

Colin, Ambroise. Faculté de droit de Paris. Droit romain : des Fiançailles. Histoire du droit et droit français : des Fiançailles et des promesses de mariage. Thèse pour le doctorat. L'acte public... sera soutenu le... 6 juillet 1887... pa.... 1887.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

75
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES FIANÇAILLES

HISTOIRE DU DROIT ET DROIT FRANÇAIS

DES FIANÇAILLES

ET DES

PROMESSES DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

AMBROISE COLIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

1^{er} prix de Droit civil français (1883)

1^{er} prix de Droit commercial (1881)

Mention honorable au Concours général des Facultés (1884)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1887

8° F¹

4780

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES FIANÇAILLES

HISTOIRE DU DROIT ET DROIT FRANÇAIS

DES FIANÇAILLES

ET DES

PROMESSES DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le mercredi 6 juillet 1887, à 3 heures

PAR

AMBROISE COLIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

1^{er} prix de Droit civil français (1883)

1^{er} prix de Droit commercial (1884)

Mention honorable au Concours général des Facultés (1884).

Président : M. GARSONNET

Suffragants

*MM. BEUDANT..... Professeur-Doyen
CAUVÈS..... Professeur
LARNAUDE... Agrégé*

PARIS

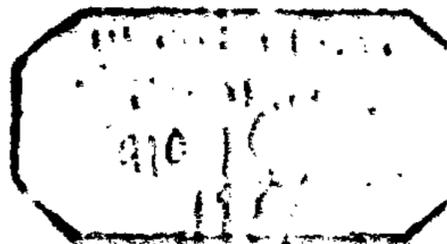
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1887

(C)



A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON ILLUSTRE MAÎTRE

M. BOULATIGNIER

DROIT ROMAIN

DES FIANÇAILLES

INTRODUCTION

La nature du mariage romain a fait l'objet d'une controverse qui n'est pas encore complètement résolue. Se forme-t-il par le seul accord des volontés? Exige-t-il en outre pour sa perfection un élément réel, tel que la tradition ou la mise de la femme à la disposition du mari? Ou bien enfin, doit-on le considérer non comme un contrat, mais comme « un état de fait, un état durable? » — Quelle que soit l'opinion adoptée sur ce problème, il est certain que le consentement est une condition essentielle de la formation du mariage à Rome. *Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt*, dit Paul. Ce consente-

ment doit être entièrement libre. *Libera esse matrimonia antiquitus placuit* (1).

Dans quelle mesure, sous quelle forme ce consentement peut-il se trouver engagé d'avance ? Quels ont été aux diverses époques l'effet et l'utilité d'un engagement de cette sorte ? De quels actes a-t-il pu être accompagné ? Tel sera l'objet de cette étude.

(1) *l. 2 D. De ritu nuptiarum XXI. III. 2.* — Alexandre Sévère, *l. 2. C. J. De inutil. stipul. VIII. 32.* — Labbé sur Ortolan, *l. 1. app. 2.*

CHAPITRE PREMIER

FORMATION ET VALEUR DU CONTRAT DE FIANÇAILLES.

§ 1^{er}. — Droit primitif.

Sponsalia sunt mentio et reprömissio nuptiarum futurarum, nous dit le jurisconsulte Florentinus, et Ulpien ajoute que cette promesse de mariage se forme par le *consensus nulus* (1). Tel est le droit de l'époque classique; mais nous avons conservé les traces d'un droit antérieur qui en différait sensiblement.

Aulu-Gelle, dans un passage bien connu (2), nous rapporte qu'antérieurement à la loi Julia qui conféra le droit de cité à tous les Latins (3), les fiançailles dans le Latium se contractaient par stipulation.

(1) L. 1. D. *De sponsalibus* XXIII, 1. — L. 2, D. *eod. tit.*

(2) Noct. Att. IV, 1.

(3) En 664 U. C.

Celui qui voulait prendre femme, dit-il, stipulait du père d'une jeune fille, que celui-ci la lui donnerait en mariage. Le père le promettait; alors la promesse s'appelait *sponsa*, et le futur époux *sponsus*.

La stipulation intervenue entre le fiancé et le père de la fiancée devait nécessairement engendrer une action. Aulu-Gelle nous fournit à ce sujet les déclarations les plus explicites. Si après les stipulations, dit-il, la jeune fille n'était pas donnée en mariage, ou si son promis manquait à l'épouser, le stipulant intentait une action *ex sponsu*. Le juge en connaissait. Il recherchait pour quelles raisons les contractants avaient manqué à leur engagement. S'il ne découvrait pas de juste cause à ce manquement, il évaluait le litige en argent et condamnait le contrevenant *quanti interfuerit eam uxorem accipi aut dari*. Tel était le droit du vieux Latium qu'Aulu-Gelle avait recueilli, nous dit-il, dans deux ouvrages aujourd'hui disparus, le livre de Sulpitius, sur les Dots, et celui de Neratius, sur les Noces.

Bien que l'emploi de la stipulation dans les fiançailles nous soit présenté par ce fragment comme un usage latin, il est hors de doute que le droit romain primitif s'est servi du même procédé juridique. Ulpien le dit en termes exprès. *Moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras* (1). A défaut

(1) L. 2, D. *eod. tit.*

de textes, l'origine des mots *sponsalia*, *sponsus*, *sponsa* l'attesterait suffisamment. Les anciens eux-mêmes, malgré la fantaisie habituelle de leurs recherches étymologiques étaient unanimes à faire dériver *sponsalia* de *spondere* et à repousser l'explication de Verrius Flaccus qui faisait venir le mot du grec *σπονδή*, libation (1). Le témoignage des mœurs confirme encore ceux du droit et de la grammaire. On trouve chez les comiques latins des traces nombreuses de l'usage des stipulations en matière de fiançailles (2). D'autres écrivains nous apprennent même

(1) L. 3, D. *cod. tit.* — V. Brisson. *De ritu nuptiarum, Liber singularis.* — Cujas t. VII, col. 806.

(2) V. notamment Plaute : *Aululaire* (éd. Pauckouke. t. II, p. 33 et 41).

.... *Ubi mentionem ego fecero de filia.*
Mi ut despondeat.....

MEGADORE

Quid nunc t' etiam mihi despondes filiam ?

ECCLIO

Illis legibus

Cum illa dote quam tibi dixi ?

MEGADORE

Sponden' ergo ?

ECCLIO

Spondeo.

— V. encore *Trinummus* (T. IX, p. 175 et 178).

LYSISTATES

Sponden' ergo tuam gnatham uxorem mihi ?

CHARMIDES

Spondeo et mille annis

Philippum dotis.....

que la fiancée ne prenait le nom de *sponsa* qu'après l'intervention des stipulations. Avant ce moment on l'appelait *sperata* tant que le fiancé lui faisait la cour, *pacta* après que l'amant avait fait sa proposition et avait été agréé par la famille de la jeune fille (1).

De ce que les Romains de la République contractaient les fiançailles comme les Latins par stipulation, il semble logique de conclure qu'ils en faisaient dériver aussi une action *ex sponsu*. Toute stipulation doit nécessairement engendrer une *condictio*. Tel est le droit commun. Il devait s'appliquer en matière de fiançailles comme en toute autre. Cette conclusion *a priori* est fortifiée par un texte de Varron. Le célè-

LYSISTATES

Isthac lege filiam tuam spondere mihi uxorem dari?

CALAMIDES

Spondeo.

CALICLES

Et ego spondeo idem hoc.

— V. enfin Térence : *Andria* (éd. Panckouke, p. 16).

...Hac fama impulsus Chremes.

Utro ad me venit, unicam gnatam suam

Cum dote summa filio uxorem ut daret.

Placuit : despondi : hic nuptiis dictus est dies.

(1) Nonius Marcellus (*suis verbis*, éd. Merceri, p. 432). *Inter speratam et dictam et sponsam hoc interest quod virgo, prius quam petatur, sperata dicitur... Dehinc promissa, dicta, vel pacta vel sponsa dici potest.* — Arnobe, *Adversus gentes*, IV, 20, tournant en dérision les mariages fabuleux des dieux gentils nous dit : *Uxores dii habent, utque in conjugalia fœdera conditiombus veniant ante quorsilis ?..... Habent speratas, habent pactas, habent interpositis stipulationibus sponsas ?*

bre polygraphe, citant le passage de Plaute « *Sponden' tuam quatum filio uxorem meo?* », ajoute ce commentaire. *Quod tum et prætorium jus ad legem et censorium iudicium ad æquum æstimabatur* (1). Il résulte clairement de cette phrase que, tout au moins du temps de Plaute, le préteur romain connaissait du contrat de fiançailles, ce qu'il ne pouvait faire que si ce contrat était muni d'une action.

M. d'Ihering (2) a cependant nié l'existence de cette action *ex sponsu* en s'appuyant sur l'idée fondamentale de la liberté du mariage. On sait que les Romains ne souffraient aucune restriction à cette liberté. C'est ainsi qu'en matière de divorce, ils admettaient le droit absolu au *repulium* même unilatéral (3). « Le mariage libre et toujours dissoluble, les fiançailles obligatoires, ce serait là une étrange contradiction. Pourquoi aurait-on attaché aux fiançailles une force obligatoire plus grande qu'au mariage? On aurait dû s'attendre plutôt au contraire. Et quelle eut été l'utilité pratique d'une telle mesure? Lorsque le fiancé ou le père de la fiancée s'opposait à la célébration du

(1) *De lingua latina*, VI, 70, 71 éd. Spengel, Berlin 1833 p. 247. Varron avait dit quelques lignes plus haut, *Spondentur pecunia aut filia nuptiarum causa, appellabatur et pecunia et que desponsa erat sponsa*. Ce fragment n'est pas moins concluant en faveur de l'existence de l'action *ex sponsu*.

(2) *L'esprit du droit romain*, 2^e éd. trad. Meulenaere, t. II, p. 219 et s.

(3) L. 2. C. J. *De inutil. Stipul.* VIII, 30 -- Paul. L. 134. pr. D. *De verb. oblig.* XIX, 1.

mariage, l'action *ex sponsu*, croit-on, pouvait les y contraindre? Mais à quoi bon cette contrainte, si les deux époux pouvaient ensuite dissoudre le mariage? La voie était toute tracée pour annuler entièrement les effets d'une action en cette matière, et ce n'est certes pas aux Romains que l'on peut attribuer la création d'un circuit aussi inutile. »

Ces considérations générales ne nous paraissent pas suffisantes pour justifier le résultat singulier auquel aboutirait la doctrine de M. d'Ihering. Il faudrait en effet, si l'on adoptait son raisonnement, conclure qu'en matière de fiançailles on se trouvait en présence d'une stipulation dont aucune action n'aurait découlé. Le savant romaniste allègue, il est vrai, que le mot *sponsio* à l'origine aurait désigné une obligation religieuse plutôt que civile. Mais cette explication, qui s'inspire d'une théorie chère à l'inventeur de la distinction du *jus* et du *fas* nous paraît quelque peu conjecturale. Alors même qu'on l'accepterait, il est clair que les allusions faites par les auteurs à l'ancien régime des fiançailles par stipulations s'appliquent à une époque où la *sponsio* avait sans aucun doute acquis une signification purement civile.

La conception romaine de la liberté du mariage aurait-elle eu d'ailleurs à souffrir de l'existence d'une action *ex sponsu* dérivant des fiançailles? Cela ne serait vrai d'une manière absolue que si la *condictio*

avait tendu dans son exercice à l'accomplissement même de la promesse, à la formation du mariage. Mais c'est ce que personne ne prétend prouver. On est d'accord pour admettre que de tous temps la rupture même unilatérale du lien personnel résultant des fiançailles a été possible à Rome (1). Dès lors la liberté matrimoniale restait sauvegardée. Aurait-il pu d'ailleurs en être autrement, étant donné la règle originaire que toute obligation tend à une simple condamnation pécuniaire (2). De quelque côté qu'on envisage la question, on voit qu'elle se résume ainsi. Le stipulant en matière de fiançailles pouvait-il obtenir en cas de rupture injustifiée une condamnation du promettant au *quanti intererat*? C'est précisément à quoi tendait l'action latine dont nous parle Aulugelle, et la stipulation romaine ne pouvait avoir d'autre effet.

Nous irons plus loin. A notre avis, cette condamnation au *quanti intererat* devait avoir été évaluée dès la formation de l'obligation au moyen d'une stipulation de peine. Que ce procédé ait été usité en matière d'obligation de faire, c'est ce qu'on ne peut contester (3). C'est en outre une opinion généralement admise aujourd'hui que ce n'était pas là dans l'ancien droit un simple usage, mais une nécessité, et que la

(1) V. Maynz, *Cours de Droit romain*, 1874, t. III, p. 11.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, 18.

(3) L. 137, p. 7. D. *De verb. oblig.* XLV, 1.

stipulation de peine était non seulement utile mais indispensable pour donner une efficacité juridique à la promesse de faire ou de ne pas faire (1). Tout démontre que si tel était le procédé général en matière d'obligation de *facere*, il s'appliquait à celle des fiançailles comme à toute autre. Le droit classique refuse, il est vrai, toute valeur à la stipulation de peine adjointe à un engagement de fiançailles, mais cette prohibition même prouve l'existence antérieure de l'usage auquel on voulait couper court. C'est de plus au moyen d'une exception qu'on arrive à refuser à la stipulation de peine son efficacité juridique (2). Or à l'époque dont nous nous occupons le Droit romain ne connaissait pas encore les exceptions. La stipulation de peine adjointe aux fiançailles devait donc alors obtenir son plein et entier effet.

Du texte de Varron combiné avec tous ceux dont il ressort indubitablement que les fiançailles se formaient à l'origine par des stipulations réciproques nous tirons donc cette conclusion. Les contractants déduisaient leur engagement dans la forme nationale de la *sponsio*. Ce procédé engendrait une *condictio*, par l'intermédiaire d'une stipulation de peine

(1) V. *De la stipulation ayant pour objet un fait ou une abstention*. Thèse de M. Delom de Mézerac, 1893, p. 12, 13 et 31.

(2) L. 131, pr. D. *De verb. oblig.* XLV, 1.

adjointe, à l'effet d'obtenir une condamnation pécuniaire en cas d'inexécution non justifiée.

Le manquement à la parole donnée entraînait vraisemblablement une autre sanction, la *nota censoria* qui frappait le fiancé parjure. C'était là une sanction moins légale que morale. Les censeurs, ainsi que l'ont établi Savigny (1) et M. d'Ihering, (2) statuaient en dehors du *jus*. Leur juridiction et leur sanction, bien qu'elles entraînaient des conséquences positives, étaient du domaine de la morale et de l'opinion publique. Le passage précité de Varron confirme à merveille cette donnée aujourd'hui acquise en ce qui concerne les fiançailles. On y voit que le censeur, à la différence du préteur qui connaissait des fiançailles *ad legem*, selon le droit, statuait *ad æquum*, en vertu de considérations d'équité. Les effets légaux de la *nota* qu'il infligeait étaient analogues à ceux de l'infamie qui devait, nous le verrons plus loin, frapper à l'époque classique l'infidélité des fiancés (3). On peut donc supposer à bon droit que les censeurs n'en faisaient usage que dans le cas qui devait précisément plus tard faire encourir l'in-

(1) *Traité de droit romain*, trad. Guenoux 1841., t. II, p. 195 et s.

(2) *Op. cit.* t. II p. 50 et s.

(3) Ces effets étaient l'exclusion de l'individu noté de la communauté dont il faisait partie, Sénat, chevalerie ou tribu, et son inscription parmi les *arrarii*.

famie, c'est-à-dire lorsqu'un individu déjà engagé dans de premières fiançailles en contractait de nouvelles sans avoir repris l'usage de sa liberté par le moyen du *repudium*, ainsi qu'il en avait le droit.

§ 2 — Époque classique

Quand on arrive à l'époque classique, le droit des fiançailles prend un aspect tout à fait nouveau. Les stipulations réciproques ont disparu. Désormais les fiançailles sont contractées par le simple consentement.

Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia (1). Cette nouvelle forme permet à Cujas de dire qu'on se trouve désormais en présence d'un pacte plutôt que d'un contrat. Les mots de *sponsalia*, *sponsus*, demeurent néanmoins usités dans la langue juridique mais sans conserver le sens précis qu'ils avaient eu primitivement. C'est ainsi que le mot d'émancipation subsista, même après la disparition des ventes imaginaires qui l'avaient d'abord justifié (2).

(1) Ulpien L. 4, pr. D. *De sponsalibus*, XXIII, 1.

(2) V. Cujas, t. I. col. 782.

La conclusion des fiançailles n'étant plus soumise à aucune forme solennelle, il s'ensuit logiquement qu'elles se peuvent former entre absents. Ulpien et Pomponius le disent en termes exprès (1). Il paraît même, si nous en croyons Ulpien, que l'emploi d'intermédiaires pour ces sortes de négociations à distance était quotidien. Ce n'était pas seulement les parents qui jouaient ce rôle dans les fiançailles de leurs enfants. On recourait souvent aux bons offices d'intermédiaires salariés, appelés proxénètes ou *ἐπιπροσώποι*, et leur industrie devait à une certaine époque prendre même une telle extension qu'elle finit par faire l'objet d'une réglementation légale (2).

La volonté des parties était donc engagée par le seul échange des consentements ; mais elle ne se trouvait pas liée ainsi d'une manière plus étroite qu'à l'époque où les règles de la stipulation ne permettaient, selon nous, que la poursuite d'une somme d'argent en cas d'inexécution. L'idée de la liberté du mariage ne l'eût pas permis. S'il est vrai qu'« une des tendances fondamentales du Droit romain a été d'empêcher la liberté de s'anéantir elle-même (3) »,

(1) L. 4, p. 1 et L. 5, D. *cod. tit.*

(2) Une constitution du Bas-Empire interdisait aux proxénètes sous peine de dix livres d'or de recevoir comme rémunération de leurs services un salaire de plus du vingtième de la dot ou de la donation *ante nuptias* dans le cas où la dot ne dépasse pas deux cents livres d'or, ni en aucun cas supérieur à deux cents livres (L. 5, C. J. *De sponsalibus* V, 1.)

(3) Ihering, *op. cit.* t. 2, p. 216.

cette tendance est surtout révélée dans notre matière par un ensemble de textes d'une richesse et d'une précision toutes particulières (1). Pour dissoudre le lien des fiançailles la réciprocité des volontés n'était pas même exigée. La rupture pouvait venir d'une seule des parties. Il suffisait qu'elle fût rendue publique par l'envoi du *repudium*. Les textes rapprochent sa formule de celle du divorce. Tandis que celle dernière était la suivante : « *Tuas res tibi habeto* », la *denunciatio* usitée en matière de fiançailles était ainsi conçue : « *Tua condicione non utor* » (2).

Si les fiançailles ne peuvent être directement obligatoires, elles ne peuvent être rendues telles par voie indirecte. Le Droit classique en effet refuse toute valeur à une stipulation de peine adjointe à des fiançailles. *In contrahendis nuptiis, libera potestas esse debet. Inhonestum visum est matrimonia vinculo pœnæ astringi sive futura, sive perfecta.*

Il en est ainsi d'abord quand ce sont les fiancés eux-mêmes qui ont stipulé une peine l'un de l'autre pour le cas où ils ne consentiraient pas à exécuter les fiançailles en s'épousant. La même règle s'appli-

(1) V. Léon et Anthemius, l. 5, *in fine*, C. J. *De sponsalibus* V. 1. — Alexandre, l. 2, C. J. *De inutil stipul* VIII. 39. — Paul. l. 131, pr. D. *De verb. oblig.* XLV. 1.

(2) Modestin. l. 101, p. 1, D. *De verb. signif.* I., 16. — Gaius, l. 2, p. 2. D. *De divorc et repud.* XXIV, 2. — Dioclétien et Maximien, l. 1. C. J. *De sponsalibus*, V, 1.

que en outre au cas où la *stipulatio pœne* est intervenue non entre les fiancés eux-mêmes, mais entre leurs parents. Paul construit l'hypothèse suivante (1). Titia convient avec Seius que son fils épousera la fille de ce dernier. Une peine a été stipulée *si quis eorum nuptiis impedimento fuisset*. Seius meurt, et sa fille refuse d'épouser le fils de Titia. L'action dirigée contre les héritiers de Seius sera repoussée par l'exception de dol comme contraire aux bonnes mœurs, *quum non secundum bonos mores interposita sit*.

Ce texte n'est pas le seul de l'époque classique où l'on trouve la prohibition d'une stipulation de peine adjointe à des fiançailles. Il en est un autre de Papien (2), qui donne la même solution ; mais au lieu de repousser l'action des stipulants par le moyen de l'exception de dol, il dit que le préteur devra leur refuser toute action. Lequel des deux procédés était en définitive celui du droit romain classique ? D'après M. d'Ihering (3), ce serait au second qu'il faudrait nous arrêter, car il n'y aurait jamais eu besoin du détour d'une exception pour arriver à l'invalidité d'une stipulation de peine tendant à l'exécution des fiançailles. On a déjà vu plus haut que nous adoptons l'opinion contraire. Nous nous en tenons en effet au

(1) L. 131, précitée.

(2) L. 71, p. 1, D. *De condition. et demonstr.* XXXV, 1.

(3) *Op. cit.* t. II, p. 221, n° 37.

témoignage de Paul, dont le langage est tellement précis qu'on ne peut sur ce point lui prêter une inadvertance aussi singulière. Papinien au contraire ne parle de la règle qui nous occupe que tout à fait occasionnellement. L'hypothèse sur laquelle il se prononce est celle d'une libéralité faite par un tiers en vue de pousser le donataire au mariage. Il la déclare valable, et c'est uniquement pour empêcher la fausse application à son espèce de la règle reçue dans une espèce analogue qu'il fait allusion à la nullité de la stipulation de peine. On peut donc conjecturer qu'il a dû peser ses mots avec moins de soin que Paul. Les termes assez vagues dont il se sert permettent d'ailleurs de supposer que la peine n'aurait pas été déduite en stipulation, mais promise par un simple pacte dans l'espèce qui lui était proposée.

Quoi qu'il en soit, la *stipulatio pœne* destinée à servir de sanction à des fiançailles est inopérante en droit classique. L'évolution du droit dans notre matière est donc assez curieuse. A l'origine, c'est la stipulation de peine qui communique à la promesse de mariage dénuée de valeur par elle-même son efficacité juridique. Plus tard les rôles sont renversés. La promesse de mariage devient valable par elle-même. La stipulation de peine, nécessaire jadis, devient inutile. On arrive même à la prohiber complètement (1).

(1) L'usage de la stipulation de peine en matière de fiançail-

Telle est la conception générale des fiançailles à l'époque classique, telle elle devait rester, sauf quelques variantes jusqu'aux derniers temps du droit romain. Un pacte formé *nudo consensu* dont les parties peuvent se dégager par une simple manifestation, même unilatérale de volonté. Le lien qui en résulte paraît bien faible et la place que l'institution même tient dans le droit semble bien réduite. Cependant il ne serait pas exact de dire avec M. Maynz (1) qu'« en droit romain les *sponsalia* établissaient entre les parties une obligation purement morale ». Nous allons voir au contraire que ce pacte est soumis pour sa formation à des conditions précises, qu'il emporte certains effets légaux, enfin qu'il a pu, à diverses périodes, servir de support à d'autres institutions juridiques dont l'importance morale et sociale ne nous échappera pas.

les devait résister aux efforts des juriconsultes, et se perpétuer jusqu'au Bas-Empire. L'empereur Léon constate cette vitalité dans sa Nouvelle 18. En même temps il modifie sur ce point le droit existant et déclare dans un style particulièrement verbeux que la stipulation de peine sera désormais valable et que la peine devra être payée par le *sponsalium erector*. Nous verrons plus loin par d'autres exemples qu'une des tendances du droit du Bas-Empire a été de restreindre en matière de fiançailles la liberté des parties.

(1) *Loc. cit.*

CHAPITRE II

CONDITIONS DE VALIDITÉ DES FIANÇAILLES.

Les principales conditions de validité des fiançailles ont trait au consentement, puisque c'est lui qui forme à proprement parler la substance même du contrat.

In sponsalibus consensus eorum exigendus est quorum in nuptiis desideratur, nous dit Paul. Les consentements requis sont donc ceux des fiancés eux-mêmes et des parents sous la puissance desquels ils se trouvent (1).

Que le rôle des parents en ce qui concerne la formation des fiançailles ait été considérable, surtout en droit primitif, il n'est point permis d'en douter. Le texte précité d'Aulu-Gelle, et tous les fragments d'auteurs où nous voyons les fiançailles contractées par le moyen des stipulations nous montrent l'inter-

(1) L. 7. p. D. *De sponsalibus* XXXIII, 4. Cf. L. 2. D. *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

vention constante des parents des jeunes gens. Le père de la jeune fille, surtout, stipule et promet le mariage en son nom personnel, sans que l'acquiescement de la fiancée semble requis. Plus tard les textes indiquent encore la nécessité du consentement du *paterfamilias*, lorsqu'il s'agit des fiançailles d'enfants en leur puissance, mais ils exigent en même temps le consentement exprès ou tacite de ces enfants eux-mêmes (1). Lorsque le fils de famille n'y consent point, les fiançailles ne peuvent se faire en son nom, nous dit Paul (2). Tout au plus le *paterfamilias* pourrait-il prendre un engagement soumis à la condition de sa ratification postérieure (3). Même le consentement de la fille de famille est indispensable, c'est Julien qui nous l'apprend (4). Le consentement doit être éclairé. Un fou ne peut pas plus se fiancer qu'il ne pourrait se marier (5).

En fait, l'influence des familles était restée considérable. Il n'en pouvait être autrement à une époque où l'usage de fiancer les enfants dès leurs plus jeunes années était, nous le verrons plus loin, extrêmement répandu. Fussent-elles formées dans un âge plus avancé, les fiançailles n'en étaient pas moins le plus

(1) L. 11. et L. 14 D. *De sponsalibus*, XXIII, 1.

(2) L. 13. D. *eod. tit.*

(3) Pomponius, L. 5. D. *eod. tit.*

(4) L. 11. D. *eod. tit.*

(5) Gaius, L. 8. D. *eod. tit.*

souvent l'œuvre des parents plutôt que celle des fiancés eux-mêmes. La vie retirée des jeunes filles suffirait à l'expliquer. Ajoutons qu'en se mariant les Romains des deux sexes obéissaient le plus souvent à des considérations d'argent. Horace proclame l'influence souveraine en fait de mariage de la *Regina Pecunia* du même ton dont un moraliste de nos jours dénoncerait le pouvoir de sa Majesté l'Argent (1). Friedländer a pu dire en parlant des Romains de l'Empire : « Leur époque ne fut rien moins que l'âge d'or du sentiment » (2).

En droit comme en fait, nous voyons que le pouvoir du père de famille en matière de fiançailles était plus grand sur la fille que sur le fils. A la vérité le consentement de la fiancée est exigé par les juriscultes, comme celui du père ; mais son refus de consentir aux fiançailles négociées par ce dernier doit être justifié par un motif sérieux et grave. Il n'est permis à la fille, nous dit Ulpien de contrevenir à la volonté du père que si celui-ci lui choisit un fiancé de condition inférieure ou de mœurs honteuses (3). L'opposition est manifeste entre la condition de la fille et

(1) Épître à Numicius, Ep. I, 6, 31. V. aussi Juvénal, Sat. III, éd. Panckouke, t. I, p. 87.

*Quis gener hic placuit censu minor atque puella
Sarniculis impar ?...*

— V. encore une curieuse lettre de Pline citée par Friedländer.

(2) *Mœurs des Romains*, t. I, p. 351.

(3) L. 12, p. 1, D. *cod. tit.*

celle du fils dont Paul nous dit simplement qu'il a le droit de ne pas obéir aux intentions de son père. D'ailleurs une pareille restriction de la liberté des filles de famille est conforme à une des tendances du Droit romain. C'est ainsi que la fille mineure de vingt-cinq ans, même veuve et même émancipée, ne peut se marier sans le consentement du père, licence qui appartient au fils du même âge pourvu qu'il soit émancipé (1).

Les interprètes ont expliqué de plusieurs façons cette particularité. On a allégué la *se.cus infirmitas*, l'empire des mœurs, les convenances ; mais le véritable motif nous paraît devoir être cherché dans des considérations d'un ordre plus pratique. Les filles sont plus difficiles à marier que les garçons : c'est un fait de toutes les époques et que les écrivains anciens constatent de la façon la plus claire (2).

(1) L. 18, C. J. de nuptiis V, 1. — Molestin L. 25 D. de ritu nupt. XXIII, 2.

(2) Un passage d'Aristophane (*Lysistrata* v. 501 et s. cité par Guhl et Kœner, trad. de Trawinski, Paris 1881 p. 320) mérite surtout d'être cité :

• *Lysistrata*. Lorsque je vois les filles vieillir en silence au fond de leur chambrette, voilà ce qui me brise le cœur.

Probulos. Comment, mais est-ce que les hommes ne vieillissent pas aussi ?

Lysistrata. Grands Dieux ! ce n'est point la même chose. L'homme, si blancs que soient ses cheveux, a bien vite emmené chez lui une charmante fiancée. Mais la jeunesse de la femme passe vite, et si elle n'a pas su en profiter, personne ne la demande plus en mariage : elle reste seule à feuilleter le livre Interprète des songes.

Lorsqu'un mariage a été négocié pour elles, il importe que les accords intervenus soient autant que possible respectés. Si la fille elle-même s'est fiancée, Paul nous apprend, d'accord avec Julien, que le père est présumé consentir, tant qu'il n'a pas manifesté une volonté contraire de la manière la plus évidente, *nisi evidenter dissentiat* (1). Est-ce au contraire le père qui s'est engagé, un caprice de la fille ne doit pas mettre ses projets à néant, surtout si l'on réfléchit, comme le dit en propres termes une constitution des empereurs Honorius et Théodose, qu'en matière de mariage « la volonté d'une femme est le plus souvent en contradiction avec ses propres intérêts » (2).

Le père de famille une fois mort, la fille recouvre-t-elle sa liberté? En ce qui concerne le tuteur, il est évident qu'il ne peut ni former ni dissoudre les fiançailles de la pupille à son gré (3) : mais la volonté du père de famille conserve encore une influence considérable par delà le tombeau. La désignation d'un fiancé pour sa fille qu'il aurait faite en mourant s'imposera à l'égal d'une convention formée par lui de son vivant. La fille ne pourrait donc s'en écarter

— De nombreux fragments d'auteurs latins pourraient être cités dans le même sens. Souvent les civilisations successives, différentes par les institutions, et se rapprochent par les mœurs.

(1) L. 7, p. 1. *in fine* D. *De sponsalibus*, XXIII, 1.

(2) L. 1. C. J. *De sponsalibus*, V, 1.

(3) Ulpien. L. 6. D. *eod. tit.*

sans graves motifs, et son tuteur lui-même ne pourrait la dispenser d'obéir à la volonté paternelle (1). Le respect des dernières volontés du père de famille a donc paru particulièrement nécessaire en matière de fiançailles, puisque sur ce point spécial, il a fait restreindre les pouvoirs du tuteur, qui ne sont pas en général aussi étroitement subordonnés aux dispositions du défunt (2).

Ce n'est pas seulement par la nécessité du consentement des parties que les fiançailles ressemblent au mariage quant à leurs conditions de validité. On peut dire d'une manière générale que l'existence d'un empêchement, de nature à entraver le mariage, met également obstacle aux fiançailles. *Cum qua nuptiæ contrahi non possunt, hæc plerumque ne quidem desponderi potest, nam quæ duci potest, jure despondetur* (3).

