

Vol. I.

MARS 1879.

No. 2.

# LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

PUBLICATION MENSUELLE DE 128 PAGES PAR LIVRAISON.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER,  
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat  
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat

CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.  
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.  
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

Tous droits de Traduction et de Reproduction réservés.



Montréal :

IMPRIMÉE ET PUBLIÉE PAR EUSÈBE SENÉCAL,  
6, 8 ET 10, RUE ST. VINCENT.  
1879.

# AVIS SPECIAL.

Cette deuxième livraison de *La Thémis* est expédiée à toutes les personnes qui n'ont pas refusé la première et qui seront, par ce fait, considérées comme abonnées régulièrement.

E. SENÉCAL.

## 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.

MARS 1879.

No. 2.

---

---

## ETUDE

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

(*Suite.*)

Nous avons vu jusqu'ici les propres invariablement affectés à la famille et à la ligne dont ils sortaient. Il était cependant une modification apportée à cette règle. C'est qu'en cas d'extinction de la ligne, et de défaut de parents successibles dans cette ligne, l'héritage retournait aux parents de l'autre ligne par proximité de degrés. C'est ce que dit l'article 330 : " Et " s'il n'y a aucuns héritiers du côté et ligne dont sont venus " les héritages, ils vont au plus prochain et habile à succéder " de l'autre côté et ligne, en quelque degré que ce soit."

Cette modification apportée à l'affectation des propres de ligne, produisait des conséquences plus considérables qu'on ne serait porté à le croire à première vue. C'était avec la faculté de tester librement de la cinquième partie des propres, le seul moyen d'obvier à l'immobilité complète des immeubles transmis par succession la voie la plus ordinaire de transmission de la propriété foncière, et de leur concentration dans les mêmes mains. Car que l'on remarque que cette concentration des biens dans les familles aurait produit une espèce de subs-

titution à l'infini. Cette substitution n'était pas permise aux termes du droit français. Dans le principe, elle n'était pas prohibée, mais des Ordonnances comparativement peu anciennes avaient restreint toute substitution, tant directe que fidéicommissaire à deux degrés, sans compter l'institué et il n'y avait pas de substitution légale ou ordonnée par la loi en France, à la différence d'autres pays européens, l'Angleterre par exemple, où la féodalité avait poussé des racines encore plus profondes et s'était incarnée davantage dans la loi des successions.

Il n'est pas ici question de faire une comparaison entre la loi française à cet égard et la loi d'Angleterre. Quelque ait été la ressemblance de ces deux lois dans l'origine et leur homogénéité avec le principe, qui, né de la perpétuité des fiefs et de leur hérédité, de temporaires et viagers qu'ils étaient, à une époque où ils étaient connus sous le nom de simples bénéfices, non seulement en France, mais dans l'Europe entière, les avait constitués en propriété absolue et rendus héréditaires, sous la condition de rester perpétuellement dans la descendance du seigneur ; il est certain que ce principe de concentration absolue avait perdu de sa rigueur en France et qu'il s'y était considérablement modifié. Toutefois avant la Révolution, l'aliénation absolue de la terre noble n'était pas encore permise, et quoique le jeu des fiefs fut loisible, le démembrement en était encore prohibé.

Cette matière du jeu des fiefs distingué de leur démembrement, demande des explications pour comprendre à fond la tenure immobilière en France, et la portée exacte de l'article qui fait l'objet de cette dissertation.

La matière des fiefs a toujours été non-seulement en France mais en Allemagne, en Italie, et dans toute l'Europe féodale, hérissée de graves difficultés. Le démembrement et le jeu de fief surtout étaient peut-être les parties les plus épineuses de la jurisprudence. Guyot les appelle : *un labyrinthe inextricable, une mer immense, qui fait reculer en arrière tous ceux qui s'y veulent embarquer.*

L'intelligence de ces matières est cependant nécessaire

pour compléter la connaissance des lois de propriété en France et à cause de leur étroite liaison avec les lois de succession qui renfermaient un principe commun à toutes les hérédités, même à celle de la Couronne. Cette connaissance est ainsi devenue indispensable à la poursuite de la présente Etude, et à ce titre, il nous faut nous embarquer sur *cette mer immense* et pénétrer dans ce *labyrinthe inextricable* !

Avant de le faire, il convient toutefois de reprendre le sujet des propres inaliénables hors de la famille pour plus d'un cinquième, par succession ou titre équivalent. La Coutume ayant restreint cette inaliénabilité à ces titres, il s'ensuivait que les propres étaient pour le total aliénables et transmissibles aux mains des étrangers à titre singulier. Ainsi le propriétaire d'un propre ne pouvait en tester en faveur d'un étranger pour plus d'un cinquième, mais il pouvait le vendre, l'échanger ou le donner en paiement pour le tout en faveur de qui lui plaisait. Cette liberté d'aliéner les propres par actes entre-vifs, jointe à la liberté des legs pour un cinquième, était un autre obstacle qui empêchait l'inaliénabilité par actes à cause de mort, de produire les effets d'une substitution à l'infini.

Ce qui vient d'être dit de l'aliénabilité absolue des propres par actes entre-vifs, ne doit cependant s'entendre que des biens tenus en roture ; car pour les biens nobles ou tenus en fief, l'aliénation par ces mêmes titres, n'en était pas permise d'une manière illimitée. Ici se présente l'occasion, la nécessité même d'entrer dans les explications ci-haut annoncées sur la matière des fiefs, matière liée aux lois du Bas Canada, parce que jusqu'en 1855, la tenure féodale, quoique bien mitigée et adaptée à la condition du pays, y était en vigueur. Ces explications sont d'autant plus nécessaires, que depuis l'abolition du régime seigneurial, les principes qui y avaient rapport sont moins connus, et sont plutôt restés à l'état de tradition légale qu'à celui de connaissances pratiques. Les anciens praticiens en ont seuls un souvenir distinct.

Sous l'ancien régime et jusqu'à l'abolition de la féodalité et des justices seigneuriales en France, par les lois du 4 août

1789, toutes les terres étaient seigneuriales. *Nulle terre sans seigneur* était une maxime universelle appliquée à tous les héritages. L'origine des fiefs est incertaine et si on en croyait l'opinion sans doute exagérée de certains auteurs, la féodalité serait presque aussi ancienne que le monde. Ce qui est certain, c'est que sous la première race des rois de France, les fiefs n'étaient donnés qu'en usufruit, mais qu'ils commencèrent à être patrimoniaux sous Charles le Simple. Ils furent dès lors, considérés comme propriété absolue, bien que l'hérédité en différât de celle des autres héritages, frappée qu'elle fut dès l'origine du droit de masculinité, qu'elle le devint ensuite de celui de primogéniture, et resta toujours sujette à des distinctions entre les successions directes et les successions collatérales, distinctions dont les autres biens n'étaient pas susceptibles.

Quoique les opinions des auteurs diffèrent sur l'origine des fiefs et que des systèmes divers aient été formés à ce sujet, en particulier par le Président Montesquieu, l'Abbé de Mably et l'Abbé Dubois, il est cependant des principes fondamentaux qui ont rallié l'assentiment commun des feudistes et des jurisconsultes.

Il est certain que l'origine du système féodal qui tient une si vaste place dans l'histoire des institutions en France, et qui a exercé une si grande influence sur la constitution de l'Etat, vient de la conquête faite par les Francs, de ce royaume dans le sixième siècle. Après s'être emparé des Gaules, les Francs venus de la Germanie, et dominés comme tous les Germains, par la passion de la conquête et par l'instinct de la spoliation, s'emparèrent des biens, des femmes, des enfants et des trésors des Gaulois vaincus. Ils firent du tout un énorme butin qui tomba au pouvoir de leurs chefs, lesquels partagèrent les terres des vaincus entre leurs compagnons ou fidèles appelés *leudes*. Ces terres ou ces concessions furent appelées originairement des bénéfices. Les guerriers n'eurent point seuls part au partage. Le clergé fut aussi largement gratifié de ces bénéfices. Ces concessions faites en usufruit étaient d'abord amovibles, et ne duraient que sous le bon plaisir du concédant. Elles

devinrent graduellement viagères et par la suite perpétuelles et héréditaires.

L'historique de ces mutations de tenure, et l'émancipation graduelle des droits des concessionnaires, qui de simples usufruitiers révocables à volonté, devinrent usufruitiers à vie, puis propriétaires et maîtres absolus des terres concédées avec faculté de les transmettre dans leurs patrimoines à titres successifs, tient à une progression d'idées, et à une filiation de principes qui n'ont point leur place ici et sont du domaine de l'Histoire.

Ce qu'il importe de connaître, ce sont les règles qui régissaient la transmission de ces biens. Comme ces terres d'une vaste étendue et en grande partie non encore défrichées, auraient été improductives dans les mains des premiers propriétaires, s'ils n'avaient eu le pouvoir de les concéder à des conditions lucratives, ces concessionnaires reçurent d'abord ou s'arrogèrent bientôt ce pouvoir. La terre originairement concédée, quelle qu'en fut l'étendue, s'appela fief, mot probablement dérivé du terme latin *fides* *fidélité*, parceque les premières concessions furent faites à la charge par le concessionnaire d'être fidèle à son bienfaiteur, et de le suivre à la guerre. Les concessionnaires d'un chef étaient pour cela appelés ses fidèles, ses *leudes*, d'un terme germain ayant cette signification. Ils devinrent bientôt connus sous le nom de Seigneurs, et leurs terres furent elles-mêmes appelés fiefs ou seigneuries et la concession elle-même fut dite faite en fief. Le chef concédant s'appelait du même nom de seigneur, mais pour les distinguer l'un de l'autre le concessionnaire fut appelé son vassal. L'obligation de prêter serment de fidélité et de prêter foi et hommage à son seigneur, fut de la part du vassal une des obligations primordiales du contrat et devint de l'essence même du fief. Cette obligation n'excluait pas la stipulation de services ou autres redevances, mais ces charges additionnelles n'étaient que de la nature du fief et non de son essence.

On peut définir le fief " toute chose immobilière ou réputée telle transmise à quelqu'un, à la charge par le transmissionnaire de porter foi et hommage au transmettant," c'est-à-dire à la charge de fidélité et d'autres services, qui n'étaient cepen-

dant point, comme il vient d'être dit, de l'essence de la transmission, mais qui dépendaient de la convention. Le seigneur ne transmettait cependant pas à son vassal le domaine direct du fief qu'il gardait par devers lui ; il ne lui en concédait que le domaine utile. La foi et hommage et les services que devait le vassal à son seigneur, étaient le signe permanent de l'éminence de ce domaine direct resté en la personne du seigneur.

De son côté, le vassal pouvait faire des sous-concessions du fief, mais elles devaient se faire également à la charge de rétention du domaine direct et de fidélité ou foi et hommage de la part des sous-concessionnaires en faveur de leur concédant, qui devenaient alors les seigneurs de ces derniers devenus leur vassal. Le nouveau vassal devenait alors l'arrière-vassal du premier seigneur et son fief par rapport à ce premier seigneur, qui prenait alors le titre de suzerain, devenait un arrière-fief. La seigneurie primitive de ce suzerain devenait alors la seigneurie dominante et s'appelait fief dominant, par rapport au second fief qui s'appelait fief servant, ou fief devant des services. Le domaine direct gardé par l'arrière-seigneur ou suzerain, s'appelait le domaine éminent, par distinction du domaine direct du premier concessionnaire sur l'arrière-fief.

Ces sous-concessions pouvaient se faire indéfiniment, mais toujours avec rétention du domaine direct, par le seigneur subséquent à l'arrière-vassal, qui ne recevait que le domaine utile, et à la charge de la foi et hommage ou de fidélité de la part de cet arrière-vassal à son seigneur immédiat, de même qu'au suzerain. Originellement, les services étaient des services militaires et la fidélité obligeait le vassal à suivre son seigneur à la guerre, mais comme ce même engagement pesait sur tous les vassaux, il s'en suivait que tous les vassaux, devenus arrière-vassaux du suzerain, devaient marcher sous son drapeau. De là, cette mention si commune dans l'histoire du moyen-âge de l'appel sous le drapeau des vassaux et arrière-vassaux, connu sous les termes de convocation du ban et arrière-ban des vassaux.

La féodalité formait donc une chaîne non interrompue,

chaque concession formait un anneau, dont le premier était le seigneur suzerain, et le dernier, le dernier arrière-vassal.

La même nécessité qui avait produit les sous-concessions en fief, engendra aussi une autre espèce de concession, la concession dite en censive.

Les terres concédées en fief ou inféodées, car toute concession en fief s'appelait inféodation, étant trop vastes pour être cultivées par le seigneur lui-même, le seul mode praticable pour en retirer du profit, fut de les morceler par portions susceptibles de culture par un même propriétaire, et de les concéder à rente. Par cette concession distincte de l'inféodation, le seigneur de même que dans l'inféodation, retenait le domaine direct et ne concédait que le domaine utile. Comme dans l'inféodation la foi ou fidélité ou la prestation de cette foi, par un acte appelé foi et hommage, était le signe représentatif du domaine direct, dans la concession à rente un *cens* était stipulé pour représenter ce même domaine retenu par le seigneur. Cette concession à rente et avec stipulation du cens qui était de l'essence du contrat, était connue sous le nom d'accensement, bail à rente censuelle ou concession en censive. On l'appelait aussi roture et les concessionnaires, tenanciers ou censitaires, étaient appelés roturiers, des termes latins *rupto ruptor*, dérivant du verbe *rumpere* participe *ruptus*, briser, rompre, parceque, pour cultiver le sol, ils étaient obligés de le rompre, de le briser.

On saisit toutefois ce qu'il y a de spéculatif dans les étymologies de ce genre !

*Fief et censive, inféodation, accensement, foi et cens*, voilà donc les mots qui représentent les deux tenures du régime seigneurial, la tenure féodale proprement dite et la tenure en censive ou en roture.

De la tenure féodale proprement dite est sortie la noblesse de France, et de la tenure en censive sont sortis les roturiers. Les possesseurs de fiefs étaient les nobles qu'ils fussent suzerains ou vassaux et tous les possesseurs de censive étaient roturiers. Des rapports de l'homme avec la terre naquirent les

rapports des hommes entre eux et la distinction des classes ou castes entre elles. C'est à ce point de vue, que l'on a pu dire avec vérité, que sous le régime seigneurial, *l'homme ne possédait pas la terre, mais qu'il en était possédée.*

“ Le droit commun de la féodalité,” dit Laferrière, dans son Histoire du Droit Français, tome 4, liv. 6, chap. 1, section 2, pages 469 et 470, “ a pour fondement le rapport de la terre avec l'homme, et la correspondance de condition entre les personnes et les choses. Cette loi des rapports réciproques de la terre et de l'homme forme dans le droit féodal le principe d'unité.”

“ Dans la seconde période, où le mouvement social se fait sentir de toutes parts, la terre apparaît avec la distinction nouvelle et fondamentale du *Fief* et de la *Censive*, l'homme avec la distinction correspondante d'*Homme Noble* et d'*Homme Roturier*. Dès lors, dans la diversité de leurs classes, les vassaux eurent deux manières de dépendre d'un même seigneur : les uns relevaient à *foi et hommage*, les autres à *Cens*.”

“ Mais peu importait que la seigneurie eût ou non les deux qualifications de féodale ou de censive. Dans les deux territoires, dans les deux systèmes de qualification, dans toute la sphère féodale qui embrassait les pays de droit écrit comme les pays de droit coutumier, les institutions et les droits de la féodalité avaient toujours pour base *le Fief et la Censive*, et dans le droit commun de la féodalité civile, il y avait toujours deux lois correspondantes, la *Loi Noble* ou celle des seigneurs ou des vassaux possédant fiefs ; et la loi *Roturière*, ou celle des censitaires, des roturiers, des coutumiers.”

“ Plus loin : Le caractère distinctif qui domine la propriété dans le système féodal, c'est que les concessionnaires à titre de *fief* ou de *censive* n'ont qu'un droit de propriété limité dans son exercice. Les seigneurs supérieurs ou suzerains ne conservent ni ne délèguent la plénitude de propriété ; le pouvoir seigneurial plane sur les terres avec un signe permanent de souveraineté et constitue au-dessus de la propriété des fiefs et des censives un domaine éminent.”

Il était une troisième tenure, la tenure allodiale ou de franc alleu, car toutes les terres n'avaient pas été concédées originairement en fief ou en censive. Il en était dont les particuliers après la conquête de la Gaule s'étaient emparé sans sous-concession de personne, et qu'ils avaient transmises à leurs descendants, franches et libres de tout hommage et de tout cens, libres de toutes redevances seigneuriales. Le mot *alleu* dérivé de la langue celtique veut dire *franc-libre*. On conçoit là tout de suite la supériorité de cette tenure dégagée de toute charge sur les deux autres. Cependant, comme c'était la terre qui distinguait la classe du possesseur et qu'il n'y avait que la terre tenue en fief ou inféodée qui fut noble, beaucoup de propriétaires d'alleux obtinrent, au moyen d'un droit de finance payé au seigneur, appelé droit de *franc fief*, le privilège de posséder noblement leurs alleux. Il y eut donc des alleux nobles et des alleux roturiers.

Pour compléter ces notions, lisons le résumé suivant des principes propres au système seigneurial, féodal, censuel et allodial, fait par l'auteur du Nouveau Commentaire sur la Coutume de Paris, Claude de Ferrière, appelé communément le Petit Coutumier, par distinction de son Grand Commentaire, sur le même sujet, et que l'on appelle le Grand Coutumier, pages 5, 6 et 7.

“ Avant que de venir à la définition, à la nature et aux espèces de Fief, il faut observer que les héritages se divisent en deux espèces dans la Coutume de Paris ; les uns sont possédés noblement, et les autres roturièrement.

Les héritages possédés noblement sont les Fiefs et les Francs-alleus nobles : les héritages possédés roturièrement sont les héritages tenus à cens ou censive, ou autre droit, comme de champart, ou autre semblable ; et les francs-alleus roturiers.

La qualité et la nature des biens féodaux est bien différente de celle des héritages roturiers, et ils se règlent par des maximes toutes différentes.

Fief est un héritage tenu et possédé à condition de la foi et hommage, et de certains droits payables ordinairement, par les nouveaux possesseurs et détenteurs, aux Seigneurs desquels ils relèvent, et qui sont le quint et le relief.

Ceux qui sont propriétaires de tels héritages sont appelés Vassaux, c'est-à-dire sujets.

De cette définition il s'ensuit que la foi et hommage, est de l'essence et de la substance du Fief, ce qui n'empêche pas que par convention faite avec les Seigneurs, les Vassaux n'en soient déchargés, ce qui est assez fréquent dans les Coutumes d'Anjou, Touraine et autres, où les hommages sont abonnés.

C'est de la foi et hommage que les Fiefs ont été ainsi appelés, *quasi à fide seu fidelitate*.

Les Fiefs reçoivent plusieurs divisions.

La première se fait en Fief corporel et Fief incorporel.

Le Fief corporel est celui qui consiste en héritage tenu à foi et hommage ; et le Fief incorporel consiste dans un droit tenu à foi et hommage, comme un cens, un office fieffé, ou une rente féodale.

Avant la réformation de la Coutume, un Vassal pouvait de son Fief en faire un Fief en l'air ; par exemple, celui qui avait vingt arpents en Fief, pouvait les donner tous à quelqu'un, à la charge envers lui de la foi et hommage, ou d'un certain cens ; et par ce moyen il ne se réservait qu'un droit direct qui était incorporel : mais par l'article 51, de la nouvelle Coutume, on ne peut aliéner que les deux tiers, en se réservant un droit domanial et seigneurial sur la partie aliénée.

La deuxième division des Fiefs se fait en Fiefs nobles et Fiefs non nobles ; les Fiefs nobles sont ceux qui ne peuvent être possédés que par gens nobles ; et les non nobles peuvent être possédés par les roturiers.

Tous les Fiefs sont nobles en France, et il n'y a que les nobles qui les puissent posséder, c'est pourquoi on les appelle francs-Fiefs, parceque ceux qui les possèdent sont francs et exempts des Tailles, Aides, subsides, et autres charges auxquelles les roturiers sont sujets, contribuables et cotisables.

La nécessité de l'Etat a obligé les Rois de permettre aux Roturiers d'acquérir et posséder des Fiefs et autres biens nobles, en payant par eux une certaine finance, qui a été appelée le droit de franc-Fief, dont il y a un grand traité dans les œuvres de Bacquet."

T. J. J. LORANGER.

(A continuer.)

## QUESTION NOTABLE

# D'USUFRUIT ET DE DÉCRET JUDICIAIRE.

---

Dans le terme de juin 1874, la Cour d'Appel a dans une cause mûe entre les nommés Lavigne Appelant et McNider Intimé, jugé une question nouvelle en ce pays, et qui s'est rarement présentée devant les tribunaux français, si elle y a été du tout agitée *in terminis* et dans des conditions d'identité avec la présente.

La Cour a jugé, à la majorité des opinions, qu'un décret fait sur l'usufruitier pour une dette autre que celle du *de cujus*, ne purge pas les droits du nu propriétaire, et n'a de valeur que quant à la transmission des droits de l'usufruitier. Ce jugement fondé sur le principe que l'usufruitier ne possède qu'à titre précaire, et n'est pas, aux yeux de la loi, un possesseur sur lequel l'expropriation judiciaire peut se faire, implique des conséquences fort graves en droit et mérite de la part de la Rédaction une étude particulière.

Cependant comme il n'a pas encore été publié, nous devons au préalable, en faire le rapport *in extenso* et tel qu'il a été prononcé par l'honorable Juge Loranger, (1) qui en cette occasion a été l'organe du tribunal.

Janet Finlay, veuve de Robert Aird, fit son testament le 16 avril 1832, devant Crawford et son confrère, notaires. Elle avait un fils portant le nom de son père Robert Aird le mari de la testatrice, quatre petits-fils issus du mariage de Rosanna Aird, sa fille défunte, avec Adam Lymburn McNider, savoir : Adam Robert McNider, George Marklard McNider, William McNider, John McNider, et des petites-filles issues du même mariage. Par son testament elle institua son fils Robert Aird légataire à titre universel de ses biens mobiliers, et quant à

(1) Les autres juges étaient les Honorables Taschereau *dissentiens*, Ramsay et Sanborn.

ses biens immobiliers situés à la Côte Ste. Catherine, dans la paroissede Montréal, elle les légua à Adam Robert McNider, Intimé, pour les avoir et posséder (*to have and to hold*, dit le testament fait en langue anglaise) sa vie durant, et, à son décès, à son ou ses enfants nés en légitime mariage, et aux héritiers de son ou ses enfants, absolument et pour toujours (*absolutely and forever*); attribution du total au cas d'un seul enfant, et le partage par parts égales dans le cas de plusieurs; au cas du décès d'Adam Robert McNider sans enfants légitimes, ou au cas de mort de ses enfants avant leur âge de majorité, chacun des trois autres McNider nommés dans l'ordre ci-haut mentionné et leurs enfants et petits-enfants devaient recueillir le legs, à des termes et conditions exactement identiques à ceux imposés au legs fait au premier; en cas de mort de chacun des légataires sans enfants, ou de mort de ses enfants sans enfants légitimes et au cas de caducité du legs graduel par le décès des mâles sans laisser d'enfants, les filles et leurs héritiers devaient recueillir le legs par parts égales, pourvu néanmoins, et c'est, dit le testament, ma volonté et intention, nonobstant toute chose à ce contraire, que mon gendre Adam Lymburn McNider, et mon fils, Robert Aird, aient l'usage, l'usufruit et la jouissance des biens légués leur vie durant avec droit de survie, "provided nevertheless and it is my will and intention, anything therein contained to the contrary notwithstanding, that my son-in-law, the said Adam Lymburn McNider and my son Robert Aird, shall have and be entitled to the use, usufruct and enjoyment of the aforesaid real property, immediately from and after my decease, for and during the term of their natural lives as joint tenants, with right of survivorship and not as tenants in common."

Au décès de la testatrice, Robert Aird son fils prit possession de tous ses biens meubles, et, conjointement avec Adam Lymburne McNider, des immeubles, et le 31 mai 1861, Adam Lymburne McNider étant décédé, Robert Aird, resté seul en possession, donna aux seigneurs de Montréal une reconnaissance ou obligation pour £50. 9. 6 pour lods et ventes et cens et rentes, £47. 13. 1 étant pour lods et ventes devenus dus en

1819, 1820 et 1822, et par conséquent prescrits, et la balance, c'est-à-dire £2. 16. 5, pour quarante années de cens et rentes dont la dernière était échue en 1859. Sur cette obligation les seigneurs obtinrent un jugement en vertu duquel ils firent décréter sur Aird un des immeubles compris dans le legs, lequel fut adjugé à Thomas R. Johnson, qui le revendit à l'Appelant, contre lequel l'Intimé Adam Robert McNider, mentionné en premier lieu dans le testament ci-haut, l'a revendiqué par action pétitoire intentée après le décès de Robert Aird, arrivé le 2 octobre 1867.

L'Appelant, Défendeur en première instance, a plaidé trois moyens : 1o. Le défaut de publication du testament ; 2o. la validité du titre de son vendeur Johnson, adjudicataire au décret ; 3o. la qualité d'héritier de Robert Aird en la personne de l'Intimé et sa responsabilité comme son garant du décret.

L'Intimé, en réponse, a invoqué l'enregistrement du testament fait le 24 octobre 1844 au Bureau des Hypothèques ; la nullité du décret fait sur Robert Aird, qui n'était que l'usufruitier du bien décrété pour sa propre dette, créée par une reconnaissance d'une dette de la testatrice, prescrite à l'exception d'une portion insignifiante de la somme totale, c'est-à-dire de \$1.40.

La Cour de première instance ayant maintenu l'action, la seule question qui se soulève sur l'Appel interjeté par le Défendeur, a rapport à la valeur du décret fait sur Robert Aird. Il est évident que si le décret a eu l'effet de purger le droit de l'Appelant, le jugement est erroné, et que dans le cas contraire il doit être confirmé. Ce jugement est basé sur trois motifs : 1o. Il déclare contre l'Appelant, qui soutenait que Robert Aird et Adam Lymburne McNider avaient été appelés à recueillir le legs comme grevés de substitution, que ces deux personnes n'étaient que des usufruitiers, et que le premier appelé était l'Intimé à charge de restitution à ses enfants, et à son défaut et au défaut de ses enfants, à ses frères et sœurs dans l'ordre indiqué au testament ; 2o. que l'enregistrement fait le 24 octobre 1844, sous les dispositions de l'acte 18 Vict., ch. 101, était valable et avait eu l'effet de donner publicité à la substi-

tution, et 3o. que le décret fait sur Robert Aird, simple usufruitier, avait été invalide et ne soutenait pas les droits de propriété de l'Appelant.

La contre-partie de ce jugement se trouve dans le système de l'Appelant, qui traite comme grevé de substitution Robert Aird sur lequel l'immeuble a été décrété, sans que cette substitution, qui n'a pas été publiée, puisse être invoquée contre les tiers, et l'Appelant en est un. Le décret fait sur le grevé de substitution est valide, en thèse générale, contre les appelés si cette substitution n'a pas été publiée, mais il l'est toujours contre le grevé, surtout quand il l'est pour les dettes du testateur comme dans l'espèce actuelle. Si Aird n'était qu'un usufruitier, l'Intimé, par le décès de la testatrice, est devenu à charge de restitution le propriétaire de l'immeuble décrété, et par le défaut de publication, son droit de propriété qui n'était que conditionnel, sujet à la non-survie des appelés, et résoluble par l'ouverture de la substitution, est devenu incommutable et absolu vis-à-vis des tiers, et il était comme tel tenu de s'opposer au décret fait sur Aird, possesseur public de l'immeuble, bien que sa possession fût celle de l'usufruitier. En invoquant le défaut d'ouverture de la substitution, l'Intimé invoque les droits des appelés qui, supposant que le défaut de publication n'a pas absolument rendu la substitution caduque vis-à-vis des tiers, n'ont que des droits conditionnels, subordonnés à leur survie à Robert Aird, et qui pouvaient mourir avant lui. Enfin, et ce moyen paraît dans le raisonnement de l'Appelant dominer tous les autres et faire le fonds de sa cause, supposant tous les moyens ci-haut déduits inadmissibles, l'immeuble a été vendu en tout ou en partie pour une dette de la succession, et cette vente est valable contre tous ceux qui sont appelés à recueillir avec ou sans charge.

Tel est le système de l'Appelant. Dans celui de l'Intimé, Robert Aird n'est qu'un usufruitier sur lequel le décret fait pour sa propre dette est impuissant à purger les droits du nu propriétaire, qui est ici l'Intimé, sans que ce dernier soit tenu de s'y opposer. Aird a fait sienne une dette de la succession qui était prescrite, et c'est pour éteindre cette dette et non celle

de la testatrice que l'immeuble a été vendu. Le premier appelé à recueillir le legs à charge d'usufruit en faveur de Robert Aird et Adam Lymburne McNider, et de restituer aux autres appelés, était l'Intimé, dont la mort donnera seule ouverture à la substitution, et dans les principes du droit, le décret ne purge pas les substitutions non ouvertes même sans publication ; mais dans l'espèce actuelle la substitution a reçu la publicité nécessaire pour mettre les tiers en garde, par l'enregistrement qui en a été fait au Bureau des Hypothèques le 24 octobre 1844. Sur le tout le décret a été invalide comme ayant été fait *supra non dominante et non possidente*, et l'Intimé n'en a pas été affecté, malgré qu'il ne s'y soit pas opposé.

Comme on le voit, ce conflit soulève un grand nombre de questions, mais comme la valeur du décret fait le fonds du litige, et la question principale, on ne pourra bien l'apprécier sans donner d'abord au testament son interprétation légitime, en assignant à chacune des parties gratifiées la nature et l'étendue des droits que leur a conférés la testatrice.

Il est indubitable que ni Robert Aird ni Adam Lymburne McNider n'ont été appelés à recueillir un legs de propriété ; ils n'ont pas même été l'objet d'un legs direct d'usufruit des immeubles. Les institués appelés à la propriété des immeubles légués à charge de substitution en faveur de leurs enfants, ont été graduellement les petits-fils de la testatrice au défaut les uns des autres ; l'Intimé devant recueillir en premier lieu. La disposition a formé une substitution compendieuse au moyen de laquelle l'Intimé devait recueillir à charge de restitution en faveur de ses enfants, et à son défaut, ses frères à la même charge, et au défaut de la branche masculine, la branche féminine sans charge et absolument, mais dans tous les cas à charge d'usufruit en faveur de Robert Aird et Adam Lymburne McNider. Il ne répugne pas à une substitution compendieuse, entremêlée de dispositions directes et obliques, c'est-à-dire à la fois vulgaire et fidéi-commissaire, que l'institué, outre la charge de restitution de la propriété aux appelés, soit grevé d'un usufruit en faveur d'un ou de plusieurs tiers. Cette qualification d'un usufruit attribué à d'autres qu'au grevé et aux

appelés, peut être indépendante de la substitution en ce sens, qu'un testateur peut léguer l'usufruit aux uns d'abord, la propriété à d'autres à charge de restitution, comme il peut léguer cette même propriété sans charge, (la substitution n'étant qu'une modification de la disposition,) de même qu'il peut encore léguer la propriété d'abord à charge de substitution, avec réserve ou charge additionnelle de l'usufruit en faveur d'autres personnes que les grevés et les appelés, et faire de l'usufruit le mode de l'institution. Tout cela est dans la liberté des testaments. Quoique dans le fonds la gratification de l'usufruitier soit la même, la manière dont il y est appelé peut cependant, gravement influencer non sur le droit lui-même, mais sur l'exercice de son droit, en ce que quand l'usufruit est l'objet d'un legs direct l'usufruitier devient propriétaire de l'usufruit par la mort du testateur, quoiqu'à la charge d'en demander la délivrance à l'héritier suivant l'ancien droit, et qu'il entre de plein droit en possession de la chose sujette à l'usufruit suivant notre Code, où le legs saisit de plein droit, et qu'elle peut jeter du doute sur l'intention du testateur de créer un usufruit ou une substitution. Ce qui arrive dans bien des cas ; car souvent les testateurs prennent un terme pour l'autre ; confusion qui a fait dire à l'article 298 du Code qu'une substitution peut exister quoique le terme d'usufruit ait été employé pour exprimer le droit du grevé, et que quand cet usufruit n'est que le mode du legs, c'est-à-dire quand la chose est léguée à condition que le légataire laissera jouir le tiers gratifié, ce légataire est saisi de plein droit de la propriété et possession de la chose léguée ; qu'il doit la délivrer au tiers gratifié, lequel sur son refus n'a contre lui qu'une action pour se faire délivrer la chose si elle est encore en possession du légataire, ou pour répéter la valeur de l'usufruit si la chose est sortie des mains du légataire, qui a pu l'aliéner valablement. (Voyez à cet égard le Répertoire de Merlin, Vo. Mode, Nos. 2 et 4, et le même Répertoire, Vo. Légataire, § 7, art. 2, Nos. 12, 13, 14.)

