

K/51/6  
C

Vol. I.

DECEMBRE 1879.

No. 11.

# LA THEMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

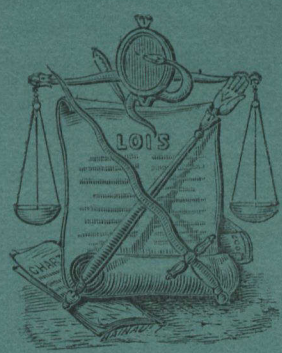
PUBLICATION MENSUELLE DE 128 PAGES PAR LIVRAISON

RÉDIGÉE PAR

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

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

Tous droit de Traduction et de Reproduction réservés.



Montréal :

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



# LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

PARAIT CHAQUE MOIS PAR LIVRAISON DE 128 PAGES.

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

*La Thémis* commence par donner deux grands ouvrages : les Commentaires de l'Hon. Juge Loranger sur le Code Civil, et la continuation de la *Bibliothèque du Code Civil du Bas-Canada*, ouvrage commencé par MM. Chs. C. De Lorimier et Chs. A. Vilbon, et qui sera continué par M. Chs. C. DE LORIMIER, seul.

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

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

Les personnes qui voudront avoir le 1er volume du *Commentaire sur le Code Civil*, par l'Hon. Juge Loranger, ou la partie déjà publiée de la *Bibliothèque du Code Civil*, par Chs. C. De Lorimier et Chs. A. Vilbon, ou aucune des livraisons, pourront s'adresser à l'Éditeur Eusèbe Sénécal.

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

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

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

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

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

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

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 SÉNÉCAL,

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.

CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.

B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.

EDOUARD A BEAUDRY, Notaire.

E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.

JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I.

DECEMBRE 1879.

No. 11.

## DU MARIAGE ET DU DIVORCE

Dans une cause de Bergevin dit Langevin, dont le jugement en nullité a été prononcé le 23 janvier 1872, l'hon. Juge Berthelot s'est aussi appuyé sur la nullité du sacrement déclaré par l'autorité ecclésiastique pour juger sur la nullité du mariage civil.

Une cause de Laramée vs. Laramée, où l'on demande à référer la question à l'Evêque du Diocèse, est maintenant en délibéré devant l'hon. Juge Papineau.

Ici se soulève la question de savoir si l'Ordinaire ou l'Evêque du Diocèse peut agir comme official, n'ayant pas d'officialité établie en Canada.

Cette question est de la plus haute importance ; aussi sommes-nous qu'elle doit être traitée par une plume autorisée. Nous ne doutons pas que l'hon. Juge Loranger, qui, dans ses commentaires sur le Code Civil, ne manquera pas de traiter à fond les questions majeures, jettera sur ce point la lumière qu'il a su répandre dans les pages déjà publiées dans *La Thémis*.

Nous n'en dirons ici que quelques mots. Le principe que la connaissance et la décision des causes spirituelles appartiennent de droit à la puissance ecclésiastique et surtout des questions de mariage quant à sa validité ou invalidité, ne peut souffrir aucune difficulté. Les évêques dans les premiers siècles étaient des arbitres charitables dans la plupart des contestations qui s'élevaient entre leurs diocésains. La sagesse de leurs jugements leur concilièrent la plus grande vénération ; les empereurs chrétiens, les autres princes les favorisèrent de tout leur pouvoir ; ils en appuyèrent l'exécution de toute leur autorité. L'Eglise acquit ainsi des tribunaux avec l'appareil et les formes judiciaires. Les Evêques, chacun dans son diocèse, en étaient les Présidents, et même les seuls Juges. Guyot, Vo. Official, p. 355.

Le droit qu'ont les Prélats d'établir un ou plusieurs officiaux pour l'exercice de leur juridiction contentieuse, est aussi incontestable. Mais partout où ils ont continué à agir eux-même comme juges, et à tenir par eux-même leurs officialités, leur droit a été maintenu toutes les fois qu'il a été contesté. Arrêt du Parlement de Paris en 1693, sur les conclusions de M. d'Aguesseau, et arrêt du Parlement de Flandre cités par Guyot, loc. cit.

Peut on dire ici que les Evêques ne se soient pas maintenus dans la possession de siéger par eux-mêmes, quand les tribunaux, dans les causes que nous avons citées, ont reconnu ce droit ?

Et cette manière de voir n'est-elle pas conforme à la raison ? En effet, même ceux qui soutiennent que l'exercice de ce droit est abusif, admettent que les Prélats ont le droit d'établir un ou plusieurs officiaux pour l'exercice de leur juridiction contentieuse, et tout ce qu'ils prétendent, c'est que ces Prélats sont obligés, non-seulement d'avoir des officialités, mais d'y établir des officiaux.

Si donc ils peuvent déléguer ce pouvoir à des officiaux, il est logique de dire qu'ils peuvent l'exercer eux-mêmes, et que ce droit, qu'ils peuvent déléguer, existe en eux. Il n'y aurait

done qu'une législation compétente qui aurait pu leur ravir ce droit. Mais où est elle ?

Que l'autorité religieuse soit celle qui ait juridiction en ces matières, c'est d'ailleurs ce qu'a reconnu l'art. 129 de notre Code Civil, ce qu'avaient reconnu nos statuts, et ce que consacre l'ancien droit français, comme le droit commun anglais, avant une époque assez récente.

Sans discuter ici la question de savoir quelle est l'Eglise qui doit renfermer la vérité et les droits qui en découlent ; sans s'occuper quelle est l'Eglise à qui a été donné le pouvoir d'*enseigner toutes les nations*, il résulte de ce que nous venons de dire, que les lois des Eglises reconnues par l'Etat doivent prévaloir relativement au mariage de leurs co-religionnaires, sur les lois de l'Etat, lequel peut bien ajouter des conditions au mariage pour lui donner des effets civils, comme nous le verrons à l'article suivant, mais non en retrancher ; de même que l'Etat ne peut pas retrancher au droit naturel les conditions essentielles pour être membre d'une famille, mais bien en ajouter pour être citoyen ; de même encore il ne peut rien changer au droit divin, pour être d'une religion, mais il peut bien ajouter des conditions pour que ce membre d'une certaine religion jouisse des droits de l'Etat. Voilà pourquoi le Saint-Père Pie XI a condamné la proposition suivante :

“ L'Eglise n'a pas le pouvoir d'établir des empêchements dirimants au mariage ; mais ce pouvoir appartient à l'autorité séculière, par laquelle les empêchements existants peuvent être levés. (Syllabus 68).

Il n'y a pas que nous qui désirons cet état de chose, les gouvernements protestants cherchent aussi à s'assurer le concours de la religion et reconnaissent, dans les différentes communions chrétiennes, la nécessité de la célébration du mariage ecclésiastique.

En 1852 (séance du 21 avril) la Prusse rejeta la proposition d'établir le mariage civil comme loi commune du pays. On a tenu la même conduite à Hambourg, où l'on a décidé, il n'y a pas longtemps, que le mariage, entre chrétiens, ne pouvait être tenu pour valide, qu'après avoir été célébré selon le rite

ecclésiastique. Et dans le canton de Neufchatel, où le mariage civil a été admis, la majorité des protestants s'en est montré fort affligée.

Aussi ne savons-nous pas comment notre ami, M. Girouard, a pu rédiger son projet de loi concernant le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, pour le faire accueillir avec faveur par la Chambre des Communes du Canada, qui nous semble avoir empiéter par-là et sur l'autorité religieuse et sur les attributions de la législature locale.

Et quelle serait la conséquence du mariage abandonné au libre arbitre des individus ?

Si le mariage est altéré dans sa nature les mœurs publiques se dépravent infailliblement. Si le mariage est laissé au caprice des individus, s'il n'est pas soumis à une autorité supérieure qui le régisse, il est radicalement impossible qu'il ne s'altère pas.

Le mariage est la source permanente d'où sort et se propage la population, et les rameaux qui en sortent ne seront pas doués des qualités qui manquent à la tige. Et à moins d'une sévère éducation les enfants suivront la conduite de leurs parents et se pervertiront davantage.

“ Ainsi, dit Maréchal, la licence individuelle introduisant la dépravation dans le mariage, telle fut la source première d'où s'épancha cette fange qui convertit la terre en un immense cloaque. Cela posé, si les colonnes de la prospérité et de la splendeur des nations reposent sur les mœurs des peuples ; si les mœurs des peuples sont moulées sur les habitudes de la famille : si les habitudes de la famille sont pures ou dépravées d'après les conditions où se trouve le mariage ; si tout cela est vrai, chacun comprendra combien il importe à la société de maintenir pur et sans tache le principe fondamental de toute moralité publique, et d'en écarter non-seulement toute corruption, mais tout ce qui menacerait le moins du monde d'y apporter atteinte.”

“ Or, le mariage se dégradera inévitablement, s'il n'a pour sauvegarde que la sollicitude individuelle.

“ L'individu, être mobile et passager, n'est fait pour assurer

l'intégrité ni l'immutabilité à quoi que ce soit sur la terre. Tout ce qu'on voudra faire dépendra uniquement de lui, portera l'empreinte de son imperfection, de ses variations. Il n'est rien de si vénérable ni de si sacré qu'il ne parvienne, même malgré lui, à profaner et à corrompre. Témoin la religion et le culte divin qui, sous le paganisme tombèrent si vite dans une dégradation générale. Le même fait se renouvelle aujourd'hui chez les peuples hérétiques, où l'on comptera désormais autant d'opinions religieuses que de têtes. Cette considération acquiert une force toute nouvelle, lorsqu'on l'applique au mariage, par suite de la nature délicate de cette institution et de la fragile condition où l'homme se trouve par l'effet de la faute originelle. Cet objet touche aux sens de très-près, éveille, trouble et enflamme les sentiments avec une ardeur incroyable, se mêle et s'allie fortement à toutes les passions humaines. A quels dangers ne sera pas exposée cette institution, à quel degré d'avilissement ne descendra-t-elle pas infailliblement si elle n'est soutenue sans relâche par une main vigoureuse, si elle n'est réglée par les lois supérieures, qui vivent et agissent dans un principe d'ordre permanent."

" C'est dans l'individu que les passions subsistent et travaillent, l'homme déchu de l'innocence primitive a perdu l'énergie de sa nature, il est soumis à l'empire de la concupiscence, qui l'emporte souvent chez lui sur la raison. Considérez les passions, les infirmités et les faiblesses de l'homme, et dites si, par lui-même, il est capable de maintenir, dans sa stabilité et sa pureté, un établissement qui exige les efforts les plus puissants et les plus persévérants pour triompher de tout ce qu'il y a de plus indocile, de plus impétueux et de plus rebelle dans la nature ? Pour admettre la possibilité d'un pareil prodige il faudrait ignorer complètement la condition de l'homme, et supposer que sa nature n'a été lésée en rien par la faute du premier père."

Si l'on jette un regard dans l'histoire, cette grande institutrice des peuples, nous voyons qu'elle confirme ce que la religion nous enseigne ; ouvrons l'Écriture, et nous y voyons que l'homme s'est plongé dans la chair et qu'il s'est rendu complè-

tement incapable de participer encore à l'esprit de Dieu : *Non permanebit spiritus meus in homine, quia caro est.* La malice des hommes s'est accrue au point que toutes les pensées sont constamment tournées vers le mal. *Videus Deus quod multa malitia hominum esset ad malum omni tempore.* Toute la terre est corrompue devant Dieu ; elle est pleine, elle est surchargée d'iniquités ; plus rien qui ne soit souillé : *Corrupta est terra coram Domino, et repleta est iniquitate... omnis caro corruperat viam suam.* (Gen. VI).

Aussi est-ce à la vue de tant d'iniquité que Dieu dit : Je me repens d'avoir fait l'homme : *Pœnitel me facesse eos.*

L'Écriture nous apprend elle-même et nous fait connaître la cause de cette dégradation : le genre humain s'était multiplié sur la terre, et les enfants de Dieu, (ainsi s'appelaient les pieux descendants de Seth) ne consultant que leurs passions, et voyant que les filles des hommes (c'est le nom qu'on donnait à la race impie de Caïn) étaient belles, choisissaient des femmes parmi elles : *Cunque cœpissent homines multiplicari super terram et filias procreassent, videntes filii Dei filias hominum quod essent pulchræ, acceperunt sibi uxores ex omnibus quas elegerant* (Gen. VI).

Les Grecs se contentèrent d'une seule femme tant que dura l'austérité de leurs mœurs ; mais à peine eurent-ils fait quelques progrès dans la civilisation qu'ils s'embourbèrent dans la fange. Philippe et d'autres rois avaient, sinon plusieurs femmes, du moins des concubines légales. Alexandre-le-Grand était déjà marié lorsqu'il épousa la fille de Darius, roi des Perses ; il en était de même de plusieurs de ses officiers, auxquels il fit épouser les filles les plus illustres, du pays conquis. Athènes aussi frappée du vide que la peste et la guerre avaient fait dans la ville, et désirant la repeupler, établit une loi qui permettait d'avoir plusieurs femmes. Socrate même voulut se conformer au décret, et ce sage si vanté ne recula point devant un double mariage. (Voy. Diagène Leërce, Vie de Socrate).

Nous ne rapporterons que ces faits, laissant à supposer quelles ont dû être les conséquences d'exemples si élevés.

A Rome, tant que la religion a gardé les mœurs publiques,



pendant les cinq premiers siècles de la République, aucun citoyen n'osa se permettre de répudier son épouse. Rome, dit Montesquieu, était un vaisseau tenu par deux ancres dans la tempête. la religion et les mœurs. (Esprit des lois, liv. III, ch. 13).

Mais quand la confarréation eut fait place à la diffaréation et qu'on eut remplacé le mariage religieux par le mariage civil, on put juger de quel faible secours sont les lois civiles sur le mariage quand elles ont perdu l'appui des lois religieuses. (Voyez de l'influence du Christianisme sur le droit civil Romain par Troplong). Lisez aussi Bélouino, " De la femme dans l'antiquité," pour connaître le précipice dans lequel on l'avait poussée.

Nous voudrions que l'espace et le temps nous permissent de nous transporter en Amérique, lors de la découverte de ce vaste continent, où le sort de la femme était celui de l'antiquité. Qu'on étudie la famille dans l'Océanie, l'Australie, en Afrique, en Egypte, dans les Indes, en Chine, au Japon, en Tartarie, en Perse et en Turquie, et l'on verra, en suivant dans les annales de la Propagation de la Foi, les rapports des missionnaires et des voyageurs, où en sont les mœurs non gardées par la sainteté du mariage. (Lisez Gaume : " De la famille.")

Transportons-nous en Europe. Après que Luther eut ôté au mariage chrétien son sublime caractère de sainteté et de haute moralité, il ne craignit pas de dire : " Il n'y a pas dans les lettres saintes le plus petit mot contre ceux qui prennent plusieurs femmes à la fois ; mais il y a beaucoup de choses qui sont permises et qu'on ne saurait déceimment pratiquer : la bigamie est de ce nombre." Et c'est pour cela que ce chef d'une nouvelle religion permit à Philippe, landgrave de Hesse, d'avoir deux femmes à la fois.

Henri VIII ne tarda pas à profiter des exemples prêchés et suivis par les principaux chefs de la Réforme : Munzer, Carlstadt, etc., etc.

Hâtons-nous d'ajouter que la société protestante et les mœurs publiques opposaient encore une digue au torrent qui menaçait de tout emporter.

“ Bientôt, dit Balmès, cette doctrine, si douce pour le cœur humain, se répandit, et de nombreux commentateurs ont écrit les choses les plus immorales, qui surpassaient ce qu’avaient écrit les philosophes païens. Collius, Bolmbrok, Tindal, Tous-saint, Bayle, Voltaire, Rousseau et tant d’autres ont justifié les mariages clandestins ; ils ont avancé que le concubinage n’a rien de répréhensible, pourvu qu’il soit durable, qu’une union formée par le penchant du cœur est plus pure, plus sainte, plus estimable que celle qui n’est affermie que par la nécessité ; quelques-uns même désiraient que les femmes fussent communes ; enfin, d’autres ont pensé que la polygamie est une affaire de calcul.”

“ Bientôt ces théories passées dans les mœurs s’inscrivirent dans les codes. Mais vainement les gouvernements protestants entourent le divorce de difficultés, les passions ont su renverser ces faibles barrières et déchirer le contrat auguste qu’ils avaient appris à mépriser.”

“ Or, dit Maréchal, si la licence individuelle, quoiqu’elle n’ait jamais été complètement libre, n’a pu produire que la plus profonde dégradation, qui peut dire que les pouvoirs temporels soient suffisants à en réprimer les abus ? En enlevant au mariage sa base religieuse, la société se trouve obligée d’usurper des droits qui ne lui appartiennent pas, ou d’abandonner les mœurs publiques à une ruine certaine. Si le gouvernement civil prétend soumettre à ses lois le mariage considéré en lui-même et dans ses conditions intrinsèques, c’est un mal ; s’il abandonne cette affaire si importante à la mobile volonté des individus, c’est un autre mal non moins grand. Dans le premier cas, il y a usurpation des droits d’autrui, parce que le mariage, qui considéré en lui-même, appartient au triple domaine de l’individu, de la famille et de la religion, est antérieur, dès sa nature, à tous les rapports susceptibles d’être régis par les lois de l’Etat. Dans le second cas, on laisse périr les mœurs publiques, parce que le mariage en est la source première, et que les individus, par eux-mêmes, ne sauraient la préserver longtemps d’une complète dégradation.”

La lettre encyclique de Notre Saint Père le Pape Léon

XIII, publiée depuis que ces pages sont écrites, jette un grand lustre sur toute cette question et confirme la théorie adoptée par les auteurs que nous avons cités.

Nous avons surabondamment prouvé que le mariage est du domaine de la religion et comme tel sujet à ses lois ; que l'Eglise, en effet, s'est toujours crue autorisée à faire des lois relativement à cette matière. C'est d'ailleurs ce qu'ont reconnu nos législateurs, qui, à l'art. 127 du Code Civil disent, après avoir reconnu les empêchements communs à toutes les églises que " les autres empêchements admis dans les différentes croyances religieuses, restent soumis aux règles suivies dans les diverses églises."

Voyons maintenant quel est le pouvoir de l'Etat sur le mariage, reconnu par l'Eglise. Après quoi nous examinerons quelles sont les lois qui étaient en force en France avant la cession et depuis la cession, relativement au mariage.

*La Puissance séculière a le pouvoir de faire des lois pour régler les effets civils du mariage.*

Dieu a donné à l'autorité temporelle le moyen de veiller à la sainteté du contrat conjugal, sans sortir de ses attributions et sans violer les droits des personnes. Cette organisation divine, qui semble le plus lier les mains au pouvoir civil en cette matière est la seule qui les lui délie véritablement, en le mettant en état de pouvoir veiller, lui aussi, en ce qui le concerne, à la sainteté du mariage contre les abus de la licence individuelle et protéger ainsi les mœurs publiques.

Pour atteindre ce but il n'a qu'à accepter les lois émanées de l'Eglise, les appuyer de sa sanction, les faire observer par les citoyens.

" Il n'y a pas de doute, dit Mazarelli, que le chef de l'état peut ajouter au contrat matrimonial certaines formalités en dehors desquelles ce contrat soit considéré comme nul pour les effets civils."

Les théologiens accordent au pouvoir civil le droit de régler les effets civils du mariage à la suite de Saint Thomas qui dit : *ib. 4. sentent. dist. 34, 91 art. 1. in resp. ad. 4 : Matrimonium*

*in quantum est in officium naturæ statuitur jure naturæ; in quantum est in officium communitates, statuitur jure civili; in quantum est sacramentum, statuitur jure divina. Et ideo ex qualibet dictarum legum potest persona effici ad matrimonium illegitima.*

Il répète à peu près la même chose au liv. 3 *Contra gentiles*. Cap. 78.

Je vous accorde, dit le Rév. P. Braun, que celui qui contracte sans les formalités civiles sera une personne incapable de jouir des effets civils du mariage; mais elle ne sera pas pour cela seul incapable du contrat sacré qui est la matière du sacrement de mariage. En voici la raison, d'après Saint Thomas: *Dicendum quod matrimonium non tantum est sacramentum, sed etiam est in officium. Et ideo magis subjacet ordinationi ministrorum Ecclesiæ, quiam Baptismus, qui est sacramentum tantum: quia sicut contractus et officia humana determinantur legibus humanis, ita contractus et officia spiritualia lege Ecclesiæ. Dist. 40, quest. unic. art. 4, ad 2.*

“ N'est-ce pas dire en termes équivalents que le contrat matrimonial est régi par les lois de l'Eglise parce qu'il est un contrat spirituel *in ordine ad sacramentum*. Que le pouvoir civil conserve donc son autorité; personne ne la lui ravit. Qu'il déclare nul un contrat stipulé sans les formalités qu'il a prescrites, ce contrat sera-t-il nul? Oui, qui le nie! Il n'aura aucune valeur; mais remarquez-le bien, il n'aura aucune valeur au for civil. Et qu'est-ce à dire qu'il n'aura aucune valeur au for civil? Cela signifie qu'il ne donnera aux contractants, dans la société civile, aucune action légitime, parce que tel est uniquement le résultat de la nullité d'un contrat civil. Mais si l'Eglise juge que ce même contrat est valide au for de la conscience *in ordine ad sacramentum*, il sera matière valide du sacrement, et le mariage sera indissoluble aux yeux de l'Eglise. Et pourquoi? Parce que ce n'est pas le contrat civil; mais le contrat naturel, divin spirituel, ecclésiastique, qui est la matière du sacrement de mariage; et ce sont les lois de l'Eglise qui régissent les contrats et offices spirituels. *Determinatur contractus et officia spiri-*

*tualia lege Ecclesiæ. Prohibitio legis humanæ non sufficeret ad impedimentum matrimonii, nisi interveniret Ecclesiæ auctoritas, quæ idem etiam interdicit. S. Th. in. 4, dist. 42, 9, 11, art. 2, ad 4.*

Telle est la doctrine de l'Eglise Catholique. Saint Thomas, Bellarmin, le Cardinal Gotti, le Cardinal Gerdil, Pontius et plusieurs autres nommés par Gonzalez, ont exposé et défendu cette doctrine.

“ Que César, dit Pie IX, gardant ce qui est à César, laisse à l'Eglise ce qui est à l'Eglise.

“ Que le pouvoir civil dispose des effets civils qui dérivent du mariage même ; mais qu'il laisse à l'Eglise la validité du mariage entre chrétiens. Que la loi civile prenne pour point de départ la validité ou l'invalidité du mariage comme l'Eglise les détermine, et partant de ce fait qu'elle ne peut constituer, cela étant hors de sa sphère, qu'elle en règle les effets civils.”

“ Mais, dit Pothier, lorsque le prince, pour entretenir le concert qui doit être entre le sacerdoce et l'empire, a adopté et fait recevoir dans les Etats, les canons qui établissent les empêchements au mariage, l'approbation que le Prince donne, prive des effets civils, les mariages entachés d'empêchements dirimants.”

“ Les gouvernements, dit Sainte Foy, (Théologie à l'usage des gens du monde) peuvent régler et déterminer les conventions matrimoniales dont l'objet est purement civil, et prescrire certaines conditions dont l'absence les rend nulles, quant aux effets civils qui peuvent en résulter. De cette manière, chaque puissance est renfermée dans ses véritables limites : le sacrement (qui renferme le contrat naturel) appartient à l'Eglise, le contrat qui règle les droits civils des époux et de leurs enfants appartient à l'Etat, et l'harmonie, si nécessaire à la conservation et au développement des sociétés, est suffisamment garantie et entretenue.”

C'est ce qui se pratiquait dans la France, lorsqu'elle nous donna ses lois et cette doctrine a été consacrée par notre jurisprudence et par nos législateurs.

Ici nous devons remarquer que si la minorité protestante,

dans la confection de nos lois, a été protégée par la majorité catholique, nous ne voyons pas pourquoi, en parlement, la minorité catholique ne serait pas protégée dans ses droits les plus chers et sauvegardés par les traités.

Nous avons, croyons-nous, suffisamment prouvé que le gouvernement civil a pouvoir sur ce qui est extrinsèque au mariage et sur ce qui regarde les effets civils.

Et on ne peut certes pas dire que l'Eglise ne se soumet pas aux conditions que lui impose l'Etat. Comme fonctionnaires civils les ministres du culte se font un devoir de se conformer aux prescriptions de la loi aussitôt qu'elle leur est connue.

#### *De l'indissolubilité du mariage.*

Il n'entre pas dans notre cadre d'examiner toutes les lois concernant le mariage. Il suffit de dire qu'elles sont en harmonie avec les principes que nous avons émis. Nous nous bornerons à les faire connaître relativement à l'indissolubilité du mariage.

Les Pharisiens demandant un jour à Jésus-Christ s'il était permis à un homme de renvoyer sa femme, pour quelque cause que ce soit, Notre-Seigneur leur répondit :

*“ N'avez-vous pas lu que celui qui a créé l'homme au commencement créa un homme et une femme, et qu'il dit : Pour cette raison, l'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à sa femme ; et ils seront deux dans une seule chair ? ainsi ils ne sont plus deux mais une seule chair.*

“ Notre-Seigneur, dit le Concile de Trente, nous a clairement enseigné que, par le lien du mariage, deux personnes seulement sont unies, lorsque, rapportant ces dernières paroles : *l'homme quittera son père et sa mère*, comme prononcées par Dieu lui-même, il a dit : *Donc ils ne sont plus deux, mais une seule chair.*”

Cependant les Juifs n'étant point satisfaits, lui dirent : *Pourquoi donc Moïse a-t-il ordonné de donner un libelle de répudiation de renvoyer sa femme.* Et Jésus répond : *C'est à cause de la dureté de votre cœur, qu'il vous a permis de renvoyer vos femmes ; mais il n'en était pas de même dès le commencement-*



*Or, je vous dis que quiconque renvoie sa femme et en épouse une autre se rend coupable d'adultère.*

Suivant St. Ambroise : “ Du vivant de votre première femme, il ne vous est pas permis d'en épouser une autre, car en chercher une seconde, quand vous en avez déjà une, c'est commettre un adultère.”

Saint Jérôme expliquant le chapitre XIX de Saint Matthieu, dit que “ le mari peut renvoyer sa femme qui est coupable d'adultère, mais qu'il lui est défendu, tant qu'il vivra, d'en épouser une autre.”

Voici l'enseignement de Saint Thomas : “ Puis donc que l'union du mari et de la femme représente l'union de Jésus-Christ et de l'Eglise, la figure doit répondre à la chose figurée. Or, l'union de Jésus-Christ et de l'Eglise est entre un seul et une seule qu'il doit posséder toujours ; car il n'y a qu'une seule Eglise, selon qu'il est écrit : *Une seule est ma colombe et ma parfaite* ; et Jésus ne sera jamais séparé de son Eglise ; car il dit lui-même : *Voici que je suis avec vous tous les jours, jusqu'à la consommation des siècles* ; et nous lisons encore : *Toujours nous serons avec le Seigneur.*

Le Mariage, en tant qu'il est un sacrement, doit donc exister entre un seul et une seule, qu'il possédera indivisiblement ; et cela entre dans le serment de fidélité, par lequel le mari et la femme se lient réciproquement.

Quand les Juifs prétendent que Moïse a ordonné de renvoyer sa femme, Jésus-Christ répond que Moïse n'a pas donné l'ordre, mais une simple permission qui ne leur faisait pas d'honneur ; il avait craint que la dureté de leur cœur ne les portât à tuer leurs femmes, qui leur seraient devenues odieuses, s'ils n'avaient pu s'en séparer.

On lit dans Saint Marc que Jésus dit aux Pharisiens et à ses disciples : “ Que l'homme ne sépare point ce que Dieu a uni..... Quiconque quitte sa femme et en épouse une autre, commet un adultère à l'égard de celle qu'il a renvoyée ; et si une femme quitte son mari et en épouse un autre, elle se rend coupable d'adultère.”

Et dans Saint Luc : “ Quiconque renvoie sa femme et en

épouse une autre, commet un adultère ; et quiconque épouse celle que son mari a répudiée, commet le même crime.”

L'Apôtre Saint Paul écrivant aux Corinthiens, dit : “ Quant à ceux qui sont mariés, ce n'est pas moi, mais le Seigneur qui leur fait ce commandement : Que la femme ne se sépare point de son mari ; si elle s'en sépare, qu'elle reste sans se marier, ou qu'elle se réconcilie avec lui ; que le mari, de son côté, n'abandonne pas son épouse. La femme est liée à la loi du mariage, tant que son mari est vivant.

“ Ces paroles de l'Apôtre, dit St. Augustin, souvent répétées, sont vraies, pleines de vie, salutaires, et n'ont pas besoin d'explication.”

