

J. J. Mackie Ecr
COOKSHIRE

K151

Vol. I.

JANVIER 1880.

No. 12.

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.

B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.

E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.

CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.

EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.

JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I.

JANVIER 1880.

No. 12.

DU MARIAGE ET DU DIVORCE.⁽¹⁾

(Suite.)

“ L'engagement conjugal est donc réellement formé entre trois personnes représentées, car le pouvoir public qui précède la famille et qui lui survit, représente toujours dans la famille la personne absente, soit l'enfant avant sa naissance, soit le père après sa mort.”

“ L'engagement formé entre trois ne peut donc être rompu par deux au préjudice du tiers, puisque cette troisième personne est, sinon la première, du moins la plus importante, que c'est à elle seule que tout se rapporte, et qu'elle est la *raison* de l'union sociale des deux autres qui ne sont pas plus père ou mère sans l'enfant, que lui n'est fils sans elle.”

“ Dans les sociétés ordinaires, disent les rédacteurs du projet du Code français, on stipule pour soi ; dans le mariage, on stipule pour autrui.” Les époux qui font divorce sont donc deux forts qui s'arrangent pour dépouiller un faible et

(1) Voir pour le commencement la livraison de Novembre, p. 289 etc., et celle de Décembre, p. 321 etc.

l'Etat qui y consent est complice de leur brigandage. Cette troisième personne ne peut, même présente, consentir jamais à la dissolution de la société qui lui a donné l'être, puisqu'elle est toujours *mineure* dans la famille, bien qu'elle puisse être majeure dans l'Etat, elle est par conséquent toujours hors d'état de consentir rien sans préjudice ; et le pouvoir politique qui l'a représentée pour former le lien de la société, ne peut plus la représenter pour le dissoudre, parce que le tuteur est donné au pupille, moins pour accepter ce qui lui est utile, que pour l'empêcher de consentir à ce qui lui nuit ; ce qui fait qu'il peut acheter valablement au nom du pupille, et qu'il ne peut pas vendre."

" Le mariage est donc indissoluble sous le rapport domestique et public de la société. Il est donc naturellement indissoluble, car la nature de l'homme se compose à la fois de l'état domestique et de l'état public."

Un autre motif pour la société de s'opposer à la dissolution du mariage est celui de la liaison qui doit exister entre les membres de la société, motif d'ordre qu'a eu en partie en vue l'empêchement entre les parents trop rapprochés. En effet, si c'est un obstacle à la croissance des races que les personnes unissent ensemble un sang qui n'est point étranger, il n'en est pas moins vrai que l'union des personnes étrangères sert à lier entre elles les membres de cette famille ; c'est pour ce motif que, par la loi de Moïse, le mariage des enfants de Dieu fut défendu avec les enfants des hommes.

Barruel, dans ses lettres sur le divorce, à un député de l'assemblée nationale, expose en ces termes les maux qui en résultent pour la société : " Le bonheur de l'Etat est dans la paix et la concorde des citoyens, dans l'intelligence des diverses familles. Le mariage unissant deux époux, rapproche les parents, les alliés ; en faisant deux heureux, il fera vingt amis. Le divorce viendra, il fera vingt ennemis mortels ; il suscitera les parents, les amis de l'épouse contre l'époux, contre sa famille et contre ses amis. Le mariage avait confondu les intérêts, raffermi les fortunes ; le divorce viendra diviser les intérêts, renverser les fortunes, élever des discus-

sions, susciter des procès, anéantir des testaments ; et les tribunaux ne retentiront plus que de plaintes contre l'époux, qui laisse là l'épouse après avoir consommé sa fortune ; contre l'épouse, qui laisse là l'époux en demandant ce qu'elle aura dissipé."

Bentham, jurisconsulte anglais, qui soutient la cause du divorce, ne peut cependant s'empêcher d'avouer que l'indissolubilité du mariage est plus conforme à la loi naturelle. " Le mariage à vie, dit-il, est donc le mariage le plus naturel, le plus assorti aux besoins, aux circonstances des familles, le plus favorable aux individus, pour la généralité de l'espèce. N'y eut-il pas de lois pour l'ordonner, c'est-à-dire, point d'autres lois que celles qui sanctionnent les contrats, cet arrangement serait toujours le plus commun, parce qu'il est le plus convenable aux intérêts réciproques des époux. L'amour de la part de l'homme, l'amour et la prévoyance de la part de la femme, la prudence éclairée des parents et leur affection, tout concourt à faire imprimer un caractère de perpétuité au contrat de cette alliance."

Nous avons dit que la société a des droits acquis sur le mariage, et qu'elle doit s'opposer à sa dissolution. En effet, outre les motifs que nous avons examinés, il en est un plus puissant encore, c'est celui de s'opposer au principe le plus dissolvant des sociétés, celui qui a dissout les Empires les mieux constitués, qui ruine les individus comme les sociétés: c'est la corruption des mœurs. L'indissolubilité est la sauvegarde des mœurs, et en effet, qui ne sait que les passions, en présence d'un obstacle infranchissable, s'éteignent ou plutôt ne se réveillent pas. C'est cet obstacle qui étouffe la passion que le cœur pourrait avoir pour une sœur, pour une nièce. On sait quel désordre résulterait de ces mariages entre parents et alliés, et dans l'ordre moral, et dans l'ordre physique. L'impossibilité de ces mariages coupe dans leur racine les affections dérégées qu'on pourrait avoir vis-à-vis d'elles. Voilà pourquoi l'Eglise a mis des empêchements à ces mariages. Voilà pourquoi le mariage entre beau-frère et belle-sœur, doit rester soumis à

un empêchement qui ne doit disparaître que sur dispense que la gravité des circonstances force quelquefois d'accorder.

Et n'est-il pas de principe en morale que la passion étouffée dès ses premiers soulèvements est une passion sans force, et que si l'homme se demande s'il y a une issue pour satisfaire les désirs de son cœur, il est vaincu. Si la femme dans le paradis terrestre n'eut pas commencé à raisonner avec le serpent, elle ne serait pas tombée. Et qui ne sait que dans les tentations, si on ne raisonnait pas et qu'on eut soin de chasser immédiatement la pensée du mal, on ne tomberait pas.

Et qui ne sait encore que l'homme est parfaitement tranquille lorsque vivant humblement il n'ose seulement pas envier un point inaccessible à sa position ; mais une circonstance lui indique-t-elle ce point comme possible, son ambition grandit, il se tourmente jusqu'à ce qu'il y soit parvenu ou qu'il soit tombé en voulant y monter.

Ce principe a été reconnu comme très-puissant par les hommes politiques, et si la constitution anglaise a entouré la majesté royale de tant de prestige, n'est-ce pas pour la mettre inaccessible aux ambitions des sujets?

C'est la raison principale que donne De L'holme de la tranquillité qui existe dans l'Etat constitutionnel. Et il n'y aurait qu'à regarder les troubles causés dans les républiques pour se convaincre que la possibilité, pour les ambitieux, de parvenir au pouvoir unique a été le plus grand malheur de ces institutions.

Mais la grande raison que donnent les partisans du divorce est qu'il est un remède aux malheurs des époux.

Que voulez-vous que fasse un mari qui ne peut plus vivre avec sa femme ? La religion, comme la loi, permet la séparation de corps. C'est ce que nous devons entendre, dans le cas qui nous occupe, des textes de St. Mathieu, de St. Luc et de St. Marc que nous avons cités ; et c'est ce que notre Code, rapportant en cela l'ancienne loi, exprime en disant : art. 187. " Le mari peut demander la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme."

Mais, dira-t-on, que voulez-vous que fasse un tel homme, *ar il n'est pas bon que l'homme reste seul.*

Nous répondons que si vous ne connaissez pas de religion qui puisse soutenir l'homme dans les combats contre la dissolution des mœurs, nous, nous en connaissons une ; et la religion qui a produit tant de saints moines et tant d'admirables vierges, est celle à laquelle souvent appartiennent les époux que vous voulez désunir.

Dans tous les cas, admettons-le, c'est un malheur, et un grand ; mais de deux maux il faut choisir le moindre, et si, pour favoriser un individu, vous pervertissez un pays, quelle excellence aura votre loi ! Le divorce aura pourtant pour effet la perversion d'une population.

“ Ceux qui pensent, dit Balmès, qu'il est utile, en certains cas, de permettre le divorce, de manière que le lien conjugal reste dissous, et que chacun des conjoints ait la liberté de passer à de secondes noces, ne nieront point cependant qu'ils regardent le divorce comme un remède, remède dangereux, dont la Législation ne se sert qu'à regret, et seulement par égard pour la malice ou la faiblesse ; ils comprendront aussi qu'un grand nombre de divorces amènerait les maux les plus graves, et que pour prévenir ces maux, dans les pays, où les lois civiles permettent l'abus du divorce, il est nécessaire d'entourer cette permission de toutes les précautions imaginables ; ils m'accorderont par conséquent, que la manière la plus efficace de se préserver de la corruption des mœurs, de garantir la tranquillité de la famille et d'opposer un ferme rempart à ce torrent de maux prêt à inonder la société, c'est d'établir l'indissolubilité du mariage, comme principe moral, de lui donner pour fondement des motifs qui exercent un ascendant puissant sur le cœur, et de tenir constamment en bride les passions, pour les empêcher de glisser sur une pente si dangereuse.”

C'est pour cette raison que l'Eglise, dont nous avons fait connaître les canons, qui sont nos lois, a entrepris, avec la plus ardente énergie de mener à bout l'œuvre la plus nécessaire, la plus indispensable pour la bonne organisation de la

Famille [et de la Société ; que sa doctrine a toujours été, au milieu de la corruption des mœurs, inflexible sur ce point, et qu'elle a sans cesse crié aux potentats et aux rois, malgré les menaces et les promesses, ce commandement : “ *Ils sont deux en une seule chair ; l'homme ne séparera pas ce que Dieu a uni.*”

Rien n'arrête l'homme dans sa passion, si ce n'est une barrière infranchissable. Pour se débarrasser d'une femme qu'il n'aime pas, lorsqu'il verra qu'un adultère peut lui ouvrir la barrière, il ne rougira pas de le provoquer ; et ajoutons que le divorce obtenu à grands frais, pose dans ce siècle matériel celui qui l'obtient. La femme elle-même, pour parvenir à son but posera plutôt les causes d'un divorce, et il est à remarquer que, dans les pays où il est admis, la plupart de ceux qui sont prononcés, le sont à la demande des femmes.

Troplong dit : St. Paul vint porter à l'Occident la nouvelle doctrine, (I. Ep. aux Corinth. et VII, No. 15) dans le temps où les faibles barrières d'Auguste avaient été emportées par le torrent de tous les vices, et où Senèque cherchait en vain à la conjurer par la philosophie. Frapper du même coup l'adultère qui provoque le divorce et le divorce qui provoque l'adultère, les atteindre à la fois en mettant le lien conjugal au-dessus des caprices de l'homme, telle fut la pensée sublime de la prédication évangélique.

Mais voyons quel a été le résultat de la loi du divorce dans les pays où il a été admis.

A Rome, la loi civile des Décemvirs qui permettait même de répudier sans cause en se soumettant à une certaine peine, ouvrit les digues au désordre le plus effrayant.

Juvenal, pour peindre la licence des femmes qui abusaient du divorce, dit : “ Elle sort de la maison de son mari au milieu des festons encore verts, qui avaient été disposés pour l'y recevoir ; elle revient bientôt après dans ce même lit nuptial qu'elle avait si promptement dédaigné ; c'est ainsi qu'en moins de cinq automnes elle a compté huit maris.” Martial s'élève au ton de la satire, pour exprimer son indignation : “ Thélésina célèbre son dixième mariage, et l'on a remis en vigueur les peines de la loi Julia contre l'adultère ; comment

hésitez-vous à les lui appliquer ? Attendez-vous qu'elle se livre à ses amours adultères avec moins de solennité."

Les femmes, disait Senèque, et celles même de la plus haute naissance, ne désignent plus les années par le nom des Consuls, mais par celui de leurs maris ; elles épousent pour divorcer, elles divorcent pour épouser."

" Dans les idées que les Romains attachaient au mariage, dit Troplong, le divorce était un événement logique, dont les mœurs seules pouvaient tempérer les excès. Aux temps héroïques lorsque le pouvoir du mari s'étendait jusqu'au droit de vie et de mort sur sa femme en puissance, pourquoi n'aurait-il pas pu la répudier ?

..... Puis si l'on veut se placer au point de vue qui considère le mariage comme un de ces contrats consensuels dont la volonté fait la base, la conséquence n'est-elle pas qu'une volonté peut la dissoudre. A partir de 523, le divorce déborde sur la société romaine, au point que comme le mari gagnait la dot lorsque le divorce avait lieu par l'inconduite de la femme, il arrivait que les gens qui voulaient faire fortune prenaient pour épouses des femmes impudiques, pourvu qu'elles eussent du bien, afin de les répudier ensuite sous prétexte de dérèglements (Valer. Max. lib. VIII, c. 2, no. 3, Plutarque, Vie de Marius, p. 427).

De leur côté, les femmes, voyant qu'elles n'étaient protégées ni par leur vertu ni par leur affection, se livraient, sans retenue aux plus épouvantables déportements, et ceci est une nouvelle preuve de cette vérité qu'atteste l'expérience de tous les temps : c'est que l'excès du divorce conduit la femme à l'adultère.

Et vainement, dit l'Abbé Gaume, les gouvernements protestants entourent le divorce de difficultés ; les passions ont su renverser ces faibles barrières et déchirer le contrat auguste qu'elles avaient appris à mépriser.

C'est ce qui faisait faire à un ministre protestant, *Sentenis*, en 1830, dans la Cathédrale de Magdebourg, des aveux qu'il est bon de recueillir.

Oui, disait *Sentenis*, c'est là une chose qui fait peu d'hon-

neur à notre église protestante, en controverse sur cette matière avec l'Eglise catholique. Celle-ci sur ce point a bien mieux que nous maintenu l'antique sainteté du lien conjugal, car lorsque la chose devient inévitable, elle prononce la séparation des époux, mais jamais elle ne leur permet un autre mariage. Comment, nous autres protestants, saurions-nous, avec quelque droit, soutenir contre l'Eglise catholique l'honneur de n'admettre, comme mesure de notre foi et de notre morale, que les Saintes Ecritures, tandis que, en matière de divorce, ce sont eux qui s'en tiennent à la parole de Jésus-Christ et de ses Apôtres, et non pas nous. (Courrier anglais du 4 juin 1830).

Stock Muncer et Carlostadt, des premiers et des plus zélés disciples de Luther lui reprochent d'avoir introduit une dissolution, semblable à celle du Mahométisme.

Il y a peu d'années, le feu roi de Prusse, Frédéric Guillaume II, a répudié Elizabeth de Brunswick a épousé la princesse de Hesse, et après la comtesse d'Enhoff, sans répudier la Reine, toujours avec l'approbation des doctrines calvinistes ; et lorsque, ces trois femmes vivantes, il voulut épouser Mademoiselle de Vors, il trouva ses pasteurs disposés à le lui permettre, alléguant qu'il valait mieux contracter un mariage illégitime que de courir d'erreur en erreur ; décision dérisoire et honteuse qui " dégrade autant ceux qui la donnent que celui qui la sollicite," dit M. de Ségur.

L'Angleterre ayant avili le mariage a dû aussi, faute de remède religieux, admettre le divorce sinon dans les lois civiles au moins dans son parlement.

Nous citons un témoignage du Docteur Philimore qui voulait, en 1830, changer la loi du divorce pour y donner accès à toutes les classes de la société, et pourtant nous verrons que pour n'être accessible qu'aux riches le divorce a été pratiqué dans Albion sur une vaste échelle.

" Dans tous les pays protestants, dit-il, le divorce pur et simple est admis ; en Angleterre il n'y a que le Parlement qui puisse prononcer la séparation *a vinculo matrimonii*, et ce divorce complet n'est en général accordé que pour cause d'a-

dultère. Mais, d'une part, ces causes sont toujours un grand scandale, les chambres sont dans l'impossibilité d'examiner les témoins et de faire des enquêtes régulières ; de l'autre, la multiplicité de ces causes rend nécessaire de pourvoir à un changement de législation, et le prix énorme de £25,000 que coûtent les procès de ce genre restreint l'usage de cette voie judiciaire aux familles très-riche. Dans les cent cinquante ans qui ont précédé le règne de George I, il n'y eut que cinq causes de divorce. De 1715 à 1775, espace de soixante ans, il y eut soixante divorces. De 1775 à 1800, en vingt-cinq ans, il y en a eu 74, et depuis 1800 jusqu'à 1830, il y en a eu 90."

(Courrier anglais du 4 juin 1830).

On voit d'après ce rapport combien cette plaie est profonde en Angleterre dans la classe riche où cependant l'éducation, l'aisance devraient faire supposer que la morale y est plus sauvegardée que dans les classes qui, à part les passions du cœur, ont encore à lutter contre le découragement de la vie, l'appas du luxe et les offres du riche. Qu'en est-il donc dans les autres pays où le divorce est facile ? Qu'en est-il donc en Angleterre, depuis l'introduction du statut qui le permet par les cours de justice ? (21 et 22 Vict. ch. 77.) Chose singulière, c'est que la proposition de Philimore fut rejetée sur un motif qui condamne nécessairement ceux qui admettent le divorce, sur le motif qu'il n'y avait aucune raison pour rendre le divorce plus facile et par conséquent plus fréquent, ce qui serait porter atteinte à la morale publique.

Si donc ce principe porte atteinte à la morale publique lorsqu'il devient facile, il porte donc atteinte à la morale dans la sphère de ceux qui peuvent l'avoir facilement ; or c'est en avouant un tel principe que l'Angleterre l'a admis, et qu'on voudrait le faire admettre ici.

" Le Législateur, dit de Fayet, doit-il accrédi-ter ces vaines déclamations, en exigeant une rançon pour en sortir ? Dans le rapport de l'équité, si les motifs du divorce sont légitimes, pourquoi lui imposez-vous une difficulté ? Si vous les croyez mal fondés, pourquoi accordez-vous le divorce ? Quant au succès de ce moyen, aurai-je besoin de faire observer que

l'éclat des sacrifices est un nouvel aliment aux passions que vous voulez éteindre ? ”

La législation nouvelle en Angleterre, dit Auguste Carlier, en 1860, (le mariage aux Etats-Unis) a révélé une des plaies de la société anglaise ; en effet, la statistique a établi que depuis le fonctionnement de la nouvelle juridiction, le nombre des demandes de divorce s'est multiplié au delà de toute prévision, à ce point que la cour ne peut suffire depuis près de trois ans à l'expédition des affaires. De bons esprits craignaient qu'on ne soit allé trop loin dans cette voie de réforme, tant il est difficile, lorsqu'on expérimente sur le corps social, de même que sur les individus, d'approprier le véritable remède à la constitution, et surtout de ne point dépasser la dose que le malade peut supporter.”

Une femme protestante, parlant d'un pays qu'elle aime et qu'elle admire, Madame de Staël, dans son livre sur l'Allemagne, dit :

“ L'amour est une religion en Allemagne ; mais une religion poétique qui tolère trop volontiers tout ce que la sensibilité peut exercer. On ne saurait le nier, la facilité du divorce dans les provinces protestantes porte atteinte à la sainteté du mariage. *On y change aussi paisiblement d'époux que s'il s'agissait d'arranger les incidents d'un drame ; le bon naturel des hommes et des femmes fait qu'on ne mêle point d'amertume à ces faciles ruptures ;* ” (De l'Allemagne, P. 1er, c. III.)

Inutile de dire que les Etats-Unis ont admis la dissolution du mariage : c'est une des conséquences du protestantisme et de la liberté illimitée. Un mauvais principe a toujours ses conséquences ; les Etats-Unis, avec une logique à laquelle conduisent les instincts, semblent destinés à prouver le principe par ses conséquences.

Le Baltimore Sumn, le 22 février 1856, constatait que dans le seul Etat de l'Alabama, la Législature déclarait annuellement jusqu'à cent divorces, sans compter ceux prononcés par les Cours de Justice.

Le juge Bishop, *on marriage and divorce* § 290, faisait cette remarque : “ Qu'il n'y avait pas de loi dont on eût plus abusé

dans l'Ohio que celle du divorce, et que la plus grande partie des habitants estimaient que de tous les contrats, celui du mariage est le moins obligatoire, et qu'il ne doit falloir rien de plus, pour le dissoudre, qu'une demande adressée aux tribunaux."

L'Indiana a aussi la même plaie. Le *National Intelligence* de Washington, de novembre 1858, l'un des journaux les plus estimés de l'Union, rapporte que le juge Test, d'une des Cours de l'Indiana, en donnant son opinion dans un cas de divorce, porté devant lui, disait "que les avocats de l'amour libre, (nouvelle secte qui trouve que l'amour manque de liberté aux Etats-Unis,) ne pouvaient demander un statut plus favorable à leur vue que la loi du divorce d'Indiana; et que la polygamie des Mormons était préférable, car elle obligeait au moins les maris à pourvoir à l'existence et à la protection de leurs femmes."

On dira que les causes reconnues du divorce sont plus multiples qu'en Angleterre, c'est vrai; mais si les causes multiples sont dangereuses et produisent de si funestes effets, pourquoi n'avouerait-on pas que la seule cause qui existe en Angleterre est déjà très-malsaine, puisqu'elle produit encore des effets hideux.

Dans l'Etat de Pensylvanie, à Philadelphie, ville fondée par les Quakers et d'habitude paisible, on a constaté que dans un espace de neuf années, jusque et y compris 1856, les cours de justice avaient prononcé 1135 divorces, sans compter ceux déclarés par la Législature, et ils sont nombreux. (The Philadelphia Ledger, 17 avril 1857).

Dans le Connecticut, ancienne colonie fondée par les puritains, un homme fort distingué, le président Dwight, de Yale College, disait déjà en 1816, devant une assemblée composée des grands corps de l'Etat: "Que dans la seule ville de New-Haven (très-petite alors), on avait prononcé plus de cinquante divorces dans les cinq années précédentes, et plus de quatre cents dans tout l'Etat, pendant le même laps de temps. C'était à peu près un divorce sur cent mariages. (Bishop. On marriage and divorce § 275).

Les choses, depuis lors, ont été en augmentant. D'après le journal "The New Orleans" Picayune, (10 mars 1857, nous voyons que dans une seule session de la Cour de Comté, siégeant à Dedham (Massachussets), dernier terme de 1856 ou premier de 1857, onze divorces ont été prononcés pour cette seule petite circonspection, dont sept ayant pour cause l'adultère.

La France elle-même a fait la triste expérience de cette législation.

La loi de la séparation de corps fut supprimée en 1792 par la loi des 20-25 septembre qui lui substitua le divorce. Conservée avec répugnance par les auteurs du Code Civil, cette loi est tombée dans les premiers jours de la Restauration, emportant les malédictions du grand nombre.

" Le législateur, dit M. Mougarede, baron de Fayet, avait si bien perdu de vue tous ses devoirs, qu'il n'avait pas même considéré les effets de cette loi sur les intérêts civils. A cette époque pourtant tous les arrangements de famille étaient fondés sur les clauses du contrat de mariage."

" Les mouvements furent à peine aperçus, tant on fut frappé de l'avalissement rapide du mariage lui-même, dont les engagements avaient si longtemps paru non moins inviolables que ceux qui ont été formés par la nature entre les pères et les enfants."

" On a pu reconnaître alors toute la force de nos institutions sociales. Une puissance existait encore, que la puissance temporelle aurait vainement tenté de soumettre à son influence; elle savait trop bien qu'on ne pouvait ordonner la diffaréation au Pontife de la nouvelle loi. Le mariage indissoluble, affermi par un tel appui, a opposé son antique dignité aux atteintes impies du Législateur. De là ce principe de résistance qui s'est manifesté de toute part et qui laissait le Législateur sans excuse, parce qu'il attestait que la conscience sociale exerçait encore un grand empire. De là cette flétrissure imprimée aux époux qui s'étaient laissé séduire par ses lois de licence, et qui ne pouvaient faire distinguer dans

l'opinion les désirs qu'elles avaient autorisés de ceux qu'elles continuaient à réprouver."

"Bientôt l'indignation publique, soulevée par les excès du divorce, trouva d'éloquents organes, au sein même de cette assemblée, où il avait reçu sa nouvelle existence. Telle fut l'impression qui résulta de la discussion de l'an V contre le divorce, que ses partisans ont depuis gardé le silence, et qu'ils furent obligés d'éluder ces vives attaques, sous le prétexte de la prochaine publication du code civil."

Le divorce a été aboli en France par la loi du 8 mai 1816.

Nous avons vu quelles sont les conséquences du divorce dans la société. Voyons maintenant quels sont les effets du divorce dans la famille.

Prenons un père de famille qui demande un divorce et l'obtient, au lieu de cacher ses malheurs domestiques et de chercher à remédier à ses maux par les moyens que lui indique la religion. Voilà une femme publiquement deshonorée, et sans espoir d'être pardonnée, elle se laissera probablement entraîner à une licence qu'un espoir de réconciliation aurait pu prévenir. Elle devient isolée et en butte aux tentatives effrontées de ces oiseaux de proie qui se repaissent des vices de la société. Le scandale devient à la connaissance de ses enfants qui ne manqueront pas, lorsque le tourbillon des passions viendront envelopper leur frêle existence, de s'excuser sur la conduite de leurs parents. La crainte de déshonorer des parents respectables ou même de leur faire de la peine n'est elle pas un mobile suffisant pour arrêter l'enfant sur la pente du crime ? Élevés chez leur mère où les enfants apprendront à maudire leur père, qui les arrêtera dans le précipice où la jeunesse est constamment poussée ? Où bien ils se réfugieront chez leur père qui les détestera et qui apprendra à sa nouvelle femme à les haïr comme la source d'où ils viennent. Ils deviendront dans les deux cas les victimes du désordre de leurs parents. Honnis et bafoués ils n'auront d'autre consolation que de s'abandonner au courant de leurs caprices, sans frein suffisant pour les retenir. Les filles elles-mêmes n'ayant plus pour les protéger ni l'œil des parents ni le

prix de l'honneur qui leur servait de pallium, elles se décourageront et se livreront dans leur désespoir aux exemples dévoilés de leur malheureuse mère.

L'époux divorcé sera-t-il heureux avec sa nouvelle femme ? Au moindre refroidissement, sa pensée se jettera en arrière et fera revivre peut-être un sentiment mal éteint pour sa première femme, car qu'on ne croit pas que ces malheurs effacent les premières affections. La femme elle-même, froissée dans ses sentiments, reprochera peut-être à son mari ses malheurs passés. De là des provocations de la part de la nouvelle femme, et un doute dangereux de la part de l'époux, qui apportera au lit de sa nouvelle femme l'incertitude d'un homme déjà trompé.

Sans doute le malheur d'un époux abusé est énorme ; et c'est un de ces malheurs que l'état ne peut pas soigner. C'est un mal du cœur et le médecin du cœur n'est pas la société, qui ne peut qu'aggraver la douleur en voulant y remédier. La religion seule peut verser sur ces profondes plaies un baume salutaire, "*Venez à moi, vous tous qui êtes fatigués et qui êtes chargés, et je vous soulagerai.*" (Matt. 11, 28.)

Eh mon Dieu ! que d'existences ont été sauvegardées par la douceur, les douces réprimandes ; que de fautes ont été noblement réparées par un pardon de la part d'un époux généreux ! Que de dévouements sont souvent la suite d'une chute irréfléchie et que l'espoir d'une réconciliation a inspirés, tandis que " le divorce, comme dit un écrivain, est le retour du sensualisme mahométan, au despotisme païen ; c'est la dégradation de la famille, c'est le démenti le plus insultant donné à Jésus-Christ Législateur ; c'est la plus large porte ouverte au désordre ; c'est une source intarissable d'accusations scandaleuses, de procès, de haines entre les époux ; c'est la honte du père ; c'est l'avilissement de la femme ; c'est le malheur de l'enfant, la perte de sa vie morale et souvent de sa vie physique ; c'est la discorde dans les familles, la licence dans les mœurs et la perturbation dans la société. "

" La question du divorce, est réglée en France, dit M. J. Langlais, (Encyc. du 19e siècle Vo. Divorce), et tout porte à

penser que l'arrêt est sans appel. Les hommes graves doivent s'en féliciter, dans l'intérêt de la famille, des bonnes mœurs et de l'Etat. Il n'est pas bon que la loi favorise l'inconstance et ajoute ses séductions à celles des passions humaines. On se conforme à un état qu'on sait ne pouvoir être changé ; on devient patient par nécessité. Le joug le plus léger paraît pesant, dès qu'on voit qu'il est possible de s'en affranchir. Quelques âmes mal engagées dans le mariage souffriront de ces liens indissolubles ; mais ce serait un malheur bien plus grand que la raison, la nature et la société fussent en souffrance. La société doit ses sympathies, son appui aux cœurs de bonne foi, et elle y pourvoit par la séparation ; mais faudrait-il dissoudre la famille, corrompre tout un peuple, pour guérir les blessures causées par ces unions, où l'homme ne voit que ses intérêts, où la femme est livrée au premier venu corps et âme, passé et avenir rêves de jeunesse et liberté d'espérance ? Le divorce est la loi brutale du plus fort, appliquée à l'oppression du plus faible. L'homme se retire du mariage avec son indépendance ; mais la femme n'en sort pas avec toute sa dignité. Lorsque les deux époux divorcent par consentement mutuel, c'est l'enfant qui se trouve la victime ; les deux forts s'arrangent pour dépouiller le faible."

Espérons aussi que, du moins pour les catholiques, la question du divorce en Canada est réglée ; et que nous laisserons à d'autres le soin d'en bénéficier, s'ils y trouvent leur bénéfice.

Nous laissons à nos législateurs de réfléchir sur les devoirs qu'ils assument et comme hommes politiques et comme chrétiens. Pour nous, notre tâche est terminée, et nous espérons avoir exposé dans ces quelques pages la doctrine vraie, qui peut paraître sévère dans le siècle où nous sommes, mais qui est en définitive la doctrine dont on ne peut s'éloigner sans s'exposer aux conséquences que nous avons signalées.

B. A. T. DE MONTIGNY.

Projet de Loi pour légaliser les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs.

Les articles suivants publiés sous forme de lettres dans le *Courrier de Montréal* et *La Minerve*, sur un projet de loi introduit dans la Chambre des Communes, tendant à légaliser les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, nous ont paru de nature, à intéresser nos lecteurs, et mériter insertion dans *La Thémis*.

Montréal, 15 Mars, 1880.

Monsieur le Rédacteur,

Vous avez désiré connaître mon opinion sur le projet de loi intitulé : Un Acte pour légaliser le mariage avec la sœur d'une femme décédée, proposé par M. Girouard à la Chambre des Communes, où il a subi sa seconde lecture, et qui, amendé en comité de toute la Chambre, ne contient plus que deux lignes ainsi conçues : " Le mariage entre un homme et la sœur de sa femme défunte ou la veuve de son frère défunt est légal."

Je vous aurais, sans préambule, fait part de mon sentiment sur cette mesure, si à l'instant où j'allais l'écrire, je n'avais lu dans *La Minerve* de ce jour, un éditorial annonçant l'approbation donnée par les Évêques Catholiques Romains de la Province, au projet de loi accompagné de la publication de certaines lettres de ces hauts dignitaires, écrites à l'auteur de la loi proposée, qui leur avait demandé leur avis sur sa convenance. Si ces lettres que l'on dit contenir une appréciation favorable de la loi, de fait en recommandaient l'adoption, elles auraient ébranlé mon opinion, mais m'étant convaincu après les avoir rapprochées de celle de M. Girouard, et du projet tel que présenté aux Communes, que bien que leur sens

apparent contienne une approbation de la mesure, elles en renferment dans leur signification véritable, déterminée par la pensée et l'intention de leurs auteurs et leur liaison avec certains faits antérieurs, la condamnation virtuelle, je ne serai plus empêché de dire mon sentiment par la crainte de me mettre en désaccord avec l'épiscopat.

Je dis que ces lettres condamnent virtuellement le projet de loi ainsi amendé, et je le prouverai, je crois, de la manière la moins douteuse ; mais pour cela il me faut jeter un coup d'œil rétrospectif sur la législation passée, remonter jusqu'à la promulgation du Code Civil et entrer dans des développements qui occuperont tout l'espace dont vous pourrez disposer dans les colonnes de votre prochaine édition.

Il n'est pas besoin de dire que l'affinité légitime ou licite, (de même que l'affinité illégitime ou illicite) produit suivant le droit canon, un empêchement dirimant de mariage, lequel a été réduit par le Concile de Trente au deuxième degré pour l'affinité illicite.

Suivant la doctrine de l'Église Catholique, cet empêchement, étant de droit positif Ecclésiastique et non de droit naturel, est susceptible de dispense. Le Code Civil article 125 ne mentionne l'affinité licite et illicite comme formant un empêchement de mariage que dans les degrés de beau-frère et belle-sœur, c.-à-d. au premier degré. L'article est couché en ces termes : " En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur, légitimes ou naturels, et entre les alliés du même degré, aussi légitimes ou naturels."

