

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

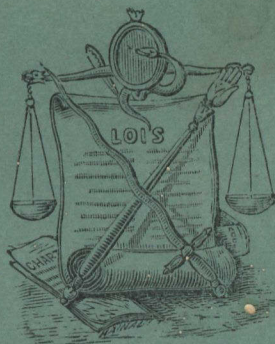
PUBLICATION MENSUELLE DE 128 PAGES PAR LIVRAISON.

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 droit 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.

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*, ouvrage commencé par MM. Chs. C. De Lorimier et Chs. A. Vilbon, et qui sera continué par M. Chs. C. DE LORIMIER, seul.

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*, par l'Hon. Juge Loranger, ou la partie déjà publiée de la *Bibliothèque du Code Civil*, par Chs. C. De Lorimier et Chs. A. Vilbon, ou aucune des livraisons, pourront s'adresser à l'Éditeur Eusèbe Sénécal.

Le prix pour le 1er volume *Commentaire sur le Code Civil* par l'Hon. Juge Loranger est de \$3.00 relié ; il n'y en a plus de brochés.

Le prix pour cette partie de la *Bibliothèque du Code Civil* qui a été publiée jusqu'à la première livraison de *La Thémis* et qui comprend 10 livraisons de 200 pages chacune, est de \$1.00 par livraison brochée.

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

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

RÉDIGÉE PAR

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

B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.

E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.

CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.

EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.

JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I.

JUIN 1879.

No. 5.

QUESTION NOTABLE

D'USUFRUIT ET DE DECRET JUDICIAIRE.

(Suite et fin.)

A la vérité, dans des temps malheureux, on a beaucoup restreint la prescription, et le législateur en a le pouvoir : cependant, même alors, les formes ont été maintenues.

Il faudrait du moins poser le principe qu'on ne peut pas saisir le bien d'autrui. Quoi ! il ne tiendrait qu'à un procureur astucieux de bâtir une procédure pour envelopper dans la saisie tous les biens qu'il voudrait !

Si, après avoir posé le principe, on veut réduire les droits du tiers à un privilège sur le prix de la vente, l'archichancelier y consent encore.

La réponse qu'on a faite à l'objection tirée de l'intérêt des femmes et des mineurs n'est nullement satisfaisante.

Les femmes ont des hypothèques légales. Ces hypothèques, on les détruit ; car il sera facile au mari de faire inscrire le bien dotal sous son nom au rôle des contributions, et alors il le vendra comme il voudra. Il faut donc une exception.

Il en faut une encore pour les pupilles : rien ne saurait justifier l'indifférence avec laquelle on les sacrifie à l'adjudicataire.

Mais tous ces écarts ne sont que les conséquences du faux principe que la justice peut vendre les biens d'un tiers. Aussi, dans la précédente séance, Treilhard a-t-il convenu qu'on n'avait eu en vue que les terres éparses qui pouvaient se trouver dans le domaine, et qu'on avait seulement voulu empêcher, qu'un quart d'arpent compris mal à propos dans l'adjudication ne la fit crouler. Avec cette restriction, le système aurait moins d'inconvénient, pourvu qu'on réservât au tiers dépouillé son indemnité et un privilège : il serait par trop étrange qu'il n'eût rien à demander à personne.

Le conseil arrête que l'article de la loi de l'an VII proposé par Bigot-Préameneu sera inséré dans le Code (art. 731 du Code).

RAPPORT DU TRIBUNAT.

GRENIER, au corps législatif.— J'en suis au quatrième objet, qui doit être présent à l'esprit du législateur en organisant une procédure telle que celle dont il s'agit, c'est-à-dire, à l'intérêt des tiers qui se diraient propriétaires, en tout ou en partie, des objets saisis, ou qui y prétendraient des droits inhérents à la propriété. Il devait naturellement s'élever la question de savoir si le défaut de réclamation avant l'adjudication devait ou non emporter la déchéance de leurs droits.

Pour se former des idées justes à ce sujet, il fallait jeter ses regards sur les règles qui avaient lieu dans l'ancienne procédure en saisie réelle ; comparer les effets de cette procédure avec ceux de la procédure établie par le projet de loi, et examiner si la différence, quant à ses effets, ne devait pas en amener une dans la manière dont on traiterait les tiers qui auraient à réclamer, ou un droit de propriété, ou des droits fonciers.

Or, dans tous les pays où l'ordonnance des criées, de 1551, était suivie, on y admettait assez généralement que le défaut de réclamation avant l'adjudication emportait déchéance du

droit, sauf le recours du tiers contre la partie saisie pour les dommages et intérêts.

Mais dans certains parlements, tel que celui de Paris, on avait admis, en interprétant cette ordonnance de 1551, que l'opposition à fin de *distraindre* ou de *charge* devait être formée, non-seulement avant l'adjudication, mais encore avant l'introduction des enchères. Cette jurisprudence était fondée sur ce que les particuliers sont plus hardis à enchérir, quand ils ne craignent plus d'être évincés d'une partie des biens qu'ils veulent acquérir, ou que ce bien soit chargé de quelque servitude qui souvent pourrait en diminuer considérablement la valeur.

Les tiers pouvaient cependant, dans la suite, et toujours avant l'adjudication, former leur opposition ; mais alors elle ne leur assurait que le droit d'être colloqués à l'ordre pour la valeur des objets dont ils étaient privés par le défaut d'opposition avant l'époque marquée par la jurisprudence.

Mais une chose qu'il est bien essentiel de remarquer, c'est que la propriété des tiers n'était purgée que lorsqu'en conséquence du *bail judiciaire* qui avait lieu dans cette procédure, il y avait eu prise de possession, de la part du fermier judiciaire, des objets saisis. Et comme il était rare que le tiers dont on aurait voulu faire vendre la propriété sous le nom d'un autre se laissât dessaisir par le fermier judiciaire, la déchéance de la propriété, par le défaut de réclamation, n'avait lieu ordinairement que contre les tiers, qui, sans être en possession des objets saisis, prétendaient seulement y avoir des droits.

En se reportant sur le plan de procédure adopté par le projet de loi, dès que cette procédure est moins solennelle, mais aussi bien moins ruineuse, dès qu'on n'y a pas admis le *bail judiciaire*, dont les suites étaient un vrai fléau, il devenait impossible d'admettre les anciens principes relativement aux droits des tiers. Le respect pour la propriété, tracé sur presque toutes les pages du Code Civil, s'est fait entendre, et on s'est fixé sur ce principe écrit dans l'article 25 de la loi de brumaire, et qu'on retrouve dans l'article 731 du projet de loi : *l'adjudication définitive ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi,*

LE CODE CRIMINEL EN QUELQUES PAGES.

La cession n'a pas eu l'effet d'abolir nos lois françaises, mais l'Angleterre avait le droit de nous imposer les siennes, et c'est ce qu'elle a fait quant aux lois criminelles. Par la proclamation royale de 1763 elles furent introduites dans ce qui formait alors la Province de Québec, et la 14 Geo. 3, c. 83 (1774) introduisit les lois criminelles (et non pénales et de police) suivies dans cette partie du royaume-uni, appelée l'Angleterre, aussi bien quant à la description de l'offense que quant au mode d'en poursuivre et d'en infliger la punition. Or ces lois étaient la loi commune, c'est-à-dire l'ensemble des coutumes et des décisions des tribunaux, (*precedents*) et les lois écrites ou statutaires.

Depuis cette époque de nombreux statuts ont été passés par nos législatures, à l'instar des statuts impériaux, pour changer, modifier et classifier les lois anciennes.

Par l'Acte de l'A. B. du N., les lois criminelles sont du ressort du Parlement.

Les lois de police et de réglementation restent sous le contrôle des Législatures locales qui peuvent déléguer à des corps le droit d'en faire, et dont la sanction ne peut être que l'amende, et à défaut de la payer, l'emprisonnement.

On a beaucoup vanté la beauté de cette Législation criminelle anglaise. A coup sûr ce ne sont pas les mots barbares qu'elle a entraînés après elle qui puissent enthousiasmer d'autres que ceux qui sont émerveillés des choses incomprises ; ce n'est certes pas l'application inconséquente de ses punitions qui soit propre à ravir un logicien ; et le raisonneur le plus subtil ne parviendra jamais à faire croire que la rédaction de ce chef-d'œuvre soit lucide.

Cette confusion est probablement ce qui, joint à la langue en laquelle elles étaient écrites, a repoussé de l'étude de ces lois

beaucoup d'avocats d'origine française, et pourquoi la connaissance de ces lois a été longtemps l'apanage presque exclusif des hommes de lois de langue anglaise.

Mais à part ce costume bizarre, qu'on semble se plaire à lui conserver, par intérêt peut-être, proclamons-le, cette législation si repoussante à première vue, laisse voir une merveilleuse sagesse à ceux qui la dépouillent de sa livrée. Ce que nous disons là s'applique surtout à la loi commune où les dispositions sont tellement appuyées sur la morale que la saine raison seule peut en faire acquérir la connaissance. Quant aux lois statutaires elles ont eu le désavantage de n'avoir jamais été embrassées d'une seule étreinte, et d'avoir le sort d'une vieillerie rapiécée, confortable, sans doute, mais rendue gênante par une agglomération inutile.

Notre but, en consignand dans quelques pages l'ensemble de cette législation, est de concilier nos jeunes amis de la profession avec ses dispositions, et de les conduire à la porte d'une appréciation sans préjugés. Nous donnons avis que dans ce résumé toutes les phrases doivent être pesées, parce que l'étendue du sujet nous a fait choisir que celles qui ont une portée.

Notre Code criminel consiste donc à l'heure qu'il est dans les dispositions de la loi commune, compatible bien entendu, avec notre état de chose ; les statuts de l'Angleterre avant 1774, d'une application nécessaire et générale ; et les statuts canadiens passés depuis, et qui sont presque tous copiés des statuts impériaux de date plus récente, en ce qu'ils ont de compatibles avec notre état de colonie et avec nos mœurs. Les commentaires anglais, qui sont des monuments de compilation, peuvent donc nous guider avec avantage.

Les statuts impériaux, déclarés s'appliquer au Canada, ont tout l'effet qui leur est donné ; et l'on admet même que ceux d'une application générale et universelle doivent y être suivis, à défaut d'autre législation coloniale, même sans mention à cette fin.

Généralement toute contravention à un statut prohibant

une nuisance publique ou ordonnant un acte d'utilité publique, est un délit en vertu de la loi commune et de nos statuts.

Les statuts sont *généraux* quand ils s'appliquent à la nation entière, et les cours en prennent connaissance *ex officio* ; *spéciaux*, quand ils ne s'appliquent qu'aux intérêts particuliers ou d'une certaine classe d'individus, et ils doivent être cités ; *déclaratoires* ou *correctifs* de la loi commune.

Si le statut diffère de la loi commune, c'est lui qui prévaut ; et le nouveau qui en contredit un autre l'emporte sur l'ancien.

Le grand nombre de statuts et leur peu d'ensemble décidèrent nos législateurs à compiler, réunir et modifier les lois, en les copiant presque textuellement des compilations anglaises.

Nous allons en donner une nomenclature :

Administration prompte et sommaire de la justice criminelle en certains cas, 32, 33, ch. 32 et 35, amend. p. 38 V. c. 45 et 42 V.

Agressions injustes commises par des sujets de pays étrangers. Acte pour mettre les habitants du B. C. à l'abri des..... 29, 30, V. c. 2, 3, étendu aux autres provinces, par 31, V. c. 14.

Aliénés.—Acte concernant la reclusion des... S. R. C. c 109, amendé p. 24, V. c. 13.—32, 33, V. c. 29, S. 99 et suiv.

Animaux.—Cruauté envers les animaux, 32, 33, V. c. 27. 38 V. c. 42.

Armée.—Offenses relatives à, 32, 33, V. c. 25 et 26.

Armes à feu.—Abus. 40 V. c. 30.

Assemblée illégale.—31, V. c. 15, légale S. R. C. c. 82.

Associations illicites.—Secrètes, S. R. B. C., c. 10, amendé par 29, V. c. 46.—Voir 41-42 V. c. 9, quant aux processions de parti. (Q)

Bateaux-à-Vapeur.—Tenue de l'ordre, 36, V. c. 57.

Couronne et Gouvernement.—Protection, 31, V. ch. 69.

Complices et fauteurs d'offences punissables par indictement. Acte concernant les... 31, V. c. 72, amend. p. 32, 33, V. c. 17, dans les affaires sommaires, 32, 33, V. c. 31, s. 15.

Contravention à un acte de quelque une des Provinces constitue un délit, 31, V. c. 71, S. 3.

Délit.—Complice en matière de... 31, V. c. 72.

Devoirs des Juges de Paix hors Session relativement aux offenses punissables par indictement, 32, 33, V. c. 30.

Devoirs des Juges de Paix relativement aux ordres et convictions sommaires, amendé, p. 33, V. c. 27 ; et le ch. 103 S.R.C. quant aux offenses du domaine de la législature locale, 40 V. c. 27.

Domages malicieux causés à la propriété.—Acte concernant les... 32, 33, V. c. 22.

Emeutes.—Acte concernant les... 31, V. c. 70, dans le voisinage des travaux publics, S. R. C. c. 29.

Evolutions militaires illégales, 31, V. c. 15.

Faux.—Acte concernant le... 32, 33, V. c. 19.

Jeunes Délinquants.—Concernant le procès et la punition des... 32, 33 V. c. 33. Concernant leur emprisonnement *Idem.* ch. 34.

Larcin.—Acte concernant le... 32, 33 V. c. 21, amendé par 35 V. c. 33 et 35, 38 V. c. 40 et 40, V. c. 29.

Libelle.—37 V. c. 38.

Lois criminelles.—Acte relatif aux... rappel des lois antérieur, 32, 33 V. c. 36.

Législatures.—Faux, parjure et intimidation en connection avec les... 31 V. c. 71.

Maison de jeu.—Suppression, 38 V. c. 41, 40 V. c. 33.

Maladies contagieuses.—Acte pour prévenir les... 32, 33 V. c. 37.

Marine de S. M.—Acte pour la punition de certaines offenses relatives à... 32, 33 V. c. 25 et 26. 33 V. c. 31. 34 V. c. 32, am. p. 36 V. ch. 58.

Marques de commerce et dessins de fabrique.—Acte concernant les... 31 V. c. 55. 35 V. c. 32 et 39 V. c. 35.

Matelots.—Pour prévenir la désertion des... 36 V. c. 128 imp. contenu au 37 V. (C.). Ordres imp. contenus au 40 Vict.

Matelots.—Pour mieux protéger les hardes et effets des... 33 V. c. 31 (C).

Menées traîtresses contre la personne ou le gouvernement de S. M. 31 V. c. 16, 33 V. c. 1.

Monnaies.—Acte relatif aux... 32, 33 V. c. 18.

Pari.—Supprimer, 40 V. c. 31.

Parjure.—Acte concernant le... 32, 33 V. c. 23, amendé par 33 V. c. 26.

Personne.—Offenses contre la... 32, 33 V. c. 20 amendé par 35 V. c. 31, 36 V. c. 50, 38 V. c. 39, amendé par 39 V. c. 37, 40 V. c. 28 et 35, relatif aux violences menaces et molestations, 41 V. c. 17, 18 et 19.

Propriété.—Acte concernant les dommages malicieux causés à la propriété, 32, 33 V. c. 22.

Procédure criminelle, 32, 33 V. c. 29, amendé par 36 V. c. 3 et 51, 38 V. c. 43, 39 V. c. 36, 40 V. c. 26.

Police du Canada, 31 V. c. 73.

Pénitenciers.—Acte des... 31 V. c. 75.

Revenu, menées corruption dans la collection du Revenu, 34 V. c. 2.

Serments illicites et sociétés secrètes. S. R. B. C. c. 10, amendé par 29 V. c. 46.

Serments volontaires et extra judiciaires défendus, 37 V. c. 37.

Sociétés illicites, définitions et défenses, S. R. B. C. c. 10, amendé par 29 V. c. 46.

Statuts.—Interprétation des... 31 V. c. 1, amendé par le c. 28.

Sentences imposées par les cours coloniales auxquelles juridiction est accordée par acte impérial, 37, 38 V. c. 27 imp.

Travaux publics... pour la meilleure protection de la Paix dans les... 32-33 V. c. 24, amendé par 33 V. c. 28, 38 V. c. 38.

Tansport des marchandises dangereuses, 36 V. c. 8, amendé par 42 V.

Trahison.—Relatif aux personnes en prison pour... 31 V. c. 74.

Vagabonds, 32-33 V. c. 38, et 37 V. c. 43.

L'extradition des criminels entre le Canada et les Etats-Unis est régie par le traité de Washington, signé à Washington le 9 août 1842, par Lord Ashburton, pour la Grande-Bretagne et Daniel Webster, pour les Etats-Unis, lequel traité est loi avec les statuts passés pour lui donner effet, savoir : 6 et 7 V. c. 76 imp., qui autorisait le Parlement du Canada à statuer sur les effets du traité dans les limites de notre territoire. En consé-

quence fut passé la 12 V. c. 19, (S. R. C. c. 89), suspendant les effets de l'acte impérial. La 25 V. c. 20, imp. confirmait ce droit de notre Parlement.

La 23 Vic. c. 41, et la 24 V. c. 6, rappellent certaines dispositions et surtout la sect. 1, 2 et 3, S. R. C., ch. 89.

La 31 V. c. 94, contenu au statut de 1869, étend les dispositions du 24 V. c. 6, à toute la Puissance, rappelle le ch. 89 S. R. C.; et le 24 V. c. 6, amendé par 33 V. c. 25, applique le traité de Washington dans la Puissance. La 40 V. c. 25, remplace les autres.

La 33, 34 V. c. 52 imp., rappelle le 6 et 7 V. c. 76, et a des dispositions pour la Puissance ainsi que la 36, 37 V. imp. qui l'amende.

Différents traités d'extradition ont été passés entre Sa Majesté et :

L'Autriche, en 1873, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 2 janv. 1874, contenu au 38 Vict.

La Belgique, en 1872, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 28 déc. 1872, contenu au 40 Vict.

Le Brésil, en 1873, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 2 janv. 1875, contenu au 38 Vict.

Le Danemark, en 1862, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 30 août 1873.

La France, le 13 février 1843, contenu au 38 Vict.

L'Allemagne, en 1872, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 28 déc. 1872.

L'Italie, en 1873, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 23 mai 1873.

Les Pays-Bas, en 1874, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 19 sept. 1874, contenu au 38 Vict.

La Suède et la Norwége, en 1873, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 15 nov. 1873, contenu au 38 Vict.

La Suisse, en 1875, contenu au 38 Vict.

Haïti, contenu au statut de 1876.

Honduras, " " "

Les statuts où sont contenus ces différents traités sont ceux du Canada à moins d'indication contraire.

La plupart des statuts que nous venons d'indiquer décrivent les offenses en désignant la punition qui y est attachée. Quelques-uns d'entre eux concernent la procédure. Le chapitre 29 de 32-33 V., traite particulièrement de la procédure devant les jurés, d'une offense poursuivable par indictement ; le chap. 30 indique la manière de traiter ces sortes d'offenses avant le procès ; et le chap. 31 traite de la manière de procéder dans les offenses qui sont indiquées comme devant être soumises à une procédure sommaire par les statuts : ce qui s'exprime généralement par la disposition que le délinquant sera puni sur conviction devant un Juge de Paix. Remarquons que presque toutes les affaires sommaires sont traitées d'après ce chapitre, copié presque textuellement du chap. 103 des S. R. B. C., qui est cependant en force pour le traitement des offenses créées par la Législature locale devant les Juges de Paix. Quelques statuts, comme la loi de licence, devient un peu de cette procédure.

Les chapitres 27, 28, 32, 33 et 35 ont des procédures sommaires spéciales, applicables à des offenses qui sont cependant de leur nature indictables.

Remarquons que les affaires sommaires se prennent généralement au nom d'un particulier, tandis que les offenses indictables sont généralement poursuivies au nom de la Reine.

Dans les différents statuts descriptifs des offenses que nous avons indiquées, se trouvent quelques procédures spéciales au genre d'offense y mentionnées.

Un grand nombre d'autres dispositions criminelles se rencontrent dans les statuts, comme dans les actes concernant les Élections, les Douanes, les Bureaux de poste, le Revenu, l'Excise, les Pêcheries, les Indiens, la Milice, les Banques, les Matelots, la Faillite, les Chemins de fer, la Tempérance, les Inspections, les Poids et Mesures, la Quarantaine, le Recensement, la Télégraphie, les Terres de la Couronne, les Timbres, les Travaux Publics, les Arpentages, les Compagnies, etc. Et au local, beaucoup de dispositions pénales, (qui toutes sont traitées d'une manière sommaire, d'après le ch. 103 des S. R. B. C., ou ch. 31 de 32-33 V., ou d'après une procédure particulière indi-

quée dans le statut) sont répandues dans les statuts locaux, comme les actes concernant les licences, la chasse, l'ordre dans ou près des églises, la protection des forêts, les lois municipales, les maîtres et les serviteurs, les lois de police, les chartes des cités, la protection des animaux, des oiseaux insectivores, les journaux, la vente des médicaments, l'exhibition de monstres, etc.

Les statuts que nous avons indiqués ne sont que le texte de la loi et exigent des commentaires ; aussi nous n'en manquons pas. Nous allons mentionner les principaux et qui sont les plus en vogue.

Quant à la loi criminelle anglaise : Roscoe's Digest of criminal Evidence, Woolrich Criminal Law, Archbold's Pleadings and evidence in criminal cases, Harris's, Principles of Law.

Quant à la loi canadienne : L'hon Juge H. E. Taschereau a commenté avec bonheur le texte de nos principaux statuts dans deux volumes publiés en 1874.

Clarke's, Treatise on Criminal Law.

Quant aux ordres et convictions sommaires, Paley's Law and Practice of summary convictions, est considéré comme l'auteur classique anglais.

MM. Carter, Kerr et le Magistrat de District Lanctot, ont commenté nos lois sur ces matières sommaires avec beaucoup de talent et leurs livres sont d'une grande utilité pour les Magistrats.

Les tribunaux du Canada qui ont juridiction dans les matières criminelles sont :

La Cour Suprême où il y a appel de tous jugements sur une motion à l'effet de faire enregistrer un verdict ou une mise hors de cour (non suit) sur un point réservé lors du procès. Elle a juridiction d'appel de toute décision des cours criminelles des provinces.

La Cour du Banc de la Reine et les juges de la dite Cour ont juridiction criminelle dans toute l'étendue de la province de Québec, avec pouvoir de juger suivant la loi tous plaids de la couronne, trahisons, meurtres, félonies et délits, crimes et

offenses criminelles quelconques, faits et commis et dont il peut être pris connaissance dans Québec, sauf et excepté ceux qui tombent sous la juridiction de l'amirauté.

Sont transférables à cette cour par *certiorari* les causes pendantes devant une cour de sessions générales ou de quartier de la paix dans lesquelles un procès par jury est autorisé par la loi.

Elle remplace la cour de sessions de quartier là où il n'y en a pas. Le quorum de cette cour est d'un seul juge qui peut être un juge de la Cour Supérieure.

Les Magistrats de District ont dans le ou les districts pour lesquels ils sont nommés les pouvoirs de un et de deux Juges de Paix, des Juges des Sessions de la Paix et tous ceux que leur donnent les actes de la Législature locale ou du Parlement fédéral. Les ch. 32, 33, 34, 35, de 32, 33 V., leur donnent juridiction dans certaines offenses y mentionnées ; le chap. 35 leur donne juridiction de la Cour des Sessions de Quartier ; le ch. 28, sur les vagabonds ; et une foule d'autres statuts leur désignent des devoirs de un et de deux Juges de Paix.

La Cour des Sessions Générales de la Paix a juridiction sur toutes, les offenses excepté le parjure fondé sur la loi commune, le faux, la trahison, toute félonie punissable de mort, le libelle, les offenses commises par des agents, banquiers ou facteurs d'après le ch. 21 des 32-33 V.

Le Juge des Session a aussi une juridiction comme magistrat compétent et les pouvoirs de un et deux Juges de Paix. Il préside généralement la Cour des Sessions. Il est Magistrat compétent en vertu des ch. 32, 33 et 35.

Les Juges de Paix ou Magistrats ont des devoirs ministériels, soit pour administrer le serment, faire des enquêtes, dans les offenses indictables, et judiciaires dans les cas sommaires. Les statuts les leur désignent.

Le Recorder est Juge de Paix *ex officio*. Il a aussi les pouvoirs de deux Juges de Paix. Il peut présider toute Cour de Session de quartier. Il ne peut juger les cas de trahison ou les cas de félonie entraînant peine de mort, ou les cas de libelle. Il est magistrat compétent en vertu des ch. 32 et 33 de 32-33 V.

Le Magistrat de Police exerce tous les pouvoirs de un et de deux Juges de Paix. Il peut présider la Cour des Sessions de quartier.

Les commissaires des incendies ont pour devoir de s'enquérir des causes des incendies ; et ont à cette fin la juridiction d'aucun Juge des Sessions, Recorder et Coronaire. Ils peuvent faire arrêter les personnes troublant la paix à aucun feu ou soupçonnées y avoir volé et de les traduire devant les Juges de Sessions, Recorder ou Juge de Paix.

Les Shérifs ont une juridiction criminelle en vertu des ch. 32, 33 et 35 des 32-33 V.

Toutes les offenses criminelles ou pénales sont punissables par voie de mise en accusation (*indictment*) ou par voie sommaire devant un ou plusieurs juges de paix, ou un magistrat ayant cette juridiction. Les statuts s'en expriment.

Toutes les félonies, et les délits d'un intérêt général, sont punissables par indictement, à moins que la loi n'exclue ce mode de procéder.

Suivons ces différentes procédures telles qu'elles ont lieu généralement :

La première chose à faire pour juger une accusation est d'amener la personne accusée devant le juge compétent ou de l'assigner d'y comparaître. De là l'arrestation ou la sommation.

L'arrestation peut se faire avec ou sans mandat, (*warrant*) qui est un ordre d'arrêter et d'amener, sous le sceau d'un officier compétent.

Plusieurs personnes peuvent émettre des mandats d'arrestation dans les cas particuliers qui sont déterminés par la loi ; mais généralement ils émanent des Juges de Paix, ou de ceux qui en ont les pouvoirs.

Le Juge de Paix peut émaner un mandat dans le cas où il voit lui-même commettre une offense, ou sur le certificat du Greffier de la Couronne, constatant qu'un acte d'accusation a été trouvé fondé devant le Grand Juré, ou lorsqu'une plainte, accusation ou dénonciation est faite sous serment devant lui.

L'accusation, la plainte ou la dénonciation sont la même chose quand il s'agit d'une offense indictable ; mais dans les

affaires devant être traitées sommairement on se sert du mot dénonciation quand elle a pour effet d'accuser d'une offense ; et on se sert du mot plainte quand elle a pour effet de demander le recouvrement de deniers, comme taxes etc. Celle-ci provoque un jugement appelé *Ordre* ; celle-là la *Conviction*.

L'arrestation sans mandat est réglée par la loi commune et par les statuts.

Par la loi commune toute personne présente lors de la commission d'une félonie ou lorsqu'une blessure dangereuse est infligée, est tenue de s'emparer du délinquant et de le remettre à un constable ou officier de paix ou de le conduire devant un Juge de Paix.

Toute personne présente à un rassemblement tumultueux, mêlée ou émeute, peut ainsi arrêter ceux qui y prennent part.

Un constable, un officier de paix, quelqu'un informé de la commission d'un crime, peut faire appel à tous les gens de la localité qui sont tenus d'obéir à ce commandement ; c'est le mode d'arrestation dit : *by hue and cry*.

On peut s'emparer d'un fou que l'on voit sur le point de commettre une offense. Tout individu a même le droit d'arrêter sans mandat une personne soupçonnée d'avoir commis une félonie.

En vertu des statuts toute personne qui voit commettre une offense énumérée dans l'acte concernant le larcin peut arrêter le délinquant et le conduire devant un Juge de Paix avec les effets qu'elle prend. Toute personne à qui des effets sont offerts, si elle a des motifs raisonnables de croire que ces effets ont été volés ou qu'une offense a été commise à leur propos, est requis d'arrêter celui qui les offre et de le conduire devant un Juge de Paix.

Pendant la nuit, de neuf heures du soir jusqu'à six heures du matin, toute personne peut s'emparer d'un individu trouvé commettant une offense quelconque et le mettre sous la garde d'un constable ou d'une autre personne, pour être aussitôt que convenable conduit devant un Juge de Paix.

Le propriétaire d'une chose, son engagé ou autre personne par le dit propriétaire autorisée, qui trouve un individu com-

mettant une offense a propos de cette chose peut s'en emparer et le conduire devant un Juge de Paix.

Les constables ont des pouvoirs spéciaux d'arrestation que leur confèrent les statuts qui autorisent leur nomination ; mais d'après la nature de leur office même ils ont, comme les simples individus, droit d'arrêter pendant la commission d'un crime et même sous soupçon d'autrui, tenir sous garde pour attendre des renseignements, et remettre en liberté ; ils peuvent arrêter quelqu'un que l'on dit menacer de tuer. Ils peuvent arrêter les coureurs de nuit, ceux qui font du bruit dans une maison publique.

Tout constable ou officier de paix peut arrêter toute personne trouvée, la nuit, couchée ou rôdant, suspectée d'avoir commis ou d'être sur le point de commettre une félonie.

Le constable peut arrêter une personne qui maltraite un animal.

Un Juge de Paix peut de vive voix, ordonner l'arrestation d'une personne qui a commis une félonie ou troublé la paix en sa présence, peut s'emparer d'une personne qui fait du mal ou menace d'en faire.

La *sommation*, qui est adressée à un accusé, est émise sur plainte, accusation ou dénonciation et comporte l'accusation et l'ordre de comparaître ; elle est signifiée par un constable.

L'arrestation et la sommation ont le même but : celui d'amener l'accusé à comparaître devant le Magistrat.

Quand l'accusé est devant le Magistrat, la cause est traitée différemment selon qu'il s'agit d'une affaire par indictment ou par conviction ou ordre sommaire.

Voyons d'abord le mode de procéder dans une offense poursuivable par voie sommaire :

Le Magistrat ou son greffier appelle la cause. Si le Défendeur n'a été qu'assigné et qu'il compareisse, l'audition de la cause est généralement entendue de suite ; s'il fait défaut, le Magistrat peut entendre la cause par défaut ou émettre un mandat d'arrestation pour cause de désobéissance à l'ordre de sommation.

Quand le Défendeur, au lieu d'avoir été assigné, a été ar-

rêté, soit en premier lieu, soit après avoir été assigné, la cause est généralement ajournée pour permettre au Défendeur de préparer sa défense, en par lui donnant caution ou restant sous garde.

Au jour fixé on expose au Défendeur la substance de la dénonciation ou plainte, et on lui demande s'il a quelque défense à présenter. Alors, si le Défendeur admet les faits jugement est en conséquence rendu contre lui. S'il n'admet pas les faits, il plaide par défense préliminaire les vices de forme ou de substance, ou par défense au fonds les moyens au mérite.

Si la défense préliminaire est maintenue, l'action est renvoyée ; si cette défense est renvoyée il plaide au fonds.

Sur plaidoyer au fonds de " non coupable ", la preuve est entendue de part et d'autre, les parties sont entendues par elles ou par procureurs. Alors le Magistrat rend jugement qui est appelé *conviction*, quand il condamne à l'amende ou à la prison ; ce qui a lieu dans tous les cas d'offenses ; et *ordre* si la poursuite n'est que d'une nature civile, comme pour le recouvrement de deniers, par exemple des taxes, etc.

Quand ce jugement n'est pas exécuté, il est suivi de la saisie ou de l'emprisonnement, selon que le statut le permet ; et alors le Magistrat émet un mandat d'emprisonnement ou un mandat de saisie.

Voyons maintenant quelle est la procédure d'une offense par voie de mise en accusation :

Si l'accusé a été seulement assigné et qu'il ne comparaisse pas, le Juge de Paix émet un mandat pour cause de désobéissance à la sommation ; et quand l'accusé est en sa présence, traduit soit sur mandat en premier lieu, ou pour cause de désobéissance à la sommation, le Magistrat prend en présence de l'accusé (qui a droit de transquestionner les témoins à charge) les témoignages de ceux qui connaissent les faits et circonstances de la cause : c'est l'enquête préliminaire. Ces témoignages sont pris par écrit et peuvent faire preuve lors du procès dans le cas de mort, de maladie grave, d'absence ou de perte de raison du témoin.