Il ne peut en outre, dans le cas où l'usufruit est l'objet du mode ou de la charge du legs, y avoir lieu à ambiguïté sur l'intention du testateur de créer un usufruit ou une substitution,

puisque la substitution ne peut exister sans être l'objet d'une disposition directe en faveur du grevé. Or, dans l'espèce actuelle, il est clair que d'après les termes dont s'est servi la testatrice pour gratifier son fils et son gendre, Robert Aird et Adam Lymburne McNider qui ne sont pas l'objet d'un legs direct, que l'usufruit qu'elle a créé en leur faveur ne l'a été que comme charge ou mode du legs fait à ses petits-enfants, dont le premier institué, savoir l'Intimé, a été saisi de la possession comme de la propriété des immeubles, et contre lequel les usufruitiers auraient dû se pourvoir par action pour obtenir délivrance de leur usufruit sur son refus de les en revêtir. Il y a plus : si l'Intimé avait aliéné la chose, ils n'auraient eu contre lui qu'une action en indemnité, ce qui résulte rigoureusement des principes sur la matière. L'idée d'une substitution créée en faveur de Robert Aird et d'Adam Lymburne McNider, ou de leur vocation dans le legs en propriété comme grevés, se trouvant donc pleinement écartée, ils doivent être traités comme de simples usufruitiers en vertu du mode apposé à un legs de la propriété, mode que le légataire a accompli en leur faisant délivrance de la chose. Il est sensible que quant à eux, la substitution n'a produit aucun effet quelconque, et que tant que leur usufruit a duré, ils en ont joui comme si le legs n'eût été chargé d'aucune substitution. Les rapports juridiques existant entre Robert Aird, ayant survécu à son beau-frère Adam Lymburne McNider, et en vertu du testament usufruitier du tout et les appelés ont donc été à tous égards ceux de l'usufruitier vis-à-vis du nu-propiétaire. Voilà l'aperçu fondamental de la question. Nous allons voir comme il l'a singulièrement simplifiée.

Ayant décidé que Robert Aird n'était qu'un usufruitier, il suit que l'Intimé a été de plein droit saisi de la propriété des immeubles, à charge d'usufruit envers Robert Aird, et à charge de substitution en faveur des appelés. Cette charge, l'Intimé l'a accomplie par la délivrance, mais elle aurait duré toute la vie de l'usufruitier, et pouvait éventuellement peser sur les appelés comme sur le grevé, car si Robert Aird avait survécu à l'Intimé, elle serait restée en vigueur contre les ap-

pelés, c'est-à-dire qu'elle aurait eu son effet après l'ouverture de la substitution comme elle l'aurait eue avant. C'est dire encore, que l'usufruit est indépendant de la substitution qui n'aura son ouverture qu'à la mort de l'Intimé.

L'action de l'Intimé a donc été purement et simplement l'action du grevé d'une substitution non ouverte, qui se pourvoit contre un tiers en nullité du décret fait sur l'usufruitier. Voyons si dans aucune des hypothèses invoquées par l'Appelant, le fait de la substitution dont est chargé le Demandeur peut être invoqué par l'adjudicataire au décret, pour repousser sa demande et altérer la situation juridique qu'il occuperait vis-à-vis du Demandeur, si ce dernier était propriétaire sans charge de restitution, c'est-à-dire si la substitution n'existait pas. En d'autres mots, cette substitution non ouverte, et qui ne le sera que par le décès de l'Intimé, peut-elle avoir donné au décret fait sur l'usufruitier une valeur qu'il n'aurait pas sans elle ?

L'Appelant invoque le défaut de publication et le fait que le décret a eu lieu pour une dette de la substituante. Mais la publication, quel en est l'objet ? N'est-ce pas de protéger les droits des appelés contre les aliénations volontaires faites par le grevé ou les aliénations forcées faites contre lui ? Le grevé de substitution étant propriétaire à titre résoluble, la loi a voulu, pour protéger les tiers contre cette résolubilité, qu'elle fut rendue notoire par la publication du titre, et ce défaut de publication purge la substitution en faveur des tiers en validant les ventes faites par le grevé, et les décrets forcés faits sur lui ; mais comment peut-on prétendre que ce défaut de publication puisse être invoqué en faveur des ventes ou des décrets faits par ou sur un tiers non propriétaire ? Comment l'acquéreur peut-il dire : J'ai acheté d'un homme qui n'était pas propriétaire, il est vrai, *a non domino*, ou à un décret fait sur lui ; mais l'immeuble était chargé d'une substitution qui, quoiqu'elle n'affectât en rien mon vendeur ou le décrété, et que la disposition qui l'avait créée ne lui eût conféré aucun droit de propriété absolu ou résoluble, n'avait cependant pas été publiée. En vérité, il y a dans ce moyen un vice de conclusion qui ne me laisse la liberté de ne m'en occuper davantage, que pour en proclamer l'insuffisance.

Quant à l'autre moyen, que l'immeuble a été vendu pour la dette de la substitution, il est, en autant que lié aux rapports engendrés par la substitution, d'une évidente non-recevabilité. En effet, si les biens substitués peuvent être volontairement ou forcément vendus pour les dettes de l'auteur de la substitution, ce qui en thèse générale ne doit se faire et n'a de valeur qu'après avoir épuisé les valeurs mobilières de la succession du substituant, et à des conditions particulières d'autorisation judiciaire et d'accomplissement de formalités antécédentes, ils ne peuvent à tout événement l'être que par ou sur le grevé ou les appelés, et faite par ou sur toute autre personne, la vente est faite *super* ou à *non domino*. Ce moyen inefficace pour valider la vente à raison de la substitution, peut cependant avoir sa valeur à raison de l'usufruit, car il est des cas où l'usufruitier peut vendre, et également où les ventes peuvent avoir lieu sur lui, pour les dettes du testateur qui l'a constitué. Nous examinerons ce moyen ainsi envisagé plus tard, quand il s'agira d'apprécier les relations entre l'Intimé et Robert Aird, considérés l'un comme nu - propriétaire purement et simplement et l'autre comme simple usufruitier, ce qui constitue le vrai et unique aspect sous lequel on puisse envisager la validité du présent décret.

La substitution étant écartée, et l'Intimé s'étant présenté, pour les fins de la cause telle que déterminée par les faits, comme un nu propriétaire pur et simple qui se plaint d'un décret fait sur l'usufruitier du bien dont la propriété lui appartient, avant d'entamer la question abstraite de la validité d'un décret fait en semblables circonstances, nous devons d'abord savoir pour quelle dette la vente judiciaire a eu lieu ; si ce fut pour une dette personnelle de l'usufruitier ou pour une dette de la succession, ce qui peut influencer sur la détermination théorique. Car, comme je l'ai déjà dit, il est des cas où l'usufruitier peut vendre les biens usufruités, et où ces mêmes biens peuvent être vendus sur lui pour les dettes de l'auteur de l'usufruit, comme les biens fidéi-commissés peuvent être vendus pour les dettes du fidéi-commis.

Ici il est admis que la dette pour laquelle le décret a été

pratiqué, moins une fraction insignifiante et qui a été reconnue par Robert Aird, était prescrite.

L'usufruitier peut-il reconnaître ou payer semblables dettes, car ici la reconnaissance équivaut au paiement, de manière à obliger le nu-propiétaire à faire valoir cette reconnaissance si elle n'est pas acquittée à la fin de l'usufruit, ou à en exiger le remboursement s'il en a effectué le paiement ? Qui peut douter que la réponse puisse être autrement que dans la négative ?

Quoique non fondée sur le droit naturel et qu'elle soit une création du droit positif, n'est-il pas vrai qu'en droit civil qui attribue à l'inaction du créancier pendant trente ans, la présomption *juris et de jure* que la dette a été acquittée, et que ce laps de temps a fait disparaître la preuve de la libération, la prescription libératoire est une voie d'extinction aussi efficace et qu'elle engendre une exception aussi probante qu'aucune autre manière de se libérer ; que le paiement lui-même ? Cependant, comme elle n'est fondée que sur une fiction, les juges ne peuvent pas en général la suppléer d'office, et le débiteur lui-même sachant qu'il n'a pas payé, peut y renoncer. Mais cette renonciation, due à un mouvement d'honnêteté tout de for intérieur, constitue en droit civil, dans le for extérieur vis-à-vis des tiers qui pourraient en être défavorablement affectés, un acte de libéralité dont ils ne sont pas tenus s'ils ne l'ont pas autorisé, qu'ils sachent ou ignorent le non-paiement. Le procureur, par exemple, qui sans mandat spécial reconnaît ou paie la dette prescrite due par son principal ne peut le forcer à tenir sa reconnaissance ou à le rembourser. Pourrait-il en être autrement de l'usufruitier vis-à-vis du non-propiétaire ?

*Nemo alterius facto prægravari debet.* Cette maxime, l'Intimé peut l'invoquer pour prétendre que, par la reconnaissance que Robert Aird a faite d'une dette prescrite, il en a fait sa dette personnelle, et que le Demandeur n'a pu souffrir de sa libéralité.

L'on a objecté que la somme pour laquelle Robert Aird a donné une obligation n'était pas prescrite en entier. En effet, sur les cens et rentes compris dans la reconnaissance et

échus du vivant de la testatrice, il y avait sept ou huit années de dues formant quelques piastres qui sont entrées dans l'obligation. Mais *de minimis lex non curat*; les jurisconsultes disent encore : *parvum pro nihilo reputatur*. Est-il possible que cette somme si minime puisse entrer en ligne de compte pour affecter le caractère de la reconnaissance donnée par Robert Aird aux Seigneurs de Montréal, et empêcher le tribunal de la considérer comme sa propre dette ?

Voilà donc la question réduite à sa plus simple expression. Robert Aird, usufruitier, a été condamné par jugement rendu sur sa propre dette. Un bien usufruité par lui a été décrété, le nu-propiétaire, l'intimé, ne s'est pas opposé au décret. Ce décret a-t-il purgé son droit de propriété vis-à-vis l'adjudicataire au décret ? En d'autres termes, le décret fait sur l'usufruitier, auquel le nu-propiétaire ne s'oppose pas, purge-t-il son droit de propriété ?

La question de validité du décret, tant à cause de son importance pratique que de ses difficultés théoriques, est grave, je l'avoue. En France, sous l'ancien droit, elle n'a pas été, pendant une période assez longue, exempte d'incertitude, incertitude que la différence qui existe entre les formalités des décrets suivis dans les deux pays, n'a pas contribué à dissiper dans le Bas-Canada. Cependant, en prenant pour boussole les véritables principes sur la matière, nous parviendrons sans trop de peine à éviter les écueils dont elle est hérissée, et nous arriverons à une solution satisfaisante.

Dans la rigueur des principes, le décret ne devrait pas conférer à l'adjudicataire plus de droits que n'en a le décrété. Il en était ainsi dans le droit romain, il en est encore de même dans le droit anglais, et le Code de Procédure Français a décrété, art. 731, " que l'adjudication définitive ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi."

Cependant, à raison de l'incertitude des expropriations judiciaires faites sous l'empire de cette maxime, et des titres des adjudicataires assujettis aux recours multipliés des vrais propriétaires restés étrangers aux décrets, on a dû invoquer en

France, à une époque dont il est impossible de fixer la date, un système arbitraire protégeant en apparence les adjudicataires et les propriétaires. On crut y réussir en donnant au décret une publicité inconnue au droit romain, et en accordant aux propriétaires affectés par un décret fait sur des tiers la faculté de s'y opposer dans un délai fixe, passé lequel, le décret obtiendrait une autorité définitive, ce qui n'existait pas dans le droit antérieur. Ce sont ces deux idées combinées qui ont produit le système d'expropriation forcée, dont l'Edit des Criées de Henri II, donné en 1555, et le titre 16 de la Coutume de Paris ont été les principaux monuments dans la juridiction du Parlement de Paris.

La Procédure suivie dans ce système, étant bien connue, nous conduira facilement à la connaissance des cas où le droit de propriété des tiers était purgé par le décret, et de ceux où il ne l'était pas. Nous aurons, pour nous aider dans cette recherche, et les textes législatifs et les arrêts des tribunaux, surtout ceux du Parlement de Paris.

Voici sous l'Edit des Criées, modifié par des Edits subséquents et notamment par le titre suscité de la Coutume de Paris, les principaux traits de cette procédure.

La saisie se faisait par exploit d'huissier, qui saisissait réellement par déclaration détaillée, y apposait brandons et panonceaux royaux, y établissait commissaire, mettait des affiches devant la porte principale de l'église de la paroisse où l'héritage était situé, et dressait son procès-verbal appelé exploit de saisie réelle, dont il laissait copie au saisi. Cette saisie ne se faisait naturellement que sur le débiteur contre lequel il existait un titre exécutoire.

Les commissaires aux saisies nommés par les huissiers étaient des commissaires établis en titre d'office, c'est-à-dire qui étaient revêtus de fonctions judiciaires, et qui, par le fait de leur établissement, étaient charffés de la garde de l'immeuble saisi au nom de la justice. Le premier acte du commissaire était l'enregistrement de la saisie fait dans deux registres spéciaux. La seconde fonction du commissaire était de faire procéder au bail judiciaire de l'immeuble saisi. Comme ce bail judiciaire

jouait un rôle important dans la saisie, et comme très-souvent, pour ne pas dire toujours, de son exécution ou de sa non-exécution dépendait la validité ou l'invalidité du décret des héritages des tiers qui ne s'y étaient pas opposés, il importe de connaître exactement la manière dont on y procédait et les effets qu'il produisait.

Le bail judiciaire, comme le terme le dit, se faisait en justice, et il était l'acte par lequel le saisi était dépossédé ; jusque-là il restait en possession de l'immeuble saisi. Cette déposition se faisait non-seulement lorsque le saisi était en possession lui-même, mais encore quand il avait donné son héritage à bail. Le fermier était expulsé, sauf à faire convertir son bail conventionnel en bail judiciaire. Le bail judiciaire ne pouvait pas se faire moins de six semaines après l'enregistrement de la saisie, et pour un plus long terme que trois ans, sauf à le renouveler si la saisie durait plus longtemps, ce qui peut donner une idée de la lenteur des décrets en France ! Le fermier judiciaire était, comme les fermiers ordinaires, mis en possession de l'héritage, payait le loyer au commissaire, qui en tenait compte, appliquait les deniers aux frais du bail, à sa propre rémunération, à la réparation des héritages et rendait compte de la balance. Le bail judiciaire finissait par l'expiration du terme et par l'adjudication de l'héritage saisi, et aussi par la main-levée de la saisie. Il rendait le preneur contraignable par corps pour l'exécution de ses obligations.

La saisie était l'objet de criées faites par un sergent aux portes des églises paroissiales, et le nombre de ces criées dépendait des Coutumes. Dans la Coutume de Paris, elles étaient faites pendant huit dimanches, *quatre quatorzaines* dit l'art. 532.

Le premier procédé dans l'ordre de la saisie était le congé d'adjuger qui était un jugement ordonnant la vente de l'héritage, au bout de quarante jours, et ce jugement ne pouvait être rendu qu'un mois après l'enregistrement de la saisie. On recommençait alors les affiches, et ce n'était qu'après une adjudication préliminaire, que se faisait l'adjudication définitive. Ce qui prolongeait la procédure sur l'expropriation, c'étaient

les appels permis aux saisis sur presque chaque acte de la procédure.

Quant aux oppositions, l'opposition afin de distraire y comprise, elles étaient en général permises jusqu'à l'adjudication définitive.

On a omis ici beaucoup d'incidents de la saisie, inutiles pour faire comprendre le vrai caractère du décret, et la publicité dont il était l'objet.

Nous avons dit que le saisi n'était dépossédé que par le bail judiciaire, et la conséquence était qu'il ne l'était que par le décret quand l'héritage était décrété sans le bail. Il restait alors en possession réelle de l'héritage jusqu'à l'adjudication, comme la chose se pratique ici. L'objet du bail était d'assurer aux créanciers les profits de l'héritage échus pendant la saisie, car le commissaire à la saisie versait le reliquat des fruits dans la caisse des consignations, pour être distribué avec le prix de l'immeuble. Mais cette formalité n'était pas essentielle à la validité du décret fait sur le propriétaire et pouvait être omise sans qu'il en souffrit. Ce n'était qu'un incident non essentiel qui était souvent omis. La seule conséquence de cette omission, était que le saisi n'ayant pas été dépossédé, pouvait valablement aliéner la chose saisie, au préjudice de la saisie, en faveur des tiers qui étaient censés l'ignorer.

Il faut bien faire attention à cette circonstance, pour saisir la portée des autorités ordinairement citées sur la matière, et qui parlent du bail judiciaire. Son objet était d'affecter les revenus de l'immeuble aux fins de la saisie et de déposséder le saisi. En dehors de ces deux effets, il n'avait pas de raison d'être. S'il était omis, le saisi restait en possession et jouissait de l'immeuble.

Il est difficile de savoir si sous l'ancien régime judiciaire de la Colonie, les héritages décrétés étaient donnés à bail judiciaire. On trouve dans le recueil des arrêts de la Prévosté de Québec, publié par M. Perreault, un bail judiciaire ordonné par justice; mais c'est le bail de biens de mineurs fait par le tuteur pour payer la dette de ses pupilles. A la page 29 du même recueil on trouve un jugement condamnant des loca-

taires à payer leur loyer au commissaire établi à un immeuble saisi, sans que le jugement énonce si ces locataires devaient en vertu d'un bail judiciaire ou en vertu d'un bail conventionnel, ce qui pourtant porte à croire que l'on établissait des commissaires aux saisies suivant la pratique française. Il suit que les biens saisis devaient être baillés judiciairement quand ils étaient d'une valeur suffisante, ce qui pourtant ne devait pas souvent arriver. Bien souvent aussi, permission était accordée de vendre par trois affiches, des immeubles qui ne pouvaient pas supporter les frais d'un décret, comme on en trouve plusieurs exemples dans le recueil des arrêts du Conseil Supérieur publiés par le même auteur. Il existe même un règlement de ce Conseil inséré à la page 14 du Recueil, défendant à la Cour de Prévosté de prononcer sur semblables demandes dont le Conseil s'est réservé privativement la connaissance.

Le système d'expropriation forcée en force en France et pratiqué dans la Colonie sous l'ancien régime ayant été aboli par l'Ordonnance 25 Geo. III, chapitre 2, qui exige pour tout mode de publicité de la saisie, les annonces dans le journal officiel et les affiches et publications aux portes d'église, le bail judiciaire a été anéanti par le fait même. L'article 33 de cette loi dit que les ventes judiciaires, avec les seules formalités qu'elle prescrit, auront les mêmes force et effet que les décrets faits ci-devant. Mais ces formalités n'ont pu avoir l'effet propre au bail judiciaire, de déposséder le saisi et d'attribuer aux créanciers les fruits des immeubles mis sous main de justice pendant la procédure en expropriation. Aussi, depuis cette Ordonnance les saisis sont-ils toujours restés en possession et ont-ils toujours perçu les fruits de leurs héritages jusqu'à l'adjudication.

Depuis l'Ordonnance, le Décret a eu la même valeur qu'il avait avant contre le saisi et contre les tiers, avec cette différence cependant que quand le décret fait *super non domino* n'était valable que parce que le vrai propriétaire avait été dépossédé par le bail judiciaire, et que n'ayant pu ignorer la saisie il était en faute de n'avoir pas fait son opposition, dans le Bas-Canada, le vrai propriétaire qui ne s'est pas opposé à la saisie, n'ayant pas été l'objet de cette déposition, et n'étant

pas passible du reproche de négligence, ne peut être affecté par le décret.

Or, c'était la maxime commune en France que le vrai propriétaire non dépossédé par le bail judiciaire, ne pouvait perdre son droit de propriété par un décret fait sur un tiers et pour une dette à laquelle il était étranger. Comme proposition converse, le décret purgeait sa propriété quand il avait été dépossédé. On trouve dans les livres un grand nombre d'arrêts à l'appui de cette proposition.

Ces arrêts sont fondés sur la maxime bien naturelle qui était en France une maxime commune que, comme le dit Pothier, Procédure Civile, No. 526, " la saisie réelle doit se faire " sur le propriétaire de l'héritage ; une saisie *super non domino* " est nulle.

" Observez néanmoins, ajoute l'auteur, qu'on entend par " propriétaire, non pas seulement celui qui l'est dans la vérité, " mais encore celui qui possède l'héritage *animo domini*, soit " qu'il soit véritablement le propriétaire, soit qu'il ne le soit " pas. Car il est réputé l'être, lorsque le véritable propriétaire " ne réclame point ; ce qui suffit pour que la saisie faite sur " lui soit valide, et purge même le droit du véritable proprié- " taire s'il ne s'y oppose pas."

Il faut donc conclure, dit Ferrière dans son grand commen- taire sur la Coutume de Paris, sur l'article 389, titre 16, des Criées, art. 4e de la glose unique, No. 22, *in fine*, " que la saisie " réelle doit être faite sur le propriétaire ou du moins sur celui " qui passe publiquement pour propriétaire, quoiqu'en effet il " ne le soit pas ; et si la saisie est faite sur celui qui passe pour " propriétaire, le véritable propriétaire qui ne s'est pas opposé " perd son droit de propriété."

" Sur ce principe la Cour a jugé par arrêt du 22 février " 1607, qu'un décret fait sur celui qui avait fait cession de " biens, sans avoir fait créer un curateur, était nul, parce que " celui qui a fait cession ne doit plus passer pour possesseur " ni pour propriétaire."

Rousseaud De La Combe, Jurisprudence Civile, Vo. décret :

“ Si le saisi était reconnu comme propriétaire et était en possession actuelle, le décret purgerait la propriété.”

La raison pour laquelle la saisie faite sur le possesseur *animo domini*, ou sur celui qui passe pour véritable propriétaires, est patente, c'est qu'il n'a tenu qu'au véritable propriétaire de l'expulser ; et que s'il ne l'a pas fait, il a induit le public en erreur, et qu'il n'est que juste qu'il soit la victime de son inaction ; de la même manière qu'il en est la victime quand il laisse un tiers prescrire contre lui.

C'est par l'assimilation de l'inaction du véritable propriétaire qui laisse son héritage en possession d'un tiers sur lequel il peut être saisi, à l'inaction du propriétaire qui laisse prescrire, que les auteurs justifient la purge de droit du véritable propriétaire par le décret. S'il peut dire : “ Je ne me suis pas opposé parce que j'ignorais la saisie,” on lui répond : “ Pourquoi aviez-vous laissé votre héritage aux mains d'un tiers sans titre, et qui le possède *animo domini* ? ”

C'est probablement sur ces autorités et ce raisonnement qu'est fondé l'article 632 de notre Code de Procédure Civile, qui porte qu'on ne peut saisir les immeubles que sur la personne condamnée et qui les possède ou est réputé les posséder *animo domini*.

Cet article serait donc suffisant pour décider la question actuelle, puisqu'il est certain que la personne condamnée, Robert Aird, ne possédait ni n'était réputé posséder l'immeuble *animo domini*, les possédant comme usufruitier. Celui qui possède en vertu d'un titre est réputé posséder la chose suivant son titre, car personne ne peut vis-à-vis les particuliers intéressés ni vis-à-vis le public, changer la cause de sa possession, *nemo causam possessionis suæ mutare potest*, et c'est en ce sens qu'il vaut mieux n'avoir pas de titre qu'en avoir un vicieux, *melius est non habere titulum quam habere vitiosum*. (Le titre vicieux est entre autres cas celui qui répugne à la prescription, et le titre de l'usufruitier est de ce genre.) Pour ce qui est de la croyance publique, il serait souverainement injuste de supposer qu'un possesseur peut être réputé posséder dans un sens différent de son titre, ce qui serait contre la maxime : *ad primor-*

*dium tituli semper refertur eventus.* Cette tentative comporterait de sa part, une entreprise marquée au coin de la mauvaise foi et de la fraude à la loi. En général la fraude ne se présume pas, et en l'absence d'une preuve extraordinaire, dont à vrai dire, je ne vois pas la possibilité en thèse générale, preuve qui d'ailleurs n'a pas été faite ici, l'usufruitier est réputé comme tous les autres possesseurs précaires posséder pour le propriétaire, chez lequel réside le domaine de propriété.

Je dis que l'article 132 serait suffisant pour trancher la question, car il est certain que pour qu'un décret soit valable, il faut qu'il soit fait en conformité rigoureuse des règles que lui trace la loi, et que la non-observance des simples matières de forme en entraîne la nullité, nullité bien plus violente encore quand il s'agit d'un vice de substance comme le défaut dans la personne du saisissant, du droit de saisie sur l'immeuble. C'est un droit véritable que la loi contemple quand elle lui fait produire des effets contre les tiers qui ne s'y sont pas opposés. La chose est indubitable, et le contraire n'a jamais pu venir à l'idée de personne.

Poussons cependant plus loin notre investigation et voyons si dans le cas où le décret n'était fait ni sur le propriétaire ni sur celui qui possédait *animo domini*, ou était réputé posséder comme tel, les tribunaux français de l'ancien régime, appliquaient la maxime dans le sens que je lui prête, et jugeaient qu'une saisie semblable obligeait le véritable propriétaire à s'y opposer, et faute d'opposition, déclarait purgé son droit de propriété, et qu'elle était l'opinion des auteurs sur ce point ?

Je n'hésite pas à dire, ce qui d'ailleurs peut se démontrer amplement par les citations tant des arrêts que de la doctrine, que la maxime était que quand le véritable propriétaire ou le possesseur *animo domini*, n'avait pas été dépossédé par le bail judiciaire, l'opposition n'était pas nécessaire pour empêcher le décret de purger la propriété. Cette dépossession par le bail judiciaire était une des formalités substantielles du décret fait sur un non-propriétaire qui n'avait de validité qu'après le bail de l'héritage saisi. Si l'héritage compris dans la saisie, n'était pas baillé judiciairement, la conséquence était qu'il n'était pas

en possession du saisi, et qu'il était resté en la possession du vrai propriétaire. C'est en ce sens qu'il faut entendre les auteurs et les arrêts qui déclarent que le décret ne purge pas le droit de propriété des tiers, quand le saisi n'en a pas été dépossédé par le bail judiciaire et quand le vrai propriétaire en est resté en possession.

*Ferriere loco citato.* "Si l'adjudicataire par décret fait avec les solennités requises, peut être inquiété par des créanciers hypothécaires, ou par ceux qui auraient droit de propriété dans partie des choses saisies et adjugées ou qui auraient quelque droit réel?"

"La décision de cette question dépend de cette maxime, que le décret purge les hypothèques de tous droits de propriété et droits réels prétendus sur les choses adjugées par décret, faute d'opposition dans le temps porté par la Coutume et les Règlements."

"Il semble néanmoins que cela est contraire à cette autre maxime, que la saisie, le décret et l'adjudication faits *super non domino* sont nuls, de sorte que le propriétaire d'une chose saisie sur un autre que sur lui, n'est pas obligé de s'opposer à la saisie pour en conserver la propriété, vu qu'à son égard la saisie est nulle."

"Cette maxime est sujette à interprétation : elle est vraie au cas que la chose soit saisie sur celui à qui elle n'appartient pas, le propriétaire étant toujours demeuré en possession et jouissance d'icelle pendant la saisie, et n'en ayant point été dépossédé par le commissaire aux saisies réelles, et par le bail judiciaire ; le propriétaire qui n'est pas dépossédé n'est pas tenu de s'opposer à fin de distraire, car on peut dire qu'il n'y a point de saisie réelle de la chose, puisqu'il n'y a point de saisie réelle valable sans *dépossession*."

"La même doctrine se trouve dans le Répertoire de Merlin, Vo. Décret d'Immeubles dans un article emprunté au Répertoire de Guyot, § VI."

"Il est de principe qu'un immeuble ne peut être décrété que sur celui qui en est propriétaire ; mais cette règle exige l'explication suivante."

“ Lorsque l'immeuble a été saisi réellement sur celui qui n'en était pas propriétaire, et que celui à qui il appartenait en est resté paisible possesseur jusqu'à l'adjudication, la saisie réelle, les criées et l'adjudication ne peuvent faire aucun préjudice au véritable propriétaire ; car pour qu'un bien puisse être valablement adjugé, il faut qu'il soit devenu le gage de la justice et de la partie saisie ; ce qui ne peut se faire que quand le commissaire se met en possession par le fermier judiciaire, tant pour la justice que pour les créanciers.”

“ Mais si le propriétaire avait été dépossédé par le fermier judiciaire et qu'on eût procédé à l'adjudication, il ne pourrait le faire rétracter et rentrer en possession de son bien. Il n'y a pas en ce cas plus de justice de priver le propriétaire de son bien que de le lui faire perdre quand il en a laissé un tiers en possession pendant le temps marqué par les lois pour acquérir la prescription.”

Cette dernière remarque de l'auteur fait voir que le cas où le propriétaire aurait laissé le saisi jouir de son héritage *animo domini*, et que la saisie serait faite pendant cette possession, le saisi étant pour ces fins réputé propriétaire, comme nous l'avons vu par la citation de Pothier et l'article 632 de notre Code de Procédure Civile, le vrai propriétaire qui serait dépossédé ne pourrait que s'imputer la faute d'avoir laissé posséder son héritage, par un tiers ayant l'intention d'en acquérir la propriété, et sur lequel l'héritage est décrété, comme il doit se l'imputer dans le cas de la prescription.

On trouve ce qui suit dans la collection nouvelle de Dénizart, Vo. Décret d'Immeubles § V, tome 6, page 47 et suiv.

“ Dans une saisie réelle faite en 1744 des biens du Sieur de la Villette, on avait compris des immeubles qui appartenaient aux Sieurs de la Chassagne. Ceux-ci ne devaient rien au saisissant, et jouissaient paisiblement en vertu d'un partage fait en 1677. On ne leur signifiâ ni la saisie réelle, ni le bail judiciaire, et il ne fut pas établi de commissaire aux saisies réelles pour ce qui leur appartenait.”

“ De leur côté, ignorant un décret qui se poursuivait à quatre-vingts lieues de leur demeure ordinaire, ils ne formèrent pas d'opposition à fin de distraire.”

“ L'adjudication faite, l'adjudicataire prétendit les dépouiller de leurs héritages comme compris dans la saisie réelle. Ils se pourvurent par tierce-opposition contre la procédure, interjetèrent appel du décret dont on ne leur avait donné aucune connaissance, et qui n'avait point interrompu leur possession. Cependant par une sentence des Requêtes de l'Hôtel du 27 septembre 1752, ils furent déclarés non-recevables et mal fondés.”

“ L'appel qu'ils en interjetèrent, fit la matière d'un procès en la seconde chambre d'Enquêtes. Les avis furent partagés, et le procès renvoyé en la troisième chambre pour y être départagé.”

“ Par arrêt du vendredi, 23 août 1776, la sentence des Requêtes de l'Hôtel fut repoussée tout d'une voix.”

Je n'ai pu vérifier cet arrêt.

Les auteurs de la Collection ajoutent: “ Me. Coueffe de Bouloz, procureur des Appelants, fit dans l'affaire précédente un mémoire où il rapporta avec détail l'issue d'un arrêt du 18 février 1743, rendu au rapport de M. Chabornat de Bonneuil, qui avait pareillement jugé que tant qu'un tiers-posseur n'a été ni interrompu dans sa possession ni dépossédé par main de justice, on ne peut pas se prévaloir contre lui du défaut d'opposition à fin de distraire.”

“ S'il en était autrement il n'y aurait pas de citoyen qui pût être assuré de conserver sa propriété. Ce serait même encore un moyen à la fraude : car il est facile de dépouiller ainsi des propriétaires en englobant insidieusement leurs biens dans une affiche (en ce pays le Journal Officiel) dont ils ne penseraient pas même à prendre lecture, étant assurés de ne rien devoir. On peut aussi y trouver un grand nombre de précédents rendus dans le même sens.”