L'article 126 ajoute : " Le mariage est aussi prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu." Enfin l'article 127 porte : " Les autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses."

" Il en est de même quant au droit de dispenser de ces empêchements, lequel appartiendra tel que ci-devant, à ceux qui en ont joui par le passé."

Cette dernière partie de l'article 127, a été l'objet, lors de la publication du Code, de la censure du clergé de la province, de même que de celle de quelques laïques, sur le principe, que ce paragraphe refusait de reconnaître le droit de dispenser de cet empêchement d'affinité, établi par la loi ecclésiastique, et privait les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, bien que valablement célébrés par l'autorité religieuse avec dispense du Souverain Pontife, de leurs effets civils. Quelques-uns ont même prétendu que l'exclusion de la dispense s'étendait au lien conjugal même, dont le paragraphe critiqué refusait de reconnaître la validité.

Cette interprétation défavorable de l'article 127 était fondée sur l'application des mots *ces empêchements*, insérés dans ce paragraphe, qui, disait-on, ne se rapportaient pas aux empêchements décrétés par les articles précédents et en particulier au mariage entre beaux-frères et belles-sœurs prohibé par l'article 125.

Quoiqu'il en soit de la rectitude de cette interprétation, ce dut être avec satisfaction, que les évêques et le reste du clergé ont vu la seconde loi de M. Girouard (la première ayant été retirée) proposée aux communes, le 25 février dernier, laquelle était exactement formulée dans le sens désiré, et restituait le bénéfice de la dispense au mariage des beaux-frères et belles-sœurs. Cette loi était conçue en ces termes que je traduis de l'anglais, n'ayant pas sous les yeux la version française : “ Le mariage entre un homme et la sœur de sa
 “ femme défunte ou la veuve de son frère défunt sera légal ;
 “ pourvu que si dans toute église ou corps religieux dont les
 “ ministres sont autorisés à célébrer le mariage, aucune
 “ dispense, à raison de telle affinité entre les parties est néces-
 “ saire pour donner validité à tel mariage, telle dispense sera
 “ d'abord obtenue, conformément aux règles et coutumes de
 “ la dite église ou du dit corps religieux ; pourvu aussi que la
 “ célébration par aucun ministre officiant ne se fasse com-
 “ pulsoirement. Tous semblables mariages, ci-devant con-
 “ tractés comme susdit, sont par les présentes déclarés valables ;

“ les causes (s'il y en a) pendantes devant les cours de justice, “ étant seulement exceptées.”

On voit que cette loi contenait la rectification demandée, c'est-à-dire qu'elle restituait le droit de dispense retranché par le Code, et à la date de la lettre de M. Girouard et à celle des Évêques, c'est-à-dire les 28 et 29 février et les 1, 2 et 5 mars, cette loi était la seule devant la Chambre.

Voici la lettre de M. Girouard, telle que publiée dans la *Minerve* et adressée à chacun des membres de l'Episcopat :

“ MONSEIGNEUR,

“ La discussion du bill pour légaliser le mariage a com-
“ mencé hier soir, c'est-à-dire le 27 février, comme Votre
“ Grandeur aura pu le remarquer par les journaux de ce
“ matin. Le point qui serait le plus contesté par les protes-
“ tants, est la reconnaissance par l'état du droit de dispense
“ de l'empêchement résultant de l'affinité.”

“ Votre grandeur serait-elle satisfaite *d'abroger* l'article 125
“ du Code de manière à légaliser le mariage en question, sans
“ rien dire de plus. Ne pensez-vous pas qu'alors, le droit de
“ dispense serait suffisamment sauvegardé par l'article 127? ”

Ce que M. Girouard propose est *d'abroger*, c'est-à-dire retran-
cher et non *modifier*, remarquons-le bien, l'article 125, en
laissant subsister l'article 127. Or, le simple retranchement de
l'article 125 remplirait exactement le but désiré, c'est-à-dire
sauvegarderait la disposition canonique qui frappe d'empêche-
ment le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, mais qui
le rend susceptible de dispense.

Pour le prouver lisons les articles 124, 126 et 127 qui sont
les seuls, qui avec l'article 125, traitent des empêchements, en
retranchant toutefois cet article 125, ce que proposait de faire
M. Girouard.

Art. 124. “ En ligne directe le mariage est prohibé entre les
“ ascendants et entre les alliés soit légitimes soit naturels.”

Article 125 omis.

Art. 126. “ Le mariage est aussi prohibé entre l'oncle et la
“ et la nièce, la tante et le neveu.”

Art. 127. " Les *autres* empêchements, admis d'après les " différentes croyances religieuses, comme résultant de la " parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumis " aux règles suivies jusqu'ici dans les différentes églises et " sociétés religieuses."

" Il en est de même quant au droit de dispenser de ces " empêchements, lequel appartiendra tel que ci-devant à ceux " qui en ont joui par le passé."

Il saute aux yeux que le code étant ainsi modifié, l'empêchement d'affinité créé par l'article 125, se trouverait compris parmi les *autres empêchements* de l'article 127, c'est-à-dire, les empêchements autres que ceux mentionnés dans les articles 124 et 126, et que la dispense de la fin de l'article 127 s'appliquerait à celui-là comme aux autres. On pourrait faire la même chose pour l'article 126, en ne laissant subsister que l'article 124, et l'empêchement consacré par cet article 126 serait tombé dans la catégorie *des autres* empêchements dont parle l'article 127. De fait, on pourrait également retrancher l'article 124 et ne laisser subsister que l'article 127, en retranchant le mot *autres*, et en faisant précéder le mot *Les* du mot *tous*, ce qui modifierait l'article comme suit : *Tous les empêchements admis*, etc., et l'on sauverait la doctrine. Si originairement le Code eût été ainsi rédigé, il n'aurait jamais fait naître de difficultés.

En présence de ces faits, est-il étonnant que les évêques aient approuvé la proposition de M. Girouard ? Ce serait le contraire qui le serait !

Le rapport de la séance du 10 mars fait foi de la modification qu'a reçue la mesure, après cette approbation.

Les deux provisoires, celui qui consacrait le droit de dispense et celui qui pourvoyait à ce qu'un ministre du culte ne pût être forcé à célébrer un mariage, ont été retranchés et le suivant y a été substitué, de sorte que le projet de loi se lit maintenant comme suit : " Le mariage entre un homme et la " sœur de sa femme ou la veuve de son frère défunt est légal ; " pourvu que tous mariages de cette nature contractés avant " la passation de cette loi, si les conjoints vivent actuellement

“ comme mari et femme, seront légaux et la présente loi
 “ n’affectera aucunement les droits acquis aux enfants nés
 “ d’un premier mariage, avant la passation de la présente.

“ Cette loi n’aura pas d’effet rétroactif quant au mariage
 “ qu’une personne aurait pu avoir ainsi contracté, si avant la
 “ passation de la présente, elle a contracté un mariage avec
 “ une autre personne.”

C’est cette législation qui déclare absolument légal, c’est-à-dire valide, le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, que le Parlement Fédéral a accordée aux évêques qui demandaient la conservation de l’empêchement et la restitution du droit de dispense. Substituez maintenant à l’article 125 qui prohibe le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs cette loi qui le légalise, et vous verrez si vous pourrez faire produire à l’article 127 un empêchement pour ce cas d’affinité, avec droit de dispense. Il est évident, au contraire, que cette affinité particulière entre le beau-frère et la belle-sœur n’étant plus un empêchement, a cessé d’être comprise sous les termes, d’*autres empêchements*, et que cet article 127 ne pourra plus s’appliquer qu’aux autres cas d’affinité ?

Il n’y avait que deux manières de conserver l’empêchement avec dispense : c’eût été de décréter le proviso de la loi tel que proposé ou de retrancher entièrement la dernière partie de l’article 125.

Loin de là, la loi amendée abolit entièrement l’empêchement laissant libre le mariage du beau-frère et de la belle-sœur, tout en conservant cet empêchement dans les degrés d’affinité plus éloignés. Est-ce que je n’ai pas le droit de supposer que si ce résultat avait été signalé aux évêques, ils ne l’auraient pas approuvé ?

Ce n’est donc pas la loi ainsi que modifiée qu’ils ont acceptée, mais une autre loi fondée sur un principe contraire et dont l’approbation constitue une désapprobation de la première.

SECONDE LETTRE.

La loi proposée dont l’unique disposition est de légaliser le mariage entre un homme et la sœur de sa femme défunte ou

la femme de son frère défunt, me parait sujette à de graves objections, en ce qui concerne la population catholique de la Province de Québec.

Si le Parlement Fédéral a juridiction sur le mariage, autrement qu'en connexion avec le divorce, cette juridiction ne pourrait s'appliquer qu'aux conditions requises pour le contracter valablement, c'est-à-dire au lieu du mariage considéré sous le rapport spirituel. Le mariage considéré sous le rapport de ses effets civils, et affectant les biens des époux et les droits civils des enfants nés du mariage sont de la compétence exclusive des législatures locales, parce qu'il est régi par la loi civile de chaque province, sur laquelle le Parlement Fédéral est sans compétence.

Sous ce rapport du lien, le mariage considéré par tous les chrétiens, catholiques et protestants, comme chose religieuse et sacrée, est régi par la loi ecclésiastique et sous le rapport de ses effets civils par la loi civile. Dans les pays protestants soumis à l'Angleterre, dont le souverain est à la fois chef spirituel et temporel revêtu de la double suprématie, et dont la religion d'Etat est le protestantisme, la législation spirituelle et la législation séculière appartiennent à la fois au Parlement Impérial et aux législatures coloniales, le Parlement de la Puissance du Canada y compris. Il n'en est pas ainsi des pays catholiques et notamment de la Province de Québec, où la législation spirituelle appartient à l'Eglise catholique romaine, et la législation séculière seule, au Parlement Fédéral et à la législature de la Province, dans le cercle de leurs attributions respectives.

D'après l'enseignement catholique, le droit de statuer sur les conditions de cette validité, autrement dit, le droit d'imposer ou de retrancher les empêchements de mariages *appartient au pouvoir spirituel* exercé exclusivement par l'Eglise. D'un autre côté, le pouvoir temporel seul est revêtu du pouvoir de légiférer sur les droits civils qui naissent du mariage, légitimement contracté suivant les règles que l'Eglise a établies.

La maxime peut se résumer comme suit : *Quand un mariage est-il valide ?* Question de droit ecclésiastique dont la puissance

religieuse peut seule connaître ! *Quels sont les droits et obligations civils résultant du mariage ?* Question de droit civil, du ressort exclusif de la puissance politique, civile et séculière !

Cette doctrine est aujourd'hui irréfragablement établie, et de fait n'est plus mise en doute par ceux qui font profession d'attachement à la foi catholique. Une longue suite de traditions remontant à la plus haute antiquité, l'enseignement unanime des papes confirmé par le syllabus, les allocutions consistoriales des derniers papes, la dernière encyclique du pape régnant et la doctrine constante des auteurs ecclésiastiques mettent le principe à l'abri de toute contestation. Parmi les catholiques de la province de Québec, ce principe est presque un dogme, et ceux-là seuls qui l'ignorent ne l'admettent pas, encore ne peut on pas dire qu'ils le nient.

Les protestants ne nient point non plus cette doctrine en thèse générale, mais ils la modifient dans l'application, en ce que chez eux le pouvoir spirituel et le pouvoir civil, sont réunis sous la suprématie du roi.

La Réforme n'a pas détruit l'autorité générale du droit canon en Angleterre et c'est dans ce droit que se trouve la source de prohibition du mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, que le but de la loi projetée est de faire disparaître.

Aussi les protestants sont-ils autant et même plus que les catholiques, parmi lesquels l'empêchement est sujet à dispense, opposés à ces mariages.

Le droit de dispenser de cet empêchement était reconnu au Souverain Pontife par le droit canon, et si sous ce rapport, l'autorité de ce droit a été modifiée en Angleterre, ce n'est pas à une divergence réelle de doctrine qu'est dû le rejet de cette dispense, mais à des motifs qui tout en prenant l'enseignement théologique pour prétexte lui sont en réalité, restés étrangers.

L'année même de son avènement au trône, en 1509, Henri VIII avait épousé, en vertu d'une dispense obtenue du Pape Jules II, Catherine d'Aragon, veuve d'Arthus, son frère. Après plus de vingt ans de mariage, Henri voulant contracter un second mariage avec Anne Boleyn, invoqua la nullité de la dispense accordée pour contracter le premier, dont il

demanda la dissolution à Clément VIII. · Il paraît, bien que le fait ait été nié plus tard par Henri et ses partisans, que le mariage entre Arthus et Catherine, n'avait jamais été consommé, du moins Catherine l'affirma-t-elle par serment.

Quoiqu'il fût de ce moyen, dont il n'a été question qu'incidemment au procès, le point principal fut la question de savoir si l'empêchement d'affinité légitime au premier degré, qui est celui de beau-frère et de belle-sœur, est un empêchement dispensable, ainsi que l'avait jugé le pape Jules II, qui avait accordé la dispense et que le soutenaient les avocats de Catherine, pendant que ceux du roi soutenaient le contraire. Le mariage fut déclaré valable en consistoire tenu par le pape, le 23 mars 1534, de l'avis de dix-neuf cardinaux sur vingt-deux présents et la demande du roi fut rejetée.

On connaît le retentissement de cette grande controverse, dont je n'ai intention de m'occuper ici, qu'en ce qu'elle peut s'appliquer au projet de loi qui nous occupe, sans égard à l'intérêt historique des faits, qu'il ne devient nécessaire de connaître, que pour en dégager le point de droit.

Bossuet résume ainsi cette affaire :

“ Le fait est connu. On sait que Henri VII avait obtenu une dispense de Jules II, pour faire épouser la veuve d'Arthus, son fils aîné, à Henri son second fils et son successeur. Ce prince, après avoir vu toutes les raisons de douter, avait accompli ce mariage étant roi et majeur, (1) du consentement unanime de tous les ordres de son royaume, le 3 juin 1509, c'est-à-dire six semaines après son avènement à la couronne. Vingt ans se passèrent sans qu'on révoquât en doute un mariage contracté de si bonne foi. Henri, devenu amoureux d'Anne de Boleyn, fit venir sa conscience au secours de sa passion, et son mariage lui devenant odieux, lui devint en même temps douteux et suspect. Cependant il en était sorti une princesse qui avait été reconnue dès son enfance, pour l'héritière du royaume, de sorte que le prétexte que prenait Henri de faire casser son mariage, de peur, disait-il, que la succession du royaume ne fût douteuse, n'était qu'une illusion, puisque personne ne

(1) Il y a ici erreur d'âge. Henri VIII étant né en 1491, n'avait que dix-huit en 1509, année de son mariage.

songeait à contester son état à Marie, qui en effet fut reconnue reine d'un commun consentement lorsque l'ordre de la naissance l'eût appelée à la couronne. Au contraire, si quelque chose pouvait causer du trouble à la succession de ce grand royaume, c'était ce doute de Henri et il paraît que tout ce qu'il publia sur l'embarras de sa succession ne fut qu'une couverture, tant de ses nouvelles amours que du dégoût qu'il avait conçu de la reine, sa femme, à cause des infirmités qui lui étaient survenues, comme le protestant Burnet l'avoue lui-même.

“ Un prince passionné veut avoir raison. Aussi, pour plaire à Henri, on attaqua la dispense sur laquelle était fondée son mariage, par divers moyens, dont les uns étaient tirés du fait, et les autres du droit. Dans le fait on soutenait que la dispense était nulle parce qu'elle avait été accordée sur de fausses allégations. Mais, comme ces moyens de fait, réduits à ces minuties, étaient emportés par la condition favorable d'un mariage qui subsistait depuis tant d'années, on s'attacha principalement aux moyens de droit, et on soutint la dispense nulle comme accordée au préjudice de la loi de Dieu, dont le pape ne pouvait pas dispenser. ”

“ Il s'agissait de savoir si la défense de contracter en certains degrés de consanguinité ou d'affinité partée par le Lévitique, et entre autres celle d'épouser la veuve de son frère, appartenait tellement à la loi naturelle qu'on fut obligé de garder cette défense dans la loi évangélique. La raison de douter était qu'on ne lisait point que Dieu eût jamais dispensé de ce qui était purement de la loi naturelle ; par exemple, depuis la multiplication du genre humain, il n'y avait point d'exemple que Dieu eut permis le mariage de frère à sœur, ni les autres de cette nature au premier degré, soit ascendant ou descendant, ou collatéral. Or, il y avait dans le Deutéronome une loi expresse qui ordonnait, en certains cas, à un frère d'épouser sa belle-sœur et la veuve de son frère. Dieu donc ne détruisant pas la nature, dont il est l'auteur, faisait connaître par là que ce mariage n'était pas de ceux que la nature rejette, et c'était sur ce fondement que la dispense de Jules II était appuyée.”

La question principale étant la validité de la dispense, roulait sur le doute de savoir si la prohibition faite par le Lévitique au frère d'épouser la femme de son frère défunt, était tellement de droit naturel qu'on ne pût la violer sans enfreindre la loi de Dieu, ou bien si elle était de simple droit positif que la loi évangélique n'était pas tenue d'observer. En d'autres termes, l'empêchement était-il de droit naturel divin, ou de droit positif ecclésiastique ?

Ce serait présomption de ma part d'ajouter une seule remarque à la somme d'arguments apportés de part et d'autre par les savants théologiens, les canonistes et les plus doctes Universités consultés sur cette question fameuse qui, pendant plusieurs années, occupa l'attention de l'Europe et dont le résultat fut si fécond en grands événements. Cependant, peut-être me saura-t-on gré de résumer les arguments des défenseurs de l'un et de l'autre côté de la question, presque tous fondés sur les textes comparés du Lévitique et du Deutéronome, et dont l'interprétation reçoit, des circonstances présentes, un intérêt plus qu'ordinaire.

Les textes applicables au mariage en question ici, sont les suivants :

Lévitique, chap. XVIII, v. 16.

Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, turpitude fratris tui est. " Vous ne découvrirez point ce qui doit être caché dans la femme de votre frère, parceque c'est la chair de votre frère."

Idem v. 18.—*Sororem uxoris tuæ in pellicatum illius non accipies, nec revelabis turpitudinem ejus, adhuc illa vivente.* " Vous ne prendrez pas la sœur de votre femme pour la rendre sa rivale et vous ne découvrirez pas dans elle, du vivant de votre femme, ce que la pudeur veut qui soit caché."

Chap. 20, v. 21.—*Qui duxerit uxorem fratris sui, rem facit illicitam : turpitudinem fratris sui revelavit : absque liberis erunt.* " Si un homme épouse la femme de son frère, il fait une chose illicite ; il découvre ce qui doit être caché pour l'honneur de son frère et ils n'auront point d'enfants."

Ces textes étaient cités par les défenseurs du roi d'Angleterre.

Du côté de Catherine, on citait le chapitre XXV du Deutéronome, V. 5 et suivants :

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

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

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

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

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

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

Comme ces textes sont depuis quelques jours l'objet d'interprétations diverses dans la presse, et que certains écrivains paraissent même en nier l'autorité pour établir la prohibition des mariages en question, je dois donner celle qui me paraît la plus universellement admise. (1)

Le contexte du verset 18, du chapitre 18 du Lévitique ci-haut cité, pourrait fournir aux personnes peu versées en ces matières, le prétexte d'un doute sur son rapport au mariage des beaux-frères et belles-sœurs. Il est simplement dit : " Vous ne prendrez pas la sœur de votre femme pour la rendre sa sa rivale (*in pellicatum illius*) et vous ne découvrirez pas en elle, du vivant de votre femme (*adhuc illâ vivente*) ce que la pudeur veut qui soit caché. " Ces mots du *vivant de votre femme*, semblent restreindre la prohibition du verset à l'adul-

(1) Voyez l'appendice joint à ces lettres.

tère incestueux du mari avec la sœur de sa femme encore vivante, et en exclure l'application à un second mariage.

Cette interprétation serait pourtant sans fondement. L'adultère avait déjà été défendu par les préceptes du Décalogue. *Ne mœchaberis*, Exod. XX, 14. *Non desiderabis uxorem proximi tui*. id. 17. Le même crime est d'ailleurs l'objet de prohibitions subséquentes du même Lévitique, XVIII, 20, id. XX, 10.

La véritable interprétation de ce verset 18 paraît être, de défendre un second mariage avec la sœur de sa femme encore vivante, dans deux cas tolérés sous la loi ancienne, celui de la polygamie, c'est-à-dire où il était permis, par faveur spéciale, à un homme d'avoir deux femmes à la fois, comme la chose est arrivée à certains patriarches, et celui du divorce accordé après envoi du libelle de répudiation, et l'observance des formes légales. Dans aucun de ces cas, il n'était permis au mari de prendre pour seconde femme la sœur de la première, c'est-à-dire d'avoir simultanément ou successivement, les deux sœurs pour femmes.

En appliquant cette prohibition aux mœurs chrétiennes où la loi de Dieu défend à la fois le divorce et la polygamie, on en conclut que cette prohibition s'applique à un second mariage avec la sœur de la première femme défunte !

Pour ce qui est du chapitre XXV du Deutéronome, versets 5 et suivants, il serait difficile de prétendre qu'il a aboli généralement les prohibitions de mariage entre affins, contenues au Lévitique. La loi qui est portée en ce chapitre, qui est la loi du *Lévirat*, ne s'applique qu'à un cas particulier, celui où de deux frères *vivant ensemble, l'un meurt sans enfants*, et en cette double éventualité, elle ordonne au frère survivant d'épouser la femme du défunt pour propager le *nom* de son frère et lui *susciter une postérité* en Israël. Au lieu de l'infirmier, cette exception prouve la règle générale.

A l'objection que les versets 16 du chap. XVIII et 21 du chap. XX du Lévitique, ne parlent que du mariage avec la femme d'un frère défunt, et ne s'appliquent point au mariage du mari avec la sœur de sa femme, la réponse est, qu'il y a parité de motifs, et que dans l'esprit de la loi, la défense est

la même dans les deux cas. Les théologiens catholiques et protestants sont d'accord sur ce point, et l'interprétation est la même dans les Eglises de Rome, d'Angleterre et d'Ecosse.

Pour faire voir qu'il n'est jamais venu alors à l'idée de personne, que les textes ci-haut n'étaient pas, sous la loi de Moïse, de nature à établir un empêchement de mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, ce qui eut été un argument favorable à la Reine et que ses défenseurs n'auraient pas manqué d'invoquer, je vais maintenant donner aussi exactement que j'ai pu le trouver dans les auteurs, le sommaire annoncé de la discussion engagée sur ces textes dans l'affaire du divorce.

Ceux qui prenaient fait pour le roi alléguaient :

I. Que les lois de Moïse concernant le mariage n'étaient pas particulières aux Hébreux, mais étaient de tous les temps et faites pour toutes les nations ; qu'elles étaient fondées sur la décence naturelle ; que Dieu traite comme abomination la violation de ces lois, qu'il menace des punitions les plus sévères ceux qui refusent de les observer, et que la défense d'épouser la femme de son frère, n'est pas moins rigoureuse que celle portée contre les mariages dans les degrés de consanguinité prohibés par le Lévitique ;

II. Que cette loi ne fut jamais modifiée ni par Jésus-Christ ni par ses Apôtres ;

III. Qu'au contraire St. Jean-Baptiste reprit sévèrement Hérode d'avoir épousé la femme de son frère.

IV. Que les premiers chrétiens regardaient comme inviolables les lois du Lévitique ;

Que Tertullien, Origène, St. Basile, St. Jérôme, St. Ambroise et St. Augustin avaient sérieusement condamné le mariage d'un homme avec la femme de son frère, affirmant que ces prohibitions ne s'étendaient pas seulement aux Hébreux, mais à tout le genre humain ;

Que le Concile de Néo-Césarée excommuniait quiconque épousait la sœur de sa femme et toute femme qui épousait le frère de son mari ;

Que ce canon fut confirmé par un concile tenu sous Grégoire II ;

V. Que dans tous ces Conciles où il était question d'empêchements au mariage portés par les lois canoniques, se trouvait comprise la défense du mariage d'un frère avec sa parente.

VI. Que le Pape Saint Grégoire, interrogé par St. Augustin (qu'il avait envoyé en Angleterre) pour savoir si le mariage d'un frère avec la femme de son propre frère était permis par les lois canoniques, avait répondu que ce mariage était prohibé.

VII. Que si quelque converti avait contracté un semblable mariage avant sa conversion, il était nécessaire de le séparer de sa femme, et qu'il ne pourrait se présenter d'occasion plus favorable pour dispenser de cet empêchement, si l'Eglise en avait le pouvoir.

De l'autre côté, les canonistes et théologiens du parti de la Reine soutenaient :

I. Que la prohibition portée par le Lévitique d'épouser la femme de son frère n'était pas une loi naturelle, mais positive ; ce que Moïse avait suffisamment démontré dans le Deutéronome, en ordonnant au frère d'épouser la veuve de son frère quand celui-ci était mort sans enfants ; que cette loi était susceptible de dispense et qu'elle n'était pas de droit naturel ; qu'avant Moïse, cette loi n'était pas en force, puisque Jacob avait épousé les deux sœurs ; Lia et Rachel ; et que Juda après avoir donné à Tamar deux de ses fils, la fiança au troisième.

II. Que dans le nouveau testament, Jésus-Christ avait approuvé l'exception du Deutéronome, en réponse aux Saducéens qui l'interrogeaient sur cette loi ;

III. Que St Jean-Baptiste avait repris Hérode d'avoir épousé la femme de son frère ou parceque ce frère vivait encore, ou parceque s'il était mort, il avait laissé des enfants.

IV. Que les pères de l'Eglise avaient toujours considéré la loi du Deutéronome comme une exception à celle du Lévitique ;

IV. Que les antiques canons apostoliques statuaient, comme seule peine, que celui qui épousait successivement deux sœurs, ne pouvait pas être admis dans le clergé, et que, par le Concile

d'Elvire, une simple pénitence de trois ans est imposée à ceux qui se rendent coupables de cette infraction ; que les lois civiles et ecclésiastiques qui défendaient ces mariages les défendaient également dans tous les degrés de consanguinité ; que conséquemment, cette défense n'était pas de droit naturel ; que les Papes qui condamnaient ces mariages n'avaient pas renoncé au pouvoir de dispenser de cet empêchement en certains cas, quoique bien rares, et qu'il existait plusieurs exemples de mariages prohibés par le Lévitique qui avaient toujours été considérés comme des mariages très légitimes.

Ce fut en 1534, que le Pape Clément VII maintint la validité du mariage de Henri et de Catherine, et la légitimité de la dispense, en déclarant invalide celui contracté pendant la demande du divorce avec Anne Boleyn ; ce fut en conséquence dans la vingt-cinquième année du règne de ce monarque, couronné en 1509.

En confirmant la dispense accordée par Jules II, Clément VII avait décidé contre le roi, que l'empêchement du mariage du frère avec la veuve de son frère, n'était pas un empêchement de *droit divin* naturel, mais de droit ecclésiastique positif, Henri VIII ne fut pas long à chercher à venger sa défaite. Il fit passer cette année-là même (1534) par le Parlement, la loi (25 Henri VIII 22) déclarant défendus par la *loi de Dieu* (God's law) tous les mariages contractés dans les degrés de proximité prohibés par le chap. 18 du Lévitique. Voici les termes mêmes de ce statut qui comprend nommément le mariage du frère avec la veuve de son frère et du mari avec la sœur de sa femme :

“ Since many inconveniences have arisen by reason of
 “ marrying within the degrees of marriage prohibited by
 “ *God's law* that is to say, the son to marry the mother or the
 “ step mother, the brother the sister, the father the son's
 “ daughter or his daughter's daughter, or the son to marry
 “ the daughter of his father procreate and born by his step
 “ mother, or the son to marry his aunt being his father's or
 “ mother's sister, or to marry his uncle's wife, or the father
 “ to marry his son's wife, or the brother to marry his brother's

“ *wife*, or any man to marry his wife’s daughter or his wife’s son’s daughter or his wife’s daughter’s daughter, or his *wife’s sister* ; which marriages albeit they be prohibited by *the laws of God*, yet nevertheless at some time they have proceeded under colour of dispensation by man’s power, it is enacted, that no person shall from henceforth marry “ within the said degrees.”

Les mêmes dispositions furent renouvelées par le statut 28, Henri VIII, c. 7, qui étendit l’empêchement à l’affinité illégitime dans les mêmes degrés que l’affinité légitime, avec suppression absolue du droit de dispense.

Ce fut sur ces deux statuts que fut faite en 1563 la table des empêchements, reconnue par la Convocation de la Province de Cantorbery en 1603, et par celle de la Province d’York, deux ans plus tard, laquelle table fait encore partie du corps des lois ecclésiastiques de l’Angleterre. Ainsi l’empêchement de mariage entre beau-frère et belle-sœur est aujourd’hui le même dans les églises de Rome et d’Angleterre, excepté qu’il est dispensable dans la première et qu’il ne l’est pas dans la seconde.

T. J. J. LORANGER.

(A continuer.)

24

LA THÉMIS

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE DE MATIÈRES CONTENUES DANS CE PREMIER VOLUME.

Prospectus.....	v
De la jurisprudence, par B. A. T. de Montigny	1
Etude sur l'art. 599 C. C. abrogeant la loi des propres de succession, par l'hon. T. J. J. Loranger	22, 33
Question notable d'usufruit et de décret judiciaire, par la Rédac- tion	43, 84, 106, 129
De l'affinité et de ses effets, par E. A. Beaudry	65, 225
Sociétés de Construction. Une question à leur sujet, par B. A. T. de Montigny	97
Le Code criminel en quelques pages, par B. A. T. de Montigny	132
De l'étude du droit romain, par Horace Archambault	150
Le juge doit-il décider suivant la loi, par B. A. T. de Montigny	161
La question de banlieue, par la Rédaction	175
La codification des statuts du Bas-Canada.....	185, 244
Symbolique du droit, par l'hon. T. J. J. Loranger	193
Bibliographie, par J. D. Le Code civil annoté, par E. Lef. de Belle- feuille	251
Servitudes par destination de père de famille, par P. B. Mignault.....	257
Codification des lois criminelles, par l'hon. T. J. J. Loranger.....	269
Le Parlement de Paris, par l'hon. juge Jetté	275
Du mariage et du divorce, par B. A. T. de Montigny.....	289, 321, 353
Projet de loi pour légaliser les mariages entre beaux-frères et belles- sœurs, par l'hon. T. J. J. Loranger	368

TABLE PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES CONTENUES DANS
CE PREMIER VOLUME.

Affinité (De l') et de ses effets, par E. A. Beaudry.....	65, 225
ARCHAMBAULT, HORACE, De l'étude du droit romain	150
BEAUDRY, E. A., De l'affinité et de ses effets.....	65, 225
Bibliographie, par J. D., sur le <i>Code Civil</i> annoté de M. de Belle- feuille	251
Code criminel, (Le) en quelques pages, par B. A. T. de Montigny...	132
Codification des lois criminelles, par l'hon. T. J. J. Loranger	269
Codification des Statuts du B. C.....	185, 244

Etude sur l'art. 599 C.C. abrogeant la loi des propres de succession, par l'hon. T. J. J. Loranger	22, 33
Etude du droit romain, par Horace Archambault	150
JETTÉ, l'hon juge, Le Parlement de Paris	275
Juge (Le) doit-il décider suivant la loi, par B. A. T. de Montigny...	161
Jurisprudence (de la), par B. A. T. de Montigny	1
LORANGER, l'hon. T. J. J., Etude sur l'art. 599 C.C. abrogeant la loi des propres de succession	22, 33
do La codification des Statuts du Bas-Canada.....	185, 244
do La symbolique du droit	193
do Codification des lois criminelles	269
do Projet de loi pour légaliser les mariages entre beaux- frères et belles-sœurs	368
Mariage (Du) et du divorce, par B. A. T. de Montigny.....	289, 321, 353
MIGNAULT, P. B., Servitudes par destination de père de famille.....	257
MONTIGNY, B. A. T., de, De la Jurisprudence	1
do Sociétés de Construction. Une question à leur sujet...	97
do Le Code criminel en quelques pages	132
do Le juge doit-il décider suivant la loi.....	161
do Du mariage et du divorce.....	289, 321, 353
Parlement de Paris, par l'hon. juge Jetté	275
Projet de loi pour légaliser les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, par l'hon. T. J. J. Loranger	368
Prospectus	v
Question (La) de banlieue	175
Question notable d'usufruit et de décret judiciaire	43, 84, 106, 129
RÉDACTION, (La), Prospectus	v
do Question notable d'usufruit et de décret judiciaire	43, 84, 106, 129
do La question de banlieue	175
Servitudes par destination du père de famille	257
Sociétés de Construction. Une question à leur sujet, par B. A. T. de Montigny	97
Symbolique du droit, par l'hon. T. J. J. Loranger	193

par qui, aux termes de l'article 225 du Code Napoléon, la nullité fondée sur le défaut d'autorisation peut être opposée, sont la femme elle-même, le mari ou leurs héritiers.

