cette hypothèse, le principal, en effet, c'était la rente elle-même, que le créancier, et nous irions jusqu'à dire le possesseur de bonne foi, croyait lui appartenir, et qu'en conséquence les arrérages par lui perçus doivent être considérés comme des fruits qu'il a acquis en vertu de sa bonne foi.

L'article 1378 lui-même, en laissant implicitement à celui qui a reçu de bonne foi ce qui ne lui était pas dû, en lui laissant, dis-je, les intérêts ou les fruits de ce qu'il a reçu, cet article consacre ainsi lui-même la distinction que nous faisons entre le principal et les fruits.

Or, encore une fois, ce sont seulement des intérêts et des fruits, que les deux parties, dans leur égale bonne foi, entendaient payer et recevoir.

Donc, la présomption de la loi est que les valeurs payées s'éteignent, au fur et à mesure des paiements, dans les mains de celui qui les recevait ; donc, la seule chose que celui qui payait, puisse demander, c'est sa libération de la dette

[ARTICLE 412.]

principale, dont celui qui a reçu les intérêts, se croyait de bonne foi créancier.

Et, il faut bien le dire, les motifs de la loi exigent impérieusement qu'il en soit ainsi. Comment ! on forcerait celui qui aurait reçu pendant vingt ou vingt-cinq ans une rente viagère de 10,000 francs, on le forcerait de restituer ces annuités ! l'article 2277 ne serait pas effectivement ici applicable (*infra*, No. 639). Mais il est évident que ce serait là presque toujours sa ruine !

Aussi a-t-on décidé, dans des espèces fort analogues, que le créancier d'une rente, qui avait reçu annuellement des intérêts plus considérables que ceux qui lui étaient dus, devait être traité comme un possesseur de bonne foi, et pouvait en conséquence retenir, comme fruits, les sommes par lui perçues au delà de ce qui lui était dû (comp. Caen, 1^{re} chambre, 10 nov. 1823, Carbonnel de Canisy ; Caen, 22 nov. 1823, Ameline, *Recueil des arrêts de Caen*, t. I, p. 42 ; Cass., 4 août 1859, de Favier, *Dev.*, 1860, I, 33 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 105).

625.—2o. Il faut, en second lieu, pour que le possesseur de bonne foi fasse les fruits siens, il faut, avons-nous dit, qu'il les ait perçus comme fruits pendant la durée de sa possession.

La perception suffit, mais elle est indispensable.

* *Furgole, sur Ord.* } Notre texte décide une difficulté qui
1731, art. 41. } était fort controversée : savoir si les mineurs doivent être restitués en entier contre le défaut d'acceptation. Suivant la loi 7, § 6 et la loi 44, ff. *de min.*, les mineurs sont restitués quand ils manquent l'occasion de gagner : voilà pourquoi plusieurs auteurs et entr'autres M. Maynard, liv. 7, ch. 85, etc., sont d'avis que les mineurs doivent être restitués envers le défaut d'acceptation des donations entre vifs. Mornac,

[ARTICLE 212.]

sur la loi 10, ff. de Donat. et sur la loi 2, Cod. *Si tutor vel. cur. intervenerit*, et Ricard, Des Donat. t. 1, part. 1, No. 843, sont d'avis au contraire, que les mineurs, ni les pupilles, ni l'église, ne peuvent pas être restitués en entier dans ce cas, et c'est selon cette opinion que notre texte a décidé la question.—Sans préjudice du recours tel que de droit : L'article suppose que les tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs, sont responsables de la perte que le pupille mineur, interdit, l'église, les hôpitaux, communautés et autres, souffrent par le défaut d'acceptation des donations entre vifs, et cela est conforme à la forme à la disposition du droit romain.

**Serres, Inst. liv. 2, tit. 1, p. 123.* } Il faut d'abord remarquer sur ce texte que la distinction que le Droit Romain faisait entre les fruits naturels ou industriels, consumés ou extans, perçus ou qu'on auroit pu percevoir, & qui avoit si fort partagé les Interprètes a été entièrement abrogée en France par l'Ordonnance de 1539, art. 94, & par l'Usage, comme il est observé d'après *Rebuffe et Mornac*, par l'Auteur des Additions sur *Le Brun*, addit. 63, & par *Furgole* sur l'art. 41 de l'Ordonnance des Donations de 1731 : ainsi on ne suit pas ce que dit ici Justinien, qui semble ne donner au possesseur de bonne foi que les fruits industriels qui sont provenus par ses soins & ses cultures, & non les fruits naturels qui naissent sans travail, comme le foin, le bois, les fruits de certains arbres ; ni les fruits civils, tels que les fermages, les loyers, les rentes, &c., on accorde au contraire tous les fruits, quels qu'ils soient indistinctement à celui qui possède de bonne foi, sans qu'il soit obligé de les restituer, ni d'en rendre compte, c'est-à-dire, qu'on donne à celui qui a possédé avec titre & bonne foi tous les avantages que peut avoir un propriétaire effectif, ce qui paroît même conforme à la Loi 48, ff. de *acquir. rer. Dominio*, où il est dit que le possesseur de bonne foi, *quoad fructus attinet loco Domini penè est* ; & à la Loi 136, ff. de *reg. juris*, qui

[ARTICLE 412.]

dit que *bona fides tantum possidenti præstat, quantum veritas, quoties Lex impedimento non est.*

Or on appelle possesseur de bonne foi, celui qui a acquis ou qui a reçu par quelque titre une chose qu'il ignoroit être à autrui, *qui ignoravit rem alienam esse, Leg. 109, ff. de verbor. signif.* & on regarde comme possesseur de mauvaise foi, celui qui a joui sans titre, ou avec un titre vicieux, comme s'il a acquis contre la prohibition des Loix, ou sachant que le vendeur n'étoit pas le véritable maître, *dict. Leg. 109, cap. 82, de reg. jur. in 6o.*

On ne suit pas non plus la distinction que fait ici l'Empereur, en voulant que le possesseur de bonne foi soit tenu de rendre les fruits qui se trouvent extans & non consumés, lorsqu'il est assigné en délaissement du fonds : car on regarde en France les fruits comme consumés pour ce qui est de leur acquisition, dès qu'ils ont été perçus ou cueillis, c'est-à-dire, dès qu'ils ne sont plus sur pied, & qu'ils ont été séparés du sol ; ou pour mieux dire, on ne considère quant à l'acquisition des fruits, que le tems de leur séparation du fonds, à l'égard de tout possesseur de bonne foi. Voyez l'Auteur des *Addit. sur Le Brun, loc. cit.*

Il n'y a à cet égard de distinction que pour les fruits qui se trouvent pendans par les racines, & qui par-là sont censés faire partie du fonds lors de l'assignation ou de la demande en délaissement ; car ceux-ci appartiennent & sont adjugés au propriétaire qui réclame son fonds, et non au possesseur, dans le cas même qu'il seroit possesseur de bonne foi, en lui remboursant néanmoins les semences, frais de cultures, ou labour, &c.