Les textes de l'Écriture que nous avons cités sont clairs ; mais celui de Saint Matthieu présente quelques difficultés : “ Quiconque renvoie sa femme, *si ce n'est pour cause de fornication*, et en épouse une autre, commet un adultère, et celui qui épouse la femme qui a été renvoyée, commet aussi un adultère.”

Pour résoudre cette difficulté, dit le P. Braun, remarquons d'abord que la Sainte Écriture ne peut pas être en contradiction avec elle-même. Il faut donc faire accorder ce passage de St. Matthieu avec ce que nous lisons dans St. Marc et dans St. Luc.

“ Deux fois Notre-Seigneur a répondu que le mariage chrétien ramené aux lois primitives, ne pouvait pas se rompre. Il en conclut dans les termes les plus généraux que quiconque épousait une femme renvoyée par un autre devenait adultère. Donc, dans le cas de l'infidélité de son épouse, il autorise seulement l'époux à la renvoyer, et nullement à en prendre une autre, et le sens du verset de Saint Matthieu est celui-ci : Il est permis de renvoyer son épouse lorsqu'elle est infidèle, mais même en ce cas, si on en prend une autre, on est adultère.”

“ Telle est l'interprétation que les pères et les Conciles nous ont donné du passage de Saint Matthieu : “ Quoiqu'il soit permis aux époux, dit le Concile de Florence, dans le décret d'Eugène IV, aux Arméniens, de se séparer pour cause de

fornication, il ne leur est pas permis pour cela de contracter un autre mariage, vu que le lien d'un mariage légitimement contracté est perpétuel."

" C'est aussi la doctrine d'Honorius, auteur du livre intitulé *Pasteur*, d'Athénagore, apologiste de la religion chrétienne, de Tertullien, de Clément d'Alexandrie, d'Origène, de Saint Basile, de Saint Ambroise, de Saint Jérôme, de Saint Chrysostôme, du Pape Innocent I, des Pères du Concile de Milève, de l'an 416, auquel assista Saint Augustin, etc."

" Ainsi, continue le P. Braun, pour résumer la réponse tirée de St. Matthieu, faisons remarquer que le passage en question renferme deux parties."

" La première comprend ce qui est permis au mari lorsque la femme a commis l'adultère, et la seconde, ce qui lui est défendu, même dans le cas d'une séparation légitime. Or l'exception : " Si ce n'est en cas d'adultère," ne tombe que sur la première partie, à laquelle elle se rapporte naturellement, comme si Notre Seigneur eût dit : " Quiconque renvoie sa femme, hors le cas de fornication, commet un adultère ; et celui qui ayant renvoyé sa femme pour une cause quelconque même pour cause d'adultère, en épouse une autre, devient aussi coupable d'adultère. D'où l'on peut tirer cette conclusion, savoir : qu'il est permis au mari de renvoyer sa femme pour cause d'adultère ; mais qu'il lui est défendu d'en épouser une autre après l'avoir renvoyée ; ce qui s'accorde parfaitement avec ce que nous lisons dans Saint Marc, dans Saint Luc et dans Saint Paul."

Le Saint Concile de Trente a mis cette doctrine dans tout son jour par cette profession de foi : " Le premier père du genre humain, Adam, inspiré par le Saint-Esprit, déclara la perpétuité et l'indissolubilité du lien conjugal, quand il dit : *Voici l'os de mes os, et la chair de ma chair ; c'est pourquoi l'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à son épouse, et ils seront deux dans une même chair.*"

Notre-Seigneur Jésus Christ a enseigné plus clairement que par ce lien deux personnes seulement doivent être unies, un seul homme et une seule femme, lorsqu'après avoir rapporté

les paroles prononcées par Adam, il dit : *C'est pourquoi ils ne seront plus deux, mais une seule chair* ; et aussitôt il confirma la fermeté du nœud du mariage, déclarée par Adam si longtemps avant, en ajoutant ces mots : *Donc ce que Dieu a uni, l'homme ne le sépare point.*"

Mais le Concile ne s'en est pas tenu là et parmi les règles de foi touchant le mariage, il dit :

" Si quelqu'un dit que l'Eglise se trompe lorsqu'elle a enseigné et qu'elle enseigne, selon la doctrine Evangélique et apostolique, que le lien du mariage ne peut être dissous pour cause d'adultère de l'un ou de l'autre époux, et que l'un et l'autre, même celui qui est innocent, qui n'a donné occasion à l'adultère ne peut, pendant tout le temps que son conjoint est vivant, contracter un autre mariage ; que le mari se rend coupable, lorsqu'ayant renvoyé sa femme adultère, il épouse une autre femme, et que la femme se rend également coupable lorsqu'ayant renvoyé son mari adultère, elle épouse un autre mari, qu'il soit anathème."

Nous insisterons sur ce point parce qu'il est celui sur lequel s'appuient les adversaires de la thèse que nous soutenons. Et à peine de passer pour trop insister sur un point qui paraît clair, nous citerons une autre interprétation de Bergier (Docteur en Théologie, Chanoine de la Métropole de Paris, sur le texte de l'Evangile qui a donné lieu aux divergences sur ce point) :

" Voyons donc, dit-il, s'il y a réellement de l'obscurité ou de l'opposition dans le récit des Evangélistes. Saint Marc (X, 7), dit : " Les Pharisiens vinrent tenter Jésus et lui demandèrent : Est-il permis à l'homme de renvoyer son épouse ? Il leur répondit : " Que vous prescrit Moïse ? " Il a permis, disent-ils, de lui donner un billet de divorce et de la renvoyer. Jésus répliqua : Cette ordonnance a été écrite à cause de la dureté de votre cœur ; mais à la création, Dieu n'a fait qu'un mâle et une femelle. Pour cette raison, l'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à son épouse, et ils seront deux dans une seule chair ; ainsi, ce ne sont plus deux chairs, mais une seule : que l'homme ne sépare donc point ce que Dieu a

uni. Quand Jésus fut chez lui, ses disciples l'interrogèrent de nouveau sur cette question, et il leur dit : Celui qui renvoie sa femme et en épouse une autre commet un adultère, et si une femme quitte son mari et en épouse un autre, elle commet un adultère."

Selon Saint Matthieu (XIX, 3) : Les Pharisiens, pour tenter Jésus, lui demandèrent s'il est permis à l'homme de renvoyer sa femme, *pour quelque cause que ce soit*. Il leur répondit : n'avez-vous pas lu que celui qui a fait l'homme au commencement, a créé l'un mâle et l'autre femelle, et a dit : Pour cette raison l'homme quittera son père et sa mère, etc., (comme dans Saint Marc) ils répliquèrent : Pourquoi donc Moïse a-t-il ordonné de faire un billet de divorce et de répudier ? Jésus leur dit : C'est à cause de la dureté de votre cœur que Moïse vous a permis de quitter vos épouses ; mais il n'en a pas été ainsi dès le commencement. Or je vous dis que quiconque renvoie sa femme, *si ce n'est pour fornication*, et en épouse une autre, commet un adultère, et celui qui épouse une répudiée, est aussi adultère.

" Il suffit de confronter ces deux textes pour en voir l'accord et en prendre le véritable sens ; l'un sert à éclaircir l'autre. La question proposée par les Pharisiens, était de savoir ce qui était permis ou défendu par la loi de Moïse puisqu'il leur répond : " Que vous a ordonné Moïse ? "

" Ils demandaient si le divorce était permis par cette loi, pour quelque cause que ce fut, c'était le sens faux et abusif que les Juifs y donnaient.

" La réponse du Sauveur est donc relative à cette question ; il décide que le divorce n'est permis *par cette même loi*, que pour cause de *fornication*, et nous avons prouvé que tel est en effet le sens des paroles de Moïse.

" Mais il ne s'arrête pas là ; il remonte plus haut : il fait voir que par la loi primitive, portée par le Créateur *dès le commencement*, le divorce n'est permis dans aucun cas ; que les époux sont une seule et même chair ; que l'homme ne doit pas séparer ce que Dieu a uni ; que ceux qui font divorce et contractent un autre mariage, sont également coupables d'a-

dultère. Il est absurde de vouloir faire tomber sur cette seconde décision l'exception du cas de fornication; elle ne regarde que la question des Pharisiens touchant la loi de Moïse. Nous n'aurons pas de peine à le démontrer.

“ 1o. Lorsque les disciples, retirés avec Jésus-Christ, l'interrogèrent de nouveau sur la même question, il ne s'agissait plus de la loi mosaïque, mais de la doctrine que les disciples allaient se trouver chargés d'enseigner. Or, le Sauveur leur dit formellement et sans restriction : Celui qui quitte sa femme et en épouse une autre commet un adultère, etc Aussi Saint Luc, sans faire mention de la question des Pharisiens, ou de celle des disciples, met dans la bouche du Sauveur cette sentence absolue, (Luc. XVIII, 18.) : “ Quiconque renvoie sa femme et en épouse une autre est adultère, et celui qui en prend une renvoyée par son mari est aussi adultère.” Si Jésus-Christ y avait mis une exception, et que Saint Luc l'eût supprimée, il aurait induit les fidèles en erreur.

“ 2o. Saint Paul enseigne la même doctrine (1. Cor. VII, 10). Quant à ceux, dit-il, qui sont engagés dans le mariage, j'ordonne, non pas moi, mais le Seigneur, qu'une femme ne quitte point son mari ; que si elle le quitte elle demeure dans le célibat, ou qu'elle se réconcilie avec son mari. Que l'homme de même ne renvoie point sa femme.” Point de restriction, ni d'exception.

“ Cependant l'apôtre emploie le chapitre tout entier à instruire les Corinthiens touchant les devoirs des personnes mariées et ceux des célibataires. Accuserons-nous St. Paul et St. Luc d'avoir poussé la sévérité de la morale chrétienne plus loin que Jésus-Christ lui-même ?

“ 3o. Il n'est pas possible qu'après avoir reproché aux Juifs que la permission de faire divorce pour cause de quelque turpitude, ne leur avait été accordée qu'à cause de la dureté de leur cœur, après leur avoir rappelé la loi primitive et naturelle de l'indissolubilité du mariage, après avoir conclu son discours par cette sentence absolue : “ Que l'homme ne separe pas ce que Dieu a uni,” Jésus-Christ a néanmoins conservé, pour les chrétiens la même permission que Moïse avait



donnée aux Juifs. Soutiendrait-on que ce n'est pas Dieu qui a uni un homme et une femme, dès qu'il a prévu que celle-ci se rendrait coupable dans la suite de quelque turpitude contraire à l'honnêteté et à la sainteté du mariage ?

“ 40. Ce divin Maître décide que *celui qui épouse une répudiée commet un adultère*. Saint Matthieu et Saint Luc, nous l'apprennent. Cette sentence serait-elle juste si le mariage était dissous par le divorce fait pour cause de turpitude ou de fornication ? Le second mari n'a point eu de part au crime de la femme répudiée, on peut l'accuser de manquer d'honneur et de délicatesse en l'épousant ; mais en quel sens peut-on lui reprocher un adultère ? Cette seule sentence du Sauveur renverse de fond en comble toutes les fausses interprétations.”

Hincmar, l'oracle du 9<sup>e</sup> siècle dit : “ L'homme et la femme séparés, s'ils s'unissent à d'autres, commettent un adultère, les Papes, les Conciles, les Pères et tous les docteurs catholiques sont d'accord sur cette vérité évangélique et de doctrine apostolique.” (Voyez l'accord de la Révélation et de la raison contre le divorce, par l'abbé de Rastignac).

“ Il y avait, dit Troplong (de l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains) au-dessus des lois et de la philosophie, une puissance qui venait tendre la main à l'humanité dégradée, c'était le christianisme. En lui, était la force qui régénère et le courage qui entreprend.”

“ La loi qu'il apportait sur l'indissolubilité du mariage avait été formulée dans le sermon sur la montagne, *et moi je vous dis que quiconque aura épousé celle que son mari aura renvoyée commet un adultère*, (Saint Matthieu, ch. V. No. 32 et aussi le ch. XIX).”

“ L'Eglise, dit Tertullien (*aduxor Ecclesia conciliat et confirmat oblatio*) prépare le mariage et en dresse le contrat, l'oblation des prières le confirme, la bénédiction en devient le sceau : Dieu le ratifie. Deux fidèles portent le même joug, ils ne sont qu'une même chair, qu'un même esprit, ils jeûnent ensemble, ils sont ensemble à l'Eglise, à la table de Dieu, dans les traverses et dans la paix.”.....

“ Celui qui épouse l'épouse divorcée commet un adultère

tout aussi bien que s'il avait avec elle un commerce illégitime. (*De monogamia*). Voyez aussi Saint Jérôme, *Epist. ad amandum*. Depuis le sixième siècle, les Conciles ont suivi la doctrine de l'indissolubilité du mariage."

Le Concile de Frioul, tenu sous Charlemagne, sur la fin du huitième siècle, canon 10, porte : *Placuit ut resoluta fornicationis causa, pigali vinculo, non licent viro, aliam uxorem ducere.*

Le Concile de Nantes, dit, au canon douzième : *Si cujus uxor adulterim perpetravit, et hoc à viro deprehensum fuerit et publicatum, dimittat uxorem..... vir vero ejus, illa vivente, nulatenus aliam accipiat.*

Le Concile de Tribur, près Mayence, l'an 895, dans le canon 46, parle du cas d'une femme répudiée par son mari pour cause d'adultère, et poursuivie criminellement ; et à la fin de ce canon, il dit : *Maritus vero quam dici ipsa vivat, nullo modo uxorem ducat.*

Le Concile, tenu à Trosli, en Gog, au canon 8, dit : *Uxor nunquam propter hominum separando, et si fornicata fuerit, et vir ejus voluerit, dit mittenda ; sed illa vivente, altera non ducenda, quia adulteri regnum Dei non possedebunt.*

Pothier, duquel nous empruntons ces citations dit : " On peut ajouter à ces autorités le suffrage unanime des auteurs ecclésiastiques qui ont écrit depuis le 6<sup>e</sup> siècle sur ces matières, lesquels ont enseigné, en termes formels, que l'homme qui avait répudié sa femme, quoique pour cause d'adultère, ne pouvait pas du vivant de cette femme, en épouser une autre ; tels sont, dans le 7<sup>e</sup> siècle, Bede, sur le Chap. 10 de Saint Marc ; dans le 9<sup>e</sup> siècle : Jonas, Evêque d'Orléans, Hincmar de Rhelms, dans son ouvrage du divorce de Lothaire, et de Heutberge, Paschase Rothbert, sur le chap. 19 de Saint Matthieu ; Yves de Chartre, dans la lette 125<sup>e</sup> à Dambert de Lens. L'auteur de la Tradition, sur le mariage a recueilli ses témoignages, où on peut les voir, ou encore dans les livres originaux."

" Le Droit canonique moderne, continue Pothier, n'est pas moins décisif que l'ancien pour la doctrine de l'indissolubilité

du mariage sans aucune exception, même dans le cas du divorce pour cause d'adultère."

Cette doctrine est enseignée dans le décret de Gratien ; cet auteur, *causà 32 quæst 7* rapporte à son ordinaire les raisons pour et contre ; après avoir rapporté celles sur lesquelles elle établit la Doctrine de l'indissolubilité, il dit : *His auctoritatibus audentissime monstratur, quod quicumque fornicationis causà uxorem suam dimiseri, aliam illà vivente ducere non poterit, et si duxerit reus adulterie eris.*

Le Droit de Décrétale est pareillement conforme à cette doctrine, en conséquence Alexandre 3 *cap. 5 Exl de divort*, décide qu'un mari, qui, après s'être séparé de sa femme, pour cause d'adultère, s'était, du vivant de cette femme remarié à une autre, devait être condamné à retourner avec la première qu'il avait quittée.

Dans le 15e siècle, Eugène IV, dans le Concile de Florence, dit nettement que l'adultère ne donne lieu qu'à la séparation d'habitation et qu'elle ne peut dissoudre le lien.

Enfin nous avons vu qu'elle était la doctrine du Concile de Trente sur cette matière, dans son canon septième, et concluons avec Guyot : " que pour l'Eglise latine, il faut regarder l'indissolubilité du mariage comme une maxime inviolable fondée sur le dogme. Un mari qui aurait quitté sa femme adultère et en aurait épousé une autre ne serait pas seulement tenu de la reprendre, il serait encore poursuivi et puni comme bigame."

Nous avons jeté un coup-d'œil sur la dégradation où se trouvait la société romaine sous le paganisme. " L'avènement de Constantin plaça son point d'appui principal, ostensible, direct dans le Christianisme. Ce furent les Evêques, les Pères de l'Eglise et les Conciles, qui donnèrent l'impulsion réformatrice et accélérèrent sa marche.

" On pourrait croire, dit Troplong, (de l'influence du Christianisme sur le Droit civil des Romains) que lorsque le Christianisme fut armé de la puissance séculière, il n'eut plus qu'un mot à prononcer pour promulguer dans les Codes de l'empire les maximes de l'Evangile sur l'indissolubilité du

mariage. Cependant ce mot ne fut pas dit : c'est que le monde temporel ne saurait être gouverné par les mêmes moyens qu'une société de spiritualistes dévoués. Les grandes révolutions morales ne s'opèrent pas par un coup de main. Un pouvoir sage ne les brusque pas ; il les prépare par des essais et des tentatives partielles ..... Le Christianisme n'a pris pleine possession de la société civile que dans le moyen-âge, lorsque les vieilles races ont été rajeunies par le mélange d'hommes nouveaux. Avant ce temps, il avait plutôt négocié et transigé avec elle qu'il ne l'avait complètement dominée.

“ La politique de Constantin sur la répudiation en est une preuve éclatante. Quelqu'ait été son dévouement à la Foi Chrétienne, jamais il n'osa imposer à ses peuples si divers d'origine, de religion, d'habitudes, la prohibition absolue du divorce..... L'Eglise, du reste, ne parait pas avoir désapprouvé sa conduite. Contente, pour le moment, de maintenir dans l'ordre spirituel la pureté de ses doctrines, elle ne s'opposa pas à ce que le pouvoir temporel entrât dans un régime mixte, dans un système de concession. On ne s'étonne donc pas que la Législation civile ait marché en tâtonnant dans une voie où les chefs de l'Opinion religieuse paraissaient disposés à faire provisoirement la part de la faiblesse contemporaine, et à ne pas tirer encore toutes les conséquences des prohibitions de la loi chrétienne..... Le vieux droit l'emporta même sur le nouveau, sous Justinien, et la civilisation fit un pas rétrograde ; elle reculera bien plus encore au début du moyen-âge, lorsque les barbares souilleront le lit nuptial et troubleront les familles par l'inceste, la polygamie, le divorce. Mais de l'excès du mal surgira une salutaire réaction, et le mariage tel que l'a conçu la doctrine de Jésus-Christ, sortira victorieux de cette lutte et servira de type aux législations modernes.”

Maintenant, quelle était la loi suivie en France, relativement à l'indissolubilité du mariage.

“ L'abbé Fleury, disait en 1692, que Alaric roi des Goths, publia le Code Théodosien, en la ville d'Aire, en Gascogne, en l'an 506..... pour être punctuellement observé. Ensuite,

le Roi Clovis convoqua plusieurs Concile, à Orléans et ailleurs, où il fut fait divers réglemens ecclésiastiques. Charlemagne, maître de l'empire Romain, assembla plusieurs Conciles dont les décisions firent le premier livre des Capitulaires.

“ Ensuite, le Pape Adrien fit un présent à Charlemagne d'un livre appelé “ *Le Code des Canons* ” que cet Empereur fit observer dans ses Etats, et il en usa de même à l'égard du code Théodosien, tel qu'il avait été publié par Alaric, lequel il approuva, la vingtième année de son empire, comme il est marqué à la fin du Communitoire du Roi Alaric qui est à la tête du Code Théodosien ; de sorte qu'il paraît que pendant la première et la seconde race de nos rois, on observait, en France, les lois antiques des peuples vainqueurs, celle des Romains, contenue dans le Code Théodosien, les Capitulaires de Charlemagne et de ses enfants, les constitutions canoniques, contenues dans la collection des canons de l'Eglise Universelle.”

Charibert, Chilpéric, Clotaire et plusieurs autres princes déclarent et reconnaissent qu'ils sont chargés de faire observer les lois de l'Eglise.

Or, nous avons vu quelle était la doctrine de l'Eglise sur l'indissolubilité du mariage. Donc pourrions-nous conclure, la loi de l'indissolubilité est passée dans la Législation française. Mais il y a plus, c'est que la loi civile s'en est elle-même expliquée dans les capitulaires de Charlemagne où le canon 102 du Code de l'Eglise d'Afrique, défendant expressément le divorce, a été inséré.

“ Denis-le-Petit, dans sa collection des canons, dit Pothier, (mariage 491) a inséré par abrégé le Code de l'Eglise d'Afrique. Le canon que nous venons de rapporter, s'y trouve sous le titre *Tituli diversorum canonum Africanæ Ecclesiæ* à l'art. 102, en ces termes : *De his aut uxores aut quæ vivos dimittunt ut sic mancant (supple innumpti quemdiu vivit persona dimissa.)* ”

“ Cet auteur qui florissait sur la fin du cinquième siècle et au commencement du sixième n'ayant inséré, dans sa collection, que les canons qui étaient alors universellement reçus

dans l'Eglise où en conséquence sa collection depuis qu'elle a paru, a été de la plus grande autorité, il s'ensuit que la doctrine de l'indissolubilité du mariage, sans aucune exception, que renfermait le canon ci-dessus cité, qui se trouve dans cette collection, était, dès le temps qu'elle a paru, un point de discipline universellement reconnu dans l'Eglise d'Occident."

" Ce canon et la doctrine qu'il renferme ont reçu une nouvelle autorité par les Capitulaires de Charlemagne, où il a été inséré. On le trouve dans la collection de l'Abbé Andegise liv. I, art. 42, en ces termes : *Item ex eodem (concilio Africano) ut nec uxor a viro dimissa alium accipiat virum, vivente viro suo, nec vir aliam accipiat uxorem vivente priore.*"

Les lois de l'Eglise, sur l'indissolubilité du mariage, ont été tellement respectées par les Rois de France, et on les a toujours tellement admis, que pas un de ces Princes n'a cru devoir en parler avant la cession de notre pays à l'Angleterre.

Mais sous la domination française, nos lois concernant le mariage ont-elles été changées ?

L'édit de 1663, ayant donné au Conseil Souverain de Québec, qu'il créait, pouvoir de connaître de toutes causes civiles... *selon les lois et ordonnances du Royaume*, les lois concernant le mariage, en force avant 1663, furent donc celles qui y furent admises, or nous venons de voir que les lois concernant l'indissolubilité du mariage (et nous aurions pu dire les lois concernant le mariage) avaient été sanctionnées par les Ordonnances et les Edits.

Après 1663, y a-t-il eu des Ordonnances Royales concernant le mariage qui ont été enregistrées au Conseil Supérieur de Québec, et qui ont changé l'ancienne loi sous ce rapport ? Ou bien ceux qui avaient pouvoir de faire des lois en Canada, ont-ils dévié sur cette matière des lois existantes ?

On voit bien l'Ordonnance de 1667, et d'autres lois relatives à la preuve des mariages, à la tenue des Registres, pour l'encouragement des mariages ; mais rien qui change les dispositions de l'ancien droit quant à l'indissolubilité du mariage.

Donc, pendant toute la domination française, nous avons conservé les lois françaises telles qu'elles nous avaient été



données par la mère-patrie, lois d'indissolubilité, aux yeux de la religion et aux yeux de l'Etat.

Concluons donc que lorsque la France nous donna ses lois et tout le temps où nous avons été sous sa domination, les lois de l'Eglise, comme les lois de l'Etat, regardaient le mariage comme tout à fait indissoluble. Et soit que nous examinions cette question au point de vue religieux ou au point de vue civil, il est impossible à un catholique, de briser le lien du mariage du vivant de son conjoint.

Et depuis la cession du Canada à l'Angleterre quelles sont les lois qui nous régissent sous ce rapport ?

Nous prenons d'abord la Capitulation de Québec et nous y voyons qu'on y accorde, art. VI. " Que l'exercice de la Religion Catholique Apostolique et Romaine sera conservée."

La Capitulation de Montréal, art. XXVII, dit : " Le libre exercice de la Religion Catholique Apostolique et Romaine subsistera en son entier....."

Par le traité de paix conclu entre la France et l'Angleterre, " Sa Majesté Britannique consent à accorder la liberté de la Religion Catholique aux habitants du Canada. Elle donnera, en conséquence, les ordres les plus efficaces, que ses nouveaux sujets catholiques romains puissent professer le culte de leur religion, selon les rites de l'Eglise de Rome.

L'acte de Québec 1774, est encore plus formel. " L'art. V, accorde la jouissance du libre exercice de la Religion Romaine, et le clergé de la dite Eglise pourra tenir, recevoir et jouir de ses dûs et droits accoutumés, en égard seulement aux personnes qui professent la dite religion."

Voilà pour notre religion.

Quant à nos lois civiles elles nous sont transmises d'une manière non moins équivoque.

La Capitulation de Montréal, art. XLII, dit :

" Les Français et Canadiens continueront d'être gouvernés suivant la coutume de Paris et les lois et usages établis pour ce pays."

L'acte de Québec 1774, art. VIII, en établissant que tous sujets Canadiens pourront aussi posséder leurs biens et pro-

priétés, jouir de tous les usages et coutumes qui les concernent, et de tous leurs droits de citoyens, d'une manière aussi étendue et aussi avantageuse que si les dites proclamations, commissions, et ordonnances et autres actes et instructions n'auraient point été faits, dit que dans toutes les affaires en litige, qui concernent leurs propriétés et leurs droits de citoyens, ils auront recours aux lois du Canada... et que tous procès y seront jugés eu égard à telles propriétés, et à tels droits, en conséquence des dites lois et coutumes du Canada.

Voilà pour nos lois civiles.

Ainsi, en ne considérant pas même la loi du mariage comme consacrée par les lois civiles, puisque, d'après ces articles, les catholiques peuvent *avoir, conserver et jouir du libre exercice de la religion de l'Eglise de Rome*, le mariage qui, à leurs yeux, est un sacrement, doit donc, pour eux au moins, être régi d'après les lois ecclésiastiques, puisque d'ailleurs, d'après ces mêmes articles, *le clergé de la dite Eglise peut tenir, recevoir et jouir de ses dús et droits accoutumés*.

Or, d'après les lois ecclésiastiques, les matières concernant le mariage sont du domaine de l'Eglise ; mais il y a plus, c'est que d'après les mêmes articles, puisque les Canadiens pourront jouir de *tous leurs usages et coutumes et de tous leurs droits de citoyens...* le droit qui résulte du mariage étant un droit sacré pour eux, droit d'où découle la légitimité et qui appartient, comme nous l'avons vu, au triple domaine de la famille, de l'individu, et de la religion, il doit donc, en ne le considérant qu'au point de vue civil, être soumis aux règles de l'ancienne législation française qui, sous le rapport de l'indissolubilité du mariage, concordait en tous points avec la loi ecclésiastique.

Mais depuis la cession, y a-t-il eu des lois qui ont changé les lois déjà existantes sur le mariage ?

Nous voyons bien des dispositions relativement à la tenue des Registres, à la preuve des mariages, au dépôt de ces Registres, à la procédure sur les oppositions au mariage, à la tenue des Registres par certaines Congrégations religieuses ; nous voyons aussi que le titre 20 de l'Ordonnance de 1667,

concernant la manière de parapher les Registres, a été changée ; mais nulle part nous ne voyons de changements aux lois françaises concernant le mariage même, et attaquant l'essence du Sacrement.

Cependant, entendons-nous, les lois sur le mariage n'ont pas été changées, quant au Sacrement ; mais nos statuts ont reconnu le mariage accompli d'après les règles des diverses religions qui se partagent notre pays. Ces dispositions sont passées dans notre Code. Ces modifications, sans enlever au mariage son caractère religieux ; mais au contraire le reconnaissant expressément, sont “ le résultat de nos circonstances et de notre état social, empêchant l'adoption, sur le sujet du mariage, de règles uniformes et particulières, applicables à tous les habitants de la Province où se rencontre un nombre si varié d'usages, de religions, et d'associations religieuses, ayant des coutumes et pratiques différentes, et possédant des ministres autorisés à célébrer les mariages et à en rédiger les actes.” (Rapport des Codificateurs).

Notre Code a considéré le mariage comme un acte religieux et les Commissaires en ont soumis les formalités et certains empêchements aux différentes croyances religieuses, et ces empêchements restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les différentes églises et sociétés religieuses. Ce n'est que lorsque les formalités religieuses sont accomplies que le mariage est soumis à certaines conditions civiles et générales pour avoir les effets civils.

Or pour les mariages entre catholiques, les lois n'ont pas été changées, et c'est ce qu'expriment les Commissaires dans leurs observations préliminaires au titre du mariage.