Or, si ni la femme, ni ses héritiers, ni le mari ne demandent la rescision du contrat, est-ce que malgré le défaut d'autorisation, il ne restera pas valide ? Est-ce que si la femme a acheté ou vendu un immeuble, la prescription ne sera pas acquise en sa faveur ou celle de son acquéreur, après dix ans terme de la longue prescription avec titre qui est aussi celui de la durée de l'action en rescision ? Est-ce qu'un jugement rendu sur le contrat d'une femme non autorisée ou contre cette femme non assistée de son mari en justice, n'acquerrera pas, après l'écoulement du temps requis pour le faire rétracter, l'autorité de la chose jugée ?

Si dans le passage cité ci-haut, M. Duranton, en disant " qu'il n'appartient point au mari de priver sa femme du bénéfice de la nullité d'un engagement contracté au mépris de " la loi," entend, aussi bien que les écrivains qui partagent son sentiment, que le mari ne pourrait pas, par une ratification tardive, enlever à sa femme le bénéfice d'une action qu'elle aurait intentée pour se faire relever de son obligation ; à la bonne heure ! ils restent dans le vrai. En effet par son action, la femme a acquis un droit dont il n'est pas au pouvoir du mari de la priver. Il trouve dans le contrat un avantage personnel, ou bien, il n'y a pas d'intérêt. Dans la seconde hypothèse, sous quel prétexte peut-il chercher à traverser les desseins de sa femme, et dans la première, pourquoi n'a-t-il pas ratifié l'acte plus tôt ? Lui sera-t-il maintenant permis, par un changement d'avis aussi tardif que préjudiciable, d'entraver un recours que la loi laisse loisible à la femme et dont elle a réclamé le bénéfice. D'ailleurs, il n'est permis à personne de changer d'avis au détriment d'autrui. *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam.*

Si au contraire, l'auteur affirme la non-valeur absolue et dans tous les cas, de la ratification, son opinion paraît sans fondement et en désaccord avec la notion professée par les auteurs et par M. Duranton lui-même, que la nullité prove-

nant du défaut d'autorisation n'est que relative, ce qui est aussi le sens de l'article 225 du Code français, comme nous venons de le voir. Cette opinion est fort juste sous le nôtre, qui a conservé la doctrine de la nullité absolue, mais encore une fois il n'en saurait être ainsi sous le Code Napoléon.

Ce désaccord de la doctrine avec le Code, est une réminiscence inconsciente des anciens principes, un retour instinctif aux vieilles traditions, dont malgré les efforts des légistes novateurs, la jurisprudence Napoléonienne reste encore si profondément imbue. C'est un hommage à l'excellence du principe de la nullité absolue de l'engagement de la femme mariée non autorisée, principe de l'ancien droit que nous avons conservé, et c'est à ce titre que j'ai cité la divergence des auteurs contemporains sur ce point.

Retournons à l'article 177.

460. Je reconnais que cet article 177, en adoptant la dérogation créée par l'article 217 du Code Napoléon à l'ancien droit, a rejeté pour des motifs que je ne puis blâmer, la nécessité de l'autorisation formelle requise par ce droit, dont il a répudié le formalisme, tout en en conservant l'esprit, et que depuis le Code, la présence du mari ou son consentement par écrit à l'acte de la femme a constitué une autorisation suffisante. Le Code Canadien, comme le Code Français, reconnaît la validité de l'autorisation tacite par le concours du mari à l'acte, ce que ne faisait pas l'ancien droit. Mais cette autorisation tacite, il faut bien se donner garde de la chercher dans des faits où la loi ne la trouve pas, c'est-à-dire, hors de la présence du mari à l'acte ou hors des écrits. En effet le concours à l'acte dans lequel les commentateurs voient une autorisation tacite, veut dire le concours à un écrit ; le mot acte est pris par l'article, dans le sens d'un acte écrit. Il n'est venu à l'idée de personne, qu'il puisse s'agir dans cet article, d'un acte ou d'un contrat verbal, pour la confection duquel, la femme aurait autant besoin de l'autorisation du mari que pour un contrat par écrit. Sans écrit point d'autorisation tacite, et moins encore d'autorisation expresse ; car si nous disons avec les juristes français, que dans le concours dont parlent les deux

articles, ils contempnent une autorisation tacite, il serait absurde d'en inférer, que ce concours se limite nécessairement à ce genre d'autorisation, et qu'il ne puisse pas être accompagné d'une autorisation expresse ou formelle, comme si le mari se rendait partie à l'acte, pour assister ou autoriser sa femme, ou qu'il prendrait part à son contrat en déclarant qu'il l'autorise, ce qui est resté depuis le Code et restera encore la formule ordinaire et de style.

461. On se tromperait, à mon sens, en rétrécissant ainsi la portée de la disposition, qui a banni la nécessité de l'autorisation formelle exprimée dans l'acte même, par l'emploi du terme sacramentel, et dont le vrai sens, rapproché de l'article 183 ainsi conçu, " le défaut d'autorisation, dans le cas où elle est requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir," est, qu'à l'avenir, l'autorisation du mari sera aussi nécessaire pour habiliter la femme à contracter, qu'elle l'a été par le passé, c'est-à-dire que son défaut emportera la nullité absolue du contrat, mais que cette nullité ne pourra pas résulter de l'absence d'autorisation formelle ou sacramentelle, à laquelle pourra équivaloir, dans les cas où cette autorisation n'aurait pas lieu, le concours du mari à l'acte de la femme, soit qu'il y comparaisse comme partie contractante, dans son intérêt seul ou dans celui de sa femme ou dans l'intérêt des deux, soit qu'il n'y intervienne que pour l'autorisation, bien que l'emploi du terme même ne soit pas nécessaire et qu'il reçoive maintenant des équivalents. Mais hors de ce concours et de cet écrit authentique ou privé, point d'autorisation, et partant point de contrat pour la femme. Nous convenons volontiers que dans un écrit étranger à l'acte de la femme, il n'est pas besoin de termes particuliers pour exprimer ce consentement du mari, mais nous soutenons, que ce consentement doit être manifesté activement, et qu'on ne peut pas l'inférer passivement, de l'ensemble ou d'une partie du contexte de l'écrit, si cet écrit ne révèle pas, que par un acte déterminé de sa volonté, le mari a consenti à habiliter sa femme. Il ne suffirait pas que l'écrit fit voir, que le mari s'est borné à ne pas défendre le contrat à sa femme ; par exemple, qu'informé de

son intention de contracter, il ne l'en n'aurait pas empêchée. Cette tolérance ou ce silence ne constitueraient pas le consentement voulu par l'article.

Comme le consentement doit être réfléchi et certain, il doit aussi être spécial pour chaque cas, et un consentement général donné par un mari à une femme, l'habilitant à faire tous les contrats qu'il lui plairait, n'aurait de valeur que pour l'administration des biens (art. 181).

Si par consentement tacite, les commentateurs français entendent le consentement qui, quoique consigné dans un écrit en termes obliques, résulte suffisamment de l'écrit dont il est une inférence nécessaire, je suis d'accord avec eux, pour appliquer leur opinion à notre Code, mais s'ils vont plus loin, je ne puis les suivre !

462. Il est cependant un cas où je dois exprimer positivement mon dissentiment à leur doctrine. C'est quand ils prétendent, que l'écrit dont parle l'article 217 de leur Code, qui est notre article 177, n'est pas de la substance de l'autorisation. Je nie la justesse de cette assertion, au moins en ce qui touche à notre article, et je dis que l'écrit est ici indispensable pour donner existence à l'autorisation; et lui est aussi nécessaire, que l'acte authentique l'est à la donation entre-vifs d'immeubles. Il est vrai que l'article 177 ne contient pas la peine de nullité, comme l'article 776 le fait pour la donation. Mais il n'y a aucune différence réelle entre les deux cas. L'article 177 est couché en termes négatifs et privatifs, en ce qu'il refuse à la femme, la capacité de s'obliger, sans l'autorisation par écrit de son mari, et le non-accomplissement de cette condition, qui est une condition, que les docteurs en droit civil appellent *ad formam negotii*, empêche l'obligation de se former et en opère la nullité, tout comme les lois prohibitives, qui, suivant l'article 14, emportent la nullité du contrat, sans qu'elle soit prononcée par le législateur.

Si pour repousser l'application de la disposition de l'article 14 au cas de l'article 177, que l'on soutiendrait n'être pas prohibitif, parce qu'il ne renferme pas de défense expresse, il serait aisé de répondre avec l'auteur de l'article inséré au mot

Nullité, au Répertoire de Merlin, § 1, page 617 : “ Il y a
 “ donc nullité, 1o. dans un acte fait par une personne, ou en
 “ faveur d’une personne, que la loi en a déclarée incapable. Le
 “ mot *ne peut*, dit Dumoulin, (sur la loi 1, *D. de verborum obli-*
 “ *gationibus*, No. 2), ôte toute puissance de droit et de fait ; il en
 “ résulte une nécessité précise de se conformer à la loi, et une
 “ impossibilité absolue de faire ce qu’elle défend : *Negativa præ-*
 “ *posita verbo POTEST, tollit potentiam juris et facti, et indicat*
 “ *necessitatem præcisam, designans actum impossibilem.*”

Or c’est dans cette forme négative qu’est couchée l’incapacité portée par l’article 177 de la part de la femme de s’obliger sans l’autorisation de son mari. La femme... *ne peut..... ni contracter ni s’obliger*, sans le concours du mari *dans l’acte* ou son consentement *par écrit*.

Nous avons vu que le mot acte employé en cet article veut dire *un acte écrit* auquel le mari concourt, et l’article est précis à exiger nominativement que ce consentement soit par écrit.

Pour ce qui est de la nécessité de l’autorisation maritale pour les procédures civiles de la femme, l’article 176, n’a pas modifié l’ancien droit et la femme peut ester en jugement sous la simple assistance de son mari, sans mention formelle d’autorisation.

463. Le second cas le plus ordinaire où la femme peut s’obliger sans l’autorisation de son mari, est celui où elle est séparée de biens contractuellement ou en justice, et cette capacité n’a lieu que pour l’administration de ses biens, c’est ce qui résulte de l’article 177.

L’article commence par énoncer que la femme *même non commune*, ne peut aliéner, ni vendre ni contracter, pour faire voir que cette inhabilité de la femme, ne provient pas de la communauté de biens, et il emploie ces mots, pour démontrer que la capacité d’administration qu’il confère, ne s’applique qu’à la femme séparée de biens, qui est le seul cas où les revenus de ses biens lui appartiennent et où elle en a l’administration.

L’exception portée en l’article 177 qui exclut de l’opération de l’article les dispositions de la 25 Vict. chap. 66, a rapport à

la clause 19 de cette loi par laquelle " il est permis à toute " personne quelque soit son état civil de faire des dépôts dans " la Banque d'Épargne de Montréal; et la banque est autorisée à payer ces dépôts à cette personne sans l'assistance de qui que ce soit et nonobstant toute loi contraire."

Le revenu des biens de la femme non commune ou mariée sous le régime de l'exclusion de communauté, diffèrent du régime de la séparation, appartient sans stipulation contraire au mari pour soutenir les charges du mariage *ad onera matrimonii sustinenda*, (art. 1416 et 1420).

Le cas de la séparation de biens forme donc la seconde exception à la règle générale, qui rend la femme inhabile à contracter. Il n'est pas besoin de dire que cette exception ne s'applique qu'à l'administration de ses biens et non à leur aliénation, pour laquelle, sous quelque forme que soit cette aliénation, la femme est directement et indirectement incapable de s'obliger, tout comme l'est la femme commune, pour tous les contrats quelconques. Nous disons directement et indirectement, car la femme séparée de biens ne peut pas plus acheter seule, qu'elle ne peut vendre, donner ou hypothéquer des immeubles, s'obliger pour des actes étrangers à l'administration de ses biens et en dehors de la sphère des opérations, que cette administration exige, contracter des engagements dont l'effet serait de rendre cette aliénation nécessaire.

464. La troisième exception, prononcée par le Code est celle de la femme marchande publique, qui, pour les fins de son négoce, s'oblige valablement sans l'autorisation de son mari. Si elle est séparée de biens, elle s'oblige seule. L'article 179 ne dit pas que la femme marchande publique, peut pour les fins de son négoce, aliéner directement ses biens sans autorisation. Il s'est bien gardé d'étendre sa capacité jusque-là. Il dit simplement qu'elle peut s'obliger, c'est-à-dire contracter tous les engagements qui sont nécessaires pour conduire ses entreprises commerciales, sans égard au chiffre de ses engagements, et à leur rapport avec sa fortune. La conséquence est que l'éventualité où l'aliénation de ces biens devient nécessaire pour satisfaire aux dettes passives, ne peut rejaillir sur l'enga-

gement initial et l'invalider. Cependant dans les cas où cette aliénation devient nécessaire, la femme ne peut l'opérer volontairement sans l'autorisation de son mari, ou de la justice à son défaut, et dans leurs poursuites contre la femme, les créanciers doivent mettre le mari en cause.

465. Si la femme marchande publique est en communauté de biens elle engage non-seulement la communauté, mais encore son mari, pour les dettes qu'elle contracte comme telle. Ainsi au cas d'insolvabilité de la communauté, ou de séparation de biens en justice, de même qu'en cas de dissolution de la communauté par la mort de l'un des conjoints, les biens du mari restent tenus de la dette, que la femme accepte ou renonce. Les créanciers ne sont pas d'ailleurs tenus d'attendre la dissolution de la communauté, ils peuvent tout de suite se pourvoir contre les biens de la communauté et contre les biens propres de chacun des époux, qui sont solidairement tenus de la dette à cause du caractère commercial de la créance suivant l'article 1105. Si la femme marchande publique est séparée de biens, elle s'oblige seule.

Pour que la disposition de l'article 179 ait lieu, et que la femme puisse s'obliger seule, il faut que le commerce qu'elle fait soit distinct de celui de son mari, ou que ce dernier n'en fasse aucun, et que ce soit du consentement exprès ou présumé du mari, que la femme tienne ainsi un commerce seule, ce qui se juge d'après les circonstances. Dans le cas où la femme se mêle du commerce de son mari et où ils tiennent commerce ensemble, ce commerce est censé être tenu par le mari seul, et la femme retombe dans le droit commun.

466. La quatrième exception à l'incapacité de la femme mariée, est le cas où la femme est autorisée en justice à contracter. L'article 178, dit : " Si le mari refuse de passer un acte, le juge peut l'autoriser." Ce pouvoir d'autorisation du juge est général et se rapporte à tous les cas dont la connaissance lui appartient. Cette autorisation ne pouvant se donner que sur le refus du mari, il est évident qu'il doit au préalable être mis en demeure d'autoriser sa femme. Comme il est contraire à la bienséance du mariage, que la femme fasse un protêt contre

son mari, cette forme de demeure ne serait pas convenable. La forme voulue est la présentation d'une requête au juge, en chambre, (car l'autorisation appartient à la juridiction volontaire), de la part de la femme, alléguant la nécessité de l'acte, le refus du mari, et demandant l'autorisation judiciaire. Sur cette requête, le juge enjoint au mari de montrer cause, et sur audition des parties ou sur défaut du mari de comparaître, le magistrat apprécie, et il accorde ou refuse l'autorisation demandée, sans que son jugement soit sujet à appel. Cette autorisation doit suppléer celle du mari, dans tous les cas où la femme ne peut pas faire valablement seule et sans son autorisation, l'acte en question dans la requête.

Ce que nous avons dit du refus de la part du mari d'autoriser sa femme, pour donner lieu à l'autorisation judiciaire, s'applique au cas où le mari présent, jouit de l'exercice de ses droits civils, car s'il est interdit pour cause de démence ou de prodigalité, si le mari est absent, le juge peut *de plano* autoriser la femme.

Que l'on remarque cependant, que cette autorisation du juge doit être spéciale à chaque cas, et qu'en donnant une autorisation générale, le juge excéderait ses pouvoirs. Cette autorisation serait au surplus sans valeur.

467. La compétence du juge ne se restreint pas aux actes extra-judiciaires, elle s'applique aussi aux actes judiciaires. La capacité de la part de la femme de faire ces actes sans autorisation, se règle en général sur celle de faire les actes extra-judiciaires. Elle reçoit cependant des exceptions. Ainsi d'après l'article 176, la femme séparée de biens peut ester en jugement seule et sans le concours de son mari, pour les actes de simple administration. Elle peut intenter seule toutes les actions, et faire toutes les procédures judiciaires qui appartiennent aux administrateurs du bien d'autrui, c'est-à-dire qui tendent à la conservation des biens et à la perception de leurs revenus ; mais nulle action tendant à l'aliénation des biens ne lui appartient. En général, les actions personnelles mobilières seules lui appartiennent, et les actions réelles et mixtes lui sont interdites, comme tendant à aliéner ses immeubles et les droits réels.

La femme commune en biens, comme la femme non commune, c'est-à-dire mariée sous la simple exclusion de communauté, et la femme marchande publique, bien que cette dernière puisse s'obliger, ne peuvent ester en jugement sans l'autorisation de leur mari, mais ainsi que la femme séparée de biens dans les cas où l'action ne lui appartient pas, elles doivent, dans les cas de refus ou d'impossibilité du mari de les autoriser, demander l'autorisation du juge qui s'obtient comme pour les actes extra-judiciaires.

Quoique le Code n'en parle pas, il est cependant une action, à laquelle toute femme mariée peut défendre seule, sans l'autorisation de son mari et sans celle de la justice, c'est l'action d'injures, c'est-à-dire, l'action en dommages et intérêts civils résultant d'un délit, intentée contre la femme. Les auteurs sur l'ancien comme sur le nouveau droit sont d'accord sur ce point. (1). Plusieurs pensaient sous l'ancien droit, que la femme pouvait aussi intenter ces actions seule. Mais il est plus sûr de mettre le mari en cause ou d'obtenir l'autorisation judiciaire. La femme peut aussi défendre sans autorisation, aux actions intentées contre elle par son mari.

468. L'autorisation maritale ou judiciaire donnée à la femme de poursuivre ou défendre au principal, s'applique aux incidents comme la demande reconventionnelle, celle en récréance, et à tous les procédés nécessaires pour parvenir à un jugement et à son exécution. Ainsi la femme autorisée à obtenir un jugement, peut défendre aux oppositions faites pour en arrêter l'effet ou l'exécution. Elle ne peut cependant pas appeler du jugement, mais elle peut y former requête civile. La raison de la différence est que l'appel est une nouvelle instance, et qu'il n'en est pas ainsi de la requête civile.

En autorisant sa femme, le mari ne se rend pas personnellement responsable ni du principal ni des intérêts des jugements rendus contre elle, mais il se rend responsable des frais

(1) Loysel Institutes Coutumière règle 53. Coutume d'Orléans art. 200. Le Brun, Communauté, Liv. 1. chap. 5. Pothier, puissance du mari No. 65. Merlin. autorisation maritale, sect. XII. No. 18. Demolombe, 142. Boileux, sur l'art. 216 C. N.

qu'il lui a permis de faire encourir à sa partie adverse. Cette responsabilité n'est que subsidiaire, et ne peut être mise à effet contre le mari, qu'après discussion des biens de la femme. Cependant si les époux sont communs en biens, les biens qui composent la communauté peuvent être *de plano*, tenus pour ces frais, sauf au mari quand le cas y échet, à exercer son indemnité contre sa femme.

469. Dans le cas où la femme a été autorisée par justice, ou a ester en jugement sans autorisation, le mari n'est nullement tenu ni pour le principal ni pour les frais, des condamnations portées contre elle et si les époux sont en communauté de biens, les créanciers en vertu de ce jugement, doivent attendre la dissolution de cette communauté, pour se venger sur la part éventuelle des biens qui la composent et qui pourra échoir à la femme ou à ses héritiers. Dans le cas d'exclusion de communauté, comme les revenus des biens de la femme appartiennent au mari, les créanciers peuvent les faire vendre, mais à la charge de l'usufruit du mari, comme dans tous les cas de vente judiciaire de biens chargés d'usufruit, faite sur le nu-propriétaire. Si la femme est séparée de biens, ces biens sont tenus aussi bien que les propres, dans le cas de communauté, à l'acquit des jugements.

ARTICLE 181.

Toute autorisation générale même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens.

ARTICLE 182.

Le mari, quoique mineur, peut, dans tous les cas, autoriser sa femme majeure ; si la femme est mineure, l'autorisation du mari majeur ou mineur ne suffit que pour les cas où un mineur émancipé pourrait agir seul.

ARTICLE 183.

Le défaut d'autorisation du mari, dans les cas où elle est requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir et dont se peuvent prévaloir tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel.

ARTICLE 184.

La femme peut tester sans l'autorisation de son mari.

SOMMAIRE.

- 470. L'article 181 n'est que l'application de la règle qu'on ne peut pas, par des conventions particulières déroger aux lois d'ordre public.
- 471. Le mari mineur peut autoriser sa femme majeure. Si la femme est mineure, l'autorisation du mari majeur ou mineur ne vaut que pour les cas où un mineur émancipé peut agir seul.
- 472. Le défaut d'autorisation constitue une nullité radicale et absolue.
- 473. La Coutume de Paris, en permettant à la femme de tester sans l'autorisation de son mari, avait décidé une question controversée sous l'ancien droit coutumier. L'article 184 a reproduit cette disposition favorable du droit de tester appartenant à la femme.

COMMENTAIRE.

470. L'article 181 n'est que l'application de la maxime que nous avons déjà vue, que l'on ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois d'ordre public. La loi qui soumet la femme à la puissance de son mari est une loi d'ordre public ; elle défend à la femme de contracter sans l'autorisation de son mari, ou du juge auquel la loi, sur le refus du mari d'autoriser sa femme, et dans les autres cas déterminés, délègue l'exercice de cette partie de la puissance maritale, et qui autorise la femme à la place du mari. Dans l'intérêt de la société et de la famille, le mari ne peut se dépouiller de sa puissance, ce qui aurait lieu de fait, s'il lui était permis de donner une autorisation générale à sa femme. Cette permission serait une véritable abdication des droits du mari et une émancipation de la femme. La loi n'a pas voulu tolérer cette dérogação, ni

pendant ni avant le mariage, elle a fait par cette prohibition une exception à la liberté des conventions matrimoniales, qu'elle réprime quand elles blessent l'ordre public, et a restreint la valeur de cette autorisation générale du mari à la femme, à une simple permission donnée à cette dernière, d'administrer ses biens. En vertu de cette permission la femme ne peut donc pas plus engager ou aliéner ses biens qu'elle ne le peut aux termes du droit commun, et tout engagement qui excède cette administration, est frappé de nullité absolue.

Ces termes de la fin de l'article 181 " l'administration des biens de la femme," font voir que ce pouvoir d'administration ne s'étend pas aux biens de la communauté qui ne sont pas biens de la femme. Elle ne s'applique qu'aux biens propres de la femme mariée sous le régime de la communauté, et de la femme non commune mariée sous le régime de l'exclusion de communauté. Dans ces deux cas, les revenus des biens de la femme, dans le premier à titre de chef de la communauté et dans le second à titre de mari obligé à soutenir les charges du mariage, appartenant au mari, il en a de droit l'administration, et en l'autorisant à les administrer elle-même, il ne fait que lui donner une procuration d'administrer pour lui, sans que cette procuration ait l'effet d'attribuer à la femme la propriété de ces revenus. Quant à la femme séparée de biens cet article ne l'atteint pas, puisqu'elle a déjà par la loi le droit d'administrer ses biens dont les revenus lui appartiennent ; pour laquelle administration elle n'a pas besoin d'autorisation maritale, la recevant de la loi même. L'article 181 aurait donc aussi bien pu s'exprimer ainsi : " Toute autorisation générale donnée par un mari à sa femme commune ou non commune en biens n'aura de valeur que comme une procuration à elle donnée d'administrer ses biens pour lui."

471. La puissance maritale étant créée par le mariage, et le mineur pouvant contracter un mariage valable, il s'ensuit que le mari mineur peut tout aussi bien que le majeur autoriser sa femme, dans tous les cas où cette autorisation du majeur est valide. Par rapport à la femme, la valeur de cette autorisation est incontestable, et les tiers qui auraient con-

tracté avec elle, seraient à l'abri des recherches tant du mari que de la femme. Il n'en serait pas ainsi de la femme envers son mari, s'il avait été lésé par l'autorisation. Il pourrait y avoir en sa faveur ou en faveur de ses héritiers, un recours en restitution contre le préjudice ainsi souffert par le mari, à raison d'un acte fait en minorité, et ce recours pourrait être exercé contre la femme ou ses héritiers. Les titres de la minorité et des conventions matrimoniales, nous fourniront l'occasion de développer cet aperçu.

Si la femme est mineure, comme le mariage n'a pour elle que l'effet de l'émanciper, et non de lui faire perdre les privilèges de sa minorité, et que sous aucun régime, elle ait été autorisée par le mari à aliéner ses biens, sans y être autorisée en justice sur avis du conseil de famille, cette aliénation serait frappée de nullité absolue et elle pourrait, tant elle-même que ses représentants, s'en faire relever contre le mari et contre ceux avec qui elle aurait contracté. La raison de cette différence, par rapport aux tiers, entre le cas actuel et le précédent, est que dans le premier cas, les tiers avaient contracté avec une femme majeure, autorisée d'un mari mineur, il est vrai, mais valablement autorisée, et avec un mineur dans le second, autorisée comme femme sous puissance de mari, à vendre, mais non comme mineure. Les privilèges accordés par la loi aux femmes mariées sont des bénéfices qui ne doivent jamais tourner à leur détriment. *Adjuvari nos non decipi beneficio oportet.*

C'est aux articles 319, 320, 321, 322 qui énumèrent les actes que le mineur émancipé peut faire seul, qu'il faut recourir pour connaître les actes que le mari majeur ou mineur peut autoriser valablement sa femme mineure à faire.

472. Comme nous l'avons déjà vu, le Code, suivant les traditions de l'ancien droit, fait du défaut d'autorisation une nullité absolue, *que rien ne peut couvrir*. Le Code Napoléon innovant à l'ancienne jurisprudence n'en a fait qu'une nullité relative, que le mari, la femme et leurs héritiers seuls peuvent invoquer. La différence entre les deux Codes est radicale, et fertile en résultats importants. D'après le Code

Français, la ratification de la femme, du mari et de leurs héritiers, leur silence même, pendant la durée du temps utile à l'action en nullité ou en rescision, fait acquérir au contrat sa perfection absolue. Pendant que d'après le nôtre, la ratification ne rétroagit pas à la date de l'acte, mais ne purge la nullité que pour l'avenir. Nous avons dit plus haut, qu'elle ne vaut que comme un nouveau contrat. En ajoutant, que tous ceux qui ont un intérêt né et actuel peuvent invoquer cette nullité, l'article n'en a nullement mitigé les effets et ne lui a rien enlevé de son caractère absolu. Il en est de cette nullité comme de toutes les autres, qui ne peuvent être invoquées que par ceux qui ont un intérêt né et actuel à le faire. Une donation entrevifs immobilière non authentique est bien radicalement nulle ; cependant ceux qui n'ont qu'un intérêt éventuel dans cette nullité sont irrecevables à l'alléguer. Ainsi l'héritier présomptif, du vivant du donateur, l'héritier du second degré après sa mort, encore moins les tiers, ne pourront-ils être admis à s'en prévaloir. Cette hypothèse en fait saisir une foule d'autres, auxquelles la règle est également applicable.

Suivant le Code Français, le mari et la femme, aussi bien que leurs héritiers, c'est-à-dire leurs représentants à titre universel, peuvent plaider la nullité. Notre Code, outre le mari et la femme et leurs représentants à titre universel, admet leurs représentants à titre particulier et même les tiers dont l'intérêt est actuel, à critiquer le contrat affecté de cette nullité. Suivant les deux Codes, les époux peuvent conjointement ou séparément se pourvoir contre le contrat, soit au principal soit incidemment. Ils peuvent en poursuivre la nullité par action principale, ou l'invoquer en réponse à la partie qui leur oppose l'acte, ou le faire par demande reconventionnelle. Il en est ainsi des héritiers ; mais le Code Français ne va pas plus loin, et il refuse ce droit aux acquéreurs à titre particulier et aux tiers, comme le seraient les créanciers.

Sous le Code Français, un second acquéreur de l'immeuble que la femme aurait vendu une première fois sans autorisation, ou le légataire particulier, auquel elle l'aurait légué, les

créanciers préjudiciés par cette vente nulle, ne pourraient la critiquer. Il en serait autrement sous notre article ; toutes ces personnes pourraient prétendre que l'immeuble n'est pas sorti du domaine de la femme par cette première vente. Le second acquéreur et le légataire particulier pourraient le revendiquer sur le premier acquéreur, et le créancier pourrait le faire décréter, comme les autres héritages de la femme sa débitrice.

Par ces mots, *intérêt né et actuel*, l'article a compris l'intérêt né de tous les droits ouverts, quand même l'époque de leur exigibilité ne serait pas arrivée.

473. La question de savoir si la femme pour tester avait besoin de l'autorisation de son mari, était controversée dans l'ancien droit coutumier. Les dispositions des Coutumes variaient sur ce point, mais le plus grand nombre était favorable au droit de la femme. La Coutume de Paris était de ce nombre, et l'on peut dire que c'était un principe de droit commun. C'est cette maxime que le présent article reproduit.

Il est bien entendu que l'article n'entend pas dégrever la femme des autres incapacités de tester, prononcées par la loi et communes à tous les testateurs, la minorité par exemple (art. 833). La seule incapacité dont il la délie, est celle qui pourrait résulter de sa qualité de femme sous puissance de mari. Le testament de la femme fait sans autorisation maritale vaut donc comme le testament du mari lui-même.

CHAPITRE SEPTIÈME.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

ARTICLE 185.

Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints ; tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble.

SOMMAIRE UNIQUE.

474. L'indissolubilité du mariage dont il est ici question, ne s'applique que relativement au bien. Le mariage est dissoluble pour ses effets civils.

COMMENTAIRE.

474. Pour bien saisir le sens de cet article, il faut le rapprocher de l'article 36 qui dit, paragraphe 7 :

“ Celui (le mariage) qu'elle (la personne morte civilement) avait contracté précédemment est pour l'avenir dissous quant aux effets civils seulement ; il subsiste quant au lien.”

L'indissolubilité du mariage, dont parle le présent article, ne s'applique donc pas aux effets civils, en thèse absolue, puisqu'il est un cas où sous ce rapport le mariage est rompu. Il ne s'agit donc ici que du lien du mariage, indissoluble de droit divin, et que le droit humain ne peut pas rompre.

L'article n'apporte pas à la règle absolue de l'indissolubilité du lien du mariage, l'exception tirée du divorce, ni judiciaire ni parlementaire. Les juges peuvent-ils suppléer au texte, et reconnaître la validité civile de ces mariages ? Nous ne faisons nul doute, sur la validité du divorce parlementaire ou judiciaire prononcé à l'étranger, en pays de divorce, entre personnes qui y étaient domiciliées, aux yeux des lois civiles du Bas-Canada, c'est-à-dire sous le rapport des effets civils. Ainsi deux personnes mariées en Angleterre ou aux Etats-Unis, et dont l'une ou les deux avaient été précédemment engagées dans les liens d'un mariage précédent, rompu par le divorce, viennent s'établir dans le Bas-Canada. Nos lois civiles reconnaîtront leur second mariage comme valide et n'en mettront pas en question la légitimité. Cette hypothèse suppose que le premier mariage a été contracté en pays de divorce, dont les lois ne proclament pas absolument l'indissolubilité du mariage. En vertu de ce mariage les époux et les enfants nés de ce mariage, n'ont de droits acquis que ceux que leur confère la loi du pays, qui reconnaît le contrat comme dissoluble. Vainement le premier époux viendrait dans le Bas-Canada demander aux tribunaux la reconnaissance de sa légitimité et

contesterait la validité du second mariage. On leur répondrait avec succès : Vous n'êtes pas nos justiciables ; c'est la loi de votre pays qui vous a fait la position que vous occupez.

Si le mariage avait été contracté dans le Bas-Canada, la situation serait toute autre. Il aurait reçu de nos lois, un caractère d'indissolubilité et il aurait créé en faveur des époux et des enfants des droits acquis et absolus, dont ces lois reconnaîtraient la parfaite légitimité à l'encontre du divorce et du second mariage.

Nous nous sommes exprimé plus haut sur le défaut complet de valeur du divorce parlementaire accordé, par le gouvernement fédéral contre le mariage dans le Bas-Canada.

CHAPITRE UNIQUE.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX ECCLÉSIASTIQUES SUR LES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

Au commencement du chapitre quatrième qui traite des demandes en nullité de mariage, la première considération qui se présentait était la recherche du tribunal compétent pour prendre connaissance de ces demandes. La maxime fondamentale de ce traité est que la puissance ecclésiastique a seule juridiction sur le mariage considéré comme sacrement, c'est-à-dire sur le lien, à l'exclusion de la puissance séculière, qui ne peut connaître que de ses effets civils, ce que nous croyons avoir suffisamment démontré.