Les dépositions prises, le Magistrat demande au prévenu s'il

a quelque chose à dire, le mettant sur ses gardes, qu'il ne doit être influencé ni par crainte ni par promesse et que ce qu'il dira servira contre lui lors de son procès.

Sur le tout le Magistrat décide : s'il croit que la preuve n'est pas suffisante pour faire subir son procès à l'accusé, il le libère ; si la preuve soulève une présomption forte ou probable contre l'accusé, il l'oblige à subir un procès en l'envoyant, par mandat d'emprisonnement, en prison, ou en l'admettant à caution.

Dans les cas de trahison et de félonie punissables par la mort, ou sous l'acte pour la meilleure protection de la couronne et de son gouvernement, il ne peut l'admettre à caution ; dans les cas autres de félonie, il peut admettre l'accusé à caution, de concert avec un autre Juge de Paix. Dans les cas de délit il doit admettre l'accusé à caution. Cette caution a pour but d'obliger l'accusé à comparaître au prochain terme du tribunal ayant juridiction pour cette offense. Le Magistrat y envoie toutes les pièces : la plainte ou accusation, les dépositions, la déclaration du prévenu et les cautionnements.

Les accusés d'offenses du ressort de la Cour des Sessions de quartier peuvent, étant obligés de subir un procès, choisir de le subir devant un des Magistrats compétents qui ont ce pouvoir en vertu du chapitre 35 de 32-33 Vict.

Ceux qui ne choisissent pas cette juridiction, attendent le terme, soit en prison, soit sous caution. Pour ceux-ci, une autre enquête préliminaire a lieu : c'est celle devant le Grand Jury.

Les grands jurés sont assignés et leur qualification réglée par la loi commune, qui exige qu'ils soient sujets du Roi et entachés d'aucune infamie légale, et par les statuts 27-28 V. c. 41, 31 V. c. 16, 32 V. c. 22, 33 V. c. 13, 35 V. c. 10.

Le grand jury doit être composé au moins de douze et de pas plus de vingt-trois.

Ils sont appelés à l'ouverture de la Cour et soumis à l'amende pour ne pas se rendre ; le président de la Cour adresse un discours au Grand Jury. Cette adresse ordinairement traite de l'état moral du District, des indictements que les grands jurés auront à examiner et des devoirs qu'ils auront à remplir.

Nous ne saurions mieux faire connaître ces devoirs du Grand Jury et la nature de ces adresses, qu'en rapportant partie de celle délivrée par Son Honneur le Juge Dugas, au Grand Jury, au terme de mai 1879, à Montréal :

“ Votre premier devoir est de vous enquérir minutieusement des crimes et offenses tombant sous la juridiction de cette Cour et qui seront portés à votre connaissance par la couronne au moyen d'actes d'accusation. (indictments). Vous devez faire toutes les recherches voulues pour vous satisfaire que vous n'infligez pas à un innocent la flétrissure de subir un procès ou que vous ne donnez pas à un coupable le bénéfice d'une libération qu'il ne mérite pas. Vous rappelant que l'institution du Grand Jury est autant une sauvegarde en faveur de la personne accusée faussement par la mauvaise foi et la malignité, qu'une protection à la société contre le vice et le crime. A cet effet vous avez le pouvoir de faire paraître devant vous toute personne que vous croirez être en état de vous donner de justes informations. Les noms des témoins connus de la Couronne sont écrits sur l'acte d'accusation même. Vous pouvez les interroger tous ou autant d'entre eux qu'il est nécessaire pour vous convaincre de la culpabilité de l'accusé. Si dans le cours d'une investigation il vient à votre connaissance que certaines personnes dont les noms ne sont pas mentionnés sur l'acte d'accusation pourraient vous éclairer dans vos recherches, il est de votre devoir et vous avez le pouvoir de les faire paraître devant vous. Chaque témoin doit être assermenté par votre président avant d'être interrogé.

Après vous être enquis des faits, si au moins *douze* d'entre vous croient que la personne accusée est coupable du délit ou du crime qu'on lui impute, vous devrez l'envoyer subir son procès devant les petits jurés, et vous traduirez votre décision par les mots “ True Bill ” qui devront être écrits sur le dos de l'acte d'accusation et certifiés par la signature de votre président.

Si au contraire la majorité d'entre vous est d'opinion que l'accusation n'est pas fondée vous devrez faire écrire sur le

dos de l'acte d'accusation " No Bill " que votre président devra aussi reconnaître de sa signature.

En cas de doute vous devez, contrairement à ce que doivent faire les petits jurés, l'interpréter contre l'accusé. Et alors si votre conscience ne vous permet pas de rapporter un " True Bill ", il vous est encore permis d'exprimer le résultat de vos recherches par la formule moins usitée de " Ignoramus."

Outre les accusations qui seront mises devant vous, il est aussi en votre pouvoir de vous enquérir de toutes autres offenses contre la société et d'en donner connaissance à la Cour par une dénonciation (presentement). Le cas échéant, vous aurez pour vous diriger dans ces procédures à suivre, le Greffier de la couronne qui, je n'en ai aucun doute, se fera comme toujours un plaisir de vous aider de ses connaissances et de son expérience.

La preuve requise doit toujours être la meilleure possible. Le témoin ne doit parler que de ce qu'il a lui-même vu et entendu. Ce qu'il a pu connaître par l'entremise d'autres personnes ne peut être pris en considération. Les confessions des accusés faites sans crainte ni menace font preuve légale ainsi que les documents écrits et dûment prouvés soit par leur caractère d'authenticité ou autrement."

Avant le rapport de l'indictement par le Grand Jury, l'accusé est emprisonné ou sous caution. Si étant sous caution il ne comparait pas, la Cour émane un *process* pour faire amener l'accusé devant elle et l'obliger à répondre à l'accusation. De droit commun et dans l'usage ordinaire, le *process* consiste dans un *capias* (prise de corps) ou un *Bench warrant* (mandat du Banc), signé par le Juge.

L'accusé étant cité à la barre (*arraigned*) sur appel par son nom, l'acte d'accusation lui est lu, et demande lui est faite s'il est coupable ou non coupable.

S'il plaide coupable, sentence est en conséquence prononcée contre lui.

S'il offre un autre plaidoyer, c'est un plaidoyer ou à juridiction ; plaidoyer *in abatement*, parce que l'accusé est mal nommé ; (aujourd'hui sans importance par la facilité d'amender

l'indictement) des plaidoyers péremptoires dits *in bar*, et qui consistent à plaider autrefois acquit, autrefois convict, autrefois *attaint*, c'est-à-dire condamné à la peine de mort ou mis hors la loi, (aujourd'hui d'aucun usage, et dans tous les cas défendu par le ch. 29, à moins d'avoir été condamné ou mis hors la loi pour une même offense), ou plaider de pardon. Ces plaidoyers sont préliminaires et doivent être proposés d'abord. L'accusé peut aussi plaider une défense en droit, (demurrer) par laquelle il est allégué que les faits relatés ne constituent pas l'offense pour laquelle le prisonnier est accusé.

Si ces plaidoyers préliminaires ne réussissent pas, l'accusé est mis en charge d'un petit Jury, composé de ses pairs, pour subir un procès " par le pays " (per patriam).

Les petits jurés sont assignés et leur qualification est déterminée par les 27-28 V. c. 41, amendé par 31 V. c. 16, 32 V. c. 22, 33 V. ch. 13 et 35 V. c. 10.

Lors du procès, le greffier de la Cour appelle les Jurés qui sont sur la liste (*panel*) que le shérif a mis devant la Cour, et il avertit le prisonnier que ce sont eux qui vont décider son procès et qu'il doit les récuser avant d'être assermentés.

La récusation (*challenge*) est de la liste entière, (*array*) ou de quelques jurés (*challenge to the polls*). Elle est péremptoire, sans assigner de raisons, ou pour cause. La poursuite a aussi droit de récusation. La récusation est limitée par le chapitre 29 suscité.

Lorsque douze jurés sont assermentés, la poursuite, par son représentant, ouvre la cause en relatant les principaux faits qu'elle entend prouver; elle fait ensuite entendre les témoins que l'accusé a droit de transquestionner et la couronne de ré-examiner. Après que la couronne a clos sa cause, il est demandé à la défense si elle entend faire entendre des témoins; si non, le conseil pour la poursuite peut adresser la parole aux jurés une seconde fois pour argumenter, et la Défense argumente; la couronne réplique; si oui, la Défense ouvre sa cause et fait entendre ses témoins soumis aux transquestions et aux ré-examens. Alors le conseil de la

défense argumente sa cause. Après cette adresse, la poursuite peut répliquer.

Le Juge président au procès adresse la parole aux jurés. Il explique la loi et la preuve, et conclut en leur disant qui si ils ont un doute raisonnable ils doivent en donner le bénéfice à l'accusé.

Les Jurés décident alors immédiatement ou après s'être retirés, et leur décision (verdict) peut être général sur toute l'accusation " Coupable " ou " Non Coupable," " partielle " si c'est sur un ou plusieurs chefs de l'accusation, ou " spéciale " par lequel le jury déclare l'accusé coupable ou non coupable, suivant que l'action pour laquelle il est poursuivi, constitue ou ne constitue pas une offense en loi.

Avant la prononciation de la sentence il peut intervenir quelques procédures incidentes comme l'application pour un nouveau procès, une motion pour retarder le jugement (*stay of judgment*) ou pour suspension de jugement, (*arrest of judgment*).

Enfin quand il n'y a aucun de ces incidents ou qu'ils ne sont pas suivis de succès, le Juge prononce la sentence édictée par la loi.

Montréal, Juin 1879.

B. A. T. DE MONTIGNY.

Nous publions ci-dessous un écrit remarquable de notre premier collaborateur M. Horace Archambault, jeune avocat d'une grande distinction, tant sous le rapport du talent que de l'instruction légale et de l'assiduité au travail. L'essai de M. Archambault sur l'Étude du Droit Romain se recommande par lui même, et nos lecteurs en le lisant souhaiteront comme nous, de le voir suivi par plusieurs autres sortis de la même plume.

La Rédaction, de son côté, ouvrira volontiers ses colonnes aux écrits d'autres collaborateurs et espère que son appel sera accueilli avec empressement.

LA RÉDACTION.

DE L'ETUDE DU DROIT ROMAIN.

La déférence servile que l'on semble professer en Canada pour la jurisprudence, n'a pas manqué d'attirer l'attention des rédacteurs de *La Thémis*. Dès la première livraison de cette Revue, M. de Montigny nous apportait un travail précieux sur l'abus que l'on fait devant nos cours de justice de ce que l'on est convenu d'appeler les *précédents*, et sur la juste valeur et l'autorité raisonnable que nous devons accorder aux jugements des tribunaux.

La complaisance avec laquelle on s'acharne à exclure le droit romain de son programme d'études légales, ne serait-il pas une des causes de ce culte abusif voué à l'autorité des précédents. ?..

A quoi sert, s'écrie-t-on, l'étude de cette législation surannée qui ne nous est parvenue que dans un déplorable état de lacération ; que peut-elle pour l'entente et l'application des lois dont vous juge, vous avocat, vous êtes les organes et les interprètes ?...

C'est là traiter bien cavalièrement, il faut l'avouer, un droit qui a été exactement appelé la raison écrite, qui a survécu à la puissance des maîtres du monde, et sur lequel reposent toutes les législations civiles modernes.

Le droit romain est aujourd'hui un élément si essentiel de la doctrine juridique qu'il faut savoir comment il est compris et étudié dans un pays et quelle influence il y exerce, pour se rendre compte de l'état où s'y trouve la jurisprudence en général. " On peut même dire," écrivait M. Mitternaër il y a quelques années, " que le meilleur moyen de reconnaître si les études juridiques sont plus ou moins florissantes dans un pays, c'est de rechercher comment la légis-

“ lation romaine y est cultivée. Plus qu'aucun autre peuple, les Romains ont laissé un droit digne de fixer l'attention des jurisconsultes de tous les temps, des législateurs comme des juges, par la richesse des matériaux et des détails, par la finesse des distinctions et des décisions d'espèces.”

C'est qu'en effet, cet admirable monument de la sagesse et de la logique de l'antiquité est une base nécessaire de la connaissance sérieuse de la législation.

D'abord, gardons-nous de cette erreur vulgaire qui fait consister tout le talent du jurisconsulte dans la connaissance du texte de la loi, de la disposition législative.

Evidemment, il n'en saurait être ainsi. Le talent du jurisconsulte présuppose, il est vrai, la connaissance du texte de la loi ; il ne pourrait même s'exercer sans cette connaissance indispensable ; mais elle n'en est qu'un élément tout-à-fait secondaire, que l'*instrument* en quelque sorte. Ce talent a en soi quelque chose de plus élevé ; il est placé plus haut ; il prend sa source dans le concours et la combinaison de qualités supérieures qui ne se trouvent que rarement réunies, savoir : cette droiture de sens et de jugement qui, servant de guide, et en quelque sorte de fil conducteur, au milieu du labyrinthe des opinions opposées, des décisions contraires, fait pressentir tout d'abord de quel côté se trouve le vrai ou le faux, et ne permet pas de s'y méprendre, ce coup-d'œil rapide et sûr, qui embrasse toutes les faces d'une question, toutes les parties d'un sujet, et en domine l'ensemble ; cette pénétration qui va au fond des choses, cette sagacité qui ne laisse rien échapper, et au milieu des raisons de douter, distingue sur-le-champ, et signale la raison de décider ; cet art profond d'argumentation qui enchaîne systématiquement une suite de propositions, et arrive par des déductions rigoureuses, à une démonstration évidente, à une conclusion irrécusable ; cette puissance et cette hauteur de logique, enfin, qui tire d'un principe général et abstrait toutes les espèces particulières qu'il renferme et en déroule hardiment les conséquences.” (Bravard, de l'étude du droit romain).

Or, les jurisconsultes romains ne possèdent-ils pas à un

haut degré ces qualités rares et indispensables, et ne se recommandent-ils pas, en général, à notre admiration, par leur logique, par leur doctrine, par leur pénétration et leur sagacité, et par leur droiture de jugement ?...

Dès lors, n'est-ce pas en les étudiant, en les prenant pour modèles dans l'art difficile d'interpréter les lois, d'en fixer le sens, que l'on parviendra soi-même à donner à ses raisonnements plus de précision, plus de force et de clarté ; en un mot, que l'on deviendra jurisconsulte ? Aussi, M. Accarias, dans son précis de droit romain, nous dit-il que ce droit "dévotement" loppe d'une manière admirable les qualités qui caractérisent "l'esprit juridique, savoir la finesse de l'analyse, la rigueur dans la déduction et le sens pratique. Jamais, en effet," continue Accarias, "législation ne fut plus géométriquement construite ; jamais jurisconsultes ne déduisirent avec plus de sûreté les conséquences d'un principe ; jamais enfin, la langue juridique n'atteignit plus heureusement à cette élégance sobre qui consiste surtout dans la propriété de l'expression et la justesse du tour. Aussi peut-on affirmer, sans nulle exagération, que c'est du jour où le droit romain fut sérieusement étudié en France que notre propre droit, jusque-là informe, commença à se coordonner scientifiquement. Et je tiens que celui qui l'aura approfondi, dût-il plus tard en oublier tous les détails, en aura néanmoins retiré un profit durable ; à défaut d'érudition, il lui restera l'art de raisonner et le sens juridique ; et, pour emprunter à Montaigne une de ses expressions les plus pittoresques, s'il n'a pas meublé son intelligence, il l'aura forgée."

Si le droit romain n'était qu'un recueil de lois proprement dites, ou de constitutions impériales, j'admettrais qu'il vaudrait autant et mieux pour nous étudier le droit vivant d'un peuple contemporain, dont l'état social se rapprocherait du nôtre, qu'une législation *morte et surannée* sur laquelle ont déjà passé tant de siècles. Qu'y verrions-nous en effet ? Des ressemblances, des différences avec la nôtre ; et ce tableau comparatif pourrait peut-être, par ses analogies et ses contrastes, enrichir notre intelligence de quelques aperçus nou-

veaux, et agrandir le cercle de nos idées; mais quelles lumières particulières y puiserions-nous pour l'entente et l'interprétation de nos propres lois ? Quel secours en tirerions-nous pour les améliorer et les perfectionner ?... Mais le droit romain n'est pas là ; c'est un recueil, non pas de textes de lois, ou ayant force de lois, mais des applications raisonnées et motivées que les jurisconsultes romains en ont faites aux différents cas sur lesquels ils ont été consultés, des interprétations qu'ils en ont données ; c'est le recueil de leurs décisions, de leurs controverses, de leurs discussions sur des points de doctrine débattus entre eux ; et enfin de divers fragments de leurs ouvrages élémentaires destinés à l'enseignement. Et même, il faut distinguer dans les monuments de ce droit, deux classes de décisions : celles où les jurisconsultes romains, puisant dans la grande source du droit rationnel et des principes qui doivent guider tous les législateurs, ont déployé toute leur intelligence ; et celles où, s'attachant timidement à l'interprétation littérale des dispositions de la loi ou des conventions, et négligeant d'élever leur esprit aux principes supérieurs, ils ont donné souvent de mauvaises solutions. Le jurisconsulte moderne doit séparer avec soin ces deux classes de décisions, et en suivant avec admiration les premières, il doit savoir s'écarter des secondes.

Je ne blesserai aucune susceptibilité en affirmant que les doctrines de nos jurisconsultes modernes sont loin d'être aussi profondes que celles des jurisconsultes romains, et que la jurisprudence de nos tribunaux, quelques grands services qu'elle ait rendus, est moins ferme, moins savante que celle des préteurs romains, et de ce grand comité de consultation où les empereurs réunirent les Paul, les Ulpian, les Papinien. L'introduction de l'équité dans le droit fut l'œuvre de ces jurisconsultes, et cette révolution consommée après les plus longues et les plus grandes controverses qui aient jamais illustré la science du droit, n'a rien d'égal dans l'histoire et le développement de la jurisprudence moderne (Giraud).

Ne soyons pas jaloux de l'autorité accordée aux jurisconsultes romains, et ne leur ménageons pas notre admiration.

En effet, quelles ressources ne durent pas emprunter ces hommes pour fonder la science du droit ? Cette science n'avait existé nulle part avant eux, et nulle législation ne pouvait leur offrir un modèle. Ils étaient réduits aux seules forces de leur raison et au sentiment des besoins de leur siècle. Ils eurent recours à la philosophie, qui seule pouvait leur servir de guide. Ils lui demandèrent le résultat de ses recherches pour la connaissance du cœur humain ; ils adoptèrent ses préceptes sur les devoirs réciproques des hommes ; ils se servirent de sa méthode et de sa logique. Seulement ils tempérèrent ce que les doctrines philosophiques pouvaient avoir de trop absolu ou d'inapplicable par le respect des anciennes lois nationales et par le sentiment de l'utilité pratique, qu'ils puisaient dans l'habitude de l'exercice du pouvoir et de l'application des lois. C'est ce qui fait écrire à M. Accarias : “ De toutes les “ législations qui sont arrivées à un certain degré de per- “ fection, nulle n'a accompli une évolution aussi spon- “ tanée et aussi originale que la législation romaine. C'est “ qu'en effet, à l'époque inconnue, mais très-reculée, où les “ Romains commencèrent à poser les principes de leur droit, “ de celui qui s'exprima plus tard dans les Douze Tables, ce “ peuple sans doute avait ses traditions ; mais il n'était pas “ dominé par des précédents législatifs proprement dits ; il “ n'avait pas à sa disposition un arsenal de vieilles lois “ nationales ou de lois étrangères. Sa législation primitive ne “ fut donc pas une copie, et ne vécut pas d'emprunts. Elle “ exprima avec roideur et originalité les mœurs propres d'un “ peuple encore barbare. Plus tard, quand on sentit le besoin “ de réagir et de créer une législation nouvelle, cette réaction “ ne fut pas, comme cela arrive trop souvent chez les peuples “ modernes, l'œuvre brusque et saccadée d'une autorité “ indécise, agissant au hasard, multipliant les tâtonnements “ et revenant le lendemain sur les essais de la veille ; elle “ fut l'œuvre directe ou indirecte des jurisconsultes, œuvre “ lente, progressive, empreinte de logique, dans laquelle ces “ jurisconsultes s'inspirèrent, non pas de systèmes hasardeux “ ni d'un esprit d'imitation, mais de leur bon sens et des

“ besoins révélés par les faits qu'ils avaient sous les yeux. Le droit romain nous apparaît donc comme un produit spontané de l'esprit humain abandonné à sa logique naturelle, et c'est pourquoi dans l'ensemble de son développement historique il forme une série continue et un enchaînement où tout se tient. On peut dire de ce droit ce que Cicéron disait de la constitution politique de Rome : sa perfection tient à ce qu'il ne fût pas l'œuvre improvisée d'un jour ni d'un homme, mais l'œuvre patiente des siècles, l'œuvre commune de tous les citoyens.”

Nonobstant le travail de vingt siècles, et les enseignements salutaires de la doctrine évangélique, la philosophie du droit n'est-elle pas restée à peu près au point où l'avait laissée le droit romain, soit que vous le considérez dans sa forme stoïque, soit que vous le considérez dans sa forme chrétienne?

En présentant le Code Napoléon à la sanction du corps législatif, Portalis avait placé ce grand principe en tête de son immortel ouvrage : “ Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.”

Avant Portalis, Montesquieu avait dit que “ le droit n'était que la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre.” Il ajoutait qu'il y avait une raison primitive, et que les lois étaient l'expression des rapports qui se trouvent entre elle et l'homme.

Avant Montesquieu, Bossuet avait dit que “ le droit n'est autre chose que la raison même, et la raison la plus certaine, puisque c'est la raison reconnue par le consentement des hommes.”

Est-ce que ces maximes n'étaient pas celles du droit romain ? Le christianisme n'avait pas encore régénéré les hommes quand Cicéron disait que la loi n'était autre chose que la droite raison, et la raison souveraine : “ *Lex est ratio summa, recta ratio.*” Les jurisconsultes qui lui succédèrent n'eurent jamais d'autre point de départ, dans ces admirables ouvrages dont les fragments sont venus jusqu'à nous, et dans lesquels,

selon une expression du grand Leibnitz, la raison elle-même a parlé par leur bouche : “ *tanquam ipsa ratio per horum vivorum ora loqueretur.*” Selon eux, les lois sont commencées par la nature et achevées par l’homme.

Cette philosophie élevée du droit civil, par laquelle Dieu, raison primitive, devient la source du droit, n’est donc autre que la philosophie chrétienne. Aussi les chrétiens des premiers siècles proclamaient-ils leur respect pour le droit civil romain, précurseur en ce point de la loi chrétienne elle-même : (*Neque vero vult (Deus) ut per nos tantum lex justitæ eniteat, sed voluit ut per Romanos quoque luceret ac splenderet* (Const. apostol., t. VI, c. 24)”; aussi Bossuet voulait-il que l’enseignement du droit romain fut compris dans le système d’éducation de son royal élève : car le droit romain, qu’il admirait, et dont il a parlé en si beau langage, contenait, à ses yeux, les principes les plus vrais et les plus certains de la société civile.

Les bonnes lois embrassent donc la société dans sa sphère d’action la plus complète ; elles sont fondées sur la première de toutes les lois, sur la droite raison et sur l’équité naturelle.

C’est pourquoi la grande et magnifique définition d’Ulpien, était encore celle où s’arrêtait Bossuet : “ Les lois, dit-il, doivent établir le droit sacré et profane, le droit public et particulier, en un mot la droite observance des choses “ divines et humaines.”

Ainsi donc, à vrai dire, la philosophie du droit romain est encore debout ; elle peut nous suffire comme leur langue et leur génie. Supprimer cette doctrine pour réduire le droit à la connaissance des textes, c’est supprimer la science et rabaisser la dignité humaine.

A Dieu ne plaise que je veuille détourner les esprits de l’étude des textes ! Qui les ignore marche en aveugle, et court de chute en chute dans l’épaisseur des ténèbres ; mais pour qui néglige leur histoire, la lettre est une lettre morte, et l’esprit véritable de la loi demeure toujours caché.

Considéré au point de vue de son autorité comme raison écrite, le droit romain est donc une base indispensable à l’étude

de la législation régnicole. Nous en trouverons une nouvelle garantie dans le Discours Préliminaire des rédacteurs du Code Napoléon : " La plupart des auteurs qui censurent le " droit romain avec autant d'amertume que de légèreté," disaient-ils, " blasphèment ce qu'ils ignorent. On en sera " bientôt convaincu si, dans les Collections qui nous ont " transmis ce droit, on sait distinguer les lois qui ont mérité " d'être appelées la *raison écrite*, d'avec celles qui tenaient à " des institutions particulières, étrangères à notre situation et " à nos usages."

Enfin, écoutons les paroles du savant Merlin : " Jeunes gens " qui voulez parcourir la carrière de la jurisprudence, étudiez, " étudiez sans relâche les lois romaines, et familiarisez-vous " avec leur langage, qui a souvent un caractère tout parti- " culier : sans cela, vous ne serez jamais que des Praticiens, " toujours exposés à prendre les erreurs les plus graves pour " les vérités les plus constantes." (Merlin, Questions de Droit.)

Le droit romain, non-seulement doit être étudié comme raison écrite, mais aussi comme un élément indispensable pour comprendre et interpréter la lettre des dispositions de notre Code Civil.

Il suffit de posséder les connaissances les plus élémentaires du droit de Rome, et de notre droit civil, pour apercevoir que celui-là est la base de celui-ci, que le second tire son existence du premier. Notre Code est un exposé précis et succinct de principes dont le développement se trouve dans la législation romaine. Dès lors il devient évident que chaque fois que l'intention du législateur ne ressortira pas d'une manière suffisamment lucide d'un texte de nos lois, que là où l'obscurité dominera et proscriera la clarté, le jurisconsulte devra remonter à la source de notre droit pour y assister à la génération de ce précepte législatif, en suivre les développements dans sa progression historique à travers les siècles, et en comprendre et expliquer la nature et les modifications par les convenances et les nécessités de l'époque et du milieu social où il s'est développé.

Sans aucun doute une foule d'institutions particulières aux

Romains, ont cessé d'exister, et ne peuvent trouver aucune application au milieu des controverses de nos jurisconsultes modernes. Mais n'est-il pas incontestable que les relations essentielles que le droit a pour but de régler, sont restées les mêmes, et forment encore le principal objet des législations modernes ? Le droit romain ne vient-il pas à l'appui de presque toutes les dispositions de notre Code, au moins des préceptes généraux et applicables à toutes les circonstances ? Sans vouloir entrer dans des détails qui ne trouveraient pas leur place dans le cadre restreint de ces considérations générales, notre ordre successoral, tel qu'introduit dans notre droit par les codificateurs, n'est-il pas la copie fidèle et exacte des Nouvelles 118 et 127 de Justinien ? Comment pourrez-vous avoir une juste idée de la prohibition faite à la femme commune en biens de s'obliger avec ou pour son mari, sans remonter aux préceptes du droit romain, tel qu'existant à l'époque immédiatement antérieure à l'adoption du Sénatus-Consulte Velléien ? En un mot, est-ce que la famille et la propriété, et comme conséquence, le mariage, la filiation, les contrats, les successions, etc., ne forment pas aujourd'hui comme autrefois le principal objet du droit privé ? Dès lors, remontons à la source de ces dispositions législatives, et demandons aux Romains le secours de leurs lumières et de leur génie.

Au reste, ces considérations ne sont pas nouvelles. Le jurisconsulte qui a si puissamment concouru au projet et à la rédaction définitive de la Législation civile de la France, Portalis a déjà dit, avec toute l'autorité de son expérience :
 “ La science du droit fournit tous les matériaux à la Légis-
 “ lation. La Législation choisit dans la science tout ce qui
 “ peut intéresser directement la société. Ce ne sera pas connaître
 “ nos Codes que de les étudier seulement en eux-mêmes. *Il faut,*
 “ *pour comprendre le Droit Français, remonter au Droit Romain.*
 “ Le Législateur français a rassemblé un certain nombre de
 “ principes, leur a donné force de loi ; mais c'est dans le *Droit*
 “ *Romain* que se trouve le développement de ces principes, et
 “ que la loi est reconnue *l'œuvre et le produit de la raison.*”

Un troisième motif pour nous déterminer à étudier les lois romaines, est qu'en dehors des cas prévus par notre Code et nos lois statutaires, et les lois françaises en force en 1663, elles sont encore en pleine vigueur parmi nous. J'avoue que les cas, sont assez rares où l'on pourra invoquer ainsi le droit romain comme texte de droit positif; mais quelques rares qu'ils puissent être, ils présentent indubitablement une utilité pratique.

Enfin, considéré comme enseignement moral, le droit romain offre encore une leçon précieuse que nous ne devons point laisser perdre.

La morale du droit romain, c'est la morale du stoïcisme épuré par le christianisme.

Un poète avait ainsi résumé le droit pratique de son temps :

*Esto bonus miles, tutor bonus, arbiter idem
Integer; ambiguum si quando citabere testis
Incertæque rei, Phalaris licet imperet ut sis
Falsus, et admoto dicet perjuriam tauro,
Summum crede nefas animam præferre pudori,
Et propter vitam vivendi perdere causas.*

Mais à ces dogmes austères de la probité, le christianisme ajoute la doctrine de la fraternité humaine, de la charité, d'un Dieu juste, rémunérateur et vengeur.

C'est donc avec une raison juste et profonde que les jurisconsultes les plus célèbres, anciens et modernes, ont fait de l'étude de la législation romaine la base de l'étude du droit et la source constante de l'instruction juridique.

Comme eux, allons puiser la science du droit dans l'étude approfondie et raisonnée des jurisconsultes romains. Ne nous laissons pas rebuter par les premières difficultés que nous rencontrerons sur notre route; mais attaquons-les de front, et soumettons-les à notre domination. Et nous ne tarderons pas à trouver des délices et des jouissances dans la contemplation des conquêtes de notre intelligence, fruit de travaux constants et opiniâtres.

Subissons avec le monde entier la douce influence de la doctrine romaine. Le droit de Rome n'est-il pas doué de cette

vitalité en même temps que de cette puissance d'expansion qui lui a soumis tous les peuples, et assuré, sinon à ses prescriptions, du moins à ses doctrines, une domination constante, sans interruption, sans interrègne? Etrange destinée de cette législation! Son berceau se perd dans les traditions et les mythes de l'antique Italie; peu à peu, elle se dégage des voiles et des images du symbole pour arriver à la raison sévère et à la précision du génie politique. Bientôt, à la faveur des conquêtes, et sur les traces de l'aigle romaine, ses règles asservissent une partie du monde. Sur les ruines de la république et de la domination impériale, son essor scientifique et littéraire est demeuré l'immortel enseignement de toutes les législations. Respectée du christianisme, elle a mis à côté de la morale du Christ, ses principes empruntés au portique; l'invasion des peuples barbares ne l'a pas emportée dans son torrent; restée le droit des vaincus à côté des lois salique et ripuaire, elle modifie peu à peu le droit et les mœurs des vainqueurs; et, après un empire silencieux de quatre siècles, se réveille brillante en Italie; de son antique patrie passe en Allemagne, où elle devient le droit commun; en France, où elle gouvernait déjà en maîtresse la moitié du territoire; en Amérique, où elle révèle ses doctrines à un monde nouveau; et enfin, outre la puissance positive, elle subsiste au milieu des législations modernes, comme un monument indestructible, et comme l'éternelle et mystérieuse école des juriconsultes et des penseurs.

Voilà quel est le droit romain, sa puissance et sa durée!

HORACE ARCHAMBEAULT,

Avocat Licencié en Droit.

ce que nous avons vu sur l'article 63, n'y peuvent contracter un mariage valide.

Les mariages contractés à l'étranger, sont sujets à des distinctions qu'il n'est pas dans le plan de cet ouvrage d'énumérer maintenant et qui trouveront naturellement leur place sur l'article 135 ainsi conçu : " Le mariage célébré hors du Bas-Canada entre deux personnes sujettes à ses lois ou dont l'une seulement y est soumise, est valable s'il est célébré dans les formes usitées au lieu de la célébration, pourvu que les parties n'y soient pas allées dans le but de faire fraude à la loi."