“ Dans la vue de conserver à chacun la jouissance de ses usages et pratiques suivant lesquels la célébration du mariage est confiée aux ministres du culte auquel il appartient, sont insérées dans ce titre plusieurs dispositions qui, quoique nouvelles quant à la forme, ont cependant leur source et leur raison d'être dans l'esprit sinon dans la lettre de notre Législation.”

Dans tous les cas, il est certain que, quant à ce qui touche

l'essence même du mariage, le Code n'a rien changé relativement aux catholiques, ni à l'ancienne loi, ni aux canons de l'Eglise, et elle a consacré encore plus expressément les décisions des canons dans l'art. 150, où il est déclaré, selon le Concile de Trente, que le manque de consentement des parents au mariage d'un mineur, ne le rend pas absolument nul, mais annulable.

Quant au caractère d'indissolubilité du mariage, notre Code, article 118, l'a reconnu de la manière la plus énergique. " On ne peut, dit cet article, contracter un second mariage avant la dissolution du premier."

Or, comment d'après ce même Code s'opère cette dissolution ?

L'art. 185 répond dit : " Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints ; " et les législateurs semblent avoir appuyé sur ce point en ajoutant : " Tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble."

*Motifs et nouvelles preuves de l'indissolubilité du mariage.*

Quoique pour nous, catholiques, nous n'ayons pas à discuter les motifs du dogme de l'indissolubilité du mariage, nous allons faire connaître les motifs de cette grande loi de la société domestique.

" Dès l'origine du monde, dit le P. Braun, le mariage a été déclaré indissoluble. Mais pour quelle raison ? Parcequ'il figurait le mystère de l'ineffable union de Jésus-Christ avec son Eglise. D'après la doctrine du grand Apôtre, le mariage entre chrétiens est un grand sacrement en Jésus-Christ et en son Eglise, en ce qu'il représente, de la manière la plus parfaite possible, le mariage du Fils de Dieu avec son épouse qui est l'Eglise. Or, le Fils de Dieu s'est uni à son Eglise pour toujours, non-seulement pour le temps, mais encore pour l'éternité. Il ne quittera jamais la sainte humanité dont nous sommes les membres ; il l'a fait asseoir avec lui sur son trône, à la droite de son Père, et elle y sera éternellement. Donc, le mariage chrétien forme un lien indissoluble entre l'époux et l'épouse."

“ Le mariage est un sacrement. Il n'est pas seulement d'institution divine ; mais il est lui-même une chose divine, comme tous les sacrements. Ses conditions essentielles ne sauraient être modifiées, encore bien moins changées ; et l'homme ne peut y toucher sans se rendre coupable de sacrilège. Qui donc pourrait avoir le droit de modifier ou de changer les conditions essentielles d'un mystère ou d'un sacrement, lorsque l'Eglise elle-même déclare qu'elle ne peut rien sur la substance même des sacrements. “ Or, Jésus-Christ nous enseigne que l'homme ne doit point séparer ce que Dieu a uni. Le lien du mariage est donc indissoluble.”

“ Le mariage étant indissoluble de droit divin, le divorce avec la faculté de se remarier ne peut être autorisé par aucune loi, ni pour cause d'adultère, ni pour toute autre cause. Vous chassez votre épouse, disait Saint Ambroise, et vous pensez que c'est votre droit. Mais, si la loi des hommes le permet, celle de Dieu le défend.”

Il n'y a pas qu'aux yeux de la foi que les motifs de l'indissolubilité sont puissants ; mais même aux yeux de la raison ils sont irrécusables, et nous allons examiner maintenant si la loi du divorce n'est pas contraire à la nature même du mariage, une violence sur les droits acquis des époux, une violation des principes d'ordre social, un attentat à la loi de Dieu.

Le contrat de mariage, même au point de vue civil, est un contrat revêtu des formes prescrites par les lois, par lequel un homme et une femme, habiles ensemble à faire ensemble ce contrat, s'engagent réciproquement à être l'un à l'autre *toute leur vie* ensemble dans l'union qui doit être entre un époux et une épouse. Or, à ne le considérer que comme contrat, puisque les époux ont contracté le mariage pour toujours, comment un des époux pourrait-il prétendre pouvoir ensuite le dissoudre ?

Le termes mêmes de la cérémonie indiquent cette indissolubilité. Quel est, en effet, le contrat des conjoints aux yeux même des Protestants ? “ You, (dit le ministre, s'adressant au mari,) take the woman, whom you hold by the hand, to

be your lawful and married wife ; and you promise and covenant in the presence of God and these witnesses, that you will be unto her a loving and faithful husband *until you shall be separated by death* : et le mari répond : “ yes, I do ” et on fait la même question à la femme qui répond de même.

Le Prêtre catholique demande à l'homme : Prenez-vous E... pour votre femme et légitime épouse ? Oui. Or qu'est-ce qu'est pour le catholique “ une légitime épouse ? ” c'est comme le disait Adam : *Hoc nunc os ex ossibus meis et caro de carne mea... et erunt duo in carne una.*

“ Le mari qui aime sa femme, dit Saint Paul, s'aime lui-même ”..... “ *quod Deus conjunxit homo non separet.* ”

Le lien du mariage, dit M. de Bonald, légitimement et légalement contracté est, indissoluble parce que les parties, réunies en un corps social, intérieurement unies par la religion, extérieurement liées par l'Etat, ont perdu leur individualité, et n'ont plus de volonté particulière qui sépare, à opposer à la volonté sociale qui unit : le divorce suppose des individus, et le mariage fait, il n'y en a plus.

Avant le mariage, dit Guyot, l'homme et la femme appartiennent à la société, ils sont l'un et l'autre un objet de conquête auquel chaque individu qui la compose peut légitimement aspirer, en se conformant aux lois établies ; mais après qu'il est contracté, il se forme autour des époux un rempart qu'ils ne peuvent franchir eux-mêmes sans se rendre coupables envers eux et envers la société.

Si on l'examine au point de vue des contrats purement civils, un des principaux effets du mariage n'est-il pas de se donner l'un à l'autre ? Or n'est-il pas de l'essence de la donation d'être irrévocable ?

Et d'ailleurs, le mariage produit des effets qui ne concernent pas seulement les époux, et comme pour tous les autres contrats, les droits des tiers ne peuvent pas être sacrifiés. Or dans le mariage la société est intéressée à son indissolubilité et les enfants sont aussi intéressés à ce même caractère.

“ Le mariage, dit encore M. de Bonald, est l'engagement

que prennent deux personnes de différents sexes, de s'unir pour former une société appelée famille."

" L'union de tous avec tous indistinctement, est la promiscuité des brutes ; l'union successive d'un avec plusieurs est la polygamie, la répudiation, le divorce ; l'union indissoluble d'un avec un, est le mariage chrétien d'autrefois, aujourd'hui catholique : toutes les formes de mariage se réduisent donc à unité d'union ou pluralité d'union."

" Ainsi, comme la promiscuité est l'union des êtres animés les plus parfaits, des brutes, il semble que l'union indissoluble, qui est l'autre extrême, doit être l'union des êtres animés les plus parfaits, des hommes ; et que les états intermédiaires entre ces deux états seront plus ou moins parfaits, selon qu'ils se rapprocheront de l'un ou de l'autre : vérité universellement convenue, puisque les adversaires de l'indissolubilité ne lui reprochent que sa perfection."

" Si le mariage humain est une union avec engagement de former société, il diffère essentiellement du concubinage, qui est une union sans engagement de former société, et plus encore du libertinage vague, qui est une union avec dessein de ne point former de société."

" La fin du mariage n'est pas le bonheur des époux, si par bonheur on entend, comme dans une idylle, le plaisir du cœur et des sens, que l'homme amoureux de l'indécence trouve bien plutôt dans des unions sans engagement."

" La Religion et l'Etat n'envisagent, dans le mariage, que les devoirs qu'il impose, et ils ne le regardent que comme l'acte de fondation d'une société, puisque cette société à venir est dans le sacrement, l'objet des bénédictions de la religion, et dans le contrat civil, l'objet des clauses que ratifie et garantit l'Etat."

" Les motifs de l'indissolubilité sont pris de la société domestique et de la société publique, parce que le mariage est à la fois domestique dans son principe, et public dans ses effets."

10. Le mariage est une société *éventuelle*, et la famille une société *actuelle*. La nature n'a pas fixé le terme de cette éventualité, et lors même que le mariage n'atteint pas son

but social et que les enfants ne surviennent pas, il n'y a pas de raison suffisante de rompre le premier engagement pour en former un autre, puisque la fécondité du second mariage est tout aussi éventuelle que celle du premier. Dès que l'enfant est survenu, le but est rempli, et la société, d'éventuelle, est devenue actuelle."

"Ainsi tant que le mari et la femme n'ont point d'enfants, il peut en survenir ; et le mariage n'étant formé que pour les enfants à venir, il n'y a pas de raison de rompre le mariage. Lorsque les enfants sont survenus le mariage a atteint sa fin, et il y a raison de ne pas le rompre."

"2o. Les raisons, contre le divorce, tirées de la société publique sont encore plus fortes que celles qui sont prises de la société domestique."

"Le pouvoir politique ne peut garantir la stabilité des personnes domestiques sans les connaître ; de là, la nécessité de l'acte civil, qui fait connaître l'engagement de l'homme et de la femme, et de l'acte de naissance qui fait connaître le père, la mère et l'enfant."

"Mais le pouvoir politique n'intervient, par ses officiers, dans le contrat d'union des époux, que parce qu'il représente l'enfant à naître, seul objet social du mariage, et qu'il accepte l'engagement qu'ils prennent, en sa présence et sous sa garantie, de lui donner l'être. Il y stipule les intérêts de l'enfant, puisque la plupart des clauses matrimoniales sont relatives à la survénance des enfants, et que même il accepte quelquefois certains avantages particuliers stipulés d'avance en faveur d'un enfant à naître dans un certain ordre de naissance, ou du sexe, et témoin du lien qui doit lui donner l'existence, il en garantit la stabilité qui doit assurer sa conservation."

B. A. T. DE MONTIGNY.

(A continuer.)



## CINQUIÈME QUESTION.

382. *Mesure de ces dommages, qui ne peuvent cependant avoir pour base légale, une peine contractuelle contre la partie contrevenant à la promesse.*

1o. Quoique la promesse de mariage soit comme le mariage, soumise aux règles communes aux contrats, les règles propres à l'exécution des contrats ne s'appliquent pas dans toute leur étendue à l'inexécution de cette promesse. Cette application reçoit des limitations tirées de la nature du mariage lui-même qui n'est pas un contrat ordinaire. La liberté naturelle qui doit présider à ce contrat imprime des modifications nécessaires à la mesure des dommages résultant de la rupture de la promesse.

Dans les contrats ordinaires, le dommage causé par l'inexécution de l'engagement, consiste dans le montant de la perte soufferte et dans la privation du gain qu'aurait procuré l'exécution de l'engagement. Le dommage causé par l'inexécution de la promesse de mariage ne peut jamais consister dans l'évaluation du gain. La perte seule peut servir de base à l'estimation du préjudice.

2o. Si l'inexécution de la promesse n'est accompagnée ni de dol, ni de mauvaise foi, et que le refus d'épouser paraisse provenir d'un changement exempt de faute, dans les dispositions du fiancé réfractaire, ce dernier n'est tenu que de restituer les sommes de deniers dépensées par l'autre fiancé, en conséquence de la promesse et à l'occasion du mariage convenu.

3o. Dans les cas de dol et de mauvaise foi, le fiancé contrevenant est tenu, outre cette restitution de la perte réelle, à la prestation de tous les dommages soufferts à raison du préjudice moral aussi bien que matériel éprouvé par l'autre partie, et ces dommages sont à l'arbitrage des tribunaux.

4o. Dans le cas où le dol, la fraude et la mauvaise foi constituent par eux-mêmes un délit ou une injure personnelle, accompagnant la rupture de la promesse, outre les deux chefs de dommages ci-haut mentionnés, des dommages et intérêts

exemplaires ou à titre de peine, peuvent être prononcés par les tribunaux sans preuve d'aucun préjudice moral ou matériel.

50. Le dédit de mariage ou la clause pénale imposée à la promesse, par lequel dédit ou clause pénale, il est stipulé qu'une somme d'argent ou une chose ayant une valeur lucrative sera payée ou livrée par le fiancé réfractaire à l'autre fiancé, est nulle de plein droit comme contraignant la liberté raisonnable du mariage. Dans le cas où il n'existe pas de dommage à raison d'aucun des chefs ci-haut mentionnés, cette stipulation est nulle pour le tout, et dans le cas contraire, c'est-à-dire dans le cas où il y a lieu aux dommages, le montant du dédit doit être réduit au chiffre de ces dommages et doit être rejeté pour le surplus. Si le dommage est égal à la peine, le montant en sera accordé en entier. Ce ne sera pourtant pas en vertu de la stipulation même, mais bien en conséquence de l'inexécution de l'engagement, que le montant stipulé sera payable. (1)

---

(1) Les exigences de la publication de ce volume dans une Revue Mensuelle, *La Thémis*, à nombre obligé de pages par livraison, nous forcent à remettre au prochain volume, dans lequel nous rejeterons aussi quelques autres questions annoncées dans celui-ci, le débat indiqué au No. 298, engagé dans la Chambre des Communes anglaises, sur l'action de dommages pour rupture de promesse de mariage.

## CHAPITRE QUATRIÈME.

### DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

#### SOMMAIRE.

383. Sur la théorie des nullités du mariage les règles de l'ancien droit étaient fort simples.
384. L'incapacité de le contracter est au fond de la nullité de tout contrat de mariage. L'effet de la nullité absolue et de la nullité relative du mariage est le même.
385. La différence dans les termes d'empêchements absolus et d'empêchements relatifs n'indique pas de résultats différents. Ces mariages frappés d'empêchements dirimants non dispensés provenant du droit positif, sont aussi nuls que ceux qui sont frappés d'empêchements résultant du droit naturel.
386. La nullité de tout mariage doit être prouvée judiciairement. Cette maxime fait justice de la doctrine des mariages nuls et des mariages annulables. L'organisation de l'action en nullité d'après notre Code est incomplète.
387. Il est conforme à la nature des choses que la durée de toutes les actions en nullité de mariage ne soit pas la même ; que la durée de quelques-unes soit, suivant les causes qui les produisent, perpétuelle, que d'autres soient temporaires, et que le droit d'action soit dans chaque cas limité à des personnes particulières.

#### COMMENTAIRE.

383. Nous voici parvenus à la partie de ce titre qui traite des demandes en nullité de mariage, sanction indispensable des dispositions contenues aux chapitres précédents.

Sur la théorie des nullités de mariage, les règles de l'ancien droit français, empruntées au droit canonique, étaient fort simples. La nullité du mariage, nous n'avons pas besoin de le répéter, était produite par les empêchements dirimants.

Quoique considéré comme sacrement, le mariage l'était

aussi comme contrat, et on suivait sur les demandes en nullité de mariage, les règles usitées pour la nullité des autres contrats.

Nous nous abstenons de détails inutiles sur la théorie des nullités, pour n'en rappeler que les règles indispensables que nous avons déjà indiquées. La première règle, la règle fondamentale, est que pour faire valablement un contrat, il faut avoir la capacité et remplir les conditions essentielles requises par la loi pour sa formation. C'est sur cette règle qu'est fondée la théorie des empêchements dirimants, en ce que chaque empêchement de ce genre est produit par le défaut de capacité des conjoints ou de l'un d'eux, ou le non accomplissement d'une ou de plusieurs conditions essentielles établies par le droit pour le contracter valablement. Ce que nous prouverions facilement en parcourant tous les empêchements et en faisant voir la cause de chacun.

384. Dans l'énumération des choses nécessaires pour constituer la validité d'un contrat, l'article 984 exige le concours de parties ayant la capacité légale de le faire et l'article 985 suivant ajoute, que toute personne est capable de contracter, si elle n'en est pas expressément déclarée incapable par la loi.

Les personnes qui sont incapables de contracter mariage, sont donc celles que la loi déclare telles, soit absolument, en décrétant qu'elles ne peuvent contracter aucun mariage quelconque, soit relativement, c'est-à-dire avec certaines personnes et dans certaines circonstances déterminées. De là les incapacités absolues produisant des empêchements ou nullités absolues, et les incapacités ou nullités relatives.

Mais cette distinction entre l'incapacité relative ou absolue, n'opère en aucune manière sur les degrés de la nullité, et n'en affecte aucunement l'étendue. La nullité est la même dans les deux cas, et elle est entière et radicale. Ainsi la loi défend le mariage des impuissants, en déclarant qu'ils ne peuvent jamais et dans aucun cas, contracter mariage. Voilà un empêchement absolu, produisant une nullité absolue. Elle défend également le mariage entre le frère et la sœur. Ici se trouve un empêchement relatif, et qui produit une nullité qu'on pourrait appeler relative. Mais dans le fond, le ma-

riage du frère et de la sœur est aussi complètement et aussi radicalement nul que le mariage de l'impuissant. Un acte nul est celui qui ne produit aucun effet : c'est le néant qui n'a pas de degrés. Or, le mariage du frère et de la sœur ne produit aucun effet ; c'est le néant tout comme le mariage de l'impuissant. Les nullités de ces deux mariages sont donc insusceptibles de différences. Elles sont les mêmes dans les deux cas, c'est-à-dire entières.

385. Les termes d'empêchements et de nullités absolues et de nullités relatives ne sont donc pas employés ici pour faire des distinctions entre les effets de ces nullités.

On ne pourrait pas invoquer l'origine différente des empêchements qui viennent les uns du droit naturel, et les autres qui procèdent du droit positif pour établir une distinction dans leurs effets et dans la nullité qu'ils engendent, puisque certains empêchements relatifs proviennent du droit naturel et qu'il se trouve des empêchements absolus qui procèdent du droit positif. Dira-t-on qu'en général, les empêchements relatifs offrent des obstacles moins graves à la moralité du mariage que les empêchements absolus, et citera-t-on l'empêchement résultant de l'honnêteté publique, de l'adultère, de la disparité du culte comme des empêchements moins graves que le défaut de raison, le défaut de puberté, l'impuissance et un mariage subsistant qui sont des empêchements absolus ? La réponse sera qu'il n'appartient ni aux tribunaux ni à la doctrine, de critiquer la sagesse des dispositions de la loi qui a reconnu aux seconds empêchements la même puissance de frapper le mariage de nullité qu'aux premiers, et que distinguer entre les deux classes d'empêchements, c'est établir des distinctions sans différence. Tous les empêchements dirimants doivent donc emporter au même degré la nullité des mariages qui en sont affectés, les empêchements de droit positif comme ceux de droit naturel, quand il n'y a pas bien entendu, de dispenses des premiers.

386. Cette nullité doit être déclarée judiciairement, car quelque nul que puisse être un mariage suivi de cohabitation, il produit certains effets apparents qu'il faut détruire, un

titre coloré qu'il faut faire rejeter ; il donne lieu à des pré-tentions dont il faut faire proclamer l'inanité. La nullité de tout mariage doit donc être prononcée par jugement. Pas plus en cette matière, moins même qu'en toute autre, il n'est permis de se faire justice à soi-même.

Cette nullité radicale du mariage caractérise la théorie des mariages nuls et des mariages annulables, proposée par quelques Commentateurs du Code Napoléon, et en particulier par Demolombe (1) et Marcadé, (2) distinction établie avant eux par Blackstone, (3) et dont il sera question plus tard pour en faire voir les anomalies.

Le chapitre actuel emprunté presque mot pour mot au Code Napoléon, n'organise l'action en nullité de mariage que pour les empêchements provenant du défaut de liberté dans le consentement, du défaut de consentement des père et mère, tuteur et curateur aux mariages des enfants mineurs, de la parenté et affinité en ligne directe à tous les degrés, en collatérale au premier degré et de la parenté au degré d'oncle et de nièce ou de tante et de neveu, du défaut d'âge et de la non-publicité du mariage. Ce chapitre pêche sans doute par omission, en ce qu'il est silencieux sur la nullité résultant des autres empêchements, mais bien qu'il semble limiter l'effet des nullités provenant de ces empêchements particuliers, contrairement à la règle retracée ci-haut sur l'effet uniforme des nullités, il ne pêche pas par omission, contre les principes du droit, en restreignant à certaines personnes le droit d'action en nullité, et en limitant la durée de cette action dans ces divers cas.

387. Quoique l'effet de tous les empêchements soit le même, et que cet effet soit la nullité du mariage, en ce qu'ils emportent l'incapacité de le contracter, il est conforme à la raison et à l'intérêt public, que toutes les nullités du mariage ne puissent pas être invoquées par toutes les personnes ; que la durée de l'action en certains cas soit perpétuelle, et temporaire dans d'autres cas ; qu'il puisse exister des fins de non

(1) Mariage, tome I, No. 237 et suivants. (2) Mariage, chap. IV, No. 617 et suivants. (3) Chap. XV, Husband and wife, 434.

recevoir contre certaines actions et qu'elles soient repoussées par rapport aux autres ; en un mot que sur la demande en cassation du mariage, il existe des distinctions fondées sur la différence des motifs qui la fait demander.

En règle générale, on conçoit que pour faire accueillir une demande en cassation de mariage, il faille avoir un intérêt à la porter, et que tous les intérêts n'engendrent pas cette faculté ; que pour les demandes fondées sur le défaut de prestation d'un libre consentement, la ratification du mariage en fasse légitimement présumer la liberté dans l'origine et qu'il en soit ainsi du laps de temps écoulé sans plainte ; que pour le défaut d'âge, qui crée une présomption d'impuberté, la conception de la femme repousse cette présomption et coupe court à toute réclamation, et ainsi de suite, de plusieurs autres fins de non-recevoir fondées sur la morale publique, intéressée à ne pas multiplier les procès sans des raisons impérieuses. C'est sur ces distinctions que sont basés les articles qui vont suivre, depuis l'article 148 à l'article 156 du présent chapitre, que nous allons d'abord parcourir rapidement et dans son ordre calqué sur le Code Napoléon, pour en faire ensuite l'objet d'un traité distinct où les principes de la matière seront exposés et complétés suivant le droit ecclésiastique. Nous avons pu jusqu'ici au moyen de transitions ménagées avec soin et de digressions cousues au texte du Code, faire marcher de front les deux droits, mais la chose est désormais impossible, sous peine de créer une confusion inextricable ; nous devons donc les traiter à part par la suite, en commençant par le droit civil, ainsi qu'à l'instar du Code Napoléon, le Code du Bas-Canada en traite dans le reste de ce chapitre et des autres chapitres du présent titre.

### ARTICLE 148.

Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur.

### ARTICLE 149.

[Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou que l'erreur a été reconnue.]

#### SOMMAIRE.

388. Il ne s'agit pas ici d'un mariage totalement nul pour défaut de raison, mais à cause d'un consentement vicieux comme serait le consentement extorqué par la violence ou entaché d'erreur.
389. Le droit d'intenter la demande n'appartient qu'aux époux ou à l'un des époux violentés ou trompés. Les pères et les mères ne peuvent demander la nullité du mariage de ce chef, pas même du mariage de leurs enfants mineurs.
390. L'article 149 est de droit nouveau, et contraire aux principes de l'ancien droit. Citation de Pothier. Il est absolument contraire aux principes dans le cas du rapt de violence. Aussi ne s'agit-il pas de ce rapt dans le cas du présent article.
391. Quel est le sens de ces mots cohabitation continue dont se sert l'article ?

#### COMMENTAIRE.

388. Il s'agit dans l'article 148, non d'un mariage nul, à raison du défaut total de consentement, cas prévu par l'article 116, comme le serait celui d'un individu privé de raison, et qui est incapable de donner un consentement quelconque, pas même un consentement vicieux, mais des cas où le consentement donné n'a pas été libre, en ce que la volonté de la personne qui l'aurait donné, aurait été contrainte ou surprise, comme dans le cas de violence ou d'erreur, dont nous traiterons plus tard au long. (1)

L'article dit, que les deux époux dont le consentement n'a pas été libre, peuvent attaquer leur mariage. Ce cas ne peut être que celui de la violence pratiquée par des personnes

(1) Dans le prochain volume.



étrangères, sur les deux époux, sans que l'un d'eux y ait participé. Car dans ce cas de participation, on ne pourrait pas dire que le consentement de l'époux qui aurait été l'auteur de la violence ou qui y aurait pris part, n'a pas été libre. Il n'y aurait alors que l'époux violenté qui pourrait faire prononcer la nullité du mariage.

Pour le cas d'erreur, il n'est pas nécessaire de faire cette distinction, car il est clair que les deux époux ne peuvent pas être dans l'erreur, et que l'erreur doit être la suite de la fraude de l'un d'eux. Ainsi c'est à l'autre que l'article permet de faire annuler le mariage.

389. Le droit d'intenter l'action en nullité pour cause de violence et d'erreur, n'appartient qu'à l'époux violenté ou trompé. L'étendue de la violence et de l'erreur, et l'influence qu'elles exercent sur la volonté, ne sont guères appréciables que par ceux qui en sont victimes, et la loi refuse cette action à toute autre personne, quels que soient ses rapports de parenté ou d'alliance avec l'époux.

Ainsi les père et mère ne peuvent demander la nullité du mariage de ce chef, pas même du mariage de leurs enfants mineurs. Cette action ne passe pas non plus aux enfants, et s'éteint à la mort de l'époux. Elle ne dure même que six mois dans certains cas.

L'article 149 qui ne fait durer l'action intentée pour cause de violence, que six mois à compter de la cessation de la violence, est emprunté à l'article 182 du Code Napoléon, et est de droit nouveau. En effet, l'ancien droit ne reconnaissait pas en thèse générale et rigoureuse, cette fin de non-recevoir qui est arbitraire. Pothier au No. 318 de son *Traité du mariage*, s'exprime ainsi à l'égard de la violence : “ Observez aussi que, “ lorsque la violence a les deux qualités (c'est-à-dire que la “ violence a été atroce et contre les bonnes mœurs) celui qui “ a été contraint à contracter mariage, est reçu à se pourvoir “ contre son mariage, quoiqu'il se soit écoulé déjà un certain “ temps depuis qu'il a été contracté, et quoiqu'il y ait des en- “ fants nés de ce mariage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt “ du 24 avril 1651, rapporté par Soëfve (tome I, cent. 3, ch. 74)

“ et au journal, par lequel un mariage a été déclaré nul pour  
 “ cause de contrainte, quoique la partie qui se plaignait  
 “ d’avoir été contrainte à le contracter ne se fût pourvue qu’a-  
 “ près trois ans de cohabitation et qu’il y eût des enfants nés  
 “ de cette union.”

On conçoit que le Code Napoléon qui traite le mariage uniquement comme contrat civil, ait établi cette disposition qu’on est surpris de voir sanctionnée par le nôtre. L’empêchement de l’erreur et de la violence est de droit naturel, et il n’en est accordé aucune dispense.

Comment peut-on limiter la durée de l’action qui naît de ce chef ? La chose peut se comprendre à la rigueur pour l’erreur, qui n’a point de manifestation extérieure et dont l’époux trompé est le seul juge. Pour lui on peut dire que sa cohabitation pendant six mois, depuis qu’il prétend avoir découvert l’erreur, est une présomption qu’il n’a pas été trompé ou qu’après avoir reconnu l’erreur, il a donné un consentement qui réhabilite le mariage. Les fins de non-recevoir sont fondées sur des présomptions de ce genre. La même chose pourrait se dire de la violence, si elle n’a pas été suffisante, et si elle ne s’est pas produite dans des circonstances assez éclatantes pour caractériser le rapt de violence, mais ce dernier cas révèle dans toute son étrangeté, l’anomalie de l’article. Nous avons vu plus haut, que tant que la personne ravie est au pouvoir du ravisseur, elle ne peut contracter avec lui un mariage légitime. Purger par six mois de cohabitation, les vices de cette union, sans la réhabiliter, n’est-ce pas simplement légaliser le concubinage ? Une personne ravie aura contracté pendant qu’elle était encore sous la puissance du ravisseur, un mariage nul, et aura vécu pendant six mois avec son prétendu mari qui refuse de réhabiliter leur mariage. Pressée par le repentir, elle veut briser les liens de cette union scandaleuse, et demande la nullité de son mariage. Les tribunaux repousseront sa demande et la renverront à son prétendu mari, parce qu’elle a laissé écouler six mois sans se plaindre ! N’est-ce pas tout simplement dire qu’une prescription de six mois légitimera le désordre et légalisera le crime ?

Ce résultat serait trop étrange pour que nous étendions jusqu'au rapt l'application de l'article. Les auteurs d'ailleurs, traitent de la violence, comme viciant la liberté du consentement à l'instar de l'erreur et du rapt, comme de deux empêchements distincts. Hâtons-nous donc de dire, que la violence dont il s'agit ici, n'est pas le rapt dans lequel la violence entre sans doute comme élément de l'empêchement, mais qui exige en outre l'enlèvement de la personne ravie avec l'intention de l'épouser, circonstance qui n'est pas nécessaire pour contraindre la volonté et vicier le consentement.