Mais si à raison du défaut d'établissement de tribunaux ecclésiastiques en ce pays, cette maxime devait rester insusceptible d'application et si incompetents en droit, les tribunaux civils offrent en fait, le seul recours possible, si la nécessité contraignant la loi, impose fatalement leur juridiction, notre démonstration quelque conforme qu'elle soit aux principes légaux, sera sans valeur pour la pratique ; elle restera une inutile abstraction et nous aurions pu sans inconvénient l'omettre.

Il n'en est pourtant pas ainsi. Nous allons prouver que l'Église qui a seule le pouvoir de déterminer les conditions de va-

lidité du mariage, a aussi seule celui d'en prononcer la nullité, que ce dernier pouvoir appartient aux évêques qui l'exercent, avec ou sans officialités, dont l'établissement n'est que de forme et nullement essentiel à leur juridiction, et que le corollaire de cette proposition est que *ratione materiæ*, les tribunaux civils sont privés de compétence sur les actions en nullité de mariage.

Un court historique de l'établissement des tribunaux ecclésiastiques doit précéder cette démonstration.

Dans les premiers siècles de l'Eglise, les chrétiens, suivant les conseils des apôtres, cherchaient à se soustraire à la juridiction des tribunaux romains. Deux motifs justifiaient leur répugnance à déférer leurs différends à l'autorité civile. La crainte de se livrer à leurs persécuteurs et leur refus de jurer par le génie de l'empereur ou de l'impératrice, serment qui ne pouvait se faire sans apostasie. Aussi recoururent-ils de bonne heure à l'autorité paternelle de leurs évêques, pacificateurs nés de leurs dissensions, et dont la sainteté du caractère leur garantissait une impartiale justice.

Saint Augustin dit, dans ses Confessions, qu'il ne pouvait s'approcher de saint Ambroise, toujours accablé du soin des procès dont il craignait de le distraire (1), et saint Augustin lui-même passait souvent des jours entiers à décider les contestations des fidèles d'Hippone.

La juridiction civile des évêques dont l'établissement est un fait prouvé par l'Histoire, était en pleine vigueur, quand au souffle de Constantin le feu de la persécution s'éteignit. Parmi les lois de ce prince en faveur des chrétiens, la moins remarquable n'est pas celle qu'il porta en 331, pour reconnaître cette juridiction à la fois temporelle et spirituelle des évêques, et c'est à cette constitution que les historiens font remonter la date légale de la fondation des tribunaux ecclésiastiques. Dans son Histoire du Droit Français (2), Laferrière donne l'analyse de cette loi dont il prouve l'authenticité.

(1) Confessions, Liv. 6, chap. 3. *Et conjectabamus eum parvo ipso tempore, quod reparandæ menti suæ nanciscetatur, seriatim ab strepitu CAUSARUM ALIENARUM, nôlle in aliud avocari.*

(2) Tome 2, Liv. III, chap. VII, p. 621.

Les principales dispositions de la loi de Constantin, dit l'auteur, portaient :

1o. " Que les sentences des évêques seraient observées inviolablement, quel que fut d'ailleurs l'objet du litige, possession ou propriété ;—quel que fut l'âge des parties, mineurs ou majeurs ; quelle que fut la nature de la cause à juger, par le droit civil ou le droit prétorien ; "

2o. " Que le litige commencé devant un autre juge, à quelque moment de l'instance qu'il fut arrivé, même en dehors des délais, et même lorsque les premiers mots de la sentence auraient été prononcés, pouvait être porté au jugement de l'évêque, sur la demande d'une des parties, et malgré la *résistance* formelle de la partie adverse, *etiamsi pars alia refragatur.*" (1)

3o. " Que les sentences des évêques parviendraient au préfet du prétoire et aux magistrats pour recevoir leur exécution."

" Cette loi de Constantin ", ajoute-t-il, " était inspirée surtout par le désir de remédier aux abus de corruption et de vénalité qui déshonoraient souvent la justice des tribunaux ordinaires, et qui furent stigmatisés par une constitution du même empereur, menaçant de mort les juges corrompus dont la vénalité ne respectait pas même le lieu des délibérations. *Cessent jam nunc rapaces officialium manus, non sit venale iudicis velum.* Mais Constantin réprimait un abus par un déplacement de pouvoir ; il transportait *en matière civile*, dans les mains des seuls évêques, l'autorité de première instance et d'appel."

C'est sur cette loi entre autres qu'est fondée la règle canonique *sacerdotes à regibus honorandi sunt non iudicandi*, consignée au Décret de Gratien (2) qui rapporte dans le même canon le trait du même Constantin, qui en recevant des articles d'accu-

(1) D'autres auteurs donnent une portée moins absolue à la loi de Constantin et soutiennent que son seul effet était de saisir le tribunal de l'évêque dans le cas seulement, où avant le commencement du litige, une des parties avait fait option de ce tribunal de préférence au juge laïque choisi par l'autre partie. Plus tard l'accord des deux parties au litige devint nécessaire pour en saisir l'évêque.

(2) Part. 2, caus. II, qu. 1, c. 41.

sation contre quelques évêques, les brûla en leur présence en leur disant : “ *Ite, et inter vos causas vestras discutite quia dignum non est ut judicemus Deos.*” Blackstone dont l'esprit d'hostilité aux institutions catholiques perce à plusieurs endroits de ses commentaires sur les lois d'Angleterre, traite ce trait comme fabuleux, mais ne rapporte aucune preuve de son assertion (1).

Cependant cette loi de Constantin déférant toutes les causes aux tribunaux spirituels parut abusive à ses successeurs (2), qui la modifièrent pour les causes civiles des laïques. L'empereur Gratien donna en 373, une loi qui fait une distinction entre la juridiction ecclésiastique et la juridiction laïque. En voici les termes : La même coutume qui a servi dans les causes civiles doit s'observer dans les affaires ecclésiastiques. Si donc il y a des discussions et des fautes qui regardent l'observance de la religion, elles doivent être entendues sur les lieux et dans les synodes du diocèse. Mais s'il s'agit d'une action criminelle, elle doit être entendue par les juges ordinaires et extraordinaires. (3)

En l'an 398, Honorius et Arcadius restreignirent le jugement des évêques en matière civile à un arbitrage consenti par les parties, mais tant en vertu de cette loi insérée dans le Code Justinien, Liv. 1, tit. 3, l. 7, en ces termes : *Si quis ex*

(1) Liv. III, chap. IV, n. 62, vol. 2, page 50.

(2) De grands évêques et entre autres St. Chrysostôme et St. Augustin, adressaient à cette loi le reproche de distraire des choses spirituelles l'attention de l'épiscopat en lui imposant des préoccupations séculières. *Multo malle.....quam tumultuosissimas perplexitates causarum alienarum pati de negotiis sæcularibus.* Aug. Oper. de *Mnach.*, CXXXVII. *Chrysostom. de sacerdote.* Lib. III.

(3) *Cod. Theod. de Episcop.*, lib. XVI, tit. 2, l. 23. Jacques Godefroy fait la glose suivante sur cette loi :

Quoties ex qualibet re ad Religionem pertinente inter clericos fuerit nata contentio, id specialiter observetur ; ut convocatis ab Episcopo diocesanis Presbyteris, que in contentione venerint iudicio terminentur : Sane si quid opponitur criminale, ad notitiam iudicis in civitate quæ agitur deducatur, ut ipsius sententia vindicetur, quod probatur criminaliter fuisse commissum.

consensu apud sacræ legis antistitem litigare voluerint non velabuntur ; sed experiuntur illius in civili duntaxat negotio, more arbitri, sponte residentis iudicium, que d'une nouvelle de Valentinien III, de l'an 452, les causes mues entre clercs et celles ayant rapport aux matières ecclésiastiques, devaient être portées devant le tribunal de l'évêque. Les autres causes tant celles mues entre clercs et laïques qu'entre laïques seuls, pouvaient du consentement des parties être déferées à l'*audience* (1) de l'évêque. C'est l'interprétation que Cujas donne de ces deux lois dans son paratitre du titre 4, du Code, tom. 8, art. 505, (édition Prati).

On peut aussi consulter à l'égard de cette juridiction ecclésiastique reconnue par les empereurs, les constitutions insérées dans le Code Théodosien et répétées dans celui d'Alaric. Div. XVI, Tit. 2, Const. 12, 23 et 57. Les Nouvelles 70, 80 et 123 de Justinien, ont ajouté leur autorité à celle des lois qui viennent d'être citées, pour établir au-delà de tout doute, qu'à la chute de l'empire d'Occident et lors de l'établissement des peuples du Nord dans les provinces romaines, la juridiction épiscopale s'appliquait comme juridiction publique dans tout le monde romain, à tout ce qui concernait la religion ou les causes ecclésiastiques et à tous les procès qui concernaient les clercs ; que cette compétence était par conséquent réelle et personnelle ; qu'elle était le droit commun pour les choses et les personnes du clergé.

La preuve de l'existence légale de cette juridiction ecclésiastique d'où sont nées les officialités modernes, est donc sans réplique et se trouve établie par les monuments authentiques de la législation romaine elle-même.

Il ne faudrait cependant pas conclure que le principe de cette juridiction ecclésiastique, c'est-à-dire le pouvoir de décider les différends mus entre les clercs et sur les choses spirituelles, la juridiction sur les causes ecclésiastiques proprement dites, appartenait aux empereurs romains, et que ce fut par

(1) Nous aurons occasion plus tard de nous expliquer sur la valeur de ce mot, comme exprimant la juridiction épiscopale mise en contraste avec la juridiction proprement dite des juges laïques, portant le nom de *forum*.

délégation que les évêques exercèrent cette puissance judiciaire ; ce serait pécher contre la nature des attributions propres de l'Eglise, et contrevenir à la doctrine que l'Eglise possède, de droit divin, la puissance législative, judiciaire et exécutive, et que l'exercice de cette puissance appartient aux évêques. Ce serait confondre la reconnaissance d'un droit avec le principe du droit lui-même, que d'attribuer aux empereurs la pensée de créer le pouvoir des évêques en sanctionnant leur juridiction ou l'exercice de ce pouvoir. Il faut cependant à cet égard faire une distinction entre les causes purement temporelles et les causes ecclésiastiques. Comme dans les causes temporelles la juridiction des évêques n'était pas une juridiction *profectice* ou née de leur propre autorité, mais était *adventice*, c'est-à-dire déléguée par les empereurs, ces derniers pouvaient la révoquer sans sortir de leur domaine.

Il n'en était pas ainsi des causes ecclésiastiques uniquement soumises à la législation de l'Eglise, que le pouvoir civil ne pouvait altérer, dont au contraire il augmentait les privilèges en protégeant l'organisation des tribunaux ecclésiastiques désormais revêtus dans toute sa plénitude, de la juridiction contentieuse. Après l'établissement définitif de ces tribunaux, la délimitation des deux juridictions resta distincte et permanente.

Le sixième canon du Concile OEcuménique de Constantinople, tenu en 381, cinq ans après le décret de l'Empereur Gracien, qui vient d'être mentionné, distingue très-clairement les causes civiles des causes ecclésiastiques. Le second Concile de Carthage de l'an 398, porte (canons 87 et 88) que le catholique qui porte sa cause soit juste, soit injuste au tribunal d'un juge infidèle, (les tribunaux civils étaient encore tenus par des juges païens) sera excommunié. Le onzième canon du sixième Concile de Carthage, porte des peines contre les clercs qui étant accusés s'adressent à l'empereur pour lui demander des juges séculiers. Le troisième Concile d'Orléans tenu en 538, défend, canon 32, à toutes sortes de clercs de traduire personne devant les juges laïques et aux laïques d'y traduire les clercs. Le quatrième Concile de la même ville, tenu en 541, canon 20, répète en substance cette prohibition. Le Concile

d'Agde, tenu en 506, canon 8, avait édicté une disposition semblable.

L'histoire prouve du reste évidemment, que les clercs n'étaient pas justiciables des tribunaux civils. L'abbé André, Cours de Droit Canon, Vo. officialité, pages 130 et 131, en rapporte plusieurs preuves. A la page 134 cet auteur s'exprime ainsi : “ Les lois qui attribuaient aux évêques la connaissance des causes des clercs, étaient tout-à-fait conformes à la discipline de l'Eglise. Leurs fonctions sont si éminentes, leur profession si sainte qu'on ne souffrait point, qu'ils parussent devant les juges séculiers. Non que les évêques cherchassent à s'attribuer des affaires, ils n'en avaient que trop, dit Fleury (1), ni qu'ils fussent jaloux de faire plaider les clercs devant eux, mais ils voulaient les détourner de plaider. Aussi voyons-nous que le Concile de Chalcédoine, tenu en 451, ordonne à un clerc qui a quelque difficulté avec un autre clerc, de le déclarer d'abord à son évêque, pour l'en faire juge, ou de prendre, de son consentement, des arbitres sans se pourvoir devant les juges séculiers.” (2)

Les écrivains religieux ne sont pas les seuls à reconnaître l'autorité des évêques en matière contentieuse dans ces siècles reculés. Merlin, qui ne saurait être suspect de préjugés religieux, s'exprime ainsi dans son Répertoire Vo. Officialité. “ On sait qu'indépendamment des causes dont la connaissance et la décision appartiennent de droit à la puissance ecclésiastique, les évêques, dans les premiers siècles, étaient des arbitres charitables dans la plupart des contestations qui s'élevaient entre leurs diocésains même pour des affaires civiles et des intérêts purement temporels. Persuadés qu'arrêter et éteindre les procès, c'était prévenir et épargner bien des fautes et quelquefois des crimes, les plus grands évêques de l'antiquité se faisaient un devoir de donner à ce soin un temps considérable. La sagesse et l'équité de leurs jugements leur con-

(1) Lingard dans son Histoire d'Angleterre, vol. 2, chap. 5, en traitant de l'origine des Cours ecclésiastiques et de leur établissement en Angleterre, tient sur ce point, le même langage que l'Abbé Fleury.

(2) Voyez également Jager, Cours d'histoire ecclésiastique, leçon X.

cilièrent la plus grande vénération ; les empereurs chrétiens et à leur exemple, 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 évêques, chacun dans son diocèse, en étaient les présidents et même les seuls juges ; leur presbytère leur servait de conseil ; mais ils prononçaient ensuite seuls d'après leurs lumières et suivant leur conscience."

La juridiction contentieuse de l'évêque alla toujours en augmentant. En 866, le pape Nicolas Ier, dit dans ses réponses aux Bulgares, dont il a été question plus haut, (1) qu'ils ne doivent point juger les clercs. Le Concile général de Latran, défend aux laïques sous peine d'excommunication d'obliger les ecclésiastiques à paraître en jugement devant eux ; Innocent III décide que les clercs ne peuvent renoncer à ce privilège, attendu qu'il n'est pas personnel mais de droit public.

De ces citations il résulte :

1o. Qu'à l'époque de Constantin, c'est-à-dire au quatrième siècle, les tribunaux ecclésiastiques, quelque simple qu'en fut l'organisation, étaient en plein fonctionnement.

2o. Que Constantin les érigea en tribunaux ordinaires qu'il substitua aux tribunaux séculiers, et qu'il rendit leur compétence obligatoire pour tous les citoyens laïques comme clercs, en toute sorte de matière, civile ou criminelle, séculière ou spirituelle.

3o. Que privés par le décret de l'Empereur Gratien et les édits d'Honorius et Arcadius de leur juridiction compulsoire sur les laïques et les affaires qui les intéressaient, ils leur restèrent ouverts, comme juridiction volontaire et à titre d'arbitrage.

4o. Qu'ainsi privés de leur compétence obligatoire sur les laïques et sur les matières temporelles, et réduits à leur juridiction universelle et exclusive de toute autre sur les clercs en matière spirituelle et temporelle, et sur les laïques en matière spirituelle, ces tribunaux étaient en pleine vigueur dans tout le monde chrétien lors de la chute de l'empire d'Occident et

(1) No. 309.

l'établissement des peuples du Nord en Europe, où ils restèrent en vigueur pendant bien des siècles et où comme règle générale ils le sont encore.

Il deviendra nécessaire plus tard, pour les fins de la présente dissertation de donner une idée de la compétence, de l'organisation et de la procédure de ces tribunaux dont Fleury (1) parle ainsi :

“ Dans les premiers siècles de l'Eglise, les jugements ecclésiastiques n'étant que des arbitrages, pour les matières temporelles, et dans les spirituelles, des jugements de charité, on n'y suivait point les formules des tribunaux séculiers, mais seulement les règles de l'Ecriture sainte et des canons. Cette distinction entre les jugements ecclésiastiques et les jugements séculiers, se voit manifestement dans la conférence de Carthage (*art. 1, n. 40*), et en plusieurs conciles. Les clercs depuis plusieurs siècles en possession de rendre presque tous les jugements, y introduisirent plusieurs formes judiciaires, dont on peut attribuer l'établissement au droit canon même, et de là tant de décrets et de décrétales des papes sur cette matière. Ainsi, les juges ecclésiastiques ont commencé à procéder à la rigueur, et suivant toutes les formes du droit, dans un temps où les juges séculiers en observaient peu, parce que c'étaient des nobles et des gens de guerre, qui, la plupart, n'avaient point de lettres, et ne suivaient dans leurs jugements que les anciennes coutumes. Depuis ils se firent assister par des clercs, à qui ils ont enfin laissé l'exercice de la justice ; et les clercs ont introduit leurs formules en tous les tribunaux, principalement dans les parlements ; en sorte que toute la *procédure* moderne des cours séculières, vient des canonistes ; et qui voudra l'étudier sérieusement, doit en chercher les origines dans les décrétales.”

Nulle société ne peut subsister sans avoir le pouvoir de faire des lois ordonnant les choses propres à son gouvernement et défendant celles qui lui sont contraires, sans être revêtue de la puissance de contraindre les membres de cette société à faire ce que ces lois ordonnent, et à s'abstenir de ce

(1) *Institution du droit ecclésiastique*, part. III, chap. 6.

qu'elles défendent. Mais pour être légitimes et mériter obéissance, ces lois doivent être conformes à la fin pour laquelle cette société a été instituée, et être restreintes aux objets propres à cette institution, c'est-à-dire, n'être pas coupables d'excès de juridiction. La loi séculière faite sur des matières spirituelles est sans validité comme entachée de ce vice, et il en serait de même d'une loi ecclésiastique portée sur des objets purement séculiers. *Et ita PATET quod jurisdictio temporalis non pertinet ad ecclesiam, nec ea debet se intromittere in præjudicium iudicis sæcularis*, dit la Glose. Extra. L. 11, Tit. XXVIII.

La juridiction est spirituelle ou séculière, suivant que l'une ou l'autre s'applique à des objets spirituels ou temporels. Quoique la juridiction spirituelle soit de droit divin et que la juridiction séculière ne soit que de droit humain, la société civile est revêtue du droit de faire, pour son gouvernement toutes les lois propres à ses fins légitimes, en restant bien entendu, dans les limites de sa compétence. A cette condition et pourvu qu'elle ne blesse pas les règles de la justice, elle exerce dans toute son intégrité le pouvoir législatif.

Elle est aussi revêtue du pouvoir exécutif et judiciaire, car à quoi bon faire une loi sans avoir le droit de la faire exécuter, et comment se fera cette exécution, si une société n'a pas également le pouvoir d'appliquer la loi qu'elle a faite aux faits sur lesquels elle exerce son empire, en déclarant quels sont les cas où cette application doit se faire ; ce qui, dans le sens le plus étendu du mot constitue un jugement, qui s'il n'est volontairement exécuté par les personnes qu'il concerne, devra l'être par la force. Ce pouvoir de rendre des jugements exécutoires, constitue le pouvoir judiciaire dont l'exercice s'appelle aussi juridiction.

La juridiction dans ce sens, c'est-à-dire le pouvoir de faire exécuter par des contraintes les commandements de la loi et de punir par des peines les actes qu'elle défend, est tellement inhérent au pouvoir législatif, que ce dernier ne peut subsister sans le premier, et que tous deux sont essentiels à l'existence de la société. C'est dire qu'ils sont de droit primordial, nécessaire et naturel.

De droit naturel la validité du jugement ne dépend d'aucune forme extérieure particulière, elle est indépendante de toute solennité et n'est pas même subordonnée à l'appareil quelconque d'un tribunal, pourvu que ce jugement soit d'ailleurs revêtu des conditions intrinsèques et extrinsèques qui sont de son essence, telle que la compétence du juge en toute matière, et la citation du Défendeur (reus) en matière contentieuse. Ce qui nous conduit à la division de la juridiction en juridiction volontaire et en juridiction contentieuse.

La juridiction volontaire ou gracieuse est celle qui s'exerce volontairement de la part de celui qui en demande l'intervention, et qui ne porte condamnation ou ne prononce de peine contre personne, c'est-à-dire que personne ne subit forcément et devant laquelle il n'est pas besoin de citation. Ainsi en matière civile les nominations de tuteur, curateur ou à d'autres fonctions juridiques sont des actes de juridiction volontaire. Ces actes n'entraînent aucune discussion et ne provoquent pas de contestation. En matière canonique, les impétrations ou collation de bénéfice, les dispenses... sont des actes de juridiction gracieuse.

La juridiction contentieuse est celle qui s'exerce *in invitum*, c'est-à-dire forcément contre la partie adverse de celui qui invoque cette juridiction, laquelle partie adverse doit être assignée et mise en état de se défendre. Le caractère propre des appels à la juridiction contentieuse est d'engager un débat, de demander une connaissance de cause, de provoquer une discussion et de demander une sentence de condamnation contre une partie adverse. (1) La juridiction volontaire s'exerce

(1) Dans un excellent abrégé du Droit Canon, publié en partie et dont le reste est sous presse, le chanoine Philippe De Angelis, docteur en droit et professeur à l'Apollinaire à Rome, s'exprime ainsi sur la juridiction contentieuse et volontaire : *Jurisdictio proprie dicta alia est CONTENTIOSA, alia VOLUNTARIA : CONTENTIOSA est, quæ, contraversias inter duos personas pluresve, exortas terminal, et etiam in invitum exercetur et necessario requirit processum judiciale ; hæc est jurisdictio, quæ in alieno territorio explicari nequit, et de qua cap. 2, de constitul., in VI dicitur "extra territorium jus dicenti unipune non paretur". VOLUNTARIA est quæ in volentes tantum*

sur la demande d'une seule partie comparaisant devant le juge, et ne requiert le concours que de trois choses, le juge, la partie et un objet, sur lequel se porte la juridiction ; la juridiction contentieuse en demande quatre, un juge, un Demandeur, un Défendeur et une cause, c'est-à-dire une prétention contradictoire engagée sur un objet réclamé. Le défaut de comparution de la partie citée, ou de toute autre partie qui doit l'être, la confession même du Défendeur ou de toute partie qui en joue le rôle, n'enlève pas à la cause son caractère contentieux, s'il était possible à ce Défendeur ou à cette partie de contester la demande.

En général il y a appel des jugements rendus en matière contentieuse et il n'y en a pas des matières de juridiction volontaire ; et quoique rigoureusement cette circonstance ne soit pas plus requise que l'appel pour attribuer au jugement ce caractère, en matière contentieuse le juge siège et prononce dans son tribunal, publiquement et avec l'appareil juridique. En matière de juridiction volontaire il prononce partout où il veut, bien que ce soit en un lieu désigné de l'auditoire, ou palais de justice qu'il le fasse ordinairement. Ce lieu désigné de différentes manières dans les divers usages juridiques, s'appelle la Chambre du juge parmi nous, et nous disons que le juge siège *en Cour* en matière contentieuse et en *Chambre* en matière volontaire, bien qu'il exerce aussi bien en sa propre demeure cette dernière juridiction.

Nous n'avons pas besoin de dire particulièrement que tout jugement qui en toute matière civile, canonique ou criminelle, porte une contrainte et prononce une peine, est un acte de juridiction contentieuse et que nul juge ne peut être ainsi proprement appelé, sans être revêtu des deux juridictions.

De l'application à la société spirituelle des maximes ci-haut énumérées, concédées à la société séculière, sort forcément et conclusivement le pouvoir judiciaire de l'Eglise et sa juridiction volontaire et contentieuse.

exercetur, seu in implorantes judicis officium pro petitione nullius contradictione oppugnata, ut ordinatio consecratio, etc. Prælectes jur canon, tom. 1 pars. II. Proleg. p. 8.

Que l'Eglise soit par elle-même une société visible, distincte, séparée de la société civile, existant par elle-même et indépendamment de toute puissance étrangère, soumise à une constitution qui lui est propre, ayant à l'instar de la société publique et civile, son gouvernement et sa hiérarchie, c'est-à-dire des gouvernants et des gouvernés, pour parler le langage des publicistes, des princes et des sujets, et qu'elle ne soit pas un simple collège ou association particulière où tous les membres sont égaux ; voilà autant de vérités que nous prenons pour admises, et dont nous ne croyons pas la démonstration nécessaire.

Partant de ces principes admis, (pour ceux qui les nient et que nous nous flatterons pas de pouvoir convaincre, notre thèse est sans valeur) il ressort qu'elle a son gouvernement, c'est-à-dire ses gouvernants et ses gouvernés ; pour parler le langage qui vient d'être employé, ses princes et ses sujets. Les premiers hiérarchiquement subordonnés entre eux, sont les membres du clergé et les seconds, également tenus d'obéir et sous des règles qui leur sont communes, sont les laïques. Qu'elle a le droit de faire des lois et de contraindre tous ceux qui y sont sujets à leur prêter obéissance, c'est-à-dire de les faire exécuter, et d'ordonner par des contraintes et des peines l'application de ces lois à toutes les matières de son ressort, soit que les obligations imposées par ces lois ou les droits qu'elles consacrent soient volontairement reconnus ou qu'ils soient contestés, soit que l'adjudication sur ces droits et ces obligations se fasse en la forme ordinaire ou qu'il soit nécessaire de recourir à des voies spéciales pour appliquer le droit au fait en faisant cette adjudication, et en appliquant ces contraintes et ces peines.

Comme l'Etat, l'Eglise jouit donc dans toute sa plénitude de la juridiction législative et judiciaire, c'est-à-dire qu'elle peut faire des lois et instituer des tribunaux pour les exécuter, et qu'elle peut communiquer à ses tribunaux toute ou telle partie qu'elle veut de sa puissance exécutive, et diviser cette puissance entre eux, c'est-à-dire créer des juridictions avec des attributions différentes. C'est elle qui est maîtresse de l'orga-

nisation et de la procédure de ces tribunaux et de l'étendue de leur pouvoir.

Comme la division de la juridiction n'est qu'un accident et un accessoire, qui tient à sa nature et non à son essence, qu'elle est une matière de forme et non de fond, de même que la juridiction laïque, la juridiction ecclésiastique est divisée en juridiction volontaire et contentieuse, civile ou criminelle, ordinaire et extraordinaire.

Avant d'entrer dans des développements sur cette division, il est nécessaire de noter une autre division qui est propre à la juridiction ecclésiastique, c'est sa division en juridiction de *for intérieur* et de *for extérieur*, laquelle n'appartient pas et ne peut appartenir à la juridiction séculière.

Le *for extérieur* est l'autorité de l'Eglise sur les personnes et sur leurs actes extérieurs, spirituels ou touchant aux choses spirituelles ; telles que la hiérarchie, la discipline, les sacrements et aussi sur les choses touchant au spirituel et au temporel, tels que les biens d'Eglise, bénéfices et autres choses semblables.

C'est à ces matières que s'applique la juridiction volontaire ou contentieuse de l'Eglise, sujette comme la juridiction civile aux distinctions ci-haut énumérées.

La forme de la citation de l'instruction, et le lieu public ou privé du jugement, n'importent pas essentiellement à son caractère contentieux. Les formes en cette matière ne sont que des accidents et des accessoires qui n'affectent pas la substance de l'acte. Ainsi c'est une erreur de croire que l'Evêque ne peut exercer la juridiction contentieuse parce qu'il n'a pas de tribunal public, d'official, de promoteurs ou d'appariteurs. Ces choses ne sont que de forme, et quand il exerce un pouvoir qui appartient essentiellement à son office et qu'il rend en matière de *for extérieur* un jugement de la nature du contentieux, il exerce cette juridiction aussi bien que s'il le faisait par l'intermédiaire de son officialité.

Nous avons vu que la juridiction criminelle est contentieuse et comme conséquence de son pouvoir législatif et comme sanction nécessaire de ses lois. L'Eglise exerce cette juridiction

criminelle de pair avec la juridiction civile. On ne peut sans détruire son autorité refuser à un corps qui a le droit de se gouverner le pouvoir de maintenir son gouvernement et ses lois par des châtimens portés contre ceux qui les enfreignent. C'est par des peines temporelles que l'Etat protège sa juridiction, et par des peines ecclésiastiques que l'Eglise défend la sienne. En appliquant ces peines, ce qui ne peut se faire qu'après connaissance de cause et preuve de la perpétration de l'offense, laquelle preuve l'inculpé a le droit de confronter et de repousser par une preuve contraire, de même qu'il a le droit de se défendre à l'accusation, (n'est-ce pas là un procès ?), le juge d'Eglise n'exerce-t-il pas une juridiction criminelle ?

La juridiction civile embrasse les matières en contestation entre deux personnes dont l'une est l'*actor*, le Demandeur et l'autre le *reus*, Défendeur, dont l'une conteste à l'autre ou que tous deux réclament devant le juge d'Eglise, une chose corporelle ou incorporelle comme un bien ecclésiastique, un bénéfice, un office, une dignité, un personat, choses qui peuvent être mêlées de spirituel et de temporel, et les autres cas où il s'agit d'intérêts temporels entre les parties contendantes.

Nous parlerons plus tard de la division en juridiction ordinaire et extraordinaire.

La juridiction des tribunaux ecclésiastiques connus sous le nom général d'officialité, à cause du nom d'official donné au juge qui les présidait, était réelle et personnelle.

La compétence réelle des officialités, *ratione materiæ*, s'appliquait à toutes les affaires spirituelles entre toutes sortes de personnes, clers et laïques. " Cette juridiction " dit De Héricourt, (1) " leur appartient de droit divin, et les juges " laïques qui tiennent leur autorité des princes ne doivent pas " entreprendre de décider des questions de cette nature."

Les affaires spirituelles dont ces tribunaux connaissaient, entre toutes sortes de personnes, privativement à tous autres juges, étaient celles qui concernent les sacrements, les vœux de religion et la discipline ecclésiastique, les causes matrimoniales et les bénéfices ecclésiastiques.

(1) Lois Ecclésiastiques de France, ch. 19, page 156.

Ils avaient seuls juridiction dans toutes les affaires civiles mues entre clercs et celles où un clerc était Défendeur. Ce clerc cité par un laïque pour des affaires civiles devant un tribunal séculier, pouvait invoquer son privilège ecclésiastique et demander à être renvoyé devant son official.

Les officialités connaissaient de toutes les offenses commises par les ecclésiastiques de quelque nature qu'elles fussent, soit qu'elles fussent punies de peines canoniques seulement ou à la fois de peines canoniques et de peines de droit commun.

C'est dans la personne des évêques que résidait le pouvoir judiciaire de l'Eglise, mais ils ne jugeaient pas en personne. Ils déléguaient leur pouvoir de juger à un fonctionnaire ecclésiastique nommé par eux, le plus souvent à un grand-vicaire connu sous le nom d'official, qui siégeait au nom de l'évêque qui l'avait nommé et c'est de lui qu'est venu le titre d'officialité donné aux tribunaux ecclésiastiques.

Il y avait appel de l'official de l'évêque diocésain, lequel official était le juge ordinaire ou de première instance, à l'official de l'Archevêque ou du Métropolitain, du Métropolitain au Primat ou dans certains cas au Patriarche et de ce dernier tribunal au Souverain Pontife.

A chaque officialité était attaché un promoteur qui remplissait devant le tribunal ecclésiastique, les fonctions que remplissait en France le procureur-général près des tribunaux civils et le procureur fiscal dans les justices seigneuriales.

C'est en vertu de sa puissance judiciaire et pour en mettre à effet la juridiction que l'Eglise créa ses tribunaux dont le ressort embrassa un jour le monde catholique entier, et dont l'organisation était la même partout et la procédure partout uniforme. Ces tribunaux, nous l'avons déjà dit, quoique dans certains pays connus sous des noms particuliers, l'étaient communément sous le nom d'officialités.

A l'époque où Constantin ajouta à la juridiction spirituelle des évêques, la juridiction séculière et rendit pour toutes sortes de causes, les laïques aussi bien que les ecclésiastiques, justiciables de ces tribunaux, il est probable que leur organisation n'était qu'une ébauche, qui n'avait pas encore reçu le

perfectionnement, que les siècles suivants virent les papes et les conciles, graduellement lui communiquer. Outre l'organisation, la procédure de ces tribunaux, les décrétales des papes et les canons et les décrets des conciles contiennent aussi les lois qui devaient y être suivies et qui régissaient les matières de leur ressort.