Les textes tirent de ce principe un certain nombre d'applications. Ils nous disent par exemple que les personnes sénatoriales ne peuvent prendre pour fiancées les femmes que la constitution des empereurs Antonin et Commode leur interdit d'épouser (4). De

(1) V. la constitution précitée d'Honorius et Théodose. — L. 4, C. J. *De sponsalibus* V. 1. — L. 7, C. Théod. *De sponsalibus*, III, 5.

(2) V. notamment Ulpien L. 5, p. 9, D. *De admin. et peric. tut.* XXVI, 7.

(3) L. 60, p. 5, C. *De ritu nupt.* XXIII, 2.

(4) Ulpien, L. 16. *De sponsalibus*, XXIII, 1.

même le tuteur ne peut pas plus se fiancer lui-même ou fiancer son fils à sa pupille, qu'il ne pourrait l'épouser ou la faire épouser par son fils. Il y a exception pour le cas où la pupille lui a été *destinata* par le testament du père défunt, car l'empêchement au mariage se trouve levé par cette disposition (1).

Il ne faudrait cependant pas appliquer sans choix aux fiançailles toutes les prohibitions du mariage. Les obstacles purement temporaires n'empêchent pas la conclusion des fiançailles, pourvu que leur exécution soit retardée jusqu'au moment où cet obstacle n'existera plus.

C'est ainsi d'abord que la veuve peut valablement se fiancer durant le temps consacré au deuil du mari (2).

Le gouverneur, ses parents, ou ceux qui exercent sous ses ordres des fonctions administratives dans une province, ne peuvent s'y marier ; mais il leur est permis d'y contracter des fiançailles. La loi prend seulement certaines précautions spéciales, sur lesquelles nous aurons occasion de revenir, pour que leurs contractants, dont la volonté a pu être influencée, puissent se dédire avec une facilité toute particulière (3). Ce n'est que sous l'empereur Léon (4),

(1) Modestin, l. 15, D. *ead. tit.* — Paul, l. 3, D. *De ritu nupt.* XXIII, 2.

(2) Paul, l. 9, p. 1, D. *De his qui nolant.* III, 2.

(3) Paul, *Sentences*, II, § pr. — l. unique C. J. *Si rector proc.* V, 2.

(4) Nouvelle 23.

que les fiançailles furent interdites dans leur ressort aux présidents de province et à leurs enfants.

Un autre empêchement temporaire au mariage est celui qui résulte de l'impuberté. Nous voyons qu'il ne mettait pas obstacle aux fiançailles. *In sponsalibus contrahendis, ortus contrahentium definita non est ut in matrimoniis* (1). La seule condition exigée, quant à l'âge c'est que les jeunes fiancés aient au moins celui de comprendre ce qu'ils font ; il faut donc qu'ils ne soient pas âgés de moins de sept ans. Sous cette seule condition, ils peuvent se trouver engagés dans des fiançailles, par le seul fait de l'échange réel ou présumé de leurs consentements. Rien, il est vrai, ne pourrait tenir lieu de ce consentement. Si une fille de moins de douze ans, c'est-à-dire encore impubère et incapable de se marier, a été par exemple *deducta in domo mariti*, ce seul fait ne suffit pas à en faire la fiancée de celui chez qui elle a été conduite. La conclusion du mariage est de toute évidence nulle et inopérante par défaut de puberté. Si elle n'a pas été précédée d'un échange au moins fictif de consentement, elle ne vaut pas non plus comme fiançailles. Ulpien nous l'affirme, d'accord, nous dit-il, sur ce point particulier avec les juriconsultes Julien et Papinien (2).

Dans la pratique l'usage de fiancer des enfants

(1) Modestin, l. 11, D. *De sponsalibus*. XXIII, 1.

(2) L. 9, D. *cod. tit.*

très jeunes et même en bas âge était très répandu à Rome, au moins dans les grandes familles, et cela en vertu des mêmes considérations de politique qui ont fait jusqu'à nos jours conserver cette habitude dans les maisons princières. On peut citer les exemples d'Octavie, fille de Claude et de Messaline, fiancée à L. Silanus en 48 après J.-C., alors qu'elle avait sept ans seulement, celui de Vipsannie Agrippine, fille d'Agrippa et de Pomponia promise à Tibère dès sa première année, *circa annicula*, celui enfin d'une des filles de Séjan, fiancée à un fils de Claude, alors que tous deux étaient encore au berceau (1).

Ce n'était probablement là que le fait d'une classe peu nombreuse. Il est vraisemblable que dans la grande majorité des cas on se fiançait plus tard, à des âges qui variaient d'ailleurs selon que la condition des fiancés rendait leur établissement plus ou moins facile. Ce qui paraît certain c'est que l'habitude de se fiancer longtemps, parfois plusieurs années avant le mariage, a été à une certaine époque assez commune en Italie (2).

(1) Tacite, *Annales* III, 29 ; IV, 7 ; XII, 3, 9. — *Coru. Nepos, Allicus*, ch. 19.

(2) V. infra les dispositions de la loi Papia sous Auguste.

CHAPITRE III

FORME EXTÉRIEURE DES FIANÇAILLES

Depuis la disparition de l'usage des stipulations en cette matière, les fiançailles n'ont pas besoin d'être revêtues d'une forme extérieure quelconque. C'est une ressemblance de plus avec le mariage : l'échange des consentements suffit à les constituer. Il importe peu, nous dit Paul, que l'on se réserve un moyen de preuve ou que les fiançailles se contractent sans aucun écrit (1).

Cependant, en dehors de la loi, des usages probablement fort anciens faisaient en général accompagner les fiançailles de solennités diverses dont quelques-unes méritent de nous arrêter.

Tout d'abord, bien qu'il n'y eût pas là d'obligation légale, il est certain que les parties devaient souvent se ménager une preuve du contrat inter-

(1) L. 7. pr. D. *ead. tit.*

venu entre elles. Cette preuve devait consister d'abord dans la présence de témoins. C'est ainsi que le vieux Caton, lors de son second mariage, célébra sur le forum, en présence de nombreux témoins, ses fiançailles avec la fille de son ancien greffier Saloninus (1). Ces témoins étaient désignés par le mot de *sponsores*, comme ceux qui, en général, assistaient à la formation des contrats de vente. Peut-être jouaient-ils à l'origine un rôle actif dans le contrat, et servaient-ils à garantir personnellement l'exécution des engagements échangés. Le sens ordinaire du mot *sponsor* semblerait l'indiquer et Cujas nous rapporte des cas où il semble bien que des fidéjusseurs avaient été appelés à cautionner la promesse des fiancés (2). Quoi qu'il en soit, en cette matière comme ailleurs, les *sponsores*, qu'on se procurait généralement à prix d'argent (3) ne tardèrent pas à dégénérer en simples témoins.

Un mode de preuve plus commode et plus moderne

(1) Plutarque: *Caton l'Ancien*, chap. 37.

(2) T. VII, col. 805.

(3) Macrobe, *Saturnales*, l. 6, 25, éd. Janus 1852, p. 44, nous parle d'un Cornelius qui, ayant à acheter un fonds de terre, ou à marier sa fille, se vit réclamer des *sponsores* pour cette solennité. Il aurait alors amené sur le forum une ânesse chargée d'argent, stigmatisant ainsi la vénalité des témoins. Le surnom d'*Asina* en serait resté aux Cornelii. Il est vraisemblable que les témoins des actes juridiques se recrutaient parmi les oisifs du Forum, moyennant une légère rétribution, ainsi que cela se passe souvent encore aujourd'hui aux abords de nos mairies.

ne devait pas d'ailleurs tarder à s'imposer. L'usage de rédiger les fiançailles par écrit devint très fréquent sous l'Empire (1). Les *tabulae nuptiales* ou *sponsales* servaient à la fois à conserver une preuve de la promesse mutuelle de mariage et à consigner les accords pécuniaires intervenus entre les familles (2). Elles étaient revêtues de la signature des fiancés et des assistants. Enfin la rédaction de ce véritable contrat de mariage donnait peut-être lieu à des cérémonies religieuses, tout au moins à la consultation des auspices (3). En tout cas, elles étaient l'occasion d'un concours de parents et d'amis qui apportaient à la fiancée leurs congratulations et leurs présents. Peut-être est-ce alors qu'en guise d'adieu à son

(1) V. Juvénal, *Sat.* VI, éd. Panckouke, t. I, p. 181 :

Si tibi legitimis pactam junctamque tabellis.

Non es amaturus...

— V. aussi Apulée, *Apolog.*, éd. Panckouke, t. IV, p. 188 et 271.

(2) V. les citations de Plaute, *suprà* : *Illic leges. enim ista dote quam tibi dixi...*

(3) Juvénal, *Sat.* X, éd. Panckouke, t. II, p. 144.

... Veniet cum signatoribus ausper.

Nous rappelons l'étymologie fantaisiste de *sponsalia* donnée par Verrius Flaccus. Le mot serait dérivé de *spondi* libation, d'où la preuve que le contrat se serait passé *interpositis rebus divinis*. — Sur les fêtes dont étaient accompagnées les fiançailles, V. Suétone : *Octave Auguste*, éd. Panckouke, t. I, p. 232. Il nous dit qu'Auguste ne cessa de parcourir à pied les rues de Rome qu'après avoir été un jour *in turba sponsaliorum die recatus*.

passé virginal, la jeune fille suspendait ses poupées aux autels des divinités de son enfance (1).

Indépendamment de ces solennités, les Romains ont revêtu l'échange même du consentement de signes symboliques ou juridiques destinés à en exprimer l'existence au dehors d'une manière indiscutable.

Le premier de ces signes était la remise de l'anneau. Ce n'est pas là un usage particulier aux fiançailles. Divers témoignages démontrent que la dation de l'anneau en guise d'arrhes était usitée en d'autres matières contractuelles, notamment dans des ventes de deurrées (2). L'anneau remis y servait en quelque sorte de gage pour garantir la stabilité des intentions de l'acheteur. On s'explique de la sorte que le *pronubus annulus* soit parfois désigné par le mot de *pignus* (3); mais peut-être cette formalité exprimait-elle quelque chose de plus dans les fiançailles. Un bas-relief antique nous montre le couple fiancé uni par la jonction des mains droites (4). La remise de

(1) Perse, *Sat.* II, éd. Panckouke, p. 64.

.... *Veneri donatur a virgine puppæ.*

(2) V. Ulpien *L.* II p. 6. *De act. empti* XIX, 1 et *L.* 5 p. 15 D. *De instit. act.* XIV. 3.

(3) Juvénal, *sat.* VI, éd. Panckouke t. I. p. 172.

Contentum tamen, et pactum et sponsalia nostra,

Tempestate paras, jamque a tonsore Magistro,

Pectus, et digito pignus fortasse dedisti.

On disait de la jeune fille qui avait reçu l'anneau du fiancé qu'elle était *subarrata*.

(4) Rich. Dictionn. des antiquités. V. *Sponsa*.

l'anneau exprimait de même non-seulement l'entente définitive des volontés, mais encore l'union des cœurs. On le passait au quatrième doigt de la main gauche, parce que de ce doigt, appelé par les anciens *digitus medicinalis*, parlait, dans l'opinion des médecins, une veine qui aboutissait au cœur (1). On peut donc attribuer à la remise de l'anneau la même signification que nous verrons plus tard assigner au baiser du fiancé, et y voir en quelque sorte une prise de possession anticipée.

Quoiqu'il en soit, il est certain que cet usage emblématique remonte à une haute antiquité et qu'il s'est perpétué, jusque dans le dernier état du droit romain. Les Grecs, à en croire Cujas (2), l'avaient déjà connu et pratiqué. Chez les Romains nous le rencontrons dès les temps de simplicité héroïque où le fiancé mettait au doigt de la jeune fille un anneau de fer sans aucune pierrerie. Plus tard, le fer se change en or, luxe encore modeste, puisque l'anneau est le seul bijou que porte la fiancée. L'usage, passe enfin presque sans interruption des habitudes païen-

(1) Aulu-Gelle. X. 10. — Isidore Hispal. *De eccles. offic.* II, 20, 8. *Patrologie*, de Migne, t. LXXXIII, col. 81. *Quod in ritibus annulus a sponso sponsæ datur, fit hoc nimirum propter mutua fidei signum, vel propter id magis, ut eodem pignore eorum corda jungentur. Unde et quarto digito annulus idem inseritur.*

(2) T. V. col. 570.

nes dans les mœurs et jusque dans la liturgie des chrétiens (1).

Au lieu de l'anneau ou même concurremment, nous voyons souvent, à partir du quatrième siècle, les fiancés romains manifester l'échange de leurs consentements par la remise des arrhes. Ce procédé juridique a d'ordinaire en droit romain une double fonction. D'une part il est le signe extérieur de la vente (2); mais en même temps il sert aux contractants de moyen de dédit, de manière à reculer la conclusion définitive (3). C'est également sous ce double aspect que nous le retrouvons dans les fiançailles. De même que l'acheteur seul donnait les arrhes, le fiancé était seul à en fournir. C'est ce que Cujas a très bien établi (4). Il les remettait à la jeune fille ou le plus souvent à sa famille, et s'il voulait reprendre sa parole sans juste cause, il lui suffisait de les abandonner. Mais dans quels cas la

(1) Pline, *Hist. Nat.* I. 33, ch. 1, éd. Panckouke, t. XIX, p. 10. *Quo argumento etiam nunc sponsæ ferreus annulus militatur, isque sine gemma.* — Isidore Hispal. *Etymol.* I. 49, ch. 22, Migne t. LXXXII col. 702. *Feminae non usæ annulis, nisi quos virgini sponsus miserat.* — Tertullien, *Apologie*, chap. 6, Migne t. I, col. 300. *Cum aurum nullum norat præter unico digito quem sponsus oppignerasset pronubo annulo.* — Chez les chrétiens, signification de l'anneau. V. St. Ambroise, *De penitentia*, l. 2, chap. 3, Migne t. XVI, col. 500. — *Dei annulata in manu ejus quod est fidei pignus.*

(2) Gaius. I. 35, pr. D. *De contrah. empt.* XVIII. 1.

(3) L. 17, C. J. *De fide instrum.* IV, 21.

(4) T. III, col. 104.

fiancée devrait-elle rendre les arrhes ? A quel taux se faisait la restitution ? Les diverses époques fournissent à cette question des réponses différentes.

En principe il faut distinguer selon que la rupture des fiançailles a eu lieu sans la faute ou par la faute de la fiancée.

A-t-elle eu lieu sans sa faute, par exemple à cause de la mort de l'un des fiancés, les arrhes doivent être simplement restituées (1). Les parties sont replacées dans la situation où elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu de fiançailles contractées entre elles.

Si, au contraire, c'est par la faute de la fiancée ou de ses parents que le mariage a manqué, ou, pour parler comme les textes, s'il a tenu à la fiancée d'exécuter les fiançailles qui n'ont pas en définitive été suivies d'effet, la restitution des arrhes doit être accompagnée du paiement d'une certaine somme.

La règle primitive était que la fiancée rendait le quadruple. Il est difficile de préciser l'époque où cette règle avait été édictée. Justinien nous dit seulement qu'elle résultait d'une vieille constitution. Gothofredus (2) estime qu'elle daterait des lois Julia et Papia Poppæa. Nous ne sommes pas fixés davan-

(1) Gratien, Valentinien et Théodose, L. 3, C. 4. *De sponsalibus*, V. 1.

(2) *Comm. ad. L. G. C. Théod. De sponsalibus*, III, 5.

lage sur la question de savoir si les arrhes elles-mêmes étaient complées dans la peine du quadruple ou si elles devaient être restituées en sus, les textes à cet égard étant contradictoires (1).

Gratien, Valentinien et Théodose, par une constitution de l'an 350, tempérèrent quelque peu cette sévérité (2). Désormais il y eut à distinguer quatre cas d'inexécution volontaire des fiançailles.

1° La jeune fille a été fiancée par ses parents alors qu'elle avait moins de dix ans. La simple restitution des arrhes suffira en cas de rupture. On verra en effet que les fiançailles contractées avant dix ans, c'est-à-dire plus de deux ans avant l'âge de la nubilité chez la femme ne pouvaient avoir de valeur au point de vue des lois caducaires. Il était juste que là où l'on ne recueillait pas les avantages des fiançailles, on ne fût pas exposé à leurs inconvénients.

2° La jeune fille a été fiancée entre sa dixième et sa douzième année. En cas d'inexécution, ses parents devront la peine du quadruple. Quant à la fiancée, elle ne devra rien personnellement, car ce n'est pas elle-même qui a contracté les fiançailles.

3° C'est une veuve qui s'est fiancée elle-même.

(1) D'après la loi 5, C. J. *De sponsalibus*, les arrhes elles-mêmes comptaient dans la peine du quadruple tandis que la loi unique, C. Théod. *Si nupt. ex rescripto pet.* III, 10, porte que les arrhes sont rendues, *cum quadrupli pena*.

(2) L. 6, Théod. *De sponsalibus*, III, 5.

C'est elle-même aussi qui devra payer le quadruple.

1° La fiancée avait plus de douze ans. Si elle manque à sa parole, elle devra payer le quadruple à moins qu'elle ne se fût fiancée contre le gré de ses parents, car dans ce dernier cas, son engagement étant inopérant ne pouvait engendrer pour elle aucune obligation valable. Inversement, si elle prouve qu'elle s'est fiancée contre son propre gré, sur l'injonction de ses parents, elle pourra répéter contre eux la somme que l'inexécution des fiançailles l'aura contrainte de payer.

Léon et Anthémios, en l'an 469 devaient encore modifier sur ce point la législation (1). D'après ces empereurs, la restitution ne fut plus du quadruple mais simplement du double, y compris les arrhes elles-mêmes. Encore la fiancée qui contrevenait aux fiançailles ne devait-elle que la simple restitution des arrhes, lorsqu'elle était mineure de vingt-cinq ans, ou qu'elle avait une juste cause de désistement, inconnue d'elle lors de son engagement. La constitution indique comme types de juste cause la turpitude, la prodigalité ou l'impuissance du fiancé, la diversité des religions. Il faut ajouter, en vertu d'une constitution de Justinien, le cas où l'un des fiancés se consacrait à la vie monastique (2).

Une espèce toute particulière était celle des fian-

(1) L. 5, C. J. *cod. tit.*

(2) L. 53, C. J. *De episcopis*, l. 3.

çailles contractées dans une province par un gouverneur ou par une personne de sa famille ou de sa suite. Nous avons vu qu'elles étaient autorisées, mais la fiancée qui refusait de les faire suivre de mariage n'encourait aucune peine. Paul déclare qu'elle pouvait se dégager en restituant simplement les arrhes (1). Une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose l'autorise même à les conserver à titre lucratif (2).

La quotité des arrhes n'est pas déterminée d'une manière précise; mais il est certain qu'elle ne pouvait être que peu considérable. Dépassant une certaine somme, une remise d'arrhes eût pu constituer l'équivalent d'une stipulation de peine, et contrevenir ainsi au principe de la liberté du mariage dont nous avons vu la rigoureuse application.

(1) L. 38, D. *De ritu nupt.* XXIII, 2.

(2) L. III, C. J. *Si rector pro.* V, 2.

CHAPITRE IV

EFFETS LÉGAUX DES FIANÇAILLES

C'est dans le domaine juridique exclusivement qu'il faut rechercher à l'époque classique les effets produits par les fiançailles. L'étude des mœurs romaines ne nous en ferait découvrir aucun. Les fiançailles en effet ne modifiaient en rien le genre de vie des fiancés, et ne leur fournissaient aucun moyen de plus pour se voir et se connaître. Sur ce point le témoignage des auteurs est unanime, et les moralistes païens ou chrétiens, Sénèque et St-Jérôme se rencontrent pour déplorer que les futurs époux abordent le mariage sans avoir pu auparavant s'assurer de la réciprocité de leurs sentiments et de la sincérité de leur affection (1). Un écrivain allemand en conclut avec la

(1) Sénèque, *De matrimonio*. — St Jérôme surtout (*Adversus Jovinianum* I, 17, Migne. t. XVIII, col 277) exprime cette idée de la manière la plus énergique : « On ne choisit pas sa femme, dit-il : il faut la prendre telle qu'elle sera. Est-elle colère, sottise, difforme

naïveté de l'orgueil national que « ni les Romains, ni les Grecs n'ont jamais partagé les sentiments si vivement exprimé dans les mœurs germaniques qui prête à la fiancée une espèce d'auréole en considération du changement d'état de la vierge appelée à passer de cette condition à celle d'épouse » (1).

Telles étaient les mœurs. En droit, la conclusion des fiançailles amenait cependant un changement notable dans la condition des fiancés. Le lien qui en résultait leur imposait des obligations tellement analogues à celles du mariage que Paul a cru nécessaire de décider formellement que, si le fiancé vient à mourir, sa fiancée n'est pas soumise, comme une veuve, à l'obligation légale du deuil. *Sponsi nullus luctus est* (2). Il fallait que les fiançailles eussent singulièrement influé sur la condition juridique de la jeune fille pour que l'on se demandât si elle devait porter le deuil du fiancé et en subir les conséquences, notamment l'interdiction temporaire du mariage,

repoussante, a-t-elle une tare quelconque, nous l'apprenons après la noce. On examine avant de les acheter un cheval, un âne, un bœuf, le plus vil esclave, que dis-je, nos vêtements, nos casseroles, un banc de bois, une coupe, un vase de terre! Seule notre femme ne nous est pas montrée, de peur que nous ne nous en dégoûtions avant de l'épouser. — Dans Juvénal cependant (Sat. III, éd. Panckouke t. I, p. 78) le jeune fiancé, *sponsus locis adhuc*, paraît logé dans la maison du beau-père, mais c'est là un fait isolé.

(1) Friellœnder *op. cit.* t. I, p. 355.

(2) L. 9, p. 1, D. *De his qui not. inf.* III, 2.

alors que, bien manifestement, la *turbatio sanguinis* n'était nullement à craindre.

Un premier effet des fiançailles aurait été de créer entre la fiancée et les proches du fiancé les mêmes empêchements de mariage qu'aurait produits le mariage lui-même. C'est ce qu'on peut conclure d'un texte d'Ulpien qui interdit le mariage entre le fils et la fiancée du père, entre le père et la fiancée du fils (1). Rien ne nous dit toutefois que cette interdiction subsistât alors que le lien des fiançailles aurait été rompu par le *repudium*.

A l'égard de toute autre personne, tant que le *repudium* n'était pas intervenu, les fiancés n'étaient pas frappés d'une interdiction de mariage proprement dite, mais celui qui contractait doubles fiançailles encourait l'infamie. Cette sanction, demi-légale et demi-morale, rappelle l'antique *nota censoria* dont elle diffère cependant en ce qu'elle n'est pas infligée par le pouvoir arbitraire d'un magistrat, mais en vertu du texte général et formel de l'édit du préteur. La rigueur de son application n'était pas médiocre, car elle était encourue alors même que les secondes fiançailles n'eussent pu être suivies d'un mariage valable, à raison d'une impossibilité matérielle ou légale. D'autre part, le *paterfamilias* qui contracte doubles fiançailles au nom du fils resté sous sa puis-

(1) L. 12, p. 1 et 2, *de ritu nupt.* XXIII, 2.

sance, ou même qui le laisse les contracter en son propre nom, encourt, lui aussi, l'infamie, car on est responsable de ce que l'on n'a pas empêché, quand la loi vous donnait le pouvoir de le faire (1).

Un autre effet important de la conclusion des fiançailles est le devoir de fidélité qui est désormais imposé aux fiancés. Le manquement à ce devoir entraîne la peine de l'adultère. Ainsi l'avait décidé un rescrit des empereurs Sévère et Antonin, *quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur* (2). Il semble résulter des textes divers consacrés à la question que le fiancé trompé peut agir *jure mariti*, c'est-à-dire avant même la rupture des fiançailles ou du mariage qui les aurait suivies. Tout citoyen en outre pourrait, en vertu de ce fait que l'adultère donne lieu à un *judicium publicum*, intenter l'action répressive *jure extranei*, après les soixante jours qui suivent la dissolution des fiançailles ou du mariage qui en serait résulté (3).

(1) Ulpien L. 13 p. 1, 3 et 4, D. *De his qui not. inf.* III, 2. — Cf. L. 100 D. *De reg. jur.* I, 17. *Nullum crimen patitur is qui non prohibet quum prohibere non potest.*

(2) Ulpien L. 13, p. 3, D. *ad. Leg. jul. de adult.* XLVIII, 5.

(3) Alexandre L. 7, C. *J ad. Leg. jul. de adult.* IX, 9. — L. 13 p. 6 et 8 L. 11 p. 7, D. *ad. leg. jul. de adult.* XLVIII, 5. — Sur la poursuite de l'adultère. V. Accarias, *Précis*, 1^{re} édit. t. I, p. 175, n. 4. — En attribuant au fiancé le droit de poursuivre l'adultère de la fiancée *jure mariti*, et non *jure extranei*, nous adoptons l'interprétation de Cujas, t. III, col. 148. Une diffi-

Ce n'est pas seulement envers sa fiancée que la loi investit le futur époux de droits tout particuliers. Au regard des tiers, elle lui confère le droit de poursuivre en justice les injures faites à la fiancée, car une injure de ce genre *spectat ad contumeliam ejus* (1).

Un quatrième effet juridique d'une réelle importance historique résultait du système général de la législation caducaire. On sait que les lois Julia et Papia Poppæa désignées souvent sous le nom de *Leges novæ*, et qui avaient pour but, dans la pensée d'Auguste, de parer à la dépopulation de l'Italie, en poussant les Romains au mariage, frappaient les célibataires de diverses incapacités et attribuaient en revanche aux gens mariés certains avantages juridiques connus sous le nom de *præmia maritorum* (2). Les lois caducaires assimilaient les fiancés aux per-

culté pourrait résulter de ce que la loi 13 p. 8. D. *ad. leg. jul. de adult.* dit en parlant de la fille impubère qui a commis le stupre avant son mariage qu'elle ne sera pas poursuivie *jure viri, quod ante nuptem commisit sed quasi sponsa*. Cujas a très bien compris que cette expression de *quasi sponsa* signifie *si quidem sponsalia præcesserint*. Il serait faux d'y voir la trace d'une troisième mode d'exercer l'action d'adultère, *jure sponsi*. La portée de la loi 13, p. 8 est la suivante. L'adultère est poursuivi *jure nuptiæ*, non à raison du mariage, puisque le défaut de nubilité chez la femme rendait nulle la conclusion du mariage, mais à raison des fiançailles.

(1) Ulpien L. 15, p. 24, D. *de injuriis* XLVII, 10.

(2) Accarias, *Ire édit.* t. I, 850 et s.

sonnes mariées. A ce titre, ils échappaient aux incapacités et recueillaient les avantages.

Comme toute disposition coercitive, les lois caducaires devaient engendrer des fraudes. Nombre de célibataires imaginèrent la suivante pour éviter toute répression. Ils prenaient pour fiancées des filles extrêmement jeunes, ce qui leur permettait de braver la loi durant tout le temps qui séparait ces fiançailles dérisoires du moment où la fiancée devait atteindre l'âge de nubilité. Ils n'avaient qu'à envoyer alors un *repulium* à la jeune fille, et ils pouvaient au besoin recommencer la même manœuvre avec la complicité d'une autre famille.

Le chapitre III de la loi Papia réprima cette fraude. Désormais les fiançailles ne purent procurer une exemption des peines du célibat que si elles devaient être suivies d'un mariage effectif au bout de deux ans au plus tard. Suétone a donc pu dire en parlant d'Auguste qu'il avait reculé l'âge des fiançailles (1). En effet, les jeunes filles ne pouvant se marier qu'à douze ans, le choix d'une fiancée ne pouvait avoir d'efficacité au point de vue des lois caducaires qu'autant qu'elle était âgée d'au moins dix ans. Mais il importe de ne pas faire ici de confusion et de ne pas croire que les fiançailles fussent

(1) Octave-Auguste ch. 31. *Cum immaturitate sponzarum vim legis eludi sentiret, tempus sponsas habendi coarctavit.*
— V. aussi Dion, L. 51, Anno. U. C. 726.

interdites avant cet âge. Les nombreux exemples que nous avons eu occasion de citer prouvent au contraire que l'habitude de fiancer des enfants très jeunes survécut à Auguste. Seulement des fiançailles de ce genre ne pouvaient avoir pour effet de faire échapper celui qui les contractait aux sévérités des *leges noxæ*. A ce dernier point de vue, mais à ce point de vue seul elles étaient regardées comme nulles et non avenues (1). Le bénéfice de l'exemption était du reste prolongé au delà de deux années alors qu'une cause légitime résultant d'un cas de force majeure avait retardé le mariage. Gaius prévoit un certain nombre de ces causes légitimes : il indique par exemple une maladie du fiancé ou de la fiancée, la mort de leurs parents, ou de longs voyages entrepris par nécessité (2). Constantin enfin, en supprimant les peines du célibat et de *l'orbitas* fit disparaître à la fois la règle et ses exceptions (3).

Un dernier effet légal fut attribué aux fiançailles par Constantin et par Justinien. On sait que le premier de ces empereurs avait pris Auguste pour

(1) Il ne faut donc pas admettre sans restriction l'affirmation de Montesquieu, *Esprit des lois*, L. 23, ch. 21: « On ne pouvait faire de fiançailles lorsque le mariage devait être différé de plus de deux ans, et comme on ne pouvait épouser une fille qu'à douze ans, on ne pouvait la fiancer qu'à dix. »

(2) L. 17 D. *De sponsalibus*, XXIII, 1. Heineccius, commentant cette loi estime que Gaius a voulu seulement désigner les voyages entrepris *reipublicæ causa*.

(3) L. 1. C. J. *De infirm. pœn, celib.* VIII, 58.

modèle et qu'il s'efforça comme lui de redresser les mœurs du peuple romain par des lois, qu'à l'imitation de son prédécesseur il intitula *leges noxæ*. Plusieurs d'entre elles sont consacrées aux fiançailles, et tendent soit à en resserrer les liens, soit à en prévenir les conséquences abusives. Dans la matière qui nous occupe nous avons à citer une constitution de l'an 332, par laquelle il imposa à la jeune fille l'obligation d'attendre son fiancé pendant deux ans lorsque celui-ci était militaire. C'était là une grave dérogation à l'ancienne règle de la liberté absolue des *repudia*. La peine de la rélévation frappait ceux des parents de la jeune fille qui, au mépris de la constitution impériale l'avaient mariée à un autre pendant la période d'attente légale (1). L'énormité de la sanction, au regard du but à atteindre, trahit une époque de décadence législative.

La durée du délai d'attente obligatoire semblerait d'ailleurs, à en croire un autre texte (2) avoir été fixée à une certaine époque non à deux, mais à trois

(1) L. 4, C. Théod. *De sponsalibus*, III, 5. Le délai de deux ans, identique à celui que fixait la loi Papia pour réprimer la fraude de ceux qui *τὴ ἴσση τῆς γαμναίης* non compléant a souvent amené une confusion entre ces deux lois. Cujas lui-même (t. III, col. 481) ne l'a pas complètement évitée. Mais la distinction a été très clairement aperçue et établie par Gothofredus, dans son commentaire du Code de Théodose (ad leg. 4. *De sponsalibus*.)

(2) L. 2, C. J. *De repudiis* V, 47.

ans, à moins qu'on n'attribue avec Pothier (1) cette décision à des circonstances de fait toutes spéciales et de nature à prolonger le délai ordinaire, circonstances que les empereurs, auteurs de la constitution auraient connues et envisagées.