L'époux qui pour faire annuler son mariage, se plaint d'erreur commise par lui sur la personne de son conjoint, de la violence exercée par ce conjoint ou d'autres personnes, peu importe le fait, pour extorquer son consentement, serait donc, d'après notre article, quelque soit le mérite de cette disposition, repoussé par une fin de non-recevoir, tirée de la cohabitation pendant six mois après la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence. La preuve de la cohabitation retombera sur le défendeur, *ei qui dicit incumbit probatio*.

391. L'article dit six mois de *cohabitation continue*. Quelle est l'acception légale de ces mots ? Leur sens littéral est bien connu, mais il s'agit d'en restreindre l'interprétation dans des limites raisonnables, afin de rencontrer l'esprit de la disposition. Ce que peut avoir en vue l'article, n'est pas une cohabitation de six mois non interrompue dans le fait, mais dans l'intention, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu communication constante entre les époux, mais qu'il faut qu'il n'y ait pas eu dans les six mois interruption de l'intention de vivre maritalement. Ainsi toute absence de l'un des époux arrivée pendant les six mois, et suivie d'un retour à la vie conjugale, ne saurait créer une interruption fatale, quel qu'en ait été la durée. L'absence pourrait même encore durer à l'expiration des six mois, si jusque-là, les époux avaient témoigné du désir de se réunir, au retour de l'époux absent. Une rupture suivie de réconciliation et de cohabitation pendant six mois serait encore de nature à produire la fin de non-recevoir.

D'un autre côté, si l'absence ne repousse pas toujours l'idée de la continuité de cohabitation, la demeure des époux sous le même toit, n'est pas non plus toujours efficace à l'établir. Il peut arriver qu'après la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence, l'époux trompé ou violenté, soit par la force des circonstances forcé de vivre sous le même toit que l'autre époux, tout en se refusant aux actes de la vie conjugale, en protestant même contre l'erreur commise ou la violence soufferte. Ici l'habitation commune ne prouverait pas la cohabitation.

L'on conçoit qu'en cette matière où le fait et l'intention sont liés si étroitement, que sans en réunir les inductions, on ne peut presque jamais établir le point litigieux de la cohabitation, la décision est toujours abandonnée aux circonstances et à la discrétion des tribunaux. Six mois d'habitation morcelée, ne suffisent pas pour établir la fin de non-recevoir, puisque l'habitation doit être continue. Mais est-il nécessaire que ces six mois commencent à compter du jour de la découverte de l'erreur et de la cessation de la violence, ou bien si à quelque époque qu'ils viennent se placer après cette découverte ou cette cessation, pourvu qu'ils aient été continus, sont-ils suffisants pour faire repousser la demande ? La rédaction de l'article qui dit : *toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou que l'erreur a été reconnue*, sans distinguer entre les époques, favorise certainement la dernière interprétation corroborée par la raison de la loi. Il est peu important en effet, que cette cohabitation ait eu lieu dans les premiers six mois, ou dans un intervalle plus éloigné, après la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence, pour créer une présomption de consentement originaire.

Nous n'avons jusqu'ici, parlé que de l'erreur et de la violence, comme affectant la liberté du consentement. Dans les autres contrats, le dol est également fatal au consentement. Mais en matière de mariage, le dol seul et sans être lié à l'erreur, comme la cause l'est à l'effet, ne forme pas un moyen de nullité.

## ARTICLE 150.

Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, tuteur ou curateur ou sans l'avis du conseil de famille, dans le cas où le consentement ou avis était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement ou avis était requis.

## ARTICLE 151.

Dans le cas des articles 148 et 150 qui précèdent, l'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par le tuteur ou curateur, ni par les parents dont le consentement est requis, toutes les fois que ce mariage a été approuvé expressément ou tacitement, par ceux dont le consentement était nécessaire ; ou lorsqu'il s'est écoulé six mois sans réclamation de leur part depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage.

### SOMMAIRE.

392. L'action en nullité suivant cet article doit s'intenter dans l'ordre établi par les articles 119, 120, 121 et 122.
393. L'article 122 ne dit pas expressément que les parents doivent être consultés quand le tuteur refuse son consentement ou qu'il tolère ces mariages. Quoique non écrite, cette obligation de la part du tuteur de consulter les parents dans ces cas résulte de l'ensemble des articles ci-haut cités. Raisons à l'appui de cette opinion.
394. Quand les parents ont été consultés bien que leur avis n'ait pas été suivi, ils n'ont pas le droit d'attaquer le mariage. Explication de cette anomalie. Les ascendants en viduité ayant le droit d'assister au conseil de famille, ont aussi celui d'attaquer le mariage. Application de cet article aux enfants illégitimes.
395. Disposition extraordinaire de l'article 151 qui prohibe l'action en nullité du mariage pour défaut de consentement des parents, chaque fois que ce mariage est approuvé par ceux dont le consentement était requis.
396. Suite du No. précédent.

## COMMENTAIRE.

392. Nous avons vu sur les articles 119, 120, 121 et 122, que les père et mère, tuteur et curateur à l'émancipé, (ces derniers, à défaut des père et mère,) devaient donner leur consentement au mariage de leurs enfants mineurs et pupilles et que les tuteurs et curateurs sont tenus avant de donner ce consentement, de prendre l'avis du conseil de famille, dûment convoqué pour en délibérer. L'article 150 limite à ces personnes, c'est-à-dire au père et à la mère, au tuteur et au curateur du mineur émancipé, le droit d'attaquer le mariage contracté sans ce consentement. Naturellement cette attaque doit se faire dans l'ordre et suivant la gradation établie par ces articles. Le père, s'il vit, a seul le droit de se pourvoir contre le mariage ; s'il est mort ou s'il était dans l'impossibilité de donner son consentement lors du mariage, vû que dans les deux cas, le consentement de la mère était nécessaire, si elle ne l'a pas accordé, c'est à elle qu'appartient la faculté d'attaquer le mariage. Si le père était mort après le mariage contracté sans son consentement, l'action en nullité appartiendrait à la mère. Si le père et la mère, vivant lors du mariage contracté contre leur volonté, étaient tous deux morts depuis, le tuteur ou le curateur du mineur émancipé, pourraient le faire annuler aussi bien dans ce cas, que dans celui de la mort du père et de la mère à l'époque du mariage, et dans le cas où leur propre consentement était nécessaire et qu'il n'aurait pas été accordé. Quant aux parents, ils n'ont le droit de faire annuler le mariage, que dans le cas où ils devaient être consultés, c'est-à-dire, dans le cas de mort des père et mère lors du mariage et où le tuteur ou curateur auraient consenti au mariage, sans les avoir consultés, sur convocation du conseil de famille. Il en serait de même, si le tuteur n'avait pas consenti au mariage, soit qu'il eût refusé son consentement, soit qu'il ne lui eût pas été demandé, soit que le mariage se fut fait à son insu, si dans aucune de ces éventualités, le conseil de famille n'a pas été consulté.

393. L'article 122 ne dit pas expressément, que les parents

doivent être consultés, quand le tuteur refuse son consentement ou que par indifférence il tolère le mariage. Quoique non écrite dans la loi, l'obligation pour le tuteur ou le curateur de consulter les parents, sur le mariage auquel consentent ce tuteur et ce curateur, comme sur celui auquel ils refusent leur consentement, résultent cependant de l'ensemble des articles cités et de la nature des pouvoirs des tuteur et curateur. La raison qui exige la convocation du conseil de famille dans un cas, s'applique avec une force égale à l'autre ? La loi voulant que les parents d'un mineur qui a perdu ses père et mère, soient consultés sur la convenance de son mariage, le défaut de la part des tuteur et curateur de les consulter avant de refuser leur consentement, ne constitue-t-il pas un abus aussi grave, que le défaut de les consulter avant de consentir ? Dans l'un et l'autre cas, ils doivent avoir le droit d'attaquer le mariage. Ce droit qui appartient à tous les parents qui ont la faculté d'assister au conseil de famille, tant dans la ligne ascendante que dans la ligne descendante et en collatérale, leur appartient collectivement et à chacun d'eux, sans égard à la distance des degrés, indépendamment de l'action des tuteur et curateur. Le fait qu'ils n'ont pas été consultés quand ils auraient dû l'être, leur confère un droit absolu de contester le mariage.

394. Quand les parents ont été consultés, que leur avis ait été suivi ou qu'il ne l'ait pas été, ils n'ont pas le droit d'attaquer le mariage. L'article 122, comme nous l'avons déjà vu, oblige le tuteur à prendre leur avis, mais ne l'oblige pas à le suivre.

Ceci peut paraître étrange, mais n'est cependant pas irrconciliable avec le principe suivi dans le cas analogue du juge, qui, pour nommer un tuteur est tenu de prendre l'avis des parents, sans être lié par leur opinion. L'article 150 complète cette interprétation, en ne donnant aux parents le droit d'attaquer le mariage que quand ils n'ont pas été consultés ; sans ajouter le cas où leur avis n'a pas été suivi.

Comme les ascendantes en état de viduité ont le droit d'assister au conseil de famille, elles ont dans le cas de cet article,

celui d'attaquer le mariage. Ce droit appartient à la mère et aux autres ascendantes dans les deux lignes ; mais comme la mère tire son droit d'attaquer le mariage d'une autre source, il ne peut être ici question que des aieules. Elles ont le droit d'agir collectivement ou séparément, c'est-à-dire qu'elles peuvent se joindre dans l'action, ou peuvent agir séparément. Cependant si plusieurs actions étaient prises, il est clair que dans ce cas, comme dans tous les autres où plusieurs personnes auraient pris séparément des actions en cassation de mariage, elles devraient être réunies pour ne former qu'une contestation.

Cet article s'applique de la manière suivante aux enfants illégitimes. D'après l'article 120, pour se marier, l'enfant naturel mineur de vingt-un ans doit y être autorisé par un tuteur *ad hoc* qui lui est nommé à cet effet. Si après la nomination de ce tuteur, ce mineur se marie contre son consentement, ce tuteur *ad hoc* aura le droit d'attaquer le mariage à cause de son défaut de consentement, mais lui seul l'aura.

395. L'article 151, emprunté à l'article 183 du Code Napoléon, en a cependant dépassé la disposition et a apporté une étrange modification à l'article 148.

L'article 182 de ce Code donne à l'époux qui n'a pas obtenu le consentement de ses père et mère, des ascendans et du conseil de famille, comme à ceux dont le consentement était requis, le droit d'attaquer le mariage. L'article 183 refuse à l'époux comme aux parents, le droit d'intenter l'action en nullité, toutes les fois que les parents ont ratifié expressément ou tacitement le mariage, ou qu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Il refuse également ce droit à l'époux, lorsqu'il a laissé écouler une année sans réclamer; depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir lui-même à son mariage.

On conçoit que dans le cas de ces deux articles et surtout du dernier des deux, il ne s'agit que de l'action en nullité fondée sur l'empêchement tiré du défaut de consentement des parents. Notre article 151 répète la disposition de l'article 183



du Code Français en refusant l'action créée par notre article 150, aux parents dans le cas d'approbation expressément ou tacitement donnée par eux au mariage ou de leur silence pendant six mois, depuis qu'ils l'ont connu ; jusque-là tout est bien, mais l'article 151 va plus loin. On remarquera que l'article 150 du Code Canadien n'a pas, comme le fait l'article 182 du Code Français, donné à l'époux qui n'a pas obtenu le consentement de ses parents, le droit d'attaquer son mariage de ce chef. L'article 151 qui ne lui confère pas davantage, est bien plus restrictif. Il refuse à l'époux mineur contraint ou trompé, le droit de demander la nullité de son mariage, pour empêchement d'erreur ou de violence, chaque fois que ceux dont le consentement était nécessaire, qu'ils aient ou non consenti au mariage, l'auront ratifié expressément ou tacitement, ou qu'ils auront laissé écouler six mois, sans réclamer contre le mariage, à compter de l'époque où ils en ont eu connaissance. C'est ce qui résulte littéralement de l'article 151, qui dit entre autres choses, " dans le cas de l'article 148, l'action ne peut " plus être intentée par les époux... toutes les fois que le mariage a été approuvé par ceux dont le consentement était " nécessaire..."

396. Voilà sans doute une étrange limitation apportée à l'action en nullité provenant de l'empêchement d'erreur et de violence, dont les mineurs auraient pu recevoir préjudice. Un mineur sera induit en erreur sur la personne même de son épouse. Il croira épouser Jeanne qui est une personne vertueuse, et il épousera Sophie qui est une prostituée et qu'on aura frauduleusement substituée à Jeanne ; ou bien Jeanne épousera un repris de justice qui a pris le nom d'un honnête homme, connu de réputation mais non de sa personne, que Jeanne croit épouser à la place du forçat, et ainsi de suite des cas d'erreur sur la personne ou de ceux où l'erreur se rapporte à une qualité retombant sur la personne *redundans in personam* ; ou bien encore, un mineur aura été honteusement violé pour le faire consentir à un mariage indigne, et l'approbation expresse ou tacite de ses parents ou de son tuteur ou curateur, ou le silence de ces derniers pendant six mois feront

taire ses justes réclamations, et riveront pour toujours des liens infâmes !

En vérité il faut n'avoir pas songé aux conséquences d'une semblable disposition, pour l'avoir introduite dans un Code de lois.

Cette disposition n'appartient cependant pas aux Commissaires qui avaient calqué le présent article qui était l'article 32 du projet du titre du mariage, sur l'article 183 du Code Napoléon. Elle vient du Comité Législatif !

On dira sans doute, que ces cas extrêmes d'erreur ou de violence, n'arrivent jamais ou presque jamais, et que l'on ne peut pas raisonnablement les supposer dans des circonstances aussi extrêmes que nous l'avons fait. Admettons si l'on veut la rareté de ces occurrences, mais on n'en niera point la possibilité. Puisque le législateur a fait l'article, c'est qu'il en prévoyait l'application, et pourquoi même en théorie, sanctionner un mauvais principe ?

Quoiqu'il en soit de l'effet de la ratification dont parle l'article 151, cette ratification expresse devrait consister dans des écrits privés ou authentiques ; la preuve ne pourrait être admise d'une ratification verbale, par lequel les parents ou tuteur et curateur auraient expressément ratifié le mariage. La ratification implicite résulterait d'écrits ayant l'effet de faire présumer cette ratification et de tous les actes dont les ratifications en général s'infèrent et qui sont du domaine discrétionnaire des magistrats (Pothier, mariage, No. 446). Le défaut de réclamation dont parle l'article et dont la durée pendant six mois, exclut aussi bien l'action des père, mère, tuteur ou curateur des mineurs, fondée sur leur défaut de consentement au mariage, que celles des époux dont parle l'article 148, consisterait dans l'abstention qui aurait duré pendant six mois, de la part des parents, de porter l'action en nullité de mariage fondée sur leur défaut de consentement après leur connaissance du mariage.

---

### ARTICLE 152.

Tout mariage contracté en contravention aux articles 124, 125 et 126, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt.

### ARTICLE 153.

Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient pas encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait pas atteint cet âge, ne peut plus être attaqué :

1<sup>o</sup>. Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent.

2<sup>o</sup>. Lorsque la femme qui n'avait pas cet âge, a conçu avant l'expiration de six mois.

### ARTICLE 154.

Le père, la mère, le tuteur ou curateur et les parents qui ont consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent, ne sont pas recevables à en demander la nullité.

### ARTICLE 155.

Dans le cas où d'après l'article 152, l'action en nullité compète à tous ceux qui y sont intéressés, l'intérêt doit être né et actuel, pour donner ouverture à ce droit d'action en faveur des aïeux, des parents collatéraux, des enfants nés d'un autre mariage et des tiers.

### SOMMAIRE.

397. La disposition de l'article 152 qui donne aux époux l'action en nullité des mariages incestueux se recommande d'elle-même. Il y a plus de difficultés sur la dernière partie de l'article qui l'accorde à tous les intéressés. Plusieurs questions se soulèvent sur ce point.

398. Pour se faire une juste idée de ces diverses questions qui se portent sur la nature de l'intérêt suffisant pour justifier l'action, sur le temps où cette action doit être portée, et sur la convenance de poursuivre la nullité au principal ou incidemment, il faut rapprocher l'article 152 de l'article 155. Discussion de ces deux articles comparés.
399. Suite.
400. Suite.
401. Le rapport entre l'article 152 et 153 a besoin d'être expliqué. Comment se fait cette explication ?
402. Fin de non-recevoir contre la nullité résultant de l'impuberté tirée de la conception de la femme dans les six mois du mariage. Différence entre l'article 154 et celle de l'article 150, en ce qui touche aux parents autres que les père et mère, c'est-à-dire aux autres ascendants et aux collatéraux.
403. L'action en nullité à cause de l'impuberté appartient aux époux.
404. Distinction entre les personnes par qui cette action peut s'intenter.

#### COMMENTAIRE.

397. Les mariages contractés en contravention aux articles 124, 125 et 126, sont les mariages en ligne directe entre parents et alliés légitimes ou naturels (art. 124), entre collatéraux, au premier degré parents ou alliés légitimes ou illégitimes (art. 125) et entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (art. 126), nous l'avons déjà vu. Ce sont en d'autres termes les mariages incestueux. Le Code Napoléon (art. 174) accorde l'action en nullité de ces mariages, aux époux, à tous ceux qui y ont intérêt, et au ministère public. Notre article 152 le donne seulement aux époux et aux intéressés. La disposition de l'article qui accorde l'action à chacun des époux, n'a pas besoin de commentaire. Le mariage incestueux n'est qu'un concubinage, et personne ne peut être forcé à vivre dans le désordre. Dès que l'époux en montre la détermination, la loi doit s'empresser de l'aider à en sortir. Les traditions de l'ancien droit français sont conformes à la jurisprudence du nouveau sous ce rapport.

Il y a plus de difficulté relativement à la dernière partie de l'article qui accorde l'action à ceux qui y ont intérêt. Plusieurs questions se soulèvent sur ce point. Quel est l'intérêt contemplé par l'article pour justifier l'action ? Quand cette action peut-elle être portée ? Est-ce du vivant des époux ou

après leur mort ? Quel intérêt donne lieu à l'action du vivant des époux, et quel intérêt ne la fait naître qu'après la mort des époux ou de l'un d'eux ? La demande en nullité doit-elle se poursuivre au principal ou incidemment ?

398. Pour se faire une juste idée de ces diverses questions, il faut rapprocher l'article 152 de l'article 155.

Pour saisir la pensée véritable de ce dernier article qui contient le complément et l'explication de l'article 152, il faut en bien peser les termes. Il commence par dire, que tous les intéressés peuvent porter l'action en nullité du mariage frappé d'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance légitime ou naturelle entre les ascendants et descendants, entre ces parents et alliés en collatérale au premier degré, et de la parenté seule entre l'oncle et la nièce et la tante et le neveu. La loi traite ces divers mariages comme incestueux. Voilà un point qu'il ne faut pas oublier pour bien se pénétrer de l'horreur que ces mariages lui inspire, et de la sévérité avec laquelle elle les traite. Parmi ces intéressés se trouvent sans doute un premier époux auquel porte préjudice le mariage de l'autre époux avec une autre personne, en d'autres termes, la bigamie de son conjoint, et les père et mère de ceux qui contractent un mariage incestueux. L'intérêt de ces personnes est trop évident pour qu'il soit permis de les exclure de la classe des intéressés dont parle l'article 152. Dira-t-on, en ce qui touche à l'époux par un précédent mariage, qu'il s'agit de l'action en nullité contre le mariage incestueux, cas prévu par les articles 124, 125 et 126, et non contre la bigamie prévue par l'article 118. La réponse sera, que les époux trahis par un second mariage peuvent toujours l'attaquer, aussi bien dans le cas où ce second mariage est en sus de l'empêchement de bigamie, frappé d'un autre empêchement comme dans le cas contraire, et que quand la loi, dans tout cas quelconque, donne l'action en nullité aux intéressés, elle ne peut pas écarter ceux dont l'intérêt s'impose avec le plus d'autorité. Quant au droit des père et mère, on ne pourra pas lui nier sa place dans cet article.

399. L'article 155 définit ensuite l'intérêt que doivent avoir

les aïeux, les parents collatéraux, les enfants nés d'un autre mariage et les tiers, pour donner ouverture à l'action en nullité en leur faveur, et il dit que cet intérêt doit être né et actuel. La conséquence de cette mention de l'intérêt des aïeux, des parents collatéraux, des enfants nés d'un autre mariage et des tiers, et du silence de l'article sur la nature de l'intérêt des époux et des père et mère, est donc qu'il n'est pas nécessaire que l'intérêt de ces derniers soit né et actuel. Un intérêt né et actuel est un intérêt maintenant ouvert et immédiatement réalisable. Un intérêt qui est né mais qui n'est pas actuel, est un intérêt casuel, et dont la réalisation est sujette à des contingents. On peut dire encore, qu'un intérêt né et actuel, est un intérêt pécuniairement réalisable, par opposition à celui qui ne l'est pas, et qui reste un intérêt moral et d'affection. De ce dernier genre est l'intérêt des époux et des pères et mère. Dès l'instant où ce mariage est contracté, ces personnes jouissent donc du droit d'en demander la nullité, et il est de la nature de leur intérêt et de ce droit qui en résulte, que la demande en nullité soit exercée du vivant des époux et par action principale.

Quant aux aïeux, aux parents collatéraux, aux enfants d'un premier mariage, et aux tiers, ils ne peuvent attaquer le mariage, que quand il préjudicie à leurs droits ouverts. Ce sont des conflits d'intérêts sur les successions qui mettent ordinairement en jeu l'intérêt des aïeux et des collatéraux, bien que cet intérêt ne soit pas limité à ces questions. Un homme meurt, laissant des enfants incestueux, qui disputent sa succession aux aïeux ou aux collatéraux du défunt et *vice versa*. Pour défendre leurs droits, les héritiers du sang contestent la validité du mariage, dont ils demandent la nullité. Ici l'action en nullité est exercée après la mort du défunt et incidemment au litige engagé sur sa succession. La validité du mariage devient une question préjudicielle qui doit être jugée avant le fond. Cet exemple qui fait voir que l'intérêt des père et mère peut être aussi un intérêt matériel, actuel et ouvert, puisque, s'ils sont vivants lors de l'ouverture de la succession ils priveront les aïeux et tous les collatéraux, à l'ex-

ception des frères et sœurs du défunt, avec lequel ils partageront sa succession, donne en outre la clef d'une foule d'autres hypothèses retraçables aux articles 152 et 155, et qui font voir, que l'intérêt né et actuel ne peut se faire valoir au moyen de la demande en nullité, qu'après la dissolution du mariage, puisqu'il est hors de question qu'une succession puisse se disputer du vivant de son auteur.

400. L'intérêt des enfants d'un autre mariage se produit ordinairement dans des circonstances analogues, sur la contestation des droits héréditaires, de douaires, droits de survie et gains matrimoniaux entre les enfants des deux mariages, ou entre les enfants d'un mariage ou le conjoint survivant de l'autre. Les contestations se soulèvent encore ici, sur la valeur des mariages attaqués préjudiciellement et après la dissolution de ces mariages.

Les tiers sont les étrangers, et parmi ceux-ci, on peut classer les parents non successibles qui, à des titres autres que les titres héréditaires, ou découlant autrement que de la parenté, ont un intérêt pécuniaire à contester le mariage incestueux. De ce nombre seraient encore les créanciers contre lesquels on ferait valoir des droits nés du mariage, comme les douaires, préciputs, gains de survie, droits de communauté, les tiers détenteurs de biens que l'on prétendrait hypothéqués à ces droits, les légataires et donataires des époux, les grevés de substitution dont l'ouverture serait subordonnée au mariage des substitués ou devrait se faire en faveur des enfants nés du mariage, en un mot toutes les personnes dont les intérêts pécuniaires, dans les hypothèses plus faciles à saisir qu'à énumérer, se trouvent affectés par le mariage. Dans ces diverses conjectures, le mariage peut être attaqué, tantôt avant, tantôt après sa dissolution, mais jamais par action principale et toujours incidemment à des contestations engagées sur ces intérêts. Les intérêts des père et mère et des époux par d'autres mariages peuvent aussi tomber dans ces différentes catégories, et leur intérêt comme tiers, c'est-à-dire leur intérêt pécuniaire, intérêt né et actuel, est indépendant de leur intérêt moral et d'affection.

401. Le *néanmoins* qui commence l'article 153, venant après l'article 152 qui ne touche qu'aux mariages frappés d'empêchements de parenté, n'offre guère d'à-propos, et a besoin de quelques remarques pour en expliquer l'incongruité. L'article 152 est emprunté à l'article 184, du Code Napoléon, lequel traite également de l'action en nullité, à cause des empêchements de parenté et d'alliance, et de l'empêchement provenant de la bigamie et de l'impuberté ou du défaut d'âge. Après cet article 184, vient dans le Code Français l'article 185 répété par notre article 153 qui en est une copie textuelle. Néanmoins, etc.

On voit dans le Code Français, la liaison naturelle de ce dernier article avec le précédent. Les codificateurs oubliant que dans leur article 152, ils n'avaient parlé que de l'empêchement de parenté et d'alliance, et avaient retranché la bigamie et le défaut d'âge, ont cependant adopté textuellement la phraséologie de l'article 185.

Cette disparate qui fait voir que, dans leur empressement à exécuter l'ordre que le législateur leur avait donné de modeler leur œuvre sur le Code Napoléon, les commissaires ne se sont pas toujours préoccupés du soin de coordonner leur imitation, ne laisse heureusement à regretter qu'une faute de rédaction, et ne nuit en rien au sens de l'article qui est par lui-même suffisamment explicite, et dont la pensée est complétée par l'article suivant.

402. L'article 153 a opposé comme fin de non-recevoir absolue à l'action en nullité résultant de l'impuberté, le laps de six mois écoulé depuis la puberté des époux impubères, ou de l'impubère, et la conception de la femme dans les six mois du mariage, que cette conception arrive avant l'âge de douze ans (fécondité bien précoce, et éventualité fort rare) ou après. Dans ces deux cas, l'action ne peut plus être intentée par personne. L'article 154, crée dans le consentement des père et mère, tuteur, curateur et des autres parents au mariage de l'impubère, une fin de recevoir relative à eux seuls.

On doit remarquer une différence dans la rédaction du présent article 154, et celle de l'article 150, en ce qui touche



aux autres que les père et mère, c'est-à-dire aux aïeuls et aux collatéraux. L'article 150 ne donne à ces parents, l'action contre le mariage de leur parent mineur, (celle créée par cet article 150 et fondée sur le défaut de consentement paternel et tutélaire) que quand le conseil de famille n'a pas été consulté, sans la leur donner également dans le cas où leur avis ayant été requis, ils ont refusé leur consentement, pendant que l'article 154 ne leur enlève l'action que quand ils ont consenti au mariage. Dans un cas, le seul défaut de consultation donne l'action aux parents, dans l'autre leur seul consentement la leur enlève. Ainsi à défaut des père et mère des mineurs impubères, les autres parents pourront toujours se pourvoir contre leur mariage, quand ils n'y auront pas consenti, soit que le tuteur ou curateur aient consenti au mariage sans les consulter, ou après les avoir consultés, ou que ce même mariage ait été contracté sans le consentement de ce tuteur ou de ce curateur. Ce n'est qu'à défaut des tuteur ou curateur, c'est-à-dire au cas de leur mort ou de leur refus de porter l'action contemplée par l'article 154, que les parents peuvent le faire.

403. A qui appartient l'action pour cause d'impuberté ? Il est clair qu'elle appartient aux époux, qu'ils soient tous deux impubères, ou que l'un d'eux seul le soit. L'impubère lui-même peut se plaindre de ce vice qu'il peut couvrir par un nouveau consentement donné après la puberté, mais qu'il n'est pas tenu d'accorder. L'article 154 la donne aussi aux parents, et c'est ici à leur intérêt d'affection que la loi attribue ce droit. Aussi cette action est-elle principale. Comme dans les cas d'inceste prévus par l'article 132, appartient-elle à tous ceux qui y ont intérêt ? Non, le Code n'a pas ici répété cette disposition de l'article 152 ; bien plus il l'a omise dans cet article 152, emprunté à l'article 184 du Code Français qui la contient.