Bourjon, Droit Commun de la France, tit. VIII des Exécutions, chap. 9, sect. 1, tome 2, page 755: “ Mais dans le cas de l'adjudication même sur décret privé, tel décret ne doit opérer cet effet par rapport au droit de propriété, que lorsque le vrai propriétaire n'était pas en possession pendant la poursuite du décret.”

Il serait oiseux de multiplier les citations qui sont unanimes dans les livres qui ont traité de la matière, pour prouver que le décret fait *super non domino* ne purge pas les droits du propriétaire qui est resté en possession pendant la procédure en expropriation faite sur un tiers.

La question a été jugée en ce sens par plusieurs arrêts rendus en ce pays, où le bail judiciaire n'a pas lieu, et où conséquemment le saisi n'est dépossédé que par l'adjudication, mais il est facile de se rendre compte des personnes qu'il déposséderait s'il avait lieu. Il est évident que par l'effet naturel du décret, les seuls héritages dont le saisi est en possession seraient donnés à bail. Il est encore évident que dans l'espèce actuelle, l'héritage dont il est question étant en la possession de Robert Aird, aurait été l'objet du bail judiciaire et que ce dernier en aurait été dépossédé. Mais, en aurait-il été ainsi de l'Intimé propriétaire de l'héritage ? Si l'on donne à la possession dont Robert Aird aurait été privé et au défaut de possession en la personne de l'Intimé pendant la saisie, la signification de toute possession physique, simple détention ou de possession naturelle, et que l'on dise que quelque soit la possession du saisi non propriétaire, elle sera suffisante pour faire conclure au défaut de possession en la personne du propriétaire et l'obliger à s'opposer au décret, il n'est pas douteux que Robert Aird ayant été le détenteur ou possesseur naturel de l'héritage à titre d'usufruitier, l'Intimé devait s'opposer au décret et qu'il doit perdre sa cause. Mais est-ce bien là la possession que contemple la jurisprudence, quand elle attribue à la possession dont le vrai propriétaire est resté revêtu pendant le décret, la vertu de paralyser l'effet du décret. Chaque fois que le propriétaire n'a pas été physiquement en possession de l'héritage saisi, et que cet héritage sera resté en la possession de fait du saisi, à quelque titre qu'il possède et même sans aucun titre, ce propriétaire qui ne se sera pas opposé, sera-t-il déchu de sa propriété ?

LA RÉDACTION,

(A continuer.)

Dans leur Rapport supplémentaire sur le même titre, ils ajoutent qu'ils ont modifié l'article du projet qui est aujourd'hui l'article 127 du code, "pour éviter tout doute sur leur intention de laisser le sujet dans l'état où il était avant le code."

43. Pour mettre à effet cette intention, deux plans distincts s'offraient à leur choix : énoncer dans une loi particulière à chaque culte, sa doctrine et sa discipline sur le mariage, ou conserver par une disposition générale les lois et les usages en force, et laisser à la doctrine et aux tribunaux le soin de les rechercher dans les livres, les traditions légales et les coutumes. Le premier plan aurait été plus satisfaisant et aurait produit une œuvre plus complète ; mais il aurait surchargé la rédaction de longueurs incompatibles avec le laconisme d'un Code et d'une masse de détails et de questions incidentes. Le second parti a donc été arrêté.

44. Cette double résolution de conserver au mariage son caractère religieux et d'en soumettre la validité aux lois et aux usages de chaque Eglise, n'est cependant pas l'objet d'une disposition expresse, écrite dans le texte ; mais elle résulte de l'ensemble du titre, et s'infère rigoureusement de l'article 127 qui conserve tous les empêchements propres aux diverses églises et sociétés religieuses, et des articles 128 et 129.

En proclamant par l'article 128 : "que le mariage doit être célébré publiquement devant un fonctionnaire reconnu par la loi" et par l'article 129 : "que sont compétents à célébrer les mariages, tous les prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir des registres de l'état civil," il devient évident, comme il n'y a de fonctionnaires autorisés par la loi à tenir les registres de l'état civil, que ces mêmes prêtres, curés et ministres, comme nous l'avons vu sur l'article 44, (*une personne ecclésiastique*, avons-nous dit,) que le Code ne reconnaît de mariage valable que celui qui est célébré religieusement. Y eût-il du doute sur le sens rigoureux de ces deux articles, qu'il disparaîtrait devant l'article 130 qui ordonne la publication des bans dans l'église à laquelle appartiennent les époux.

Les personnes ecclésiastiques seules, (y compris les Rabbins qui ne sont pas personnes ecclésiastiques, mais qui ont le même pouvoir que les ecclésiastiques à ce sujet, comme nous l'avons dit plus haut), ont donc le pouvoir de célébrer le mariage, mais ce pouvoir ne s'applique qu'au mariage de leurs coréligionnaires. Chacun de ces coréligionnaires doit se marier devant le curé de sa paroisse ou le ministre du culte de sa localité, et pour être valide, ce mariage doit être célébré de la manière voulue et suivant les usages prescrits par l'Eglise de ceux qui le contractent.

La nécessité de célébrer le mariage devant leur propre curé ou desservant institué canoniquement, ne peut être douteuse pour les catholiques du Bas-Canada où le décret *Tametsi* a été publié, (1) et qui hors de cette présence ne peuvent, dans leur pays, contracter un mariage valide. Mais en dehors de cette nécessité imposée aux catholiques par le Concile de Trente, le Code ordonne aussi bien pour eux, que pour les anglicans et les autres sectes religieuses, la célébration du mariage, quand il est contracté dans le Bas-Canada, devant leur propre curé ou le ministre du culte chargé de l'administration ou desserte de leur propre Eglise ou congrégation locale. Ce qui se prouve comme suit :

45. Nous avons vu, sur l'article 42, que des registres de l'Etat civil sont tenus pour chaque Eglise paroissiale catholique et pour chaque église protestante, congrégation ou autre société religieuse ; et sur l'article 54, nous avons démontré, que les prêtres ou ministres du culte ne peuvent tenir de registres que pour leurs paroissiens. Ce que nous avons dit par rapport au baptême et à l'acte de naissance, que les étrangers au culte du fonctionnaire et même à la paroisse ne pouvaient le forcer à administrer et à dresser, s'applique au mariage. Nous avons ajouté, que s'il en était autrement, les prêtres catholiques pourraient tenir les registres de l'Etat civil pour les protestants et réciproquement les protestants pour les catholiques. Il n'y

(1) Il est à remarquer que dans les lieux où le décret *Tametsi* n'a pas été publié, il n'est pas en force, et que le mariage consensuel, autrement dit clandestin, y est valide, comme il l'était avant le Concile de Trente.

aurait pas, en principe, la même objection à faire tenir les registres catholiques par tous les prêtres catholiques, et les registres protestants par tous les ministres protestants, sans égard aux circonscriptions paroissiales, et à faire indistinctement administrer le baptême aux Catholiques, par tout prêtre catholique, et aux protestants par tout ministre protestant, quelque fût le lieu de la juridiction du baptisant et de la naissance du baptisé. Ce que l'on dit du baptême, on peut en dehors de la règle canonique qui force les conjoints catholiques à se marier devant leur propre curé, et les anglicans devant un clerc ordonné de leur localité, le dire également du mariage.

46. Le Code ne l'a pourtant pas voulu ainsi. Ayant décrété, au titre de l'Etat civil, que le fonctionnaire de l'Etat civil ne peut tenir de registres que pour les membres de sa paroisse, de son Eglise et de sa congrégation ; en ajoutant au titre du mariage (art. 129) que ce sont les fonctionnaires de l'Etat civil qui sont compétents à célébrer le mariage, il s'ensuit que pour être compétent à célébrer un mariage, il faut être compétent à tenir les registres de l'Etat civil de celui qui se marie ; c'est-à-dire que le Code n'a pas voulu désunir le mariage de l'acte qui le constate ; le faire célébrer par un fonctionnaire et en faire dresser l'acte par un autre, comme il ne l'a pas voulu davantage pour le baptême. Ainsi donc, tous les mariages doivent, pour éviter la clandestinité légale, se faire devant les curés et ministres du culte des parties, et tous, catholiques comme protestants, anglicans comme dissidents, juifs et quakers, doivent se marier devant les fonctionnaires de leur état civil, c'est-à-dire le ministre de leur culte. Toute autre règle briserait l'harmonie des lois de l'Etat civil et jetterait dans la célébration du mariage, une confusion fâcheuse.

47. Le Code a donc non-seulement voulu, que les mariages fussent célébrés devant les ministres du culte des parties, mais encore devant les ministres de leur propre localité.

En imposant aux fonctionnaires de l'Etat civil, l'obligation de célébrer le mariage de leurs paroissiens, ou des membres

de leur Eglise ou congrégation, le Code n'a pas voulu enlever la célébration de ce mariage aux lois religieuses de chacun, de façon à faire méconnaître des empêchements existants ou en faire reconnaître de nouveaux. En d'autres mots, il n'a pas voulu soustraire le mariage à l'autorité qui, d'après les lois et usages de chaque Eglise, doit juger de sa validité. C'est ce qui résulte de l'article 129 qui ajoute : " qu'aucun fonctionnaire " ne peut être contraint à célébrer un mariage, contre lequel il " existe quelque empêchement, d'après les doctrines et croyances " de sa religion et la discipline de l'Eglise à laquelle il appar- " tient."

48. Cette disposition couchée en peu de mots, est grosse de signification et révèle le reste de la pensée du Code, à l'égard du caractère religieux qu'il a reconnu au mariage.

En laissant le célébrant juge des empêchements ou des conditions de validité du mariage, le Code le soumet évidemment aux lois de chaque Eglise. Si ce fonctionnaire ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe des empêchements d'après les croyances de sa religion et de la discipline de son Eglise, il s'ensuit que la loi qu'il doit consulter pour juger de l'existence de cet empêchement, est la loi et la discipline de cette église. Si d'après cette loi et cette discipline, nul empêchement n'existe, il doit célébrer le mariage. Cependant, avant de consulter et de mettre à exécution une loi, il faut d'abord savoir si elle est en force, et comme nulle loi ne peut avoir de vigueur, qu'en autant qu'elle est l'œuvre d'une autorité compétente, le fonctionnaire doit d'abord rechercher quelle est l'autorité qui a le pouvoir de législation dans son Eglise et le droit d'imposer des empêchements de mariage.

49. Le prêtre catholique trouvera que c'est la puissance ecclésiastique seule, d'après les doctrines de sa croyance, et il ne considérera comme valables, que les empêchements portés par les lois canoniques, et interprétés par l'Eglise, soit que ces lois émanent directement de la puissance ecclésiastique, soit qu'ayant été originairement décrétées par la puissance civile,

elles aient été ensuite adoptées par l'Eglise. (1) Le ministre protestant, au contraire, cherchera aussi bien dans les lois civiles, que dans les lois ecclésiastiques, les empêchements de son Eglise ; car le Protestantisme reconnaît la compétence de la puissance temporelle, aussi bien que celle de la puissance spirituelle sur le lien du mariage. Le Rabbín chargé de célébrer le mariage Juif, prendra les lois de Moïse pour guide de son investigation, dans le cas même où le droit civil contiendrait une disposition contraire ; car d'après la doctrine du judaïsme, nulle loi civile contraire aux lois bibliques ne l'oblige. Mais en dehors de cette loi, il se conformera aux lois civiles. (2) Comme exemple de cette distinction, malgré que l'article 125 prohibe le mariage entre le beau-frère et la belle-sœur, comme la loi du lévirat, telle que modifiée par le Deutéronome, faisait sous ce rapport une exception aux prohibitions du Lévitique, le frère est obligé d'épouser la veuve de son frère mort

(1) Nous verrons dans le cours de ce traité, où le droit civil et le droit canon marchent de conserve et se prêtent un mutuel appui, que la distribution du corps du droit canon *corpus juris canonici* a été calquée sur le corps du droit civil *corpus juris civilis*. C'est alors que nous verrons comment les lois civiles ont pu devenir des lois ecclésiastiques, de deux manières, 1o. par l'adoption expresse de quelques lois particulières, en vertu du mode connu sous le nom de *canonisation*, c'est-à-dire de l'inscription de ces lois au canon des lois ecclésiastiques ; 2o. En vertu d'une loi ecclésiastique déclarant, que dans le cas où certaine partie du droit civil ne répugne pas au droit ecclésiastique, il en fera partie.

C'est de l'une de ces deux manières, qu'une partie de la Législation de Justinien s'est introduite devant les tribunaux ecclésiastiques. D'un autre côté, une partie notable du droit canonique s'est introduite dans le droit civil, et dans la jurisprudence de ses tribunaux ; soit en vertu de lois spéciales ou de lois générales, aussi bien que par l'usage, qui n'est pas non plus resté étranger aux tribunaux ecclésiastiques.

(2) Nous développerons nos preuves sur ce point, quand il sera question des *mariages étrangers* et de la loi qui les régit.

sans postérité, *ad suscitandum semen fratris*, suivant cette loi qui est encore en force parmi plusieurs sectes judaïques. (1)

50. Les conséquences de ce qui précède sont donc, que le Code reconnaît le caractère religieux du mariage, avec non-seulement liberté, mais obligation pour chacun de le contracter suivant les lois de son église ; qu'il reconnaît le mariage des catholiques comme sacrement, parce que le catholicisme le reconnaît ainsi ; qu'il sanctionne tous les empêchements et toutes les dispositions du droit canonique et en particulier la doctrine, suivant laquelle l'Eglise a seule le droit de législation sur le lien et que partant il n'a entendu le soumettre, sous le rapport du lien conjugal, à aucun empêchement dirimant en dehors de ceux qu'elle a reconnus ; que s'il en a établi

(1) Lévitique, chap. 18, v. 16. " Vous ne découvrirez pas ce qui doit être caché dans la femme de votre frère, parce que c'est la chair de votre frère."

Deutéronome, chap. 25, v. 5. " Lorsque deux frères demeurent ensemble et que l'un d'eux sera mort sans enfants, la femme du mort n'en épousera point d'autre que le frère de son mari, qui la prendra pour femme, et suscitera des enfants à son frère ; "

6. " et il donnera le nom de son frère à l'aîné des fils qu'il aura d'elle, afin que le nom de son frère ne se perde point dans Israël."

7. " S'il ne veut pas épouser la femme de son frère, qui lui est due selon la loi, cette femme ira à la porte de la ville, et elle s'adressera aux anciens et leur dira : le frère de mon mari ne veut pas susciter dans Israël le nom de son frère ni me prendre pour sa femme ; "

8. " et aussitôt ils le feront appeler, et ils l'interrogeront. S'il répond : Je ne veux point épouser cette femme-là ; "

9. " la femme s'approchera de lui devant les anciens, lui ôtera son soulier du pied et lui crachera au visage, en disant : C'est ainsi que sera traité celui qui ne veut pas établir la maison de son frère ; "

10. " Et sa maison sera appelée dans Israël, la maison du déchaussé ; "

V. 9, c'est-à-dire, comme pour le punir de ce qu'il ne veut pas mettre le pied dans la maison de son frère.

*Nota.* L'auteur est informé par des autorités dignes de foi, que cette loi du Deutéronome est encore en vigueur parmi les sectes judaïques, dans toute sa simplicité première ; seulement que ce n'est plus à la porte de la ville, que la belle-sœur *déchausse* le beau-frère qui ne veut point l'épouser *et susciter des enfants à son frère*, mais que c'est dans la synagogue que cette cérémonie a lieu, et que se prononcent les imprécations contre le *déchaussé*.

d'autres, il entend limiter leur opération aux effets civils du mariage ; que pour les croyances protestantes qui admettent la compétence du pouvoir civil, mais qui reconnaissent des distinctions dans la forme de célébration du mariage et dans la compétence du célébrant, il a conservé ces distinctions, et que les autres empêchements qu'il a reconnus, s'appliquent tant au lien du mariage, qu'à ses effets civils ; que le mariage des juifs est soumis à leurs lois et aux usages de la synagogue, mais qu'à part les cas prévus par cette loi et ces usages, il est sous les deux rapports, religieux et civil, soumis à la loi du Code.

Pour ce qui est du mariage purement consensuel, en ordonnant la célébration du mariage devant l'autorité religieuse, le Code l'a prohibé.

Ayant établi, comme maxime fondamentale de sa législation, que le mariage contracté religieusement et suivant les lois faites et approuvées par l'Eglise des conjoints, est seul valable, le Code le traite ensuite comme contrat civil, mais non comme mariage civil ; et c'est en cela que la législation du Bas-Canada diffère essentiellement de la législation actuelle de la France.

51. Sous l'ancienne législation, le mariage était organisé religieusement, tant sous le rapport de sa formation, que de la durée *du lien*, c'est-à-dire qu'il était soumis au droit canon, et qu'étant contracté en face de l'Eglise, c'est devant les Cours Ecclésiastiques que devaient se juger les causes matrimoniales.

Scus l'ancien régime, la Religion d'Etat en France était le Catholicisme, et la maxime de droit public était, que nul mariage célébré ailleurs que devant un prêtre catholique, n'était valable. Il y eut exception à cette règle, depuis l'Edit de Nantes donné par Henri IV, (1) jusqu'à sa révocation par Louis XIV, en octobre 1685, pendant lequel intervalle, les protestants purent faire célébrer leurs mariages par leurs ministres. En 1698, la loi ancienne reprit son empire, et

(1) En avril 1598.

jusqu'à Louis XVI, qui, le 28 novembre 1787, fit une loi pour permettre le mariage des protestants dans leurs Consistoires, le mariage protestant y fut rigoureusement prohibé, même sous des peines sévères. Vint la Révolution de 1789, qui fit table rase des institutions anciennes et avec elles, du mariage religieux, par une loi du 20 septembre 1792, qui confia la célébration du mariage à l'officier civil.

Non-seulement le mariage en face d'Eglise et devant un prêtre catholique, ne fut plus prescrit par cette loi, mais il en fut proscrit, et on le remplaça par le mariage devant l'officier civil, ordonné à peine de nullité de l'union conjugale et de concubinage. Le mariage en face d'Eglise déclaré indifférent, fut laissé facultatif aux conjoints, mais on ne lui reconnut aucun effet civil et il dut être précédé du mariage civil pour opérer le lien.

52. La loi du Code Napoléon a imité cet ostracisme de l'élément religieux dans le mariage et a ordonné, comme seul valide, le mariage civil célébré devant le maire de la municipalité. Le projet du Code dressé par la Commission et discuté au conseil d'Etat, préalablement à son adoption par le Corps législatif, contenait l'article suivant : " La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils " mais il fut rejeté comme inutile, par le conseil d'Etat lors de la Rédaction définitive du Titre du Mariage. Une loi du Code pénal punit même d'une peine extraordinaire, le prêtre qui célèbre religieusement un mariage, non précédé de la célébration civile, comme nous l'avons vu (1) plus haut. Le mariage organisé sur ce principe, l'a été comme tous les autres contrats, et le Code a déterminé lui-même les conditions de sa formation et de sa dissolubilité pour causes déterminées, devant les tribunaux ordinaires, sans égard aux lois antécédentes et au droit canonique banni de la Législation Napoléonienne.

Comme on le voit les points de départ et d'arrivée des deux Codes, sont totalement opposés l'un à l'autre, puisque le Code Canadien place l'origine du mariage dans le droit Ecclési-

(1) No. 7, note 1.

tique et en proclame l'indissolubilité. Ils se rencontrent pourtant en chemin et sur plusieurs points de fond et de forme, car, comme le Code Français, le Code Canadien après avoir établi d'après les lois religieuses, la validité et le caractère de durée du mariage, le traite ensuite comme contrat civil, et d'après la loi organique de la Codification, il a emprunté l'ordre du titre et la distribution du sujet au Code Napoléon.

53. Suivant les idées des sociétés, d'où le sentiment religieux n'est pas exclu, le mariage produit des biens de deux ordres différents, des biens spirituels et des biens temporels ; dans le premier ordre, il opère *pro salute animæ*, et dans le second, *pro bono reipublicæ*. C'est la religion qui régit le mariage sous ses rapports religieux, et la loi civile sous ses rapports civils ; et c'est dans cette distinction que se place la démarcation entre les deux puissances. C'est à cause des biens du premier ordre, que nous avons vu les peuples anciens le considérer comme un acte religieux, et le placer sous la protection de leurs Dieux, et les chrétiens le regarder comme un sacrement, et demander à l'Eglise les conditions de sa validité et lui confier le soin de sa célébration. Mais une fois célébré, chaque puissance reprend son empire sur le mariage, la puissance ecclésiastique sur le perfectionnement spirituel de l'union conjugale et la règle des devoirs conjugaux au point de vue de la conscience ; et la puissance civile sur la gouverne des rapports intéressés des conjoints, de la dévolution des biens du mariage, communs ou propres aux époux, au profit de leurs enfants et de l'organisation de leurs droits et devoirs réciproques, au point de vue du bon fonctionnement de la société civile. Ce sont ces derniers effets du mariage, que, comme nous l'avons dit, (1) nous appelons ses effets civils et que régit le Code, tant par les lois du présent Titre, que par le titre du contrat de Mariage, dont il est question au Titre Quatrième, du Troisième Livre.

54. On peut, en d'autres mots, résumer ainsi la manière dont le Code traite du mariage. Il ne reconnaît de lien conjugal, que celui produit par le mariage religieux des époux, revêtu des

(1) Note du No. 8.

conditions essentielles établies par leur Eglise, et célébré suivant les formes et les rites qu'elle prescrit. Il énumère les conditions et les formalités communes à toutes les Eglises, avec reconnaissance des empêchements particuliers à chacune d'elles, lesquels invalident le lien, si telle est la décision de chaque Eglise, de même qu'il reconnaît les dispenses usitées dans quelques Eglises, de la même manière que ces Eglises les reconnaissent elles-mêmes. Si quelque empêchement établi par le Code, blesse les croyances religieuses de quelque Eglise, cet empêchement n'invalide pas le mariage, mais il s'attaque à ses effets civils.

L'action de nullité du mariage, est organisée sur des règles générales applicables à tous les mariages et est de la compétence des tribunaux civils, avec reconnaissance implicite de la juridiction épiscopale sur les mariages catholiques. Cela Code traite ensuite des effets civils du mariage.

Le présent titre est divisé en sept chapitres.

Le premier, traite " des qualités et conditions requises pour contracter un mariage."

Le second : " des formalités relatives à la célébration du mariage."

Le troisième : " des oppositions au mariage."

Le quatrième : des demandes en nullité de mariage."

Le cinquième : " des obligations qui naissent du mariage."

Le sixième : " des droits et devoirs des époux."

Le septième : " de l'indissolubilité du mariage."

Cette division empruntée au Code Napoléon qui, cependant, contient huit chapitres, dont le dernier, (celui omis dans notre Code) prohibe le second mariage de la veuve, dans les dix mois de la mort de son mari, (disposition qui ne se trouvait pas dans l'ancien droit, et que les rédacteurs de notre Code n'ont pas voulu adopter,) est prise sur l'ordre naturel de la matière.

En effet, comme tous les contrats, le mariage, pour être valablement contracté, exige le concours de certaines conditions qu'énumère le chapitre premier.

Comme il intéresse l'ordre public, aussi bien que les parti-

culiers, il est nécessaire qu'il soit publié d'avance, afin que ceux dont il pourrait léser les droits, ou qui pourraient en dénoncer les empêchements, en soient avertis. Il doit aussi être célébré publiquement devant un fonctionnaire particulier, et en un certain lieu public que tout le monde connaît ; il doit en outre être célébré de façon à en rendre la preuve certaine. Voilà le but des règles tracées par le chapitre second.

Bien qu'entaché de nullité, un mariage peut être célébré, et son annulation demandée plus tard ne peut que créer du scandale et engendrer de graves désordres. Ce sont ces inconvénients, que le chapitre troisième a voulu éviter en donnant aux intéressés le droit de s'y opposer.

Il peut cependant en dépit de toutes les prévisions de la loi, être irrégulièrement célébré, et, malgré les conséquences fâcheuses qu'elle entraîne, l'intérêt religieux et civil peuvent en demander l'annulation. C'est à cette éventualité que prévoit le chapitre quatrième.

Le mariage engendre des obligations des parents envers les enfants, et des enfants envers les parents ; il crée aussi des droits et des devoirs entre les époux : ce sont ces obligations, ces droits et ces devoirs, que les chapitres cinquième et sixième se sont chargés de tracer.

Enfin la mort seule peut le dissoudre. Ainsi s'exprime le chapitre septième.

---

## CHAPITRE PREMIER.

### DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

#### SOMMAIRE.

55. Ce chapitre s'applique à tous les mariages contractés dans le pays.
56. Division des empêchements de mariage en empêchements dirimants et prohibitifs et de la définition et de la nature du mariage.
57. Comme contrat, le mariage doit être revêtu des conditions essentielles à tous les contrats.
58. Application de la règle qui régit l'essence de tous les contrats au contrat de mariage. Empêchement résultant du défaut d'âge.
59. Même règle appliquée aux empêchements résultant du défaut de consentement, de l'impuissance, d'un mariage subsistant, et de la parenté et de l'affinité. Il sera question ailleurs de l'empêchement pour défaut du consentement des parents au mariage des enfants mineurs.
60. Des causes de la nullité des contrats.
61. Ces causes comme celles des empêchements de mariage proviennent du droit naturel ou du droit positif.

#### COMMENTAIRE.

55. Ce chapitre qui expose les conditions et la capacité voulues pour contracter un mariage, s'applique à tous les mariages contractés dans le pays. Ce chapitre eut pu être aussi proprement intitulé : " des Empêchements de mariage," suivant le terme reçu par le droit canonique et le droit civil, car *l'empêchement de mariage* est un obstacle formé au mariage par le défaut d'une condition voulue. Pour établir la validité des autres contrats, on procède par l'affirmation des qualités dont ils doivent être revêtus, et pour établir la légitimité du mariage on énumère les vices dont il ne doit pas être entaché. De ces deux procédés, différents par la forme, le résultat est

au fond le même, et le second a le mérite d'être d'un usage plus facile et plus prompt.

56. Les empêchements de mariage sont de deux sortes et sont appelés empêchements dirimants, *impedimenta dirimentia*, du verbe *dirimere*, rompre, annuler, ou empêchements prohibants, *impedimenta impediencia* ou *prohibentia*, (le participe ajouté au substantif étant pris dans le sens de *prohiber*, défendre,) pour dire que les premiers empêchements annulent le mariage ou l'empêchent de se former valablement, et que les seconds ne font que le prohiber et le rendre illicite sans en emporter la nullité.

Nous avons vu, dans les définitions que nous avons données plus haut, que le " mariage est l'union de l'homme et de la femme, emportant communauté indivisible (*individua*) d'existence ; " mais ces définitions ne disent pas en autant de mots, quelle est la fin du mariage ; ce qu'il importe de bien connaître pour saisir l'étendue des qualités qu'il doit avoir, et fixer ses idées sur les empêchements que forme le défaut de ces qualités.

Le mariage est dérivé du mot latin *matrimonium*. *Matrimonium* suivant l'étymologie commune, vient des deux mots *matris* et *munium*, on dit aujourd'hui *munus*, c'est-à-dire *fonction de la mère*, parceque dans la procréation et l'éducation des enfants, la part la plus large revient à la mère ; comme on dit *patrimoine*,—*patris munium* ou *munus*—pour désigner le bien que le père doit affecter au soutien matériel de la famille, lequel retombe principalement sur lui.

Dans l'étymologie du mot même, la procréation des enfants se trouve donc indiquée, comme étant la fin du mariage, et c'est son but comme contrat naturel, *in quantum est in officium naturæ*. Ce n'est pas que la naissance des enfants, et même la consommation soient de l'essence du mariage, ou qu'elles soient même nécessaires à sa perfection, car le mariage dessous avant sa consommation, a reçu tous ses effets naturels, religieux et civils ; mais il faut que ceux qui le contractent soient doués des qualités propres à l'acte, sans lequel la fin du mariage ne peut s'atteindre. Le mariage étant une union

indivisible, cette indivisibilité emporte l'idée de l'indissolubilité du mariage et de son unité, car diviser deux personnes, c'est briser le lien qui les unit ; et deux personnes ne peuvent être indivisiblement unies l'une à l'autre, si une troisième entre dans cette union. Le texte dit, d'ailleurs, l'union *d'un homme et d'une femme*, et non l'union d'un homme avec plusieurs femmes, ou d'une femme avec plusieurs hommes.

57. Le mariage comme contrat, doit avoir les qualités essentielles à tous les contrats. Comme contrat naturel il doit être revêtu des conditions particulières à sa nature et à sa fin. Comme sacrement sujet au droit ecclésiastique, et comme contrat civil soumis au droit civil, il doit avoir les qualités prescrites par le droit positif.

Quelques-unes des qualités essentielles à tout contrat sont ainsi énumérées aux articles 984, 985 et 986 du Code, au titre des Obligations. Quatre choses dit l'article 984, sont nécessaires pour la validité d'un contrat :

“ Des parties ayant la capacité légale de contracter.”

“ Leur consentement donné légalement.”

“ Quelque chose qui soit l'objet du contrat.”

“ Une cause ou considération licite.”

Art. 985. “ Toute personne est capable de contracter si elle n'en est pas déclaré incapable par la loi.”

Art. 986. “ Sont incapables de contracter, ceux à qui des dispositions spéciales de la loi défendent de contracter à raison de leurs relations ensemble ou de l'objet du contrat ; les personnes aliénées ou souffrant d'une aberration temporaire causée par maladie, accident, ivresse ou autre cause, ou qui, à raison de la faiblesse de leur esprit, sont incapables de donner un consentement valable.”

Ces articles contiennent en germe, la théorie du Code sur les empêchements de mariage.

58. L'article 984, exigeant que pour faire un contrat valide, les parties aient la capacité de contracter, appliqué au contrat de mariage, déclare invalide celui fait par les parties qui n'ont pas cette capacité. L'incapacité de contracter mariage est au

fond de tous les empêchements dirimants fondés sur l'incapacité des contractants à se marier.

D'après l'article 985, toute personne est capable de contracter mariage, si elle n'est pas déclarée incapable par la loi, et l'article suivant 986 également appliqué au mariage, rend incapables de le contracter, celles à qui des dispositions spéciales de la loi défendent de le contracter ensemble, à raison de leurs relations ou de l'objet du mariage, et celles qui, étant privées de raison par une cause temporaire ou permanente, ne peuvent pas donner un consentement valable à ce contrat.

Le chapitre premier du titre qui nous occupe, déclare incapables de contracter mariage, l'homme avant quatorze ans révolus et la femme avant douze ans, pour deux des raisons mentionnées aux articles 984, 985 et 986. La première est, qu'à cause de la faiblesse de leur âge, ils sont considérés comme incapables de consentir valablement à cet acte important, et la seconde est que n'étant pas considérés comme pubères, ils ne peuvent pas remplir la fin principale du mariage qui est la procréation de l'espèce humaine.

Telle est la cause de l'empêchement du défaut d'âge.

59. Le second empêchement établi par ce chapitre est celui du défaut général de consentement, sans égard à l'âge ou à aucune circonstance particulière. Cet empêchement couvre tous les vices de consentement, absolus ou relatifs, temporaires ou permanents, et par conséquent, s'applique à toutes les personnes déclarées par la loi, incapables de se marier, parce qu'elles ne peuvent pas donner de consentement.

La troisième est l'impuissance qui rend inhabile à remplir l'objet principal du contrat, qui, comme nous venons de le dire, est la reproduction de l'espèce.

Le quatrième est un mariage encore subsistant, qui fait aussi défaillir un des objets du contrat, celui qui résulte de la nature même de l'union conjugale, laquelle doit comporter une communauté indivisible d'existence; d'où il suit que les personnes déjà mariées, ne peuvent pas former une telle communauté avec d'autres personnes, tant qu'elles sont engagées dans les liens d'une union subsistante.

Le cinquième empêchement qui est l'empêchement résultant de la parenté ou de l'affinité, dans tous les degrés de la ligne directe, et dans certains degrés de la ligne collatérale, forme aussi un obstacle au mariage, parceque, dans le sens de l'art. 986, le Code a défendu aux personnes ainsi liées par la parenté ou l'affinité, de contracter mariage ensemble.

Nous parlerons, dans un endroit séparé, de l'empêchement provenant du défaut de consentement donné au mariage du mineur par ses père et mère, parceque nous n'entendons parler ici que des empêchements communs à tous les mariages et que cet empêchement n'est pas dirimant pour les mariages des catholiques, vu qu'il n'est pas reconnu par le droit canonique, et qu'il n'affecte, le mariage que relativement à ses effets civils.