Nous avons ici énoncé la règle générale, nous verrons plus tard les exceptions et les distinctions.

SECTION II.

DES DISPENSES DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE.

SOMMAIRE.

- 186. Qu'est-ce que la dispense des empêchements de mariage. Ses caractères et conditions.
- 187. Qui exerce le pouvoir de dispenser ?
- 188. Disposition des droits romains à ce sujet.
- 190. Sur quels empêchements se porte ce pouvoir ?
- 191. Suite.

COMMENTAIRE.

186. Dans la pureté des principes, la dispense des empêchements de mariage est la dérogation particulière faite, pour des causes justes et suffisantes, à la règle générale imposant des conditions de licéité ou de validité du mariage, en vertu de laquelle dérogation, un mariage qui sans elle aurait été illicite ou invalide, peut se contracter licitement ou validement. C'est par grâce spéciale, la remise de l'empêchement accordée par la puissance qui l'a établi. Quoique entièrement facultative à cette puissance, cette grâce n'est cependant pas à proprement parler, subordonnée à son bon plaisir. Elle doit avoir une juste cause et cette cause, bien que le pouvoir qui dispense soit le juge absolu de sa suffisance, ne doit pas répugner aux motifs qui ont fait créer l'empêchement, elle doit être au contraire de

nature à les favoriser. Pour purifier le mariage et lui faire produire la plus grande somme de bien dont il soit susceptible, la puissance dont il relève lui a, dans l'intérêt de la famille chrétienne et de la société civile, imposé des conditions générales de convenance et de validité. Mais comme dans des cas particuliers, le défaut d'accomplissement de ces conditions peut ne pas produire le mal qu'elle redoute et ne pas empêcher le bien qu'elle se propose ; comme au contraire, la somme de bien, que dans l'intérêt de la société et des contractants, certains mariages frappés d'empêchements produisent, surpasse celle des inconvénients que le maintien de l'empêchement entraînerait, l'Eglise en accorde quelquefois la dispense. Sur chaque demande de dispense, la question qui se présente est donc de savoir, si le mariage proposé produira plus de bien que de mal, ou bien si la somme de bien excédera le mal que pourrait produire la dispense, ou bien encore si lors de la création de l'empêchement général, le cas particulier ayant été prévu, il aurait été excepté de la règle, et suivant la réponse, la dispense est accordée ou elle est refusée.

Le pouvoir abstrait de dispense n'a rien d'exorbitant du droit commun en matière de législation. Toutes les lois sont sujettes à des dérogations spéciales, au profit des cas qui méritent une faveur particulière, et c'est dans l'intérêt public aussi bien que dans l'intérêt de ceux qui les obtiennent, que le législateur, en exception au droit général, accorde des privilèges spéciaux. C'est sur ce principe qu'est fondée notre législation en matière de lois privées.

187. Le droit de dispense étant reconnu, il s'agit de savoir par qui il doit s'exercer. C'est évidemment par le pouvoir auquel appartient le droit de législation sur le mariage. L'autorité qui fait la loi a le pouvoir d'y déroger, et ce pouvoir n'appartient qu'à elle seule. Le droit civil et le droit canon s'accordent sur ce point ; nous l'avons prouvé plus haut par deux règles de droit empruntées au digeste et aux décrétales. Or l'Eglise, comme nous l'avons vu, ayant le droit de créer des empêchements de mariage, il s'en suit qu'elle a le droit d'en dispenser.

Le Concile de Trente n'a donc pas énoncé une doctrine exorbitante des principes ordinaires du droit, quand il a proclamé avec anathème contre ses contradicteurs, la compétence de l'Eglise à accorder des dispenses des empêchements de mariage.

Le Souverain Pontife, comme chef de l'Eglise, et revêtu de son droit de législation, a-t-il le droit d'accorder des dispenses de mariage, ou ce droit appartient-il à l'Evêque dans chaque diocèse, ou concurremment aux deux? Pothier, dans son *Traité du Contrat de mariage*, (1) agite cette double question, mais il ne la résoud pas. Nous croyons que d'après la doctrine et la pratique certaine, ce droit appartient au Souverain Pontife seul, et que quand les Evêques l'exercent, ce ne doit être qu'en vertu de la disposition d'une loi particulière ou de la délégation que leur en confère le Saint Siège.

188. D'après les lois romaines, un mariage ne pouvait être valablement contracté entre un homme d'une condition honnête et une femme qui avait fait le métier de comédienne. Par la loi 23, *Code de Nupt.* Justinien permit aux femmes ayant quitté cet état, de s'adresser à lui pour obtenir dispense de cet empêchement.

Une Constitution d'Arcade et d'Honorius, telle que rapportée en la loi unique *Cod. Théod. si nup. ex rescrip. pct.* nous apprend, que les Empereurs accueillirent favorablement la demande de dispense de l'empêchement de mariage, pour cause de parenté entre cousins germains, établie par une loi de Théodose le Grand.

Ces exemples sont cités pour faire voir, que la loi civile reconnaît la légitimité des dispenses des empêchements de mariage. Le Code Napoléon lui-même, article 164, a consacré le principe des dispenses de mariage en réservant à l'Empereur la faculté de lever les prohibitions faites par l'article 163; c'est-à-dire d'accorder des dispenses de l'empêchement établi par ce dernier article, contre le mariage de l'oncle et de la nièce, de la tante et du neveu.

Puisque dans l'opinion des partisans de la compétence du

(1) No. 256.

pouvoir civil, à établir des empêchements de mariage, on reconnaît la faculté d'en dispenser, pourquoi l'Eglise à qui on nierait vainement cette compétence, n'userait-elle pas de la même faculté ?

190. Le pouvoir de l'Eglise, en matière de dispense, ne se porte pourtant pas sur tous les empêchements. Elle n'a aucun contrôle sur les empêchements de droit naturel ou de droit divin positif, c'est-à-dire qu'elle ne peut dispenser de l'accomplissement des conditions essentielles au mariage. Ainsi nulle dispense ne peut être accordée des empêchements provenant du défaut de consentement, d'un mariage subsistant, de l'impuissance, du défaut de puberté, de l'erreur et du rapt tant que la personne ravie demeure au pouvoir du ravisseur, parce que ce sont des empêchements de droit naturel. Quant à la parenté et l'affinité, elles forment dans la ligne directe, un empêchement dont il ne saurait s'accorder de dispense. Pour ce qui est de l'empêchement de parenté collatérale, moins l'empêchement du premier degré, dispense peut s'en accorder. Quelques auteurs prétendent que cette faculté s'applique même à ce degré, c'est-à-dire au mariage du frère et de la sœur, en ce sens, que cet empêchement est de droit positif, bien que tout en soutenant l'existence de ce droit abstrait, ils admettent qu'il n'existe pas d'exemple de dispense de ce genre. Il serait oiseux de discuter cette prétention, qui toutefois paraît inadmissible, puisque personne n'a jamais demandé et probablement ne demandera jamais une semblable dispense. L'affinité, même au premier degré, c'est-à-dire entre beaux-frères et belles-sœurs et tous les autres degrés de parenté collatérale, forment des empêchements dont la dispense est permise. Il existe des exemples assez nombreux du mariage de l'oncle avec la nièce, contracté avec dispense, mais il n'en existe pas, du moins nous le croyons sans rien affirmer à ce sujet, du mariage de la tante avec le neveu.

191. Les empêchements provenant de la parenté spirituelle se lèvent facilement. Il n'en serait pas ainsi de celui provenant des fiançailles, quand l'un des fiancés voudrait épouser un ascendant ou un descendant de l'autre. Le même obstacle

ne saurait s'opposer à l'obtention de la dispense, quand un des fiancés voudrait épouser un des collatéraux de l'autre. La dispense de l'empêchement provenant du crime d'adultère ne s'obtient jamais, de manière à permettre un mariage en contemplation entre les adultères, mais on permet la réhabilitation du mariage contracté au mépris de cet empêchement. La profession religieuse et les ordres sacrés forment des empêchements dont il ne s'obtient pas de dispense. Cependant, dans les principes abstraits du droit, le Souverain Pontife a le droit de relever des vœux solennels, et de l'engagement dans les ordres sacrés, bien qu'il n'en use pas, excepté dans des cas bien exceptionnels. Bref, l'Eglise a le droit de dispenser de tous les empêchements qu'elle a le droit de créer et comme sa puissance à cet égard, ne reçoit d'obstacle que du droit naturel et du droit divin positif, son droit de dispense ne connaît pas d'autres limites.

II.

DE LA LOI ANGLAISE SUR LE MARIAGE.

SOMMAIRE.

192. Quel était l'ancien droit matrimonial de l'Angleterre, et quel est-il encore aujourd'hui ?
193. Autorité du droit canonique et ses modifications.
194. Législation de Henri VIII sur les empêchements de mariage.
195. Législation des règnes suivants.
196. Suite.
197. Suite. Législation d'Edouard VI.
198. Conséquences de cette législation.
199. Solennisation du mariage en Angleterre.
200. Détails historiques sur les mariages clandestins.
201. Mariages consensuels.
202. Jurisprudence des tribunaux laïques et ecclésiastiques au sujet de ces empêchements.
203. " Marriage Act " de Lord Hardwicke.
204. Suite de ce sujet.
205. Parallèle entre le mariage suivant le droit anglais et le mariage suivant le droit de la Colonie, à l'époque de la Cession du pays.

COMMENTAIRE.

192. A l'époque de la Réforme, le droit matrimonial de l'Europe, comme nous l'avons déjà dit, (1) était le droit canonique, et malgré la révolution opérée dans l'ordre religieux, ce droit régit encore le mariage dans les pays protestants. Il y a sans doute reçu des modifications inévitables, du changement produit dans la société civile et religieuse, et par contre-coup dans les idées et la législation, par la séparation des Eglises réformées de l'Eglise Romaine, mais la source n'en a pas été altérée, et les Décrétales peuvent être aujourd'hui citées devant la Cour de divorce, comme elles l'étaient devant l'official de Cantorbéry, à la fin du quinzième siècle. Malgré l'établissement de cette Cour en Angleterre, les tribunaux Ecclésiastiques qui y sont encore en existence, n'ont pas été dépouillés de toute leur juridiction sur le mariage, et c'est encore au droit canon, tel qu'il s'enseignait dans les universités où l'ont étudié Luther et Calvin, qu'ils remontent, pour y trouver le principe de leur compétence. On peut même affirmer qu'en matière matrimoniale, le droit canon est en Angleterre, ce qu'est le droit commun en matière civile ; qu'il y est resté en force, aussi longtemps qu'il n'a pas été abrogé par la législation statutaire.

193. Nous avons vu Lord Thurlow, dans un discours prononcé en 1805, dans la Chambre des Lords, sur une demande de divorce faite par Madame Addison, pour cause d'adultère incestueux commis par son mari avec une de ses parentes, (de Madame Addison) fonder son opinion favorable au divorce, sur l'autorité du Décret de Gratien et Lord Eldon alors Chancelier d'Angleterre, l'approuver explicitement.

S'il était besoin de preuves, pour établir l'autorité du droit canon en Angleterre, à l'époque de la Réforme, cette autorité se trouverait surabondamment dans le fait, qu'un grand nombre de Décrétales ont été occasionnées par des controverses soulevées dans ce pays et ont été adressées à des Evêques anglais. Il est même remarquable, que ce fut en faveur des Anglais nouvellement convertis, que la première dispense d'un empêchement de parenté fut accordée.

Il n'est pas douteux qu'en Angleterre, le droit pontifical ait

(1) No. 34. (2) No. 35.

été modifié comme dans les autres pays d'ailleurs, par les constitutions provinciales et notamment par les Constitutions Légatoires (Legatine Constitutions) publiées par Othon, légat de Grégoire IX, et par Ottoban (qui fut lui-même Pape sous le nom d'Adrien V) légat de Clément IV, lesquelles furent étendues également aux deux Provinces de Cantorbéry et d'York. Mais ces Constitutions particulières ne formaient que des exceptions au droit commun et en confirmaient les principes généraux.

194. Henri VIII eut sans doute l'intention de réformer le droit canon, comme il avait réformé la doctrine religieuse, et c'est dans ce but, que fut passé le Statut 25 Hen. 8, C. 19, donnant au Roi le pouvoir de nommer une commission de trente-deux membres, composée par moitié de membres du clergé et de laïques, aux fins de procéder à la révision et à la réforme du droit canon.

Deux ans plus tard, cette commission n'ayant pas été nommée, la même autorité fut continuée au Souverain, par le Statut 27 Hen. 8, c. 15, et enfin par le Statut 35 Hen. 8, c. 16, elle lui fut confirmée pour le reste de sa vie. Ce dernier Statut contient la disposition suivante qui est remarquable, en ce qu'elle perpétue l'autorité des constitutions canoniques et du droit Ecclésiastique, tel qu'il existait alors, jusqu'à l'époque de son abrogation spéciale. " Until such time as the King
 " and the said two and thirty persons have accomplished the
 " effects and contents before rehearsed ; such canons,
 " constitutions, ordinances, synodal or provincial or *other*
 " *ecclesiastical laws or jurisdiction spiritual*, as be yet accus-
 " tomed and used here in the church of England, which
 " necessarily and conveniently are requisite to be put in ure
 " and execution for the time, not being repugnant, contrariant
 " or derogatory to the laws or statutes of the realm, nor to the
 " prerogatives of regal crown of the same, or any of them,
 " shall be occupied, exercised and put in ure for the time,
 " within this realm : and that the minister and due executor
 " of them, shall not incur any damage or danger for the due
 " exercising of the aforesaid laws, so that by no colour or

“ pretence of them, or any of them, the minister put in use
 “ any thing prejudicial or contrary to the regal power or laws
 “ of the realm, anything whatsoever to the contrary of this
 “ present act notwithstanding.”

Henry VIII mourut sans avoir nommé la commission en question et opéré les réformes contemplées, dans le droit Ecclésiastique.

195. Le même pouvoir fut accordé à Edouard VI, son fils, par le statut 3 et 4 Ed. 6 c. 11. Ce souverain nomma la commission qui, par l'entremise d'un comité de huit de ses membres, parmi lesquels se trouvait l'Archevêque Cranmer, fit sur le modèle des Décrétales, un plan de réforme, qui fait l'objet d'un volume publié par Cranmer et qu'il intitula : *Reformatio legum Ecclesiasticarum*; mais le roi étant mort peu de temps après, l'ouvrage ne reçut pas de sanction.

Sous le règne de Marie, toute cette législation fut abrogée par le Statut 2 P. et M. c. 8. La chose en resta là jusqu'au règne d'Elizabeth, qui fut revêtue par le Statut 1 El. c. 1 du pouvoir conféré à Henry VIII par le Statut 25 Hen. 8. c. 19, mais bien que grâce aux efforts de l'Archevêque Parker, le parlement tenu dans la treizième année du règne de cette princesse, ait été saisi du sujet, la réforme ne fut jamais exécutée, de sorte que le droit canon est resté en Angleterre, ce qu'il était sous le règne de Henry VIII.

On ne peut omettre les Constitutions et les Canons décrétés en 1603, par les Evêques et le clergé de la Province de Cantorbéry, assemblés en convocation sous la présidence de l'Evêque de Londres et qui furent sanctionnés par le Roi; mais il est admis que n'ayant pas été ratifiés par le Parlement, elles ne sont obligatoires que pour le clergé et ne lient pas les laïques, ainsi que l'a décidé Lord Hardwicke, dans la cause de Middleton et Croft.

On ne peut pas dire la même chose des neuf articles de 1562, décrétés par le clergé des deux Provinces qui furent ratifiés par le Parlement, et dont le seul article ayant rapport au mariage, est le second, qui reconnaît la suprématie et la compé-

tence du Roi, dans les causes Ecclésiastiques et punit par l'excommunication, l'inculpation de cette doctrine.

196. Comme le reste des matières soumises à la juridiction Ecclésiastique, le mariage n'a donc pas, depuis la Réforme, cessé d'être sujet au droit canonique, en Angleterre, comme nous l'avons dit plus haut, mais au droit canonique modifié par les idées nouvelles en matière religieuse et en particulier par le déplacement de suprématie Ecclésiastique, ravie au Souverain Pontife et transférée au Roi. Ce principe de la compétence du pouvoir temporel dans les matières religieuses et mixtes, a nécessairement validé la législation du Parlement Anglais en matière de mariage.

Cette législation se divise en deux parties. La première est relative aux empêchements de mariage et la seconde à sa célébration.

Il n'y a que trois statuts impériaux en force, relatifs aux empêchements de mariage, ce sont les statuts 25 Hen. VIII, c. 22, 32 Hen. VIII, c. 38 abrogé en grande partie par le statut 2 et 3 Ed. VI, c. 23.

Par le premier statut, il est décrété, à cause des abus qui résultent des mariages contractés dans les degrés prohibés par la loi de Dieu, (God's laws) c'est-à-dire entre le fils et la mère ou la belle-mère, le frère et la sœur, le père et la fille de son fils ou de sa fille, le fils et la fille du père ou de la belle-mère, le neveu et la tante, ou la femme de son oncle, le père et la femme de son fils, le frère et la femme de son frère, le mari et la fille de sa femme, ou la femme du fils de sa femme, ou la fille de la fille de sa femme ou la sœur de sa femme, qu'à l'avenir il ne sera permis à personne, dans le royaume de contracter semblables mariages, sans aucune faculté de dispense ; et qu'au cas où semblables mariages auraient été contractés par le passé, et où les personnes ainsi mariées auraient été séparées par aucun Evêque, Archevêque ou ministre de l'Eglise d'Angleterre, telle séparation soit valide et reste permanente pour toujours et que les enfants procréés de ces mariages soient privés des privilèges de la légitimité.

Par ce Statut, les empêchements de parenté sont ainsi res-

treints dans les degrés prohibés par le Lévitique, avec suppression du droit de dispense dans ces degrés et le mariage est déclaré valide dans les degrés plus éloignés.

197. Le Statut 32 Henri VIII, c. 38, déclare : qu'à compter du premier Juillet 1540, nul mariage contracté en face d'Eglise, (l'Eglise d'Angleterre) et suivi de consommation ne sera invalidé par l'empêchement survenant d'un mariage antérieur, contracté par l'un des conjoints avec une autre personne, non célébré en face d'Eglise et non consommé ; il confirme la disposition du Statut précédent, restreignant les empêchements de parenté dans les degrés du Lévitique, et prohibe l'introduction de toute action judiciaire devant les cours ecclésiastiques à raison de tel mariage antérieur, que ce statut appelle *pre-contract*, qui est le mariage que nous avons ci-haut appelé mariage *consensuel*, dans le cas où il n'a pas été consommé, et à raison de la parenté en dehors des degrés prohibés par les deux statuts.

Le Statut 2 et 3 E. VI, c. 23, après avoir récité le Statut 32 Hen. VIII, c. 38, abolissant l'empêchement provenant d'un mariage antérieur, *pre-contract*, non solennisé en face d'Eglise et non consommé, ajoute : “ que depuis la passation de ce statut, bien qu'il eût été fait pour de bons motifs, le dérèglement des mœurs en avait pris un prétexte d'abus et de rupture des promesses de mariage, étant, tant les hommes que les femmes tellement enclins au plaisir et à la sensualité, que, si après avoir contracté mariage, il leur était loisible de porter leur choix sur qui leur plairait davantage, ils briseraient avec joie leurs engagements antérieurs et ne craindraient pas, même au sortir de l'Eglise et du banquet nuptial, l'homme de prendre une autre femme, et la femme un autre mari, par là sacrifiant la fidélité conjugale et la foi chrétienne aux plaisirs de la chair, oubliant la loi de Dieu et souvent au mépris du Juge Ecclésiastique, qui défend aux parties qui avaient contracté mariage, de ne rien faire à son préjudice ; et après le préambule, il décrète : que quant à ce qui regarde les mariages antérieurs, *pre-contracts*, le statut 42 Hen. VIII, c. 38 sera abrogé, à compter du premier

“ Mai alors prochain, et qu'à ce sujet on retournera à la loi
 “ ecclésiastique qui était en force avant la loi ainsi abrogée ;
 “ qu'ainsi il sera dorénavant loisible au juge d'Eglise, d'ac-
 “ cueillir toute demande fondée sur un mariage et sur preuve
 “ de ce mariage, de porter une sentence ordonnant la solenni-
 “ sation, la cohabitation et la consommation sous les peines
 “ ecclésiastiques ordinaires, nonobstant le statut précité et
 “ abrogé.”

La dernière disposition de cette loi de Edouard VI, abrogeant celle de Henri VIII relativement au mariage consensuel non consommé, en confirme les dispositions, en ce qui regarde le retranchement des empêchements de parenté, en dehors des degrés du Lévitique, avec suppression de la faculté de dispenses dans ces degrés et de leur nécessité au-delà.

198. Nous avons cité textuellement le préambule de la loi d'Edouard VI, pour faire voir que la loi de Henri VIII faite pour abolir l'empêchement provenant du mariage consensuel, *pre-contract*, non consommé, avait outrepassé son but, et que la licence s'en était autorisée pour mépriser des engagements légitimement contractés et même des mariages célébrés en face d'Eglise. Il paraît aussi par la teneur de la loi, que le statut de Henri VIII qui ne s'appliquait dans ses termes, qu'au mariage consensuel, *pre-contract*, opposé à un mariage postérieur solennisé, avait été interprété comme s'il avait privé le premier mariage de toute valeur, puisque la loi d'Edouard VI, après avoir rétabli l'ancien empêchement, reconnaît la compétence du juge d'Eglise à ordonner la célébration du mariage consensuel et la cohabitation des époux.

La législation anglaise sur les empêchements de mariage s'étant arrêté ici, il s'ensuit qu'à part l'empêchement de clandestinité dont il va être question, son seul effet a été de restreindre l'empêchement de parenté dans les degrés du Lévitique, puisque le mariage consensuel, *pre-contract*, aboli par Henri VIII a été rétabli par Edouard VI, et que tous les autres empêchements du droit Canon, à l'exception bien entendu, des empêchements de l'ordre et de la profession religieuse qui ont été supprimés en même temps que le célibat des prêtres et l'état

monastique, et de celui de la parenté spirituelle, ont été virtuellement conservés, comme ils étaient avant la réforme.

199. La seconde partie de la législation matrimoniale de l'Angleterre qui nous reste à considérer, se rapporte à la solennisation du mariage ; mais il faut auparavant préciser l'état de la jurisprudence sur ce point, en 1853, époque de l'introduction de la loi de mariage, mariage de Lord Hardwicke, pour bien comprendre la portée de cette loi et les abus auxquels elle était destinée à remédier.

Suivant l'ancienne loi matrimoniale de l'Angleterre, c'est-à-dire suivant le droit canonique antérieur au Concile de Trente et observé dans ce pays après la réforme, un mariage se contractait de trois manières ; par solennisation en face d'Eglise, *in facie Ecclesiæ*, par célébration clandestine, ou par le simple consentement des parties.

Les mariages de la première classe devaient être précédés de la publication des bans, ou d'une dispense plus connue sous le nom de *license*, être l'objet d'une cérémonie religieuse dans l'Eglise paroissiale, accomplie par le ministre entre huit heures du matin et midi et être contractés du consentement des parents, ou des tuteurs, dans le cas de minorité des époux.

Les mariages de la seconde classe ou les mariages clandestins, se contractaient sans l'accomplissement d'aucunes formalités, relatives à la publication des bans, ou à la dispense ou *license*, au consentement des parents ou tuteurs, au temps et au lieu, et le défaut de ces formalités, était précisément ce qui rendait le mariage clandestin, mais ne le frappait pas d'invalidité ; nous avons vu le Concile de Trente le proclamer. La liberté de ces sortes de mariages avait cependant engendré les plus graves abus.

Ainsi on en était venu en Angleterre, à célébrer le mariage de jour comme de nuit, dans une maison privée aussi bien que dans une Eglise, dans une auberge, quelquefois dans un lieu mal famé même et souvent en prison, pourvu que l'on trouvât un ministre revêtu de l'ordination épiscopale (c'était là la seule condition) qui voulût se prêter à cette célébration.

200. Les détails historiques suivants empruntés aux publica-

tions du temps et aux auteurs anglais qui ont écrit sur le mariage, donneront une idée de la licence occasionnée par les mariages clandestins.

Il y avait au milieu du siècle dernier dans la " Fleet Prison " de Londres, une colonie de ministres dégradés, incarcérés pour dettes et pour crimes et rendus par leur condition, inaccessibles aux censures ecclésiastiques, dont le gagne-pain consistait dans la célébration des mariages, au rabais du tarif légal. On raconte que dans une seule année, l'un d'eux, célébra jusqu'à six mille mariages, pendant que dans l'Eglise paroissiale voisine de St. Andrew Holborn, il n'en fut célébré que cinquante-trois, pendant la même période. Ces mariages clandestins étaient aussi célébrés à Mayfair, à Tyburn et dans d'autres endroits de Londres et dans le Royaume entier, à telle enseigne, qu'ils excédaient de beaucoup les mariages solennisés en face d'Eglise.

On peut voir dans MacQueen. " On the law of marriage and divorce,"⁽¹⁾ auquel nous empruntons particulièrement ces détails les excès et les indignités occasionnés par ces mariages irréguliers, qui avaient pénétré dans toutes les classes de la société, et atteint les couches supérieures du monde légal même, puisqu'un Grand Chancelier et un Juge en chef d'Angleterre furent convaincus d'y avoir participé. Le dernier, Sir Edward Coke, ayant épousé secrètement Lady Hatton, en fut ironiquement excusé, " à cause de son ignorance de la loi."

Ces mariages grandement illicites et abusifs au dernier point, étaient pourtant strictement valides au point de vue du droit anglais, qui reconnaît comme valable l'ordination faite par les Evêques Anglicans. Contractés devant un ministre de l'Eglise d'Ecosse ou l'Eglise presbytérienne d'Irlande, ils n'auraient pas eu de valeur, parce que ces ministres ne sont pas ordonnés épiscopalement, mais un prêtre catholique les eût validés. La cause de leur validité, se trouvait dans l'autorité canonique conférée par l'ordre de la prêtrise à celui qui le reçoit, de célébrer le mariage.

201. Les mariages de la troisième classe, c'est-à-dire les ma-

(1) Page 2 et suiv.

riages consensuels, ne paraissent pas avoir engendré les mêmes abus que les mariages clandestins, à cause de leur moins de fréquence et de la restriction de leurs effets. D'après le droit canonique tel que reconnu avant le Concile de Trente sur tout le Continent, le mariage consensuel était à tous égards, absolument parfait. Il n'en était pas ainsi en Angleterre, où l'on ne considérait ce mariage valable que sous certains rapports. Ainsi, comme nous l'avons déjà dit, il ne conférait pas au mari les droits de puissance maritale, et ne communiquait pas à la femme les incapacités du mariage ; il ne légitimait pas les enfants, non plus qu'il n'annulait de plein droit, un mariage subséquent avec une troisième personne, bien qu'il le rendit annulable. Il était cependant indissoluble. Les parties ne pouvaient s'abandonner ; l'une pouvait forcer l'autre à solenniser le mariage en face d'Eglise ; sur défaut d'obéir à l'injonction, le juge d'Eglise pouvait excommunier le récalcitrant, et sur writ d'*excommunicato capiendo* adressé aux Cours laïques, pouvait le faire emprisonner par le bras séculier. Un second mariage contracté par l'un des conjoints du vivant de l'autre, même après cohabitation et naissance d'enfants, était de plus passible d'annulation.

Le mariage consensuel, pouvait se faire verbalement ou par écrit, et être l'objet d'un consentement immédiat ou présent *per verba de presenti* ou pouvait être contracté au moyen d'une promesse ayant rapport à un temps futur, *per verba de futuro*, suivie de la copulation, comme nous l'avons déjà vu.

202. Les Cours Ecclésiastiques considéraient le mariage consensuel comme valable en substance, mais défectueux sous le rapport de la cérémonie, et comme matière de discipline, elles en ordonnaient la célébration.

Il en était autrement pour les Cours laïques, qui, ni sous le rapport de la substance, ni de la forme, ne considéraient de valide, que le mariage célébré par un ecclésiastique épiscopalement ordonné. Ainsi si John avait épousé Mary par paroles de présent, et qu'ensuite il eut épousé Elizabeth en face d'Eglise, les Cours Civiles auraient considéré le second mariage comme valide, et n'auraient eu aucun égard au premier. Cependant si la première femme s'était adressé aux Cours

Ecclesiastiques, elle aurait pu forcer John à y solenniser leur mariage en face d'Eglise, et alors les Cours Civiles auraient accueilli le premier mariage qu'elles avaient rejeté, et auraient rejeté le second qu'elles avaient accueilli.

Voilà sans doute d'étranges anomalies et une singulière manière d'appliquer les effets d'un contrat de mariage, que de le reconnaître pour une moitié, et de le répudier pour l'autre, et de le déclarer valide ou invalide au gré des parties ou de l'une d'elles ! Tout en reconnaissant le principe canonique, c'était sans doute en fausser l'application, mais tel était l'état de la jurisprudence dont l'erreur même, avait créé un besoin de réforme. C'est ce qu'a compris Lord Hardwicke dans sa législation pour remédier aux abus des mariages clandestins et des mariages consensuels.

203. C'était en présence d'un pareil besoin de réforme, causé par les mêmes abus, que s'étaient trouvés les Pères du Concile de Trente, dans leur législation sur le mariage ; législation qui considérée à un point de vue tout humain, serait encore un monument de sagesse ; que la France au seizième siècle a adoptée, tout en protestant de son refus de la recevoir et que l'Angleterre après deux siècles de séparation de l'autorité qui avait assemblé le Concile, a imitée sans s'en apercevoir. Car qu'on ne s'y trompe pas, toute la loi de Lord Hardwicke est calquée sur le Décret de Réforme du Concile, ce que l'esprit le moins clairvoyant peut discerner à la simple lecture et qu'au reste nous démontrerons facilement.

Les mariages clandestins, que l'Eglise a toujours eus en horreur, dit le Décret de Réforme, étaient sans contredit une des plaies de la société chrétienne, et les mariages consensuels quoique différents des mariages clandestins dans les principes de leur formation et techniquement appelés d'un autre nom, se confondaient avec eux dans leurs conséquences.

La condition relâchée du mariage en Angleterre, était aussi une plaie sociale que Lord Hardwicke entreprit de guérir, en introduisant dans le Parlement anglais, la loi appelée de son nom " Lord Hardwick's marriage act."

On n'attaque pas sans soulever une ardente opposition, une

institution quelque vicieuse qu'elle soit, quand elle a été enracinée par plusieurs siècles d'usage. Ainsi tel fut le sort de la mesure de Lord Hardwicke, qui fut violemment assaillie, tant dans la presse que dans le Parlement et dans le monde légal. Plusieurs années après sa passation, l'auteur des Commentaires sur la loi d'Angleterre, Blackstone, dans un esprit mal déguisé d'hostilité à la mesure, l'appelait encore, *une innovation aux anciennes lois et à la Constitution!*

Cependant grâce à la majorité parlementaire dont disposait l'administration du jour, le bill passa dans les deux Chambres et devint le Statut 26 Geo. 11, c. 33, loi qui pour être susceptible de perfectionnement, a introduit, dans le mariage une réforme salutaire et est restée la base du régime matrimonial de l'Angleterre, tel qu'il existe aujourd'hui.

204. La loi de Lord Hardwicke surtout dirigée contre les mariages clandestins, et qui est même intitulée "An act for the better preventing clandestine marriage," repose sur trois principes distincts qui en forment la base.

1o. Les mariages clandestins sont déclarés invalides, et les ministres qui les célébreront à l'avenir, seront déclarés coupables de félonie et passibles de transportation.

2o. Les mariages consensuels (qui ne sont pas cependant déclarés invalides) ne donneront lieu à l'avenir à aucune poursuite devant les Cours Ecclésiastiques, pour rendre compulsoire la solennisation du mariage.

3o. Nul mariage ne sera valide, s'il n'est précédé de la publication des bans ou d'une dispense (license), et s'il n'est célébré dans l'Eglise paroissiale des conjoints, c'est-à-dire dans l'Eglise anglicane, par un ministre ordonné, au temps indiqué dans la loi, suivant la rubrique Ecclésiastique, et en présence des témoins.