Ce n'est aussi que depuis le jour de l'assignation ou interpellation judiciaire, que le possesseur de bonne foi doit restituer les fruits & en rendre compte, parce que l'assignation le constitue en mauvaise foi, & que dès ce jour il a dû connoître que la chose ne lui appartenoit pas.

[ARTICLE 412.]

Pour ce qui est du possesseur de mauvaise foi, qui a joui sans titre, ou avec un titre vicieux, il est toujours condamné à restituer les fruits, non seulement depuis l'interpellation judiciaire, mais même du tems précédent, & depuis son indue occupation, & il doit en rendre compte au dire d'Experts. *Vid. la Loi certum, cod. de rei vindic. l'Ordon. de 1539, art. 90 & Theveneau, ibid. pag. 463.*

Cette restitution de fruits au dire d'Experts a lieu principalement contre ces possesseurs de mauvaise foi dont il vient d'être parlé, lesquels, suivant le Droit, sont tenus de rendre non seulement les fruits qu'ils ont perçus, mais même ceux qu'ils ont négligé de percevoir, & que le propriétaire auroit pu retirer du fonds, s'il avoit lui-même joui & possédé *tam perceptos fructus, quàm percipiendos, Leg. 33. & Leg. 62. § ult. ff. de rei vindic.*, & le Jugement qui les condamne à la restitution des fruits, en ordonne en même tems l'estimation par Experts, auquel cas ce n'est pas matière de compte, ni de donner la déclaration ou état de la quantité des fruits qu'on a perçu, & dont il est parlé dans les titres 29 & 30 de l'Ordonnance de 1667 ; parce que la liquidation & estimation des fruits se fait par les Experts, déduction faite des charges, semences, cultures, & autres frais.

* C. N. 550. } Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.

[ARTICLE 413.]

CHAPITRE DEUXIÈME.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI
S'UNIT ET S'INCORPORE
A LA CHOSE.

413. Tout ce qui s'unit
et s'incorpore à la chose
appartient au propriétaire,
suivant les règles qui sont
ci-après établies.

CHAPTER SECOND.

OF THE RIGHT OF ACCESSION OVER
WHAT BECOMES UNITED AND
INCORPORATED WITH A
THING.

413. Whatever becomes
united to or incorporated
with a thing belongs to
the proprietor, according
to the rules hereinafter
established.

* *Inst. lib. 1 Tit. 1* } Cum in suo solo aliquis ex aliena mate-
§ 29. } ria ædificaverit, ipse intelligitur dominus
ædificii: quia omne quod solo inædificatur, solo cædit.

* *ff. de rei vind.* } Item si quis ex alienis cementis in solo suo
L. 23 § penul. } ædificaverit, dominum quidem vindicare po-
terit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit;
etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit ædificium,
postquam a bonæ fidei emptore possessum sit: nec enim sin-
gula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium
nostra fiat.

* *Pothier, Propriété,* } Lorsque quelque chose s'unit avec la
No. 156. } chose qui m'appartient, de manière
qu'elles ne font ensemble qu'un seul et même tout, dont ma
chose fait ce qu'il y a de principal dans ce tout; le domaine
que j'ai de ma chose me fait acquérir par droit d'accession
vi ac potestate rei meæ, celui de tout ce qui est uni à cette
chose, et qui est censé en faire partie.

* 3 *Toullier,* } Les règles ordonnées par le Code ne sont pro-
No. 411. } posées que pour servir d'exemple aux juges et

[ARTICLE 414.]

les déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières (565).

* 9 *Demolombe, sur* } L'article 551 pose d'abord le principe
art. 551, C. N. } général et le Code s'occupe ensuite suc-
 cessivement : 1o. Du droit d'accession, relativement aux choses
 immobilières ; 2o. Du droit d'accession, relativement aux
 choses immobilières.

* C. N. 551—semblable au texte 413, C. C. B. C.

SECTION I.

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVE
 AUX CHOSES IMMO-
 BILIÈRES.

414. La propriété du sol
 emporte la propriété du
 dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire
 au-dessus toutes les plan-
 tations et constructions
 qu'il juge à propos, sauf les
 exceptions établies au titre
Des servitudes.

Il peut faire au-dessous
 toutes les constructions et
 fouilles qu'il juge à pro-
 pos et tirer de ces fouilles
 tous les produits qu'elles
 peuvent fournir, sauf les
 modifications résultant des
 lois et règlements relatifs
 aux mines, et des lois et
 règlements de police.

SECTION I.

OF THE RIGHT OF ACCESSION IN
 RELATION TO IMMOVEABLE
 PROPERTY.

414. Ownership of the
 soil carries with it owner-
 ship of what is above and
 what is below it.

The proprietor may make
 upon the soil any planta-
 tions or buildings he thinks
 proper, saving the excep-
 tions established in the
 title *Of Real Servitudes.*

He may make below it
 any buildings or excava-
 tions he thinks proper,
 and draw from such excava-
 tions any products they
 may yield, saving the mo-
 difications resulting from
 the laws and regulations
 relating to mines, and the
 laws and regulations of
 police.

[ARTICLE 414.]

* ff. L. 24 de servit. } Cujus ædificium jure superius est, ei
 præd. urb. } jus est in infinito supra suum ædificium
 imponere: dum inferiora ædificia non graviore servitute
 oneret, quam pati debent.

* ff. L. 21, § 2, quod } In opere novo tam soli, quam cæli
 vi aut clam. } mensura facienda est.

* Cod. L. 8, 9, de servit. } 8. Altius quidem ædificia tollere si
 et aquâ. } domus servitatem non debeat, domi-
 nus ejus minime prohibetur. In pariete vero tuo, si fenestram
 Julianus vi vel clam fecisse convincatur: sumptibus suis opus
 tollere, et integrum parietem restituere compellitur.

9. Si in cædibus vicini tibi debita servitute, parietem altius
 ædificavit Heraclius: novum opus suis sumptibus per præsi-
 dem provinciæ tollere compellitur. Sed si te servitatem
 habuisse non probetur, tollendi altius ædificium vicino non
 est interdictum.

