

Vol. I.

AOUT 1879.

No. 7.

# LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

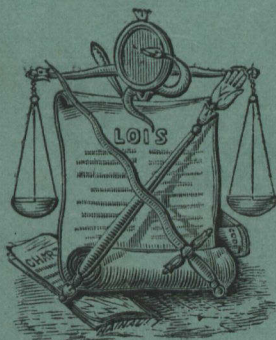
PUBLICATION MENSUELLE DE 128 PAGES PAR LIVRAISON.

RÉDIGÉE PAR

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

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

Tous droit de Traduction et de Reproduction réservés.



Montréal :

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

# LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

PARAIT CHAQUE MOIS PAR LIVRAISON DE 128 PAGES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Montréal, Février 1879.

EUSÈBE SENÉCAL,

Imprimeur-Éditeur,

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

## ERRATA.

---

Il s'est glissé dans la présente livraison de *La Thémis*, un nombre assez considérable d'erreurs typographiques et d'incorrections, pour que la Rédaction ait cru devoir joindre un *errata*, expédié à chaque abonné avec le présent numéro.

Dans le discours de l'Honorable T. J. J. Loranger sur la symbolique du droit.

A la page 194, ligne huitième, substituez

*Verse* des torrents de lumière,  
A *Répond* des torrents de lumière.  
Sur ses obscurs blasphémateurs !

Page 196, note 1, rectifiez ainsi la citation :

*Vox in Rama audita est, ploratus et ululatus multus : Rachel plorans filios suos, et nonnuit consolari, quia non sunt.* Math. II, 18.

Ces deux citations ont d'abord été faites de mémoire, avec intention de les vérifier avant la mise en page, mais par un malentendu commun dans les rapports d'auteur à imprimeur, le tirage était fait quand la vérification est parvenue à l'imprimerie.

Dans la continuation du Commentaire sur le titre du Mariage, de la page 289 à 336, corrigez comme suit les erreurs typographiques :

A la page 290. Sommaire du No. 282, ligne septième, lisez *discipline*, au lieu de *desdiscipline*.

A la page 292, à la troisième ligne, lisez mitiger et compenser *ces dépens*, au lieu de *les dépens*.

A la page 323, ligne 17, au lieu de *Titinus*, lisez *Tilius*.

A la page 329, ligne 7, lisez *graves* abus au lieu de *fraves* abus.

A la page 293. Dans la phrase inintelligible qui se lit comme suit, dans les lignes 27, 28 et 29 : L'article a refusé l'action contre les père et mère, *et là*, en bornant à eux son indemnité, accordée implicitement contre les autres opposants, retranchez l'accent grave sur *là* et transposez ce mot de façon à ce que la phrase se lise comme suit : L'article a refusé l'action contre les père et mère, et en bornant à eux son indemnité *l'a* accordée implicitement contre les autres opposants.

A la page 294, ligne 6. Au lieu de la phrase : Mais cette voie de dénonciation n'est pas la seule *et* la plus usitée ; lisez *ni* la plus usitée.

Même page, ligne 30. Au lieu de : cette opposition doit lui être *signifié*, lisez *signifiée*.

A la page 299, ligne 7, *in fine* au lieu de la non nullité *de* mariage, lisez *du* mariage.

A la page 316. Remplissez le blanc qui se trouve à la ligne 29 après No. par le chiffre 284.

A la même page, ligne 31, dans la phrase qui contient les mots suivants : tombent sous la rubrique générale de " *Interdit* ou Défense de l'Eglise, lisez de " *l'Interdit* ", et dans la ligne 36, à clause *irritanti*, substituez *irritante*.

A la page 324. Au mot *sollicitation* qui se trouve à la fin de la ligne 4, lisez *pollicitation*.

Même page. Au mot sans signification, *centem*, lisez *enim*.

*Nota.*—L'abonné est prié de conserver soigneusement cet *errata* avec la présente livraison.

# 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.

AOUT 1879.

No. 7.

## DISCOURS PRONONCE PAR L'HONORABLE T. J. J. LORANGER

DOCTEUR EN DROIT ET PROFESSEUR DE DROIT ADMINISTRATIF,

A LA SÉANCE UNIVERSITAIRE DU 30 JUIN 1879, TENUE  
AU CABINET DE LECTURE PAROISSIAL.

### SYMBOLIQUE DU DROIT.

La science du droit n'est pas ce qu'un vain peuple en pense. Pour les gens du monde, beaux esprits, on l'accorde, mais esprits préjugés ou légers, c'est une science de faux aloi, de formules ou de cautelles ; un procès est un dédale, où comme à la porte de l'enfer du Dante, le malheureux qui s'y engage, laisse l'espoir sans recouvrer son droit ; l'art de plaider est l'art de ruser et l'art de juger devient une routine.

Pour d'autres c'est pis encore.—Esprits étroits et chagrins, qui de toutes choses n'aperçoivent que les côtés sombres, qui voient tout en noir parce qu'ils ne regardent que dans la nuit, le droit n'apparaît que comme une injustice. Enfin si les hommes judicieux se résignent à le considérer comme une science utile, ils s'empressent d'ajouter que c'est une science fatalement nécessaire.

A ces diverses appréciations de la foule, la réponse serait facile, et sans louer le droit il serait facile de le venger. Mais tel n'est pas mon dessein. Il se venge lui-même ; car au milieu de ces plaisanteries plus ou moins attiques, de ces éloges circonspects et de ces reproches injustes,

Le dieu poursuivant sa carrière,  
Répand des torrents de lumière  
Sur ses obscurs blasphémateurs !

Quand l'occasion l'exige, la réserve a cependant des limites en dehors desquelles, l'abstention passerait pour une complicité, et le silence serait une défection ! D'autant plus qu'il est un reproche à l'égard duquel les hommes de loi eux-mêmes, égarés par l'erreur commune, partagent le préjugé. N'envisageant le droit que sous ses aspects pratiques, et dans ses rapports prosaïques avec les actes journaliers de la vie civile, il est resté pour eux une science de raisonnement et de déductions ; et s'il s'élève parfois aux hauteurs de la philosophie c'est dans le domaine de la morale qu'il borne son autorité. Les origines du droit n'ont pour eux aucun mystère, son exposition se fait sans symboles, et ses formules ne renferment point de poésie. C'est une étude aride et froide, sans vie, sans couleur et sans mouvement. Dans ses applications ils l'isolent de la vie intellectuelle des peuples, ils le dégagent des aspirations sublimes de l'humanité et le désintéressent de ses destinées providentielles. Limité aux besoins temporels de l'homme, le droit meurt avec lui et avec lui il ne revivra pas.

C'est ainsi que parlaient les Stoïciens de Rome, qui se couronnaient de fleurs aujourd'hui pour mourir demain. Mais ce n'est pas le langage des jurisconsultes chrétiens, pour qui le droit divin s'associe au droit humain pour enseigner le monde. Quand la loi des douze tables fut publiée par les décenvirs au forum romain, les dix tables de la loi avaient été depuis douze siècles promulguées au désert. Indigné des prévarications de son peuple, qu'en descendant de la Montagne il avait trouvé dansant à l'entour du veau d'or, Moïse les avait brisées ; mais touché de ses supplications Jehovah lui en

donna de nouvelles. Gravées en lettres d'or au cœur des Chrétiens, elles sont encore incrustées au frontispice de leurs temples et sur la pierre de leurs autels.

Il n'en fut pas ainsi des Douze tables. Irritée de la violence du Decemvir Appius Claudius, qui contre leur teneur avait fait traîner devant son tribunal et adjuger à son affranchi la fille du Centurion Virginius, la plèbe romaine ne les brisa point, mais elle les mit en désuétude. Depuis longtemps effacées par le temps, l'antiquité ne nous en a conservé que des fragments inintelligibles.

Fruit de la prévoyance humaine, les commandements divins ne les avait pas empreintes du sceau de leur perpétuité ; façonnées par l'homme, elles n'avaient pas été burinées au feu des éclairs du Mont Sinaï !

Elles ne furent cependant point perdues pour l'humanité. Adoucies par les préteurs, interprétées par les grands jurisconsultes de l'école classique du droit romain, modifiées par les Constitutions des Empereurs, elles étaient bien longtemps avant l'écroulement de l'Empire d'Occident, restées en germe dans les mœurs juridiques du peuple romain qui était alors le monde ; et le jour où les aigles romaines ayant jeté un cri d'effroi s'étaient envolées loin du capitol pour n'y plus revenir ; où les augures chassés de leurs temples ébranlés, avaient dans les convulsions d'une suprême agonie, poussé leur cri fatidique, " les Dieux s'en vont " ; où les statues des Empereurs Trajan et Antonin avaient été précipitées de leurs colonnes et remplacées par celles des apôtres Pierre et Paul, le jour enfin où Constantin arbora à la tête des armées le labarum glorieux, qu'orné de mots prophétiques il avait vu dans les airs en combattant Maxence sous les murs de Rome, ce jour là, les lois romaines dont la semence était enfouie dans les sillons oubliés du paganisme, réchauffées par le rayonnement des vérités évangéliques, donnèrent la moisson attendue, et peu de temps après le christianisme avait vaincu le paganisme ; il s'était rendu maître du monde.

Ce fut alors, que le droit chrétien devenu le droit canonique, vint s'unir au droit romain dont il avait emprunté la

forme et rajeuni les principes en les appliquant aux lois de l'Eglise, pour former le droit moderne, droit plein de mystère et de poésie, dont je vais, en peu de mots, vous esquisser la symbolique, pour faire suite à celle du droit romain. Le cadre étroit que je vais vous tracer renferme la peinture des coutumes juridiques des époques antiques des trois principales nations chrétiennes de l'Europe moderne, l'Italie, l'Allemagne et la France, et quelques traits de la biographie juridique de l'homme depuis sa naissance jusqu'à sa mort, en passant rapidement par l'exposition, le mariage, la propriété, l'Etat civil et la procédure. Quelque modeste que soit ce travail, s'il a l'effet de venger le droit du reproche de sécheresse et de prosaïsme qu'on lui adresse, je serai fier de ma tâche et ne regretterai pas le travail qu'elle m'a imposé.

Dans les mœurs barbares de l'antiquité, l'exposition des enfants était un fait universel dont la tradition, sinon l'histoire, nous a transmis le souvenir. Jeté nu sur la terre nue, abandonné sur les bords du Tibre, ou sur les rives du Pont Euxin, délaissé dans un berceau sur les eaux fangeuses du Nil, rebut de la nature, l'enfant naissant en était quelquefois adopté. Elle le berçait dans ses bras, la rude mère, l'endormait au bruit des vents du nord, des flots tumultueux de l'océan, le nourrissait de la moëlle des lions, du lait des louves, ou confiait son sort aux témoins de son infortune. Né des amours coupables d'une vestale, Romulus est allaité par une louve, et dix siècles auparavant, Moïse abandonné par sa mère, avait été recueilli par la fille de Pharaon.

Rapprochement saisissant.—Deux expositions, deux adoptions, dans la personne des fondateurs des deux peuples les plus fameux des temps antiques !

Mis aux pieds du père, l'enfant n'a pas droit à la vie tant qu'il n'en a pas été relevé ; tant que le père ne l'a pas pris dans ses bras, qu'il n'a pas communiqué avec lui sous la forme des aliments, qu'il n'a pas versé dans sa bouche une goutte de lait, approché de ses lèvres un rayon de miel ! Tel est le symbole primitif de l'initiation à la vie, de l'entrée dans la famille !

Mais grelottant sous la bise de la forêt, glacé par l'aquilon

venu des grandes mers, ou brûlé par le simoun du désert, le pauvre petit suppliant sera quelquefois dédaigné. Ce père qui repousse son enfant, qui ne veut pas le presser sur son cœur, qui lui refuse un berceau, c'est peut-être un de ces Thraces farouches qui pleuraient à la naissance des enfants et se réjouissaient à leur mort. C'est peut-être un stoïque Romain, qui plonge un glaive dans le sein de son fils, parce que pour vaincre il n'a pas attendu son ordre. Le patriotisme farouche de Rome antique en a fait un héros et l'Histoire un parricide !

Comme les Thraces, les Scandinaves ne s'attristaient pas à la naissance de l'enfant, mais mesurant sa douleur sur l'éclat de ses vagissements, " puisqu'il pleure ce nouveau-venu en " ce monde," se disaient-ils, " puisqu'il s'attriste de la lumière " et regrette la nuit d'où il est sorti, qu'il y rentre et qu'il " retourne à l'éternel sommeil."

C'est par les pleurs de l'enfant qu'on reconnaît qu'il a vécu. Héraut de la douleur, son premier cri est le signal de son entrée dans la vie, dont quelquefois on lui épargnait les angoisses, en le laissant froid et nu sur le sol, seul berceau de la petite créature, dont les langes sont les humides roseaux du fleuve et le chant qui l'endort, la grande voix du vent. Berceau devenu tombeau, langes devenus suaires, voix de la nature célébrant ces mystérieuses funérailles ! Quelle n'était cependant pas la douleur des pauvres mères ? Elles-mêmes ne pourraient la dire. Demandez-la aux échos de Rama, éveillés par les gémissements de Rachel qui leur demande ses enfants et qui ne veut pas être consolée parce qu'ils ne sont plus (1). Si je voulais peindre la suprême agonie d'un cœur maternel ulcéré, je dirais, si je l'osais : Demandez-le à la mère douloureuse, qui pleurait au pied de la croix, son fils suspendu pour les péchés du monde ! (2)

(1) Vox audita est in Rama, ululans et gemens multùm. Erat Rachel plorans filios suos et noluit consolari quia non sunt.

(2) Stabat Mater dolorosa,  
Juxta crucem lacrymosa,  
Dùm pendebat filius  
.....  
Pro peccatis suæ gentis...



L'idée de l'exposition des enfants, du fils déposé aux pieds du père et qui n'a la vie que quand il en a été relevé, qui n'entre dans la famille que quand le père communie avec lui par les aliments, est une idée commune à toutes les nations primitives et surtout aux peuples du nord. On en retrouve partout les traditions et les symboles.

L'église à son tour s'en est emparé, mais pour la spiritualiser, en la transformant au point de vue mystique de ses croyances.

Je ne parle pas ici de la vie matérielle des malheureux enfants abandonnés par leurs parents, exposés à la charité publique, que dès ses premiers âges, l'Eglise, dont le divin fondateur avait dit : " Laissez venir à moi les petits enfants," que l'Eglise, dis-je, a toujours sauvée ; de ces parias de naissance, déposés aux portes de ses temples, qu'elle a recueillis dans son sein, réchauffés sur son cœur, auxquels St. Vincent de Paule a ouvert des hospices et dont par l'adoption spirituelle elle est devenue la mère, par les aliments la nourrice, et l'institutrice par l'éducation. Je parle à un point de vue plus immatériel et plus élevé !

De même que le poëte romain, voit " dans l'enfant que les efforts de la nature viennent d'arracher au sein de sa mère, " qui remplit de ses vagissements lugubres le logis paternel, " qui gît nu sur le sol," un pauvre naufragé que l'onde amère vient de jeter à la côte (1), que le prud'homme Allemand a recueilli cet enfant qu'il a trouvé grelottant sous le vent du nord et qu'il l'a enveloppé de l'épaisse fourrure des bêtes de ses forêts, le prêtre chrétien a pitié de sa jeune âme abandonnée sans défense sur la mer orageuse de la vie et dans l'étroite cuve du baptême il lui donne un asile. Ainsi que le père l'a

(1) Tunc porro puor, ut sævis projectus ab undis  
Navita, nudus humi jacet, infans, indigus omni  
Vitai auxilio, cum primùm in luminis oras  
Nixibus ex alvo matris Natura profudit ;  
Vagitu que locum lugubris complet, ut æquum est,  
Cui tantùm in vita, restet transire malorum.

relevé froid et nu de la terre, l'Eglise elle, le relève de la tache originelle qui maculait son front en y faisant couler l'onde mystérieuse et régénératrice !

Dans les mœurs des payens du nord, quand l'enfant a goûté aux aliments sous la forme du lait et du miel, il ne peut plus être exposé. Il a fait son entrée dans la vie, il a communiqué avec la famille humaine. C'est son initiation dans la société civile. C'est un baptême, mais un baptême matériel. Chez les chrétiens c'est par le baptême spirituel qu'il entre dans la société des fidèles.

Dans le baptême chrétien, ce n'est plus par les aliments, le lait ni le miel, mais par le souffle divin, le signe de la croix, l'imposition des mains, les onctions de l'huile sainte, le sel et l'eau qu'il est initié, non plus à la vie du corps, mais à la vie de l'âme, ce n'est pas par le symbole mais par le sacrement, qu'il fait son entrée dans la famille chrétienne.

Dans le baptême chrétien l'idée de purification domine. Cette eau qui purifie tout, elle a été bénite, ce sel de la sagesse même, le prêtre l'exorcise, *exorciso te creatura salis*, etc. Il enveloppe la tête de l'enfant d'un voile blanc, met dans ses mains un cierge ardent, emblèmes de la foi brûlante qui doit l'animer et de l'innocence de la vie qu'il doit mener. Le baptême c'est donc encore une initiation à la vie morale.

Le baptême non-seulement fait entrer l'enfant dans la famille chrétienne, mais il a encore l'effet d'agrandir le cercle de la famille particulière du baptisé, en créant une parenté spirituelle non seulement entre ses parrain et marraine et lui-même, mais encore entre ces derniers et ses propres parents ; accident moral auquel on ne réfléchit guère, mais qui a pourtant une grande influence sur les relations domestiques.

Nous avons vu les Eglises devenues les asiles des enfants nouveaux-nés et les fonts baptismaux leurs lieux de refuge. Je trouve extraite d'un missel gothico-gallois, la belle formule suivante d'une bénédiction de ces fonts : " Debout, chers frères, au bord de la cristalline fontaine, amenez les hommes nouveaux qui, de la terre au rivage, viennent faire échange et commerce. Qu'ils naviguent ici, chacun battant la mer

“ nouvelle, non de la rame, mais de la croix ; non de la main  
 “ mais du sens ; non du bâton mais du sacrement (1). Le lieu  
 “ est petit, il est vrai, mais il est plein de grâce. Le Saint-  
 “ Esprit a été dirigé par un bon pilote. Prions donc, etc.”

L'auteur des Origines du Droit Français qui traduit cette formule, ajoute : “ Cette formule demi-barbare semble con-  
 “ server dans le christianisme le génie et l'inspiration aventu-  
 “ reuse des invasions maritimes.”

D'après les traditions antiques que nous ont laissées les peuples du nord, nous avons signalé l'idée symbolique du père qui lève son enfant de la terre où il est déposé, le prend dans ses bras, l'admet dans sa famille, qui sans cette étreinte paternelle lui aurait fermé son sein. Le christianisme n'est pas resté étranger à ce symbole, dont on trouve des vestiges dans son langage liturgique. Le parrain (*patrinus*) qui représente le père, et la marraine (*matrina*) y sont aussi désignés sous le nom de *levans*, *levantes*, celui qui lève ; le baptisé est lui-même appelé *levatus*, *le levé*. Le parrain et la marraine s'appellent encore *susceptor*, *susceptores*, celui qui reçoit, qui prend dans ses bras, et le filleul *susceptus*, celui qui est *reçu*, *pris* des bras d'un autre. Ces appellations viennent de la coutume suivie dans la cérémonie du baptême, après lequel les parrains et marraines lèvent des fonts baptismaux l'enfant qu'ils *reçoivent*, qu'ils *prennent* des mains du prêtre. *Mox Patrinus, vel Matrîna, vel uterque simul infantem de sacro Fonte levant, suscipientes illum de manu sacerdotis*, dit le Rituel Romain. Cette nécessité de la part des parrains et marraines de mettre au moins la main sur l'enfant, est si étroite, que d'après la disposition du droit canonique, s'ils ne le touchaient physiquement, le baptême ne produirait pas de parenté spirituelle.

Indice frappant de l'existence de la coutume antique et de sa perpétuation ! Autre preuve entre mille, que pas plus que la loi, le christianisme n'a aboli les traditions anciennes,

(1) Non virgâ sed cruce, non lactu sed sensû, non baculo sed sacramento.

qu'il est venu pour les perfectionner, mais en les spiritualisant !

L'initiation à la vie c'est le baptême ; la perpétuation de la famille, c'est le mariage ; communion de l'enfant avec la famille, communion des époux entre eux. Pas plus que l'enfant n'est fait pour vivre isolé de l'espèce humaine, l'homme n'est fait pour vivre seul. Pour ne pas parler de la naissance qui la commence ou de la mort qui la termine, le mariage est l'acte le plus important de la vie de l'homme. Aussi, est-ce à son occasion que les symboles se multiplient.

“ Dans les temps primitifs de la légalité, pour les Romains, “ peuple rude et sans poésie, l'idée abstraite du droit comme “ fait moral, dépouillé de sa puissance maternelle était incon- “ nue. Nation conquérante, ils n'appréciaient l'autorité du “ droit que comme fruit de la conquête, le résultat de la force “ brutale, et pour eux l'idée de contrainte légale était insépa- “ rable de celle de la domination et de sa manifestation phy- “ sique. C'est ainsi que pour eux un droit n'avait de “ valeur que par l'assujettissement du débiteur au créan- “ cier, et était privé du lien obligatoire s'il n'engageait sa “ personne à la prestation. La lance, instrument du combat, “ était à la fois le symbole et le signe matériel du droit de “ propriété et de l'autorité judiciaire. On faisait sous la lance, “ *sub hastá*, la vente publique qui s'appelait *subhastatio*, et une “ lance était perpétuellement dressée devant le tribunal des “ Centumvirs, en signe de leur puissance judiciaire. La vente “ ou prise de possession d'un objet mobilier de même que la “ capture de l'ennemi dans le combat s'appelait *mancipatio*. “ En un mot, le droit c'était la force.” (1)

C'est sous l'empire de ces principes à rude écorce, que se faisait le mariage à Rome, où le mari achetait sa femme. Le mariage s'appelait alors *coemptio* ; comme s'appelait l'achat de l'esclave, du bœuf ou de tout autre objet vénal ; il se nommait *usucapio*, quand le mari l'acquérait par la possession d'une année, sans que la femme eut découché trois fois du

(1) Commentaire sur le Code Civil du Bas-Canada, tome I, Introduction, page 45.

toit conjugal ; et enfin du nom patricien de *confarreatio*, quand le mariage se contractait sous le voile nuptial dont on couvrait la tête des époux, par le gâteau fait de fleur de froment, de sel et d'eau (encore la communion par les aliments) et que la fiancée apportait au mari et qu'elle mangeait avec lui.

Telles étaient les trois formes de mariage, parmi lesquelles celle de l'achat de la femme, forme d'ailleurs commune aux temps héroïques, était la plus fréquente.

Cependant le temps ayant adouci les mœurs, ayant créé des usages plus en harmonie avec la nature du mariage et les sentiments que la nature imprime au cœur de ceux qui le contractent, des formes plus gracieuses qui s'imposent d'elles mêmes aux peuples les moins délicats, s'étaient ajoutées à sa rudesse primitive. Mais elles n'étaient pas nécessaires à sa validité. " Les formes gracieuses et symboliques dont les anciens avaient entouré le mariage et dont la pompe augmentait avec la fortune des époux, n'étaient nullement exigées par les lois. Ainsi le *flammeum* qui voilait la fiancée, la quenouille, le fuseau, le fil qu'elle portait, sa marche vers la maison nuptiale, les tentures flottantes et les feuillages verts qui décoraient cette maison, les clefs qu'on lui remettait, les paroles consacrées, la réception par l'eau et le feu, et toutes ces allusions mythologiques dont nous trouvons les détails chez les poètes, quelquefois aussi chez les jurisconsultes, n'étaient pas plus nécessaires à la validité du mariage que ne le sont, de nos jours, le voile blanc qui cache les traits de la mariée, la couronne de fleurs d'oranger qui pare ses cheveux, la fête et le bal qui suivent son hyménée." (1)

Par le mariage, à Rome, de quelque manière qu'il se contractât, la femme tombait sous la puissance de son mari, et à plusieurs égards devenait sa propriété.

Il appartenait au christianisme, en élevant le mariage à la dignité de sacrement, de racheter la femme de cette dure servitude, d'en faire la compagne de son mari et non pas son

(1) Ortolan. Explication des Institutes, tome 2, page 81.

esclave, de l'associer à ses destinées (1), et de régénérer au fonds comme à la forme cette indissoluble union, la plus noble et la plus sublime de l'humanité.

La loi civile a toujours favorisé le mariage ; et le christianisme pourtant si favorable au célibat, l'a également honoré et a prononcé sur lui des paroles d'une incomparable grandeur. "Seule bénédiction qui n'ait été effacée par la peine du "péché originel ni emportée par le déluge." Ils seront deux en une même chair. *Erunt duo in carne unâ*, avait dit son divin instituteur. Ce sacrement est grand a prononcé après lui l'Apôtre, s'adressant aux Ephésiens. *Sacramentum hoc magnum est.* " Il faut, dit le prêtre aux époux, que vous écoutiez le Saint-

(1) César Cantu. Histoire Universelle, sixième époque, tome 5, page 133.

En même temps que l'espèce humaine se trouvait rendue à sa nature, la femme était sortie de l'outrageante nullité antique ; et elle était devenue l'égale de l'homme par son origine commune, quoiqu'elle lui restât soumise à cause de la différence de ses occupations et de sa destination. Marie, l'élue du Seigneur, sanctifiait son sexe ; des femmes pieuses s'étaient montrées au pied de la croix ; le Christ s'était entretenu avec elles, et leur avait pardonné leurs fautes. Des femmes suivaient les apôtres pour les servir, comme avaient fait pour J. C. Madeleine et les deux Maries. Il est souvent mention d'elles dans leurs épîtres, et elles y reçoivent le salut de paix. Elles sont admises dans les assemblées, où elles prennent part à l'instruction, au sacrifice, au ministère. Bientôt après furent instituées les diaconesses, qui devaient être veuves, âgées au moins de soixante ans, avoir allaité leurs enfants, exercé l'hospitalité, lavé les pieds des voyageurs, consolé les affligés, s'être toujours montrées chastes, sobres, fidèles. D'autres femmes s'empressaient de visiter les prisonniers, de porter en secret des messages ou le viatique, de distribuer aux malades les dons de cette pitié qui n'appartient qu'à leur sexe. On les voyait secourir des martyrs, baiser leurs blessures, leur présenter une goutte d'eau durant leurs souffrances, recueillir leur sang et leurs os, lorsqu'ils avaient rendu le dernier soupir. Puis elles se présentaient intrépides devant les tribunaux, défiant l'orgueil des juges et la cruauté ingénieuse des tyrans, confiant leur pure innocence à ce Dieu qui multipliait les miracles en leur faveur. Elles démentaient dans le martyre cette faiblesse dont notre insultante flatterie fait le doux attribut de leur sexe ; et, se mettant au niveau des hommes au milieu des supplices, elles méritaient de jouir des mêmes droits, préparant ainsi à la femme, au prix de leur propre sang, l'égalité qui lui était réservée dans des siècles de lumière.

“ Esprit, qui vous dira, que comme l'union de Jésus-Christ  
 “ avec l'Eglise est une source de sainteté pour tous les fidèles,  
 “ de même votre mariage, comme le signe et le sacrement de  
 “ cette union ineffable, doit être pour vous un principe de  
 “ sainteté qui se répande sur toute votre famille, et qu'il fasse  
 “ que ceux qui naîtront de vous soient plutôt les enfants de  
 “ Dieu que les vôtres ; formés et élevés pour l'héritage du  
 “ ciel plutôt que pour celui de la terre.” (1)

La loi a prévu la dissolution du mariage. Pour la religion, c'est un blasphème. L'amour, dit quelque part la Bible, est fort comme la mort. *Sic vivendum sic pereundum*, a dit le grand historien romain, Tacite.

Suivant le génie oriental de l'Inde, la mort de l'époux ne dissout pas le mariage. Il va aux sombres régions attendre celle de son épouse, qui est le sceau de leur union. L'Inde mêle ici la mort et la volupté. A l'épouse qui s'immole sur le bûcher de son mari, elle promet quatorze vies d'Indra, quatorze de ces longues vies comme vivent les dieux.

Le langage de l'Inde est plein de gracieuses images à l'adresse de la femme. “ Ne frappez pas une femme même avec une fleur, eût-elle commis cent fautes.”

“ Une mère est plus que mille pères, car elle porte et nourrit l'enfant dans son sein ; voilà pourquoi la mère est très-vénérable... Si la terre est adorée, une mère n'est-elle pas encore plus digne de vénération.”

Nous avons vu le mariage par achat, *coemptio*, le mariage dit mariage héroïque, par opposition au mariage par la *confarreatio*, dit mariage sacerdotal, en usage chez les peuples de l'Occident. Cet achat et cette vente constituaient une impiété dans l'Inde.

“ Un père qui connaît la loi ne doit pas recevoir le moindre  
 “ présent en mariant sa fille. Recevoir un tel présent par cupidité, c'est avoir vendu son enfant. Quelques habiles disent  
 “ que le présent d'une vache et d'un taureau, n'est qu'une gratification. Non, tout présent reçu par le père constitue une

(1) Rituel du Diocèse de Québec, publié en 1703, par Mgr. La Croix de St. Vallier, page 351

“ vente. Même dans les mondes antérieurs à celui-ci, nous n'avons pas crû qu'il y ait eu jamais telle vente d'une fille.”

Après le baptême et le mariage viennent l'adoption et la légitimation. Le baptême contient l'adoption de l'enfant par la société, le mariage sa légitimation devant Dieu.

D'après les lois de l'Inde, celui qui n'a pas d'enfants mâles, peut charger sa fille de lui élever un fils, en faisant une oblation au feu. Le fils *donné*, c'est le fils qu'un père et une mère donnent, en faisant une libation d'eau, à celui qui n'a pas de fils, l'enfant étant de la même classe et témoignant de la même affection.

Dans les vieilles coutumes des anglo-normands, l'adoption et la légitimation se font sous le manteau.

On appelait en France les enfants légitimés, enfants mis sous le manteau. Beaumanoir : “ Se il y avait plusieurs enfants néz avant que il l'espousast, et la mère et lé enfants à l'espouser étaient mis *Desous le Paile* en sainte église, si devenaient ils loyaux hoirs.”

Un poète du treizième siècle, dit : “ Par-dessous le mantiel de la mère, furent faits loyal cil trois frères.”

Le soulier était quelquefois substitué au manteau. Dans le vieux droit du nord, adopter se dit aussi : mettre sur les genoux. La femme entrait dans le soulier lorsqu'elle entrait en puissance. (1)

Mettre le pied, refuser de mettre le pied dans le soulier de son frère, avait chez les Hébreux une autre signification, ainsi qu'on le voit par les imprécations que d'après la loi du Deutéronome, la veuve prononçait contre le frère de son mari qui refusait de l'épouser et de susciter des enfants à son frère en Israël. Ce qui nous conduit à parler d'un trait particulier au mariage de ce peuple.

Deutéronome, chap. 25, v. 5. “ Lorsque deux frères demeurant 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 ; ”

(1) Origines du Droit Français, page 368.



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

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

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

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

10. “ Et sa maison sera appelée dans Israël, la maison du déchaussé ; ” (1)

On lit dans Paul Diacre : “ Le patrice Romain, Grégoire, fit périr par une ruse perfide, Jason et Cacon, les deux fils du duc de Frioul. Il promit à Jason de l'adopter en lui coupant la barbe selon la coutume. Jason vint avec son frère ne craignant rien de mal ; Grégoire pour accomplir son serment, se fit apporter la tête de Jason et lui coupa la barbe en effet.”

Alaric devint père de Clovis en lui coupant la barbe.

Grégoire de Tours raconte ainsi l'adoption de Childebert par le roi Gontran, son ayeul : “ Après cela le roi Gontran envoya vers Childebert, son petit-fils..... avec prière de le venir trouver. Celui-ci vint en effet, avec ses principaux chefs ; après qu'ils se furent embrassés, le roi Gontran parla ainsi : Voici que je suis resté sans enfants ; je demande donc que ce mien petit-fils devienne mon fils. Le plaçant alors sur son siège royal, il lui fit tradition de tout son royaume. Que même bouclier nous couvre, dit-il, que même lance nous défende. Le roi passa la lance qu'il tenait à son neveu, lui disant : A ce signe, bien aimé neveu, sache que tu me succéderas au trône.”

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

Il était, outre la parenté naturelle et la parenté spirituelle, de même qu'en sus de la parenté civile par adoption, une autre parenté, un autre mariage transfiguré par le christianisme, dans l'union toute spirituelle des prêtres et des vierges. Partout, à côté des couvents d'hommes, il y en avait de femmes. A Fontevault, une femme gouvernait les uns et les autres. Les religieuses voyaient les religieux, mais une fois. Elles les voyaient morts lorsqu'on les enterrait à visage découvert. On les portait alors au chœur des dames, qui leur chantaient les prières des morts et recommandaient leurs âmes.

Lorsque l'Archevêque de Rouen allait, pieds nus, prendre possession de la cathédrale, il passait devant l'Abbaye de Saint-Amand ; l'abbesse qui l'attendait sur la porte, lui mettait au doigt un anneau en disant aux moines de Saint-Ouen, qui l'amenaient, " je vous le donne vivant vous me le rendrez mort." (1)

Voilà les époux liés pour toujours ! Voilà la famille formée par le mariage et l'adoption. Il faut élever ces enfants nés de l'amour conjugal ou de la compassion des époux dont l'hymen n'a pas été fécond ou qui avec leurs enfants ont appelé au foyer domestique, l'orphelin délaissé ou le fils de l'étranger. Ce n'est pas à la vie mobile du pasteur, ni aux aventures incertaines de la chasse, que l'époux s'adressera pour satisfaire aux besoins des siens, c'est à l'agriculture. Le choix de la bonne terre, l'occupation du sol, voilà son premier souci, sa préoccupation principale !

Nous nous trouvons donc ici en face de la propriété et de ses modes symboliques d'acquisition.