Justinien compléta l'œuvre de Constantin. Il étendit à tous les cas l'obligation imposée à la fiancée et à sa famille d'attendre le fiancé durant deux années. La seule condition qu'il imposât au jeune homme était de ne pas aller se fixer dans une autre province que celle où résidait la fiancée. Après l'expiration du délai de deux ans, la fiancée recouvre le droit de prendre un autre mari, et il semble même résulter des expressions employées par les textes que la *denuntiatio* ne lui est pas imposée sous peine d'infamie. L'ensemble de la conception classique des fiançailles se dissout ainsi, pièce par pièce. Ajoutons que la règle nouvelle figure dans le Code de Justinien sous le nom de Constantin, bien que ce dernier n'ait eu en vue que les fiançailles contractées par les militaires. Il est donc évident qu'on se trouve là en présence d'un de ces procédés d'interpolation familiers à Tribonien (2).

(1) Paul. *De sponsalibus*.

(2) L. 1, C. J. *De sponsalibus*, V. 1. — Pothier, *loc. cit.* dénonce l'interpolation. A l'en croire la sanction de la règle nouvelle eût été la suivante. En cas de rupture des fiançailles sans juste cause durant le délai de deux ans, le fiancé eut pu exercer une action *in id quod sui intererat sponsalia non*

Malgré la fragilité du lien qu'elles constituaient, les fiançailles, on le voit, n'ont pas été sans produire en Droit romain des effets légaux importants, interdiction du mariage avec les proches du fiancé; infamie encourue par le fiancé qui contracte de nouvelles fiançailles sans avoir rompu régulièrement les premières; punition de l'adultère de la fiancée à l'égal de celui de l'épouse; attribution de l'action *injuriarum* au fiancé du chef de sa fiancée; exemption des lois caducaires deux ans durant; enfin, dans le dernier état du Droit romain, nécessité absolue pour la fiancée de respecter pendant deux ans le lien des fiançailles. Il est facile d'observer que la plupart des obligations énumérées s'imposent surtout à la fiancée. L'inégalité de sa situation comparée à celle qui est faite à l'homme dans les fiançailles nous est attestée une fois de plus comme elle nous l'avait été déjà dans notre étude des conditions nécessaires à la validité du contrat.

esse dissoluta. La sanction pénale de Constantin consistant dans la rélegation n'aurait donc pas été étendue. Nous n'avons pu trouver aucun texte qui justifiait cette affirmation.

CHAPITRE V

DES DONATIONS ENTRE FIANCÉS.

De tous temps les fiançailles ont été l'occasion de présents faits à la fiancée par le futur époux ou par sa famille. Homère et les livres saints attestent l'universalité de cet usage dès l'antiquité la plus reculée (1). Mais les donations des fiançailles occupent dans la législation Romaine en particulier une place dont l'importance est attestée par la longueur du titre que leur consacre le Code de Justinien.

La remise de l'anneau constituait nous l'avons vu, moins un cadeau proprement dit qu'une manifestation d'entente, qu'un signe de prise de possession. Les arrhes étaient plutôt destinées à fournir un moyen de preuve et de dédit. La fiancée, en fait de libéralités proprement dites, recevait d'abord des objets de parure ou de toilette. Parmi ces dons figu-

(1) V. dans la *Genèse* les Fiançailles d'Isaac et de Rébecca.
— Guhl et Koner, *La Vie Antique*, loc. cit.

raient des présents symboliques, tels qu'un camée représentant Psyché, dont Éros tire les cheveux, emblème gracieux signifiant : « Mon âme est torturée par l'amour » (1). La générosité du fiancé devait s'étendre même aux parents de la jeune fille. Fréquemment ils recevaient de lui des présents, soit à titre personnel, soit comme gérant d'affaires de la jeune fille (2). Les serviteurs n'étaient pas oubliés, et Sénèque, dans un curieux passage, se plaint que le futur mari doive distribuer des gratifications à la nourrice, à la suivante, à l'esclave favori, à l'intendant, à telle et telle autre personne de l'entourage de la jeune fille (3).

Les cadeaux de fiançailles, présentaient donc souvent une importance réelle qui permettait d'y voir une véritable donation. Que cette dernière fût valable, on aurait pu en douter à raison de la prohibition des donations entre époux. Cependant les juriconsultes n'hésitent pas à proclamer, même une fois que le mariage a suivi les fiançailles la validité des donations faites *ante nuptias*. Peu importe

(1) René Méunier, *La Vie privée des Anciens*, Paris, 1881, p. 161.

(2) Alexandre L., 2, C. J. *De donat ante nupt*, V, 3. — Papien, l. 32, p. 1, D. *de negot. gest.* III, 5.

(3) *De matrimonio*, (Haase III, 125) fragment cité par Friedländer, *Honoranda nutrix ejus, uxoris et gerula, sercus paternus, et alumnus et formosus assecla, et procurator calaistratus, et in longam securamque libidinem exsectus spado etc...*

même qu'elles n'aient précédé les noces que de quelques heures (1). Une seule condition est exigée, c'est que la donation ait eu un caractère définitif avant la formation du mariage. Si donc elle avait été faite sous cette condition que la propriété des choses à donner ne serait acquise au donataire qu'après les noces, elle devait être nulle, puisque cette clause en reculant le moment de sa formation en faisait une véritable donation entre époux (2). On alléguerait en vain contre ce résultat la rétroactivité de la condition. On sait qu'en droit romain ce n'est là qu'une fiction utile, et nullement de principe, admise dans certains cas en vue d'obtenir quelque résultat pratique (3).

Si la question de la validité des dons entre fiancés avait, comme on le voit préoccupé les juriconsultes, c'est à cause de l'importance considérable que ces dons devaient prendre à raison de la situation faite à la femme dans l'organisation pécuniaire du mariage romain.

Même après l'apparition de l'action *rei uxorie*, et à plus forte raison auparavant, la femme se trouvait exposée à une situation précaire en cas de décès du mari. Le Droit n'organisait pour elle nul gain de survie légal. Au temps du mariage *manu*,

(1) Molestin, l. 27 D. *De donat. int. cir. et n.r.* XXIV, 1.
— l. 6, C. J. *De donat. ante nupt.* V, 3.

(2) Gordien, l. 4, C. J. *ead. tit.*

(3) Ulpien, l. 14, pr. D. *De donat.* XLVI, 2.

elle recueillait bien dans la succession du mari une certaine part *loco filie* ; mais le mariage libre lui avait retiré cet avantage, et elle n'avait plus pour ressource que le testament du mari, dans lequel, à la vérité, elle ne se voyait généralement pas oubliée.

Un testament n'est qu'une œuvre arbitraire de volonté. N'était-il pas préférable de ménager à la femme des ressources assurées contre le caprice de son mari. Dès lors, quoi de plus simple que de recourir à la donation *ante nuptias*, dont les juriconsultes reconnaissaient l'efficacité ? De cette façon, le sort de la femme se trouvait assuré dès avant la célébration des noces contre toute éventualité.

C'est précisément là la fonction que devait remplir dans le droit romain le cadeau du fiancé. « Répondant maintenant à un besoin véritable, il changea de nature, devint une sérieuse et importante donation, et passa du domaine des mœurs dans celui du droit. C'est ainsi que la *dos* et le *morgengabe* des coutumes germaniques, probablement insignifiants à l'origine, se développèrent dans la suite, et, en se combinant, produisirent notre douaire coutumier (1). »

On a pu voir dans cette évolution le signe d'un relâchement du lien familial. Au temps des grands

(1) Esmein. *Le testament du mari et la donation ante nuptias*. Nouv. Rev. Histor. Janvier, février 1884.

jurisconsultes la famille était forte encore et unie au point de vue du droit. Plus tard, elle se désagrège. La femme ne veut plus dépendre du testament du *paterfamilias*. Sa situation matérielle doit désormais lui être garantie dès les fiançailles par le moyen de la donation *ante nuptias*.

Ce qui précède explique tout naturellement ce fait attesté par des textes nombreux que la donation *ante nuptias* émanait surtout du fiancé. Il paraît que la réciproque se voyait rarement (1), et qu'en général le fiancé ne recevait rien de la fiancée. Si les choses se passaient de la sorte, ce n'était point par le motif ridicule qu'allèguent les anciens auteurs, *quod acara est mulier, et acarissimum genus mulierum* (2), mais parce que la situation respective des époux dans le mariage, envisagé au point de vue pécuniaire, ne rendait la donation *ante nuptias* véritablement utile qu'au bénéfice de la fiancée.

Si grande était cette utilité que presque toutes les fiançailles furent accompagnées d'une donation. Celle-ci devint du moins si fréquente et si usuelle qu'on la désigna souvent par le mot même de *Sponsalia*, comme si désormais les fiançailles devaient se confondre avec la donation dont elles étaient

(1) *Quod raro accidit*, l. 5, C. Théod. De sponsalibus, III, 5. — l. 16, C. J. De donat. ante nupt. V, 3.

(2) Gothofredus, *Comm. ad l. 5. C. Théod. De sponsalibus*, III, 5.

l'occasion. Ce fait déjà suffisamment significatif est corroboré par une constitution de Théodose et de Valentinien, en date de 428 (1). Les empereurs prennent soin de nous y dire qu'à défaut de contrat, relatant la constitution de dot ou la donation *ante nuptias* et qu'en l'absence de toute célébration extérieure, le mariage est néanmoins valable par le seul consentement. Encore faut-il que la volonté de se prendre pour mari et femme émane de personnes d'une condition égale et à la connaissance des amis communs. Nous ne concluons pas de ce texte que la donation des fiançailles fut devenue une condition quasi essentielle du mariage, comme un auteur considérable a cru pouvoir le faire (2). Tout au moins établit-il que la preuve du mariage pouvait légalement résulter de l'acte qui la constatait. Elle démontre par cela même la place importante qu'occupaient dans la pratique les donations *ante nuptias*. L'influence du christianisme devait les favoriser d'ailleurs de plus en plus. Chacun sait que le droit canon en fit à une certaine époque une obligation pour le futur époux et il nous suffira de rappeler la célèbre maxime. « *Nullum sine dote fiat conjugium* », dans laquelle le mot *dos* désigne de l'aveu de tous la donation faite à l'épouse,

(1) I. 3. C. Théod. *De nuptiis*, III, 7.

(2) Esmein, *op. cit.* p. 22.

et non la dot apportée par elle au mari (1).

Nous avons vu que la validité des donations *ante nuptias* fut toujours admise par le Droit romain. Mais elles firent l'objet d'une réglementation qui varia suivant les époques.

Au point de vue des formalités extérieures, nous voyons que Constantin les soumit comme toute autre donation à la formalité de l'insinuation par une constitution de l'an 319. Il est vraisemblable qu'avant cette décision, qui trancha la controverse, on se demandait si la donation entre fiancés devait être assimilée aux donations *inter conjunctissimas personas*, et à ce titre dispensée d'insinuation (2).

Le même empereur cependant, en l'an 330, fit une exception en faveur de la femme, mineure au moment de la donation. Du moment que les choses à elles données avaient fait l'objet d'une tradition définitive l'absence d'insinuation ne put être invoquée comme cause de nullité, d'autant qu'elle était en réalité imputable au mari (3).

Théodose et Valentinien reproduisirent dans une constitution de l'an 428 cette dispense d'insinuation en faveur des femmes mineures, et ils l'étendirent, en outre à toute donation *ante nuptias* d'une somme infé-

(1) Yves de Chartres, P. VIII, cap. III.

(1) L. 1. C. Théod. *De sponsalibus*, III, 5 — Gothofredus *Comm. ad hanc leg.*

(1) L. 3, C. Théod. *cod. tit.*

rieure à deux cents solides. En même temps ils décidèrent que la tradition des choses données ne serait plus nécessaire à la validité de la donation entre fiancés, pourvu que l'insinuation eût eu lieu (1). En combinant leur constitution avec celle de Constantin, on voit que désormais la validité de la donation *ante nuptias* n'exigea plus en général que l'une ou l'autre des formalités que le droit commun eût fait concurremment requérir.

Justinien alla plus loin encore. Il écarta totalement la formalité de l'insinuation en cette matière (2).

Au point de vue du fond, la validité de la donation entre fiancés n'est pas soumise durant l'époque classique à des conditions particulières. On exige seulement que la donataire puisse par la suite être légalement épousée par le donateur. C'est ainsi qu'Ulpien déclare nulle toute donation *ante nuptias*, faite par un sénateur à une affranchie, par un tuteur à sa pupille (3), et que Valérien et Galien, en 258, refusent toute action à une femme gratifiée du cadeau de fiançailles par un prétendu célibataire, déjà marié en réalité (4). En dehors de cette condition, la donation *ante nuptias* est assimilée à une donation pure

(1) L. 3 C. Théod. *eod. tit.* — L. 17. C. J. *De donat. ante nupt.* V. 3.

(2) L. 20, p. 1, C. J. *eod. tit.* — Nov. 119, cap. 1. — Nov. 127, cap. 2.

(3) L. 32, p. 28, D. *De donat. int. cir et uxor.* XXIV, 1.

(4) L. 5, C. J. *eod. tit.*

et simple. Peu importe que le mariage suive ou ne suive pas, que ce soit le mari ou la femme qui précède, que le mariage soit rompu par la mort d'un des époux ou par le divorce (1). La fiancée, comme tout donataire, est investie par la donation *ante nuptias* d'un droit définitif sur lequel ne peuvent influer les événements ultérieurs. Il en est de même du fiancé dans les cas rares où une donation lui aurait été faite par sa fiancée ou par la famille de celle-ci.

Rien n'était cependant plus contraire au rôle véritable de la donation *ante nuptias*. Il était évident qu'en faire une donation pure et simple était à la fois contraire au bon sens et à l'équité. Destinée en réalité à servir pour la future épouse de gain de survie conventionnel, elle aurait dû être rendue au donateur ou à sa famille dans les trois cas suivants : lorsque les fiançailles n'étaient pas suivies de mariage ; lorsque le mariage intervenait à la vérité, mais était ensuite rompu par le divorce, à raison des torts de la femme ; lorsqu'enfin c'était l'épouse et non le mari qui venait à précéder. Nous allons voir par quelles étapes successives, le droit romain tendit à se rapprocher de plus en plus de cette conception législative.

1° Nous avons dit qu'en principe, la validité de la donation entre fiancés n'était pas subordonnée à la formation ultérieure du mariage. *Veterum sententia...*

(1) L. 8. L. 9. L. 10. L. 11. L. 11. L. 15, C. J. *cod. tit.*

donationes in sponsam, nuptiis quoque non secutis, decrevit valere (1). Il n'eût pas été possible de corriger cette solution en apposant à la donation une condition suspensive, car elle aurait eu pour effet, ainsi qu'on l'a dit, d'annuler entièrement la donation (2). Mais ce qu'on ne pouvait réaliser au moyen d'une condition suspensive, une condition résolutoire pouvait le faire; un fragment de Julien l'atteste d'une manière formelle (3). Il était loisible en outre aux parties de convenir par simple pacte adjoint au contrat de donation qu'en cas de rupture du projet de mariage les objets donnés seraient restitués par la jeune fille au donateur ou à ses héritiers (4). Enfin il semble qu'en dehors de toute convention spéciale, la rupture du projet de mariage, si elle restait sans effet à l'égard de la donation faite à la fiancée, annulait du moins celles qu'en vue du mariage le fiancé avait faites aux parents de la jeune fille (5).

Tel était le droit antérieur à Constantin⁶; il fut modifié d'une manière importante par deux constitutions de cet empereur.

(1) L. 15, C. J. *cod. tit.*

(2) L. 4, C. J. *cod. tit.*

(3) L. 1, p. 1. D. *De donationibus*, XXXIX, 5.

(4) L. 7, C. J. *cod. tit.*

(5) Alexandre, L. 2, C. J. *cod. tit.*

La première, en date de 319 (1) décida que désormais la validité de la donation *ante nuptias* serait, sans qu'il fût besoin d'une convention spéciale à cet effet, subordonnée à la formation ultérieure du mariage. Si la fiancée reprenait sa parole, elle devait rendre la donation ; si c'était le fiancé, la donation restait à la jeune fille, à titre de compensation (2). Celle des parties qui par son fait encourageait l'application de la loi ne pouvait alléguer pour justifier son manquement à la promesse de mariage l'existence d'une juste cause, telle que les mauvaises mœurs ou la basse origine de l'autre partie. Ce sont en effet là, nous dit l'empereur, des considérations auxquelles il faut réfléchir longtemps avant de s'engager. Si les fiançailles sont rompues, non par le désistement de l'un des fiancés, mais par sa mort, la donation devient également caduque ; néanmoins, si le fiancé mourant ne laisse ni père, ni mère, ni enfant d'un précédent mariage, la fiancée est préférée à ses héritiers plus éloignés et conserve le bénéfice de la donation.

La seconde constitution de Constantin, en date de 336, envisage exclusivement le cas où le mariage

(1) L. 15, C. J. *conj. tit.* — L. 2, C. Théol. *De sponsalibus*, III, 5.

(2) Cette solution ressemble à celle qui est admise en matière d'arrhes. Elle en diffère cependant en ce que la restitution de la donation n'a jamais lieu au double ou au quadruple comme parfois celle des arrhes.

est empêché par la mort de l'un des fiancés (1). Pour décider du sort de la donation faite par le fiancé, il faut distinguer selon que le baiser des fiançailles a été ou n'a pas été échangé. S'il n'y a pas eu de baiser donné et reçu, la donation est caduque et fait retour à la famille du fiancé. Dans le cas contraire, *si osculum intercenerit*, la fiancée, conserve la moitié du don qu'elle avait reçu. Cette singulière distinction se lie à un usage que les chrétiens avaient emprunté au paganisme. Le baiser du fiancé était considéré comme une sorte de prérogative maritale. La jeune fille qui l'avait reçu semblait s'être prêtée à un *prælibatio virginitatis*. *Uxorem aut maritum tantum osculo putari*, nous dit Quintilien exprimant cette idée, non sans quelque exagération. Les auteurs chrétiens recueillent cette signification du baiser, et ils y ajoutent l'idée d'un symbole de communion, exprimant l'accord des esprits et des cœurs. *Sanctum osculum, animas social, reconciliat mentes, et unum corpus ostendit* (2). Le baiser, nous dit Saint-Ambroise (3), *quasi pignus est nuptiarum et prerogativa conjugii*. Il est équitable que la jeune fille vis-à-vis de laquelle le futur époux a usé d'une prérogative aussi importante, conserve, quoiqu'il

(1) L. 46, C. J. *cod. tit.* — L. 5, C. Théod. *De sponsalibus* III, 5.

(2) Quintilien, *Declamat.* — Chrysostome, *Homilia de prodicione Judæ*. — Les deux passages sont cités par Gothofredus, *Comm. ad. leg.* 5, C. Théod. *De sponsalibus*.

(3) Epist. 44. Migne t. XVI, col. 1118.

arrive une partie des avantages matériels que lui assuraient ses fiançailles (1).

L'échange du baiser importerait peu au contraire, si, par hasard, c'était la jeune fille qui avait fait une libéralité au fiancé: Dans ce cas le prédécès de l'un ou de l'autre devait toujours entraîner la caducité de la donation.

2. Le second inconvénient des règles primitives touchant la donation des fiançailles, venait de ce que la survenance du divorce ne les rendait pas caduques. On parait à cet inconvénient par le procédé suivant. La femme rendait au mari en l'ajoutant à sa dot le montant de la donation *ante nuptias* qu'elle en avait reçue. De la sorte, quand il lui arrivait de rendre par sa mauvaise conduite le divorce inévitable, le mari qui retenait, au moyen de la *retentio propter mores* une portion de la dot (2), rentrait par cela même dans une partie de la donation (3). Théodose et Valentinien, par une constitution de l'an 449 décidèrent enfin que la femme qui divorcerait sans justes motifs ou en fournirait au mari de justes pour

(1) On retrouve une trace de la constitution de 333 dans les coutumes françaises des provinces de Poitou, d'Aunis et d'Angoumois, où l'on désigne sous le nom d'*oscle* ou *osclage* le gain de survie stipulé au profit de la femme et qu'elle ne pouvait réclamer qu'en renonçant à la communauté. V. Viollet, *Histoire du Droit français* 2^e fasc. p. 357, et n. 2.

(2) Ulpien. *Reg.* VI, p. 12.

(3) L. 1. et L. 14, C. J. *De donat. ante nupt.* V. 3.

la répudier perdrait à la fois sa dot et la donation *ante nuptias* (1).

3^e La donation entre fiancés, étant en principe considérée comme pure et simple, restait acquise aux héritiers de la femme dans le cas où c'était celle-ci qui venait à prédécéder. En effet un droit définitif s'était fixé sur sa tête et elle l'avait en mourant transmis à ses héritiers. Ce résultat était manifestement contraire aux véritables intentions du fiancé donateur qui voulait par sa donation uniquement assurer le sort de sa future femme pour le cas où il mourrait avant elle (2). La pratique devait donc imaginer des moyens plus ou moins détournés pour faire prévaloir sur ce point la volonté réelle des parties.

On sait que, jusqu'à Justinien, le mari, sauf le

(1) L. 8, p. 4, C. J. *De repudiis*. V, 17.

(2) C'était si bien là le caractère de la donation *ante nuptias* qu'il y avait parmi les juriconsultes une tendance à la confondre avec une donation à cause de mort. C'est ce qui résulte, nous semble-t-il, de la loi 13 C. J. *de donat. ante nupt.* V, 3, d'après laquelle les créanciers du mari ne peuvent poursuivre la femme sur les biens qui lui ont été attribués à titre de donation *ante nuptias*. Cette solution paraîtrait trop évidente si on ne la rapprochait de cette règle que la donation *mortis causa* ne s'exécute qu'autant que les créanciers ont reçu satisfaction (V. Julien, L. 17. D. *de mortis causa don.* XXXIX, 6 — Labbé, sur Ortolan L. II. app. 4). Le souci que les auteurs de la loi 13 ont pris pour écarter de la donation des fiançailles l'application de cette règle relative aux donations *mortis causa*, ne prouve-t-elle pas qu'il y avait entre elle une véritable analogie ?

cas de conventions déroatoires conservait la dot adventice quand la femme venait à mourir. La femme ajoutait donc à sa dot comme supplément, les biens qu'elle avait reçus du fiancé à titre de donation *ante nuptias*. Si après le mariage, elle mourait la première, ses héritiers ne recueillaient donc rien de cette donation qui restait au mari avec le reste de la dot. Telle est la justification principale de l'usage de joindre à la dot la donation du fiancé, usage dont une première utilité nous a été déjà révélé.

Ainsi pratiquée, la donation *ante nuptias* devait tendre naturellement à se confondre avec la dot. L'analogie devait devenir de plus en plus étroite. Une constitution de l'empereur Justin décida qu'à l'exemple de la dot, la donation *ante nuptias* pourrait être augmentée durant le mariage (1). Justinien compléta cette innovation en permettant non plus seulement d'augmenter, mais de constituer une donation *ante nuptias, constante matrimonio* (2). Par une conséquence toute logique, il déclara en outre que les donations de ce genre perdraient leur nom désormais injustifié de donation *ante nuptias* pour prendre celui de donation *propter nuptias*. Les textes postérieurs qui développèrent cette décision ne rentrent plus dans le cadre que nous nous som-

(1) L. 19, pr. p. 1, et 3, C. J. *eod. tit.*

(2) L. 20, pr. C. J. *eod. tit.* — Nov. 97, cap 1 et 2.

mes tracé. Indiquons seulement qu'ils tendirent à rendre la donation *propter nuptias* obligatoirement équivalente à la dot en même temps qu'ils fixèrent à la même quote-part ce que chacun des époux devait conserver en cas de prédécès de l'autre. C'est ainsi que par une suite de transformations successives, la donation *ante nuptias*, utilisée d'abord par la pratique pour constituer à la femme un gain de survie conventionnel finit par s'assimiler à un gain de survie légal. Une fois cette évolution accomplie, la donation *propter nuptias* échappe désormais à notre étude ; mais il nous a paru intéressant de rechercher et de montrer son origine dans le cadeau du fiancé.

HISTOIRE DU DROIT ET DROIT FRANÇAIS

DES FIANÇAILLES

ET DES

PROMESSES DE MARIAGE

INTRODUCTION

L'histoire du droit des fiançailles en France est étroitement liée à celle du mariage. On y distingue plusieurs périodes.

Dans la première, la conception moderne du mariage, c'est-à-dire celle d'un acte légal, unique, ayant pour résultat d'engendrer à lui seul tous les effets légaux du mariage ne s'est pas encore formée. De tous les faits dont l'ensemble constitue le mariage, le fait essentiel c'est l'expression d'une volonté réciproque de se prendre pour mari et femme, c'est

l'échange des consentements. Or ce consentement réciproque se traduit par les fiançailles, soit que l'accomplissement de la volonté réciproque des époux soit reculée dans le futur, soit qu'il doive suivre immédiatement l'expression de leur consentement. L'étymologie même du terme de fiançailles indique cette signification. Il vient du vieux mot *Fiance*, confiance, foi. Il exprime, pourrions-nous dire, l'élément consensuel du mariage.

Dans une seconde période nous voyons apparaître la conception moderne du mariage. Les inconvénients nombreux du système ancien conduisent la société civile à exiger l'emploi de certaines formes consacrées dont la présence ou l'absence indiqueront sans contestation possible, s'il y a ou s'il n'y a pas mariage. L'Église ne tarde pas à s'associer à ce mouvement. Le Concile de Trente marque le point culminant de l'évolution. Le consentement réciproque demeure bien ce qu'il y a d'essentiel dans le mariage, mais ce consentement a besoin d'être revêtu de formes solennelles, et constaté d'une manière authentique pour produire son effet légal. Les fiançailles se distinguent du mariage, acte désormais un et autonome ; elles ne sont plus, comme en Droit romain, que la promesse réciproque de deux parties qui s'engagent à contracter plus tard le mariage. Les effets légaux qui en découlent se restreignent de plus en plus.

Arrive enfin la troisième et dernière période. Les fiançailles ne conservent même plus leur efficacité juridique restreinte. On obéit désormais à cette idée que les parties doivent aborder l'acte du mariage libres de tout engagement antérieur. Il n'y a plus à proprement parler de fiançailles. C'est la période du droit moderne et actuel.

CHAPITRE PREMIER

LES FIANÇAILLES EN DROIT GERMANIQUE

§ 1^{er}. — Formation des fiançailles.

Sans remonter aux temps très reculés où il s'est pratiqué par enlèvement, le mariage dans l'ancien droit germanique n'était autre chose que l'achat de la femme. Le père vendait sa fille, ou plutôt il s'engageait à céder contre un certain prix son *mundium* au futur mari. Si le père était mort, le *tuteur*, c'est-à-dire le mâle investi de l'autorité familiale sur la fille recourait au même procédé (1).

(1) Beauchet, *Étude historique sur les formes de la célébration du mariage*, *Rec. histor.* 1882, t. VI, p. 376 — Viollet. *Précis d'histoire du droit*, p. 355. — Rudolph Sohm, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 22 et s. — Le mariage par achat semble une coutume universelle dans les législations primitives. Il suffit de rappeler l'origine probable de la forme de la *coemptio* dans le mariage romain. Aujourd'hui encore, en Perse et en Chine on pratique l'achat des femmes. En Lapo-

Le prix d'achat, *pretium puellæ*, désigné sous le nom technique de *Withum*, que le bas-latin traduit par *dos*, était vraisemblablement fixé au gré des parties; il variait donc selon les circonstances et les individus. On peut en voir la preuve dans une disposition de la loi Burgonde (1), portant que le mari qui répudie sa femme injustement devra lui donner une somme égale à celle qu'il avait payée pour l'épouser. L'indétermination du taux de la condamnation semble bien établir que le prix d'achat sur lequel elle est calculée devait être librement débattu et arrêté par les parties.

Plus tard, le prix fut déterminé non par les particuliers, mais par la loi. La *lex Saxonica*, par exemple (2), fixe à trois cents sous le prix légal de la jeune fille. On a pu rapprocher cette transformation de celle qu'a subie la compensation en matière pénale. Le *Wergeld*, dont le montant a été d'abord librement débattu entre l'offenseur et l'offensé, fut ensuite déterminé par les lois germaniques suivant des tarifs fixes et uniformes. Dans les deux cas, en

nie, le mari fait publiquement avant le mariage des cadeaux, dont la valeur est fixée par l'usage aux père, mère, frères et sœurs de sa femme (V. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 23).

(1) *Lex Burgundionum*. — Tit. XXXIV *De divoritiis*, par. 2, dans Walter, *Corpus juris germanici*, Berlin 1821, t. I, p. 33).

(2) Tit. VI. *De conjugis* par. 1. Walter t. I, p. 39. *Uxorem ducturus CC. solidos det parentibus ejus*.

effet, on se trouve en présence d'une valeur idéale, inappréciable en argent, là, celle de la jeune fille, celle ici des biens atteints par l'offenseur, la vie, la santé, la liberté, ou l'honneur de l'offensé (1).

Dans cette conception primitive et grossière du mariage, la remise du *pretium puellæ* est nécessaire à la formation des fiançailles. C'est le paiement du prix, du *Withum* (2), qui lie les parties, engage la famille de la jeune fille et le fiancé lui-même. C'est en quelque sorte un cautionnement indispensable pour la formation du contrat. Les coutumes barbares en effet n'ont pas plus que le droit romain originaire, connu le régime des contrats purement consensuels. Une telle idée juridique implique un degré de culture tout à fait supérieur à celui que révèlent les législations primitives; celles-ci ne connaissent que le contrat *formel* ou le contrat *réel*. Ce que nous venons de dire montre dans laquelle de ces deux catégories il faut ranger les fiançailles. Comme la vente et comme l'échange, elles sont un contrat réel dans le droit germanique, c'est-à-dire qu'elles n'ont d'existence juridique qu'après la remise effective, en guise de cautionnement, du prix dû par le fiancé. Toutes les paroles qui ont pu être échangées auparavant, toutes les mani-

(1) *Sohn, op. cit.* p. 23.

(2) Les Lombards désignent encore le *pretium puellæ* par le mot *meta*. V. *Edict. Rotharici*, cap. 216. Walter, t. I, p. 72).

festations de volonté qui ont pu se produire ne sont considérées que comme de simples pourparlers sans valeur légale. Seule, la prestation du *pretium puellæ* constitue et exprime, à la fois, sans qu'il puisse y avoir de doute possible, la formation du contrat. « Les conceptions du droit germanique paraissent au goût moderne dures, sévères, maladroites, mais en même temps précises, claires, expressives : on y trouve le même style que dans la vieille peinture allemande (1). »

La *pretium puellæ* ne devait pas tarder à se détourner de sa destination primitive. Constituant d'abord le véritable prix d'achat de la femme, il devait être versé entre les mains du père ou du parent qui cédait son *mundium* au futur époux. Mais bientôt nous voyons la fiancée le recevoir elle-même. La *dos* lui est remise par le mari, et dès lors il est facile de comprendre que sa fonction, n'est plus la même. En vertu de la règle qui soumet les biens de la femme, comme sa personne, à l'autorité du mari, l'aliénation de la *dos*, depuis qu'elle est versée aux mains de la fiancée, ne doit avoir aucun effet à l'égard du mari sa vie durant. La femme n'en devient effectivement propriétaire que si elle survit : laissée veuve, elle recueillera ainsi de quoi subvenir à ses besoins. Par une transformation analogue à celle qu'en droit,

(1) Rudolph Sohm, *Trautung und Verlobung*, p. 139.

romain avait subi le cadeau du fiancé, de ce qui représentait autrefois le prix d'achat de la femme on a fait une mesure de la prévoyance en sa faveur, prise dès le moment des fiançailles (1)

L'Église devait encourager cet usage qui tendait à relever la condition matérielle et morale de la femme. C'est très probablement sous son influence que la dation de la *dos* entre les mains de la femme elle-même devint, non seulement une habitude, mais une nécessité légale du droit barbare (2). En cela elle ne faisait que suivre la tradition du droit romain, dont les derniers textes, nous l'avons vu, avaient accordé au don du fiancé une importance juridique considérable, et celle aussi du droit des Hébreux, qui exigeait, paraît-il, que l'avenir de la fiancée fut assuré par une donation (3). Dès l'année 521, nous voyons le concile d'Arles émettre la fameuse formule. *Nullum sine dote fiat conjugium; Juxta possibilitatem fiat dos* (4), et en 838 encore, une décision d'un

(1) Sohm. *Eheschliessungsrecht*, p. 33 et 34.