Le corps du droit canon, composé de six parties distinctes, du Décret de Gratien, des Décrétales de Grégoire IX, du Sixte de Boniface VIII, des Décrétales de Clément V, appelées de son nom Clémentines, des Extravagantes de Jean XXII, et des décrétales de quelques-uns de ses successeurs, colligées par des auteurs inconnus, sous le nom d'*Extravagantes communes*, auxquelles quelques canonistes ajoutent les Institutes de Lancelot, citées plusieurs fois dans cet ouvrage, contient corrigé et augmenté par quelques conciles subséquents, notamment par le Concile de Trente, et par les Constitutions des Papes, la législation complète de l'Eglise, suivie pour la forme et le fond devant ses tribunaux.

C'est dans ce recueil fameux et surtout dans les Décrétales de Grégoire IX, qui fut appelé le Justinien du droit ecclésiastique, dont S. Raymond de Pennafort, leur rédacteur fut le Tribonien, qu'il faut chercher l'organisation et la procédure de ces tribunaux ; œuvre admirable empruntée à la procédure des tribunaux romains qu'elle a perfectionnée, et qui à son tour, a servi de modèle à l'organisation et à la pratique des tribunaux civils de presque toute l'Europe, à la France incontestablement !

Au temps de Grégoire IX, c'est-à-dire, au treizième siècle, les tribunaux ecclésiastiques étaient établis dans tous les pays de la chrétienté, à côté des tribunaux civils et y fonctionnaient régulièrement ; non seulement avec le consentement du pouvoir séculier, mais avec sa participation. La juridiction ecclésiastique était si peu contestée que les souverains et les peuples qui lui prêtaient obéissance, prêtaient aussi main-forte à leurs arrêts.

Longtemps auparavant, Guillaume-le-Conquérant avait en Angleterre séparé la juridiction ecclésiastique de la juridic-

tion civile, avec laquelle elle était confondue sous les rois saxons, et avait institué les Cours Episcopales en tribunaux indépendants et Henri II, son fils, avait de bonne heure suivi son exemple. Henri IV de France et Louis XIV, firent plus tard des lois pour en régulariser la compétence.

La juridiction ecclésiastique qui a duré en France jusqu'à l'abolition des officialités opérée par la loi du 7 Septembre 1790, malgré le changement de souveraineté spirituelle opérée par la réforme au seizième siècle et l'établissement en 1858, d'une cour de divorce, subsiste encore partiellement en Angleterre ainsi qu'en Espagne et en Italie, ce qui prouve suffisamment la nécessité de cette institution.

Nous avons dit plus haut que dans les matières temporelles mues entre les clercs ou bien dans celles où un clerc était Défendeur, la juridiction des officialités était adventice et lui avait été accordée par le pouvoir civil. Non-seulement la puissance temporelle lui avait conféré cette juridiction, mais encore le bras séculier, en cas d'insuffisance des peines spirituelles, lui venait en aide pour faire exécuter ses sentences. C'est ainsi que s'exprime le Nouveau Dénizart, Vo. Bras Séculier : " Il est d'usage d'appeler l'autorité coactive de la " puissance séculière, lorsqu'on en parle relativement au se- " cours que les juges et supérieurs ecclésiastiques sont obligés " d'accorder à cette puissance, pour obtenir l'exécution de leurs " ordonnances ou jugements."

" Les juges ecclésiastiques n'ayant pas la force coactive, " leurs décisions seraient méprisées, et elles demeureraient " sans exécution, du moins de la part de ceux qui ne sentent " pas l'importance des censures et autres peines spirituelles. " Le souverain qui s'est engagé à la protéger, veut que ses " juges, lorsqu'ils en sont requis, fassent exécuter les ordon- " nances et jugements des supérieurs ecclésiastiques, par l'em- " ploi de la coaction et de peines temporelles qui sont en leur " pouvoir."

" Nos rois ont enjoint à leurs juges, d'emporter l'aide du " bras séculier à l'église, toutes les fois qu'ils verront qu'elle " en a besoin pour le maintien de sa juridiction. C'est la dis-

“ position d'une ordonnance de Louis-le-Hutin, en 1315, confirmée par Philippe-le-Long, en 1316 : *Ordinamus quod omnes justitiarum nostri ecclesiis auxilium sæcularis brachii prestant ubi viderint ecclesiam, pro suâ jurisdictione ecclesiasticâ indigere.*”

En Angleterre, l'autorité séculière allait beaucoup plus loin dans sa protection accordée aux jugements de l'Eglise contre ceux dont les peines spirituelles ne pouvaient courber la résistance. La Cour de Chancellerie pouvait émettre contre la personne excommuniée, pour défaut d'exécution de la sentence du juge ecclésiastique et qui persistait dans son refus, un mandat d'arrestation appelé *writ de excommunicato capiendo*, portant l'emprisonnement du réfractaire jusqu'à résipiscence.

C'est cette communication de la force publique à l'exécution des jugements des tribunaux ecclésiastiques qui rendait leur autorité égale à celle des tribunaux séculiers et les faisait marcher de pair avec ces tribunaux, dans les matières civiles de leur ressort. Mais il est certain qu'ils n'avaient pas besoin de cette sanction étrangère dans les matières spirituelles du ressort contentieux, touchant en particulier au mariage et aux causes matrimoniales. Aussi on peut affirmer qu'en cette matière la juridiction exclusive de l'Eglise ne lui a jamais été niée.

Les auteurs gallicans en conviennent à l'unanimité. De Héricourt pour ne citer que lui, s'en exprime ainsi à l'endroit ci-haut cité : “ Les autres affaires dont il n'y a que les juges ecclésiastiques qui puissent connaître entre toutes sortes de personnes, sont celles qui concernent les sacrements, les vœux de religion, service divin et la discipline ecclésiastique.”

“ Le sacrement de mariage est fondé sur un contrat que J.-C. a élevé à la dignité de sacrement. On a laissé aux juges ecclésiastiques la connaissance des affaires qui regardent les mariages quand il s'agit du lien du sacrement.”

L'auteur ajoute ce qui est conforme à la doctrine de notre livre : “ Mais lorsqu'on traite la question de la validité du

“ mariage de personnes qui sont décédées, à l’occasion de leur
 “ succession, de leur état ou de celui de leur famille ; le lien
 “ qu’avait formé le sacrement étant rompu, l’affaire devient
 “ séculière et elle ne peut être décidée que par le juge laïque.”

Il dira plus loin, Partie III, chap. 3, page 56 : “ Il semble
 “ que les affaires de cette nature, (il traite de la dissolution
 “ du mariage) intéressant également l’Eglise et l’Etat, au-
 “ raient dû être instruites et décidées par les juges ecclésias-
 “ tiques et par les juges séculiers conjointement... Cependant
 “ les princes, ayant accordé à l’Eglise une juridiction conten-
 “ tieuse, lui ont abandonné la connaissance ordinaire de ce
 “ qui concerne le lien du mariage et la dissolution à cause
 “ des empêchements dirimants entre les parties contrac-
 “ tantes.”

L’édit de 1695, art. 34 porte : La connaissance des causes con-
 cernant les sacrements, les vœux de religion... et autres pu-
 rement spirituelles, appartiennent aux juges d’Eglise.

Pourquoi cette attribution exclusive aux tribunaux ecclé-
 siastiques des causes concernant le mariage et les sacrements,
 si ce n’est parce que la compétence sur ces matières échappait
 radicalement à la puissance séculière et aux tribunaux
 laïques ?

La juridiction des tribunaux ecclésiastiques était donc une
 juridiction mixte, composée pour une partie, de compétence
 purement spirituelle, et celle-là était comme elle l’est encore,
 essentielle au gouvernement de l’Eglise, et pour une autre
 partie de compétence civile, mais qui pouvait en être retran-
 chée sans que la première en reçut d’atteinte et en subit de di-
 minution. C’est ce qui est arrivé pour les causes matrimo-
 niales lors du retranchement des officialités dans les pays où
 ces tribunaux existaient et dans ceux qui n’en ont jamais eu,
 la compétence spirituelle n’en subsiste pas moins en son
 entier.

On suivait devant les tribunaux ecclésiastiques les formes
 régulières et solennelles qui sont aujourd’hui en usage devant
 nos tribunaux civils. La procédure était divisée en quatre par-
 ties distinctes comme l’est notre procédure civile ; savoir l’assi-

gnation, la contestation de la cause, l'instruction et le jugement. Chacune des parties de cette procédure était soumise aux règles techniques, aux délais et aux formes d'un procès régulier. C'était la procédure ordinaire.

A côté de cette procédure ordinaire, se trouvait dans certains cas demandant célérité, la procédure extraordinaire et dégagée des exigences des formes, des délais et des lenteurs des procès. C'était la procédure extraordinaire, qui s'appelle la procédure *sommaire* parmi nous. Ce n'était pas que cette procédure perdit plus là qu'elle ne le perd ici son caractère contentieux, mais à part les conditions voulues par le droit naturel pour la validité d'une sentence judiciaire, telle que l'assignation, la liberté de la défense et l'audition contradictoire des parties qui sont des formes indispensables, nulle forme de procès n'était observée ; la citation pouvait être faite par un particulier délégué par le juge et elle avait la même valeur que si elle eût été faite par un appariteur, l'attestation pouvait s'en faire verbalement, la contestation pouvait se faire sans écrit et l'instruction de la même manière, le jugement pouvait être oral et ainsi de suite.

C'est ce retranchement des formes ordinaires et cette procédure sommaire que Clément V voulant mettre fin à la lenteur des procès et aux dépenses qu'ils entraînaient, autorisa en substance dans les causes concernant les provisions aux offices, les mariages, les dîmes et les usures, en ordonnant par une décrétale, L. 2, Tit. I, *de jud.*, cap. II, *in Clem.*, que ces causes se jugeraient *simpliciter et de plano ac sine strepitu judicii et figura*.

Pour bien faire comprendre le sens de cette Clémentine et la portée qu'elle peut avoir sur la question, nous croyons nécessaire de la reproduire textuellement : “ Désirant abrégér la
 “ durée et les dépenses des procès, qui suivant ce qu'apprend
 “ l'expérience provient de la stricte observance de l'ordre judi-
 “ ciaire dans les causes qui vont être mentionnées, nous sta-
 “ tuons que dans les causes mues sur les élections, les postula-
 “ tions ou provisions, ou sur les dignités, les personats, les
 “ offices...également sur les *mariages* et les usures, il sera suffi-

“sant de procéder simplement et *de plano* sans clameur et sans forme de procès, voulant que ce que nous ordonnons, s'applique non-seulement aux affaires futures mais aux affaires encore pendantes même en appel.” (1)

Des doutes s'étant soulevés sur la signification des expressions *quod procedere valeat simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura judicii*, qui se trouvent dans cette Clémentine, le même pape les explique par une autre décrétale donnée en 1307, à Avignon, où il avait transporté le siège pontifical, et qui est rapportée au livre VI *cap. 2. de Verb. sign.*

“Il arrive souvent, dit cette décrétale, que nous commettons des causes, et que dans quelques-unes nous ordonnons qu'il soit procédé *simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figurâ judicii*; la signification de ces mots a soulevé de la contention chez beaucoup de personnes et des doutes sur le mode de procéder qu'ils impliquent. Voulant (en autant qu'il est en nous) résoudre ces doutes, nous statuons par la présente constitution qui sera perpétuelle, que le juge à qui nous aurons commis les causes de ce genre n'exige pas nécessairement de libelle, ne demande pas de contestation de la cause, procède même aux jours non juridiques, qu'il retranche les moyens dilatoires, qu'il abrège le procès autant qu'il le pourra en repoussant les appels dilatoires et frustratoires des parties, et en mettant un frein à la loquacité des avocats et des procureurs et à leurs disputes inutiles, de même qu'à la quantité superflue de témoins. Cette abréviation du procès ne doit cependant pas empêcher d'admettre les preuves nécessaires et les défenses légitimes. La citation ici non plus ne doit pas être omise. (2)

(1) *Dispendiosam prorogationem litium, quam interdum ex subtili ordinis judiciarii observatione causarum docet experientia provenire, restringere, in subscriptis casibus cupientes, statuimus, ut in causis super electionibus postulationibus, personalibus... nec non super MATRIMONIIS vel usuris... procedere valeat de cetero simpliciter et de plano ac sine strepitu judicii et figura volentes non solum ad futura negotia sed ad præsentia et adhuc etiam per appellationem pendencia hoc extendi. L. II. T. de Jud. cap. II, in Clem.*

(2) *Sæpe contingit, quod causas committimus, et in earum aliquibus simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii procedi mandamus;*

Le reste de la décrétale pourvoit à ce que la pétition du Demandeur ou du Défendeur qui peut être faite par écrit ou verbalement, soit insérée dans les actes du procès. Le juge peut interroger les parties sur demande respective ou *ex officio*, suivant ce que l'équité de chaque cause lui semblera convenable. La sentence définitive doit cependant être par écrit, rester parmi les actes du procès et ne peut pas être affectée par le vice de plus pétition. Il est également pourvu à ce que les dispositions de cette décrétale s'appliquent à tous les cas où par quelque constitution, le Pontife aurait ordonné qu'il pourrait être ainsi procédé *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii*. La faculté est cependant réservée aux parties de suivre en cette matière, de consentement, l'ordre judiciaire ordinaire.

Nous avons dit que cette forme de procédure tient de la juridiction sommaire, on peut ajouter qu'elle revêt aussi le caractère de la juridiction *ex æquo et bono*, bien que dans l'un et l'autre cas, la procédure soit contentieuse.

Jusqu'à l'époque de la promulgation de cette décrétale, la procédure dans les causes matrimoniales avait été assujettie aux formes ordinaires et solennelles de l'ordre judiciaire, c'est-à-dire qu'elle était la procédure ordinaire, qui fut remplacée par la procédure extraordinaire, bien que de consentement, les parties pussent procéder régulièrement comme le dit cette décrétale. Cette procédure sommaire fut en vigueur pendant près de quatre siècles, c'est-à-dire jusqu'à 1741, époque de la célèbre constitution *Dei miseratione* de Benoit XIV, qui intro-

de quorum significatione verborum à nullis contenditur, et qualiter procedere debeat dubitatur. Nos autem dubitationes hujusmodi (quantum nobis est possibile) decidere cupientes, hac in perpetuam valitura constitutione sancimus, ut iudex, cui taliter causas committimus, necessario libellum non exigat, litem contestationem non postulet, ampuet dilationum materiam, litem quantum poterit, faciat breviorum, exceptionum, appellationum, dilatorias et frustatorias repellendo partium, advocatorum et procuratorum, contentiones et jurgia, testiumque superfluum multitudinem refrenando. Non sic tamen iudex litem abbreviet, quin probationes necessariz et defensiones legitimæ admittantur, Citationem Vero..... per constitutionem hujus modi intelligimus non excludi.

duisit dans les causes pures sur la nullité ou la validité du mariage, les modifications que nous allons signaler. Nous verrons ensuite si dans les mêmes causes, la bulle *Dei miseratione* a abrogé la Clémentine *Dispendiosam*.

En vertu de cette constitution, chaque Ordinaire doit choisir parmi les clercs quelque personne de bonnes mœurs, remarquable par sa probité et sa science légale, pour défendre en vertu de son office, la valeur du mariage dans les causes matrimoniales et devant être connue sous le nom de *défenseur du mariage* ; ce fonctionnaire sujet à révocation pour juste cause, et pouvant être remplacé en cas d'empêchement, dans chaque cause particulière, par une autre personne possédant les mêmes qualifications.

Voici les paroles mêmes de la constitution à cet égard : (1)

“ De notre propre mouvement, de notre science certaine, après mûre délibération, et de notre plein pouvoir apostolique, nous avons constitué, nous ordonnons et statuons, pour valoir à perpétuité, que tous et chacun les Ordinaires des lieux, élisent dans leurs diocèses, quelque personne idome, à être prise au sein du clergé, si la chose est possible, remarquable à la fois par sa science du droit, l'honnêteté de ses mœurs qui sera nommée défenseur des mariages ; avec faculté cependant de la suspendre, de la destituer pour justes causes, pour lui en substituer une autre également idome et ornée des mêmes qualités ; ce qui pourra même se faire chaque fois que la personne appelée à la défense des mariages, quand l'occasion d'agir se sera présentée, en sera légitimement empêchée.”

(1) *Motu proprio, certa scientia, ac matura deliberatione nostræ, deque Apostolicæ potestatis plenitudine, hac nostra in perpetuum valitura sanctione, constituimus, decernimus ac jubemus, ut ab omnibus et singulis locorum Ordinariis in suis diœcesibus, persona aliqua idonea eligatur, et, si fieri potest ex ecclesiastico catu, juris scientia pariter et vitæ probitate prædita, quæ matrimonium defensor nominabitur ; cum facultate tamen eam suspendi, vel removendi, si justa causa adfuerit, et substituendi aliam æque idoneam et iisdem qualitatibus ornatam ; quod etiam fieri poterit, quotiescumque persona ad matrimoniorum defensionem destinata, cum se occasio agendi obtulerit, erit legitime impedita.*

Si le juge de seconde instance est un métropolitain, il doit nommer le défenseur du mariage. Si ce juge de seconde instance est un évêque voisin, le défenseur du mariage est également le défenseur nommé par cet évêque.

Si la cause se juge à Rome, le cardinal-vicaire doit, dans les causes qui lui sont soumises en première instance, nommer un défenseur du mariage selon les règles prescrites à l'Ordinaire dans son diocèse. Du reste le jugement dans les causes soumises au juge apostolique, soit en première instance du consentement des parties, soit en seconde instance sur l'appel, le degré intermédiaire étant omis (*omisso medio*), soit en troisième instance, est ordinairement commis à la Sacrée Congrégation du Concile, ou à l'Auditoire du Palais ou à quelque congrégation spécialement déléguée.

L'office du défenseur du mariage est ainsi tracé en ces termes par Benoît XIV : “ Il sera du devoir du défenseur des mariages ainsi élu d'assister au procès chaque fois qu'il arrivera que des causes matrimoniales s'agiteront devant le juge légitime sur la validité ou la nullité du mariage ; il devra être cité dans tout acte judiciaire, être présent à l'examen des témoins, soutenir de vive voix et par écrit la validité du mariage et faire valoir tous les moyens qu'il jugera nécessaires pour défendre le mariage.” (1)

Le défenseur du mariage doit appeler si en première instance le mariage est déclaré invalide ; et cela soit que les deux parties, soit qu'une seule ou que nulle d'elles, n'appelle du jugement de nullité. Il ne doit pas le faire dans le cas où le mariage est déclaré valide.

Si en seconde instance, le jugement prononçant la nullité du mariage est confirmé, le défenseur peut à sa discrétion, appeler

(1) *Ad officium autem defensor matrimonii ut suprâ electi spectabit, in judicium venire, quotiescumque contigerit matrimoniales causas super validate vel nullitate eam legitimo iudice disceptari ; eumque oportebit in quolibet actu judiciali citari, adesse examini testium, voce et scriptis matrimonii valeditatem tueri, eaque omnia deducere, quæ ad matrimonium sustinendum censebit.*

ou s'en abstenir, suivant son opinion sur le mérite de la sentence.

Si le jugement de seconde instance prononçant en faveur de la validité du mariage est infirmé en troisième instance, le défenseur peut seul ou en se joignant à la partie qui soutenait la validité du mariage, appeler de ce troisième jugement. (1)

Sur chaque degré d'appel comme en première instance, le défenseur du mariage nommé par le juge d'appel, doit être cité à tout acte de procédure, doit examiner les témoins, être entendu, et défendre le mariage.

D'après cette constitution, un seul jugement déclarant le mariage invalide, est insuffisant pour en faire prononcer la nullité et permettre aux parties de passer à d'autres noces. Si le jugement de première instance est défavorable au mariage, le défenseur doit appeler en seconde instance. Si sur ce premier appel, le premier jugement est confirmé, le défenseur doit appeler ou ne pas appeler, suivant son opinion de la cause. S'il n'appelle pas le jugement reçoit son exécution et les parties peuvent passer à d'autres noces. S'il appelle, le mariage suit le sort du second appel, faisant le troisième degré d'instance et il est déclaré nul ou maintenu.

Si après avoir été déclaré valable en première instance, le mariage est déclaré invalide sur le premier appel fait par la partie qui se pourvoyait contre le mariage, il est du devoir du défenseur d'appeler de ce dernier jugement. Si le défenseur refusait de le faire, et que la partie qui soutenait le mariage ne le fit pas non plus, ou que l'un ou l'autre ou les deux après avoir appelé, désertassent l'appel, l'effet pratique de ce défaut d'appeler ou de cette désertion d'appel, serait de rendre illusoire ce jugement du premier degré d'appel et de confirmer le mariage ; en vertu de la règle qu'il faut deux jugements confirmés pour annuler un mariage. Cette contrariété des juge-

(1) En ce pays où l'appel se fait de l'Ordinaire au Métropolitain et du Métropolitain au Saint Siège en dernier ressort, ce troisième appel ou quatrième degré de juridiction n'est pas praticable.

ments créerait un doute, et dans le doute *præsumptio stat pro valore matrimonii*.

La même règle a lieu par rapport aux causes dont la connaissance est référée au Saint Siège en première instance, et la bulle *Dei miseratione* contient des dispositions qui en assurent l'application pratique ; mais comme ces dispositions ne peuvent avoir d'application à nos causes matrimoniales toujours jugées en première instance dans le pays, nous nous abstiendrons d'entrer dans leur détail.

Le défenseur du mariage doit prêter serment de bien et fidèlement remplir son devoir dans chaque cause où il agit.

Le défenseur du mariage doit être cité et être présent à tous les actes de procédure, et chaque acte auquel il n'a pas été cité est nul ; c'est ce qu'exprime la Constitution Bénédictine en ces mots : “ Que la personne de ce défenseur soit considérée comme partie nécessaire à la validité et à l'intégrité du procès ; et qu'il assiste toujours au procès. Tout ce qui s'y fera, sans qu'il y ait été cité et intimé, nous le déclarons nul, annulé, cassé et nous voulons qu'il soit tenu pour nul, cassé et annulé de la même manière que si la partie qui avait intérêt à être citée, et que d'après les dispositions des lois et des canons, il était, pour donner de la valeur au procès absolument nécessaire de citer ne l'avait pas été.” (1)

Nous venons de dire qu'après deux jugements conformes déclarant la nullité d'un mariage, les parties peuvent passer à d'autres noces. Cette faculté doit toujours être entendue dans sa subordination à la règle qui empêche les jugements en matière matrimoniale, de passer en force de chose jugée. Si quelque matière inconnue avant et lors du jugement est décou-

(1) *Defensoris hujusmode persona, tanquam pars necessaria ad iudicii validitatem et integritatem conseatur : semperque adsit in iudicio... Quæcumque vero, eo non legitime citato aut intimato, in iudicio peracta fuerint, nulla, irrita cassa declaramus, ac pro nullis cassis et irritis habere volumus, perindè ac si citata et intimata non esset ea pars, cujus citari interesset, et quam juxta legum et canonum præscripta, ad legitimam iudicii validitatem citari aut intimari omnino necessarium erat.*

verte, ce jugement peut être remis en question et subir l'épreuve d'un nouveau procès.

Une question a été soulevée sur l'application de la bulle *Dei miseratione* aux cas où l'invalidité d'un mariage est notoire, comme le cas du mariage d'un prêtre ou de deux personnes unies par les liens d'une parenté prohibée. Cette question a été controversée.

La question s'est soulevée devant la Sacrée Congrégation sur la supplique à elle faite en 1848, par l'évêque de Sonora, dans le Nouveau Mexique, demandant l'exemption de l'application de la Constitution Bénédictine, dans les causes de nullité notoire du mariage.

Le cas cité entre autres par l'évêque de Sonora, à l'appui de sa demande et pour faire voir les inconvénients résultant de l'application de la constitution, quand la nullité du mariage est flagrante et ne peut souffrir de contestation, était celui d'un religieux profès et sous-diacre détroqué, venant d'un pays voisin, qui s'était marié publiquement dans son diocèse. Le prélat alléguait que dans ce cas, malgré la nullité flagrante du mariage, la nécessité d'un double jugement avant de permettre à la partie avec laquelle ce religieux avait ainsi contracté un mariage nul, de se remarier, avait produit des conséquences regrettables pour les bonnes mœurs.

“ Si, disait-il, ” “ dans des cas semblables, toutes les prescriptions de la Bulle de Benoit XIV sont observées à la lettre, il en résultera un grand tort à l'utilité publique ; surtout à cause des délais d'un procès en première, seconde ou même en troisième instance, pendant lesquels, malgré un premier jugement en nullité, les gens ne se mettent pas en peine de contracter un second mariage et vivent dans l'incontinence. Comme il n'y a pas d'autre moyen pour éviter un mal semblable, je demande à la Sacrée Congrégation de déclarer que la constitution suscitée ne s'applique pas, si certains cas sont si notoires que nuls subterfuges ne puissent céler la nullité du mariage.”

La Sacrée Congrégation répondit *negative, et ad mentem*.

De cette réponse il appert, qu'en thèse générale, la Sacrée Congrégation exige l'application de la Constitution Bénédictine, même dans les cas de nullité notoire. Elle dispense cependant quelquefois, en égard à des circonstances particulières, et de l'accomplissement rigoureux des formalités que cette constitution exige. C'est ce qui est arrivé dans le cas même de l'évêque de Sonora, où à sa réponse négative, la Sacrée Congrégation ajouta la clause, *ad mentem*. Le résultat de sa délibération ultérieure fut de demander à Sa Sainteté " un indult, pour autoriser Monseigneur l'évêque de Sonora " à confier la seconde sentence conforme, à un évêque voisin, " vu l'éloignement du Métropolitain, ou bien de se réserver " cette seconde sentence, en se faisant assister de quelques prêtres, qui n'auraient pas pris part à la première sentence." (1)

Il est au demeurant, une autre considération qui exige l'application de la bulle *Dei miseratione*, à toutes les causes de nullité de mariage. Tout empêchement quelque évident qu'il soit, est fondé sur un fait qui peut être contesté et dont la preuve exige un débat judiciaire. Prenons par exemple l'empêchement de parenté illégitime en ligne directe. Le fait de la parenté sera l'élément contentieux de la question, qui, pour quelque claire qu'elle soit en droit, peut devenir obscure en fait, et cette obscurité peut donner lieu à un procès embarrassé et à une investigation difficile. Ainsi en est-il d'une foule de cas où la nullité notoire en apparence ne l'est pas en réalité.

La constitution *Dei miseratione* a-t-elle enlevé aux causes matrimoniales la forme sommaire de procéder, autorisée par la Clémentine *Dispendiosam* ?

Il est certain qu'avant cette constitution toutes les causes matrimoniales pouvaient être instruites et jugées dans la forme extraordinaire ou sommaire, *sine strepitu litis et figura judicii*. Nulle loi antérieure n'avait retranché cette forme, et il est également constant que la bulle *Dei miseratione* n'a affecté

(1) Ces détails sont empruntés à l'Abbé Bouix, qui les a consignés dans son traité *de judiciis*, pars. 2, cap. 3, sect. 3, tom. 2, page 441 et suiv.

parmi ces causes que celles qui sont mues sur la valeur ou la nullité du mariage. Il reste donc clair que les autres sont restées sujettes à la Clémentine *Dispendiosam*.

Quant à celles qui touchent à la validité du mariage, auxquelles est restreinte la bulle *Dei miseratione*, elle n'a certainement pas abrogé explicitement la Clémentine. Elle a bien introduit des formalités nouvelles et exigé des solennités inconnues jusque-là. Elle a même créé un office inusité, l'office de défenseur des mariages, et introduit une nouvelle règle dans les jugements, en exigeant plusieurs jugements conformes pour annuler un mariage, en refusant au premier jugement sa puissance exécutoire, et surtout en rendant nécessaires des appels qui aux termes du droit commun ne sont que facultatifs aux parties. Toutes choses qui semblent jurer avec la pratique par voie sommaire. Cependant comme toute loi pour perdre sa vigueur, doit être rapportée explicitement ou par implication et que dans ce dernier cas, pour prononcer cet effet révocatoire, il faut que les deux lois ne puissent concorder, et que la seconde exclut la première, la question est de savoir si la seconde pratique, répugne tellement à la première et lui est si incompatible que les formalités de la bulle ne puissent pas être mises à exécution, en procédant sommairement.

Remarquons d'abord que la constitution *Dei miseratione* est une loi extensive et non restrictive. Extensive en ce sens qu'elle ajoute des dispositions nouvelles à celles déjà existantes, et non restrictive en ce qu'elle ne retranche rien des lois anciennes et notamment de la Clémentine *Dispendiosam*.

Ce n'est pas non plus en son entier une loi de procédure ; elle n'a ce caractère que sur trois points, 1o. la création d'un office juridique, celui de défenseur du mariage, 2o. sa compétence dans les procès mus sur la valeur ou la nullité du mariage et 3o. l'obligation qui lui est imposée d'appeler en certains cas. Quant à la disposition principale de la constitution et pour l'exécution de laquelle le reste des dispositions semble avoir été établi, savoir qu'aucun mariage ne peut être déclaré nul

sans que sa nullité ait reçu l'épreuve de deux jugements contradictoires et sans avoir été déclaré par deux jugements, c'est plutôt une loi de fond que de forme qui ne regarde pas à proprement parler, la manière d'instruire la cause et de prononcer le jugement, mais plutôt les effets de ce jugement.

Voyons maintenant comment ces dispositions peuvent être mises à effet au moyen de la procédure sommaire en vigueur à l'époque où la constitution Bénédictine a été faite. Que l'on remarque d'abord, que l'appel comme la cause originaire peut être instruit sommairement. La Clémentine *Dispendiosam* en introduisant la procédure sommaire dans les causes matrimoniales, n'en a pas excepté l'appel. Or sur ce point qu'ordonne la bulle ? Elle ordonne un ou plusieurs appels. Dit-elle comment s'instruiront ces appels, et notamment fait-elle quelque innovation dans la manière dont ils seront instruits ? Aucunement ; la seule addition qu'elle fasse à cette instruction est la jonction du défenseur du mariage à la partie qui en soutient la validité. C'est une partie additionnelle ajoutée à l'instance en sus de celles que la loi y appelait déjà. Or on ne peut prétendre que la jonction à un procès d'une partie nouvelle change en aucune manière la procédure autorisée pour instruire ce procès. Et ce qu'on dit à cet égard de la procédure sur l'appel, on peut également le dire de la procédure originaire ou en première instance.

Quant à la commission du défenseur du mariage, elle doit sans doute être par écrit, ce qui d'ordinaire n'est pas nécessaire en matière sommaire, mais cette commission ne fait pas partie du procès proprement dit, pas plus que la commission de juge ou du promoteur ; et fut-elle essentielle à la procédure, qu'elle n'y figurerait que comme pièce d'instruction.

Pour ce qui est des actes que doit faire le défenseur du mariage pour remplir son office et la part qu'il doit prendre au procès, supposant que ces actes et cette participation dussent être faits et constatés par écrit, ce dont ne parle pas la constitution, mais que l'on peut raisonnablement inférer de l'en-

semble de la loi, le plus qui en résulterait, est que les procès seraient de forme plénière pour une partie et sommaire pour l'autre, c'est-à-dire que ce serait un procès de forme mixte, dans lequel loin de s'exclure les deux formes se concilient.

Concluons donc que la forme sommaire autorisée par la Clémentine n'a pas été abrogée par la constitution.

[ARTICLE 478.]

Ibid. l. 69. } Vel inutilium, alia summittere : ut post substituta, fiant propria fructuarii ; ne lucro ea res cedat domino. Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque, ex natura fructus, desinunt ejus esse. Nam alioquin quod nascitur, fructuarii est : et cum substituit, desinit ejus esse.

Ibid. l. 70. } §. 1. Interim tamen, quandiu summittantur, et suppleantur capita quæ demortua sunt, cujus sit fœtus, quæritur ? Et Julianus libro tricesimoquinto digestorum scribit, pendere eorum dominium : ut si summittantur, sint proprietarii : si non summittantur, fructuarii : quæ sententia vera est.

§. 2. Secundum quæ, si decesserit fœtus, periculum erit fructuarii, non proprietarii, et necesse habebit alios fœtus summittere. Undè Gaius Cassius libro octavo scribit, carnem fœtus demortui ad fructuarium pertinere.

§. 3. Sed quod dicitur, *debere eum summittere*, totiens verum est, quotiens gregis, vel armenti, vel equitii, id est, universitatis ususfructus legatus est : cæterum si singulorum capitum, nihil supplebit.

§. 4. Item, si fortè eo tempore quo fœtus editi sunt, nihil fuit quod summitti deberet, nunc et post editionem, utrum ex his quæ edentur, summittere debeat : an ex his quæ edita sunt, videndum est ? Puto autem verius, ea quæ pleno grege edita sunt, ad fructuarium pertinere ; sed posteriorem gregis casum nocere debere fructuario.