Une Coutume Allemande se pose cette question. Quelle est la mesure du plus petit bien ? et elle répond : celle du berceau d'un enfant et du petit escabeau de la jeune fille qui le berce !

Ainsi, tandis que la loi romaine voit dans l'enfant la chose du père, que pour elle la famille n'est qu'une forme de la propriété, dans les vieilles idées de la Germanie, la famille est la cause génératrice de la propriété même. L'homme n'est plus possédé par la chose mais il la possède. Dans ce touchant

(1) Origines du Droit Français, page 397.

symbole, la société a ici pour base ce qu'il y a à la fois de plus fragile et de plus solide, un berceau. Un enfant qui pleure et une jeune fille qui chante !

De cette infantine poésie à la sublimité chrétienne, le passage serait facile. Quel est cet enfant qui pleure et cette jeune mère qui le berce ? D'où vient donc ce berceau dont le mouvement cadencé s'harmonise avec le chant de la berceuse ?

N'est-ce pas à un berceau que la société chrétienne fait remonter son origine ? Le christianisme n'a-t-il pas régénéré la propriété elle-même, en brisant les chaînes que lui avait imposées la force. N'a-t-il pas aimé la pauvreté et protégé *le petit bien* du pauvre ? N'a-t-il pas arraché à la propriété barbare du maître, l'esclave qu'il a racheté, soustrait à la puissance absolue du mari, la femme qu'il a affranchie ? M'élevant de cette simplicité légendaire de la vieille tradition allemande, aux aperçus sublimes de la poésie religieuse, je changerais si je l'osais, en un trône, cet escabeau que le vieux coutumier voit exposé au vent du nord ; ce berceau délaissé qu'il place au milieu de la forêt sombre, j'en ferais un autel. Autel où fut un jour immolé l'enfant, trône où siège aujourd'hui la mère. Vierge appelée à la maternité, mais à une maternité sans amour, vous dont les Sagas naifs de la Scandinavie font une sœur ! Je vous reconnais ! Vous êtes la mère d'un Dieu ! Et toi petit berceau, gracieuse image, divin symbole, longtemps abrité par le toit obscur d'un pauvre charpentier, qui te façonna des noirs sapins qui croissent aux flancs dénudés des montagnes de la Galilée, tu viens de Nazareth !

L'homme qui cherche à occuper la terre, la bonne terre qu'il veut cultiver, qu'il va arroser de ses sueurs, où il va établir ses dieux pénates et planter sa tente, où il trouvera des puits pour abreuver ses troupeaux, et des sources vives pour étancher la soif de ses longs jours d'été, le champ où sera son tombeau et celui de ses descendants, cet homme ne sera pas toujours conduit par l'observation du ciel, les accidents géographiques, ou les variations du climat, vers le sol le plus fécond, les plus gras pâturages ou la vallée la plus plantureuse. Il s'en remettra à son instinct, il s'en rapportera aux

dieux, aux chants des oiseaux et à la course des bêtes farouches qu'il suivra à la piste. Il s'arrêtera où elles se sont arrêtées, il creusera son premier sillon au lieu indiqué par l'oracle, il élèvera son toit à l'endroit où il aura entendu un chant prophétique.

C'est ainsi qu'on raconte que le bœuf, le loup et le pivert conduisirent les vieilles colonies italiques. La blanche laie trouvée sous un chêne avec ses trente petits, finit les longues courses d'Enée (1), et la louve allaita Romulus à l'endroit où fut Rome.

Dans les idées mythologiques des anciens temps, la place de l'homme, la vraie mesure de la propriété primitive, c'est ce qu'il peut couvrir de son corps, ou de la peau d'un bœuf. Mais cette peau il la dépèce en lanières, et il en fait l'enceinte d'une ville !

La *chevauchée* est aussi une mesure d'occupation. Les peuples septentrionaux donnent à un homme la terre dont il peut faire le tour en un jour, ou qu'il peut entourer d'un sillon. Clovis concède à un Evêque tout ce qu'il pourra *chevaucher* sur un âne, pendant que le roi fait son somme. Le saint homme fit tant et si bien, qu'on se crut obligé d'éveiller le roi. "Eveillez-vous seigneur", lui dit un courtisan, "il va chevaucher tout votre royaume."

Le roi avait tort, "Pendant que le seigneur dort, le vassal veille." Cette règle propre à la prescription en matière féodale, s'applique à tous les propriétaires et à tous les occupants. Il n'importe que le propriétaire soit un roi ou un seigneur et le possesseur un vilain. La loi qui courbe les plus hautes têtes pour élever les plus basses à leur niveau, ne fait pas d'acception de personnes, pour asseoir la propriété sur la prescription née de l'occupation.

L'occupation ou la possession engendre la prescription et la prescription engendre la propriété. La possession c'est donc, en droit naturel, le titre primordial à la propriété, comme

(1) Triginta Caputum fœtus enixa jacebit,

Alba, solo recubans, albi circum ubera nati.

Enéide, Liv. III, v. 392 et 393.

la terre en est le symbole. Les jurisconsultes parlent bien d'un acte translatif de la terre, un titre écrit, mais l'on conçoit facilement que ce second titre n'est qu'un titre secondaire, superposé par le temps au titre primitif opéré sans écriture, ayant son inception dans le fait de l'homme qui s'empare du sol et consommé par sa volonté (*affectu*) de le garder, d'en devenir le maître. Le titre écrit est bien venu s'ajouter à ce titre muet ; non cependant pour confirmer la propriété parfaite sans lui, mais pour la transmettre aux autres. Par sa possession le premier occupant de la terre en devient le propriétaire, et par l'écriture il le transmet aux autres. Posséder sans écrit et transmettre par l'écriture, voilà en théorie et en pratique, réduite à sa plus simple expression, l'idée de la propriété. Encore faut-il, aux termes du droit pur, que ce second titre écrit qui a été la création du droit civil, soit accompagné de la tradition matérielle de la chose, par la mise en possession de l'acquéreur. Telle est la notion du droit romain qui a duré aussi longtemps que ce droit lui-même. *Traditionibus non nudis pactis* (pacte, contrat, titre écrit) *dominia rerum transferuntur*.

Cette idée de l'occupation comme fait générateur du droit de propriété, était tellement familière à l'ancien droit romain, qu'il avait érigé en maxime la prescription par la possession annale, de toute chose mobilière et immobilière. Le droit nouveau avait sans doute étendu cette possession nécessaire pour engendrer l'*usucapio*, à dix, vingt et trente ans, mais l'avait conservée pour les choses mobilières, et pour certains autres objets. Nous avons vu l'habitation de la femme sous le toit du mari, pendant un an, engendrer le mariage par *usucapio*, ce qui, dans la rudesse primitive du droit, était l'application du principe à la possession annale de la femme par le mari.

Naturellement quand je parle de la transmission du sol de l'un à l'autre propriétaire, je ne parle pas du sol lui-même ou de l'immeuble transmis, puisque la terre elle-même n'appartient à personne en particulier, et qu'elle est en son entier, l'apanage commun de l'humanité, de tous les enfants des hommes,

*terram autem dedit filiis hominum* ; mais de la transmission du droit de jouir de certaine partie du sol, privativement et à l'exclusion de tous les autres et même d'en abuser (*jus utendi et abutendi*), ce qui forme le domaine éminent de la propriété, née de l'occupation, répétons-le une fois encore.

Le droit civil et le droit canonique sont d'accord sur les effets de l'occupation. Le droit canonique lui a même dans l'origine, accordé une faveur inconnue jusque-là au droit civil, en faisant produire à la possession annale une présomption de propriété, et en introduisant dans sa jurisprudence la maxime fameuse que celui qui a été dépouillé doit avant tout procès sur le droit de propriété, être réintégré dans sa possession. *Spoliatus ante omnia restituendus.*

Terre, occupation, tradition, voilà trois mots qui résument tout le droit de propriété et que l'on peut rendre par un seul, la terre ! Dans l'histoire du droit de propriété, la terre apparaît donc sous un double aperçu ; elle est à la fois l'objet du droit lui-même et celui des formules symboliques qui l'exprimaient. La terre c'est le symbole matériel de l'homme tout entier. Il fut fait du limon de la terre, il vit des fruits de la terre et la terre est sa sépulture.

Au moyen-âge il n'est point de terre qui ne soit assujettie à la puissance féodale, et ne reconnaisse la souveraineté d'un seigneur suzerain. *Nul seigneur sans terre, et nulle terre sans seigneur !* Cette maxime est le pivot sur lequel roule toute la société féodale. C'est sur les distinctions et les qualités de la terre qu'est fondée la distinction des castes. Tout homme qui possède une terre noble est noble lui-même et le possesseur d'une terre roturière ne peut être qu'un vilain. L'homme est tellement épris de l'orgueil de sa terre, qu'il ajoute à son nom patronymique le nom de sa terre, et qu'il en porte la couleur sur son écu. L'injure la plus grave que l'on puisse faire à un homme, du moyen-âge, est de l'appeler *un homme sans terre*. C'est de ce titre ironique que l'histoire a flétri un roi d'Angleterre.

Nul ne peut acquérir une terre sans en faire hommage à son suzerain. A cause de cette terre il lui jure fidélité. En signe

de cette foi et comme manifestation de cet hommage, il lui doit la *bouche* et les *mains*. La bouche qui jure et scelle son serment par un baiser. La main qui porte le glaive que non-seulement le vassal ne peut pas tirer contre son seigneur, mais qu'il doit consacrer à son service. C'est *un genou* en terre *sans épée et sans éperons*, que le vassal rend l'hommage et qu'il porte la foi. Signes humiliants peut-être, mais non encore dégradants, de l'infériorité du vassal envers son seigneur dominant.

Nous sommes encore au premier degré de l'échelle féodale ; les droits du fief dominant, c'est-à-dire du seigneur qui le possède, sont honorifiques, et les redevances de l'arrière fief non-seulement s'accomplissent sans bassesse, mais la vanité guerrière du temps peut même y trouver son compte, puisque ce sont des redevances militaires.

C'est au dernier degré de l'échelle qu'il faut descendre, pour trouver dans toute leur oppression, la nature des droits du vassal à son tour devenu seigneur, exercés sur le manant, et l'humiliation des formules qui les expriment. " Le seigneur " enferme les manants sous porte et gonds, du ciel à la terre " il possède tout... Il est seigneur dans tout le ressort, sur tête " et cou, vent ou prairie, tout est à lui, forêt chenue, oiseau " dans l'air, poisson dans l'eau, bête au buisson, cloche qui " coule, onde qui roule....."

Dure tyrannie sans doute, mais il y avait de plus dégradantes exigences. Une fille de dix-huit ans doit apporter au seigneur la corne de vin que lui doit son père.

Il était des droits plus humiliants qu'onéreux, il en était même d'illusoires, et ce sont cependant ceux-là qui ont laissé le plus de rancune dans le peuple et ont le plus soulevé les haines de l'histoire. Telle est la fameuse obligation de battre l'eau pour faire taire les grenouilles, et de faire la moue au château dont étaient chargés les gens de Roubaix. Un vassal Italien devait à son seigneur la fumée d'un chapon bouilli.

Figurons-nous la prestation de cette redevance. Le tenancier fait bouillir le chapon, dont il donne le fumet au

seigneur, et emporte chez lui la volaille, s'il ne la consomme sur place !

Ce qui nous conduit à dire que beaucoup de ces redevances étaient illusoires et n'étaient pas exécutées. Ce n'est pas que je croie avec Louis Veillot, qu'elles n'ont jamais eu d'existence légale, et qu'elles aient été imaginées par les ennemis de la féodalité pour en grossir les injustices. On ne peut jusqu'à ce point supposer l'imposture des auteurs, et pour l'admettre, il faudrait aussi admettre la complicité de l'histoire. D'ailleurs, l'oppression du système était si grande qu'il aurait devancé les exagérations de ses détracteurs. Mais écrites dans le contrat d'accensement, tout en existant comme *droit*, ces redevances dérisoires n'ont jamais eu d'exécution *en fait*. Imaginez par exemple, cent paysans battant la nuit, l'eau des étangs en criant, du haut de leur gosier !

*Ra, ra, ra, pa, pa, pa*

*Dieu gare Monseigneur que voilà... (1)*

et cela pour étouffer les coassements des grenouilles qui empêchent *Monseigneur* de dormir ! J'ai dit cent paysans, je pourrais dire mille, même en comptant dix grenouilles par paysan... Fût-il jamais dormeur assez stupide pour ne pas laisser coasser les grenouilles et faire taire les paysans ?...

Si l'on demande pourquoi ces redevances que l'on n'avait pas l'intention d'exiger étaient insérées au contrat, je répondrai en montrant une des nombreuses concessions faites par la Couronne sous l'ancien régime en ce pays, et je demanderai à mon tour, si jamais personne s'est mis en tête qu'elle ait eu l'intention de réclamer l'exécution des innombrables servitudes dont ces concessions sont chargées. Pourtant le système féodal n'a jamais existé qu'en miniature dans le Bas-Canada.

Si gigantesque est la vanité de l'homme, qu'il se complaît dans toute stipulation honorifique, même dans la plus impossible, et sa cupidité est si vorace, qu'il vendrait le vent s'il

(1) C'est la forme obligée de paroles que les chroniqueurs attribuent aux tenanciers pour accomplir légalement cette redevance.



pouvait l'enfermer. Témoins les seigneurs du moyen-âge qui inféodaient jusqu'à l'air. Les fiefs en l'air n'étaient pas une figure !

On a vu des créanciers chercher à faire saisir le cadavre de leur débiteur. La loi romaine donnant aux prêteurs, le droit de partager en autant de morceaux que de créances, et au *prorata* de chacune d'elles, le corps de leur débiteur insolvable, n'est pas un mensonge de l'histoire ! Shakespeare n'a pas inventé Schylock !

La tenure féodale n'asservissait cependant pas tous les héritages, et par rare exception, il y avait *des francs fiefs*, comme il existait des hommes *francs de fiefs*, et qui n'étaient soumis à aucune redevance. Il était également des fiefs appelés *fiefs au Soleil*, parce qu'ils ne relevaient d'aucun seigneur. Vestige de la liberté antique, au nom de laquelle elle protestait, cette condition anormale, en ces siècles de dépendance universelle, causait des surprises, quand elle ne soulevait pas la colère. Un jour que Frédéric Barberousse chevauchait avec son cortège, il vit sur la route un homme assis, qui sans se lever ni se découvrir, mettait seulement la main à son chapeau. L'empereur surpris, et demandant avec colère quel était cet homme, qui ne tenait compte de la majesté impériale, il lui fut répondu que c'était un baron indépendant qui ne relevait de personne, ni des princes, ni de l'empereur...

Quelque général que fut d'ailleurs le système, il n'embrassait pas tout le régime immobilier, et n'épuisait pas tous les symboles qui se rattachaient à la propriété, la tradition par exemple ! Il les transformait sans doute, mais il ne les absorbait pas.

La tradition de la terre se fait souvent par la terre même, souvent par l'eau et la terre. Xercès envoie demander aux Athéniens qu'ils lui livrent la terre et l'eau. La terre servait aussi comme symbole à la *vindicatio* romaine. Ils allaient au champ même, qui faisait l'objet du litige, y prenaient de la terre, et en portaient une glèbe à la ville devant le prêteur : sur cette glèbe comme sur le champ tout entier, avait lieu la *vindicatio*.

On lit dans Tite Live, à l'endroit où il raconte le combat des Horaces et des Curiaces. " Avant que le combat s'engage, un traité est conclu entre Albe et Rome : Il porte que le peuple dont les guerriers auront triomphé, commandera à l'autre sans l'opprimer. Dans les traités les conditions sont différentes, mais les formalités toujours les mêmes. Voici, dit-on, celles qui furent suivies en cette occurrence, et c'est le plus ancien traité dont on ait conservé la mémoire. Le fécial adresse cette question à Tullus : Roi, m'ordonnes-tu de conclure un traité avec le *père patrat* du peuple albain ?—Oui, répondit le Roi.—Roi, reprit le fécial, je te demande l'*herbe sacrée*.— Prends-la pure, répondit le Roi. Le fécial en alla cueillir de fraîche au Capitole." (1)

Quand ce même fécial déclarait la guerre, au nom du peuple romain, il lançait un javelot sur le territoire ennemi. On serait porté à croire que ce défi était porté à l'ennemi lui-même. Ce serait une erreur. Ce javelot (*hasta*, lance, toujours le signe violent de la conquête, de la propriété obtenue par la force) était dirigé contre la terre ennemie, elle-même. C'était une prise de possession par la force. C'était l'occupation par les armes. La terre encore ici prise pour objet de la guerre devient dans les usages militaires le symbole de la propriété, comme elle l'était dans les traités. L'esclavage du vaincu n'était que la conséquence de la servitude du territoire.

A Rome la tradition pouvait encore se faire avec la paille : Celui qui revendique prend la chose en tenant une paille, il place cette paille sur la chose en litige, disant : elle est à moi.

La donation de la liberté, l'affranchissement se faisait par la paille. On stipulait en levant de la terre une paille. Le mot

(1 *Prisquam dimicarent, fœdus ictum inter Romanos et Albanos est his legibus, ut, cujusque populi civis eo certamine vincisset, is altero populo cum bonâ pace, imperitaret. Fœdera alia aliis legibus, ceterum eodem modo omnia fiunt. Tum ita factum accepimus, nec ullior vetustior fœderis memoria est. Fœcialis regem Tullum ita rogavit : " Jubesne me, Rex, cum patrato populi Albini fœdus ferire ? " jubente rogo. " Sagmina, inquit, te, Rex, posco." Rex ait : " Puram tollito." Fœcialis ex arce graminis herbam puram attulit.*

même de stipulation vient de *stipula*, paille (1). Plus tard l'homme libre par la paille était le serf affranchi. Avec le progrès du temps la paille grandit ; elle devient une baguette dont le licteur touche la tête de l'esclave.

D'après la loi salique, c'était au tribunal que devait se faire la tradition des biens :

“ Il convient d'observer ceci : le dixenier et le centenier  
 “ indiqueront l'assemblée ; et il y aura dans l'assemblée un  
 “ bouclier... Ensuite ils requerront dans l'assemblée même,  
 “ l'homme à qui le bien n'appartient pas encore ; et il jettera  
 “ son *fétu* dans le sein du donateur et lui dira combien il lui  
 “ veut donner... Ensuite celui dans le sein duquel il a jeté le  
 “ fétu, se tiendra dans sa maison et prendra trois hôtes... Il  
 “ doit tout faire avec les témoins qu'il a rassemblés... Puis,  
 “ en présence du roi ou d'une assemblée légale, il remettra  
 “ son bien à celui qu'il a choisi et recevra le *fétu* dans l'as-  
 “ semblée même. Et dans le sein de celui qu'il choisit pour  
 “ héritier, il jettera ni plus ni moins que ce qu'il lui donne.  
 “ Les témoins diront que celui dans le sein duquel le dona-  
 “ teur a jeté la paille, a demeuré dans la maison du donateur,  
 “ y a réuni trois hôtes ou plus, qu'il les a nourris, et qu'ils  
 “ lui ont rendu grâce en cette maison.”

Le fétu qui avait servi dans un contrat était conservé avec soin. La loi salique dit encore : “ Si l'un des contractants ne remplit pas ses engagements, l'autre ira vers le Comte, prendra le fétu et dira la *parole* (la formule de la plainte).” Le maître qui cautionnait le serf devait jeter un brin de paille. On disait, il a promis par le *fétu*.

Dans une supplique à Charlemagne, les prêtres qui demandent l'exemption du service militaire, disent : “ Nous tous  
 “ tenant une paille dans la main droite, et la jetant dans la  
 “ gauche, nous protestons...”

A Rome la prescription d'une terre était interrompue par la rupture d'une branche. On enfonceait des branches en terre pour limiter les champs.

(1) Aujourd'hui encore, les enfants tirent la *courte paille*.

La branche d'arbre était employée comme la motte de terre ou de gazon, pour la tradition d'un fonds.

L'oreille intervient dans la tradition comme la main et le pied, non comme agent mais comme témoin. A Rome, pour prendre quelqu'un à témoin on lui disait : *licet antestari*. S'il répondait *licet*, où s'il tendait l'oreille, on répliquait *Memento* (1).

On lit dans la loi des Ripuaires : " Si quelqu'un achète  
" d'un autre une maison, une vigne ou toute autre propriété,  
" et ne peut recevoir du vendeur une preuve écrite (*testamen-*  
" *tum*), il prendra, si le bien est de médiocre valeur, six  
" témoins ; trois s'il s'agit de peu de chose ; douze si l'affaire  
" est importante ; et emmenant avec eux un nombre égal  
" d'enfants, il se rendra au lieu de la vente. Là, en leur pré-  
" sence, il livrera le prix du bien et en recevra la propriété,  
" et à chacun de ces enfants il donnera des soufflets et tirera  
" l'oreille, afin que dans la suite, ils puissent prêter témoi-  
" gnage.

La tradition se fait encore par le denier. " Pendant qu'on  
" chantait la messe du matin, il vint, et en présence de tous,  
" il déposa par huit deniers sa maison sur l'autel du Seigneur  
" De concert avec eux il plaça sur l'autel le don et l'écrivit par  
" le couteau et le denier d'Anjou." Ducange, III, G. 180.

Dans les âges primitifs, la terre et l'eau sont employés comme symboles de tradition. Plus tard on les retrouve sous la forme d'aliments. " Pour confirmer leurs promesses ils donnèrent solennellement le vin du témoignage." Aujourd'hui dans les usages de nos campagnes comme la chose se pratique encore en France, après le marché, *on boit un coup*. Le pot de vin inusité parmi nous mais qui existe là, se donnait autrefois en nature.

Je n'en finirais pas si je voulais rapporter ici toutes les

(1) Casu venit obvius illi

Adversarius et : " Quo tu, turpissime ? Magna

Inclamat voce ; et : " Licet antestari ? " Ego vero

Oppono auriculam. Rapit in jus.

Horac. Sat. Lib. 1, sat. IX.

formes de tradition symbolique, parmi lesquelles l'indication par la main, *longâ manû* de la chose vendue, la tradition des clefs et la livraison des titres sont en droit choses toutes familières.

Il me reste à parler des symboles de la procédure, du jugement et de la guerre. Le jugement et la guerre ont presque les mêmes formes dans les sociétés primitives. Coupable, insolvable, vaincu, serf, ces mots sont presque synonymes, au moins pour les effets juridiques.

L'homme appelé en justice, s'il est à table ne doit pas prendre le temps d'essuyer son couteau. La loi de Moïse qui est ici une loi de grâce, dispense pour un an de partir pour la guerre, celui qui n'a pas encore mangé du fruit de sa vigne, et celui qui vient de se marier ; elle lui donne un an pour le passer en joie avec sa femme.

L'assemblée de justice est un lieu sacré. Ce sera la porte de la ville où siègent les anciens ; ou bien sous l'orme féodal, à la Roche du droit ou sous les chênes séculaires de la forêt de Vincennes. Le juge regarde le soleil levant. Le soleil est le héraut céleste qui ouvre et ferme l'audience. *Solis occasus suprema tempestas esto.* " Jusqu'à heure d'estoiles " dit l'ancien droit français. La nuit fait les crimes et le jour les juge. Le coupable se trouble à l'aurore ; il baisse la tête devant le soleil.

Les lois antiques donnent généralement à l'accusé le temps de fuir au prochain asile, aux autels, à son propre foyer ; personne ne l'en arrachera. La loi juive reconnaît des villes d'asile. Au moyen-âge, le coupable n'a qu'à passer les bras dans l'anneau des portes d'église. Dans ces temps de violence irréfléchie, la pitié est pour le coupable. Les vieilles lois l'appellent paternellement le *pauvre pécheur*. Encore aujourd'hui à Rome, quand un coup de couteau s'est donné, celui que le peuple plaint ce n'est pas le mort, c'est le meurtrier : *Il poverello !*

Le jugement s'ouvre. Qu'on m'apporte le mort. L'accusateur s'avance. Tout le monde regarde le cadavre. Si le meurtrier est là, le mort ne manque pas de s'émouvoir et de vomir

l'écume. Il en advint ainsi lorsque Richard Cœur-de-lion, après sa guerre parricide, vint prier au cercueil de son père.

Dans l'antiquité, l'homme libre a le privilège de se justifier par simple affirmation et par son serment. Tel est le respect de ces temps pour la véracité, leur foi dans la sainteté de la parole.

L'accusé fait aussi jurer sa famille, sa tribu, ses amis. Ils viennent tous et jurent comme ils auraient combattu. Ils n'ont pas besoin de rien savoir du fait, ils ont foi au dire de leur parent et au bon sang de la famille (1). C'est la période juridique de la compurgation. A cette période succède celle du duel judiciaire et de l'ordalie ou jugement de Dieu.

Le législateur, ne pouvant repousser le droit qu'avait l'offensé d'obtenir vengeance, accorde à l'offenseur la faculté de s'arranger avec lui moyennant une amende ou une réparation. Dans le principe, il dépendait de l'offensé de l'accepter ou non. Quand plus tard le gouvernement eut acquis assez de force pour substituer la loi à la vengeance personnelle, il imposa l'acceptation comme obligatoire ; et la taxe fut déterminée, quoiqu'une autre injustice la fit régler d'après la différence de valeur qui existait entre un homme et un homme.

Quelques-uns admirent dans cette peine de la compensation un caractère de liberté qui n'existe dans aucune de celles d'aujourd'hui. Les nôtres frappent le coupable, qu'il reconnaisse ou non le mériter. La composition supposant, au contraire, qu'il avoue son tort, lui permet de choisir entre la vengeance de l'offensé et une réparation ; en même temps, l'offensé, en acceptant la compensation, s'oblige au pardon, à l'oubli, et reçoit une satisfaction que ne donne pas la pénalité moderne.

Dans l'application des peines on ne considérait donc ni l'effet ni les motifs ; on s'occupait uniquement d'indemniser l'offensé en proportion de son rang et du préjudice souffert, et on descendait pour cela dans les détails les plus minutieux. Celui qui est surpris de nuit dans la maison d'autrui peut être tué, s'il ne veut pas se laisser arrêter ; s'il se soumet, il doit payer quatre-vingt sous, quel que soit le motif qui l'a amené. S'il

(1) Origines du Droit Français, page 403.

s'agit d'un dommage causé par des animaux, même par des choses inanimées, il faut également payer.

Dans les lois anglaises antérieures à Alfred, celui qui dérobe à Dieu ou à l'Eglise doit restituer douze fois la valeur de l'objet volé ; ce chiffre descend à neuf, à six et à trois, suivant que le dommage atteint, un prêtre, un diacre ou un clerc. Celui qui se battait dans la maison du roi, perdait ses biens et la vie ; si c'était dans la maison de Dieu, il payait une amende de vingt sous. Le meurtrier d'un moine ou d'un clerc pouvait se soustraire à la pénitence canonique, en se constituant serf de l'Eglise (1). Celui qui avait tué un prêtre ou un évêque, était au pouvoir discrétionnaire du roi.

Le duel tendait encore à substituer des règles légales aux guerres privées, en soumettant la vengeance personnelle à certaines formalités déterminées. L'offensé s'obstine-t-il à vouloir la guerre, qu'il la fasse du moins dans de certaines limites, non pas en troublant la tranquillité générale, mais d'homme à homme, en présence de témoins. De là les combats judiciaires en usage dans tout le moyen-âge pour décider les différends particuliers et publics. Il fallut que les codes s'occupassent au long de cette transformation de l'hostilité privée, pour déterminer quelles personnes pouvaient proposer le duel, dans quels cas et avec quelles règles on devait l'accepter. Les femmes, les enfants, les prêtres en étaient exempts, ce qui fit introduire l'usage des champions chargés de combattre en leur nom ; mercenaires déconsidérés dans l'opinion et aux yeux de la loi, qui leur infligeait des peines en cas de défaite.

Des hommes pour qui la vaillance était la première vertu devaient se persuader facilement qu'il y avait perversité chez celui à qui elle faisait défaut, et que celui qui avait le dessous devait être le moins méritant.

Dès cette époque néanmoins Théodoric, s'exprimait ainsi en écrivant aux barbares et aux Romains qui habitaient la Pannonie : *A quoi sert la langue à l'homme, s'il plaide sa cause à main armée ? Où sera la paix, si l'on combat sous la civilisation ? Imitex nos Goths, qui ont appris à exercer au dehors leur*

(1) Capit. Théod., c. 31.

*courage dans les batailles, et à l'intérieur la modération* (1). Luitprand trouvait le jugement du duel absurde ; mais il n'osait l'interdire, comme trop enraciné dans les usages de sa nation (2).

L'Eglise n'adopta jamais cette preuve, les conciles ne cessèrent de fulminer contre elle ; mais le roi Gondebaud répondit à Avitus, qui la réprouvait : *N'est-il pas vrai que, dans les guerres des nations comme dans les combats privés, l'événement est dans la main de Dieu ? Or, comment sa providence ne donnerait-elle pas la victoire à la cause la plus juste ?*

En effet, dans des siècles où le sentiment religieux était si profond, où couraient tant de légendes remplies de miracles, l'idée du jugement de Dieu, manifesté par le succès, trouva facilement des partisans : de là à soutenir que la Divinité faisait chaque fois un miracle pour le triomphe de l'innocence, il n'y avait qu'un pas. C'est d'ailleurs une opinion très-ancienne, et nous la trouvons en faveur chez des peuples très-différents, qui, pour éclaircir la vérité, avaient recours au jugement de Dieu.

En outre, les Germains ne regardaient pas seulement le feu et l'eau comme des instruments de Dieu, mais comme étant des dieux eux-mêmes. Or les dieux qui peuvent changer l'ordre des lois naturelles, veulent le châtement du coupable ; il s'en suivait que le supplice était un sacrifice, et que le magistrat ou le prêtre sévissait au nom de la Divinité.

Les barbares manquent d'institutions savantes et dans une condition sociale où l'établissement d'un système régulier d'accusation et de justification était impossible, ils eurent recours de différentes manières au *jugement de Dieu*, en faisant appel à sa volonté. Tantôt les deux parties adverses devaient rester les bras levés durant tout le temps que l'on chantait une messe ou un office, et celui qui les laissait retomber de fatigue perdait sa cause. Tantôt on leur donnait à avaler un morceau de pain et de fromage bénits, dans la persuasion qu'il s'arrêterait au gosier du coupable. D'autres, accusés de maléfices, surtout

(1) *Variarum*, III, 24.

(2) *Leg. VI*, 64.



les femmes, étaient jetés dans une rivière, et considérés comme coupables s'ils surnageaient. Les épreuves les plus habituelles étaient celles de l'eau bouillante et du fer rouge. On mettait une balle au fond d'une chaudière en ébullition, et l'accusé devait l'en tirer avec sa main nue ; ou bien on lui donnait à manier un fer brûlant, on le faisait marcher sur des barres rougies, puis on appliquait un sceau sur les bandes dont on enveloppait ses pieds ou ses bras ; et s'il n'y apparaissait aucune lésion lorsqu'elles étaient enlevées au bout de trois jours, l'acquittement était prononcé.

La pénalité est le bannissement ou la mort. Que l'on envisage ces peines sous quelque aspect que l'on veuille, c'est toujours la société qui rejette de son sein l'individu qui a voulu en mépriser les lois.

Si l'accusé est trouvé coupable, la peine suit immédiatement le jugement.

Je n'ai pu trouver qu'une formule de condamnation. Elle est d'une haute poésie. La voici :

“ A toi coupable créature !... En ce jour je te retire tout  
 “ droit du pays, tout honneur... Je dépars ton corps aux pas-  
 “ sants, au seigneur ton fief, ton héritage à qui de droit. Ta  
 “ femme est légalement veuve et tes enfants orphelins. Je te  
 “ mets hors de justice, de grâce en disgrâce, de paix hors la  
 “ paix, de sorte que, quoiqu'on fasse, on ne puisse méfaire en  
 “ toi... Là où chacun trouve paix et sûreté, tu ne les trouve-  
 “ ras pas. Nous t'envoyons aux quatre chemins du monde...  
 “ Nous t'excluons des quatre éléments que Dieu a donnés aux  
 “ hommes et faits pour leur consolation. Nous adjugeons aux  
 “ corbeaux et corneilles, aux oiseaux et bêtes, ta chair et ton  
 “ sang ; à Notre-Seigneur, au bon Dieu, ton âme si toutefois  
 “ il en veut...”

Puis vient le chant du gibet, la voix de la justice du peuple.

Baillon d'aupébine à la beuche,  
 Au coup baguette de chêne,  
 Les cheveux au vent

Le corps aux corbeaux ; l'âme au Tout-Puissant !

Ordre du roi subir tu dois  
Glaive d'acier cou doit couper !

Et ailleurs :

Loi du Roi Charles subiras  
Arbre sec tu chevaucheras !

L'homme primitif dédaignait la mort naturelle. Il supprimait par une fin anticipée la triste et pesante vieillesse. Il eut rougi d'être vaincu par le temps. Il se retire volontairement du monde et se réfugie dans la solitude.

“ Quand le Brahmane voit ses cheveux blanchir, et qu'il a sous les yeux le fils de son fils, il s'en va dans quelque forêt, habiter seul sous le ciel parmi les racines d'un figuier indien. Ayant déposé en lui le feu sacré, il n'a plus de dieu domestique ; il vit de fleurs ou de racines. Il attend silencieusement comme l'ouvrier le salaire du jour. Il ne désire point la mort, il ne désire point la vie. Bientôt il laissera l'odieuse enveloppe comme l'oiseau quitte la branche, comme des bords d'une rivière, la terre et l'arbre s'en détachent.”

Ou il descend sans regret dans le tombeau dont les mythes indiens disent :

“ Gardien de la terre, monument de l'homme, le tombeau contient un témoin muet qui parlerait au besoin. Laissez-y seulement une étroite fenêtre par où le pauvre grand-père, puisse au printemps entendre l'hirondelle. Vous donner quelquefois le soir un bon avis, enfants, de la basse et douce voix des morts, et s'il vous manque un protecteur témoigner des droits oubliés. (Mythes indiens. Traduction de M. Loiseleur Deslonchamps, empruntée aux Origines du Droit.)