* Coutume de Paris, } Quiconque a le sol appelé l'étage du
 Art. 187. } rez-de-chaussée d'aucun héritage, il peut
 et doit avoir le dessus et le dessous de son sol, et peut édifier
 par-dessus et par-dessous, et y faire puits, aisémens, et autres
 choses licites, s'il n'y a titre au contraire.

* Pothier, Com. } Les édifices qui sont construits sur un
 No. 32. } fonds de terre font partie de ce fonds de
 terre, suivant la règle: *quod solo inædificatur solo cedit: Insti-
 tit, de rer, divis, § 31.*

* Arrêtés de Lamorgnon, } Quiconque a le sol appelé l'étage
 p. 111 Art. 13. } du rez-de-chaussée d'aucun héritage,
 il doit avoir le dessus et le dessous de son sol, et peut édifier
 au-dessous des caves, puits, aisemens et citernes s'il n'y a titre
 au contraire.

[ARTICLE 414.]

* 4 *Duranton*, } 369. Le droit de faire des constructions et
 p. 321. } plantations sur le sol est, comme on le voit,
 simplement restreint par l'effet des dispositions du titre des
servitudes; restriction qui a lieu, par exemple, quand le pro-
 priétaire s'est interdit, en faveur du voisin, de bâtir sur son
 fonds, ou de bâtir au-delà de telle hauteur, ou qu'il lui a con-
 cédé une servitude active, comme un droit de passage ou de
 conduite d'eau; ce qui sans doute ne l'empêche pas toujours
 de bâtir d'une manière absolue, mais ce qui lui interdit du
 moins le droit de rien faire qui puisse nuire à l'exercice de la
 servitude. Cette première règle reçoit encore la limitation
 que réclame la sûreté publique. Ainsi, par exemple, un pro-
 priétaire ne pourrait bâtir à une hauteur démesurée, il serait
 obligé de se soumettre aux usages et règlements qui existent à
 cet égard pour prévenir les accidents.

370. Au reste, de ce que la propriété du sol emporte celle
 du dessus et du dessous, ce n'est pas néanmoins dans tous les
 cas que le propriétaire du sol est propriétaire du dessus et du
 dessous : la règle n'est qu'une conséquence légale et ordinaire
 du droit de propriété, une présomption générale mais une
 présomption qui fléchit devant la volonté du maître du fonds.

En effet, dans le domaine congéable et dans la constitution
 du droit d'emphytéose ou de superficie, dont nous avons parlé
 plus haut, les édifices et superficies ne sont point la pro-
 priété du maître du sol tant que le droit du domanier, de
 l'emphytéote et du superficiaire subsiste : l'un a le domaine
direct, l'autre le domaine *utile*; et c'est la superficie qui pro-
 duit généralement l'utilité de la chose.

* *Merlin Rép.* } Le propriétaire d'un fonds est maître d'y
Vo. Cave. } faire les caves qu'il juge à propos, pourvu que,
 si elles joignent l'héritage du voisin il ait l'intention d'y faire
 un contre-mur.

Ce contre-mur n'est pas nécessaire, quand le mur voisin,
 qui sert de pignon à une voûte faite en berceau, sert pareille-

[ARTICLE 414.]

ment, de l'autre côté, de pignon à une autre cave ; parce qu'alors, il est sensible que ce mur ne souffre nullement de part ni de l'autre. Mais si, du côté du voisin il n'y avait point de cave, le propriétaire qui ferait creuser de son côté, serait tenu de faire un contre-mur pour appuyer ce mur voisin, et le garantir de la poussée des terres de la partie opposée à la nouvelle cave. Au surplus, ce contre-mur ne s'exige ordinairement pas, quand le mur mitoyen est d'une certaine épaisseur, et qu'il est évident que soutenu et buté par la voûte, il résistera suffisamment à la poussée des terres : on ne le juge nécessaire, que quand la voûte est d'une très-grande élévation ; parce qu'alors, il se trouve une trop grande partie du mur à découvert.

Lorsque le mur mitoyen, au lieu de servir de pignon à la cave doit recevoir le cintre de cette même cave, on examine si, du côté du voisin, il y a une autre cave, ou s'il n'y en a pas. S'il y a une cave il faut savoir encore si le mur mitoyen reçoit le cintre de cette cave ou s'il ne sert que de pignon : s'il reçoit le cintre, ce n'est pas le fatiguer que de lui faire recevoir, de l'autre côté, le cintre de la nouvelle cave ; au contraire il se fortifie en se trouvant ainsi buté des deux côtés : mais si ce mur ne servait que de pignon à la cave du voisin, on serait obligé de cintrer la nouvelle cave sur un contre-mur ; sans quoi le mur, qui ne sert que de pignon à la cave voisine serait exposé à souffrir de la poussée de la voûte. Si, au contraire, il n'y a point de cave du côté du voisin il ne paraît pas qu'il soit besoin d'un contre-mur, parce qu'alors les terres opposées contrebalencent suffisamment la poussée de la voûte.

Si celui qui a la surface d'un terrain, n'a pas le dessous, et que le voisin y ait des caves, ce voisin est obligé d'en entretenir les murs, les contre-murs et les voûtes, et si le propriétaire de cette surface veut bâtir au-dessus, il peut se servir des murs des caves, en payant moitié de la valeur de ces murs, mais il ne doit rien supporter de la dépense des contre-

[ARTICLE 414.]

murs ni des voûtes qui demeurent à la charge du propriétaire des caves.

Quand le propriétaire de la surface a un passage sur la voûte de la cave de son voisin, il doit suivant Desgodets, réparer et entretenir à ses frais le pavé de son passage ; mais Goupy, dans ses notes sur " les lois des bâtiments," observe que cela n'est vrai que quand le passage conduit à une cour, à un chantier ou à une place vague dont les eaux sortent par ce passage ; et que quand ces eaux, au lieu de sortir par le passage, s'imbibent dans les terres, ce propriétaire n'est pas tenu de faire paver sur la voûte, s'il ne le veut ; mais qu'il y est obligé s'il a une cuisine au-dessous de crainte que les eaux de cette cuisine ne pénètrent la voûte et ne l'endommagent.

Lorsque celui qui a le dessus et le dessous d'un passage, y fait faire des caves, c'est à lui à payer seul la plus basse fondation pour les enfoncements, le contre-mur, la voûte et les reins de ses caves, de sorte que les voitures puissent passer dessus, si le passage est à porte cochère ; et celui à qui est le passage doit en entretenir le pavé de façon que l'eau ne puisse endommager la voûte de ces caves. (M. Dareau.)