(2) V. dans Martène, *Thesaurus novus Anecdotorum*, Paris, 1717, t. I, col. 142 B. le *Dotalitium Reinaldi comitis Senonensis: Sed precipiunt (ur) leges humanæ sponso sponsam suam ex propriis dotare.* — Baluze, *Capitularia regum francorum*, Paris 1780, t. I, col. 1108: *Easque (sponsas) cum benedictione sacerdotis, sicut in sacramentario continetur, accipere sed prius eas dotali titulo debent conligare*

(3) V. les sources citées par M. Viollet, *op. cit.* p. 355, n. 1 et 2.

(4) Yvo Carnotensis. P. VIII, cap. 144.

archevêque de Tours exige *ut sponsa legibus sponse-
tur ac dotetur* (1).

Le moment où la *dos* cesse d'être remise au père ou au tuteur pour être versée entre les mains de la fiancée elle-même correspond à une modification dans la nature des fiançailles qui, de contrat réel, deviennent un contrat formel.

Nous venons de voir que le consentement des parties n'était irrévocablement engagé que lorsque leur accord avait été suivi de la remise du prix réel. Tel est le principe primitif du droit germanique en matière de fiançailles. Mais lorsque le prix est versé entre les mains de la femme, et non entre celles du vendeur véritable, le père ou le tuteur, la vente qui intervient entre ce dernier et l'acheteur (le fiancé), cesse d'être un contrat véritable pour devenir un simulacre, une formalité. Le fiancé ne remet plus au père qu'une somme insignifiante, *l'arrha*, désignée parfois sous le nom de *handgeld*, *haftgeld* (argent de main) et qui comprend quelques deniers en nombre déterminé. C'est en vertu de cette idée que les envoyés de Clovis, demandant à Gondebaud sa nièce Clotilde, pour leur maître, offrirent de lui verser *solidum et denarios* (2). Ce versement qui présentait jadis un intérêt pécuniaire, ne présente plus désor-

(1) Labbe et Cossard, *Concilii*. Paris 1672, VIII, 653 d.

(2) Frédégaire *Epitome. Greg. Tur.* p. 18.

mais, on le voit, qu'un intérêt juridique et formaliste.

C'est toujours entre le père ou tuteur d'une part et le futur mari de l'autre qu'intervient la solennité de l'*arrha*. Ce fait suffit à indiquer l'origine de la cérémonie (2). On achète, réellement d'abord, puis fictivement le *mundium* de celui qui le possède. C'est lui qui consent aux fiançailles, et qui, en échange de l'engagement pris par le fiancé, s'engage de son côté à lui donner la jeune fille. Comme le futur époux, il donne des arrhes, et cette remise solennelle l'oblige envers le fiancé au paiement d'une amende dans le cas où il manquerait à son engagement, et donnerait la fiancée à un autre époux. Ainsi se justifie le nom de *Wette* (de *Vitan obligare*), par lequel est parfois désignée l'*arrha*. Ce n'est point comme l'arrhe romaine un moyen de prouver l'engagement ou de s'en dédire au besoin, c'est le procédé légal et nécessaire destiné à le former. Certains textes fixent le chiffre de la composition due par le père en cas de rupture au taux élevé pour le temps de mille sous d'or (2). Mais il ne paraît pas que le consentement de

(1) Grégoire de Tours, *Historia Francorum*, Lib. IX. par 16. Pertz, *Script. rerum meroving.* T. 1, 1, Pars I, p. 428. *De sponsalibus quoque ait coram pontifice, clero, vel senioribus, pro nepte sua orphanula arras accepisse.*

(2) *Luitprandi leges.* lib. VI, cap. 119 (66), Walter t. 1 p. 807. *Postquam eam sponsaverit, non habeat potestatem alteri homini eam ad maritum dandi ante biennii tempus, et si dare cuilibet presumpserit aut ipsa sponsalia irrumpere voluerit, componat sponso ipsius — V. encore edict. Rotha-*

la fiancée elle-même fût exigé. Elle aurait eu seulement un droit de *reto* contre les fiançailles conclues contrairement à sa volonté (2). Celles auxquelles elle aurait consenti en dehors du père ou du tuteur étaient nulles. Elle devait se séparer du fiancé, et ce dernier devait être condamné à payer à sa famille une composition pécuniaire (3).

Avec l'adoucissement des mœurs, la règle ancienne ne devait pas subsister. La femme arrive à pouvoir disposer de sa personne. C'est elle-même qui se fiance, et par un renversement des rôles, le droit de simple *reto* passe à son père ou à son tuteur. La sanction du mariage contracté en dehors de la volonté de la famille consiste désormais dans l'exhérédation (1).

Une modification dans la forme solennelle des fiançailles coïncide, selon toute probabilité, avec ce

rici, cap. 178, Walter, t. 1, p. 710 et cap. 182 form. Walter, t. 1, p. 712. *Tu pater feminæ, da radia ei quod tu des eam ad uxorem et mittas eam sub mundio, et tu (sponsus) da radia quod eam accipias: et qualis se substraxerit, componat solidos mille.*

(2) Schröder, *Geschichte des ehelichen güterrechts in Deutschland*, 1883, p. 7 et 8.

(3) *Lex Alamannorum*, tit. LIV (LV) par. 1, Walter, t. 1, p. 215. *Si quis filiam alterius non sponsatam acciperit sibi ad uxorem, si pater ejus eam requirit, reddat eam et eam XI. sol. componat eam.* — Grégoire de Tours, *Historia Francorum*, Lib. IX, par 33. Pertz, 388; *Quia sine parentum consilio eam conjugio copulasti, non erit uxor tua.*

(1) Sohm. *Eheschliessungsrecht*, p. 52.

progrès. La remise des deniers de l'*arrha* continue à être une condition nécessaire à la formation du contrat, mais c'est dorénavant la fiancée qui les reçoit. L'*arrha* a subi la même évolution que la *dos*, et le contrat, devenu formel, de réel qu'il était auparavant, continue à se modifier sous l'influence du progrès des idées et des mœurs. La liturgie catholique, toujours portée à s'emparer des usages populaires et à leur imprimer un caractère religieux, recueille cette coutume. La remise des deniers à la fiancée passe dans le cérémonial des fiançailles catholiques et de là dans celui du mariage, lorsqu'ils se confondent. Dans les rituels du moyen âge, usités en France ou en Angleterre, nous voyons le fiancé poser dans un plateau que tend le célébrant une somme de treize deniers (1). L'argent est destiné aux pauvres ; c'est l'emploi commun des deniers remis dans le but juridique de solenniser la formation d'un contrat, et le mot *denier à Dieu* n'a pas d'autre origine (2). L'usage de la remise des deniers dans les cérémonies du mariage se perpétue dans les provinces françaises, et lorsque le Dauphin de France épouse (en 1770) l'archiduchesse Marie-Antoinette, il prend treize pié-

(1) Dans un rituel d'Amiens, datant de la seconde moitié du moyen âge il accompagne cet acte de la formule suivante : « Marie, de cet argent te honore et de mon corps te doue. » V. Esmein, *Étude sur les contrats dans le très ancien Droit français*, p. 16, n. 1.

(2) Sohm, *Eheschliessungsrecht* p. 30.

ces d'or des mains de l'archevêque de Rheims pour les remettre à l'épousée avec son anneau (1).

D'autres objets que les deniers devaient d'ailleurs servir en droit germanique à la conclusion du contrat formaliste des fiançailles. Du moment en effet que l'ancien achat effectif s'est transformé en une simple solennité, il importe peu que le fiancé remette quelques pièces d'argent ou autre chose. On le voit donc en certaines contrées employer la *festuca*. Il remet de la main gauche le fêtu dont la dation doit exprimer au dehors par un signe d'une authenticité incontestable la formation des fiançailles; de la main droite, il le retient ou en reprend l'autre bout. Cette double pantomime indique la réciprocité des engagements (2). Ailleurs c'est un anneau, comme chez les Romains, qui est envoyé en guise d'arrhes. *Homo sponsat*, nous dit l'édit de Luitprand, *cum solo annulo eam (feminam) subharrat, et suam facit* (3). Les témoignages historiques confirment cette indication :

(1) E. et J. de Goncourt. *Histoire de Marie-Antoinette*, p. 22.

(2) V. Edict. Chilperici.

Ipsæ in senetra manu fistucam tenent et dextera manu auferat. — Pardessus, *Loi Salique*, Paris 1813, p. 615 et s.

(3) *Lex Luitprandi*. Lib. V, cap. 30. Walter, t. I, p. 771. Ce capitulaire est destiné à interdire le mariage aux femmes qui ont pris le voile, et manifesté ainsi leur intention d'embrasser la vie religieuse, avant même la consécration du prêtre. On y compare le caractère imprimé par cette prise de voile à celui qui résulte de la remise de l'anneau dans les fiançailles.

Attila se croyait lié à Honoria, sœur de Valentinien III, parcequ'elle lui avait envoyé son anneau.

L'emploi de l'anneau n'est pas la dernière étape du formalisme dans l'histoire des fiançailles germaniques. Les solennités employées pour la conclusion du contrat formel peuvent varier à l'infini : il suffit qu'elles soient inusitées et particulièrement visibles pour atteindre le but qu'on se propose. On arrive donc à marquer la formation des fiançailles par la prestation d'un serment, ou même par le simple simulacre de cet acte, par la *manualis porrectio* ou *Sikirheit* (coup de main) (1). L'emploi de cette forme dont on retrouve la trace jusque dans les Assises de Jérusalem (2), peut être considéré comme une transition entre le contrat formel et le contrat consensuel dont nous verrons l'avènement résulter dans notre matière du progrès des influences religieuses. Du jour en effet où on fit consister la forme substantielle nécessaire à la conclusion du contract dans l'expression solennelle du consentement (car le serment n'est pas autre chose) on dut en arriver bientôt à n'exiger plus que ce consentement même, surtout lorsque le raffi-

(1) Sohm, *Eheschliessungsrecht*, p. 19.

(2) Celuy qui veut prendre feme, si deit jurer sur sains que il n'a feme vive ne autre jurée, ne aliée, ne plévie, ne fait nul vou, par qui il ne puisse bien et léaument prendre ceste feme qu'il veut ores prendre, et enci deit estre et deit valoir l'asier (les fiançailles). *Assises de la cour des Bourgeois*, chap. CLXII. édit. Beugnot, t. II, p. III.

nement des idées juridiques eut conduit les juriconsultes à faire entre la forme et l'essence des contrats une distinction qui paraît avoir été complètement étrangère aux auteurs des législations barbares.

§ 2. — Effet des fiançailles germaniques.

Quel était l'effet de l'acte dont nous venons d'étudier la formation ? Quelle est la valeur juridique des fiançailles en droit barbare ?

On peut les définir l'engagement que prennent deux époux de vivre comme mari et femme. Elles diffèrent donc des fiançailles, au sens moderne du mot, qui ne sont en définitive que la promesse de prendre plus tard cet engagement dans les conditions et dans les formes qui constitueront l'acte légal du mariage. Tandis en effet que le mariage est aujourd'hui un acte unique, produisant par lui seul tous ses effets légaux, il se compose dans le système germanique de deux éléments successifs, les fiançailles (*verlobung*) et les épousailles (*Trauung*) qui, tous deux, sont nécessaires pour parvenir à l'état de mariage (*ehe*) (1). Les fiançailles contiennent, sous

(1) Sohm, *Trauung und Verlobung*, p. 130.

les formes que nous avons indiquées, la déclaration de volonté des parties. Les épousailles sont la réalisation, l'exécution de cet accord ; aux temps primitifs des fiançailles par achat, elles équivalent en somme à la *traditio puellæ* (1).

Dans le droit germanique, on le voit, un mariage que les fiançailles n'auraient pas précédé, ne pouvait avoir aucune valeur juridique, car il lui manquait le fondement légal qui le justifie. Les fiançailles en revanche, non suivie de mariage (*trauung*) auraient été incomplètes et insuffisantes. On a pu comparer, dans un rapprochement aussi ingénieux qu'exact, les fiançailles à la vente romaine, et le mariage à la tradition qui la suit et réalise la transmission de propriété (2).

Cette conception du rôle des fiançailles a permis de soutenir, non sans exciter d'ailleurs de vives contradictions, qu'elles constituent en réalité ce qu'il y a d'essentiel dans le mariage (3). On s'appuie sur cette considération que, de deux mariages consécutifs contractés par la même personne, le seul valable était celui dont les fiançailles avaient été contractées les premières. De même dans l'ancien droit germanique, différent sur ce point du droit romain, ce ne serait pas la priorité de la mise en possession (*inres-*

(1) Sohm, *Eheschliessungsrecht*, p. 50.

(2) Viollot, *Précis*, p. 351, — Sohm, *Trauung*, p. 143 et s.

(3) V. Sohm, *op. cit.*, et Frielberg : *Verlobung und Trauung*.

litur, auflassung) qui déciderait de la valeur de deux ventes en concours; il faudrait rechercher non qui a le premier reçu la chose, mais qui a le premier traité avec le vendeur; c'est donc que la convention est ce qu'il y a d'essentiel dans la vente. De même « si l'on se décide par la priorité des fiançailles et non par celles des épousailles, c'est que les fiançailles constituent le mariage même, (*Eheschliessung*) » (1).

Cette conclusion ne laisse peut-être pas de présenter une certaine exagération. On peut, il est vrai, citer à l'appui du système qu'elle résume des textes nombreux qui contraignent les ravisseurs à restituer à leurs fiancés légitimes les femmes qu'ils auraient enlevées et même épousées, et à payer en outre une amende (2), d'où il ressortirait que les fiançailles suffisaient à produire une union véritable, légale, et, pour trancher le mot, un mariage. Mais, à la vérité, ce qui résulte d'une manière directe des textes en question, c'est uniquement que des peines sévères

(1) Sohm, *Trautung*, p. 2). En sens contraire Pardessus, *Loi salique*, Paris, 1843. *Dissertation treizième*, p. 657.

(2) *Lex Alamannorum*, tit. III, (LIII) par. 1 et 2, Walter, t. I, p. 215: *Si quis sponsam alterius contra legem acciperit, reddat eam, et cum CC sol. componat. Si autem reddere noluerit, solvat eam cum CCC sol., etiam si mortua fuerit sub eo.* — *Lex Bajuvariorum*, tit. VII, cap. 16, Walter, t. I, p. 255: *Si quis sponsam alicujus rapuerit vel persuasionem sibi eam duxerit, uxorem ipsam reddat et componat his actunginta solidos.*

avaient été portées par le législateur germanique, contre les ravisseurs, c'est que l'on frappait de nullité le mariage contracté à la suite d'un enlèvement on peut être même d'un rapt de séduction.

On peut s'appuyer encore sur diverses dispositions d'où il ressortirait que les fiançailles entraîneraient sur un point important les mêmes conséquences que le mariage, en astreignant les fiancés au devoir de fidélité. L'édit de Rotharis, par exemple (1), porte que si la fiancée est accusée d'adultère, sans que ses parents puissent la disculper de cette accusation, le fiancé reprendra tout ce qu'il lui avait donné, et qu'elle subira la peine des épouses coupables, c'est-à-dire la mort. La loi des Wisigoths, de même (2), punit la fiancée coupable ainsi que son complice de la perte de la liberté. L'un et l'autre voient leurs biens confisqués et tombent, comme esclaves, sous la puissance du fiancé trompé. Mais ce sont là encore des dispositions pénales. Pour poursuivre l'analogie invoquée entre le droit des fiançailles, et celui de la possession, nous rappellerons ce fait aujourd'hui bien établi qu'en droit germanique l'usurpation d'un objet mobilier, n'a jamais engendré au profit du légitime propriétaire dépossédé une action en revendication, mais seulement

(1) *Edict. Rotharici*, cap. 179, Walter, t. I, p. 710.

(2) *Lex Wisigothorum*, lib. III, tit IV, cap. 2. (*antiqua*) Walter, t. I, p. 477.

une action *ex delicto*. De même, tous les textes qu'on invoque pour établir en droit germanique, et là est bien la question, la nullité des mariages contractés au mépris de fiançailles antérieures, tous ces textes n'ont en somme qu'une signification pénale.

Bien autrement décisifs en sens contraire sont les témoignages nombreux dont il ressort que les parties pouvaient ne pas se considérer comme liées par leurs fiançailles et s'en dédire librement (1). Le fiancé qui reprend sa foi doit, il est vrai, lorsqu'il le fait sans motifs, fournir à la fiancée une réparation pécuniaire, mais ce n'est là qu'une indemnité qui prend sa source dans l'injure faite à la jeune fille et à sa famille par une rupture injustifiée. Un passage de la loi des Alamans, où nous voyons le futur contraint d'affirmer solennellement qu'il n'a été déterminé, en reprenant sa parole, par aucune raison de nature à entacher l'honneur de la fiancée, fournit à notre interprétation une base des plus solides et permet de conjecturer qu'aucune indemnité n'était dûe dans le cas où la fiancée avait fourni au futur de justes motifs de rétractation (2).

(1) *Lex Bajuvariorum*, tit. VI, ch. 15, Walter, t. I, p. 255 — Loi Salique tit. LXX, Walter, t. I, p. 87 : *Si quis filiam ad conjugium quæsierit, presentibus suis et puellæ parentibus, et postea se retraxerit, et eam accipere noluerit, MMD den. qui faciunt LXXII sol. culpabilis judicetur.* — *Lex Luitprandi*, tit. V, cap. 30, Walter, t. I, p. 771.

(2) *Lex Alamannorum*, tit. LIII, Walter, t. I, p. 215. *Si*

On pourrait à la vérité nous opposer une objection. Il est certain, dira-t-on, que les fiancés pouvaient se dédire et reprendre leurs paroles mais ce fait n'établirait une distinction entre le mariage et les fiançailles que si le mariage était indissoluble. Or les Germains ont connu et pratiqué le divorce au moins pour cause déterminée (1). Il est donc permis de supposer que les textes barbares où l'on va chercher les règles du dédit en matière de fiançailles doivent être plus exactement rapportés à la matière de la répudiation dans le mariage. Cela serait d'autant plus probable qu'ils prévoient uniquement la rétractation du fiancé et non celle de la future. Il ne faudrait en définitive voir dans cette partie de la législation germanique qu'une preuve de l'inégalité qui existait dans le mariage entre la condition de l'homme et celle de la femme. Le premier pouvait dans certains cas reprendre la foi qu'il avait donnée dans les fiançailles, acte d'ailleurs constitutif et essentiel du mariage ; celle-ci ne le pouvait pas.

Il est facile de répondre d'abord que le silence des

quis filiam alienam desponsatam dimiserit et aliam uxerit, componat eam quam desponsavit et dimisit cum XI. sol, et cum duodecim sacramentalibus juret, cum quinque nominalis et septem advocatis ut pro nullo vitio nec tentatam eam habuisset, nec vitium in illa invenisset sed amor de alia eum adduxit ut illam dimisset (et aliam habuisset uxorem.)

(1) *Lex Burgundionum*, tit. XXXIV, Walter, t. I, p. 339.
— *Lex Bajuvariorum*, tit. VII, chap. 11, Walter, t. I, p. 265.

lois barbares au sujet du dédit de la femme peut ne pas signifier qu'on lui ait refusé la faculté de se dédire. M. Pardessus, avec sa sagacité ordinaire, en conclut tout au contraire qu'elle pouvait se dédire même sans motif et toujours impunément (1). C'est qu'en effet la législation germanique semble n'avoir voulu régler que l'indemnité due en cas de rupture sans motifs. De ce qu'en le faisant, elle parle uniquement du fiancé, on doit tirer cette conséquence qu'une fiancée dans la même situation ne devra aucune indemnité, sauf, bien entendu, en cas de stipulation expresse en sens contraire. « En cela la loi salique et les autres codes barbares ont fait preuve d'un sentiment de convenance digne d'être remarqué. Le refus qu'un homme fiancé solennellement avec une fille faisait ensuite de l'épouser nuisait à la réputation de celle-ci; et s'il se rétractait sans motifs légitimes il devait payer une indemnité. Des inconvénients beaucoup moins graves étaient attachés au refus de la fiancée ».

S'il faut des preuves directes de la distinction que nous croyons nécessaire de maintenir entre les épousailles (*trauning*) et les fiançailles (*verlobung*) du droit germanique, nous ne serons pas embarrassés d'en fournir. Marculfe nous parle dans deux formules successives d'une donation faite à une fiancée

(1) *Loi salique*, p. 667.

ante die nuptiarum. Le second de ces deux documents, qu'on trouvera sans doute suffisamment significatif, a trait à la situation suivante. Un jeune homme a enlevé de force une jeune fille qui lui était promise par des fiançailles régulières; cet enlèvement l'expose à la peine de mort; grâce à l'intervention de tierces personnes, il obtient d'échapper au châtement qu'il a encouru, et s'acquitte envers la fiancée qu'il a ravie en lui faisant avant les noces une importante donation (1). Il est trop évident que ce texte serait complètement inintelligible si les fiançailles et le mariage n'étaient, ainsi qu'on le prétend, qu'une seule et même chose.

L'épisode historique du mariage de Clovis et Clotilde, tel que nous le rapporte Frédégaire, abrégiateur de Grégoire de Tours (2), n'est pas moins concluant. Les ambassadeurs du roi des Francs arrivent en Bourgogne pour demander la main de Clotilde à son oncle Gondebaud. *Ille*, nous dit l'historien, *denegare metuens et sperans amicitiam cum Chlodoveo*

(1) Marculfe, Lib. II, form. 15 et 16. Baluze, t. II, col. 311. *Itum et te per voluntate parentum tuorum habui dispensationem, et absque tua vel parentum tuorum voluntate rapta scelere meo conjugio sociari*. L'opposition entre les fiançailles et le mariage, *conjugium*, est assez claire. La formule indique plus loin que le fiancé fait la donation *ante die nuptiarum*, si le dispensation habuissent.

(2) Frédég. Grég. Tur. Epitome, par 18 et 20, D. Bouquet, *Recueil des Historiens de la France*, Paris, 1759, t. II, p. 330 et 300.

inire eam se daturum spondit. Legati offerentes solidum et denarios, ut mos erat Francorum, eam partibus Chlodovei sponsant. Ce sont bien là les fiançailles germaniques, telles que nous les avons décrites, avec l'échange des engagements réciproques et la remise de l'*arrha* au titulaire du *mundium*. Dans la thèse que nous combattons, tout serait désormais terminé. Mais écoutons Frédégaire. *Placitum ad præsens petunt (legati) ut ipsam ad conjugium traderet Chlodoveo* ; les fiançailles une fois célébrées, il reste à former le mariage, à réaliser la *traditio puellæ*. Cette tradition doit même se faire dans certaines conditions de solennité et de publicité, dans un *mallum*, dans une assemblée populaire (*placitum*). C'est la convocation de ce *placitum* que requièrent les ambassadeurs de Clovis. *Nulla stante mora, inito placito Cabillono, nuptiæ preparantur.* On sait la suite. Remise aux représentants du roi franc, Clotilde est conduite vers ce dernier. Ce n'est que lorsqu'elle l'a rejoint que le mariage, préparé seulement par la remise de la fiancée aux représentants de l'époux absent dans le *placitum* organisé par Gondebaud, est définitivement formé. *Tum ad præsens Chlodoveo perducitur, IPSAMQUE IN MATRIMONIUM CHLODOVEUS ACCIPIT* (1).

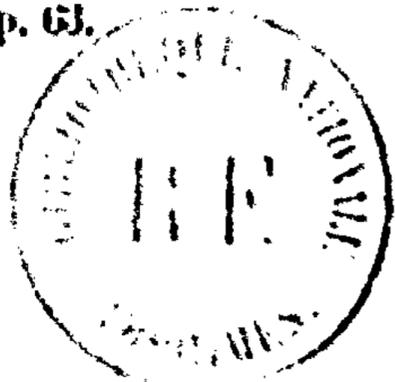
(1) La suite des faits est la même dans un épisode tiré de la vie de Sainte-Berthe, abbesse de Blangy (D. Bouquet, t. III, p. 622). A l'âge de dix-huit ans, elle est demandée en mariage

Le mariage, on le voit, était distinct des fiançailles, au point de vue même de la forme extérieure, toujours si important dans les législations barbares. Il se formait, on peut à bon droit le supposer, par la remise de la fiancée, *in mallo, in placito* (1). N'y eut-il là qu'une simple coutume au lieu d'une nécessité juridique, notre solution resterait la même quant au fond. Il n'y aurait en effet aucune contradiction à admettre des fiançailles solennelles suivies d'un mariage informel. Qu'il nous suffise de rappeler que telle était, selon toute vraisemblance la conception du droit romain primitif, et que cependant nul n'a jamais soutenu que les *sponsalia* contiennent l'élément essentiel du mariage romain.

Quoi qu'il en soit, on a pu voir que les fiançailles germaniques jouent dans la conclusion du mariage un rôle sinon exclusif au moins singulièrement impor-

par Sigefrid, parent du roi Clovis. Il promet de lui donner une large dot *insuper quidquid consanguineorum res secun- dum morem rite cepeterent*. Le père consent, *assensum præbuit*. Les fiançailles sont ainsi contractées. Alors on fixe un jour pour la remise de la fiancée à Sigefrid. *Constituitque diem in qua illustris Sigefridus filiam suam legitimo ordine sibi adipisceretur sponsam*. Le jour venu, le comte Sigefrid se présente, accompagné d'une suite nombreuse et magnifique, en rapport avec sa noblesse et ses grands biens, *et omnibus rite ordinatis (eam) duxit in domum suam*. C'est bien la tradition publique et solennelle qui, en réalisant le pacte des fiançailles, complète l'état de mariage par la réunion de ses deux éléments.

(1) V. encore dans le même sens la loi Salique, tit. XLVI. *De reipis*, Walter, t. I, p. 63.



tant. C'est elles qui établissent le fondement légal sur lequel reposera par la suite le mariage définitivement conclu et consommé. Si elles ne sont pas le mariage même, elles en sont au moins quelque chose, et ce caractère fondamental les distingue profondément des fiançailles du droit romain et des promesses de mariage du droit actuel.

CHAPITRE II

CONCEPTION PRIMITIVE DES FIANÇAILLES EN DROIT CANONIQUE

L'autorité du droit ecclésiastique dans la législation ancienne du mariage a souvent fait l'objet d'appréciations erronées. Il importe de la restreindre à ses limites exactes et précises.

La prétention de l'Église de s'attribuer une compétence exclusive sur toutes les matières du mariage ne date aucunement des premiers siècles du Christianisme. Elle reconnaissait au contraire dans le principe que le mariage intéresse avant tout la société civile. Saint Thomas le considère comme un contrat de droit naturel et de droit civil et il ajoute que l'Église l'a fortifié et ennobli par un sacrement. Telle est la théorie exacte. Jésus-Christ en instituant le sacrement du mariage n'a voulu qu'élever la dignité de l'union conjugale et la munir de grâces spéciales. Il en a fait la représentation

de son union avec son Église, mystère dont Saint Paul fait remarquer l'importance et l'élévation (1). Mais cette création ne soumet pas la formation du mariage, en tant que contrat, à des conditions nouvelles. Il y a là une distinction qui, malgré les empiètements progressifs du clergé dans toutes les matières qui touchent à la conscience, n'a jamais été complètement obscurcie. Durant la seconde moitié du seizième siècle, elle est encore proclamée par un docteur dans une des séances du Concile de Trente (2).

Si le mariage se forme en dehors de l'Église, son existence ne doit être soumise à aucune condition de forme religieuse. Telle est en effet la doctrine ecclésiastique. « Le mariage est valablement formé, dès que les conditions de la loi divine sont réunies, c'est-à-dire dès que deux personnes ont consenti librement à se prendre pour mari et femme ; la loi de l'Église n'ajoute rien à la loi civile ; la bénédiction nuptiale n'est pas nécessaire pour former le mariage ; sans doute c'est un pieux usage qui se généralise de plus en plus ; mais ce n'est point encore « une condition nouvelle imposée à peine de nullité ; les époux qui s'unissent sans l'inter-

(1) *Ephes.* chap. V. par. 32. *mirrimum hoc magnum est, ego autem dico et in Christo et in ecclesia.*

(2) Dans la séance du 28 juillet 1563. V. Thelner, *Acta genuina Concilii Tridentini Agram*, 1871, p. 328

vention de l'Église sont simplement privés des grâces particulières de la religion nouvelle » (1). La fameuse constitution *Nostrates* du décret de Gratien, tirée de la réponse du pape Saint Nicolas à la consultation des Bulgares (2), énonce en effet comme constant au neuvième siècle, ce principe qu'aucune forme n'est nécessaire à la validité du mariage. En 1206 une constitution d'Innocent III (3) fournit la même solution. Elle s'applique dans toute la chrétienté. C'est ainsi qu'en France, Jean Bouteillier nous dit du mariage que « c'est un lien à proprement parler qui se fait par le consentement de l'homme et de la femme, puisque les cœurs d'eux se consentent à avoir l'un à l'autre à mariage, combien que autres solennités de bans et de fiançailles n'en fussent faictes — mais *honneste chose est de les faire en l'Église* » (4). C'est ainsi qu'en Suède les vieux usages scandinaves ne considèrent pas le mariage comme un acte religieux, et qu'une ancienne loi du Sutland porte que lorsqu'une femme a diné et couché avec un homme pendant deux heures, ou qu'elle a tenu les clés de sa maison, ses enfants sont légitimes (5).

(1) Beauchet, *op. cit.* p. 375.

(2) Labbe et Cossard, *Concilia*. VIII, 517 c.

(3) Décret. Grégoire IX, lib, IV, tit. 1, cap. 25.

(4) *Le grand Coutumier général de Pratique Civil et Canon*. Lyon 1621, p. 1247.

(5) Glasson, *Le Mariage civil et le Divorce*. p. 441.

Le consentement est ce qu'il y a d'essentiel dans le mariage. L'acte par lequel il s'exprime s'appelle fiançailles, *sponsalia* dans le langage de l'Église. Peu importe d'ailleurs la forme qu'on emploie. Le droit canon, à la différence du droit germanique, n'exige en matière de fiançailles aucune solennité. S'il a encouragé les libéralités du fiancé à la future épouse, il n'en a jamais fait une condition de validité. C'est grâce à son influence que les fiançailles purement consensuelles ne sont substituées dans la vie juridique au contrat réel puis formel qu'avaient pratiqué les Germains.

Quel est l'effet des *sponsalia*? Sur ce point les solutions primitives du Droit canon présentent une similitude curieuse avec celles du Droit germanique. Elles révèlent les mêmes efforts pour empêcher les parents de rompre les fiançailles de leurs enfants, pour punir les ravisseurs, pour faire respecter l'engagement pris par les fiancés. Le synode d'Elvire en 305 ou 306 exclut de la communion pendant trois ans les parents des futurs époux qui les auraient séparés sans motifs. Le synode d'Ancyre en 314 dispose que les fiancées enlevées par des ravisseurs devront être rendues par ces derniers, même quand ils en auraient abusé. En 814, au moment où la faiblesse de Charles le Chauve fait revivre les troubles et les excès de l'époque mérovingienne, le synode de Verneuil-sur-Oise fulmine à nouveau l'excommunica-

tion contre les ravisseurs et appelle sur eux la vengeance du bras séculier. A ces décisions qui rappellent des textes analogues du droit germanique, il convient d'en ajouter d'autres plus significatives encore. En 692, le Concile désigné sous le nom de *Quinisexte*, dans son canon 98, inflige les peines de l'adultère à ceux qui épousent une femme fiancée à un autre. En 789 le synode d'Aix-la-Chapelle interdit par son canon 51 d'épouser la fiancée d'un autre, en même temps que, dans son canon 43, il dispose qu'aucune personne mariée ne doit se remarier du vivant de son conjoint (1).