60. L'on voit donc, qu'en proclamant ces empêchements, le Code ne fait qu'appliquer au mariage, les règles communes à tous les contrats et les nullités qui résultent de leur inobservance. Ce qui nous conduit à dire un mot des causes de nullité des contrats en général, pour faire voir encore, que ce n'est que par l'application des règles ordinaires au contrat de mariage, que les empêchements dirimants établis par ce chapitre, l'annulent.

Tout le monde convient, que le contrat nul équivaut à néant, et que le contrat qui manque de quelque condition ou de quelque qualité essentielle est de ce genre. On dit que ce contrat est absolument nul ou de nullité absolue. Ainsi la vente faite par un fou, ou par un tuteur non autorisé, des biens de son mineur, est absolument nulle, ou est frappée de nullité absolue, parceque le fou manque d'une qualité essentielle, la raison, indispensable au consentement, et que le tuteur n'a pas rempli une condition essentielle que lui impose la loi. La vente est non-seulement nulle, elle n'a jamais eu d'existence.

Pendant, comme il y a eu une vente apparente, et qu'il a été passé un titre que, par erreur ou mauvaise foi, on pourrait plus tard invoquer et comme il peut y avoir eu tradition de la chose vendue et déplacement dans la possession, une action en justice devient souvent nécessaire, non pour faire annuler la vente,

on n'annule pas le néant, mais, pour nous servir des termes ordinaires à la pratique, la faire déclarer non avenue, c'est-à-dire faire déclarer qu'il n'y a jamais eu de vente, ou encore, mettre les parties dans l'état où elles étaient avant l'acte nul. Appliqués au mariage, les empêchements opèrent de la même manière. Un fou, un impuissant, un impubère, un homme déjà marié, deux parents dans les degrés prohibés contractent mariage :—il est évident que ce mariage est frappé de nullité absolue, ou plutôt qu'il n'y a pas de mariage, parce que tous manquent d'une ou de plus d'une des qualités et conditions essentielles au mariage ; le fou et l'impubère ne peuvent consentir valablement au mariage, ce même impubère et l'impuissant sont incapables de l'acte générateur ; l'homme engagé dans un mariage subsistant manque de liberté, et les parents sont par la loi frappés d'incapacité par rapport à ce mariage, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas, vis-à-vis l'un de l'autre, dans les conditions exigées par la loi, pour contracter ensemble un mariage valable.

Cependant, comme il y a eu un mariage apparent, une action sera nécessaire pour détruire ces apparences et remettre les parties dans l'état où elles étaient avant ce faux mariage. Cette action est l'action en nullité de mariage, dont nous parlerons plus tard avec développement, car elle joue un grand rôle dans la théorie du mariage, et elle a été le sujet de méprises considérables dans le droit français, surtout dans le droit nouveau. Il nous suffit pour le moment de bien tracer la nature et l'effet général de la nullité ou des empêchements dont il s'agit dans ce chapitre. Ces empêchements, répétons-le, rendent le mariage nul, en ce qu'ils empêchent le lien de se former valablement, à cause du défaut de capacité légale de la part des parties, de contracter valablement. Défaut de capacité ! Voilà la cause de chacun de ces empêchements.

61. Ces empêchements, comme les causes de nullité de tous les contrats, proviennent du droit naturel ou du droit positif et résultent de la violation des qualités essentielles communes à tous les contrats et de celles qui sont particulières au mariage. Ainsi l'empêchement provenant du défaut de consentement

est commun à tous les contrats. L'empêchement d'impuissance provient du droit naturel et dans son caractère général, il est commun à tous les contrats, que ceux qui les font, doivent être capables de faire ; mais dans son espèce particulière, il est propre au mariage que l'impuissant ne peut consommer. L'empêchement d'un mariage pré-existant est de droit naturel, reconnu par le droit positif et provient de la nature du contrat de mariage. L'empêchement de parenté dans la ligne directe est en général de droit naturel, et de droit positif dans la ligne collatérale, excepté pour le premier degré.

Ces distinctions dans la source des empêchements sont importantes, en ce que quelques unes des nullités qu'elles produisent sont irrémédiables, que d'autres sont réparables, et qu'en général, l'Eglise accorde des dispenses des empêchements de droit positif et n'en accorde pas des empêchements de droit naturel, comme nous le verrons plus tard.

Les empêchements de mariage sont divisés en empêchements absolus et relatifs, en ce que les premiers rendent ceux qui en sont atteints, incapables de contracter valablement un mariage avec aucune personne quelconque, et que les seconds rendent seulement invalides les mariages entre certaines personnes. Ainsi, des cinq empêchements reconnus par le Chapitre premier, les quatre premiers sont absolus et le cinquième est relatif. Examinons-les les uns après les autres et dans l'ordre que nous les présente le Code, en commençant par celui tiré du défaut d'âge.

### ARTICLE 115.

**L'homme avant quatorze ans révolus, la femme avant douze ans révolus ne peuvent contracter mariage.**

#### SOMMAIRE.

62. Pour contracter un mariage valable, les époux doivent avoir atteint l'âge de la virilité et de la nubilité. Différence à l'égard de cet âge sous les différents climats.
63. La loi chez tous les peuples a établi un âge légal. Citations.

- 64. Discussion à ce sujet au Conseil d'Etat, lors de la rédaction du Code Napoléon. Disposition de notre Code.
- 65. Justification de cette disposition.
- 66. Suivant l'article 115, tout mariage contracté en violation de sa disposition est nul. Cet article est cependant susceptible d'exceptions.
- 67. Première exception.
- 68. Seconde exception.

### COMMENTAIRE.

62. La procréation des enfants et la reproduction de l'espèce humaine étant l'un des buts du mariage, comme nous l'avons dit, et la fin principale pour laquelle il a été institué par Dieu, qui a voulu distinguer la propagation de l'homme fait à son image, de celle des animaux, quoiqu'elles ne soient pas essentielles à sa perfection, puisque la sénilité n'est pas un obstacle à ce contrat, que les époux peuvent d'un commun accord, vivre dans la continence, et que le mariage dissous même avant sa consommation n'en a pas moins été un mariage véritable, il n'en est pas moins vrai, que pour le contracter valablement, les conjoints doivent être aptes à l'acte générateur.

Le virilité chez l'homme et la puberté chez la femme n'arrivent pas au même âge. La nature qui a soumis les deux sexes à des lois d'organisation différentes, rend la femme féconde plus vite que l'homme. Comme fait général, cet âge varie chez les deux sexes, suivant les latitudes des pays qu'ils habitent. L'on sait que sous le soleil brûlant de l'Asie, la puberté est plus rapprochée que sous le ciel plus tempéré de l'Europe, qu'elle est plus prompte dans les climats du midi que dans ceux du nord, et plus précoce sur les bords du Tibre que sur les rives du St. Laurent. Chez les individus du même sexe, vivant sous le même ciel, et sujets aux mêmes influences de climat, ce phénomène n'arrive pas au même âge, et varie suivant les tempéraments, quelquefois même suivant les caprices de la nature. On a remarqué que l'âge de puberté est en général plus précoce chez les indiennes que chez les femmes blanches de l'Amérique, et l'on observe tous les jours, des inégalités surprenantes chez les individus de la même race.

63. La loi qui ne tient pas compte des accidents particuliers aux individus, mais qui cherche dans la masse des faits sociaux, une règle générale fondée sur l'expérience de ce qui arrive le plus souvent, *quod plerumque fit*, et qui convient le mieux au plus grand nombre, a observé dans les différents pays, l'âge de puberté chez le plus grand nombre d'individus, et, par une fiction nécessaire, elle a déclaré que cet âge arrivé, tous les individus seraient considérés comme pubères, et capables de contracter mariage. Cet âge de puberté légale, si je puis ainsi m'exprimer, a varié chez tous les peuples suivant les climats, les mœurs et les intérêts sociaux.

Une loi grecque fixe la puberté chez les mâles à quatorze ans, et chez les filles à douze. Les Romains empruntèrent à la Grèce, cette règle avec plusieurs de leurs autres institutions légales. Le droit canon à son tour l'emprunta au droit Romain, et du droit canon, elle passa, comme maxime de droit commun, dans la Législation Française, d'où elle nous est venue. Les auteurs du Code Civil ne l'adoptèrent pas, mais fixèrent à dix-huit ans pour les hommes et quinze pour les femmes, l'âge de puberté. (art. 144). Nos codificateurs n'ont pas suivi leur exemple.

64. Lors de la discussion de cet article au Conseil d'Etat, les opinions furent partagées sur l'âge à fixer pour le mariage. Tous les conseillers furent d'avis, que quatorze ans pour les mâles et douze pour les filles, était un âge trop rapproché, sous le double rapport de la croissance physique, nécessaire pour la saine propagation des races et de la suffisance du développement intellectuel, eù égard à l'importance d'un acte aussi solennel que le mariage.

Le projet calqué sur les dispositions d'une loi de 1792, empruntée aux constitutions de l'empereur Léon, présenté par M. Réal, au nom de la Commission, fixait quinze ans pour l'homme et treize ans pour la femme. Le premier Consul inclinait à n'autoriser le mariage qu'à 21 ans pour le premier et quinze pour la seconde. L'article 144 fut pourtant adopté. (1) La règle de cet article est aussi celle du Code Frédéric. La majo-

(1) Fénet. Travaux préparatoires. tome 9, pp. 6 et 7.

rité des Codes Européens fixe à quatorze ans pour les mâles et douze ans pour les filles, l'âge où l'on peut se marier. Telle est la disposition de la loi Anglaise et le Code Louisianais en contient un article exprès (art. 93). En perpétuant la disposition de l'ancien droit, nos Codificateurs ont eu le double mérite, de ne rien innover dans le droit français, et de reproduire la disposition du droit anglais.

65. A part le mariage des princes, que l'on tenait séparés pourtant jusqu'à ce qu'ils eussent atteint un âge plus avancé, il y a peu d'exemples que l'on ait usé de la faculté de contracter un mariage à douze ou quatorze ans. A tout événement on n'en trouve pas en Canada. La disposition de la règle déposée comme principe abstrait dans le Code, ne peut pourtant causer aucun préjudice, car si jamais on en use, ce devra être dans des circonstances assez exceptionnelles, pour justifier cette grave dérogation aux mœurs du pays, dont l'action sert toujours de contrôle salutaire aux exagérations de la Législation.

Ce n'est pas seulement sous le rapport du développement physique, que la loi fixe un âge légal pour le mariage. Comme nous l'avons vu, elle n'a pas supposé qu'avant cet âge les parties aient le degré de raison et la maturité de jugement suffisants pour donner un consentement éclairé et réfléchi à cet acte important, d'une portée exceptionnelle et duquel dépend non-seulement le bonheur des époux eux-mêmes, mais encore la prospérité de leurs descendants. Ces deux motifs s'unissent donc, pour proscrire les mariages contractés à un âge trop précoce.

66. Aux termes de notre article 145, le mariage contracté avant l'âge requis, soit de la part des deux conjoints, soit de la part de l'un d'eux, est donc frappé de nullité absolue.

Il ne devrait donc jamais, et dans aucun cas, produire d'effets civils. Il n'en est pourtant pas ainsi, car aux termes de l'article 153, lequel se trouve dans le chapitre quatrième, qui organise les demandes en nullité de mariage, ce mariage ne peut être attaqué dans deux cas : 1o. dans le cas où les époux ou l'époux trop faible d'âge, auraient laissé écouler six mois sans se plaindre depuis qu'ils ont atteint l'âge légal, et

20. dans le cas où la femme, qui lors du mariage n'avait pas cet âge, a conçu dans les mêmes six mois.

67. Un mariage ainsi contracté contre la prohibition de la loi et nul dès le principe, peut donc être validé par le laps de temps, et la nullité n'est pas absolue et irréparable. Sur quoi peuvent être fondées ces deux exceptions à la nullité absolue ? Elles ne paraissent pas procéder toutes deux du même principe. La première, celle résultant du silence des parties pendant les six mois qui ont suivi la révolution de l'âge complet, ne peut être fondée que sur l'acquiescement au mariage nul dans le principe, ou sur un consentement tacite survenu postérieurement. Cette exception consacrerait donc le principe, que les nullités de mariage, du moins celle-ci, peuvent se couvrir par le silence, l'approbation expresse ou tacite, comme les nullités des autres contrats.

En considérant le mariage comme pur contrat civil, cette doctrine peut non-seulement avoir l'avantage d'être en harmonie avec les principes du droit nouveau créé en France par le Code Napoléon, elle est également conforme aux maximes de l'ancien droit. Notre Code a donc suivi jusqu'ici, tant la doctrine de l'ancien droit, que celle du Code Napoléon. C'est aussi celle de la loi Anglaise : "The next disability is the want of age. This is sufficient to avoid all other contracts on account of imbecility of judgment in the parties contracting ; therefore it ought to avoid this, the most important contract of all. Therefore if a boy under fourteen, or a girl under twelve years of age, marries, the marriage is imperfect, and when either of them comes to the age of consent aforesaid, they may disagree and declare the marriage void, without any divorce or sentence in the spiritual Court. This is founded on the civil law, but the canon law pays a quarter regard to the constitution ; for if they are *habiles ad matrimonium*, it is a good marriage whatever their age may be. And in our law it is so far a marriage, that if at the age of consent they agree to continue to live together, they need not be married again." (1)

(1) Blackstone's Com., Liv. 1, No. 436.

68. La seconde exception, celle tirée de la conception de la femme dans les six mois du mariage, est fondée sur la manifestation de la nubilité à l'époque du mariage, c'est-à-dire que la règle générale qui déclare la femme impubère à douze ans, n'étant après tout, que le résultat d'une présomption légale, la conception de la femme dans un intervalle aussi rapproché que six mois, revêt ici le caractère d'un fait contraire à la présomption de la loi et la repousse. Cette exception est reconnue en droit canonique.

Cap. "Puberes" de Desp. impub. *ubi dicitur* : "certum est eum-  
"puberem esse qui ex habitu corporis pubertatem ostendit, et  
"generare qui potest."

### ARTICLE 116.

Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement.

#### SOMMAIRE.

69. Il est de l'essence de tout contrat qu'il soit librement consenti. Comment le mariage échapperait-il à cette exigence ? Ce consentement doit être donné au temps du mariage.
70. Le défaut de consentement dont parle cet article 116, diffère du consentement vicieux dont parle l'article 148. Le défaut de raison est le seul cas qui se présente à l'application de l'article 116.
71. La nullité du mariage du mort civil provient d'une autre cause. Cette nullité s'applique à tous ceux qui à l'époque du mariage, sont perpétuellement ou temporairement privés de raison.
72. Cette règle simple dans l'abstraction est dans la pratique sujette à bien des difficultés. Pouvoir discrétionnaire du juge en cette matière. Variété des faits dont on peut induire la folie.
73. Exemples et hypothèses. Interdiction. Le mariage de l'interdit n'est nul que pour les effets civils.
74. Intervalles lucides. Que décider en ce cas.
75. Les règles fixes en cette matière sont impossibles. L'application en est toute subordonnée aux faits et aux circonstances.
76. Ce qui se dit de la folie à intervalles lucides que l'on appelle folie *intermittente*, peut s'appliquer à l'ivresse temporaire. Que dire du délire ?

#### COMMENTAIRE.

69. Il semble, à première vue, que cette règle empruntée au Code Napoléon (art. 146), ne devrait pas faire l'objet d'un ar-

ticle spécial, tant elle est évidente. Il est de l'essence de tout contrat qu'il soit librement consenti. Comment le mariage qui est un des contrats les plus importants de la vie, pourrait-il échapper à cette exigence ?

Aussi le mariage est-il formé par le consentement des conjoints : l'expression de ce consentement et la bénédiction nuptiale n'en comportent que la manifestation et la sanction. Le mariage n'emprunte pas même sa validité à sa consommation. La mort d'un des époux avant qu'il soit consommé, laisse l'autre époux en possession de tous ses droits. Devant l'Eglise, l'empêchement dirimant d'*honnêteté publique*, existe entre l'époux qui survit et tous les consanguins (consanguinei) du défunt jusqu'au quatrième degré inclusivement. C'est une sorte d'affinité. "*Honestas publica orta ex matrimonio rato et non consummato dirimit matrimonium inter unum sponsum et consanguineum alterius usque ad quartum gradum inclusive. Id tanquam certum ab omnibus traditur, quamvis nullus expressus Juris textus proferatur. Sanchez L. 7. D. 70, No. 1 ; 3 Lig. 1. 6. No. 1061. Gury. t. 2, No. 816, et alii.*"

"*Honestas publica est propinquitas seu quædam quasi affinitas, quæ per conjunctionem, non corporum, sed animorum oritur tum ex sponsalibus inter unum sponsum et consanguineos alterius (usque ad primum gradum tantum in Trident. sess. 24, de Reform. matr. 1. 3), tum ex matrimonio rato inter alterum conjugem et compartis consanguineos (usque ad quartum gradum inclusive).*" Gury, t. 2, No. 816.

Ce consentement doit être donné publiquement au temps même du mariage, avoir été précédé et être accompagné des formalités voulues pour constituer un mariage valable. Il est inutile de dire, que tout consentement antérieur et non manifesté d'erechef lors de la célébration du mariage, n'en serait pas un et ne produirait pas d'effet.

70. Le défaut de consentement dont l'article 116 parle ici, est tout-à-fait différent du consentement vicieux, dont il est fait mention à l'article 148, et annulable pour cause d'erreur et de violence. Bien qu'invalidé et sujet à annulation, un consentement surpris par l'erreur ou extorqué par la violence est

toujours un consentement, et c'est celui dont il s'agit dans l'article 148, pendant que l'article 116 ne contemple qu'un mariage qui n'a jamais eu d'existence réelle, qui a été frappé de néant par l'incapacité de celui qui a exprimé un consentement qu'il ne pouvait pas donner et que, de fait, il n'a pas donné.

Le défaut de raison de la part des parties contractantes ou de l'une d'elles, est le seul cas qui se présente à l'application de cet article. Quoique le mort civil soit frappé de l'incapacité de contracter un mariage, et que cette incapacité repousse la supposition d'un consentement efficace, il peut cependant donner un consentement réel et valable aux yeux de l'Eglise, quoique ce consentement n'ait pas d'effet légal au civil.

71. Et voilà pourquoi le mariage du mort civil emprunte son invalidité à une autre cause que celle du mariage de celui qui est privé de raison par folie permanente, temporaire ou accidentelle. Le mort civil ne peut se marier, parcequ'il a été retranché de la vie civile, indigne qu'il est jugé, de prendre part aux bienfaits de la société dont il s'est montré l'ennemi. Cette incapacité est d'ailleurs créée par un autre article que celui qui nous occupe, l'article 36, paragraphe 6 : il en a déjà été et il en sera de nouveau question ailleurs.

L'incapacité résultant du défaut de raison s'applique à ceux mêmes qu'une aberration temporaire rend incapables de volonté. De ce nombre sont ceux qui sont atteints de folie temporaire causée par la maladie, un accident ou l'ivresse. Pendant leur aberration, ils sont rangés, pour les fins du mariage, dans la catégorie des insensés. Et de fait, ils le sont, tant qu'elle dure. Ceux donc qui sont privés de raison, par quelque cause quelconque, ne peuvent contracter mariage.

72. Cette règle fort simple dans l'abstraction, est pourtant dans la pratique, sujette à des distinctions délicates et surtout des difficultés d'application assez graves. Dans quels cas, le défaut de raison doit-il faire déclarer un mariage invalide ? Il est impossible de répondre à cette question, par l'exposition d'une maxime précise et rigoureuse, car la solution en est subordonnée à un état de faits essentiellement variables.

Dans cette matière qui concerne à la fois la société et la

famille, où l'intérêt public et l'intérêt privé sont appelés à faire valoir tour à tour leurs motifs, toujours concordants, bien que parfois en antagonisme apparent, il est une considération d'un grand poids sur chaque demande en nullité de mariage, et qui domine toutes les autres. C'est que l'invalidité des mariages, ne doit être prononcée que dans des cas extrêmes : quand la somme des avantages qu'elle procure aux individus excède les inconvénients qui sont son accompagnement obligé, et peut-être qu'au point de vue de la morale publique, le maintien d'un mariage invalide en réalité, mais valable en apparence, est dans le doute préférable à son annulation.

Il s'en suit que le pouvoir discrétionnaire du juge est fort considérable : on serait presque tenté de dire, illimité. Non qu'il puisse, en mettant sa raison à la place de la raison de la loi, méconnaître l'applicabilité du principe ; le pouvoir du magistrat ne va jamais jusque-là. Mais il est l'appréciateur souverain du fait, disons de la preuve du défaut de raison qui est le point culminant du procès, le nœud gordien de la difficulté.

Les faits dont on veut induire la preuve de folie, varient comme les causes de la folie elle-même et les signes qui la révèlent. Ils se présentent sous tant d'aspects divers, diffèrent tellement entre eux ; ils offrent des complications si difficiles à prévoir, qu'il est impossible d'en faire la classification.

L'on ne peut que grouper dans un cadre imparfait, les faits généraux empruntant leur caractère aux caractères de la folie elle-même, c'est-à-dire créer des hypothèses applicables à la généralité des cas, pour ensuite tracer les règles à l'aide desquelles on peut les résoudre.

73. Ainsi celui qui, à un temps donné, est privé de raison, est ou idiot de naissance, ou né avec sa raison, il l'a perdue accidentellement, et il est en état habituel de démence ; sa folie est permanente, ou il a des intervalles lucides : ou bien il n'est pas en état habituel de démence, et sa folie est momentanée et produite par l'ivresse ou la maladie. Dans cet état de folie, il contracte un mariage dont la validité est en question : faudrait-il le déclarer nul ? Je ne dis pas *l'annuler*, car on n'annule que le contrat qui existe, quoique entaché de vice ; et le con-

sentement donné par un insensé n'est pas un consentement ; il n'a aucun effet quelconque. Il ne produit qu'un mariage apparent qui n'a pas d'existence réelle et qu'on puisse annuler. On n'annule pas le néant. Nous l'avons déjà dit.

Il ne peut venir de doute à l'esprit de personne sur la complète nullité du mariage de l'idiot. Aussi n'est-ce pas pour lui que le sujet offre des difficultés.

On peut dire la même chose du fou dont la démence accidentelle est continuelle et sans intervalles lucides.

Mais il y a plus de doute pour celui qui a des intervalles lucides, car ce mariage peut s'être fait pendant qu'il était redevenu en possession momentanée de sa raison, quoiqu'il soit retombé dans la folie ensuite.

Par rapport à lui, il y a une distinction à faire, tirée d'un autre moyen de nullité, l'*interdiction*. S'il a été interdit, et pourvu régulièrement d'un curateur, son mariage est aussi nul que celui de l'idiot et de l'insensé sans intervalles lucides et dont la folie est constante. Le fait de l'interdiction opposerait une fin de non recevoir péremptoire à la supposition qu'il s'est marié pendant un intervalle lucide. Ce mariage est frappé de nullité par l'article 134 qui porte : " que tout acte fait par l'interdit est nul."

En vain, on objecterait que la nullité portée par cet article, ne se rapporte qu'aux actes qui concernent ses intérêts pécuniaires, et en rapport avec ses biens. Cette distinction n'est pas faite par la loi civile qui, prononçant la nullité de tous les actes faits par l'interdit, les comprend tous, et, parmi eux, le mariage.

Nous reviendrons là-dessus plus tard, quand il sera question de faire la distinction entre les mariages valides sous le rapport du lien, et ceux qui sont nuls par rapport aux effets civils ; car la nullité du mariage de l'interdit dont nous venons de parler, n'étant pas prononcée par le droit canonique, ne peut pour les catholiques, avoir lieu que pour les effets civils. Au point de vue de la validité du lien, il faudrait outre l'interdiction, prouver la folie à l'époque du contrat. Le fait de la

célébration du mariage créerait une présomption de raison supérieure à l'interdiction.

74. Mais s'il n'était pas interdit et qu'il fût certain que son mariage s'est fait pendant un intervalle lucide, que décider ?

Si la preuve était convaincante et que le doute ne fût pas permis à cet égard, son mariage serait valable, car un intervalle lucide complet suppose un retour complet de la raison : au cas contraire, il ne serait pas lucide. Or, rien n'interdit à celui qui a été privé de sa raison, mais qui l'a recouvrée, aucun des actes de la vie civile, et pas plus le mariage que les autres. Il est même de la nature d'un semblable intervalle de lucidité complète d'exclure la supposition du retour de la folie, ou au moins de produire une espérance raisonnable, que la raison qui a repris sa demeure dans un cerveau malade, y continuera son séjour ; que le flambeau rallumé ne s'éteindra plus !

Comme le consentement emprunte sa valeur à l'état mental de celui qui le donne, dans le temps où il est donné, indépendamment de celui qui l'a précédé, ou qui l'a suivi, il importerait peu à la validité du mariage, que le conjoint fût retombé dans son premier état, qu'il eût même été interdit par la suite. Le cas où la lucidité de l'esprit manifestée lors du mariage, n'aurait pas depuis cessé, n'a pas besoin de commentaire. Il est évident que le mariage est inattaquable.

Mais tout cela est dit, répétons-le, dans la supposition que l'intervalle lucide fût clairement établi. C'est surtout dans les embarras de cette preuve que repose le doute. Disons d'abord que, dans un semblable cas, la folie périodique étant établie, l'intervalle lucide devrait être prouvé. Cette preuve est difficile. A première vue, il répugne à l'esprit que celui que la raison a abandonné, et qu'elle n'a visité depuis qu'à intervalles fugitifs et éphémères, pour disparaître encore, ait jamais recouvré la pleine possession de ses facultés mentales, même quand il a semblé le plus en jouir. Elle est cependant possible ; il ne s'agit que d'en établir la suffisance.

75. Les règles sur la valeur de cette preuve sont strictement impossibles. Elle est, comme dans tout autre cas, sujette aux présomptions et soumise aux adminicules empruntés aux faits.

particuliers à chaque espèce. Le temps où la folie s'est révélée pour la première fois, la durée des accès, ainsi que celle des intervalles lucides, et leur fréquence; l'état actuel de l'aliéné, surtout, sont d'une grande valeur dans l'investigation des faits. Sa conduite envers l'autre conjoint et la nature de leurs rapports antérieurs ou postérieurs au mariage; la durée de la vie commune; voilà autant de faits à consulter. Car quoique certains auteurs tiennent que la nullité produite par le défaut de raison est irréparable; que la co-habitation quelque longue qu'elle puisse avoir été et le silence de l'autre partie n'en peuvent pas couvrir les vices, comme quand il est question des nullités relatives engendrées par l'erreur ou la violence, ainsi que nous le verrons sous l'article 148, il est hors de tout doute, que la moralité du mariage et la co-habitation, impuissantes si l'on veut, à constituer une ratification valable, ne soient d'un grand secours pour élucider la condition mentale de l'insensé, à l'époque où le mariage a été célébré. En effet qui doit mieux que les intéressés, l'autre conjoint surtout, sont en état d'en juger? Et le fait que les parents de l'autre conjoint et ceux de cet insensé auraient librement consenti au mariage et à la vie commune, ne soulèverait-il pas des présomptions violentes, en faveur de la santé d'esprit, de la même manière qu'une séparation hâtive, motivée de la part de l'autre conjoint sur l'aberration, entraînerait des probabilités contraires.

Ajoutons que la faveur du mariage et l'autorité du fait accompli doivent faire pencher le doute d'une preuve contradictoire du côté de sa validité; que le juge qui doit consulter l'intérêt des familles, intérêt puissant dans tous les cas, et surtout quand le fait de la folie est douteux, sans perdre de vue celui du public et oublier le respect qu'il doit aux nullités rigoureuses prononcées par la loi, ne doit déclarer un mariage nul que sur une preuve convaincante, et nous aurons épuisé tout ce qui peut être dit d'utile à ce sujet.

76. Ce qui vient d'être dit de la folie à intervalles lucides, que l'on appelle *folie intermittente*, s'applique à la folie passagère produite par l'ivresse momentanée, et à la folie plus durable

causée par le délire provenant d'une ivresse prolongée ou de la maladie.

Pour ce qui est de l'ivresse momentanée, il paraîtrait impossible de dire qu'un mariage concerté d'avance, et consommé ensuite, serait déclaré nul par cela seul qu'un des conjoints, sinon, par impossible tous deux, se seraient trouvés dans un état d'ivresse lors de sa célébration. On présumerait en ce cas, que puisqu'il est resté assez de force physique aux conjoints pour prononcer les paroles requises pour constater le consentement, il leur est resté assez de raison pour comprendre le sens de leur engagement. Ce serait de l'instinct, un éclair peut-être, mais ce serait l'instinct et l'éclair de la raison ! Ce qui ne blesserait en rien le principe que, sans raison, on ne peut contracter.

Quant au délire, s'il ne comptait que d'une époque postérieure aux négociations du mariage, surtout aux fiançailles, l'on devrait dire ce qui a été dit de l'ivresse, que le conjoint avait conservé assez de raison pour donner un consentement valable au mariage, lors de la célébration. Il en serait autrement, si le délire était antérieur, s'il avait duré pendant tous les préliminaires des fiançailles, qu'il durât encore alors et se continuât jusqu'au mariage, surtout si la cohabitation n'avait pas eu lieu ou qu'elle eût été abandonnée aussitôt après le retour de la raison, il en serait autrement. La cause offrirait alors un concours de circonstances abandonnées à la prudence du juge et dont le poids pèserait contre le mariage.

Nous verrons sous le chapitre quatrième qui traite des demandes en nullité de mariage, par qui la nullité pour défaut de raison doit en être demandée, quand elle doit l'être, si elle est irréparable et absolue dans tout état de faits quelconques, ou si elle peut être couverte.

#### ARTICLE 117.

L'impuissance naturelle ou accidentelle existant lors du mariage le rend nul mais dans le cas seulement où elle est apparente et manifeste.

Cette nullité ne peut être invoquée que par la partie même avec qui l'impuissant a contracté. Elle n'est plus recevable si elle a laissé passé trois ans sans se plaindre.

#### SOMMAIRE.

77. Doctrine de l'ancien droit français à l'égard de l'impuissance.  
 78. Le Code Napoléon n'a pas reproduit cette doctrine. Suivant notre Code cette impuissance doit être manifeste et apparente. Comment doit-on entendre cette condition ?  
 79. Suite. Qui doit être admis à se plaindre de l'impuissance. Suspension du jugement pendant trois ans suivant le droit canon. En France le mariage d'un impuissant peut être cassé pour cause d'erreur sur la personne.

#### COMMENTAIRE.

77. Dans l'ancien droit français, l'impuissance naturelle ou accidentelle existant lors du mariage était un moyen de nullité de mariage, contre lequel elle produisait un empêchement dirimant absolu. Mais il fallait que cette impuissance fût perpétuelle, constante et incurable. Une impuissance temporaire ou douteuse ne prouvait pas une incapacité de mariage et n'en entraînait pas la nullité.

Jusqu'en 1677, la preuve de l'impuissance se faisait par le congrès, mais le Parlement de Paris, par arrêt de règlement du 18 février 1677, a défendu cette espèce de preuve aussi équivoque qu'indécente. Au congrès, l'arrêt a substitué la visite par chirurgiens, du mari, ou par matrones de la femme accusés d'impuissance.

78. Le Code Napoléon n'a pas reproduit cette disposition, et en France, l'impuissance ne forme plus un empêchement de mariage. Non qu'il soit dans les principes de la loi, qu'une personne inhabile au mariage puisse le contracter, mais à raison des inconvénients résultant des demandes fondées sur l'impuissance, le Législateur en a proscrit la recherche. (1)

(1) Cependant, quoique sous le Code français l'impuissance soit seule insuffisante pour donner lieu à l'action en nullité de mariage, les auteurs conviennent qu'elle constituerait une cause d'erreur dans la personne qui pourrait faire casser le mariage. L'époux qui croirait avoir épousé une

Il n'en est pas ainsi pour nous, et le Code a continué de reconnaître l'impuissance comme empêchement, mais à une condition qui ne se rencontrait pas, au moins textuellement dans l'ancien droit, c'est que cette impuissance soit manifeste et apparente.