Ce doit être intentionnellement qu'il a fait cette omission qui ne manque pas de sagesse. L'inceste est un acte odieux. Il n'en est pas ainsi du mariage contracté en état d'impuberté, laquelle ne forme qu'un obstacle temporaire à la consumma-

tion, et que l'âge fait disparaître. De cette différence dans la nature des deux empêchements, est née sans doute la distinction entre les personnes auxquelles la loi accorde l'action. Il y avait d'ailleurs une autre raison pour ne pas attacher l'action à l'intérêt pécuniaire des tiers. L'action de ces tiers ne s'exerce ordinairement, comme nous l'avons vu, qu'après la dissolution du mariage et par voie incidente. Comment pourraient-ils être admis à critiquer un mariage frappé d'abord du vice d'impuberté, mais qui aurait été ratifié par la suite. Si d'un autre côté, les époux n'ont pas persévéré dans leur mariage, ce mariage n'a pas pu causer aucun préjudice aux tiers.

405. Ce n'est pas en qualité de tiers et d'intéressés pécuniairement que les parents, (dans ce terme nous comprenons ici les père et mère), peuvent exercer l'action en ce cas, nous l'avons déjà dit. Mais un point auquel nous n'avons point touché est de savoir, si cette action appartient seulement aux parents et aux tuteurs et curateurs de l'impubère, quand un seul des conjoints n'avait pas atteint l'âge requis, ou si les parents du conjoint pubère peuvent demander la nullité du mariage.

Le mariage est un acte indivisible, et il n'est pas de ce contrat comme de certains autres dans lesquels une partie peut s'obliger sans obliger l'autre. La valeur du contrat de mariage, pour l'un des conjoints, est en raison exacte de sa valeur pour l'autre. Si le mariage n'a pas eu d'effet pour les deux conjoints, il n'en a eu pour aucun ; *matrimonium non claudicat*. L'objet de l'action d'ailleurs n'est pas réellement de faire annuler ou casser le mariage. C'est improprement, et pour répondre aux besoins de la pratique que l'on se sert des mots cassation, annulation, et à cause de la disette du langage judiciaire. Cet objet, nous l'avons dit, est de faire déclarer que le mariage a été nul dès le principe, c'est-à-dire, qu'il n'y a pas eu de mariage. Le but de la loi en armant l'autorité des parents sur leurs enfants mineurs, de l'action en nullité, est d'affranchir ces enfants des liens de mariages abusifs, pour leur en assurer de véritables. A ce point de vue, quelle limitation peut recevoir l'action des parents, du fait

que le vice vient de l'autre conjoint ? On pourrait même dire, que dans ce cas, l'action des parents emprunte son existence à la fraude ou la déception pratiquée par l'autre famille.

### ARTICLE 156.

Tout mariage qui n'a pas été contracté publiquement, et qui n'a pas été célébré devant le fonctionnaire compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, et par tous ceux qui ont un intérêt né et actuel, sauf au tribunal à juger suivant les conséquences.

### ARTICLE 157.

Si les publications requises n'ont pas été faites ou suppléées au moyen de dispense ou licence, ou bien si les intervalles prescrits ou d'usage pour les publications et la célébration n'ont pas été observées, le fonctionnaire qui célèbre un mariage sous de telles circonstances est passible d'une amende qui n'excède pas cinq cents piastres.

#### SOMMAIRE.

405. L'article 156 ne considère pas le défaut de publication des bans comme invalidant le mariage. Il ne faut cependant pas accorder une portée absolue à cette interprétation de l'article.
406. Parmi les conditions exigées pour rendre le mariage public il faut faire une distinction. Il est des formalités dont l'omission emporte nullité et d'autres qui ne produisent pas cet effet.
407. Tous les mariages, à part ceux des Juifs et des Quakers, doivent, à peine de nullité, être célébrés devant un ministre du culte. Quelles sont les personnes qui peuvent attaquer le mariage pour défaut de publicité ?
408. En haine des mariages clandestins l'article 157 a prononcé une pénalité contre les ministres du culte qui sans dispense ou licence et sans publication de bans célèbrent un mariage. Caractère et objet de cette disposition.
409. Réponse ordinairement faite à l'objection fondée sur le reproche que cette disposition constitue un empiètement du pouvoir civil sur le pouvoir ecclésiastique. Comment se fait le recouvrement de la pénalité imposée par cet article 157 ?

## COMMENTAIRE.

405. L'article 156 ne paraît pas à première vue, considérer le défaut de publicité du mariage, comme frappant de nullité rigoureuse, le mariage privé des formalités qui la constituent. Les termes facultatifs dans lesquels il donne l'action aux époux et à tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, et la discrétion qu'il laisse aux tribunaux de juger suivant les circonstances, donneraient même à entendre que ces derniers sont libres de ne pas prononcer la nullité de ces mariages. L'article 191 du Code Napoléon, sur lequel le notre est calqué, a ainsi été interprété en France.

Cependant, il faut bien se garder d'accueillir avec trop de faveur cette interprétation ; car il est certainement des cas, où le défaut de publicité du mariage en emporte la nullité absolue. Témoin le défaut de présence du propre curé des parties, qui frappe le mariage d'invalidité complète. (V. Pothier, Contrat de mariage, Nos 361 et 362). S'il est des cas où en France, sur les appels comme d'abus, le Parlement de Paris a refusé de prononcer cette nullité, ce ne fut cependant pas en méconnaissant la nullité, mais en écartant par des fins de non-recevoir la partie appelante. C'est ce qu'exprime D'Aguesseau, vol. 5, dans un mémoire qui se trouve après le 37<sup>e</sup> plaidoyer, p. 161 : “ S'il y a quelquefois des “ circonstances assez fortes, suivant les règles de la police “ extérieure, pour fermer la bouche à la mauvaise foi, et à “ l'inconstance de ceux qui réclament sur ce fond (le défaut “ de présence et de consentement du propre curé) contre un “ consentement libre et une longue possession, il faut au “ moins, en ce cas, qu'il paraisse que la justice ne se déter- “ mine que par les fins de non-recevoir ; et qu'en déclarant “ les parties non-recevables, elle ajoute toujours, que c'est “ sans préjudice à elles de se retirer par devers l'évêque pour “ réhabiliter leur mariage, si faire se doit.”

406. Nous avons dit plus haut, que la publicité du mariage consiste dans l'accomplissement de toutes les formalités voulues par la loi pour en répandre la connaissance, et éviter la

clandestinité. Ces formalités consistent dans la publication des bans, dans la célébration devant le fonctionnaire compétent (art. 128) qui, pour les catholiques, est le curé des conjoins, et dans l'inscription du mariage au registre de l'Etat civil. Un mariage qui n'est pas revêtu de toutes ces formalités, n'a pas sans doute reçu toute la publicité voulue, mais on ne peut pas dire non plus qu'il manque de publicité. Il faut donc distinguer entre les formalités, dont l'absence emporte la peine de nullité, et celles qui ne sont pas essentielles à sa validité. La publication des bans, ainsi que la rédaction, signature et insertion de l'acte de célébration aux registres de l'Etat civil, ne sont pas des formalités essentielles. Nous avons dit que pour les catholiques, la célébration devant le curé, l'est. Que dire pour les autres dénominations religieuses du défaut de célébration devant le fonctionnaire compétent, c'est-à-dire devant le ministre de leur croyance ?

407. D'abord il me paraît certain, qu'à part ceux des Juifs et des Quakers, tous les mariages célébrés dans le Bas-Canada doivent, à peine de nullité, l'être devant un ministre du culte. C'est le seul fonctionnaire que l'article 128 reconnaisse comme compétent. C'est ce qui a été déjà dit plusieurs fois. Nous nous sommes aussi exprimé sur la compétence des ministres protestants, à célébrer le mariage des personnes appartenant à d'autres églises protestantes qu'aux leurs. Il n'y a certainement rien dans le Code qui emporte la nullité d'un semblable mariage, dont la validité dépend de la doctrine de chaque église. Si cette doctrine ne reconnaît pas comme valide un semblable mariage, les tribunaux doivent l'invalider. Quant à la célébration devant le ministre protestant du lieu du domicile même des parties, rien ne l'exige à peine de nullité.

Les personnes qui peuvent attaquer le mariage pour défaut de publicité, sont les époux eux-mêmes, et tous ceux qui y ont un *intérêt né et actuel*. Ce sont donc en outre des époux, les père et mère, dont l'intérêt à attaquer le mariage abusif de leurs enfants est toujours né et actuel et les personnes mentionnées en l'article 155, c'est-à-dire les aïeux, les parents collatéraux, les enfants nés d'un précédent mariage et les tiers.

Cet intérêt doit être celui indiqué dans le commentaire sur cet article, et la nullité doit être demandée ainsi qu'exprimé à cet endroit auquel nous renvoyons. Le juge est l'appréciateur de cet intérêt, et de la convenance de prononcer la nullité ou de rejeter la demande. C'est cette latitude laissée au juge sur la nature de l'intérêt de ces réclamations, aussi bien que sur le défaut de publicité que l'article 156 exprime par ces mots : *sauf au tribunal à juger suivant les circonstances.*

408. En haine des mariages clandestins, qui n'arriveraient pas, si les parties ne trouvaient pas des fonctionnaires complaisants pour les célébrer, le Code a prononcé une pénalité de cinq cents piastres au maximum, contre ceux qui célèbrent un mariage, sans dispense ou sans licence, ou sans avoir fait les publications de bans requises, dans les intervalles prescrits, ou sans s'assurer qu'elles ont été faites par d'autres. Une semblable sanction était dans certains cas nécessaire. Dans beaucoup de congrégations, les publications de bans étaient négligées, et l'on connaît l'usage subreptice fait des licences et la facilité avec laquelle elles s'obtiennent. Ce n'est pas que cet article doive mettre fin à l'abus des licences de mariages. C'est en plus haut lieu qu'il faudrait s'adresser pour les réprimer. Espérons toutefois que la menace que renferme cette pénalité quelque faible qu'elle soit, aura l'effet de mettre un frein à la facilité avec laquelle ces licences sont accordées. Certaines hautes régions, et singulièrement ce sont celles qui sont le moins menacées par la disposition de cet article, si elles le sont du tout, s'en sont émues, et ont cru voir dans la pénalité que l'article prononce, un empiétement du pouvoir civil sur l'autorité ecclésiastique.

409. On répond à cette objection dont nous discuterons la valeur en son lieu (1) : il est difficile de concevoir, que quand le bras séculier sanctionne par une peine civile, l'exécution d'une loi ecclésiastique, il puisse commettre une anticipation sur le domaine de l'Eglise. C'est du droit canonique que nous vient la nécessité des publications ordonnées par le troisième concile de Latran. Comment le Code en sauvegar-

(1) Au tome suivant.

dant l'exécution des canons de ce concile, par des peines prononcées contre ses infracteurs, pourrait-il porter atteinte à son autorité ? Si la formalité des publications était portée par une loi civile, obligeant sous des pénalités, les ecclésiastiques à les faire, on comprendrait les craintes, mais elles paraissent ici sans fondement. L'on objecte que c'est au pouvoir épiscopal à punir les infractions à la discipline ecclésiastique, comme serait celle du prêtre qui procéderait à un mariage clandestin. Cela est fort vrai et l'objection serait juste, si l'article avait pour effet de soustraire le transgresseur à la juridiction de son évêque ; mais il n'en est pas ainsi, et l'imposition de la pénalité laisse dans sa plénitude, la compétence du juge d'Eglise. Loin d'empiéter sur les prérogatives du pouvoir ecclésiastique, en mettant à son service l'autorité du bras séculier pour faire respecter ses lois, le pouvoir civil lui accorde un secours dont on méconnaîtrait la portée en le traitant comme une usurpation.

On ajoute que cette discussion est inutile et que ce n'est pas contre ceux qui redoutent en principe la pénalité, qu'elle est dirigée en pratique. Au surplus, dans un pays de nationalités et de croyances mixtes, il faut savoir tenir compte au législateur, du danger que courrait son autorité, s'il introduisait dans ses lois, des distinctions qu'il peut être dans sa pensée de sous-entendre, mais qu'il n'est pas en son pouvoir d'exprimer.

Le recouvrement des pénalités édictées par cet article, doit se faire aux termes de l'article 17, par action ordinaire portée au nom de Sa Majesté devant les tribunaux civils, à l'exception de la cour des commissaires qui est sans compétence sur ce sujet. Il en est de même de celles portées par l'article suivant.

#### ARTICLE 158.

La pénalité imposée par l'article précédent, est également encourue par le fonctionnaire qui, dans l'exécution du devoir qui lui est imposé ou dont il est chargé, touchant la célébration d'un mariage, contrevient aux règles qui sont prescrites à cet égard par les divers articles du présent titre.

## ARTICLE 159.

Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 51.

## SOMMAIRE.

410. La pénalité imposée par l'article 158 dont nous remettons la considération sous le rapport du prétendu conflit qu'il crée entre le droit civil et le droit ecclésiastique, prouve que le Code n'a pas entendu attacher la peine de nullité au défaut du consentement paternel ou tutélaire des enfants mineurs.
411. La loi n'a pas voulu abandonner la preuve de la célébration du mariage aux incertitudes de la preuve orale. Elle a exigé la représentation de l'acte de célébration. Cette règle est pourtant sujette à des exceptions.
412. Une de ces exceptions a lieu au cas de non existence des registres, de leur perte et d'autres cas équivalents.
413. L'inscription de l'acte de mariage sur une feuille volante ne serait pas authentique par elle-même.

## COMMENTAIRE.

410. Un des cas de pénalité prévus par l'article 158, est celui du mariage du mineur qui serait célébré sans le consentement de ses père et mère, ou de son tuteur ou curateur. Dans le cas du tuteur et curateur leur consentement n'a de valeur, qu'après avoir pris l'avis du conseil de famille ; mais il n'est pas nécessaire que cet avis soit favorable au mariage, l'article 122, n'exigeant pas le consentement des parents du mineur. Il suffit qu'ils aient été consultés. Comme nous l'avons déjà vu, l'imposition de cette pénalité fait voir que le Code n'a pas entendu frapper de nullité, ces mariages ainsi contractés, sans le consentement paternel ou tutélaire autrement que pour les effets civils.

En même temps que nous traiterons du conflit que l'on a cru trouver, au sujet des pénalités imposées par l'article 157 entre le droit civil et le droit ecclésiastique, nous traiterons de celui-ci.

411. La loi qui a entouré le mariage de toutes les garanties



propres à en assurer la permanence, n'a pas voulu abandonner la preuve de sa célébration aux incertitudes du témoignage oral ou même des écrits secondaires, elle en a ordonné une preuve authentique, par l'inscription de l'acte de célébration aux registres de l'état civil. Pour atteindre le but qu'elle s'est proposé, elle reconnaît à cet acte seul, la vertu d'établir le titre d'époux et d'attribuer au mariage ses effets civils. Chacun sait où il s'est marié, et il ne tient qu'à lui de fournir la preuve régulière de son mariage, par la production de l'acte de célébration.

Cet article ne s'applique pourtant pas à tous les cas où il peut être question incidemment de la qualité d'époux. Il a lieu quand la qualité d'époux est le titre de la demande et que les effets civils réclamés découlent du mariage. L'action pour droits matrimoniaux et gains de survie, l'action civile en adhésion et beaucoup d'autres de la même nature sont de ce nombre. Il ne faut pas cependant croire que, même sur ces demandes, la production de l'acte de mariage soit une forme indispensable, sans laquelle le juge ne pourrait pas reconnaître le droit d'action, si d'ailleurs le fait était constant ou admis. Le sens de l'article est, que quand le fait du mariage est en question, la production de l'acte de célébration constitue en thèse générale, le seul moyen légal de l'établir.

412. L'article qui n'exige pas l'impossible, fait avec raison une exception du cas de non-existence des registres, et de celui où ces registres auraient été perdus. Nous avons traité sur l'article 51, au tome précédent, des cas où la preuve secondaire peut suppléer à la preuve des registres et de la manière d'y suppléer. Tout ce que nous avons dit là s'applique à l'exception contenue en cet article. Nous y référons.

Devrait-on traiter comme un cas de non-existence des registres, celui où l'acte de célébration aurait été inscrit sur une feuille volante, ou dans un registre non authentique, c'est-à-dire non tenu en double, non numéroté et non paraphé par le juge ou le protonotaire, aux termes des articles 44 et 45 ; et permettre la preuve supplémentaire, par témoins et par écrits secondaires ?

413. D'abord, il est certain que cet acte ne ferait pas foi authentique par lui-même. Il faudrait le corroborer de toutes les manières indiquées au Commentaire sur l'article 41, et disons à ce sujet, qu'à première vue on serait porté à croire, que la preuve de la possession d'état serait une corroboration suffisante, sans le décider catégoriquement; car en matière de preuve secondaire tout dépend des circonstances et des appréciations des tribunaux. L'acte ne produisant pas d'effet authentique, parce que le registre dans lequel il a été inscrit, n'a pas été tenu avec les conditions imposées par la loi à son authenticité, ou bien parce qu'il n'a pas été inscrit dans un registre authentique, on ne peut pas dire que par rapport à ce mariage, il a été tenu des registres, lesquels n'ont d'existence légale qu'à certaines conditions déterminées. Ce cas-là tombe donc dans la catégorie des cas de non tenue des registres, et la preuve que cet acte fait du mariage, demande confirmation.

#### ARTICLE 160.

La possession d'état ne peut dispenser les prétendus époux qui l'invoquent de représenter l'acte de célébration du mariage.

#### ARTICLE 161.

Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage est représenté, les époux sont non-recevables à demander la nullité de cet acte.

#### ARTICLE 162.

Si néanmoins dans le cas des articles 159 et 160 il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui sont tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est appuyée sur une possession d'état qui n'est pas contredite par l'acte de naissance.

## SOMMAIRE.

414. Si pour réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, il faut représenter un acte de célébration, il s'en suit que la possession d'état est insuffisante. Effet de la possession d'état d'après l'article 161.
415. La possession d'état fera présumer la légitimité des enfants nés d'individus décédés, qui ont publiquement vécu comme époux sans rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs parents. Développement.

## COMMENTAIRE.

414. L'article 160, n'est qu'un corollaire de l'article 159. En effet, si pour réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, il faut représenter un acte de célébration, il s'en suit que la possession d'état est insuffisante. Cet article a cependant une autre portée, en ce qu'il signifie, qu'en thèse générale, la possession d'état ne peut équivaloir à l'acte de célébration. Ce qui repousserait l'idée absolue, qu'en cas de non tenue ou de perte des registres, la possession d'état serait seule suffisante pour prouver le mariage. Je dis absolue, car il peut arriver des cas où elle peut l'être.

Cependant cette possession d'état, d'après l'article 161, a un effet particulier ; c'est celui d'empêcher les époux de demander la nullité de leur acte de mariage, quand cette possession est conforme à l'acte. Ainsi quelqu'un informe que cet acte serait, soit qu'il eût été inscrit sur une feuille volante, ou dans un registre non authentique, soit qu'il n'énonçât ni le jour de la célébration du mariage, ni les noms et prénoms, profession et domicile des époux, ni des père et mère, ni de l'époux précédé, ni l'âge des parties, ni la publication ou le défaut de publication, ni le consentement des père, mère, tuteurs, ou l'avis du conseil de famille, dans les cas où ils sont requis, ni les noms des témoins, ni le fait de leur parenté ou de leur alliance, ni enfin s'il y a eu opposition ou que main-levée en a été accordée, toutes formalités requises par l'article 65, la preuve de la possession d'état empêcherait les époux d'en contester la valeur. La loi suppose avec raison, que la possession

d'état, qui consiste dans le *nomen, tractatus et fama*, *nomen* quand la femme a pris le nom de son mari, *tractatus*, quand les époux se sont traités maritalement, et *fama* quand ils ont eu la renommée d'époux, a couvert tous ces vices.

Ce n'est pas que la possession d'état purge les vices intrinsèques du mariage, et repousse l'action en nullité, fondée au contraire sur l'admission que le mariage a été célébré de fait. Elle a simplement pour effet de mettre les époux dans la même condition que s'il y avait eu un acte de mariage régulier et authentique. Cet article n'a rapport qu'aux époux entr'eux et aux droits qu'ils peuvent réclamer comme leur provenant du mariage. L'article suivant applique aux enfants l'effet de la possession d'état de leur père et mère.

415. Jusqu'ici, il s'est agi des effets produits entre époux par le défaut de représentation de l'acte de célébration. Il est maintenant question des enfants qui méritent une faveur spéciale et que la loi leur a accordée. Les parents savent toujours où trouver leur acte de mariage, et s'il n'en a pas été fait ou s'il a été informé, la faute doit leur en être imputée. Il n'en est pas ainsi des enfants qui, ni dans leur état, ni dans leurs biens ne doivent souffrir, de cette négligence. Ainsi des enfants nés de deux individus décédés, qui ont vécu publiquement comme mari et femme, seront réputés légitimes, sans rapporter l'acte de mariage de leur père et mère, s'ils peuvent invoquer la double possession d'état de leur père et mère comme mari et femme et la leur, comme enfants légitimes, et si leur propre acte de naissance ne contredit pas cette légitimité due à une présomption, que repousserait un acte de naissance, qui ferait preuve de leur illégitimité ou de leur procréation d'un autre mariage ou par d'autres personnes.

Cette éventualité de l'acte de naissance, est-il le seul fait qui, sous l'article 162, puisse repousser la présomption de légitimité ? L'article dit que cette légitimité ne pourra être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de naissance. Mais s'il y a d'autres prétextes pour le contester, ils seront certainement recevables. Par exemple, s'il était démontré que les père et mère des enfants qui ont vécu comme

mari et femme n'en avaient que le titre, qu'ils n'avaient jamais été mariés et même qu'ils n'avaient pu l'être valablement. Supposons un premier mariage encore subsistant lors de la naissance des enfants entre le père ou la mère et une autre personne. Il est évident que cette présomption de légitimité s'évanouira devant la preuve contraire, et que l'article restera application.

### ARTICLE 163.

Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il est contracté de bonne foi.

### ARTICLE 164.

Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants nés du mariage.

#### SOMMAIRE.

- 411. Le mariage putatif est entaché de nullité, mais la bonne foi lui communique, en certains cas, les effets d'un mariage véritable.
- 417. L'article 163 accorde les effets civils du mariage putatif, tant à l'égard des époux quand ils sont tous deux de bonne foi, qu'à l'égard des enfants.
- 418. Dans le cas où les époux ne peuvent pas invoquer leur bonne foi le mariage putatif ne fait accorder les effets civils du mariage véritable qu'à celui des époux qui est de bonne foi.

#### COMMENTAIRE.

416. Ces deux articles nous mettent en présence des mariages putatifs. Le mariage putatif est celui contracté solennellement, entre deux personnes qui ignoraient toutes deux, ou dont l'une d'elles ignorait qu'il existait entre elles des empêchements. *Matrimonium putativum, est quod bona fide et solemniter, saltem opinione conjugis unius, justa contractum inter personas jungi non vetitas consistit.*

Le mariage putatif est entaché de nullité, mais l'erreur des

époux ou de l'un deux sur son illégitimité, lui fait attribuer dans de certaines limites, la valeur d'un mariage véritable.

L'article 163 dit que le mariage *déclaré nul* produit à cause de sa bonne foi les effets civils. Cet article à l'air d'exiger pour produire ces effets que le mariage putatif soit annulé. Mais il nous représente le mariage putatif dans sa condition la plus défavorable, celle qui est produite par un jugement de nullité, pour faire éclater d'une manière plus saillante l'effet de la bonne foi sur le mariage entaché d'empêchements.

La condition exigée par l'article, est la bonne foi. Il faut que l'erreur des parties ou de l'une d'elles soit une erreur excusable; car une erreur trop grossière pour être tolérée, repousserait la supposition de bonne foi, en faisant présumer la connaissance de l'empêchement. *Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur. Quid enim si omnes in civitate sciunt, quod ille solus ignorat. Loi 9, § 2, de juris et facti ignorantia.* Il importe peu que cette erreur soit une erreur de droit ou de fait. Quelques auteurs ont soutenu que l'erreur de droit exclu t la bonne foi, car nul n'est censé ignorer la loi. Mais cette distinction a plus de subtilité que de raison; elle est d'ailleurs contraire à l'article 163 qui n'exige que la bonne foi, et l'on ne soutiendra pas que l'ignorance du droit soit exclusive de la bonne foi. D'autres exigent la séparation des époux aussitôt que l'erreur est découverte, sous peine de perdre le bénéfice de cet article. Mais en formulant cette exigence, ils se montrent plus rigoureux que la loi, qui n'en parle pas. L'on ne doit pas d'ailleurs oublier que la présomption de légitimité est ici créée en faveur des enfants aussi bien que des parents, et que leur faire perdre après coup, le bénéfice de la bonne foi initiale de leurs parents, serait les punir d'une faute qu'il n'ont point commise et leur enlever rétroactivement le bénéfice d'un droit ouvert en leur faveur.

417. L'article accorde les effets civils aux mariage putatif, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. A l'égard des époux, s'ils sont tous deux de bonne foi, le mariage annulé produit les mêmes effets civils que s'il avait été valable-

ment contracté, mais le jugement en nullité, est considéré comme une dissolution du mariage. Ainsi du jour de l'annulation, les époux sont obligés de se séparer, et la liquidation de leurs droits se fait en conséquence. La communauté est dissoute, et le partage s'en fait, comme si un jugement prononçait la séparation.

A l'égard des enfants, leur position est la même sous tous les rapports, que si le mariage eût été valable. Ils héritent de leur père et mère et si après la déclaration de nullité, l'un ou l'autre des époux ou les deux époux se remariaient, et s'il naissait des enfants de ces nouveaux mariages, les premiers enfants viendraient avec les derniers à la succession, comme si le mariage dont ils sont nés n'eût été entaché d'aucun vice et eût été dissous par la mort d'un des époux, suivie d'un mariage subséquent de l'autre.

Si un seul des époux est de bonne foi, le mariage ne produit d'effets civils qu'en sa faveur. La déchéance des droits matrimoniaux de l'autre n'est qu'une juste punition de sa fraude.

Quant aux enfants, ils sont considérés comme légitimes, de la même manière que si les deux époux eussent été de bonne foi. La légitimité est indivisible et ne peut se scinder. Un enfant ne peut être légitime du côté de son père et illégitime par sa mère.

Jusqu'ici nous avons parlé du mariage putatif dissous par un jugement d'annulation, c'est-à-dire d'un mariage qui a été attaqué du vivant des époux.

Ce mariage peut-il être attaqué après la mort des deux ou après la mort de l'un des deux ? Il y a à attaquer ce mariage, après sa dissolution, de graves inconvénients sans doute. Il sera par exemple, plus difficile aux enfants de faire valoir la bonne foi de leur père et mère, qu'il ne l'aurait été à ces derniers eux-mêmes. Mais cet inconvénient qui est propre à tous les cas où un mariage dissous par la mort est attaqué, cède devant cette considération générale dont l'effet est absolu, que, si l'on s'y arrête, on ne permettra jamais la contestation

d'un mariage après la mort des époux ; ce qui serait produire une somme d'abus plus graves encore. Il fallait choisir entre deux maux, et l'on a dû adopter le moindre.

---

## CHAPITRE CINQUIÈME.

---

### DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

Après avoir énoncé les conditions de validité du mariage, la manière dont on doit s'opposer à sa célébration, quand il manque quelques-unes de ces conditions, et le mode dont on peut faire valoir la nullité du mariage affecté de vices radicaux, le Code considère maintenant le contrat comme parfait, et déduit les devoirs qui en naissent, tant entre les époux et les enfants, qu'entre les époux entre eux. Par le chapitre cinquième, il énonce la première partie de ces devoirs ; le sixième contient la seconde, et enfin le chapitre septième traite, dans un seul article de la dissolution du mariage.

Pour mettre à exécution le plan annoncé de traiter en deux parties distinctes, la première au point de vue du droit civil et suivant le Code, et la seconde suivant le droit ecclésiastique, la matière des nullités de mariage, nous devrions la compléter immédiatement, mais il nous faudrait pour cela suspendre de nouveau l'ordre textuel du Code. Nous avons cru qu'il serait plus utile de continuer, sans autre interruption, le commentaire des trois chapitres qui nous restent à parcourir pour terminer le présent Titre, nous réservant de faire ensuite de la partie qui nous restera à traiter, l'objet d'un chapitre particulier.

### ARTICLE 165.

Les époux contractent par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.