Il semble bien d'après ce qui précède qu'il y ait identité entre les *sponsalia* et le mariage. Les textes d'ailleurs fortifieraient cette idée par la confusion constante qu'ils établissent entre les mots *sponsalia* et *matrimonium*, *sponsus*, *sponsa*, et *uxor*, *maritus*, *conjur* (2). Ne résulterait-elle pas d'ailleurs de la définition même que nous avons donnée des fiançail-

(1) Hebele, *Histoire des Conciles*, trad. Delarc, Paris 1870, t. I, p. 157, 205; t. V, p. 80; t. IV, p. 224; t. V, p. 313.

(2) Dans le langage courant, *fiancé* est également synonyme d'*époux*. V. dans un passage de Girard de Viane, cité par Gautier (*La chevalerie*, p. 300), le récit des fiançailles de Renaud de Montauban avec la belle Aude, faites par Charlemagne.

Lors appelle son neveu qu'il aime tant,
Et lui donne Aude pour épouse et pour pair,
Par mi la main, li vait li Roi bailler,
Et l'archevesque fut là pour les fiancer.
étymologiquement d'ailleurs, *époux* vient de *sponsus*.

les canoniques combinées avec le principe *Solo consensu legitimo contrahitur matrimonium* ?

Cependant des textes nombreux et explicites font encore une distinction entre le mariage et les fiançailles. *Palet*, lisons-nous dans Gratien, *quod intersponsum et sponsam conjugium non est*. Qu'y a-t-il donc entre le fiancé et la fiancée qui se sont engagés par *sponsalia* ? Il y a *matrimonium initiatum*. Mais le mariage ne sera consommé, complet que lorsqu'il y aura eu cohabitation. *Conjugium desponsatione initiatur, commertione perficitur* (1). Le mariage consommé se distingue donc des simples fiançailles. Seul il constitue un sacrement parce que seul il exprime et représente l'union de Jésus-Christ et de son Église (2).

Une pareille manière de comprendre le rôle des fiançailles se rapprocherait évidemment beaucoup de la conception germanique. Dans l'un et dans l'autre droit les fiançailles seraient le commencement du mariage, la convention destinée à lui servir de base et qu'il resterait ensuite à accomplir et à réaliser ; le mariage serait la *traditio puellæ* (3). On a pu dire, en s'appuyant sur les témoignages qui précèdent que

(1) D. Gratiani. P. II, ca. XXVII, quest. 2, c. 28 § 1, 37 — V. encore c. 35, 39.

(2) Thauer ; *Summa magistri Rolandi*, p. 139.

(3) V. Gratien P. II, ca. 25 quest. 2, c. 33, *Si quis desponsata sibi et tradita utatur, rite conjugium vocatur*.

« la *desponsatio* canonique et les fiançailles germaniques, avec le droit qui s'y rapportent de part et d'autre sont identiques » (1).

Cependant, si nous admettons que tel ait été le caractère primitif des *sponsalia*, il devait bientôt se modifier, et on peut dire que la doctrine classique du droit canon est celle qui attribue au seul consentement la vertu de former le mariage, sans qu'il y ait besoin d'aucune consommation.

Le consentement peut se présenter sous deux aspects différents. En premier lieu les parties peuvent convenir qu'elles seront plus tard mari et femme. Ce sont les *sponsalia de futuro*. Elles peuvent au contraire vouloir que leur convention commence dès maintenant à obtenir son plein et entier effet. Ce sont les *sponsalia de presenti*. Dans les deux cas, le mot *sponsalia* désigne, on le voit, l'expression du consentement, l'accord dont l'exécution est ici immédiate et là différée pendant quelque temps.

Les *sponsalia de presenti* doivent-elles être suivies de cohabitation pour former le mariage? Il est vraisemblable que telle était la solution de l'Église primitive. Alexandre III, en adoptant l'avis contraire à propos d'une espèce qui avait été soumise à sa décision, dit en propres termes qu'il déroge à une opinion encore accréditée de son temps, et qui avait été celle de plu-

(1) Sohn, *Eheschliessungsrecht*, p. 113.

sieurs papes, ses prédécesseurs (1) Des textes du douzième siècle admettant très-expressément que, sans cohabitation, il n'y a pas mariage complet. *Non est perfectum matrimonium sola pactione conjugali* (2). Cependant les mêmes documents témoignent que, sur ce point, l'Église gallicane ne suivait pas la doctrine reçue par les canonistes transalpins. Le désaccord se manifestait à propos de l'espèce suivante. Deux *sponsalia de presenti* successives sont contractées par la même personne. Lesquelles devront être maintenues? Celles qui ont été suivies de cohabitation, répond l'Église Italienne; les premières en date enseigne l'Église de France. D'où il suit que si une femme fiancée *de presenti* contracte avec un autre homme de nouvelles fiançailles suivies de la *copula carnalis*, l'Église gallicane la contraint de revenir à son premier fiancé, tandis que l'Église italienne doit la laisser au second (3).

Dans ce conflit doctrinal, c'est l'Église de France

(1) Décret Greg. IX. l. IV, tit. IV, cap. 3, *in fine*.

(2) V. notamment Gratien P. II; Ca. XXVII, quest. 2, c. 16. *Non est dubium illam mulierem non pertinere ad matrimonium cum qua cohabitatio secus non docetur fuisse.*

(3) *Invenitur quaedam consuetudo que aliter hodie in Francia, aliter in ecclesia romana observatur. Si enim aliquis aliquam verbis de presenti desponsaverit, sed antequam eam cognoscat, ab alio desponsata carnaliter cognita fuerit, ecclesia Franciar cogit eam redire ad primum, sed non ecclesia romana.* — Cité d'après la *Summa Coloniensis* (1196) et la *Summa Parisiensis* (1170) par Solm, *Eheschliessungsrecht* p. 118 et suivantes.

qui devait l'emporter. Sa doctrine fut consacrée par les papes à mainte reprise dans le courant du douzième siècle, d'abord par Alexandre III (1), puis par Innocent III qui, dans une solution d'espèce, pose le principe de la manière la plus explicite. *Quod si inter eam (puellam), dit-il, et primum virum legitimus intervenit de presenti consensus, absque dubio inter eos erat legitimum matrimonium contractum, et si carnalis commixtio non fuerit consecuta* (2). Ailleurs le même pape dans un rescrit adressé à l'évêque de Modène (3), condamne la pratique des églises italiennes, avec une énergie dans l'expression qui révèle les résistances dont le pape avait à triompher. « Nous ne voulons point, dit-il, de dissidence dans la chrétienté, et l'Église de Modène doit observer respectueusement les règles que suivent et enseignent le siège et la ville de Saint-Pierre. Dans les mariages nous voulons donc que désormais tu appliques le principe suivant. Si le *consensus legitimus de presenti* unit deux personnes, ce qui suffit d'après les règles canoniques, sans qu'il y ait coha-

(1) Décret Grég. IX, l. IV, tit. IV, cap. 3. *Si inter virum et mulierem legitimus consensus interveniat de presenti, non licet mulieri alii nubere. Et si nupserit, etiamsi carnalis copula sit subsequuta, ab eo separari debet et ut ad primum redeat ecclesiastica districtione compelli quamvis alii aliter sentiant et aliter etiam a quibusdam predecessoribus nostris sit aliquando judicatum.*

(2) Décret, Grég. IX, lib. IV, tit. II, cap. 44.

(3) Ibid. lib. IV, Tit. IV, cap. 5.

bitation, les unions contractées ensuite, et même suivies de *copula carnalis* doivent être nulles... »

Désormais, on le voit, les *sponsalia de presenti* sont bien un véritable mariage. On retrouvera encore à la vérité quelques traces de l'ancien état de choses (1). La *copula carnalis* sera encore considérée parfois, non comme une condition nécessaire des unions indissolubles, mais comme une présomption de mariage. La doctrine définitive n'en est pas moins formée. Unis par les *paroles de présent*, les fiancés ne peuvent plus être séparés ; ils sont époux. Les *sponsalia de presenti* sont donc un véritable mariage. C'est toujours sous ce caractère qu'elles seront désormais considérées (2). C'est celui qu'elles ont encore de nos jours en Écosse où elles constituent le mariage irrégulier ou sans forme, valable aux yeux de la loi à l'égal du mariage régulier, c'est-à-dire célébré par l'Église (3).

La transformation que nous venons d'étudier, ne devait pas avoir d'effet sur les *sponsalia de futuro*. Celles-ci devaient être considérées longtemps encore comme un mariage incomplet, *initiatum*, qui

(1) *Non sunt una caro vir et mulier*, lit-on dans un appendice au quatrième Concile de Latran (en 1215) *nisi per carnalem commixtionem* (Labe, VIII, 457 c.).

(2) Décret, Grég. IX, lib. IV, tit. I, cap. 9 ; tit. IV, cap. 1 et 5. — Sanchez : *De sancto matrimonii sacramento*. Anvers 1652, lib. I, *disputatio* 18. — Pothier, *Du contrat de mariage*, n. 23.

(3) Glasson, *op. cit.* p. 315.

devait ensuite être consommé, accompli. Lorsque cette consommation intervient, lorsqu'il y a *copula carnalis*, le mariage est constitué et doit désormais entraîner tous ses effets légaux. *Sponsalia de futuro transeunt in matrimonium per copulam carnalem* (1). De même, on peut induire d'une décision d'Innocent III (2) que lorsqu'une condition a été apposée à des *sponsalia de futuro*, la *copula carnalis* équivaut à l'accomplissement de la condition. *Qui ante conditionis eventum desponsatam cognoscit a conditione recedit.*

L'accomplissement des fiançailles de futur peut aussi résulter de *sponsalia de presenti*. Au moins dûl-il en être ainsi à dater du jour où l'échange des paroles de présent fut considéré comme entraînant la formation du mariage. Mais il faudrait se garder de croire que ce fût là le seul moyen possible pour faire succéder le mariage complet au *matrimonium initiatum* qui résultait des paroles de futur. Les officiaux, avaient, il est vrai, à connaître souvent de citations *in causa matrimonii incepti et consummati*, ou *super susceptione partus* par lesquelles l'une des parties pouvait forcer l'autre à célébrer le mariage *de presenti* lorsque la promesse *de futuro* avait été suivie

(1) Décret, Grég. IX, lib. IV, tit. I, cap. 39; tit. II, cap. 6 8, 12.

(2) Décret, Grég. IX, lib. IV, tit. V, cap. 6.

de cohabitation (1) : mais la célébration réclamée ainsi ne l'était qu'en vue d'une satisfaction d'opinion, elle n'était pas nécessaire à la validité du mariage. Les paroles de futur suivies de la *copula carnalis* équivalaient pleinement à des paroles de présent, c'est-à-dire qu'elles constituaient le mariage. L'Écosse, pays resté fidèle, on l'a vu, à l'idée du mariage sans forme admet encore aujourd'hui sur ce point une solution identique (2).

Les *sponsalia de futuro* n'étant qu'un mariage *initiatum* ne peuvent avoir le même effet qu'un mariage complet. Si donc elles sont suivies de *sponsalia de presenti* contractées par un des fiancés avec une autre personne, ou de *sponsalia de futuro* suivies de *copula carnalis*, elles ne peuvent plus avoir aucune efficacité. En revanche de simples paroles de futur ne pourraient avoir pour effet de les dissoudre (3).

Si elles ont été contractées à terme, la simple arrivée du terme aura pour effet de les transformer en mariage complet. Le consentement *de futuro* dont l'effet a été reculé à un terme certain équivaut, une fois ce terme arrivé, à un consentement *de presenti*.
« Si l'homme et la femme promettent l'un à l'autre mariage par paroles à certain temps déclaré entre

(1) Beauchet, *loc. cit.* p. 382.

(2) Glasson, *op. cit.* p. 315.

(3) Labe XI, 400 d. ; Décret, Grég. IX, lib. IV, tit. I, cap. 22. — tit. IV, cap. I. — Bouteiller, *op. cit.* p. 1249.

eux, ils sont mariés et jamais ne peuvent aller contre : et doivent être contraints par le prélat à parfaire le mariage ou ils sont excommuniés tous deux ou celui à qui il tient » (1). On le voit dans cette hypothèse mieux peut être que partout ailleurs : les différences légales qui existent entre les *sponsalia de futuro* et les *sponsalia de presenti* tiennent uniquement à ce fait que l'échéance à laquelle l'accord doit être exécuté n'est pas la même dans les deux cas. C'est uniquement l'apposition d'un terme certain ou incertain aux fiançailles de futur qui en fait un *matrimonium initiatum* ou imparfait. Les *sponsalia* canoniques, sous leurs deux formes, contiennent bien l'élément consensuel du mariage et, par conséquent son élément essentiel.

(1) Boucquier, *op. cit.* p. 1218.

CHAPITRE III

TRANSFORMATION DES FIANÇAILLES CANONIQUES.

La conception des fiançailles que nous venons d'étudier devait disparaître avec le mariage sans forme dans le droit canon définitif; le Concile de Trente en marque la disparition totale. Les inconvénients du système originaire avaient dû se manifester surtout depuis que les influences canoniques avaient fait disparaître le formalisme germanique de la législation des fiançailles. Le mariage consensuel se confond aisément avec le concubinat (1). Il prête à l'abandon, à la séduction, à la bigamie des facilités singulières. Il était donc naturel que l'on s'appliquât à distinguer le mariage régulier par quelque signe extérieur, par une forme reconnaissable. N'était-il pas tout simple de la chercher dans la bénédiction

(1) Il semble effectivement que la dot seule ait servi, à un certain moment, à distinguer le mariage du concubinat. — V. Schroder, *Geschichte des ehelichen*, p. 65, n° 5.

nuptiale, dans l'administration du sacrement que l'Église avait institué pour ennoblir le mariage, le fortifier de grâces spéciales, et dont les habitudes religieuses devaient rendre l'usage de plus en plus fréquent ?

Tel fut le sens de divers capitulaires rendus par les Carolingiens pour exiger comme condition de validité des mariages l'assistance du curé et l'intervention de la cérémonie ecclésiastique (1). Il faut observer que cette intervention n'était exigée que comme condition du contrat civil. Il n'appartenait pas à l'autorité politique de modifier les règles religieuses. La nécessité de la célébration fut donc imposée par la puissance temporelle dans l'ordre civil avant de l'être par l'autorité spirituelle dans l'ordre religieux. Encore est-il probable que l'absence de célébration n'entraînait pas la nullité du mariage contracté au mépris des dispositions nouvelles, mais uniquement

(1) Un capitulaire de Charlemagne de l'an 802 ordonne de rechercher avec soin avant de les unir les empêchements de mariage qui peuvent exister entre les futurs époux, et il ajoute : *et cum benedictione jungantur*. Baluze, I, col. 373.— V. encore Baluze, I, col. 1003. *Ne Christiani sine benedictione sacerdotis cum virginibus nubere audeant* et surtout le capitulaire 179, col. 1032, qui énumère tous les inconvénients des mariages clandestins et, se référant aux dispositions précédentes, se termine ainsi : *Tunc.. virgo.. cum benedictione sacerdotis, sicut in sacramentario continetur... publice et non occulte ducenda est uxor.*

une sanction pénale, à la fois pécuniaire et corporelle (1).

A la même époque, un capitulaire de Hérard, archevêque de Tours, en date de 858 recommande aux fiancés de recourir à la bénédiction du prêtre, *ut sponsus et sponsa precibus et oblationibus a sacerdote benedicantur* (2). La nécessité de la célébration du mariage vient de faire son apparition.

La règle nouvelle devait mettre sept siècles à triompher d'une manière complète. Mais nulle part elle ne rencontra un terrain plus favorable qu'en France. Bien avant le Concile de Trente, on y trouve en abondance des dispositions synodales et épiscopales recommandant ou prescrivant la célébration du mariage *ante fores ecclesie*, l'emploi de la bénédiction nuptiale, prononçant même parfois la peine de l'excommunication contre ceux qui négligeraient de se conformer à cette règle (3). On s'explique ainsi que des juristes du dix-huitième siècle aient

(1) Baluze, I, col. 1180. *Quod si absque benedictione sacerdotis quisquam Christianorum vel Hebraeorum uxiter conjugium duxerit, vel solemnitatem legis pro dotali titulo in quocumque transceuderit, aut Centum Principi solidos coactus exsolvat, aut centum publice verberatus flagella suscipiat.*

(2) Labbe, XI, 276, c.

(3) En ce sens les conciles de Chateau Gontier en 1251, d'Angers en 1270, de Nîmes en 1281, de Bayeux en 1300, d'Angers en 1418, de Sens en 1528, de Narbonne en 1551. *Recueil des actes, titres et mémoires concernant les affaires du clergé de France*, 1703, t. V, col. 645 à 652. — Labbe, XI, 120 c.

pu dire des *sponsalia de presenti* qu'elles n'avaient jamais été tolérées en France (1).

Un des moyens de parer à la clandestinité, inconvénient principal du mariage sans forme, était l'usage des publications de bans. Les décisions qui les exigèrent en même temps que la célébration *in facie ecclesie* dans les diverses contrées de la chrétienté avant le Concile de Trente sont en nombre considérables (2). Le quatrième concile œcuménique de Latran, tenu en 1215 par Innocent III avait donné une sanction à ces vœux exprimés de tous côtés par les plus hautes autorités religieuses de l'Europe. Dans son canon 51, il avait énuméré les dangers des mariages clandestins dont le principal était de favoriser le mépris des empêchements au mariage édicté par l'Église. Il avait en conséquence ordonné que tout mariage fut précédé de trois publications faites de dimanche en dimanche par le curé de la paroisse. Tout mariage clandestin contracté au mépris d'un empêchement devait être considéré comme nul. N'y eut-il pas d'empêchements, l'ecclésiastique reconnu coupable de s'être prêté à l'omission des bans devait encourir une peine canonique (3).

(1) Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique*, Lyon 1776, t. III. Vo *Fiançailles* § 1.

(2) Synodes de Château-Gontier, 1231, de Trèves, 1237, de Lambeth, (Angleterre) 1250, de Chichester, 1280, de Cologne, 1519 — Labbe XIV, 65, b, c. — Hefele, t. VIII, p. 499; t. IX, p. 528.

(3) *Actes du clergé*, t. V, col. 627 et s.

Il semble que les prescriptions du concile n'aient pas obtenu toute l'efficacité désirable, puisque la question des mariages clandestins devait se poser à nouveau devant le Concile de Trente au seizième siècle (1). Cette grande assemblée dont l'œuvre réformatrice tient une si large place dans l'histoire de l'Église devait porter le coup de grâce aux *sponsalia de presenti*.

Le récit des séances du Concile où fut discutée la question est particulièrement intéressant à parcourir. On discerne clairement dans la discussion que l'Église répugnait au fond, non à interdire mais à déclarer nuls les mariages contractés sans formes. Le cardinal de Lorraine et nombre de prélats français réclamaient une réforme sur ce point. Les princes temporels, et notamment le roi de France, dont les orateurs présentèrent leur cédule dans la séance du 24 juillet 1563, appuyaient cette motion, mais beaucoup de pères résistaient au nom des principes même du droit canon. Quelques-uns allaient jusqu'à dénier à l'Église le droit d'annuler les mariages clandestins.

(1) Cependant il semble qu'en France les autorités religieuses se soient prêtées mieux qu'ailleurs aux publications de bans; elles auraient plutôt renchéri sur la règle générale. Ainsi il paraît qu'au quinzième siècle les bans étaient quelquefois publiés en France quatre dimanches de suite, quelquefois tous les jours de la semaine, lorsque le curé en était requis. Monteil, *Histoire des Français des divers états*, Paris 1818, t. II, p. 189.

Si l'on touche à un sacrement, disaient-ils, n'est-ce pas autoriser les hérétiques à les abolir ? D'autres pères répondaient à cette objection qu'il ne s'agissait pas de réformer le sacrement, mais uniquement le contrat qui en formait le support ; mais alors l'Église n'usurpait-elle pas un rôle réservé à la puissance temporelle ? Cependant, malgré les efforts du cardinal Madruce, du patriarche de Venise, Jean de Trévisan, du général des Jésuites, le P. Lainez, le concile finit par s'arrêter au principe de la suppression des *sponsalia de presenti*. Quand on alla aux voix, cent trente-trois pères opinèrent en ce sens, cinquante-neuf en sens contraire, il y en eut vingt-trois qui s'en remirent au sentiment de la majorité, et « qui ne formulèrent aucun avis ». Tout ce que les adversaires de la réforme avaient pu obtenir, c'est que l'on renoncerait à annuler directement les mariages clandestins, mais que l'on frapperait d'incapacité ceux qui négligeraient de recourir aux formes consacrées (1).

Le chapitre premier, *De reformatione matrimonii*, arrêté dans la XXIV^e *sessio* formule la règle nouvelle. Le mariage doit être célébré par le curé compétent, (celui de la fiancée) devant trois témoins, et après trois publications dont on ne peut être dispensé

(1) Theiner, *Acta genuina Concilii Tridentini*, XXIII^e sessio, p. 310 et s. — Fleury, *Histoire ecclésiastique*, Paris 1731, t. XXXIII, p. 433 et s.

qu'en certains cas particuliers (1). Le mariage informel a vécu, et le mariage solennel lui succède.

Fait bien digne de remarque, l'autorité temporelle en France qui avait sollicité du Concile la suppression des fiançailles de présent, refusa d'autoriser la publication des décrets du même Concile. En vain, mainte réunion synodale, et les cahiers de plusieurs assemblées du clergé réclamèrent-ils du roi cette publication qu'ils jugeaient nécessaire (2); jamais la royauté ne devait déférer à ce vœu. Mais elle fit dans notre matière spéciale, ce qu'à proprement parler le Concile de Trente n'avait prétendu faire qu'en empiétant sur un domaine étranger à l'Église. Statuant quant au contrat civil, elle interdit en France les *sponsalia de presenti*. Un édit de Henri II en février 1556 avait déjà visé les mariages clandestins, mais par là il entendait ceux qui seraient contractés à l'insu des parents. L'ordonnance de Blois (mai 1579) défend (art. 10) de procéder à des mariages qui n'auraient pas été précédés de trois proclamations de bans et contractés devant quatre témoins au moins.

(1) *Actes du clergé*, t. V, col. 633 et suiv. — Bouix. *De parochia*, 2^e édit. 1877, p. 100.

(2) Conciles de Melun en 1579, de Rouen en 1581, de Rheims en 1583, de Bordeaux en 1583, de Tours en 1583, d'Aix en 1585, de Toulouse en 1590, de Narbonne en 1600, de Bordeaux en 1621. Assemblées du clergé, en 1574, en 1603, en 1614. *Actes du clergé*, t. V, col. 636 à 641.

En faisant défense (art. 14) à tous notaires de passer ou recevoir aucunes promesses de mariage par paroles de présent, elle institue dans l'ordre civil la nécessité de la célébration par le *proprius parochus*. Une ordonnance de 1629 complète l'ordonnance de Blois en proclamant la nullité des mariages contractés sans forme ; une déclaration de 1639 ajoute une sanction pénale aux dispositions précédentes. Enfin en mars et en juin 1697, deux déclarations de Louis XIV renforcent la sévérité des peines portées contre ceux qui se rendraient coupables de mariages clandestins ou qui leur prêteraient la main (1).

La multiplicité de ces dispositions tient peut-être à ce que les expressions de *mariage clandestin* n'ont pas toujours été entendues de la même façon ; mais, quoi qu'il en soit, elle prouve que le mariage sans forme avait, encore après le Concile de Trente, conservé des adhérents et des défenseurs. Dans l'Assemblée générale du Clergé, en 1675, l'évêque de Noyon signale la persistance de l'usage des *sponsalia de presenti* ; il en fait ressortir dans un langage pompeux tous les inconvénients (2). Les ordon-

(1) *Actes du clergé*, t. V, col 692, 729 à 741. — Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. XX, p. 287-292.

(2) « Il est donc aisé de conclure disait-il, que cette criminelle espèce de mariages scandaleux, vulgairement appelés *de presenti*, fait tout d'un coup trois cruelles et profondes plaies dans le sein de l'Église, la honte du sacrement deshonoré, le mépris

nances à la vérité ne permettaient plus d'attribuer les effets civils aux unions contractées sans formes, mais la jurisprudence interprétait la règle nouvelle avec bienveillance et hardiesse; elle admettait qu'à défaut d'effets civils, de simples paroles de présent pouvaient constituer un lien obligatoire et même légitimer les enfants. Malgré les arrêts d'abus des Parlements, les officiaux s'obstinèrent même à maintes reprises, jusqu'en 1637 à décerner des citations *in causa matrimonii incepti et consummati*. Ils continuaient donc à voir dans les promesses suivies de cohabitation au moins un commencement de mariage ou « pour mieux dire ce ne pouvait être qu'un vrai mariage; autrement on n'aurait pas pu condamner les parties à se marier solennellement sans violer le principe que le consentement des époux doit être librement donné ». Les promoteurs, qu'on voit souvent durant la première moitié du xvii^e siècle exercer des actions *super fœdera matrimonii* s'ap-

de la religion abandonnée, et la ruine de la discipline éteinte; qu'elle rétablit l'usage des engagements payens que la seule cupidité forme, nous représente des alliances moins saintes que celles de la loi de nature et de Moïse dont les anges, envoyés de Dieu, étaient du moins les ministres; et qu'enfin elle étouffe tous les sentiments de grâce, puisque le prêtre y devient un témoin contraint et forcé sans ministère et sans fonction, qu'on veut arracher son consentement, qu'on fait violence à l'épouse de J.-C., que la liberté lui est dérobée, que la gloire des temples est obscurcie, le culte des autels aboli, la piété anéantie, et que toutes les bénédictions, les prières et les cérémonies sont supprimées. •

puyaient souvent, à la vérité, non plus sur l'idée des *sponsalia* transformées en mariage *per carnalem copulam subsecutam*, mais sur celle d'une présomption de mariage résultant de la cohabitation, et telle qu'on ne devait point admettre de preuve contraires. Sous cette légère modification, c'était toujours la théorie du mariage sans forme, et, partant, la conception primitive du rôle des *sponsalia* que l'Église s'efforçait de maintenir malgré les prohibitions de la puissance civile, et en dépit même de la réforme canonique élaborée par le Concile de Trente (1).

Si la jurisprudence et la législation ne devaient avoir que lentement raison de ces résistances, c'est qu'il avait fallu, pour imposer la règle nouvelle, modifier absolument le point de vue primitif admis par l'Église. Désormais le consentement est bien toujours ce qui constitue l'essence du mariage, mais au lieu d'être contenu dans des *sponsalia* contractées à un moment quelconque, ce consentement doit désormais être exprimé au moment précis de la formation du mariage, lors de la célébration publique et solennelle. Cette célébration consiste dans la bénédiction. On se rappelle que dans l'ancien droit canonique cette bénédiction

(1) V. un arrêt de l'officialité de Sens du 13 septembre 1020, déclaré abusif par le Parlement de Paris (arrêt du 21 février 1026). *Actes du clergé*, t. V, col. 718 et s. — Beauchet, *op. cit.*, p. 630, 631.

n'était qu'un accessoire, que la consécration pieuse d'un état de choses accompli ou à accomplir. On la donnait indifféremment au moment du mariage ou à celui des fiançailles, *nubenti aut nupture* (1). Mais dorénavant, le seul moment auquel elle puisse être donnée est celui du mariage. Autour de cette bénédiction gravitent toutes les anciennes cérémonies des *sponsalia* qui ont été transportées dans le mariage. Il en est ainsi, on l'a déjà vu, de la remise des deniers, vestige subsistant des coutumes germaniques, tombé du droit positif dans le domaine de la tradition. L'anneau des fiançailles, variété d'abord de l'*arrha*, est depuis longtemps aussi devenu l'*alliance* mise par l'époux au doigt de l'épousée. De fer qu'il était chez les premiers Romains, il devient d'or pur. Il est parfaitement rond pour montrer que l'engagement qu'il représente ne doit avoir aucune fin; il ne doit être enrichi ni de pierreries, ni de ciselures auxquelles les innombrables superstitions populaires longtemps vivantes n'eussent pas manqué d'attribuer un effet magique. L'Église le bénit avant qu'il ne soit passé au doigt de l'épousée (2).

(1) V. *Epistola Siricii ad Himerium Terraconensem*, en 335; Labbe II, 1019; C. — Pothier, *Du mariage* n° 30.

(2) *Les formes du mariage et des usages populaires qui s'y rattachaient, surtout en France, pendant le moyen âge*, p. 9 et 10. Je dois la communication de cet opuscule dont l'auteur

Désormais les *sponsalia*, au sens original du mot, ont disparu, absorbées par le mariage. Si le terme subsiste encore dans la langue juridique, il ne désigne plus en définitive que l'engagement de consentir plus tard, au moment précis où ce consentement, exprimé dans des formes déterminées, pourra constituer l'acte de mariage. Les fiançailles ne sont plus désormais que des promesses de mariage. C'est sous ce nouvel aspect que nous allons avoir à les étudier.

serait M. Elelestand du Ménil, à l'obligeance de M. Tarlif. —
Sohn, *Eheschlussrecht*, p. 51.

CHAPITRE IV

NATURE DES FIANÇAILLES A PARTIR DU CONCILE DE TRENTE

Sponsalia sunt mentio et repositio nuptiarum futurarum. Cette définition romaine est désormais aussi celle du droit français (1). Sous cette nouvelle forme on comprend que les fiançailles ne soient plus nécessaires à la formation du mariage, ainsi qu'elles l'avaient été sans aucun doute à l'époque où la volonté des époux ne se manifestait nulle autre part (2). Cependant elles continuent à être usitées. Pothier les énumère au nombre des choses qui ont coutume de précéder le mariage (3). Les canonistes en indiquent l'utilité. « Cet usage, dit Merlin (4) a été introduit afin que les futurs époux s'assuras-

(1) Bouteiller, *op. cit.* p. 131. — Pothier n° 21.

(2) Glasson *op. cit.* p. 213. — André t. II, p. 167.

(3) V. Rubrique de la 2^e partie du *Traité du mariage*.

(4) Répertoire, V° *Fiançailles*, I.

sent de leurs dispositions mutuelles par rapport au mariage, avant de se présenter pour recevoir la bénédiction nuptiale, et afin qu'ils ne s'engageassent pas avec trop de précipitation dans une société dont les suites ne peuvent être que très fâcheuses quand les esprits sont mal assortis ». Ailleurs il est dit que les fiançailles, contenant l'annonce du mariage pour un terme plus ou moins reculé, ont cet avantage de susciter la production des empêchements secrets qui pourraient exister, mais c'est là un but qu'atteignent surtout les publications de bans. Enfin, pour dernière justification, on rappelle le motif tout psychologique donné par Saint Augustin. « *Constitutum est ut jam pacte sponsæ non statim tradantur, ne eilem habeat matritus datam quam non suspiraverit sponsus ditam* » (1)

Ces préoccupations diverses expliquent qu'en certains diocèses l'Église ait défendu de célébrer le mariage le même jour que les fiançailles, (2) en même temps qu'elle recommandait de ne pas attendre plus d'un an de procéder au mariage, afin d'éviter les inconvénients nombreux, et faciles à apercevoir d'une attente trop prolongée (3).

(1) Pothier, n° 31. — Gratien, P. II, ca. XXVII, quest. II, c. 32.