Que doit-on entendre par cette condition, et qu'est-ce que l'impuissance *manifeste* et *apparente*? Une *chose manifeste* est celle qui se prouve par elle-même, et dont personne ne peut douter, et une *chose apparente* est celle que tout le monde peut voir. Il en est ainsi de l'impuissance. Il faut, pour produire ses effets, qu'il ne puisse être soulevé aucun doute sur son existence, et que cette conviction soit produite par la simple inspection de la personne. En d'autres termes, il faut qu'il résulte de telle inspection, que l'organe générateur est totalement incomplet. Ce que les Rédacteurs ont voulu, a été d'éviter une discussion scandaleuse sur le fait même de l'impuissance, et pour cela ils ont exclu jusqu'à la possibilité du doute, du doute raisonnable bien entendu!

79. Notre article n'admettant d'impuissance comme empêchement dirimant que celle qui est apparente et se révèle extérieurement, il s'en suit que le Code ne reçoit pas comme le faisaient l'ancien droit et le droit canon, la débilité de l'organe reproducteur chez l'homme et la frigidité comme cause d'impuissance. De fait l'impuissance de ce genre est difficile sinon impossible à établir, et la raison de l'exclusion de ces causes, est cette difficulté ou cette impossibilité même.

En effet, en droit, quelque soit la cause de l'impuissance, occulte ou manifeste, elle opère également la nullité du mariage, dont elle frustre la fin. Mais comme tout droit non susceptible d'application est une lettre morte et doit rester non avenu, il en résulte que le droit de demander la cassation du mariage

personne capable de l'acte propre au mariage, et qui n'aurait épousé qu'une personne frappée d'impuissance, pourrait dans leur doctrine, se faire relever de son erreur et faire casser son mariage.

V. Toullier, tome 1, tit. du mariage, tome I, No. 526.

V. Marcadé, tome 1, même titre, art. 180, page 449.

V. Demolombe, Du mariage, page 422, tome 3.

Demante, t. 1, No. 262 *bis*.

de la part de l'époux trompé est illusoire, s'il ne peut apporter la preuve du fait dont ce droit découle.

Il importe peu que l'impuissance soit naturelle ou accidentelle, pourvu qu'elle existe lors du mariage, car il est clair que celle survenue postérieurement à sa célébration ne serait d'aucun effet pour l'invalider. L'impuissance du mari ou de la femme produit le même effet. Nous reviendrons sur ce sujet quand nous traiterons de l'impuissance (ici considérée dans le sens du Code,) au point de vue du droit canonique et des demandes en nullité de mariage.

L'article ajoutant que : "l'impuissance ne peut être invoquée que par la partie même avec qui l'impuissant a contracté, et qu'elle n'y est plus recevable si elle a laissé passer trois ans sans se plaindre", contient une disposition en désaccord avec les dispositions du droit canonique qui, au cas où l'impuissance n'était pas manifestement prouvée, ne prononçait pas la nullité du mariage avant que les époux eussent habité ensemble pendant trois ans, *per triennium*, afin de permettre la manifestation de la puissance au cas où l'impuissance aurait été à tort alléguée.

*De frigidis cap. Laudabilem, ubi dicitur, "a tempore celebrati conjugii, si prius frigiditas probari non possit, secundum authenticum legale, cohabitent per triennium."*

Après ces trois ans expirés sans manifestation de la puissance, et sur l'accomplissement des formalités voulues, l'impuissance était déclarée.

On voit que notre article a pris le contre-pied de cette décrétale qui est d'Innocent III.

## ARTICLE 118.

On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

## SOMMAIRE.

80. Cet article nous offre un quatrième empêchement de mariage. La monogamie est seule reconnue parmi les chrétiens. La polygamie n'a jamais été en usage que parmi les païens et les infidèles.
81. Le droit canon ne reconnaît pas le divorce. Notre Code Civil a répété cette disposition. Un mariage contracté dans le Bas-Canada peut-il être dissous par un divorce prononcé par le Parlement Fédéral ?
82. Discussion de cette question. Nature du divorce. Il n'a jamais existé même chez les peuples païens, qu'à titre de tolérance. Il en était ainsi chez les Hébreux.
83. Le christianisme a proscrit le divorce. L'Eglise l'a toujours eu en horreur. Les protestants seuls l'ont accueilli et il répugne aux lois du Bas-Canada, qui a vu avec alarme, la disposition de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord au sujet du divorce. Cette disposition s'applique-t-elle à cette Province ?
84. Termes de la question établis. Citations du Traité de Paris et de l'Acte Impérial de Québec, pour prouver que les droits religieux des Bas-Canadiens leur ont été garantis aussi bien que leurs droits civils. Le pacte fédéral ne pouvait les en dépouiller.
85. Examiné à ce point de vue, le paragraphe 26 de l'article 91 de ce pacte, doit-il être interprété comme conférant au Parlement Fédéral le droit d'introduire le divorce dans le Bas-Canada ? Discussion. Règles sur l'interprétation judiciaire.
86. Suite.
87. Démarcation entre les pouvoirs du Parlement Fédéral et des Législatures locales. Comment vider les conflits qui peuvent se soulever entre les deux.
88. Suite. Conclusion.
89. Pour tous les habitants du Bas-Canada, un divorce prononcé par le Parlement Fédéral ne peut avoir l'effet de dissoudre un mariage contracté dans le Bas-Canada. Il existe cependant une distinction à cet égard entre les mariages protestants et les mariages catholiques.
90. Suite de cette distinction.

## COMMENTAIRE.

80. Cet article rapproché de l'article 185 qui porte que : " le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints, et que tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble," nous offre un quatrième empêchement de mariage. Il n'est pas douteux que dans les pays chrétiens, un seul mariage puisse subsister à la fois. Nous avons vu plus haut que l'unité du mariage est de son essence. Les pays infidèles reconnaissent seuls la pluralité des femmes mariées à la fois au même homme, que l'on appelle polygamie simultanée, par opposition à la polygamie successive qui se dit des nouvelles noces contractées par un des conjoints, après la mort de l'autre. Quant à ce qui est d'un mariage existant à la fois entre la même femme et plusieurs hommes et que l'on nomme polyandrie, ce fait quoiqu'il ne soit pas sans exemple, est plus rare que l'autre et répugne davantage à la nature. Les peuples de l'Orient et de l'Afrique, les musulmans et quelques peuplades sauvages de l'Asie et de l'Amérique, auxquelles on pourrait ajouter la tribu semi-barbare qui habite les bords du Lac Salé, reconnaissent seuls la polygamie simultanée. Les peuples de l'Occident l'ont toujours eue en horreur !

Pour ce qui est de l'unité du mariage, en ce sens, que du vivant des époux, le lien du mariage est indissoluble, il en a été autrement pour les peuples païens qui reconnaissaient le divorce, c'est-à-dire la rupture du mariage, et la légitimité d'un mariage subséquent, du vivant des deux conjoints. La législation romaine permettait le divorce qui ne fut supprimé que par le Christianisme.

81. Inutile de dire que le droit canonique a pour maxime fondamentale, l'indissolubilité du lien matrimonial autrement que par la mort. C'était aussi la maxime de l'ancien droit français, que n'a pas respecté le Code Napoléon, qui a établi le divorce, mais qu'une loi subséquente a fait disparaître. (1)

Le Code Civil du Bas-Canada conforme sur ce point au Droit Canon, a renouvelé la disposition de l'ancien droit sur l'indisso-

(1) La loi du 8 mai 1816.

lubilité du lien matrimonial. La dissolution n'en peut donc être produite que par la mort naturelle de l'un des conjoints et c'est ce que l'article 185 dit expressément.

Un mariage contracté dans le Bas-Canada, peut-il être dissous par un divorce prononcé par le Parlement Fédéral, tant sous le rapport du lien, que sous celui des effets civils ? En d'autres mots, une loi fédérale prononçant un divorce entre époux mariés en ce pays, peut-elle dissoudre leur mariage de manière à valider un second mariage de la part de l'un d'eux, ou des deux conjoints, avec une autre personne, contracté dans le Bas-Canada, du vivant de l'autre époux ?

Voilà une question bien grave, tant par les difficultés dont elle est entourée, que par les conséquences que sa solution doit entraîner, et qui touche aux plus hauts intérêts de l'ordre civil et religieux, on pourrait même dire de l'ordre politique !

82. Le divorce, *divortium*, ainsi appelé, disent les jurisconsultes romains : à *diversitate mentium aut quia in diversas partes ibant* D. 24 T. 2 L. 2 de *Divortis*, le divorce, était en usage chez la plupart des peuples païens de l'antiquité, mais plutôt à titre de tolérance que d'institution utile. Solon, Romulus, Lycurgue et Numa le permirent mais ils y attachèrent l'infamie. La loi de Moïse le permit aussi pour causes déterminées, *mais à cause de la dureté de vos cœurs* répondit le Christ captieusement interrogé à ce sujet par les Phariséens ! *Il n'en était pas ainsi dans le commencement !* (1) Ce fut non pas par une loi morale, mais par une loi de police que le Législateur des Hébreux fut forcé d'introduire le divorce parmi son peuple, pour éviter de plus grands malheurs. Les Israélites nouvellement sortis de l'Égypte, avaient entre autres usages Égyptiens, apporté avec eux le divorce. Pour ne pas les rebuter par une trop brusque transition dans leurs mœurs, exposer la vie de la femme devenue insupportable et donner libre carrière à l'adultère, Moïse ne crut pas devoir le leur refuser. Mais de volontaire qu'il était auparavant et subordonné au seul caprice du mari, il le régularisa en ne l'accordant

(1) S. Mathieu, chap. XIX, v. 7 et 8.

que pour des causes déterminées, moyennant l'accomplissement de certaines formes juridiques et entre autres, en l'assujettissant au libelle de répudiation, *libellum repudii*, que devait envoyer à l'autre époux, celui qui provoquait le divorce.

Cependant cette atteinte aux lois morales des Hébreux et à la perfection d'un Code aussi religieux que celui de Moïse, fut toujours l'objet du vif regret des vrais adorateurs en Israël!

83. En sanctifiant le mariage, le Christianisme proscrivit le divorce. L'Eglise l'a toujours eu en horreur, et l'indissolubilité du mariage du vivant des époux, est une de ses maximes fondamentales. Ce fut également jusqu'à la Révolution de 1789, une maxime constante du droit français, excepté quelques exemples contraires que l'on attribue aux rois de la première race, et cette maxime n'a jamais cessé de faire partie des lois du Bas-Canada.

La légitimité du divorce jusqu'à la Réforme inconnue en Europe, paraît avoir été pour la première fois affirmée publiquement par la Confession d'Augsbourg en 1530 et depuis ce temps, les protestants d'Allemagne et des autres pays de l'Europe lui ont fait un accueil favorable. Pas n'est besoin de dire, (1) qu'une Cour de divorce existe aujourd'hui en Angleterre, et qu'il règne à l'état d'institution aux Etats-Unis. De fait le divorce ne répugne pas à la doctrine protestante.

Mais il n'en est pas ainsi pour les Catholiques en général et en particulier pour ceux du Bas-Canada, dont il blesse la conscience, et qui le regardent comme un acte hostile à leur foi religieuse.

Il n'est donc pas surprenant que ces derniers aient vu avec alarme l'acte de l'Amérique Britannique du Nord, que nous appellerons le *pacte fédéral*, donner au Parlement du Canada, juridiction sur le mariage et le divorce, et le même Parlement passer plusieurs lois de divorce, dans ses différentes sessions. La crainte la plus légitime, même la crainte inspirée par une menace apparente aux institutions d'un peuple, est pourtant un sentiment qui n'a pas sa place dans un commentaire sur les

(1) Nous l'avons déjà vu sur le No. 35, note 1. Cette Cour a été établie par le Statut Impérial, 20 et 21 Vict. chap. 85, passé en 1857.

lois, et toute la question est de savoir si au point de vue légal, cette disposition du pacte fédéral peut avoir quelque effet, et quel effet, dans le Bas-Canada. Ou bien si applicable aux autres parties de la Confédération, elle n'est pas restée une lettre morte pour le Bas-Canada.

84. Etablissons d'abord les termes de la question.

Le traité de Paris a accordé aux anciens habitants du pays, que l'on a depuis appelés les nouveaux sujets anglais, le libre exercice de leur religion. L'acte de Québec a soumis toute la population, anciens comme nouveaux sujets, au régime des lois françaises. Ces lois régissant le mariage, repoussent à l'instar de la doctrine Catholique, le divorce auquel elles n'attribuent aucun effet civil ou religieux, et notamment auxquelles elles refusent la vertu de dissoudre le mariage.

L'Acte Impérial de Québec, par les circonstances sous lesquelles il a été passé, a été une loi constitutionnelle. On peut dire qu'il a été à certains égards, le complément du Traité de Paris, et qu'il a contenu en une certaine mesure, la réponse à la demande faite par le Marquis de Vaudreuil, qui, en livrant en 1760, Montréal aux causes anglaises, avait fait de la conservation des lois françaises un article de la Capitulation, en demandant : " que les Français et Canadiens " continuent à être gouvernés suivant la Coutume de Paris et " les lois et usages établis pour le pays," et auquel le Général Amherst avait répondu : " Ils deviennent sujets du Roi ! "

On l'a toujours considéré dans le pays, comme ayant eu les mêmes caractères obligatoires entre le Parlement Impérial et le Canada, que le Traité de Paris.

Un Traité fait entre peuples ou entre Souverains, ou de Souverains à peuples, a les mêmes caractères obligatoires qu'un pacte privé fait entre particuliers. Sans le consentement de l'autre, une partie ne peut, sans manquer à la justice, se soustraire à ses obligations. Or le Parlement Impérial ne pouvait en passant le pacte fédéral de 1867, enlever aux habitants du Bas-Canada les privilèges que leur ont accordés le Traité de Paris et l'Acte de Québec, qui leur assuraient la conservation de leur Religion et leurs lois civiles, ou insérer

des dispositions ayant pour effet direct ou indirect, de blesser les sentiments religieux de la population ou d'entraver le fonctionnement de ses lois. Il ne l'aurait pu du moins, sans violation de la foi jurée ; et s'il l'eût fait, cette loi injuste, à proprement parler n'en serait pas une. Ce ne serait qu'un abus d'autorité revêtu des dehors de la législation, mais qui n'en aurait pas les véritables caractères. Les antécédents du Parlement Anglais se refusent d'ailleurs à cette supposition.

Ces prémisses établies, voyons la disposition du pacte fédéral, relativement au mariage et au divorce, et examinons si elle a donné au Parlement Fédéral le pouvoir de législation sur le mariage dans le Bas-Canada, et la faculté d'y introduire le divorce. Nous verrons ensuite si ce pouvoir et cette faculté (étant supposé qu'ils eussent été accordés) pourraient être légalement mis en vigueur, et quel effet ils pourraient produire ?

85. L'article 91 du Pacte Fédéral, en énumérant les attributions du Parlement Fédéral, dit que son pouvoir législatif s'étend entre autres matières, paragraphe 26, *au mariage et au divorce*. Cette disposition doit-elle être interprétée comme conférant à ce Parlement le pouvoir de modifier les lois sur le mariage dans le Bas-Canada et d'y introduire le divorce ?

C'est là une pure matière d'interprétation légale, et comme telle sujette aux principes ordinaires qui régissent l'interprétation des lois.

Remarquons d'abord, que le pouvoir n'est pas expressément conféré au Parlement et que la loi ne dit pas nommément, que ce Parlement aura le droit de modifier les lois du mariage et d'introduire le divorce dans le territoire de la Puissance. En disant que le pouvoir de législation s'étend au mariage et au divorce, la loi peut avoir eu cette intention, mais elle ne le déclare pas en termes formels, et sa volonté en ce sens, n'est pas expressément déterminée. Ensuite le Bas-Canada n'est pas nommément désigné, comme étant spécialement une des Provinces de la Puissance où le Parlement Fédéral avait l'intention d'établir le divorce. Ce qui serait rigoureusement nécessaire pour lui appliquer la volonté de la loi,

en supposant qu'elle eût été expresse à l'endroit de l'établissement général du divorce dans la Puissance, composée de plusieurs Provinces. Ces circonstances sont sans doute suffisantes pour rendre douteux ou équivoque, le sens de cette disposition à l'endroit du Bas-Canada.

Les principes du droit en matière d'interprétation d'une loi ou d'une disposition légale dont le sens est douteux ou équivoque, sont les suivants : Le législateur a dit plus ou moins qu'il ne voulait dire, et dans le premier cas l'interprétation est restrictive, dans le second cas elle est extensive. (1) Il s'agit ici évidemment d'un cas d'interprétation restrictive, car la question est de savoir si, s'étant servi de termes généraux et ayant un sens indéterminé, en donnant au Parlement Fédéral un pouvoir de législation sur le mariage et le divorce, il n'est pas censé avoir excepté de ce pouvoir général, la faculté particulière de modifier les lois du mariage dans le Bas-Canada et d'y établir le divorce. Il s'agit donc ici de limiter ou de restreindre le sens des termes trop généraux de la disposition, pour la mettre en harmonie avec la volonté du législateur. Car ce qui fait la loi, ce ne sont pas les paroles du législateur, mais sa volonté.

86. Pour connaître cette volonté on rapproche les unes des autres les diverses parties de la loi, on consulte l'esprit de la loi, les lois antérieures sur le même sujet, et l'on pèse les conséquences des diverses interprétations pour choisir la plus logique et la plus raisonnable.

Ici en rapprochant les différentes parties de la loi, on trouve qu'après avoir défini les attributions du Parlement Fédéral, l'article 92, §12 et 13, fixe les divers chefs de compétence des Législatures Provinciales, parmi lesquels se trouvent indiqués : "La solennisation du mariage et les droits civils dans chaque Province." Les droits civils résultant du mariage, de même que ce qui touche à sa solennisation, sont donc tous sous le contrôle des Législatures locales. Il y a donc ici conflit du moins apparent entre les deux pouvoirs, et ce conflit s'il ne

(1) Donellus, de jure civili, lib. I, cap. XIV.

peut se concilier, aura suivant la règle ordinaire, pour effet de faire abroger la première disposition qui est ici celle qui donne compétence sur le mariage et le divorce au Parlement Fédéral, par la seconde qui l'attribue aux Législatures Provinciales. C'est là la règle ordinaire d'interprétation. Mais ce conflit n'est pas inconciliable si l'on recherche la raison de la loi, c'est-à-dire le motif qui a porté le législateur à la faire, le but qu'il a voulu atteindre en la faisant, et son économie générale.

87. En fédéralisant les Provinces Anglaises en Amérique, le but du Parlement Impérial a été un but tout politique, la prospérité des Provinces et de l'Empire Britannique. Les intérêts publics des Provinces confédérées ont été placés sous l'égide du Parlement Fédéral, mais leurs intérêts particuliers ont été confiés à leurs gouvernements particuliers. Le droit public ou politique est tombé dans les attributions du Parlement Fédéral, et le droit privé ou civil dans celles des Législatures locales. Tel est l'esprit général de la loi et la grande ligne de démarcation entre les pouvoirs des deux gouvernements.

La règle à suivre pour vider le conflit est de rechercher à quel droit, public ou privé, appartient le sujet qui le provoque. Ici il n'est pas douteux qu'il appartient au droit privé, car quoique les mariages tiennent à l'ordre public à certains égards, c'est chez tous les peuples, le droit privé canonique ou civil qui en traite. Le conflit soulevé ici devrait être décidé en faveur des Gouvernements Provinciaux et l'on devrait dire, que ni le mariage ni le divorce qui en est la dissolution, ne sont tombés sous le contrôle du Gouvernement Fédéral.

Mais ce résultat qui tendrait à déclarer comme non-écrite et sans effet la disposition du paragraphe 26 de l'article 91 du Pacte Fédéral, serait dur et produirait des conséquences en désaccord avec l'ensemble de la loi. Il créerait surtout de fâcheuses perturbations dans les faits législatifs accomplis depuis la Confédération.

88. Il est un terme moyen, un tempérament à adopter, et ce tempérament croyons-nous, résulte de la seule interprétation qu'on puisse donner aux deux dispositions en question. Ce

serait d'interpréter le pacte Fédéral comme donnant au Parlement Fédéral le droit d'introduire le divorce dans toutes Provinces de la Confédération où il ne répugne ni à la Constitution antérieure ni à la loi civile, en vigueur lors de la Confédération.

Que ce soit là l'intention du pacte fédéral, nous le prouvons par les inductions tirées des lois antérieures, et les conséquences qui résulteraient d'une interprétation contraire. Ces lois antérieures sont comme nous l'avons vu, le Traité de Paris, accordant aux Catholiques du Bas-Canada le libre exercice de leur Religion, l'Acte de Québec et toute la législation subséquente octroyant à tous les habitants, Catholiques et Protestants, l'usage des lois françaises. Or le catholicisme et le droit français sont essentiellement hostiles au divorce. Pourrait-on supposer que le Parlement Impérial en confédérant les Provinces, aurait eu l'intention de violenter les habitants de l'une ou de plusieurs d'elles, à un endroit aussi sensible que celui de la Religion et des lois civiles. C'est pourtant ce résultat que produirait par ses conséquences, l'interprétation que nous combattons.

89. Pour tous les habitants du Bas-Canada donc, pour les catholiques pour le double motif tiré de leur foi religieuse et de leurs lois et pour les protestants de leurs lois seules, qui déclarent par les Articles 118 et 185 précités du Code Civil, antérieur à l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, que le mariage ne se dissout que par la mort, le divorce n'en peut pas être considéré comme une cause de dissolution.

Il faut cependant faire à cet égard une distinction entre les mariages catholiques et les mariages protestants. Le divorce n'est pas hostile aux croyances religieuses des derniers. Ainsi supposant que l'intention du pacte fédéral eût été de permettre le divorce dans la Province de Québec, comme dans le reste des Provinces confédérées, et qu'il en eût le pouvoir, un divorce ne pourrait toujours pas avoir d'effets civils sur le premier mariage ou les conférer au second. La raison en est évidente. Les effets civils du mariage sont régis par le droit privé. Le Parlement fédéral est sans compétence sur la

propriété et les droits civils dans cette Province, qui comme les autres, est par le paragraphe 13 de l'article 92 revêtue de la compétence exclusive sur cette matière. Donc en vertu de ces articles 118 et 185 qui déclarent le mariage indissoluble du vivant des époux, supposant que cet article n'opèrerait que sur les rapports civils du mariage et ne toucherait pas au lien conjugal, il résulterait forcément que le second mariage ne produirait pas d'effets civils et serait totalement répudié par la loi civile.

90. Ainsi le paragraphe 26 de l'article 91 du pacte fédéral, le paragraphe 13 de l'article suivant et les articles 118 et 185 du Code Civil, ont placé les protestants du Bas-Canada, dans ce dilemme : Les articles 118 et 185 ont opéré sur le lien conjugal qu'ils déclarent indissoluble du vivant des époux, ou ils ont opéré sur les effets civils du mariage seulement. Dans le premier cas, un divorce accordé par le Parlement fédéral à des époux protestants est nul sous les deux rapports et le second mariage est un concubinage ; ou ils ont opéré sur les effets civils seulement, et alors le second mariage sera privé d'effets civils. La première femme ou le premier mari conserveront tous les droits civils que leur a conférés le premier mariage et il en sera ainsi des enfants nés du premier mariage qui seront seuls les enfants légitimes des premiers époux ; ceux nés du second seront des bâtards adultérins aux yeux de la loi civile et les premiers conserveront dans leur intégrité les droits qui leur appartiendraient s'il n'y avait eu qu'un mariage, ou si celui dont ils sont nés avait subsisté jusqu'au décès du prémourant de leurs père et mère.

Dans la succession des époux divorcés ils hériteront seuls au préjudice des enfants nés du mariage de l'un des époux divorcés, ou du double mariage des deux, sans que les seconds enfants puissent jamais réclamer le bénéfice des articles 163 et 164, qui portent que le mariage nul produit des effets civils, tant à l'égard des époux que des enfants, s'il a été contracté de bonne foi par les époux, et en faveur de l'époux de bonne foi et des enfants, si la bonne foi n'existe que d'un côté. Car ici le mariage ayant été contracté en fraude de la loi ne peut jamais être considéré comme un mariage de bonne foi. Ce que

l'on dit des enfants du mariage subséquent on peut le dire du second époux.

Pour les catholiques, il est clair que le second mariage serait frappé de nullité absolue sous les deux rapports, que les enfants nés de ce second mariage seraient des bâtards adultérins au double point de vue du lien et des effets civils, et que le divorce prononcé par le Parlement fédéral au mépris de la foi des traités serait frappé de nullité absolue.

### ARTICLE 119.

Les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis, pour contracter mariage, doivent obtenir le consentement de leur père et mère; en cas de dissentiment le consentement du père suffit.

#### SOMMAIRE.

91. La peine attachée à la violation de cet article est la nullité. Rapprochement de l'article 148 du Code Napoléon.
92. Ici se présente l'occasion d'appliquer la distinction entre la compétence du pouvoir ecclésiastique et du pouvoir civil relativement aux effets civils et aux effets religieux du mariage. Citation du Décret de Réforme du Concile de Trente au sujet des mariages clandestins.
- 93 Il résulte de ce décret que le Concile tout en déclarant que l'Eglise a toujours eu en horreur les mariages des fils de famille contractés sans le consentement des parents, elle ne les a pas déclarés invalides.
94. Preuve de la défaveur dans laquelle l'Eglise a toujours tenu ces mariages et qu'elle les prohibe.
95. La question roulait sur l'étendue des effets de cette prohibition. Il ne faut pas perdre de vue que l'ancienne législation française n'avait pas déclaré ces mariages invalides. Cette nullité était une nullité d'autorité et non d'Ordonnance.
96. Citation de Pothier aux Nos. 225, 226, 227 et 228 de son Traité du Contrat de Mariage.
97. Suite des citations.
98. Résumé du sens de ces citations.
99. Citation de l'opinion du Chancelier d'Aguesseau sur le même sujet.
100. Critique de cette opinion.
101. Continuation de cette critique.

102. Continuation de cette critique et de celle de Pothier et des autres auteurs gallicans, sur la nullité du mariage des mineurs contracté sans le consentement des parents.
103. Il n'existe pas dans les termes du droit de rapt de séduction.
104. Cependant la nullité de ces mariages étant prononcée par notre article, opère, mais seulement sous le rapport des effets civils.
105. L'obligation d'obtenir le consentement de leurs parents pour se marier, s'applique à tous les mineurs veufs ou émancipés. Ce consentement doit dans la théorie, être donné par les deux parents, le père et la mère.
106. Dans la pratique, le consentement du père est seul exigé, et il doit être donné en même temps que la publication des bans est requise.

## COMMENTAIRE.

91. Le sens de cet article est clair. Les mineurs de 21 ans pour contracter mariage, doivent obtenir le consentement de leurs parents. Quelle est la peine attachée à la violation de cette obligation, c'est-à-dire quelle est la peine du mariage des mineurs contracté sans ce consentement? Il n'est pas douteux que l'obtention du consentement des parents est une forme substantielle et que la peine est la nullité du mariage. Il est vrai que le Titre 148 du Code Napoléon dont le nôtre reproduit la disposition dit simplement : " Le fils qui n'a pas atteint l'âge de 25 ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis *ne peuvent* contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère" et ne prononce pas nommément la peine de nullité. Le conteste de cet article diffère du nôtre, en ce que le Code français dit *ne peuvent*, et le Code Bas-Canadien *doivent*. Cependant il est clair d'après l'ensemble du titre, la place que tient l'article 119 dans le chapitre des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage, c'est-à-dire dans le chapitre des empêchements dirimants du mariage, et surtout l'article 150 placé dans le chapitre des Demandes en nullité de mariage, et qui porte que " le mariage contracté au mépris du présent article et des suivants ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis," il est clair dis-je, que le défaut de consentement des père et mère au mariage de leurs enfants mineurs est considéré par le Code comme un empêchement dirimant qui produit la nullité du

mariage. Il en est ainsi de l'article 148 du Code Français, au dire de tous les auteurs. Mais cette nullité porte-t-elle sur le lien du mariage aussi bien que sur ses effets civils ?”

92. Nous avons déjà traité de l'incompétence du pouvoir civil à imposer des empêchements dirimants du mariage des Catholiques, comme sacrement ou sous le rapport du lien. Nous avons ajouté à maintes reprises, que la compétence de l'État se bornait aux effets civils, ou a déclarer que le mariage contracté au mépris des conditions essentielles imposées par la loi civile à la validité du mariage, le rendait incapable de produire les effets civils. Ici se présente l'occasion de faire l'application de cette doctrine.

Remarquons cependant que quoique l'Eglise ne reconnaisse pas la nullité du mariage des mineurs par le défaut de consentement de leurs père et mère, et qu'elle ait anathématisé la proposition contraire dans le Concile de Trente, elle n'en a pas moins ces mariages en horreur. Cela ressort du texte même du Décret de Réformation à cet égard, passé dans la 24<sup>e</sup> session du Concile.

“ Quoiqu'il ne faille pas douter que les mariages clandestins  
 “ contractés du consentement libre et volontaire des parties,  
 “ ne soient valides et de véritables mariages, tant que l'Eglise ne  
 “ les a pas rendus nuls, et qu'il faille par conséquent condamner  
 “ comme le Saint Concile les condamne d'anathème, ceux qui  
 “ nient que tels mariages soient vrais et valides, et qui sou-  
 “ tiennent faussement que les mariages contractés par les  
 “ enfants de famille, sans le consentement de leurs parents,  
 “ sont nuls, et que les pères et mères les peuvent rendre bons  
 “ ou les rendre nuls. La Sainte Eglise néanmoins les a tou-  
 “ jours EUS EN HORREUR et toujours défendus pour de très-justes  
 “ raisons. Mais le Saint Concile s'apercevant que toutes  
 “ ces défenses ne servent plus de rien maintenant que le monde  
 “ est devenu si rebelle et si désobéissant, et considérant la  
 “ suite des péchés énormes qui naissent de ces mariages clan-  
 “ destins et particulièrement l'état misérable de damnation où  
 “ vivent ceux, qui ayant quitté la première femme qu'ils  
 “ avaient épousée clandestinement, en épousent publiquement

“ une autre et vivent avec elle, dans un adultère continuel ;  
 “ auquel mal, l’Eglise qui ne juge pas des choses secrètes et  
 “ cachées ne peut apporter de remède, si elle n’a recours à  
 “ quelque moyen plus efficace. Pour ce sujet, suivant les  
 “ termes du Concile de Latran, tenu sous Innocent III, ordonne  
 “ le dit Saint Concile, qu’à l’avenir avant que l’on contracte  
 “ mariage, le propre curé des parties contractantes annonce  
 “ publiquement dans l’Eglise pendant la Messe solennelle, par  
 “ trois jours de fête consécutifs, les noms de ceux qui doivent  
 “ contracter ensemble, et qu’après les publications ainsi faites,  
 “ s’il n’y a point d’opposition légitime, on procède à la célébra-  
 “ tion du mariage, en face d’Eglise, où le Curé après avoir  
 “ interrogé l’époux et l’épouse, et avoir reconnu leur consente-  
 “ ment réciproque prononcera ces paroles : *Je vous unis en-  
 “ semble par le lien du mariage, au nom du Père du Fils et du  
 “ Saint Esprit, ou bien, il se servira d’autres paroles suivant  
 “ l’usage du pays.....*” (1)

(1) *Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contra-  
 hentium consensu facta, rata, et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia  
 ea irrita non fecit ; et proinde jure damnandi sint illi, ut eos S. Synodus  
 anathemate damnat. qui ea vera, ac rata esse negant, quique falso affir-  
 mant, matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta irrita  
 esse, et parentes ea rata, vel irrita facere posse ; nihilominus S. Dei Ecclesia  
 ex justissimis causis illa semper detestata, atque prohibuit. Verum, cum  
 S. Synodus animadvertat, prohibitiones illas propter hominum inobedien-  
 tiam jam non prodesse, et gravia peccata perpenderit, quæ ex eisdem clandes-  
 tinis conjugiiis ortum habent, præsertim vero eorum, qui in statu damna-  
 tionis permanent, dum priore uxore, cum qua clam contraxerant, relicta,  
 cum alia palam contrahunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt ; cui  
 malo cum ab Ecclesia, quæ de occultis non judicial, succurri non possit, nisi  
 efficacius aliquod remedium adhibeatur ; idcirco sacri Lateranensis Concilii  
 sub Innocentio III, celebrati, vestigiis inhærendo, præcipit, ut in posterum,  
 antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium Paro-  
 cho, tribus continuis diebus festivis, in Ecclesia inter Missarum solemnia  
 publice denunciatur, inter quos matrimonium sil contrahendum : quibus  
 denunciationibus factis, si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad  
 celebrationem matrimonii in facie Ecclesiæ procedatur ; ubi Parochus, viro  
 et muliere intererogatis, et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat : *Ego  
 vos in matrimonium conjungo, in nomini Patris, et Filii, et Spiritus sancti :  
 vel altis ulatur verbis, juxta receptum uniuscujusque provinciæ ritum.**

93. Il résulte de cette partie du décret que les mariages clandestins, c'est-à-dire ceux qui avaient été contractés sans témoins, sans publication de bans et sans le consentement des parents, étaient de véritables mariages, que les personnes qui n'iaient qu'il en fût ainsi et qui soutiennent maintenant que les mariages des enfants de famille contractés sans le consentement de leurs parents sont nuls, et que les parents peuvent à leur gré les rendre nuls ou valides, sont condamnés avec anathème : que l'Eglise a néanmoins toujours eu en horreur ces mariages, c'est-à-dire les mariages clandestins et les mariages des enfants de famille, sans le consentement de leurs parents, et qu'elle les a toujours défendus pour de très-justes raisons ; que c'est parce que le monde devenu rebelle ne tient pas compte de ses défenses, et se livre aux graves péchés qui naissent de ces mariages clandestins dont un des vices est signalé dans le mariage des mineurs contracté sans le consentement de leurs parents, que la publication des bans et l'accomplissement des formalités usitées par le quatrième Concile de Latran ont été ordonnés par le Concile de Trente.