§. 5. Summittere autem facti est : et Julianus propriè dicit, dispertire et dividere, et divisionem quandam facere : quod dominum erit summissorum proprietarii.

* 5 *Pand. frs.*, } 59. La première disposition de cet article est p. 303. } une suite du même principe, que la chose est aux risques du propriétaire.

La seconde est puisée dans les Lois Romaines. La raison de différence est que l'usufruit n'est point établi sur chacune des

[ARTICLE 478.]

têtes qui composent le troupeau, mais sur la collection des individus. C'est l'usufruit d'un troupeau, et non de telles et telles bêtes. Quoique par succession de temps toutes ces bêtes puissent être changées, c'est cependant toujours le même troupeau.

L'usufruitier est tenu de remplacer non-seulement celles qui viennent à périr réellement, mais aussi celles qui deviennent inutiles par vieillesse, ou autrement. Les bêtes remplacées cessent d'appartenir au propriétaire qui acquiert celles qui leur ont été substituées, et les premières sont à la disposition de l'usufruitier.

Remarquez que l'usufruitier n'est obligé à ce remplacement, ainsi que le porte cet article, que sur le croît du troupeau, et jusqu'à concurrence seulement des têtes qui sont nées. Il n'est pas tenu d'en acheter pour faire ce remplacement, quand il n'y a pas eu de croît.

Accurse enseigne le contraire, mais c'est une erreur. Tous les textes portent *ex factu*. D'ailleurs, si l'avis d'Accurse était suivi, ce serait faire tourner contre l'usufruitier le droit d'usufruit établi en sa faveur ; ce qui est contraire au principe, que l'on ne doit point faire tourner au détriment des citoyens, les droits établis pour leur utilité.

Observez que si, lors du croît, il n'est besoin d'aucun remplacement, et que depuis il devient nécessaire dans un temps où il n'y a pas croît, l'usufruitier, doit faire ce remplacement jusqu'à concurrence du croît dont il a profité, soit de ses fonds, soit du croît qui arrivera postérieurement. Autrement il sera tenu de tenir compte au propriétaire des têtes qui se trouveront manquer, toujours jusqu'à concurrence du croît qui aura eu lieu.

60. La dernière obligation de l'usufruitier, dont le Code Civil ne parle point parce qu'elle est de droit naturel et indubitable, est celle de rendre la chose au propriétaire lorsque l'usufruit cesse.

De là il suit que l'usufruitier ne peut jamais prescrire la propriété de la chose soumise à l'usufruit, quelque temps

[ARTICLE 478.]

qu'ait duré sa jouissance. La raison est, non pas comme le dit Justinien, qu'il sait que la chose ne lui appartient pas, car la mauvaise foi n'est pas toujours un obstacle à la prescription ; mais qu'il ne la possède pas à titre de propriété, *animo domini*. Son titre et la cause de sa possession s'opposent à la prescription, *titulus perpetuo clamat*, comme le dit Dumoulin ; et dans un autre endroit, la possession se réfère toujours au titre, *ad primordium tituli posterior semper formatur eventus*.

De là il suit encore que l'usufruitier ne peut pas aliéner la chose dont il a l'usufruit. S'il le fait, le propriétaire peut revendiquer, tant que le tiers acquéreur n'a pas acquis la prescription. Il a aussi une action en dommages intérêts, et même en déchéance contre l'usufruitier.

61. Il nous reste à observer que l'usufruitier contracte toutes les obligations résultantes de l'usufruit, au moment où il l'accepte.

Point de doute qu'il ne soit obligé personnellement. Il nous paraît tout aussi évident qu'il l'est hypothécairement.

Cependant nous venons de voir un légataire en usufruit élever la prétention singulière que le propriétaire n'a point d'hypothèque sur ses biens personnels pour l'accomplissement de ses obligations.

Il ne peut y avoir de difficulté, lorsque l'usufruit est constitué par acte entre-vifs. Il produit nécessairement l'hypothèque sur les biens de l'usufruitier.

Quelle difficulté peut-il y avoir de plus, quand l'usufruit est légué par testament ? L'hypothèque ne résulte-t-elle pas indubitablement sur les biens de l'usufruitier, tant du testament même que du jugement, ou de l'acte qui a fait délivrance du legs ?

* 2 Boileux sur } Lorsque les animaux ont été considérés
art. 614 C. N. } *ut singuli* par l'acte constitutif d'usufruit, hypothèse prévue par l'article précédent, chacun d'eux étant l'objet d'un usufruit distinct, les jeunes têtes qui ont pu sur-

[ARTICLE 478.]

venir ne remplacent pas celles qui ont péri (Proudhon, No. 1088).— Les règles sont différentes lorsque le droit a pour objet un troupeau : la loi veut qu'une partie des produits serve à réparer les pertes, suivant l'adage que les fruits ne se considèrent que déduction faite des frais d'entretien : *Non sunt fructus nisi impensis deductis*. Il est, d'ailleurs, de toute justice que ce qui vient d'une chose serve à réparer le dommage que cette chose a éprouvé.

Lorsqu'un troupeau est sagement administré, tous les ans on doit vendre les bêtes âgées ou infirmes, et les remplacer ; mais l'usufruitier n'est soumis à ce remplacement que jusqu'à concurrence du croît : s'il n'y a pas de croît, il se trouve par conséquent dégagé de toute obligation.

Lorsque le troupeau sur lequel est établi l'usufruit périt entièrement sans la faute de l'usufruitier, l'usufruit s'éteint, puisque la chose n'existe plus ; mais la loi oblige l'usufruitier à rendre compte des cuirs ou de leur valeur, à moins qu'il n'ait pas été possible de les conserver : ne profitant de rien, il cesse alors d'être responsable.

Si le troupeau ne périt pas entièrement, ne restât-il que deux têtes (les auteurs du Code se sont écartés, sous ce rapport, des subtilités de la loi romaine), l'usufruit continue, car on conserve l'espoir que le troupeau se reconstituera : le droit de l'usufruitier, nous le répétons, porte sur une universalité, sur un objet unique et indivisible, et non sur tel animal pris individuellement.

Observons que l'obligation de remplacer les animaux n'a lieu que dans le cas où le nombre de têtes est certain : cette obligation n'existerait pas, si l'usufruit avait été constitué sans qu'on eût déterminé ce nombre, sauf la résolution pour abus de jouissance (618). (Toullier, No. 436.)

— Ces mots : *jusqu'à concurrence du croît*, ont fait naître la question de savoir si l'usufruitier doit remplacer les bêtes mortes, même avec les produits précédemment perçus, ou s'il ne doit suppléer à ces pertes qu'avec le croît à venir. Suivant quelques auteurs, il est tenu au remplacement, même sur ce

[ARTICLE 478.]

qu'il a perçu pendant que le troupeau était au complet (argument de l'article 1769 et des Fragments de Paul, l. 3, t. 6, § 20, *de legatis*) : l'article 616, disent-ils, est conçu en termes généraux ; il n'autorise nullement l'usufruitier à garder le croît antérieur à la perte. La distinction suivante nous paraît plus conforme aux principes et à l'équité. Le croît remplace les têtes mortes s'il se trouve encore en la possession de l'usufruitier à l'époque de l'événement ; mais s'il a été vendu ou donné, l'usufruitier est dispensé d'en tenir compte.—Le système contraire aurait des conséquences désastreuses, même pour le propriétaire ; car l'usufruitier serait intéressé à faire périr le peu d'animaux qui resteraient, afin de ne pas être obligé d'en racheter.—Ces mots : *jusqu'à concurrence du croît*, ont pour but unique de faire entendre que l'usufruitier ne peut disposer du croît avant que le troupeau ne soit redevenu au complet.—L'arg. tiré de l'art. 1769 n'a point de portée ; les règles du louage diffèrent essentiellement de celles de l'usufruit ; la position n'est plus la même : dans le cas de l'article 1769, il s'agit d'un fermier (véritable acheteur de fruits pour un temps déterminé) qui demande une remise du prix à raison du dommage qu'il a éprouvé, dommage qui ne peut s'estimer que par une balance avec les profits antérieurement faits au delà des prévisions.—Dans notre hypothèse, l'usufruitier, en qualité de propriétaire, subit sans recours tous les effets des bonnes ou mauvaises chances ; il est fondé à considérer comme sien, comme entré définitivement dans son domaine, le croît dont il a disposé ;—de même que les fruits naturels appartiennent à l'usufruitier dès qu'ils sont détachés du sol, de même le croît qu'il a vendu dans les conditions voulues par l'article 616 cesse d'être affecté au renouvellement du troupeau ; si un événement malheureux arrive, l'aliénation équivalant, pour les troupeaux, à une perception de fruits, quand il s'agit de la terre.—Un bon administrateur supplée aux têtes mortes par les produits actuels et postérieurs d'un troupeau ; mais on ne doit attendre que d'un propriétaire seul le sacrifice d'un capital pour reconstituer immédiatement ce

[ARTICLE 479.]

troupeau. La question nous paraît nettement tranchée en ce sens par la loi 70, ff., § 4, de usufructu..

L'usufruitier ne doit-il suppléer que les bêtes mortes ? doit-il remplacer celles qui seraient décrépites et cassées de vieillesse ?—Nous le pensons : ces animaux n'étant plus propres à la propagation, sont réellement perdus pour le service principal auquel ils étaient destinés ; mais l'usufruitier peut alors disposer des vieilles bêtes qu'il a fait remplacer.—Par cette raison on doit lui reconnaître le droit de s'approprier le cuir de ces animaux (Proudhon, No. 1094).

* *Toullier*, } Si le troupeau ne périt pas entièrement, l'usu-
p. 178. } fruitier est tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont péri. *Si decesserit fœtus periculum erit fructuarii, non proprietarii ; et necesse habebit alios fœtus submittere.* Leg. 70, § 2, ff. de usuf.

* C. N. 616.—Semblable au texte.

SECTION III.

Comment l'usufruit prend fin.

479. L'usufruit s'éteint par la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier, s'il est viager ;

Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ;

Par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'u-

SECTION III.

Of the termination of usufruct.

479. Usufruct ends by the natural or civil death of the usufructuary, if for life ;

By the expiration of the time for which it was granted ;

By the confusion or reunion in one person of the two qualities of usu-

[ARTICLE 479.]

susufruitier et de proprié- taire ;	fructuary and of pro- prietor ;
Par le non-usage du droit pendant trente ans, et par la prescription ac- quise par les tiers ;	By non-user of the right during thirty years, and by prescription acquired by third persons ;
Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usu- fruit est établi.	By the total loss of the thing on which the usu- fruit is established.

* ff. *Quibus modis* } Morte quoque amitti usumfructum, non
L. 3, § *ull.* } recipit dubitationem : cum jus fruendi
morte extinguitur : sicuti si quid aliud quod personæ cohæ-
ret. (ULPIANUS).

L. 17. Si tibi fundi ususfructus purè, proprietas autem sub
conditione Titio legata fuerit, pendente conditione, dominium
proprietatis adquisieris, deinde conditio extiterit, pleno jure
fundum Titius habebit : neque interest, quod, detracto usu-
fructu, proprietas legata sit : dum enim proprietatem adquisis-
ti, jus omne legati ususfructus amisisti. (JULIANUS).

L. 27. Si servus, in quo ususfructus alienus est, noxæ deda-
tur a domino proprietatis usufructuario : liber abitur, confusa
servitute, proprietatis comparatione. (PAULUS).

* ff. *De annuis* } In singulos annos relictum legatum simile
leg. l. 8. } est ususfructui, cum morte finiatur : sane ca-
pitis deminutione non finitur cum ususfructus finiatur, et
ususfructus ita legari potest, *Titio usumfructum fundi lego et
quotiescumque capite minutus erit, eundem usumfructum ei do.*
Illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cujuslibet
anni, si decesserit legatarius, ejus anni legatum heredi suo
relinquit : quod in usufructu non ita est : cum fructuarius,
etiam si maturis fructibus, nondum tamen perceptis, deces-
serit, heredi suo eos fructus non relinquet. (GAJUS).

[ARTICLE 479.]

* ff. *De capite minutis* } Legatum in annos singulos, vel men-
 l. 10. } ses singulos relictum, vel si habitatio
 legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis de-
 minutione tamen interveniente perseverat : videlicet, quia
 tale legatum in facto potius, quam in jure, consistit. (MO-
 DESTINUS).

* ff. *De usu* } L. 22.—*Patrimonii mei redditum omnibus annis,*
et usuf. } *uxori meæ dari volo.* Aristo respondit, ad here-
 dem uxoris non transire : quia aut usufructui simile esset,
 aut huic legato, *in annos singulos.* (ULPIANUS).

L. 29.— Si quis usumfructum legatum sibi, alii restituere
 rogatus sit, eumque in fundum induxerit fruendi causa : licet
 jure civili morte et capitis deminutione ex persona legatarii
 pereat usufructus, quod huic ipso jure acquisitus est : tamen
 Prætor jurisdictione sua id ajere debet, ut idem servetur, quod
 futurum esset, si ei, cui ex fideicommissio restitutus esset,
 legati jure acquisitus fuisse. (GAIUS).

* *Institut. De usuf.* } Finitur autem usufructus morte usu-
 § 3. } fructuarii, et duabus capitis diminutioni-
 bus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus :
 quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur usufruc-
 tus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur : (nam
 cedendo extraneo nihil ajitur) vel ex contrario, si usufruc-
 tuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio
 appellatur. Eo amplius constat si ædes incendio consumptæ
 fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint : extin-
 gui usumfructum, et ne areæ quidem usumfructum deberi.

* *Cod. De servit. et* } Sicut usumfructum, qui non utendo
aqua, l. 13. } per biennium in soli rebus, per annale
 autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebantur.

[ARTICLE 479].

tur, non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii et viginti annorum dedimus spatium : ita et in cæteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo omittantur, non biennio, (quia tantum modo soli rebus annexæ sunt) sed decennio contra præsentés, vel viginti spatio annorum contra absentes : ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, explosis differentiis.

* *Cod. De Præscrip.* } Sed si qua res, vel jus aliquod postule-
L. 3. } tur, vel persona quolicumque actione,
 vel persecutione pulsetur : nihilominus erit ajenti triginta
 annorum præscriptio metuenda.

* *Pothier, Vente,* } 549. Un usufruitier peut vendre aussi à
No. 549. } un tiers son droit d'usufruit : mais cette
 vente comprend plutôt l'émolument que peut produire le
 droit d'usufruit, que le droit en lui-même ; car ce droit étant
 un droit attaché à la personne de l'usufruitier, ne peut se
 céder.

Le droit d'usufruitier subsiste donc en la personne de l'usufruitier, nonobstant la vente qu'il en a faite ; l'acheteur n'acquiert que l'émolument de ce droit, et la faculté de percevoir les fruits à la place de l'usufruitier, tant que l'usufruit durera, en se chargeant de toutes les charges du dit usufruit, dont il doit acquitter l'usufruitier vendeur.

De là il suit que l'usufruit, quoique vendu, s'éteint par la mort de l'usufruitier qui l'a vendu.

Au contraire, la mort du cessionnaire n'éteint pas l'usufruit, et ses héritiers peuvent jouir, comme il aurait joui lui-même, pendant tout le temps de la vie de l'usufruitier qui a vendu l'usufruit.

Il suit encore de ces principes, que l'usufruitier n'est point, par la vente qu'il fait de son droit, déchargé, envers le pro-

[ARTICLE 479.]

priétaire, de l'obligation qu'il a contractée de laisser en bon état l'héritage dont il jouit en usufruit : c'est à sa succession que le propriétaire a droit de s'adresser pour la réparation de toutes les détériorations, quoiqu'elles aient été faites par le cessionnaire de l'usufruit, sauf à cette succession son recours contre ledit cessionnaire.

Au reste le propriétaire, *celeritate conjungendarum actionum*, peut aussi, si bon lui semble, *omisso circuito*, attaquer le cessionnaire.

* 6 Pothier, } 247. L'usufruit de la douairière s'éteint par
Douaire. } toutes les manières dont s'éteint celui de tous
 les autres usufruitiers.

1o. Il s'éteint par la mort naturelle de la douairière : *Finitur ususfructus morte usufructuarii* ; Instit. tit. de Usufr., § 4.

2o. Il s'éteint aussi par sa mort civile : *Finitur ususfructus duabus capitibus minutionibus, minimâ et mediâ* ; Ibid.

Il est étonnant que, contre ce texte formel et plusieurs autres, l'auteur du cinquième tome du *Journal des Audiences*, liv. 8, chap. 6, p. 594, ose mettre dans la bouche de M. de Lamouignon, avocat-général, que par les lois romaines l'usufruit, à la différence des autres servitudes personnelles, ne s'éteignait pas par la mort civile de l'usufruitier. Il est bien certain que ce savant magistrat n'a jamais dit pareille chose.

Si la douairière est condamnée à une peine capitale, telle qu'est celle du bannissement hors du royaume, son droit d'usufruit est éteint et se réunit à la propriété en même temps qu'elle perd la vie civile. Le seigneur confiscataire qui succède aux biens de la douairière, ne peut prétendre cet usufruit, qui est éteint, et qui ne se trouve plus dans les biens de la douairière.

Lorsque la douairière a été condamnée par contumace à une peine capitale, son état civil étant en ce cas en suspens, son droit d'usufruit doit pareillement être en suspens. Si elle meurt dans les cinq ans de l'exécution du jugement rendu par

[ARTICLE 479.]

contumace, quoique sans s'être représentée ; étant censée en ce cas n'avoir jamais perdu la vie civile, son droit d'usufruit est censé toujours subsister jusqu'à sa mort naturelle, et en conséquence tous les fruits perçus jusqu'à ce temps appartiendront à ses héritiers : au contraire si elle n'est morte qu'après les cinq ans depuis l'exécution du jugement rendu par contumace, sans avoir été arrêtée ni s'être représentée ; étant censée en ce cas avoir perdu la vie civile dès le jour de l'exécution du jugement par contumace, son droit d'usufruit sera pareillement censé éteint et réuni à la propriété dès ce jour, et tous les fruits perçus depuis sur les héritages sujets à cet usufruit, appartiendront au propriétaire.

Lorsque la douairière condamnée par contumace, a été arrêtée, ou s'est volontairement représentée, soit dans les cinq ans, soit après, tout l'effet de la contumace étant en ce cas détruit, le droit de l'usufruit de la douairière sera censé n'avoir reçu aucune atteinte.

248. 30. L'usufruit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, s'éteint par la remise qu'elle en fait au propriétaire.

Par le droit romain, cette remise se faisait par la cession *in jure* : *In Jure cessione amittitur ususfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit* ; Paul, *Sentent.*, lib. 3, tit. 8, § 35.

Notre droit français n'ayant pas adopté les formalités du droit romain, la douairière, de même que les autres usufruitiers, peut faire remise au propriétaire de son droit d'usufruit par une simple convention.

249. 40. L'usufruit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, et de même que tous autres droits de servitude, s'éteint *non utendo*, c'est-à-dire lorsque l'usufruitier ne fait aucun usage de son droit pendant un certain temps réglé par la loi : *Finitur ususfructus*, dit Justinien,..... *non utendo per modum et tempus* ; Instit. tit. de *Usufr.*, § 4.

Par notre droit, pour l'extinction du droit d'usufruit par le seul non-usage de l'usufruitier, il faut trente ans. Mais lors-

[ARTICLE 479.]

qu'un tiers détenteur de l'héritage chargé d'usufruit, l'a possédé comme franc de l'usufruit, dont il n'avait pas de connaissance, pendant dix ans entre présents, et pendant vingt ans entre absents, il acquiert, par cette possession de dix ou de vingt ans, l'affranchissement et l'extinction du droit d'usufruit dont l'héritage était chargé.

255. L'usufruit de la douairière, de même que celui de tous les autres usufruitiers, s'éteint par l'extinction de la chose, dont elle jouissait en usufruit : *Est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est* ; L. 2, ff. de Usufr.

Cela est sans difficulté lorsque la chose chargée d'usufruit est tellement éteinte qu'il n'en reste rien. Par exemple, si une douairière jouissait par usufruit d'un pré voisin d'une rivière, et que la rivière eût emporté tout le pré, il n'est pas douteux en ce cas que l'usufruit de cette douairière est éteint.

Dans notre droit français, on ne s'attache pas aux subtilités du droit romain ; et soit que l'usufruit soit d'une universalité de biens, soit qu'il soit l'usufruit spécial d'une certaine chose ; lorsque la chose chargée d'usufruit a changé de forme, et a été convertie en autre chose, on doit décider que l'usufruit n'est pas éteint, et qu'il doit subsister dans la chose en laquelle a été convertie celle qui a été chargée de l'usufruit.

C'est pourquoi, si l'on a donné à une femme pour son douaire conventionnel, l'usufruit d'une maison, si la maison vient à être incendiée par le feu du ciel, et que le propriétaire ne juge pas à propos de la rebâtir, la douairière doit jouir par usufruit de la place, et la louer comme elle pourra ; et elle doit pareillement jouir en usufruit du prix que seront vendus les matériaux qui en restent. Si au contraire le propriétaire rebâtit la maison, la douairière aura l'usufruit de la maison qui aura été rebâtie.

Par la même raison, lorsqu'on a donné à une femme, pour son douaire conventionnel, l'usufruit d'une certaine rente, et que le débiteur en fait le rachat ; quoique cette rente, dont la douairière avait l'usufruit, soit éteinte par le rachat qui en a été fait, l'usufruit de la douairière ne sera pour cela éteint ;

[ARTICLE 479.]

mais il sera transporté sur les deniers provenus du rachat, ou plutôt sur le remploi qui en sera fait en autres rentes ou héritages.

* 7 Pothier, *Don entre mari et femme.* } 253. Dans la coutume de Paris, et dans la plus grande partie des coutumes, l'usufruit du donataire mutuel ne s'éteint pas par son convol à un autre mariage, à moins que les parties n'eussent apposé à leur contrat de don mutuel une clause par laquelle il aurait été dit que le survivant ne jouirait que pendant le temps qu'il demeurerait en viduité.

On a fait la question de savoir si ces termes qui se trouvaient dans un contrat de don mutuel, *lequel don mutuel les parties se sont fait pour aider au survivant à vivre pendant sa viduité*, devaient être censés renfermer la clause que le survivant ne jouirait que pendant le temps qu'il demeurerait en viduité. Ferrière cite un arrêt du 19 avril 1640, qui a jugé que ces termes ne renfermaient point cette condition, et que le donataire mutuel devait, dans cette espèce, quoiqu'il eût convolé à de secondes noces, jouir du don mutuel jusqu'à sa mort. Cet arrêt a très-bien jugé. Ces termes ne présentent autre chose que l'énonciation de la cause impulsive qui a porté les parties à faire le don mutuel. Or c'est un principe à l'égard de toutes les dispositions, aussi bien à l'égard de celles qui sont entre-vifs, qu'à l'égard des testamentaires, que l'énonciation de la cause impulsive ne forme point une condition dans la disposition, et que la disposition en est indépendante : *Causa non cohæret legato*. C'est suivant ce principe qu'on décide que le legs fait à une fille *pour la marier*, et celui fait à un jeune homme *pour faire ses études en Sorbonne*, ne laissent pas d'être dus, quoique la fille ne se marie pas, et quoique le jeune homme ait pris un autre parti que celui des études.

[ARTICLE 479.]

* 17 *Guyot, Vo.* } La propriété ne serait qu'un vain nom et
Usufruit, p. 402. } qu'un droit illusoire, si elle était toujours
 séparée de l'usufruit ; les lois ont prévenu cet inconvénient,
 en attribuant à plusieurs causes l'effet de les réunir et de les
 consolider.

La première est la mort de l'usufruitier ; la seconde, la
 perte de la chose sujette à l'usufruit ; la troisième, la prescrip-
 tion ; la quatrième, l'abus que l'usufruitier fait des biens dont
 il a droit de jouir ; la cinquième, l'expiration du temps auquel
 le titre constitutif de l'usufruit en fixe la durée ; la sixième,
 la réunion qui se fait de la propriété dans la main de l'usu-
 fruitier.

Il est à remarquer que de ces six causes, la première est la
 seule qui puisse s'appliquer à l'usufruit des objets qui se con-
 somment par l'usage. Les lois 9 et 10, *D. de Usufructu earum
 rerum*, décident en effet qu'il ne peut jamais prendre fin que
 par la mort de l'usufruitier. C'est ce que porte aussi le § 2,
 aux *institutes de Usufructu*.

Voy. Serres, *Institutes*, cité sous art. 420.

* 2 *Boileux, sur* } —L'usufruit s'éteint de dix manières :
art. 617 C. N. } 1o. Par la mort naturelle de l'usufruitier :
 l'usufruit est un droit essentiellement personnel ; il peut finir
 avant la mort de l'usufruitier, mais il ne peut se prolonger
 au delà.

C'est au propriétaire à établir la preuve du décès de l'usu-
 fruitier (arg. de l'art. 1315).

Si l'usufruit a été constitué au profit de plusieurs personnes
 pour en jouir successivement l'une après l'autre, il reste sé-
 paré de la nue-propriété jusqu'à la mort de la dernière per-
 sonne (v. p. 704).

Les principes sur le droit d'accroissement entre colégataires
 de la propriété reçoivent leur application en matière d'usu-

[ARTICLE 479.]

fruit (1044, 1045 ; Dur., Nos. 496 et suiv. ; Proudhon, Nos. 554 et suiv.) (v. p. 706 et suiv.).

L'usufruit s'éteint également par la mort civile (*voy.* art. 26, 27 et 30 ; dans le même cas, au contraire, la rente viagère subsiste (1983), bien qu'elle ait cependant une grande affinité avec l'usufruit (1992).

On donne deux raisons de cette différence : l'usufruit étant presque toujours constitué à titre gratuit, on voit avec faveur son extinction.— Mais on a dû se montrer plus difficile pour anéantir la rente viagère, car elle est en général constituée à titre onéreux.—D'ailleurs le mot *viagère* indique suffisamment que les parties ont entendu limiter le droit à la vie naturelle du créancier, tandis que le mot *usufruit* ne comporte pas cette idée : si l'usufruitier rentre dans la vie civile (ce qui peut avoir lieu soit par l'effet de la clémence du chef de l'État, soit par un acquittement prononcé, en supposant une condamnation par contumace), l'usufruit ne renaît pas pour cela ; l'extinction est irrévocable ; la loi ne distingue pas.

Du reste, comme ce n'est qu'une question d'intention, nous pensons que l'usufruit subsisterait nonobstant la mort civile, si les parties avaient formellement manifesté leur volonté à cet égard (arg. de l'article 1982). Mais alors le droit profiterait aux héritiers jusqu'à la mort naturelle de leur auteur ; ce dernier pourrait seulement réclamer des aliments sur les biens soumis à l'usufruit (Dur., Nos. 651 et suivants ; Proudhon, Nos. 1976 et suivants).

Quelques jurisconsultes, il est vrai, rejettent cette modification : La règle, disent-ils, est générale ; on ne doit point argumenter de ce qui est établi sur la rente viagère, car cette rente n'est, de sa nature, qu'une créance, tandis que l'usufruit est une servitude personnelle.

Nous répondrons que l'existence du condamné est reconnue par la loi elle-même, puisqu'aux termes de l'article 25, il conserve le droit de réclamer des aliments : pourquoi donc ne pas se conformer à la volonté du constituant, s'il résulte de l'acte constitutif qu'il a entendu maintenir l'usufruit nonobs-

[ARTICLE 479.]

tant la mort civile de l'usufruitier ? Cette clause n'a rien de contraire à l'ordre public, puisque la loi elle-même consacre une disposition analogue : on peut certainement prévoir dans un acte des faits que le législateur a pris soin de régler.— Allons plus loin ; dès le moment où l'on reconnaît que l'usufruitier conserve la faculté d'exiger des secours alimentaires, n'est-il pas rationnel d'admettre qu'il peut, en stipulant un droit d'usufruit, prendre toutes mesures pour assurer la prestation de ces secours, et procurer à ses héritiers les moyens d'y satisfaire, en leur attribuant implicitement, dans la prévision de l'événement, les avantages attachés à l'usufruit ? Où seraient ses garanties si le droit devait nécessairement faire retour à la nue propriété ?

Lorsque le constituant a pris pour terme de la durée de l'usufruit la vie d'un tiers, il est bien certain que ce droit ne s'éteindra point par la mort civile encourue par ce tiers ; car le cas de mort naturelle seul a été pris en considération.

20. Par l'expiration du terme pour lequel l'usufruit a été accordé : par exemple, s'il a été légué pour vingt ans, il s'éteint à l'expiration de la vingtième année, au jour fixé, de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une demande judiciaire, puisqu'il n'a pas reçu d'existence pour un temps plus prolongé.

L'usufruit peut être constitué sous telle condition que l'on juge convenable : il cesse par l'événement de la condition, ou lorsqu'il est devenu certain que la condition ne s'accomplira pas (1177, 580).

Mais alors l'usufruit n'expire pas de plein droit, comme dans le cas où il est limité à un certain temps ; le propriétaire doit recourir à l'autorité du juge pour faire prononcer l'extinction, car elle nécessite une appréciation de circonstances ; il faut examiner si la condition est accomplie, si le fait prévu est arrivé (Proudhon, Nos. 2057 et suiv.).

Du reste, il est évident que ce droit finirait par la mort de l'usufruitier survenue avant le terme fixé ou avant l'événement de la condition ; car le terme ou la condition n'aurait pas pour but d'étendre, mais au contraire de restreindre la durée

[ARTICLE 479].

de l'usufruit. Les dispositions des art. 746, 748, 751 et 754 excluent d'ailleurs implicitement la supposition que l'usufruit puisse continuer après la mort de l'usufruitier.

30. Par la consolidation, etc. ; l'usufruit est considéré comme une servitude relativement à la chose sur laquelle il réside ; or, nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : *nemini res sua servit*.

Si les deux qualités de propriétaire et d'usufruitier ne se trouvaient réunies que sur une partie de la chose, le droit continuerait de subsister sur l'autre partie.

Cette cause d'extinction est restreinte au cas où il s'agit d'un usufruit proprement dit : quand le droit a pour objet des choses fongibles, il est évident qu'elle est inapplicable, puisqu'à l'instant les deux qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire se trouvent réunies.

En droit romain et dans notre ancien droit français, on entendait par *consolidation* la réunion qui s'opérait lorsque l'usufruitier avait acquis (à titre gratuit ou à titre onéreux) la nue propriété : *Si usufructuarius rei proprietatem acquisiverit* (Inst., l. 2, t. 4, § 4 ; Pothier, Douaire, No. 254).

Le Code désigne ainsi le fait de la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire, sans distinguer si c'est la nue propriété qui est venue se joindre à l'usufruit, ou l'usufruit qui s'est joint à la nue propriété.—Ce texte a été justement critiqué : en effet, s'il faut entendre par consolidation, même le cas où l'usufruit se réunit à la nue propriété, ce mot n'exprime plus qu'une cause générale d'extinction, se subdivisant en plusieurs espèces particulières : la disposition devient inutile ; il faut, par conséquent, pour lui donner un sens, revenir à la définition de la loi romaine.

Nous supposons que l'acquisition de la nue propriété est devenue incommutable entre les mains de l'usufruitier ; s'il est évincé par suite d'une action soit en résolution, soit en rescision, en d'autres termes, par une cause antérieure à la réunion qui s'est opérée : *ex causa antiqua et necessaria*, il recouvre son droit, puisque l'extinction n'a été que condition-

[ARTICLE 479.]

nelle, ou plutôt il se trouve replacé dans l'état où il était auparavant ; l'usufruit est censé avoir toujours duré. C'est ce que décidait Papinien (ff., l. 7, t. 1, 57) ; la résolution prouve que la consolidation ne s'est point accomplie. — Julien (ff. l. 6, t. 4, 17) décidait le contraire ; mais son opinion, repoussée par notre ancienne jurisprudence (Pothier, Douaire, No. 254), n'a point passé dans nos lois.

Inutile de dire que si l'usufruitier perd la nue propriété par une cause postérieure à l'acquisition (*ex novâ causâ*) ; par exemple, s'il aliène, ce ne sera pas le premier usufruit qui revivra, mais un nouveau droit qui prendra naissance. Pour que le premier usufruit soit censé avoir continué, il faut que la résolution ait lieu *ut ex tunc* ; il ne suffit pas qu'elle s'opère *ut ex nunc*.

Que deviennent, en cas de consolidation, les charges réelles consenties par le nu-propiétaire ? L'usufruitier se trouve dans la même position que tout autre acquéreur.

40. Par le non-usage du droit pendant trente ans : l'usufruitier est alors censé avoir renoncé à son droit. C'est là un terme déterminé pour la prescription de toutes les actions tant réelles que personnelles (2262).

La jouissance du fermier ou autre, qui posséderait au nom de l'usufruitier, conserverait l'usufruit. Le non-usage entraînerait l'extinction du droit (ff. l. 7, t. 17).