Mutatis mutandis n'est-ce pas là le Décret et Réforme du Concile de Trente ?

Cette loi qui était en force lors de la Cession du Canada à l'Angleterre, donne donc raison à notre avancé, que les principes en ont été empruntés au Concile, et prouve la presque similitude des lois régissant le mariage des Catholiques et

celui des Protestants, lors de l'établissement de la domination nouvelle.

205. Ainsi, si nous établissons maintenant entre les deux droits, le parallèle dont les remarques précédentes nous fournissent les éléments, nous trouverons 1o. en ce qui touche aux empêchements, provenant des incapacités des conjoints ; qu'à part l'empêchement de l'ordre, de la profession religieuse et celui de la parenté et de l'affinité en dehors des prohibitions du Lévitique, en collatérale, c'est-à-dire en dehors du premier degré en ligne égale et du second degré en ligne inégale, auxquels degrés le Statut 25 Hen. 8, c. 22 a restreint les empêchements, pendant que le droit canon les étend jusqu'au quatrième degré, avec dispense dans tous les degrés d'affinité et dans tous les degrés de parenté, moins le premier degré, ces incapacités étaient les mêmes dans l'Eglise Catholique et l'Eglise Anglicane et 2o. en ce qui regarde les formalités, relatives à la célébration, antérieures ou concomitantes, à part la présence du propre curé des conjoints, exigée par le Concile de Trente et que ne semble pas exiger la loi de Lord Hardwicke, ces formalités étaient encore identiques et qu'elles sont prescrites à peine de nullité du mariage dans les deux cas.

Nous ferons voir plus tard, que le consentement paternel au mariage des mineurs, n'est pas plus nécessaire à peine de nullité, dans le droit anglais que dans le droit canonique, de même que nous aurons à revenir sur ce droit anglais, dont nous exposerons les modifications faites par la législation impériale subséquente à la Cession du pays, quand il s'agira d'établir les libertés accordées aux dissidents qui, d'après la loi de Lord Hardwicke, étaient forcés de faire célébrer leur mariage par des ministres de l'Eglise établie.

III

DE LA LOI D'ÉCOSSE.

SOMMAIRE.

206. Le droit romain est suivi en Ecosse. Le droit canonique y est aussi observé sous certaines modifications.
207. La compétence du pouvoir civil sur le mariage y est reconnue. On y reconnaît aussi le mariage consensuel.

208. Le mariage en face d'Eglise précédé de la publication des bans y est également en vigueur.
209. Mariages de Gretna-Green. Historique.
210. Ces mariages sont-ils valables? Opinion de Lord Mansfield.

COMMENTAIRE.

206. On sait que l'on suit encore le droit romain en Ecosse. Non qu'il y soit en vigueur à titre de droit écrit ou de droit promulgué, car il n'existe aucune loi qui le mette en force ; mais comme le pays n'a aucun corps de droit régulier, étant sous ce rapport dans la même condition que l'Angleterre, on y observe dans les jugements, les règles de l'Equité que l'on emprunte au droit civil ; comme la chose se pratique en Angleterre dans les Cours d'Equité.

Quant au droit canonique, à l'époque de la Réforme, il y avait été pendant bien des siècles pratiqué avec plus de pureté, peut-être, que dans la plus part des pays catholiques. Ce droit contenait presque sans mélange d'aucun usage dérogatoire, le droit matrimonial de l'Ecosse, abstraction faite des canons du Concile de Trente, promulgué postérieurement à la séparation de l'Eglise Ecossaise. On peut donc dire, que le droit matrimonial de l'Ecosse, était à l'époque de la Cession du Canada, comme il l'est encore aujourd'hui, emprunté au droit canon en vigueur avant le concile de Trente, à part le divorce à *vinculo* pour cause d'adultère, commis tant par le mari que par la femme et pour désertion, qui y était reconnu judiciairement, à la différence de l'Angleterre, où à la même époque, on ne reconnaissait que le divorce législatif. La nouvelle doctrine religieuse y a cependant rendu nécessaires, quelques modifications qui ont été opérées par le Parlement d'Ecosse, avant son union avec l'Angleterre et par les canons de l'Eglise établie, qui, comme on le sait, est l'Eglise presbytérienne, ou bien encore par le seul effet des opinions nouvelles, de l'usage ou de la désuétude.

207. C'est ainsi que la notion commune à tous les protestants, de la souveraineté du pouvoir temporel en matière de mariage, s'est propagée en Ecosse et que par l'Acte du Parlement Ecossais de 1567, c. 15, les empêchements de parenté et d'affinité

ont été, comme par l'acte du Parlement anglais 28 Hen. 8, c. 22, restreints dans les prohibitions du Lévitique, doctrine confirmée par "la Confession de foi." Comme en Angleterre, les empêchements de l'ordre et de la profession religieuse ont disparu avec le célibat des prêtres et l'état monastique ; on peut dire la même chose de l'empêchement résultant de la parenté spirituelle. Tous les autres empêchements, provenant des vices du consentement et des incapacités établies par le droit canon, y sont en force. La partie du décret de Réforme du Concile de Trente, relative à la publication des bans, a été adoptée par les premiers Réformateurs. Mais celle qui se rapporte à la célébration devant le curé ou ministre des conjoints, y a été omise.

Comme on suit en Ecosse, les principes du droit canon régissant la validité du mariage, tels qu'ils étaient suivis avant le Concile de Trente, ou qu'ils le sont encore dans les pays où ce Concile n'a pas été promulgué, le seul consentement exprimé par l'écriture ou les paroles, accompagné ou non de formes probantes ou de cérémonies, constitue le mariage. On y reconuait donc comme valide, le mariage consensuel *per verba de presenti*, le mariage présumé par les fiançailles ou paroles de futur, *per verba de futuro*, suivi de la copulation et ce qui n'est pas autorisé par le droit canon, le mariage *by habit and repute*, c'est-à-dire le mariage que la simple cohabitation, sans qu'il apparaisse d'un consentement par paroles de présent ou d'une promesse par paroles de futur, fait présumer, quand elle a été réputée la cohabitation du mari et de la femme.

208. Il ne faudrait cependant pas croire, que l'on ne connait pas en Ecosse, le mariage en face d'Eglise et précédé de la publication des bans. Le décret du quatrième Concile de Latran tenu sous Innocent III, en 1216, relatif à cette formalité, y a été de bonne heure adopté, reconnu par les Conciles tenus à Perth en 1242 et 1269, et il y est resté en force jusqu'à 1667, époque où il a été renouvelé par l'Eglise établie. Ce mariage est même le seul régulier ; et les mariages célébrés en face d'Eglise, par un ministre de l'Eglise établie, c'est-à-dire,

un ministre de l'Eglise presbytérienne, mais sans publication de bans, qui sont les mariages à proprement parler clandestins, le mariage consensuel, contracté *per verba de presentii*, le mariage *per verba de futuro* suivi de copulation et le mariage *by habit and repute* sont connus comme des mariages irréguliers.

Un auteur déjà cité (1) fait la description suivante du mariage régulier suivant la loi d'Ecosse.

“ Le mariage Ecossais régulier, *in facie Ecclesix*, est suivant
 “ les règles de l'Eglise d'Ecosse, d'une célébration bien facile ;
 “ il n'exige qu'une publication de bans, la célébration Ecclé-
 “ siastique et deux témoins. Il n'existe ni rituel ni cérémonie.
 “ Le ministre exhorte les parties, les interroge respectivement,
 “ reçoit leur consentement, les déclare mariés, prononce une
 “ prière et leur donne la bénédiction. Le procédé est solennel,
 “ imposant et digne de la circonstance. En général, la célé-
 “ bration se fait dans une maison particulière, jamais dans
 “ une Eglise ; (2) elle peut se faire en plein air, ce qui arrive
 “ quelquefois. L'attribut de la régularité est la publication
 “ des bans. La célébration peut se faire par tout ministre chré-
 “ tien, et à aucune heure du jour ou de la nuit. Le consen-
 “ tement des gardiens des conjoints n'est pas nécessaire.”

209. La validité du mariage consensuel, dépouillé de toute cérémonie religieuse et de toute forme quelconque, reconnu en Ecosse, à la distinction de l'Angleterre, où depuis la loi de Lord Hardwicke, le seul mariage célébré en face d'Eglise et après publication de bans ou dispense était valable, donna lieu aux mariages fameux connus sous le nom de *Gretna Green*. Nous avons vu comment cette loi mit fin aux mariages clandestins en Angleterre, et coupa court à la profitable industrie du *Fleet Parson*, dont elle punissait la récidive par la transportation. Cette loi d'une rigueur extrême pour une population habituée à une facilité illimitée dans la célébration du mariage, fut l'objet de bien des transgressions et de nombreuses tentatives pour en éluder la sévérité. Un plan régulier d'évasion fut même organisé, et au *Fleet Parson* succéda le *Forgeron de Gretna Green*.

(1) McQueen. (2) Ce qui fait voir que les mots *in facie ecclesix* ne comportent pas la nécessité de faire célébrer le mariage dans une église.

Gretna Green est le point d'Ecosse le plus voisin d'Angleterre. Ce fut là qu'un couple désireux de se soustraire au joug de la loi de Lord Hardwicke, imagina de se rendre un jour, pour profiter de l'hospitalité de la loi Ecossaise et s'y marier secrètement. Un forgeron fut la première personne qui s'offrit à leurs regards, quand ils eurent franchi la frontière de l'Ecosse, et ce fut lui qu'ils prirent pour témoin de leur union. Le bruit du succès de l'expédient se répandit bientôt ; le couple ainsifavorisé par la complaisance du forgeron, eut de nombreux imitateurs et en peu de temps, cet individu devint un personnage célèbre, par les liens matrimoniaux contractés devant lui. Prenant son rôle au sérieux, il alla même jusqu'à tenir des registres réguliers de mariage, et les tribunaux anglais déclarèrent valables quelques mariages ainsi contractés.

210. On cite pourtant une opinion de Lord Mansfield défavorable à leur validité et il n'est pas douteux, que d'après le droit du Bas-Canada, et l'article 135 du Code, ces mariages ainsi contractés à l'étranger et en fraude de la loi du pays, seraient frappés de nullité, ainsi que nous le verrons plus tard, quand il sera question des mariages contractés par les Canadiens aux Etats-Unis, dans de semblables circonstances ; mais cette discussion serait hors de propos à cet endroit, où l'on ne cite les mariages de Gretna Green, que pour montrer l'extrême facilité de la loi Ecossaise, à l'endroit de la formation du contrat de mariage.

Cette loi, tout en reconnaissant, à la rigueur, la validité des mariages clandestins, comme le Concile de Trente les avait reconnus pour le passé, les punit cependant de peines sévères imposées aux ministres qui les célèbrent, au mépris des formalités qu'elle prescrit, disposition qui confirme l'opinion que nous avons énoncée au numéro 17 que les peines portées par l'Edit de 1556, l'Ordonnance de Blois et la Déclaration de 1639 contre le mariage des mineurs contracté sans le consentement de leurs parents, ne prouve pas leur invalidité, malgré ce qu'en ont dit Pothier et D'Aguesseau ; et les auteurs qui font autorité sur le sujet s'accordent à reconnaître, que, quoique les mariages irréguliers soient strictement valables, le mariage régulier est le mariage le plus connu et le plus accrédité, on pourrait dire le mariage national de l'Ecosse.

IV

DU MARIAGE DES DISSIDENTS EN ANGLETERRE.

SOMMAIRE.

211. Suite de l'historique de la loi anglaise sur le mariage. Bill introduit dans la Chambre des Communes pour abroger la loi de mariage. " Marriage Act " de Lord Hardwicke.
212. Nouvelle mesure au même effet introduite en 1823. Cette mesure eut l'effet de faire déclarer valides les mariages clandestins et ceux des mineurs contractés sans le consentement paternel ou tutélaire.
213. Mariage civil établi en Angleterre par la loi de Lord John Russell passée en 1836.

COMMENTAIRE.

211. Pour les fins rigoureuses de ce traité, on pourrait ne pas continuer ici l'historique de la loi anglaise, car les pages qui vont suivre se rapportent à un temps légal, postérieur à la Domination Anglaise en Canada, c'est-à-dire à une époque où les lois du Parlement anglais n'ont plus d'autorité sur les sujets britanniques établis en ce pays. Cependant, comme dans la pensée de l'auteur, ce livre n'est pas écrit pour une classe particulière de sujets, distingués par leur croyance religieuse, mais pour toute les populations catholiques ou protestantes, également soumises au Code Civil et aux lois du présent titre, après avoir parlé de la législation qui régit le mariage des anglicans, il nous faut parler des modifications qu'elle a subies pour en étendre les dispositions aux dissidents, en même temps que pour en faciliter l'application générale.

La mesure de Lord Hardwicke vivement combattue avant sa passation, ne rencontra pas une opposition moins vive dans son exécution. Un quart de siècle après, un bill fut introduit dans la Chambre des Communes, en 1781, par M. Fox, soutenu par Sir George Younge et plusieurs autres célébrités parlementaires du temps, pour l'abroger, et tous dénoncèrent la loi comme une loi tyrannique et oppressive. Le Bill passa, même à une grande majorité, dans la Chambre basse. Il est vrai qu'il échoua devant la Chambre des Lords, et que dans son principe, il avait été opposé par un homme d'état non moins

distingué que M. Burke ; mais le mouvement parlementaire déterminé par le courant de l'opinion publique, en dehors du Parlement, démontre l'impopularité de la loi et le besoin de réformes nouvelles.

212. Ce ne fut cependant qu'en 1823, qu'une nouvelle mesure fut introduite en Parlement, non pour faire revivre l'ancien ordre de choses, en détruisant le nouveau, mais pour le modifier. On faisait plusieurs reproches à la loi, dont les deux principaux, se rapportaient à la peine de nullité absolue, prononcée contre les mariages clandestins et contre ceux des mineurs, non revêtus du consentement de leurs parents ou tuteurs. La loi de 1823, qui est le Statut 4 G. 4 c. 76, donna raison à ces deux griefs en les faisant disparaître ; et il fut statué, que les mariages clandestins ne seraient invalides qu'au cas de transgression volontaire aux formalités de la publication des bans, et de la célébration du mariage, ailleurs que dans une Eglise anglicane, en présence d'un ministre revêtu d'ordination, et la seule peine portée contre le mariage des mineurs sans le consentement paternel, fut dirigée contre le ministre célébrant le mariage. La loi de 1823 contient plusieurs autres dispositions en amendement de la loi de 1753, mais ce fut plus aux détails qu'aux principes radicaux que ces amendements s'adressèrent, et l'on peut plutôt dire que la seconde, fut plus une modification qu'une réorganisation de la première.

213. Au dire des dissidents, ces deux lois laissaient cependant subsister entre autres, un principe d'intolérance religieuse, dans l'obligation de célébrer le mariage dans une Eglise anglicane, suivant la rubrique et devant un ministre de cette Eglise. Ce fut cet abus que la loi que Lord John Russell passa en 1836, et qui est aujourd'hui le statut 6 et 7 Guil. 4 c. 85, eut pour objet obtensible de faire disparaître, en introduisant le mariage libre et même le mariage civil en Angleterre. Cette loi regarde comme également valides les mariages célébrés dans les Eglises anglicanes et dissidentes, suivant les formes et la rubrique de ces Eglises, et permet la célébration du mariage sans aucune forme religieuse quelconque, devant un officier public, remplaçant à certains égards, le fonction-

naire municipal du Code Napoléon, et qu'elle appelle Registra-
teur du mariage.

Il serait inopportun de porter un jugement sur cette loi, violemment attaquée d'un côté, comme civilisant le mariage et chaleureusement défendue de l'autre comme le libéralisant, à cet endroit où il n'en a été fait mention, que pour compléter l'exposé succinct des lois anglaises sur le mariage, lois souvent citées devant nos tribunaux, quoi qu'à proprement parler, étrangères à notre jurisprudence, en tant qu'elles sont postérieures à 1763, et pour en indiquer les sources.

V

DU MARIAGE DES QUAKERS ET DES JUIFS.

SOMMAIRE.

214. Le mariage des Quakers fut le sujet d'une exception dans la loi de Lord Hardwicke. Ce mariage était reconnu en Angleterre lors du Traité de Paris en 1763.
215. Description d'un mariage Quaker.
216. Description d'un mariage Juif.

COMMENTAIRE.

214. Née de la liberté religieuse proclamée par la Réforme, et fille non reconnue du Protestantisme, la secte des Quakers en fut bientôt la plaie. L'on sait de quelles restrictions sévères, les croyances religieuses en dissidence avec l'Eglise établie, furent l'objet en Angleterre. Cependant les dissidents furent tolérés, pendant qu'à leur origine, les Quakers devinrent de la part de loi anglaise, les victimes d'un véritable ostracisme. Repoussés de toute communion avec les anglicans, communion qu'ils ne recherchèrent pas d'ailleurs, les Quakers ne leur cédèrent en rien en exclusivisme, et n'auraient pas plus voulu faire célébrer leur mariage devant un ministre de l'Eglise d'Angleterre, que ce dernier n'aurait voulu le solenniser. Force fut donc au Parlement anglais, en passant la loi de Lord Hardwicke, de prohiber entièrement le mariage des Quakers ou de leur permettre de le contracter suivant leurs propres

usages. La loi choisit cette dernière alternative ; et fit une réserve spéciale à cet effet ; réserve renouvelée par la loi de 1823 et celle de 1836.

Le mariage des Quakers contracté suivant leurs usages, était donc sanctionné en Angleterre, lors du traité de Paris, et il s'en suit qu'il fut apporté dans le Bas-Canada, par les sujets anglais, avec le reste de leurs coutumes matrimoniales. Nous avons vu plus haut, la Législature Canadienne leur accorder le droit de tenir des registres de l'État Civil.

La Religion des Quakers est simple et sans culte extérieur. Comme le reste de leurs pratiques, leur mariage est dégagé de toute forme symbolique et se fait sans l'intervention d'un ministre, bien qu'il ne manque pas d'un caractère de grandeur dans sa simplicité même.

215. Voici comment un auteur Ecossais (1) le décrit : “ Les mariages des Amis (Friends) ou Quakers, se fait avec beaucoup de décence et de solennité. Avant la cérémonie, l'homme et la femme se présentent à une réunion mensuelle de la société, et déclarent leur intention de se prendre pour mari et femme, si la société n'y a pas d'objection. Les conditions principales exigées pour obtenir le consentement de la société, sont les suivantes : 1o. Il est de règle qu'un homme ne recherche pas une femme en mariage, sans avoir au préalable, obtenu le consentement de ses propres parents et de ceux de la femme ou des tuteurs, mais si l'aveuglement de leur affection leur fait oublier l'observance de cette règle, il doit de même que la femme, faire amende honorable de cette offense, en confessant leur transgression à la société et en obtenant l'assentiment de leurs parents. 2o. Les conjoints doivent avoir une même croyance en matière religieuse et être membres de la société. 3o. Il ne doit pas exister de parenté ou d'affinité entre eux dans les degrés prohibés par le Lévitique. 4o. Si aucun d'eux a donné scandale à leurs amis, il doit confesser son offense.

“ Si aucune objection n'est alors faite au mariage proposé,

(1) Halkerston Digest of the law of Scotland relating to marriage, page 73 et suiv.

“ avis en est publié dans l'assemblée de la société du lieu où
 “ résident ou ont résidé les parties, qui doivent de nouveau
 “ assister à l'assemblée mensuelle suivante, devant laquelle,
 “ les personnes nommées pour faire une investigation font
 “ leur rapport, et s'il est favorable, il est loisible aux fiancés
 “ de procéder à la solennisation de leur mariage, qui est célé-
 “ bré en assemblée ordinaire, un jour de semaine et générale-
 “ ment un jeudi. Vers la fin de l'assemblée, les parties se
 “ tenant debout et se donnant la main, font à haute et intelli-
 “ gible voix, la déclaration suivante : L'homme dit le premier :
 “ Amis, je prends cette femme pour mon épouse, promettant
 “ par le secours de l'assistance divine, de lui être un mari
 “ affectueux et fidèle, jusqu'à ce qu'il plaise au Seigneur de
 “ nous séparer par la mort. La femme dit à son tour : Amis,
 “ je prends cet homme pour mon époux, promettant moyen-
 “ nant l'assistance divine de lui être une femme aimante et
 “ fidèle, jusqu'à ce qu'il plaise au Seigneur de nous séparer
 “ par la mort.” Après cela un ami du mari et de la femme
 “ fait une lecture publique du certificat de mariage, dans
 “ lequel les noms et descriptions des conjoints ont été insérés
 “ au préalable. Ils signent alors le certificat, le mari le pre-
 “ mier et la femme ensuite, de son nom de fille ; après eux
 “ leurs parents, et ceux des membres présents qui désirent
 “ ajouter leurs noms, mais aucuns ne signent comme témoins.
 “ Ici se termine la cérémonie et l'heureux couple quitte l'as-
 “ semblée, se donnant le bras, mari et femme, mais sans la
 “ bénédiction d'un prêtre, ou aucune autre cérémonie.”

216. Le même auteur donne aussi la description suivante des cérémonies observées dans les mariages Juifs : (1)

“ On ne trouve dans la loi de Moyse, aucune cérémonie par-
 “ ticulière, relative au mariage, mais dans la loi des Rabbins,
 “ il est clairement démontré, que le mariage peut se célébrer
 “ de trois manières différentes et sans aucune autre cérémo-
 “ nie : 1o. Par un don d'argent, ou d'une chose de valeur
 “ équivalente, fait par un homme à une femme, à condition
 “ qu'elle devienne son épouse. 2o. Par une lettre qui lui est

(1) Pages 130 et 131.

“ adressée, lui promettant de devenir son époux. 3o. En se
 “ retirant avec elle à condition de devenir son époux. Chacun
 “ de ces modes était suffisant, mais après la construction du
 “ second temple, les Rabbins, pour mettre un frein à cette
 “ apparente immoralité, abolirent la dernière de ces cérémo-
 “ nies. Il n'est besoin d'aucune personne particulière, pour
 “ accomplir le rite du mariage : Le Rabbin en est générale-
 “ ment le témoin, mais il peut être remplacé par aucun autre
 “ témoin du sexe masculin qu'il désigne. En premier lieu se
 “ font les fiançailles, en présence d'un certain nombre d'amis
 “ convoqués pour cet objet, qui sont aussi témoins du contrat
 “ de mariage, dans lequel est indiqué le jour des noces et le
 “ douaire de la femme, qui remplace le don indiqué dans le
 “ premier mode de mariage. Quand le temps est expiré,
 “ chacun des fiancés peut requérir l'autre de remplir sa pro-
 “ messe de mariage, qui ne peut être rétractée que par mutuel
 “ consentement, constaté par écrit ; dans le cas contraire, le
 “ mariage est célébré de la manière suivante : Le jour du
 “ mariage, les fiancés sont conduits de la maison paternelle
 “ par leurs parents les plus proches, le fiancé par son père et
 “ celui de la fiancée, et cette dernière par sa propre mère et
 “ sa prochaine belle-mère, dans la maison où doit se faire le
 “ mariage, auquel assistent ceux qui y sont conviés. Le Rab-
 “ bin jette un voile sur la tête de la femme, en signe de la
 “ différence qui distingue une vierge d'une femme mariée,
 “ cette dernière ne devant jamais être vue la tête découverte.
 “ Les époux sont conduits par leurs amis sous un dais où se
 “ tient le Rabbin, qui tenant un verre rempli de vin, récite
 “ un épithalame, en forme d'invocation au Créateur de l'Uni-
 “ vers.”

Les cérémonies du mariage Juif ne sont pas les mêmes dans
 tous les pays ; car la loi de Moïse et le Talmud, n'ayant pres-
 crit aucune forme particulière, l'uniformité de pratique n'est
 pas obligatoire à ce sujet ; mais dans aucun des rites usités, la
 présence du Rabbin utile sans doute à la perfection du mariage,
 n'est nécessaire pour sa validité.

Ce qui frappe donc, dans le mariage des Juifs et des Qua-

kers, c'est la non intervention, comme matière de nécessité, du ministre et du Rabbin. Aussi, comme nous l'avons déjà vu, ces mariages ont toujours été l'objet d'une exception dans les lois anglaises, qui ordonnent la célébration du mariage en face d'Eglise.

VI

RÉSUMÉ DU PRÉSENT CHAPITRE.

SOMMAIRE.

217. Le présent chapitre se résume en cinq points distincts. Ce qu'ils sont.

COMMENTAIRE.

217. On peut donc en résumé du présent chapitre, tenir comme établis les points suivants :

1o. Le mariage est considéré par tous les chrétiens, catholiques et protestants, comme un contrat d'institution divine, soumis sous le rapport du lien, au droit canon et à la juridiction Ecclésiastique, et il est en outre, regardé comme sacrament par les Catholiques.

2o. Les protestants reconnaissent la compétence de l'autorité séculière, à établir des empêchements de mariage, tant sous le rapport du lien que sous le rapport des effets civils du mariage, et sous le premier rapport, en dérogation au droit canonique ; et les catholiques ne lui accordent cette juridiction que sous le rapport des effets civils.

3o. Lors de la Cession du Canada à l'Angleterre, tant d'après la loi Anglaise que la loi Ecossoise, et suivant la doctrine de l'Eglise anglicane et de l'Eglise presbytérienne, les empêchements du droit canonique, tels qu'ils existaient avant le Concile de Trente, moins les empêchements provenant de l'ordre, de la profession religieuse, de la parenté spirituelle et de la parenté naturelle et de l'affinité au-delà du second degré canonique, étaient reconnus.

4o. A la même époque, le mariage célébré en face d'Eglise, était le seul reconnu comme valable et parfait en Angleterre, et comme le seul régulier en Ecosse.

50. Suivant la loi anglaise, le mariage des Juifs et des Quakers était soumis à leurs propres usages, tant sous le rapport des empêchements que de la célébration, et il était dégagé de l'observance des règles applicables aux mariages des autres dénominations religieuses.

Ces principes, une fois reconnus, nous rendront comparativement facile l'intelligence des chapitres suivants.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

ARTICLE 128.

Le mariage doit être célébré publiquement devant un fonctionnaire compétent reconnu par la loi.

SOMMAIRE.

- 218. Dissentiment soulevé par cet article au sein de la Commission. Citation du Rapport des Commissaires relatif à ce dissentiment.
- 219. Appréciation de ce dissentiment.
- 220. Les mariages consensuels contractés dans le Bas-Canada ne sont point valides.
- 221. La célébration du mariage en face d'Eglise est elle rendue nécessaire par le présent article.
- 222. Solution de cette question dans la négative.

COMMENTAIRE.

218. Cet article 128 a soulevé un dissentiment au sein de la commission de rédaction. M. le Juge Day l'a combattu, sur le principe que la célébration publique qu'il ordonne, veut dire la célébration en face d'Eglise, et que cette obligation peut blesser les usages de certaines sectes protestantes.

Voici d'ailleurs comment il motive son dissentiment : “ L'article 128 exige que le mariage soit toujours célébré, *publiquement* et cette expression, suivant les commentateurs, signifie que le mariage doit se faire en face d'Eglise. Je ne puis

“ admettre une rédaction qui se prêterait à une semblable
 “ interprétation de l'article dont il s'agit, de manière à établir
 “ une règle contraire à l'usage constant et reconnu de toutes
 “ les dénominations protestantes, à l'exception de l'Eglise
 “ d'Angleterre.”

“ A une exception près, les mariages, chez les protestants,
 “ sont rarement célébrés dans leurs Eglises. Je pense que
 “ l'article devrait être rédigé de manière à ne requérir que la
 “ présence des témoins.”

D'un autre côté, les deux autres Commissaires soutiennent de la manière suivante la rédaction de l'article qui a été adoptée : “ La publicité exigée par la première partie de l'article (l'article 128) est dans le but d'empêcher la clandestinité du mariage repoussée avec raison par tous les systèmes de loi ; un acte aussi important et qui intéresse bien d'autres que les parties elles-mêmes, ne doit pas être tenu secret ; or, le meilleur moyen d'empêcher qu'il ne le soit, est de rendre obligatoire la publication de la célébration.”

“ Le mot *publiquement* a une certaine élasticité qui l'a fait
 “ préférer à tout autre ; étant susceptible d'une extension
 “ plus ou moins grande, il a été employé afin qu'il pût se prêter à l'interprétation différente que les diverses Eglises et congrégations religieuses dans la province, ont besoin de lui donner, d'après leurs coutumes et usages, et les règles qui leur sont particulières, auxquelles on ne désire aucunement déroger. Tout ce qu'on a voulu c'est d'empêcher les mariages clandestins.”

“ Ainsi seront réputés faits *publiquement*, ceux qui l'auront été, d'une manière ouverte, et dans le lieu où ils se célèbrent ordinairement, d'après les usages de l'Eglise à laquelle les parties appartiennent.”

“ Cependant, l'un des Commissaires (le Juge Day), craint que le mot *publiquement*, ne soit interprété comme exigeant que la célébration se fasse, en face de l'Eglise comme elle se faisait en France, et pour cette raison exposée dans le rapport spécial dont il a déjà été fait mention, il n'a pas accordé

“ son concours à la rédaction du présent article, qui est proposé par les deux autres Commissaires seulement.”

219. La lecture de ces deux rapports inspire une réflexion qui ne peut échapper à personne. C'est que ni le Commissaire Day, ni les deux autres, n'ont eu d'idée fixe sur la nature de la publicité exigée par l'article, pour valider la célébration du mariage, et que l'un a été conduit à s'y opposer, par une crainte vague que l'article ainsi rédigé, ne froissât les usages des sectes protestantes accoutumées à célébrer leur mariage en dehors de leurs Eglises, et que les autres, grâce à l'élasticité du mot *publiquement et à son extension plus ou moins grande*, l'ont adopté dans l'espérance non moins indéfinie, qu'il ne blesserait les usages de personne.

M. Day fonda son dissentiment sur l'acception donnée aux mots *célébration publique* par les commentateurs, (les commentateurs français sans doute) qui ne peuvent être que les commentateurs sous l'ancien droit, puisque le droit nouveau ignore la célébration en face d'Eglise. Il faut pourtant, pour bien juger de la valeur de cette interprétation, se rapporter au temps où ont écrit les auteurs qui la donnent. Ils écrivaient sous une loi qui ne connaissait comme valable que le mariage fait devant le propre curé, et dans les pays soumis à une religion d'état, c'est-à-dire à la religion catholique, qui ordonne à ses ministres de célébrer, hormis des cas exceptionnels, le mariage dans les églises. La célébration en face d'église considérée comme équivalente de la célébration publique, n'a donc dans leur langage, qu'une valeur de convention, déterminée par un usage non contesté et exclusive du mariage clandestin, contracté hors la présence du curé, et non un sens doctrinal, faisant purement et simplement de la célébration du mariage, en face d'église, un élément essentiel de sa validité.

C'est l'opinion qu'a exprimée la majorité des Commissaires, mais on se demande pourquoi ils ne l'ont pas énoncée dans le Code, comme ils l'ont fait dans leur Rapport? Pourquoi n'ont ils pas tranché la question soulevée entre M. Day et eux, en faisant disparaître l'incertitude créée par l'objection de ce dernier; et puisque leur volonté était de n'apporter aucun

changement dans l'usage de chaque dénomination religieuse, pourquoi ne l'ont-ils pas manifestée en termes exprès ? Cependant la doctrine doit suppléer à l'incertitude du texte, et lui donner sa véritable interprétation.

Il importe pourtant de dire au préalable, que l'article 128 n'est pas de simple précepte, mais qu'il est irritant, en ce sens, que le défaut de célébration du mariage devant un fonctionnaire compétent, en emporterait la nullité et l'invaliderait. Notre article est sous le rapport de la sanction qu'il prononce, de la nature du Décret de Réforme du Concile de Trente, dans les lieux où il est en force, et de la loi de Lord Hardwicke, c'est-à-dire qu'il annule tout mariage contracté dans le Bas-Canada, sans la présence de ce fonctionnaire. Pour nous servir de termes techniques, il fait du défaut d'accomplissement de cette formalité, un empêchement dirimant. A la différence du statut de 1567 ci-haut cité, passé sous le chapitre 15 par le Parlement Ecossois, qui en punissant de peines sévères les ministres qui célébraient des mariages clandestins au mépris de ses dispositions, les laissaient subsister.