* *Id. Vo. Voisinage,* } Celui qui a le sol, est censé propriétaire
 § 5. } du dessus et du dessous. C'est la disposition d'un grand nombre de coutumes.

Celle de Paris porte, art. 187, que, " quiconque, etc.

Le Code Civil, art. 552, dit également : La propriété du sol, etc.

L'art. 191 de la coutume de Melun a la même disposition que l'art. 187 de la coutume de Paris, et l'art. 192 ajoute : " Chacun peut lever son bâtiment tout droit, à plomb et à " ligne, si haut que bon lui semble, et contraindre son voisin " de retirer chevrons et toutes autres choses qu'il trouvera " portant sur la place, empêchant le bâtiment qu'on y peut

[ARTICLE 414.]

“ faire, nonobstant quelque laps de temps que ce soit, et fût
 “ il de cent ans et plus.”

Plusieurs coutumes en disent autant ; et c'est le droit commun qui doit s'observer dans les coutumes qui n'ont pas de disposition contraire, soit sur cet objet, en particulier, soit sur la prescription des servitudes en général.

Il y a même lieu de croire que, dans les coutumes qui admettent la prescription des servitudes, on rejeterait la possession d'un particulier qui aurait fait saillir de quelques pieds les étages supérieurs de sa maison sur le terrain de son voisin. Quelques coutumes qui admettent la prescription des servitudes s'expriment sur cet objet comme l'art. 192 de celle de Melun. L'art. 245 de la coutume de Châlons est de ce nombre. La possession du voisin, dans ce cas particulier, n'est réputée fondée que sur la tolérance de son voisin ; et la police paraît même intéressée à proscrire ces sortes de saillies soit sur la rue, soit dans l'intérieur des maisons. V. l'article servitude, § 26 [et 28].

II. En est-il de même du dessous des rez-de chaussée ?

L'art. 74 de la coutume d'Etampes, porte que “ le dessous
 “ ne se peut prescrire par quelque laps de temps que ce soit,
 “ encore qu'il fût centenaire, contre celui qui a le rez-de-
 chaussée.” L'art. 146 de la coutume de Vermandois en dit
 autant.

La coutume de Paris n'a point de disposition semblable. On peut dire néanmoins que ces mots, s'il n'y a titre au contraire, rejettent la simple possession.

Cependant Bourjon, Droit commun de la France, liv. 4, tit. 1, chap. prélim., sect. 3 et part 2, chap. 3) enseigne que, “ non-
 “ nobstant la règle qui a le dessus a le dessous, celui qui a
 “ possédé pendant trente ans une cave sous le terrain d'un
 “ autre est censé propriétaire encore qu'il n'eût d'autre titre
 “ que la possession.”

Cet auteur pose même pour principe général que celui qui

[ARTICLE 414.]

a le sol, n'est censé propriétaire du dessus et du dessous, qu'autant qu'il n'y a pas titre ou possession contraire. Il cite à cette occasion quelques arrêts rapportés par Brodeau, sur Louit, lettre S, § 1, et par Bouguier, lettre S, No. 3; il ajoute qu'il l'a ainsi vu juger, au châtelet.

La raison sur laquelle Bourjon se fonde est qu'un pareil droit n'est pas tant une servitude qu'un partage de la propriété, qui peut se diviser, et qui doit dès-lors s'acquérir par la possession de trente années, jointe à l'inédification.

Il est bien vrai qu'un partage de cette espèce n'est point à proprement parler, une servitude. [V. mon Recueil de Questions de droit, aux mots Biens nationaux, § 1.] Mais il ne s'en suit pas de là qu'il puisse acquérir par la possession seule, quand la coutume dit, si expressément, que le propriétaire du sol a le dessus et le dessous, s'il n'y a titre au contraire. Cette loi paraît d'autant plus sage, qu'il serait facile de fouiller sous le terrain de son voisin sans qu'il s'en aperçût, et d'acquérir par conséquent, à son insu, une possession trentenaire. Pour que la possession donne le droit d'acquérir, il faut qu'elle soit publique et non pas clandestine.

La prescription ne prive l'ancien propriétaire de son domaine, que parce qu'il est censé l'avoir abandonné lui-même, en souffrant pendant un temps si long qu'un autre en jouisse librement et paisiblement. Il faudrait donc du moins, pour acquérir la possession d'une cave sous le sol d'autrui, qu'on pût prouver, de manière ou d'autre, par exemple, par des ouvrages apparents sur le fonds du voisin, qu'il a dû avoir connaissance de la cave creusée sous son terrain. Autrement la possession qu'on en aurait, devrait toujours être rejetée comme clandestine.

L'arrêt rapporté par Bouguier, n'est point contraire à cette doctrine. " Il a été jugé (dit ce magistrat) qu'une cave étant " au-dessous d'une maison, acquise par titre particulier, et de " laquelle on est en jouissance, n'est pas une servitude pour

[ARTICLE 414.]

“ laquelle il soit besoin de s’opposer au décret de la maison, *“ nec possidetur jure servitutis, sed jure proprietatis*; comme
 “ par une portion séparée d’icelle maison, *sine quâ ædes esse*
 “ *intelliguntur*, composée d’un sol et de la superficie. (Loi
 “ eum qui ædes, D. de usurpationibus et usucapionibus,
 “ Secus, si cette cave n’était possédée par titre particulier de
 “ propriété. Car, en la coutume de Paris, il faudrait s’opposer
 “ comme un droit de servitude, à cause de l’art. 97, qui dit
 “ que qui a le sol a le dessus et le dessous.”

Bouguier, donne ensuite la teneur de l’arrêt même. On y voit que le bailli d’Amiens avait adjugé la cave à l’adjudicataire. L’arrêt infirma la sentence; “ émendant, en vertu de leur contrat d’acquisition (des appelants), par lequel ils avaient acquis la dite cave plus de vingt-cinq ans avant le décret fait de la dite maison, du maître et propriétaire d’icelle maison, sans s’être opposés au décret, maintient les dits Langlois et sa femme en la propriété et possession de la dite cave mentionnée au contrat du 7 mas 1580; fait défense au dit Becquerel de les y troubler et empêcher; condamne le dit Becquerel ès-dépens de la cause principale, sans dépens de la cause d’appel :

Brodeau cite le même arrêt, et un précédent du 17 novembre 1607, qui avait aussi maintenu un particulier en possession d’une cave sous la maison de son voisin, quoi qu’il ne se fût point opposé au décret de cette maison. Mais Brodeau a soin d’observer que le possesseur de la cave était fondé en titre. Cet auteur ajoute même qu’il y avait une particularité au procès : “ c’est que la cave se pouvait facilement reconnaître par l’inspection des lieux; et que l’adjudicataire deux ans auparavant, avait tenu la maison à loyer, de sorte qu’il ne pouvait pas ignorer la consistance d’icelle et le droit de cave qui appartenait au voisin.” Mais il convient que la même question a été depuis nettement jugée en la thèse sans aucune particularité, par l’arrêt de 1619, rapporté par Bouguier.