L'Eglise qui suivant le quatrième précepte du Décalogue a toujours commandé aux enfants d'honorer leurs père et mère, a donc toujours eu en horreur les mariages des enfants contractés contre le gré de leurs parents et les a toujours défendus. Cette défense est également adressée aux enfants qui se marient et aux prêtres qui célèbrent les mariages. Notons cet accord des deux législations ecclésiastique civile dans la prohibition de ces mariages, bien que la sanction imposée par le droit civil qui est la nullité, ne soit pas celle du droit canonique qui déclare le mariage valide quoique illicite.

94. Le droit Antéjustinien n'était pas formel sur la nullité du mariage des enfants mineurs et des enfants majeurs non émancipés, sans le consentement de leur père. Cette nullité semblerait découler de l'organisation de la famille romaine et de l'étendue de l'autorité paternelle, qui comprimait tellement la liberté des enfants sous la puissance du chef de la famille père ou l'aïeul, qu'ils ne pouvaient faire valablement sans

## [ARTICLE 416.]

législateur a manifesté suffisamment la volonté d'établir une règle uniforme en matière d'accession immobilière.

Au résumé, la revendication des matériaux ne pourrait avoir lieu, après la destruction de l'édifice, qu'en vertu d'un texte formel qui ferait revivre le droit du propriétaire dépouillé : or, ce texte n'existe pas ; le législateur a sans doute considéré qu'une semblable action, exercée après un temps prolongé, ferait naître de graves difficultés, et que presque toujours l'intérêt aurait cessé d'exister.

Inutile de dire que, suivant les circonstances du fait, le constructeur peut être condamné comme coupable de vol ou d'abus de confiance, (*Voyez* art. 577 C. civ., 379 et 408 C. pén.)

Nous parlons seulement des matériaux qui ont servi à la construction d'un édifice ; les meubles qui n'adhèrent pas au fonds, par exemple les statues placées dans des niches, les arbustes en caisse, les animaux attachés à la culture, conservent leur caractère mobilier ; ils sont, dès lors, susceptibles de revendication dans les termes de l'article 2279, c'est-à-dire, en cas de perte ou de vol, et cela pendant un laps de trois années à partir de l'événement.

L'intérêt de l'agriculture a fait appliquer aux plantations les règles que nous venons d'établir sur les constructions ; le législateur a considéré que l'enlèvement des arbres entraînerait presque toujours leur perte.—Dès que les arbres sont incorporés au fonds où ils doivent rester, le droit d'accession produit son effet quand même ils n'auraient pas encore pris racine (Fenet, p. 141). Le Code n'a point consacré, sous ce rapport, les dispositions de la loi romaine (Inst. I. 2, t. 1, § 31).

Peut-être pourrait-on faire exception pour les plantes exotiques, précieuses par leur rareté, qui n'ont pour des amateurs qu'un prix d'affection ; mais ce tempérament ne serait pas conciliable avec les termes généraux et absolus du texte.

## [ARTICLE 416.]

\* 5 *Pandectes Frs. sur* } 58. Cet article, comme on doit le  
*art. 554, C. N.* } voir, est la traduction presque littérale  
 de la disposition de la Loi des Douze-Tables, que nous avons  
 rapportée dans les notions préliminaires, § 3, No. 23.

Le Code Civil ne donne point au propriétaire des matériaux l'action *in duplum*, c'est-à-dire le droit de se faire payer le double de la valeur de sa chose. Il lui donne seulement celui de répéter cette valeur, et de demander des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Prenez garde aux termes, *s'il y a lieu*. Il s'ensuit que le cas où celui qui a employé des matériaux étrangers, était de mauvaise foi, n'est pas le seul où les dommages-intérêts doivent être accordés. Celui même qui était de bonne foi peut y être condamné, parce que le droit naturel nous oblige de réparer le tort que nous avons fait à quelqu'un, même sans intention. *Celsus etiam imperitiam culpæ adnumerandam, libro octavo Digestorum scripsit. L. 9, § 5, ff. Locati.*)

La bonne, ou la mauvaise foi, déterminent les cas où il peut y avoir lieu, ou non, à quelque action criminelle ; mais le tort, ou le préjudice causé, est la seule règle qui doit faire accorder, ou refuser, les dommages-intérêts.

Observez encore, que le Code Civil ne conserve pas, comme la Loi des Douze-Tables, au propriétaire des matériaux, l'action en répétition, lorsque le bâtiment est détruit, dans le cas où celui du fonds, qui les a employés, est de mauvaise foi. Tout est consommé par celle que le propriétaire des matériaux a exercée. Il a reçu le prix de sa chose. Il a été indemnisé du préjudice qu'il a souffert. Il n'a plus rien à demander.

---

\*2 *Maleville, sur* } Cet article est conforme à la décision du  
*art. 554 C. N.* } § 29, *Inst. de rer. div.*, et à la Loi des Douze  
 Tables, qui défendait d'enlever les matériaux employés à un  
 édifice, et condamnait seulement celui qui se les était appropriés, à en payer la valeur au double. La raison en était, *ne*

## [ARTICLE 416.]

*œdificia rescendi necesse sit.* Je crois que cette décision est juste en général, et pour ce qu'on entend communément par matériaux. Mais si quelqu'un avait employé dans son mur une colonne, ou une statue appartenant à autrui, celui-ci ne serait-il pas fondé à les revendiquer ? Je pense qu'il le serait.

---

\* 3 *Toullier*, } 126. Mais remarquez que le Code ne parle que  
 p. 82. } des matériaux ; c'est aussi pour les matériaux proprement dits que la disposition fut anciennement introduite. Si donc il avait plu au propriétaire d'insérer dans son édifice une statue appartenant à autrui, une colonne d'un marbre rare ou d'un ouvrage précieux, le propriétaire de la statue ou de la colonne pourrait les réclamer.

127. Quant aux plantations faites par le propriétaire sur son sol avec les plantes d'autrui, le droit romain distingue :

Si la plante a poussé des racines, la propriété en est acquise par droit d'accession au propriétaire du sol ; si elle n'en a pas encore poussé, le propriétaire de la plante en conserve la propriété, et peut la réclamer, parce qu'il n'y a point encore d'incorporation avec la terre, et qu'on ne nuit ni au sol, ni à la plante, en la reprenant pour la planter ailleurs.

Cette distinction, fondée sur l'équité et sur la nature des choses, n'a rien que de conforme à l'esprit du Code, et doit d'autant mieux être suivie aujourd'hui, que le goût des plantes exotiques et rares est devenu une passion, et qu'il y a des plantes qui, à raison de leur rareté, ont aux yeux du propriétaire un prix d'affection que ne peuvent partager des experts, et qu'il serait néanmoins injuste de sacrifier, lorsque la plante, n'étant point encore incorporée à la terre, peut, sans souffrir, être reprise par celui à qui elle appartient.

---

## [ARTICLE 416.]

\*Pothier, Propriété, } § Ier. Règles pour discerner quelle est,  
Nos. 170 à 179. } dans un tout composé de plusieurs choses,  
celle qui en est la partie principale, et celles qui n'en sont que les  
accessoires.

170. Ire Règle.—Lorsque de deux choses qui composent un tout, l'une ne peut subsister sans l'autre, et l'autre peut subsister séparément, c'est celle qui peut subsister séparément qui en est regardée comme la principale partie ; l'autre n'en est que l'accessoire : *Necessse est ei rei cedi quod sinè illâ esse non potest* : L. 23, § 3, ff. de Rei vind.

On peut donner pour un premier exemple de cette règle, le cas auquel quelqu'un aurait construit un bâtiment sur mon terrain. Ce bâtiment et mon terrain font un seul tout, dont mon terrain est la partie principale, et le bâtiment n'est que l'accessoire ; car mon terrain peut subsister sans le bâtiment, et au contraire le bâtiment ne peut subsister sans le terrain sur lequel il est construit. C'est pourquoi le domaine que j'ai de mon terrain me fait acquérir par droit d'accession, *vi ac potestate rei meæ*, celui du bâtiment qui y a été construit. C'est ce qu'enseigne Gaius : *Si quis in alieno solo suâ materiâ ædificaverit, illius fit ædificium et solum est* ; L. 7, § 12, ff. de Acq. rer. dom.

Il en est de même dans le cas inverse. Lorsque je construis sur mon terrain un bâtiment avec des matériaux qui ne m'appartiennent pas, le domaine de mon terrain me fait acquérir par droit d'accession, *vi ac potestate rei meæ*, celui de tous les matériaux que j'y ai employés, comme choses qui en sont accessoires : *Quum aliquis in suo loco alienâ materiâ ædificaverit, ipse dominus intelligitur ædificii* ; *éad.* L. 7, § 10. Et c'est une règle générale “ que le domaine du bâtiment suit toujours celui du terrain sur lequel il est construit ” : *Omne quod inædificatur solo cedit* ; *éad.* L. 7, § 10.

Sur la question, si le propriétaire du terrain, qui acquiert par droit d'accession le domaine du bâtiment qu'un autre y a construit, doit rembourser le coût à celui qui l'a construit ;

## [ARTICLE 416.]

V. ci-dessous, dans la *seconde partie de notre Traité*, les distinctions qu'on doit faire sur cette question.

171. Un second exemple de la règle, est la plantation.— Lorsque quelqu'un a planté des arbres ou de la vigne sur le terrain d'autrui, ces arbres ou cette vigne, aussitôt qu'ils ont pris *racine* (1), font un seul et même tout avec le terrain sur lequel on les a plantés ; ce terrain pouvant subsister sans ces arbres ou cette vigne, et ces arbres ou cette vigne ne pouvant au contraire subsister sans le terrain, c'est le terrain qui est la partie principale, dont le domaine attire, par droit d'accession, à celui qui en est le propriétaire, celui des arbres et de la vigne, qui en sont les parties accessoires.

Il en est de même dans le cas inverse.— Lorsque je plante dans ma terre du plant de vigne ou des arbres qui ne m'appartiennent pas, aussitôt qu'ils ont pris racine, le domaine que j'ai de ma terre où ils ont été plantés, m'en fait acquérir le domaine par le droit d'accession, *vi ac potestate rei meæ*, comme choses accessoires de ma terre : *Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit ; ex diverso, si meam plantam in alieno posuero, illius erit ; si modo utroque casu radices egerit ;* L. 8, ff. de Acq. rer. dom.

172. Un troisième exemple est la semence.— Soit que j'ensemence mon champ d'une semence qui ne m'appartient pas, soit que j'ensemence le champ d'autrui de ma semence, la semence qui est en terre appartient au propriétaire de la terre, à la charge d'en rembourser le prix : *Quæ ratione plantæ quæ terræ coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quæ sata sunt solo celere intelliguntur ;* L. 9, ff. eod. tit.

173. La règle que nous venons d'exposer doit souffrir exception dans le cas auquel la chose qui peut subsister séparé-

(1) Pothier, sous l'influence des idées des jurisconsultes romains, exige que les arbres aient pris racine dans le fonds où ils ont été nouvellement plantés ; le Code, s'attachant à un fait plus ostensible, et dont la vérification est facile, ne s'occupe que de la plantation, et ce seul fait, analogue à la construction, immobilise l'arbre et l'identifie avec le fonds lui-même.

—(Note de M. BUGNER.)

## [ARTICLE 416.]

ment, est presque de nulle valeur, en comparaison du prix de l'autre. En ce cas, la chose qui est de prix, quoiqu'elle ne puisse subsister sans l'autre, et que l'autre au contraire pourrait subsister sans elle, ne laisse pas d'être regardée comme la partie principale du tout que les choses composent, laquelle doit attirer à soi le domaine de l'autre.

*Ile Règle.*—Lorsque de deux choses appartenant à différents maîtres, et dont l'union forme un tout, chacune peut subsister sans l'autre ; celle-là est la partie principale, pour l'usage, l'ornement ou le complément de laquelle l'autre lui a été unie.

174. On peut apporter une infinité d'exemples de cette règle.

*Premier exemple.*—On a monté une pierre en or pour en faire un anneau : c'est, dans cet anneau, la pierre qui est ce qu'il y a de principal, et dont le domaine attire au propriétaire de la pierre celui de l'or avec lequel elle est montée ; car ce n'est pas pour l'or que la pierre a été unie à l'or, c'est au contraire pour la pierre que l'or lui a été uni, pour la monter, pour l'enchâsser, pour en faire un anneau.

*Second exemple.*—Lorsqu'on a encadré un tableau, quelque magnifique que soit le cadre, fût-il enrichi de pierreries, et d'un prix plus grand que le tableau, c'est le tableau qui est ce qu'il y a de principal, et dont le domaine fait acquérir au propriétaire du tableau celui du cadre ; car il est évident que le cadre est fait pour le tableau, et non le tableau pour le cadre.

*Troisième exemple.*—On a cousu sur mon habit un galon d'or, ou on l'a doublé d'une riche fourrure. Quand même le prix des galons ou de la fourrure serait beaucoup plus considérable que celui de l'habit, néanmoins l'habit est ce qu'il y a de principal, dont le domaine attire au propriétaire de l'habit celui des galons et de la fourrure qu'on y a mis ; car ce n'est pas l'habit qui a été uni aux galons ou à la fourrure, pour les galons ou pour la fourrure ; ce sont au contraire les galons ou

## [ARTICLE 416.]

la fourrure qui ont été unis à l'habit, pour l'orner, pour le doubler.

*IIIe Règle.*—Lorsque de deux choses appartenant à différents maîtres, et dont l'union forme un tout, chacune d'elles peut subsister sans l'autre, et l'une n'est pas plus faite pour l'autre que l'autre pour elle ; c'est celle qui surpasse de beaucoup l'autre en volume, ou s'il y a parité de volume, en valeur, qui doit passer pour la chose principale, dont le domaine attire celui de l'autre.

175. Nous trouvons cette règle en la loi 27, § 2, ff. *de Acquir. rer. dom. Quum partes duorum dominorum ferrumine coherant, hæ, quum quæreretur utri cedant, Cassius ait, pro portione rei æstimandum, vel pro pretio cuiusque partis.*

*IVe Règle.*—Lorsque des matières non ouvragées, appartenant à différents maîtres, ont été unies en une seule masse, l'une n'attire pas l'autre, et chacun des propriétaires des matières qui forment cette masse, est propriétaire de la masse pour la part qu'il y a.

176. *Quidquid infecto argento alieni argenti addideris, non esse tuum totum fatendum est ; ead. L. 27.*

§ II. *De la nature du domaine que le droit d'accession me fait acquérir de la chose qui est unie à la mienne ; et de l'action ad exhibendum qu'a celui à qui elle appartenait.*

177. Lorsque la chose qui, par son union avec la mienne sans soudure, en est devenue l'accessoire, y est tellement unie qu'elle n'en est pas séparable, le domaine que j'en acquiers par droit d'accession, *vi ac potestate rei meæ*, est un domaine véritable et perpétuel. Tel est celui que j'acquiers de la vigne ou des arbres qui ont été plantés dans mon champ ; de la semence dont il a été enssemencé ; de ce qui y a été bâti, etc.

Mais lorsque la chose qui, par son union avec la mienne, en est devenue une partie accessoire, dont j'ai acquis le domaine par droit d'accession, en est séparable, et qu'elle en doit être séparée lorsque celui à qui elle appartenait la réclamera et en

## [ARTICLE 416.]

demandera la séparation, en ce cas le domaine que j'ai acquis de cette chose est un domaine momentané qui ne doit durer que pendant que cette chose demeurera unie à la mienne, et qui ne consiste que dans une subtilité de droit. Ce n'est que par une subtilité de droit que celui à qui cette chose appartenait avant son union avec la mienne, est censé n'en avoir plus le domaine ; ce qui n'est fondé que sur ce que cette chose, tant qu'elle est unie à la mienne, avec laquelle elle ne fait qu'un seul tout, n'existant plus que comme partie de ce tout, n'ayant plus une existence séparée de ce tout, on ne peut en avoir un domaine séparé. Il n'y a que moi, qui ai le domaine de ce tout dans lequel elle est renfermée, qui puisse être censé en avoir le domaine ; mais aussitôt que cette chose sera divisée et séparée de la mienne, le domaine que j'en avais acquis par droit d'accession, s'éteint ; et celui à qui elle appartenait avant l'union, en recouvre de plein droit le domaine ; et même si, pendant qu'elle est unie à la mienne, il n'en a pas le domaine, quant à la subtilité du droit, de manière qu'il ne puisse en conséquence débiter contre moi par l'action de revendication, il le conserve néanmoins en quelque façon *effectu*, par l'action *ad exhibendum* qu'il a contre moi pour que je sois tenu de souffrir qu'on détache cette chose de la mienne, et qu'on la lui rende : *Gemma inclusa auro* (1) *alieno vel sigillum candelabro, vindicari non potest ; sed ut excludatur ad exhibendum agi potest ; L. 6, ff. ad exhib.*

178. La loi des Douze-Tables avait apporté dans un cas une exception au droit qu'a celui à qui appartenait la chose unie à la mienne, d'en demander la séparation ; c'est dans le cas auquel j'aurais employé dans mon bâtiment quelques matériaux qui ne m'appartenaient pas. La loi ne permettait pas qu'on m'obligeât à les en détacher : *Tignum alienum ædibus junctum ne solvito* ; elle voulait que je fusse, au lieu de cela, obligé à restituer le prix des matériaux, au double, à celui à

(1) Dans quelque ouvrage d'or, tel qu'une tabatière, ou une boîte à mouches. ( *Note de l'édition de 1778.* )

## [ARTICLE 416.]

qui ils appartenient. Mais si, avant que je le lui eusse restitué, mon bâtiment venait à être démoli, il recouvrait le domaine de ces matériaux qui s'en trouvaient séparés.

C'est ce que nous apprenons de Gaius : *Quum in suo loco aliená materiá ædificaverit, ipse dominus intelligitur ædificii, quia omne quod inædificatur solo cedit ; nec tamen ideó is qui materiæ dominus fuit, desiit ejus dominus esse ; tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de eá agere, propter Legem Duodecim-Tabularum, quá cavetur ne quis tignum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet. Appellatione autem tigni omnes materiæ significantur ex quibus ædificia fiunt. Ergó si ex aliquá causá dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere ; L. 7, § 10, ff. de Acq. rer. dom.*

Dans notre droit français nous suivons cette décision de la Loi des Douze-Tables, sauf la peine du double, qui n'y est pas en usage. On se contente dans notre droit, de condamner celui qui a employé dans son bâtiment des matériaux qui ne lui appartenient pas, à rendre à celui à qui ils appartenient, le prix qu'ils valent, suivant l'estimation qui en doit être faite par experts.

---

\* Demolombe, sur art. 554, C. N. } 658. La première hypo-  
Nos. 658 à 668. } thèse, que nous allons ex-  
aminer, est régie par l'article 554, dont voici les termes :

“ Le propriétaire du sol, qui a fait des constructions, plantations et ouvrages, avec des matériaux qui ne lui appartiennent pas, doit en payer la valeur ; il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu ; mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever.”

Cette disposition, rigoureuse à première vue, et qui semble porter une grave atteinte au droit de propriété, nous paraît néanmoins pouvoir être expliquée et justifiée par deux motifs

## [ARTICLE 416.]

très puissants : l'un, de droit ; l'autre, d'équité et d'intérêt privé et public :

1o. En droit, les matériaux d'autrui que le propriétaire du sol a employés, soit par erreur, soit sciemment, ont cessé d'exister, comme matériaux, par leur incorporation avec le sol ; civilement, juridiquement, leur substance y a péri. Il n'y a plus désormais des pierres, ni du bois ni des arbres, etc. ; il n'y a qu'un sol bâti, qu'un sol planté. Donc, le propriétaire des matériaux ne peut plus les revendiquer : *extinctæ res vindicari non possunt* (*supra*, Nos. 102 et 574.)

2o. En équité, l'intérêt, que pourrait avoir le propriétaire des matériaux à reprendre ces matériaux en nature (et il serait même très-rare qu'il y trouvât le moindre profit), cet intérêt ne serait évidemment pas comparable à l'intérêt que le propriétaire du sol aura toujours à n'être pas forcé de détruire l'ouvrage qu'il a fait, de démolir sa maison, d'arracher ses bois ou ses vignes, etc.

Le législateur a même considéré que l'intérêt général de la société, l'intérêt du commerce, de l'industrie, de l'agriculture, s'opposait à ce qu'on laissât détruire ce qui était fait, renverser les édifices, dévaster les plantations, etc. “ Ne aspectus “ urbis ruinis deformatur, vel cedifica sub hoc prætextu dirimantur, vel vinearum cultura turbetur.....” (L. 1, princ. ff. *de tigno juncto*.)

Et il a, en conséquence, refusé au propriétaire des matériaux une revendication, qui n'aurait été le plus souvent qu'un acte d'excessive rigueur, l'équité étant d'ailleurs pleinement satisfaite par l'indemnité à laquelle il a droit.

Il est essentiel de remarquer que notre article 554 suppose que le propriétaire du sol n'était pas devenu propriétaire des matériaux d'autrui, en vertu de l'article 2279 et par le seul fait de sa possession ; car, dans ce dernier cas, il n'aurait pas employé des matériaux *qui ne lui appartenaien pas*, mais bien ses propres matériaux.

## [ARTICLE 416.]

659. C'est aux lois romaines que les auteurs du Code Napoléon ont emprunté la disposition principale de notre article 554, celle qui déclare que le propriétaire des matériaux incorporés au sol, n'a pas le droit de les enlever ; disposition que, du reste, notre ancienne jurisprudence française avait aussi adoptée. (Pothier, *dé la propriété*, No. 170).

Les lois romaines, en effet, par une disposition dont l'origine remontait à la loi des Douze-Tables, refusaient au maître des matériaux la revendication et même aussi l'*actio ad exhibendum*.

Mais d'un autre côté, elles lui accordaient le droit :

1o. De demander au propriétaire du sol le double de la valeur des matériaux, par l'action de *tigno juncto* ;

2o. Même de revendiquer ses matériaux, s'ils étaient séparés du sol, comme par exemple en cas de démolition du bâtiment, avant qu'il eût reçu le double de leur valeur. (Inst. *de rer. div.* § 29, *ff. de tigno juncto*).

On peut demander si ces deux dernières dispositions seraient encore applicables sous l'empire de notre Code.

660. Et d'abord il est certain aujourd'hui que le propriétaire des matériaux n'a plus l'action *in duplum*.

L'article 554 est formel ; il oblige seulement le propriétaire du sol à *en payer la valeur*, et cela, sans distinguer si c'est par erreur seulement, ou au contraire sciemment et de mauvaise foi, qu'il a employé les matériaux d'autrui.

La loi ajoute, à la vérité, qu'il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu ; mais ce n'est là qu'une application du droit commun, consacré par l'article 1382.

Le propriétaire des matériaux pourra donc obtenir, outre la valeur des matériaux, une indemnité, *s'il y a lieu*, c'est-à-dire s'il a éprouvé un dommage ; comme si, par exemple, il avait été obligé d'acheter d'autres matériaux à un prix très-élevé, ou s'il était résulté pour lui, de l'usurpation des matériaux

## [ARTICLE 416.]

par le propriétaire du sol, un retard dans une construction à laquelle il les destinait.

Il est certain, d'ailleurs aussi, que le propriétaire du sol pourrait en outre, suivant les circonstances, être poursuivi comme coupable de vol ou d'abus de confiance (art. 577 C. N. ; art. 379 et 408 C. pén.).

661. Quant à la question de savoir si dans le cas où les matériaux seraient détachés du sol, le propriétaire de ces matériaux, qui n'en aurait pas encore reçu la valeur, pourrait, comme en droit romain, les revendiquer, elle peut paraître plus douteuse.

Et plusieurs jurisconsultes, en effet, enseignent la solution négative, et déclarent que le propriétaire des matériaux a perdu absolument sa propriété, par l'emploi qui en a été fait (Duranton, t. IV, No. 374 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, art. 554, No. 109 ; Chavot, *de la Propr. mobil.* t. II, No. 531).

Nous ne voyons rien, pour notre part, dans l'article 554, qui commande cette solution.

Lorsque cet article décide que le propriétaire des matériaux *n'a pas le droit de les enlever*, il suppose évidemment que ces matériaux sont toujours incorporés au sol ; et il nous semble que lorsqu'ils en sont séparés, il est juste, puisque le texte ne s'y oppose pas, que le droit de propriété revive au profit de celui qui n'avait pas consenti à le perdre, et qui pourrait avoir des motifs particuliers pour désirer beaucoup de reprendre certains matériaux en nature (comp. Demante, *Programme*, t. I, No. 559, et *Cours analytique*, t. II, No. 391 bis I ; Philippe Dupin, *Encycl. de droit*, vo. *Accession*, No. 20 ; Marcadé, t. II, art. 554).

662. Nous croyons toutefois qu'il faudrait excepter de la solution que nous venons d'adopter, les arbres et les plantes, qui font bien plus que d'adhérer au sol, comme les matériaux d'un bâtiment, mais qui s'y alimentent, qui y croissent, et qui

## [ARTICLE 416.]

s'y transforment, et pour lesquels, dès lors, il y a une sorte d'identification, plutôt encore que d'accession ; de façon que ce ne sont plus, à vrai dire, au bout d'un certain temps, les mêmes arbres, ni les mêmes plantes.

Le propriétaire des arbres et des plantes, n'aurait donc pas, suivant nous, le droit de les revendiquer même après leur séparation du sol (comp. Demante, *Cours anal., loc. supra cit.*, No. 391 bis, III).

663. Ce qui nous paraît d'ailleurs certain, dans tous les cas, c'est que le propriétaire du sol ne serait pas recevable, de son côté, à offrir au propriétaire des matériaux de les lui rendre en nature.

L'article 554 ne suppose rien de pareil ; alors même que le propriétaire des matériaux les aurait employés de bonne foi, croyant qu'ils lui appartenaient, il ne pourrait pas forcer le propriétaire des matériaux de les reprendre après l'emploi qu'il en a fait *animo domini*, emploi qui aurait pu, toujours plus ou moins, les dénaturer ou les altérer.

664. Le mot *ouvrages*, placé comme il est surtout dans l'article 554, après les mots *constructions* et *plantations*, est aussi général que possible ; il comprend donc tous les travaux quelconques, qui peuvent être faits sur le sol ou dans l'intérieur : les égouts, les canaux, le pavage même, etc.

L'expression *matériaux*, n'est pas, de son côté, moins vaste ; pierres, bois, fer, sable, tuiles, plantes, vignes, etc. ; tout ce qui peut être employé enfin dans des ouvrages de ce genre, y est compris (L. 1, § 1, ff. *de tigno juncto*).

Et il importerait peu que les meubles d'autrui, employés par le propriétaire du sol, fussent préparés et façonnés ; ils n'en seraient pas moins compris dans l'expression de matériaux ; et l'article 554 serait applicable, dès qu'ils seraient une fois immobilisés par leur incorporation avec le sol.

665. Mais cette incorporation est nécessaire ; et nous avons déjà remarqué (*supra*, No. 216 et 297) que l'article 554 n'est, en

## [ARTICLL 416.]

général, applicable qu'autant que les matériaux d'autrui employés par le propriétaire du sol, sont ainsi devenus immeubles par leur nature.

Un simple fait d'immobilisation par destination ne suffirait dont point (comp. Taulier, t. III, No. 126 ; Duranton, t. IV, No. 374, note 2 ; Zachariæ, t. I, p. 425 ; Chavot, t. II, Nos. 534, 535).

666. Aussi n'admettons-nous pas la doctrine de Taulier, qui enseigne qu'il ne faut pas croire que l'article 554 soit complètement inapplicable aux constructions qui conservent le caractère des meubles ; et que s'il s'agit, par exemple, d'un moulin ou d'une usine ne faisant pas partie du bâtiment ou ne reposant pas sur des piliers, et se rangeant dès lors parmi les meubles, l'article 554 devrait recevoir son application. " En effet, dit l'auteur, il y a là une immobilisation intentionnelle et morale ; il y a une construction, qui abrite toute une industrie." (T. II, p. 272.)

Notre regretté collègue ajoute, au reste, que la question dépendrait des circonstances, et que les tribunaux devraient la résoudre par le degré d'utilité de la construction, par son caractère de durée et par sa destination.

Mais n'y a-t-il pas là un peu d'hésitation et d'incertitude et ceci n'est-il pas arbitraire ?

La vérité est que l'article 554 ne s'occupe que du droit d'accession, *relativement aux choses immobilières* ;

Or, l'exemple proposé par Taulier ne constituerait pas un fait de ce genre ;

Donc, il ne pourrait être réglé que par les textes qui s'occupent du droit d'accession *relativement aux choses mobilières*, que nous examinerons bientôt (art. 565 et suiv. ; voy. aussi L. 60, ff. de adq. rer. Domin. ; Hennequin, t. I, p. 244).

667. Le droit romain exigeait même, lorsqu'il s'agissait d'arbres ou de plantes, qu'ils eussent pris racine dans le fonds, pour que celui auquel ils appartenaient fût déchu du droit de

## [ARTICLE 416.]

les revendiquer : *si modo utroque casu radices egerit* (Inst. de rer. div., § 31.)

Et Pothier, dans notre ancien droit, professait la même doctrine (*de la Propriété*, No. 171).

Toullier l'a encore enseignée sous l'empire du Code Napoléon (t. III, No. 127) ; M. Hennequin la propose également dans son *Traité de Législation* (t. I, p. 246), ainsi que M. Chavot, dans son *Traité de la Propriété mobilière* (t. II, No. 524.)

Nous ne croyons pas, toutefois, que cette condition soit aujourd'hui nécessaire :

D'abord, parce que le texte de l'article 554 ne la reproduit pas, et que, au contraire, il déclare que, dès que le propriétaire du sol *a fait les plantations*, le propriétaire des arbres ou des plantes n'a pas le droit de les enlever ;

Ensuite, parce que cette condition pouvait être susceptible, en pratique, de beaucoup de difficultés et d'inconvénients graves. Comment savoir, en effet, le plus souvent que l'arbre ou la plante aurait ou n'aurait pas pris racine ? Faudrait-il donc l'arracher tout d'abord, afin de vérifier le fait !

Duranton, qui enseigne également cette solution, propose néanmoins d'excepter le cas où il s'agirait de plantes exotiques, que leur nouveauté et leur rareté rendraient précieuses : " Si elles n'avaient pas encore pris racine, dit le savant auteur, on serait en droit de les réclamer ; et très-probablement les tribunaux accueilleraient la demande en revendication. On sait quel est le prix d'affection que les amateurs attachent à ces sortes de plantes." (T. VI, No. 374.)

Mais cet amendement lui-même nous paraît impossible, en présence du texte absolu de l'article 554 ; et nous croyons qu'on ne pourrait pas entrer dans une telle voie, sans beaucoup d'arbitraire et de danger (comp. Taulier, t. II, p. 272 ; Marcadé, t. II, art. 554, No. 1.)

---

## [ARTICLE 416.]

\* 2 *Demante sur* } 390. Le principe d'accession qui attribue  
*art. 554 C. N.* } au propriétaire du sol les constructions,  
 plantations et ouvrages, quels que soient le planteur ou constructeur et le maître des matériaux employés, reçoit diversement son application à deux cas principaux :

1o. Le maître du sol a construit ou planté avec les matériaux d'autrui (art. 554.)