220. Il s'ensuit que les mariages consensuels contractés dans le Bas-Canada, par *paroles de présent*, avec ou sans témoins, ou avec ou sans écrit, ceux célébrés en présence d'un Juge de Paix ou de toute autre personne qu'un fonctionnaire compétent, de même que les mariages par *paroles de futur* suivies de copulation et tout mariage présumé par la cohabitation à titre de mari et femme, (supposant que ces derniers mariages aient jamais été reconnus en ce pays,) sont supprimés pour toutes les croyances religieuses et sont frappés d'invalidité complète. Cette interprétation résulte de l'ensemble du présent titre du Code, des lois et usages qui l'ont précédé et de la rédaction absolue de l'article.

On objecterait en vain, que la peine de nullité n'y est pas expressément portée. La chose n'était pas nécessaire; la nullité de forme substantielle existant sans être prononcée, *expressis verbis*. La clause permissive, d'une loi qui prescrit la forme d'un contrat est censée en subordonner l'existence à l'accomplissement de la forme même, et la défaillance de cette

forme l'empêche de se former. Le Code fournit un nombre considérable d'exemples de ce genre. Cette maxime vraie pour toutes les matières, est surtout applicable aux solennités du mariage.

221. Revenant maintenant à la célébration publique exigée par l'article, voyons si l'appréhension de M. Day était bien fondée, et si malgré l'intention contraire de la majorité des rédacteurs, il n'a pas de fait rendu nécessaire la solennité du mariage en face d'église? Je ne le crois pas. Je pense avoir fait voir, que les termes, par eux mêmes, ne produisent pas rigoureusement cette acception, et qu'ils n'ont qu'une valeur relative, ce dont personne ne doutera. C'est donc à ce point de vue, qu'il faut se placer pour déterminer le genre de publicité dont il s'agit.

Pour dire que l'article a fait de la célébration en face d'Eglise, une condition essentielle de la validité du mariage, il faudrait dire, qu'il a créé dans le mariage, un nouvel élément de validité et qu'il est de droit nouveau. Ce qui répugnerait à l'économie générale de la présente loi. En effet, avant le Code, nulle loi n'exigeait à peine de nullité du mariage, ce genre de célébration, pas plus le Concile de Trente que l'Ordonnance de Blois; car ces deux lois nécessitent bien la présence du curé des parties au mariage, mais ne contiennent pas un mot sur la nécessité de le contracter dans une église, ni sur l'accomplissement d'aucune cérémonie religieuse. La bénédiction nuptiale elle-même, est si peu nécessaire, que dans un certain nombre de cas, comme le cas par exemple, du mariage mixte et de celui d'une veuve, la liturgie la défend. En règle générale, la solennisation du mariage à l'Eglise est de précepte et tend à la perfection du sacrement, mais elle n'est nullement essentielle à sa validité.

Pas plus que le droit canon, la loi d'Ecosse dont il est la source, n'exige indispensablement que le mariage se contracte en face d'Eglise. La loi d'Angleterre l'exigeait sans doute, à l'époque de la Cession du pays, mais outre, que sous ce rapport, elle a été modifiée par le Statut de 1836, cette loi n'a jamais été en force comme texte, dans le Bas-Canada.

222. Si l'article eût dit : le mariage doit être *célébré publique-*

ment, sans ajouter devant un *fonctionnaire compétent*, on n'aurait certainement pas pu l'interpréter comme signifiant en face d'Eglise. Mais la présence d'un prêtre ou ministre, qui comme nous le verrons bientôt, est le fonctionnaire compétent dont parle l'article, fait naître l'idée de l'Eglise comme *locus in quo*, et la relation ordinaire entre les actes sacerdotaux et l'Eglise où ils s'accomplissent, fait faussement supposer ce lieu comme nécessaire dans le cas de mariage.

En ordonnant la publicité du mariage, le législateur a voulu le protéger contre la clandestinité, qui dans tous les temps et dans tous les lieux, a été la plaie de la société chrétienne. Le mariage clandestin ou secret, est celui qui se contracte sans observer les modes de manifestation requis par la loi pour le faire connaître et pour faciliter la révélation des empêchements dont il peut être frappé. Le mariage public ou légalement publié est l'opposé du mariage clandestin. En disant que le mariage sera célébré publiquement, le Code a dit qu'il ne sera pas célébré clandestinement ou d'une manière entachée des vices de clandestinité, consistant dans la non observance de la publicité déjà prescrite, et il a ajouté la présence du prêtre ou du ministre comme mode de manifestation à ceux déjà existants. Ces modes déjà existants sont la publication des bans et la présence du Curé, ou suivant le cas d'un autre ministre du culte et des témoins au mariage, requis par le Concile de Trente, la loi d'Angleterre et d'Ecosse, notre loi ancienne et le Code lui-même. Ainsi dans la pensée de la loi, et l'esprit de l'article 128, le mariage célébré publiquement est le mariage célébré après publication de bans ou dispense ou licence, en présence de témoins et devant le fonctionnaire compétent, et tout autre mariage est un mariage clandestin. Les sectes religieuses qui, lors du Code, étaient en vertu de leurs usages ou de leur liturgie, en possession du droit de célébrer leurs mariages ailleurs que dans leurs Eglises, n'en ont pas été dépouillées par le Code, mais répétons-le, tout mariage non célébré devant le prêtre ou le ministre des parties est frappé d'invalidité, à une exception près, celle des Juifs et des Quakers que nous examinerons plus loin. Nous avons dit que

ce fonctionnaire compétent est le prêtre ou ministre des conjoints, c'est ce que nous allons démontrer sur l'article suivant.

ARTICLE 129.

Sont compétents à célébrer les mariages tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la Loi, à tenir et garder des Registres de l'État Civil.

Pendant aucun des fonctionnaires ainsi autorisés ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelques empêchements d'après les doctrines et croyances de sa religion, et la discipline de l'Eglise à laquelle il appartient.

SOMMAIRE.

- 223. Référence à l'article 44 qui déclare que les fonctionnaires autorisés à tenir les registres de l'Etat civil, le soient aussi à célébrer le mariage.
- 224. Aux termes de l'article 63, le mariage doit se célébrer au domicile de l'un des époux. Conséquence de cette règle.
- 225. Remarque relative au pouvoir qu'a le prêtre catholique de célébrer le mariage des protestants.
- 226. Distinction entre le pouvoir de tenir les registres de l'Etat civil et celui de célébrer le mariage.

COMMENTAIRE.

223. Nous avons vu sur l'article 44 que les curés, vicaires, prêtres et ministres, desservant les paroisses catholiques et les congrégations religieuses du culte protestant, en communion avec l'Eglise anglicane ou l'Eglise presbytérienne et les sectes dissidentes indiquées au chapitre 20 des Statuts Refondus du Bas-Canada, sont les seuls fonctionnaires autorisés à tenir des registres de l'état civil et conséquemment, ce sont les seuls, autorisés à célébrer les mariages de leurs co-réligionnaires. Les évêques comme premiers curés de chaque paroisse catholique, sont incontestablement revêtus du même droit ; ils le

sont en vertu de leur institution et du statut qui leur permet de tenir des registres de l'état civil

Nous avons aussi dit sur l'article 54 que chaque prêtre ou ministre ne peut tenir de registres de l'état civil, que pour ses co-réligionnaires. La conséquence est, qu'il ne peut licitement célébrer que leur mariage. Les prêtres catholiques célèbrent les mariages des catholiques, les protestants ceux des protestants, mais ce pouvoir du ministre est limité aux membres de la dénomination à laquelle il appartient. La règle reçoit cependant une modification, en ce qui concerne les mariages mixtes, c'est-à-dire le mariage de deux personnes appartenant à des églises différentes ; soit que l'un des conjoints soit catholique et l'autre protestant, ou que deux protestants appartenant à des dénominations différentes se marient ensemble. En ce cas, le prêtre ou ministre de l'un des conjoints peut célébrer le mariage.

224. Aux termes de l'article 63, le mariage doit se célébrer au lieu du domicile de l'un des époux, établi par six mois d'habitation. Cette règle n'emporte cependant pas la nullité du mariage célébré ailleurs, mais aux termes du même article, le célébrant doit vérifier l'identité des conjoints, et se faire apporter un certificat de la publication des bans ou une dispense ou licence, suivant l'article 58, comme dans tous les cas où il n'a pas lui-même publié les bans. Nous avons traité de cette vérification au No. 283 du tome premier de cet ouvrage.

Les prêtres catholiques peuvent-ils valablement célébrer le mariage des protestants et les ministres protestants ceux des catholiques ? Nous disons valablement et non licitement, car l'illicéité du mariage n'en affecte pas les effets juridiques. Il n'est pas douteux que quoiqu'il s'expose aux peines canoniques, le prêtre catholique peut d'après l'un et l'autre droit, célébrer valablement le mariage des protestants. Le Code le dit implicitement, en donnant à tous les prêtres et ministres, le droit de célébrer le mariage, sans restreindre leur compétence à leurs co-réligionnaires.

Il n'en est pas ainsi pour les ministres protestants, par rapport aux catholiques, dans le cas des mariages soumis au Dé-

cret du Concile de Trente, qui doivent être contractés devant le propre curé, mais ces cas exceptés, et en dehors de l'autorité du Décret, le mariage des catholiques célébré devant les ministres protestants serait valide quoique illicite. Ce seraient des mariages clandestins, mais nous avons déjà vu plusieurs fois, qu'à part la clandestinité pour violation de la règle du propre curé, ces mariages sont valides.

Cette validité du mariage des catholiques, devant un ministre protestant est énoncée ici, comme résultant de la règle générale, que le consentement fait le mariage *consensus facit matrimonium*, mais cette règle est sans application au Bas-Canada, où le Concile de Trente est en force, ou du moins où on en a toujours reconnu l'autorité, malgré que l'on ne puisse dans tous les cas, rapporter de preuve expresse de sa publication.

Nous verrons au contraire, sortir forcément de cette règle, la validité des mariages des catholiques domiciliés aux Etats-Unis, dans les lieux du moins où le Décret n'a pas été publié, contractés devant le magistrat civil, mais ce serait anticiper que de traiter ici cette question, qui trouvera sa place sur l'article 135.

225. En ce qui concerne le mariage des protestants, par les prêtres catholiques, il ne faut cependant pas confondre le droit avec l'obligation de le célébrer. L'intention du Code est sans doute de faire célébrer le mariage de toutes les dénominations religieuses, par leurs prêtres et leurs ministres, mais il n'érige pas cette intention en maxime obligatoire, pendant que l'article 129 dispense expressément, tout prêtre et ministre de l'obligation de célébrer un mariage, *contre lequel il existe quelque empêchement d'après les doctrines et croyances de sa religion*. Or l'Eglise catholique, défendant à ses prêtres de célébrer le mariage des protestants, la croyance des conjoints constituerait ici dans le sens de l'article, un empêchement à la célébration.

Dans les autres églises ou congrégations religieuses, où la même prohibition peut exister, relativement au mariage des catholiques ou des protestants appartenant à une secte étran-

gère, elle fournirait un empêchement que le ministre pourrait également invoquer. Il n'est pas besoin de dire que les termes de cet article, comprennent les Rabbins qui ne sauraient être contraints à célébrer le mariage des Chrétiens.

226. Il faut en outre bien se donner garde, de confondre ici le droit de célébrer le mariage, avec celui d'en tenir les registres. Nous avons vu au tome précédent, que les registres de l'Etat Civil doivent être tenus par les prêtres et ministres de chaque dénomination religieuse, pour leurs co-réligionnaires, et il est incontestable, que l'entrée faite du mariage de deux protestants dans les registres catholiques, et du mariage de deux catholiques dans les registres protestants, n'aurait aucune authenticité. En serait-il ainsi du mariage des diverses sectes de protestants entre eux ? Je serais porté à croire que la question en est une de discipline ecclésiastique, et que l'entrée faite dans un registre protestant du mariage de deux protestants dont l'un ou tous les deux sont étrangers à l'Eglise ou Congrégation pour laquelle ce registre est tenu, constitue une preuve authentique du mariage, s'il est valable, d'après les règles établies dans l'une et l'autre église. Nous entrerons dans de plus amples explications à ce sujet, au titre de la Filiation qui en est le siège naturel.

Outre l'empêchement provenant de la différence de religion, tous les empêchements dirimants et prohibitifs, énumérés plus haut, auxquels il faudrait ajouter ceux qui pourraient avoir été omis, forment des moyens que peuvent invoquer les prêtres et ministres, pour ne pas être contraints à célébrer un mariage frappé de quelqu'un ou de plusieurs de ces empêchements, suivant les croyances ou les disciplines de leur église ou de leur congrégation.

De l'exemption de célébrer les mariages frappés d'empêchements, résulte l'obligation pour le prêtre ou le ministre de célébrer ceux qui n'en sont pas affectés, et dont la demande de célébration est faite dans des conditions régulières. Cette obligation est consacrée par les deux Droits.

ARTICLE 130.

Les publications ordonnées par les art. 57 et 58 sont faites par les prêtres, ministres ou autres fonctionnaires, dans l'Église à laquelle appartiennent les parties, au Service Divin du matin, ou s'il n'y en a pas le matin, à celui du soir, à trois dimanches ou jours de fêtes avec intervalles convenables. Si les parties appartiennent à différentes Églises, ces publications ont lieu dans celle de chacune.

SOMMAIRE.

227. Dans cet article, le Code répète les dispositions du Concile de Trente et celles des statuts anglais, relatives aux publications de mariage. Citation de l'ancien Rituel du Diocèse de Québec.
228. Quelle est la continuité dont parle le Décret et quelles sont les fêtes dont il est question ?
229. Distinction relative aux croyances religieuses différentes professées par les conjoints.
230. Rien dans l'article ne donne le droit de publier les bans aux vêpres, ou autrement que pendant la messe.
231. C'est à la messe de l'Église paroissiale que doivent se faire les publications. Règle à observer quand les conjoints sont de différentes paroisses.

COMMENTAIRE.

227. Il reste peu de chose à ajouter à ce qui a été dit ci-haut, sur la nécessité de la publication des bans de mariage. Le Code disant, que ces publications seront au nombre de trois, ne fait que répéter les dispositions du Concile de Trente, celles des Statuts anglais de 1753, de 1836, la loi de Lord Hardwicke, celle de Lord John Russell, et le Statut Écossais. L'article n'indique pas dans quels intervalles de temps précis se feront ces publications ; se contentant de dire à trois dimanches et jours de fêtes, *avec intervalles convenables*, il s'en est rapporté au droit canonique, au Rituel et à l'usage de chaque diocèse. Nous croyons que sous ce rapport l'usage et le Rituel des Églises catholique et protestante, sont les mêmes.

Nous avons rapporté plus haut la disposition du droit canon sur les publications.

Voici comment s'exprime l'ancien Rituel du Diocèse de Québec déjà cité, à l'endroit de la publication des bans pages 339 et 340 :

“ Les curés ne doivent publier les bans, qu'à la prière des parties, et du consentement des père et mère, tuteurs ou curateurs, si ce sont des enfants de famille, (c'est-à-dire des mineurs.)

“ Les bans ne peuvent être publiés que dans l'Eglise principale. Ces publications doivent être faites de telle manière, qu'il y ait au moins deux ou trois jours francs entre chacun, par trois dimanches ou fêtes chômées, au Prône de la Grande Messe, et non pas aux Vêpres ni aux Messes des Confréries.”

Le Rituel Romain se contente de répéter la disposition du Décret et dans ses termes mêmes : “ *Autequam matrimonium contrahatur, ter à proprio contrahentium parochia continuis diebus festis in Ecclesia, intra missarum solemnias, ad ipsius Concilii prescriptum, publice denuntietur, inter quos Matrimonium sit contrahendum.*”

La continuité dont parle le Décret, *continuis diebus festis*, s'applique aux dimanches et fêtes, qui ne doivent pas s'interposer entre les jours de publication, c'est-à-dire qu'après la première publication, on doit continuer la seconde et la troisième aux prochains jours de dimanche ou de fête, bien que comme nous l'avons vu plus haut, l'interposition d'un dimanche ou de deux jours de fête ne serait pas considérée comme une interruption fatale à la valeur des publications. Il doit nécessairement s'interposer des jours ouvrables entre les publications. Le Rituel du Diocèse de Québec, veut même qu'il y ait au moins deux ou trois jours francs entre chaque publication, et c'est aussi ce qu'enseignent les auteurs.

Les fêtes dont il est ici question sont les fêtes d'obligation. Suivant la règle des deux ou trois jours d'intervalle, si un dimanche où se serait faite une publication, était suivi sous moins de deux jours, d'une fête d'obligation ou une fête à la Messe de laquelle les bans auraient été publiés, d'une autre fête ou d'un dimanche, on devrait interrompre la publi-

cation à cette prochaine fête ou ce prochain dimanche, pour la continuer à la fête ou au dimanche suivant. Eventualité fort rare si toutefois elle arrive jamais. D'ailleurs en cette matière c'est l'usage du Diocèse que l'on consulte.

Les intervalles raisonnables dont parle le Code, sont donc ceux qui viennent d'être cités, du moins pour les publications faites dans les Eglises catholiques. Quand aux publications faites dans les églises protestantes, il existe moins de difficultés, vu qu'à part quelques rares exceptions, elles ont oblitéré les fêtes d'obligation de leur liturgie, les bans ne s'y publient que le dimanche et ils doivent s'y publier pendant trois dimanches consécutifs. Là encore il faut s'en rapporter à l'usage.

Les irrégularités dans les publications, ne formeraient pas d'ailleurs, obstacle à la validité du mariage, car comme nous l'avons déjà vu, le défaut de publication des bans ne forme qu'un empêchement prohibitif de mariage. Pas n'est besoin de répéter que la dispense de l'Eglise pour les mariages catholiques et la licence pour les mariages protestants, supplée à la publication.

228. L'article 130 se termine en disant, que si un mariage se fait entre des personnes appartenant à différentes églises, soit qu'il s'agisse d'un mariage entre un catholique et un protestant ou d'un mariage entre deux personnes appartenant à des dénominations différentes, les publications devront se faire dans les deux églises. Si l'on veut suppléer par une dispense ou une licence, à la publication dans le cas du mariage mixte entre un catholique et une protestante ou réciproquement, la dispense doit être obtenue de l'autorité épiscopale et la licence du Gouverneur-Général, revêtu du droit de l'accorder. Une dispense sans licence et une licence sans dispense ne suffiraient pas. En ce cas, il faudrait que les publications seraient faites dans les deux Eglises, comme si aucune dispense ou aucune licence n'avait été obtenue. La raison en est que la dispense n'a d'effet que pour l'époux catholique et la licence pour le protestant. Il semblerait pourtant, par la lettre de la Congrégation de la Foi à l'Archevêque de Baltimore, en date du 3 juillet 1843, ci-haut citée, que le mariage mixte doit toujours être

publié dans l'église de la partie catholique. Mais nous avons aussi vu, que cette opinion est contestée, et je crois que l'on peut sûrement conclure, que cette matière est de discipline et sujette à la discrétion des Ordinaires.

C'est pendant le Service Divin du matin, que doivent se faire et que se font les publications, dans les Eglises catholiques. Il en est de même dans les Eglises protestantes. Cependant, comme plusieurs églises protestantes n'ont pas de service divin de matin, mais en ont un le soir, dans ce cas, c'est au service du soir que se font les publications, c'est ce que dit l'article : *s'il n'y en a pas le matin à celui du soir.*

229. Il ne faudrait pas étendre ces mots, s'il n'y a pas de Service Divin le matin, comme s'appliquant au cas où par accident, il n'y aurait pas de Service Divin du matin, c'est-à-dire de Messe dans une paroisse catholique, et comme établissant en ce cas la faculté de publier les bans, au service du soir ou aux Vêpres. Cette publication faite aux Vêpres, serait une violation du Décret qui dit : *inter missarum solemnias*, pendant la solennité de la Messe. Une publication faite avant ou après la messe, serait également irrégulière, et aussi bien que dans le cas où il n'y aurait pas eu de messe, le curé qui aurait oublié de faire une seconde ou troisième publication pendant la messe, devrait la continuer au prochain jour de dimanche ou de fête. C'est probablement pour parer à cette éventualité, que l'on décide, que l'interposition d'un dimanche ou de deux jours de fête, écoulés sans continuation de bans, ne serait pas considérée interrompre la continuité des publications.

Si l'on consulte l'objet des publications, qui est de fournir aux fidèles l'occasion de dénoncer les empêchements de mariage et aux intéressés et notamment aux père et mère, tuteurs et gardiens de faire opposition, en un mot, d'éviter les mariages clandestins, on se convaincra aisément qu'en cette matière tout doit être de rigueur. Le Concile exige que les publications se fassent pendant la messe, et l'usage est constant en ce sens ; n'est-il pas évident, que faites aux vêpres ou avant ou après la messe, elles n'auraient pas le caractère de publicité voulue par la loi, et n'en rempliraient pas le but.

C'est aussi pendant le Service Divin que se font les publications, dans les églises protestantes.

C'est à la messe de l'Église paroissiale que doivent se faire les publications, et dans nulle autre église ou chapelle.

Si les parties appartiennent à différentes paroisses, les publications doivent se faire dans chaque église paroissiale du lieu qu'elles habitent. C'est ce que dit le Concile *ter à proprio contrahentium parochia*, et le Rituel du Diocèse de Québec, comme le Rituel Romain enseignent la même chose.

La première règle à observer dit le Rituel de Québec, est que
 “ lors que les deux parties sont de paroisses différentes, les
 “ publications des bans se fassent dans les deux églises, du
 “ lieu où chacune des parties habite actuellement ; de manière
 “ que le curé qui doit célébrer le mariage, ne donne point la
 “ bénédiction nuptiale qu'il n'ait vu un certificat de la publi-
 “ cation des bans faite dans l'autre paroisse.” Cette nécessité pour le prêtre qui célèbre le mariage, de se faire rapporter un certificat de la publication des bans, s'il ne l'a pas faite lui-même, proclamée par l'article 57, ainsi que nous l'avons vu au tome précédent, ne peut que se rapporter à l'éventualité de la résidence des conjoints dans deux paroisses différentes et à la nécessité de publier les bans dans les deux paroisses !

Le Rituel Romain dit : *Si vero vir et mulier parochiæ sint diversæ in utraq̃ue parochiâ fiant denuntiationes.*”

L'article qui nous occupe est, il est vrai, silencieux sur ce point, car on ne peut interpréter comme s'appliquant au cas de la résidence des conjoints dans deux paroisses différentes, ce qu'il dit de la publication des bans dans *l'église à laquelle appartiennent les parties* ; église étant prise ici, dans le sens de *dénomination religieuse*. Mais dans l'article 57, le Code a présumé cette obligation de la publication des bans dans différentes paroisses comme nous venons de le dire. En qualifiant à cet article, ces publications comme étant *les publications requises par la loi et régulièrement faites*, il s'en est d'ailleurs rapporté à la loi et à l'usage, sur la qualité de ces publications, et la loi et l'usage sont unanimes dans le sens de la double publication. L'article suivant, confirme amplement cette interprétation.

ARTICLE 131.

Si le domicile actuel des futurs époux n'est pas établi par une résidence de six mois au moins, les publications doivent se faire en outre au dernier domicile qu'ils ont eu dans le Bas-Canada.

SOMMAIRE.

232. L'article 130 ne s'est pas exprimé sur le lieu particulier de la publication des bans. Le présent article le complète.
 233. Résumé de cet article. Différentes hypothèses.
 234. Suite.—Disposition particulière du droit canonique.

COMMENTAIRE.

232. L'article 130 ne s'est pas exprimé sur le lieu particulier de la publication des bans ; il s'est contenté de dire, qu'elles devaient se faire dans l'église commune aux deux conjoints, sinon dans les différentes églises auxquelles ils appartiennent.

Le Code est ici moins obscur, et bien qu'il ne soit pas encore assez explicite, on peut par inférence en saisir la pensée. En disant, que si les futurs époux n'ont pas actuellement un domicile établi par six mois de résidence, les publications se feront à leur dernier domicile, l'article 131 a nécessairement voulu dire, que dans le cas contraire, c'est à-dire dans le cas où ce domicile actuel est établi par cette résidence de six mois, la publication de leurs bans se fera au lieu de ce domicile, c'est-à-dire dans l'église paroissiale de ce domicile. Ici l'exception forme la règle.

Cet article, en disant qu'au défaut d'un nouveau domicile établi par six mois de résidence, les publications se feront à l'ancien domicile des parties, a en outre consacré la nécessité d'une double publication dans le cas où les époux ne sont pas domiciliés au même lieu. Une publication ne peut être faite au lieu de leur domicile, sans être faite au domicile de chacun d'eux.

233. Le résumé de cet article est donc, qu'une personne qui a demeuré six mois à l'endroit où elle a son domicile, lors de la publication qui y est faite de ses bans, n'est pas tenue de les

faire publier ailleurs. Dans le cas contraire, c'est-à-dire dans le cas où elle n'y a pas demeuré six mois, les bans doivent être publiés au dernier domicile qu'elle a eu dans le Bas-Canada.

Quid ? Si elle n'a pas demeuré à ce dernier domicile pendant les six mois qui ont précédé son départ ? Faudra-t-il en ce cas négliger totalement ce domicile insuffisant, c'est-à-dire n'y pas faire de publication et remonter au dernier domicile établi par six mois de résidence, en omettant également tous les domiciles intermédiaires insuffisants, si cette éventualité se rencontrait. Se contentera-t-on de faire les publications à ce dernier domicile, au domicile de six mois et aux domiciles intermédiaires ?

La lettre de l'article étant silencieuse sur ces hypothèses qui peuvent pourtant arriver fréquemment, il faut s'aider de son esprit pour leur trouver une solution. Le but du législateur en ordonnant en sus de la publication au domicile actuel, une autre publication au domicile établi par six mois de résidence, a dû être de répandre la connaissance du mariage dans l'endroit où la partie ayant résidé le plus longtemps, est censée y être mieux connue, y avoir ses parents, ses amis, et le cercle de ses connaissances, dans l'endroit par conséquent, habité par ceux qui peuvent avoir intérêt à s'opposer à son mariage ou qui sont le plus à portée de révéler les empêchements dont il peut être frappé. C'est à cause de l'éloignement présumé des intéressés du lieu habité pendant moins de six mois, et du défaut de notoriété de la personne en ce lieu, que l'on a trouvé insuffisante la publication en ce lieu unique. La loi a attaché à la seule résidence de six mois, la présomption contraire.

La raison de la loi ainsi connue, on se demande en quoi on servirait ses fins, en faisant une seconde publication du mariage à un endroit aussi étranger à la partie que l'est le domicile actuel qu'on trouve insuffisant, que cet endroit soit le dernier ou l'avant-dernier habité pendant moins de six mois. Supposons un Québécois fixé à Sorel depuis moins de six mois, après avoir habité Trois-Rivières pendant quatre mois, et en dernier lieu Montréal pendant cinq mois, depuis son départ de Québec. Il veut se marier à Sorel, mais la publication

de ses bans à Sorel seul sera insuffisante. Où se fera l'autre publication, sera-ce à Montréal qu'il a habité en dernier lieu mais cinq mois seulement ou bien à Québec qui est son domicile de naissance, à tout événement son dernier domicile établi par six mois de résidence? Il ne semble en aucune façon douteux, que ce devra être à Québec. En effet, à quoi bon une publication à Montréal où il est aussi étranger, sinon plus qu'à Sorel?

234. Une autre alternative se présenterait; ce serait de publier à la fois les bans à Montréal et à Québec. Mais alors il faudrait aussi les publier à Trois-Rivières et dans tous les autres endroits intermédiaires où il aurait plu au futur époux de s'arrêter. Cependant, si après avoir quitté Québec, il avait résidé six mois à Trois-Rivières, ou à Montréal, ou au deux endroits, ce serait à l'endroit habité en dernier lieu pendant six mois, que devraient se faire les publications ultérieures.

Dans ce système, les publications de mariage de la même personne ne peuvent jamais se faire à plus de deux endroits, pendant que dans l'autre, elles peuvent se multiplier à l'infini. La seule raison tirée des inconvénients, serait suffisante pour faire repousser cette dernière interprétation.

Les publications dans l'autre interprétation sont déjà assez nombreuses, puisqu'au cas où la résidence actuelle des deux conjoints, venant de deux paroisses différentes, n'a pas été continue pendant six mois, leur mariage devra être publié dans trois paroisses différentes

D'après le droit canonique, le domicile et le quasi-domicile, s'acquérant *ipso facto*, au moment même où l'on vient dans un endroit avec l'intention requise, la publication des bans y devient nécessaire dès le premier jour, sans préjudice de l'obligation qu'il y a de publier aussi dans la paroisse que l'on vient de quitter. Cette seconde obligation ne cesse qu'après six mois.— (Second Concile de Québec, Décret XIII, § 4).

ARTICLE 132.

Si le dernier domicile est hors du Bas-Canada, et que les publications n'y aient pas été faites, le fonctionnaire qui, dans ce cas, procède à la célébration du mariage, est tenu de s'assurer qu'il n'existe entre les deux parties, aucuns empêchements légaux.

SOMMAIRE.

235. Cet article complète les deux articles précédents en faisant une disposition expresse pour le cas où les conjoints ou l'un d'eux ont eu leur dernier domicile hors du Bas-Canada.
236. Sens des articles 131 et 132 rapprochés.

COMMENTAIRE.

235. L'article 131 ne contemple que le cas, où le dernier domicile établi par six mois de résidence, est dans le Bas-Canada. Le présent article, qui est donné comme de droit nouveau, s'occupe maintenant du cas où le dernier domicile, (toujours établi par six mois de résidence) est hors du Bas-Canada. Malgré l'obscurité du langage et le défaut de précision de ces deux articles, il faut bien que la distinction faite entre les cas qu'ils contemplent, soit motivée par le fait, que dans un cas, la dernière résidence de six mois a été dans le Bas-Canada, et hors du Bas-Canada dans l'autre et que par le mot *dernier domicile*, dont se servent les deux articles, on entende le lieu où l'on a résidé six mois; sans cela et en interprétant littéralement l'article 132, il faudrait dire, que dans tous les cas où le dernier séjour d'un futur époux qui ne réside pas depuis six mois au lieu de son domicile actuel, a été hors du Bas-Canada, quelque court qu'il y ait été, l'article 131 est sans application; qu'une seconde publication dans le Bas-Canada, n'est pas nécessaire, et que cette seconde publication peut se faire au lieu étranger où son séjour a été éphémère, bien qu'elle n'y soit pas ordonnée.

Ce serait aller à rebours du bon sens. En effet, l'effet pratique de cette distinction sans différence, serait celui-ci: Le futur époux qui n'habite pas depuis six mois, au lieu de son

domicile actuel, doit faire en outre publier ses bans le lieu du dernier domicile qu'il a eu dans le Bas-Canada, (domicile établi par six mois de résidence), excepté que depuis qu'il a ainsi eu un tel domicile, il soit demeuré pendant un temps quelconque, aussi court qu'on voudra, à l'étranger, et cela, immédiatement avant de venir se fixer au lieu qu'il habite maintenant; auquel cas, les publications à son domicile Bas-Canadien, ne seront pas nécessaires.

236. Le sens de l'article 132, mis en regard de l'article 131, est donc celui-ci : Le futur époux, dont le domicile actuel dans le Bas-Canada, n'est pas établi par six mois de résidence, mais dont le dernier domicile établi par six mois de résidence continue est à l'étranger, ne sera pas tenu d'y faire publier ses bans, non plus qu'à aucun autre endroit du Bas-Canada, où il pourrait avoir habité précédemment, même s'il y avait eu une résidence continue de six mois; mais dans ce cas, le fonctionnaire qui célèbre son mariage est tenu de s'assurer qu'il n'est pas frappé d'empêchements légaux. Si ces doubles publications ont été faites à l'étranger, le fonctionnaire est dispensé de faire ces recherches, sur la nature desquelles la loi ne se prononce pas et qu'elle abandonne à sa prudence.

ARTICLE 133.

Si les parties ou l'une d'elles, sont relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications sont encore faites au lieu du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouve.

SOMMAIRE.