[ARTICLE 414.]

On voit que ces arrêts se sont déterminés sur les titres, et non pas sur la seule possession ; et peut-être en doit-on dire autant des jugements du châtelet, cités par Bourjon. Le décret ne doit point dans ce cas, juger le droit de propriété, lorsqu'il n'y est pas expressivement énoncé. Mais il ne sen- suit pas pour cela, que la prescription centenaire suffise pour l'acquérir à l'insu du voisin. Lorsqu'une maison est possédée par deux différents propriétaires, dont l'un a le bas et l'autre le dessous, chacun peut faire ce qu'il lui plait dans la portion qu'il possède, pourvu toute fois qu'il ne cause pas de préjudice à l'autre. On est entré dans quelques détails à ce sujet, et sur la manière dont les deux propriétaires doivent contribuer aux réparations ou constructions de la maison, dans les articles *Bâtiment et Cave*.

Ferriere sur art. } Quoique par cet article on puisse élever
 187 *Cout. de P.* } un bâtiment sur son fonds, si haut qu'on
 veut, toutefois cela se doit faire sans que cela puisse nuire
 notablement aux voisins, l'élévation se faisant contre l'ordi-
 naire, et pour lors le propriétaire pourrait être contraint de
 rabaisser sa maison jusques à une juste hauteur. Chopin sur
 notre Coutume sur ce titre, et Charondas remarquent deux
 arrêts, des 4 février 1659 et 29 janvier 1588, par lesquels des
 bâtiments d'une hauteur extraordinaire ont été rabaissés.

Un propriétaire peut faire faire en son fonds tout ce qu'il
 veut, pourvû que ce soit quelque chose qui lui soit utile, et
 qui ne puisse point nuire à son voisin, comme en bouchant
 les vûes et lui ôtant la clarté, comme il a été jugé par arrêt
 du 4 février 1654.

S'il n'y a titre contraire, c'est-à-dire, si celui auquel appar-
 tient le sol, n'est empêché de faire ce qui est permis par la
 disposition de la loi, par une servitude spécialement établie,
 ou par autre titre ; comme si un voisin avait une cave sous
 la maison voisine, fondé sur un titre, en ce cas le propriétaire

[ARTICLE 414.]

du sol n'aurait pas le dessous, lequel, par droit de propriété plutôt que de servitude, appartiendrait à un autre.

* *Sirey et Gilbert sur* } 1. La propriété du dessous, par ex-
art. 552 C. N. } emple d'une carrière, n'emporte pas la
 propriété du dessus. Ainsi, la propriété de la surface peut
 être déclarée appartenir à une partie, bien que celle-ci recon-
 naisse que la propriété du dessous appartient à son adversaire.
 —7 mai 1858, *Rej.* [S. V. 58, 1, 719.—D. p. 38, 1, 225.—P. 58, 2,
 588.]

2. La propriété d'une carrière souterraine peut-elle s'ac-
 quérir par prescription, séparément de la surface? *Arg. nég.*—
 1er fév. 1832, *Rej.* [S. V. 52, 1, 463.—D. p. 32, 1, 90.]

3. Le propriétaire d'un bâtiment est présumé, jusqu'à
 preuve contraire, propriétaire du terrain sur lequel la toiture
 de son bâtiment, formant saillie, déverse les eaux pluviales.—
 20 nov. 1833, *Bordeaux.* [S. V. 34, 2, 429.—D. p. 34, 2, 114.—*Id.*
 14 déc. 1833, *Bordeaux.* [S. V. 34, 2, 429.]

4. Lorsque divers étages d'une maison appartiennent à
 divers propriétaires, chacun d'eux a le droit de faire au mur
 de l'étage qui lui appartient les innovations qu'il juge con-
 venables, pourvu qu'il n'en résulte ni dommage ni danger
 pour les propriétaires des autres étages.—15 juin 1832, *Gre-*
noble [S. V. 33, 2, 208.—D. p. 33, 2, 38.]

5. *Id.*...Ainsi, le propriétaire du rez-de-chaussée peut élever
 contre son mur un auvent, encore que par là il intercepte
 pour les propriétaires supérieurs la vue de la partie inférieure
 de la maison.—3 déc. 1839, *Nîmes.* [S. V. 40, 2, 533.—D. p. 41,
 2, 52.—P. 40, 1, 460.]

6. Le propriétaire de l'étage supérieur d'un corps de bâti-
 ments peut même construire un étage au-dessus, sans le con-
 sentement des propriétaires inférieurs, pourvu qu'il n'en
 résulte aucun dommage pour eux.—17 mars 1838, *Paris,* [S.
 V. 38, 2, 479.—D. p. 38, 2, 182.—P. 38, 1, 610.]—*Id.* 12 août

[ARTICLE 414.]

1828, Grenoble. [S. V. 30, 2, 34; C. N. 9.—D. p. 33, 2, 37.]—*Id.* 22 mai 1840; Rouen. [S. V. 40, 2, 517.—D. p. 41, 2, 39.—P. 40, 1, 460.]

7. *Id.*...Et si les murs sont trop faibles pour supporter les constructions projetées, chacun des propriétaires inférieurs doit concourir pour une part proportionnelle à leur reconstruction.—4 fév. 1840, Nîmes. [S. V. 40, 2, 505.—D. P. 40, 2, 159—P. 40. 1. 477.]

8. Si l'exhaussement doit être nuisible aux copropriétaires, il ne peut avoir lieu.—27 nov. 1821, Grenoble.[S. V. 38, 2, 479, *ad notam.*]

9. Celui qui creuse un puits dans sa propriété peut en établir le fond plus bas que le fond du puits voisin, au risque de le tarir, s'il trouve l'eau à la même profondeur, pourvu qu'il ne le fasse pas dans le seul dessin de nuire à son voisin.—*Davidel, Cours d'eau*, t. 2, No. 896.—*Contrà*, Garnier, *Rég. des eaux*, No. 694.