Je m'arrête ici. Je termine au tombeau du vieillard cette courte esquisse de la biographie juridique de l'homme, commencée au berceau de l'enfant. De l'enfant qui pleure en entrant dans la vie ; du vieillard qui la quitte sans douleur, en offrant de sages conseils à ceux qui lui survivent, et qui se préoccupe encore de leurs droits oubliés.

Je n'ai fait qu'effleurer le sujet si vaste de la symbolique du droit. Si j'ai pu cependant vous en donner une idée suffisante pour la faire comprendre et propre à la faire goûter ; si j'ai

pu contribuer surtout, même dans la plus faible mesure, à dissiper les préjugés répandus à l'égard du droit lui-même et à en faire aimer l'étude, je serai fier d'un travail dont j'admets sans peine le manque de mérite, mais dont la bonne intention me fera, je l'espère, pardonner les défauts.

---

#### NOTE DE LA RÉDACTION.

Plusieurs discours remarquables ont été prononcés pendant cette intéressante séance qui a clos la première année d'enseignement de l'Université Laval en cette ville, à laquelle l'élite de la société de Montréal assistait, et qui était présidée par M. l'Abbé Méthot, le vice-recteur de l'Université. Les deux facultés de droit et de médecine, étaient présentes en costume officiel et avaient leurs doyens en tête. M. Cherrier pour le droit et le Docteur Rottot pour la médecine. Les diplômes accordés par la faculté de droit furent distribués publiquement, et les lauréats furent proclamés. D'un commun accord, cette séance a été un grand succès.

Nous publierons dans notre prochaine livraison, le discours remarquable prononcé en cette occasion, par l'Honorable P. J. O. Chauveau, professeur de droit Romain. Nous n'avons pu nous procurer les autres.

---

## ARTICLE 146.

(Code Civil) S'il y a appel les procédures sont sommaires et elles ont la préséance.

(Code de Procédure civile art. 996) Il y a appel du jugement sur l'opposition à la Cour du Banc de la Reine, en observant les mêmes formalités que dans les appels de la Cour de Circuit, et les procédures ont la préséance.

C'est au Code de Procédure Civile depuis l'article 1143 à l'article 1153 qu'il faut recourir pour connaître les formalités de cet appel, qui est porté par Requête et qui est entendu sans autre formalité que la production d'un factum.

## ARTICLE 147.

Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres que le père et la mère, peuvent être condamnés aux dépens et sont passibles de dommages et intérêts suivant les circonstances.

## SOMMAIRE.

279. Les père et mère sont seuls rendus indemnes des frais et des dommages résultant d'une opposition mal fondée. Contrairement à l'article 179 du Code Napoléon, sur lequel le présent article 147 est calqué en partie, cette indemnité n'est pas étendue aux autres ascendants.
280. La conséquence est que les autres opposants sont passibles des dépens et des dommages et intérêts, *suivant les circonstances* de chaque cas particulier. La discrétion des Juges à l'égard des dépens est réglée par l'article 478 du Code de Procédure Civile et à l'égard des dommages et intérêts par le droit commun. Sur ce dernier point, une distinction doit être faite entre les opposants à qui les articles ci-haut accordent le pouvoir de former l'opposition et les opposants qui n'en sont point revêtus. Présomption de bonne foi dans le premier cas, et présomption contraire dans le second.
281. Dommages exemplaires dans le second cas. Il n'en est pas ainsi dans le premier. Les circonstances peuvent cependant modifier cette règle. En France, le jugement qui rejette l'opposition, aurait statué en même temps sur les dommages et intérêts. Il n'en serait pas ainsi parmi nous, et il faudrait une demande particulière sur ce dernier chef.

282. L'opposition judiciaire n'est pas la seule voie usitée pour s'opposer à un mariage frappé d'empêchement, elle est même la plus rare. La voie plus communément usitée consiste dans les dénunciations extra-judiciaires faites par les fidèles avertis à cette fin, par les publications de mariage. Le jugement du tribunal civil ne lie pas le fonctionnaire qui ne doit pas célébrer le mariage si d'après les *doctrines et croyances de la religion et la discipline de l'Eglise, à laquelle il appartient* (aux termes de l'article 129) il est convaincu de l'existence de quelque empêchement.
283. Au reste, en refusant ainsi son concours au mariage, le fonctionnaire ne se mettrait pas en contradiction avec le jugement de la Cour civile, qui en donnant main-levée de l'opposition, laisse, sans prononcer sur la validité du mariage, les parties dans la position où elles se seraient trouvées, si aucune opposition n'avait été faite. En ce cas comme dans tous les autres cas de dénunciations d'empêchements, le devoir du curé est de référer la difficulté à l'Ordinaire.
284. Un mariage célébré au mépris d'une opposition, quoique célébré illicitement, ne laisse pas de l'être valablement, si cette opposition ne porte pas sur des empêchements dirimants. Citation de Pothier et de Héricourt, à l'appui de ce sentiment.
285. Citation d'arrêts conformes à cette opinion.
286. Autres arrêts. La jurisprudence sur le Code Napoléon est conforme à ces arrêts.
287. Preuves de cette jurisprudence.
288. Une opposition au mariage, nulle pour vices de forme ou même rejetée au fonds peut être renouvelée.
289. Cette doctrine prévaut sous le Code Napoléon. Citation d'auteurs. Boilleux, Demolombe. Exception par rapport aux oppositions subséquentes à une première opposition, formées par des personnes du même degré que le premier opposant ou d'un degré inférieur, suivant l'ordre établi par les articles 137, 138, 139 et 141.

### COMMENTAIRE.

279. D'après cet article, le père et la mère, ou l'un ou l'autre, qui se sont portés opposants au mariage de leur enfant, ne peuvent jamais être condamnés aux dépens de l'instance sur l'opposition, de même que dans aucuns cas, il ne peuvent être tenus des dommages occasionnés à ce même enfant par une opposition inopportune ou mal fondée. La proximité du sang exclue ici toute présomption de malice, et cette malice fût-elle constante et caractérisée, que la loi refuserait à l'enfant une

action contre son père, à raison d'une procédure qu'elle persiste à attribuer à la sollicitude paternelle.

Les ascendants qui ont fait opposition au mariage de leurs petits-enfants, jouissent-ils de cette immunité quant aux dépens et aux dommages ? La raison de décider paraîtrait bien être la même dans les deux cas. En effet, la bonne foi de l'opposition et la faveur du motif qui l'a déterminée ne sauraient pas plus être mis en suspicion dans un cas que dans l'autre ; si même il y a quelque différence à cet égard, elle devrait être en faveur des ascendants que le calme de leur grand âge protège contre l'inculpation de la mauvaise humeur ou de la passion, qui souvent à leur insu même, dictent l'opposition des pères et des mères au mariage de leurs enfants. L'article 179 du Code Napoléon qui ne parle pas des dépens, soustrait en termes généraux tous les ascendants aux condamnations en dommages et intérêts. On est surpris de voir que nos rédacteurs qui ont emprunté leur article 147 à cet article 170 du Code Français, aient innové à la disposition de ce dernier article, et dans une parité aussi étroite de motifs, aient restreint leur protection aux père et mère, sans l'étendre aux autres ascendants.

Cependant, ayant sous les yeux l'article du Code Napoléon, on doit supposer que c'est en connaissance de cause et délibérément que les Codificateurs n'en ont pas adopté toute la disposition. Notre article n'a exempté que les père et mère du paiement des frais et de la passibilité des dommages et intérêts, excluant tous les autres opposants du bénéfice de sa disposition, et le faire à sa place serait en contrarier, à la fois, l'esprit et la lettre. *Dura lex sed lex !*

280. La conséquence de l'article est, que tous les autres opposants qui succombent, sont sujets aux dépens de l'instance sur l'opposition et sont passibles de dommages et intérêts. L'article ajoute : *suivant les circonstances !* Ce qui veut dire par rapport aux dépens que les opposants sont sur cette procédure, dans la même condition que tous les téméraires plaideurs qui subissent la pénalité des dépens. Ce qui ne signifie cependant pas que la condamnation aux dépens

soit dans tous les cas, de nécessité absolue, et que le Juge ne soit pas en cette matière comme en toute autre, revêtu du pouvoir discrétionnaire de modérer, mitiger et compenser les dépens, suivant l'article 478 du Code de Procédure Civile.

Pour ce qui est des dommages et intérêts, l'article en disposant qu'à l'exception des père et mère, les opposants qui succombent en sont passibles, également *suivant les circonstances*, fait rentrer cette matière dans les principes ordinaires du droit commun, qui régissent les dommages et intérêts résultant de procédés judiciaires, malicieux ou vexatoires. Nous devons nous borner ici à référer à la doctrine et à la jurisprudence établies sur ce point.

Il y a cependant une distinction à faire, sur les qualités des personnes qui ont fait opposition au mariage, relativement à la question de malice. On sait que sur demande en dommages et intérêts occasionnés par des poursuites judiciaires intentées au criminel, et la règle est la même au civil, la première question qui se présente, quant à la responsabilité du Défendeur, est de savoir s'il avait des motifs raisonnables pour recourir à la justice, et s'il est ou non protégé par sa bonne foi ?

Sur action de dommages et intérêts intentée contre l'auteur d'une opposition, dont main-levée a été accordée, cette question préliminaire à la recherche de l'étendue du dommage, se présentera au seuil du litige. Elle doit comme toutes les questions de ce genre, être assujettie aux circonstances particulières de chaque cause; mais la compétence légale de l'opposant à arrêter le mariage, en sera l'élément principal. Si cet opposant se trouve dans la catégorie des personnes auxquelles les articles ci-haut donnent le droit de former opposition, nulle présomption hostile ne s'élèvera contre lui et la question de sa bonne ou mauvaise foi dépendra de la preuve des motifs qui l'ont fait agir. Usant d'un droit que la loi lui reconnaît, la présomption légale est plutôt en sa faveur, et ce sera au Demandeur à la repousser par des faits contraires, et à établir sa mauvaise foi. Il est alors dans la position commune à tous les individus à qui la loi reconnaît le droit de s'adresser à la justice, dans les circonstances données de chaque instance.

Il en sera autrement du cas, où l'Opposant n'aurait pas été dans les conditions juridiques voulues par la loi pour retarder le mariage. Son intrusion produirait contre lui *de plano*, la présomption de mauvaise foi, et ce serait à lui à la repousser.

281. A défaut de justification de sa conduite, le montant des dommages à prononcer contre l'Opposant devenu Défendeur, sera laissé à la discrétion du Juge, mais ce seront des dommages exemplaires. Dans le cas où l'Opposant a qualité pour s'opposer, on comprend qu'il n'en doit pas être ainsi, et qu'en règle générale une preuve de dommages réels doit être faite contre lui. La raison de la différence entre les deux cas, quant à la mesure des dommages, vient de la bonne ou mauvaise foi des Défendeurs.

Cependant dans les cas de bonne foi apparente, il peut exister des circonstances qui, en repoussant la présomption, peuvent révéler la malice de l'Opposant. En ces cas qui sont des exceptions, cet Opposant devra être traité comme un Défendeur de mauvaise foi et des dommages exemplaires seront prononcés contre lui. Tout dépend des circonstances.

L'article 147, en disant que les Opposants autres que les père et mère, sont passibles de dommages et intérêts, et ajoutant *suivant les circonstances*, tout en donnant ouverture à l'action, ne dit cependant pas qu'elle existe et doit être maintenue dans tous les cas. Dans les circonstances même qui paraissent les plus défavorables, l'Opposant peut être de bonne foi et il en aurait le bénéfice. L'article a refusé l'action contre les père et mère, et là, en bornant à eux son immunité, accordée implicitement contre les autres Opposants. Voilà toute sa décision. Il en a laissé l'application à la doctrine et aux tribunaux, qui baseront leurs décisions sur le droit commun et suivant les faits de chaque cause.

En France, la question des dommages se serait décidée sur l'instance en opposition et en main-levée même, et le Juge qui aurait rejeté l'opposition aurait en même temps prononcé sur les dommages. Notre procédure plus formaliste et moins élastique s'opposerait à cette double procédure, et chez nous



la revendication des dommages devrait être l'objet d'une action principale et distincte.

282. Nous avons sur le chapitre troisième, parcouru les divers cas où les empêchements de mariage peuvent être dénoncés à la justice civile au moyen d'oppositions. Mais cette voie civile de dénonciation n'est pas la seule et la plus usitée. Elle est au contraire la plus rare et on peut dire qu'elle n'est pas fréquemment en usage. Le mode ordinaire de s'opposer à un mariage frappé d'empêchement, consiste dans la dénonciation que font au curé ou au ministre du culte du lieu où la publication se fait ou du lieu où le mariage doit être célébré, les fidèles prévenus de sa célébration prochaine par la publication des bans. Chaque fidèle est tenu ainsi qu'il en est informé à la suite des publications, de dénoncer les empêchements qu'il connaît aux mariages publiés. Il y était autrefois obligé sous peine d'excommunication. Cette peine n'existe plus, mais l'obligation morale et religieuse est la même. La modification de la peine n'emporte pas l'atténuation de la faute. Nous verrons plus tard, au chapitre des nullités, les conséquences de la non-dénonciation de la part de celui qui ne révèle pas un empêchement de mariage dont il connaît l'existence.

Sur la révélation ainsi faite provenant de quelque empêchement dirimant, le curé ou ministre du culte (fonctionnaire du mariage) appelé à le célébrer, doit suspendre cette célébration jusqu'à ce qu'il ait été vérifié de l'empêchement. Si le résultat de sa recherche révèle l'absence de tel empêchement, il doit sous le plus bref délai passer outre au mariage. Dans le cas contraire, il doit refuser son ministère.

Dans le cas d'une opposition faite en justice et qui, d'après l'article 991 du Code de Procédure Civile, doit lui être signifié, le fonctionnaire est *a fortiori*, tenu de suspendre la célébration ; il doit attendre la signification du jugement sur cette opposition, et suivant le dispositif de ce jugement célébrer le mariage ou refuser son concours. Si le jugement maintient l'opposition, le fonctionnaire ne serait pas justifiable de passer outre. Il doit obéissance à la chose jugée.

Si au contraire l'opposition est rejetée par le tribunal civil et main-levée donnée aux conjoints, le fonctionnaire doit-il toujours et aveuglément célébrer le mariage ? Si par exemple, il connaît un empêchement dirimant inconnu, omis ou supprimé par la partie qui s'est rendue opposante, ou bien encore, si le tribunal civil a méconnu un empêchement dirimant dont l'existence lui paraît certaine, doit-il procéder à un mariage qu'il sait frappé de nullité ? Non sans doute. C'est dans la loi ecclésiastique et non dans la loi civile qu'il puise son enseignement, et si la première loi établit un empêchement que l'autre ne reconnaît pas, disons par exemple un empêchement de parenté du troisième ou du quatrième degré en collatérale, que la loi civile restreint au cas du premier et du second degré (art. 126), négligera-t-il la règle canonique pour adopter la règle civile ? A cette question la réponse ne saurait être douteuse. Il est clair que, malgré le jugement, l'empêchement canonique doit être respecté.

283. Au reste, en refusant de célébrer le mariage atteint d'empêchement ignoré par le tribunal civil, le curé ou ministre du culte, ne se met pas en conflit avec le jugement qui a simplement repoussé l'opposition et en a donné main-levée aux futurs époux. Ce jugement n'a pas ordonné au célébrant de passer outre au mariage. Cet ordre n'est pas dans ses attributions. Le Juge est simplement appelé à dire, si le mariage recevra obstacle de cette opposition et s'il en donne main-levée, les parties et le célébrant se trouveront dans la même situation que si aucune n'avait été faite. Or, dans ce dernier cas il n'est pas douteux, qu'ayant sous les yeux un empêchement dirimant, *d'après les doctrines et croyances de la religion et la discipline de l'Eglise à laquelle il appartient* (art. 129), le fonctionnaire ou le curé, ne peut être contraint à célébrer le mariage. Le même article 129 le couvre d'une protection spéciale à cet égard.

Le devoir du curé, serait cependant, dans les divers cas, comme dans tous ceux où il connaît quelque empêchement, d'en référer à l'Ordinaire, qui est le juge compétent de l'empêchement. C'est ce qu'enseigne Schmalgrueber, *Ins. Ecc.*, p. 2, tit. 3, de claud. desp. § 60, 61, 64.

284. Nous venons de dire qu'en recevant la copie de l'opposition, le fonctionnaire doit suspendre ses procédés sur le mariage. S'il ne le faisait pas, et si malgré l'opposition il le célébrait, ce mariage serait-il valide? La question ne peut pas s'agiter quant à un mariage frappé d'empêchements dirimants, qui l'annuleraient dans le cas de non opposition comme dans le cas d'opposition, et cela par leur propre énergie et indépendamment du procédé judiciaire. Le curé qui au mépris de l'opposition fondée sur un empêchement de ce genre passerait outre à la célébration du mariage, se rendrait passible d'une suspense de trois ans et d'une peine plus grave suivant les circonstances. (1) *Sane si parochialis sacerdos tales conjunctio-*

(1) Il est dit dans le texte, que le prêtre qui célèbre un mariage au mépris d'une opposition, encourt une suspense de trois ans et d'une peine plus grave suivant les circonstances. C'est ce qu'enseigne Pothier " du mariage " No. 82, et De Héricourt, partie III, ch. 1, art 2, § XXIII, qui seront ci-après cités. Cette opinion demande cependant une explication.

Il n'existe pas, que je sache, de peine canonique particulière au cas de la célébration d'un mariage, au mépris d'une opposition produite devant un tribunal ecclésiastique ou civil. Cette suspense de trois ans, et même une peine plus grave, ont été portées dans le second Concile de Latran, (tenu en 1215 sous Innocent III), contre tout prêtre qui, ayant connaissance d'un empêchement ou ayant des raisons probables de croire que tel empêchement existe, célèbre le mariage, avant que la question sur cet empêchement ait été vidée, *donec quid fieri debeat super eo, manifestis constitit documentis*. C'est ce qui résulte du 50e canon de ce Concile.

Pour élucider ce point, il faut cependant reprendre les choses de plus haut. Avant ce Concile, il n'existait aucune loi ecclésiastique d'un caractère général, ordonnant la publication des bans de mariage. Cet usage s'était cependant introduit dans quelques diocèses particuliers. Odon, Evêque de Paris, qui vivait au commencement du treizième siècle, paraît avoir inauguré cette coutume dans son diocèse. Dans une décrétale du même Innocent III, à l'Evêque de Beauvais, (à une date que je n'ai pu vérifier mais qui doit être antérieure à 1415, année de la tenue du Concile), laquelle décrétale fait le chapitre 27 du Tit I *de sponsalibus*, ce pape reconnaît dans les termes suivants, l'existence de cette coutume comme étant en usage dans l'Eglise gallicane : *Sane quia contigit interdum, quod aliquibus volentibus contrahero matrimonium, bannis, ut tuis verbis utamur, in Ecclesiis editis, secundum consuetudinem ecclesie Gallicane...*

Le Concile qui avait restreint au quatrième degré l'empêchement de parenté, qui auparavant s'étendait au septième, étendant à toute la chré-

*nes prohibere contempserit aut quilibet etiam regularis, qui eis præsumpserit interesse, per triennium ab officio suspendatur, gravius puniendus si culpæ qualitas postulaverit.* Ex concil. Lateran. Sub Innocent. III cap. cum inhibitio. § sane. Ext. de clandestin. despons.

Mais elle se soulève au cas pur et simple d'une opposition régulière, sans égard aux moyens qu'elle contient, signifiée au curé ou ministre du culte, qui n'en tiendrait compte et sans attendre l'issue du procès, célébrerait le mariage. Ce mariage quoiqu'illicitement célébré, n'en serait pas invalidé, pourvu toujours que ces empêchements ne fussent que prohibitifs. C'est ce qu'enseigne Pothier : *Contrat de mariage, No. 82* : “ Le curé “ qui au mépris de l'opposition à lui signifiée, aurait passé “ outre à la célébration du mariage, doit, suivant le droit “ canonique, être puni par l'Official par une suspense de

tiété la coutume particulière à quelques Eglises, fit de la publication des bans la matière d'une loi générale par le cinquantième canon, que, pour bien saisir la portée de la suspense de trois ans qu'il prononce et à laquelle il vient d'être fait allusion, il est nécessaire de rapporter textuellement et en entier : *Cum inhibitio copulæ sit in tribus ultimis gradibus revocata, eam in aliis volumus districtè observari, Unde predecessorum nostrum inhærendo vestigiis clandestina conjugia penitus inhibemus ; prohibentes etiam, ne quis sacerdos talibus interesse præsumat. Quare specialem quorundam locorum consuetudinem ad alia generaliter prorogando, statuimus, ut cum matrimonia fuerint contrahenda, in Ecclesiis per presbyteros publice proponantur, competenti termino præstulto, ut intrà illum, qui voluerit et valuerit legitimum impedimentum opponat. Et ipsi presbyteri nihilominus investigent, utrum aliquod impedimentum obsistat. Cum autem probabilis apparuerit conjectura contra copulam contrahendam contractus interdiciatur expresse, donec quid fieri debeat super eo, manifestis constiterit documentis.*

*Si quis vero hujusmodi clandestina, vel interdicta conjugia inire præsumpserit in gradu prohibito, etiam ignoranter, soboles de tali conjunctione suscepta, prorsus illegitima censeatur, de parentum ignorantia nullum habitura subsidium ; cum illi taliter celebrando, non expertes scientiæ, vel saltem affectatores ignorantix, videantur. Pari modo illegitima soboles, censeatur, si ambo parentes, impedimentum scientes legitimum, præter omne interdictum in conspectu Ecclesiæ contrahere præsumpserunt.*

*Sane parochialis sacerdos, qui tales, conjunctiones prohibere, aut quilibet etiam regularis, qui eis præsumpserit interesse, per triennium ab officio*

“ trois ans ; mais le mariage n'est pas nul pour cela seul  
 “ qu'il a été célébré au mépris de l'opposition, lorsqu'elle  
 “ n'est pas fondée. Néanmoins, il y a au 4e tome du *Journal des Audiences* (liv. 6, ch. 52), un arrêt du 3 décembre  
 “ 1691, qui, sur l'appel comme d'abus, interjeté par un père,  
 “ de la célébration du mariage de son fils majeur de trente-  
 “ deux ans, célébré au mépris de son opposition, a déclaré  
 “ nul le mariage, quoiqu'il en eut plusieurs enfants. Les  
 “ moyens proposés par M. l'avocat-général de Lamoignon  
 “ étaient, qu'il était important pour le public de ne pas souffrir qu'on passât outre à la célébration d'un mariage, au  
 “ mépris d'une opposition ; qu'ainsi le mariage devait être  
 “ déclaré nul ; sauf aux parties après l'opposition vidée, à le  
 “ réitérer. J'aurais de la peine à me rendre à la décision de  
 “ cet arrêt, et à déclarer nul un mariage, pour avoir été célé-

*suspendatur, gravior puniendus si culpæ qualitas postulaverit. Sed et iis, qui taliter copulare præsumserint, etiam in gradu concesso, condignâ penitentia injungatur. Si quis autem ad impediendum legitimam copulam malitiosè impedimentum objecerit, Ecclesiasticam non effugiet ultionem.*  
 Ext. De cland. desponas, c. III.

Une simple analyse de ce canon nous en fera facilement saisir la portée et l'application de la peine qu'il prononce. Inspiré par la crainte des mariages clandestins, c'est-à-dire des mariages contractés secrètement, entre personnes qui se trouvent dans les degrés de parenté prohibés (tels que restreints au quatrième degré) le Concile faisant une loi générale de la coutume suivie dans quelques Eglises particulières, ordonne que tout mariage qui doit être contracté, soit publié dans l'église, par un prêtre, avec indication d'un délai fixé pendant lequel, il sera loisible, à quiconque le pourra et le voudra, de dénoncer tout empêchement légitime au mariage. Les prêtres doivent d'eux-mêmes s'informer diligemment de l'existence de tout empêchement. Quand il y a une conjecture probable de l'existence d'un empêchement, le mariage doit être interdit, jusqu'à ce qu'il soit vérifié de l'empêchement, par des preuves manifestes.

Si quelques personnes contractent un tel mariage clandestin, ou ainsi interdit, les enfants qui en naîtront seront considérés absolument comme des enfants illégitimes sans pouvoir retirer aucun bénéfice de l'ignorance de leurs parents ; ceux qui contractent ainsi mariage, doivent être considérés, comme connaissant l'empêchement ou du moins comme affectant l'ignorance de tel empêchement. De la même manière, les enfants seront traités comme illégitimes, si les deux parents connaissant un empêchement

“ bré au préjudice de l'opposition, lorsqu'il paraît qu'elle  
“ n'était pas fondée.”

Il faut remarquer sur cette citation de Pothier, que quand il parle du défaut de fondement de l'opposition, c'est l'absence d'empêchements dirimants qu'il signale.

De Héricourt, Lois Ecclésiastiques de France, Partie III, ch. 1, art. 2, § XXIII, fait une maxime de la non nullité de mariage célébré malgré une opposition qui n'est pas fondée sur un empêchement dirimant. “ Le mariage célébré au pré-  
“ judice des oppositions, dont il n'y a pas de main-levée, n'est  
“ point nul, s'il n'y a point d'ailleurs d'empêchements diri-  
“ mants.”

Le même auteur, même chapitre, art. 3, § V : “ La défense  
“ du Juge ecclésiastique ou du Juge séculier, forme un empê-  
“ chement prohibitif de mariage ; mais il ne le rend point nul  
“ lorsqu'il a été célébré au préjudice de cette défense, s'il n'y  
“ a point d'ailleurs d'empêchement dirimant.”

285. Un bon nombre d'arrêts ont confirmé ce principe. Nous

légitime, osent, même dans le cas où ce mariage ne leur a pas été interdit, le contracter en face d'Eglise.

Tout prêtre ou régulier, qui néglige d'interdire *tels mariages*, ou qui ose les célébrer, doit être punis d'une *suspense* de trois ans et d'une peine plus grave si les circonstances l'exigent.

Que sont ces *tels mariages* dont la célébration rend le prêtre qui le célèbre, passible de la *suspense* ou d'une peine plus *grave* ? D'après le texte et l'ensemble du canon, ces mariages sont de deux sortes ; 1o. ceux non précédés de la publication préalable des bans, (le cas de dispense toujours excepté), et 2o. ceux contre lesquels il existe une conjecture probable de légitime empêchement, soit que cette conjecture résulte de la dénonciation d'un empêchement par quelque personne qu'elle soit faite, ou de l'investigation faite à l'égard des empêchements par le prêtre à la suite de la dénonciation de cet empêchement, ou de son propre mouvement, ou que cette conjecture résulte à la fois de la dénonciation et de l'investigation. Comme en ce cas, le prêtre qui omet d'interdire le mariage jusqu'à ce qu'il en ait été vérifié, et qui au contraire le célèbre, désobéit à un ordre de l'Eglise, savoir au canon dont il est question et commet une faute grave, la *suspense* est portée contre lui.

Ce qui démontre davantage la nécessité où est le prêtre, d'interdire le mariage, sur dénonciation d'un empêchement, disons si l'on veut de le

allons en citer quelques-uns, en partie empruntés au Code Matrimonial de Camus, ouvrage déjà cité, et au Journal des Audiences.

Un frère tuteur de sa sœur, agréée qu'elle soit recherchée en mariage par un de ses cousins germains, à la charge d'obtenir dispense. Dans la suite ce frère change d'avis, s'oppose au mariage, et obtient, tant au parlement de Bourgogne qu'au parlement de Paris, des arrêts qui font défense de passer outre au mariage. Nonobstant ces défenses le mariage est célébré : le frère interjette appel comme d'abus de la célébration ; il soutenait que la dispense était obreptice. Par arrêt du 10 mars 1654, il est déclaré non-recevable, et condamné à l'amende et aux dépens.

Le sieur Pochet maître chandelier à Paris, avait donné le 20 janvier 1695, un acte passé devant notaires, à Mathurin-Henri Pochet, l'un de ses fils, âgé de près de trente ans, par lequel il lui permettait d'épouser telle personne que bon lui semblerait. Plusieurs années avant d'avoir ce consentement général, Pochet fils avait entretenu un commerce de débauche

suspendre jusqu'à vérification de l'empêchement, c'est que le canon ajoute, que même ceux qui sont dans les degrés de parenté permis (*in gradu concessio*) et qui, malgré cet interdit, porté sur dénonciation d'un empêchement non existant, (on doit comprendre,) osent, tant qu'il n'a pas été vérifié de la valeur de l'empêchement, contracter mariage, doivent être punis suivant la gravité de leur offense. Pour compléter la disposition de ce canon, le Concile le termine en ajoutant : que ceux qui dénoncent malicieusement des empêchements non fondés, n'échapperont pas à la vengeance de l'Eglise.

Or, si le prêtre qui au mépris d'un empêchement dénoncé extra-judiciairement, se rend passible de la suspense, à plus forte raison doit-il le devenir quand cet empêchement lui est dénoncé par une opposition faite en justice.

Je ne suis entré dans les explications contenues en cette note que pour justifier l'opinion énoncée dans le texte, sans vouloir m'ingérer sur ce point non plus que sur aucun autre, en aucune matière de discipline ecclésiastique, ou de dispute théologique. Au soutien de mon opinion, j'ai cité la décrétale même sur laquelle elle est fondée, et je retirerai volontiers mon interprétation si des juges plus compétents que moi la condamnent. Je la crois pourtant correcte !

avec la nommée Pierrette Moyneau. Ce commerce avait été suivi de la naissance de deux enfants. Pochet donna dans la suite, à la Moyneau, un écrit sous seing privé, par lequel il promettait de l'épouser quand il le pourrait. Comme il ne satisfaisait point à sa promesse, il fut assigné à l'officialité de Paris, et condamné le 21 décembre 1699, à épouser la Moyneau. Il y eut, de la part de Pochet fils, d'abord un appel simple, puis un appel comme d'abus, ensuite un désistement de tous ces appels. Cependant Pochet père avait rendu plainte contre cette fille ; et par sentence du lieutenant criminel, rendue le 10 mars 1700, il lui fut enjoint de mieux vivre à l'avenir, avec défenses de récidiver et de hanter ni fréquenter Pochet fils, sous telle peine qu'il appartiendrait. Pochet père fait ensuite opposition à la sentence de l'officialité du 21 décembre 1699. Il en est débouté. Pochet fils et Pierrette Moyneau interjettent appel de la sentence du lieutenant criminel, obtiennent un arrêt de défenses, et veulent faire procéder à la célébration de leur mariage. Opposition de la part du père. Sentence de l'official, qui ordonne qu'il sera passé outre au mariage : publication de bans en conséquence ; mariage ensuite, dont Pochet père interjette appel comme d'abus.

M. l'avocat-général (Joli de Fleuri) soutint d'une part, que l'appel comme d'abus n'était pas recevable, parce que le sieur Pochet ne pouvait pas empêcher le mariage de son fils, âgé de plus de trente ans, et parce qu'il lui avait donné une permission expresse de se marier comme il le voudrait ; il ajouta que dans le fait, il n'y avait pas de moyen d'abus contre le mariage. On alléguait qu'il avait été fait au préjudice de défenses subsistantes, et hors la présence du propre curé. Ce second moyen n'était pas suffisamment justifié dans le fait. A l'égard des défenses, M. Joli de Fleuri dit qu'il serait difficile de prononcer une nullité sur ce seul fondement.

L'arrêt, rendu le 11 août 1703, déclara Pochet père non-recevable dans son appel comme d'abus ; mais le vicaire de saint Germain-le-Vieux, qui avait célébré le mariage, fut assigné pour être ouï sur ce qu'ayant connaissance des défenses qu'il y avait de célébrer le mariage, il n'avait pas laissé de passer outre.



286. Par arrêt donné au parlement d'Aix le 7 mai 1665, entre Jean et Jacques de Radet père et fils, et Jean et Daniel de la Salle, les sieurs de la Salle furent déclarés non-recevables à débattre de clandestinité, le mariage d'Isabeau de la Salle leur sœur, avec Jacques de Radet fils. Ce mariage fut confirmé par le même arrêt, quoiqu'il eût été contracté au préjudice des défenses faites par le sénéchal d'Oleron, par le parlement de Pau, et par le conseil ; mais le sieur de Radet fut condamné à 300 livres d'amende pour la peine de la contravention.

Le sieur le Mercier, lieutenant-général à Bayeux, instruit du dessein que son fils avait formé d'épouser une demoiselle nommée de Salem, obtint un mandement du juge de Bayeux, portant défenses à Antoine le Mercier fils, et à la demoiselle de Salem de contracter mariage. Cette défense fut signifiée aux curés du ressort. En conséquence, Antoine le Mercier ayant requis son curé de lui donner la bénédiction nuptiale, celui-ci la refusa. Le Mercier déclara en présence du curé, qu'il prenait la demoiselle de Salem pour sa femme. Il était à cette époque âgé de vingt-neuf ans. Le père voyant que son fils ne poursuivait pas pour obtenir la main-levée des défenses, se contenta d'en obtenir de nouvelles : mais il ne fit aucune poursuite.

Antoine le Mercier étant mort, sa veuve comme tutrice de ses enfants voulut recueillir sa succession : la mère et le frère de le Mercier s'y opposèrent. On disait de la part de la veuve, que la substance du mariage consistait au seul consentement des parties ; que la déclaration qu'ils avaient faite devant le curé était suffisante, parce que son ministère n'était que d'être témoin ; que c'était le véritable sens du concile, et que la congrégation des cardinaux l'avait décidé en ces termes : *Sacra cardinalium congregatio censuit non pertinere ad substantiam matrimonii, ut parochus aliqua verba proferat, ideoque valere matrimonium, quamvis verba exprimentia consensum prolata sint à contrahentibus tantum.*

De la part de la mère et du frère de le Mercier, on répondait que dans les écoles même, la question que l'on discutait serait susceptible de difficulté, attendu que l'on n'y convenait pas de

ce qui fait la forme du mariage ; si ce sont les paroles qui expriment le consentement des parties, ou celles qui contiennent la bénédiction. On citait plusieurs théologiens célèbres, entr'autres M. de Marca, Melchior Cano, pour prouver que la bénédiction était absolument nécessaire. Dans le fait particulier on ajoutait, que supposé même que le défaut de bénédiction ne fût pas considérable, la veuve le Mercier ne pouvait prendre le titre de femme légitime, parce que le mariage avait été célébré sans publication de bans, *nonobstant l'opposition du père, et contre les défenses du juge*. Basnage plaidait pour le frère de le Mercier. On n'eut point d'égard à ses moyens ; et par arrêt du 19 juin 1671, le mariage fut confirmé, et les enfants reçus à succéder.