237. A première vue cet article paraît simple, mais il ne l'est pas en réalité.
 238. Explication de l'article.
 239. Un mineur légitime, orphelin de père et de mère doit être pourvu d'un tuteur avant la publication de son mariage; et son mariage doit être publié au lieu du domicile de ce tuteur. Distinction entre le cas du mineur légitime et du mineur illégitime.
 240. Hypothèse du cas où il n'existe pas au lieu du domicile des personnes qui ont le mineur en puissance, d'Eglise de la croyance religieuse du mineur. Autre distinction.

[ARTICLE 443.]

L. 4. Ususfructus in multis casibus pars dominii est : et exstat quod vel præsens, vel ex dic dari potest. (PAULUS, lib. 2, ad Edictum.)

* ff. De verb. signif. } Recte dicimus, eum fundum totum
L. 25. } nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est : quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit : ut via, et iter : nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse : hoc et Julianus : et est verius. § 1. Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari : nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. (PAULUS, lib. 21, ad Edictum.)

* Inst. Lib. 2, Tit. 4. } Ususfructus est jus alienis rebus utendi
De usuf. in pr. } fruendi, salvâ rerum substantiâ. (PAUL.
L. 1, ff. de usuf.). Est enim jus in corpore ; quo sublato et ipsum tolli necesse est. (Cels. L. 2, ff. eod.)

* 6 Pothier, } 194. Le droit de la douairière, de même que
Douaire. } celui des autres usufruitiers, consiste dans celui de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets au douaire, pour la part qu'elle y a, qui seront à percevoir ou qui naîtront pendant tout le temps de son usufruit.

209. Lorsqu'un homme qui a plusieurs héritages contigus, a assigné pour le douaire de sa femme l'usufruit de l'un des dits héritages, où l'on ne peut aborder qu'en passant par les autres, la douairière doit jouir du passage par les héritages qui ne sont pas sujets à son douaire, pour aller à celui dont l'héritage lui a été assigné pour son douaire : la jouissance de ce passage est accessoire à celui de l'héritage dont elle a l'usufruit, où elle ne pourrait aborder sans cela. Cela est conforme aux principes établis par Ulpien, en la loi 1, § 1, ff. Si usuf. pet. Ususfructus adminiculis eget sinè quibus usufrui quis non

[ARTICLE 443.]

potest, et ideo si usufructus legetur, necesse est ut sequatur cum aditus..

Observez une différence entre ce droit de passage, qui n'est qu'un accessoire d'un droit d'usufruit, et le droit de servitude de passage qui a été constitué *principaliter et per se*, à un voisin. Celui qui a le droit de servitude de passage *principaliter et per se*, a droit de passer par tel lieu que bon lui semblera de cet héritage chargé de cette servitude de passage, pourvu néanmoins que cela ne soit pas trop incommode au propriétaire : *Si cui simpliciter via per fundum cuiuspiam ceditur vel relinquatur, in infinitum videlicet per quamlibet partem ire agere licebit, civiliter modò ; L. 9, ff. de Servitut.*

Au contraire, lorsque quelqu'un n'a droit d'avoir la jouissance du passage par des héritages, que comme un accessoire de l'usufruit d'un autre héritage où l'on ne peut aborder sans cela, le propriétaire desdits héritages peut assigner le lieu qui lui est le moins incommode, par où cet usufruitier et son monde pourront passer, sans qu'ils puissent passer par ailleurs. C'est ce que décide Ulpien d'après Nératius : *Rectè Neratius scribit, si subsidii loci usufructus legetur, iterquoque sequi, per ea scilicet loca fundi per quæ qui usumfructum cessit, constitueret, quatenus est ad fruendum necessarium ; L. 2, ff. Si serv. vind.*

210. Les deux principales obligations de la douairière, de même que de tous les autres usufruitiers, sont de jouir en bon père de famille, des héritages dont elle a l'usufruit et de les rendre en bon état après l'usufruit fini.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de la première de ces obligations ; — Nous renvoyons au chapitre septième, ce qui concerne la seconde. — C'est encore une obligation de la douairière de ne point changer la forme des héritages dont elle jouit en usufruit, ni de les convertir à d'autres usages : nous en parlerons dans un second paragraphe. — Dans un troisième, nous traiterons de la caution qu'elle doit donner. — Nous examinerons dans un quatrième, si elle est obligée d'entretenir les baux faits par son mari.

[ARTICLE 443.]

211. Ulpien, en la loi 1, § 3, ff. *Usuf. quemadm. cav.* nous définit ce que c'est que jouir en bon père de famille : *Viri boni arbitrato perceptum iri usumfructum, hoc est non deteriore m se causam ususfructus facturum, cæteraque facturum quæ in re suâ faceret.*

- Lors donc qu'on dit que la douairière doit jouir en bon père de famille, c'est dire qu'elle ne doit faire aucunes dégradations aux héritages dont elle a l'usufruit, et qu'elle doit faire au contraire tout ce qu'un bon père de famille, c'est-à-dire, un homme soigneux de ses biens, a coutume de faire pour l'entretien de ses biens.

Par exemple, si ce sont des vignes dont elle jouit en usufruit, elle doit les bien cultiver, en y faisant donner toutes les façons qu'on a coutume d'y donner dans le pays ; les bien fumer, les bien entretenir d'échalas, les provigner : elle doit arracher successivement celles qui sont trop vieilles, et en planter d'autres à la place.

Elle doit pareillement, dans les vergers des héritages dont elle jouit, substituer des arbres à la place de ceux qui sont morts, ou qui étant trop vieux, ne rapportent plus de fruits : *Agri usufructu legato, in locum demortuarum arborum aliæ substituendæ sunt, et priores ad fructuarium pertinent ; L. 18, ff de Usufr.*

Il en est autrement, lorsque quelque accident extraordinaire, tel qu'un ouragan, en a renversé une grande partie. L'usufruitier n'est pas en ce cas obligé de replanter ; cela passe les bornes d'un simple entretien auquel il est obligé : *Arbores vi tempestatis, non culpâ fructuarii eversas, ab eo substitui non placet ; L. 59, ff. eod tit.*

212. Si ce sont des terres labourables dont la douairière jouit en usufruit, elle doit les bien cultiver selon la manière du pays. Elle ne doit pas les épuiser en les dessaisonnant. Par exemple, dans les pays où l'usage est que les terres soient ensemencées en blé la première année, en maïs la seconde, et qu'elles se reposent la troisième année, la douairière ne jouirait pas en bon père de famille, si elle ne les laissait pas repo-

[ARTICLE 443.]

ser la troisième année, ou si elle les ensemencât en blé deux années de suite. Mais il serait très permis à un usufruitier de laisser reposer les terres pendant plusieurs années, et d'y semer du sainfoin et d'autres graines propres à les amender ; car il lui est permis d'améliorer : *Fructuarius causam proprietatis deteriore facere non debet, meliorem facere potest* ; L. 13, § 4, ff. de *Usufr.*

313. L'obligation que la douairière contracte de jouir des héritages dont elle a l'usufruit en bon père de famille, produit une action qui est ouverte aussitôt qu'elle y contrevient, soit en faisant des dégradations sur lesdits héritages, soit en négligeant de les cultiver et de les entretenir comme ils doivent l'être. Le propriétaire n'a pas besoin, pour l'intenter, d'attendre l'extinction de l'usufruit ; il peut l'intenter aussitôt que la douairière a contrevenu, et la faire condamner aux dommages et intérêts qui en résultent. Il peut aussi conclure, lorsque la douairière néglige de faire les réparations, à ce quelle soit condamnée à les faire, sinon qu'il sera autorisé à les faire, et qu'il aura contre elle exécutoire du coût : *Hæc stipulatio viri boni arbitrato perceptum iri usumfructum..... statim committetur, quam aliter (fructuarius) fuerit usus, et sæpius committetur; nec expectabimus ut amittatur ususfructus* ; L. 1, §§ 3 et 6, ff. *Usufr. quemadm. cav.*

214. La douairière, de même que tous les autres usufruitiers, n'ayant que le droit de percevoir les fruits des héritages dont elle jouit par usufruit, il ne lui est pas permis, non plus qu'à tous les autres usufruitiers, d'en changer la forme ; le droit de changer la forme faisant partie du droit de disposer de la chose, qui ne peut appartenir qu'au seul propriétaire.

Cette décision a lieu, quand même la nouvelle forme en laquelle l'usufruitier voudrait convertir l'héritage, serait une forme qui rendrait l'héritage plus précieux et d'un plus grand revenu : *Nec ampliare, nec utile detrudere posse, quamvis melius repositurus sit* ; L. 7, § fin. ; L. 8, ff. de *Usufr.*

Ulpien rapporte cet exemple : *Si fortè voluptuarium sit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus*

[ARTICLE 443.]

infructuosis opacas atque amœnas habens, non debet deicere, ut fortè hortos olitorios faciat, vel aliud quod ad redditum spectat ; L. 13, § 4, ff. eod. lit.

Cela n'est pas contraire à ce qui a été dit ci-dessus, qu'un usufruitier peut améliorer l'héritage dont il jouit par usufruit ; car cela doit s'entendre en ce sens, pourvu que cela se fasse sans en changer la forme.

Par exemple, l'usufruitier d'une maison peut orner le plafond d'une salle par de belles peintures, griser les planchers, revêtir de marbre les murs, etc. ; mais il ne lui est pas permis de changer l'entrée de la maison, ni la distribution des appartements : *Si ædium ususfructus legatus sit...colores et picturas et marmora poterit (immittere), et sigilla, et si quid ad domus ornatum ; sed neque diætas transformare vel conjungere aut separare ei permittitur, vel aditus porticusve vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere... excolere enim quod invenit potest, qualitate ædium non immutatâ ; eod. L. 23, § 7.*

215. Un usufruitier peut-il, sans le consentement du propriétaire, exhausser la maison dont il jouit par usufruit ? Ulpien tient la négative : car, quoiqu'il semble que cet exhaussement par lequel sa maison est augmentée, soit un avantage pour le propriétaire, il peut avoir des raisons pour s'y opposer ; *puîà*, parce que la maison étant élevée, serait exposée aux vents : *Eum cui ædium ususfructus legatus sit, altiùs tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur, quia tectum magis turbatur ; eod. § 7.*

216. Par la même raison, Neratius décide que l'usufruitier ne peut pas, malgré le propriétaire, revêtir des murs bruts, parce que, quoique cela paraisse être un ornement et une amélioration, néanmoins le propriétaire peut préférer d'avoir des murs bruts, pour n'être pas, après l'extinction de l'usufruit, sujet à l'entretien de l'enduit dont ses murs auraient été décorés : *Ususfructuarius novum tectorium parietibus qui rudes fuissent, imponere non potest ; quia tametsi meliorem excolendo adificium domini causam factururus esset, non tamen id jure suo*

[ARTICLE 443.]

facere potest; aliudque est tueri quod accepisset, an novum facere; L. 44. eod. tit. (Cette décision, ainsi que celle d'Ulpien dans le No. précédent, nous paraissent fondées plutôt sur une subtilité que sur de véritables raisons; et les deux circonstances rapportées par Ulpien et par Neratius seraient le plus souvent, de véritables améliorations.—Note de M. Bugnet.)

Cette décision de Neratius n'est pas contraire à ce qui a été rapporté ci-dessus de la loi 13, § 7, qu'un usufruitier pouvait revêtir de marbres les murs; *immittere marmora poterit*: elles sont dans des cas différents. Celle de la loi 13, doit s'entendre des murs qui étaient déjà revêtus. L'usufruitier, en les revêtissant, quoiqu'il y emploie une matière plus précieuse, ne fait qu'entretenir; mais lorsque les murs sont bruts, le revêtement est un nouvel ouvrage qu'il ne peut faire sans le consentement du propriétaire.

217. L'usufruitier peut-il, sans le consentement du propriétaire, agrandir les fenêtres de la maison dont il jouit par usufruit, ou au contraire les diminuer? — Ulpien, en la loi 13, § 7, décide qu'il ne peut les diminuer, *nec obstruere eum posse*; mais il paraît permettre au contraire de les agrandir; *Nerva Silius lumina immittere eum posse ait*. Je ne crois pas néanmoins qu'il le puisse faire contre le consentement du propriétaire, qui peut avoir ses raisons de préférer de petites fenêtres aux grandes; parce que si les grandes fenêtres donnent plus de jour, d'un autre côté elles rendent les appartements plus froids en hiver. C'est une espèce de changement dans la forme de la maison, qui ne peut appartenir à un usufruitier.

218. Si, lors de l'ouverture du douaire, il s'est trouvé sur un des héritages sujets au douaire, quelque bâtiment commencé, que son mari n'a pas achevé, et qui, en l'état qu'il est, ne peut être d'aucun usage, la douairière ne peut obliger l'héritier à l'achever. Lui est-il au moins permis d'achever à ses risques et à ses dépens le bâtiment commencé, sans que l'héritier propriétaire de l'héritage puisse s'y opposer? Les jurisconsultes romains ont poussé la subtilité jusqu'à dire qu'un usufruitier n'a pas ce droit, à moins que cela ne lui ait été

[ARTICLE 443.]

expressément permis par la constitution d'usufruit : *Ædificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit ; nisi in constituendo hoc specialiter adjectum sit ;* L. 61, § 1, ff. *eod. tit.*

Brunneman, *ad* L. 8, ff. *de Usufr.*, pense avec raison que cette décision du jurisconsulte Neratius ne doit pas être suivie. Elle est contraire à l'intention de celui qui a constitué l'usufruit, lequel, en commençant ce bâtiment, n'a pas eu l'intention qu'il demeurât imparfait ; mais que s'il était prévenu par la mort, et que son héritier ne voulut pas le parachever, il fût permis à l'usufruitier de le faire.

219. Non-seulement il n'est pas permis à la douairière ni aux autres usufruitiers de changer la forme des héritages dont ils jouissent par usufruit ; il ne leur est pas non plus permis de les faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels ils sont destinés. Par exemple, la douairière qui jouit par usufruit d'une maison bourgeoise, ne peut pas en faire des magasins, ni un cabaret : *Si domus ususfructus legatus sit, meritoria illic facere non debet fructuarius..... meritoria ità accipe quæ vulgò diversoria vel fullonica appellantur ;* L. 13, § 8, ff. *de Usufr.*

Au reste, l'usufruitier d'un magasin n'est pas censé le faire servir à un autre usage qu'à celui auquel il est destiné, quoiqu'il le fasse servir à loger des marchandises d'une autre espèce que celles que le propriétaire y logeait ; car, quelles que soient les marchandises qu'il y loge, il l'exploite toujours comme magasin : *Si dominus solitus fuit tabernis ad merces suas uti..... permittitur fructuario locare eas ad alias merces ;* L. 27, § 1, ff. *eod. tit.*

Pareillement, quoique le propriétaire ait toujours joui par lui-même, et fait valoir par ses mains un héritage, cela n'empêche pas qu'il ne soit permis à l'usufruitier de le louer.

220. Cette obligation que la douairière contracte de ne pas changer la forme des héritages dont elle jouit en usufruit, et de ne les pas faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels ils sont destinés, produit une action, qui est ouverte aussitôt que la douairière commence à faire quelque changement dans

[ARTICLE 443.]

la forme de quelqu'un des héritages dont elle jouit en usufruit, ou à le faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels il est destiné. Le propriétaire peut dès lors, sans qu'il soit besoin d'attendre la fin de l'usufruit, intenter cette action contre la douairière, pour qu'il lui soit fait défense, soit de faire servir l'héritage aux usages auxquels elle le fait servir, qui ne sont pas ceux auxquels il est destiné, soit de continuer le changement qu'elle a commencé de faire dans la forme, et la faire condamner à faire rétablir l'héritage dans la première forme.

Le juge peut néanmoins quelquefois, suivant les circonstances, lorsque le propriétaire ne souffre rien, surseoir jusqu'à la fin de l'usufruit.

* 3 *Pothier*, } No. 548. Lorsque l'usufruitier vend son droit
Vente. } d'usufruit au propriétaire, il fait en conséquence de cette vente, une remise de son droit d'usufruit, et cette remise en opère l'extinction et la réunion à la propriété dont ce droit avait été séparé : le propriétaire qui a acheté cet usufruit, libère plutôt son héritage de la servitude d'usufruit, qu'il n'acquiert le droit d'usufruit, qui ne peut subsister en la personne du propriétaire : *Quum res sua nemini servire possit, adeoque nemo possit usumfructum rei suæ habere.*

* 2 *Marcadé*, } 455. On a vu précédemment que le domaine
p. 456 et s. } que l'homme peut avoir sur les choses, c'est-à-dire le droit de propriété, comprend plusieurs droits élémentaires ; que, d'après la théorie logique et vraie, ces droits sont au nombre de trois principaux, parfaitement distincts et séparables, savoir : 1o. le droit de se servir de la chose, *usus* ou *jus utendi* ; 2o. le droit d'en recueillir les produits, *fructus* ou *jus fruendi* ; 3o. le droit d'en disposer en l'employant à un usage définitif, *abusus* ou *jus abutendi*. Mais on a vu aussi que notre Code, considérant sans doute qu'en fait les deux premiers de

[ARTICLE 443.]

ces trois droits n'existent jamais l'un sans l'autre, les présente comme un droit unique, *usus-fructus*, un droit de jouissance qui peut être plus ou moins étendu, mais qui est toujours, sous quelque nom qu'il se présente, un *jus utendi et fruendi simul*.

C'est de ce droit unique de jouissance, d'usufruit, qu'il s'agit dans notre titre. Il ne faudrait pas croire, en effet, que sous les trois qualifications d'*usufruit*, d'*usage* et d'*habitation*, la loi veuille nous présenter trois droits de natures différentes ; il ne faudrait pas croire que l'*usage* dont elle va s'occuper soit un véritable *jus utendi tantum*. Nous ne verrons pas plus d'*usus sine fructu* que de *fructus sine usu*, et l'*usage* dont il sera question est tout simplement un droit d'*user et de jouir*, un véritable usufruit, plus restreint que l'usufruit ordinaire ; quant au droit d'*habitation*, c'est ce même droit d'*usage*, c'est-à-dire, d'usufruit plus restreint, en tant qu'il s'applique aux maisons. Ainsi, 1o. usufruit ordinaire ; 2o. usufruit plus restreint appliqué à d'autres biens que les maisons ; 3o. ce même usufruit restreint appliqué aux maisons : tel est le triple objet de notre titre.

456. La loi traite de l'usufruit proprement dit dans le chapitre 1er, qu'elle subdivise en trois sections ; puis de l'usufruit restreint, qu'elle appelle *usage* ou *habitation*, dans le chapitre II et dernier, qui est fort court.—On se rappelle, du reste, qu'à ces trois droits d'usufruit ordinaire, d'*usage* et d'*habitation*, il faut joindre encore le droit d'emphytéose, et que ces différents droits, compris tous sous le nom générique de droit d'usufruit ou droit de jouissance, constituent les *servitudes personnelles*, par opposition aux *servitudes réelles* dont s'occupe le titre suivant.

Les docteurs ont distingué l'usufruit *causal* et l'usufruit *formel*. On appelle causal l'usufruit considéré dans les mains du propriétaire lui-même et comme partie non séparée du *dominium* : il est dit alors *causalis, quia CAUSÆ suæ, id est dominio, junctus est*. On appelle formel l'usufruit séparé de la nue propriété et ayant son existence propre : *dicitur formalis, quia pro-*

[ARTICLE 443.]

priam FORMAM habet. Nous n'avons pas besoin de dire que notre titre ne s'occupe et ne doit s'occuper que de l'usufruit formel ; que l'usufruit causal, n'étant qu'une partie actuellement intégrante du droit de propriété, n'a pas de règles spéciales et suit le sort de cette propriété ; qu'enfin, toutes les fois qu'on parle d'usufruit sans rien ajouter, c'est de l'usufruit formel qu'il est question.

457. C'est de l'usufruit *ordinaire* et s'étendant à tous les fruits de la chose qu'il s'agit dans ce chapitre ; la loi ne parlera que dans le chapitre II de l'usufruit plus restreint qu'elle appelle *usage* ou *habitation*. Le premier est le seul que l'on nomme habituellement usufruit, quoique le second soit un usufruit également.

I.—458. Cet article (578) est parfaitement clair, très-exact dans toutes ses parties, et nous n'aurons qu'à développer successivement chacune des quatre idées qu'il exprime.

1o. Et d'abord, l'usufruit est *le droit de jouir* de la chose d'autrui, *utendi-fruendi re alienâ*. L'article ne dit pas droit d'user et de jouir, comme le disaient les Romains et comme le demanderait l'étymologie même du mot *usu-fruit* ; il dit seulement droit de jouir, parce qu'il considère le droit de jouissance comme un tout indivisible, comme un droit unique, *utendi et fruendi simul*, dans lequel l'*usus* et le *fructus* sont toujours inséparables, sinon en théorie, au moins en fait : le *fructus* n'existant jamais *sine usu*, le mot jouir comprend nécessairement l'usage, sans qu'il soit besoin de s'en expliquer.

II.—459. 2o. L'usufruit est le droit de jouir, et non pas seulement le droit de contraindre le propriétaire à faire jouir.— Quand je suis usufruitier, j'ai le droit à moi propre, absolu, et indépendant de toute relation avec quelque personne que ce soit, de me servir de la chose et d'en recueillir les fruits ; il n'y a jamais pour moi ni l'obligation ni la faculté non plus de faire intervenir aucune personne, pas plus le propriétaire qu'un autre. Si, au moment que je reçois la chose, elle n'est pas en état de servir ou de donner des fruits, c'est à moi de l'y mettre (art. 600), les frais nécessaires pour l'entretenir dans cet

[ARTICLE 443.]

état, c'est à moi de les faire (art. 605) ; si les bâtiments de la ferme tombent de vieillesse ou se trouvent incendiés, je ne puis pas exiger que le propriétaire les reconstruise (art. 607) ; si des récoltes entières manquent ou périssent, de telle sorte que, même pendant plusieurs années, ma jouissance soit nulle ou à peu près, je ne puis m'en plaindre vis-à-vis de personne, ni me faire indemniser par personne ; et si l'usufruit n'existe pour moi qu'au moyen d'une somme à payer chaque année, ces accidents ne me dispenseront pas de payer cette somme. En un mot, j'ai le droit de venir moi-même, directement et immédiatement, jouir de la chose, sans jamais être tenu de subir et sans pouvoir exiger l'intervention d'une personne entre cette chose et moi.—Quand je suis fermier, au contraire, j'ai le droit de contraindre le propriétaire de la chose à m'en faire jouir (art. 1709 et 1719, 3o.). En conséquence, ce propriétaire est obligé de me délivrer la chose en bon état (art. 1720, alin. 1) ; les frais nécessaires pour l'entretenir dans cet état, c'est lui qui est tenu de les faire (art. 1719, 2o., et 1720, alin. 2) si les bâtiments sont incendiés ou autrement détruits en tout ou partie, ce même propriétaire est dans l'obligation de les reconstruire (*ibid.*) ; si des cas fortuits diminuent notablement la jouissance du fermier, il a droit d'exiger du propriétaire, et celui-ci est obligé de subir, une diminution proportionnelle du loyer (art. 1724, 1769-1773).—Ainsi, l'usufruitier a le droit propre, absolu, immédiat sur la chose, de jouir de cette chose, le *jus in re utendi-fruendi* ; le locataire, lui, n'a que le droit de forcer le propriétaire à lui procurer les services et la jouissance : c'est, par conséquent, un *jus ad rem* fondé sur L'OBLIGATION toute spéciale et personnelle de ce propriétaire.

Nous avons insisté sur cette différence entre l'usufruitier et le locataire pour faire mieux comprendre l'erreur dans laquelle est tombé M. Troplong en enseignant que le droit du locataire d'immeubles est un *jus in re*, un droit réel (art. 526, No. IV). —“ Puisque le locataire, dit M. Troplong, peut exiger qu'on le fasse jouir, c'est donc qu'il a le droit de jouir !!! ” On voit ici quel démenti profond le Code donne à cette idée, et par les

[ARTICLE 443.]

termes, dans les art. 1709 et 1719, 30, et par les choses, dans les art. 1719, 20, 1720, 1724, 1769 et suivants.—Le droit du preneur n'est point *in re*, mais *ad rem* ; il ne se poursuit point *in rem generaliter*, mais *specialiter in personam istam*, contre le propriétaire qui est personnellement OBLIGÉ, et seul obligé, à faire tout ce qui est nécessaire pour procurer au locataire la jouissance de la chose louée. Le locataire n'a donc pas le droit immédiat et à lui propre de jouir, mais le droit de faire intervenir un tiers qui lui procure la jouissance : sans doute, il a le *droit de jouir*, mais par l'intervention d'un tiers, et non pas le droit de jouir immédiatement par sa seule autorité.

III.—460. 30. Maintenant, l'usufruit est le droit de jouir *des choses dont un autre a la propriété*, parce que s'il s'agissait de choses appartenant à celui qui en jouit, ce ne serait plus l'usufruit proprement dit, l'usufruit formel, ce serait un simple usufruit causal, se confondant dans le *dominium*, dont il n'est pas séparé.

40. Enfin, c'est le droit de jouir des choses *comme le propriétaire lui-même*, c'est-à-dire avec les mêmes prérogatives (art. 582, et 595 à 598), et aussi sous les mêmes charges (art. 608), mais toujours en ce qui concerne seulement l'usage de la chose ou la perception des fruits : ainsi, il ne pourrait pas, comme un propriétaire, recueillir les produits qui ne sont pas fruits (art. 592 et 598, alin. 2), ni louer pour plus de neuf ans, ou en renouvelant le bail plus de deux ou trois ans d'avance (art. 595). Il ne faudrait donc pas prendre à la lettre, et dans un sens absolu, ces mots : *comme le propriétaire lui-même* ; c'est ce que prouve d'ailleurs la fin de l'article.

En effet, l'usufruitier ne jouit de la chose qu'à la charge *d'en conserver la substance*. Or, on entend, en droit, par substance de la chose, non pas, comme en physique et en philosophie, l'essence inconnue cachée sous les qualités, sous les modes *quod SUB-STAT modis*, mais, au contraire, l'ensemble des principales qualités qui rendent la chose propre à tel usage ; en sorte que l'usufruitier n'a pas le droit de changer la manière d'être de la chose. Ainsi, il ne peut pas faire d'une prairie un vigno-

[ARTICLE 443.]

ble, ni transformer une terre de labour en un bois. Des actes de ce genre seraient un abus de jouissance qui pourraient, selon les cas, faire prononcer l'extinction de l'usufruit (art. 618).

461. C'est une question assez difficile (mais heureusement sans aucune importance) que de savoir si ces derniers mots de notre article : *à la charge de conserver la substance*, sont ou non la traduction du *salvâ rerum substantiâ* des Institutes (I, 2, tit. 4). Trois sens différents ont été donnés à ce dernier texte. L'un est celui que reproduit notre article, *à la charge de conserver la substance* ; il indique l'une des principales obligations de l'usufruitier. Selon certains interprètes, les mots *salvâ substantiâ* signifieraient *tant que dure la substance*, ce qui aurait pour but d'indiquer la durée de l'usufruit, en faisant connaître l'une des manières par lesquelles il prend fin, savoir le changement de substance dans la chose. Enfin, d'autres pensent que Justinien a voulu indiquer sur quelles choses peut s'établir un usufruit véritable ; en sorte que la phrase *jus alienis rebus utendi-fruendi, salvâ rerum substantiâ* (le droit d'user et de jouir des choses d'autrui, sans destruction de leur substance), exprimerait le droit d'user et de jouir des choses dont l'usage et la jouissance n'emportent pas la consommation immédiate. C'est à cette idée que se rapporteraient les paroles suivantes : *Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est*, et ces autres : *Hæ res (quæ ipso usu consummuntur) neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum*.

Quoi qu'il en soit du sens de cette phrase, les trois idées par lesquelles on veut l'expliquer sont également vraies ; il est vrai que l'usufruitier est tenu de conserver la chose et de la maintenir dans le même état ; il est également vrai que l'usufruit s'éteindrait par la destruction de la chose, et que, dans les principes romains, il s'éteignait aussi par tout changement de la substance, *mutatione rei* ; il est vrai, enfin, et évident par les termes mêmes, que les choses qui doivent se consommer par le premier usage qu'on en fera ne sont pas susceptibles d'un usufruit véritable (voy. art. 581).

[ARTICLE 443.]

* 2 Maleville, sur } C'est la définition qu'en donnent la loi Ière
 art. 578 C. N. p. 50 } ff. de usuf. ; et les Institutes au même titre.
*Ususfructus est jus alienis rebus utendi, fruendi salvâ rerum
 substantiâ.* Le mot *fruendi* est ajouté pour distinguer l'usu-
 fruit de l'usager, qui n'a que le *jus utendi*. Puisque notre Code
 ajoute à cette définition les expressions, *comme le propriétaire
 lui-même*, j'aurais désiré qu'on y ajoutât encore, *la forme*, de
 cette manière, *à la charge d'en conserver la forme et la subs-
 tance* ; car on verra que l'usufruitier n'a pas, comme le pro-
 priétaire, le droit de changer la forme des choses dont il jouit

* 7 Locré, sur } Cette définition de l'usufruit, qui rappelle
 art. 578, C. N. } celle qu'en donnaient les lois romaines, est un
 texte fécond dont toutes les dispositions de la loi ne sont que
 les développements.

On y voit d'abord la différence entre le propriétaire et l'usu-
 fruitier. Le propriétaire *jouit et dispose* ; l'usufruitier ne fait
 que *jouir*. Le propriétaire dissipe ou change à son gré la subs-
 tance de la chose ; l'usufruitier doit la conserver : il ne peut
 dénaturer, même pour améliorer.

Ce que l'usufruitier a de commun avec le propriétaire, c'est
 qu'il recueille tous les profits et tous les avantages que la chose
 peut produire. Il jouit comme le propriétaire, mais comme le
 propriétaire sage qui n'abuse point de sa chose, et qui est inté-
 ressé à sa conservation. Son administration doit être celle du
 père de famille, même vigilant, qui ne sacrifie point l'avenir
 au présent, mais qui ménage l'un en jouissant sagement de
 l'autre.

Ces mots, *comme le propriétaire lui-même*, ont été substitués
 sur la demande de la section du tribunal, à ceux-ci : *avec le
 même avantage que le propriétaire lui-même*.

Les expressions employées dans le projet de loi, a dit la sec-
 tion du tribunal, ont paru présenter une trop grande latitude.
 Il y a plusieurs cas dans lesquels l'usufruitier ne jouit pas
avec le même avantage que le propriétaire lui-même, et notam-

[ARTICLE 444.]

ment en ce qui concerne les mines, les carrières, les tourbières, et dans les cas encore où l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment est détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, cas dans lesquels l'usufruitier n'aura le droit de jouir, ni du sol, ni des matériaux d'après l'article 624 ; en sorte qu'il y aurait au moins une apparence de contradiction dans les termes du projet de loi.

Il a paru que ces mots, *comme le propriétaire*, avaient plus d'analogie avec la simple perception des fruits dont il est question dans cet article, et qu'ils ne seraient pas en opposition avec les dispositions suivantes.

Il y a encore une autre raison à l'appui du changement proposé, c'est que l'usufruitier doit participer comme le propriétaire aux charges de la propriété ; et, sous ce rapport, il s'agit de *désavantage*, et non d'avantage. L'idée est remplie par les mots *comme le propriétaire*.

* C. N. 578.—Semblable au texte.

444. L'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme.	444. Usufruct may be established by law, or by the will of man.
---	---

* ff. De usuf. et } Ususfructus pluribus modis constituitur :
Quemad. L. 6. } ut ecce, si legatus fuerit. Sed et proprietas
deducto usufructu legari potest, ut apud heredem maneat
ususfructus. § 1. Constituitur adhuc ususfructus, et in judicio
familie erciscundæ, et communi dividundo, si iudex alii pro-
prietatem adjudicaverit, alii usumfructum. § 2. Acquiritur
autem nobis ususfructus non solum per nosmetipsos, sed etiam
per eas quoque personas, quas juri nostro subjectas habemus.
§ 3. Nihil autem vetat, servo meo herede instituto, legari pro-

[ARTICLE 444.]

prietatem deducto usufructu. (GAIUS, *lib. 7, ad Edict provinciale*).

Voy. *Pothier* cité sous art. 443.