2o. Un tiers a construit ou planté avec ses matériaux sur le sol d'autrui (art. 555.)

391. Au premier cas il s'agit uniquement d'indemniser le propriétaire des matériaux, arbres ou plantes, qui ne les a certainement point aliénés par aucun fait de sa part, et qui cependant ne peut ni les revendiquer, puisqu'en réalité ils n'existent plus, ni faire détruire, pour les retrouver, les édifices ou plantations.

L'indemnité consiste dans la valeur estimable, et s'il y a lieu, dans de plus amples dommages et intérêts. V. art. 554 ; et remarquez que la loi n'ôte pas pour cela au maître des matériaux le droit de les revendiquer, s'ils étaient effectivement détachés avant qu'il en est reçu le prix.

391. *bis.* II. Je ne vois pas non plus, pourquoi on refuserait en principe au maître de l'édifice, qui a toujours la faculté de démolir, mais qui seulement n'y peut être contraint, le moyen de s'affranchir de l'indemnité en rendant la chose à son maître après la démolition.

J'entends seulement que la chose, après la démolition, pouvant n'être plus dans le même état qu'avant son emploi dans la construction, ce peut être une raison pour l'ancien maître de n'en plus vouloir et de préférer l'indemnité.

S'il y a débat sur ce point, les juges, je le crois, pourront statuer diversement suivant les circonstances, et en ayant égard notamment à la bonne ou mauvaise foi du constructeur qui a employé les matériaux d'autrui.

391 *ter.* III. Ce que j'ai dit des matériaux après la démoli-

## [ARTICLE 416.]

tion de l'édifice ne devrait pas en général, s'appliquer aux arbres ou plantes qui viendraient à être arrachés ; car, en s'identifiant avec le sol qui les nourrit, ils changent de nature, et ceux qu'on arracherait ne seraient plus vraiment ceux qui avaient été plantés.

Peut-être cependant en devrait-on dire autrement si les plantations avaient été arrachées avant d'avoir pris racine.

391 bis. IV. Une observation qui s'applique ici, comme nous l'appliquerons plus tard à tous les cas d'accession mobilière, c'est que les droits réservés au propriétaire des matériaux ou plantes, et généralement au maître de la chose accessoire, contre le propriétaire de la chose principale, ne pourra jamais s'exercer contre celui-ci que sauf l'observation du principe *eu fait de meubles, possession vaut titre*.

Il est donc bien entendu que s'il était de bonne foi, comme on le supposera toujours jusqu'à preuve du contraire, il ne sera exposé à la revendication ou à l'action en indemnité qui en tient lieu, que dans les termes des articles 2279 et 2280.

---

\* 2 *Marcadé, sur* } I.—424. Cet article n'est que la consé-  
*art. 554 C. N.* } quence et une application de ce qu'on a dit  
 sous l'article précédent.

Les constructions, plantations ou travaux quelconques qui existent sur ou dans mon terrain sont réputés faits à mes frais, avec des matériaux m'appartenant, et si vous prétendez que les matériaux employés vous appartenait, vous devez le prouver.

Si vous faites cette preuve, les ouvrages ne m'en appartiendront pas moins, car *accessio cedit principali* ; ces objets mobiliers, ces matériaux qui vous appartenait n'existent plus comme tels et ne peuvent plus être revendiqués, *extinctæ res vindicari non possunt*. Mais, bien entendu, je serai tenu de vous payer ces matériaux, et je pourrai même vous devoir des

## [ARTICLE 416.]

dommages-intérêts, en outre de leur valeur, pour le tort que leur privation peut vous causer. Que si ces matériaux redevenaient meubles par leur séparation du sol, avant que vous en eussiez reçu le payement, vous pourriez les reprendre.

Notre article s'applique également au propriétaire de bonne foi et au propriétaire de mauvaise foi, et c'est même à ce dernier qu'il s'appliquera le plus souvent : il ne s'appliquerait à un propriétaire de bonne foi que dans le cas particulier où les matériaux auraient été perdus par leur maître, ou volés par une personne de laquelle le constructeur les aurait reçus dans l'ignorance du vol. En effet, si les matériaux n'ont été ni perdus ni volés, et que le propriétaire constructeur soit de bonne foi, il a eu, dans ce cas, la propriété des matériaux dès le moment qu'ils sont tombés en sa possession ; il les a acquis, non pas par l'effet de leur accession au sol et en vertu de notre art. 554, mais par prescription et en vertu de l'art. 2279. Ce n'est donc plus le cas de l'article ; car il a employé, dans ce cas, des matériaux qui lui appartenaient et qui auraient continué de lui appartenir quand même il ne les aurait pas employés dans une construction.

II.—425. La règle est identiquement la même pour les plantations que pour les constructions et autres ouvrages. C'est par le fait même de leur union au sol que les plantes appartiennent au propriétaire du terrain (quand celui-ci est de mauvaise foi ou que les plantes sont perdues ou volées) ; ce n'est pas seulement lorsqu'elles ont pris racine comme le voulait le droit romain (*Instit.*, I, 2, t. 1, § 31). Toullier, cependant, enseigne le contraire (III, No. 127) : il pense que notre article a entendu reproduire la théorie romaine ; d'autant mieux que le goût des plantes exotiques et rares étant devenu une passion, il serait injuste de dépouiller si facilement l'ancien propriétaire d'un objet auquel il peut attacher un grand prix d'affection.

Cette doctrine, que l'annotateur de Toullier, M. Duvergier, laisse passer sans observation, nous paraît cependant erronée.

## [ARTICLE 416.]

D'abord l'inconvénient est moins grave qu'il ne paraît ; car si le propriétaire du terrain a planté de mauvaise foi, comme il peut alors être condamné à des dommages-intérêts, le juge pourra les fixer à un chiffre tel que ce propriétaire consente à rendre la plante pour éviter de les payer ; que s'il a été de bonne foi, le seul fait qu'il refuse de remettre cette plante le rendant encore peu digne d'égards, la plante rare pourra être estimée à un prix assez haut pour conduire au même résultat. Mais, quoi qu'il en soit, nous devons suivre la loi ; or, notre article attribue la propriété des plantes au propriétaire *qui a fait les plantations*, et, dans le Rapport au Tribunal, il a été dit que " *dès que la plantation est faite, elle fait partie de la propriété du fonds par droit d'accession.*" (Fenet, t. XI, p. 141.)

426. M. Duranton, qui reconnaît comme nous que le propriétaire devient maître de la plante par le seul fait de la plantation, veut qu'il y ait *exception* quand la plante sera exotique (IV, 374). Une telle idée ne demande pas de réfutation : il est clair que les plantes exotiques ne sont pas soumises à un autre droit que les plantes indigènes.

Quant aux meubles perdus, volés ou possédés de mauvaise foi, que le propriétaire placerait sur son fonds à perpétuelle demeure, mais sans les y attacher physiquement (par exemple, des arbustes en caisse, des statues non scellées, des animaux employés à la culture, etc.), ce n'est pas ici le lieu d'en parler ; nous le ferons sous l'art. 564.

426 bis. La loi, maintenant, va nous dire, dans l'article suivant, quelle est notre obligation lorsqu'un tiers a fait à ses frais, sur ou dans notre terrain, des constructions ou travaux quelconques. Cette obligation varie selon que le tiers était ou non de bonne foi. Les deux premiers alinéas de l'article et la première phrase du troisième sont relatifs au tiers de mauvaise foi ; la dernière phrase parle du tiers de bonne foi.

---

## [ARTICLE 417.]

\* *C. N.* 554. } 554. Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur ; il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu : mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever.

417. Lorsque les améliorations ont été faites par un possesseur avec ses matériaux, le droit qu'y peut prétendre le propriétaire du fonds dépend de leur nature et de la bonne ou mauvaise foi de celui qui les a faites.

Si elles étaient nécessaires, le propriétaire du fonds ne peut les faire enlever ; il doit dans tous les cas en payer le coût, lors même qu'elles n'existent plus, sauf la compensation des fruits perçus, si le possesseur était de mauvaise foi.

Si elles n'étaient pas nécessaires et qu'elles aient été faites par un possesseur de bonne foi, le propriétaire est encore tenu de les retenir si elles existent et de payer soit la somme déboursée, soit celle au montant de laquelle la

417. When improvements have been made by a possessor with his own materials, the right of the proprietor to such improvements depends on their nature and the good or bad faith of such possessor.

If they were necessary, the proprietor of the land cannot have them taken away ; he must, in all cases, pay what they cost, even when they no longer exist ; saving, in the case of bad faith, the compensation of rents, issues and profits.

If they were not necessary, and were made by a possessor in good faith, the proprietor is obliged to keep them, if they still exist, and to pay either the amount they cost or that to the extent of which the value of the

## [ARTICLE 417.]

valeur du fonds a été augmentée.

Si, au contraire, le possesseur était de mauvaise foi, le propriétaire peut, à son choix, les retenir en payant ce qu'elles ont coûté ou leur valeur actuelle, ou bien lui permettre de les enlever à ses frais, si elles peuvent l'être avec avantage pour ce tiers et sans détériorer le sol ; aux cas contraires, les améliorations restent au propriétaire du fonds sans indemnité ; le propriétaire peut, dans tous les cas, forcer le possesseur de mauvaise foi à les enlever.

land has been augmented.

If, on the contrary, the possessor were in bad faith, the proprietor has the option either of keeping them, upon paying what they cost or their actual value, or of permitting such possessor, if the latter can do so with advantage to himself and without deteriorating the land, to remove them at his own expense ; otherwise, in each case, the improvements belong to the owner, without indemnification ; the owner may, in every case, compel the possessor in bad faith to remove them.

---

\* 3 *Toullier*, } 129. Il faut remarquer que ce droit d'obliger  
*p. 84 et s.* } le propriétaire à rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, n'est donné, par l'art. 555, qu'au *tiers évincé*, possesseur de bonne foi, c'est-à-dire à celui qui ignorait que le fonds appartenait à autrui.

Ce droit est refusé à l'usufruitier par l'art. 599. Il ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.

Il peut seulement, ou ses héritiers, enlever les ornements qu'il aurait fait placer, comme les glaces, les tableaux, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état. La rai-

## [ARTICLE 417.]

son de différence est que l'usufruitier savait que le fonds ne lui appartenait pas. En faisant des plantations, constructions et améliorations, il est censé avoir voulu en gratifier le propriétaire à la fin de l'usufruit, *donasse videtur*. Il pourrait aussi enlever les pépinières et autres arbres plantés pour vendre, et non placés à demeure. Nous en reparlerons au titre de l'usufruit.

130. L'art. 555 ne peut aussi s'appliquer au fermier qui a fait des plantations, constructions et autres impenses, sans consulter le propriétaire. Le Code ne nous donne point de règles pour décider les questions qui peuvent s'élever en ce cas, et sur lesquelles les auteurs ne s'accordent pas. Nous pensons, avec Pothier, que le fermier ne peut exiger que le prix des impenses nécessaires : quant aux impenses utiles, il ne peut s'en faire rembourser par le propriétaire qui n'a point donné ordre de les faire, et qui ne peut être contraint à les racheter ; mais à la fin du bail, le fermier peut enlever tout ce qui peut l'être, sans nuire à l'héritage, en rétablissant les choses dans l'état où elles étaient. Le fermier peut aussi enlever ses pépinières et les arbres qu'il n'avait pas plantés à perpétuelle demeure.

---

\* 5 *Pand. Frs.*, } 59. Cette disposition change, en plusieurs  
 p. 204 et s. } points, les règles du Droit Romain, et même  
 notre ancienne jurisprudence qui était fondée sur ces règles.

On a vu, dans les notions préliminaires, que les Lois Romaines faisaient deux distinctions : l'une entre la bonne, et la mauvaise foi : l'autre entre le tiers qui, ayant fait des ouvrages sur le fonds d'autrui, avec ses matériaux, était en possession de ce fonds, et celui qui ne possédait pas.

L'homme de mauvaise foi n'avait aucune action. Il était censé avoir voulu donner, *donare voluisse intelligitur*. Quant à celui de bonne foi, s'il était en possession, il pouvait refuser de rendre le fonds, jusqu'à ce que le propriétaire lui eût rem-

## [ARTICLE 417.]

boursé le prix des matériaux, et de la main-d'œuvre. Celui qui ne possédait pas, n'avait pas cette faculté. Il n'avait même aucune action ; ni celle *in rem*, parce qu'il n'était pas propriétaire, ni celle *in personam*, parce qu'il n'avait pas fait de conventions, et n'avait eu l'intention d'obliger personne envers lui. Il avait seulement la faculté d'enlever les matériaux qui pouvaient l'être sans endommager l'édifice ou le bâtiment, et sans détériorer le fonds. Ces décisions, conformes à la rigueur du Droit, étaient cependant plus subtiles que justes ; et c'est avec raison que le Code Civil ne les a point adoptées.

60. Il y a trois cas dans lesquels on peut faire des plantations, constructions et ouvrages sur le fonds d'autrui.

Un homme peut planter, bâtir, ou construire sur un fonds qu'il sait ne lui point appartenir, et dont il n'a aucun droit de jouir. Ce cas est rare.

Où il peut faire travailler sur un fonds qu'il sait ne lui point appartenir, mais dont il a droit de jouir ; par exemple, à titre de location, ou d'usufruit. Ce cas est très-commun.

Où enfin, il construit sur un fonds qu'il possède *animo domini*, c'est-à-dire, comme en ayant le domaine, et dont il a juste sujet de se croire propriétaire.

Dans le premier cas, les Lois Romaines ne donnaient aucune action.

Maintenant, il faudra lui appliquer le commencement, et le premier paragraphe de notre article.

A l'égard du second cas, celui où quelqu'un a fait des ouvrages sur un fonds qu'il sait ne lui pas appartenir mais dont il a droit de jouir, comme un locataire ; nous n'admettions pas non plus, dans notre ancienne Jurisprudence, le principe des Lois Romaines, qui le regardaient comme ayant l'intention de donner, et qui, en conséquence, lui refusaient toute action.

Nous suivions, dans ce cas, la règle tracée par le Code Civil. Le propriétaire était le maître de retenir ces ouvrages et cons-

## [ARTICLE 417.]

tructions, en payant le prix des matériaux et de la main-d'œuvre, sans aucun égard à l'augmentation de valeur que l'héritage avait pu acquérir ; ou d'exiger que le locataire les détruisît et rétablît à ses frais les lieux dans l'état où il les avait trouvés.

Quant aux ouvrages de pur agrément, et qui ne peuvent s'enlever, comme des peintures, dorures, ou autres choses du même genre, le propriétaire n'était pas tenu d'en restituer le prix et le locataire qui ne pouvait pas les enlever, n'avait pas le droit de les gêner ou dégrader.

Nous pensons qu'il doit encore en être de même, car il ne peut jamais être permis de faire le mal dans la seule vue de le faire. Le locataire doit avoir prévu la perte de la dépense qu'il a faite, et se l'imputer.

Dans le cas où un possesseur de bonne foi avait fait des ouvrages sur un fonds dont il se croyait justement propriétaire, on distinguait entre les impenses nécessaires, celles seulement utiles, et celles purement voluptuaires.

Le vrai propriétaire qui évincait, était toujours obligé de rembourser les premières, quand même elles n'auraient plus existé lors de l'éviction. Ce principe est de toute justice, parce que le propriétaire aurait été obligé de les faire lui-même, s'il avait été en possession.

Nous pensons que le Code Civil ne doit rien changer à cette règle, qui est de droit naturel.

A l'égard des impenses utiles, ou elles existaient encore lors de l'éviction, ou elles ne subsistaient plus.

Dans le dernier cas, le propriétaire n'en devait tenir aucun compte, parce qu'il n'était tenu d'en indemniser, qu'autant qu'il profitait : or il ne profitait pas de celles qui avaient disparu.

Dans la dernière hypothèse, il n'était obligé de tenir compte des impenses utiles, qu'à proportion de ce qu'elles avaient augmenté la valeur de l'héritage, parce qu'il n'en profitait réelle-

## [ARTICLE 417.]

ment que jusqu'à concurrence de cette valeur. Encore, si ces impenses étaient trop considérables, en sorte que le propriétaire du fonds, ne fût pas en état de les rembourser, on suivait alors la Loi Romaine qui, dans le même cas, le déchargeait de cette obligation, sauf au possesseur évincé, à retirer ce qui pouvait s'enlever, sans endommager les bâtiments ou dégrader le fonds. On pensait que le possesseur ne pouvait pas, par des dépenses excessives, quoiqu'utiles, rendre impossible au propriétaire, la revendication de son fonds.

Quant aux dépenses purement voluptuaires, le propriétaire rentrant dans son héritage, n'en devait jamais rien. Le possesseur avait seulement la faculté de reprendre ce qui pouvait l'être, sans dommage ni détérioration.

61. Le Code Civil, par un léger changement à cette Jurisprudence, accorde, on ne peut pas mieux, la justice et l'équité.

Si la valeur que l'héritage a reçue par les impenses utiles, est beaucoup trop considérable ; alors le propriétaire remboursera, seulement, le prix des matériaux et de la main-d'œuvre. Le possesseur ne perdra rien ; car il recouvrera les dépenses qu'il a faites, et il en aura trouvé les intérêts dans la jouissance des fruits.

Si, au contraire, le prix des matériaux et de la main-d'œuvre surpasse l'augmentation de valeur que l'héritage en a reçue, le propriétaire ne remboursera que le montant de cette augmentation de valeur, et le principe qui veut, que le propriétaire ne soit jamais tenu au-delà de ce dont il profite, recevra son exécution.

Cette règle, introduite par le Code Civil, doit-elle s'appliquer aux dépenses purement voluptuaires ?

Nous ne le pensons pas. Nous croyons qu'il faut se conformer, à cet égard, aux anciens principes. Ces dépenses ne donnent pas réellement plus de valeur à l'héritage. Souvent même elles la diminuent en sacrifiant l'utile à l'agréable.

---

## [ARTICLE 417.]

\* 2 Maleville, } Sur la première partie de l'article, j'observe  
 p. 34. } que sa décision est sans difficulté, lorsqu'il  
 s'agit d'un corps de bâtiment construit sur le fonds d'autrui ;  
 mais il n'en est pas de même, s'il n'est question que d'une an-  
 ticipation peu considérable, et de quelques pieds de terrain,  
 faite sur le fonds d'autrui en bâtissant, sans opposition de la  
 part du propriétaire. Il serait alors injuste de l'obliger à dé-  
 molir et à rendre sa maison difforme, quelquefois inhabitable,  
 parce qu'il n'aura pas bien pris son alignement ; l'intérêt pu-  
 blic s'y oppose même, *ne aspectus urbis deformatur* ; et il en  
 doit être de ce cas, comme de celui de l'article précédent, où  
 le propriétaire qui a bâti avec les matériaux d'autrui, peut  
 empêcher la démolition en en payant la valeur. Par la même  
 raison, celui qui a seulement anticipé sans opposition sur le  
 fonds d'autrui, doit en être quitte en payant la valeur du sol  
 et les dommages-intérêts dus au propriétaire. Il faut bien faire  
 attention que dans les provinces, on ne suit pas, on ne connaît  
 même pas les réglemens de police qui prescrivent les précau-  
 tions à prendre lorsqu'on bâtit à Paris.

Le § 20, *Inst. de rer. divis.*, n'accordait aucune indemnité à  
 celui qui avait planté ou bâti sur le fonds d'autrui, sachant  
 qu'il ne lui appartenait pas, mais la jurisprudence française  
 n'avait pas adopté cette rigueur de principe ; on préférait la  
 règle qui dit que personne ne doit s'enrichir de la perte d'au-  
 trui, ce qui est assez conforme à la loi 38, *ff. de rei vindic.*

On distinguait cependant entre les dépenses nécessaires,  
 utiles et voluptuaires ; il fallait toujours rendre les dépenses  
 nécessaires, même les dépenses utiles, à concurrence de l'aug-  
 mentation de valeur que le fonds en avait reçue. Quant aux  
 dépenses de pur agrément, on permettait au possesseur d'en  
 emporter ou enlever l'objet, lorsque cela pouvait se faire sans  
 détériorer le fonds. *Voy. les lois 38 et 39, ff. de hæred. pet.*  
*Vinnius et Serres sur le tit. de rer. div. ; aux Inst. Rousseaud,*  
*jurisp. civ., verbo impenses.*

Notre article a pris une autre marche : il fait dépendre le

## [ARTICLE 417.]

sort du possesseur du parti que prendra le propriétaire de demander la conservation ou la suppression des plantations et constructions, sauf le cas où ce possesseur les a faites de bonne foi, en croyant que le fonds lui appartenait. Cette marche a pour elle l'avantage de la simplicité ; mais peut-être l'ancienne jurisprudence était-elle plus équitable.

---

\* 2 *Marcadé, sur* } I.—427. On trouvera sans doute étrange  
*art. 555, C. N.* } la rédaction de cet article qui place au milieu d'un troisième alinéa une phrase exprimant une des deux idées capitales de l'article ; tellement qu'il eût été plus logique de ne donner à l'article que deux alinéas, dont le second aurait été formé par cette dernière phrase, et le premier par tout le reste de la disposition.— Ce vice tient à ce que l'article n'a pas été fait d'un seul jet. La dernière phrase a été ajoutée après coup, sur l'observation du Tribunal, et le conseil d'Etat n'a pas songé à refondre la rédaction primitive (Fenet, XI, p. 94 et 100).

L'article, au surplus, se résume à dire que si celui qui a mis des ouvrages sur mon fonds était dans les conditions de bonne foi expliquées sous l'article 550, j'aurai le choix ou de lui verser une somme égale à ses déboursés, ou de lui payer la plus-value que ses travaux donnent à mon fonds ; que s'il n'est pas dans ces mêmes conditions, mon choix sera ou de lui payer encore ses déboursés, ou de lui faire enlever les ouvrages à ses frais pour remettre les choses en leur état antérieur, en lui demandant encore des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il peut me causer.

Pour que le propriétaire n'ait pas cette dernière faculté, pour qu'il n'ait à choisir qu'entre le paiement des déboursés ou le paiement de la plus-value, il faut, disons-nous, que le planteur ou constructeur soit dans les conditions de bonne foi expliquées sous l'article 550 ; c'est-à-dire qu'il ne suffirait pas que celui-ci se soit vraiment cru propriétaire ; il faut de plus

## [ARTICLE 417.]

que sa croyance ait eu pour fondement un titre translatif de propriété dont il ignorait les vices : une vente, une donation, un échange, etc. En effet, notre article déclare que la faveur de ne pouvoir être contraint à l'enlèvement des travaux n'est accordée qu'à celui qui est évincé sans être condamné à la restitution des fruits. Or, nous avons vu, sous l'art. 550, que le possesseur qui se croirait propriétaire sans cause suffisante, sans un titre légal (quoique vicieux) d'acquisition, ne gagnerait pas les fruits.

II.--428. Au premier examen de notre article, il semble que le constructeur de bonne foi soit traité, sous un rapport, moins favorablement que le constructeur de mauvaise foi. En effet, supposons des travaux qui ne donnent au fonds qu'une plus-value de 20,000 francs, quoiqu'ils aient exigé 30,000 francs de dépenses ; supposons aussi que ces travaux soient vraiment utiles au fonds, et que l'intérêt du propriétaire soit de les conserver : il pourra le faire vis-à-vis d'un tiers de bonne foi, en lui remboursant seulement 20,000 francs, montant de la plus-value ; tandis qu'il ne le pourra, en face d'un constructeur de mauvaise foi, qu'en lui remboursant ses 30,000 francs de déboursés... Il est bien vrai qu'il pourrait contraindre ce dernier à enlever tout ; mais nous supposons que son intérêt et sa volonté sont de conserver les travaux : or, pour cela, il lui suffira de payer, 20,000 francs si le constructeur est de bonne foi, et il lui faudra, au contraire, en payer 30,000 s'il est de mauvaise foi. N'y a-t-il pas là quelque chose de bizarre et d'inique ?... Non, la disposition de la loi est parfaitement juste et à l'abri de tout reproche.

D'abord, la faveur que mérite le constructeur de bonne foi se trouve suffisamment consacrée par la garantie qu'on lui donne de ne jamais être contraint à enlever ses matériaux ; on ne pouvait pas, en forçant le propriétaire à conserver des travaux dont peut-être il n'a que faire, et à payer une somme qu'il ne déboursa peut-être pas sans se gêner, lui refuser encore le droit de ne payer que la plus-value quand elle est

## ]ARTICLE 417.]

moindre que les dépenses faites. Quand il conserve les travaux faits de mauvaise foi, c'est qu'il le veut bien, puisqu'il peut les faire enlever ; il ne peut donc jamais se plaindre. Mais quand il ne les garde que comme contraint et forcé, il serait injuste de les lui faire payer au-delà du profit qu'il en doit tirer.

D'un autre côté, la position du constructeur de mauvaise foi n'est jamais aussi belle qu'elle peut le paraître au premier coup d'œil. Alors même que le propriétaire veut conserver les travaux, il peut dire à ce tiers : “ Ces travaux qui vous ont coûté 30,000 francs, et qui augmentent de 20,000 francs la valeur de mon fonds, je veux que vous me les laissiez pour 15,000. Si vous n'y consentez pas, enlevez tout et rétablissez les choses dans leur premier état. Ainsi, démolissez, ce qui pourra vous coûter 2000 francs ; rétablissez les choses dans leur ancien état, ce qui coûtera peut-être 3000 francs ; payez-moi ensuite, pour le défaut de jouissance que je subis et pour le tort que ces changements font à mon terrain, une indemnité qui pourra s'élever à 3 ou 4000 francs ; puis, vendez vos matériaux, dont vous ne tirerez peut-être que 16,000 francs. C'est 8000 francs, au plus, qui vous resteront après beaucoup de travail, et je vous en offre 15,000 francs à l'instant même ; choisissez.” Il est clair que le tiers est à la discrétion du propriétaire et qu'il se contentera de 15,000 francs, quand le tiers de bonne foi en aurait du moins reçu 20,000.

III.—428. *bis*. Devrait-on, sous le Code Civil, comme le faisait le jurisconsulte romain Papinien (D. I. 6, t. 48), dire que, dans le cas de travaux faits par un possesseur de bonne foi, le droit du constructeur à la plus-value résultant de ses travaux doit se compenser avec les fruits qu'il a perçus ?... Non ; car ces fruits étaient siens ; il a pu les dépenser et les a probablement dépensés, tandis que pour construire il a déboursé ses capitaux ; que s'il a employé le prix des fruits à payer une partie de la construction, c'est que, d'un autre côté, il dépensait, en considération de ces fruits et en vivant plus largement,

## [ARTICLE 417.]

des sommes qu'il eût réservées si ces fruits n'avaient pas été siens. Les fruits ont été par lui dépensés d'année en année *lautius vivendo*, et les compenser aujourd'hui avec les constructions qu'il a faites, ce serait le ruiner, malgré la volonté contraire de la loi, en exigeant d'une manière détournée une restitution dont l'art. 549 le dispense.—Par exemple, supposez qu'un individu qui se croyait de bonne foi propriétaire d'un fonds ait fait des constructions considérables pour lesquelles il a dépensé tous ses capitaux (capitaux qui formaient sa fortune entière) ; supposez encore que le fonds soit assez considérable et qu'il l'ait possédé assez longtemps pour que les fruits qu'il en a tirés soient égaux, ou à peu près, à la valeur des constructions : si l'on admettait la compensation, le résultat serait la ruine complète du possesseur, et la règle que la possession de bonne foi donne la propriété des fruits ne serait plus qu'un piège tendu par le législateur.

Mais s'il était établi en fait que le possesseur du fonds, sans faire pour lui plus de dépenses que s'il n'avait pas recueilli les fruits, ne s'en servait que pour construire ou planter sur le fonds ; s'il était prouvé que les travaux faits sont vraiment la représentation des fruits exclusivement employés à cet objet ; comme alors, en laissant de côté les mots pour ne considérer que les choses dans leur résultat dernier, il serait vrai de dire que les ouvrages existants sont les fruits eux-mêmes laissés et accumulés sur l'immeuble, nous pensons que le propriétaire pourrait compenser. Dans ce cas, en effet, on peut dire que le possesseur n'a pas recueilli les fruits, il les a placés sur le fonds : *fructus augent fundum*.

IV.—429. Si, dans le cas d'un constructeur de bonne foi, le propriétaire n'avait pas le moyen de payer la plus-value, comme dans ce cas on ne peut pas forcer ce constructeur à démolir, et que, d'un autre côté, on ne peut pas contraindre un propriétaire à abandonner tout ou partie de son bien pour arriver au paiement de construction qu'il n'a pas fait faire, on remplacera le paiement de la plus-value (ou des déboursés,

## [ARTICLE 417.]

s'ils sont moins considérables) par une rente hypothéquée sur le fonds. C'est ce que décidait Pothier (*Dr. de propriété*, No. 347).

La question ne peut pas se présenter pour un constructeur de mauvaise foi, puisqu'on a toujours le droit de lui faire démolir et enlever ses ouvrages. Si les travaux sont tels que cette démolition ne doive lui être que peu ou point utile, tant pis pour lui ; il ne mérite aucune faveur. D'ailleurs, pour peu que ces travaux donnent plus de valeur au fonds, le propriétaire ne demandera pas mieux que de les conserver en payant une légère rente ; et le constructeur, qui n'a que ce moyen de ne pas perdre tout, ne manquera pas de s'entendre avec lui.

V.—430. Dans tous les cas où il est dû indemnité au possesseur, celui-ci peut, jusqu'au remboursement effectué, retenir l'immeuble qu'on revendique contre lui. Le droit de rétention existe pour tout débiteur ou détenteur quelconque d'une chose, lorsqu'il a à exercer des répétitions relatives à cette chose. C'est un principe de droit et de raison que vous ne pouvez exiger de moi l'exécution de mon obligation de délivrer ou de restituer tel objet déterminé, qu'en exécutant vous-même les obligations qui sont corrélatives à la mienne.

Le Code fait l'application de ce principe dans les art. 867, 1673 et 1948 ; mais ce n'est pas seulement dans les cas où la loi l'a formellement consacré qu'existera ce droit de rétention, il est de droit commun.

VI.—431. La règle de notre article s'applique, sans aucun doute selon nous, aux constructions et plantations qu'un fermier aurait faites sur le fonds loué : le propriétaire peut ou les faire enlever, ou lui rembourser ses dépenses ; car ce fermier est évidemment constructeur de mauvaise foi : il ne possédait pas en vertu d'un titre translatif de propriété.

La question ne nous paraît pas plus douteuse à l'égard d'un usufruitier ; c'est tout simplement un constructeur de mauvaise foi, auquel on doit, comme à tout autre, rembourser le

## [ARTICLE 417.]

coût des travaux, si mieux on n'aime les lui laisser enlever.— Cette décision, cependant, n'est pas admise par tout le monde. Proudhon a enseigné (t. III, No. 1441), et deux arrêts ont jugé qu'à la fin de l'usufruit, l'usufruitier ou ses représentants ne pouvaient rien réclamer des constructions ou travaux quelconques par lui faits sur le fonds.....

VII.—432. Notre article ne parle que d'ouvrages faits par un tiers *avec ses matériaux* ; mais qu'arriverait-il s'il avait construit sur mon fonds avec des matériaux appartenant à une tierce personne.

Cette circonstance ne changerait rien aux rapports qui existent, et qui viennent d'être expliqués, entre le constructeur et le propriétaire du terrain : celui-ci aurait toujours le droit ou de faire enlever la construction, ou de payer le montant des dépenses, si le constructeur est de mauvaise foi ; ou bien de payer à son choix le montant des dépenses, ou la plus-value du fonds, si le constructeur est de bonne foi.