(2) Rituel d'Evreux de 1621, tit. *De sponsalibus*, cité par Du Ménil, *op. cit.* p. 8 n° 6.

(3) *Hi (sponsi) perficere studeant (matrimonium) ne ultra*

Les fiançailles, après comme avant le Concile de Trente sont un contrat purement consensuel. L'ordonnance de 1639 qui en ordonne en France la rédaction par écrit ne concerne que la preuve et non la substance de l'engagement. Ainsi le décident les juriconsultes civils; les canonistes, de même, déclarent que les paroles ne sont exigées que *quoad probationem* (1). Pour interpréter l'engagement qu'ont pris les parties il faut s'en rapporter à leur intention telle qu'on la présume ou qu'elle apparait dans les mots par elles employés. C'est ainsi qu'en s'engageant par paroles de présent, elles ne pourraient réaliser entre elles les fiançailles de futur seules permises désormais. En effet le Concile de Trente a rendu ceux qui contractent *de presenti* « *omnino inhabiles* », et l'intention de faire un acte qui n'est plus regardé comme valable ne peut servir à en accomplir un autre dont on reconnaît encore la validité. *Quod nullum est nullum producit effectum* (2).

annum ullo modo differant. Concile de Tours, 1583; Actes du clergé, t. V, col. 623. — Un historien a cependant trouvé dans un livre de raisons du XVI^e siècle la preuve que l'exécution des fiançailles était quelquefois différée dans le Cotentin de plus d'une année, « temps jugé sans doute nécessaire pour exercer à la sainte vertu de patience ceux qui pouvaient en avoir besoin le reste de leur vie. » V. Abbé Tollemer, *Journal manuscrit du sire de Gouberville, de 1553 à 1562*, Rennes 1879, p. 557.

(1) Décret Greg. IX, Lib. IV, tit. 1, cap. 25. — Pothier, n^o 21.

(2) Sanchez, *De sponsalibus*, Disp. 21. — Pothier, n^o 23.

Les fiançailles étant purement consensuelles ne sont soumises à aucune condition de forme, d'où cette conséquence qu'elles n'ont pas besoin d'être publiques. On avait cependant soutenu que la prohibition du mariage clandestin par le Concile de Trente s'appliquait également aux fiançailles, en s'appuyant sur des textes nombreux, tant du droit romain que du droit canon, qu'on résumait par cette formule : « *Habilis ad nuptias, habilis ad sponsalia.* » Cette opinion avait été évidemment suggérée à ses défenseurs par les facilités que la clandestinité des promesses de mariage prêtait à la séduction ; cet inconvénient avait poussé certains écrivains religieux à réclamer de l'Église une réglementation des fiançailles analogue à celle du mariage (1). Mais en dehors de toute considération d'utilité, il était impossible de nier que la nullité des fiançailles clandestines n'avait été aucunement visée par le Concile de Trente. C'est la conclusion qu'admettaient les canonistes les plus autorisés, qui se refusaient à voir même un simple péché dans de semblables fiançailles (2). D'ailleurs les effets restreints qui résultaient des *sponsalia de futuro* rendaient sur ce point une réforme superflue. La publicité des fiançail-

(1) V. le traité adressé par Ferdinand de Mendoza au pape Clément VIII, à la fin du seizième siècle, *De confirmatudo Concilio Illiberitano*, Labe, I, 1231 et s.

(2) Sanchez, *loc. cit.* Disp. 12 et 13.

les n'est nécessaire que là où elles ont une importance législative véritable, quand elles ont pour effet, par exemple, comme dans les anciennes coutumes scandinaves de légitimer les enfants (1). Il n'en était pas de même dans une législation où, comme on le verra, l'obligation des fiançailles se réduisait en définitive, au moins au point de vue de l'efficacité et de la sanction, à un pur engagement de conscience.

C'est donc tout à fait à tort que l'auteur des conférences de Paris sur le mariage (2) ajoute à sa définition des fiançailles que c'est la promesse de mariage contractée *devant un prêtre*. A la vérité on peut citer des décisions de l'Église qui recommandent de faire recevoir l'engagement des fiancés par un prêtre *ante fores ecclesie*, et notamment un concile de Bayeux, en date de l'an 1300 (3), mais il n'y a jamais eu là de nécessité juridique. Ainsi que le dit Pothier (4), cet usage n'est nullement *de l'essence* des fiançailles. Encore varia-t-il suivant les diocèses. Il en était où, en vertu de règles purement diocésaines, le curé

(1) Dans la loi suédoise de 1734, les fiançailles doivent être contractées en présence du *giftonan* (personne investie de la puissance familiale sur la fille) et de quatre témoins, deux du côté de chacun des fiancés. Quand ces formalités ont été négligées, le *giftonan* peut demander la nullité et faire en même temps condamner les fiancés à une amende au profit des pauvres. Glasson, *op. cit.* p. 442.

(2) T. I, p. 125 et 127, cité par Merlin, V° *Fiançailles*.

(3) *Actes du clergé*, t. V, col. 646. — Labé, XI, 440.

(4) *Du mariage*, n° 40.

aurait péché gravement s'il avait marié des paroissiens sans les avoir auparavant publiquement fiancés (1). La cérémonie se faisait à l'église avant neuf heures. Le curé procédait, conformément au Rituel romain, à l'*examen des fiancés* en vue de s'assurer que les futurs époux possédaient les notions religieuses nécessaires pour assurer l'éducation chrétienne de leurs enfants, de mettre devant leurs yeux les principaux dogmes de la religion, et particulièrement l'idée chrétienne de mariage, de s'enquérir soigneusement des circonstances cachées qui pouvaient constituer un empêchement canonique (2). Puis venait la bénédiction et l'inscription des fiançailles sur un registre (3). Mais ailleurs ces

(1) V. D. Bessin, *Statuts et règlements de François de Harlay*, archevêque de Rouen en mai 1618. « L'ancienne et honorable coutume des fiançailles, qui suivent les accords et conventions des parties qui se désirent marier ensemble sera gardée et observée quelques journées au précédent la célébration du mariage. » — *Concilium Rotomagensis Provincie*, Rouen, 1717, II, p. 122. V. encore Concile d'Évreux en 1644, p. 400. *Statuts synodaux* de l'évêque d'Avranches en 1682. « Nous leur défendons (aux curés) sous les mêmes peines de faire aucun mariage, si les fiançailles n'ont été faites auparavant dans l'église paroissiale, en plein jour par le curé, vicaire de ladite paroisse, en surplis et étole, lesquelles fiançailles doivent précéder la publication de bans. D. Bessin, II, p. 333.

(2) Wetzer et Welte, *Dictionnaire encyclopédique de la théologie catholique*, trad. Goschler, Paris (1877), t. VIII, p. 496.

(3) *Le code matrimonial de Le Riolant* (1706), p. 94 porte à cet égard la mention suivante :

Taxe des honoraires des curés et autres ecclésiastiques de

cérémonies n'avaient rien que de facultatif. Dans le diocèse d'Aléth même il était interdit de fiancer à l'Église, diverses personnes ayant confondu cette cérémonie avec celle du mariage, et s'étant imaginé qu'elle suffisait pour justifier la vie commune (1).

Rien ne s'opposait d'ailleurs à ce que les fiançailles fussent, à la volonté des parties, accompagnées d'autres actes juridiques.

On admettait par exemple sans difficulté qu'on pouvait leur apposer un terme ou une condition. Il fallait bien entendu que la condition fut possible et honnête. Impossible ou allant contre le but du mariage comme celle de n'avoir point d'enfants, elle eut vicié l'engagement. Telle était du moins l'opinion la plus généralement admise ; mais certains auteurs soutenaient que la condition, en ce cas, comme dans les contrats de bienfaisance devait être réputée non écrite (2).

la ville et faux-bourgs de Paris, pour les mariages; 30 mai 1625, Registrée au parlement le 10 juin 1625.

Les fiançailles quarante sols, 2 l.

(1) Durand de Maillane, *loc. cit.* § 2.

(2) André, *op. cit.* t. III, p. 167. — Pothier, n° 36. — D'après M. de Moy, (V. article *fiançailles* dans *Wetzer et Welte*, t. VIII, p. 493,) il faudrait faire la distinction suivante : « Quant aux conditions immorales il faut distinguer entre celles qui ne se rapportent qu'à la promesse et celles qui se rapportent proprement au mariage futur, par conséquent entre celles qui portent sur le temps antérieur et celles qui portent sur le temps postérieur au mariage contracté. Les premières seules, si elles ont une forme affirmative, rendent la promesse invalide; ou si elles sont négatives, la rompent dans le cas où l'on agit contre elles. Les dernières ne s'opposent pas à ce que le mariage soit contracté.

L'effet du terme était d'empêcher qu'avant son échéance, l'une des parties put poursuivre l'exécution de la promesse de mariage, mais il ne suspendait pas l'existence du contrat et l'empêchement résultant des fiançailles en découlait immédiatement. Avant l'échéance de la condition au contraire, l'empêchement n'existait pas, l'existence même des fiançailles étant subordonnée à son accomplissement (1).

En revanche on appliquait aux fiançailles ce principe général que la condition permet de faire les actes conservatoires. Ainsi, dans le cas où une personne, fiancée sous condition, faisait publier ses bans avec une autre personne, son co-fiancé pouvait former opposition. Il n'en fut d'ailleurs ainsi dans le ressort du parlement de Paris que jusqu'à un arrêt de règlement du 28 avril 1778 qui défendit à toute personne de former opposition, sous quelque prétexte que ce fut, sinon pour faire valoir un empêchement dirimant (2).

L'usage d'adjoindre aux fiançailles une dation d'arrhes ou de présents paraît avoir été assez fréquent, mais cet usage « de pure civilité » ne présente aucun lien avec l'ancienne dation de la *dos* germanique. Pothier nous dit que les arrhes se donnaient « assez souvent » entre fiancés. Quand le mariage suit, ou qu'il est rompu par l'effet d'une juste cause,

(1) Sexte, Lib. IV, tit. 1, cap. Unique. — Pothier, nos 34, 35.

(2) Merlin, *Répertoire*, v^o fiançailles § V.

chaque partie doit reprendre les arrhes qu'elle a constituées. Quand il n'y a pas de juste cause de rupture ; les arrhes sont perdues pour le fiancé en faute. Quant aux présents, ils sont toujours réputés faits sous la condition *si nuptiæ sequantur*. « L'équité cependant, dit M. de Ferrières, veut que dans le cas où le fiancé prédécède, la fiancée soit consolée de sa perte par la possession de ses présents, sur'out si elle a attendu longtemps, et qu'elle ait pu perdre des occasions d'établissement qu'elle ne peut plus recouvrer ou que difficilement. Mais si les présents étaient dûs au marchand, il y aurait, ce semble, de l'injustice d'obliger les parents du défunt de les payer ». C'est l'équité et l'opportunité qui fournissent aux magistrats à cet égard la règle de leurs décisions. C'est ainsi qu'un arrêt de Toulouse, du 21 avril 1656, cité par Merlin d'après Castellan permit à une fiancée de conserver des cadeaux du fiancé en habits, et en linge, mais en l'obligeant à rapporter les perles, les diamants, l'argent, et les habits qu'elle avait retirés du tailleur depuis le décès de son fiancé. On n'appliquait plus la loi romaine du Code de Théodose attribuant à la fiancée la moitié des présents du fiancé, *si osculum interrenerit* « ces sortes de baisers n'étant considérés en France que comme une simple civilité » (1).

(1) Sanchez, *loc. cit.*, Disp. 25 — Durand de Maillane § 3 *in fine*. — Pothier, nos 42, 43, 45, 46. — Merlin, *loc. cit.* § VII.

L'Église d'ailleurs ne désapprouvait pas le respect des antiques usages locaux et l'emploi des solennités populaires dont on avait l'habitude d'accompagner les fiançailles dans les diverses provinces lorsque ces usages ne présentaient pas un caractère grossier ou scandaleux de nature à troubler le bon ordre et à outrager la religion (1). Le Concile de Trente avait même émis le vœu qu'on suivit sur ce point les traditions anciennes (2). La vieille France conserva donc en maint endroit ses anciennes coutumes souvent gracieuses, et presque toujours symboliques. Ici, en Basse-Normandie, la jeune fille, en recevant la bénédiction des fiançailles posait sur l'autel une quenouille entourée de rubans. Là (dans le pays de Castres) on plaçait un joug sur le cou des fiancés, image de leur union future et, origine présumable de l'expression de *conjointes*. Ailleurs (en Bretagne) on employait pour la conclusion des fiançailles des intermédiaires quasi officiels, distingués souvent par des insignes particuliers, tels qu'un bâton de genêt, orné de fleurs. Tout se passe, dans la demande qu'il

(1) Diverses décisions condamnent les farces plus au moins grotesques, les applaudissements, les décharges de mousqueterie dont les assistants accompagnaient souvent, à l'église même, dans les provinces de l'Ouest, l'échange du consentement des fiancés. V. *Statuts du diocèse d'Arraches*, D. Bessin, II, p. 23.

(2) *Si quæ provincis aliis ultra prædictis laudabilibus consuetudinibus et ceremoniis hæc in re utentur, eas omnino retinere sancta synodus vehementer optat.* — *Actes du clergé*, t. V, col. 644.

adressée, avec solennité, et selon des rites consacrés. Ainsi pour indiquer un refus, on relève les tisons du foyer ; en les voyant fumer et s'éteindre, le négociateur comprend qu'on n'est pas disposé à allumer le flambeau de l'hymen. Dans le Berry, c'est en cachant une pomme dans les cendres du foyer qu'on fait comprendre au négociateur que sa visite ne sera pas sans fruit. Le jeune homme arrive ensuite avec ses amis ; il doit découvrir la jeune fille qui se cache sous un drap et l'enlever de la maison paternelle, « souvenir de ces mœurs barbares où l'homme conquérait par la force la femme dont il fait sa compagne (1). » Dans les Landes, la fiancée qui consent à la demande donne une fleur au fiancé, et celui-ci en échange, attache une ceinture autour de sa taille. Tous ces usages locaux subsistent comme autant de vestiges de l'ancien formalisme germanique, enraciné dans les habitudes du peuple, toujours porté à envelopper les actes de la vie juridique de cérémonies extérieures. L'historien les consulte encore avec intérêt, lorsqu'ils sont tombés du domaine du droit positif dans celui du cérémonial, « ce grand musée de l'histoire » (1).

(1) Albert Babeau, *La vie rurale dans l'ancienne France*, Paris 1883, p. 231.

(1) Alfred de Nore, *Coutumes, mythes et Traditions des Provinces de France*, Paris et Lyon 1846, p. 90, 135. — Chateaubriand, *Génie du Christianisme*, Partie I. L. I, chap. 10. — Du Méril, *op. cit.* p. 7. et s.

CHAPITRE V

CONDITIONS DE FORMATION DES FIANÇAILLES.

C'est au consentement que se rapportent les conditions exigées par le droit canon définitif pour la formation des fiançailles valables. Ce consentement doit :

- 1° Émaner de personnes capables ;
- 2° Être libre ;
- 3° Être réciproque.

Illæ personæ habiles sunt ad sponsalia inter quas consistere potest matrimonium (1). Il faut que les parties soient capables de contracter mariage ensemble ou, du moins, qu'elles puissent *décemment* espérer de le devenir. Les personnes frappées au regard l'une de l'autre d'un empêchement qui met obstacle à leur mariage ne pourraient valablement se fiancer. On doit en décider ainsi alors même

(1) Sanchez, *loc. cit.* Disp. 15.

que l'empêchement serait seulement prohibitif. En effet, tant que le mariage n'est pas accompli, cet empêchement opère et met obstacle à tout acte de nature à conduire au mariage. En revanche l'empêchement, même dirimant, de nature à être levé par des dispenses, ne met pas obstacle aux fiançailles, et, par exemple, un cousin et une cousine pourraient valablement se fiancer. Mais un homme déjà marié ne pourrait s'engager par une promesse de mariage, car il ne peut *décemment* espérer devenir capable, puisque cette espérance impliquerait de sa part le *votum mortis* au regard de sa femme actuellement vivante (1).

Le principe souffre encore une exception remarquable quand il s'agit des impubères. Inhabiles à contracter mariage, les enfants peuvent cependant se fiancer valablement, « avec l'autorité de leurs parents ou tuteurs », car l'obstacle que leur âge met à la réalisation de leur engagement est, de sa nature même, temporaire. On admet à leur égard la solution du Droit romain, c'est-à-dire qu'on exige qu'ils aient au moins sept ans, et qu'ils comprennent ce qu'ils font. Les casuistes ajoutent que la raison exigée chez eux est celle qui suffit pour qu'un enfant puisse commettre un péché mortel (2).

(1) Concile de Nîmes (1284). Labbe, XI, 1220 et s. — Pothier, n° 27 et 28.

(2) Décret Grég. IX. Lib. IV, tit. II, cap. 5. — Sanchez, *op. cit.* Disp. 16.

Avant le concile de Trente, on admettait communément, en vertu de l'adage *Malitia supplet aetatem*, que les fiançailles des mineurs étaient, comme celles des majeurs, converties en mariage par la *copula carnalis*, même quand elle intervenait avant l'âge de nubilité. De même les paroles de présent échangées entre mineurs, impuissantes à former le mariage, valaient comme *sponsalia de futuro*. Ces deux règles ne devaient naturellement pas survivre à la suppression des *sponsalia de presenti*. Pothier professe, il est vrai, quant à la seconde, une opinion contraire, et enseigne encore que si les formes ont été respectées, un mariage contracté par un impubère vaudrait au moins comme fiançailles, mais il est facile de répondre d'une part qu'un acte nul ne peut produire aucun effet, et, d'autre part, que la condition essentielle, pour la formation des fiançailles valables, fait défaut dans l'hypothèse, puisque les parties mineures, en prétendant s'engager dans le mariage, n'ont pas manifesté l'intention de contracter des *sponsalia de futuro* (1).

Le consentement des mineurs, même pubères, ne vaut qu'autant qu'il est accompagné de celui des personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent au point de vue du mariage, les parents, le tuteur, le roi, lorsqu'il s'agit des fiançailles des princes et

(1) Durand de Maillane, *op. cit.* § 2. — Pothier, n° 38.

princesses du sang. En Bretagne, il faudra l'avis des douze parents nominateurs et l'autorisation des juges, qui sont requis pour le mariage. Mais les parents pourraient-ils directement prendre des engagements valables au sujet du mariage de leurs enfants? Que l'autorité de la famille ait joué un grand rôle dans la conclusion des accords matrimoniaux, c'est là un point tout à fait hors de doute. On a déjà vu la décision par laquelle le concile d'Elvire avait dû condamner les abus de l'autorité familiale en cette matière. Les *Établissements de Saint-Louis* contiennent un autre texte singulièrement probant (1), dans lequel nous voyons deux pères de famille négocier le futur mariage de leurs enfants, par dessus la tête de ces derniers, et sans que leur acquiescement paraisse même avoir été requis. Cependant la doctrine canonique non seulement recommande aux parents de ne pas abuser, en matière de mariage, de leur autorité sur leurs enfants (2), mais enseigne encore que ces derniers ne sont liés que s'ils ratifient l'arrangement pris par leurs familles. Cette ratification doit avoir lieu lorsqu'ils ont atteint l'âge de raison. Que si les fiançailles avaient été formées par

(1) Liv. I, 428, édit. Viollet, t. II, p. 242.

(2) Le canon 27 du second des Synodes désignés sous le nom de Synodes de Saint-Patrice (entre 450 et 456) s'exprime ainsi : « Une fille doit obéir à son père, mais le père doit prêter l'oreille aux désirs de sa fille en ce qui concerne le mariage ». Hefele, t. III, p. 487.

leurs parents en leur présence, alors qu'ils étaient en âge de les contracter eux-mêmes, leur consentement tacite pourra être présumé. *Sufficit presentia et tacurnitas* (1).

On concevait la liberté du consentement en matière de fiançailles d'une manière particulièrement rigoureuse. Ainsi des arrêts avaient décidé que l'engagement n'était pas valable lorsque l'un des contractants semblait avoir, à raison des circonstances, exercé de l'influence sur l'autre partie. On avait déclaré nulle, par exemple, une promesse de mariage intervenue durant une maladie entre un médecin et sa malade, bien que le père de celle-ci y eut acquiescé. Mais, de plus, les théologiens exigeaient que les parties eussent eu dans le for intérieur, alors qu'elles s'engageaient, l'intention ferme et la volonté sincère d'accomplir ensuite leur promesse. Un engagement pris à la légère était réputé *promesse fictice* et n'engendrait aucune obligation. Il est difficile d'imaginer par quelles subtilités on arrivait à justifier une pareille solution, de nature, on le comprend, à faciliter les fraudes les plus immorales et les plus odieuses séductions. C'est ainsi que les casuistes expliquaient l'impuissance de la promesse fictice à créer l'obligation en disant qu'une partie pouvait promettre le

(1) Décret. Grég. IX, Lib. IV, tit. II, cap. I, texte attribué au pape Hormisla. — Sexte, tit. II, cap. unique. — Merlin, *op. cit.* § 1. — Sanchez, *op. cit.* Disp. 23. — Pothier, n° 30.

mariage, même sous serment, avec la simple intention de promettre, et non celle de s'obliger. A la demande du juge : « Avez-vous promis ? » le promettant aurait pu répondre négativement, même sous serment, le sens véritable de la question étant le suivant : « Avez-vous promis de manière à en être par la suite obligé ? » Tout au plus certains théologiens enseignaient-ils que le fiancé pouvait se voir obligé au mariage par une promesse de ce genre, lorsqu'il ne l'avait faite qu'en vue de parvenir à la séduction d'une jeune fille, auparavant irréprochable. En ce cas l'obligation résultait non de la promesse mais de la *deceptio facta virgini* ; les officialités permettaient d'amener sans scandale et de constituer prisonnier le fiancé récalcitrant. Mais les exceptions apportées à la règle en restreignaient singulièrement la valeur et l'étendue. C'est ainsi qu'elle ne devait pas s'appliquer lorsqu'il y avait inégalité de condition entre les parties, car la jeune fille devait avoir été avertie par cette circonstance de l'impossibilité morale du mariage et, partant de la vanité de la promesse qui lui avait été faite. Malgré ces tempéraments, la règle canonique cessa même d'être applicable à partir d'un arrêt de règlement, rendu par le Parlement de Paris le 23 décembre 1737, sur les réquisitions de l'avocat général Biguon, arrêt qui interdit les pratiques antérieures des officialités et fut complété par l'ordonnance criminelle d'août 1670 (Tit. X, Des

Décrets et de leur exécution, art. 17) étendant cette défense aux juges même séculiers (1).

La promesse ne doit pas seulement être libre ; elle doit être réciproque. Les deux parties doivent s'engager de part et d'autre ; et une promesse unilatérale ne pourrait avoir d'effet, alors même que l'autre partie la ratifierait *ex post facto*. Cette doctrine était justifiée aux yeux des canonistes par la définition des fiançailles données par les saints Décrets « *futu. matrimonii INVICEM promissio* », au regard du droit civil par le principe que les contrats onéreux sont synallagmatiques. Or « *matrimonii promissio non est gratuita et liberalis donatio, sed contractus onerosus : Facio ut facias* » (2)

Le consentement dont nous venons d'étudier les caractères devait encore être public ; en d'autres termes il devait donner lieu à la publication des bans.

L'origine des publications de bans se lie, ainsi qu'on l'a vu plus haut, à la disparition progressive du mariage sans forme dont le principal inconvénient, à savoir la clandestinité, avait de bonne heure appelé l'attention des autorités civiles et ecclésiastiques.

(1) Défendons, à tous juges, même des officialités d'ordonner qu'aucune partie soit amenée sans scandale. *Actes du clergé*, t. V, col. 1105. — Sanchez, *op. cit.* Disp. 10. — Durand de Maillane, *op. cit.* § 2.

(2) Sanchez, *op. cit.* Disp. 5. — *Actes du clergé*, t. V, col. 1101. — Pothier, n° 33, — Durand de Maillane, *op. cit.* § 2. — Merlin, *op. cit.* § IV.

Le Concile de Latran de 1215, en ordonnant que les curés annonçassent publiquement dans leurs églises les mariages que devaient prochainement conclure leurs paroissiens, n'avait fait que généraliser un usage précédemment répandu en maints pays, et notamment en France (1). Le Concile de Trente confirma la prescription nouvelle et nombre de synodes français reproduisirent ses dispositions (2). L'ordonnance de Blois, (art. 40) à son tour règle la matière dans les termes suivants : « Pour obvier aux abus et inconvénients qui adviennent des mariages clandestins, ordonnons que nos sujets, de quelque état et condition qu'ils soient, ne pourront valablement contracter mariage, sans proclamation précédente de bans, faites par trois divers jours de fête, avec intervalle compétent, dont on ne pourra obtenir dispense, sinon après la première publication faite, et ce seulement pour quelque urgente et légitime cause, et à la réquisition des plus proches parents et amis des parties contractantes, après lesquels bans seront épousés publiquement ».

Ces publications n'étaient pas d'ailleurs nécessaires à la validité des promesses de mariage. Une controverse divisait les juristes sur le point de savoir

(1) 4^e Concile de Latran, can. 51. *Specialem quorundam locorum consuetudinem ad alia generaliter prorogando statuimus, etc...*

(2) *Actes du clergé*, t. V, col. 1116, 1117.

si elles l'étaient pour la validité du mariage lui-même, et la jurisprudence avait fini par admettre que la non-publication n'aurait pour effet d'annuler le mariage qu'autant qu'elle se serait compliquée d'un autre élément, par exemple d'une dissimulation de l'union aux yeux des parents. Mais, quelle que fut la solution adoptée sur ce point, elle était indifférente à la matière des fiançailles, et il est bien évident, pour employer la terminologie des anciens juristes, qu'à leur égard la publication des bans n'était et ne pouvait être qu'une « nécessité de précepte » (1).

(1) Guy du Rousseau de Lacombe, *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale* (1748) p. 68 et s. — Bouix, *De procho*, p. 402.

CHAPITRE VI

EFFETS DES FIANÇAILLES

Les effets produits par le contrat de fiançailles sont au nombre de deux.

Il engendre en premier lieu une obligation réciproque de s'épouser. En cela il ne se distingue pas de tous les contrats qui ont pour objet un fait. Les fiançailles produisent en outre un empêchement dirimant, interdisant à chaque partie, même après leur dissolution, d'épouser un parent de l'autre en ligne directe ou en ligne collatérale au premier degré. Ce deuxième effet pourrait être considéré comme un vestige de l'idée du *matrimonium initiatum* ; il attesterait que si la conception originale des fiançailles, telle que nous l'avons étudiée, avait disparu du droit canon, par la décadence du mariage sans forme, certaines de ses applications lui avaient néanmoins survécu et devaient lui survivre jusque dans le dernier état de l'ancien droit.

§ 1. — De l'obligation résultant des fiançailles.

L'obligation d'épouser le fiancé à qui l'on a promis le mariage « se fonde sur le droit naturel et civil qui ne permet pas de se rétracter au préjudice d'un autre de la parole que l'on a donnée avec connaissance de cause et dans une entière liberté » (1).

Pour déterminer à quel moment cette obligation doit être accomplie, il y a lieu de distinguer selon qu'un terme a été ou n'a pas été apposé aux fiançailles.

Dans le premier cas, le moment de l'exécution est celui de l'arrivée du terme. On se souvient que, du temps du mariage informel, cette échéance devait avoir pour effet de former le mariage même. Le lien matrimonial résultant en effet du seul consentement, les *sponsalia de futuro* à terme équivalaient aux *sponsalia de presenti* lorsque le terme était arrivé (2).

Si les parties se sont engagées *de futuro* sans stipuler aucun terme fixe, certains auteurs admettent que l'obligation doit avoir immédiatement son plein

(1) Durand de Maillane, *op. cit.* § 3.

(2) Bouteiller, *op. cit.*, p. 1218.

effet, mais l'opinion la plus répandue et la plus raisonnable enseigne que chaque partie n'est tenue d'exécuter son engagement que lorsque l'autre partie l'exige. Toutefois certains ajoutent qu'on doit être considéré comme en demeure de s'exécuter sans attendre une demande, dès le premier moment opportun, lorsque l'autre partie manque à exiger en justice l'accomplissement du mariage par l'effet d'une crainte révérentielle ou par oubli (1).

Mais qu'arrive-t-il lorsque la partie mise en demeure refuse d'exécuter sa promesse ? En d'autres termes quelle est la sanction de l'obligation résultant des fiançailles ?

Les canonistes étaient divisés sur cette question dont la difficulté provenait de la contradiction des textes.

Une première opinion enseignait qu'après avoir exhorté le fiancé récalcitrant à exécuter son obligation, on devait le renvoyer hors de cause lorsqu'il refusait définitivement d'obtempérer à cette exhortation. Les partisans de ce système pouvaient invo

(1) Sanchez, *op. cit.* Disp. 28. — Quelques textes spéciaux fixent un délai moral, passé lequel on doit interdire aux fiancés de se fréquenter, à raison des inconvénients nombreux que présenterait leur intimité. V. notamment dans D. Bessin, *op. cit.* II, p. 272 les statuts de l'Évêque de Bayeux, en 1622. « Et si dans six semaines ou deux mois au plus, ils (les fiancés) ne procèdent pas à leur mariage, on nous avertira incessamment pour donner les ordres nécessaires, afin d'empêcher les fréquentations scandaleuses ».

quer en leur faveur l'opinion de Saint-Thomas et celle de Saint-Jérôme, et une décrétale du pape Lucius III désignée généralement sous le titre de canon *Requisivit* qui, à raison des inconvénients qui résultent infailliblement des unions contractées par la force interdit de pousser au mariage par la rigueur. *Cum libera debent esse matrimonia, monenda est potius quam cogenda (sponsa) cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere (1).*

Un second parti distinguait selon que la promesse de mariage avait ou n'avait pas été accompagnée de serment. Dans le premier cas seulement il convenait de contraindre les parties à s'exécuter, mais la même solution ne devait pas être admise lorsqu'il n'y avait pas lieu de se préoccuper de faire respecter la sainteté des serments échangés. Cette opinion se heurtait à un texte précis du pape Innocent III d'où il ressortait que la considération du serment lui-même ne pouvait justifier une atteinte à la liberté du mariage (2).

Un troisième parti enfin, s'appuyant sur le canon *Ex Litteris* d'Alexandre III (3), décidait que l'Église

(1) Décret Grég. IX, Lib. IV, tit. I, cap. 17.

(2) Décret Grég. IX, Lib. IV, tit. I, cap. 2. — Charondas, annotateur de Bouteiller, (*op. cit.*, p. 1361) semble admettre cette seconde opinion. « Ceux de futur, dit-il, se peuvent dissoudre et n'empêchent de se marier, à un autre, sinon qu'il y ait promesse faite par serment, selon la force que le droit canonique donne aux serments... »

(3) Décret Grég. IX, Lib. IV, tit. I, cap. 10.

devait contraindre le fiancé à exécuter son engagement par voie de censure ecclésiastique, lorsqu'il prétendait rompre la foi des fiançailles sans invoquer de juste cause de dissolution. Certains auteurs, le P. Enriquez, par exemple admettaient même l'emploi de la prison. D'autres, comme le P. Sanchez, faisaient au contraire souffrir à l'application de la règle de nombreux tempéraments. C'est ainsi que la censure, à leur avis, ne devait pas être employée lorsqu'il y avait scandale à craindre, ou qu'il résultait de fortes présomptions que l'union ainsi obtenue pouvait être suivie entre les époux d'un désaccord permanent (1). Ce troisième système était celui que professait la grande majorité des canonistes.