* *Guyot, Rép. Vo. } L'usufruit peut être établi de quatre ma-*
Usufruit, p. 393. } nières : par un contrat, par un testament,
par un jugement, par la loi.

Par un contrat. Je puis vous vendre, vous donner, vous laisser à titre l'échange d'usufruit d'un bien dont je suis propriétaire.

Par un testament. Un testateur qui a la libre disposition de ses biens peut en laisser la propriété à une personne, et léguer à un autre le droit d'en jouir par usufruit.

Par un jugement. Dans un partage d'hérédité ou de biens communs, il peut arriver que la part de l'un des co-partageants excède en valeur celle de l'autre. En ce cas le juge peut, au lieu de soumettre le premier à une *soute* pécuniaire, l'obliger de laisser au second, pendant un certain temps, la jouissance de la totalité ou d'une partie de son lot.

Par la loi. Il y a dans le droit romain et dans nos usages plusieurs cas où la loi nous donne seule et sans le concours de la volonté de l'homme, le droit de jouir, pendant un certain temps, de biens qui ne nous appartiennent pas.

Presque toutes nos coutumes accordent à la veuve un douaire qui régulièrement n'est pas autre chose qu'un usufruit.

L'usufruit peut être constitué purement, sous condition, à certain jour, en un mot, sous toutes les modifications qu'il plaît à celui qui le donne d'y apposer.

Il peut être établi sur des fonds, sur des maisons, sur des droits incorporels, telles que des dettes actives ; sur des effets mobiliers, même sur ceux qui sont sujets à se consumer par l'usage ; mais en ce dernier cas ce n'est qu'un quasi-usufruit.

[ARTICLE 444.]

* 5 *Pandectes Frs.* } 6. L'usufruit peut s'établir par des con-
 p. 230, 231. } ventions, par testament, par l'autorité du
 juge, et par celle de la loi.

C'est l'autorité du juge qui défère l'usufruit, lorsque, dans un partage, on l'attribue à l'un des co-partageants, en forme de soulte.

C'est l'autorité de la loi qui accorde aux pères et mères l'usufruit des biens de leurs enfants.

Il s'établit par les conventions, comme lorsqu'en vendant son héritage, le vendeur en retient l'usufruit.

On peut établir l'usufruit par testament, de trois manières. On peut ne léguer que l'usufruit, et alors l'héritier a la nue-propiété, le légataire a l'usufruit : ou l'on peut léguer son fonds sous la réserve de l'usufruit ; alors c'est le légataire qui a la nue-propiété, l'héritier ne conserve que l'usufruit : ou enfin, on peut léguer à l'un le fonds, à l'autre l'usufruit.

Remarquez que le testateur qui, en léguant son fonds, veut en réserver l'usufruit à son héritier, doit l'exprimer ; car le mot *fonds*, employé seul, emporte l'usufruit, et le legs du fonds en transférerait la pleine propriété, si l'usufruit n'en était pas expressément séparé.

* 2 *Marcadé sur* } I.—462. L'usufruit est établi directement
 art. 579, C. N. } par la loi : 1o. au profit des pères et mères sur
 les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés (art. 384) ; il l'est encore 2o. dans le cas de succession à une personne qui laisse pour héritiers dans une ligne son père ou sa mère, et dans l'autre des parents collatéraux autres que les frères et sœurs ou descendants de frères et sœurs : dans ce cas, le père a droit à l'usufruit du tiers des biens que prennent les collatéraux maternels ; et réciproquement pour la mère, si c'est elle qui survit (articles 753 et 754).—Quant aux art. 1401, 1530 et 1549, au titre *Du Contrat de mariage*, ils établissent bien aussi, soit au profit de la communauté dont le mari est chef, soit directement au profit du mari lui-même, un

[ARTICLE 444.]

droit d'usufruit sur les biens de la femme ; mais les futurs époux étant libres d'adopter tel ou tel des divers régimes de mariage, l'usufruit est alors établi par convention, par la volonté de l'homme, plutôt que par la loi même.

Il est clair qu'un propriétaire peut établir un droit d'usufruit sur tout ou partie de ses biens, de la même manière qu'il pourrait les aliéner : il peut le faire par acte de dernière volonté ; il le peut par acte entrevifs, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Dans tous les cas, il peut l'établir directement ou par déduction : directement, c'est-à-dire en conférant à un tiers l'usufruit du bien qui lui appartient ; par déduction, c'est-à-dire en réservant pour lui-même ou pour ses héritiers l'usufruit du bien qu'il aliène.

II.—463. Le droit d'usufruit peut s'établir aussi par prescription. En effet, l'usufruit est un bien meuble ou immeuble, selon la nature mobilière ou immobilière de son objet (art. 526 et 529, No. 1) ; or, les biens incorporels, les droits, sont susceptibles d'être possédés et par conséquent d'être acquis par prescription, tout comme les biens corporels : “ La possession, dit l'art. 2228, est la détention *ou la jouissance* d'une chose *ou d'un droit* que nous tenons *ou que nous exerçons* par nous-mêmes ou par un autre qui la tient *ou qui l'exerce* en notre nom.” Donc la prescription de l'usufruit s'accomplira par la possession du droit, c'est-à-dire par son exercice, immédiatement quand il s'agira de choses mobilières (art. 2279) ; et pour les choses immobilières, par dix ou vingt ans, s'il y a juste titre et bonne foi (art. 2265), et par trente ans dans le cas contraire (art. 2262).

Il ne faudrait pas dire que celui qui se croit usufruitier ne peut pas prescrire, attendu qu'il ne possède pas à titre de maître, *animo domini* (art. 2236) ; ce serait prendre le change. Sans doute, l'usufruitier, ou celui qui se croit tel, ne possède pas à titre de maître la chose soumise à l'usufruit ; mais ce n'est pas de la prescription de cette chose que nous parlons, c'est seulement la prescription du droit même d'usufruit. Or, cet usufruit, ce bien incorporel, il est clair que l'usufruitier réel ou

[ARTICLE 444.]

putatif le possède, l'exerce comme sien.—Qu'on ne dise pas non plus : Le bien incorporel, c'est le droit même ; or, ce droit ne peut exister qu'après la prescription accomplie : donc, jusque-là, le bien n'existant pas ne peut pas être possédé, et s'il ne peut pas être possédé, il ne peut pas s'acquérir par prescription. Cette subtilité est inadmissible : si le droit même n'existe pas (puisque c'est lui qu'il s'agit de réaliser par la prescription), il existe un droit putatif dont la possession est très-réelle, dont l'exercice est visible et saisissable pour tous, et qui peut très-bien présenter les caractères exigés par les art. 2228 et suivants pour l'acquisition par prescription. En présentant la possession comme moyen d'acquisition, aussi bien pour les droits que pour les choses corporelles (art. 2219, 2228 et 2229), il est clair que la loi n'entend pas parler de l'acquisition d'un droit qui vous appartiendrait déjà, ce qui serait absurde. C'est donc de l'exercice du droit putatif que parle l'art. 2228.

Ainsi, j'achète à prix d'argent, sur une ferme ou une maison, un droit d'usufruit d'une personne que je crois propriétaire du bien et qui ne l'est pas. Il est clair que je ne pourrai jamais acquérir par prescription la ferme ou la maison, car je ne les possède pas et ne puis pas les posséder à titre de propriétaire (art. 2246 et 2330) ; mais après le temps voulu selon les diverses hypothèses prévues au titre *De la Prescription*, je serai propriétaire de mon droit d'usufruit.

464. Mais l'usufruit ne saurait être établi, dans quelque circonstance que ce soit, par sentence du juge. A Rome, le juge pouvait, dans le partage de biens communs, et si ce partage lui paraissait impossible ou désavantageux à réaliser autrement, attribuer l'usufruit à l'un des co-propriétaires et la nue-propriété à l'autre, de même qu'il pouvait, même pour opérer un simple bornage de biens voisins, adjuger à l'un une partie du bien de l'autre ; l'*adjudicatio* était une des causes légales d'acquisition. Il en est autrement chez nous ; l'adjudication n'est point un moyen d'acquérir dans notre droit, et le tribunal qui attribuerait à un co-partageant la nue-propriété d'une chose commune, pour donner l'usufruit à l'autre, dépasserait

[ARTICLE 444.]

ses pouvoirs et ferait un acte nul et insignifiant.—On s'étonne de lire le contraire dans l'ouvrage de Maleville (art. 570-581), qui, du reste, est contredit par tous les auteurs. Le tribunal saisi d'une demande en partage n'a pas d'autre droit que d'ordonner 1o. le partage en nature des choses reconnues facilement partageables, et 2o. la licitation des autres.

* *Coutume* } Art. 230.—*Si les conquêts sont propres aux héritiers de Paris. { des conjoints, et si les père et mère en ont l'usufruit.*

Laquelle moitié des conquêts, advenue aux héritiers du trépassé, est le propre héritage des dits héritiers. Tellement que si les dits héritiers vont de vie à trépas sans hoirs de leur corps, icelle moitié retourne à leur plus prochain héritier du côté et ligne de celui duquel leur est advenue la dite moitié. Desquels biens toutefois les père et mère, aïeul ou aïeule succédants à leurs enfants, jouiront par usufruit leur vie durant, au cas qu'il n'y ait aucuns descendants de l'acquéreur.

Art. 314.—*De l'usufruit des père et mère, et de la réversion des biens.*

Les père et mère jouissent par usufruit des biens délaissés par leurs enfants, qui ont été acquis par les dits père et mère, et par le décès de l'un d'eux, advenus à l'un de leurs dits enfants, encore qu'ils soient et aient été faits propres aux dits enfants. Au cas toutefois que les dits enfants décèdent sans enfants et descendants d'eux, et après le décès des dits père et mère qui ont joui des dits biens par usufruit, les dits biens retournent aux plus proches parents des dits enfants, desquels précèdent les dits biens.

Art. 249.—*Le douaire coutumier est propre aux enfants.*

Le douaire coutumier de la femme est le propre héritage des enfants venant du dit mariage, en telle manière que les père et mère des dits enfants, dès l'instant de leur mariage, ne le peuvent vendre, engager, ni hypothéquer au préjudice de leurs enfants.

Art. 255.—*Douaire est propre aux enfants.*

[ARTICLE 445.]

Le douaire constitué par le mari, ses parents ou autres de par lui, est le propre héritage aux enfants issus du dit mariage ; pour d'icelui jouir après le trépas de père et mère incontinent que douaire a lieu.

Art. 262.—*Réparations viagères auxquelles la douairière est obligée.*

La femme qui prend le douaire coutumier, est tenue d'entretenir les héritages de réparations viagères, qui sont toutes réparations d'entretien, hors les quatre gros murs, poutres et entières couvertures et voûtes.

Voyez *Maleville* cité sous art. 446.

* *C.N.* 579.—Semblable au texte.

445. L'usufruit peut être établi purement ou à condition, et commencer de suite ou à certain jour.		445. Usufruct may be established purely or conditionally, and may commence at once or from a certain day.
--	--	---

Voy. ff. De usuf. L. 4. citée sous art. 443.

* *Lacombe, Vo. Usufruit* } Il peut être constitué purement, ou
No. 8, p. 817. } à certain jour, *l. 4 de usufr. et quem.*
l. un, § 3, qu. dies usufr. ou sous condition : si purement, il doit être donné incontinent ; si à certain jour, ou sous condition, après l'évènement du jour, *dict. § 3*, ou de la condition ; et si la propriété d'un fonds est léguée à l'un et l'usufruit à l'autre sous condition, le légataire de la propriété jouira du

[ARTICLE 446.]

fonds jusqu'à l'évènement de la condition, à l'exclusion de l'héritier, l. 4, *si ususfr. pet.*

* 5 *Pandectes frs.* } Toutes ces dispositions sont des principes
p. 241. } incontestables, qui ne peuvent être mécon-
nus, et qui, en conséquence, ne demandent aucune explication

Voy. autorités sous art. 444.

* 2 *Marcadé*, p. 462, } 465. Que l'usufruit soit établi par acte
No. 465. } entre-vifs ou par acte de dernière vo-
lonté, il peut l'être 1o. à terme, c'est-à-dire pour finir après un
temps déterminé, *ad diem*, ou pour commencer à telle époque
déterminée, *ex die*; 2o. sous condition, soit suspensive (par
exemple, vous aurez l'usufruit de ma ferme si vous n'êtes pas
nommé à tel emploi), soit résolutoire (par exemple, je vous
donne l'usufruit de ma ferme, mais cette concession sera non
avenue si vous êtes nommé à cet emploi); 3o. enfin purement,
c'est-à-dire sans aucun terme ni condition.

* *C. N.* 580. } L'usufruit peut être établi, ou purement, ou à
} certain jour, ou à condition.

446. Il peut être établi sur toute espèce de biens, meubles ou immeubles. | 446. It may be established upon property of all kinds, moveable or immoveable.

* *ff. De usuf. et quemad.* } § 1. Constitit autem ususfructus
L. 3. } non tantum in fundo, et ædibus ve-
rum etiam in servis, et jumentis, cæterisque rebus. (GAIUS,
lib. 2, rer. cott. vel. aur.)

[ARTICLE 446.]

Ibid. L. 7.—Ususfructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. Et aut rei soli, aut rei mobilis ususfructus legatur. (ULPIANUS, *lib. 17, ad Sabinum*).

* *Lacombe, Vo. Usufruit,* } Il peut être établi sur des fonds,
 No. 4, p. 817. } maisons ou meubles, l. 3, § 1 ; l. 7,
de ususfr. et quem. § 2, *inst. de ususfr.* même sur des meubles
 qui se consomment par l'usage, l. 1, *de ususfr. ear. rer. dict.* § 2,
inst. de ususfr., mais en ce cas, ce n'est que quasi-usufruit,
dict. § 2, sur des dettes actives, l. 3, *cod.* sur des statues ou
 images, l. 41, *cod. quia et ipsæ habent aliquam utilitatem, si quo*
loco opportuno ponantur, dict. l. 41 et sur des fonds qui appor-
 tent plus de dépense que de profit, *dict. l. 41, § un.*

* *2 Marcadé,* } I.—466. A proprement parler, tous les biens
 p. 463 et s. } ne sont pas susceptibles d'usufruit, d'un usu-
 fruit véritable ; l'usufruit ne peut pas s'établir sur les choses
 de consommation. En effet, l'usufruit est le droit de jouir
 d'une chose dont un tiers conserve la propriété ; il suppose
 donc la séparation de l'*usus* et du *fructus* d'avec l'*abusus*. Mais
 s'il en est ainsi, il est donc impossible pour les choses dont
 l'*usus* est en même temps l'*abusus*... Ainsi, comment pourrai-je
 être usufruitier d'une pièce de vin ? User et jouir d'une pièce
 de vin, c'est ni plus ni moins la boire ; mais avoir le droit de
 boire ce vin, c'est en avoir la disposition, l'*abusus*, la propriété
 même ; en sorte que ce n'est plus là le droit de jouir des choses
 dont un autre a la propriété. Donc, quand vous me consentez
 un droit d'usufruitier sur des choses de consommation, il n'y
 a là de l'usufruit que le nom, et au lieu d'un simple démem-
 brement de la propriété, vous me concédez la propriété même ;
 c'est une aliénation complète de la chose. Aussi Justinien,
 après avoir dit, comme notre article, que l'usufruit peut être
 établi sur toute espèce de choses (*Instit.*, l. 2, t. 4, § 2), a-t-il
 soin d'ajouter : *Exceptis iis quæ ipso uso consumuntur ; nam hæc*

[ARTICLE 446.]

res, neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum.

II. — 467. Et ce n'est pas seulement pour les choses qui, d'après leur nature même, doivent se consommer par le premier usage, c'est-à-dire pour les choses de consommation, que l'usufruit est impossible, c'est également et par la même raison pour les choses qui doivent se consommer ainsi d'après l'intention des parties, pour les choses fongibles, alors même qu'elles ne seraient pas choses de consommation.

Ainsi, des meubles meublants, tels que secrétaires, armoires, bibliothèques, tapis, etc., ne se consomment pas par le premier usage naturel, ordinaire, et dès lors ils sont en général susceptibles d'usufruit. Quand mon oncle meurt en me léguant l'usufruit de sa maison de campagne et des meubles qui la garnissent, j'ai un véritable usufruit sur ces meubles aussi bien que sur la maison, je ne suis pas plus propriétaire des premiers que de la dernière.

Mais si, dans telle circonstance particulière, les choses doivent se consommer par le premier usage intentionnel, par un usage auquel elles ne sont pas destinées par la nature ordinaire des choses, mais auquel les destine la volonté spéciale des parties, il est clair qu'il n'y aura pas d'usufruit possible. Ainsi, supposons qu'un marchand de meubles mourant sans enfants lègue à son frère, marchand de meubles comme lui, l'usufruit de son magasin, puis à son neveu la nue-propriété de ce magasin : il est clair que ce n'est pas un simple droit d'usufruit qui appartiendra au frère ; il est clair que le défunt n'a pas entendu ne léguer à son frère que le droit de dérouler, pour se promener dessus, les cent tapis amoncelés dans un coin... de ranger des livres dans les trente ou quarante bois de bibliothèques... de serrer son linge et celui de ses amis dans les commodes et les armoires, et ainsi du reste. En léguant l'usufruit de son magasin, de son fonds de commerce, à un parent de sa profession, le défunt a évidemment entendu que ce parent continuerait le commerce en vendant toutes les marchandises, à la charge de les remplacer, pour vendre ensuite les nouvelles et les remplacer encore, de manière à maintenir

[ARTICLE 446.]

toujours sur le même pied le magasin et son achalandage, choses dont le neveu a la nue-propiété, et dont il prendra la jouissance quand s'éteindra la jouissance du frère. Mais, puisque ce frère peut et doit vendre les meubles, il en a donc l'*abusus*, et non pas seulement l'*ususfructus*, il en est donc propriétaire ; et ce n'est pas un simple usufruit qui existe sur ces choses, quoiqu'elles ne soient pas choses de consommation.

468. Au reste, si le frère est vraiment propriétaire des marchandises, il n'est pas également, on le conçoit, propriétaire et maître du fonds de commerce. Le fonds ne doit pas être confondu avec les marchandises par la succession desquelles il se constitue : les marchandises s'en vont et doivent s'en aller ; car c'est plus qu'un droit, c'est un devoir pour l'usufruitier de les vendre pour les remplacer. Le fonds, lui, doit rester toujours ; telle a été l'intention du disposant. Ce fonds, cet assemblage toujours permanent de choses disparaissant toujours, avec son accessoire, l'achalandage qui le fait fructifier, ce fonds est un bien en partie matériel, en partie moral, sur lequel l'usufruitier a seulement le droit de jouissance, d'exploitation, *fructus* ; mais non pas le droit de disposition (voy. l'art. 1551, No. 1). Ainsi, l'usufruitier ne pourrait pas dire qu'il va vendre toutes les marchandises sans en acheter d'autres, puis fermer le magasin, ou bien vendre ce fonds à un tiers, sauf dans les deux cas l'obligation pour lui d'ouvrir, à la fin de l'usufruit, un magasin nouveau, qu'il garnira d'une même quantité de marchandises semblables ; ce serait disposer du fonds, et il n'en a pas le droit. Et puisqu'il n'a pas ce droit, ses créanciers ne l'auraient donc pas non plus : ils ne pourraient ni détruire, ni aliéner le fonds ; ils pourraient seulement en surveiller l'exploitation ou l'exploiter eux-mêmes pour s'en attribuer les produits.

III.—469. Les choses qui doivent se consommer par le premier usage auquel les destine soit la nature même (choses de consommation), soit l'intention de l'homme (choses fongibles), n'étant pas susceptibles d'usufruit, on a dû chercher le moyen de remplacer cet usufruit par quelque chose d'équivalent. Ce

[ARTICLE 446].

moyen s'est trouvé tout naturellement dans l'obligation prise, par celui qui reçoit ces choses, de rendre au soi disant nu-proprétaire, à l'époque à laquelle aurait fini l'usufruit, s'il y avait eu usufruit, des choses de même espèce, quantité et qualité, que celles qui ont été reçues. On peut encore livrer les choses sous une estimation dont le montant sera rendu à la fin du prétendu usufruit. C'est là ce que le Code va nous dire dans l'art. 587.

On voit que, dans l'un et l'autre cas, l'usufruit impossible est remplacé par un équivalent parfait : cet équivalent a reçu le nom de quasi-usufruit. C'est en mettant ce quasi-usufruit sur la même ligne que l'usufruit proprement dit, parce qu'il produit en effet des résultats analogues, que notre article déclare l'usufruit possible pour toute espèce de biens.

Puisque l'usufruit peut exister sur tout bien quel qu'il soit, et qu'un usufruit est un bien, on peut donc établir un usufruit sur un autre usufruit. Ainsi, vous pouvez me concéder l'usufruit de l'usufruit que vous avez sur une ferme. Dans ce cas, je recueillerai, comme vous l'auriez fait vous-même, et à votre place, tous les fruits de cette ferme ; en sorte que, sous ce rapport, le résultat sera le même que si vous m'aviez vendu ou autrement cédé votre usufruit lui-même, la propriété même de votre droit. Mais il y aura une différence d'un autre côté : c'est que mon droit sur votre usufruit, n'étant lui-même qu'un usufruit, s'éteindra nécessairement par ma mort, en sorte que mon décès, s'il arrive avant le vôtre, vous fera revenir à la jouissance de la ferme jusqu'à ce que vous mourriez vous-même ; tandis que si j'avais acquis la propriété de votre usufruit, mes héritiers, après ma mort, auraient continué de jouir de la ferme jusqu'à votre décès à vous. — Une circonstance assez bizarre de l'usufruit existant ainsi sur un autre usufruit, c'est que mon usufruit, mon bien, ne serait immeuble qu'en considération d'un objet qui ne serait lui-même immeuble que par son objet seulement. C'est la ferme, immeuble corporel et par nature, qui immobiliserait votre usufruit d'abord, puis ensuite et médiatement mon usufruit à moi.

[ARTICLE 446.]

Quant aux servitudes réelles, quoiqu'elles soient aussi des biens, elles ne sont cependant pas par elles-mêmes susceptibles d'usufruit. C'est qu'en effet ces servitudes ne sont pas des biens par elles-mêmes : elles ne sont telles qu'en tant qu'elles restent unies à l'immeuble auquel elles appartiennent. Donc, elles pourront être soumises à l'usufruit comme et avec cet immeuble, mais non pas sans lui. On verra plus tard qu'elles ne pourraient être hypothéquées ou vendues qu'à celui auquel on hypothèque ou à qui on vend l'immeuble lui-même. Que feriez-vous, en effet, d'un droit de passage conduisant à une maison qui ne vous appartient pas ?—Au contraire, l'usufruit étant un bien existant par lui-même, peut être vendu, donné ou hypothéqué par lui-même (art. 595, et 2118, 2o).

470. La circonstance, indiquée par notre article, que l'usufruit peut être établi sur les meubles comme sur les immeubles, est encore une de celles qui le distinguent des servitudes réelles, lesquelles ne peuvent jamais exister que sur des immeubles.

* 2 Maleville, p. 50, sur } Ces trois articles sont entièrement
art. 579-580-581, C. N. } pris des lois romaines.

Constituitur etiam sine testamento, pactionibus et stipulationibus. L. 3, ff. de usuf.

Vel præsens, vel ex die dari potest. L. 4, eod.

Constituitur etiam in rebus quæ usu tolluntur, vel minuuntur. L. 1, ff. de usuf. ear. rer. In pecuniâ. L. 2, eod. In nominibus. L. 3. In jumentis. L. 3, ff. de usuf. In numismatibus. L. 28 eod. In statutis et imaginibus. L. 41. eod.

La loi 6, eod. ajoute un cas singulier, c'est que l'usufruit peut être établi même par jugement, en cas de partage de biens communs ; et quoique l'art. 579 ne parle que de deux manières de le constituer, par la loi et par la volonté de l'homme ; cependant s'il n'y avait pas d'autre manière d'égaliser des cohéritiers, ou des possesseurs de biens indivis, cette loi devrait être exécutée.

[ARTICLE 447].

Dans notre projet et dans celui de la section de législation, il y avait un cinquième article portant que l'usufruit peut être laissé à tous ceux qui peuvent posséder des biens, même à des communes et à des établissements publics, et cette proposition est très-vraie, l'art. 619 la suppose même formellement; cependant ce cinquième article fut retranché pour ne rien préjuger sur la question agitée dans le *ch. 3 du tit. de la distinction des biens*.

* C. N. 581.—Semblable au texte.

SECTION I.

Des droits de l'usufruitier.

447. L'usufruitier a droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit.

SECTION I.

Of the rights of the usufructuary.

447. The usufructuary has the right to enjoy every kind of fruits, whether natural, industrial or civil, which the thing subject to the usufruct can produce.

Voy. *Digeste* cité sous art. 443 et 446.

* *ff. De usuf. et quemad.* } Item si fundi ususfructus sit lega-
 L. 9. } tus, quidquid in fundo nascitur, quid-
 quid inde percipi potest, ipsius fructus est : sic tamen, ut boni
 viri arbitrato fruatur. Nam et Celsus libro octavo-decimo
 digestorum scribit, cogi eum posse recte colere. (ULPIANUS).

Ibid. L. 15, § 6.—Proprietatis dominus non debet impedire
 fructuarium ita utentem, ne deteriores ejus conditionem
 faciat. (ULPIANUS).

[ARTICLE 447.]

Ibid. L. 59, § 1.—Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet : pensiones quoque jam antea locatorum agrorum, si ipsæ quoque specialiter comprehensæ sint. Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptæ, potest usufructuarius conductorem repellere. (PAULUS).

Ibid. L. 68, § 1.—Fætus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. (ULPIANUS).

Voy. *Pothier*, cité sous art. 409, 443 et 448.

* 3 *Toullier*, } 399. L'art. 582 établit en principe que l'usu-
p. 158 et s. } fruitier a le droit de jouir de tous les fruits
qu'on peut retirer de la chose.

On appelle fruits en général tout ce qui naît et renaît d'une chose : *Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet*. Ce mot s'applique spécialement aux productions de la terre ; mais dans un sens plus étendu, il se prend pour toutes les différentes espèces de revenus qu'on peut retirer de la chose, de quelque nature qu'ils puissent être.

Les fruits se divisent en naturels et civils.

Les fruits naturels sont en général ceux qui sont le produit de la fécondité de la nature ; ils se divisent en fruits naturels et en fruits industriels.

Les fruits naturels proprement dits sont ceux que la terre produit spontanément, sans le secours de la culture, tels que le bois, le foin, la plupart des fruits des arbres. On regarde aussi comme fruits naturels, le produit et le croît des animaux (583).

On peut en dire autant de la pêche d'un étang, parce que le poisson s'y reproduit à raison du peuple qu'on y laisse en faisant la pêche ; des lapins d'une garenne, et en général du gibier d'une terre ou d'une forêt, la chasse n'empêchant pas la reproduction des lapins et du gibier.

[ARTICLE 447.]

D'ailleurs, un étang est fait pour être pêché, une garenne, une terre, une forêt, pour qu'on y chasse ; il suffit d'en user modérément.

Quelques auteurs pensaient, sous l'ancienne législation, que l'usufruitier n'avait pas le droit de chasse, parce que, disaient-ils, ce droit consistait *magis in honore quàm in quæstu*. Mais cette opinion ne peut être suivie sous l'empire du Code, qui veut que l'usufruitier jouisse généralement *de tous les droits* dont le propriétaire peut jouir, et qu'il en jouisse comme le propriétaire lui-même (597).

Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture, ceux que la terre ne produit pas sans le travail ou l'industrie de l'homme ; tels sont les blés, les légumes, les raisins, etc. (583).

On appelle fruits civils ceux qui ne sont réputés tels que par la disposition de la loi ; tels sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages de rentes.

Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils (584).

400. Pour connaître quels sont les fruits qui appartiennent à l'usufruitier, soit au commencement, soit à la fin de l'usufruit, il faut distinguer les fruits civils des fruits naturels et industriels.

Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et autres fruits civils (586).

Ainsi, on divise le prix entier des fermages ou des loyers par les trois cent soixante-cinq jours de l'année. Si le prix est de 365 fr., c'est un franc qui s'acquiert chaque jour, sans considérer le terme accordé au fermier pour le paiement, soit qu'il paie d'avance, ou seulement après sa jouissance.

Il en serait de même si le prix du bail consistait dans une quantité fixe de grains ou de denrées : on en réduit la valeur en argent, suivant les mercuriales, ou à dire d'experts, et on divise la somme comme les loyers.

[ARTICLE 447.]

Il en serait autrement, si le bail était consenti pour une portion aliquote des fruits, la moitié, par exemple, ou telle autre quotité convenue : ce seraient alors des fruits naturels.

Si, outre la quotité des fruits convenue, le fermier était obligé de payer annuellement une somme, cette somme n'en serait pas moins un fruit civil, qui s'acquerrait jour par jour.

Les fruits naturels et industriels, pendants par racines ou par branches, au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier.

Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire, sans préjudice de la portion de fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit (585).

S'il n'y a qu'une partie seulement des fruits coupés ou recueillis au moment de l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier ne peut prétendre que ceux qui sont encore pendants par branches ou par racines ; et la même règle est suivie à la fin de l'usufruit, entre l'usufruitier ou ses héritiers, et le propriétaire ou ses héritiers.

401. Si l'usufruitier, qui jouit par lui-même, vend la récolte près de sa maturité, ou une coupe de bois près de l'époque où elle doit être faite, et décède ensuite avant que la coupe soit commencée, la vente subsiste, car l'usufruitier avait le droit de vendre ; mais le prix de la vente appartient en entier au propriétaire.

Si l'usufruitier décède après que la coupe est commencée, mais avant qu'elle soit achevée, le prix est partagé entre les héritiers et le propriétaire, en proportion de la valeur de la partie coupée et de celle qui reste à couper.

* 5 *Pandectes frs.* } 16. De quelque manière que l'usufruit soit
 p. 242. } établi, tous les fruits appartiennent à l'usufruitier depuis le moment que le droit lui est acquis.

Si même il a perçu les fruits avant la constitution de l'usu-

[ARTICLE 447.]

fruit, en vertu d'un autre droit, par exemple, à titre de fermier, il est libéré des obligations auxquelles il était astreint pour ces fruits, envers le propriétaire. Ainsi, le fermier ne sera pas tenu de payer le terme de fermage échu lors de l'ouverture de son droit d'usufruit. Il en sera de même à l'égard du locataire d'une maison dont l'usufruit lui serait accordé.

17. Dès que les fruits sont coupés, ils appartiennent à l'usufruitier, quoiqu'il ne les ait pas encore levés et serrés. Sa propriété s'établit par le seul fait de la séparation des fruits, de l'arbre ou du sol auxquels ils tenaient.

A l'égard d'un troupeau, le lait, le poil, la laine, le croît qui en proviennent, sont fruits, et appartiennent comme tels à l'usufruitier.

A l'égard d'un fonds de terre, tout ce qui y croît, et tout le fruit qu'on en peut tirer, sont dévolus à l'usufruitier. S'il s'y trouve des mouches à miel, il s'en approprie le produit. Il peut tuer et prendre le gibier qui s'y rencontre. Il jouit du bétail qui y est attaché pour la culture.

L'usufruitier d'un fonds peut-il extraire la tourbe qui en forme la superficie ?

Il faut répondre qu'il le peut, mais pour son usage seulement, et non pour en vendre à son profit. La raison est que le droit de tourber entraîne l'aliénation de la propriété, parce que les héritages dont on a enlevé la tourbe, sont plus d'un siècle sans rien rapporter. (Voy. arrêt du Parlement de Paris, du 21 mai 1756, rapporté par Denizart, au mot Tourbe).

18. L'usufruit d'une maison emporte la jouissance de cette maison, des fruits qu'elle rapporte, et même des ustensiles qui y sont à perpétuelle demeure, quand même le titre constitutif de l'usufruit n'en ferait aucune mention, parce que ces ustensiles sont censés faire partie de la maison. C'est, d'après ce principe, qu'il a été jugé que l'usufruitier d'un château a le droit de jouir des pigeons du colombier, et des poissons des fossés. Arrêt du mois d'août 1589, rapporté par Montholon, ch. 60).