Le sieur Mansart, architecte, épousa le 15 février 1734, Claudine Marchebourg. Il était fils du sieur Mansart, comte de Sagonne, et de la demoiselle d'Hugueni, qui s'épousèrent dans la suite ; mais sans pouvoir légitimer les enfants qu'ils avaient eus, parce que ces enfants étaient nés pendant un premier mariage du comte de Sagonne. Lors du mariage du sieur Mansart avec la demoiselle Marchebourg, il y avait une opposition formée au mois de mars 1731, de la part de la dame de Sagonne. Le comte de Sagonne se transporta chez un notaire, le 29 janvier 1734, pour désavouer l'opposition formée par la dame de Sagonne, attendu qu'elle avait été faite sans son autorisation et sa participation. Le lendemain il assista au contrat de mariage de son fils.

Environ un an après ce mariage, la dame de Sagonne en interjeta appel comme d'abus ; mais l'appel ne fut pas suivi, quoique les sieur et dame de Sagonne eussent eu différents procès contre leur fils. Le mariage subsista paisiblement pendant plusieurs années : ensuite le sieur Mansart prétendit qu'il avait à se plaindre des manières de sa femme ; il la fit mettre dans un couvent. Bientôt la haine qu'il avait conçue contre elle augmentant, il conçut le projet de faire déclarer son mariage nul.

Au mois de mars 1747, le sieur Mansart forme à l'officialité une demande à fin de nullité de son mariage, et fait assigner

Claudine Marchebourg. Celle-ci poursuit, et elle obtient une sentence par défaut, qui déclare son mari non-recevable. Le sieur Mansart interjette appel comme d'abus de son mariage ; il fait reprendre à sa mère l'appel qu'elle avait interjeté en 1735. Le comte de Sagonne intervient, et adhère à l'appel comme d'abus.

Entre autres moyens l'Appelant prétendit que le mariage avait été célébré au préjudice d'une opposition subsistante.

Sur ce moyen, on répondait qu'il n'y a aucune loi qui déclare nul un mariage fait au préjudice, soit d'une opposition, soit des défenses du juge ; et qu'ainsi un tel mariage n'est pas nul. On citait en preuves, le chap. 3 aux Décrétales, *de matrim. contracto contra interd. eccles.* les *Loix ecclesiast.* de Hélicourt, *part. 3, chap. 5, art. 1, n. 23, et art. 3, n. 5*, et plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé.

M. l'avocat-général Joli de Fleuri discuta séparément chacun des moyens des appelants comme d'abus. Quant à celui tiré de l'opposition subsistante lors du mariage, il prétendit que la Cour ne devait y avoir aucune considération et le 15 février 1748, arrêt fut rendu en conséquence, déclarant qu'il n'y avait abus.

On juge également sous le Code Napoléon, qui ne contient pas non plus de disposition expresse sur ce point, que le mariage contracté malgré une opposition n'est pas affecté de nullité, s'il n'existe pas d'ailleurs d'empêchements dirimants.

287. Sur l'article 178 qui ouvre l'appel du jugement rendu sur l'opposition, lequel appel est suspensif, les auteurs agitent la question de savoir quel sera le sort du mariage contracté en vertu d'un arrêt qui, après avoir fait main-levée de l'opposition formée à ce mariage, a été cassé par la Cour Suprême.

Les Commentateurs sont partagés sur ce point. Les uns, parmi lesquels on compte Demolombe (tome 3, de la page 271 à la page 275, Nos. 169 et 170), Massé et Vergé sur Zachariaë (tome 1, page 197, note 1,) et Boilleux, (tome 1, page 435), affirment que ce mariage a pu être célébré valablement malgré l'arrêt postérieur de la Cour de Cassation, s'il n'est bien entendu, frappé d'aucun empêchement dirimant.

D'autres, et parmi ceux-là sont, Delvincourt (page 63, No. 1), Duranton (tome 2, page 160, No. 215), bien que son opinion ne soit pas tranchée, et Marcadé (tome 1, de la page 421 à 424, Nos. 613, 614 et 615), soutiennent au contraire, que la célébration de ce mariage sera annulée par l'arrêt de cassation. Que si la seconde Cour d'appel maintient la main-levée, le mariage devra être célébré de nouveau, qu'il n'aura de valeur que de la date de cette célébration, et que dans le cas où le jugement de main-levée est infirmé, ce mariage célébré invalide-ment, ne pourra jamais l'être validement.

Plusieurs arrêts sont cités par Demolombe, au soutien de la première opinion, mais comme la chose arrive fréquemment, Marcadé s'en empare pour les tourner en sa faveur.

Cette discussion ne nous intéresse point, vu que nous n'avons pas de tribunal remplaçant la Cour de Cassation, et que parmi nous, il est certain, comme nous l'avons vu *suprà*, que l'appel ouvert par notre article 146 est suspensif, ce qui est d'ailleurs le caractère de tout appel suivant notre jurisprudence.

Si cependant la question devait être résolue dans le sens de ceux qui soutiennent la validité du mariage, malgré l'arrêt définitif qui l'aurait improuvé, du moins qui aurait infirmé l'arrêt de main-levée ou maintenu l'opposition, la conséquence serait que puisqu'un mariage peut être maintenu malgré un jugement définitif qui lui est hostile, *a fortiori*, celui contracté au mépris d'une simple opposition doit l'être.

La solution de la première question peut être douteuse, mais ce qui ne l'est pas, c'est que tous ceux qui ont pris part à ce débat, admettent que le mariage célébré au préjudice d'une opposition, quoique irrégulier, reste cependant valable.

Demolombe : " Mais c'est surtout dans son application à notre sujet que le système contraire (celui de Marcadé dont Demolombe critique ici l'opinion) me semble répréhensible. Comment ! le mariage célébré au mépris d'une opposition qui aurait été maintenue par un arrêt de Cour impériale, et par la Cour de Cassation elle-même, ce mariage *serait valable, si d'ailleurs*, (comme nous le supposons) *il n'était pas*

“ entaché d'une autre cause de nullité ; et on voudrait que ce même mariage fut déclaré nul pour avoir été célébré après la main-levée de cette opposition par décision judiciaire.”

Marcadé : “ En vain dirait-on, que la main-levée de l'opposition étant réputée non avenue, on est dans le cas d'un mariage célébré au mépris d'une opposition, *circonstance pour laquelle la loi ne prononce pas la nullité du mariage.*”

Plus loin : “ Mais à part cette observation, nous avons répondu d'avance à l'objection, en disant que la nullité ne procède pas ici d'une célébration faite au mépris d'une opposition, mais bien de la cassation (ou de l'infirmité sur l'appel) par suite de laquelle, la célébration se trouve légalement non avenue.”

Zachariæ, tom. 1, page 195, § 121, *De l'effet des oppositions.* Lorsqu'une opposition a été formée, l'officier de l'état civil doit surseoir à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'il en ait été donné main-levée, soit par un désistement régulier, arg. art. 67, soit par un jugement. Cependant, le mariage, célébré malgré l'existence d'une opposition même maintenue par jugement, *n'est pas nul pour ce seul fait*, si d'ailleurs il ne se rencontre aucun moyen de nullité résultant d'un empêchement dirimant. Seulement, l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration du mariage sans tenir compte de l'opposition, est passible de trois cents francs d'amende, et est tenu en outre envers les parties intéressées, des dommages résultant pour elles, de la célébration irrégulière du mariage.

Massé et Vergé : “ Il suit de là que nonobstant le pourvoi contre l'arrêt qui fait main-levée de l'opposition, le mariage peut être célébré. Mais si l'arrêt est cassé, et par suite les choses remises au même état qu'avant l'arrêt, le mariage tombera-t-il avec tous les effets de l'arrêt ? Evidemment non. L'effet du jugement ou de l'arrêt qui maintiennent l'opposition ou qui en font main-levée, n'est pas de faire qu'il pourra ou qu'il ne pourra pas être passé outre au mariage, c'est de dire que l'opposition tiendra ou ne tiendra pas. Ces jugements ou arrêts n'ont donc aucun effet relati-

“ vement à la validité du mariage contracté malgré l’opposi-  
 “ tion. *De même que le mariage célébré au mépris d’une*  
 “ *opposition, n’est pas nul ; de même le mariage n’est pas nul*  
 “ quand cette opposition a été maintenue par jugement ou  
 “ arrêt ; et de même qu’il n’est pas nul, bien que célébré au  
 “ mépris de l’arrêt qui maintient l’opposition, de même il ne  
 “ peut devenir nul, célébré après un arrêt qui donne main-  
 “ levée de l’opposition, quand cet arrêt vient à être cassé. En  
 “ définitive, l’effet de la cassation qui est de remettre les choses  
 “ au même état qu’avant l’arrêt cassé, ne peut aller plus loin  
 “ que l’effet que cet arrêt aurait produit, s’il avait jugé dans  
 “ un sens contraire, à celui qui a déterminé la cassation.  
 “ Riom, 27 jan. 1806 ; Paris, 19 sept. 1815 ; Lyon, 13 fév. 1828.  
 “ Merlin Rép. Vo. Opp. a mar. Chardon, No. 200.

“ A plus forte raison, le mariage ne peut être annulé s’il a  
 “ été célébré après un jugement qui donne main-levée de  
 “ l’opposition et avant qu’il ait été interjeté appel du juge-  
 “ ment. Rennes, 12 déc. 1814. Dans tous les cas qui précèdent,  
 “ le mariage n’est nul que s’il a été célébré malgré un empêche-  
 “ ment dirimant, et l’opposition en elle-même n’est qu’un em-  
 “ pêchement prohibitif.”

D’après le droit canonique, le mariage célébré au mépris  
 d’une opposition, n’est pas non plus frappé de nullité comme  
 nous le verrons *infra*.

288. Une opposition au mariage, nulle pour vices de forme,  
 ou même rejetée au fonds peut-elle être renouvelée ?

Si cette question devait être jugée par des arguments *ab in-  
 convenienti*, des raisons de convenance, ou même par des con-  
 sidérations empruntées au bon ordre public et à la faveur due  
 au mariage ; nous pourrions ajouter si le juge appelé à la juger  
 pouvait écarter le texte de la loi pour puiser dans l’esprit qui  
 a dicté l’ensemble du chapitre troisième, les motifs de sa dé-  
 cision, nous répondrions incontinent dans la négative. Mais il  
 n’en est pas et il n’en saurait être ainsi. Aux termes généraux du  
 droit, toute demande judiciaire, excepté déchéance particulière  
 prononcée par une loi, peut être réitérée efficacement, si par fin  
 de recevoir, la partie victorieuse sur le premier litige ne peut

lui opposer la présomption *juris et de jure* de la chose jugée. Or outre l'indentité des parties, l'autorité de la chose jugée exige l'identité des causes de la demande, et la prononciation d'un jugement rendu sur le fonds du procès. Si donc la première opposition a été rejetée à la forme, ou si les causes d'opposition sont différentes dans la seconde instance, quelques soient d'ailleurs les inductions hostiles à cette opposition tirées de la faveur du mariage, les tribunaux, en l'absence d'une disposition particulière, ne pourraient refuser de la juger. La loi ne faisant point de distinction entre ces causes et les autres, les juges ne pourraient en faire pour elle. Sous l'ancien droit où les oppositions au mariage étaient laissées à l'arbitraire des tribunaux, peut-être auraient-ils pu le faire. Sous le Code qui a organisé un système régulier sur cette matière, repousser cette seconde demande sans en juger le mérite, serait de la part des juges un abus d'autorité.

289. Telle est la doctrine enseignée par les commentateurs du Code Napoléon, qui se trouve dans la même condition que le nôtre qui lui a emprunté presque en entier le chapitre qui nous occupe.

Boilleux sur l'art. 179 tom. 1, p. 436.—“ L'opposant débouté de son opposition peut-il la renouveler?—Si l'opposition a été rejetée pour vice de forme, il nous paraît hors de doute qu'on peut la réitérer ; car cette nullité extrinsèque n'affecte point le fond du droit.—Les articles 177 et 178 exigent que la cause soit jugée à bref délai, (1) mais ils ne prononcent pas de fin de non-recevoir.”

“ *Quid* si l'opposition a été rejetée au fond ? peut-on la réitérer en motivant d'autres causes ? Aucun texte ne déclare qu'on ne peut former qu'une seule fois opposition. Ces oppositions réitérées entraîneront des retards souvent funestes, nous le reconnaissons ; mais il est possible que des causes inconnues jusqu'alors aient été découvertes.—Du reste, les magistrats peuvent prononcer contre l'opposant des dommages-intérêts plus ou moins considérables, même contre les ascendants : ces derniers invoqueraient vainement

(1) Exactement comme nos articles 144 et 146.

“ leur qualité ; ils auraient épuisé, par une première opposi-  
 “ tion, la faveur que leur accorde l'article 179.”

Ecoutez à son tour Demolombe.—“ Vous avez été débouté  
 “ de votre opposition. Pouvez-vous revenir à la charge et  
 “ former une opposition nouvelle ?

“ Supposons d'abord que votre opposition a été rejetée pour  
 “ vice de forme. — On a prétendu que, même dans ce cas, elle  
 “ ne pouvait pas être réitérée (Bruxelles, 26 déc. 1812, Ger-  
 “ trude B..., Sirey ; 1813, II, 379, Merlin, *Répert.*, t. XVII, Vo.  
 “ *Opposit.*, quest. 2, sur l'article 176 ; Zachariæ, t. III, p. 238).  
 “ On invoque les articles 177, 178, qui exigent que ces sortes  
 “ de causes soient jugées dans un bref délai, et le danger  
 “ d'une série d'oppositions dont on ne verrait pas la fin !

“ Mais pourtant, la règle générale est qu'un exploit ou une  
 “ signification quelconque, nul pour vice de forme, peut être  
 “ renouvelé, sans que cette nullité extrinsèque affecte le fond  
 “ du droit, si d'ailleurs il n'a pas autrement péri ; or, aucun  
 “ texte ne me paraît, dans ce sujet, y déroger ; car les articles  
 “ 177, 178, en déterminant le délai dans lequel le tribunal et  
 “ la cour devront statuer, ne s'expliquent d'ailleurs, ni de près  
 “ ni de loin, sur notre question même. Quant à l'autre danger  
 “ qu'on signale, je vais bientôt y revenir (Delvincourt, t. I,  
 “ p. 209, No. 5 ; Duranton, t. II, No. 206 ; Vaseille, t. I, No.  
 “ 177). Ce sentiment est aussi celui de nos honorables  
 “ collègues, MM. Aubry et Ran, qui avaient d'abord enseigné  
 “ la doctrine contraire (sur Zachariæ, t. IV, p. 37).

“ Maintenant je suppose que votre opposition, régulière en  
 “ la forme, a été rejetée au fond par quelque motif que ce  
 “ soit. — C'est fini, vous dit-on encore, il ne vous est point  
 “ permis de recommencer (Zachariæ, t. III, p. 238). — Cette  
 “ solution ne mèn paraît pas plus fondée : je ne connais aucun  
 “ texte qui décide que la même personne ne pourra, en tout  
 “ et pour tout, former qu'une seule fois opposition à un  
 “ mariage ; il me semble donc que ce n'est qu'arbitrairement  
 “ qu'on pourrait créer cette espèce de forclusion. De deux  
 “ choses l'une : ou vous représentez la même cause d'oppo-  
 “ sition qui a déjà été rejetée ; et alors votre seconde opposi-



“ tion sera repoussée par l'autorité de la chose jugée (art. 1351) ;  
 “ ou vous invoquez maintenant une autre *cause*, une *cause*  
 “ nouvelle et différente d'opposition (art. 176) ; et alors l'une  
 “ des conditions requises par l'article 1351 venant à manquer,  
 “ votre nouvelle opposition est recevable et doit être, à son  
 “ tour, appréciée.

“ Mais cela va être à n'en point finir ! et voilà toutes les  
 “ précautions de la loi impuissantes contre ce moyen irrésis-  
 “ tible de vexations et de retards que vous donnez à l'opposant.

“ L'objection est, j'en conviens, très-grave ; et j'avoue aussi  
 “ que nul remède ne serait plus énergique que celui qu'y  
 “ apporte l'opinion que je combats, en déclarant impossible  
 “ toute nouvelle opposition ! Mais en droit, je ne me crois pas  
 “ autorisé à priver la partie d'une action qu'aucun texte ne  
 “ lui refuse, et dont le refus d'ailleurs ne serait pas même  
 “ toujours, en fait, exempt d'inconvénients. N'est-il pas  
 “ possible, en effet, que depuis la décision rendue sur la  
 “ première opposition, une nouvelle cause ait surgi ou même  
 “ qu'une cause déjà existante, mais alors ignorée, ait été depuis  
 “ découverte ? Reste donc finalement le principe, qu'une pre-  
 “ mière opposition n'est pas, en droit, un obstacle à une  
 “ seconde. — Vous insistez : ni une seconde à une troisième ?—  
 “ Je réponds : ni une seconde ni une troisième... Nous tou-  
 “ chons ici, sans doute, à un de ces abus possibles, comme il  
 “ y en a partout ! Est-ce que la règle générale n'est pas que  
 “ l'appel, même interjeté hors les délais, doit suspendre  
 “ l'exécution (Cass., 7 janv. 1818, Marcey, D., *Rec. alph.* t. XI,  
 “ d. 854 ; Limoges, 20 juill. 1832, Castro, D., 1832, II, 183) ; et  
 “ pourtant des appels évidemment tardifs et dérisoires pour-  
 “ raient entraver aussi l'exercice des droits les plus légitimes.  
 “ Faudra-t-il, pour cela, sacrifier la règle elle-même ? non  
 “ sans doute ! mais il arrivera qu'on passera outre, si l'abus  
 “ est flagrant et si évidemment l'appel n'est pas sérieux  
 “ (Toulouse, 3 fév. 1832, Tournan, D., 1832, II, 65). De même  
 “ encore, il est incontestable que les exceptions préjudicielles  
 “ doivent être jugées avant le fond ; et pourtant ne pourraient-  
 “ elles pas devenir aussi, en se multipliant, un moyen

“ d’ajourner indéfiniment la décision de la cause ? Dans ce  
 “ cas encore, si l’exception préjudicielle n’a pas même une  
 “ apparence de raison, et s’il devient certain que la partie s’en  
 “ fait un jeu, les magistrats n’en tiendront pas compte (arg. de  
 “ l’article 182 du Code forest.). Et bien, de même, si les  
 “ magistrats aperçoivent l’abus du droit d’opposition, non-  
 “ seulement ils pourront le réprimer en accordant des dom-  
 “ mages-intérêts à la partie lésée, qui serait alors en droit de  
 “ conclure à une somme assez considérable pour que l’oppo-  
 “ sant ne fût pas tenté d’y revenir ! Ils pourraient encore, si  
 “ l’insolvabilité de l’opposant ou sa qualité d’ascendant (art.  
 “ 179) rendait ce moyen inefficace, ou même dans tous les  
 “ cas, concurremment avec ce moyen, ils pourraient, dis-je,  
 “ ordonner l’exécution provisoire de leur décision, nonobstant  
 “ toute opposition nouvelle, qui serait alors considérée bien  
 “ plutôt comme une opposition à l’exécution du jugement ou  
 “ de l’arrêt que comme une opposition au mariage (art. 135  
 “ procéd. ; Caen, 10 mai 1843, de Château-Thierry, *Rec. de Caen*,  
 “ t. VII, p. 275 ; Comp. Demante, t. I, No. 254 bis, II ; Massé et  
 “ Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 197).”

Il est cependant à remarquer qu’une seconde opposition  
 produite par une autre personne que le premier opposant, soit  
 qu’elle fût en même degré et qu’elle eût concurremment avec  
 lui le droit de se porter opposante, soit qu’elle fut d’un degré  
 inférieur et n’eût le droit aux termes des articles 137, 138,  
 139 et 141, de faire opposition qu’à son défaut, ne serait pas  
 recevable.

Ayant dans le premier volume de cet ouvrage, renvoyé au  
 présent titre du mariage, le commentaire sur l’article 60, qui  
 se trouve dans le titre des actes de l’Etat civil, ce commen-  
 taire trouve naturellement sa place ici.

---

## ARTICLE 60.

Si le mariage n'est pas célébré dans l'année à compter de la dernière des publications requises, elles ne suffisent plus et doivent être faites de nouveau. (1)

## SOMMAIRE.

290. Sagesse de la disposition de article 60, sur le renouvellement des publications de mariage, après un an écoulé depuis les premières, sans célébration de mariage.
291. En est-il de même du cas où la suspension a eu lieu par suite d'une opposition non vidée dans l'année soient ensuite rejetées ?
292. Du cas d'une nouvelle opposition, après jugement sur la première.
293. Par la rapidité de la procédure en matière d'opposition au mariage, l'application de l'article à ce cas extrême ne peut porter un grand préjudice.
294. Parité de raisons, pour le cas où un an s'est écoulé, sans célébration, depuis l'obtention d'une dispense.
295. Différence entre le droit civil et le droit canonique au sujet du présent article.
296. Retour aux effets de la célébration du mariage au mépris d'une opposition suivant le droit canonique.

## COMMENTAIRE.

290. L'article 60 renferme une disposition d'une grande sagesse, en ordonnant le renouvellement des publications, si le mariage n'est pas célébré dans l'an de la dernière d'elles. Le but des publications prescrites par le Concile de Trente et l'Ordonnance de Blois, est d'obtenir la révélation des empêchements au mariage, et de prévenir les mariages clandestins. Il en est ainsi dans les autres croyances. Cette publication est en outre, une mise en demeure, aux parties autorisées à s'opposer au mariage et à faire valoir leur opposition.

La publication des bans dénote, de la part des conjoints, la détermination de procéder à la célébration de leur mariage, sous un délai raisonnable, pendant lequel d'ordinaire, les empêchements se manifestent et les oppositions se forment.

(1) Nous reproduisons ici *verbatim* le commentaire qui se trouve sur cet article 60, aux pages 387 et suivantes, du premier volume de cet ouvrage publié en 1873. Mais comme dans la nouvelle édition de ce premier volume que nous entendons publier avec *revision et correction* nous omettrons le présent commentaire, nous le plaçons ici comme étant le sujet naturel de la matière de cet article 60.

Un retard démesuré pourrait faire croire à un abandon du mariage projeté. D'ailleurs des empêchements non existant lors de la publication, peuvent survenir dans l'intervalle de cette publication au mariage, s'il n'a lieu qu'à une époque éloignée.

Il fallait donc prescrire une période, pendant laquelle, les publications seraient valables et deviendraient ensuite frappées de surannation. D'accord avec le Code Français, le Code du Bas-Canada a fixé celle d'une année. Après cette année, ces publications, devenues caduques, doivent être renouvelées, ou plutôt recommencées, comme si elles n'avaient jamais été faites.

Tout se renouvelle alors ; révélations d'empêchements anciens et nouveaux, oppositions fondées sur des moyens nouvellement découverts, ou déjà invoqués. On procède à toutes fins sur de nouveaux errements, n'ayant aucun égard aux publications anciennes, considérées comme non avenues.

291. En est-il ainsi dans tous les cas, et même dans l'espèce où une opposition faite à un mariage publié n'ayant pas été vidée dans l'année, serait ensuite rejetée ? Les conjoints, en représentant au fonctionnaire de l'état civil, le jugement leur donnant main-levée de l'opposition, pourraient-ils faire célébrer leur mariage, sans publications nouvelles ? Nous ne le croyons pas. Le texte est positif et n'admet pas d'exceptions et notamment celle que nous venons de supposer.

Suit-il de cette solution, qu'une opposition non jugée dans l'année de la dernière publication, devienne caduque et doive être mise hors de cour, comme inutile, ou encore, que l'une des parties puisse pour cette raison, demander sa mise hors de procès ? Nous ne le pensons davantage. Le jugement rendu après l'an, sur l'opposition, créera l'autorité de chose jugée, sur les points qu'il a décidés. S'il a été défavorable au mariage, et que, malgré cette défaveur, les bans soient de nouveau publiés, ce jugement représenté au fonctionnaire de l'état civil, devra avoir l'effet de prévenir la célébration du mariage, comme il peut eu, sur les publications anciennes. Hostile, au contraire, à l'opposition, il aura l'effet d'en paralyser une nouvelle, fondée sur les moyens déjà décidés, et for-

mulés lors des secondes publications toujours nécessaires, comme nous venons de le voir.

292. Mais si la nouvelle opposition était fondée sur des moyens non découverts lors de la première, ou survenus depuis, le jugement ne pourrait être invoqué par les conjoints, pour obtenir main-levée de l'opposition. Il faudrait de rechef instruire la cause, limitée cependant aux moyens non jugés.

Cette conclusion, qui soumet un même mariage, aux péripéties d'une double opposition, paraîtra sans doute rigoureuse. Elle résulte pourtant, de la nécessité de recommencer les publications, ordonnées dans tous les cas par notre article, qui, sans distinction du cas où il y a opposition, ou de celui où nul obstacle semblable n'arrête le mariage, prescrit en termes absolus, que si le mariage n'est pas célébré dans l'année de la dernière des publications, elles ne suffisent plus, et doivent être faites de nouveau.

293. D'ailleurs ce cas extrême ne peut se présenter que rarement, et dans les espèces où il se présentera, vû la rapidité de l'instruction prescrite par le Code de Procédure Civile, les déchéances prononcées par l'article 143 du Code Civil, dont est frappée, *de plano*, l'opposition au cas où celui qui l'a faite, ne la fait pas décider avec la célérité voulue, et la préséance donnée sur l'appel à la Cour du Banc de la Reine, les conjoints ne pourraient imputer qu'à leur négligence, les délais du procès au delà de l'année, la nécessité de recommencer les publications, et les nouvelles oppositions qu'elles peuvent entraîner.

294. L'article ne parle que du cas, où un délai d'une année a suivi les publications sans célébration du mariage; il est silencieux sur le cas où une année se serait écoulée depuis l'obtention d'une dispense ou d'une licence, non suivies de mariage. C'est un cas omis, que par parité de motifs, on devrait décider, comme celui de la publication; déclarer caduque la dispense ou licence, et en exiger une seconde. Nous disons parité de raisons, car aux cas omis, on doit appliquer la loi faite pour les cas semblables, sur le même sujet et offrant les mêmes conditions d'utilité, suivant la règle

d'Ulpien : *Quoties lege aliquid unum, vel alterum introductum est, bona occasio est cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.* D. L. I, T. III, l. 13, de legibus. Modestin au même endroit, l. 12, exprime la même règle en ces termes : *Non possunt omnes articuli, singuliatem aut legibus aut senatusconsultis comprehendere; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni præstet, ad similia penducere, at que ita jus dicere debet.*

295. Sur le renouvellement des publications de mariage après un certain temps écoulé depuis la dernière publication, la règle canonique est plus étroite que celle du présent article 60 ; elle exige que les publications soient renouvelées après l'expiration de deux mois écoulés, sans célébration du mariage, depuis la dernière publication. Cette règle n'est cependant pas inflexible et peut être modifiée par l'usage de chaque diocèse, tel que prescrit au Rituel. " Dans certains lieux, la règle est de deux, dans plusieurs, de trois, quatre et six mois, et dans d'autres encore, d'une année," dit l'Abbé de Carrières, dans son traité du mariage, tome 1, page 277, § 384. " Cependant en l'absence d'une dérogation particulière, la règle générale est de deux mois."

Dans le Rituel déjà cité, publié par Monseigneur La Croix de St. Vallier, pour le diocèse de Québec, on lit page 341 : " Si après la publication des bans, les parties laissent passer trois mois sans se marier, elles seront obligées de faire publier de nouveau trois autres bans, avant de se marier, à moins que Nous jugions à propos de les en dispenser. Page 340."

Cependant dans tout le Bas-Canada, on a adopté la règle générale des deux mois.

Ainsi dans les mariages catholiques, les publications interrompues pendant deux mois doivent être renouvelées, suivant la règle canonique dont l'autorité doit être préférée à celle du Code, et dans les autres églises une interruption d'une année seulement, nécessitera ce renouvellement suivant la disposition du présent article.

Une même différence se trouve entre le droit canonique et

le droit civil, au sujet de la durée du séjour requis pour créer un domicile relativement à la publication des bans de mariage et de sa célébration. D'après l'article 63, le domicile par rapport au mariage, s'établit par six mois d'habitation dans le même lieu. Le droit ecclésiastique a comme nous l'avons vu, des règles différentes sur ce point. Comme conséquence de cette contrariété des deux droits, les règles canoniques devront être suivies dans les mariages catholiques, et l'article 63 dans les autres mariages.

296. Cette allusion à la différence des deux droits nous conduit à signaler la contrariété de la procédure canonique et de la nôtre sur les oppositions au mariage et à soutenir l'opinion exprimée au No. 287, que pas plus que le droit civil le droit canonique ne tient pour nuls, les mariages célébrés au mépris d'une opposition, s'ils ne sont pas d'ailleurs entachés d'empêchements dirimants.

Dans les pays où il existe des tribunaux ecclésiastiques, régulièrement organisés, c'est devant l'official que se font les oppositions ; et c'est lui qui interdit le mariage, auquel il ne doit pas être procédé avant que l'opposition soit vidée.

Le Souverain Pontife, les Evêques et tous supérieurs ecclésiastiques ayant juridiction épiscopale, peuvent également pour de justes causes, interdire le mariage entre certaines personnes déterminées, au moins pour un temps.

Le curé des parties contractantes peut aussi et il doit même l'interdire, pour des causes reconnues en droit, et entre autres, s'il existe un soupçon raisonnable d'empêchement caché entre les parties, et au cas d'opposition plausible au mariage et de dénonciation d'empêchements, ainsi que nous l'avons vu à la note du No. .

Ces interdits qui, quoique particuliers dans l'espèce, tombent sous la rubrique générale de " Interdit ou Défense de l'Eglise," *Interdictum seu Vetitum Ecclesiæ* n'invalident pas le mariage contracté à leur mépris, car en général, le *Vetitum Ecclesiæ*, ne produit que des empêchements prohibitifs, excepté en un cas qui est celui où le pape interdit un mariage avec *clause irritanti*. En ce cas, l'empêchement est *dirimant*, car

ayant le pouvoir de créer des empêchements dirimants de mariage, et il est dans l'Eglise, le seul supérieur légitime qui ait ce pouvoir, il est censé avoir créé un empêchement de ce genre contre le mariage qu'il prohibe, et tel mariage contracté au mépris de son autorité serait invalide.

Telle est la règle du droit. *Ext. lib. IV, tit. XIV can. 1, 2, 3*, et tel est aussi le sentiment des canonistes. *Schmal. pars. III, tit. XVI, Nos. 12, 13, 14. Covar. pars. 2, cap. 6, No. 6.*

Vû qu'il n'existe pas de tribunaux ecclésiastiques en ce pays, nous avons assimilé l'opposition faite devant le juge civil, à celle faite devant le juge ecclésiastique, et nous avons appliqué à la défense faite par le premier les effets de la défense faite par le second, au curé devant procéder au mariage frappé d'opposition ; et comme en droit canonique, le *Vetitum judicis* ne produit pas d'empêchements dirimants et n'invalide pas plus le mariage qu'en droit civil, nous nous sommes autorisé des deux droits pour appuyer notre sentiment.

---

## SECTION SPÉCIALE.

Des effets de la rupture des promesses de mariage, sous le rapport des dommages et intérêts civils.

### SOMMAIRE.

297. Deux causes importantes sont venues devant les tribunaux du pays, pendant les dix dernières années, sur actions en dommages et intérêts civils réclamés pour rupture de promesses de mariage. *George vs. Benning et Mathieu vs. Laflamme et consorts.*
298. Dans l'une ni dans l'autre des causes, il n'y eut de preuve directe de la promesse de mariage, mais cette preuve résultait des circonstances dans les deux instances. Il n'y avait pas eu non plus de fiançailles solennelles ou publiques, qui ne sont plus en usage en ce pays. Le résultat des deux causes soumises à des jurés, fut favorable à la Demande. Importance de la question décidée par deux jugements de la Cour de première instance dont l'un fut confirmé par la Cour d'Appel et qui à cause de son intérêt mérite une section spéciale.
299. Division du sujet en cinq points ou questions particulières.