## SOMMAIRE.

419. Ce que l'article entend par l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants.
420. La loi n'a pas assigné de durée fixe à cette obligation qui dure pendant toute la vie des parents et celle des enfants. Fausseté de l'opinion commune qui attribue à l'âge de majorité de l'enfant l'effet de faire cesser l'obligation des parents.
421. Le lien de cette obligation est suspendu quand l'enfant est en état de gagner sa vie, mais il reprend sa vigueur quand l'enfant en redevient incapable. Développement.
422. Une considération d'ordre public est au fond de cette obligation dictée par le droit naturel et reconnue par le droit civil. Cette obligation des parents envers leurs enfants s'étend à leurs petits enfants.
423. Développement de ce principe dont l'application dépend des circonstances et est discrétionnaire aux tribunaux.
424. Mesure dans laquelle l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants et petits enfants lie les parents. Quand cette obligation cesse-t-elle ?
425. Comment s'exerce l'action qui a lieu contre les parents pour les contraindre à exécuter leur obligation. Latitude laissée aux juges dans les condamnations qu'ils portent sur cette action.
426. Distinction entre la nourriture et l'entretien que doivent fournir les parents aux enfants et leur éducation. Discussion de cet aperçu du sujet. Si cette distinction ne se trouve pas dans le texte de la loi, peut-on dire qu'on doit la chercher dans l'intention du législateur ?
427. Suite de la discussion.

## COMMENTAIRE.

419. La loi, qui, nous l'avons vu, se préoccupe des intérêts matériels de l'enfant dans le sein de sa mère, ne devait pas l'abandonner à sa naissance, et c'est naturellement aux auteurs de ses jours qu'elle adresse le triple commandement, de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever.

Par nourriture, on entend le manger et le boire, et tout ce qui est nécessaire pour l'alimentation du corps. L'entretien consiste dans le vêtement, le logement, et tout ce qui est nécessaire pour satisfaire aux besoins matériels et journaliers de la vie. En termes de droit, l'expression d'aliments comprend tout ce qui est nécessaire à la vie, savoir : la nourriture, le logement, le vêtement. *Legatis alimentis, cibaria et vestitus et habitatio debetur, quia sine his ali corpus non potest ; cætera quæ*

*ad disciplinam pertinent legato non continentur. Leg. 6, § de alim. vel cib. leg.* “ Les aliments comprennent la nourriture, “ les vêtements, le logement, les remèdes en cas de maladie ; “ en un mot tout ce qui est nécessaire au soutien de la vie.” (Boilleux, art. 203 C. N.) L'éducation est le complément des soins et prestations que les parents doivent fournir à leurs enfants, pour faire atteindre à leur corps et à leur esprit, le degré de développement et d'aptitude dans les choses matérielles et intellectuelles, suffisant pour leur permettre de gagner convenablement leur vie, c'est-à-dire de les faire instruire et de leur procurer un état. “ Une obligation spéciale est “ imposée aux pères,” dit Boilleux, (tome I, page 501, sur le même article 203 C. N.) “ ils doivent élever leurs enfants ; “ c'est-à-dire former leurs mœurs, leur donner une instruction “ en rapport avec la fortune qu'ils peuvent avoir un jour et avec “ la position sociale qu'ils sont destinés à occuper.”

Il ne s'agit pas ici des devoirs d'une nature toute immatérielle des parents envers leurs enfants, que la morale et la religion enseignent, et dont la voix de la conscience punit seule l'infraction, mais bien des obligations matérielles prescrites par la loi, et dont elle enforce l'accomplissement, en d'autres termes, pour lesquelles elle donne une action en justice. Ce n'est que de ces obligations là que le Code s'occupe.

Les parents sont donc obligés par la loi, de nourrir, entretenir et faire instruire leurs enfants, suivant leurs moyens, et de leur faire apprendre un métier, art ou profession conditionnés aux aptitudes des enfants, et à leur propre condition sociale. Voilà une règle générale dont l'exactitude n'est pas douteuse et qui trouvera son application dans tous les cas possibles. (1)

(1) Nouveau Denizart, Vo. aliments.

“ La nature oblige les père et mère de pourvoir à la nourriture de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en état de le faire eux-mêmes. Les lois traitent “ de meurtriers les pères qui refusent de s'acquitter de ce devoir : *necare videtur, non tantum is qui partum perforat, sed et is qui abjicit et qui alimonia denegat. Leg. 4, § de agnosc. et alend. liber.* Elles ordonnent qu'ils y “ seront contraints par le juge en connaissance de cause et suivant leur faculté. *pro modo facultatum.*”

420. La loi n'a point fixé la durée de l'obligation des parents envers leurs enfants, et elle a eu raison. Car abstraite-ment elle dure pendant toute la vie des parents et des enfants, avec les modifications que l'âge et la situation respective des parents et des enfants lui impriment, sans doute, mais elle n'en reste pas moins à l'état latent, dont elle sort chaque fois que les besoins des enfants et les moyens des parents, viennent la mettre en action. Les besoins des enfants et les moyens des parents ; voilà le vrai *criterium* de l'obligation !

Une opinion assez commune attribuée à la majorité de l'enfant, l'effet de faire cesser l'obligation des parents. C'est une erreur ! L'obligation existe envers l'enfant de vingt-deux ans, comme elle existe envers celui de vingt ; l'avènement de la vingt-et-unième année, n'a pas eu d'autre effet que celui de la vingtième, c'est à-dire d'apporter à l'obligation naturelle, l'altération graduelle que lui imprime le progrès de l'âge, en facilitant à l'enfant les moyens de gagner sa vie, et en dégrevant proportionnellement ses parents de la nécessité de lui venir en aide.

421. Il est donc, en thèse générale, impossible de prescrire de limites absolues à la durée de cette obligation, dont le lien est suspendu quand l'enfant est en état de gagner sa vie, et reprend sa vigueur quand il en redevient incapable. (1) On doit cependant faire une différence entre l'obligation de nourrir et entretenir l'enfant et celle de l'élever, c'est-à-dire de l'instruire et de lui procurer un état. Celle-là cesse entière-

(1) "Leur donner des aliments. Bien que cette obligation soit mise par la loi sur la même ligne que celle de les *élever*, ne concluons pas que les père et mère s'en trouvent affranchis, dès qu'ils ont mis leur enfant à même de subvenir à ses besoins ; nul doute qu'elle renait s'il tombe dans l'indigence : le droit aux aliments ne s'éteint qu'avec la vie. (Rennes, 12 juin 1810.)"

Vainement les père et mère allégueraient-ils qu'ils ont donné à l'enfant demandeur, pour fonder un établissement, une somme qu'il a dissipée ; qu'il a quitté la maison paternelle contre leur gré. (Nîmes, 12 fructidor, an XIII ; D., Aliments, sect. 1re, § 3) ; qu'il s'est marié sans leur consentement (Dur. No. 384 ; Vazeille, t. 2, No. 482 ; Toullier, No. 614 ; Rolland de Villargues, Aliments, No. 7 ; Cass. 7 décembre 1808 ; Caen, 13 avril 1822 ; Bruxelles, 19 janvier 1811 ; Grenoble, 19 février 1808, Dec. Pal.) ; ou bien

ment quand elle est exécutée, ou quand le temps de l'exécuter est passé. Si par sa faute, le père n'a pas procuré à son enfant, les moyens de gagner sa vie, les conséquences en retomberont sur lui, par la perpétuation de son obligation de secourir son enfant. Si c'est par l'indocilité ou l'insubordination de l'enfant, qu'il n'a pas appris un état, le père ne peut que s'imputer le blâme de ne lui avoir pas, par une éducation convenable, inculqué de meilleurs sentiments, et vaincu sa résistance à des ordres légitimes ; et enfin si c'est par ineptie ou par les effets d'une nature incorrigible, que l'enfant n'a pu ou n'a voulu rien apprendre, c'est le malheur des parents d'avoir à souffrir du peu d'intelligence et de la mauvaise nature de leurs enfants. Ne vaut-il pas mieux après tout, que ces enfants disgraciés et ces mauvais sujets restent à la charge de leurs parents, que de tomber à celle de la société, au risque d'en troubler le bon ordre par la mendicité ou le dérèglement ?

422. Une considération d'ordre public est donc au fond de cette obligation tracée par la nature et reconnue par la loi civile, et elle n'est pas restée étrangère à l'organisation du présent chapitre. L'obligation de nourrir et entretenir les enfants indigents s'étend-elle aux petits-enfants ? Voilà une question qui est en fait susceptible de distinction. Le petit enfant a perdu ses père et mère, ou ils sont encore vivants. Dans le second cas, il est certain qu'il n'existe pas d'obligation directe de son grand-père envers lui, puisqu'elle subsiste en la personne de son père. Mais elle existe indirectement par l'in

encore qu'il s'est rendu coupable envers eux d'une action qui l'a rendu indigne de succéder ; les aliments sont une dette imposée par la nature."

" L'obligation s'évanouit de droit du moment, où l'enfant même mineur, se trouve avoir des ressources personnelles. Nous le répétons, le droit et l'obligation, en matière d'aliments, renaissent chaque jour, car ils ont pour base la nécessité." Boilleux, *loco citato*.

" Ce n'est pas seulement aux enfants que la faiblesse de leur âge met hors d'état de s'entretenir eux-mêmes, que les père et mère doivent des aliments. ils en doivent encore à ceux qui, parvenus à l'âge de pourvoir eux-mêmes à leurs besoins, ou sont tombés par leur faute dans l'indigence, ou que, soit des infirmités, soit quelque autre cause, mettent dans l'impossibilité de se procurer par leur travail les choses nécessaires à la vie." Nouveau Dénizart.

termédiaire du fils indigent auquel le grand-père est obligé de fournir des aliments, aussi bien pour sa propre substance que pour celle de sa propre famille. “ Cela posé, ” dit Boilleux, cité chap. V, sur l'article 203 sus-cité, “ nous placerons en première ligne les enfants, puis les ascendants à quelque degré qu'ils se trouvent, toutefois, en cas de prédécès de leur auteur, ou s'il est insolvable, l'obligation retombe sur eux. ” Le mariage étant dans le vœu de la nature, est censé l'être dans celui des parents, et les père et mère sont censés par une fiction légitime, s'être portés leurs garants envers leurs conjoints et leurs enfants à naître, de l'exécution des obligations naturelles contractées par le mariage. C'est ainsi que le beau-père est tenu de fournir des aliments à sa bru, (arts. 167 et 168).

On peut d'ailleurs tirer un argument en faveur de notre maxime, de l'obligation où sont les petits-enfants vis-à-vis leurs aïeux. “ Cette obligation où sont les enfants, ne se borne pas à ceux du premier degré. Les petits-enfants sont obligés de fournir des aliments à leur aïeul ou aïeule indigents, lorsque leur père est prédécédé ou qu'il n'est pas en état de les fournir lui-même. ” (Pothier. Traité des personnes, tit. 6, sect. 2, No. 142.) Enfin le même auteur décide expressément la question en ce sens au No. 387 de son Traité du contrat de mariage, partie 5, chap. 1, art. 1.

423. Après la mort des père et mère, les aïeux doivent directement la nourriture et l'entretien aux petits-enfants qui ont une action directe pour les obtenir. “ Au défaut des pères et mères, la charge des enfants retombe sur les ascendants les plus proches, ” lisons-nous au Nouveau Denizart, *eod. Vo. Aliments*. Leur doivent-ils aussi l'éducation ? Pourquoi pas ? Est-ce que la loi pourrait faire une distinction qui n'est pas dans la nature, en forçant les aïeux à fournir à leurs petits-enfants la nourriture du corps, et en les exonérant du devoir de leur procurer celle de l'esprit ?

Les aïeux sont aussi obligés à procurer un état à leurs petits-enfants. En un mot l'obligation des aïeux est la même envers leurs petits enfants et arrières-petits-enfants, qu'envers

leurs enfants, toujours dans le cas où les père et mère sont hors d'état d'y subvenir. La chose toute légitime en droit naturel n'est pas inusitée en droit civil, qui sous le terme d'enfants comprend tous les descendants. *Liberorum appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt, continentur.* D. lib. 50, tit. 16, de reg. jur. l. 220.

On dit qu'en thèse générale, les petits-enfants tant que leur père et mère sont vivants, n'ont pas de recours direct contre leurs aïeux. Il faudrait cependant se garder de poser cette maxime en principe absolu. Il est, outre l'insolvabilité du fils que nous avons citée, des cas, comme celui de l'absence, de l'insanité du père, et d'autres hypothèses semblables, où le délaissement et le défaut de protection, dans lesquels se trouvent leurs enfants qui confèrent à ce derniers un droit de réclamation directe. Quand le droit abstrait existe, les tribunaux sont toujours les maîtres de sanctionner le recours qui le met en action.

Sans ce pouvoir discrétionnaire, le droit n'est dans bien des cas, qu'une vaine formule, et celui-ci en serait une.

424. Cette obligation contractée, comme le dit l'article, par le seul fait du mariage, voyons dans quelle mesure elle lie les époux. C'est une charge de la communauté. Si les époux sont séparés de biens, et s'ils en ont tous deux, elle se repartit par moitié entre eux, sinon, elle pèse en entier sur celui des époux qui a les moyens de la supporter.

Tant que les enfants sont en bas âge, et qu'ils ne sont pas élevés, il est rare de trouver des père et mère assez dénaturés pour refuser d'exécuter une obligation aussi légitime, et ce n'est guères pour cette époque que l'article demande une application compulsoire.

On convient généralement que l'obligation des aliments cesse quand l'enfant est en état de gagner sa vie, ou qu'il est pourvu d'un état ou établissement. Mais les infirmités et la mauvaise fortune peuvent le ramener dans l'indigence, et il se trouve des père et mère, qui dans ce cas, parce qu'ils lui ont fourni sa part de patrimoine, sous prétexte d'autres enfants à établir ou pour d'autres motifs, refusent de secourir

l'indigent. C'est alors qu'il est nécessaire de régler juridiquement les droits et obligations de chacune des parties, et d'en établir la mesure. On trouve au supplément du *Journal des Audiences*, un arrêt du 30 août 1639, par lequel un aïeul fut condamné en deux cent livres de pension alimentaire, envers ses petits enfants quoiqu'il se défendit en disant qu'il avait pourvu à son fils, père de ces derniers.

425. Il n'est pas besoin de dire, qu'on devrait faire nommer un tuteur *ad hoc*, à l'enfant mineur qui serait forcé de réclamer en justice des aliments de ses père et mère, aïeul et aïeule, le majeur seul pouvant agir en son nom. La première chose à établir de la part du demandeur serait son indigence et celle de sa famille, suivant les circonstances et les moyens de ses père et mère. Suivant la condition sociale, l'état de fortune, l'âge respectif des parents et des enfants, les besoins de ces derniers, leur conduite envers leur père, leurs antécédents, et l'emploi probable qu'ils feront des deniers qu'ils réclament, le juge arbitrera la pension qu'il ne pourra pas évaluer à une somme moindre que le nécessaire, et qu'il pourra élever, tout en se souvenant qu'il n'y a que le besoin absolu des enfants; qui puisse justifier une condamnation contre leurs parents; qu'il ne doit point mettre des parents âgés dans la gêne, encore moins dans la misère, pour soulager leurs enfants; qu'il ne doit jamais retrancher des moyens des parents, pour faire vivre des enfants dans une aisance même comparative, surtout s'ils ont déjà établi leurs enfants, hormis le cas de grande infortune des enfants et de grande richesse des parents.

En condamnant les parents à payer une pension alimentaire, les tribunaux peuvent user de toutes les restrictions et adopter toutes les mesures de précaution qui leur paraîtront utiles ou nécessaires pour assurer l'efficacité de leur jugement et l'empêcher de peser trop onéreusement sur le débiteur. Ils peuvent fractionner le montant de la pension par trimestre, par mois et par semaine. Ils peuvent ordonner le paiement entre les mains des tiers, de la femme de l'enfant, son dépôt dans une banque. C'est en cette matière surtout que le juge agit comme magistrat domestique, qu'il est plutôt un arbitre,

qu'un juge armé de la puissance judiciaire, et que le tribunal qu'il préside est un tribunal de famille.

426. Jusqu'ici nous avons mis sur la même ligne l'obligation de fournir des aliments aux enfants, et celle de les élever. Nous avons attribué à toutes deux un caractère juridique. Nous ne sommes pas en cela d'accord avec plusieurs commentateurs du Code Napoléon, qui font une distinction entre les aliments et l'éducation, qui accordent une action en faveur des enfants, contre leurs pères pour les contraindre à leur fournir des aliments et qui la leur refusent pour l'éducation. Suivant eux l'obligation d'élever les enfants est une obligation purement morale et qui n'a point de sanction judiciaire. (1)

Je n'en persiste pas moins dans mon sentiment. D'abord, comment peut-on faire une distinction que la loi ne fait pas et scinder la disposition de l'article, qui dit, " les époux contractent par le seul fait du mariage l'obligation de *nourrir, entretenir et élever les enfants,*" pour dire que cet article donne une action pour les deux premières obligations, et qu'il la refuse pour la troisième.

La différence n'existe certainement pas dans la lettre de la loi. Comment pourrait-on dire qu'elle se trouve dans l'intention du législateur, non-seulement quand il ne le dit pas, mais quand il dit expressément le contraire. On veut donc que le juge distingue quand la loi ne le fait pas. J'admets qu'il existe en pratique une différence dans l'application des deux obligations, en ce que l'éducation consistant dans des actes d'un caractère moral, qui n'ont point de forme déterminée, et dont l'appréciation est toute personnelle aux parents, reste insusceptible d'évaluation pécuniaire, et conséquemment échappe au contrôle des tribunaux. A ce point de vue, je dis avec Boilleux (sur l'article 303) et Demolombe,

(1) A la différence de ce qui est établi pour la dette alimentaire, cette obligation (d'élever les enfants) fondée sur la morale ne produit point d'action; on doit la considérer comme une charge de l'autorité paternelle. Boilleux, *loco citato*.

Demante, sur le même article 103, semble refuser en thèse générale, l'action contre les père et mère pour les forcer à élever leurs enfants.

Zachariæ ne la donne pas davantage, chap. V, sur le même article.



(No. 8), Merlin (Rép. Vo. Education), "c'est une obligation toute morale," mais l'éducation des enfants ne reste pas toujours dans ces conditions.

En dehors du développement des qualités du cœur et des dispositions de l'esprit, en sus de la morale apprise à la maison et enseignée par les leçons et les bons exemple du père de famille, dont sous ce rapport, la conduite échappe à toute censure étrangère, n'y a-t-il pas l'éducation qui se donne dans les collèges et les écoles, où les enfants reçoivent l'instruction littéraire ; des ateliers et des boutiques où ils apprennent les arts mécaniques, et acquèrent des notions de commerce et d'industrie, et est-ce que cet enseignement n'est pas appréciable en argent ?

J'admets bien que, même à cet égard, hormis des circonstances bien exceptionnelles, les tribunaux ne seraient pas justifiables d'intervenir dans les affaires de famille et de forcer un père ou une mère à faire instruire leurs enfants, à les mettre en apprentissage et à leur faire enseigner un état. Mais ces circonstances exceptionnelles peuvent se présenter, et c'est là où je veux en venir.

427. Supposons un veuf remarié en possession d'une large fortune, qui s'éprend d'une haine injuste pour ses premiers enfants en bas âge, et les chasse du toit paternel. Une mère qui se remarie, et dont le second mari, homme avare et brutal, force sa femme à délaisser les enfants du premier mariage. Est-ce que dans ces deux cas et d'autres semblables, les parents des enfants, ne pourront pas, par l'entremise d'un tuteur élu par eux, s'adresser aux tribunaux et obtenir contre le père, la mère ou le beau-père, un jugement de condamnation à des sommes suffisantes, non-seulement pour faire nourrir et entretenir les enfants, mais encore pour pourvoir à leur éducation et à leur procurer un état ? Qui pourrait répondre négativement à cette question ? Et sur quoi serait fondée la poursuite, en semblables circonstances sinon sur l'article 165 du Code ?

Il n'est donc pas exact de dire, en thèse absolue, que les père et mère, ne peuvent pas être contraints juridiquement à

élever leurs enfants, comme à leur fournir des aliments ? Que l'on dise, que le droit que consacre l'article en théorie, est en pratique d'une réalisation difficile et les cas où l'application pourra s'en faire, plus rares encore. A la bonne heure ! Mais que l'on ne nie pas absolument et *ex cathedra*, l'existence de l'action. Car en le faisant, non-seulement on fait injure à la loi, dont on méconnaît non-seulement l'esprit d'humanité, mais la lettre même. 1)

### ARTICLE 166.

Les enfants doivent des aliments à leur père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin.

### ARTICLE 167.

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

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

2o. Lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfants de son union avec l'autre époux sont décédés.

### ARTICLE 168.

Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques.

(1) Boilleux, sur l'art. 203, page 501.

“Cependant nous réservons toujours, le cas d'abus grave (arg. des art. 267, 302 et 444) ; nul doute que la justice pourrait alors intervenir à la requête de la mère, de la famille et même du ministère public, spécialement chargé de protéger les incapables. Du reste, ce n'est là qu'une exception dont les annales judiciaires ne présentent que de rares exemples.”

Vo. aussi : Demolombe, No. 9 ; Demante, No. 285, *bis* ; Caen, 31 déc. 1811, 1812, 2, 280.

## SOMMAIRE.

428. Le texte de l'article 166 corrobore l'extension donnée plus haut à l'article 165, et fait voir que l'obligation des parents envers leurs enfants s'applique à l'éducation qu'ils doivent leur donner aussi bien qu'aux aliments et à l'entretien.
429. Les gendres et les brus tiennent lieu d'enfants à leur beau-père et à leur belle-mère, comme ces derniers leur tiennent lieu de père et de mère et ils se doivent réciproquement des aliments. De quelle manière s'exécute cette obligation mutuelle ?
430. De la part du gendre et de la belle-fille cette obligation constitue une charge du mariage. Les deux époux ne comptent que comme une tête dans la quote alimentaire.
431. Tant qu'elle dure, l'obligation du gendre et de la belle-fille est la même que celle des enfants et du conjoint parent.
432. Le divorce en secondes noces de la belle-mère fait cesser l'obligation du gendre et de la bru. Cette obligation est principale et non subsidiaire.
433. L'effet de la réciprocité mentionnée en l'article 168 est d'obliger les beau-père et belle-mère à fournir des aliments à leurs gendres et brus comme ces derniers en sont tenus envers eux.

## COMMENTAIRE.

428. Le texte même de l'article 166 corrobore l'extension que nous avons donné à l'article précédent. Car si cet article avait voulu limiter l'obligation juridique des parents à fournir la nourriture et l'entretien à leurs enfants, il se serait servi des termes du présent article 166, et aurait dit : " les père et mère doivent des aliments à leurs enfants," sans ajouter qu'ils doivent pourvoir à leur éducation, car sous le terme d'aliments, la loi comprend la nourriture et l'entretien, c'est-à-dire la prestation de toutes les choses nécessaires à la vie. En sanctionnant l'obligation naturelle des père et mère et autres ascendants envers leurs enfants et petits-enfants, la loi ne pouvait omettre de sanctionner par une disposition réciproque, celle des enfants et autres descendants, car comme nous l'avons vu sous l'article 165, le mot *enfants* employé dans le présent article 166, comprend et dans sa propre énergie et dans l'intention de la loi, les petits-enfants.

Une remarque commune aux deux articles et aux obliga-

tions qu'ils consacrent, ne doit pas nous échapper. C'est que l'obligation des ascendants, autres que les père et mère, envers leurs petits-enfants, et l'obligation de ces derniers envers les mêmes ascendants, n'est que subsidiaire, que tant que les père et mère, ou l'un d'eux sont en état de subvenir aux besoins de leurs enfants, les autres ascendants n'y sont point tenus, et de même tant qu'ils existe un seul enfant habile à secourir les auteurs immédiats de ses jours, les petits-enfants ne sont point sujets à cette obligation. Quoiqu'ils découlent de deux sources différentes, puisque l'obligation des aliments est un devoir du droit naturel, et le droit de succéder est une création du droit civil, la loi a subordonné l'obligation des aliments à l'ordre qu'elle a établi pour déterminer le droit de succession légitime, c'est-à-dire à la proximité du sang. Comme elle les a appelés à se succéder mutuellement, de même elle appelle les père et mère et les enfants à se fournir réciproquement des aliments, et ce n'est que sur la défaillance de ce premier degré de la ligne ascendante, ou sur son impossibilité de remplir ce devoir, qu'elle en charge les degrés subséquents. Ce parallélisme n'a cependant lieu qu'en ligne directe, puisque la loi n'assujettit pas à cette obligation, la ligne collatérale, même dans les degrés où en matière de succession elle exclut la ligne ascendante, car les parents collatéraux n'en sont pas tenus. (1)

429. Les gendres et les brus tiennent lieu d'enfants à leur beau-père et belle-mère, comme ces derniers leur tiennent lieu de père et de mère. Ils deviennent membres de la même famille.

D'après les lois romaines, la bru tombait avec son mari sous la puissance de son beau-père. Nous avons vu qu'entre

(1) Demolomb., No. 59.

«Nul autre parent ne pourrait être juridiquement contraint à secourir son parent dans le besoin : pas même le neveu et la nièce envers leurs oncles et tantes ; le frère germain envers son frère ou sa sœur ! Il n'y aurait là qu'une obligation imparfaite, à laquelle la loi n'a pas cru devoir imprimer la sanction de la puissance publique. Car on ne peut nier que cette obligation, si respectable qu'elle soit, n'ait quelque chose d'exorbitant, lorsqu'elle devient une obligation positive et juridique.»

ces personnes, les empêchements de mariage sont les mêmes qu'entre les parents et les enfants, et qu'ils sont insurmontables. Il n'était donc que juste que la loi les assujettit par les liens réciproques d'une égale obligation, au regard des aliments. Ici encore, le vœu de la nature a devancé le législateur.

Comme les enfants naturels, les gendres et brus doivent des aliments à leur beau-père et belle-mère, et ils comptent pour une tête dans la contribution de ces aliments. S'ils sont seuls, ils contribuent pour le tout. Est-ce en leur nom et en acquittement d'une dette personnelle, ou est-ce comme époux de l'autre conjoint, enfant des beau-père et belle-mère que les gendre et brus doivent des aliments, ou bien encore cette dette est-elle une dette commune aux deux époux ? La solution de cette question est importante pour en décider plusieurs autres qui peuvent se présenter, et devenir d'un usage journalier. Si l'obligation des gendres et brus était absolue et durait toute la vie du créancier et du débiteur, comme l'est en général l'obligation du débiteur d'aliments, il n'y aurait pas à hésiter à répondre, que c'est une obligation purement personnelle. Mais il n'en est pas ainsi, et l'obligation cesse avec la mort de l'époux, dont la parenté avec le père indigent a créé l'obligation, ou avec celle du dernier enfant né de leur mariage. Si d'un autre côté la mort de l'époux indépendamment de la survie d'enfants nés du mariage, éteignait l'obligation, on pourrait dire, que c'est comme époux et pour acquitter la dette de l'époux parent, que ce gendre ou cette bru fournissent des aliments. En ce cas, s'il y avait séparation de biens, l'époux étranger ou ses héritiers auraient contre l'époux parent ou contre sa succession une action en répétition de ce qu'il aurait payé. Au cas de communauté, ce résultat ne se produirait pas, car la dette étant mobilière, qu'elle soit celle de l'un ou de l'autre des époux, elle reste à la charge de la communauté. Cependant le fait que l'obligation dure après la mort du conjoint parent, repousse cette opinion. La vérité est dans un juste milieu entre ces deux opinions, c'est-à-dire, que par le seul fait de leur mariage, les

époux contractent l'obligation de fournir des aliments à leur beau-père et belle-mère, et que cette obligation dure pendant toute la vie de l'autre époux et du dernier vivant des enfants nés de leur mariage. Cette obligation naît de la loi, qui en a subordonné la durée et l'étendue aux conditions qu'il lui a plu de lui imprimer.

430. Cette obligation n'est pas entièrement personnelle au gendre ou à la belle-fille, en ce sens qu'elle doit peser en entier et uniquement sur eux. C'est une charge du mariage, et comme telle pendant toute sa durée, elle devient commune aux époux, et entre eux elle est divisible par moitié, quoique vis-à-vis des beau-père et belle-mère elle soit indivisible, et sous ce rapport elle participe de la divisibilité entre les époux, de l'obligation de fournir des aliments aux enfants nés de leur propre mariage, obligation qui, vis-à-vis les enfants, est indivisible, comme toutes les obligations des débiteurs d'aliments vis-à-vis les créanciers. Ainsi si les époux, (toujours séparés de biens) possèdent tous deux des moyens suffisants, ils devront payer chacun leur part. Si le gendre et la belle-fille, ou l'époux parent, ne possèdent pas de biens suffisants, que ce soit l'époux étranger ou l'époux parent qui soit insolvable et *vice versa*, c'est l'époux solvable qui doit les fournir, sauf son droit d'indemnité lors de la dissolution du mariage, comme il vient d'être dit.