Remarquons surtout les termes de la loi. Elle ne dit pas que l'usufruit s'éteint par la prescription, mais qu'il s'éteint par le non-usage : en effet, il n'est pas nécessaire que le propriétaire fasse quelque chose pour que l'usufruit lui arrive ; il n'acquiert pas, le droit lui appartient ; il doit lui revenir après trente ans de non-usage ; la jouissance se réunirait de plein droit à la nue propriété, quand même le nu-propiétaire n'aurait pas pris possession : la loi voit ce retour avec faveur ; elle fait à l'affranchissement des charges qui grèvent la propriété, l'application des principes sur la prescription à l'effet de se libérer (2219).

50. Par la prescription : il s'agit ici de la prescription à l'effet

[ARTICLE 479.]

d'acquérir, laquelle s'opère par la possession continue pendant trente ans au détriment du propriétaire, et même par dix et vingt ans, en vertu de l'art. 2265, si le tiers possesseur qui s'est rendu acquéreur de l'héritage a en sa faveur juste titre et bonne foi : ce tiers prescrit alors contre l'usufruitier le droit d'usufruit, comme il prescrivait le domaine contre le propriétaire lui-même ; il a usucapé la franchise de l'immeuble (2265, 2266).

De quelle époque date le délai requis pour prescrire ? Est-ce à partir du dernier acte de perception, ou de l'époque à laquelle l'usufruitier a négligé de percevoir les fruits du fonds ? A partir du dernier acte de perception (Proudhon, No. 2121).

La disposition de notre article ne concerne que l'usufruit des immeubles ; à l'égard des meubles corporels, l'usufruit s'éteint dès que l'usufruitier a cessé de les posséder ; car, en fait de meubles, la possession vaut titre (2279).—Toutefois, s'il avait perdu la chose ou si elle lui avait été volée, son droit ne s'éteindrait que par trois ans (2279) : ce laps de temps est accordé au propriétaire pour revendiquer.

6o. Par la perte *totale* de la chose : s'il en reste une partie *homogène* qui puisse encore servir à l'usage auquel la chose était destinée, l'usufruit est maintenu sur cette partie : tel serait le cas où des bâtiments qui se trouvent sur un domaine tomberaient en ruine ; l'usufruit subsisterait sur les bâtiments encore existants, sur le terrain des bâtiments détruits, et même sur les matériaux ; la raison est que le droit ne porte point en ce cas sur chaque bâtiment en particulier, mais sur un objet unique, le domaine dans son ensemble ; or, la destruction des bâtimenis ne change pas la substance du domaine.—Si un bâtiment soumis à l'usufruit est détruit en partie, l'usufruitier jouit de ce qui reste ; mais son droit sur les parties détruites est irrévocablement anéanti ; il ne continue ni sur les matériaux ni sur le sol.

Quid si le bâtiment qui faisait partie d'un domaine a été reconstruit ? L'usufruitier en aura la jouissance pendant la durée de son droit.—Mais qui supportera les impenses ? Dis-

[ARTICLE 479.]

tinguons : le propriétaire ne peut rien exiger, si les reconstructions ont été faites par lui, sauf l'effet des arrangements particuliers.—Quant à l'usufruitier, si c'est lui qui a fait les travaux, sa position est celle d'un possesseur de mauvaise foi, ce qui donne lieu, lors de l'extinction de l'usufruit, à l'application de l'article 555, premier alinéa (*voy.* art. 599).

Quid si l'usufruit était établi spécialement sur le bâtiment détruit ? Ce droit, une fois éteint, ne peut revivre ;—s'il intervient une convention, un nouvel usufruit commence :—que la destruction ait eu lieu par cas fortuit ou par la faute de l'usufruitier, que le bâtiment ait été reconstruit par le propriétaire ou par l'usufruitier, cela importe peu : la loi ne distingue pas ; le principe est absolu (615, 616, 623, 624).

La perte est considérée comme *totale*, par cela seul que la substance de la chose est changée, encore qu'il en reste des débris, ou qu'une nouvelle chose ait été formée avec les matériaux provenant de la première ; par exemple, si une maison a été construite avec les matériaux provenant d'un édifice incendié.—La substance est changée, lorsque l'objet ne peut plus porter le nom qu'il avait lors de la constitution d'usufruit (*voyez* art. 624).—Lorsque la modification est profonde, lorsque le changement de forme équivaut à une destruction, par exemple, si un attelage de deux ou quatre chevaux, soumis à l'usufruit, est réduit à un cheval, si un troupeau est réduit à une seule bête, si un bois est transformé en terre labourable, etc., les tribunaux se détermineront par les circonstances.

Nous supposons, bien entendu, que le changement de forme doit être perpétuel : il n'est pas douteux que l'usufruit renaîtrait, ou plutôt serait censé avoir continué, si les choses revenaient à leur premier état avant l'expiration du temps requis pour la prescription par le non-usage (30 ans). Mais alors, objectera-t-on, autant vaut dire que l'extinction a lieu par le non-usage. La position est toute différente : le non-usage est facultatif ; il suppose une renonciation tacite : lorsque la substance change, il n'est plus libre à l'usufruitier de jouir ou de

[ARTICLE 479.]

ne pas jouir, le droit ne peut plus s'exercer ; la volonté fléchit devant un événement de force majeure. On comprend dès lors que cette cause d'extinction ait dû faire l'objet d'une disposition spéciale.— Telles étaient, au surplus, les règles de la loi romaine ; elles avaient passé dans notre ancienne jurisprudence. Il n'est pas présumable que les auteurs du Code aient entendu s'en écarter.

Ainsi, quand un étang est desséché, quand une pièce de terre est transformée en marais, quand un vignoble est converti en pâturage, un jardin en prairie, etc., il y a, dans tous ces cas, *mutatio rei*, partant, extinction de l'usufruit, si cet état de choses se prolonge pendant un espace de trente années.

L'usufruit établi sur une rente viagère s'éteint à la mort de la personne sur la tête de laquelle cette rente était constituée.

S'il a pour objet une créance, il s'éteint par la prescription de cette créance.—Si la créance avait été remboursée, l'usufruit se transformerait en un quasi-usufruit.

7o. Par l'expiration de trente années, si l'usufruit a été constitué au profit d'une communauté ou d'un établissement public (619).

8o. Par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance (618).

9o. Par la renonciation de l'usufruitier (622). La renonciation n'est pas une donation proprement dite, mais un simple abandon de la jouissance (621). Néanmoins, comme cet acte est une véritable aliénation, il faut, pour sa validité, que le renonçant ait le libre exercice de ses droits.—La renonciation peut avoir lieu sans le consentement et même malgré le propriétaire, car l'affranchissement du fonds n'est qu'un retour à l'ordre naturel des choses.

Il va de soi que le renonçant peut reprendre son droit tant que l'acceptation du propriétaire n'est pas intervenue.

La renonciation a lieu sous la réserve, comme de raison, de l'action en révocation ouverte aux créanciers, si elle est frauduleuse et préjudiciable à leurs droits ; la loi ne l'assujettit à aucune forme spéciale ; elle peut être tacite.

10o. Enfin, par la résolution du droit de celui qui l'a cons-

[ARTICLE 479].

titué (2125) : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* : si donc l'usufruit était constitué sur un immeuble donné, il s'éteindrait de plein droit par l'effet de la révocation de cette donation pour cause de survenance d'enfant (753 et suivants).

Les causes d'extinction que nous venons d'énumérer ne sont pas toutes applicables au *quasi-usufruit* ; rappelons-nous, en effet, que le quasi-usufruitier devient propriétaire des choses soumises à sa jouissance. Par conséquent on ne peut étendre à ce droit les causes d'extinction suivantes : la consolidation, la perte par le non-usage, la prescription, la perte de la chose, l'abus de la jouissance, enfin la résolution *ex tunc* du droit du constituant.

Quant aux autres causes d'extinction, savoir : la mort naturelle ou civile du quasi-usufruitier, l'expiration du terme convenu par les parties ou de celui que la loi détermine (quand il s'agit de l'usufruit légal), la renonciation, enfin l'accomplissement de la condition résolutoire, elles s'appliquent au quasi-usufruit comme à l'usufruit proprement dit.

* *Lacombe, Vo. Usuf.*, } *V. Desp. tom. 1, pag. 566 et suiv.*
p. 827 et s. } *Nota.* Afin que la propriété ne fût pas pour toujours inutile au propriétaire, il a été introduit que l'usufruit prendrait fin par divers moyens, et qu'après il retournerait au propriétaire, *i. 3, § 2, de usufr. et quemadm. § 1. Inst. de usufr. v. ne tamen.*

1. Il prend fin par le décès de l'usufruitier, *l. 3. § ult. quib. mod. usufr. amitt. l. 8, de ann. leg. l. 22. l. 29. de usu et usufr. §. 3. inst. de usufr. l. 3. l. 12. l. 14. l. 16. cod. de usufr.*

2. Ainsi quoique l'usufruit laissé à quelqu'un jusqu'à ce que le fils de celui qui constitue l'usufruit, ou autre, soit parvenu à certain âge, ne prenne pas fin par le décès de ce fils ou autre arrivé avant cet âge, *v. infr. n. 20*, néanmoins si l'usufruitier meurt avant que ce fils ou autre ait atteint cet âge l'usufruit est éteint, *tunc enim ad posteritatem ejus usumfruc-*

[ARTICLE 479.]

tum transmitti non est possibile, cum morte penitus usumfructum extinguere juris indubitate sit, dict. l. 12. cod. de usufr.

3. Quoique le testateur qui a légué l'usufruit, ait dit qu'il entendait, que de quelque sorte qu'il prit fin, il fût toujours dû à l'usufruitier, et que telle déclaration soutienne l'usufruit, *v. infr. n. 26.* néanmoins nonobstant cette déclaration, il prend fin par le décès de l'usufruitier, *dict. l. 5.*

4. Lorsque le testateur a légué à quelqu'un un fonds ou quelque'autre chose *detract. usufructu*, et a voulu que l'usufruit demeurât à l'héritier, il prendra fin par le décès du premier héritier, *l. 14. cod. de usufr.*

Car encore que régulièrement sous le nom *d'héritier*, soit compris non-seulement le premier héritier, mais aussi l'héritier de l'héritier, et tous autres successeurs, *l. 65. l. 170. de verb. sign. et dict. l. 14. C. de usufr.* néanmoins en ce cas pour ne pas rendre inutile à toujours le legs de la propriété, on a voulu que sous le nom *d'héritier*, le premier seulement fût entendu, et que par le décès du premier, l'usufruit prit fin, *dict. l. 14.*

5. Le legs que le testateur fait de l'usufruit dont il jouit est nul, *l. 4. §. 1. de leg. 1.* sinon que depuis il soit devenu propriétaire, *dict. §. 5.* et le legs ou constitution de l'usufruit fait à quelqu'un pour lui être donné lorsqu'il mourra, est inutile, *l. 51. de usufr. et quemad. l. 5. de usu et usufr.* quoiqu'en autre cas telle stipulation, *cummoriar*, soit valable, *l. 45. §. 1. de verb. oblig. et §. 15. inst. de inutil. stipul.*

6. Parce que le rasement entier d'une ville tient lieu de mort de cette ville, *l. 21. quib. mod. usufr.* l'usufruit laissé à une ville ou cité, prend fin par l'entier rasement de la ville, *dict. l. 21.*

7. L'usufruit laissé à un corps d'habitants ou à une communauté ne dure que 100 ans, *l. 56. de usufr. et quemad. l. 8. de usu et usufr. Quia is finis vitæ longævi hominis est, dict. l. 6. Nec obst. l. 68. v. sic denique*, où il est dit, *si Reipublicæ ususfructus legetur 30 ann. computatio sit* ; car ce n'est que pour la distraction de la calcidie, *v. dict. l. 68. v. solitum.*

[ARTICLE 479.]

8. Le legs annuel est semblable au legs d'usufruit, *l. 8. de ann. leg.* Il prend fin par le décès du légataire, *l. 10 de cap. minut. et dict. l. 8.*

9. L'usufruit prend fin par la mort civile de l'usufruitier, *l. 1. quib. mod. usufr. §. 2. inst. de usufr. l. pen. C. eod.* et l'usufruit est consolidé à la propriété et ne passe au fisc, Cuj. *ad l. 13. de his quib. ut indign.* Ferrer, Desp. page 566. col. 1. v. Confiscation, n. 10. v. Douaire, sect. 7. n. 4. cependant le legs annuel, ou de mois en mois, ne prend pas fin par la mort civile du légataire, *l. 10. de cap. minut. l. 8. de ann. leg. v. Accusation, n. 14. v. Bannissement, n. 2. ni le legs d'habitation, dict. l. 10. v. inst. n. 12.*

10. Quoique par le Droit du Dig. l'émancipé par son émancipation fût réduit à une servitude imaginaire, *l. 3. § 1. de cap. minut.* et que la servitude fût comparée à la mort, *l. 209. de reg. jur.* néanmoins l'usufruit ne prend pas fin par l'émancipation du fils de l'usufruitier, *l. pen. § ult. C. de usufr. §. 1. inst. de acquis. per adrog.* bien que le père ait l'usufruit sur les biens de son fils, *l. ult. C. de usufr. v. Puissance paternelle ;* mais il demeure au père, *dict. l. ult. contre le Droit du Dig. in l. 1. quib. mod. usufr. et alibi passim.*

11. L'usufruit ne s'éteint pas par la mort naturelle du propriétaire, *l. 3. C. de usufr.* Ainsi si celui qui a constitué un usufruit, est mort avant que de le donner, ses héritiers en sont tenus, *l. 5. § ult. de usufr. et quemadm.* Ni par sa mort civile, *v. Puissance paternelle, sect. 2. n. 1.*

12. Quoique la profession religieuse soit une espèce de mort civile, l'usufruit ne s'éteint que par la profession religieuse de l'usufruitier, Guyp. Ranch. Mayn. Desp. pag. 559. col. 1. contre Ferrer. Mais son héritier en jouit durant sa vie naturelle, Mayn. Duranty, Ar. 17 Juin 1559. Carrond. liv. 9. rép. 19. *arg. t. 35. de usu et usufr.* contre Ranch. et Guyp. *v. Douaire, sect. 7. n. 2 et suiv.*

13. L'usufruit ne prend fin par la mort du légataire de cet usufruit chargé de le rendre à un autre, *l. 29. de usu et usufr.* en ce cas, *id agere Prætor debet, ut ex fideicommissarii personâ*

[ARTICLE 479.]

magis. quàm ex legatarii, pereat ususfructus, l. 4. quib. mod. usufr.

14. L'usufruit s'éteint par la perte de la chose sur laquelle il est constitué, *l. 2. de usufr. et quemad. l. 5. §. 2. quib. mod. usufr. l. pen. C. de usufr. Est jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est. inst. de usufr. in princ.*

Nota. Pour éviter la confusion qui se trouve dans les Loix en ce point, pour en faire une juste application, il faut d'abord remarquer qu'il ne s'agit ici que de la constitution d'usufruit de corps certain, ou de chose particulière ; car en constitution générale de l'usufruit de tous les biens, la perte ou le changement de quelque chose particulière, ne pourrait pas donner lieu à l'extinction de l'usufruit de ce qui resterait, *v. l. 34. §. ult. de usufr. et quemad.* De même quand ce qui périt n'est que l'accessoire du fonds dont l'usufruit est légué, *v. ll. 8. 9 et 10. quib. mod. usufr.*

Ensuite il faut distinguer si l'usufruit de corps certain ou chose particulière a été constitué par acte entre-vifs, ou par testament, et si la perte ou le changement de la chose sur laquelle l'usufruit a été constitué, sont arrivés avant que l'usufruit ait été acquis à l'usufruitier.

Lorsque l'usufruit a été constitué par acte entre-vifs, alors étant acquis dès l'instant de l'acte, il ne peut être question en ce cas que de la perte ou du changement qui arrive en la chose depuis que l'usufruit a été acquis à l'usufruitier ; et il faut encore distinguer si cette perte ou ce changement sont arrivés par le fait du constituant, ou sans son fait : Si c'est par son fait, *v. supr. sect. 3*, si c'est sans son fait, il s'agit de savoir si cette perte ou ce changement opère l'extinction de l'usufruit acquis ; c'est ce qui sera ici discuté.

Et lorsque l'usufruit a été constitué par testament, il faut pareillement distinguer si la perte ou le changement sont arrivés avant le décès du testateur ou depuis : si c'est avant son décès, et par conséquent avant que le legs ait été acquis, en ce cas il s'agit de savoir si le legs est censé révoqué par cette perte ou ce changement, ainsi *v. supr. sect. 4. n. 22. v.*

[ARTICLE 479.]

Legs, part. 3. sect. 3. n. 24. v. aussi l. 10. §. 4. *quib. mod. ususfr. v. l. 12. eod. v. l. 10. §. 5. eod. v. dict. l. 10. §. 6 et 7. v. l. 5. §. 3. eod. l. 9. si servit. vindic. l. 211. de verb. signif. cum. l. 36. l. 71. de usufr. et quemad. l. 34. §. ult. eod. l. 5. §. 2. quib. mod. ususfr. et §. 3. v. eo amplius inst. de usufr. et il faut observer que toute perte et tout changement de la chose, qui opèrent l'extinction de l'usufruit après qu'il a été acquis, donnent aussi lieu à la révocation et ademption du legs d'usufruit avant qu'il ait été acquis ; mais toute perte et tout changement de la chose qui donnent lieu à la révocation du legs d'usufruit avant qu'il ait été acquis, n'opèrent pas l'extinction de l'usufruit après qu'il a été acquis.*

Si c'est après le décès du testateur et depuis que l'usufruit a été acquis à l'usufruitier, il faut aussi distinguer si la perte ou le changement sont arrivés par le fait du propriétaire, ou sans son fait ; au premier cas, v. *supr.* sect. 3. si c'est sans son fait, il s'agit de savoir si cette perte ou ce changement opèrent l'extinction de l'usufruit acquis ; c'est encore de quoi il s'agit ici.

Ainsi si la maison a été brûlée, ou que par tremblement de terre, ou par vétusté, elle soit tombée en ruine, l'usufruit est éteint, *dict. l. 5. §. 2. §. 3. v. eo amplius, inst. de usufr. et quemad. l. 5. §. quib. mod. ususfr. §. 3. inst. de usufr. Secus* si l'usufruit est de tous les biens, *dict. l. 34. §. ult. v. aussi l. 36. de usufr. et quemadm.*

Lorsque la bête dont quelqu'un a l'usufruit est morte, il est éteint ; et la chair ni la peau n'en appartiennent pas à l'usufruitier, il n'en a pas même l'usufruit, l. 30. *quib. mod. ususfr.* Et si c'est un troupeau, l'usufruit en est éteint, s'il est tellement diminué, que ce qui reste ne soit pas un troupeau, l. ult. *eod.* or pour faire un troupeau, il faut le nombre de dix, l. ult. *de abig. Acc. ad dict. l. ult. quib. mod. usufr.*

Si le fonds devient étang ou marais par inondation, l'usufruit prend fin, l. 10. §. 2. l. 23. et l. 24. *quib. mod. ususfr.* mais il revit, si l'eau se retire peu de temps après, *dict. l. 23. et l. 24. v. §. 24. inst. de rer. divis.*

[ARTICLE 479.]

Et tandis que les ennemis occupent le fonds, on perd l'usufruit, *l. 26. quib. mod. ususf.* mais on le recouvre, s'ils viennent à le quitter, *dict. l. 26.*

Et si depuis que l'usufruit d'une maison a été acquis à l'usufruitier, soit par la loi ou par donation, ou autre contrat, ou par le décès du testateur, elle est tombée, ou autrement périée, et que le propriétaire l'ait rebâtie, *v. supr. sect. 4. n. 22.* mais *v. Habitation, n. 4. v. Douaire, sect. 5. n. 1.*

15. L'usufruit prend fin, si l'usufruitier ne s'en sert pas pendant dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, *l. pen. C. de usur et fruit. l. pen. C. de servit. § 3, inst. de usufr.* ce qui a même lieu contre le fidéicommissaire à qui l'usufruit a été rendu, faute par lui d'en jouir, *l. 13 de ususfr. pet.* mais il ne perd pas son usufruit faute de jouissance par le grevé, *l. 29. § ult. quib. mod. ususf.*

Et l'usufruit prend fin, soit que l'usufruit ait été laissé d'un fonds entier, ou de partie divisé ou indivisé, *l. 25. quib. mod. ususfr.*

Or l'usufruitier jouit, non-seulement par lui-même, mais aussi lorsque quelqu'autre jouit en son nom : comme son acquéreur, fermier, donataire, agent, et celui qui tient de lui à titre précaire, *l. 12. §. 2. l. 38. de usufr. et quemadm.* pourvu qu'ils aient joui en son nom et non autrement ; ainsi si l'usufruitier loue au propriétaire le fonds dont il a l'usufruit, et que ce propriétaire vende le fonds sans réserve de l'usufruit, néanmoins quoique le propriétaire en paye le loyer à l'usufruitier, l'acquéreur prescrit contre lui par dix et vingt ans, parce qu'il jouit en son propre nom et non en celui de l'usufruitier, *l. 20. quib. mod. ususfr.* mais le propriétaire doit indemniser l'usufruitier, *dict. l. 29.* De même si le propriétaire a reloué en son nom le fonds à un autre, *dict. l. 29.*

Et bien que le vendeur de l'usufruit, le retienne toujours, encore que l'acquéreur n'en jouisse pas, *l. 38. de usufr. et quemad. Quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur, l. 39. eod.* Néanmoins le donateur ne le retient pas, si le donateur n'en jouit, *l. 40. eod.*

[ARTICLE 479.]

Même l'usufruitier qui a joui par lui-même, perd l'usufruit, s'il n'en a pas joui comme usufruitier, mais comme simple usager, ne croyant pas avoir l'usufruit, mais simplement l'usage, *l. 20. quib. mod. ususfr. Non enim ex eo quod habet utitur, sed ex eo quod putavit habere, dict. l. 20.* De sorte que encore qu'il en use ainsi, s'il sait qu'il a l'usufruit, il ne le perd pas, *dict. l. 20.*

La raison de ces décisions, est que *ususfructus extinguitur facile : nihil eo fragilius*, Godefr. *ad l. 10. §. 1. quib. mod. ususfr.*

16. La jouissance de la femme, ou de la famille de l'usufruitier absent, conserve son usufruit, *l. 22. quib. mod. ususfr.*

17. L'usufruit à prendre *alternis annis*, ne se perd faute d'en user, *l. 28. quib. mod. ususfr. Quia non usum sed plura legata sunt, dict. l. 28. et l. 13. de usu et usufr.*

18. L'usufruitier perd son usufruit, lorsqu'il abuse de la chose, *§. 8. inst. de usufr. et arg. l. 50 ad Trebell. Neque enim malitiis indulgendum est, l. 38. de rei vindic.* Ar. de Bourd. 18 Janvier 1521, contre un ayeul, et ordonne qu'il aura seulement ses aliments sur l'usufruit, Pap. liv. 14. tit. 2. art. 6. Corr. Mayn. Desp. *cod. ce qui a lieu, quoique l'usufruitier ait cautionné, Fab. C. lib. 3. tit. 23. def. 2. Ferrer. Desp. cod. Quia satisfactio propositum molevolum non mutat, sed diu grassandi in re familiari facultatem præstat, l. 6. de susp. tutor, et §. ult. inst. eod. Minus est habere, actionem quam rem, l. 204. de reg. jur. Melius est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare, l. 1. C. qu. lic. unic. sine jud. vindic.*

De même de l'usufruitier d'une maison qui n'y fait pas les réparations nécessaires, *l. 9. §. ult. de damn. infect.* s'entend de celles dont il est tenu, *v. supr. sect. 2. n. 11.* ou si la maison menaçant ruine, il refuse de donner caution aux voisins, *l. 9. §. ult. et l. 10. eod.*

19. L'usufruit laissé à certain temps, prend fin à l'échéance, quoique l'usufruitier n'en ait pas encore joui, *l. 6. de usu et usufr.* bien que par la faute de l'héritier, qui en ce cas en est responsable envers lui, *dict. l. 6.* même les fruits perçus par

[ARTICLE 479.]

l'usufruitier après cette échéance, doivent être rendus au propriétaire, *l. 5. C. de usufr.*

Et si l'usufruitier meurt avant cette échéance, l'usufruit est éteint, *v. supr. n. 2.*

20. Si l'usufruit est laissé à quelqu'un jusqu'à certain temps, ou jusqu'à ce que le fils du testateur ou autre soit parvenu à certain âge, quoique ce fils ou autre décède avant ce temps, ou cet âge, l'usufruit n'est pas éteint, mais dure jusqu'au temps prescrit par le testateur, *l. 12. C. de usufr. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula, dict. l. 12.*

21. Si l'usufruit a été laissé sous cette condition : *tant que mon fils sera en démence*, ou autre semblable, si le fils ou autre personne revient en son bon sens, ou que la condition arrive, l'usufruit est fini, *dict. l. 12.* et s'il décède, étant encore en démence, ou avant l'événement de la condition, l'usufruit ne s'éteint pas par son décès, mais dure jusqu'à la mort de l'usufruitier, ou que la condition vienne à manquer, *l. 32. §. 6. de usu et usufr. l. 12. § ult. C. de usufr.*

22. Le mari ayant légué un usufruit à sa femme jusqu'à ce qu'elle soit payée de sa dot, il lui est dû jusqu'au paiement, si elle n'est cause de ce qu'elle n'est pas payée, *l. 30. de usu et usufr.* et l'un des héritiers payant sa part, l'usufruit cesse à son égard, *dict. l. 30.*

23. L'usufruit prend fin par la consolidation, quand l'usufruitier acquiert la propriété, *§. 3. inst. de usufr. Nulli enim res sua servit. l. 26. de servit. præd. urban.*

Et quoique la propriété soit depuis ôtée à l'usufruitier par quelque cas fortuit, il ne recouvre pas son usufruit ; ainsi si l'usufruit d'un fonds a été légué à l'un purement, et la propriété sous condition à l'autre, l'usufruitier ayant acquis la propriété avant l'événement de la condition, si ensuite la condition arrive, le légataire de la nue propriété aura la pleine propriété, *l. 17 quib. mod. usufr.* parce que l'usufruitier en acquérant la propriété, a perdu le droit du legs d'usufruit, *dict. l. 17. Secus* si l'usufruit avait été laissé à quelqu'un pour en jouir un an, et l'autre non, *l. 34. de usufr. et quemadm.* parce

[ARTICLE 479.]

qu'en ce cas on présume qu'il y a divers legs, *l. 2. §. 1. quib. mod. usufr. Ut commemoratio temporum, repetitionis potestatem habeat, dict. §. 1. Cuj. ad dict. l. 34. Nec obst. l. 57. de usuf. et quemad.* parce que dans l'espèce de cette *l. 57.* le légataire de la propriété n'avait jamais été fait propriétaire du fonds, puisque le legs a été déclaré nul, comme au cas de la dite *l. 17. quib. mod. ususf. Cuj. ad dict. l. 57.*

24. L'usufruit prend fin, lorsque l'usufruitier remet son droit au propriétaire, §. 3. *inst. de usufr.* mais si la remise est en fraude de ses créanciers, ils la peuvent faire annuler, *l. 10. §. 15. de his qu. in fraud. cred.*

Et l'usufruitier est censé remettre son droit au propriétaire en consentant à la vente du fonds, *l. 4. §. 12. de dol. mal. et met. except.*

25. Le père est privé de l'usufruit des biens de ses enfants, lorsque le donateur l'a ainsi ordonné, *Nov. 117. cap. 1. Auth. excipitur. C. de bon. qu. lib. v. Puissance Paternelle, sect. 2. n. 1.* mais il faut que cette prohibition soit expresse, *dict. cap. 1. dict. auth. contre Boër. qu. 193. v. Pap. liv. 7. tit. 1. art. 5.*

Telle prohibition d'usufruit ne s'étend pas sur les biens du fidéicommiss dont le donateur était chargé, parce que la raison qui autorise cette prohibition, que le père pouvait laisser ses biens à des étrangers, cesse, *v. dict. cap. 1. et dict. auth.* Quand même le donateur aurait eu la faculté de le remettre à l'un des enfants d'un même père à son choix : *Nam enim facultas necessariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium est : quid est enim quod de suo videatur dedisse, qui quod reliquit, omnimodo reddere debuit, l. 67. §. 1. de leg. 2.* car le père aurait joui de cet usufruit, auquel de ses enfants qu'il eût été remis.

26. L'usufruit ne prend pas fin, si le testateur a dit qu'il voulait en quelque façon qu'il vint à se perdre, il fût dû, *l. 3. l. 5. quib. mod. ususfr. Secus* s'il prend fin par le décès, *v. supr. n. 3.* ou par la perte de la chose, *v. supr. n. 14.*

27. Il ne se perd pas aussi par mutation de propriétaire, *l. 19. quib. mod. ususfr. ni par la mort, v. supr. n. 11. ni par la*

[ARTICLE 479.]

prescription de la propriété survenue depuis la constitution de l'usufruit, l. 17 §. *pen. de usufr. et quemad.*

28. L'usufruit des choses qui se consomment par l'usage, ne peut jamais prendre fin que par la mort naturelle ou civile de l'usufruitier, l. 9. l. 10. *de usufr. ear. rer.* §. 2. *inst. de usufr.*

* 5 *Pandectes frs.* } 62. La première disposition de cet article,
p. 307. } puisée dans les Lois Romaines, ne donne lieu à aucune difficulté. L'usufruit est une servitude personnelle, attachée en conséquence à la personne qui a droit d'en jouir, et qui s'éteint avec elle.

L'usufruit cesse par la mort de l'usufruitier, quoiqu'il dût durer jusqu'à une époque qui n'est point encore arrivée lors de ce décès. Si, par exemple, l'usufruit avait été constitué pour exister jusqu'à ce qu'une personne indiquée eût atteint un âge désigné, il cesserait par la mort de l'usufruitier quoiqu'arrivée avant que la personne nommée fût parvenue à cet âge.

Quid, si un testateur a légué une chose à quelqu'un, en déclarant qu'il entendait que son héritier en conservât l'usufruit ?

Il faut décider que cet usufruit cesse par la mort de celui qui, au moment du décès du testateur, se trouvait être son héritier, quoiqu'il soit décédé peu de temps après.

De là il suit que le legs que ferait un testateur, de l'usufruit dont il jouit, est nul, et que de même le legs qu'il ferait d'un usufruit, pour n'être délivré au légataire qu'à sa mort, serait également nul.

Lorsqu'un usufruit est laissé à un corps collectif, ou à un collège, la suppression qui en est faite, équipolle à la mort, et l'usufruit est éteint.

Le legs fait à quelqu'un du revenu d'un bien, est une espèce d'usufruit qui cesse et s'éteint également par la mort du légataire.

[ARTICLE 479]

Il en est de même de tous les legs annuels, comme pensions alimentaires, et autres de la même nature.

Remarquez que l'usufruit ne s'éteint que par la mort de l'usufruitier lui-même, et non par le décès de la personne à laquelle il aurait loué, vendu ou cédé son droit.

Au contraire, la mort de ceux-ci ne fait pas même cesser l'usufruit. Elle ne fait pas même cesser l'effet du bail, de la vente, ou de la cession. Il passe à leurs héritiers qui continuent la jouissance pendant la vie de l'usufruitier.

63. L'usufruit finit également par la mort civile de l'usufruitier.

Ceci est encore conforme aux Lois romaines. Elles allaient même plus loin ; car, suivant leurs dispositions, tout changement d'état faisait cesser l'usufruit. Ainsi l'émancipation l'anéantissait, parce que, pour y parvenir, le fils de famille devait d'abord être réduit, au moins un instant, en esclavage. Cette règle ne fut changée que par le Droit impérial.

Ainsi toutes peines qui emportent la mort civile font cesser l'usufruit. Le condamné étant alors privé des droits civils, et regardé comme mort aux yeux de la Loi, ne peut plus jouir d'un droit qu'il ne tient que du Droit civil.

Il n'est pas nécessaire de dire que l'usufruit ne s'éteint pas par la mort, soit naturelle, soit civile du propriétaire. C'est une servitude attachée à la personne de celui à qui elle est due, et qui dure par conséquent autant qu'elle. Les changements arrivent dans la nue-propriété ne lui nuisent point.

C'est d'après ce principe qu'il a été jugé que les biens du fils de famille ayant été confisqués, le père devait continuer de jouir de l'usufruit qui lui appartenait.

64. L'usufruit, porte l'article, prend fin par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé.

On pouvait ajouter, ou par l'événement de la condition sous laquelle il a été constitué ; car on peut accorder un usufruit sous une condition résolutive, et lorsqu'elle arrive, l'usufruit finit

[ARTICLE 479.]