300. Première question. Si le langage ordinaire concordait toujours avec le langage légal, la solution de cette question ne serait pas difficile. Pour avoir un caractère obligatoire une promesse de mariage doit être mutuellement faite et mutuellement acceptée. Il en est ainsi de tous les contrats. Exemple tiré de la promesse de Vente. Rapprochement des fiançailles et du mariage lui-même.
301. Ce qui devait se pratiquer quand les fiançailles étaient célébrées solennellement. Fiançailles contractées par procureur. Par lettre. Les fiançailles et les promesses de mariage sont une même chose.
302. Il n'est cependant pas toujours nécessaire que la seconde promesse, *repromissio*, soit exprimée en termes exprès. L'acceptation fait dans certaines circonstances présumer cette seconde promesse. Exemples.
303. Elucidation de cette modification apportée aux règles rigoureuses posées dans les Nos. 300 et 301 par une comparaison de la promesse de mariage avec la promesse de vente.
304. Les promesses de mariage comme les paroles qui les expriment doivent être sérieuses et délibérées.
305. Raisons du préjugé qui fait une différence entre les promesses de mariage et des fiançailles. Différence dans l'étymologie du mot *sponsalia* et *fiançailles*.
306. Il n'est pas question des fiançailles dans le Code Napoléon. La raison de cette omission est que le Code Napoléon ne considère le mariage que comme un contrat civil ordinaire. Notre Code n'en fait pas non plus mention. Ce silence est plus inexcusable dans un code inspiré par l'ancien droit, tout imprégné des traditions du droit canonique.
306. *bis*. Autres causes de la distinction faite en apparence entre les promesses de mariage et les fiançailles. Les fiançailles par *paroles de présent*, *per verba de presenti* étaient de vrais mariages, et dans certains cas les canonistes appelaient encore *fiancée sponsa*, la femme mariée, avant la consommation du mariage.
307. La troisième cause de cette distinction vient de ce qu'autrefois les fiançailles étaient suivies d'une célébration solennelle et qu'elles ne le sont plus aujourd'hui. Antiquité des fiançailles. Ce quelles étaient chez les payens.
308. Le Christianisme a hérité de ces traditions et les a perfectionnées en les transformant au point de vue de ses croyances religieuses. La solennité n'est pas de la substance des fiançailles. Usages divers des lieux à cet égard. Citation de Merlin.
309. Autres citations. Décrétale du Pape Nicolas I en réponse aux Bulgares.

310. Explication de cette décrétale.  
 311. Continuation de la preuve qu'il n'existe pas en droit de différence entre les promesses de mariage et les fiançailles.  
 312. Nécessité de cette démonstration.

### COMMENTAIRE.

297. Il s'est dans le cours des dix dernières années présenté devant nos tribunaux, une question bien considérable au double point de vue de l'intérêt social et des principes du droit, sur deux actions en dommages et intérêts civils intentées pour rupture de promesses de mariage, toutes deux mues entre majeurs et remarquables par le fait que, l'une fut poursuivie par la fiancée contre un veuf, et l'autre par un garçon contre sa fiancée et son père, tous deux accusés de manque de parole et de complicité dans leur transgression.

La première est la cause de *George vs. Benning*, jugée dans un sens favorable à la demande sur défense en droit rejetée par la Cour de première instance, par jugement confirmé en Cour de Révision le 25 novembre 1868, jugée ensuite dans le même sens le 21 septembre 1869 par un autre jugement fondé sur le verdict d'un jury spécial accordant \$3500 de dommages et intérêts à la Demanderesse, et enfin par arrêt de la Cour d'Appel portant la date du 8 septembre 1870, déboutant le Défendeur et Appelant Benning de son appel interjeté des deux jugements.

La seconde est la cause de *Mathieu*, un médecin dentiste de cette ville, contre *Laflamme* et sa fille, accusés d'avoir rompu une promesse de mariage, concertée entre le Demandeur et la Défenderesse, du consentement et de l'approbation de l'autre Défendeur et rompue par les derniers sous des circonstances aggravées par la fraude et la déception pratiquées au préjudice du Demandeur et frauduleusement concertées d'avance.

298. Il n'y eut dans l'un ni dans l'autre cas de fiançailles publiques, dont d'ailleurs la célébration n'est plus en usage dans le pays, non plus que de preuve directe de la promesse de mariage; mais dans les deux causes, il fut fait une preuve de circonstances suffisantes pour la faire inférer. Les deux procès furent instruits devant des jurés spéciaux dont le ver-

diet fut favorable à chacune des deux demandes. Dans la cause de *Mathieu vs. Laflamme*, £100 de dommages et intérêts furent accordés au Demandeur.

Cette question qui trouve sa place dans les hautes régions de la théorie légale, et touche par plus d'un point à l'ordre social, est nouvelle dans le Bas-Canada. Elle avait été en France l'objet de nombreux arrêts rendus sous l'ancien droit, mais elle n'y a jamais été, que je sache, traitée comme point de doctrine.

Sous le nouveau régime, les auteurs ne paraissent lui avoir accordé qu'une attention secondaire, et elle est plutôt dans leurs traités, l'objet d'aperçus fugitifs que d'un raisonnement sérieux et suivi. En Angleterre, où plusieurs siècles de traditions légales paraissent avoir incorporé la solution affirmative dans la jurisprudence et l'y avoir rendue inexpugnable, l'opinion publique trouvant cette conclusion trop absolue, s'en est préoccupée et pendant la dernière session du Parlement impérial, un débat dont il s'agira ci-après, eut lieu dans la Chambre des Communes sur une réforme proposée sur le sujet. Une loi fut même faite à ce sujet. De son côté, le droit canonique dont on trouve des dépôts dans toutes les couches de la science du droit, s'est à son tour occupé de la question, et c'est dans les décrétales que l'on trouve les règles qui devront la résoudre.

Il n'en faut pas davantage pour faire de ce point de droit le sujet d'une section particulière, en dehors de la rubrique du Code, ajoutée au chapitre des oppositions au mariage et qui trouve sa place naturelle ici, entre le présent chapitre et le chapitre des nullités.

299. Pour traiter cette question par ordre, nous allons examiner  
 1o. Si les promesses de mariage et les fiançailles sont une seule et même chose, ayant la même nature, sujette aux mêmes conditions de validité et produisant les mêmes effets ;  
 2o. Conditions de la validité des fiançailles et comment elles se prouvent ;  
 3o. Quelles sont les causes de dissolution des fiançailles, comment elles se dissolvent, quels sont les cas légitimes de disso-

lution, c'est-à-dire les cas où cette dissolution n'emportent aucunes peines, et ceux où elles produisent des peines ; 40. Dans ce dernier cas, quelles sont ces peines et quand elles consistent en dommages et intérêts civils encourus par la partie qui les rompt injustement ; 450. Quelle est la mesure de ces dommages, et si jamais ils peuvent consister dans une peine conventionnelle stipulée d'avance, contre le fiancé qui viole la foi des fiançailles, en refusant le mariage à l'autre fiancé.

### PREMIÈRE QUESTION.

*Les promesses de mariage et les fiançailles sont-elles une seule et même chose, ayant la même nature, sujette aux mêmes conditions de validité et produisant les mêmes effets ?*

300. Si le langage ordinaire ne contrastait pas fréquemment avec le langage légal, et si ce contraste ne produisait pas dans l'acception des mots des différences qui contribuent à obscurcir les questions de droit, la question ci-haut posée n'en serait pas une. Les canonistes et en particulier Lancelot dans ses *Institutions du Droit Canonique (Institutiones Juris Canonici)* Titre X, sous la rubrique *Qu'est-ce que les fiançailles et quelle est leur étymologie ? (Qui sint sponsalia, et unde dicantur)* dit, " les fiançailles sont une promesse réciproque de mariage." *Sponsalia sunt futurarum nuptiarum mentio et repromissio.*

Or, comme une promesse de mariage qui est un contrat, cesserait d'être une promesse ou ne pourrait pas en être une, si elle n'était pas mutuellement faite et mutuellement acceptée, il s'en suit que toute promesse de mariage doit être une promesse réciproque, ou un engagement mutuel contracté par les deux promettants, sans cela elle n'aurait pas de caractère obligatoire. Le mot *mentio* signifiant la promesse de celui qui s'engage le premier et qui est acceptée par le second, et le mot *repromissio* signifiant la même promesse faite par le second. Tous les engagements ne contiennent pas dans les termes cette réitération de promesses réciproques, mais ils la renferment tous en substance. Prenons pour exemple la promesse de vente. Le vendeur ne dit-il pas, je m'engage à vous vendre, et l'ache-

teur ne dit-il pas j'accepte et je promets d'acheter ? Et tant que l'engagement n'est pas consommé par l'acceptation et la seconde promesse, n'est-il pas clair qu'il est loisible à chaque partie de se rétracter, et que jusque-là, il n'y a pas eu de vraie promesse de vente ?

Il en est ainsi dans la promesse de mariage par laquelle un des promettants dit à l'autre, je promets de vous épouser, sous entendu, si vous m'acceptez et si vous prenez le même engagement. Voilà la *mentio* qui veut aussi dire proposition. C'est-à-dire promesse conditionnelle à l'acceptation et à l'émission d'une promesse semblable. Jusque là, le premier promettant n'est pas lié, tant que le second n'a pas accepté, et il ne l'est pas même encore par cette acceptation du second, tant que celui-ci n'a pas promis de son côté, *repromissio*.

Encore une fois la chose ne se pratique pas ordinairement par les paroles même *ipsismet, verbis*, mais elles s'y trouvent en substance exactement comme dans le mariage, à l'instar duquel les fiançailles sont un contrat où le célébrant dit : Une telle prenez-vous un tel pour votre époux ? La fiancée répond oui, mais il n'y a pas encore de mariage, c'est-à-dire de contrat, tant que la même question n'a pas été faite au fiancé et qu'à son tour il n'a pas répondu affirmativement. On sait bien qu'il n'y aurait rien de fait, si l'un ou l'autre disait non ou ne répondait pas.

301. Quand les fiançailles étaient solennisées en face d'Eglise, elles devaient consister en une double promesse, faite *expressis verbis*, comme dans le mariage. Pour démontrer qu'il en est ainsi dans les fiançailles privées, prenons pour exemple, le cas où les fiançailles sont contractées par procureur ou par lettres missives, ce qui est loisible comme il l'est pour le mariage et comme pour tous les autres contrats. Le procureur du fiancé dit à la fiancée : Un tel promet de vous épouser si vous l'acceptez. Tant que celle-ci n'a pas accepté, et tant qu'elle n'a pas fait une semblable promesse, est-ce que le mandant ne peut pas révoquer son procureur et rétracter sa promesse ? Qui a jamais douté que rendu devant le prêtre, la fiancée qui a dit

oui, ne puisse avant que le fiancé ait répondu affirmativement, soit avant soit pendant soit après que le célébrant pose la question à ce dernier, rétracter son consentement non encore perfectionné par l'expression du consentement du fiancé et répondre négativement ? En ce cas est-ce qu'il y aurait mariage ? Il en est ainsi des fiançailles. Schmal. de spons 41, 42, 43, 44.

Cette règle n'est pas particulière au mariage ou aux fiançailles ; elle est commune à tous les contrats consensuels et synallagmatiques.

Nous avons cité le cas d'une promesse de vente pour élucider notre principe. On pourrait également supposer celui de fiançailles projetées par lettres. Titius écrit à Berthe et lui demande sa main ; offre de mariage *mentio*. Berthe lui répond qu'elle l'accepte et qu'elle est prête à le prendre pour époux ; acceptation et seconde promesse *repromissio*. Avant d'avoir reçu la lettre de Berthe, Titius ne peut-il pas retirer sa promesse et rompre l'engagement resté en projet ?

Cette promesse réciproque de s'épouser constitue les fiançailles, qui ne sont autre chose dans leur substance que ce que l'on appelle promesses de mariage. Toutes fiançailles sont donc des promesses de mariage et toutes promesses de mariage sont des fiançailles.

302. Il ne résulte cependant pas de ce qui précède, que la seconde promesse *repromissio* doive nécessairement être exprimée et ne puisse pas ressortir de l'acceptation même. Au contraire, dans les termes du droit, cette acceptation peut d'après les circonstances sous lesquelles elle s'opère, faire inférer la seconde promesse, si elle révèle l'intention de l'acceptant de promettre réciproquement d'épouser le premier promettant. Ainsi en présence des parents et amis des parties ou de la seule fiancée, le fiancé déclare suffisamment son intention de contracter des fiançailles et promet d'épouser la fiancée. En acceptant cette promesse, celle-ci fait virtuellement une semblable promesse d'épouser le promettant. La raison en est qu'elle a accepté dans sa substance et toute son étendue, la promesse qui lui a été faite. Or cette promesse

étant de contracter mariage, qui est un acte formé par la volonté des deux contractants, en acceptant cette promesse telle qu'elle a été faite, (laquelle promesse avant cette acceptation, était restée une promesse *gratuite* et une simple sollicitation,) elle a non seulement engagé le promettant envers elle-même, mais elle s'est aussi engagé envers lui et lui a exprimé sa volonté de le prendre pour époux. Ce qui constitue une promesse réciproque.

(Schmal. Tit. 1. De Sonpal. 845.)

303. Ainsi de même que celui qui promet vendre et celui qui promet acheter, ont contracté une promesse valable et réciproque de vente et d'achat, quand l'un a dit à l'autre, je promets de vous vendre telle chose pour tel prix, et que l'autre a répondu j'accepte ; ou bien encore quand l'un a dit à l'autre, je promets d'acheter telle chose, pour tel prix, si vous me promettez de la vendre, et que l'autre a répondu : je vous le promets, quand un homme dit à une femme, ou quand une femme dit à un homme, je promets de vous épouser si vous me faites la même promesse, et que la personne à qui la proposition a été faite, ou la promesse a été offerte a répondu, je promets ; ils ont contracté une promesse réciproque de mariage et des fiançailles valides et obligatoires. Car les mots " je promets," par lesquels la seconde personne a exprimé sa réponse, ont contenu à la fois une acceptation de la promesse *mentio* faite par la première et une promesse réciproque *repromissio* de la part de la seconde. Il en est ainsi de toutes les formes de paroles par lesquelles deux personnes expriment leur intention réciproque de s'épouser. Les paroles ne font pas le contrat, mais elles le manifestent. *Contractus consensu fiunt, verba centem mere sunt probatoria*. Pourvu toujours, pour le cas qui nous occupe, que ces paroles soient dites dans l'intention évidente de leur faire comporter la promesse réciproque contenue dans la définition que nous avons donnée des fiançailles, ce qui s'infère tant du contexte des paroles elles-mêmes, que des circonstances sous lesquelles elles sont prononcées.

304. Il faut aussi que ces promesses de mariage soient sérieuses et délibérées et que les paroles paraissent être l'ex-

pression d'une intention mûrement formée. On conçoit que les promesses faites et les paroles dites à la légère, en plaisantant, au milieu d'une réjouissance, dans l'accès d'une folle tendresse, qui seraient la suite d'un mouvement irréflecti, ou qui auraient été rétractées aussitôt que dites et faites par l'un ou l'autre des promettants ou par les deux, ne seraient pas considérées comme de véritables promesses de mariage et n'en produiraient pas les effets. Tout dépend des circonstances, d'après lesquelles le juge saura toujours distinguer entre le projet de mariage et le mariage arrêté, entre l'intention et le simulacre, et discerner la sollicitation de la promesse.

Nous reviendrons sur ce point qui est d'une grande importance dans la discussion du sujet de la présente section, sur la question seconde, quand il s'agira des conditions de validité des fiançailles.

305. La raison du préjugé qui fait une différence entre les fiançailles et les simples promesses de mariage et attribuée aux fiançailles une autre et plus grande valeur qu'à la promesse de mariage, est facile à concevoir. Elle vient de l'étymologie différente des deux mots, aussi bien que de l'usage qui a longtemps prévalu dans l'Eglise et la société civile, de faire des fiançailles l'objet d'une bénédiction religieuse et d'une fête de famille, ce qui n'eut jamais lieu pour les simples promesses de mariage.

Nous avons vu que l'étymologie du mot latin *sponsalia* vient de *spondere*, qui veut dire promettre et cautionner. Promettre parce que les fiancés promettaient de s'épouser, et que les parents d'ordinaire surtout les parents de la fiancée se portaient forts de l'accomplissement de la promesse, c'est-à-dire qu'ils la cautionnaient. *Et dicta sunt à spondendo, quod per ea sibi invicem se futuros conjuges viri et mulieres spondent*, dit encore Lancelot, Tit. X de spons. "Le mariage des anciens était toujours précédé des fiançailles, c'est-à-dire de la promesse réciproque de se prendre pour époux ; ce qui était cautionné par les parents, ou par d'autres, comme le marque le mot *spondere*, d'où est venu *sponsalia, sponsus*," dit à cet endroit son Traducteur. Covarruvias, *prim. pars. cap. prim.*



tom. 1, pag. 129, tient le même langage : *Hinc etiam sponsaliorum significationi aptari potest alia ratio, quæ constat sponsorem dici cum qui pro alio promittebot, et inde sponsalia dicta, quia is qui uxorem ducturus erat, non ab ipsâ, sed ab eo undè ducturus erat nempe à patre vel à fratre stipulabatur eam in matrimonium ductum iri.* Et ainsi le commun des docteurs.

L'étymologie du mot *fiançailles* n'a pas la même source que *sponsalia* et ne vient pas de la langue latine, mais du vieux mot *fiance*, qui signifiait autrefois assurance ou confiance, parce que les fiancés s'en rapportaient à la foi de l'un et de l'autre. De là l'origine de l'erreur sur la synonymie des deux mots, erreur qui ne s'est pas bornée au langage ordinaire, mais qui semble avoir été partagée par les auteurs français de la dernière période de l'ancien droit, lesquels négligeant le mot *fiançailles*, ne parlent plus guère que des *promesses de mariage*. Cet erreur a été propagée par les commentateurs du Code Napoléon, qui écartant tout-à-fait le premier de ces deux termes, n'emploient plus que le second.

306. Il est remarquable que le Code Napoléon lui-même ne s'occupe nullement des fiançailles, qui pourtant, jouèrent un si grand rôle dans l'ancien droit, imprégné des traditions du droit canonique. Cette omission n'a pourtant rien qui doive surprendre de la part d'une législation qui a civilisé le mariage. Il n'en est pas ainsi du Code Canadien entaché de la même faute, et fait pour un pays qui a puisé son droit matrimonial dans les Décrétales, dont il faut cependant le dire, les Codificateurs ne semblent pas même avoir soupçonné l'existence. Autre exemple fâcheux de l'imitation servile du Code Napoléon !

Il existe une autre cause de la distinction faite en apparence entre les fiançailles et les promesses de mariage. Pour distinguer les fiançailles contractées pour l'avenir et pour cela appelées *fiançailles par paroles de futur, sponsalia per verba de futuro*, de celles se rapportant au présent et exécutées à l'instant même, les canonistes ont appelé ces dernières fiançailles *par paroles de présent, sponsalia per verba de præsentî* ou simplement *sponsalia de præsentî*. Or, comme ces dernières

fiançailles sont de vrais mariages, d'après le droit des décrétales, qui sous ce rapport n'a été modifié par le Concile de Trente, que pour les lieux où le Décret *Tametsi* est en force par sa publication, on leur a attribué une signification plus étendue qu'aux *simples promesses de mariage*, ainsi appelées par notre Code, à l'article 62, qui leur refuse la vertu de fonder une opposition au mariage. (1)

De même, la femme ainsi mariée par *paroles de présent*, *per verba de præsentì*, s'appelle encore, dans le langage du droit canonique, *sponsa*, *fiancée*, et ce n'est qu'après la bénédiction nuptiale et la célébration des noces ou la consommation du mariage, qu'elle commence à s'appeler *uxor*. *Hinc nostrates uxorem ab sponsâ, quæ conjugalem consensum præstitit hoc solo distinguunt, quod uxor post nuptialem benedictionem et solennitatem, seu carnis copulam dicatur; antea vero sponsa appellatur, quam significationem divina etiam scriptura observat et eam frequens usus recipit*, dit encore Covarruvias, à l'endroit qui vient d'être cité. L'on peut encore référer sur ce sujet à la décrétale *De sponsâ duorum*, Extr. Tit. IV, cap. 1, où deux femmes épousées par *paroles de présent*, sont chacune désignées sous ce terme de *sponsa*.

307. La troisième cause et celle-là est la plus notable, vient de ce qu'autrefois, chez tous les peuples, anciens comme modernes, les fiançailles ont été l'objet d'une solennité particulière, et que chez les derniers jusqu'à la réforme, elles se faisaient en face d'Eglise, qui les bénissait publiquement. L'usage des fiançailles religieuses a duré en France jusqu'à la Révolution française, époque où elles ont été supprimées.

Dans l'Histoire comme dans le Droit, les fiançailles remontent à la plus haute antiquité.

On lit dans la Genèse que " Laban et Bathuel ayant consenti au mariage d'Isaac avec Rebecca, le serviteur d'Abraham se prosterna et adora le Seigneur, fit présent à Rebecca de riches vases d'or et d'argent et de riches vêtements ; il fit

(1) Nous verrons plus tard, quelle est au point de vue légal, la signification de cet article, et l'influence qu'il peut exercer sur la question qui nous occupe.

aussi des présents à sa mère et à ses frères, et ils firent un festin à cette occasion." Dans le *Livre de Tobie*, on voit également que Raguel prit la main droite de sa fille, la mit dans celle de Tobie et leur dit : " Que le Dieu d'Abraham, d'Isaac " et de Jacob soit avec vous, que lui-même vous unisse et accomplisse en vous sa bénédiction," et qu'ils dressèrent eux-mêmes un contrat de mariage et firent un festin en bénissant Dieu.

La Grèce connut également cet usage des fiançailles. A Rome la loi semblait exiger que le mariage fut précédé des fiançailles, bien qu'il n'existe pas de titre positif et exprès à cet égard. L'usage laissait beaucoup de latitude à cette cérémonie qui n'était soumise à aucune forme particulière, et qui pouvait se faire par promesses ou par lettres. Elle avait lieu ordinairement à la première ou à la deuxième heure du jour qui était regardée comme la plus favorable. La promesse était rédigée par écrit, et signée par toutes les personnes présentes. Pour que les fiançailles fussent valides on exigeait le consentement des deux parties et de ceux qui devaient consentir au mariage. Le fiancé offrait à sa fiancée un anneau de fer comme garantie de l'engagement qu'il contractait avec elle ; il lui mettait cet anneau à l'avant-dernier doigt de la main gauche, parce que l'on croyait alors qu'il existait à ce doigt un nerf correspondant au cœur. Croyance partagée pendant le moyen-âge, par les modernes qui assignent la même raison à cet usage de l'anneau mis par le fiancé à l'avant-dernier doigt de la main gauche de la fiancée, perpétué jusqu'à nos jours. A partir du jour des fiançailles, le fiancé faisait partie de la famille de sa fiancée ; le père de famille l'appelait son gendre et celui-ci lui donnait le titre de beau-père.

308. Le monde chrétien hérita de cette coutume du monde payen qu'il transforma cependant à son point de vue religieux. Il est de fait, que la plupart des lois ecclésiastiques au sujet des fiançailles aussi bien que du mariage, et que l'on trouve dans le Corps du Droit Canonique, sont des lois romaines *canoniques*, c. à d. empruntées au corps du Droit Civil. Pas plus en droit civil qu'en droit canonique, la solennité des fiançailles, n'était

cependant indispensable à leur validité, et dans les deux droits à côté des fiançailles publiques se trouvent les fiançailles privées. La solennité en droit civil et la célébration religieuse en droit canonique, pouvaient être de leur nature, mais elle n'était pas de leur essence. La pratique à cet égard dépendait en grande partie de l'usage des lieux. Dans plusieurs pays, les fraves abus qui s'étaient glissés dans le peuple, trop porté à confondre les fiançailles avec le mariage, et qui se croyait autorisé à user des premières comme du second, les ont fait graduellement et dans le cours des siècles, retrancher ou tomber en désuétude. C'est ainsi que nous avons vu le Rituel publié en 1723, par Monseigneur LaCroix de St. Vallier, les suspendre en ce pays, à cause de ces abus et de la pratique différente des lieux, ainsi que rapporté *suprà* (No. 163). Ainsi suspendues temporairement dans la pensée de l'Évêque de Québec, les fiançailles faites en face d'Église ont disparu en Canada, probablement pour ne plus reparaître et pour faire place aux fiançailles privées qui n'ont guère plus lieu, que par le contrat de mariage, comme nous le verrons plus tard.

Dans la dernière période de l'ancien droit, on en était venu en France, à diviser les fiançailles, en fiançailles *ecclésiastiques* et en fiançailles *civiles*. C'est ainsi qu'on lit dans le Nouveau Denizart, Vo. Fiançailles : " Il y a des fiançailles *ecclésiastiques* et des fiançailles *civiles*.

" Les fiançailles *ecclésiastiques* sont celles qui se contractent  
 " entre deux personnes qui se font promesse de mariage en face  
 " de l'Église et en présence d'un prêtre qui leur donne sa bénédiction. Elles ne se rédigent point par écrit. On se contente  
 " d'en faire mention dans l'acte de célébration du mariage  
 " subséquent."

" C'est le curé, dit le Rituel de Paris, ou un prêtre commis  
 " de sa part qui a le droit de faire la cérémonie des fiançailles.  
 " Si, cependant un autre prêtre s'était ingéré de les faire sans  
 " la permission du curé, les fiançailles seraient valides ; mais  
 " il pourrait être puni par des peines canoniques."

“ Les fiançailles ne sont pas nécessaires pour la validité du mariage. Dans le diocèse de Paris, et la plupart des diocèses de France, elles sont d'obligation et il faut au moins un jour d'intervalle. Le curé qui les omettrait serait répréhensible, parce qu'elles sont instituées pour de très-bons motifs. Voyez les Conférences de Paris sur le mariage et les fiançailles.”

“ Dans quelques diocèses, au contraire, elles sont défendues, pour remédier à l'abus, qui s'était introduit par l'ignorance de plusieurs personnes qui s'imaginaient qu'après les fiançailles célébrées en présence d'un prêtre, elles pouvaient légitimement vivre ensemble, comme si elles eussent été mariées.”

“ Les fiançailles civiles sont de simples promesses que deux personnes se font *ensemble* de s'épouser, sans se présenter devant le curé pour lui demander sa bénédiction ”

309. Au soutien du principe que le contrat de fiançailles peut avoir lieu sans solennité et sans bénédiction d'un prêtre, que cette solennité et cette bénédiction ne sont que l'accessoire des fiançailles et que leur défaut ne peut en altérer la valeur, Vo. Pothier, *Contrat de mariage*, Nos. 217 et 218, et Merlin, Répertoire au mot *Fiançailles*, tome 5, page 203. “ On désigne par ce mot, dit le dernier auteur, les promesses de mariage.”

“ A cette définition simple, et absolument calquée sur celle du Pape Nicolas I, dans ses Réponses aux Bulgares, l'auteur des *Conférences de Paris sur le mariage*, tome 1, pages 126 et 127, ajoute les mots, *en présence d'un prêtre*. C'est une erreur qui s'est déjà glissée dans trop d'ouvrages; mais il ne faut pour la réfuter que se rappeler ici les définitions du droit romain et du droit canonique, qui sont admis dans nos mœurs. Van-Espen dans son *Jus ecclesiasticum universum*, part. 2, § 1, titre *de sponsalibus*, No. 12, et le pape Benoît XIV, dans la 46<sup>e</sup> de ses Institutions Ecclésiastiques, établissent très-clairement que les fiançailles sont valables sans prêtre, et il ne peut y avoir là-dessus l'ombre d'une difficulté sérieuse.”

Voici la réponse du Pape Nicolas I, aux Bulgares, citée par

l'article de Merlin, et insérée au Décret de Gratien, seconde partie, cause XXX, quest. 5, c. 3, de laquelle réponse l'auteur extrait la définition des fiançailles donnée par ce pape.

*Nostrates tam mares quam feminæ, non ligaturam auream vel argenteam, aut ex quolibet metallo compositam, quando nuptialia fœdera contrahunt, in capitibus deferunt; sed, post sponsalia QUÆ FUTURARUM SUNT NUPTIARUM PROMISSA, fœdera quoque consensu eorum qui hæc contrahunt, et eorum, in quorum potestate sunt, celebrantur; et post, quan arrhis sponsam sibi sponsus per digitum fidei annulo insignitum desponderit, dotem que utrinque placitam sponsus ei cum scripto pactum hoc continente coram invitatis ab utràque parte tradederit (aut mox, aut apto tempore, ne videlicet ante tempus lege definitum tale quid fieri præsumatur) ambo ad nuptialia fœdera perducuntur et primùm quidem in ecclesiâ Domini eum oblationibus, quas offerre debent Deo per sacerdotis manum, statuuntur, sic que demum benedictionem et velamen cœleste suscipiunt.*

ITEM : § 1. *Hæc sunt prætor alia, quæ ad memoriam non occurrunt, pacta conjugiorum solennia. Peccatum autem esse si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non dicimus quemadmodem Græcos vos adstruere dicitis.*

310. On voit par cette Décrétale que le pape Nicolas définit les fiançailles comme *une simple promesse de mariage, sponsalia quæ futurarum sunt nuptiarum promissa*, (la glose dit *promissio*), que ce n'est qu'après ces fiançailles contractées, et conséquemment rendues parfaites, et dans l'intervalle des fiançailles au mariage qu'il en place la célébration. C'est après la constitution de la dot, la tradition de l'anneau, en présence des personnes conviées du côté des deux fiancés, et après l'expiration du délai prescrit par la loi que la célébration du mariage se fait en face de l'Eglise, et que ces derniers reçoivent la bénédiction nuptiale. La décrétale ajoute ensuite : que contrairement à ce que les consultants (les Bulgares) affirmaient être la coutume de l'Eglise grecque, l'Eglise latine ne prescrit point ces formalités sous peine de péché.

Trois choses ressortent de cette décrétale, c'est 1<sup>o</sup> que du

temps du pape Nicolas I, c'est-à-dire pendant la dernière partie du neuvième siècle, la bénédiction des fiançailles n'était pas nécessaire à leur validité si toutefois cette bénédiction était en usage, ce qui ne paraît pas probable, puisque le pape qui parle de la bénédiction des noces ne parle pas de celle des fiançailles.

20. Que la célébration n'était pas davantage nécessaire à leur validité, puisque cette célébration n'avait lieu que dans l'intervalle des fiançailles au mariage et 30. que le mariage contracté sans l'observance de toutes les formalités prescrites par la décrétale, ne l'était pas illicitement. *Peccatum autem esse si hæc cuncta in nuptiale fœdere non interveniunt, non dicimus.*

Peut-on dire plus clairement qu'au neuvième siècle, le mariage et à *fortiori* les fiançailles étaient de simples contrats consensuels et n'étaient soumis ni dans leur essence ni dans les conditions de leur validité, à d'autres formalités qu'aux signes extérieurs qui servent à exprimer le consentement, *consensus signis externis expressus.*

C'est naturellement sur la foi de cette décrétale que je fonde cette assertion, car quant en ce qui concerne le mariage surtout, je ne veux pas m'ériger en juge des effets de sa clandestinité avant le Concile de Trente. Il suffit de me borner aux fiançailles qui seules sont ici en question, et de répéter pour les fins de la présente thèse, que leur solennité n'a jamais été nécessaire à leur validité, et que les fiançailles privées dans les termes du droit, ont toujours eu la même valeur légale que les fiançailles solennelles.

311. Il est vrai que pour purifier davantage le mariage et rendre les époux plus dignes du sacrement, les fiançailles religieuses ont été d'un usage général dans l'Eglise, bien que dans certains lieux elles fussent tombées en désuétude ou même qu'elles y fussent défendues (comme nous les avons vues, ainsi que dit ci-haut, défendues pour un temps par l'Evêque de Québec en 1703, et abandonnées entièrement en Canada depuis cette époque), et que dans d'autres elles fussent ordonnées par les Ri-

tuels du diocèse, comme nous l'avons vu pratiqué pour le diocèse de Paris, mais ces circonstances ne constituent que des accidents dans la formation des fiançailles et n'en ont jamais affecté la substance. Cette solennisation des fiançailles pratiquée dans les lieux où elle était prohibée, ou omise dans ceux où elle était ordonnée, n'a jamais en rien altéré les engagements des époux.

On ne se marie pas sans être convenu de le faire. Cette convention faite publiquement et bénie par l'Eglise s'appelle fiançailles, et quand elle est faite privément et sans bénédiction du prêtre, elle s'appelle simplement une promesse de mariage ; voilà toute la distinction ! Distinction qui tient essentiellement à l'arbitraire du langage, et à l'emploi de termes différents pour exprimer une même chose. Distinction sans différence, puisqu'il y a entre les fiançailles et la promesse de mariage, parfaite identité, équation absolue. Puisque les fiançailles et les promesses de mariage sont une seule et même chose, ayant la même essence, sujette aux mêmes conditions de validité et produisant absolument les mêmes effets, que se fiancer c'est se promettre le mariage, et que contracter des promesses de mariage c'est contracter des fiançailles.

Ainsi l'article 62 qui dit que si l'opposition au mariage est fondée sur une simple promesse de mariage elle est sans effet, aurait pu aussi bien dire, au point de vue de la légalité, l'opposition est sans effet si elle est fondée sur des *fiançailles*. La différence aurait résidé dans la forme, l'expression et non dans la substance de la chose exprimée.

312. Nous avons au moyen d'une longue démonstration, trop longue peut-être, établi l'identité des fiançailles et des promesses de mariage. Pour les canonistes, ce point a peut-être l'évidence et la valeur d'un théorème. Mais dans ce pays où la matière est neuve, il était nécessaire de dissiper de fausses notions à cet égard, et de réfuter des idées préconçues. Sur la question de savoir si l'inexécution des promesses de mariage engendre des dommages et intérêts civils, il était d'ailleurs indispensable de vérifier la nature de ces promesses, car après avoir constaté que les promesses de mariage ne sont autre



chose que les fiançailles qui ont leur origine dans le droit romain, adopté et transformé au point de vue religieux par le droit canonique, dont notre droit civil s'est à son tour approprié les principes, pour les incorporer dans sa législation et les conformer à nos mœurs juridiques, nous aurons trouvé les sources auxquelles doit remonter notre investigation et le fil conducteur qui devra diriger sa marche. Cet aperçu est donc le point de départ de la discussion, le nœud gordien de la question.

Il est bien entendu que les fiançailles dont il s'agit ici sont des fiançailles par paroles de futur, des promesses de mariage proprement dites, car les fiançailles *par paroles de présent* qui constituaient un vrai mariage *ipsum matrimonium*, ont été retranchées par le Concile de Trente et l'Ordonnance de Blois. (1)

(1) Il n'est pas besoin de dire ici que les fiançailles dont il s'agit dans le No. 312 et dans la section entière, sont des fiançailles pures et simples c'est-à-dire non faites sous conditions *sub conditione*, ou sous un délai *in diem*. Les canonistes sont entré sur cette distinction entre les premières fiançailles, c'est-à-dire les fiançailles pures et simples et les fiançailles conditionnelles et celles faites sous un délai dans des explications, que pour compléter le sujet, nous croyons devoir donner dans cette note.