Il paraît que la jurisprudence des officiaux et des Parlements l'avait d'abord pareillement adopté. Mais dans le courant du xvii^e siècle, il y eut un revirement complet. Deux arrêts, rendus sur les réquisitions de l'avocat-général Bignon, le 9 juin 1637 et le 1^{er} juin 1638, décidèrent que, malgré toutes promesses antérieures, les parties qui refuseraient d'exécuter l'engagement des fiançailles devraient être mises hors de cour sauf à se pourvoir, ainsi qu'elles verraient pour les dommages qu'elles pourraient prétendre (2). L'emploi des censures ecclésiastiques fut donc

(1) Sanchez, *op. cit.*, Disp. 29.

(2) Bardet, *Arrêts*, t. II, liv. VI, chap. 15; liv. VII, chap. 26. — *Actes du Clergé*, t. V, col. 110.

désormais interdit sous la sanction de l'appel comme d'abus, et tout ce que l'officiel put désormais faire, en face d'un refus persistant d'accomplir le mariage, fut de déclarer les fiançailles dissoutes et de condamner la partie assignée à une légère pénitence, consistant en une prière ou en une petite aumône (1).

Le fiancé, déçu dans son espoir légitime, pouvait obtenir du juge séculier des dommages-intérêts. On les calculait généralement d'après les frais et la perte de temps qu'avait entraînés pour lui la recherche du mariage. « L'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi y peut aussi quelquefois entrer, dans le cas auquel il y avait lieu de craindre qu'il ne pût nuire à son établissement avec quelque autre ». — Mais jamais on ne pouvait faire entrer dans le calcul des dommages dûs à la partie plaignante les avantages dont la rupture du mariage avait eu pour effet de la priver. Un arrêt du 10 mars 1713 interdisait même aux juges qui condamnaient le fiancé infidèle à des dommages-intérêts d'ajouter à la condamnation les mots « si mieux n'aime épouser ». Cette alternative avait semblé « indécente » et elle paraissait « blesser la liberté des mariages » (2).

Comme le Droit romain, l'ancien Droit refusait

(1) Louis de Héricourt: *Lois ecclésiastiques de France*, Paris 1771, p. 140. — Pothier, n° 51.

(2) Pothier, nos 53, 54.

toute efficacité aux stipulations de peines adjointes à une promesse de mariage. Chose singulière, on l'avait toujours décidé ainsi, alors même qu'on admettait l'emploi des censures pour contraindre directement les fiancés à l'exécution de leur engagement. On peut citer en ce sens une décrétale de Grégoire IX qui désapprouve formellement l'emploi de la stipulation de peine, emploi qui, aux yeux des théologiens paraît constituer même un péché véniel (1).

Les Établissements de Saint-Louis contiennent un texte où nous voyons que la prohibition était également admise dès le xiii^e siècle par les juriconsultes civils (2). Il ressort de ce curieux document qu'on

(1) Décret Grég. IX, Lib. IV, tit. I, cap. 2). — Labé, XI, 40). c. — Sanchez, *op. cit.* Disp. 2).

(2) *Établissements de Saint Louis*, édition Paul Viollet, t. II, Textes, L. I, ch. 123. *Des erres de mariage.* Se aucuns hom avait sun fil qui fust en non aage et li pères dist à aucun de ses voisins : « Vos avez une fille qui est auques de l'aage mon fil ; si vos volés qu'ele fust à mon fil quand ele sera en aage, je lou voudroie bien, en itele manière que vos me baillissiez une pièce de vostre terre et je vos bailleroie X lib. par non d'erres, en tèle manière que les erres ne demorroient quant vostre fille sera en aage de marier s'ele ne voloit le mariage otroier ; autresi si ele ou il ne le vossist otroier, les erres demorroient à l'autre ou à ses oirs, s'il n'i avoit lignage ou autre cas por coi li mariage deust remaindre. Et s'il i avoit aucune achoison por coi Sainte Église ne s'i vossist consentir, ne ne deust, les erres retorroient à celui qui les avroit baillié. Et s'ils avoient fait en autre manière que ils aüssent mis plèges de randre l'un à l'autre (une poine de) C. lib. ou de plus ou de moins, se li mariage n'estolt, la poine ne seroit pas rendable par droit.

distingue à cette époque entre les simples arrhes et la stipulation d'une peine. Les premières peuvent être valablement employées ; la seconde n'a aucune valeur et ne peut être invoquée en justice.

Telle resta la jurisprudence des Parlements qui toujours repoussèrent les réclamations fondées, en matière de fiançailles, sur une stipulation de peine. Mais comme elle accordait, à raison de la rupture du lien, lorsqu'elle n'était pas justifiée par une cause légitime, des dommages-intérêts, les parties imaginaient souvent de se promettre réciproquement une somme déterminée pour le cas de rupture des fiançailles ; elles causaient alors leur engagement pour dommages et intérêts liquidés d'accord et par avance. Divers arrêts admirent cette manière de procéder, pourvu que la somme stipulée ne fût pas excessive et ne dissimulât pas en réalité une stipulation de peine. Dans ce dernier cas, la convention aurait été nulle comme l'était toute remise d'arrhes exorbitante relativement à la qualité et aux facultés des parties (1).

L'obligation résultant des fiançailles était éteinte dans un certain nombre de cas où l'on considérait les fiançailles comme dissoutes et les parties comme désormais libres de ne pas les exécuter.

De ces causes de dissolution, il en est une qui résulte d'un commun accord entre les fiancés ; c'est

(1) *Actes du Clergé*, t. V, col. 1105. Merlin, *op. cit.*, § VII.

le mutuel dissentiment. Les autres remontent à un seul d'entre les fiancés ; aussi arrive-t-il souvent qu'en fournissant à l'une des parties un juste motif de désistement, elles laissent l'autre fiancé exposé aux poursuites de son co-contractant dans le cas où celui-ci ne voudrait pas profiter de la cause de dissolution qui lui a été fournie.

Trois vers attribués à Eustache du Bellay, évêque de Paris dans le courant du seizième siècle résument de la façon suivante ces causes de dissolution.

*Crimen, dissensus, fuga, tempus, et ordo, secundas,
Morbis, et officis, eor publicis, cumque exbitantol.
Quodlibet istorum sponsalia solcit eorum (1).*

La cause de dissolution résultant du mutuel dissentiment (*dissensus*) se fonde sur ce principe que la volonté peut dénouer ce que la volonté a lié. L'intention des parties de se délier mutuellement de leur obligation réciproque peut être exprimée ou présumée. Il y a présomption de *dissensus* lorsque les parties ont laissé passer le temps fixé pour le mariage, sans avoir requis de part ou d'autre l'accomplissement des fiançailles, ou si, depuis les fiançailles, elles ont volontairement contracté un lien nouveau d'où résulte un empêchement dirimant à leur futur mariage, par exemple si le fiancé devient, du consen-

(1) André, *op. cit.*, § 4.

lement de sa fiancée, parrain d'un enfant qui naît à celle-ci avant leur mariage (1).

Les causes de dissolution unilatérales sont les suivantes :

1° Le refus d'un enfant devenu pubère de ratifier la promesse de mariage formée en son nom par ses parents, alors qu'il était encore impubère (*cumque reclamant*). Toute manifestation de volonté contraire à des fiançailles de ce genre de la part d'un enfant qui arrive à la puberté doit en effet les rendre nulles (2).

2° Le mariage contracté par un des fiancés avec un autre que son fiancé (*secundat*). Le mariage en effet doit être préféré aux simples fiançailles. C'est ce qu'on exprimait avant le Concile de Trente en disant : « *sponsalia de futuro solvuntur per secunda sponsalia de presenti* » (3) et on assimilait à des *sponsalia de presenti* de secondes fiançailles de futur suivies de la *copula carnalis*. Le fiancé qui avait violé, en se mariant à une autre, la foi des fiançailles n'était frappé que d'une pénitence (4) en dehors des dommages-inté-

(1) Pothier, n° 55, 56, 57, 58.

(2) Décret Grég. IX, Lib. IV, tit. II, cap. 8.

(3) Décret Grég. IX, Lib. IV, tit. I, cap. 22.

(4) *Qui fidem dedit de aliqua ducenda, si eam non cognovit, et aliam postea acceperit, non est ab ea separandus, sed de fidei lésione penitentia injungenda.* V. Appendice au troisième Concile de Latran, Livre X, 1573, b. et s. — Pothier ajoute que si le fiancé, marié à un autre, devient veuf par la suite, son engagement reprend toute sa force, et qu'il peut être poursuivi en exécution des premières fiançailles, l'obstacle

rêts qu'en raison du préjudice qu'il pouvait avoir souffert, son contractant avait le droit de lui réclamer. On traduisait souvent cette idée en disant que les fiançailles produisaient un empêchement *prohibitif* de mariage entre chacun des fiancés et toute personne autre que son co-contractant. (1) Mais on sait qu'un fiancé ne put se prévaloir de l'existence de cet empêchement pour former opposition aux bans publiés entre son fiancé et toute autre personne que jusqu'à un arrêt du parlement de Paris, en date de 1778, qui interdit pour l'avenir toute opposition qui ne serait pas fondée sur un empêchement dirimant.

3° Une troisième cause de dissolution des fiançailles résulte du commerce qu'aurait eu l'un des fiancés avec un parent de l'autre fiancé (*crimen et affinis*). L'honnêteté publique s'oppose en effet désormais à ce que le mariage soit célébré. Il ne serait cependant pas vrai de dire que le fiancé coupable soit désormais délié de sa promesse, si l'on admet la décision enseignée par un certain nombre de canonistes et d'après laquelle la partie innocente aurait le droit de requérir le coupable d'obtenir des dispenses à l'effet d'exécuter les fiançailles.

qui s'y opposait ayant disparu. Cette solution bizarre ne paraît guère justifiable en droit. Les premières fiançailles ont été détruites par le mariage intervenu ; un événement postérieur ne peut point les faire revivre.

(1) André, *V° Empêchement*, T. II, p. 588.

Nemini fraus aut dolus aut culpa patrocinari debet.

1° On comprend sous le nom de *morbis* qu'emploient les vers d'Eustache du Bellay toutes les causes de dissolution tenant à des changements notables survenus dans la personne de l'un des fiancés et qui eussent certainement empêché l'autre fiancé de promettre le mariage s'il avait pu les prévoir. Ces changements peuvent se produire

A. Dans l'esprit ou dans les mœurs. Ainsi une condamnation infamante encourue par un fiancé donne à l'autre le droit de se considérer comme délié de sa promesse. Un arrêt du parlement de Bretagne du 10 mai 1610 avait décidé qu'il en serait ainsi alors même que le fiancé innocent aurait réitéré sa promesse de mariage depuis la disgrâce encourue par l'autre (1). La fornication commise par l'un des fiancés doit avoir le même effet; on lui assimile la *fornicatio spiritualis* c'est-à-dire l'acte du fiancé qui tombe dans le péché d'hérésie. Pour apprécier s'il y a ou non fornication, une différence doit être relevée entre l'homme et la femme. Le fiancé peut se considérer comme délié de sa promesse alors même que la fiancée n'aurait souffert que de simples caresses. En effet, ces actes, presque innocents de la part d'un homme, sont infiniment plus graves de la part d'une jeune

(1) *Actes du clergé*, t. V. col. 805.

fille. Alors même que celle-ci aurait subi des violences contre son gré, le fiancé n'en serait pas moins libre de ne pas exécuter les fiançailles, car il résulte du rapt même une certaine *note* qui eût empêché le fiancé de promettre le mariage s'il l'avait connue en s'engageant (1).

B. Dans les biens du corps. Un grave accident de santé, la survenance d'une difformité telle que la perte du nez ou d'une infirmité repoussante, comme la lèpre, ont pour effet de dissoudre les fiançailles. En effet exiger le mariage dans de pareilles conditions ce serait, semble-t-il condamner les époux au libertinage (1).

C. Dans les biens de fortune. Le principe est que toute cause qui eût empêché les fiançailles de se former doit aussi les dissoudre lorsqu'elle survient après leur formation. Or, les canonistes admettent que toute perte ou tout accroissement notable dans la fortune d'un des fiancés, si elle avait pu être prévue d'avance, aurait inévitablement modifié leurs intentions. Cette solution, déjà singulière, lorsqu'il s'agit d'une diminution de fortune que l'un des fiancés subit depuis les fiançailles, devient particulièrement odieuse lorsque la rupture est justifiée par un accroissement inopiné des biens de l'un des fiancés. Cependant plusieurs auteurs soutenaient qu'en ce

(1) Sanchez, *op. cit.* Disp. 52 — Pothier n° 69.

cas, le fiancé enrichi pouvait « ne pas épouser sa fiancée, et chercher un parti plus considérable sauf à lui payer les dommages-intérêts résultant de l'inexécution des fiançailles ». Mais Pothier, après Sanchez, enseignait une opinion contraire. La cupidité, dit-il, qui m'a porté à rechercher une plus grande fortune que celle de ma fiancée ne peut aux yeux de Dieu, ni même aux yeux des honnêtes païens paraître une raison valable pour manquer à la foi que je lui ai promise. Si j'ai cru lors des fiançailles avoir, avec le bien de ma fiancée et celui que j'avais alors, de quoi supporter les charges du mariage que nous nous sommes promis de contracter, à plus forte raison j'ai de quoi les supporter, depuis que ma fortune a augmenté, et par conséquent rien ne m'empêche de le contracter » (1).

Le principe qui domine toute la théorie de la dissolution des fiançailles autorise à voir une juste cause de dissentiment dans le cas où la circonstance qui eut certainement modifié l'intention des parties existait avant les fiançailles, mais n'a été découverte qu'ensuite. La réticence de l'autre partie est en elle-même une injure qui suffirait à rompre le lien qui s'était formé. Spécialement en ce qui concerne les fautes contre la morale commises avant le mariage,

(1) Sanchez, Disp. 50. — Pothier, n° 61.

« il est vrai, nous dit Pothier, qu'Innocent III, au chapitre *quemadmodum*, décide qu'on ne peut se dispenser de tenir sa promesse à sa fiancée sous le prétexte qu'elle aurait commis fornication avant les fiançailles, mais la pureté de nos mœurs ne permet pas de suivre cette décision, »

5° La formation des vœux ou l'engagement dans les ordres (*ordo*) ont pour effet de rompre des fiançailles contractées antérieurement. La chasteté, aux yeux de l'Église, est un état plus saint que le mariage et quand un des fiancés embrasse la vie religieuse, « l'autre partie ne peut trouver mauvais qu'il retire la foi qu'il lui avait donnée pour l'engager à Dieu. » Il n'y avait aucune difficulté en ce qui concerne les vœux solennels. Quant aux vœux simples, ils n'ont d'effet que dans le for intérieur, et celui qui les prononce n'est point par là dispensé d'exécuter sa promesse de mariage. Mais l'autre partie est dès lors dégagée, car la renonciation de son contractant à l'exécution de l'engagement résulte assez du vœu qu'il a formé. Il en est de même de la simple prise d'habit qui précède la profession des vœux solennels, et de l'engagement dans les ordres mineurs, conciliable, on le sait, avec l'état de mariage (1).

(1) Friedrich Thaner, *Summa Stephani Tornacensis*, p. 8 et 9. *Solemne votum et impedit matrimonium contrahendum et dirimit contractum... Simplex votum impedit matrimonium contrahendum sed non dirimit contractum.*

6° L'absence ou le grand éloignement de l'un des fiancés (*fuga*) semble encore délier l'autre de sa promesse.

7° L'expiration du délai réciproquement fixé (*tempus*) doit avoir le même effet. La partie qui a différé de tenir sa promesse reste tenue au regard de l'autre, sans que cette dernière le demeure au sien.

8° La jactance (*vox publica*) du fiancé qui se vante d'avoir noué avec sa fiancée des relations intimes constitue une injure grave et une dernière cause de dissolution des fiançailles (1).

§ 2. — De l'empêchement résultant des fiançailles.

Le second effet des fiançailles est d'engendrer un empêchement dirimant interdisant tout mariage entre chacun des fiancés et les parents proches de l'autre (2). Certains auteurs, en l'indiquant, disent que les fiançailles, à l'égal du mariage produisent l'affinité entre chacune des parties et la famille de l'autre.

(1) V. sur l'ensemble de la théorie de la dissolution des fiançailles, André, § 4. — Pothier, nos 55 à 63. — Sanchez, Disp. 42 à 63. — Merlin, § VII — Durand de Maillane, § 4.

(2) Décret. Grég. IX, Lib. IV, tit I, cap. 4.

Serait-ce là un vestige de l'ancienne idée du *matrimonium initiatum*? Les *sponsalia* seraient-elles encore à cet égard considérées comme un commencement de mariage? Nullement. On leur reconnaît toujours leur caractère nouveau, celui d'une simple obligation de faire. C'est ainsi qu'elles n'entraînent pas, d'après la majorité des canonistes le devoir de fidélité, que la violation de la foi qu'on y avait promise n'est pas sanctionnée par les peines de l'adultère, et qu'il n'est pas même nécessaire, dans la confession, de révéler, en avouant le péché de fornication, la circonstance spéciale que l'on était engagé dans des fiançailles qu'on a ainsi profanées. *Per sponsalia tantum contrahitur obligatio mutua tradendi corpus per matrimonium, non autem obligantur sponsi ad abstinendum alieno concubitu ante matrimonii contractum* (1). « Les fiançailles ne produisent pas le mariage, mais seulement un acheminement au mariage ». En réalité elles n'engendrent pas d'affinité, mais « elles produisent une autre espèce de rapport, fondée sur l'honnêteté publique qui ne permet pas que l'une des parties fiancées puisse valablement contracter mariage, même après la dissolution des fiançailles, avec les parents de l'autre partie » (2).

Cette manière particulièrement scrupuleuse de

(1) Sanchez, Disp. 2.

(2) Pothier, n° 215.

comprendre la notion de l'honnêteté publique n'est pas une singularité dans le droit canon. Plusieurs décisions nous montrent des fiançailles ou même des mariages rompus par une simple cohabitation fortuite et n'offrant aucun des caractères d'un lien légal entre le fiancé et une parente de la fiancée (1). Nous pouvons conclure sans hésiter que l'empêchement résultant des fiançailles prend sa source non dans la notion ancienne du *matrimonium initiatum*, mais dans des préoccupations très-élevées et particulièrement délicates de décence et de moralité. La subsistance de l'empêchement, alors même que les fiançailles ont été dissoutes et que, par conséquent, il ne subsiste plus aucun bien reconnu entre les parties ne doit nous laisser aucun doute sur le fondement véritable et sur le caractère en quelque sorte extra-légal de l'empêchement (2).

C'est d'ailleurs seulement vers les onzième et douzième siècles qu'il était devenu identique par l'étendue de son application à celui qui engendre le mariage. Auparavant il ne portait que sur la ligne directe; mais, par une exagération de scrupules et en se fondant sur un texte apocryphe attribué au pape Jules 1^{er} (3) il fut étendu à la ligne collatérale

(1) Synode d'Ancyre en 314. can. 25, Hefele, t. I, p. 215. — Appendice au 3^e concile de Latran, Pars XII, can. 3, 4, 6, 8. Labbe X, 1573 B.

(2) Pothier, n^o 218, 219.

(3) Gratien, P. II. ca, 27, quæst. 2, can. 15.

aussi loin que l'empêchement résultant de l'afinité produite par le mariage. On admit même que des fiançailles, nulles pour cause de consanguinité, afinité, religion, ou toute autre raison, pourvu seulement que leur nullité ne résultât pas du défaut de consentement, suffiraient à engendrer un empêchement au moins prohibitif (1).

Le Concile de Trente revint par la suite à l'ancienne discipline en décidant (2) que l'empêchement ne s'étendrait plus qu'au premier degré en ligne collatérale et n'existerait que pour autant que les fiançailles avaient été valablement contractées. Cette pratique devait rester celle de l'Église jusque dans le dernier état de l'ancien droit.

En cas de fiançailles conditionnelles, l'empêchement ne se produisait pas tant que la condition n'était pas accomplie (3). En revanche, il résultait des fiançailles contractées avec un impubère, simplement majeur de sept ans, quelle que fût ensuite leur issue (4).

(1) Sexte, Lib. IV, tit. *De sponsalibus*, cap. un.

(2) Sess. 24, cap. 3.

(3) Sexte, *cod. can.* § 1.

(4) Décret, Grég. IX, Lib. IV, tit. II, cap. 6.

CHAPITRE VII

COMPÉTENCE ET PROCÉDURE EN MATIÈRE DE FIANÇAILLES.

L'étude de la procédure en matière de fiançailles nous fournit un tableau intéressant du conflit des juridictions séculière et ecclésiastique dans l'ancienne France. C'est un épisode de la grande lutte historique qui se livra sur le terrain du mariage entre l'Église et la société laïque, lutte qui devait se terminer par le triomphe de la théorie du mariage contractuel dans le Code civil issu de la Révolution française.

La question de la validité des fiançailles est tranchée jusque dans le dernier état de l'ancien Droit par la juridiction ecclésiastique des officiaux. Ils prononcent à la fois d'après les canons et en se conformant aux lois civiles du royaume. Le rapport étroit qui unit les fiançailles à la matière du mariage explique cette situation. Ce n'est pas que le mariage

ait été considéré toujours, même par les théologiens comme une matière essentiellement canonique. On a vu au contraire qu'il importait d'y distinguer le contrat d'une part et le sacrement ; ce dernier seul devait être réglé par l'Église. Mais une confusion inévitable avait fini par s'établir entre ces deux éléments distincts. L'Église avait obtenu toute compétence sur les questions matrimoniales, alors même que les capitulaires carlovingiens qui exigeaient l'administration du sacrement comme condition de la formation du contrat civil furent tombés en désuétude (1). La confusion qui règne pendant toute l'histoire de l'ancienne société française entre le domaine de l'État de celui de la conscience s'accommodait de cet état de chose. Il n'était pas plus extraordinaire de voir les tribunaux spirituels prononcer sur la validité d'un contrat intéressant avant tout l'ordre temporel qu'il ne l'était de voir, — spectacle fréquent pendant l'ancienne monarchie — la puissance séculière régler les conditions religieuses du mariage, exiger des ecclésiastiques telle ou telle ligne de conduite, s'immiscer en un mot dans une foule de questions exclusivement religieuses. Ajoutons que la difficulté des questions juridiques soulevées parfois dans les procès matrimoniaux suffirait à expliquer la prédominance qui devait appartenir sur ce point aux juridictions de l'Église.

(1) Beauchet, *op. cit.* p. 381.

Au dix-huitième siècle, les civilistes constatent l'existence de la compétence ecclésiastique, mais non sans faire d'importantes réserves sur le fondement de cette compétence. Merlin et Pothier tiennent à cet égard un langage presque identique. « Les fiançailles, étant un contrat, appartiennent de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, et par conséquent c'est le juge séculier qui en est le juge naturel. Néanmoins, en considération de ce que les fiançailles ont pour objet le mariage que les parties se sont réciproquement obligées de contracter, et que le mariage, en tant qu'il est élevé à la dignité de sacrement, renferme quelque chose de spirituel, nos rois ont bien voulu permettre que les juges d'Église pussent aussi connaître des fiançailles, pourvu qu'ils se bornent à connaître seulement de leur validité ou invalidité, et non des dommages-intérêts qui résultent de leur inexécution » (1).

La compétence du juge d'Église se restreint donc à un unique objet : les fiançailles sont-elles, ou non, valables ? Le lien existe-il ou n'existe-il pas ? Telle est la doctrine des civilistes, qui sont d'ailleurs d'accord sur le principe avec la théologie. Le P. Sanchez reconnaît que, pour contraindre les parties d'exécuter leurs promesses de mariage, le juge laïque seul

(1) Pothier, n° 49. — Merlin, *op. cit.* § VIII.

serait compétent, pourvu qu'il ne s'agisse pas de discuter la valeur même des fiançailles, car sur ce point il empiéterait sur le rôle de l'Église (1).

Où commence le désaccord, c'est lorsqu'il s'agit de déterminer à quelles règles devront obéir les officiaux pour remplir la mission qui leur est attribuée. Les cahiers de l'Assemblée du clergé, présentés à Henri IV en 1606 réclamaient l'attribution exclusive aux juges d'Église des causes concernant le mariage : le roi avait répondu que ces causes leur appartenaient à charge par eux d'appliquer l'article 40 de l'ordonnance de Blois. L'ordonnance de 1629 de Louis XIII (article 39) avait confirmé cette disposition. Elle se terminait par la phrase suivante : « Et seront tenus les juges ecclésiastiques de juger les causes desdits articles conformément à cet article ». Le clergé protesta par des remontrances contre l'obligation qu'on prétendait lui imposer de juger autrement que d'après les lois de l'Église (2). Sa prétention était de s'en référer uniquement aux canons des papes et des conciles, tandis que le gouvernement royal refusait

(1) Sanchez, *Disp.* 29 *in fine*. — La doctrine de l'Église n'avait pas été toujours aussi conciliante sur ce point. Elle avait naguère combattu avec vigueur toute immixtion des juges civils dans la matière des fiançailles. Voy. dans Martène, *Thesaurus Novus Anecdotorum*, t. IV, col. 495, d'un statut en date de l'an 1316 *Synodalis ecclesie Eduensis : Item inhibet Dominus episcopus, ne aliquis de sponsalibus coram iudice seculari, præsumat.*

(2) *Actes du clergé*, t. V, col. 620, 622 et s.

de laisser appliquer en France les décisions canoniques dont il n'aurait pas approuvé l'esprit et autorisé la publication. C'est ainsi qu'il n'avait jamais voulu permettre celle des canons du Concile de Trente et qu'il avait préféré accomplir au moyen d'ordonnances et de déclarations l'œuvre de réforme élaborée par le grand Concile pour l'Église générale dans la matière du mariage. Mais on voit que le clergé ne se soumit pas sans résistance ni sans protestation.

C'est notamment en ce qui concerne la preuve des fiançailles que l'autorité civile imposa ses règles propres aux officialités. La doctrine canonique, tout en reconnaissant le caractère purement consensuel des fiançailles, enseignait néanmoins que les promesses de mariage sont de nulle valeur lorsque l'une des parties vient ensuite à les nier (1). Il fallait donc fournir une preuve de l'engagement contracté, mais cette preuve pouvait être administrée par témoins ou suppléée par le serment des parties. Il parait que l'ancienne jurisprudence du royaume l'avait également admise. Mais, en exécution de l'ordonnance de Moulins qui interdit la preuve testimoniale sur tout objet d'une valeur supérieure à cent livres, un arrêt du 25 décembre 1629 déclara qu'il y avait abus dans une sentence de l'Official du Mans autorisant la preuve testimoniale d'une promesse de mariage.

(1) Synode de Londres en 1102, can. 22. — Hefele, t. VII, p. 79.

Cette jurisprudence, conforme au projet d'ordonnance de la même année, connu sous le nom de Code Michau, fut définitivement consacrée par la déclaration du 26 novembre 1639 (article 7) conçue dans les termes suivants : « Défendons à tous juges, même à ceux d'Église de recevoir la preuve par témoins des promesses de mariages autrement que par écrit qui soit arrêté en présence de l'une et de l'autre des parties, encore qu'elles soient de basse condition » (1). Cette dernière phrase supprimait l'exception qui était faite par le Code Michau en faveur « des personnes de village, basse et vile condition, à charge néanmoins de fournir au moins six témoins parmi les plus proches parents des parties ».

La procédure doit donc se dérouler de la façon suivante : la partie réclamant le mariage assigne l'autre devant l'official en exécution des fiançailles. Si la partie assignée dénie l'authenticité de son engagement, le juge admet le demandeur à fournir des preuves ; il ne peut recevoir que celles qui résultent d'un écrit, ou, si les parties ne savent écrire, d'un acte reçu par deux notaires ou par un notaire et deux témoins.

Une fois la réalité de l'engagement établie, l'Official prononce la validité des fiançailles, mais si la partie

(1) Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. XVI, p. 524.

ainsi convaincu refuse de s'exécuter, nous avons vu que nulle mesure ne peut être prise pour l'y contraindre. Les fiançailles doivent donc être dissoutes par le juge ecclésiastique et le fiancé récalcitrant ne peut être condamné qu'à une légère pénitence. Bien plus les officiaux n'auraient pu, sans encourir une déclaration d'abus, appointer les parties en preuve, alors que la partie assignée déclarait dès le début de la procédure qu'elle n'était pas disposée à exécuter son engagement, dans le cas où il viendrait à être établi (1).

La procédure entamée pour parvenir à la preuve de l'existence des fiançailles valables pouvait donner lieu à des incidents variés où se posait la question de compétence et qui étaient souvent l'occasion de déclaration d'abus.

Il pouvait arriver d'abord que la partie dont on produisait un engagement écrit de sa main déclarât que son écriture avait été contrefaite et s'inscrivit en faux contre la pièce invoquée par son adversaire. Plusieurs juristes refusaient à l'official la compétence nécessaire pour juger sur cet incident, mais un arrêt du Parlement de Paris, du 8 juin 1626, rendu sur les conclusions de l'avocat-général Talon admit *brexitatis causa* et pour ne pas imposer aux parties en cause les longueurs d'une procédure inci-

(1) V. deux arrêts du Parlement de Bretagne de 1610. *Actes du Clergé*, t. V, col. 805 et 810.

dente au civil que le juge d'Église pourrait statuer, non pour punir le crime de faux, mais pour décider de son existence, en tant qu'il était nécessaire pour éclairer sa religion (1). Ce système fut par la suite fortifié encore par le texte de l'ordonnance de 1639, car il était difficile d'admettre qu'en faisant défense à tous juges, même d'Église, de recevoir la preuve des promesses de mariage autrement que par écrit, les auteurs de l'ordonnance n'eussent pas supposé que l'officiel serait compétent pour juger si la preuve écrite présentait en elle-même une valeur suffisante.

On s'accordait en revanche à écarter la compétence de l'officiel lorsqu'il s'agissait de connaître de la restitution envers une promesse de mariage qu'une partie prétendait avoir faite par contrainte. On sait en effet qu'en vertu de l'adage « Voie de nullité n'a lieu en France », des lettres de restitution étaient nécessaires à qui se défendait d'exécuter un engagement qu'il soutenait lui avoir été extorqué par violence. Or les lettres royales en chancellerie portent une suscription qui est toujours l'adresse d'un juge laïque, et jamais celle d'un juge d'Église.

On soutenait aussi que l'officiel ne pouvait connaître du moyen de nullité proposé contre les fiançailles des mineurs et résultant de ce que les père, mère, tuteur ou curateur n'y aurait point consenti.

(1) *Actes du Clergé*, t. V, col. 814.

« En effet il n'a aucune juridiction sur les laïcs dans les choses purement de fait et qui ne concernent pas le spirituel. » Il n'aurait pu même ordonner la preuve de la minorité lorsqu'elle était alléguée. On décidait encore unanimement qu'il était incompétent lorsqu'il s'agissait de statuer sur un engagement pris non par les fiancés eux-mêmes, mais par leurs parents, la promesse en cause n'offrant alors rien de spirituel et ne pouvant concerner que le juge séculier.

Il pouvait arriver enfin que la partie assignée alléguât comme devant la décharger de son engagement une offense qu'aurait commise envers elle l'autre partie, par ses mauvaises mœurs ou de toute autre manière. L'official était-il compétent pour statuer ou bien y avait-il abus de sa part à appointer les parties en preuve sur l'incident ? Il y avait controverse. Un arrêt du parlement de Dijon du 15 mars 1615, et un autre du parlement de Bretagne en date du 27 octobre 1622 avaient déclaré l'abus (1). Mais la jurisprudence du Parlement de Paris était en sens contraire. Il avait décidé par un arrêt du 16 mars 1633, rendu à l'audience de la Tournelle en forme de règlement sur les réquisitions de l'avocat-général Talon, que le lieutenant criminel n'était pas compétent pour délivrer permis d'informer en cas d'enquête ordonnée

(1) Fevret *Deabus*, Lib V, chap. I, n° II ; T. II, p. 13.

sur la moralité d'une fiancée. C'était là un acte de la compétence de l'officiel auquel seul il appartenait d'apprécier les allégations des parties lorsqu'elles étaient présentées sous forme de défense ou d'exception, et non par voie d'accusation (1).