15. La saisie d'un immeuble (et par suite l'adjudication de cet immeuble) comprend, à moins d'énonciation contraire ou de séparation préexistante, le tréfonds comme la superficie, et conséquemment la propriété de la mine qui se trouve dans le tréfonds, ou le droit à l'indemnité due par celui qui devient concessionnaire de cette mine.—14 juillet 1840, *Rej.* [S. V. 40, 1, 910.—D. p. 40, 1, 257.—P. 41, 1, 22.]

* *Id. Supplément.*—1. La disposition d'après laquelle la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, n'établit qu'une présomption, qui cède à une preuve ou présomption contraire.—*Cass.* 30 nov. 1853. [S. V. 54, 1, 679.—P. 55, 2, 576.—D. p. 54, 1, 17.]

2. Spécialement, celui qui a acquis une maison désignée comme n'ayant qu'un seul étage, n'a aucun droit aux autres étages superposés à l'étage inférieur, alors qu'il n'y a aucune communication entre l'étage inférieur et les étages supérieurs, qui communiquent au contraire avec la maison voisine, dont, en fait, ils ont toujours été l'accessoire.—*Même arrêt.*

[ARTICLE 414]

3. Lorsque les divers étages d'une maison [appartiennent à divers propriétaires, le toit étant une propriété commune, le propriétaire de l'étage supérieur ne peut sans le consentement des autres propriétaires, l'exhausser pour y établir une construction.—Grenoble, 10 nov. 1862, [S. V. 63, 2, 207.—P. 63, 1134.]—En ce sens, Demolombe, t. 11, No. 437; Perrin et Rendu. *Code des construc.*, No. 2613.—V. toutefois Aubry et Rau, d'après Zachariæ, t. 2, § 221, p. 673.

4. Les propriétaires distincts des divers étages ont tous la propriété commune du sol sur lequel la maison repose, et, par suite, ont tous un droit égal à l'exercice du droit de préemption accordé aux propriétaires riverains de la voie publique sur les terrains délaissés par l'administration municipale.—Cass. 22 août 1860. [S. V. 61, 1, 81.—P. 61, 1127.—D. p. 60. 1. 442.]—Conf., Demolombe, t. 44, No. 441; Aubry et Rau. *ub. sup.*

6. Le propriétaire du rez-de-chaussée ne peut transformer en porte une fenêtre donnant sur la cour commune.—Grenoble, 10 nov. 1862. [S. V. 63, 2, 207.—P. 63, 1134.]

7. Les propriétaires des étages supérieurs ont le droit de faire descendre leurs eaux ménagères dans cette cour à l'aide de tuyaux de descente.—Même arrêt.

8. Mais l'un des copropriétaires d'une cour ne peut y établir, pour son usage particulier, un réceptacle d'eaux ménagères qui produirait une incommodité ou des inconvénients pour l'autre copropriétaire.—Caen, 23 avril 1847. [S. V. 48, 2, 380.—P. 48, 2, 276.—D. p. 49, 5. 362.]

9. Il ne peut pas davantage y établir un dépôt permanent de fumier.—Caen, 24, nov. 1856. [S. V. 57, 2, 304.—P. 58, 146.]—V. art. 2232.

* *C. N.*, art. } La propriété du sol emporte la propriété du
552. } dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations

[ARTICLE 415.]

et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre *Des Servitudes ou services fonciers*.

Il peut faire au dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements de police.

415. Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire, à ses frais, et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.

415. All buildings, plantations and works on any land or underground, are presumed to have been made by the proprietor at his own cost, and to belong to him, unless the contrary is proved; without prejudice to any right of property, either in a cellar under the building of another or in any other part of such building, which a third party may have acquired or may acquire by prescription.

* ff. *Argum. ex lege* 7 § } Cum in suo loco aliquis alienâ
10 *De rerum adquir.* } materiâ codificaverit, ipse dominus
intelligitur ædificii, quia omne quod inædificatur, solo cedit.

**Duranton, vol.* } Du principe que la propriété du sol em-
4. no. 372. } porte celle du dessus et du dessous, résulte
la présomption que toutes les constructions, travaux et plantations sur un terrain ou dans l'intérieur ont été faits par le propriétaire, et à ses frais.

Cette présomption fléchit devant la preuve contraire. Ainsi

[ARTICLE 415.]

les possesseurs de bonne ou mauvaise foi, n'importe, pourront prouver que ce sont eux qui ont fait faire les travaux ; et cette preuve dans tous ceux qui possédaient pour eux à titre de propriétaire, emportera, jusqu'à preuve contraire, celle qu'ils les ont fait faire à leurs frais. Ils établiront même l'un et l'autre point, en prouvant que les travaux ont été faits pendant leurs possessions. Mais à l'égard des détenteurs à titre précaire comme le fermier, le locataire, et même à l'égard de l'usufruitier, en admettant, selon ce que nous allons bientôt démontrer, qu'ils ne sont pas déchus de tout droit quant aux constructions qu'ils ont faites, la seule preuve que les travaux ont été faits pendant la durée de leur jouissance ne suffirait pas ; on ne devrait point en effet présumer, comme pour les possesseurs proprement dits que ce sont eux qui ont fait ces travaux, et à leurs frais, attendu qu'on n'est pas censé dépenser son bien sur la chose que l'on sait être à autrui, et qu'on s'attend à restituer dans un temps plus ou moins éloigné.

**Marcadé vol. 2, sur art. 553. C. N.* } Quand il est constant qu'un terrain appartient à telle personne, la présomption que la raison en tire tout naturellement et que la loi proclame ici, c'est 1o. que les constructions ou ouvrages faits sur ou dans ce terrain ont été faits pour le compte de cette personne ; 2o. qu'ils l'ont été à ses frais ; et 3o. qu'ils lui appartiennent comme et avec le terrain, dont ils sont l'accessoire. C'est à celui qui élève une prétention contraire à la prouver.

Ainsi de ce que cette maison existe sur mon terrain, il s'en suit de plein droit que c'est moi qui l'ai fait bâtir. Si vous venez prétendre que c'est vous, vous devez l'établir ; moi, je n'ai aucune preuve à faire.