Lancelot Liv. 2, Tit. X, § 4, dit : *Sponsalia contrahuntur tripliciter, purè, in diem et sub conditione, et qui contraxerunt sponsalia purè, compellendi sunt etiam matrimonium contrahere et consanguinei contrahentium non debent cum ipsis contrahentibus contrahere.*

“ On contracte les fiançailles de trois manières, purement, sous un délai et sous condition. Ceux qui se sont fiancés purement et simplement, peuvent être obligés au mariage, et leurs proches parents ne peuvent se marier entre eux.

Nous avons vu qu'on distinguait les fiançailles conçues par *paroles de présent*, de celles qui se rapportent à un temps futur, les fiançailles par *paroles de futur*. Les premières sont aujourd'hui défendues autrement qu'en la forme ordinaire et solennelle des mariages. Quant aux autres qui sont toujours en usage et dont il s'agit ici, elles se divisent, ainsi que nous l'apprend le texte des Institutes de Lancelot en celles qui se font

Qu'il soit également compris que ce que nous avons dit des fiançailles et la distinction entre les fiançailles publiques et les fiançailles privées et l'identité de ces fiançailles et des promesses de mariages, ne s'est depuis la réforme, appliqué qu'aux

purement et simplement, et les autres que l'on contracte sous des délais ou sous condition. C. 2, *Sponsalia*, l. *ex litteris C Requisisvit*.

L'auteur continue : *Si per contrahentem Sponsalia in diem, non stetit quo minus matrimonium contraheret intra terminum, cum alia postmodum matrimonium contrahere potest.*

“ S'il ne tient pas à celui qui a promis d'épouser dans un certain temps d'exécuter sa promesse, il en est dégagé et pourra contracter mariage avec un autre.”

§ 6 *Dies adjicitur sponsalibus cum quis intra certum temporis spatium, aliquam se ducturum in uxorem convenit : in quâ specie si per eum non steterit, quominus intra præfixum terminum cum eadem matrimonium contraheret, ad nuptias alterrius transire potest.*

“ On met un jour ou un délai aux Fiançailles, lorsque quelqu'un promet à une telle de la prendre pour épouse dans un certain temps, et dans ce cas, s'il ne tient pas à lui qu'il n'épouse cette personne dans le temps fixé, il pourra ensuite passer librement à d'autres noces.”

Les canonistes distinguent sur cette décision deux sortes de délai : Ou le temps, disent-ils, a été fixé pour contracter alors le mariage, ou comme ils l'expriment, *ad sollicitandum implementum*, ou il n'a été apposé que comme terme de l'obligation, *ad limitandam vel finiendam obligationem*. Dans le premier cas, l'engagement subsiste toujours quand le temps présent est arrivé, ce n'est même que de ce moment qu'on est proprement engagé. Dans l'autre cas, celui qui a promis de se marier dans un tel espace de temps, est dégagé de sa promesse s'il n'a pas tenu à lui que le mariage ne se fit.

Lancelot ajoute : *Sponsalia contracta sub conditione, evanescent conditione deficiente, nisi ab eâ recessum fuerit.*

“ Les fiançailles contractées sans condition sont résolues par le défaut

catholiques, les dissidents ayant depuis cette époque, abandonné la solennisation des fiançailles et leur bénédiction par l'Eglise.

“ d'accomplissement de la condition, à moins qu'il n'y ait eu renonciation  
“ à cette condition.”

§ 7. *Sub conditione celebrantur sponsalia, cum quis, se quid fiet vel contigerit, nuptias se contracturum pollicetur, veluti si dictum fuerit: “ Ego te in uxorem accipiam si centum mihi dederis ” aut “ si pater meus consenserit ” ; quibus conditionibus deficientibus, ad matrimonium quis compelli non potest, nisi consenserit de præsenti, aut carnalis sit inter eos commixtio subsequuta cum his casibus à conditionibus recessum videatur.*

“ On contracte des fiançailles sans condition, lorsqu'une personne promet à une autre de l'épouser, si telle chose se fait ou arrive, comme si elle disait : *Je te tiendrai pour ma femme si tu me donne cent écus*, ou, si mon père y consent ; dans ce cas, si les cent écus ne se donnent point, ou que le père ne consente pas, celui qui a fait une telle promesse ne peut être forcé de l'exécuter, à moins qu'il ne l'ait dénaturée et rendue non conditionnelle par un consentement de présent, par la copulation ou autrement.”

Le développement des questions posées dans cette section spéciale démontrera graduellement l'utilité, la nécessité même de ces distinctions, qui ne se s'aperçoivent peut-être pas maintenant, mais qui se manifesteront plus tard.

---

## [ARTICLE 454].

ner la perte des meubles, suffirait-il à l'usufruitier ou à ses héritiers d'alléguer qu'ils ont été entièrement détruits par l'usage, et pourraient-ils, au moyen de cette allégation, se prétendre quittes de les reproduire en tout ou en partie, ou d'en payer la valeur ?

Pour résoudre cette question, il faut rappeler ce qui a été dit lors de la discussion du Code, sur l'article qui nous occupe. C'est là que nous verrons dans quelle intention les dernières expressions en ont été conçues.

Après les termes portant que l'usufruitier n'est tenu de rendre les meubles à la fin de l'usufruit, *que dans l'état où ils se trouvent non détériorés par son dol ou sa faute*, les membres de la commission préparatoire du projet de la loi avaient ajouté que *si quelqu'une de ces choses se trouve entièrement consommée par l'usage, aussi sans dol et sans faute de la part de l'usufruitier, il est dispensé de la représenter à la fin de l'usufruit.*

Mais lorsqu'on en fut à la discussion de ce projet, dans le conseil d'état, monsieur Tronchet s'éleva contre cette disposition finale en disant " qu'il est difficile que les meubles soumis " à l'usufruit soient tellement consommés par l'usage, qu'il " n'en reste absolument rien ; que cependant on donnerait à " l'usufruitier la facilité de les soustraire à son profit, si on ne " l'obligeait pas à représenter ce qui reste." C'est sur cette judicieuse observation que la dernière partie de l'article fut retranchée. De tout cela il résulte :

1o. Que l'usufruitier doit conserver les restes de la chose, ou prouver autrement et d'une manière légale, qu'elle a été détruite par l'usage et qu'il n'en reste rien, sans quoi il est présumé en avoir disposé à son profit et doit être tenu d'en payer l'estimation ;

2o. Que la perte de la chose est pour le propriétaire, lorsqu'elle est l'effet de l'usage exercé sans abus, comme lorsqu'elle résulte du cas fortuit, puisqu'il suffit à l'usufruitier de représenter les restes du meuble, pour se voir entièrement libéré ;

3o. Que si, pour se soustraire à l'obligation de restituer, l'usufruitier soutient que la perte de la chose est arrivée par

## [ARTICLE 455.]

cas fortuit, c'est à lui à établir le fait de l'accident (1302) ; parce que c'est au débiteur à établir sa libération ;

Que si, d'autre part, on soutient que c'est par la faute de l'usufruitier que l'accident a frappé la chose et l'a détruite, c'est au propriétaire à en établir la preuve, parce qu'il devient, à son tour, acteur dans cette exception (1808).

---

\* C. N. 589.—Semblable au texte.

---

455. L'usufruitier ne peut abattre les arbres qui croissent sur le fonds soumis à l'usufruit. C'est parmi ceux qui sont renversés accidentellement qu'il doit prendre ce dont il a besoin pour son usage.

Si cependant parmi ces derniers il ne s'en trouve pas en quantité et des qualités convenables pour les réparations dont il est tenu et pour l'entretien et l'exploitation de l'héritage, il lui est loisible d'en abattre autant qu'il en faut pour ces objets, en se conformant à l'usage des lieux ou à la coutume des propriétaires ; il peut même en abattre pour le chauffage, s'il s'en trouve de la nature de ceux généralement employés à cet usage dans la localité.

455. The usufructuary cannot fell trees which grow on the land subject to the usufruct. Whatever he may require for his own use must be taken from those which have fallen accidentally.

If however among the latter there be not a sufficient quantity of a suitable kind for the repairs to which he is obliged, and for the keeping in repair and the working of the estate, he has a right to fell whatever may be required for these purposes, conformably to the usage of the place, or to the custom of proprietors ; he may even fell trees for fuel, if there be any of the kind generally used in the locality for that purpose.

## [ARTICLE 455.]

\* ff. *De usuf. et quem.* } Arboribus evulsis, vel vi ventorum  
*L. 12 in pr.* } dejectis, usque ad usum suum et villæ  
 posse usufructuarium ferre, Labeo ait : nec materia eum pro  
 ligno usurum, si habeat, unde utatur ligno. Quam sententiam  
 puto veram : alioquin, et si totus ager sit hunc casum passus,  
 omnes arbores auferret fructuarius, materiam tamen ipsam  
 succidere, quantum ad villæ refectionem, putat posse : quem-  
 admodum calcem inquit coquere, vel arenam fodere, aliudve  
 quid ædificio necessarium sumere. (ULPIANUS).

\* 5 *Pandectes frs.*, } 29. Excepté le cas prévu en l'article pré-  
*p. 259.* } cédent, les futaies ne sont pas des fruits.  
 Elles font partie de la propriété ; et, par conséquent, l'usu-  
 fruitier qui n'a droit qu'aux fruits, n'a pas le droit d'y rien  
 prendre.

Les Lois Romaines lui permettaient néanmoins de prendre pour son usage, même pour son chauffage, à défaut d'autres bois, les arbres arrachés ou rompus par la violence des vents. Le Code Civil ne lui donne pas la même faculté. Il ne lui permet de prendre les arbres arrachés ou rompus dans les futaies, que pour les employer aux réparations dont il est tenu. Par conséquent, s'il n'y a pas de réparations à faire, il ne peut point en disposer. Il ne peut ni les vendre, ni les brûler. Ces arbres appartiennent au propriétaire.

La même loi donnait à l'usufruitier le droit de prendre librement les arbres dont il avait besoin pour les réparations. Le Code Civil lui impose l'obligation de faire constater avec le propriétaire la nécessité d'en couper pour cet objet.

Si le propriétaire consent, il n'y a aucune formalité à remplir, que de faire constater le consentement, pour éviter toute difficulté par la suite.

Si, en ne convenant pas de la nécessité, le propriétaire consent à la visite, il n'y a encore aucune formalité judiciaire à observer. Chaque partie nomme un expert, qui procède à la

## [ARTICLE 455.]

visite, et décide s'il y a, ou non, nécessité de couper quelques arbres.

Enfin, si le propriétaire se refuse à tout, l'usufruitier doit le faire citer devant le juge, pour voir dire qu'il sera autorisé à couper le nombre d'arbres nécessaires, d'après la visite qui sera faite par experts convenus ou nommés d'office.

Le juge, sur cette demande, doit d'abord ordonner la visite, pour se déterminer ensuite d'après l'avis des experts.

\* 3 *Toullier*, p. 164, } L'indemnité due par l'usufruitier qui  
*note a.* } a coupé des futaies non mises en coupes  
 réglées, doit être acquittée *hic et nunc*; et non pas seulement  
 à la fin de l'usufruit. On ne peut dire que cette indemnité  
 représente une partie de la propriété dont la jouissance lui  
 appartenait. Vo. en ce sens *Duranton*, tome 4, § 564. *Delvincourt*,  
*Dijon*, 22 décembre 1842, *Journ. du Palais*, tome 1,  
 1843, page 402. *Comp. toutefois*, *Paris*, 12 déc. 1811. *Sirey*,  
 13, 2, 318.

\* 6 *Pothier, Douaire*, } 197. Les bois de haute-futaie qui sont  
*No. 197.* } sur un héritage, ne sont pas un fruit ;  
 lorsque le propriétaire les abat, il est censé diminuer et enta-  
 mer son fonds, plutôt que percevoir le fruit de son fonds. En  
 cela les bois de haute-futaie diffèrent des bois taillis, c'est-à-  
 dire, de ceux que l'on coupe lorsqu'ils ont un certain âge, et  
 qu'on laisse repousser pour être pareillement coupés lorsqu'ils  
 auront le même âge, et ainsi successivement. Les coupes de  
 ces bois taillis sont des fruits qui appartiennent à l'usufrui-  
 tier, lorsqu'il les fait couper pendant le temps de son usufruit,  
 dans les temps auxquels les coupes doivent se faire ; mais  
 l'usufruitier ne peut pas abattre les autres bois : *Si grandes ar-  
 bores essent, non posse eas cædere* ; L. 11, ff. de *Usuf.*

Non-seulement il n'a pas le droit de les abattre, mais quand même ces arbres auraient été abattus sans le fait de l'usufrui-

## [ARTICLE 455].

tier, par la violence des vents, l'usufruitier ne pourrait pas les vendre et en disposer à son profit ; il serait tenu de les laisser au propriétaire de l'héritage : il lui est seulement permis d'en prendre dans ce qui n'est bon qu'à brûler, autant qu'il en a besoin pour son usage : *Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis, usque ad usum suum et villæ posse usufructuarium ferre, Labeo ait : nec materiâ pro ligno usurum ; L. 12.*

Observez que ce que nous avons dit, qu'il n'était pas permis à l'usufruitier d'abattre les bois de haute-futaie, doit s'entendre en ce sens, qu'il ne lui est pas permis de les abattre pour les vendre et en faire son profit ; parce que ces arbres ne sont pas un fruit : mais comme ils sont destinés à être employés aux réparations qui sont à faire pour l'entretien des bâtiments de l'héritage sur lequel ils se trouvent, l'usufruitier de l'héritage, lorsqu'il y a des réparations à faire pendant le cours de son usufruit, peut abattre dans les dits bois ce qu'il est nécessaire d'en abattre pour les faire (1) : *Materiam succidere quantum ad villæ refectionem, putat posse ; ead. L. 12.*

Par la même raison, si le propriétaire, lorsqu'il jouissait par lui-même, était dans l'usage de prendre dans un bois de haute-futaie de quoi encharner la vigne, l'usufruitier doit avoir la même faculté, pourvu que cela ne le dégrade pas trop : *Ex non cæduâ in vineom sumpturum, dum ne fundum deteriolem faciat ; L. 10, ff. cod. Tit.*

---

(1) Sur ce dernier article il faut remarquer que le Code diffère de la loi romaine : ainsi l'usufruitier ne peut toucher même aux arbres arrachés ou brisés par les vents, ou autre accident, pour en faire son profit particulier, ou pour son usage propre *usque ad usum suum* puisque la loi nouvelle ne lui accorde que la faculté d'employer ce qui est nécessaire aux réparations dont il est tenu, c'est-à-dire aux réparations d'entretien des bâtiments dépendants du même usufruit : donc il ne peut s'approprier, pour son chauffage, les branches ou autres parties qui peuvent rester après l'emploi des corps d'arbres ; le besoin de réparer fixe la limite de son droit. Le Code n'a admis qu'une partie de la loi romaine *quantum ad villæ refectionem*. (Note de M. Bugnet.)



## [ARTICLE 455.]

\* *Lacombe, Vo. Usufruit,* } Comme il est obligé de bien cul-  
*sect. 2, No. 7.* } tiver les fonds, *l. 9, de usufr. et quem.*  
 il n'en peut pas être empêché, *l. 7, §. ult. eod.* S'il est néces-  
 saire d'y planter des arbres, il le doit faire, *dict. l. 7, §. ult. eod.*  
 A la place des arbres morts, il en doit planter d'autres, *l. 18,*  
*eod. § 38, Inst. de rer. div. secus,* s'ils ont été arrachés sans sa  
 faute, mais par la violence des vents, *l. 59, eod.* et lorsqu'il en  
 a planté d'autres les arbres morts lui appartiennent, *l. 18 eod.*  
 De même à la place des souches ou ceps de vigne morts, il en  
 doit planter d'autres, *dict. § 38, inst. de rer. divis.*

Sec. 4, No. 7.—Il peut prendre pour son usage des arbres du  
 fonds arrachés ou rompus par la violence des vents, *l. 12, de*  
*usufr. et quem.,* mais il ne doit pas brûler le bois propre à bâtir,  
 s'il y en a d'autre pour brûler, *dict. l. 12,* seulement il en peut  
 prendre, et autres choses nécessaires pour les réparations, *dict.*  
*§ 12,* et il se peut servir des outils du fonds pour sa culture,  
*l. 9, § 7 ; l. 15, § 6, eod.*

---

\* *N. Denizart, Vo. Baliveau,* } § IV. De la nature des bali-  
 § 4. } veaux, et des personnes qui peu-  
 vent en couper.

1. Les baliveaux anciens sur taillis sont de véritables immeu-  
 bles, comme les hautes futaies. Leur coupe n'appartient qu'aux  
 propriétaires du fonds, et elle est sujette aux mêmes forma-  
 lités que la vente des biens-fonds. Si le propriétaire est mi-  
 neur, l'assistance de son tuteur, et un avis de parents, sont  
 indispensables. S'ils appartiennent à une femme, même sépa-  
 rée, elle ne peut vendre sans le consentement et l'autorisation  
 de son mari, et à son refus, de la justice.

2. C'est d'après ce principe que l'article 5 du titre 22 de l'or-  
 donnance, porte, que " les douairiers, donataires, usufruitiers  
 et engagistes ne pourront disposer d'aucune futaie, arbres an-  
 ciens, modernes ou baliveaux sur taillis, même de l'âge du bois,  
 réservés ès dernières ventes, ni des chablis, arbres de délits,

## [ARTICLE 456.]

amendes, restitutions, confiscations en provenant ; mais le tout demeurera entièrement à notre profit, et sera payé au receveur de nos domaines ou de nos bois, ès lieux où nous en avons établi, pour nous en compter, ainsi que des autres deniers de leurs charges, *nonobstant toutes lettres vérifiées, clauses, dons, arrêts, contrats, adjudications, usages et possessions contraires.*

\* *C. N.* 592. } Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut  
 } toucher aux arbres de haute futaie ; il peut seulement employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident ; il peut même, pour cet objet, en faire abattre, s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire.

456. Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, mais il est tenu de les remplacer par d'autres, à moins que la plus grande partie n'en ait été ainsi détruite, auquel cas il n'est pas obligé au remplacement.	456. Any fruit trees which die, even those which are uprooted or broken by accident, belong to the usufructuary, but he is obliged to replace them by others, unless the larger proportion has been thus destroyed, in which case he is not obliged to replace them.
--	--

Voy. *Digeste* sous art. précédent.

Voy. *Pothier, Douaire*, Nos. 209, 210, sous art. 443.

\* 3 *Toullier*, } Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même  
 } *No.* 410. } qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres (594).

## [ARTICLE 456.]

Il est à remarquer que cette disposition étant limitée aux arbres fruitiers, on ne doit pas l'étendre aux autres grands arbres morts, abattus ou brisés par la tempête.

L'usufruitier n'y peut rien prétendre ; autrement il faudrait dire que, si tout un bois était abattu par la violence de la tempête, tous les arbres appartiendraient à l'usufruitier. Il peut contraindre le propriétaire de les enlever, s'ils nuisent à sa jouissance ; il peut encore s'en servir pour les réparations manquantes aux édifices (articles 592). (Voy. *Toullier* sous art. 455).

---

\* 5 *Pandectes frs.*, sur } 31. Suit-il, de la manière dont cet  
*art. 594 C. N.* } article est conçu, que l'usufruitier  
 puisse se dispenser de remplacer les arbres fruitiers morts ou  
 arrachés, en ne les prenant point, et les abandonnant au pro-  
 priétaire ?

Il faut répondre que non. Ce remplacement est une des charges naturelles de l'usufruit, parce qu'une des obligations de l'usufruitier est d'entretenir.

Ainsi, quand même il ne prendrait point les arbres morts ou arrachés, il n'en serait pas moins obligé de les remplacer, et il pourrait y être contraint par le propriétaire ou son héritier.

Il en est de même des souches ou ceps de vigne, qui périssent par quelque cause que ce soit ; l'usufruitier doit les remplacer.

Remarquez que nous parlons de quelques ceps qui viennent à périr ; car, si cela arrivait à une vigne entière, comme par l'effet d'une gelée, l'usufruitier ne serait pas obligé de la replanter. Il perdrait son usufruit sur la vigne, par son extinction.

---

\* 3 *Proudhon*, sur } Il ne s'agit, à ce que nous pensons, dans  
*art. 594 C. N.* } cet article, que des arbres fruitiers qui  
 sont plantés et cultivés à mains d'homme, et non des fruitiers

## [ARTICLE 457.]

sauvages qui croissent spontanément dans les forêts, lesquels sont classés au rang des arbres de réserve, par les règlements forestiers.

---

\* C. N. 594. } Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même  
 } qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres.

---

457. L'usufruitier peut jouir par lui-même, louer et même vendre son droit ou le céder à titre gratuit.

S'il donne à ferme ou à loyer, le bail expire avec son usufruit; cependant le fermier ou le locataire a droit et peut être contraint de continuer sa jouissance pendant le reste de l'année commencée à l'expiration de l'usufruit, à la charge d'en payer le loyer au propriétaire.

---

457. The usufructuary may enjoy his right by himself, or lease it, and may even sell it or dispose of it gratuitously.

If he lease it, the lease expires with his usufruct; nevertheless the farmer or the tenant has a right and may be compelled to continue his enjoyment during the rest of the year which had begun before the usufruct expired; subject to the payment of the rent to the proprietor.

---

Voy. *Digeste* sous art. 455.

---

\* ff. *De usufruc. et quem. L. 67.* } Cui usufructus legatus est, etiam in-  
 } vito herede eum extraneo vendere potest.  
 (JULIANUS).

---

## [ARTICLE 457.]

\* *Locati conducti,* } Hic subjungi potest, quod Marcellus lib.  
 L. 9, § 1. } VI, Digestorum scripsit : Si fructuarius lo-  
 caverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem ejus  
 non teneri, ut frui præstet : non magis, quam insula exusta  
 teneretur locator conductori. Sed an ex locato teneatur con-  
 ductor, ut pro rata temporis quo fructus est, pensiones præstet.  
 Marcellus quærit : quemadmodum præstaret, si fructuarii  
 servi operas conduxisset, vel habitationem ? Et magis admit-  
 tit, teneri eum : et est æquissimum. Idem quærit, si sumptus  
 fecit in fundum, quasi quinquennio fructurus, an recipiat ?  
 Et ait, non recepturum : quia hoc evenire posse prospicere de-  
 buit. Quid tamen, si non quasi fructuarius ei locavit, sed si  
 quasi fundi dominus ? Videlicet tenebitur : deceptus enim con-  
 ductorem. Et ita imperator Antoninus cum divo Severo res-  
 cripsit. In exustis quoque ædibus ejus temporis quo ædificium  
 stetit, mercedem præstandam rescripserunt. (ULPIANUS).

\* *Pothier, Douaire,* } 195. La douairière, de même que les  
 No. 195. } autres usufruitiers, a le droit de percevoir  
 les fruits des héritages sujets à son usufruit, non-seulement  
 par elle-même, mais par les personnes à qui elle juge à propos  
 de céder son droit, sans qu'elle ait besoin pour cela du con-  
 sentement du propriétaire : *Cui ususfructus legatus est, etiam  
 invito hærede cum extraneo vendere potest ;* L. 67, ff. de *Usufr.*

Le propriétaire doit-il au moins avoir la préférence sur  
 l'étranger à qui l'usufruitier a vendu ou loué son droit ?

La question a été autrefois controversée. Plusieurs docteurs  
 pensaient autrefois que le propriétaire devait être admis à  
 cette préférence, lorsqu'il se présentait *rebus integris*, avant  
 que celui à qui l'usufruitier avait vendu ou loué son droit, fût  
 entré en jouissance, et que l'usufruitier était sans intérêt,  
 Brunne-man, *ad*, L. 12, ff. de *Usufr.*, suit cette opinion.

Quelques coutumes l'ont suivie à l'égard du douaire. Celle  
 de Berri, tit. 8, art. 18, donne le droit de retrait au proprié-  
 taire, lorsque la douairière a vendu, ou même seulement

## [ARTICLE 457.]

afermé son douaire. Les coutumes de Sedan, Péronne, Calais, donnent pareillement au propriétaire le droit de retrait sur l'acheteur à qui la douairière a vendu son douaire. Celle du duché de Bourgogne veut aussi que le propriétaire ait la préférence. Je ne crois pas que, dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, on doive accorder au propriétaire aucune préférence : elle serait préjudiciable à la douairière, qui ne trouverait pas à vendre ou à louer son usufruit aussi avantageusement, si les acquéreurs avaient un retrait à craindre.

Le droit qu'a la douairière, de même que les autres usufruitiers, de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets à son douaire, soit par elle-même, soit par ceux qui sont à ses droits, s'étend généralement à toutes les espèces de fruits, soit naturels, soit civils : il s'étend même à la jouissance des choses nécessaires aux héritages sujets à son usufruit.

*Idem. Nos. } 269. Lorsque les héritages sujets au douaire se  
269 et s. }* trouvent, lors de la mort de la douairière, loués ou affermés, l'héritier du mari doit laisser jouir les locataires ou fermiers pendant l'année courante, qui était commencée, et se contenter à cet égard pour cette année, des fermes et loyers : mais il n'est pas obligé d'entretenir les baux pour le surplus du temps qui en restait à courir ; les locataires et fermiers n'ont même à cet égard aucun recours de garantie contre les héritiers de la douairière, lorsqu'elle leur a fait les baux en sa qualité de douairière ; mais si elle les leur avait faits en son propre nom, en leur dissimulant qu'elle n'était qu'usufruitière, ils auraient un recours de garantie contre ses héritiers.

270. L'héritier du mari ou ses successeurs, qui rentrent, après la mort de la douairière, dans la jouissance des héritages dont elle jouissait, sont obligés de donner le temps aux héritiers de la douairière, de déloger et d'emporter tous les meubles qu'ils y ont.

1o. Il n'est pas douteux qu'il doit être permis aux héritiers de la douairière d'emporter tous les meubles dépendants de sa

## [ARTICLE 457.]

succession, qui servaient à meubler le château ou la maison dont jouissait la douairière, et qu'elle occupait par elle-même ;

20. Il leur doit être permis d'emporter toutes les choses que la douairière a apportées dans la maison dont elle jouissait, quand même ces choses y seraient attachées à fer et à clous, de manière qu'elles eussent été censées faire partie de la maison, si elles y eussent été mises par un propriétaire ; car c'est un principe que nous avons déjà établi dans notre *Traité de la Communauté*, No. 36, que ces choses, lorsqu'elles ont été placées dans une maison par un usufruitier, ne sont pas censées y avoir été placées pour perpétuelle demeure, ni par conséquent faire partie de la maison ; mais ce sont de simples meubles, que les héritiers de la douairière peuvent par conséquent détacher et emporter ;

Pourvu néanmoins que cela se puisse faire sans détérioration, et à la charge par les dits héritiers de rétablir les choses dans l'état où elles étaient lorsque la douairière est entrée en jouissance.

Par exemple, si la douairière a mis aux cheminées des maisons dont elle jouissait, des chambranles de marbre, à la place des chambranles de bois qui y étaient ; si elle y a mis des parquets, des boiseries, des alcôves, des croisées à la mode, à la place d'anciennes croisées qui y étaient, etc., on doit permettre à l'héritier de la douairière de détacher et d'enlever toutes ces choses, en remplaçant les anciennes croisées et les anciens chambranles, et en rétablissant tout dans l'ancien état, à moins que le propriétaire de la maison n'offrit d'en rembourser le prix.

30. Les bestiaux qui étaient dans les héritages lorsque la douairière est entrée en jouissance, et dont elle a payé le prix aux héritiers du mari, et ceux qu'elle y a mis depuis, sont des meubles dépendants de sa succession ; et il doit être permis à ses héritiers de les emmener ; à moins que le propriétaire n'offrit de leur en payer le prix, suivant l'estimation qui en sera faite par experts.

271. Cette règle, " que les héritiers de la douairière peuvent

## [ARTICLE 457.]

emporter toutes les choses que la douairière a mises dans les héritages dont elle avait la jouissance," souffre exception à l'égard de celles qu'elle était obligée d'y mettre comme nécessaires pour l'entretien des dits héritages ; cet entretien étant une charge de l'usufruit de la douairière. On peut apporter pour exemple les échalas, qu'elle a mis dans les vignes, les fumiers qu'elle a mis dans les terres, un pavé neuf qu'elle a mis dans une chambre à la place d'un vieux qui était usé. Toutes ces choses et autres semblables, sont censées faire partie de l'héritage, et ne peuvent être emportées par les héritiers de la douairière.

---

Voy. *Pothier, Douaire*, No. 220, sous art. 443, *Vente*, No. 549, sous art. 454.

---

\* *Pothier, Louage*, } 43. L'usufruitier d'une chose a le droit  
 No. 43. } de la louer, à l'exclusion du propriétaire  
 qui n'en a que la nue propriété ; mais il a cela de moins que celui qui a la pleine propriété de la chose, que celui-ci ayant le droit d'user et de mésuser de la chose, *jus utendi et abutendi*, il peut louer sa chose pour servir à des usages auxquels elle n'avait pas auparavant servi. Il peut louer, pour faire un cabaret, une maison qui avait toujours été auparavant occupée comme maison bourgeoise ; au lieu qu'un usufruitier ne peut louer la chose que pour servir aux usages auxquels elle a coutume de servir. Si la maison dont il a l'usufruit est une maison bourgeoise, le propriétaire a droit de s'opposer au bail qu'il en ferait à un cabaretier pour y tenir un cabaret, ou à un maréchal pour y établir une forge ; L. 13, § *fin.* ff. de *Usufr.*

Il en est de même d'un locataire : il a le droit de sous-bailler pour le temps de son bail ; mais il ne peut sous-bailler la chose que pour servir aux usages auxquels elle est destinée, comme nous le verrons *infra*, chap. 4, sect. 2.

---



## [ARTICLE 457.]

\* 3 *Toullier*, } 412. L'usufruitier peut jouir par lui-même,  
 Nos. 412-3 4. } donner à ferme, ou même céder, vendre ou  
 donner son usufruit, et la disposition qu'il en fait conserve  
 son droit (595). Leg. 12, § 2, ff. de Usuf.

413. Mais s'il donne à ferme, les baux ne peuvent excéder neuf ans, et ils ne doivent pas être faits par anticipation, c'est-à-dire plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons. Dans ces cas, le propriétaire ne peut plus, comme autrefois, expulser, à la fin de l'usufruit, les fermiers ou locataires ; il ne pourrait même pas faire résilier les baux faits par anticipation, si leur exécution avait commencé avant la fin de l'usufruit.

414. L'usufruitier ne peut également faire résilier les baux passés par le propriétaire, avant le commencement de l'usufruit, quand même ils l'auraient été par anticipation, sauf les cas où l'usufruit aurait été constitué à titre onéreux, tel qu'une vente (*voy.* article 1743).

---

\* *Loyseau, Déguerpissement*, } *Cedere usumfructum*, ce n'est  
 L. 6, ch. 1, No. 6. } pas céder l'usufruit à un autre,  
 mais c'est quitter et déguerpir l'usufruit, *abjicere usumfructum* ; de sorte que par cette cession et quittement l'usufruit est absolument éteint. C'est pourquoi la loi dit que, *ususfructus per cessionem alteri non acquiritur, sed ad dominum proprietatis ipso jure revertitur*. On dit aussi que *ususfructus alteri quam domino proprietatis cedi non potest; vendi tamen et quovis titulo alienari in quemlibet potest, tuncque transfertur tantum commoditas percipiendorum fructuum*. Qui est la conciliation de plusieurs lois qu'on trouve si contraires en cette matière. *Leg. Arboribus* § 2. *D. de usufructu et leg. Si ususfructus. D. de jure dotium* § finitur. *Inst. de usuf. et* § 1. *De usu et habit. et* autres semblables.

---

## [ARTICLE 458.]

\* 9 *Demolombe, sur* } 349. En droit romain, et dans notre  
*art. 595 C. N.* } ancienne jurisprudence française, l'usu-  
 fruitier avait aussi le droit de consentir au bail à ferme ou à  
 loyer ; mais le bail par lui consenti cessait à l'extinction de  
 son usufruit (L. 9, § 1, ff. *locat. cond.* ; Pothier, *du Louage*,  
 Nos. 312 et 315).

C'était là, il faut bien le reconnaître, une conséquence lo-  
 gique du principe, d'après lequel le contrat de bail oblige seu-  
 lement les parties contractantes ou leurs héritiers, et non pas  
 les successeurs à titre singulier, qui ne sont pas tenus de leurs  
 obligations personnelles.

On appliquait donc, dans tous les cas, la maxime : *soluto*  
*jure dantis, solvitur jus accipientis* ; et de la même manière  
 que le bail consenti par le propriétaire, n'était pas opposable à  
 l'usufruitier, auquel le bailleur avait transféré un droit réel  
 d'usufruit sur la chose, de même le bail consenti par l'usu-  
 fruitier, n'était pas opposable au nu-propriétaire, après l'ex-  
 tinction de l'usufruit (comp. L. 9, § 1, ff. *de usufr. : locat. cond.*).

---

\* *C. N.* 595. } L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner  
 } à ferme à un autre, ou même vendre ou céder  
 son droit à titre gratuit. S'il donne à ferme, il doit se confor-  
 mer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés, et  
 pour leur durée, aux règles établies pour le mari à l'égard des  
 biens de sa femme, au titre du contrat de mariage et des droits  
 respectifs des époux.

---

458. L'usufruitier jouit  
 de l'augmentation surve-  
 nue par alluvion au fonds  
 dont il a l'usufruit.

Mais son droit ne s'é-  
 tend pas sur l'isle qui se  
 forme, pendant l'usufruit,

458. The usufructuary  
 enjoys any augmentation  
 caused by alluvion to the  
 land of which he has the  
 usufruct.

But his right does not  
 extend to islands formed

## [ARTICLE 458.]

auprès du fonds qui y est sujet et auquel cette île appartient.	during the usufruct near   the land which is subject   to it and to which such   islands belong.
---	---

---

\* ff. L. 9, § 4. *De usuf. et quem.* } Huic vicinus tractatus est, qui solet  
} in eo, quod accessit, tractari : et placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere.

Sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usumfructum ad fructuarium non pertinere, Pegasus scribit ; licet proprietati accedat : esse enim veluti proprium fundum, cujus ususfructus ad te non pertineat, quæ sententia non est sine ratione. Nam ubi latitet incrementum, et ususfructus augeatur : ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. (ULPIANUS).

---

\* 2 Maleville, } L. 9, § 4. ff. de ususfr. Cette loi ajoute que  
p. 60. } l'usufruitier ne jouit pas d'une île qui se forme dans une rivière qui appartiendrait à la terre chargée d'usufruit. *Non de insulâ quæ apparet separata.*

---

\* 6 Pothier, Douaire, } 68. Ce qui est uni depuis le mariage,  
Nos. 68 et 69. } par une union naturelle, à un héritage sujet au douaire, doit y être sujet comme l'héritage auquel il est uni, et dont il est un accessoire. Cette décision est fondée sur le principe : *Accessorium sequitur naturam et jus rei principalis.*

Par exemple, en supposant que le riverain d'une rivière ait, par concession du prince, le droit d'alluvion : s'il s'est fait, par alluvion, une accrue à l'héritage de ce riverain pendant son mariage, cette accrue sera sujette au douaire auquel est sujet l'héritage ; car elle est unie à l'héritage par une union natu-

## [ARTICLE 458.]

relle ; elle en est un accessoire, qui doit suivre *naturam et jus rei principalis*.

69. Un second exemple est, lorsqu'un homme pendant son mariage a planté des vignes, des bois, ou construit quelque édifice sur un terrain qu'il possédait dès le temps des épousailles, et par conséquent sujet au douaire : ces vignes, ces bois, cet édifice seront sujets au douaire, comme le terrain dont ils sont un accessoire : *Quod enim inædificatur, solo cedit... Plantata solo cedunt ; Inst. tit. de Rer. div., § 31-44.*

---

\* 5 *Pandectes frs.*, } 33. Cette disposition est puisée dans le  
*sur art. 596 C. N.* } commencement du § 4 de la loi 9, au Di-  
*geste de Usuf. et quemadmod.* Elle est fondée en raison, parce  
 que l'alluvion étant, comme nous l'avons vu, un accroisse-  
 ment insensible, c'est toujours le même fonds qui est soumis  
 à l'usufruit.

Mais il est étonnant que cet article ne parle point de la distinction que fait le même paragraphe de la loi, entre l'alluvion, et l'augmentation qui arrive subitement, comme par la naissance d'une île auprès de l'héritage sujet à l'usufruit.

La Loi Romaine décide que l'usufruitier n'aura point cette augmentation apparente, parce que, quoiqu'elle accède à la propriété, c'est néanmoins une espèce de fonds à part, sur lequel l'usufruit n'a point été établi.

Il faut suivre cette décision dont la justice est évidente.

On peut même dire qu'elle résulte de notre article qui, en accordant à l'usufruitier l'augmentation produite par alluvion, lui refuse celle arrivée d'une autre manière, suivant la maxime *qui dicit de uno, negat de altero*.

---

\* C. N. 596. } L'usufruitier jouit de l'augmentation survenue  
 } par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit.

## [ARTICLE 459.]

<p>459. Il jouit des droits de servitude, de passage et généralement de tous les droits du propriétaire, comme le propriétaire lui-même.</p>	<p>459. He enjoys all rights of servitude, of passage, and generally all the rights of the proprietor in the same manner as the proprietor himself.</p>
--	---

---

\* *ff. Communia* } Cum fundus fundo servit, vendito quoque  
*prædior. l. 12.* } fundo, servitutes sequuntur. Ædificia quoque  
fundis, et fundi ædificiis eadem conditione serviunt. (PAULUS).  
\* *ff. Si servitus vindicatur,* } Plures ex municipibus, qui di-  
*l. 20, § 1.* } versa prædia possidebant, saltum

communem, ut jus composcendi haberent, mercati sunt: idque etiam a successoribus eorum est observatum: sed nonnulli ex his, qui hoc jus habebant, prædia sua illa propria venundederunt: Quæro, an in venditione etiam jus illud secutum sit prædia, cum ejus voluntatis venditores fuerint, ut et hoc alienarent? Respondit, id observandum, quod actum inter contrahentes esset: sed, si voluntas contrahentium manifesta non sit, et hoc jus ad emptores transire. (SCÆVOLA).

\* *ff. De servit.* } Si partem fundi meam certam tibi vendi-  
*prædior. l. 25.* } dero, aquæductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur, neque ibi aut bonitatis agri, aut usus ejus aquæ ratio habenda est, ita, ut eam solam partem fundi, quæ præciosissima sit, aut maxime usum ejus aquæ desideret, jus ejus ducendæ sequatur: sed pro modo agri detenti, aut alienati, fiat ejus aquæ divisio. (POMPONIUS).

---

Voy. *Pothier, Douaire*, No. 195 sous art. 457 et Nos. 209-210 sous art. 443.

---

\* 3 *Toullier,* } Il jouit des droits de servitude, de passage, et  
No. 415. } généralement de tous les droits du propriétaire,  
comme le propriétaire lui-même.

## [ARTICLE 459.]

\* 2 *Maleville, sur* } La règle générale est que l'usufruitier a  
*art. 597 C. N.* } droit à tout ce qui est nécessaire pour jouir  
 de l'usufruit, L. 1., ff. *si usufr. pet.* Ainsi non-seulement il  
 jouit des droits de servitude et de passage qui sont dus au  
 fonds, mais encore il pourrait exiger que le propriétaire lui  
 fournisse un chemin pour y aboutir, s'il n'en avait pas. L. 2, § 2.  
 ff. *si servit. vend.* et les titres nécessaires pour user de son droit  
 et le défendre. L. 5, *si usufr. pet.*

---

\* *Bousquet, Vo.* } L'usufruitier jouit des servitudes de pas-  
*Usufruit.* } sage, et généralement de tous les droits dont  
 le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire  
 lui-même.

---

\* 2 *Marcadé, sur* } 503. L'usufruitier jouit, comme le ferait  
*art. 597 C. N.* } le propriétaire et à la place de ce proprié-  
 taire, de tous les droits quels qu'ils soient dont jouirait celui-  
 ci. Ainsi, c'est lui qui a notamment, à l'exclusion du proprié-  
 taire, le droit de chasser et de pêcher, ce qui présente une  
 nouvelle différence entre l'usufruitier et le fermier. Le fer-  
 mier, en effet, comme nous le verrons au titre *Du Louage*, n'a  
 le droit de chasse ou de pêche (en l'absence d'une concession  
 spéciale) qu'autant que ce droit, par la destination des fonds  
 affermés, est précisément le seul ou le principal moyen d'en  
 tirer du revenu : louer une garenne, par exemple, c'est évi-  
 demment céder le droit d'y prendre du lapin ; mais pour les  
 biens ordinaires, et sur lesquels la chasse s'exerce uniquement  
 ou principalement comme agrément et distraction, le droit  
 constitue tout naturellement, à moins de déclaration con-  
 traire, une réserve restant au propriétaire. Or, pour l'usufrui-  
 tier, c'est tout différent : il jouit de tous les droits dont jouirait  
 le propriétaire, de ceux de pur agrément aussi bien que des  
 autres ; le propriétaire n'a vis-à-vis de lui aucune réserve ou  
 retenue, et lui seul peut chasser ou pêcher sur tous les biens  
 soumis à son usufruit.

## [ARTICLE 460.]

504. Quant aux servitudes attachées au fonds, ce n'est pas seulement un droit pour l'usufruitier de les exercer, c'est aussi un devoir, et s'il les laissait s'éteindre faute d'en user (art. 706), il en serait responsable envers le propriétaire. Il est tenu, en effet, de veiller à la conservation de la chose et au maintien des droits de ce propriétaire (art. 614). Il serait responsable également des servitudes passives qu'il laisserait s'établir par prescription.

---

\* 5 *Pandectes frs.*, } 34. Cette disposition ne peut donner lieu  
*sur art. 597 C. N.* } à aucune difficulté.

Les servitudes étant dues par un fonds à un autre fonds, il s'ensuit nécessairement que celui qui a la jouissance du fonds dominant, doit jouir des servitudes qui lui sont dues.

Observez que le propriétaire ne peut, d'aucune manière, le priver de cette jouissance, d'où il suit que, pendant la durée de l'usufruit, il ne peut pas remettre les servitudes.

---

\* *C. N.* 597.—Semblable au texte.

---

460. Les mines et les carrières ne sont pas comprises dans l'usufruit.

L'usufruitier peut cependant en tirer les matériaux nécessaires pour les réparations et entretien des héritages sujets à son droit.

Si cependant ces carrières, avant l'ouverture de l'usufruit, ont été exploitées comme source de re-

460. Mines and quarries are not comprised in the usufruct of land.

The usufructuary may nevertheless take therefrom all the materials necessary for the repair and maintenance of the estate subject to his right.

If however these quarries, before the opening of the usufruct, have been worked as a source of re-

## [ARTICLE 460.]

venu, par le propriétaire, l'usufruitier peut conti- nuer cette exploitation de la même manière qu'elle a été commencée.	venue by the proprietor, the usufructuary may con- tinue such working in the way in which it has been begun.
--	--

Voy. *Pothier*, Douaire, No. 195 sous art. 457.

\* 6 *Pothier*, Douaire, } 196. Les *fruits naturels* d'une chose,  
 No. 196. } sont des êtres physiques que cette chose  
 produit et reproduit.

Par exemple, les blés et autres grains, les foins, les fruits des vignes et des autres arbres, sont les fruits d'une terre ; la pêche d'un étang est le fruit de l'étang ; les laines et les agneaux sont les fruits d'un troupeau de moutons.

J'ai dit que les fruits d'une chose sont ce qu'elle produit et reproduit : suivant cette définition, les pierres qu'on tire d'une carrière ne sont pas des fruits de la terre sur laquelle on a établi la carrière ; car la terre d'où on les tire, n'en reproduit pas d'autres à la place de celles qu'on a tirées. D'où il suit qu'une douairière, de même que tous les autres usufruitiers, non-seulement ne peuvent pas ouvrir une carrière sur un héritage dont ils jouissent par usufruit ; mais quand même la carrière aurait été ouverte avant que l'usufruit ait commencé, ils n'ont pas droit d'en tirer des pierres pour les vendre.

Mais elle pourrait en faire tirer pour les réparations qui sont à faire aux héritages dont elle a la jouissance.

Je pense même qu'elle pourrait ouvrir une marnière pour marnier les terres dont elle a l'usufruit ; car c'est faire ce que ferait un bon père de famille.

Cette décision peut recevoir une exception à l'égard de certaines carrières qui sont si riches et si abondantes, qu'elles sont regardées en quelque façon comme inépuisables. Lorsque le propriétaire de l'héritage sur lequel elles sont établies, a été dans l'usage de se faire une espèce de revenu de ces carrières, par les pierres qu'il en tirait pour les vendre, les personnes



## [ARTICLE 460.]

qui succèdent à ce propriétaire à l'usufruit de cet héritage, peuvent user des carrières de la même manière qu'il en usait, et s'en faire un pareil revenu (1). Voyez ce que nous en avons dit en notre *Traité de la Communauté*, No. 97.

A plus forte raison, un trésor trouvé dans un fonds de terre où il était caché, n'est pas regardé comme un fruit de cette terre ; car non-seulement la terre n'en reproduit pas, mais ce n'est pas même elle qui l'a produit, elle n'en était que la dépositaire. C'est pourquoi la douairière ne peut, en sa qualité d'usufruitière, prétendre à aucune part dans le trésor trouvé dans l'héritage dont elle jouit par usufruit ; ce trésor doit se partager par tiers, entre celui qui l'a trouvé, le propriétaire de l'héritage, et le seigneur de justice (2).

(1) Pothier ne distingue que deux classes de fruits, les *fruits naturels* et les *fruits civils*. Les rédacteurs du Code auraient peut-être bien fait d'adopter cette classification, car il n'y a pas d'utilité, dans notre droit, à séparer les fruits naturels des fruits industriels ; les uns et les autres sont régis par les mêmes principes.—Quant à sa décision sur les produits d'une carrière déjà ouverte au commencement de l'usufruit, on serait tenté de croire que les rédacteurs du Code se sont, dans l'art. 598, écartés de la doctrine de cet auteur, car en parlant des droits de l'usufruitier ils décident " qu'il jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit." Mais si l'on fait attention que notre auteur distingue deux espèces de carrières : 1o. celles que le propriétaire n'aurait ouvertes que pour son usage, que pour extraire les pierres nécessaires à l'entretien et aux réparations ou augmentations de ses édifices ; 2o. celles qu'il aurait ouvertes par esprit de spéculation, pour en extraire des pierres destinées à être vendues ; qu'en ce qui concerne celles de la première classe, Pothier réduit le droit de la douairière à tirer des pierres pour les réparations qui sont à faire aux héritages dont elle a la jouissance, tandis que pour les autres il lui permet de vendre les produits et de s'en faire un revenu, on restera convaincu que la disposition du Code est la reproduction de la doctrine de cet auteur. (Note de M. Bugnet.)

(2) L'usufruitier, n'a aucun droit, en cette qualité, au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit (art. 598, *in fine*.) et le trésor sera partagé par moitié entre l'inventeur et le nu-propriétaire (art. 716, C. civ.). (Note de M. Bugnet.)

## [ARTICLE 460.]

\* 7 *Pothier, Com.*, } 97. On peut apporter pour second exem-  
 No. 97. } ple, les pierres tirées d'une carrière ou-  
 verte sur l'héritage propre de l'un des conjoints durant le  
 mariage.

Les jurisconsultes romains faisaient à cet égard une distinc-  
 tion. Ils croyaient qu'il y avait des carrières où la pierre  
 renaissait à mesure qu'on en tirait ; qu'il y en avait de telles  
 dans les Gaules et dans l'Asie. Ils décidaient que la pierre  
 qu'on tirait de ces carrières était un fruit de l'héritage ; mais  
 que dans les autres carrières où la pierre ne renaissait pas, les  
 pierres qu'on en tirait, ne devaient pas être regardées comme  
 un fruit de l'héritage, mais plutôt comme une partie du fonds  
 même, qui en était d'autant diminué : qu'en conséquence, à  
 l'exception des carrières où la pierre renaît, les marbres que  
 le mari avait tirés durant le mariage, d'une carrière qu'il  
 avait ouverte sur le fonds dotal de sa femme, n'appartenaient  
 pas au mari comme fruit, mais faisaient partie de la dot ; L.  
 7, § 13 ; L. 8, ff. *sol. mat.* ; L. 18, ff. *de fund. dot.* Observez que  
 dans la loi 7, § 13, il faut suivre la correction d'Antoine Faber,  
 et lire : *Marmor non est mariti, et impensa est ei præstanda.*

Je laisse aux naturalistes à décider s'il y a effectivement des  
 carrières où la pierre renaît à la place de celle qu'on en a  
 tirée ; ce qu'il y a de certain, c'est que cela n'est pas ordinaire.  
 C'est pourquoi on doit regarder comme une règle générale,  
 que les pierres tirées d'une carrière qui a été ouverte durant  
 le mariage sur l'héritage propre de l'un des conjoints, ne doi-  
 vent pas être regardées comme des fruits de cet héritage qui  
 appartiennent à la communauté, mais comme choses qui fai-  
 saient partie du fonds dont elles ont été tirées, lequel en a été  
 diminué d'autant.

Quoique la pierre ne renaît pas, néanmoins il y a des car-  
 rières si riches et si abondantes, qu'elles sont regardées comme  
 en quelque façon inépuisables. Si ces carrières étaient établies  
 sur l'héritage propre de l'un des conjoints dès avant le ma-  
 riage, et que dès ce temps on regardât les pierres qu'on en  
 tirait, comme faisant le revenu de l'héritage, qui n'était pas

## [ARTICLE 460.]

propre à en produire d'autres, en ce cas, les pierres qu'on en tirerait pendant le mariage, pourraient être regardées comme le revenu et les fruits de l'héritage, et comme devant, en cette qualité appartenir à la communauté.

*Idem*, No. 204. } On appelle *fruits*, ce qui naît et renaît d'une chose : *Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet*. Par exemple, les blés et les autres grains, les foin, les fruits des vignes et des arbres, sont des fruits d'une terre, parce que la terre les produit, et en reproduit d'autres les années suivantes. Pareillement une coupe de bois taillis est un fruit, parce que les souches sur lesquelles on a fait la coupe, repoussent, et reproduisent de quoi faire, au bout d'un certain temps, une autre coupe. La pêche d'un étang est pareillement un fruit, parce qu'au moyen du peuple qu'on y laisse, il reproduit de quoi faire, au bout d'un certain temps, une autre pêche. Au contraire, les pierres et les marbres qu'on tire d'une carrière ne sont pas des fruits ; car il n'en renaît pas d'autres à la place de ceux qu'on tire ; c'est le fonds même qu'on épuise en les tirant ; *V. supra*, No. 97.

---

\* 1 *Pothier, Introd. au tit. Xe*, } Il est pareillement dû rem-  
*Cout. d'Orl. No. 100.* } ploi du prix de la coupe d'un  
 bois de haute futaie qui était sur l'héritage de l'un des con-  
 joints : car la haute futaie n'est pas un fruit de l'héritage, et  
 le fonds est diminué par la coupe qui en est faite. Il en est  
 de même, à plus forte raison, du prix des pierres tirées des  
 carrières ouvertes sur le fonds de l'un des conjoints durant la  
 communauté : car les pierres ne renaissent pas. On cite à ce  
 sujet la loi 7, § 13, *si vir*, ff. *Soluto matrimonio*, dont la leçon  
 est vicieuse ; *V. la note sur cette loi, in Pand. Justin. tit. sol.*  
*matr.* (liv. 24, tit. 3), No. 44.

---

## [ARTICLE 460.]

\* *Demolombe sur* } 429. Les jurisconsultes romains avaient,  
*art. 598 C. N.* } sur ce sujet, d'autres règles; et ils accor-  
 daient, dans tous les cas, à l'usufruitier, le droit d'extraire les  
 métaux et les pierres renfermés dans le sol, le droit, disons-  
 nous, non-seulement de continuer l'exploitation déjà com-  
 mencée par le propriétaire, mais d'en commencer lui-même  
 une nouvelle, *ipse instituere*; sans doute, dit Ducaurroy (t. II,  
 No. 185), parce que la grande abondance de ces produits les  
 faisait considérer comme inépuisables (L. 13, § 5, ff. *de usufr.*).

Il n'y avait que les marbres qui n'étaient pas considérés  
 comme des fruits, *in fructu*, si ce n'est lorsque le propriétaire  
 en avait commencé l'exploitation, ou encore lorsqu'on les  
 considérait, d'après l'opinion qui paraît avoir existé à cette  
 époque, comme susceptibles eux-mêmes de se reproduire; *nisi*  
*tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt in*  
*Asia* (L. 18, ff. *de fundo dot.*; L. 7, § 13, ff. *solut. matr.*).

430. Quant à notre ancien droit français, on y tenait, au  
 contraire, généralement en principe, que l'usufruitier ne pou-  
 vait pas plus continuer l'exploitation d'une carrière antérieu-  
 rement ouverte par le propriétaire, qu'il ne pouvait lui-même  
 en ouvrir une.

On exceptait toutefois le cas où la carrière était si abon-  
 dante, qu'elle paraissait être, en quelque façon, inépuisable  
 (*voy. notre vol. précéd., No. 578*).

Dans ce dernier cas, lorsque le propriétaire de " l'héritage  
 sur lequel les carrières sont établies, a été dans l'usage de se  
 faire une espèce de revenu de ces carrières par les pierres,  
 qu'il en tirait pour les vendre, les personnes qui succèdent à  
 ce propriétaire, à l'usufruit de cet héritage, peuvent user des  
 carrières de la même manière qu'il en usait et s'en faire un  
 pareil revenu." (Pothier, *du Douaire*, No. 196).

431. Notre article 598 ne fait aucune distinction de ce  
 genre; et la distinction, beaucoup plus nette, qu'il établit,  
 nous paraît aussi plus conforme aux véritables principes de  
 cette matière. Aussi ne regrettons-nous pas, pour notre part,

## [ARTICLE 460.]

comme le fait Hennequin (t. II, p. 312), l'article du projet, qui portait d'abord en termes absolus, que :

“ Les mines et carrières ne sont pas comprises dans l'usufruit.” (Projet du Code Nap., liv. II, tit. III, art 23).

Ou bien, en effet, la mine ou la carrière étaient déjà en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit; et alors l'usufruitier doit avoir le droit de continuer cette exploitation; car il jouit comme le propriétaire jouissait, et d'après la destination que le propriétaire avait donnée à sa chose; car tous les biens peuvent être soumis à un usufruit, une mine ou une carrière comme tout autre; or il ne serait pas vrai de dire qu'une mine ou une carrière peut être grevée d'usufruit, si l'usufruitier n'avait pas le droit de l'exploiter! Ajoutons que la volonté de celui qui a constitué l'usufruit, ne saurait être, en pareil cas, douteuse; *palam est*, dit le jurisconsulte Paul, “ *eo animo dedisse mulierum fundum, in quo lapis cæditur, ut iste fructus ad maritum pertineret, nisi contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier.*” (L. 8, ff. *sol. matr.*)

Ou, au contraire, la mine, la carrière ou la tourbière n'étaient pas encore en exploitation à l'époque de l'ouverture de l'usufruit; et alors c'est précisément en vertu du même principe que l'usufruitier n'y peut rien prétendre; car la destination du maître, du père de famille, manque alors tout à fait; et la règle que les substances renfermées dans le sein de la terre ne sont pas considérées comme des fruits, conserve tout son empire.

432. L'article 598 exige, pour que l'usufruitier puisse y avoir droit, que la mine ou la carrière *soient en exploitation à l'ouverture de l'usufruit...*; qu'elles soient *ouvertes...*; que *l'exploitation en soit commencée.*

Il ne suffirait donc pas que l'on eût déjà fait des travaux pour la chercher et pour la découvrir (comp. Lyon, 24 mai 1853, Guillot, Dev., 1854, II. 727; Lyon, 7 déc. 1866, Brouillat, Dev., 1867, II, 6).

La concession d'exploiter, que le propriétaire aurait obtenue du Gouvernement, ne paraîtrait pas même suffisante, si

## [ARTICLE 460.]

l'exploitation n'était pas déjà commencée ; du moins pourrait-on soulever là une question de fait et d'intention (Lyon, 1er juill. 1840, Guerrier, Dev., 1841, II, 34).

Comme réciproquement, si on supposait que l'exploitation eût été commencée par le propriétaire, qui n'aurait pas obtenu de concession, l'usufruitier aurait droit, soit aux produits de la mine, s'il devenait lui-même concessionnaire soit à la redevance qui serait due par un concessionnaire étranger (Proudhon, t. III, No. 1106).

432 *bis*. L'exploitation a été commencée par le propriétaire.

Mais elle était suspendue, interrompue, lorsque l'usufruit vient à s'ouvrir.

L'usufruitier peut-il la reprendre pour continuer ?

Non, si l'interruption avait le caractère d'un abandon définitif et irrévocable.

Oui, dans le cas contraire, et si la suspension, momentanée seulement, n'avait pas eu dans l'intention du propriétaire le caractère d'un abandon complet et d'une fermeture effective et définitive (comp. Bordeaux, 10 mars 1865, P..., Dev., 1866, II, 7).

433. Pothier enseignait que " la douairière peut faire tirer des pierres du fonds grevé de son usufruit pour les réparations, qui sont à faire aux héritages dont elle a la jouissance ; et je pense même, dit-il, qu'elle pourrait ouvrir une marnière pour marnier les terres dont elle a l'usufruit, car c'est faire ce que ferait un bon père de famille." (*Du douaire*, No. 195)

Cette opinion pourrait paraître aujourd'hui contestable ; et Hennequin pense, en effet, qu'il n'est pas possible de l'admettre sous une législation aussi nettement formulée que la nôtre, et qui ne laisse pas à la jurisprudence cette grande latitude, qui lui appartenait à l'époque où Pothier écrivait (t. II, p. 318).

Il faut remarquer pourtant que le droit de l'usufruitier, en ce qui concerne les carrières, était, sous l'ancien droit, moins étendu qu'il ne l'est aujourd'hui ; et qu'il paraîtrait assez

## [ARTICLE 460.]

bizarre que l'on refusât en cette occasion, sous l'empire de notre Code, à l'usufruitier, une faculté que nos anciens auteurs lui accordaient. Aussi serions-nous plutôt porté à croire que cette faculté devrait encore lui être laissée ; c'est ainsi qu'il peut abattre, pour les réparations, dont il est tenu, des arbres de haute futaie même non aménagés (*supra*, No. 411) ; l'idée n'est-elle pas la même, et l'analogie bien évidente ; (Comp. Proudhon, t. III, Nos. 1204 et 1208 ; Zachariæ, t. II, p. 13 ; Taulier, t. II, p. 311 ; Demante, *Cours analyt.*, t. II, No. 438 *bis*.)

438. B. Les mêmes principes nous paraissent applicables aux *minières*, que très-certainement l'article 598 a entendu comprendre dans l'expression générique de *mines* qu'il a employée ; car cet article renferme une disposition générale qui, dans la pensée du législateur, comme aussi d'après le principe essentiel sur lequel la disposition est fondée, doit embrasser, sans distinction, toutes les substances quelconques, qui se trouvent renfermées dans le terrain grevé d'usufruit.

On conçoit que la loi toute spéciale du 21 avril 1810 ait dû prendre soin de classer exactement ces différentes espèces de substances et qu'elle ait, à cet effet, distingué *les mines* d'avec *les minières*, pour les règles de droit public et administratif auxquelles les unes et les autres peuvent donner lieu. Mais cette distinction ne nous paraît devoir exercer aucune influence dans le droit privé, en ce qui concerne le règlement des relations réciproques de l'usufruitier et du nu-propiétaire

Néanmoins, on a enseigné une doctrine contraire à l'égard des minières qui renferment du fer dit d'alluvion ; et on a, pour ce cas, proposé la distinction suivante :

Si les minières sont susceptibles d'être concédées, on convient qu'elles doivent être régies par les mêmes principes que les mines ; et elles peuvent être concédées dans deux cas, savoir : 1<sup>o</sup> si l'exploitation à ciel ouvert cesse d'être possible, et si l'établissement de puits, galeries et travaux d'art est nécessaire ; 2<sup>o</sup> si l'exploitation, quoique possible encore, doit

## [ARTICLE 460.]

durer peu d'années, et rendre ensuite impossible l'exploitation avec puits et galeries.

Mais, dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque les minières renfermant du fer d'alluvion ne sont pas susceptibles d'être concédées, on prétend que l'article 598 n'est pas applicable, en ce sens que l'usufruitier a droit aux produits de la minière, lors même que l'exploitation n'en aurait pas encore été commencée à l'époque de l'ouverture de l'usufruit. Le motif de cette exception singulière viendrait de ce que, dans ce cas, aux termes des articles 59 et 65 de la loi du 21 avril 1810, le propriétaire est tenu d'exploiter la minière, et que, faute par lui de le faire, les maîtres de forges ont la faculté de l'exploiter à sa place. Et c'est de là que l'on conclut que l'usufruitier a le droit d'exploiter comme le propriétaire lui-même : ce qui n'est pas, suivant Hennequin, une déviation des principes ; car on peut dire que les terrains où se rencontre du fer d'alluvion, sont des exploitations toujours ouvertes et toujours commencées (t. II, p. 317). Tel est aussi l'avis de Delvincourt (t. I, p. 148, note 8) et de Duranton (t. IV, No. 573).

Nous ne saurions, pour notre part, admettre cette doctrine ; nous avons déjà remarqué que le texte de l'article 598 était général, et qu'en raison et en principe il serait véritablement impossible de justifier une telle distinction. La circonstance que le propriétaire est tenu d'exploiter, et qu'à son défaut, les maîtres de forges ont la faculté d'exploiter à sa place, cette circonstance ne nous paraît de nature à apporter aucun changement à la position de l'usufruitier ; et nous concluons toujours, avec l'article 598, qu'il n'a aucun droit aux mines ou minières qui n'étaient pas encore ouvertes à l'époque où son droit a commencé (Taulier, t. II, p. 310 ; voy. aussi Demante, *Cours analyt.*, t. II. No. 438 bis).

339. C. A l'égard des carrières et des tourbières, les mêmes considérations d'utilité publique, qui ont dicté les dispositions de la loi de 1810, en ce qui concerne les mines, n'existent pas ; l'exploitation n'en peut donc avoir lieu que du consentement du propriétaire (art. 81, 83 de la loi du 21 avril 1810).



## [ARTICLE 460.]

Et de là, il résulte que, lorsqu'un sol est grevé d'usufruit, une carrière ou une tourbière ne peut être ouverte que du commun accord du nu-propiétaire et de l'usufruitier ; et alors les droits respectifs de l'un et de l'autre sont réglés par leur convention.

L'usufruitier, en effet, ne peut pas seul ouvrir une carrière ni une tourbière, puisqu'il n'a aucun droit aux produits qu'on en pourrait retirer, et que d'ailleurs ce serait là une entreprise et un changement dans la disposition du terrain, qui dépasserait son droit.

Mais, de son côté, le nu-propiétaire, obligé de ne rien faire qui nuise aux droits de l'usufruitier, ne pourrait pas non plus venir le troubler ainsi, malgré lui, dans sa jouissance (art. 599 ; Delvincourt, t. I, p. 148, note 8 ; Duranton, t. IV, No. 574 ; Taulier, t. II, p. 310 ; Demante, *Cours analyt.*, t. II, No. 436 bis).

440. L'usufruitier ne pourrait-il pas néanmoins extraire des pierres du sol pour satisfaire aux réparations dont il est tenu ?

Nous avons répondu plus haut à cette question (No. 433).

441. Nous avons toujours supposé, jusqu'à présent, que l'usufruit était établi sur le sol même, sur le terrain, dans le sein duquel se trouve la mine.

Mais il est bien clair que l'usufruit pourrait aussi être établi sur la mine ou la carrière seulement, sans grever le sol lui-même ; et nous déciderions avec Proudhon, même dans ce cas, que l'usufruitier a le droit d'en retirer les produits, sans être tenu ensuite de les restituer, et qu'il les acquiert aussi irrévocablement que l'usufruitier d'une rente viagère en acquiert les arrérages (art. 588), sous la condition, bien entendu, de payer, pendant la durée de son usufruit, la redevance due au propriétaire de la surface, qui est, de même que l'impôt, une charge et comme un fruit civil passif de la jouissance de la mine (Proudhon, *du Domaine privé*, t. II, No. 774.)

---

\* 2 Maleville, sur } Cet article est conforme au Droit Romain,  
 art. 598 C. N. } quant au trésor trouvé dans le fond. L. 7, §  
 12, ff. solut. matr., Dumoulin, sur Paris, § 1, gl. 1, N. 60.

## [ARTICLE 460.]

Mais il y est contraire, relativement aux mines et carrières dont l'usufruitier avait droit d'user ; soit qu'elles fussent déjà ouvertes avant son usufruit, soit qu'elles ne le fussent qu'après. L. 9, § 2 et 3, ff. *de usufr.*

On demanda, dans la discussion de cet article, que l'usufruitier pût jouir des mines découvertes pendant son usufruit : on prétendait que rien ne s'opposait à ce que les fruits d'une concession y fussent sujets.

Il fut répondu que la jouissance des mines n'étant conférée que par l'autorité publique, l'usufruitier ne pourrait exploiter celles mêmes qu'il trouvait ouvertes qu'avec l'attache du gouvernement, parce qu'il pourrait arriver qu'il n'eût pas les facultés et les connaissances qui avaient déterminé la concession en faveur du propriétaire.

Il faut convenir que cette réponse ne résout pas la question ; elle prouve bien que l'usufruitier ne peut, sans la permission du gouvernement, exploiter les mines qu'il trouve ouvertes, mais pas du tout qu'avec cette permission il ne puisse user des mines qui se découvriront pendant son usufruit, et sans cette permission même, des carrières qui pourront s'ouvrir.

Il y avait une meilleure raison à donner, prise de ce que les mines et carrières ne se reproduisant pas et s'épuisant à la fin, ne pouvaient être considérées comme un fruit ; mais alors il fallait exclure l'usufruitier des carrières ouvertes avant comme après l'époque de son usufruit.

On dit encore qu'il fallait distinguer l'usufruit formel de la concession d'une mine, d'avec l'usufruit d'un fonds dans lequel se trouvait une mine ; que le premier était permis et devait avoir son effet, mais que le second était sujet aux modifications portées par l'article.

Il est bien clair que le concessionnaire d'une mine peut céder son droit à un autre à titre d'usufruit ou autrement, mais ce ne peut jamais être qu'avec l'attache du gouvernement ; et s'il ne l'obtient pas, c'est toujours lui qui est considéré comme concessionnaire et demeure garant de l'exploita-

## [ARTICLE 460.]

tion. Ainsi, avec cette distinction, on ne fait pas un pas pour la solution de la question.

Il me semble qu'il fallait exclure l'usufruitier de l'exploitation des mines ouvertes, soit avant, soit après que son usufruit avait commencé ; et qu'il était juste de lui accorder la permission d'extraire les marbres, les pierres, le plâtre, la tourbe, le charbon de terre et autres matières dont il peut avoir besoin pour son usage, ou pour les réparations et l'avantage de la chose dont il a l'usufruit en quelque temps que la découverte en ait été faite, car il répugne de l'obliger à acheter ailleurs ce qu'il trouve dans le fonds dont il doit jouir comme le propriétaire lui-même.

---

\* 35 *Merlin, Rép. Vo. Usufruit*, } III. Venons maintenant à  
 § IV, No. III. } l'énumération des objets qu'on  
 doit, en cette matière, considérer comme fruits.