L'usufruitier d'une maison peut-il expulser le locataire, en

[ARTICLE 447.]

vertu de la Loi *emptorem* ? L'affirmative résulte de la Loi 59, § 1, au Digeste de *Usufructu*, qui lui en accorde la faculté. La décision de cette Loi a été adoptée par deux arrêts, l'un de l'année 1702, et l'autre du 2 mars 1719, rapportés par Brillou au mot *Usufruit*, No. 10. Elle a été de nouveau consacrée par un arrêt récent du Parlement de Paris, rendu le 23 décembre 1782, confirmatif d'une sentence du Châtelet.

Cette faculté existe-t-elle encore sous l'empire du Code Civil ?

C'est une question que nous examinerons au titre du Contrat de Louage.

Sirey et Gilbert, sur } 1. Les droits de l'usufruitier doivent
art. 582 C. N. } être déterminés d'après la loi de l'ouverture de l'usufruit.—21 juil. 1819, Rej. [S. 18. 1.382 ; C. n. 5.—D. A. 12794.]—V. art. 578. No. 9.

2. L'usufruitier peut recevoir les créances dont il a l'usufruit et en donner quittance, sans l'intervention du nu-propriétaire.—Proudhon, t. 2, No. 1031 ; Zachariæ, t. 2, § 225.—*Sic*, Nancy, 19 fév. 1844. [S. V. 44. 2.162.—D.P. 44.2.61.]

3. En cas de réméré exercé contre l'immeuble affecté d'usufruit, il a droit de toucher le prix du rachat, pour en jouir pendant son usufruit.—Proudhon, t. 4, No. 2515.

4. Même solution, si l'immeuble est frappé de rescision pour lésion, ou s'il est exproprié pour utilité publique.—Proudhon, t. 4, Nos. 2525 et 2526.

5. Le droit de chasse étant attaché à la possession et à la jouissance foncière, appartient à l'usufruitier, exclusivement au nu-propriétaire.—Toullier, t. 4, No. 19 ; Merlin, *Rép.*, Vo. *Chasse*, § 3, No. 7 ; Duranton, t. 4, No. 287 ; Troplong, *Louage*, t. 1er, No. 38 ; Hennequin, t. 2, p. 340 ; Ph. Dupin, *Journ. des cons. municip.*, t. 2, p. 2.

6. Il en est de même du droit de pêche dans les étangs, à la charge de les empoissonner de nouveau.—Proudhon, t. 3, No. 1211 ; Hennequin, t. 2, p. 341.

[ARTICLE 447.]

7-9. L'usufruitier peut acquérir un droit de servitude pour l'avantage du fonds dont il a la jouissance, sauf au propriétaire à y renoncer, si les conditions auxquelles cette servitude a été accordée lui paraissent trop onéreuses. — Pardessus, *Servit.*, No. 260 ; Solon, *eod.* Nos. 349 et 353 ; Proudhon, t. 3, No. 1452.

10. Cependant la servitude ne profite au fonds que lorsqu'il y a stipulation à cet égard, ou lorsqu'elle est déclarée établie au profit de ceux qui posséderont après l'usufruitier.—Toullier, t. 3, No. 580.

11. L'acquisition d'une servitude de passage au cas d'enclave du fonds dont l'usufruit a été légué, est à la charge de l'héritier du testateur.—Salviat, t. 1er, p. 282, art. 84, No. 1 ; Proudhon, t. 4, No. 1886.

12. L'usufruitier qui, en cette qualité, a fait assurer l'objet soumis à l'usufruit, a seul droit de toucher le montant de l'indemnité due en cas d'incendie.—Grün et Joliat, *Assur. terr.* No. 86.

13. Le légataire de l'usufruit universel ou à titre universel de l'usufruit des biens dont un bâtiment incendié faisait partie, participe à l'indemnité due par les assureurs.—Mais il en est autrement du légataire particulier du bâtiment incendié.—Proudhon, No. 1596 ; Grün et Joliat, No. 88.

14. L'usufruitier d'une maison assurée par le nu propriétaire, n'est pas en droit d'exiger que le prix de l'assurance soit employé à la reconstruction de la maison.—25 août 1826, Colmar. [S.28.2.17 ; C.N.8.—D.P.27.2.122.]

15- Mais il a droit à l'intérêt de ce prix, comme représentant l'immeuble soumis à son usufruit.—Même arrêt.—Selon Grün et Joliat, No. 91, l'usufruitier ne peut participer à l'indemnité de l'assurance faite par le nu propriétaire.

16. L'usufruitier universel d'une succession, est recevable à intenter seul, et dans son intérêt, l'action en résolution de la vente d'un fonds dépendant de cette succession, pour cause de non-paiement du prix.—Proudhon, t. 3, No. 1415 et suiv.

[ARTICLE 447.]

17... Mais non pas celle en retrait conventionnel, et en rescision pour cause de lésion.—Proudhon, t. 3, Nos. 1397 et 1814.

18. Il peut aussi demander le rachat d'une rente perpétuelle, faute de paiement des arrérages.—Proudhon, t. 3, No. 1395.

19. Mais l'usufruitier ne peut consentir la vente ou cession, ni la novation des créances soumises à son usufruit.—Proudhon, t. 2, No. 1054.

20... Ni exiger, au cas où un propriétaire voisin acquiert la mitoyenneté du mur de la maison grevée d'usufruit, l'usufruit de la somme payée pour le droit de mitoyenneté.—Proudhon, t. 1er, No. 480.

21... Ni faire résilier volontairement, sans le concours de l'héritier, un bail établi par le testateur.—Proudhon, t. 3, No. 1227.

22. Lorsque, par suite de circonstances particulières, il y a nécessité de procéder à la vente d'immeubles soumis à un usufruit, l'usufruitier, encore bien que son titre le dispense de donner caution, n'a pas le droit d'exiger la remise du prix de vente ; il n'a droit qu'aux intérêts de ce prix, lequel doit être placé.—10 déc. 1832, Bourges. [S. V. 33. 2. 648.]—V. art. 601, No. 10.

23. Un droit d'usufruit constitué contractuellement par un époux, au profit de son épouse, sur ses immeubles, pour le cas de prédécès du donateur, est réputé établi sous la condition de l'existence d'immeubles au moment de l'ouverture de la succession : l'usufruit ne peut être exercé sur le prix des immeubles aliénés depuis le don.—12 avr. 1820, Dijon (S. 25. 2. 74 : C. n. 6. 238).

24. L'usufruitier n'a pas droit aux produits qui, d'après leur destination, ne doivent pas être détachés du capital, mais doivent y être joints pour l'accroître, comme les produits formant un fonds de réserve dans certaines sociétés, qui ne doivent être distribués qu'à des époques déterminées.—Massé, *Dr. comm.*, t. 3, No. 456.

25. Ainsi, le fonds de réserve des actions de la Banque, qui

[ARTICLE 447.]

s'est formée pendant la durée d'un usufruit, n'est pas un fruit civil qui appartienne à l'usufruitier. Ce fonds de réserve accroît au principal, et par suite, appartient exclusivement au nu propriétaire.—Le droit de l'usufruitier se réduit à la jouissance de la portion de ce fonds de réserve, qui a été distribuée dans le cours de l'usufruit, et il ne peut rien prétendre sur la portion non distribuée au moment où l'usufruit s'éteint.—27 avril 1827, Paris. S.27.2.183 ; C.n.8.]—*Sic*, Massé *loc. cit.*

26. L'usufruitier d'un immeuble peut réclamer la jouissance de la maison construite sur cet immeuble par l'héritier nu propriétaire, après le décès de son auteur, à la charge toutefois de payer une juste indemnité.—Proudhon, t. 2, No. 1129. *Contrà*, Duranton, t. 4, Nos. 618 et 620.

27. Lorsqu'un testateur a légué à une personne l'usufruit d'un fonds, et à une autre personne l'usage du même fonds, le droit d'usage s'exerce d'abord, et l'usufruitier ne recueille que les fruits qui ne sont pas nécessaires aux besoins de l'usager.—Duranton, t. 5, No. 13.

28. Le nu propriétaire qui revendique contre un tiers l'objet dont il a la nue propriété, est sans qualité pour demander contre ce tiers le délaissement de la jouissance et la restitution des fruits : l'usufruitier seul aurait qualité pour former cette demande.—20 janv. 1831, Rejet. [S.V.41.1.577.—D.P.41.1.211.—P. 41.2.138.]

Mêmes. Supplément, sur } 1. L'usufruitier, même dispensé
art. 582 C. N. } d'inventaire et de caution, n'a pas
le droit de consentir le transport ou la novation des créances faisant partie de l'usufruit. Ainsi, il ne pourrait convertir un billet ordinaire en un billet au porteur.—Bordeaux, 19 avril 1847. [S.V.48.2.183.—P.48.2.106.]

2. Mais il a qualité pour recevoir les capitaux des rentes qui dépendent de son usufruit.—Demolombe, t. 10, No. 323 ; Zachriaë, Aubry et Rau, t. 2, § 230, p. 438 ; Rolland de Villargues, Vo. *Rembours. de rente*, Nos. 15 et 16. et Vo. *Usufruit.*, Nos. 234 et s.

[ARTICLE 447.]

3. Jugé cependant que l'usufruitier, dispensé de fournir caution, ne peut seul, et sans le concours du nu propriétaire, recevoir le remboursement des rentes soumises à son usufruit : ce droit n'appartient qu'à l'usufruitier qui a fourni caution.—Bordeaux, 9 avril 1845. [S.V.46.2.531.—P.45.1.763.—D.P.46.2.193.]

4. Au cas de vente simultanée et pour un seul et même prix de l'usufruit d'un immeuble et de la nue-propriété de ce même immeuble, l'usufruitier a droit à une part de ce prix correspondant à la valeur de l'usufruit, et non à l'usufruit du prix total. Par suite, les créanciers du nu propriétaire qui veulent exercer leurs droits sur la partie de ce prix afférente à la nue propriété peuvent en demander la ventilation.—Cass. 24 nov. 1858. [S.V.59.1.129.—P. 59.852.—D.P.58.1.438.]—Lyon, 7 nov. 1863. [S.V.64.2.276.—P. 64.1163.]—*Sic*, Demolombe, t. 10, No. 216.

5. Cependant, lorsque la licitation d'immeubles indivis grevés d'un droit d'usufruit a eu lieu sans que l'usufruitier y ait donné son consentement, celui-ci a le droit d'exercer intégralement son usufruit sur le prix de la licitation : son droit ne saurait être réduit à une créance sur une portion du prix correspondant à la valeur de l'usufruit et à déterminer par ventilation. Il n'en est pas de ce cas comme de celui où l'usufruitier a spontanément consenti à la vente simultanée de l'usufruit et de la nue propriété.—Douai, 23 déc. 1861. [S.V.62.2.170.—P. 62.726.]—V. *infra*, art. 601, Nos. 13 et 14.

6. L'usufruitier peut s'opposer à la licitation des immeubles grevés de son droit d'usufruit, lorsque cette licitation, qui aurait pour effet de convertir sa jouissance réelle sur ces immeubles en revenus d'une somme d'argent, n'a lieu que dans l'intérêt des nu-propriétaires.—Metz, 14 déc. 1864. [S.V.65.2.16.]—V. *infra*, art. 815, Nos. 7 et s.

7. L'action civile en réparation d'un délit forestier commis dans un bois soumis à un droit d'usufruit, ne peut être exercée par le nu propriétaire, si ce délit n'a causé de dommage qu'à la superficie et non au tréfonds. — Bourges, 13 août 1863. [S.V.63.2.194.—P.64.58.]

[ARTICLE 448.]

8. L'usufruitier d'actions industrielles a le droit de percevoir, non-seulement les intérêts, mais encore les dividendes de ces actions.— Trib. de la Seine, 30 juil. 1857.— *Sic.* Ballot. *Rev. prat.*, t. 5, p. 182.— V. *Code annoté*, No. 25.

* C. N. 582 semblable au texte.

448. Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels.

Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture ou l'exploitation.

448. Natural fruits are those which are the spontaneous produce of the soil. The produce and the increase of animals are also natural fruits.

The industrial fruits of the soil are those obtained by the cultivation or working thereof.

* *ff. De verb. sign.* } Frugem pro reditu appellari, non solum
L. 77. } quod frumentis, aut leguminibus : verum
et quod ex vino, silvis cæduis, cretiodinis, lapidicinis capitur.
Julianus scribit, fruges omnes esse, quibus homo vescatur, falsum esse : non enim carnem, aut aves ferasve, aut poma fruges dici. Frumentum autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definiisse : lupinum vero et fabam fruges potius dici : quia non arista, sed siliqua continentur, quæ Servius apud Alsenum in frumento contineri putat. (Ulpianus).

Ibid. De hered. pet. } Fructus intelliguntur deductis impensis,
L. 36, § 5. } quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt.

Voy. *Pandectes Frs.*, Toullier et Pothier sous art. 409 et 443.

[ARTICLE 448.]

* *Pothier, Douaire,* } 198. On subdivise les fruits naturels des
 Nos. 198, 199, 200. } héritages, en fruits purement *naturels*, et
 en fruits *industriels*.

Les fruits purement *naturels* sont ceux que la terre produit d'elle-même sans culture, tels que sont les foins, les noix, la coupe d'un bois taillis, etc.

Les fruits *industriels* sont ceux que la terre produit par la culture, tels que sont les blés et autres grains, les fruits de vigne, etc.

Les uns et les autres sont acquis à la douairière, de même qu'à tous les autres usufruitiers par leur perception ; et ils sont censés perçus aussitôt qu'ils ont été séparés de la terre où ils étaient pendants quoiqu'ils soient encore sur champ et qu'ils n'aient pas encore été conduits dans les granges ; L. 13, ff *Quib. mod. ususfr. amitt.*

199. Suivant la subtilité du droit romain, le droit d'usufruit étant le droit qu'a une personne de percevoir les fruits d'une chose, les fruits d'un héritage sujet à un droit d'usufruit, n'étaient acquis à l'usufruitier que par la perception qui en était faite par lui ou par quelqu'un de sa part. C'est pourquoi, si des voleurs avaient coupé les blés sur un héritage, l'usufruitier de cet héritage avait bien l'action *furti, quæ datur ei cujus interest rem non fuisse surreptam* ; mais l'action en restitution des choses volées, qu'on appelle *condictio furtiva*, qui n'est donnée qu'au propriétaire des choses volées, appartenait au propriétaire de l'héritage, et non à l'usufruitier, qui n'avait pu acquérir les fruits par la perception qu'en avait faite le voleur, ce voleur ne les ayant pas perçus au nom et de la part de l'usufruitier ; L. 12, § 5, ff. *de Usufr.*

Par la même raison, le jurisconsulte Paul décidait que les olives qui se détachaient d'elles-mêmes et tombaient de l'olivier, n'étaient pas acquises à l'usufruitier.

Notre jurisprudence n'admet pas ces subtilités, et nous tenons pour règle générale, que tous les fruits d'un héritage sujet à un droit d'usufruit, qui sont perçus et séparés de la terre où ils sont pendants, pendant le temps de la jouissance

[ARTICLE 449.]

de l'usufruitier, lui appartiennent, de quelque manière qu'ils aient été perçus.

* *C. N.* 583. } 583. Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels.— Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture.

<p>449. Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes dues, les arrérages des rentes. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils.</p>		<p>449. Civil fruits are the rent of houses, interest of sums due and arrears of rents. The rent due for the lease of farms is also included in the class of civil fruits.</p>
--	--	--

* *ff. L. 121 de verb. significatione.* } *Usura pecuniæ, quam percipimus, in fructu non est : quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, nova obligatione. (POMPONIUS).*

* *ff. L. 36, de usuris et fruct.* } *Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. (ULPIANUS).*

* *ff. L. 63, § 1, De rei vindic.* } *Generaliter autem, cum de fructibus æstimandis quæritur, constat animadverti debere non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui poterit, si ei possidere licuisset : quam sententiam Julianus quoque probat.*

Voy. Pand. Frs. citées sous art. 409 et Toullier sous art. 447.

[ARTICLE 449.]

* *Pothier, Douaire,* } 203. Les *fruits civils* sont les revenus
 Nos. 203, 204, 205. } d'une chose, qui n'ont aucun être phy-
 sique, et ne consistent qu'en droits ou créances, lesquels sub-
 sistent par l'entendement : *Fructus civiles sunt qui in jure con-*
sistunt.

Tels sont les loyers des maisons et les fermages des héritages de campagne. Ils forment le revenu de ces maisons, et de ces héritages : ils en sont donc les fruits : mais ce ne sont pas des corps et des êtres physiques que l'héritage ait produits ; ce sont des fruits civils, *qui in jure consistunt*, c'est-à-dire, dans le droit d'exiger des locataires ou fermiers les sommes ou autres choses qui font l'objet des dits loyers ou fermages.

Les arrérages des rentes, soit foncières, soit constituées, sont aussi des fruits civils des dites rentes ; ces rentes n'ayant elles mêmes qu'un être civil, ne peuvent produire que des fruits civils.

Il en est de même des arrérages de cens, des profits féodaux ou censuels ; ce sont les fruits civils des droits de seigneurie féodale ou censuelle. Les amendes, les droits d'épaves, de dés-hérence et de confiscation, sont les fruits civils des droits de justice.

204. Tous ces fruits civils qui naissent pendant le temps de l'usufruit, sont acquis à la douairière pour la part qu'elle y a, comme ils le sont à tous les autres usufruitiers, aussitôt qu'ils sont nés ; et ils sont nés aussitôt qu'ils commencent à être dus, quand même ils ne seraient pas encore exigibles.

Par exemple, supposons qu'une métairie dont la douairière jouit par usufruit, soit affermée pour 500 livres de ferme par chacun an, payables à la Toussaint. Si la douairière est morte au mois de septembre, après la récolte, la ferme étant due par le fermier, comme et pour le prix des fruits qu'il a recueillis, elle est due et acquise à la douairière aussitôt que la récolte a été faite : c'est pourquoi, quoiqu'elle soit morte avant le terme de la Toussaint, auquel la ferme était payable, elle la transmet en entier dans sa succession. Au contraire, si la douairière était morte avant la récolte, les héritiers de la douairière

[ARTICLE 449.]

ne pourraient rien prétendre de la ferme, qui, n'étant due par le fermier que pour le prix des fruits, n'est due que lorsqu'il les a recueillis, et n'a pu par conséquent être acquise à la douairière, qui est morte auparavant.

Lorsque la douairière est morte pendant la récolte, la ferme due pour cette récolte appartient à sa succession, à proportion de ce qu'il y avait alors de fruits recueillis. Par exemple, si la récolte était alors faite aux deux tiers, la ferme due pour cette récolte appartiendra pour les deux tiers à la succession de la douairière, et pour le surplus, au propriétaire de l'héritage.

Tout en déclarant fruits civils les fermages des biens ruraux, Pothier, conformément au droit romain (*L. 58, ff. de usuf.*) leur applique le principe de l'acquisition des fruits naturels, c'est-à-dire qu'il recherche si la récolte a été ou non faite pendant la durée de l'usufruit. Le droit a changé à cet égard : Le Code met les fermages des biens ruraux dans la classe des fruits civils ; mais ce n'est pas nominalement, c'est *cum effectu*, il veut qu'on leur applique la règle d'acquisition des fruits civils, c'est-à-dire jour par jour, sans s'occuper de l'époque de la récolte ni du paiement. Cod. Civ. art. 586.

205. A l'égard des loyers de maisons, ces loyers étant dus par le locataire pour la jouissance de la maison qu'il a, ou qu'il ne tient qu'à lui d'avoir chaque jour, ils se comptent de jour à jour, comme les arrérages de rentes : ils sont dus par partie par le locataire chaque jour, et par conséquent acquis par partie chaque jour à la douairière, de même qu'aux autres usufruitiers. C'est pourquoi, à la mort de la douairière, non-seulement les termes des loyers et des arrérages de rentes qui étaient échus avant la mort de la douairière, mais tout ce qui a couru jusqu'au jour de la mort de la douairière *exclusivement*, du terme qui ne doit échoir qu'après sa mort, est censé avoir été acquis à la douairière, et appartient à ses héritiers.

Pourquoi avons-nous dit *exclusivement* ? C'est que la partie de loyer due pour chaque jour, étant due pour la jouissance de ce jour, elle n'est due que lorsque le jour est entièrement révolu : c'est pourquoi le loyer du jour de la mort de la douai-

[ARTICLE 449.]

rière, n'a pu lui être acquis, à moins qu'on ne la supposât morte précisément au dernier instant de la journée.

Il en est de même des arrérages de rentes.

Il en est autrement du cens : étant dû *in recognitionem domini*, il est dû aussitôt qu'est arrivé le jour auquel la seigneurie doit être reconnue, qui est celui auquel le cens est payable, quoique les censitaires aient tout le jour pour s'acquitter de ce devoir.

Voy. *Pandectes Frs.* sous art. 409.

* 5 *Pandectes Frs.* sur | 19. Les fruits civils sont censés per-
 art. 584 C. N. | çus, et par conséquent acquis à l'usu-
 fruitier à mesure qu'ils naissent. En conséquence, ils sont dus
 à l'héritier de l'usufruitier jusqu'au jour du décès de celui-ci.

Quant aux rentes, il ne peut y avoir de difficulté pour celles
 qui sont perpétuelles. L'usufruitier perçoit les arrérages à son
 profit tant que dure l'usufruit. Mais en est-il de même à l'égard
 des rentes viagères ?

Sérieux, dans une dissertation très-longue, qu'il a placée à
 la suite du Traité de la Communauté de Renusson, soutient,
 qu'à la fin de l'usufruit, les héritiers de l'usufruit doivent res-
 tituer les arrérages perçus, au propriétaire, ou à ses héritiers.
 Cet auteur cite six arrêts, dont deux des 3 novembre 1725 et
 15 février 1729, ont jugé contre son opinion ; mais quatre,
 l'un connu sous le nom d'arrêt d'APPARAT, les trois autres des
 25 janvier 1712, 5 septembre 1715, et 20 mai 1751, ont décidé
 suivant son avis ; mais ces arrêts ont été rendus dans le cas
 du don mutuel entre époux.

La dissertation de Sérieux lui-même est presque toute en-
 tière dans le même cas.

Quoi qu'il en soit, nous pensons que l'avis de Sérieux ne
 doit être suivi dans aucun cas, et que l'usufruitier d'une rente
 viagère en perçoit irrévocablement les arrérages tant que
 l'usufruit dure, ou jusqu'à la mort du propriétaire de la rente.

[ARTICLE 449.]

Elle est le produit d'un capital réel ou fictif. Les arrérages sont des fruits civils.

Le droit du propriétaire d'une rente viagère n'est lui-même qu'une sorte d'usufruit. Si cet usufruit est accordé à un autre, c'est une cession de jouissance : et comme, dans le cas de la cession d'un usufruit réel, le cessionnaire acquiert irrévocablement les fruits, celui d'une rente viagère doit les acquérir de même.

Sérieux objecte que, si la rente viagère est créée pour l'aliénation d'un immeuble, elle forme le prix de la vente, lequel se compose de tous les arrérages qui seront payés ; que si on les abandonne irrévocablement à l'usufruitier, on lui donne la propriété qui doit rester au propriétaire de la rente, ou à son héritier.

Cette proposition ne nous paraît point exacte. Le prix de la vente est le capital pour lequel la rente est créée, et les arrérages ne sont toujours que des fruits de ce capital. D'où il suit que, dans ce cas, comme dans tous les autres, l'usufruitier de cette rente doit acquérir irrévocablement les arrérages.

Notre opinion nous paraît justifiée par l'article sur lequel nous écrivons, qui, en mettant au nombre des fruits civils les arrérages de rentes, ne distingue point entre les rentes perpétuelles ou viagères.

20. Le paragraphe unique de cet article, qui range le prix des baux à ferme dans la classe des fruits civils, fait cesser bien des embarras, et détruit la cause d'une multitude de contestations.

Autrefois on regardait ces fermages comme représentant les fruits. En conséquence il fallait, dans le cas du décès de l'usufruitier, distinguer entre les différentes sortes de fruits, et l'époque de leur maturité. Il fallait faire des ventilations.

D'après le Code Civil, l'opération devient simple, et il ne peut y avoir lieu à aucune difficulté. Les fermages appartiennent à l'héritier de l'usufruitier, à raison du temps que l'usufruit a duré.

[ARTICLE 449.]

* *Pothier, Com.* } 221. Les arrérages de rentes, soit foncières,
 No. 221. } soit constituées, soit perpétuelles, soit via-
 gères, sont aussi des espèces de fruits civils, qui, comme les
 loyers de maisons, échéent aussi et sont dus par parties par
 chacun jour du temps pendant lequel ils ont couru ; c'est pour-
 quoi, lors du rachat de ces rentes, on doit payer avec le prin-
 cipal, non-seulement les arrérages échus jusqu'au dernier
 terme, mais aussi ceux qui sont dus pour tous les jours qui se
 sont écoulés depuis le dernier terme jusqu'au jour du rachat.

Par la même raison, lors de la dissolution de la commu-
 nauté, les arrérages des rentes propres de l'un ou de l'autre
 des conjoints, appartiennent à la communauté, non-seulement
 pour tout ce qui en est échu jusqu'aux termes qui ont précédé
 la dissolution de communauté, mais aussi pour tout le temps
 qui s'est écoulé depuis les dits derniers termes jusqu'au jour
 de la dissolution.

Quand même la rente foncière serait due sur des biens de
 campagne, les arrérages se compteraient de jour à jour, de
 même que ceux des autres rentes, de la manière dont nous
 venons de l'expliquer : car ces arrérages de rente foncière,
 différents en cela des fermes, ne sont pas dus pour raison des
 fruits qui se recueillent sur l'héritage sujet à la rente, mais
 pour raison du fonds même de l'héritage, et de la possession
 qu'en a le détenteur sujet à la rente.

* *C. N.* 584. } Les fruits civils sont les loyers des maisons,
 } les intérêts des sommes exigibles, les arrérages
 des rentes.

Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe
 des fruits civils.

[ARTICLE 450.]

450. Les fruit naturels et industriels pendant par branches ou tenant par racines, au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier.

Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire, sans récompense de part ni d'autre, des labours et des semences, mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui peut être acquise au colon partiaire, s'il en existe un au commencement ou à la cessation de l'usufruit.

450. Natural and industrial fruits attached by branches or roots, at the moment when the usufruct is open, belong to the usufructuary.

Those in the same condition at the moment when the usufruct ceases, belong to the proprietor, without recompense on either side for ploughing or sowing, but also without prejudice to the portion of the fruits which may be acquired by a farmer on shares, if there be one at the commencement or at the termination of the usufruct.

* *ff. De usuf. et quem.* } Si pendentes fructus jam maturos
l. 27 in pr. } reliquisset testator, fructuarius eos feret, si, die legati cedente, adhuc pendentes deprehendisset : nam et stantes fructus ad fructuarium pertinent. (ULPIANUS).

Ibid. L. 58 } Defuncta fructuaria mense Decembri, jam omnibus fructibus, qui in agris nascuntur, mense Octobri per colonas sublatis : quæsitum est, utrum pensis heredi fructuariæ solvi deberet, quamvis fructuaria aute Kalendas Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit ; an dividi debeat inter heredem fructuariæ, et rempublicam, cui proprietas legata est ? Respondi, rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere : fructuariæ vero heredem

[ARTICLE 450.]

sua die, secundum ea, quæ proponerentur, integram pensionem percepturam. (SCŒVOLA).

Ibid. L. 59 } § 1. Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid
in pr. } inde percipitur, ad fructuarium pertinet: pensiones quoque jam antea locatorem agrorum, si ipsæ quoque specialiter comprehensæ sint. Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptæ, potest usufructuarius conductorem repellere. (PAULUS).

Ibid. Quibus modis } Si fructuarius messem fecit, et deces-
ususfr. l. 13. } sit, stipulam, quæ in messe jacet, heredis ejus esse Labeo ait: spicam, quæ terra teneatur, domini fundi esse, fructumque percipi, spica aut fæno cæso, aut uva adempta, aut excussa olea: quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed, ut verum est, quod de olea excussa icripsit, ita aliter observandum de olea, quæ per se deciderit. Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit: bonæ fidei autem possessoris, mox, quam a solo separati sint. (PAULUS).

Ibid. De usu et usuf. } Heredis institui fidei commisit, *filio suo*
l. 32, § 7. } *annua decem præstare: aut ea prædia emere, et adsignare, ut usumfructum haberet, redditum efficientia annua decem: filius fundos sibi ab herede secundum matris voluntatem traditos locavit: et quæsitum est, defuncto eo, reliqua colonorum utrumve ad heredem filii fructuarii, an vero ad heredem Sejæ testatricis pertineant? Respondi, nihil proponi, cur ad heredem Sejæ pertineant.* (JAVOLENUS).

[ARTICLE 450.]

Ibid. L. 42. } In fructu id esse intelligitur, quod ad usum
 naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono
 dominove eum fructum tollere expedit, itaque cum olea im-
 matura plus habeat redditus, quam si matura legatur, non
 potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse.
 (JAVOLENUS).

* 5 *Pandectes Frs.* } 21. Cette disposition est puisée dans la
 p. 248 et s. } Loi 27, au Digeste de *Usufructu*, suivant
 laquelle tous les fruits qui se trouvent pendants, mûrs, ou non
 mûrs, exigibles, ou non exigibles, au temps où l'usufruit prend
 naissance, sont dévolus à l'usufruitier, à l'exclusion du pro-
 priétaire sous lequel ils ont été semés, ou ont commencé de
 courir.

Il faut bien remarquer une différence, qui se trouve main-
 tenant entre le Droit Romain, et celui introduit par le Code
 Civil. C'est que les fruits civils, comme les intérêts, ou arré-
 rages, les loyers, ou fermages, étant censés s'acquérir jour
 par jour, à mesure qu'ils naissent, ceux dus au moment de
 l'ouverture de l'usufruit, n'appartiennent point, suivant notre
 Droit français, à l'usufruitier, mais au propriétaire ; l'usu-
 fruitier n'acquiert que ceux qui commencent à naître au mo-
 ment de l'ouverture de son droit, et de la même manière.

Ainsi les fruits civils, exigibles à cette époque, ne lui appar-
 tiennent point.

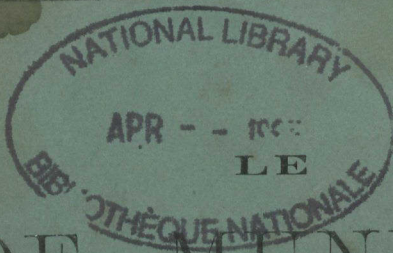
22. Réciproquement, tous les fruits naturels ou industriels,
 encore pendants, et les fruits civils, non encore exigibles, ou
 échus, lors de la cessation de l'usufruit, appartiennent au pro-
 priétaire, à l'exclusion de l'héritier de l'usufruitier.

Dans l'un, ni dans l'autre cas, il n'est rien dû à celui qui a
 cultivé et ensemencé.

Le Code Civil porte, sans préjudice des fruits acquis au
 colon partiaire, soit au commencement, soit à la fin de l'usu-
 fruit. Cela est d'une justice évidente ; mais alors, la portion de

SOMMAIRE.

- I. QUESTION NOTABLE D'USEFRUIT ET DE DÉCRET JUDICIAIRELA RÉDACTION.
- II. LE CODE CRIMINEL EN QUELQUES PAGES..... B. A. T. DE MONTIGNY.
- III. DE L'ÉTUDE DU DROIT ROMAINHORACE ARCHAMBEAULT.
- IV. COMMENTAIRE SUR LE CODE CIVIL, TITRE DU MARIAGE .. L'HON. JUGE LORANGER.
- V. CONTINUATION DE LA BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL...M. CHS. C. DE LORIMIER.



CODE MUNICIPAL

DE LA

PROVINCE DE QUEBEC,

TEL QU'EN FORCE LE PREMIER JANVIER 1879,

PRÉPARÉ PAR

E. LEF. DE BELLEFEUILLE,

AVOCAT.

Le soussigné donne avis aux souscripteurs au Code Municipal et au public en général, que l'ouvrage est maintenant terminé. Les personnes qui désireront le recevoir par la poste auront à ajouter cinq centins au prix de la souscription qui est d'une piastre. Ainsi sur réception d'une piastre et cinq centins le volume relié en question leur sera expédié franc de port par la malle.

MONTRÉAL, MAI 1879.

EUSÈBE SENÉCAL, IMPRIMEUR,

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