Maintenant, quand même ce serait vous qui l'auriez fait bâtir, qui auriez présidé aux travaux, elle serait encore censée faite à mes frais, vous seriez censé n'avoir agi que pour mon compte et payé de mes deniers : pour détruire cette présomption, il vous faudrait prouver, soit par des actes passés entre

[ARTICLE 415.]

nous, soit par l'ensemble des circonstances, que c'est de votre bourse que sont sorties les dépenses faites. Enfin quand il serait constant que vous avez fait construire la maison à vos frais, elle n'en serait pas moins à moi comme accessoire du terrain (sauf obligation pour moi de vous indemniser, d'après la distinction de l'art. 555) ; à moins ici encore, que vous n'établissiez le contraire, en prouvant, par exemple que je vous avais cédé le droit de faire bâtir pour vous, sur un terrain restant mien, une maison à la destruction de laquelle je reprendrais la jouissance de ce terrain.

C'est là ce que signifie la première partie de notre article. Quant à la seconde, elle est inutile dans le Code. Il est bien clair qu'un souterrain comme tout autre bien, quel qu'il soit, cesse de m'appartenir quand il est acquis à un tiers, soit par prescription, soit par aliénation formelle de ma part.

Voy. Pothier, Prop. cité sous art. 416.

Lahaye, sur art. 553, C. N. } *Faure, Rapport au Tribunal, 21 janvier 1804.*— Les arbres plantés sur un terrain sont présumés l'avoir été aux frais du propriétaire du sol : celui-ci est également présumé propriétaire des arbres. Cette présomption est de droit, et dispense le maître du fonds de prouver d'une autre manière que les arbres lui appartiennent. Quelqu'un lui en conteste-t-il la propriété ? C'est à celui qui réclame de justifier sa réclamation.

Il en est de même des constructions et ouvrages : la loi regarde comme propriétaire de ces objets le maître du fonds où ils se trouvent. Tant que le contraire n'est pas prouvé, la seule force de la loi suffit pour le maintenir dans cette qualité qu'elle lui donne.

Au surplus, la loi n'entend point porter atteinte aux droits des tiers résultant de la prescription. Un tiers qui aurait possédé quelque partie d'un bâtiment pendant le laps de temps suffisant pour que la prescription fut acquise, ne pourrait être

[ARTICLE 415.]

écarté à la faveur de la règle générale. Le propriétaire doit s'imputer d'avoir laissé prescrire : par le long silence qu'il a gardé, la loi le considère comme ayant facilement consenti à ce que la propriété fut transmise au possesseur.

Delvincourt, t. 1, note 4 de la page 181.—*Sous le bâtiment*, remarquez, 1o. qu'il faut supposer que la possession de ce souterrain a pu être connue du propriétaire du bâtiment. Autrement la propriété ne pourrait en être acquise par la prescription, puisque, pour pouvoir prescrire, il faut posséder *publiquement*. (Art. 2229.)

2o. Qu'il faut bien distinguer le droit de propriété d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, du droit de passage qu'on pourrait avoir, à titre de servitude, sous le même bâtiment. Cette distinction est importante pour l'acquisition et la conservation du droit. On peut acquérir la propriété par la prescription : *secùs*, du droit de passage. On perd le droit de passage, par le simple non usage pendant trente ans ; *secùs*, du droit de propriété, à moins que, pendant ce temps, la chose n'ait été possédée par un autre.

Duranton, t. 4, n. 372. — Ainsi, les possesseurs de bonne ou mauvaise foi, n'importe, pourront prouver que ce sont eux qui ont fait faire les travaux : et cette preuve, dans tous ceux qui possédaient pour eux, à titre de propriétaire, emportera, jusqu'à preuve contraire, celle qu'ils les ont fait faire à leurs frais. Ils établiront même l'un et l'autre en prouvant que les travaux ont été faits pendant leur possession.

N. 374. — La preuve que les constructions et travaux ont été faits par un tiers et à ses dépens, s'administrera, soit par les mémoires des ouvriers, soit, à l'égard des fermiers et locataires, par les états de lieux, s'il en a été fait, et même par le témoignage des ouvriers et autres, sur-tout lorsqu'il s'agira d'un possesseur, même de mauvaise foi.

Sirey et Gilbert sur } 2. Les contre-feux de cheminées sont
art. 553, C. N. } présumés avoir été placés par le proprié-

[ARTICLE 415.]

taire et dès lors lui appartenir, en sorte que c'est aux locataires à prouver que se sont eux qui les ont placés.—Merlin, *Rép.* vo. *Contre-feu*.

*Boileux vol. 2. sur } En droit romain, la règle *Ædificium solo*
art. 553. C. N. } *cedit* était absolue ; la superficie ne pou-
vait appartenir qu'au propriétaire du sol.—Le Code, ainsi que
nous l'avons déjà vu (art. 552), admet seulement en faveur de
ce dernier une présomption légale : il ne dit pas que les plan-
tations, constructions et autres ouvrages appartiennent au
propriétaire du sol, mais qu'ils sont *présumés* lui appartenir ;
donc la preuve contraire est admise. Mais, nous le répétons,
quant au propriétaire du sol, il se retranche derrière la pré-
somption légale établie en sa faveur.*

Dans une foule de cas, il peut arriver que la superficie soit séparée de la propriété du fonds : ainsi, le propriétaire du sol peut vendre un édifice et se réserver le terrain ; les ponts que l'on construit sur les rivières n'appartiennent pas nécessairement aux riverains ; les étages d'une maison peuvent appartenir à différents propriétaires ; enfin une mine peut être exploitée par un autre que le propriétaire de la surface. (*Voyez* art. 6. 9 et 16 de la loi du 31 avril 1810.)

Lorsqu'un tiers, sans prétendre à un droit de superficie, a fait des travaux sur un fonds dont il s'est trouvé momentanément en possession, ces travaux sont présumés faits par le propriétaire et à ses frais ; c'est au tiers qui réclame à établir son droit à une indemnité : —cette indemnité se règle suivant la distinction établie par l'article 555.

Il en serait ainsi, quand même les travaux auraient été faits par un locataire, par un fermier ou par un usufruitier : on présumerait toujours, en faveur du propriétaire, qu'il a payé les frais ; la loi ne suppose pas qu'un tiers ait pu faire bénévolement des dépenses sur le fonds d'autrui (*Dur.*, no. 372).

Notre article réserve les droits des tiers résultant de la propriété qu'ils auraient acquise, par titre ou par prescription,

[ARTICLE 416.]

soit d'un souterrain, par exemple une cave, soit de toute autre partie du bâtiment, par exemple un égout.—Nous aurons plus loin occasion de revenir sur ce principe : observons seulement, quant à présent, que pour prescrire il faut une possession paisible, publique, non interrompue et à titre de propriétaire (2229) : la prescription suppose, en conséquence, qu'il a existé un signe de publicité, par exemple un soupirail, ou du moins que la possession a été connue du propriétaire.