Le droit de prononcer sur les dommages-intérêts n'appartenait, de l'aveu de tous, qu'aux seuls juges séculiers. La partie qui prétendait les obtenir devait donc se pourvoir devant la juridiction civile. Là, la question de la validité des fiançailles pouvait être discutée à nouveau, la décision de l'officiel n'étant pas un préjugé pour les magistrats laïques. Par exception seulement le juge d'Église aurait pu connaître des dommages-intérêts relatifs à l'inexécution des fiançailles si la qualité du défendeur lui donnait ce droit. Il en était ainsi, par exemple, lorsque la partie assignée était un simple clerc tonsuré. L'officiel en ce cas devenait, quant aux dommages, compétent *ratione personæ*. Ainsi l'avait décidé un arrêt rendu en février 1690, sur les conclusions de Lamoignon (2).

(1) *Actes du clergé*, t. V, col. 815.

(2) Pothier, n° 52. — Barlet, *Arrêts*, t. I, Liv. II, chap. 19; t. II, Liv. II, ch. 7.

CHAPITRE VIII

DES FIANÇAILLES DANS LE DROIT ACTUEL

Depuis que la législation du mariage a échappé entièrement à l'autorité religieuse pour être rendue à la puissance civile, l'usage des fiançailles, telles qu'on les pratiquait dans l'ancien droit a presque entièrement disparu. On pourrait à la vérité en trouver quelques traces dans les habitudes de la vie de famille ou dans la rédaction des contrats de mariage où les parties arrêtent les conditions pécuniaires de leur union (1), mais la persistance de ces traditions

(1) En 1785 on trouvait dans les contrats de mariage la mention suivante : *Lesquelles parties se sont promis la foy du mariage, en conséquence elles contiennent de le célébrer incessamment.* Aujourd'hui il n'est plus fait mention d'une promesse, mais d'un simple projet : *Lesquels, en vue du mariage projeté entre eux et dont la célébration doit avoir lieu à la mairie de... en ont arrêté les clauses et conditions civiles de la manière suivante.* — « Nous pouvons donc suivre dans les contrats de mariage, la décadence puis la disparition complète des fiançailles ou de la promesse de mariage. » Viollet, *Précis d'histoire du Droit*, p. 30.

n'offre rien de juridique. On peut dire qu'au point de vue du droit les fiançailles n'existent plus. On en chercherait en vain la trace dans le Code civil.

Certains auteurs cependant ont, dans la première moitié du siècle, soutenu que les fiançailles pouvaient encore se pratiquer sous l'empire du Code civil. A la vérité l'empêchement dirimant qu'elles produisaient autrefois ne pourrait aujourd'hui être appliqué, un texte formel étant nécessaire pour l'autoriser ; mais le second effet historique des fiançailles, à savoir l'obligation, pourrait encore résulter d'un contrat librement consenti entre deux parties se promettant le mariage. L'exposé de la formation du droit actuel n'a rien de contraire à cette manière de voir. Lorsque l'Assemblée constituante élaborait un projet législatif concernant les empêchements, les dispenses et la forme des mariages, Durand de Maillane, commissaire du comité ecclésiastique concluait à la suppression de l'empêchement, mais il ajoutait : « Alors la loi ne regarderait ce qu'on a appelé jusqu'ici fiançailles, quelle que soit leur forme, que comme des conventions qui, avant comme après le mariage, ne doivent produire que des effets privés et purement civils entre les parties seules. » (1) Restreinte dans ces

(1) *Procès-verbal de l'Assemblée nationale, Paris 1791. T. 55. Rapport sur les projets de décret concernant les empêchements, les dispenses et les formes du mariage.*

limites, pourquoi les promesses de mariage ne seraient-elles pas considérées comme possibles aujourd'hui encore? Au fond elles n'ont rien de contraire à l'esprit de la loi moderne. C'est ce qu'ont pensé des auteurs considérables, tant du côté des juristes civils que des docteurs en droit canon (1).

L'intérêt du problème se ramène en somme à une question de dommages-intérêts. Il ne peut s'agir dans le droit actuel, pas plus que dans l'ancien droit, de contraindre les parties engagées dans des fiançailles à procéder au mariage. D'autre part aucune controverse ne peut s'élever sur l'empêchement résultant des fiançailles. Le Code est muet à son égard, ce qui équivaut à une suppression. Mais on pouvait soutenir qu'à défaut d'autre effet, les fiançailles auraient encore celui d'obliger la partie contrevenante à des dommages-intérêts. Le montant de cette réparation devrait être calculé conformément aux règles générales en matière contractuelle (C. civ. 1149).

Le raisonnement des auteurs qui soutiennent ce système peut se ramener à un syllogisme (2). D'après l'article 1142 du Code civil, toute obligation de faire se résout, en cas d'inexécution, en dommages-inté-

(1) Merlin, *V^o Fiançailles*, *in princ.* — André, *op. cit.* t. III, p. 108.

(2) Toullier, t. VI, nos 23, 23, p. 35 et suiv. — Merlin, *V^o Peine contractuelle* § 1, t. XXIII, p. 102.

rêts. Or les fiançailles, c'est-à-dire l'engagement de contracter mariage par la suite engendrent bien une obligation de faire. Elles doivent donc, en cas d'inexécution, se résoudre en dommages-intérêts. Pour qu'on dérogeât, en ce qui les concerne, au droit commun des contrats il faudrait une exception écrite, et l'on n'en trouve pas dans nos lois.

Une jurisprudence ancienne a consacré ce système. Divers arrêts de Trèves, (5 février 1808), de Nismes, (6 août 1806), de Toulouse, (16 février 1813), reproduisent l'argumentation que nous venons d'exposer. Un arrêt de Colmar du 13 mai 1818, rendu au lendemain de la suppression du divorce, y ajoute cette considération que « depuis l'abolition du divorce le mariage est, quant au civil, ce qu'il était avant la révolution, et qu'alors les femmes ne manquaient pas d'obtenir des dommages-intérêts pour l'inexécution des promesses de mariage qui leur avaient été faites... que si le Code, qui avait déjà resserré le divorce dans un cercle trop étroit, n'a rien statué sur les dommages-intérêts à réclamer dans ce cas, c'est que, regardant le mariage comme un contrat, il rentrait sous ce rapport dans le droit commun. » La Cour de Toulouse, le 8 mai 1827, s'appuie pour adopter la même solution sur la nécessité particulière d'assurer à la femme la protection de la loi. Elle répond à l'objection tirée de la liberté du consentement nécessaire dans le mariage

et que la crainte des dommages-intérêts peut compromettre que « la liberté était entière avant le contrat de mariage ; ce contrat a été l'effet de la volonté, et si ensuite, par caprice ou par mauvaise foi, on refuse de l'exécuter, comme ce n'est là qu'une obligation ou qu'une promesse de faire, elle se résout en dommages-intérêts : ainsi le préjudice causé est réparé et la liberté des futurs époux devient entière pour contracter un autre engagement. ». Enfin, le 3 février 1834, la Cour de Bastia reconnaît que « la jurisprudence n'est pas encore fixée sur le point de savoir si, d'après le droit civil, une promesse de mariage est nulle de plein droit comme contraire aux bonnes mœurs et à la liberté des mariages ou si elle est licite et valable ainsi que le soutient Toulhier et l'ont décidé plusieurs cours du royaume (1). »

La jurisprudence contraire, qu'on peut considérer comme définitive ne devait cependant pas tarder à s'établir. Adoptée par la majorité des auteurs, elle constitue, on peut le dire, la thèse classique en matière de fiançailles depuis l'arrêt de cassation du 30 mai 1838, portant que « l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage mais dans le fait du préjudice causé et dans l'obligation imposée par la loi

(1) V. pour tous ces arrêts Dalloz, Répertoire, V^o mariage, t. XXXI, p. 176 et sq. n^{os} 82 et 83.

à celui qui en est l'auteur de la réparer. » Ainsi l'action en dommages-intérêts est fondée sur cette idée non plus que la partie contrevenant aux fiançailles n'a pas exécuté un contrat librement consenti, mais qu'elle a commis envers l'autre partie le délit civil de l'article 1382. Telle est la solution de l'arrêt de cassation que nous venons de citer et avant lequel on pouvait déjà relever plusieurs décisions dans le même sens (1).

Les motifs sur lesquels s'appuie communément l'opinion que nous venons d'exposer sont loin, nous l'avouons, de nous paraître toujours complètement satisfaisants. Il n'est pas exact tout d'abord d'alléguer, comme on l'a fait, que la validité des fiançailles n'a pu survivre à la disparition de l'ancienne conception du mariage. Il suffit pour se persuader que la validité des promesses de mariage n'est pas nécessairement liée à l'existence d'une législation religieuse du mariage, de jeter les yeux sur les lois voisines. L'Autriche qui ne distingue pas encore le mariage civil du mariage religieux a cependant supprimé les fiançailles par l'article 45 de son Code civil en date de 1811. En revanche la loi allemande du 6 février 1875 qui a sécularisé le mariage dans toute l'étendue de l'Empire n'a pas supprimé les fiançailles. « Jusqu'alors le mariage était le plus

(1) Besançon, 8 mai 1811, Toulouse, 12 mai 1817, Poitiers, 29 mai 1831. V. Dalloz, *dict. loc.* n° 82.

souvent précédé de fiançailles contractées suivant certaines formes solennelles devant la famille assemblée, ou le ministre du culte, ou le juge, ou le notaire. Elles créaient entre les deux familles un lien étroit et produisaient d'importants effets. Celui qui reprenait sa parole sans motifs sérieux pouvait être condamné à abandonner les présents qu'il avait faits ou même à payer des dommages-intérêts (Landrecht prussien, 2^e part. tit. I, art. 91 et sq.); les enfants conçus après les fiançailles et nés avant le mariage (*Brautkinder*) étaient en général assimilés aux enfants légitimes, et le Code Saxon allait même jusqu'à considérer comme légitimes les enfants conçus avant les fiançailles et nés depuis (art. 1578). Ces principes, anciens restes du droit germanique, favorisent singulièrement l'immoralité. La loi nouvelle a-t-elle abrogé tout ce qui concerne les fiançailles? Sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, elle est d'un laconisme qui s'explique par la précipitation avec laquelle elle a été votée. Cependant il y a une disposition qui s'occupe des fiançailles. L'article 76 nous dit que les procès relatifs aux fiançailles sont de la compétence exclusive des tribunaux civils. Les fiançailles existent donc encore et sont régies par les lois locales antérieures, (ainsi le landrecht prussien leur consacre un grand nombre d'articles) mais elles ne re-

lèveront plus sous aucun rapport des autorités spirituelles » (1).

L'efficacité des promesses de mariage se concilie parfaitement, on le voit, avec la sécularisation du mariage.

L'argument tiré de la liberté spéciale et particulièrement entière qui serait requise dans le mariage (C. civ. art 180) n'est guère préférable. A cet égard l'ancien Droit professait des maximes identiques aux nôtres, et cependant il admettait les fiançailles dans les conditions que nous avons étudiées. D'ailleurs peut-on sérieusement dire que la crainte de payer des dommages-intérêts, évalués sur une base contractuelle et non délictuelle, fasse en réalité échec à la liberté du mariage? Et s'il en était ainsi, comment pourrait-on considérer comme coupable d'un délit civil la partie qui s'en affranchirait? *Qui suo jure utitur neminem lædit.* Il faudrait décider que jamais, en aucune circonstance, des dommages-intérêts ne peuvent être alloués à raison d'une rupture entre fiancés. La Cour de Gand semble à la vérité avoir poussé jusque-là la logique du système dans un arrêt du 19 juin 1835 (1), mais la jurisprudence, comme la doctrine repoussent cette exagération et admettent le principe des dommages. « C'est là une des applica-

(1) Glasson, *op. cit.*, p. 344, 305, 306.

(1) Dalloz. *Répert. Mariage*, n° 84.

lions les plus naturelles et les plus légitimes de notre article 1382 » (1).

La véritable justification du système de la jurisprudence doit être cherchée dans une explication historique. Il est évident en soi qu'une promesse de mariage ne peut être assimilée à toute obligation de faire. Comme on l'a très bien dit, « il n'y a dans le mariage ni créancier, ni débiteur » (2).

Le mariage est hors du commerce. L'obligation qu'engendre l'engagement pris de le contracter par la suite ne peut avoir que la valeur d'une dette de pure conscience. Telle fut en somme la solution de l'ancien droit à partir du moment où le consentement du mariage dut être, en vertu d'un principe légal, exprimé au moment précis de la formation même du lien matrimonial, et où les *sponsalia* se réduisirent à une simple promesse réciproque de mariage. Qu'il nous suffise de rappeler les solutions de procédure admises par l'ancien régime. Toute la discussion relative à l'existence et à la nature de l'engagement des fiançailles se déroulait devant l'officiel, mais la décision qui intervenait pour constater l'existence ou la non-existence du lien n'avait qu'une valeur purement morale. Lorsque la question des dommages, unique sanction sérieuse admise en

(1) Cassation, 16 janvier 1877. Sirey, 77, 1, 165. — Demolombe, *du Mariage*, t. I, n° 28.

(2) Laurent, *Principes* t. II, n°s 305 et 306.

cette matière, se posait à son tour, c'était la juridiction civile qui, seule, pouvait la trancher. Fait particulièrement digne de remarque, l'official ne renvoyait les parties à se pourvoir quant aux dommages qu'après avoir prononcé la dissolution des fiançailles. Malgré l'apparence qui a trompé presque tous les auteurs de ce siècle, en attribuant des dommages-intérêts à la partie plaignante, les tribunaux civils se réfèrent non à l'idée de l'inexécution du contrat, (le contrat n'existait plus, il avait été dissous) mais à celle du préjudice causé, du dommage injuste, franchons le mot, du délit civil. La preuve en est dans le critérium de l'évaluation. La cour calculait la réparation d'après les frais et perte de temps soufferts par la partie plaignante. A la rigueur elle pouvait tenir compte en outre du préjudice moral, de « l'affront » mais jamais elle ne pouvait envisager le *lucrum cessans*, la perte des avantages que l'inexécution du contrat avait fait souffrir au demandeur (1).

De nos jours la procédure a perdu sa première phase par l'abolition de la compétence ecclésiastique en pareille matière. La seconde subsiste; il faut y observer les mêmes principes que l'ancien droit. Les tribunaux saisis d'une demande en dommages-intérêts par le fiancé déçu, en cas de rupture des fiançailles, devront s'en référer non à l'article 1149, qui

(1) Pothier, *du mariage*, n° 53.

contient la détermination des dommages en matière contractuelle, mais à l'article 1382. Ils pourront tenir compte du préjudice matériel qui a pu être subi. Ce sont les sommes dépensées pour des voyages, les acquisitions habituelles en pareille circonstance, les présents, les dispenses, les publications, le contrat, et en général toutes les pertes réelles dont la cause peut être légitimement rapportée au projet de mariage interrompu. Ils pourront aussi faire entrer dans leur calcul le préjudice moral résultant d'une rupture injustifiée ; mais là devra se borner leur appréciation, et jamais ils ne pourront prétendre indemniser le plaignant du *lucrum cessans*, comme ils en auraient le droit si nous nous trouvions ici dans une matière contractuelle (1).

Une fois le principe établi, nous trancherons facilement les petites difficultés de détail que la pratique a soulevées dans la matière et qui ont pu préoccuper la doctrine.

(1) Demolombe, n° 30. — Nous arrivons ainsi par une simple déduction juridique à la même solution que celle qui résulte ailleurs d'un texte écrit. L'article 51 du Code civil italien supprime les fiançailles obligatoires et n'autorise le fiancé, en cas de rupture qu'à se faire indemniser des dépenses faites en vue de l'union projetée. Le Code civil hollandais (art. 113) annule les promesses de mariage, mais décide qu'une déclaration faite devant l'officier de l'état civil, suivie d'une publication, pourra donner lieu à une action en dommages pour les *pertes réelles* que le refus de l'autre partie aurait causées. Cette action se prescrit par dix-huit mois après le jour de la première publication (Glasson, *op. cit.*, p. 285, 325).

Il n'y a pas de délit sans faute. Le fiancé que l'on prétend faire condamner à des dommages devra donc être admis à prouver qu'il n'est pas en faute, ce qui revient à établir les justes causes qui ont pu le déterminer à une rupture. Les solutions de l'ancien Droit pourront être utilisées pour la détermination de ces justes causes. La jurisprudence notamment en trouve une dans le fait de la grossesse survenue chez la future épouse depuis les fiançailles (1). On autorise, il est vrai, la fiancée à qui cette voie d'exception est opposée à la repousser en démontrant que le fiancé est lui-même l'auteur de cette grossesse (2). On admet généralement que ce n'est pas là une violation de la règle générale qui interdit la recherche de la paternité, car ici la femme ne cherche pas à faire déclarer qu'un tel est le père de son enfant ; elle repousse la défense qui lui est opposée ; elle cherche à se laver par les moyens qui sont en son pouvoir de l'accusation portée contre sa fidélité et ses mœurs (3). Il est clair que l'on se décidera à trancher cette controverse dans un sens ou dans l'autre suivant son appréciation personnelle sur le principe qui interdit la recherche de la paternité, mais il nous semble, sans entrer dans l'exa-

(1) Bordeaux, 23 novembre 1853. *Sirey*, 53, 2, 245.

(2) Caen, 24 avril 1850. *Rev. crit.* 1853, p. 197. *Revue de la jurisprudence* par Marcadé.

(3) Demolombe, n° 29.

men de la valeur intrinsèque de la règle, que l'article 340 du Code civil a été inspiré par une idée juste ou fautive d'ordre public et que sa portée doit être d'interdire non seulement la recherche de la paternité par voie d'action, mais encore toute allégation devant avoir pour but ou pour effet de faire attribuer à quelqu'un par la justice une paternité naturelle.

Si les parties étaient convenues d'une clause pénale qu'elles se seraient engagées réciproquement à payer, en cas de rupture des fiançailles, la jurisprudence admet que les juges ne sont pas obligés de tenir compte de cette stipulation de peine. Ce n'est pas que cette stipulation présente en elle-même rien d'immoral ou de contraire à la loi ; mais du moment où le prétendu contrat résultant des fiançailles ne peut avoir par lui-même, ainsi que nous l'avons vu, aucune efficacité juridique, il en résulte nécessairement que la clause pénale, destinée à lui en assurer une, ne peut pas davantage être considérée comme valable. Cette solution s'impose d'autant plus que les juges n'ont pas comme autrefois la faculté de modérer la clause pénale qui leur semblerait exagérée (1). Or il est trop évident qu'une clause de ce genre serait le plus souvent arrachée à la faiblesse et à l'aveuglement de la passion par les habiletés de la femme,

(1) Cf. C. civ. art. 1152 et Pothier, *Des obligations*, n° 345.

puisque, suivant l'expression de M. Laurent. « s'il y a des séducteurs, il y aussi des séductrices » (1).

Une solution identique s'impose quand la peine a été stipulée non par les fiancés eux-mêmes, mais entre les parents. Toullier à cet égard faisait une distinction selon que la peine est stipulée du père pour le cas où l'enfant refuserait de se marier, ou qu'il convient de la payer dans le cas où lui-même refuserait son consentement. Dans la première hypothèse, il y aurait danger pour la liberté du mariage, puisque le père serait intéressé à triompher des résistances de son enfant, et parant la clause pénale devrait être annulée ; dans le second la liberté du mariage serait plutôt assurée, et la solution contraire s'imposerait par conséquent. C'est là bien mal comprendre la portée véritable du consentement paternel. On oublie dans ce raisonnement que si le père doit consentir, ce n'est pas dans son propre intérêt, mais parce que son acquiescement est considéré comme le complément de celui du fils, comme la meilleure garantie que la volonté du principal intéressé est vraiment éclairée et libre. On ne saurait dès lors concevoir qu'une restriction à la liberté du

(1) Demolombe, n° 32. — Laurent, n° 307. — Un jugement du tribunal de Tunis en date du 1^{er} juin 1887 (*Le Droit*, 10 juin 1887) déclare valable une stipulation de délit adjointe à des fiançailles, mais il s'agit, dans l'espèce, de parties à qui la loi mosaïque et non la loi française est applicable.

consentement chez le père profite à cette même liberté chez le fils.

On s'est enfin demandé quelle preuve devait administrer la partie qui se plaignait d'avoir souffert un préjudice par l'effet d'une rupture injustifiée des fiançailles. Comment doit-elle établir l'existence même des fiançailles ? La Cour de cassation, par un arrêt du 26 juillet 1864 (1) a décidé que la preuve testimoniale est admissible. En effet l'obligation de réparer le préjudice n'est pas contractuelle ; elle résulte d'un quasi-délit : or l'article 1348, 1^o autorise la preuve par témoins et par présomptions en matière délictuelle. La cour de Paris a refusé de suivre la Cour suprême dans la voie où elle s'était engagée, et, par un arrêt du 13 janvier 1865 (2), lequel n'a pas été frappé de cassation, elle a admis, contrairement à la décision qui venait d'intervenir, que l'existence des fiançailles ne peut résulter que d'un aveu ou d'un écrit. En effet l'article 1348, 1^o doit être rapproché des autres parties de l'article d'où il ressort évidemment cette règle générale que la preuve par témoins n'est admise que lorsqu'il était impossible aux parties de se ménager une preuve écrite. Or quoi de plus facile que de constater par écrit une promesse de mariage ? Ne doit-on pas craindre d'ailleurs, en admettant la preuve par

(1) Sirey, 65, 1, 33.

(2) Sirey 65, 2, 6.

témoins et par présomptions en pareille matière de susciter des débats scandaleux, d'encourager le chantage ? Ces motifs, qui avaient inspiré naguère l'ordonnance de 1639 n'ont-ils pas conservé aujourd'hui la même force qu'autrefois ? (1)

« Quant aux faits qui ont occasionné les dommages, les dépenses, les pertes, il va sans dire qu'on peut les prouver par témoins, c'est l'application d'un principe général : les faits matériels qui par eux-mêmes ne produisent ni droit, ni obligation peuvent toujours se prouver par la preuve testimoniale » (2).

Reste une dernière question relative au sort des cadeaux et des donations que les futurs ont pu se faire l'un à l'autre, et que dans la pratique le fiancé fait le plus souvent à la promise. L'article 1088 du Code civil porte que « toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas ». Les cadeaux de fiançailles sont donc toujours

(1) Le Code civil italien (art. 51) décide formellement que pour pouvoir être invoquée à l'appui d'une demande de dommages-intérêts, une promesse de mariage doit avoir été constatée par acte authentique ou sous-seing privé. Il ajoute que l'action doit être intentée dans l'année qui suit l'époque où la promesse devait être exécutée. — Gilasson, *op. cit.*, p. 285.

(2) Laurent n° 810. Un jugement récent du tribunal de Loudun, relatif, il est vrai, à un cas de séduction, et rendu le 7 décembre 1882, contrairement aux conclusions du Procureur de la République admet d'une manière générale l'emploi de la preuve testimoniale. V. *Le Droit* du 21 mars 1881.

sensés faits sous la condition *si nuptiar sequantur*. En cas de rupture du projet de mariage, ils doivent être restitués.

Nulla difficulté ne se présente quant aux donations qui seraient faites dans des formes indiquant clairement leur caractère. Les donations faites par le contrat de mariage par exemple sont certainement frappées de caducité. Mais lorsqu'il s'agit d'un don manuel, à qui incombera de prouver qu'il a été fait en vue de mariage projeté? On l'a fait justement observer, ces questions seront en général résolues à l'amiable par les parties; « il est rare qu'une femme et une famille aient le triste courage de conserver jusqu'à ce qu'une décision judiciaire les leur arrache les souvenirs toujours pénibles d'un projet de mariage rompu » (1), mais cependant, la difficulté que nous prévoyons peut se présenter; en fait les tribunaux ont eu parfois à la trancher. Le Droit pur, dont il faut donc bien rechercher ici la solution, ne saurait admettre que toute donation faite entre deux personnes qui ont fait projet de s'épouser soit présumée faite en vue du mariage; il n'y a pas de présomption légale sans texte. Les juges saisis de la question ont donc à trancher la question de fait suivante. Le don manuel

(1) Georges Vidal, *Étude sur les mesures organisées par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, Toulouse 1881, p. 42 et suiv.

dont il s'agit présente-t-il les caractères d'un cadeau de fiançailles fait en vue du mariage projeté; ou bien est-ce une donation ordinaire, portant sa cause en elle-même et faite dans une simple intention de libéralité? C'est à celui qui se prévaut de l'existence de la condition tacite *Si nuptiæ sequantur*, c'est-à-dire au fiancé qui réclame la restitution des cadeaux qu'il a pu faire, à établir, suivant les règles du droit commun, le bien fondé de ses allégations (1).

(1) V. dans ce sens un arrêt de la Cour de cassation de Naples du 13 août 1881, cité par M. Vidal, *loc. cit.*

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

Dans l'ancien Droit romain, les fiançailles donnaient lieu à une action.

Dans le Droit classique, l'invalidité de la stipulation de peine accessoire à des fiançailles était obtenue au moyen de l'exception de dol.

Le mariage romain n'exige en principe pour sa formation aucun élément réel.

La stipulation d'usufruit engendre non une obligation de constituer plus tard le droit réel d'usufruit, mais une action personnelle *ex usufructu*.

La prescription acquisitive organisée par Justinien est interrompue, à la différence de l'usucapion du droit classique par la *litis contestatio*.

Dans la promesse *dolum malum abesse, abfuturumque*, le promettant ne répond pas du fait des tiers.

HISTOIRE DU DROIT.

Les fiançailles germaniques, à l'époque barbare, ne suffisent pas à constituer à elles seules le mariage.

Dans le Droit canon antérieur au Concile de Trente, il n'y a pas de différence fondamentale entre les *sponsalia de presenti* et les *sponsalia de futuro*.

La publication des bans n'était pas une condition indispensable de la formation du mariage.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

L'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, ne peut demander la conversion en divorce, s'il ne produit d'autres griefs que ceux qui ont été relevés contre lui dans le jugement de séparation.

Les époux, dans l'exercice de leurs prélèvements de communauté doivent être considérés en regard l'un de l'autre comme des copartageants.

Les reprises du mari, lors de la dissolution de la communauté, ne doivent pas être assimilées aux dettes de communauté dont la femme, qui a négligé de faire l'inventaire prescrit par l'article 1483 civ., est tenue *parle in qua* indéfiniment.

Le don manuel fait sous réserve d'usufruit est nul.

DROIT INTERNATIONAL.

Il n'est pas contraire aux principes du droit international qu'un état livre ses nationaux.

Les deniers dus à un état étranger ne peuvent faire l'objet d'une saisie-arrest aux mains d'un Français, débiteur de cet état.

DROIT PÉNAL.

Il n'est pas nécessaire que le complice ait connu l'existence des circonstances aggravantes pour encourir l'aggravation de pénalité qu'elles entraînent.

Les manœuvres destinées à opérer la hausse ou la baisse factices des actions et obligations ne tombent pas sous le coup de l'article 419 du Code pénal.

Vu par le Doyen,
CH. BÉDANT.

Vu par le Président de la Thèse,
C. GARSONNET.

VU :
et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

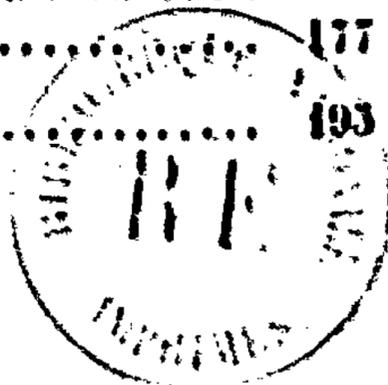
DROIT ROMAIN

| | N ^{os} : |
|---|-------------------|
| INTRODUCTION | 9 |
| CHAPITRE PREMIER. — FORMATION ET VALEUR DU CONTRAT DE FIANÇAILLES..... | 11 |
| § 1 ^{er} . — Droit primitif..... | 11 |
| § 2. — Époque classique..... | 20 |
| CHAPITRE II. — CONDITION ET VALIDITÉ DES FIANÇAILLES. | 27 |
| CHAPITRE III. — FORME EXTÉRIEURE DES FIANÇAILLES.. | 37 |
| CHAPITRE IV. — EFFETS LÉGAUX DES FIANÇAILLES..... | 47 |
| CHAPITRE V. — DES DONATIONS ENTRE FIANCÉS.. ... | 57 |

HISTOIRE DU DROIT ET DROIT FRANÇAIS

| | |
|--|----|
| INTRODUCTION | 73 |
| CHAPITRE PREMIER. — LES FIANÇAILLES EN DROIT GERMANIQUE | 77 |
| § 1. — Formation des fiançailles..... | 77 |
| § 2. — Effets des fiançailles germaniques | 88 |

| | Page |
|--|------|
| CHAPITRE II. — CONCEPTION PRIMITIVE DES FIANÇAILLES EN DROIT CANONIQUE..... | 99 |
| CHAPITRE III. — TRANSFORMATION DES FIANÇAILLES CANONIQUES..... | 113 |
| CHAPITRE IV. — NATURE DES FIANÇAILLES A PARTIR DU CONCILE DE TRENTE..... | 125 |
| CHAPITRE V. — CONDITIONS DE FORMATION DES FIAN- ÇAILLES..... | 137 |
| CHAPITRE VI. — EFFETS DES FIANÇAILLES..... | 147 |
| § 1. — De l'obligation résultant des fiançailles... | 148 |
| § 2. — De l'empêchement résultant des fiançailles | 162 |
| CHAPITRE VII. — COMPÉTENCE ET PROCÉDURE EN MATIÈRE DE FIANÇAILLES..... | 167 |
| CHAPITRE VIII. — DES FIANÇAILLES DANS LE DROIT ACTUEL..... | 177 |
| POSITIONS..... | 193 |



DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER. - FORMATION ET VALEUR DU CONTRAT DE FIANCAILLES

§ 1^{er}. - Droit primitif

§ 2. - Epoque classique

CHAPITRE II. - CONDITION ET VALIDITE DES FIANCAILLES

CHAPITRE III. - FORME EXTERIEURE DES FIANCAILLES

CHAPITRE IV. - EFFETS LEGAUX DES FIANCAILLES

CHAPITRE V. - DES DONATIONS ENTRE FIANCES

HISTOIRE DU DROIT ET DROIT FRANCAIS

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER. - LES FIANCAILLES EN DROIT GERMANIQUE

§ 1. - Formation des fiançailles

§ 2. - Effets des fiançailles germaniques

CHAPITRE II. - CONCEPTION PRIMITIVE DES FIANCAILLES EN DROIT CANONIQUE

CHAPITRE III. - TRANSFORMATION DES FIANCAILLES CANONIQUES

CHAPITRE IV. - NATURE DES FIANCAILLES A PARTIR DU CONCILE DE TRENTE

CHAPITRE V. - CONDITIONS DE FORMATION DES FIANCAILLES

CHAPITRE VI. - EFFETS DES FIANCAILLES

§ 1. - De l'obligation résultant des fiançailles

§ 2. - De l'empêchement résultant des fiançailles

CHAPITRE VII. - COMPETENCE ET PROCEDURE EN MATIERE DE FIANCAILLES

CHAPITRE VIII. - DES FIANCAILLES DANS LE DROIT ACTUEL

POSITIONS