Il ne faut cependant pas croire que les époux comptent pour deux têtes dans la contribution de la quote alimentaire. De deux ou plusieurs frères tenus de fournir des aliments à leur père et mère, le mariage de l'un ou de plusieurs n'a pas l'effet d'alléger l'obligation des autres et de la subdiviser par le nombre de gendres ou de brus qui entrent dans la famille. Chaque mariage ne supporte qu'une portion de la pension alimentaire. S'il n'y a que deux enfants, le mariage de l'un n'aura pas l'effet de diviser l'obligation par tiers. Elle restera pour moitié à la charge du célibataire, et les deux époux ne seront de même tenus que pour l'autre moitié. A la mort de l'époux parent, s'il reste un ou plusieurs enfants du mariage, l'obligation jusque-là commune aux deux époux, retom-

bera en entier sur le gendre et la belle-fille, qui seront vis-à-vis leurs beaux-frères et belles-sœurs, et leur beau-père et belle-mère, dans la même situation et responsabilité que s'ils étaient nés du même mariage. Seulement que l'obligation du gendre et de la bru s'évanouira en entier à la mort du dernier de leurs enfants, et cette obligation retombera sur leurs beaux-frères et belles-sœurs, qui en supporteront leur part.

431. Il résulte donc de ce qui vient d'être dit, que tant qu'elle dure, l'obligation du gendre et de la belle-fille est absolument la même que celle des enfants nés du mariage, et notamment qu'elle est semblable à celle du conjoint parent.

De cette similitude, naît cette conséquence propre à toute dette d'aliments commune à plusieurs débiteurs, qui est que le gendre ou la belle-fille, doivent supporter les conséquences de l'insolvabilité des propres enfants au prorata du nombre des insolubles, comme ces enfants supportent'eux-mêmes les conséquences de l'insuffisance des gendre et belle-fille.

Tellement que dans une famille, quelque nombreuse qu'elle soit, si le gendre ou la belle-fille sont seuls en état de fournir des aliments au chef de cette famille, ils sont seuls chargés de la pension alimentaire, comme en semblables circonstances, le seul ou les seuls enfants solvables en seraient responsables.

432. Le convol en secondes noces de la belle-mère, fait aussi cesser l'obligation des aliments de la part du gendre ou de la bru. La raison de cette disposition est que la loi suppose que la belle-mère a trouvé dans un second mari, sous la puissance duquel elle tombe, une personne en état de la faire vivre. Cette raison toute peu satisfaisante qu'elle soit, car le second mari peut tomber dans l'indigence, est pourtant la seule que l'on puisse invoquer au soutien de cette étrange disposition, car on ne peut sérieusement soutenir avec quelques auteurs, que la loi l'a prononcée en haine des seconds mariages des femmes avancées en âge. Délivrer un gendre de l'obligation de fournir des aliments à sa belle-mère, et laisser celle-ci dans l'indigence et le dénuement, parce qu'elle s'est remariée ! Cela

peut être bon sous le Code Napoléon, mais ne sera jamais de bon aloi sous le nôtre.

Sur l'article 167, qui est l'article 216 du Code français, quelques commentateurs avancent aussi, que l'obligation du gendre et de la belle-fille n'est que subsidiaire, et n'a lieu qu'au cas où l'époux qui a produit l'affinité n'a pas de fortune suffisante.

Nous avons émis l'opinion contraire, car le texte de l'article 166 est absolu, et nous ne pouvons pas admettre ce tempérament, qui aurait pu être dans la pensée du législateur, mais qu'il n'a pas rendu dans le texte.

Venant après l'article 166, lequel dit que les enfants doivent des aliments à leur père et mère et autres ascendants, qui sont dans le besoin, l'article 167 qui dit, que les gendres et belles-filles doivent également (c'est-à-dire de la même manière que les enfants) et dans les mêmes circonstances (c'est-à-dire dans le besoin) des aliments à leurs beaux-pères et à leurs belles-mères, peut-il avoir créé autre chose qu'une obligation absolue ? Les sectateurs de cette opinion avancent aussi, que le gendre et la belle-fille qui ont des enfants, ne sont tenus que subsidiairement, et au cas d'insolvabilité de ces enfants liés par une obligation plus étroite envers leurs ascendants que les gendres et belles-filles. En morale, cette distinction peut avoir son mérite, mais en droit, elle a le tort de n'être pas justifiée par le texte.

Il est un cas, où malgré le convol en secondes noces de sa belle-mère, le gendre reste indirectement tenu de lui fournir des aliments, c'est celui où il est en communauté de biens avec sa femme. Le convol en secondes noces ne déliant pas celle-ci de l'obligation de fournir des aliments à sa mère, comme cette dette est une dette commune, le mari en est tenu comme chef de cette communauté.

433. Nous avons déjà vu sur les articles 165 et 166, que les enfants et petits-enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants comme ceux-ci leur en doivent. Cette réciprocité existe entre les beau-père et belle-mère, et les gendres et belles-filles, et se trouve dans le présent article. Les beau-père et belle-mère, doivent des aliments à leurs gendres



et belles-filles tant que l'époux qui a produit l'affinité et les enfants nés du mariage des deux époux vivent, et que la belle-mère n'a pas convolé en secondes noces, car en ce cas, son obligation cesse vis-à-vis d'eux comme la leur cesse à son égard. Réciprocité bien naturelle !

Les articles 165, 166, 167 et 168, mettent donc en présence les ascendants et les descendants, comme se devant réciproquement des aliments, avec cette distinction que l'obligation naturelle des aïeuls et des petits-enfants n'est que subsidiaire et subordonnée à l'insolvabilité des parents du premier degré. Parmi ces créanciers et débiteurs mutuels, viennent se ranger les beau-père et belle-mère, et les gendres et belles-mères dont l'obligation se restreint au premier degré, c'est-à-dire que l'obligation des aïeuls ne s'étend pas aux époux de leurs petits-enfants, de la même manière que l'obligation de ces époux ne s'étend pas à ces mêmes aïeuls de leurs conjoints.

L'article 169 va maintenant nous dire dans quelle proportion ces aliments sont dûs.

### ARTICLE 169.

Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit.

#### SOMMAIRE.

434. Cet article établit un principe d'une stricte équité dont l'application ne peut cependant être l'objet d'une règle absolue. Cette application est toute subordonnée aux circonstances.
435. Quelles sont ces circonstances et comment doivent-elles servir de mesure à la quotité des aliments ?
436. Suite.
437. Si le procès mu sur l'obligation des aliments traîne en longueur, le juge peut accorder une provision et l'exécution de ce jugement est solidaire. Comment se règle cette solidarité.

#### COMMENTAIRE.

434. Cet article établit un principe d'une stricte équité, mais dont l'application échappe à toute règle absolue. Cette application est toute subordonnée aux circonstances et à l'arbitrage

des tribunaux. La fortune du débiteur, le besoin du créancier, voilà l'échelle sur laquelle doit se graduer l'étendue de l'assistance que le premier doit au dernier. Il faut indigence d'un côté et faculté d'apporter du secours de l'autre. Cette faculté est toute relative aux ressources pécuniaires du débiteur, qui ne doit effectivement la pension alimentaire que quand, défalcation faite des dépenses nécessaires pour le soutien de sa vie et celle de sa propre famille, il lui reste les moyens de la payer. Dans l'évaluation de ces ressources, le travail des débiteurs doit apporter son contingent raisonnable, et c'est souvent le seul avoir sur lequel on peut asseoir la contribution. Pour établir le *quantum* de cette contribution subordonnée aux circonstances, toute fondée sur l'équité et dans laquelle il n'entre aucun principe de droit, on ne peut que donner quelquesa perçus généraux sur les règles à suivre dans les cas ordinaires, sans se flatter de les atteindre tous.

435. On doit d'abord consulter le nombre de ceux qui réclament les aliments, et l'étendue de leur besoin ; le nombre de ceux qui sont en état de les fournir, et leur aptitude respective, se souvenant que chacun doit apporter son contingent proportionné à ses ressources, et qu'en cas d'inégalité sensible et appréciable dans les moyens, les parts doivent se diviser inégalement, si sans porter préjudice à aucuns, on ne peut les répartir également.

L'âge des ascendants ou descendants qui, suivant le cas, réclament du secours, est un point important qui ne doit pas échapper au juge, lequel se rappellera que les enfants qui n'ont pas reçu d'établissement de leurs parents méritent une faveur spéciale, et qu'il en est de même des vieillards hors d'état d'ajouter par leur travail, un supplément à l'adjudication du tribunal.

L'on comprend que la cause des ascendants l'emporte en faveur, sur celle des enfants, généralement plus en état de gagner leur vie, et qui ne comptent que pour une bien petite proportion dans les demandes de ce genre.

Enfin, quand la pension est évaluée en argent, elle peut être payable par quartiers ou par mois et même fractionnée en

plus courtes échéances, d'avance ou à l'expiration de chaque échéance, et être déposée entre les mains d'une tierce personne chargée de sa distribution. En un mot, les magistrats ont en cette matière, un pouvoir discrétionnaire, que l'on serait tenté de dire illimité, car ils agissent plutôt en arbitres et amiables compositeurs, qu'en juges, et leur tribunal est, comme nous l'avons déjà dit, autant le tribunal de la famille, que le siège de la justice.

436. Du principe que chaque débiteur doit les aliments dans la mesure de ses ressources, résulte comme conséquence, que si un seul est capable de les fournir, il le doit en entier et ainsi de suite, en les divisant également, suivant le nombre de ceux qui sont en état de supporter leur part de cette totalité, et inégalement dans le cas contraire. Telle est la règle sur laquelle doit être fondé le jugement qui doit n'avoir aucun égard aux insolubles et ne compter que ceux qui sont solvables.

Cette répartition inégale des aliments, eu égard aux moyens inégaux de ceux qui sont obligés de les payer, n'a cependant d'effet qu'entre les débiteurs. Car quant aux créanciers, la dette alimentaire étant une dette solidaire, chacun des obligés est tenu pour le total, sauf son recours contre ses co-débiteurs, dans les proportions suivant lesquelles ils auront été condamnés. Ainsi les père et mère et ascendants, peuvent poursuivre celui qu'ils croient le plus en état de leur fournir des aliments, et obtenir condamnation pour le total, ou ils peuvent poursuivre tous les obligés solidairement. Dans le premier cas, le défendeur, peut mettre en cause, ses co-obligés et les faire condamner dans les proportions égales ou inégales suivant lesquelles ils sont tenus, et sur ce jugement, le créancier des aliments peut le faire exécuter contre le défendeur originaire seul pour le tout, et en ce cas, ce dernier est subrogé en payant, aux droits du créancier, et peut faire émaner une exécution contre chacun de ses co-obligés, au *prorata* de leur part et en remboursement de ce qu'il a payé pour chacun d'eux en excédant de sa propre part. Dans le second cas, le demandeur doit obtenir condamnation solidaire contre les défen-

deurs, et il peut faire exécuter ce jugement en entier contre chacun d'eux, sauf le recours de ceux qui ont payé pour répéter la part des autres.

La solidarité de la dette alimentaire vient de ce que l'obligation des aliments n'est pas susceptible de division ou d'exécution par partie, c'est-à-dire, qu'elle est indivisible, *alimentorum causa individua*, car quoique réalisable en argent et divisible sous ce rapport, elle ne peut pas l'être dans son objet qui est de conserver la vie du créancier, et chaque fraction de la somme totale devient chaque jour nécessaire à sa subsistance.

437. Si le procès menace de trainer en longueur, le juge peut accorder une provision au demandeur, et l'exécution de son jugement est également solidaire.

Cette solidarité peut paraître marquée au coin d'une grande rigueur, mais il faut remarquer, que les enfants qui refusent des aliments à leurs ascendants et les ascendants qui en refusent aux descendants dans l'indigence, ne méritent point de faveur.

Il est cependant des cas où le jugement n'est pas susceptible d'exécution solidaire contre les défendeurs indistinctement. C'est celui de la pauvreté des défendeurs, ou de quelques-uns d'eux. L'on ne peut demander de secours à aussi pauvre que soi, et si dans ces cas mêmes, les tribunaux condamnent des défendeurs pauvres mais valides et dans la force de l'âge, à fournir des aliments à leurs parents infirmes et âgés, c'est sur leur travail qu'ils forcent les enfants à économiser, en retranchant même de leur nécessaire quelques secours à leurs parents. L'on conçoit que dans ces cas une condamnation solidaire ruinerait le malheureux, contre lequel elle s'exécuterait si toutefois elle était susceptible d'une exécution effective.

Également dans les cas de pauvreté comparative de quelques enfants, et de leur inhabilité à payer leur part virile, inhabilité qui est la cause qu'elle est estimée à une somme moindre que la part des autres, une condamnation solidaire prononcée contre eux, outre que leur pauvreté la rendrait illusoire, opérerait une grave injustice à leur égard.

Dans ces cas donc, les juges qui en cette matière, faut-il le répéter, doivent puiser dans l'équité et l'humanité, les règles de leur décision, peuvent adoucir la rigueur des condamnations, et diviser la dette sans craindre de voir leurs jugements révoqués par les cours souveraines.

Pas n'est besoin de dire, que le jugement peut n'être prononcé que pour un temps, et qu'il s'éteint avec la mort du créancier, sans passer à ses héritiers pour le capital, ni même pour les arrérages, hormis que cet héritier ou quelqu'un envers qui il serait responsable de leur répétition, les aurait fournis au créancier de son vivant.

Solidaire entre les débiteurs, la dette ne l'est pas entre les créanciers. Aussi, bien que le mari et la femme ne puissent pas demander séparément de leur vivant, chacun une partie divise de la somme, à la mort de l'un d'eux, la condamnation se trouve réduite de moitié ou de la manière fixée par le tribunal.

L'obligation des aliments cesse aussi dans les circonstances mentionnées en l'article suivant.

#### ARTICLE 170.

Lorsque celui qui fournit ou qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée.

#### ARTICLE 171.

Si la personne qui doit fournir les aliments, justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal peut ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle doit des aliments.

#### ARTICLE 172.

Le tribunal prononce également si le père ou la mère qui, quoique capable, offre de recevoir, nourrir

et entretenir l'enfant à qui il doit des aliments, doit, dans ce cas, être dispensé de payer la pension alimentaire.

#### SOMMAIRE.

438. Les dispositions de ces articles se saisissent facilement et n'ont pas besoin de commentaire. L'action en dégrèvement ou en diminution de la pension alimentaire pour une des deux causes mentionnées en l'art. 170 ou pour les deux, doit dans certains cas, être notifiée aux co-obligés du Demandeur.
439. Le mode d'acquitter la dette alimentaire mentionnée en l'article 171, paraît être le plus simple et être à la fois le moins onéreux et le plus efficace ; il n'en est cependant pas ainsi.
440. Le tribunal est le juge souverain de la convenance de cette prestation.

#### COMMENTAIRE.

438. La disposition de l'article 170 se comprend facilement. Les éléments de l'obligation étant d'un côté le besoin et de l'autre la faculté d'y subvenir, dès l'instant que l'un ou l'autre de ces éléments cesse ou diminue, l'obligation cesse ou diminue avec lui.

La demande en dégrèvement ou en diminution de la pension, intentée pour l'une ou l'autre de ces deux causes, ou à la fois pour les deux, quand elles arrivent simultanément, quand elle n'est intentée que par quelques-uns des obligés, doit être notifiée aux autres, si elle doit exiger un remaniement de la contribution, par la décharge complète ou la réduction de l'obligation des demandeurs. Cette mise en cause doit être faite par l'une ou l'autre des parties, suivant l'ordre du tribunal qui peut aussi l'ordonner d'office. Le nouveau jugement prendra alors la place du premier, au quel il fait novation.

Nous avons jusqu'ici parlé de la pension évaluée en argent, mais elle peut aussi être ordonnée en nature, et c'est ce qui résulte de l'article 171.

439. Le mode d'acquitter la dette alimentaire dont parle l'article 171 est si naturel, qu'il semble étrange qu'il ne se soit pas offert le premier à la pensée du législateur. En effet, quoi

de plus simple pour celui qui doit la nourriture et l'entretien que de les donner chez lui, à celui qui doit les recevoir, en lui faisant partager sa table et son toit ? Cette manière, la moins onéreuse de remplir l'obligation, paraît en outre avoir le mérite d'entretenir l'affection des parents, en leur faisant reprendre la vie de famille interrompue le jour que l'enfant a quitté le toit paternel. Un moraliste trouverait dans cet article matière à de belles dissertations.

Le législateur, qui ne voit pas la vie humaine sous ses aspects riants, mais qui est chargé de l'étudier sous ses côtés réels, ne partage pas ces illusions. L'expérience lui a appris, au contraire, que la pension fournie en nature et sous le même toit, au lieu de resserrer les liens de la famille, les relâche quand elle ne les rompt pas, fomente les dissensions, produit l'ingratitude, et que de toutes les rentes viagères, la pire et la plus mal payée est celle du *pot et feu* ! Aussi ne l'a-t-il autorisée que quand le débiteur ne peut s'acquitter en argent de la dette alimentaire. L'obligation où il place la personne qui doit les aliments de justifier de son incapacité à les fournir de cette dernière manière, pour revêtir le juge de la faculté d'ordonner l'autre, fait voir que ce n'est qu'à regret qu'il y a consenti, et que c'est sur la demande du débiteur seul, et non sur celle du créancier qu'elle peut l'être. Quand il y a plusieurs personnes chargées de payer la pension, le tribunal peut ordonner que, chacune leur tour et pendant des époques déterminées, par année, semestre ou trimestre, elles recevront chez elles et dans leur famille où elles les nourriront, vêtiront et entretiendront, les créanciers alimentaires. Les plus riches, naturellement, devront contribuer en plus large mesure que les autres, et les pauvres ne contribuant pas du tout. Exception toute naturelle en faveur du débiteur, et favorable surtout au créancier !

Ce que nous venons de voir sur la répugnance de la loi à accorder la pension en nature, ne s'applique cependant pas au cas où elle est due par les ascendants aux descendants qui ne peuvent opposer cette fin de non-recevoir à la demande, qu'en cas d'incapacité de la payer en argent, pendant que dans cer-

tains cas, appréciables par les juges, les père et mère, quoique capables, peuvent l'acquitter en nature.

440. Les père et mère dont les enfants ne peuvent faire cesser la demande en offrant de les recevoir chez eux, que dans le cas d'incapacité de fournir la pension en argent, poursuivis pour aliments par leurs enfants et petits-enfants, peuvent quoique dans des circonstances de fortune suffisantes, se libérer de la demande en offrant de les recevoir chez eux. Ce droit n'est cependant pas absolu et le juge peut discrétionnairement l'accorder ou la rejeter, ce qu'il fera suivant les circonstances. L'article 172 a fait avec raison cette distinction entre les deux cas ; car encore ici, l'expérience fait voir, que la prestation de la pension en nature, faite sous le toit paternel, est sujette à moins d'abus que quand ce sont les père et mère qui vont demeurer avec leurs enfants. Dans ce dernier cas, le fils ou la fille ne sont pas seuls à la maison. Il s'y trouve la femme ou le mari qu'incommode souvent la présence du beau-père ou de la belle-mère et que contriste l'obligation de les nourrir. A ce malaise, ajoutez les embarras de la propre famille, et vous verrez d'abord la contrainte surgir dans les rapports de famille, les mécontentements ensuite, et plus tard la discorde ouverte. Il se présente moins de dangers de ce genre, en réunissant les deux familles sous le toit paternel, quand c'est le fils dans l'indigence qui réclame des aliments. Cependant quoiqu'en général, ces inconvénients soit moins graves, ce n'en est pas moins un des cas, où sous l'article 172, le juge est appelé à exercer sa discrétion, et dans la plupart des cas elle sera défavorable à la prestation de la pension en nature, dans la même maison.

Pour compléter ce chapitre, il devient nécessaire de parler d'un cas qui peut se présenter fréquemment en rapport avec la pension alimentaire, c'est celui où cette pension est fournie par des tiers qui en réclament le prix des obligés. Ce droit est fondé sur le principe, que celui qui paie la dette d'autrui, peut en vertu d'un quasi contrat, en répéter le montant du débiteur, et dans le cas actuel il reçoit de l'équité une faveur spéciale. Ainsi celui qui avance à un père dans l'indigence,



“ ou si après leur majorité, ils ont laissé passer un certain temps sans se plaindre, la justice ne les écoute plus.”

“ Il n'en est pas de même à l'égard des femmes. Leur incapacité est plus entière que celle des mineurs, puisqu'on n'a pas besoin de lettres de rescision pour faire anéantir leurs engagements et qu'ils portent avec eux un caractère de nullité qui ne peut se couvrir.”

450. Nous avons dit que l'autorisation du mari est de la substance du contrat de la femme. Elle fait aussi partie de sa solennité. Pour contracter valablement, il faut non-seulement avoir la capacité de faire le contrat, mais encore il faut le faire de la manière voulue, c'est-à-dire dans les formes ordonnées par la loi. Ces formes consistent quelquefois dans des solennités de paroles, appelées *sacramentelles*, qui seules, peuvent donner existence au contrat, et dont l'absence, dans l'acte ou écrit fait pour le constater, l'empêche de se former. Un acte ou écrit revêtu de la forme authentique, peut seul faire preuve d'une donation entre-vifs de biens immobiliers, (art. 776) ; de la même manière, tout acte ou écrit contenant l'engagement d'une femme mariée, et qui ne mentionne pas que la femme est *autorisée de son mari*, est impuissant à constater légalement l'engagement de la femme. Ce mot *autorisée* ne reçoit pas d'équivalent. En d'autres mots, pour faire un acte quelconque, et le mot acte est ici pris dans le double sens de contrat et d'écrit, la femme mariée doit y être autorisée par son mari, et il faut que cette autorisation soit expresse et spéciale dans chaque contrat.

Pothier, Puissance du mari, Nos. 68 et 69 : “ Pour que le mari soit censé avoir autorisé sa femme, il ne suffit pas qu'il ait déclaré par le contrat qu'il y donnait son consentement, et qu'il l'approuvait, car comme nous l'avons déjà vu, l'autorisation est quelque chose de plus qu'un consentement ; c'est un acte par lequel il habilite sa femme à faire le contrat. Il est donc nécessaire qu'il déclare qu'il *autorise* sa femme. Ce terme est comme sacramentel et je ne vois que celui d'*habiliter*, qui puisse paraître équivalent.

“ Sans cela le consentement formel donné par le mari au

“ contrat de sa femme, n'empêcherait pas le contrat d'être parfaitement nul faute d'autorisation.”

“ Il faut dire la même chose à plus forte raison du consentement *tacite* : c'est pourquoi quoique le mari ait souscrit au contrat de sa femme, s'il n'a pas dit expressément qu'il *autorisait sa femme*, le contrat sera nul.

“ Pareillement quoique le mari ait été, conjointement avec sa femme, partie au contrat, et se soit obligé conjointement avec elle, s'il n'est pas dit qu'il a *autorisé sa femme*, le contrat ne sera valable qu'à l'égard du mari.”

Lebrun lui-même, que nous avons vu ci-haut, partisan de la nullité relative naissant du défaut d'autorisation de l'acte de la femme par le mari, se déclare en faveur de l'autorisation expresse comme solennité du contrat ce qui ne paraît guère d'accord avec sa première opinion.

Communauté, liv. I, chap. I, sec. 4, No. 11 et suivants : “ On demande à ce propos si le mot d'*autorité* ou d'*autorisation* est nécessaire dans les contrats de la femme mariée ; ou s'il suffit que l'autorisation soit en substance ; la loi n'établissant pas en pareil cas, de terme fatal. Au contraire, la loi 3, § de *autor. Tut.* dit : *Valet autoritas Tutoris eam se probare dicit quod agitur : hoc est enim autorem fieri.* V. Guy Pape, décision 223 ; mais de quelques termes que le mari se serve, il faut que l'autorisation soit formelle, comme il est dit dans la loi 7, § de *Donation*, qu'un fils de famille ne peut pas donner pour cause de mort : *Nisi specialiter donare mortis causâ fuerit permissum.* Car le simple consentement du mari ne regarde que son intérêt ; mais c'est son autorisation qui rend sa femme capable de contracter.”

Plus loin : “ Il faut distinguer la volonté, le consentement et l'autorisation : régulièrement pour le consentement, il faut un acte exprès, ou que celui qui doit consentir soit partie ; mais pour l'autorisation, il faut une approbation précise et formelle.”

L'auteur cite ensuite plusieurs docteurs à l'appui de son opinion, et entre autres Tiraqueau et Pontanus.

Le même Lebrun, va encore beaucoup plus loin et à la

page 161 il affirme : “ Que la femme qui s’oblige sans l’auto-  
 “ risation expresse de son mari ne contracte pas même une  
 “ obligation naturelle.”

(Voyez Ricard, Donations, Partie I, chap. 3, sec. 5, No. 291. Le Prêtre, Cent. 2, chap. 16. Ancien Denizart, Vo. Autorisation, No. 9. Ferrière, Grand Coutumier, Glose première sur l’article 223, *passim*.)

*Autoritas*, dit Chassanée, sur la Coutume de Bourgogne, Titre des *Droits appartenant à gens mariés*, (*Verbo, si le consentement, quæ debet interponi à marito, debet formaliter inscribi in contractu per verbum, AUTORISO.*

“ Le mary, dit Ferrière, *loco citato*, doit déclarer en termes  
 “ exprès, qu’il autorise sa femme à l’effet et pour la validité  
 “ du présent acte, de sorte que l’autorité tacite résultante de  
 “ quelque fait, qui induirait le consentement du mary, ne  
 “ suffirait pas pour rendre valable le contrat par lequel la  
 “ femme se serait obligée ou aurait hypothéqué ses biens  
 “ comme si le mary avait été dénommé dans le contrat ou y  
 “ avait signé.”

451. La présence du mari et la signature à l’acte étaient, nous venons de le voir, insuffisantes pour valider l’engagement de la femme. Cette présence actuelle du mari n’était pas d’un autre côté, rigoureusement nécessaire à l’acte de la femme. Il pouvait donner procuration à un tiers pour le représenter à cet acte où à la femme elle-même pour le passer ; mais il fallait dans les deux cas, que la procuration contînt une mention expresse de l’autorisation, et que cette autorisation expresse et spéciale fut répétée dans l’acte.

Cette rigueur de forme pouvait passer pour une subtilité. Elle était cependant justifiée par la crainte, qu’en employant des équivalents et en attribuant aux circonstances et aux actes du mari, antérieurs ou contemporains au contrat de la femme, l’effet d’une autorisation, et en se relâchant graduellement de la rigueur du principe de l’autorisation, on ne fut conduit à exagérer la pensée du mari, et à trouver dans un consentement tacite, une autorisation qu’il n’était pas dans son intention de donner.

452. Les auteurs sus-cités, justifient par le raisonnement, ce formalisme de l'ancien droit, que les juristes contemporains trouvent exagéré. Ils disent : l'autorisation du mari, diffère du consentement qui peut se révéler tacitement, et dont on trouve dans les circonstances et les faits extérieurs à l'acte, une preuve suffisante pour valider le contrat. Le consentement est personnel à celui qui le donne et consiste dans un seul acte de la volonté. L'autorisation bien qu'elle fasse partie du consentement, est cependant plus étendue que lui, en ce qu'elle se rapporte à une autre personne, et que consistant dans la permission donnée par le mari à la femme de contracter, elle doit être l'objet d'une manifestation expresse. D'Argentré a dit sur l'article 427 de la Coutume de Bretagne : *Auctoritas personam habilitat ad contrahendum, consensus interesse respicit*. Pour ne pas laisser de doute sur la nature de l'intention du mari, et sur la persistance de son consentement à l'engagement de sa femme, la loi a voulu que cette autorisation fut explicitement manifestée par des paroles formelles, et la formule choisie a été le terme *autorisée* lui-même.

453. De la nullité radicale de l'acte de la femme non autorisée de fait et de paroles, il résultait naturellement, que toute ratification faite après coup, par la femme régulièrement autorisée par le mari n'avait d'effet, que comme nouveau contrat, et ne remontait pas comme les ratifications le font ordinairement, au jour de l'acte ratifié. La ratification qui, comme l'acte originaire, devait être revêtue de la formule sacramentelle, ne valait pas *ut ex tunc* mais *ut ex nunc*. Il en était de même, de la ratification faite par la femme en viduité. Distinctions fertiles en conséquences, par rapport aux tiers qui, dans l'intervalle, *medio tempore*, avaient contracté valablement avec la femme.

Ces principes ainsi professés par les auteurs qui ont écrit sous l'ancien droit, et reconnus par l'ancienne jurisprudence française, ont reçu la sanction des tribunaux civils du Bas-Canada. Ils ont été en particulier reconnus par trois jugements de la Cour d'Appel, que nous allons parcourir par ordre de dates.