Il s'éteint par l'expiration du temps, ou par l'événement de la condition, quoique l'usufruitier n'ait pas encore joui. Cette extinction a lieu dans le cas même où la non jouissance proviendrait du fait de l'héritier. L'usufruitier a seulement contre lui une action en dommages intérêts. Si, après ce temps, il avait perçu les fruits, il serait contraint à les restituer.

L'usufruit peut être laissé à quelqu'un pour en jouir tant qu'une autre personne demeurera en fureur.

Si la fureur cesse, il n'est pas douteux que l'usufruit cesse avec elle.

Si l'usufruitier meurt avant la personne en fureur, il s'éteint encore, parce que tout usufruit finit avec la vie de l'usufruitier.

Mais si la personne furieuse meurt sans avoir recouvré la raison, quelle sera la durée de l'usufruit ?

Les Lois Romaines décident qu'il durera jusqu'à la mort de l'usufruitier, parce qu'il eût été possible que le furieux vécût jusqu'à cette époque, sans revenir en son bon sens ; qu'en conséquence la condition n'est point arrivée ; et que, comme l'usufruit se serait éteint par la mort de l'usufruitier arrivée avant celle du furieux, il est juste d'étendre l'usufruit à tout le temps de la vie du premier, puisqu'il aurait pu durer autant qu'elle.

Cette décision, ainsi que le portent les Lois que nous venons de citer, s'applique à tous les cas semblables.

L'usufruit laissé à une femme jusqu'à ce qu'elle soit remplie de sa dot, dure jusqu'à ce qu'elle soit entièrement satisfaite, tant en principaux qu'intérêts ; à moins que le défaut de paiement ne provienne de son propre fait. S'il y a plusieurs héritiers du mari, et que l'un d'eux ait payé ce qu'il doit de la dot, l'usufruit finit pour sa part.

65. La troisième disposition de notre article est encore d'une évidence sensible.

Toutes les fois qu'il y a consolidation, c'est-à-dire, réunion de la propriété à l'usufruit, soit sur la tête du propriétaire, soit sur celle de l'usufruitier, il n'y a plus d'usufruit, puisqu'il

[ARTICLE 479.]

ne peut se concevoir que séparé de la propriété ; puisque, d'un autre côté, l'usufruit est une servitude, et qu'on ne peut point en avoir sur sa propre chose. *Nemini res sua servit.*

La consolidation peut donc arriver de deux manières. De la part du propriétaire qui acquiert la jouissance ; et de la part de l'usufruitier qui acquiert la nue-propriété.

Dans l'un et l'autre cas l'usufruit s'éteint.

Si c'est l'usufruitier qui acquiert la nue-propriété, l'usufruit est tellement éteint que si postérieurement il perd la propriété, c'est la pleine propriété qu'il perd et l'usufruit ne revit point ; à moins que le titre d'acquisition ne soit résolu par une cause ancienne et inhérente au contrat, car alors l'usufruitier se trouvant n'avoir jamais été propriétaire, il n'y a point eu de consolidation, et l'usufruit continue.

66. Le propriétaire peut acquérir l'usufruit pendant la vie de l'usufruitier, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit ; soit expressément, soit tacitement.

A titre onéreux, par vente ou cession. A titre gratuit, par donation ou renonciation de la part de l'usufruitier.

Expressément, quand il intervient un acte entre le propriétaire et l'usufruitier : tacitement, quand celui-ci s'abstient de jouir pendant le temps nécessaire pour la prescription de son droit.

En effet l'usufruitier peut vendre, donner, céder, ou abandonner son droit au propriétaire ; et alors l'usufruit s'éteint en se réunissant à la propriété.

Il y a en cela une grande différence entre le propriétaire, et un tiers, autre que lui. Lorsque l'usufruitier vend, donne, ou cède son droit à un tiers, *nihil agit*, comme le dit Justinien ; c'est-à-dire, qu'il lui transfère bien le droit de jouir à sa place, mais non l'usufruit même, ou la servitude qui est attachée à sa personne. Ce tiers n'aura pas l'usufruit, mais seulement le droit de jouir tant que l'usufruit durera, ou, ce qui est la même chose, pendant la vie de l'usufruitier.

Au lieu que quand il vend, cède ou abandonne au proprié-

[ARTICLE 479.]

taire, c'est la servitude même qu'il lui abandonne, et par conséquent elle s'anéantit.

Les Lois Romaines mettent au nombre des cas où il y a abandon tacite de l'usufruit de la part de l'usufruitier, au profit du propriétaire, celui où il paraît à l'acte de vente que ce dernier fait du fonds dont il n'a que la nue-propriété.

Cette décision ne serait pas admise dans notre Droit. Par exemple, la présence de l'usufruitier comme témoin à l'acte de vente du fonds, faite par le propriétaire, ne serait pas regardée comme un abandon tacite du droit d'usufruit.

Dans tous les cas, les créanciers de l'usufruitier peuvent s'opposer à la cession, ou autres dispositions que l'usufruitier veut faire de son droit en fraude de leur droit.

67. Le Code Civil, par la quatrième disposition de l'article sur lequel nous écrivons, allonge le temps de la prescription qui s'acquerrait autrefois, et en vertu des Lois Romaines, par dix ans entre présens, et vingt ans entre absens.

On appelait présens ceux qui demeuraient dans la même province ; et absens, ceux qui demeuraient dans des provinces différentes.

Dans notre Jurisprudence, on regardait comme présens ceux qui avaient leur domicile dans le ressort du même Parlement, et comme absens, ceux qui étaient domiciliés dans différens ressorts.

On avait depuis appliqué ce principe aux ressorts des Tribunaux d'appel.

Ainsi lorsque l'usufruitier et le propriétaire demeuraient dans le ressort du même Parlement, le premier perdait son droit par dix ans de non jouissance : s'ils demeuraient dans différens ressorts, il fallait vingt ans.

Il s'ensuivait que le temps de la prescription pouvait être de vingt ans entre deux personnes très-voisines, si elles demeuraient sur les confins de deux ressorts, tandis qu'il n'était que de dix ans entre deux personnes très-éloignées, si elles demeuraient aux deux extrémités d'un même ressort très-étendu.

[ARTICLE 479.]

Maintenant, la règle sera uniforme ; et quelque part que soit situé le domicile des parties, le temps de la prescription sera de trente ans.

Au reste, cette règle ne change rien aux principes.

L'usufruit se perd par le non usage, soit qu'il ait été constitué sur un fonds entier, ou seulement sur une partie, soit que cette partie soit divisée ou indivise.

Mais on sait que nous possédons tant par nous-mêmes, que par ceux qui jouissent en notre nom. Si donc l'usufruitier n'use pas de son droit par lui-même, mais par le canal d'un tiers, comme un fermier, un locataire, un cessionnaire, il n'y a pas lieu à la prescription. Remarquez qu'il faut que ce tiers jouisse au nom de l'usufruitier ; car s'il jouissait en son nom personnel, et à un autre titre, ce ne serait plus l'usage de l'usufruitier, et la prescription s'accomplirait contre lui.

Il y a des personnes qui sont toujours censées jouir pour nous et en notre nom. Telles sont une femme, un mari, des enfans.

Ainsi, quoique l'usufruitier d'une maison en ait été absent pendant trente ans, si sa femme ou son mari, ou ses enfans y ont demeuré, l'ont louée, ou en ont autrement joui, l'usufruit ne s'éteint pas, parcequ'il n'y a pas de prescription.

Non seulement l'usufruit peut se perdre par le défaut d'usage, mais il peut aussi changer de nature par la qualité de la possession.

Si, par exemple, un usufruitier ne jouit que comme un simple usager ; l'usufruit sera par cette manière de jouir continué pendant le temps de la prescription, transformé en un simple droit d'usage.

68. Enfin l'usufruit s'éteint par la perte, l'extinction, ou la destruction de la chose qui y est assujétie.

Cette disposition puisée dans les Lois Romaines, est une suite nécessaire de la nature de ce droit, qui étant une servitude due par une chose, ne peut pas subsister sans cette chose. *Est jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.*

Si donc la maison dont j'ai l'usufruit est consumée par le

[ARTICLE 479.]

feu, renversée par un tremblement de terre, ou s'écroule de vétusté, l'usufruit cesse parce qu'il n'y a plus de maison sur laquelle je puisse exercer mon droit ; et je n'aurai pas même l'usufruit du sol sur lequel elle a été construite ; car ce n'est pas l'usufruit du terrain, mais de la maison qui m'a été donné.

Il en serait autrement si la maison n'était pas le seul objet de l'usufruit, mais qu'elle fit partie d'un fonds plus étendu, sur lequel cet usufruit serait établi. L'usufruitier, dans ce cas, conserverait l'usufruit du sol, parce que ce ne serait pas spécialement de la maison qu'il aurait l'usufruit.

C'est aussi ce qui résulte des termes de l'article du Code Civil, qui porte au §. 1^{er}, que nous discutons, que l'usufruit s'éteint par la perte *totale* de la chose. Or, lorsque la maison n'est qu'une partie du fonds soumis à l'usufruit, sa destruction n'opère pas la perte *totale* de la chose.

Lorsque la maison est l'objet unique et spécial de l'usufruit, il est irrévocablement éteint par sa destruction, en sorte que si le propriétaire la reconstruit, cette circonstance ne fera pas revivre l'usufruit.

Ceci n'a lieu, que quand la maison a péri et a été rebâtie entièrement. Si elle n'a été reconstruite que par partie, à mesure que chacune périssait, ou menaçait ruine, quand même il ne subsisterait plus rien de celle qui existait lorsque l'usufruit a été constitué, il continue, parce que c'est toujours la même maison. C'est ainsi qu'un vaisseau qui a été réparé tant de fois, qu'il n'existe plus une seule des planches qui sont entrées dans sa construction, est cependant toujours le même vaisseau.

La chose est encore regardée comme périée, lorsque, par un changement absolu de forme, elle devient autre chose que ce qu'elle était auparavant.

Si, par exemple, des vases dont l'usufruit était légué, sont réduits en masse, ou lingots ; ou que dans l'espèce contraire, on ait fait des vases avec les lingots dont l'usufruit était légué, avant l'ouverture du legs, il ne peut plus avoir lieu, parce

[ARTICLE 479.]

que la chose même dont l'usufruit était légué, ne subsiste plus.

De même si le fonds sujet à l'usufruit, vient à être inondé par un fleuve, ou par la mer, en sorte qu'il devient un étang, ou un marais ; l'usufruit cesse, parce que le fonds n'est plus celui sur lequel l'usufruit a été établi.

Cette décision ne s'applique point aux inondations passagères qui laissent les choses dans l'état où elles étaient, après la retraite des eaux.

Nous ne parlons, dans cette exception, que des inondations accidentelles et passagères ; car si le fonds était devenu le canal du fleuve, quoique par la suite il abandonnât ce nouveau lit, l'usufruit ne revivrait point.

La raison de différence est, que l'inondation passagère ne change pas la forme du fonds, au lieu que son occupation par le fleuve change, et sa forme, et même sa propriété.

De même encore, si le testateur qui a légué l'usufruit d'un bois taillis, le fait arracher et mettre le fonds en labour, l'usufruit est éteint, parce que le champ qui prend la place du bois taillis n'est plus la chose dont l'usufruit a été légué.

Il n'en est pas de même du changement de la nature de la culture : il n'anéantit pas l'usufruit. Si le champ dont l'usufruit a été légué, est mis en vigne, ou que la vigne qui y était, soit arrachée, pour mettre le terrain en labour, l'usufruit n'en aura pas moins lieu, parce que c'est toujours le même champ.

Faudrait-il décider la même chose, si le testateur ayant légué l'usufruit de ses vignes, les avait fait arracher ? Nous pensons que non, et que, dans ce cas, l'usufruit n'aurait pas lieu, parce que les vignes n'existeraient plus. C'est même ce qui résulte de la même Loi dont la fin est mise en opposition avec le commencement. En sorte que, dans l'esprit du jurisconsulte, c'est par l'intention manifestée du testateur, ou par l'objet principal du legs, qu'il faut se déterminer.

Que faut-il penser à l'égard de l'usufruit d'un troupeau ?

Les Lois Romaines décident que si le troupeau, par une maladie, ou autre accident, est réduit à un si petit nombre de

[ARTICLE 479.]

têtes, que ce ne soit plus un troupeau, l'usufruit cesse ; et que l'usufruitier ne peut pas même retenir les bêtes qui restent, parce que la chose qui faisait l'objet de l'usufruit n'existe plus, puisqu'il n'y a plus véritablement de troupeau.

Accurse dit, que s'il reste moins de dix bêtes, il n'y a plus de troupeau.

Faut-il encore suivre cette règle ?

Il est certain que l'objet de l'usufruit est un troupeau, et non quelques bêtes déterminées, d'où il paraît suivre, ainsi que l'ont décidé les Jurisconsultes Romains, que quand le troupeau n'existe plus, ce qui arrive quand il est réduit à sept ou huit têtes qui ne forment pas un troupeau, l'usufruit doit cesser.

Cependant, le Code Civil dit, *si le troupeau est ENTièrement détruit* ; or un troupeau dont il reste encore quelques bêtes, n'est pas entièrement détruit.

Nous pensons en conséquence que, suivant l'esprit de la Loi nouvelle, l'usufruit subsiste tant qu'il reste quelques têtes du troupeau ; qu'il ne s'éteint qu'avec la dernière ; et que les auteurs du Code Civil se sont, en cela, écartés un peu de la sévère exactitude des Lois Romaines.

* C. N. 617. } L'usufruit s'éteint,
 } Par la mort naturelle et par la mort civile de
 l'usufruitier ;

Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ;

Par la consolidation ou la réunion sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ;

Par le non usage du droit pendant trente ans ;

Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi.

[ARTICLE 480.]

480. L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien.

Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits ; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir.

Les tribunaux peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayants cause, une somme déterminée jusqu'à l'instant où l'usufruit devra cesser.

480. Usufruct may also cease by reason of the abuse the usufructuary makes of his enjoyment, either by committing waste on the property or by allowing it to depreciate for want of care.

The creditors of the usufructuary may intervene in contestations, for the preservation of their rights ; they may offer to repair the injury done and give security for the future.

The courts may, according to the gravity of the circumstances, either pronounce the absolute extinction of the usufruct, or only permit the entry of the proprietor into possession of the object charged with it, subject to the obligation of annually paying to the usufructuary or to his representatives a fixed sum, until the time when the usufruct shall cease.

* *Institutes, De usuf.* } Finitur autem ususfructus et non
 § 3. } utendo, per modum et tempus ; quæ
 omnia nostra statuit constitutio.

[ARTICLE 480.]

* 17 *Guyot, Vo. Usufruit,* } On conçoit naturellement qu'un
 p. 405. . } usufruitier qui, par esprit de dissi-
 pation ou par caprice, ose entreprendre de changer la nature
 des lieux, de démolir les édifices, d'imposer des servitudes,
 d'échauffer les terres pour en épuiser la fertilité, de dégrader
 les bois, en un mot, de ruiner le propriétaire, en tarissant
 pour l'avenir la source de ses revenus, mérite d'être déchu de
 son droit, ou du moins qu'on puisse lui ôter la faculté de
 jouir par ses propres mains, et le réduire à une pension repré-
 sentative de la valeur de son usufruit. En effet, demander
 qu'on lui conserve la jouissance en nature, c'est demander
 qu'on anéantisse le droit de propriété.

L'Usufruit, selon la définition que nous en avons donnée
 d'après la loi 1, D. *de Usufructu*, est le droit de jouir de la
 chose d'autrui sans en altérer la substance. Tous les devoirs
 de l'usufruitier sont renfermés dans ce seul mot, *salvâ rerum
 substantiâ* ; et s'il a l'imprudence de les enfreindre, dit le §. 3
 du même titre, aux Institutes, il perdra son droit d'Usufruit.

L'usufruitier, disent d'autres lois, doit gouverner les biens
 qui lui sont confiés avec la même sagesse que pourrait y ap-
 porter le propriétaire lui-même. Son administration doit res-
 sembler à celle d'un père de famille, même vigilant ; il doit
 faire tout ce que ce père de famille intéressé à conserver sa
 propriété, ferait dans sa maison.

Cette disposition des lois, consacrée par tous les principes,
 est encore étayée de l'opinion de tous les auteurs.

On voit dans Mornac, sur la loi 4, C. *de Usufructu*, que si
 une douairière abuse de son Usufruit, elle mérite d'en être
 privée. C'est aussi l'opinion de Bruneman, sur la même loi, et
 celle de Chopin, sur la coutume d'Anjou, livre 3, chapitre 3,
 titre 1.

M. le président Favre va encore plus loin ; car il dit que
 quand même l'usufruitier aurait donné caution, s'il abuse de
 son Usufruit, il faut le lui ôter. Rousseau de Lacombe ensei-
 gne la même doctrine, et la fonde sur des arguments tirés de

[ARTICLE 480].

la loi 6, D. *de suspectis tutoribus*, de la loi 204, D. *de regulis juris*, et de la loi, C. *quando liceat unicuique sine iudice*.

Cette loi a même été trouvée si sage, que les coutumes ont cru devoir l'adopter ; c'est ce qu'a fait celle de Bretagne, article 448.

Quelle que soit même la qualité de l'usufruitier, que ce soit un aïeul, que ce soit un père, on lui applique toujours les mêmes principes. On n'a pas en effet présumé assez avantageusement de la nature, pour croire qu'il n'arriverait jamais qu'un père dépouillât son fils ; il a donc fallu prévoir à regret cette circonstance, et la prévenir.

Boyer, décision 61, No. 16, dit expressément qu'on doit ôter au père l'administration des biens de son fils lorsqu'il les gouverne mal et qu'il les dissipe.

D'Argentré s'exprime à peu près dans les mêmes termes : *Qui usumfructum et administrationem bonorum filii habet si malè versetür in fruendo, administratio ei adimetur*.

Enfin Maynard, livre 8, chapitre 7, dit aussi que " s'il ap-
" pert de la dissipation des biens du fils de la part du père,
" comme mal sage, non ménager, peu caut et mal avisé, l'ad-
" ministration lui en sera ôtée, sauf à lui tant seulement ses
" alimens."

On ne trouve pas dans les livres beaucoup d'arrêts sur cette question. Il est rare que les usufruitiers soient assez *peu cauts et mal avisés*, comme dit Maynard, pour porter l'abus de leur jouissance jusqu'au point où les lois en marquent le terme. Il est encore plus rare que les pères soient assez *mal sages*, suivant l'expression du même auteur, pour dissiper le bien de leurs enfans de manière à s'en faire ôter l'administration. Cependant il a existé quelquefois de ces pères indiscrets, et il en existe encore aujourd'hui.

Maynard lui-même rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, qui ôta à un père dissipateur l'administration de son Usufruit.

Papon, livre 14, chapitre 6, nous apprend que " par arrêt de
" la cour de Bordeaux, donné le 18 janvier 1521, il fut jugé

[ARTICLE 480.]

“ pour Antoine de Hauterive contre son aïeul usufruituaire, et abusant d’aucuns biens adventifs dudit Antoine, que ledit aïeul était débouté de ladite administration et Usufruit des dits biens, *et de son offre de donner caution, sauf à lui le juste taux de ses alimens, selon son état.*”

Le même parlement vient de confirmer ces principes par un nouvel arrêt dont l’espèce mérite d’être connue : en voici le détail.

Le sieur de Barbuseau mourut en 1762, laissant des biens considérables, dont le sieur de Rayne, son petit-fils, devint l’héritier, et dont l’Usufruit avait été donné par son contrat de mariage à la dame de Barbuseau la veuve, aïeule de celui-ci.

Trois ans après, le tuteur du sieur de Rayne, alarmé de la dévastation que l’usufruitier se permettait dans les biens, et principalement dans les bois de haute-futaie, présente une requête aux juges d’Aillas et de Grignols, dans la juridiction desquels sont situés les fonds : il requiert leur transport sur les lieux, et les procès-verbaux, dressés contradictoirement, prouvent, entre autres dégradations, que la dame de Barbuseau a fait abattre trois cent cinquante-sept gros arbres, presque tous chênes.

Deux années s’écoulaient dans de nouvelles dévastations ; le tuteur du sieur de Rayne les fait encore une fois constater par des procès-verbaux qui prouvent que, dans la dernière année seulement, l’usufruitière avait fait abattre cent quatre-vingt-deux pieds d’arbres de haute-futaie, et qu’elle faisait couper en billons, pour bois de charonnage et de chauffage, tous ceux qui étaient les plus difficiles à vendre pour la construction.

Irritée par les remontrances de son petit-fils sur un désordre aussi criant, la dame de Barbuseau donne une requête au juge d’Aillas, par laquelle elle expose qu’elle a fait des réparations considérables ; que c’est à ces réparations qu’elle a employé une grande partie des arbres qu’elle a fait abattre, et que les autres étaient à demi-morts.

[ARTICLE 480.]

Elle ajoute que le tuteur du sieur de Rayne et le sieur de Rayne lui-même la troublent dans la possession de son Usufruit ; que celui-ci est venu sur les domaines, accompagné de gens armés de pistolets ; que l'autre a eu l'imprudence de l'y autoriser, et que lui-même il a traversé ses possessions à cheval. En conséquence, elle demande qu'il leur soit fait défense à tous deux d'oser la troubler à l'avenir dans sa jouissance, à peine de 1000 livres d'amende.

Le juge d'Aillas accueille cette requête, et rend un jugement conforme aux conclusions qui y sont prises. Sur la signification, le tuteur du sieur de Rayne en interjette appel au sénéchal de Castel-Jaloux, et demande que la dame de Barbuseau soit déclarée déchuë de son Usufruit, aux offres qu'il fait de lui payer annuellement une pension qui en représentera la valeur et en supportera toutes les charges.

La dame de Barbuseau continua à soutenir qu'elle avait employé une partie des arbres coupés à faire des réparations, et que c'était de l'aveu même du tuteur de son petit-fils qu'elle les avait fait abattre. Elle prétendit au surplus que le sénéchal ne pouvait la dépouiller de son Usufruit ; qu'il n'avait point le droit de prononcer sur cette question, et qu'il ne pouvait statuer que sur le bien ou mal jugé de la sentence.

Le sénéchal n'eut point égard aux défenses de la dame de Barbuseau. Il réforma cette sentence, en ce qu'elle avait jugé, par les défenses qu'elle contenait, que la dame de Barbuseau avait le droit de comprendre les grands arbres dans son Usufruit, à la charge par le tuteur du sieur de Rayne, suivant ses offres, de payer annuellement, à dire d'experts, une pension représentative de sa valeur, compensation faite des bonnes années avec les mauvaises, demeurant néanmoins cette pension grevée, au préjudice de la dame de Barbuseau, de toutes les charges de l'Usufruit, et affectée encore de toutes les actions réelles ou personnelles auxquelles la dame de Barbuseau était assujettie en sa qualité d'usufruitière, sans préjudice au tuteur du sieur de Rayne de ses droits et actions au sujet des dégradations commises.

[ARTICLE 480.]

La dame de Barbuseau interjeta appel de ce nouveau jugement au parlement de Bordeaux. Mais il fut confirmé tout d'une voix par arrêt du 30 août 1779, rendu sur les conclusions de M. de Saige, avocat-général.

* 5 *Pand. frs.*, } 69. Cette disposition est encore puisée dans
 p. 324. } les Lois Romaines. Elle est conforme aux principes du droit naturel, suivant lesquels celui qui ne remplit point ses obligations, doit être privé du droit dont elles sont la condition. Or la première et la principale obligation de l'usufruitier, est de conserver la chose dont il a droit de jouir. Donc, s'il la dégrade, ou la laisse périr, il doit en être privé.

Aussi cette règle a-t-elle toujours été observée, et le Code Civil, par cet article, consacre notre ancienne jurisprudence.

Cela a lieu, quoique l'usufruitier ait donné caution, parce qu'il est plus avantageux au propriétaire d'avoir sa chose en bon état, qu'une action en indemnité, lorsqu'elle est perdue.

Cela, ainsi que le porte cet article, a lieu, non-seulement pour les dégradations de fait, mais même pour la négligence à réparer, parce que l'un comme l'autre occasionne la destruction et la perte de la chose.

70. Ce que porte le §. premier de cet article, est une conséquence du principe que les créanciers peuvent faire révoquer les aliénations que leur débiteur fait en fraude de leur droit. Or, dans cette espèce, l'usufruitier aliène en se mettant, par sa conduite, dans le cas de perdre son droit.

D'un autre côté, comme on l'a remarqué lors des discussions au Conseil, la mauvaise administration de l'usufruitier ne peut pas être un sujet de bénéfice pour le propriétaire, au préjudice des créanciers de l'usufruitier. Les intérêts du propriétaire sont satisfaits et à couvert, quand sa chose est réparée, et que sa conservation est assurée.

Si donc les créanciers offrent de faire les réparations néces-

[ARTICLE 480.]

saires, et donnent sûreté pour l'avenir, ils peuvent obtenir la continuation de l'usufruit à leur profit.

Cependant la Loi ne dit pas impérieusement qu'ils l'obtiendront. On voit par le procès-verbal, qu'elle s'en rapporte à l'arbitrage du juge, et le laisse maître de juger suivant les circonstances. On a remarqué que l'usufruitier pourrait faire paraître de faux créanciers pour conserver son usufruit. On peut ajouter qu'il se peut que les créanciers n'offrent pas des sûretés suffisantes.

Observez qu'ils doivent intervenir dans la contestation qui s'élève entre le propriétaire et l'usufruitier. Le demandeur n'est point obligé de les appeler, et ils feraient inutilement des offres, après que la déchéance est définitivement prononcée.

Mais si l'usufruitier déclaré déchu de son usufruit par un jugement de première instance rendu sans ses créanciers, en interjette appel, ceux-ci peuvent intervenir sur l'appel.

71. L'usufruitier lui-même, sur la demande en déchéance formée contre lui, peut offrir de faire les réparations nécessaires, et de donner sûreté pour la conservation de la chose ; et il doit lui être accordé un délai pour remplir ces obligations.

S'il a été condamné en premier ressort, il peut faire les mêmes offres sur l'appel, et faire ainsi tomber le jugement de première instance.

72. Le troisième paragraphe laisse aux juges la plus grande attitude, et la faculté la plus entière de se déterminer d'après les circonstances.

En effet tout dépend, dans le cas où nous sommes, de la conduite de l'usufruitier et du motif qui en est le mobile, du plus ou moins d'étendue de ses facultés, de sa bonne ou de sa mauvaise foi. Ce qui est négligence chez un usufruitier, peut n'être qu'impuissance chez un autre. Tous ne doivent pas être traités avec la même sévérité.

[ARTICLE 480.]

Voy. *Pothier*, Douaire, No. 249 et *Lacombe*, Vo. Usufruit, No. 18, cités sous l'art. 479.

* 2 *Boileux sur* } L'usufruit n'est accordé que sous la condi-
art. 618 C. N. } tion, pour l'usufruitier, de jouir en bon père
 de famille ; aussi, la loi déclare-t-elle que l'extinction du droit
peut être prononcée, lorsque l'usufruitier commet sur le fonds
 des dégradations susceptibles d'en altérer la substance, ou
 lorsqu'il le laisse dépérir faute d'entretien.

La déchéance pour abus de jouissance n'a pas lieu de plein droit, il faut une décision judiciaire.

Les tribunaux ont un pouvoir absolu d'appréciation ; mais ils doivent en user avec d'autant plus de réserve que la mesure à prendre est plus rigoureuse.— Quelques actes d'imprudence ou de légèreté ne suffiraient point pour emporter déchéance ; il faut pour cela des faits de dol ou du moins des fautes graves.— Il s'agit d'une pure question de faits, le recours en cassation n'est pas ouvert.

Comme les créanciers ont l'exercice des droits et actions de leur débiteur (1196), la loi autorise ceux de l'usufruitier à intervenir dans l'instance, pour la conservation de leurs droits. Ils peuvent même empêcher l'extinction, en offrant la réparation du dommage et en présentant des garanties pour l'avenir ; par exemple, des cautions, des hypothèques : les priver de cette faculté, c'eût été faire peser sur eux une peine que la loi n'entend infliger qu'au débiteur.

Nous pensons que l'usufruitier lui-même serait admis à offrir les réparations et des garanties : les créanciers, en effet, ne viennent que comme exerçant les droits et actions de ce dernier, en vertu de l'article 1166, et non en vertu de l'art. 1167 ; car l'abus de la jouissance ne suppose pas nécessairement le cas de fraude.

Du reste, le tribunal a le droit, nonobstant l'intervention de l'usufruitier ou des créanciers, et les offres qui sont faites au nu-propriétaire, de prononcer, suivant la gravité des circons-

[ARTICLE 480.]

tances, ou l'extinction absolue de l'usufruit, ou la rentrée du propriétaire dans la jouissance, sous la condition de payer annuellement, soit à l'usufruitier, soit à ses ayants cause, une rente annuelle jusqu'au moment où l'usufruit aurait dû cesser. Le droit se trouve alors transformé en une rente temporaire (Fenet, page 201).

Nous pensons que le tribunal pourrait adopter en tout ou en partie les mesures autorisées par les art. 602 et 603, car il est revêtu ici d'un pouvoir discrétionnaire : le nu-propriétaire n'aurait pas à se plaindre, puisqu'on fera droit à sa demande ; les réclamations de l'usufruitier ne seraient pas mieux fondées, puisqu'il aurait pu être frappé de déchéance.

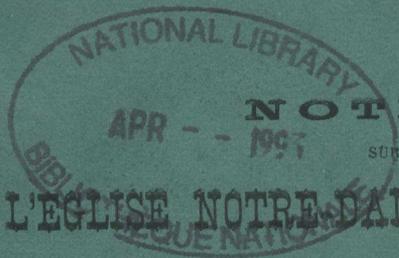
La loi n'établit pas d'exception à ces règles en faveur des père et mère : s'ils abusent de l'usufruit légal, l'extinction ou la modification de leur droit peut donc être ordonnée.

L'usufruitier doit restituer au propriétaire (le cas de perte excepté) les objets qui étaient soumis à son droit, avec leurs accessoires ; il ne peut réclamer d'indemnité ni pour les frais de labour et semences, ni pour les améliorations qu'il a faites (599).—Au contraire, il doit réparer tout le dommage qu'il a causé.

La déchéance pour abus de jouissance entraîne, comme toutes autres causes de résolution, l'anéantissement de tous les droits réels que l'usufruitier a consentis pendant sa jouissance ; c'est là une conséquence de cet axiome : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ; conséquence bien rigoureuse assurément dans notre espèce, mais qui n'est pas moins fondée sur les préceptes fondamentaux du droit (2125, 578, 118, 321, 184). Vainement opposerait-on qu'il s'agit ici, en réalité, de l'application d'une peine, et que les peines sont personnelles ; vainement invoquerait-on la règle de l'art. 958 : les ayants droit ont à s'imputer de ne pas être intervenus pour offrir la réparation du dommage causé et des garanties pour l'avenir.—Avant tout, il faut songer aux intérêts du propriétaire ; du reste, le juge a une entière latitude : il peut graduer ses décisions eu égard aux circonstances.

SOMMAIRE.

- I. DU MARIAGE ET DU DIVORCE B. A. T. DEMONTIGNY.
II. PROJET DE LOI L'HON. JUGE LORANGER.
III. COMMENTAIRE SUR LE CODE CIVIL, TITRE DU MA-
RIAGE L'HON. JUGE LORANGER.
IV. CONTINUATION DE LA BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL.... CHS. C. DE LORIMIER.



L'ÉGLISE NOTRE-DAME DE MONTREAL.

Sous ce titre a été dernièrement publiée, une élégante brochure, ornée de 18 gravures, et dont le produit est destiné à aider les œuvres religieuses et de charité entreprises, avec tant de zèle et de courage, par Mr le Curé Rousselot, entre autres L'ASYLE DES JEUNES AVEUGLES de la rue Ste Catherine et la SOCIÉTÉ DES JEUNES GENS de N.-D. des Anges, deux œuvres éminemment religieuses et patriotiques.

On trouvera dans cet ouvrage outre quelques souvenirs chers aux Canadiens, sur les premières Eglises paroissiales de Ville-Marie (Montréal), des descriptions sur tout ce que Notre-Dame présente de plus remarquable accompagnées de notes et citations très-instructives pour nous tous, car c'est presque un résumé de l'histoire de la religion.

En donnant les 25 cts. qu'il coûte, nous aiderons à soutenir nos jeunes gens dans la bonne voie, nous viendrons au secours de ces pauvres ENFANTS AVEUGLES, et par là nous répondrons à l'appel que nous a souvent fait en leur faveur ce digne Prêtre si ami de notre bien, et envers qui Montréal en particulier a contracté une si grande dette de reconnaissance. Empressons-nous donc d'acheter ce petit volume, dont le revenu sera si bien employé. Si nous préférons envoyer nos ordres à Mr Rousselot lui-même, inutile de dire qu'il les remplira avec bonheur.

A VENDRE (en français et en anglais), chez plusieurs libraires, au Bureau de la Fabrique, chez E. Senécal, No. 10, rue St Vincent, au parloir du Séminaire, etc., etc.

PRIX . . . 25 Cents.