S'agit-il d'un troupeau ou d'un nombre déterminé de bestiaux ? Le lait, le poil, la laine et le croît qui en proviennent, sont réputés fruits, et doivent conséquemment appartenir à l'usufruitier. (Loi 28, D. de *usuris* ; loi 48, D. de *acquiritendo rerum dominio* ; § 37, *Inst. de rerum divisione* ; loi 68, § 1, de *Usufructu*).

Est-il question d'un bien-fonds ? Tout ce qui y croît, et tous les fruits qu'on en peut tirer, appartiennent à l'usufruitier. Ainsi, lorsqu'il s'y trouve des mouches à miel, il peut s'en approprier le produit : si l'on y a percé, ou si l'on vient à y percer des carrières, il peut en tirer de la pierre, de la craie, du sable, pour son usage : le gibier qu'il y rencontre, il peut le tuer ; s'il s'y trouve du bétail à perpétuelle demeure, il en jouit de la manière qu'on l'a dit il y a un instant. (Loi 9, loi 59, § 1, loi 62, loi 68, D. de *Usufructu*).

---

\* C. N. 598. } 598. Il jouit aussi de la même manière que le  
 propriétaire, des mines et carrières qui sont en  
 exploitation à l'ouverture de l'usufruit ; et néanmoins s'il

## [ARTICLE 461].

s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession: l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du gouvernement.

Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit.

<p>461. L'usufruitier n'a aucun droit sur le trésor trouvé, pendant la durée de l'usufruit, sur le fonds qui y est sujet.</p>	<p>461. The usufructuary has no right over treasure found, during the usufruct, on the land which is subject to it.</p>
---	---

\* ff. *Soluto matrim.* } Si fundum viro uxor in dotem dederit,  
 L. 12, § 7. } idque inde arbores deciderit : si hæ fructus intelliguntur, pro portione anni debent restitui. Puto autem, si arbores cæduæ fuerunt, vel gremiales, dici oportet, in fructus cedere : si minus, quasi deteriorem fundum fecerit maritus, tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt : dici oportet, pretium eorum restituendum mulieri, nec in fructum cedere ; non magis, quam si thesaurus fuerit inventus, in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dominia restituetur quasi in alieno inventi.

\* 5 *Pandectes Frs.*, } Nul doute que le trésor trouvé dans le  
 sur art. 598 C. N. } fonds soumis au droit d'usufruit, ne peut point appartenir à l'usufruitier. Le trésor n'est point un fruit puisqu'il ne se reproduit pas. Il fait partie du fonds même. Par conséquent l'usufruitier ne peut y avoir aucun droit.

## [ARTICLE 461.]

\* Serres, *Inst. Liv. 2,* } Les questions au sujet des trésors  
*Tit. 1, § 39.* } trouvés se présentent rarement ; on dé-  
 finit le trésor, *vetus quædam depositio pecuniæ, cujus memoria*  
*non extat, Leg. 41, § 1, ff. de acquir. rer. Domin.* ou bien, *con-*  
*dita ab ignotis Dominis tempore vetustiori mobilia, Leg. unic. cod.*  
*de thesauris*, d'où il résulte qu'un trésor peut consister en des  
 choses précieuses, autres même que des espèces d'or ou d'ar-  
 gent ; mais ce ne serait jamais un trésor, si le maître en était  
 connu, et il devrait lui être rendu, ou à ses héritiers, quand  
 bien même ce trésor aurait demeuré caché durant plus de  
 trente années. *Leg. peregrè 44. ff. de acquir. vel amitt. possess.*  
*dict. Leg. 41. ff. de acquir. rer. Domin.*

Ce que nous avons dit, que la moitié du trésor appartient  
 toujours au maître du fonds, et l'autre moitié ou le tiers à  
 celui qui l'a trouvé, a lieu au préjudice même de l'usufruitier  
 du fonds ; et si celui qui a trouvé le trésor, est lui-même cet  
 usufruitier, il n'a pas pour cela d'autre portion du dit trésor  
 que la moitié ou le tiers, tout comme si l'usufruit ne lui ap-  
 partenait pas, parce que le trésor n'est pas un fruit du fonds :  
 en sorte que le trésor même trouvé dans le fonds dotal n'ap-  
 partient pas au mari, mais à la femme. *Leg. 7, § 12. ff. soluto*  
*matrim.*

---

\* 1 Despeisses, *part. 2, Des Contrats,* } Bien que le trésor  
*sect. 3, art. 1, No. 9, p. 621 (Contrà).* } trouvé par l'usufruitier  
 dans le fonds dont il a l'usufruit, ne lui appartienne pas, néan-  
 moins il s'en peut servir durant le temps de son usufruit.  
*Bened. ad cap. Raynut. in verbo (cætera bona) No. 30 et Ranchin,*  
*part. 2, concl. 281.*

---

\* C. N. 598, cité sous art. 460.

---

## [ARTICLE 462.]

462. Le propriétaire ne peut, par son fait, de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier.

De son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il a faites, encore que la valeur de la chose en soit augmentée.

Il peut cependant enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il a fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.

462. The proprietor cannot, by any act of his whatever, injure the rights of the usufructuary.

On his side, the usufructuary cannot, at the cessation of the usufruct, claim indemnity for any improvements he has made, even when the value of the thing is augmented thereby.

He may however take away the mirrors, pictures and other ornaments which he has placed there, but subject to the obligation of restoring the property to its former condition.

\* ff. *De usuf. et quem.* } § 6. Proprietatis dominus non debet  
L. 15, § 6, 7. } bit impedire fructuarium ita utentem  
ne deteriorem ejus conditionem faciat. De quibusdam plane dubitatur, si eum uti prohibeat, an jure id faciat: utputa domiliis, si forte fundi ususfructus sit legatus? Et putant quidem, et si defossa sint, uti prohibendum. Idem et in feriis, et in cuppis, et in cadis et amphoris putant: idem et in specularibus, si domus ususfructus legetur. Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri.

§ 7. Sed nec servitatem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitatem. Acquirere plane servitatem eum posse, etiam invito fructuario, Julian scripsit. Quibus consequenter, fructuarius quidem acquirere fundo servitatem non potest, retinere autem potest: et si forte fuerint, non

## [ARTICLE 462.]

utente fructuario, amissæ, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitatem imponere potest. (ULPIANUS).

*Ibid.* L. 16. — Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat : veluti si talem servitatem vicino concesserit, jus sibi non esse alius tollere. (PAULUS).

---

\* ff. *De usu et usuf.* } Heres in fundo, cujus ususfructus le-  
*et red.* L. 12. } gatus est, villam posuit : eam invito  
 fructuario demolire non potest : nihilo magis, quam si, quam  
 arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet, sed si, ante-  
 quam ususfructuarius prohibuerit, demolierit : impune factu-  
 rum. (ALFENUS).

---

\* 3 Proudhon, } 1108. *Le propriétaire pourrait-il lui-même re-*  
*Usuf.* } *quérir et forcer la vente des animaux soumis à*  
*un droit d'usufruit ?*

La loi, qui ne veut pas que le propriétaire puisse, de quel-  
 que manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier  
 (599), lui défend par là même tout ce qui pourrait rendre pire  
 la condition de ce dernier : c'est néanmoins ce qui arriverait  
 s'il était forcé de vendre, puisque le propriétaire n'aurait plus  
 de risques à courir sur la perte des animaux, et que, de son  
 côté, l'usufruitier n'aurait plus de chances pour se voir libéré  
 par l'anéantissement de la chose, après en avoir usé plus ou  
 moins longtemps.

Ainsi, tant que l'usufruitier juge a propos de conserver la  
 jouissance des animaux, il en est le maître, et il est en droit  
 de ne consulter que son intérêt à cet égard.

Vainement opposerait-on ici que l'usufruitier doit jouir en  
 bon père de famille, et qu'en conséquence il ne doit pas con-  
 server les animaux jusqu'à ce qu'ils périssent entre ses mains.  
 Cette objection n'est pas relevante : car l'obligation de jouir en  
 bon père de famille ne s'étend pas jusqu'à imposer à l'usu-  
 fruitier le devoir de prendre à sa charge personnelle les dan-

## [ARTICLE 462.]

gers et accidents qui peuvent entraîner la perte de la chose avant la fin de son usufruit, puisqu'au contraire la loi veut que ces dangers pèsent indéfiniment sur le propriétaire.

Tant que l'usufruitier n'est pas arrivé au terme final de sa jouissance, la continuation indéfinie de l'exercice de son usufruit ne peut lui être reprochée comme un abus, puisque, suivant son titre, il a le droit de jouir jusqu'à ce terme, et que *injuriam non facit qui jure suo utitur*.

Si le terme extrême de l'usufruit est tel, par son éloignement, que l'animal sur lequel il est établi, doit naturellement périr auparavant, il ne résultera pas de là que l'usufruitier ne sera point en droit de prolonger sa jouissance tant qu'il le voudra ou le jugera conforme à ses intérêts ; mais seulement qu'en ce cas le droit d'usufruit devra être considéré comme absorbant en quelque sorte celui de propriété, et comme valant beaucoup mieux, puisqu'il le rendra inutile, à moins que l'usufruitier ne vienne à mourir avant que l'animal périsse.

1122. *L'usufruitier pourrait-il, sans l'agrément du propriétaire, construire une maison sur une place vide ? et après l'avoir construite, aurait-il le droit d'en jouir ?*

Construire un édifice sur un sol vide, c'est changer la surface du terrain, mais aussi c'est ordinairement faire une amélioration : or, il y a des cas où l'usufruitier peut améliorer sans le consentement et même contre la volonté du propriétaire ; et il y en a d'autres où il ne le peut pas ; c'est donc dans cette distinction qu'il faut rechercher le principe de solution à la question proposée.

L'usufruitier est en droit d'améliorer sans le consentement du propriétaire, lorsque la construction est provoquée par une cause qui tient à l'exercice de son droit : dans ce cas, le propriétaire ne peut y mettre obstacle, par la raison qu'il s'opposerait à la jouissance même de l'usufruitier, ce qui ne peut être admissible.

Ainsi l'usufruitier peut, sans le consentement du propriétaire, construire, dans un héritage en culture, une loge destinée au logement d'un garde qui serait préposé à la conserva-



## [ARTICLE 462.]

tion des récoltes pendantes par racines : *Si areæ ususfructus legatus sit mihi, posse me casam ibi ædificare custodia causâ, earum rerum quæ in areâ sunt.* Le propriétaire ne serait pas recevable à s'opposer à cette construction, parce qu'autrement il mettrait obstacle à la jouissance même de l'usufruitier ; car l'exercice de son droit ne serait plus entier, s'il ne pouvait faire surveiller ses récoltes de la manière la plus propre à les conserver.

Ainsi encore, et par les mêmes raisons, l'usufruitier peut faire construire, sur un des fonds du domaine dont il a la jouissance, un édifice plus important, tel qu'une maison de ferme, si cette construction est nécessaire pour recueillir et héberger les fruits du domaine ; *sed nec ædificium quidem positurum fundo ; nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.* Il faudrait en dire autant s'il s'agissait d'un bâtiment construit à l'effet d'y placer une cuverie ou un pressoir, ou d'y faire une cave pour le service d'un domaine en vignobles. Dans ces cas et autres semblables, le testateur léguant l'usufruit du domaine ou du fonds, est censé avoir légué le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour en jouir pleinement, et conséquemment le droit d'améliorer par des constructions qu'exige le besoin de la chose.

1123. L'usufruitier, au contraire, n'est pas en droit de construire un édifice contre le gré du propriétaire ; il ne le peut, même sous le spécieux prétexte d'améliorer le fonds, lorsque la construction n'est provoquée par aucune cause qui se rattache à l'exercice de sa jouissance ; *sed nec ædificium quidem positurum fundo,* porte le texte précité. *Sicut nec, areæ usufructu legato, potest in areâ ædificium poni ;* la raison de cela, c'est qu'ici la construction n'est point une chose accessoire à l'exercice des droits généraux de l'usufruitier. Prenant les choses dans l'état où elles se trouvent, il peut en jouir dans toute leur étendue, sans faire la construction dont il s'agit, puisqu'elle n'est point nécessaire pour l'exercice de cette jouissance. Le propriétaire qui, pour conserver la forme du fonds, veut qu'on s'abstienne d'y bâtir, ne peut être accusé de mettre

## [ARTICLE 462.]

obstacle à la jouissance de l'usufruitier, puisque l'édifice projeté n'est point nécessaire à celui-ci.

Ainsi, dans cette seconde hypothèse, le propriétaire peut s'opposer à la construction de l'édifice, et même en exiger la démolition lorsqu'il a été construit sans son assentiment, parce qu'on ne peut élever un bâtiment sur un sol vide, sans changer substantiellement la forme du fonds; qu'un pareil changement, quand il n'a pas une cause nécessaire, fait partie du droit qui appartient à tout homme de disposer librement de ce qui lui appartient, sans contrainte de la part d'autrui.

1124. Mais si la construction a produit une amélioration telle que le propriétaire la juge conforme à ses intérêts, et qu'il veuille la conserver, l'usufruitier a-t-il le droit d'en retenir la jouissance ?

Pour soutenir la négative, on peut dire que le droit d'usufruit qui avait été légué sur l'héritage où l'édifice a été construit, est éteint par l'effet de la construction même, par la raison que la jouissance d'un édifice n'a plus rien de commun avec celle qui avait été léguée et qui ne devait consister que dans la perception des fruits naturels ou industriels qui seraient produits par le fonds; que d'ailleurs c'est ainsi que la question paraît décidée par la loi romaine : *Si areæ sit usufructus legatus, et in eâ ædificium sit positum, rem mutari et usumfructum extingui constat.*

Néanmoins il faut tenir pour constant que l'usufruitier est en droit de retenir, jusqu'au terme légal de son usufruit, la jouissance de la maison qu'il a construite; attendu qu'il ne peut être censé avoir renoncé à son droit par un fait par lequel il a voulu améliorer son sort, et se procurer une plus grande jouissance; qu'il serait injuste de le punir précisément par la raison qu'il aurait sagement administré et fait le bien; que si la loi romaine porte que le droit d'usufruit d'un fonds s'éteint par le changement de forme qu'opère la construction d'un bâtiment, c'est lorsque l'édifice est construit par le testateur lui-même avant l'ouverture des droits de l'usufruitier, à l'égard duquel le legs se trouve ainsi révoqué et devient caduc;

## [ARTICLE 462.]

qu'enfin lorsque le code dit (599) que l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose fût augmentée, il suppose évidemment qu'il a dû en conserver la jouissance jusqu'à la fin.

1425. C'est l'article 599 du code qui statue sur les droits dont il s'agit ici ; il est conçu dans les termes suivants :

“ L'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.

“ Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.”

Cet article mérite des observations particulières et détaillées, c'est pourquoi nous en commenterons successivement les dispositions.

*L'usufruitier ne peut réclamer aucune indemnité.* L'équité, a dit M. Gary, orateur du Tribunal, lors de la discussion faite sur cet article, semble d'abord s'opposer à ce que le propriétaire profite, aux dépens de l'usufruitier, de l'amélioration évidente de la chose : mais quand on considère que l'usufruitier en a lui-même recueilli les fruits ; que cette amélioration n'est d'ailleurs, aux yeux de la loi, que le résultat naturel d'une jouissance éclairée et d'une administration sage et vigilante ; quand on pense qu'il ne doit pas être au pouvoir de l'usufruitier de grever d'avance le propriétaire de répétitions qui pourraient souvent lui être onéreuses ; quand on songe enfin aux contestations infinies qu'étouffe, dans leur naissance, cette disposition de la loi, on ne peut lui refuser son assentiment.

Il en est donc des constructions et améliorations faites ou procurées par l'usufruitier, comme des frais de culture et de semence, lorsqu'il décède à une époque où les fruits sont encore pendants par racines, puisque, dans l'un et l'autre cas,

## [ARTICLE 462.]

le fruit de ses impenses cède également au propriétaire, sans nulle indemnité.

1426. Il résulte de là, qu'après la cessation de sa jouissance, l'usufruitier ou ses héritiers sont aujourd'hui, par rapport aux améliorations du fonds, aux dépenses préparatoires de la récolte pendante par racines, d'une condition moins favorable que le tiers possesseur contre lequel le propriétaire a revendiqué son héritage; puisque, dans ce dernier cas, les fruits pendants par racines n'appartiennent au maître réintégré dans sa propriété, qu'à la charge de rembourser les frais des labours, des travaux et semences faits par le tiers possesseur évincé (548), lequel a aussi le droit de répéter les dépenses nécessaires ou utiles qu'il a faites pour la conservation (1581) ou l'amélioration de la chose (555), sous les modifications que nous avons expliquées ailleurs, en traitant du droit d'accession : mais cette diversité dans les dispositions de la loi n'est pas sans motifs, car la cause de l'usufruitier est bien différente de celle du tiers possesseur.

1427. Lorsqu'il s'agit d'un possesseur de mauvaise foi, il ne souffre pas seulement l'éviction de la chose, il est tenu encore au rapport des fruits qu'il a perçus (549); on offenserait donc les principes de l'équité, si on ne lui adjugeait pas les impenses nécessaires ou utiles qu'il a faites, ainsi que ses frais de labour, autrement le propriétaire s'enrichirait à ses dépens. L'usufruitier, au contraire, n'a pas nécessairement le même droit de répétition, parce que les fruits qu'il a perçus, et qu'il ne restitue pas, lui restent au moins en compensation des impenses qu'il a faites.

1428. S'il est question d'un possesseur de bonne foi, il garde, comme l'usufruitier, les fruits qu'il a perçus; mais dans les impenses et améliorations qu'il a faites, il croyait travailler pour lui-même : il ne peut y avoir, à son égard, aucun motif de présumer qu'il ait voulu agir *animo donandi*, tandis que l'usufruitier, sachant que l'héritage ne lui appartenait pas, et que les améliorations qu'il a spontanément faites devaient suivre la condition du fonds dont elles ne sont que les acces-

## [ARTICLE 462.]

soires, était dans une position telle que les auteurs du code, établissant ici un point de droit nouveau, ont pu le soumettre à la présomption légale suivant laquelle il est réputé n'avoir agi que dans un esprit de libéralité et d'abandon, pour tout ce dont la valeur de l'amélioration excéderait la compensation qu'il pouvait en espérer dans sa jouissance : il y aurait donc de l'injustice à forcer le possesseur de bonne foi à subir la même condition. Son erreur ne lui étant pas imputable, elle ne doit pas lui nuire de manière à augmenter la perte qu'il ressent déjà par la seule éviction du fonds.

D'ailleurs, à l'égard de l'usufruitier, les frais préparatoires des récoltes pendantes par racines lors de la cessation de l'usufruit, sont compensés d'avance par la perception gratuite des fruits qui étaient dans le même état à l'époque de son entrée en jouissance ; tandis que la même réciprocité ne se trouve pas établie en principe, dans la cause du tiers possesseur.

1437. Pour nous résumer, nous dirons donc que, par amélioration, on doit entendre ici tout ouvrage qui, fait dans le fonds ou ajouté au fonds, en augmente le produit, ou la valeur, ou les agrémens, sans avoir été nécessairement entrepris pour rétablir ou entretenir l'héritage, ou pour le conserver et en prévenir la perte.

Pour avoir une idée complètement juste de l'amélioration, il faut la considérer sous trois points de vue différens, c'est-à-dire dans sa cause, en elle-même, et dans ses effets.

1438. *Considéré* dans sa cause, pour qu'un ouvrage soit au rang des améliorations, il faut qu'il ait été entrepris volontairement, et sans être exigé par le besoin de la chose, ni commandé par l'autorité : il faut qu'il n'ait point été fait pour entretenir, ou conserver, ou rétablir le fonds, autrement il serait l'objet d'une impense nécessaire, *impensæ necessariæ sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit*, et non pas une amélioration qui ne peut être que spontanément faite.

## [ARTICLE 462.]

1439. *Considéré en lui-même, pour qu'un ouvrage soit une amélioration proprement dite, il faut que, par sa confection ou construction, on ajoute au fonds quelque chose qui n'ait point encore été préexistant; car rétablir ce qui était préexistant, sans en changer le genre ou l'espèce, c'est réparer et non améliorer: reficere sic accipimus, ad pristinam formam iter et actum reducere; hoc est, ne quis dilatet, aut producat, aut deprimat, aut exageret. Et aliud est enim reficere, longè aliud facere.* Et, comme l'indique encore ailleurs le même jurisconsulte romain, *si quis ædificium vetus fulciat, an opus novum nunciare ei possumus videamus? Et magis est, ne possimus. Hic enim non opus novum facit, sed veteri sustinendo remedium adhibet.* (L. 3, § 15 ff. de itim; l. 1, § 13 ff. de oper. novi.)

1440. Nous venons de dire que rétablir ce qui était préexistant, *sans en changer le genre*, ce n'est que réparer: il faudrait, en effet, décider le contraire, et dire qu'il y aurait amélioration si l'on changeait, en mieux, le genre de la construction: ceci va se comprendre par une hypothèse.

Supposons qu'une maison ait été couverte en chaume ou en bois, lorsque l'usufruitier l'a reçue, et qu'ensuite les couverts se trouvant absolument usés, il y ait nécessité de les refaire en totalité. Cette reconstruction entière de toiture sera une grosse réparation tombant à la charge du propriétaire, comme nous le verrons plus bas. Si l'usufruitier la refait, il fera donc une grosse réparation dont il aura le droit de répéter un jour les impenses; et il ne fera qu'une réparation, s'il recouvre en chaume ce qui était couvert en chaume, et en bois ce qui était couvert en bois; mais s'il change en mieux le genre de la couverture, s'il recouvre en tuiles ou en ardoises ce qui n'était couvert qu'en chaume ou en bois, il fera une amélioration, soit parce qu'il établira un genre de couverture qui n'était pas préexistant, soit parce qu'il ajoutera une plus grande valeur au fonds en ajoutant une meilleure charpente et une meilleure toiture, soit parce qu'il aura agi volontairement dans cette subrogation d'un genre à l'autre: car s'il y avait nécessité de recouvrir, il n'y avait pas nécessité de

## [ARTICLE 462.]

changer le genre de la couverture : en recouvrant le bâtiment comme il l'avait été primitivement, il aurait fait tout ce qui était exigé par le besoin de la chose ; et de là il résulte qu'il ne pourra répéter au propriétaire que l'estimation d'une couverture de même genre que celle qu'il avait trouvée en entrant en jouissance, et que ne pouvant rien exiger pour ses améliorations, il ne lui sera dû aucun remboursement pour l'excédant de valeur de la toiture plus précieuse qu'il a voulu faire sans nécessité.

1441. *Considéré* dans ses effets, il faut, comme le mot *amélioration* l'indique essentiellement, que l'ouvrage ajouté au fonds en augmente la valeur, ou le produit, ou les agréments, autrement ce serait plutôt une chose utile qu'une amélioration réelle.

Ainsi, construire un bâtiment utile là où il n'y en avait point, c'est faire une amélioration, parce que c'est ajouter au fonds une chose qui n'était point dans l'état préexistant, et qui en augmente la valeur.

Ainsi, ajouter un étage de plus à une maison, ou l'agrandir d'une autre manière, ou achever un édifice commencé, c'est également faire une amélioration, parce que ce n'est point faire un ouvrage destiné à entretenir ce qui existait déjà, mais à y ajouter et l'augmenter.

Ainsi l'usufruitier ferait des améliorations, en ajoutant des boiseries, des peintures, ou autres décorations dans un appartement ;

En construisant des fossés ou des murs de clôture autour d'un héritage où il n'y en avait point encore ;

En faisant faire des plantations d'arbres sur un sol vide ;

En faisant conduire des engrais extraordinaires sur les terres, comme, par exemple, de la marne sur des prés ;

En faisant faire des reports de terre inusités, etc., etc.

Tels sont les différents genres d'ouvrages et autres semblables, à raison desquels la loi n'accorde aucune indemnité à l'usufruitier qui les a faits durant sa jouissance.

## [ARTICLE 462.]

1463. Quant à l'obligation négative qui pèse sur le propriétaire, l'article 599 du code la signale dans les termes suivants :

“ Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier, ” ou, comme le dit aussi la loi romaine, *proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem ne deteriore conditionem faciat* : il ne peut donc rien faire sur le fonds grevé d'usufruit, qui tende à diminuer la jouissance de l'usufruitier ; ni le troubler dans cette jouissance, à moins qu'il n'y ait nécessité ou juste cause, comme lorsqu'il s'agit de pourvoir à de grosses réparations, cas auquel l'usufruitier doit souffrir sans se plaindre, par la raison qu'il ne peut avoir de droit contraire à ce qui est exigé pour le salut de la chose.

---

\* *Bousquet sur* } Les ouvriers et constructeurs qui ont été  
*art. 599, C. N.* } employés par l'usufruitier et qui sciemment  
 ont fait ces améliorations sont soumis vis-à-vis du nu-propriétaire à la même fin de non-recevoir que l'usufruitier, sans quoi la loi serait illusoire. (Cour de Cass. 23 mars 1825.)

Le nu-propriétaire ne pouvant par son fait ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier il s'ensuit que l'usufruit s'étend sur tout ce qui par le fait du nu-propriétaire, s'incorpore à l'immeuble soumis à l'usufruit de manière à n'en plus pouvoir être séparé sans préjudice pour l'usufruitier.

Ainsi l'usufruit d'une chute d'eau et de moulins établis sur cette chute auxquels il a été, du consentement de l'usufruitier, réuni par le nu-propriétaire à une autre chute dont il avait toute la propriété, et [substitué de nouveaux moulins d'une force double de ceux soumis à l'usufruit, s'étend aux deux chutes ainsi réunies et à la totalité des nouvelles constructions élevées sur l'emplacement des anciennes. (Paris, 29 Mai 1844.)



## [ARTICLE 462.]

\* 2 Maleville, sur } La première partie de cet article ren-  
 art. 599 C. N. } ferme une règle générale qu'on peut ap-  
 pliquer à une infinité de cas, qu'il serait aussi inutile qu'im-  
 possible de prévoir.

La seconde partie est également juste : si l'usufruitier a fait des améliorations au fonds, c'était pour son utilité ou pour son agrément, et le propriétaire ne lui en doit pas compte, seulement lui ou ses héritiers pourront emporter ce qu'il aura ajouté, si cela peut se faire sans dégrader ce qui reste.

Il y a pourtant un cas où l'équité demande qu'on lui tienne compte de ses améliorations ; c'est celui où on lui reprocherait d'avoir dégradé d'autres parties : il est bien naturel alors de compenser l'un avec l'autre.

C'était ici, ce semble, le lieu de dire en quoi il était permis à l'usufruitier d'améliorer, et d'expliquer le sens de ces mots employés à la définition de l'usufruit, à *la charge d'en conserver la substance*. Les lois romaines sont entrées à cet égard dans des détails précieux.

Après avoir dit que l'usufruitier, peut embellir, la chose sujette à l'usufruit *L. 13, § 7, de usufr.*, elles ajoutent qu'il ne peut pas agrandir les bâtimens, ni en abattre ce qui est utile, pour y substituer même des choses plus utiles, *quamvis meliùs repositurus sit. L. 8 eod.*

Il ne peut pas finir même un bâtiment commencé. *L. 6 eod.*; ni doner un nouvel étage à la maison, *L. 13, § 7.*

Il ne peut pas changer l'état des lieux, même lorsque cela devrait donner un plus grand revenu. *L. ult. de usu at hab.* Par exemple, détruire des choses d'agrément pour y substituer une culture productive. *L. 13, § 4.*

Il pourrait cependant établir des usines, *modo proprietarius apparatus sustinere possit, et cælum agri non corrumpatur. L. 13, § 6.*

Il pourrait encore construire un édifice, s'il était nécessaire pour loger la récolte. *Ibid.* A plus forte raison finir celui qui serait commencé.

## [ARTICLE 462.]

Il n'est pas nécessaire de dire que relativement aux améliorations et aux changements en mieux, toutes ces lois s'entendent, du non aveu du propriétaire, et au cas que contre son intérêt il voulut s'y opposer.

---

\* *Pothier*, } 241. Le propriétaire ne peut, contre le gré de  
*Douaire*. } l'usufruitier, faire sur l'héritage chargé d'usufruit aucune construction non nécessaire, quand même l'usufruit en serait bonifié.

C'est ce qu'enseigne Labéon, qui dit qu'il n'est pas permis au propriétaire d'un héritage chargé d'usufruit, d'élever d'un étage, contre le gré d'un usufruitier, un bâtiment dépendant de cet héritage, ni de construire un édifice sur une place nue de cet héritage : *Labeo scribit nec ædificium licere domino, et invito, altiùs tollere ; sicut nec aræ fructu legato, potest in arcæ ædificium poni* ; L. 7, § 1, ff. de *Usufr.*

La raison est que l'usufruitier serait troublé dans la jouissance qu'il a droit d'avoir du bâtiment pendant le temps qu'on emploierait à l'élever, et de celle qu'il a droit d'avoir de la place pendant le temps qu'on emploierait à construire un édifice sur cette place ; or il n'est pas permis au propriétaire d'apporter sans nécessité aucun trouble à la jouissance de l'usufruitier. D'ailleurs l'usufruitier ayant le droit de jouir de l'héritage en l'état qu'il est, il ne doit pas être permis au propriétaire de priver l'usufruitier de l'usage qu'il fait d'un terrain nu, en y construisant un bâtiment dont l'usufruitier n'a pas besoin.

A l'égard des constructions nécessaires pour la conservation de l'héritage chargé d'usufruit, telles que sont les grosses réparations qui y sont à faire, il est évident que l'usufruitier ne peut empêcher le propriétaire de les faire.

Il ne peut pas non plus empêcher que le propriétaire fasse garder l'héritage : *Dominus, etiam invito fructuario, fundum vel ædes per saltuarium vel insularium custodire potest* ; L. 16, § 1, ff. de *Usu. et Habit.*

## [ARTICLE 462.]

Dans notre droit, la chasse n'appartient pas à l'usufruitier d'un fief ; le propriétaire du fief chargé d'usufruit, a droit d'y chasser, pourvu qu'il n'en gâte pas les fruits comme nous l'avons vu, *suprà*, No. 207, et d'y établir des gardes de chasse (1).

Le propriétaire ne peut, au préjudice de l'usufruitier, imposer aucune servitude sur l'héritage chargé d'usufruit, ni pareillement remettre aucune de celles qui sont dues à cet héritage. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec remittere servitutem* ; L. 15, § 7, ff. de *Usufr.*

Lorsque nous disons que le propriétaire ne peut, au préjudice de l'usufruitier, imposer aucune servitude sur l'héritage chargé d'usufruit, cela ne peut s'entendre que de celles qui donneraient quelque atteinte à la jouissance de l'usufruitier, et que l'usufruitier a quelque intérêt d'empêcher. Par exemple, le propriétaire d'une maison chargée d'usufruit, ne peut pas imposer sur cette maison une servitude de vue ou d'égout ; car l'usufruitier a intérêt que le voisin n'ait pas vue sur la maison dont il jouit ; il a intérêt qu'elle ne soit pas sujette à recevoir les eaux de son voisin.

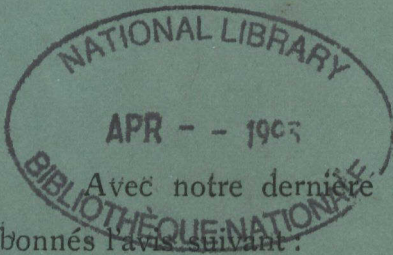
A l'égard de celles qui n'altèrent en rien la jouissance de l'usufruitier, il est permis au propriétaire de l'imposer ; et on ne peut pas dire en ce cas qu'il l'impose au préjudice de l'usufruitier, puisqu'il n'y a aucun intérêt. Par exemple, le propriétaire d'une maison chargée d'usufruit, peut imposer à cette maison une servitude *altius non tollendi*, c'est-à-dire, de ne pouvoir élever sa maison plus qu'elle ne l'est ; car l'usufruitier n'ayant le droit de jouir de la maison que telle qu'elle est, il est évident qu'il n'a aucun intérêt que la maison ne puisse être élevée plus qu'elle ne l'est : *Proprietarius dominus, nequidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest* ; L. 15, § fin. ff. de *Usufr.* *Nisi quâ deterior fructuarii conditio non fiat,*

(1) Cette décision tient à la nature particulière du droit de chasse ; sous l'ancien ordre de choses, c'était un droit attaché à la qualité de seigneur aujourd'hui il est au contraire une conséquence de la propriété, l'usufruitier doit donc en profiter.

# SOMMAIRE.

- I. SYMBOLIQUE DU DROIT (DISCOURS).....HON. T. J. J. LORANGER.  
II. COMMENTAIRE SUR LE CODE CIVIL, TITRE DU MA-  
RIAGE .. .....L'HON. JUGE LORANGER.  
III. CONTINUATION DE LA BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL.....M. CHS. C. DE LORIMIER.

# AVIS AUX ABONNÉS DE "LA THÉMIS."



Avec notre dernière livraison nous avons envoyé à nos abonnés l'avis suivant :

Le présent numéro complète le premier semestre de *La Thémis*. Jusqu'ici les propriétaires-éditeurs ont fait cette publication à leurs propres frais, sans demander aux abonnés aucun versement sur leur souscription.

On comprend facilement les sacrifices que les propriétaires-éditeurs, qui n'ont pas d'autres sources de revenus que ces souscriptions pour défrayer leurs dépenses, ont dû s'imposer pour obtenir ce résultat ; et ils sont confiants, que pour les mettre en état de continuer cette importante mais dispendieuse Revue, chaque abonné s'empressera de leur faire tenir le semestre expirant, savoir la somme de \$3.00. Ainsi nous espérons que le retour de la malle nous apportera ce premier versement.

Malgré cet avis, bien peu de nos abonnés nous ont fait remise du premier semestre. Nous attirons de nouveau l'attention sur cette juste demande, et nous sommes confiants que ce second appel ne sera pas fait en vain.