* *C. N. art. 553.*—Semblable à l'art. 415, C. C. B. C.

<p>416. Le propriétaire du sol qui a fait des constructions et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartiennent pas, doit en payer la valeur; il peut être aussi condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu; mais le propriétaire de matériaux n'a pas droit de les enlever.</p>	<p>416. The proprietor of the soil who has constructed buildings or works with materials which do not belong to him, must pay the value thereof; he may also be condemned to pay damages, if there be any, but the proprietor of the materials has no right to take them away.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

* *ff. De rei vind., l. 23, § 7.* } Item si quis ex alienis cementis in solo suo œdificaverit, domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta, prior dominus vindicabit; etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit œdificium, postquam a bonœ fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.

* *ff. De Tigno l. 1.* } Lex XII tabularum neque solvere per-
juncto. } mittit tignum furtivum œdibus vel vineis
 junctum, neque vindicare: quod providenter Lex effecit: ne

[ARTICLE 416.]

vel œdificia sub hoc pretextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur, sed in eum, qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem. § 1. Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex quâ œdificium constet, vineaque necessaria. Undè quidem ajunt; tegulam quoque et lapidem, et testam, ceteraque si quæ œdificio sunt utilia: tigna enim à tegendo dicta sunt, hoc amplius, et calcem et arenam tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis necessaria continentur, utputa perticæ, pedamenta. § 2. Sed et ad exhibendum danda est actio, nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem œdificio inclusit vinxitve: non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat.

12. Sed si proponas, tigni furtivi nomine œdibus juncti actum: deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio? Et esse non dubito.

Boileux sur art. } La règle qui attribue au propriétaire du
554 C. N. } sol les constructions, plantations et ouvrages,
est appliquée diversement à deux cas principaux :

1o. Les travaux ont été faits par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui ;

2o. Ils ont été faits par un tiers, avec ses matériaux, sur un fonds qui ne lui appartenait pas.

L'article 554 est relatif au premier cas ; l'article 555 règle le deuxième.

A Rome, le propriétaire des matériaux pouvait exercer, contre celui qui les avait indûment employés, l'action *de tigno juncto in duplum* ; s'il n'avait pas encore été indemnisé au moment de la destruction de l'édifice, il pouvait même revendiquer.—Le Code s'est éloigné de ces règles : d'une part, il n'accorde au propriétaire des matériaux que le droit d'en réclamer la valeur, et des dommages-intérêts (1449-1151), s'il y a lieu, par exemple, si ces matériaux étaient destinés à d'autres constructions qu'il n'aurait pu élever en temps utile ;

[ARTICLE 416.]

—d'autre part, il garde le silence sur la revendication :—d'où nous concluons que les matériaux, une fois employés, sont acquis au propriétaire du sol ; car ils ont changé de maître par le seul fait de l'incorporation au bâtiment.

Nous supposons, bien entendu, que les matériaux ont été employés de mauvaise foi ; autrement notre article n'aurait pas d'objet, puisque la possession des meubles vaudrait titre. Evidemment le législateur entend consacrer ici une exception à la règle de l'art. 2279.

Quelques auteurs graves (1) décident que le propriétaire des matériaux peut les revendiquer dès qu'ils sont détachés du bâtiment, s'il n'a pas encore été indemnisé. Assurément, cette distinction est fondée en équité, mais elle ne s'appuie sur aucun texte ; selon nous, elle est même en opposition avec l'esprit de la loi : le revendication est un acte de propriété ; admettre qu'on peut l'exercer lorsque l'édifice est détruit, c'est décider que le droit de propriété subsistait encore lorsque les matériaux étaient immobilisés ; or, nous trouvons dans les articles 551 et 554 une décision directement contraire : le premier, conçu en termes absolus, porte que tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire de cette chose ; le deuxième, que le propriétaire du sol qui a fait des constructions et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur : déclarer qu'il doit la valeur, n'est-ce pas reconnaître implicitement qu'il est devenu propriétaire ?

Dans le système que nous combattons, il faudrait, pour être conséquent, accorder la revendication des arbres, lorsqu'ils sont détachés du sol. Certes, nul n'oserait aller jusque-là. On dit, il est vrai, que l'état des choses n'est plus le même ; que l'arbre a été nourri par le sol ; qu'il y a eu identification ; tandis qu'à l'égard des matériaux il y a eu seulement accession. La réponse se trouve dans les articles 553, 554 et 555 ; en plaçant les constructions et les plantations sur la même ligne, le

(1) Toullier, t. 3, Nos. 125 et 126 ;—Demante, Progr. n. 558, t. 1.

NATIONAL LIBRARY
SOUS PRESSE

APR - - 1
Le Code Municipal de la Province de Québec,

TEL QU'EN FORCE LE PREMIER JANVIER 1879,

PRÉPARÉ PAR

E. LEF. DE BELLEFEUILLE,

AVOCAT.

Les amendements que la Législature a introduits au Code Municipal sont si nombreux et si multiples que depuis longtemps une refonte intelligente de l'ouvrage était demandée. La présente édition contient cette refonte, faite avec le soin et l'exactitude qui distinguent les travaux de MR. DE BELLEFEUILLE.

L'auteur a ajouté les principales décisions rendues par nos cours de justice en explication d'un grand nombre d'articles dont l'application offre certaine difficulté.

Si l'on songe que près de quatre cents amendements ont été faits au *Code Municipal* depuis 1872, on admettra que la présente édition sera indispensable à tous ceux qui, par leur position ou leurs affaires, sont appelés à consulter fréquemment cet ouvrage.

Comme le tirage est limité au nombre des souscripteurs, les personnes qui désirent avoir l'ouvrage voudront bien signer et remplir le blanc de souscription ci-joint et me le renvoyer sans délai, ou m'envoyer leur ordre par lettre.

Le prix de souscription est fixé à une piastre par copie reliée.

Les Conseils Municipaux, marchands ou autres personnes qui souscriront à 12 copies, les auront au prix réduit de \$10.

L'ouvrage est sous presse et sera livré le ou vers le 1er avril prochain.

MONTRÉAL, 4 FÉVRIER 1879.

EUSÈBE SENÉCAL, IMPRIMEUR,

Nos. 6, 8 et 10 Rue St. Vincent.