Quant aux rapports du constructeur avec le propriétaire des matériaux, il n'y a plus à rechercher si le constructeur était de bonne ou de mauvaise foi relativement au terrain ; il faut seulement faire cette même distinction relativement aux matériaux. Si le constructeur était de bonne foi, c'est-à-dire s'il croyait que les matériaux lui appartenaient, comme en fait de meubles la simple prise de possession rend immédiatement propriétaire par prescription (art. 2279), les matériaux sont devenus la propriété de ce constructeur par l'acte de maître qu'il a fait sur eux ; et si la construction venait à être démolie (sans que le prix des matériaux eût été payé par l'ancien propriétaire du terrain), ce serait ce constructeur, et non le propriétaire des matériaux, qui pourrait les prendre ; ce propriétaire n'aurait rien à réclamer. Que si le constructeur était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il savait que les matériaux ne lui appartenaient pas, leur propriétaire pourrait toujours les revendiquer dans ce même cas de démolition (faite avant le paiement des matériaux par le propriétaire du terrain) ; mais si la démo-

## [ARTICLE 417.]

lition n'avait pas lieu (ou si elle ne se faisait que quand le maître du terrain a payé les matériaux), l'ancien propriétaire de ces matériaux ne pourrait pas encore les réclamer, il aurait seulement un recours contre le constructeur pour se faire indemniser.

Au reste, ces rapports du constructeur avec le propriétaire des matériaux, rapports qui se compliquent encore par les règles spéciales, dans le cas de meubles perdus ou volés, seront mieux compris plus tard par l'explication des art. 2279 et 2280. Il nous suffit, pour ce qui concerne notre matière, de répéter que, quelles que soient les circonstances et quand même les matériaux employés auraient été volés par le constructeur, le propriétaire du terrain reste toujours dans la même condition ; toujours les matériaux deviennent sa propriété par leur accession au sol, *accessio cedit principali* : les art. 2279 et 2280 n'apportent aucune modification aux droits que lui donne notre article, lequel pourrait être rédigé ainsi : Lorsque les ouvrages ont été faits par un tiers, *avec ses matériaux ou avec les matériaux d'autrui*, le propriétaire, etc.

Voyez autorités sous art. 416 et 462.

---

\* *Pothier, Propriété*, } 346. "Ce principe que le possesseur  
 :Nos. 346-347. } de bonne foi doit être remboursé des  
 impenses *utiles* qu'il a faites sur la chose qui fait l'objet de  
 l'action en revendication", souffre quelques limitations, qui  
 doivent être sous-entendues dans ce que nous venons de  
 rapporter du texte des Institutes, comme l'a remarqué Vinnius  
 dans son commentaire sur ce texte.

La première est, que ce possesseur ne doit pas être remboursé précisément et absolument de tout ce qu'il a déboursé pour les dites impenses, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que la chose sur laquelle il les a faites, et qui fait l'objet de l'action en revendication, se trouve en être augmentée de valeur au temps du délai qu'il en doit faire.

## [ARTICLE 417.]

C'est ce que nous apprenons de Paul, dans l'espèce d'un acheteur de bonne foi, qui avait construit un bâtiment sur une place qui était hypothéquée. Paul dit : *Jus soli superficiem secutam videri... sed bonâ fide possessores non aliter cogendos ædificium restituere, quam sumptus in extructione erogatos, quatenus res pretiosior facta est, reciperent* ; L. 29, § 2, ff. de Pign.

C'est ce qui résulte du principe sur lequel est fondée l'obligation en laquelle est le propriétaire, de rembourser ces impenses au possesseur de bonne foi.

Cette obligation ne naît que de cette règle d'équité, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui. Suivant cette règle, le propriétaire ne doit pas profiter, aux dépens de ce possesseur, de l'impense que ce possesseur a faite ; mais il n'en profite qu'autant que sa chose se trouve augmentée de valeur par cette impense : il ne doit donc être obligé à le rembourser que jusqu'à cette concurrence, quand le possesseur aurait déboursé davantage.

*Contra, vice versâ*, si la valeur dont la chose est augmentée par cette impense, est d'une somme plus grande que celle qu'elle a coûtée, le propriétaire n'est obligé de rembourser que ce qu'elle a coûtée ; car, quoique le propriétaire profite de plus, ce n'est que jusqu'à concurrence de la somme que l'impense a coûtée, qu'il profiterait, aux dépens du possesseur, de l'impense qu'il a faite.

347. La seconde limitation au principe "que le possesseur de bonne foi doit être remboursé de ces impenses utiles, au moins jusqu'à concurrence de ce que la chose se trouve augmentée de valeur", est que ce principe n'est pas si général que le juge ne puisse quelquefois s'en écarter, suivant les circonstances. C'est ce que nous enseigne Celse : *In fundo alieno quem imprudens ædificasti aut conseruisti, deinde evincitur, bonus judex variè in personis causisque constituet : finge et dominum eadem facturum fuisse ; reddat impensam et fundum recipiat, usque eo duntaxat quo pretiosior factus est ; et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem*

## [ARTICLE 417.]

*qui, si id reddere cogatur, laribus, sepulchris avilis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quæ poscis, dum ita ne deterior sit fundus quàm si inilio non fuerit ædificatum;*  
L. 38, ff. de Rei vind.

Dans cette dernière espèce, s'il y a une raison d'équité qui milite en faveur du possesseur, qui consiste à dire que le propriétaire ne doit pas profiter à ses dépens de l'augmentation de valeur que ces impenses ont apportée à l'héritage; d'un autre côté, il y a une autre raison d'équité encore plus forte en faveur du propriétaire, à laquelle celle-ci doit céder, qui est que l'équité permet encore moins que le propriétaire soit privé de son héritage pour lequel il a une juste affection, faute de pouvoir rembourser des impenses qu'il n'a pas le moyen de rembourser, dont il pouvait se passer aussi bien que de l'augmentation de valeur qu'elles ont apportée à son héritage qu'il ne veut pas vendre, et qui lui suffisait dans son ancien état.

Lorsque les impenses utiles faites par le possesseur de bonne foi, sont tellement considérables, que le propriétaire n'a pas la commodité d'en faire le remboursement avant que de rentrer dans son héritage, et que ces impenses ont produit dans le revenu de l'héritage une augmentation considérable, il me paraît qu'on peut concilier les intérêts des parties, en permettant au propriétaire de rentrer dans son héritage sans rembourser au préalable les impenses au possesseur de bonne foi, et en se chargeant envers ce possesseur, d'une rente d'une somme approchant de ce dont le revenu de l'héritage a été augmenté par les dites impenses; laquelle serait remboursable aux bons points du propriétaire, à laquelle l'héritage serait affecté par privilège. Par ce moyen, les intérêts de chacune des parties sont conservés; le propriétaire n'est point privé de son héritage, faute de pouvoir rembourser les impenses; et il ne profite pas, aux dépens du possesseur, de l'augmentation du revenu qu'elles ont causée à son héritage (1).

(1) Quoique le Code n'ait pas formellement reproduit ces modifications, elles nous paraissent trop raisonnables pour ne pas être admises dans une question qui est toute d'équité. (Note de M. Bugnet).

## [ARTICLE 417.]

\* *Merlin, Rép. Vo. Amélioration,* } Nous pouvons donc établir  
*No. IV, p. 367:* } pour règle certaine, que le  
 propriétaire qui revendique un fonds, ne doit jamais s'enrichir aux dépens du possesseur, de bonne ou mauvaise foi, n'importe de quelle manière, cette maxime doit être mise en usage.

Il y a néanmoins un cas où celui qui est de mauvaise foi, ne saurait répéter les améliorations utiles qu'il a faites sur le fonds d'autrui ; c'est lorsqu'il ne possédait pas le fonds même : car dans cette hypothèse, il n'a pu faire que par esprit de libéralité les dépenses qu'il a faites : c'est le cas où l'on présume l'intention de donner qui d'ailleurs ne peut pas se présumer dans celui qui possède, parce que le possesseur étant *possessio-nis dominus*, travaille pour soi et non pour autrui ; *rem gerit sibi, non alio*. Ainsi raisonnent Cujas à l'endroit cité, et Dumoulin sur la Coutume de Paris.

Quant aux améliorations qui n'existent plus au moment où s'exerce la revendication ; voici une espèce qui a été jugée en 1723 : elle est dans le cas d'un possesseur de bonne foi.

Les biens d'un particulier s'étant trouvés incultes, sans détenteur et sans possesseur, le procureur-fiscal de Meru les fit saisir féodalement, suivant la disposition de l'art. 103 de la Coutume de Senlis, loi de la situation. Quoique le seigneur ne fût pas propriétaire, et que la Coutume ne lui donnât que l'exploitation, néanmoins il vendit ces biens au nommé Velon, qui, quelque temps après, les revendit à François Velon, son fils. Il y avait des réparations urgentes à faire dans ces biens, et surtout dans une maison qui en dépendait ; l'acquéreur les fit après un procès-verbal de visite : le voisin mit le feu dans sa maison, qui se communiqua à celle de Velon, et la consuma : Velon la rétablit. C'est dans ces circonstances que parut le propriétaire, ou du moins son héritier, qui fit assig-ner Velon en désistement. Velon, après quelques procédures, consentit à délaisser le bien, et se renferma à demander les réparations qu'il avait faites avant et après l'incendie : elles

## [ARTICLE 417.]

lui furent adjudgées par sentence du bailliage de Beauvais, du 22 novembre 1721. Appel au parlement : l'appelant fit valoir, par rapport aux réparations consumées, l'autorité de la loi *in fundo* ; il l'appuya de la doctrine de Garsias, et de tous les raisonnements d'équité qu'il put imaginer : néanmoins, par arrêt du 9 août 1723, au rapport de M. l'abbé Pucelle, la sentence fut confirmée.

Ainsi (dit Boullenois. Traité des démissions de biens, quest 19, page 207), il est jugé par cet arrêt que la loi *planè* a lieu dans le cas de la revendication, et que tout possesseur de bonne foi, peut répéter ces améliorations, quoiqu'elles soient périeures.

---

\* *Lacombe, Vo.* } Celui qui bâtit sciemment et de mauvaise  
*Impenses.* } foi sur le fonds d'autrui, perd ses impenses,  
*quia materiam intelligitur donasse domino soli. L. 7, § 12, de adq.*  
*rer. dom.* Mais cette présomption n'a lieu en celui qui bâtit dans  
un fonds litigieux, *L. 2, C. de rei vind.*, ni quand le locataire,  
ou fermier a bâti, *L. 55, § 1, locati.*

Le grevé de substitution ayant rebâti la maison incendiée, déduit sa dépense au dire d'Experts, eu égard à la valeur de la maison lors de la restitution, *L. 58, de Leg. 1.* De même aussi une maison hypothéquée à des créanciers, ayant été brûlée, et l'acquéreur de la place l'ayant rebâtie, elle est sujette aux hypothèques des créanciers, comme le fonds, mais il n'est obligé de la leur délaissier qu'en lui remboursant sa dépense, *quatenus pretiosior res facta est, L. 29, § 2, de pign. et hyp.* et dans la pratique l'on donne à l'acquéreur opposant, sur le prix de l'adjudication, ce que la chose a été plus vendue, à l'occasion de l'amélioration. Loys. du Déguerp. liv. 6, ch. 8, Nos. 3 et 4.

Possesseur de bonne foi n'est tenu de la perte arrivée *ante petitionem*, faute d'avoir fait les réparations nécessaires, *quia quasi suam rem neglexit, l. 31, § 3, de pet. hæred.* Il n'est pas même tenu de la perte arrivée depuis la contestation, *quia*

## [ARTICLE 417.]

*non debet temerè jus suum indefensum relinquere, l. 40, de pet. hæred. Secus in prædone. Godefr. ad dict. l. 40.*

Tout possesseur, *etiam prædo*, déduit sur la restitution des fruits, les impenses pour avoir semé, recueilli et conservé, *l. 46, de usur. et fruct., l. 36, § ult, de pet. hæred.*, même le possesseur de bonne foi qui doit rendre les fruits depuis la contestation en cause, est en droit de répéter ces impenses, quoiqu'il n'y ait aucuns fruits, *l. 37, de pet. hæred.* parcequ'elles sont nécessaires.

---

\* *Lahaie, sur art. } Portalis, exposé des motifs au Corps légis-*  
*555, C. N. } latif, 17 janvier 1804.*

Il peut arriver qu'un tiers vienne faire des plantations dans le fonds d'autrui, ou y construire un édifice. A qui appartient cet édifice ou cette plantation ? Nous supposons le tiers de bonne foi ; car s'il ne l'était pas, son procédé ne serait qu'une entreprise, un attentat. Il ne s'agirait point de peser un droit, mais de réprimer un délit.

Les divers jurisconsultes ne se sont point accordés sur cette question. Les uns ont opiné pour le propriétaire du fonds, et les autres pour l'auteur de la plantation. Il en est même qui ont voulu établir une sorte de société entre le planteur et le propriétaire foncier.

A travers les différents systèmes des auteurs, nous sommes remontés au droit romain, qui décide qu'en général tout doit céder au sol qui est immobile ; et qu'en conséquence dans la nécessité de prononcer entre le propriétaire du sol et l'auteur de la plantation, qui ne peuvent demeurer en communauté malgré eux, le propriétaire du sol doit avoir la préférence, et obtenir la propriété des choses qui ont été accidentellement réunies à son fonds.

Nous donnons au propriétaire du sol sur lequel un tiers a fait des plantations la faculté de les conserver, ou d'obliger ce tiers à rétablir les lieux dans le premier état. Dans le premier

## [ARTICLE 417.]

cas, nous soumettons le propriétaire à payer la valeur des plantations qu'il conserve et le salaire de la main-d'œuvre, sans égard à ce que le fonds même peut avoir gagné par la plantation nouvelle. Dans le second cas, le tiers planteur est obligé de rétablir les lieux à ses propres frais et dépens ; il peut même être exposé à des dommages-intérêts.

Nous décidons, par les mêmes principes, les questions relatives aux constructions de bâtiments et autres ouvrages faits par un tiers sur le terrain d'autrui. Nous avons pensé qu'on ne saurait trop avertir les citoyens des risques qu'ils courent, quand ils se permettent des entreprises contraires au droit de propriété.

Nous avons excepté de la règle générale le cas où celui qui aurait planté ou construit dans le fonds d'autrui, serait un possesseur de bonne foi qui aurait été évincé sans être condamné à la restitution des fruits et qui aurait planté ou construit pendant sa possession.

Dans ce cas, le propriétaire est tenu, ou de payer la valeur des constructions ou plantations, ou de payer une somme égale à l'augmentation de valeur que ces plantations ou constructions peuvent avoir apportée au sol.

\* *Hua.*—DE LES RETENIR. Sans considérer si oui ou non les matériaux ou plantations peuvent être enlevés, et si les lieux peuvent être remis dans leur premier état. Le tiers n'a point l'option ; il a à s'imputer son action au moins irréfléchie. Au surplus, si le propriétaire conserve les choses, celui qui les avait faites ne perd point, puisque ses dépenses lui sont remboursées.

*Attendu sa bonne foi.* D'après le membre de phrase qui précède, la bonne foi doit s'établir par un jugement, et toute autre voie pour la prouver est inadmissible.

*Delvincourt*, t. 1, note 9 de la page 181.—*Tiers de bonne foi.* Il faut entendre par là celui qui possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété, dont il ignore les vices (*Toullier*, t. 3, No. 129).

## [ARTICLE 417.]

*Dalloz*, propriété, sect. 4, art. 2, § 1, No. 6.—Le droit que donne cet article au constructeur de réclamer les constructions qu'il a faites n'est pas une créance, ni même un privilège ; c'est une véritable revendication. Il est à remarquer que le Code n'a point fixé le délai dans lequel le tiers constructeur serait tenu d'exercer sa revendication.

*A. Dalloz*, propriété, No. 168.—Si un immeuble possédé par un tiers est revendiqué par des héritiers, les impenses sont dues au tiers évincé, savoir : pour le capital par les héritiers, et pour les intérêts par l'usufruitier de cet immeuble. (*Proudhon, eod.*, No. 1881).

L'intérêt minime que semble avoir le propriétaire à demander la démolition des constructions, peut-il faire résoudre son droit à une simple indemnité ? Non. (*Dalloz*, 1823, 1re partie, p. 205).

---

\* 6 *L. C. R.*, p. 294, *Lawrence*, } Jugé. — Montréal, 12 juillet  
*App. Stuart Int.* } 1856. Qu'un défendeur qui a fait  
des améliorations permanentes et durables sur une propriété  
que l'on réclame par une action pétitoire, a droit d'être  
indemnisé pour telles améliorations jusqu'à concurrence de  
l'augmentation de la valeur de telle propriété, avant que d'être  
contraint de l'abandonner. 2o. Qu'un défendeur en possession  
des droits de *W.*, le concessionnaire originaire de la couronne,  
en vertu d'un bail pour 21 ans à compter du 18 fév. 1818, a  
droit de demeurer en possession jusqu'à l'expiration du bail  
(12 fév. 1839) ; et que le demandeur n'a droit aux profits et  
revenus de la propriété que de l'époque dernièrement men-  
tionnée, nonobstant qu'il en soit devenu propriétaire par une  
cession faite en 1835, des droits de *L.*, concessionnaire de la  
couronne, en vertu de lettres patentes de 1827. 3o. Que d'après  
la preuve, dans l'espèce, le tribunal de première instance eut  
dû ordonner une expertise pour constater la valeur des amé-  
liorations, et le montant des fruits et revenus, telles amé-  
liorations à être estimées de la date du bail, et les fruits et revenus

## [ARTICLE 417.]

du jour de l'expiration d'icelui, telle expertise constatant la valeur de la propriété, indépendamment de sa valeur en raison des améliorations.

---

\* *Ord. de 1667 tit. 27, art. 9.* } Celui qui aura été condamné de  
 } laisser la possession d'un héritage en  
 lui remboursant quelques sommes, impenses ou améliorations, ne pourra être contraint de quitter l'héritage, qu'après avoir été remboursé ; et à cet effet il sera tenu de faire liquider les espèces, impenses et améliorations dans un seul délai qui sera donné par l'arrêt ou jugement ; sinon l'autre partie sera mise en possession des lieux en donnant caution de les payer, après qu'elles auront été liquidées.

---

\* *C. N. art. 555.* } Lorsque les plantations, constructions et ouvrages  
 } ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui ; il peut même être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression des dits ouvrages, plantations et constructions ; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur.

## [ARTICLES 418 ET 419.]

418. Au cas du troisième alinéa de l'article précédent, si les améliorations faites par le possesseur sont tellement considérables et dispendieuses que le propriétaire du fonds ne puisse les rembourser, il lui est permis, d'après les circonstances, à la discrétion du tribunal, de forcer le tiers à retenir le terrain en en payant la valeur suivant estimation.

418. In the case of the third paragraph of the preceding article, if the improvements made by the possessor be so extensive and costly that the owner of the land cannot pay for them, he may according to the circumstances and to the discretion of the court, compel the possessor to keep the property, and to pay the estimated value of it.

Voyez autorités sous art. 416, 417.

419. Dans le cas où le tiers détenteur est tenu de restituer l'immeuble sur lequel il a fait des améliorations dont il a droit d'être remboursé, il lui est permis de le retenir jusqu'à ce que le remboursement soit effectué, sans préjudice au recours personnel de ce tiers pour l'obtenir, sauf le cas de délaissement sur poursuite hypothécaire auquel il est spécialement pourvu au titre *Des Privilèges et Hypothèques*.

419. In case the party in possession is forced to give up the immoveable upon which he has made improvements for which he is entitled to be reimbursed, he has a right to retain the property until such reimbursement is made, without prejudice to his personal recourse to obtain repayment; saving the case of surrender in any hypothecary action, which is specially provided for in the title *Of Privileges and Hypothecs*.

Voyez autorités sous art. 416, 417.

## [ARTICLE 420.]

420. Les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière s'appellent alluvions.

Que le fleuve ou la rivière soit ou non navigable ou flottable, l'alluvion qui en procède profite au propriétaire riverain, à la charge, dans le premier cas, de laisser le marche-pied ou chemin de halage.

420. Deposits of earth and augmentations which are gradually and imperceptibly formed on land contiguous to a stream or river are called alluvion.

Whether the stream or river is or is not navigable or floatable, the alluvion which is produced becomes the property of the owner of the adjacent land, subject in the former case, to the obligation of leaving a foot-road or tow-path.

---

\* *Inst. L. II, tit. I, § 20. De rer. div.* } Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoquo temporis momento adjiciatur.

---

\* 2 *Maleville, sur art. 556, C. N.* } Cette décision est puisée dans le droit naturel, qui veut que celui qui souffre du dommage de quelqu'objet, en retire aussi l'avantage, *commodum sequi quem sequuntur incommoda*. Cependant, on avait voulu attribuer au domaine les alluvions qui se formaient sur les bords de la Garonne ; et on peut voir dans le nouveau Denisart, verbo *Alluvions*, la discussion importante qui s'éleva à ce sujet entre le Conseil d'Etat et le Parlement de Bordeaux, dont le respectable *Dudon*, procureur général, était l'organe.

Le régime féodal avait fait une autre infraction au droit naturel, en attribuant au seigneur du fief la propriété des alluvions, lorsque les champs étaient mesurés et bornés ; *Dumou-*

## [ARTICLE 420.]

*lin*, sur Paris, § *glossé* 5 ; mais cette mauvaise jurisprudence est tombée avec le régime même.

*Marchepied* : on observa sur cette expression que le Conseil avait déclaré que ce marchepied, le long des rivières navigables et flottables, était une propriété nationale ; mais cette observation n'était sans doute pas exacte : on ne trouve rien de semblable dans le Code Civil, et l'art. 7, tit. 28 de l'ordon. des eaux et forêts assujettit seulement les propriétaires à laisser un espace libre et sans arbres pour le halage, le long des rivières navigables, lequel espace doit être de trente pieds, du côté où se fait la traîne des bateaux, et de dix pieds de l'autre bord.

---

\* *Loché*, *Esp. du Code* } Suivant la définition donnée par l'article  
 p. 164 et suiv. } 556, on entend par *alluvion* les accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière. Cette définition est celle de la loi romaine. Pour que l'alluvion existe, il faut que l'accroissement ait été successif et imperceptible : ces deux conditions sont absolument indispensables. La nature, par une opération si lente, semble s'être complue à gratifier les fonds riverains de ce supplément de richesse.....

Le Code termine la grande question des alluvions.

Les principes de la féodalité avaient obscurci cette matière.

P. 168. Le système féodal ayant disparu, à l'époque où l'on rédigea le Code Napoléon, il ne pouvait plus y avoir d'obstacle au droit des riverains.

Dira-t-on que les fleuves et les rivières navigables sont des objets qui appartiennent au droit public et des gens, et qu'ainsi les alluvions produites par ces fleuves et par ces rivières, ne peuvent devenir la matière d'une propriété privée ?

Nous répondrons, avec *Dumoulin*, que les propriétés privées ne peuvent certainement s'accroître dans des choses dont l'usage doit demeurer essentiellement public ; mais que toutes

## [ARTICLE 420.]

celles qui sont susceptibles de possession et de domaine, quoiqu'elles soient produites par d'autres qui sont régies par le droit public, peuvent devenir des propriétés privées et le deviennent en effet, comme les *alluvions* qui sont produites par les fleuves et les rivières navigables, et qui sont susceptibles par elles-mêmes d'être possédées par des particuliers, à l'instar de tous les autres héritages.

Le Code a donc rétabli les propriétaires riverains dans l'exercice de leurs droits naturels. Ils profiteront de l'alluvion formée par le plus grand fleuve, comme de celle qui l'est par la plus petite rivière.

On les a seulement soumis, relativement aux fleuves et rivières navigables, à laisser libre l'espace de terrain suffisant pour ne pas nuire aux usages publics. C'est-à-dire, à se conformer aux règlements qui établissent le marchepied ou chemin de halage. Ces règlements sont fondés sur des motifs évidents d'utilité générale ; car, s'ils n'existaient pas, il serait impossible de faire le service du fleuve ou de la rivière.

---

\* *I Duperrier Liv. 2, } Et puis si l'alluvion n'acquerrait pas au*  
*quest. 3, p. 143. } propriétaire du champ limité, ce qu'elle y*  
ajoute insensiblement, à qui pourrait-il appartenir avec apparence de raison ? Car quand la Loi I. § 6, *ff. de fluminibus*, l'attribue au premier occupant, comme à l'exclusion des possesseurs du champ limité, elle parle d'une île entière que le changement du fleuve a formée, et qui peut être commodément acquise et possédée par le premier qui s'en empare ; mais il n'en est pas ainsi de ces accroissements imperceptibles, qui sont causés insensiblement par l'alluvion qui les unit, et les confond avec les champs contigus ; car, comme cet accroissement se fait imperceptiblement, il ne serait pas possible de savoir avec certitude ce que le premier possesseur aurait droit d'y prendre, si ce n'est qu'après une longue suite de temps, il prit tout ce qui se trouverait par-dessus les bornes anciennes ; et ainsi il faudrait ôter au maître du champ augmenté ce

## [ARTICLE 420.]

qu'il aurait possédé, et par conséquent préoccupé lui-même durant un long temps ; en sorte qu'au lieu de le donner au premier occupant, on le lui ôterait, pour le donner au dernier contre l'intention de la Loi.

---

\* 2 *Edits. et ord.* } Ordonnance du Conseil Supérieur au sujet  
 p. 24. } des clôtures sur le bord du fleuve Saint-Laurent, du 13 mai, 1665.

Sur ce qui a été remontré par le procureur-général du Roi, qu'il est nécessaire de pourvoir aux chemins et ordonner des clôtures au-dessus des marées, requérant pour cet effet que les clôtures qui sont faites le long des dites marées, soient mises et apposées à deux perches au-dessus des plus hautes marées pour être les chemins libres tant pour la navigation que pour les bestiaux et charrois.

Le conseil a ordonné à toutes personnes qui ont et auront des clôtures à faire sur le bord du fleuve, de les mettre en sorte qu'il reste deux perches libres au-dessus des plus hautes marées, pour la liberté tant du passage des charrettes et bestiaux, que de la navigation ; enjoint à toutes personnes de reformer celles qui sont plus basses que les dites deux perches, et ce, à peine de tous dépens, dommages et intérêts et même d'amende, lorsque le cas le requerra, faute de satisfaire ; pourquoi, permis à toutes personnes de rompre et ôter celles qui ne seront pas conformes au présent arrêt, qui sera lu, publié et affiché, etc.

---

\* 1 *Bacquet, (Œuvres) Droits de justice, ch. 30, No. 8. p. 440.* } Si l'atterrissement fait par  
 } alluvion n'est au dedans des  
 fleuves publics et rivières navigables, ains hors icelles, *incrementum alluvione factum non sit in alveo fluminis, sed ultra alveum*, il appartiendra à celui, à l'héritage duquel accroissement aura été fait, pour en jouir en même droit que de son héritage, comme faisant partie d'icelui.

## [ARTICLE 420.]

\* 1 *Molinæi opera*, Tit. 1, *De fiefs*, } Sed ultimo quæro quid de  
 glos, 5, N. 115, p. 90. } augmento extrinseco, quod  
 in unitatem ejusdem rei, et sub eâdem causâ, et qualitate  
 unitur, ut de adjecto per alluvionem, vel etiam subito fluminis  
 impetu, postquâ tamen coaluit : et dicitur in § *præterea Institut.*  
*de rer. div. et in l. adco*, § 1 et 2, *de acquir. rer. dom.* Resolutivè  
 procedendo, dico accrescere et cedere fundo.

\* *Lacombe*, vo. } N. 1. La non-apparente est une augmentation  
*alluvion.* } qui se fait insensiblement et par un long  
 temps, § 20, *Inst. de rer. divis.*, appartient aux propriétaires de  
 l'héritage, *dict.* § 20 et fait un même corps, *Godefr. ad leg.* 3,  
*C. de alluvion.*

\* 18 *Isambert*, *Ordon. des Eaux et Forêts*, } Les propriétaires  
 août 1669, tit. 28, art. 7, *Louis XIV.* } des héritages abou-  
 tissant aux rivières navigables, laisseront le long des bords  
 vingt-quatre pieds au moins de place en largeur pour chemin  
 royal et trait de chevaux, sans qu'ils puissent planter arbres,  
 ni tenir clôtures ou haies plus près que trente pieds du côté que  
 les bateaux se tirent, et dix pieds de l'autre bord, à peine de  
 cinq cents livres d'amende, confiscation des arbres, et d'être  
 les contrevenants contraints à réparer et remettre les chemins  
 en état à leurs frais.

\* *Bousquet*, *vs. accession*, } L'alluvion n'étant qu'un acces-  
 sur art. 556 C. N. } soire du fonds auquel elle s'est  
 réunie, est soumise aux mêmes conditions que ce fonds ; ainsi  
 l'usufruitier à le droit d'en jouir, et l'acquéreur à réméré en  
 profite jusqu'à l'exercice de la faculté de rachat..... D'après  
 notre droit actuel, l'alluvion profite au propriétaire riverain,  
 soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière ; il n'y a d'ex-  
 ception qu'en ce qui concerne les relais de la mer, lesquels  
 appartiennent à l'Etat.

## [ARTICLE 420.]

*Sirey et Gilbert sur* } 1. Quelle est la loi qui doit régir le droit  
*art. 556, C. N.* } d'alluvion? Est-ce la loi en vigueur à  
 l'époque où les atterrissements ont commencé à se former;  
 ou la loi existante lorsque les atterrissements ont paru? Arg.  
 dans le premier sens.—9 janv. 1829, Toulouse. [S. 29. 2. 190; C.  
 N. 9.—D. P. 29. 2. 205.]

2. Pour qu'un atterrissement ait le caractère d'une alluvion, il suffit qu'il se soit *formé sous l'eau* successivement et imperceptiblement; peu importe d'ailleurs que son *apparition* ait été *subite* et la suite d'une inondation: la *marche successive* et *imperceptible* nécessaire à la constitution de l'alluvion, ne se rapporte qu'à la *formation* et non à l'*apparition* de l'atterrissement.—25 juin 1827, Cass. [S. 27. 1. 402; C. N. s.—D. P. 27. 1. 282.] —*Sic*, Hennequin, *Traité de législ.*, t. 1er., p. 286; Ph. Dupin, *Encyclop. de dr.*, Vo. *Alluvion*, No. 26.—V. No. 6.

3. Un banc de sable formé dans le lit d'une rivière navigable, mais couvert par les eaux de cette rivière pendant plusieurs mois de l'année, ne peut être considéré comme une alluvion qui appartienne, par droit d'accession, au propriétaire riverain. Le banc de sable doit être réputé faire partie du lit de la rivière, et comme tel il appartient au domaine.—2 juill. 1831, Paris. [S. V. 32. 2. 142.—D. P. 31. 2. 252.] *Sic*, Daviel, *Cours d'eau*, t. 1er., No. 130; Proudhon, *Dom. pub.*, t. 3, No. 741; Hennequin, *loc. cit.* V. aussi arrêt du conseil du 18 août 1807, [S. 16. 2. 283.]

4. Il en est de même des atterrissements formés dans le lit d'une rivière navigable, mais couverts par les eaux lorsqu'elles sont à la hauteur moyenne nécessaire pour la navigation.—27 mai 1839, Bourges. [S. V. 40. 2. 29.—P. 40. 2. 466.]

5. *Id.* Lorsqu'une rivière porte ses eaux tantôt d'un côté tantôt de l'autre, les terrains découverts momentanément ne peuvent être considérés comme une alluvion, alors surtout que, à raison du voisinage de la mer, ils se trouvent entièrement submergés à l'époque des grandes marées.—26 fév. 1840, Caen. [S. V. 40. 2. 197.—D. P. 41. 2. 19.—P. 41. 1. 149.] V. cependant Proudhon, No. 717, et Daviel, No. 131.

# SOMMAIRE.

- I. ÉTUDE DE L'ARTICLE 599 DU CODE CIVIL ABROGEANT  
LA LOI DES PROPRES DE SUCCESSION, (*suite*).....L'HON. JUGE LORANGÈR.
- II. QUESTION NOTABLE D'USUFRUIT ET DE DÉCRET JUDI-  
CIAIRE .....LA RÉDACTION.
- III. COMMENTAIRE SUR LE CODE CIVIL, TITRE DU MA-  
RIAGE.. .....L'HON. JUGE LORANGÈR.
- IV. CONTINUATION DE LA 3<sup>ME</sup> LIVRAISON DU 3<sup>ME</sup> VOL.  
BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL.....M. CHS. C. DE LORIMIER.

NATIONAL LIBRARY  
NATIONAL PRESSE  
Le Code Municipal de la Province de Québec,  
BIBLIOTHÈQUE NATIONALE  
TEL QU'EN FORCE LE PREMIER JANVIER 1879,

PRÉPARÉ PAR

E. LEF. DE BELLEFEUILLE,  
AVOCAT.

---

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

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

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

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

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

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

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

MONTREAL, 4 FÉVRIER 1879.

EUSÈBE SENÉCAL, IMPRIMEUR,

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