454. Le premier est celui rendu sur l'appel de Dame Marie-

Anne-Julie Hertel de Rouville, veuve en premières noccs du fameux Colonel de Salaberry et en secondes noccs de John Glen, écuyer, contre un jugement qui l'avait condamnée au profit de la banque appelée "Commercial Bank Middland District," en une somme de £47, 2s., montant de l'endossement donné par le même John Glen, comme procureur de sa femme, sous les circonstances suivantes : Augustus Hatt, écuyer, le gendre de l'Appelante, étant tombé en faillite, cette dernière s'était, conjointement avec ses enfants nés de son premier mari, le Colonel Alphonse Melchior de Salaberry, obligée par acte reçu à Montréal, le 10 février 1843, devant Guy, notaire, à endosser le billet de Hatt, pour partie de sa composition avec ses créanciers. Madame Glen donna, en conformité de cet acte, une procuration à son second mari, Glen, le 11 mai 1843, devant Bertrand, notaire, pour endosser ce billet, en son nom et pour elle, ce que fit ce dernier. Poursuivie par la banque intimée, elle avait plaidé le défaut d'autorisation par son mari, Glen, pour faire les deux actes. La banque prétendit, qu'étant séparée de biens par contrat de mariage, et ayant reçu par ce contrat une procuration générale de son mari, à l'effet d'administrer ses biens, la Défenderesse n'avait pas besoin, pour faire les deux actes qui n'étaient que des actes d'administration, de l'autorisation de son mari, lequel d'ailleurs l'avait suffisamment autorisée, et avait ratifié les actes, en exécutant la procuration et en endossant le billet.

La Cour de première instance donna gain de cause à la banque, par son jugement du 17 septembre 1845, décidant que la Défenderesse, n'avait pas le droit d'invoquer son défaut d'autorisation, pour donner la procuration en question, et en traitant l'endossement comme un acte d'administration, qu'elle avait le droit de faire, aux termes de son contrat de mariage, et non comme un acte d'aliénation.

La Cour d'Appel, présidée par le juge en chef Sir James Stuart, par arrêt du mois de juillet 1846, infirma ce jugement si contraire aux principes reçus sur la nécessité de l'autorisation expresse, que d'après l'article 223 de la Coutume, la femme

mariée doit recevoir de son mari pour contracter, auquel l'article 134 ne fait exception que pour les actes d'administration de la femme séparée de biens. Or, il était évident dans l'espèce, que l'acte de la femme n'était pas ici un simple acte d'administration, étant une obligation contractée à l'acquit de son gendre, c'est-à-dire une intercession pour un tiers, et sous ce rapport, le jugement de première instance] était entaché d'une erreur manifeste.

455. Le second jugement est celui du 5 décembre 1859, rendu par la même cour, sous la présidence du Juge Aylwin, dans la cause de Métrisé *et al.*, Appelants et Brault, Intimé. Le nommé Charles Brion dit Lapierre, avait, par acte du 26 mars 1821, reçu devant Lukin, Notaire, échangé avec Jean Bte. Bergevin, père, un immeuble sur lequel Marguerite Marcoux, femme Brion dit Lapierre, avait une hypothèque pour son douaire et son préciput, contre un autre immeuble situé, comme le premier, en la cité de Montréal. Par acte de ratification écrit au pied de l'acte d'échange, Marguerite Marcoux, épouse de Charles Brion dit Lapierre, journalier, demeurant en la cité de Montréal, *dénommée en l'acte ci-haut et des autres parts, duement assistée et d'abondant autorisée à ce présent* (textuels de l'acte de ratification), avait ratifié l'échange. Après la mort de son mari, elle poursuivit hypothécairement l'échangiste Jean Bte. Brion, père, détenteur de l'immeuble par lui reçu en échange de Brion dit Lapierre, invoquant entre autres moyens l'insuffisance de cette autorisation. Bergevin étant mort pendant le procès, Euphrosine Métrisé, sa femme et sa légataire reprit son instance et fut condamnée au profit de Brault, cessionnaire de Marguerite Marcoux et intervenant en son lieu et place, par jugement rendu par le tribunal de première instance, le 18 Novembre 1857, à délaisser l'immeuble; la ratification étant déclarée invalide par défaut d'autorisation suffisante. La cour d'appel se déterminant par les faits particuliers de la cause, qui font de son jugement, un arrêt de circonstances, trouva l'autorisation suffisante, mais le principe abstrait de la nécessité d'une autorisation expresse et spéciale, de la part du mari, pour chaque

engagement de la femme, fut reconnu en termes non équivoques, par tous les magistrats qui ont participé au jugement et en particulier par le juge Bruneau qui fut l'organe de la Cour et dont on peut voir la longue et savante dissertation aux pages 67 et suivantes du vol. 4 du Juriste, où le procès est rapporté.

Si la question s'était nûment soulevée, sur la valeur de l'autorisation d'une femme mariée, que le Notaire qui fait l'acte, dit *dûment assistée et d'abondant autorisée à ce présent*, sans que comme dans l'espèce actuelle, le mari ratifie expressément ce dire, autrement qu'en signant l'acte de ratification même, écrit au pied de l'acte ratifié, j'avoue que je trouverais le jugement de la cause d'appel sujet à la critique et que je lui préférerais celui de première instance, qui a proclamé l'insuffisance de l'autorisation, mais il y avait dans la cause des circonstances si défavorables à la demande et des motifs d'équité si pressants en faveur de l'appel, que l'on ne peut regretter le jugement qui l'a maintenu. Le principe fut sauegardé par les juges et c'est là l'essentiel !

456. La troisième cause qui a consacré ce principe, est celle de Laviolette, Appelant et Martin, Intimé, jugée par la cour d'appel sous la présidence du Juge en Chef Sir Louis Hypolite LaFontaine qui a prononcé le jugement, le 8 juin 1861.

Dame Marie Clotilde Pinsonnault, épouse de François Baby, tous deux natifs du Bas-Canada où ils s'étaient mariés et avaient toujours demeuré, était propriétaire à titre de propre, d'un terrain de 750 arpents situé dans la seigneurie de Lasalle, dans le district de Montréal. Le 28 mai 1837, elle hypothéqua ce terrain à la sûreté de trois obligations données aux Sieurs Cameron, Cowie et Dease, dont l'appelant Laviolette devint le cessionnaire. Quelques jours après, Monsieur et Madame Baby allèrent résider à Albany, dans l'État de New-York, où ils étaient domiciliés le 13 Décembre 1837, auquel jour, ils vendirent par acte sous seing-privé, étant tous deux présents et parties à l'acte, sans qu'il y fut cependant question d'autorisation par le mari à la femme, les 750 arpents au nommé Orville Clark, qui le 23 janvier 1839, les revendit au nommé

Peter Comstock, duquel Martin acquit partie du terrain, par acte notarié en mars 1841. Martin obtint, le 18 juin 1842, des lettres de ratification de son titre. Poursuivi en la déclaration d'hypothèque par Laviolette, il plaida entre autres moyens, les lettres de ratification. Laviolette lui répondit que cette ratification était sans valeur, attendu que la vente par Madame Pinsonnault à Clarke, était privée de toute validité, à raison du défaut de mention d'autorisation expresse, dans l'acte du 15 Décembre 1837, étant la vente faite à Clarke et partant invoqua la nullité absolue des ventes de Clarke à Comstock et de Comstock à Martin. Postérieurement à l'acquisition de ce dernier, Monsieur et Madame Baby, de retour dans le Bas-Canada avaient par acte reçu le 25 juin 1844, devant Panet, Notaire, à Québec, et faisant mention de l'autorisation de la femme par le mari, ratifié la vente à Clarke et les ventes subséquentes. Laviolette prétendit que ce n'était que de la date de cet acte, que les ventes subséquentes et notamment celle faite à Martin, avaient acquis leur validité, qu'il en était ainsi des lettres de ratification, et que lors de l'acte du 28 juin 1844, qui ne valait qu'à titre de vente nouvelle faite par Monsieur et Madame Baby à Clarke, la première ayant été frappée de nullité absolue, lui Laviolette, avait fait enregistrer son hypothèque. (1)

457. Cette cause, faisait surgir de graves questions de droit international privé, en rapport avec la distinction des statuts. Martin soutenait la validité de la première vente, comme réfléchissant sur les autres, prétendant que, la nécessité de l'autorisation de la femme, est prononcée par un statut personnel, celui qui régit son état et sa capacité, que ce statut est celui du lieu du domicile où le contrat est fait; que dans l'espèce, Madame Baby, étant domiciliée lors de la vente, dans l'Etat de New-York, qui n'exige pas cette autorisation, avait vendu valablement suivant les lois de son domicile; que le statut régissant la validité du contrat, et faisant surgir comme question principale et directe, la capacité de contracter d'une femme mariée, était le statut personnel, en distinction duquel

(1) L'auteur peut rapporter en connaissance de cause, ces trois espèces dans chacune desquelles il a occupé.



le statut de la situation des lieux, c'est-à-dire le statut réel du Bas-Canada, ne se présentait qu'accessoirement et indirectement. Les deux tribunaux ont été d'accord à décider, que c'était le statut personnel qui devait décider le litige, mais ils ont différé sur la localité de ce statut. Le tribunal de première instance a décidé, que la validité du contrat, c'est-à-dire la capacité de la femme à le faire, était régie par les lois de l'Etat de New-York où Madame Pinsonneault avait son domicile lorsqu'elle avait fait l'acte (ces lois régissant alors sa capacité, suivant que nous l'avons vu au tome précédent), a maintenu la validité des ventes dans leurs dates naturelles, confirmé l'effet des lettres de ratification et débouté le demandeur. La Cour d'appel, au contraire, a jugé que le statut personnel était le statut du lieu où elle s'était mariée, et avait d'abord fixé son domicile matrimonial, aux lois duquel son séjour en pays étranger et son domicile subséquent hors de sa patrie, n'avaient pu la soustraire. Adoptant ce point de la question, la Cour a infirmé le jugement de première instance.

Quoiqu'il en soit des questions étrangères à la nécessité de l'autorisation, soulevées dans cette cause de Laviolette et Martin, et de la justesse de la décision même, décision qui est discutée ailleurs, (laquelle avait motivé un conflit d'opinions au sein de la cour dans un premier délibéré et un partage égal d'opinion), les deux tribunaux se sont prononcé affirmativement sur la nécessité de l'autorisation expresse, pour valider les contrats de la femme sous puissance de son mari, et c'est tout ce qu'il importe de constater pour le moment.

458. L'incapacité de la part de la femme de contracter extra-judiciairement, sans l'autorisation de son mari, s'appliquait aussi à ses actes judiciaires, c'est-à-dire que sans cette autorisation, la femme ne pouvait ester en jugement, soit en demandant soit en défendant. Il n'était cependant pas besoin d'une autorisation formelle et la présence du mari au procès la faisait présumer. C'est ce qu'enseignent les auteurs. (1) Cette

1) Pothier, Puissance du mari, No. 75 : " Il y a cette différence à l'égard " de la forme de l'autorisation, entre les actes judiciaires et les actes extra-

autorisation ne pouvait cependant pas être donnée par un acte séparé et distinct de la procédure. Une femme pouvait donc valablement ester en jugement avec son mari, sans que la procédure contint la mention qu'elle était de lui autorisée, la présence de ce dernier témoignant d'une autorisation suffisante mais elle ne pouvait être partie dans une cause, sans la présence ou la participation de son mari, bien qu'elle en eût reçu le consentement. (1) La permission donnée par le mari à un procureur, d'occuper pour sa femme, est une autorisation suffisante à ce dernier.

La raison de cette différence, entre l'autorisation requise pour la validité des actes judiciaires et celle des actes extra-judiciaires, est que quand la femme agit sous le regard de la justice, les surprises sont moins à redouter, et qu'elle reçoit du juge, défenseur naturel des incapables, une protection suffisante.

459. Le Code Napoléon a apporté une dérogation à l'ancien droit en ce qui touche à la nécessité de l'autorisation formelle,

“ judiciaires, que dans ceux-ci, pour qu'une femme soit censée autorisée, il est nécessaire que le mari ait déclaré en termes formels, *qu'il autorise sa femme pour un tel acte*. La présence du mari au contrat n'est pas lieu d'autorisation.”

“ Au contraire, dans les actes judiciaires, il n'est pas nécessaire que le mari déclare *qu'il autorise* sa femme pour intenter une telle demande ou pour défendre à une telle *demande* qui a été intentée contre elle ; ” il est censé suffisamment l'autoriser, lorsqu'il est en qualité dans l'instance conjointement avec elle. Il suffit, lorsque la femme a une demande à intenter, que l'exploit d'assignation soit donné à la requête du mari et de la femme ; pareillement, pour que la femme soit censée suffisamment autorisée à défendre à une demande, il suffit que, sur l'assignation donnée à son mari et à elle, son mari et elle constituent conjointement procureur et que le mari défende conjointement avec elle.”

Nouveau Denizart, Vo. Autorisation, § III, No. 5.

(1) Pothier *eodem loco*. “ Une seconde différence est, qu'à l'égard des actes extra-judiciaires, il n'est pas précisément nécessaire que le mari soit en qualité dans le contrat ; il peut autoriser sa femme par un acte qui précède le contrat pour lequel il l'autorise ; et il suffit que la femme, par le contrat, se dise autorisée pour un tel acte. Au contraire, à l'égard des actes judiciaires, il est nécessaire que le mari dans l'instance, soi en qualité de mari conjointement avec sa femme.”

en faisant résulter (art. 217) l'autorisation du mari de son concours dans l'acte, ou de son consentement par écrit. Notre article 177 a répété cette disposition, par l'adoption textuelle de l'article 217 du Code Français. Sous ce dernier article, les auteurs qui traitent comme inutile, l'autorisation formelle, enseignent que le Code a introduit l'autorisation tacite qui résulte du concours du mari à l'acte, aussi bien que l'autorisation expresse qui résulte d'un écrit. Ils tiennent que cet écrit n'est pas de solennité indispensable, pour donner à l'acte sa validité, comme l'authenticité dans l'acte de donation ; qu'il n'est pas requis comme condition intrinsèque de sa validité, c'est-à-dire qu'il n'est pas de forme substantielle, exigée pour donner existence à l'autorisation, mais qu'il ne constitue qu'un mode d'en faire la preuve. Cependant les juristes les plus accrédités sont d'opinion, que cet écrit qui au dire de tous, peut être sous seing-privé et même consister dans une lettre missive, (1) ne peut être suppléé par une preuve de circonstances (2) ou

(1) Demante, sur l'article 217, No. 300 *bis*. Boilleux, sur le même article, page 532. Marcadé, même article, No. 735. Demolombe, Mariage, vol. 2, page 226.

(2) Marcadé : “ Mais l'autorisation tacite ne peut résulter, on le voit, que du concours du mari. *Toute autre circonstance* de laquelle on peut inférer le consentement du mari serait insignifiante et laisserait subsister la nécessité d'un consentement écrit. Du reste, un écrit quelconque, une lettre missive par exemple, serait suffisant.”

“ Il est inutile d'ajouter qu'il faut un concours prouvant le consentement du mari. Ainsi, qu'un mari signe un billet et que la femme écrive au-dessous qu'elle s'oblige au paiement conjointement avec lui, il est clair que rien ne prouve l'autorisation. Il n'y a même pas concours des époux dans un tel acte ; il y a deux actes, deux obligations, dont la seconde, celle de la femme, a pu se former en arrière du mari.”

Demolombe, 197 : “ Mais est-ce à dire pourtant que l'autorisation tacite pourrait résulter d'autres faits et circonstances que du concours du mari dans l'acte ?

“ Oui, a-t-on répondu : La forme de l'autorisation, encore une fois, n'a rien de solennel ; c'est un consentement comme un autre ! et si l'autorisation verbale est suffisante, pourquoi l'autorisation tacite résultant de la conduite personnelle du mari ne suffirait-elle pas ? Si l'article 217 ne parle que du concours du mari dans l'acte, c'est que cette circonstance est la seule qui par elle-même soit nécessairement décisive, et à laquelle

par une preuve testimoniale même appuyée d'un commencement de preuve par écrit. (1) Suivant le sentiment unanime, le vœu de la loi qui exige le concours du mari à l'acte, est rempli, quand le mari y devient partie, soit seulement pour autoriser sa femme ou l'assister (le terme sacramentel n'étant jamais nécessaire) soit qu'il prenne part à son contrat. Sa seule présence ou sa seule signature à l'acte, constituerait son

“ il fut possible d'attacher d'avance une présomption légale d'autorisation exclusive de toute preuve contraire ; car tel est certainement l'effet du concours du mari dans l'acte. Mais ce n'est pas à dire que si le mari a connu, a toléré, a conseillé même l'acte passé par sa femme, on ne pourra pas déclarer en fait qu'il lui a donné son autorisation.”

“ Cette opinion me paraît fort sérieuse ; et pourtant j'hésite à la suivre, et je ne puis m'empêcher de croire qu'il serait à la fois plus conforme et au texte même, et aux intentions de la loi, de ne reconnaître l'autorisation expresse que dans un consentement par écrit, et l'autorisation tacite que dans le concours du mari dans l'acte. Voilà le texte en effet ; et il a pu vouloir sans solenniser précisément l'autorisation maritale, la soumettre du moins à un mode de preuve certain et précis, exclusif de tout autre.”

Duranton, No. 445 : “ Mais lorsque le consentement n'est pas donné par écrit, il faut du moins le concours du mari dans l'acte, de manière qu'il n'ait pu ignorer l'engagement de sa femme. C'est d'après ce principe que par arrêt du 2 février 1810, l'engagement d'une femme qui avait simplement mis au bas d'une lettre de change souscrite par son mari, ces mots : pour caution, a été déclaré nul. C'était en effet un autre acte que celui du mari, et qui pouvait fort bien avoir été consenti sans son autorisation.”

Boilleux : “ Si la femme se bornait à mentionner dans un acte, même sur un effet de commerce, à la suite de la signature du mari, qu'elle s'oblige conjointement avec lui, le concours n'existerait pas ; rien ne prouverait, en effet, que le mari a entendu donner son consentement ; il y aurait là deux actes, deux obligations distinctes : l'une valable, l'autre nulle.”

L'auteur ajoute : “ Le consentement tacite résulte des circonstances, notamment du concours du mari dans l'acte : mais sa seule présence ne suffirait pas s'il n'est censé concourir à l'acte que lorsqu'il figure comme partie ; ce que la loi exige c'est un concours prouvant le consentement.”

(1) Sur l'admission du témoignage verbal, Demolombe, Nos. 192 et 193, s'exprime ainsi : “ L'autorisation expresse pourrait-elle être verbale ?

“ Sur ce point on a enseigné l'affirmative : l'autorisation n'est autre chose que la manifestation du consentement du mari ; or, la manifestation du consentement n'est, en général, soumise à aucune forme particulière, si ce n'est dans certains cas déterminés par la loi ; donc le consentement

concours dans le sens de l'article, et ferait foi d'une autorisation suffisante. Au point de vue de cette doctrine, on devrait dire, que dans le système du Code Napoléon, le consentement postérieur donné par le mari à l'acte de la vente, le validerait pour le passé *ut ex tunc*, le défaut d'autorisation ne constituant dans le droit nouveau qu'une nullité relative que la femme, le mari ou leurs héritiers peuvent seuls invoquer. (C. N. art. 226.) Cependant l'opinion commune enseigne le contraire.

C'est au moins ce que dit Demante, No. 300 *bis*, où après avoir parlé en ces termes du temps où le consentement du mari doit concourir avec celui de la femme : “ Le consentement du mari doit concourir avec celui de la femme ; ce qui ne veut pas dire qu'il devra être exprimé en même temps ; car le consentement une fois exprimé, est censé persévérer tant qu'il n'est pas révoqué. Ainsi tous conviennent que l'expression du consentement du mari pourrait précéder l'acte de la femme ” ; l'auteur ajoute : “ Pour la même raison, je pense contre l'opinion commune, que le consentement du mari peut être donné après coup, pourvu que la

“ du mari peut être exprimé de toute manière suivant le droit commun. On ne saurait prétendre, en effet que l'article 217 y déroge ; le but de cet article n'est pas d'exiger ici l'écriture *ad solemnitatem*, comme pour la donation entre-vifs. L'autorisation maritale est aujourd'hui si peu exigée *ad formam negotii*, qu'elle peut être tacite ; et c'est pour le décider ainsi que l'article 217 oppose le concours du mari dans l'acte à son consentement par écrit, voulant par là exprimer surtout que l'autorisation tacite aura le même effet que l'autorisation expresse. Ce qui résulte donc seulement de l'article 217, c'est que la preuve testimoniale de l'autorisation ne devrait pas être reçue lors même qu'il s'agirait d'une valeur *inférieure à 100 francs*.

“ Cette opinion me paraît contestable, et elle ne serait en tout admissible que sous certaines réserves : l'article 217 exige positivement le consentement par écrit, et il faut bien que ces mots aient un sens et produisent un effet ; aussi reconnait-on qu'ils s'opposent dans tous les cas, à la preuve testimoniale ; et je le crois pour mon compte, tout-à-fait ainsi à ce point qu'il me paraît même qu'on ne devrait pas l'admettre avec un commencement de preuve par écrit ; car cet article 217, est sur ce sujet spécial et formel.”

Voyez les auteurs cités par Demolombe, à l'appui de son opinion.

“ femme persévère encore dans le sien, ce qu'elle est toujours  
 “ censée faire tant qu'elle n'attaque pas son acte. On le déci-  
 “ dait ainsi autrefois ; seulement parce que la femme non-au-  
 “ torisée, comme entièrement inhabile à contracter, l'autori-  
 “ sation postérieure du mari ne validait l'acte que *ut ex nunc*.  
 “ Mais aujourd'hui que l'acte de la femme non-autorisée (ou  
 “ plutôt non-assistée) est seulement rescindable (V. art. 225,  
 “ 1124, 1125) j'en conclus que le consentement du mari inter-  
 “ venu avant que la femme ait révoqué le sien, valide l'acte  
 “ *ut ex tunc*.”

Delvincourt qui est du même sentiment, l'exprime ainsi, vol. 1, Explications, page 395 [5] “ OU SON CONSENTEMENT PAR  
 “ ÉCRIT... Lequel peut avoir lieu postérieurement à l'acte pour  
 “ lequel il est nécessaire ; et alors il vaut ratification, et rend  
 “ l'acte inattaquable de la part tant du mari, que de la femme  
 “ et de leurs héritiers.”

Toullier qui, tom. 2, No. 648, a d'abord soutenu que le con-  
 sentement postérieur du mari ne ratifie le contrat que *ut ex*  
*nunc*, a désavoué cette opinion au tome 7 de son livre No. 554.

Duranton, sur l'article 217, No. 518, s'exprime ainsi :

“ Ici se place la question de savoir si la ratification donnée  
 par le mari sans le concours de la femme rend celle-ci et ses  
 héritiers non-recevables à demander la nullité.”

“ Nous l'avons résolue négativement à notre *Traité des Con-*  
*trats*, No. 244. Nous avons pensé que le mari ne pouvait ravir  
 à sa femme le bénéfice de la nullité, et faire *ex non jure obli-*  
*gata, jure obligatam* ; de même qu'un tuteur ne pouvait, dans  
 le droit romain, et ne pourrait non plus dans le droit français,  
 en approuvant l'engagement consenti par le pupille ou le mi-  
 neur seul, lui enlever le bénéfice de la nullité de cet engage-  
 ment. Pothier, après avoir dit qu'en principe l'autorisation du  
 mari donnée après coup ne devrait point valider l'obligation  
 de la femme non autorisée, “ parce qu'elle était absolument  
 “ nulle et que le néant n'est pas susceptible de confirmation,”  
 se range néanmoins à l'avis de Le Prêtre et de Lebrun, qui  
 décident qu'après l'autorisation du mari, la femme ni ses hé-  
 ritiers ne peuvent plus attaquer l'acte, parce que, s'il ne vaut

pas *ut ex tunc*, il vaut du moins *ut ex nunc*, du jour de l'autorisation, *tanquam ex consensu contrahentium, qui adhuc perseverare intelligitur quandiù non apparet mutatio voluntatis* ; d'où il tire ces conséquences : “ 1o. que si, avant l'autorisation, l'une ou l'autre partie était morte, ou avait perdu l'usage de la raison, ou avait déclaré un changement de volonté, l'autorisation, qui serait depuis interposée par le mari, ne pourrait plus rétablir l'acte ; 2o. que l'acte, rétabli par l'autorisation survenue depuis, ne peut produire d'hypothèque que du jour de l'autorisation, n'étant valable que de ce jour.”

“ M. Delvincourt s'est rangé au sentiment de Le Prêtre, Lebrun et Pothier ; mais nous n'en persistons pas moins à penser qu'il n'appartient point au mari de priver sa femme du bénéfice de la nullité d'un engagement qu'elle avait contracté au mépris de la loi : l'article 217 dit formellement que la femme ne peut donner, aliéner, hypothéquer, etc., sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ; or, ni l'un ni l'autre n'a eu lieu : l'article 225 reste donc applicable dans toute sa force. Dira-t-on que l'autorisation du mari n'était exigée que *propter reverentiam ei debitam*, et que c'est par la même raison que le mariage contracté par l'enfant de famille sans le consentement de ses père et mère ne peut plus être attaqué lorsque ceux-ci l'ont approuvé ? (Art. 183.) Nous répondrions qu'à raison de l'importance du mariage, la loi a cru devoir s'expliquer sur ce mode de ratification, tandis que pour la confirmation des contrats de la femme non autorisée, elle l'a laissée sous l'empire du droit commun. Les ratifications en matière de mariage sont favorables ; aussi résultent-elles du simple silence gardé pendant un an, ou de tout acte quelconque propre à manifester la volonté d'approuver le mariage ; au lieu que pour les autres contrats, il faut un délai de dix années, du moins généralement, ou un acte soumis à des formalités spéciales, lorsque la confirmation a lieu par acte. (Art. 1338.) Ainsi, il n'y a point à argumenter de la ratification du mariage de l'enfant de famille de la part de ses ascendants, à la confirmation de l'acte de la femme de la part du mari, sans la participation de celle-ci. De plus, il n'est pas

exact de dire aujourd'hui que l'autorisation du mari n'est exigée que *propter reverentiam ei debitam*, puisque le mari mineur ne peut la donner ; ce qu'il pouvait valablement faire anciennement. La vérité, c'est que, par son mariage, la femme est devenue incapable de contracter, et ce qui lui restitue sa capacité, c'est l'autorisation, et l'autorisation donnée par le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ; donc elle n'a point été tirée de son état d'incapacité si elle n'a pas été autorisée, donc le mari ne peut ensuite lui ravir le bénéfice que la loi attribue aux incapables, d'être relevés de leurs engagements. Ce n'est plus de lui qu'il s'agit maintenant, c'est de l'intérêt de la femme. Ces principes ont été reconnus par la Cour de Paris, qui a jugé que l'acceptation, faite par un mari négociant, d'une lettre de change que sa femme non marchande publique avait tirée sur lui, n'était point obligatoire pour celle-ci, même comme simple promesse, attendu qu'il n'y avait pas le concours du mari dans l'acte de la femme, ni son consentement par écrit antérieur à l'acte. En effet, l'acceptation était postérieure ; du moins rien n'indiquait qu'elle eût été faite en même temps que la lettre."

La solution de cette question soulevée par les auteurs français, sur les effets de la ratification faite après coup par le mari, du contrat de sa femme non autorisée dans le principe, ne nous importe qu'au point de vue de la théorie, puisque l'article 183 de notre Code, en disant que le défaut d'autorisation du mari comporte une nullité *que rien ne peut couvrir*, contient une disposition précise sur ce sujet. Il n'est cependant pas sans intérêt de signaler la contradiction dans laquelle tombent ceux des commentateurs du Code Napoléon, qui refusent à la ratification subséquente du mari le pouvoir de couvrir la nullité de l'acte de la femme, après avoir enseigné avec les partisans de l'opinion contraire, que le défaut d'autorisation ne produit qu'une nullité relative.

Ce qui distingue la nullité absolue de la nullité relative, c'est que la première peut être invoquée par toutes sortes de personnes, pendant que la seconde ne peut l'être que par ceux en faveur de qui elle a été prononcée. Les seules personnes



# SOMMAIRE.

I. DU MARIAGE ET DU DIVORCE .....	B. A. T. DEMONTIGNY.
II. COMMENTAIRE SUR LE CODE CIVIL, TITRE DU MA- RIAGE .. .....	L'HON. JUGE LORANGER.

NATIONAL LIBRARY  
APR - - 1907  
BIBLIOTHÈQUE NATIONALE  
NOS CHAMBRES HAUTES.

---

## FAUT-IL ABOLIR LE CONSEIL LÉGISLATIF ?

BROCHURE GRAND IN-80 DE 150 PAGES.

PAR L'HONORABLE F. X. A. TRUDEL.

Avocat, ancien député de Champlain à l'Assemblée Législative  
de Québec, membre du Sénat du Canada.

---

En vente chez tous les libraires et chez l'éditeur, EUSÈBE  
SENÉCAL, No. 10, Rue St. Vincent.

**PRIX : franco par la Poste, 40 cts.**